

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة أحمد دراية - أدرار  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق



# المسؤولية المدنية الناشئة عن إفشاء السر الطبي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصص عقود ومسؤولية

تحت إشراف  
أ. د كيجل كمال

من اعداد الطالب  
رويني سليم

## لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة أدرار	أستاذ	أ.د. بومدين محمد
مشرفا ومقررا	جامعة أدرار	أستاذ	أ.د. كيجل كمال
عضوا مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ	أ.د. حمليل صالح
عضوا مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر "أ"	د. فتاحي محمد




# إهداء

إلى روح والدي أسكنه الله فسيح جنانه  
الوالدة الكريمة

إلى كل من سار في طريق العلم يطلب حرفا..  
وكل حالم بأقصى من غير قيود..

أهدي لكم هذا العمل المتواضع

رويني سليم  


# تشكرات.

بخالص احترامي وعميق أمتناني، أتقدم بشكري الجزيل بعد الله تعالى إلى:  
الأستاذ الدكتور كيحل كمال على كل التفهم والدعم الذي حظيت به من قبله، وإشرافه على هذا العمل وتوجيهه حتى يرى النور في أحسن صورة . فكان العين الساهرة على حسن إنجازه.  
أساتذتي الأجلاء:

الأستاذ الدكتور بومدين محمد عن شرف حضوره و تكرمه برئاسة لجنة مناقشة هذه الرسالة.  
السيد مدير الجامعة الأستاذ الدكتور حميل صالح، الذي لم تثنه أعباء الإدارة عن مساهماته العلمية، وتشريفي بمناقشة وتصويب هذا العمل.

الدكتور الفاضل فتاحي محمد على ما حظيت به من شرف عن قبوله مناقشة وتقييم هذا العمل.  
أسمى عبارات الشكر والثناء والعرفان إلى الأساتذة مؤطري مرحلة الماجستير، عن كل اهتمام ورعاية وتوجيه، محبة وعلما، فكان لذلك الأثر الجميل على هذا العمل المتواضع.

شكر خاص موسوم بعرفان بالجميل إلى الأساتذة: الأستاذ الدكتور لعلى بوكميش، الأستاذ الدكتور مبروك المصري، وكل الطاقم الإداري الذي لا ينس له ذاك الفضل في أول يوم لالتحاقني بجامعة أدرار.  
زملاء الدفعة، على تلك الروح الأخوية والعلمية في محراب العلم.

... لكم مني جميعا أسمى عبارات الشكر، وجزاكم الله عني كل خير.

رويني سليم

## قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

ج.ر: جريدة رسمية.

د. ط: دون طبعة

د. س. ن: دون سنة نشر.

ص: صفحة.

ط: طبعة

ق. إ. م. إ. ج: قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق. ح. ص. ت: قانون حماية الصحة وترقيتها.

ق. ص. ف: قانون الصحة الفرنسي.

ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق. ع. ف: قانون العقوبات الفرنسي.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق. م. ف: القانون المدني الفرنسي.

ف: فقرة.

م. أ. ط. ج: مدونة أخلاق الطب الجزائري.

م. أ. ط. ف: مدونة أخلاق الطب الفرنسي

م. ت: مرسوم تنفيذي.

## **Liste des abréviations**

**Aff** : affaire.

**Art** : Article.

**Bull.Crim** : bulletin des arrêts de la cour de cassation criminelle.

**Cass. Soc** : Cassation sociale.

**Cass.Civ** : Cassation Civile.

**Cass.Crim** : Cassation Criminelle.

**C.E** : Conseil d'État.

**C.S.P** : code de la santé publique.

**D** : Recueil Dalloz.

**Ed** : Edition

**Gaz.pal** : gazette du palais

**j.c.p** : Juris Classeur Périodique

**J.O.R.F** : journal officiel de la république française.

**N°** : Numéro

**OP.Cit** : Ouvrage précédemment cité.

**P** : page.

**Sem.jur** : la semaine juridique.

.

إن كان موضوع السر بصفة عامة يرتبط بجميع مجالات الحياة ومرافق لحياة الإنسان، فليس من الغريب وأنت تلج عيادة طبية، منظر أولئك الناس بقاعات الإنتظار يراودهم حلم الشفاء، بين آهات متعبة بثقل الألم وبصيص أمل بتحسن حالتهم الصحية، وبأيديهم ملفات كشوفاتهم الطبية، يجتهدون في إخفائها خوفا من أن تطلها العين، أو يصل إلى علم غيرهم ما ينبئ عن حالتهم، فلا أكثر ما يزيد همهم صدمة أن يفاجئهم غيرهم بتداول الحديث عن ما اجتهدوا هم في كتمانهم.

كان ولا يزال موضوع السر الطبي محور اهتمام مباشر أو عارض للعديد من المنتقيات والندوات الدولية والوطنية، لما يكتسي هذا الموضوع من أهمية وأثر على صحة المريض والعلاقات الاجتماعية بصفة عامة، وكذا ارتباطه بالعمل الطبي الذي يملك رصيذا تاريخيا في المسيرة البشرية، إذ عرفه قدماء المصريين كمهنة مقدسة تجمع بين العلم والدين، فكان الطبيب هو الصيدلي وهو الكاهن نفسه الذي يعبر له المذنب عن ما يختلج صدره من أسرار. واختلط عند اليونان في مرحلته الأولى بالسحر والشعوذة، حتى جاء أبيقراط (370-460 ق. م) فأسس علم الطب على قواعد علمية، واعتنى بالجانب الأخلاقي للمهنة<sup>1</sup>، لما يحتاجه المريض من صفات في المعالج تخلق فيه الإطمئنان والثقة باعتبارهما الرهان الأول لنجاح العلاج، وظهر السر الطبي من أهم الواجبات الأخلاقية في قسمه الذي ورد فيه: "...وأما الأشياء التي أعينها في أوقات علاج المرضى أو أسمعها، في غير أوقات علاجهم في تصرف الناس من الأشياء التي لا ينطق بها خارجاً فأمسك عنها، وأرى أن أمثالها لا ينطق به"<sup>2</sup>.

ومع مرور الزمن تقدم العلم بخطوات كبيرة ميزها تعدد المهن والتخصص فيها، موازاة مع التحرر الفكري من القيود الوهمية المبتدعة من قبل رجال الدين، والاتجاه نحو تغليب

<sup>1</sup> - د. عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 04.

<sup>2</sup> - ابن أبي أصيبعة، كتاب عيون الأنبياء في طبقات الأطباء، تحقيق الدكتور عامر النجار، ج1، دار المعارف، مصر، 1996، ص 206.

القواعد القانونية، لتحتل مركز الصدارة في الحياة العملية. إذ أصبحت من أكثر الموضوعات إثارة وتعبيراً في القيم الاجتماعية، وهذا ما جعلها تتميز بالتطور والتجديد استجابة للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

لقد كانت الصلة بين المريض وطبيبه قائمة على أساس من الثقة والاحترام والصدقة، إذ لم يكن للعائلة إلا طبيبا واحدا يعرفه أفراد الأسرة معرفة خاصة ويثقون به وبمستواه الطبي. وبذلك فهو الخازن لأسرارهم، وهكذا لم يكن مُستساغا أن يكون هذا الطبيب الثقة موضعاً للاتهام والتقصير والمسؤولية، لرد فشله في علاج مريضه والوصول به إلى شاطئ الأمان وبر الشفاء.

غير أن هذه العلاقة بين الطبيب والمريض لم تكن لتعمر طويلا، فقد أدى تقدم المجتمع المدني الحديث بضخامته وتطور وسائله الفنية والتقنية إلى تراخي الصلة الشخصية بينهما، وتلاشت المعرفة الخاصة تدريجيا بظهور المجتمعات المتمدنة. إذ لا يكاد المريض يعرف الطبيب الذي يلجأ إليه لمعالجته في أغلب الحالات، وإنما يلجأ إليه لتخصّصه وسمعته. وربما يجد نفسه أمام فريق طبي يؤدي كل فرد منه دورا محددًا، مثلما قد يعالج من قبل طبيب من مدينة أخرى لا يراه إلا من خلال الوسائط المتعددة، فتراجعت تلك العلاقة الاجتماعية في الوقت الذي لازال فيه المريض يمنح أسرارَه للجميع بغض النظر عن رضاه أو علمه، وهكذا انتشر التدهور في جوّ الثقة الذي كان يسود العمل الطبي وتوسّع بتوسّع معطيات جديدة، مما كان له تأثيرا واضحا في تغيير الصورة التقليدية للعلاقة القائمة بينهما أمام زيادة الأخطار المرتبطة بالعلاج، وكون الأمر يتعلق بأعلى ما يملكه الإنسان وهو صحته، اتجه الفقه إلى معالجة فصول القواعد العامة للمسؤولية في جبر ضرر المرضى عن طريق ابتداع قواعد خاصة ومميزة للعمل الطبي في ما يعرف بالمسؤولية الطبية.

غير أن خصوصية موضوع السر الطبي تتمثل في كونه واقعة يحرص صاحبها على كتمانها، فهو ليس كتلقي العلاج الذي تتحدد فيه مسؤولية الطبيب باعتباره القائم بذلك، أو الصيدلي الذي يطلع على نوع العلاج المقدم، فكثير من المهنيين ممن لا تحكمهم قواعد أخلاقيات مهنة الطب يقفون على سر المريض، كالممرضين و القابلات، أو الخبراء



والإداريين والكتاب وغيرهم، مما يجعل موضوع السر الطبي يمتد خارج الحدود التي تتوقف فيها أخلاقيات المهنة الطبية.

إن إفشاء السر له نتائج وخيمة على الشعور بالثقة و الاطمئنان بالنسبة للمريض والطبيب معا، فالمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة والذي دفعته الحاجة للعلاج أمام ما يلمسه من راحة وتودد بين أيدي الطبيب وخبرته، لن يقبل بالتداوي إذا ما أدرك أن في ذلك إفشاء لسره، فهو يحتاج لضمانات أكثر تكون كفيلة بحماية حقه، والطبيب قد يحجم عن المداواة بسبب تعقد الأمر أمامه بين القيام بالتزامه في ممارسة مهنته والتزامه بكتمان سر مريضه خاصة إذا لم يستطع تحديد ما يمكن اعتباره سرا وما ليس هو بسر، وما يمكن أن يبلغ عنه زملائه وما لا يجب نقله إليهم، أو ما يجب أن يخبر به عائلة المريض أو الكفيل وما لا يجوز نقله إليه، فخشية تحمل عواقب المسؤولية عن فعل الإفشاء يجعله مترددا في التصرف وفق ما تقتضيه مصلحة المريض أو ما يمليه عليه الواجب.

وعليه فإن أهمية هذا الموضوع تبدو أيضا في تدعيم تلك الثقة بين أصحاب المهن الطبية والمريض، من خلال ما يكشف عنه من حدود ونطاق للسر الطبي والمسؤولية المترتبة عن إفشائه، ومن جهة أخرى هو وسيلة للمرضى في المحافظة على حقوقهم إزاء أسرارهم وجبر الضرر الناتج عن إفشائها، وهو أيضا دعامة لثقافة الصيدلة والأطباء القانونية خاصة في ظل غياب تكوين قانوني لهم أثناء مسارهم النظري والتطبيقي في هذا الجانب، انعكس سلبا وبشكل واضح في ذلك التردد والخوف من تحمل تبعه المسؤولية كلما تعلق الامر بالسر الطبي، لذلك فإن هذا البحث ينطلق من إشكالية رئيسية وهي :

### ما مدى المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي؟

وتندرج تحت هاته الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات فرعية يمكن ضبطها في : ما هو مضمون الالتزام بكتمان السر الطبي؟ وماهي الآثار المترتبة عن المسؤولية المدنية حين إفشائه؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات هو تحقيق للأهداف المرجوة من موضوعنا هذا، والمتمثلة في البحث عن أفضل السبل لحماية السر الطبي من الإفشاء، تحقيق استقرار في

المعاملة بين المرضى والأطباء، والوصول إلى احترام الأسرار الطبية وهيبته أمام ظاهرة إهمال الملفات والفوضى واللامبالاة الملاحظة في بعض المؤسسات الإستشفائية، على أنه من بين أهداف الدراسة أيضا إضافة مرجع جديد للمكتبات القانونية في موضوع حماية الأسرار.

وتعود دوافع اختيارنا لموضوع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، إلى دوافع شخصية وأخرى موضوعية، أما الدوافع الشخصية فتتمثل في الرغبة في متابعة البحث في مجال المسؤولية الطبية باعتبارها أحد الموضوعات التي تأخذ حيزا هاما من انشغالات المرضى والمهنيين، أما الدوافع الموضوعية فتكمن في ملاحظتنا لما اتجهت إليه أكثر الدراسات في الفقه والقانون من إهتمام بالمسؤولية بغرض حماية المريض مما قد يصيبه من أضرار جسمانية نتيجة التدخل الطبي، وفي حقيقة الأمر أن الضرر الناتج عن إفشاء السر الطبي له من الخصائص ما يميزه عن بقية الأضرار الطبية، خاصة وأنه قد لا ينطوي على عمل طبي أو علاج موضعي، وضرره لا يصيب الجسم مباشرة، مما يجعله جديرا بأن يحض بالبحث والمناقشة المستفيضة.

وفي حدود ما انتهى إليه علمنا حول الدراسات المنجزة في موضوع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

- رسالة ماجستير للباحث أحمد بوقفة معنونه بإفشاء سر المريض دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، تمت مناقشتها بقسم الشريعة بكلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة 2007، وهي دراسة أتت في فصل تمهيدي وفصلين، خصص الفصل التمهيدي لتحديد مفهوم المرض وحقوق المريض، والفصل الأول لمفهوم وحكم إفشاء سر المريض، والفصل الثاني للاستثناءات في إفشاء سر المريض، وقد خلصت هاته الدراسة إلى حكم كتمان سر المريض في الشريعة الإسلامية باعتباره حق من الحقوق الشرعية للمريض، بينما هي في منظور القانون التزام يقع على الطبيب، وهي بذلك قد اتجهت إلى البحث عن المنظور الشرعي أو الديني لواجب كتم سر المريض، وعليه جاءت دراستنا مرتكزة على الجانب القانوني، باعتبار أن السر الطبي لا يرتبط فقط بوجود المريض.

ونجد دراسة قانونية أخرى، هي رسالة ماجستير للباحثة عنان داود، معنونة بالتزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، تمت مناقشتها سنة 2001 بكلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، وقد أتت لتجيب عن إشكالية طرحتها الباحثة بخصوص مدى اعتبار السر الطبي التزام عام ومطلق أم التزام نسبي، وأجابت عنها من خلال فصلين، حمل الفصل الأول عنوان مبدأ الالتزام بالسر الطبي، تعرض فيه من خلال ثلاث مباحث إلى مفهوم، وأساس ثم نطاق السر الطبي، أما الفصل الثاني فعنون بالإخلال بمبدأ الالتزام والاستثناءات الواردة على المبدأ، فشمّل المبحث الأول تحديد ماهية الإفشاء، و المبحث الثاني الاستثناءات الواردة على المبدأ من حيث الأشخاص، وفي المبحث الثالث الاستثناءات الواردة على المبدأ من حيث المصلحة العامة، وقد توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها:

- أن السر الطبي إلتزام يقع على الطبيب بمناسبة ممارسة مهنته، وبالتالي ليس من الضرورة أن يكون صاحب السر الطبي دوما هو المريض الخاضع للعلاج.
- أن أساس السر الطبي هو العقد قبل القانون.
- لا يمكن اعتبار الالتزام بالسر الطبي التزام عام ومطلق، فهناك من الإستثناءات ما يرد على هذه القاعدة.

وإن كانت هذه الدراسة قد عالجت الكثير من النقاط الجديرة بالتقصي في هذا الموضوع، فإنها أغفلت التطرق إلى أركان المسؤولية وآثارها، ولم تشر إلى العديد من الإستثناءات التي يقرر أو يجوز فيها إفشاء السر، وعليه فإننا انطلقنا في دراستنا هذه من حيث ما خلصت إليه تلك الدراسة أو سجلته من نقائص، خاصة وأننا لا نتفق مع الباحثة في عديد من النقاط والتي تم تضمينها في هذا البحث، محاولين ضبط مفهوم السر الطبي بشكل أكثر دقة، والتعمق في البحث عن الأساس القانوني للسر الطبي ونطاقه، وبالخصوص معالجة طبيعة وأركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي بالنسبة للطبيب أو غيره من المهنيين الملزمين بكتمان السر، ثم إعادة ضبط وتحديد الإستثناءات التي تحل المؤمن من واجب الإلتزام بكتمان السر.

وجدير بالتنويه أنه نظرا لدقة هذا البحث وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، فإننا في دراستنا لموضوع إفشاء السر نجعل من أحكام القضاء ولاسيما القضاء الفرنسي ومحاولات الفقه والتشريع المقارن، أساسا لهذا البحث المتواضع.

و قد اقتضت منا الإجابة عن الإشكالات التي يطرحها موضوع الدراسة، الاعتماد على منهجية، وظفنا من خلالها كل من المنهج المقارن والتحليلي.

فاعتمادنا على المنهج المقارن كان من منطلق البحث لدى مختلف النظم القانونية، والاستفادة منها، من أجل وضع الإطار المناسب لإفشاء السر الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية. لاسيما إذا أدركنا حقيقة ثابتة تتمثل في مدى أهمية وقدرة وأسبعية كل من الفقه والقضاء الفرنسي في وضع ملامح وإقرار قواعد ومعالم للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، مثلما حاولنا الاستقاء من الفقه والتشريع والقضاء العربي ما أمكن التوصل إليه، لنصل إلى تحديد موقف الفقه والتشريع الجزائري، الذي يسجل غياب تام في الأحكام القضائية أمام قلة النصوص القانونية الخاصة بالسر الطبي.

أما المنهج الاستنباطي أو التحليلي، فقد تم توظيفه على أساس التحليل العلمي لمختلف النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المختلفة بشأن الالتزام بكتمان السر الطبي والمسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال به.

وبناء على هذه الاعتبارات السابقة، ومن أجل الإحاطة التامة بأهم الأجوبة المتعلقة بموضوع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، فقد تناولنا هذا البحث بالدراسة والتحليل في فصلين، تضمن الفصل الأول مضمون الالتزام بالسر الطبي، وفيه تم التعرض لماهية السر الطبي في مبحث أول، وأساس وأركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي في مبحث ثان، بينما تضمن الفصل الثاني ومن خلال مبحثين تم التعرض إلى آثار المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، حيث خصص المبحث الأول لدعوى المسؤولية المدنية والتعويض عنها، وخصص المبحث الثاني للاستثناءات الواردة على الالتزام بالكتمان، لنذيل البحث بخاتمة ضمت مجموعة النتائج والاقتراحات المستخلصة من هذه الدراسة.

# الفصل الأول

مضمون الالتزام بالسري الطبي

---

## الفصل الأول

### مضمون الالتزام بالسر الطبي

تحرص الكثير من التشريعات والأنظمة على حماية الأسرار وتوليها حماية خاصة لما في ذلك من تعبير عن قيم إنسانية ومبادئ خلقية، تفضي العناية بها إلى حماية الترابط الإجتماعي عن طريق حماية الفرد، والذي من المؤكد أن في إفشاء أسراره الأثر البارز على شعوره وأحاسيسه، و على وضعيته الإجتماعية والمادية، بما يخلفه من ضرر يستوجب تحمل مسؤوليته وجبره، وعلى هذا الأساس، صار موضوع السر الطبي هاجسا سواء للمرضى أو المهنيين، إذ طبعتهم مهابة اختراق حدوده بسبب عدم تمييزهم لماهيته، وتعرس بذلك تحري الواقعة السرية عن غيرها من الوقائع، ومن عن غيره، يكون مؤتمنا على السر الطبي فيسأل عن إفشاء السر وبالتالي جبر الضرر، فوجود الالتزام بالكتمان ينبغي أن يكون له أساس قانوني ينطلق منه، ومن خلاله يمكن التوصل إلى معرفة حدود هذا الالتزام الذي ظل محل جدل كبير بين من يعتبره التزام مطلق و من يعتبره التزام نسبي يمكن للمؤتمن فيه أن يكلم به في حالات معينة، فتعيين حدود الالتزام بكتمان السر الطبي، ينطلق من البحث في طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض وما يحكمها، باعتبارها المرجع في تحديد الالتزامات التي تسري بين الطرفين، والذي تقوم من خلاله المسؤولية المدنية عن الإفشاء إذا ما توفرت أركانها، لذلك سنبحث في هذا الفصل عن تحديد السر الطبي كالتزام، من خلال البحث في ماهية السر الطبي ( المبحث الأول)، وأساس وأركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### ماهية السر الطبي

يحتل السر مكانة هامة في الثقافة والقيم الإنسانية لما يحقق كتماناً من ترابط ورقي اجتماعي، مما جعل الأنظمة والتشريعات تحرص على النص عليه كالتزام يسري خاصة في ذمة طائفة من المهنيين، وبالنظر إلى اختلاف الوقائع ودرجة تأثيرها باختلاف الأشخاص وظروفهم، كان من الضروري البحث في ماهية السر الطبي لمعرفة أي من هذه الوقائع حري بالحماية والكتمان، ومستوجباً لقيام المسؤولية المدنية حال وقوع الإفشاء، وللوصول إلى ذلك ينبغي تحديد مفهوم السر الطبي (المطلب الأول)، وضبط مجال الالتزام بالسر الطبي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم السر الطبي

الحاصل أننا نجد الكثير من التشريعات والأنظمة تنص على التزام بعض المهنيين وبالخصوص فئة الأطباء بالمحافظة على أسرار زينهم، لكن دون توضيح لمفهوم هذه الأسرار، لهذا كان على الفقه تولى البحث بهدف الكشف عن مفهوم السر الطبي، والذي لا يتأتى إلا من خلال التعريف بالسر الطبي (الفرع الأول)، وتحديد العلاقة بين السر الطبي والسر المهني (الفرع الثاني)، ثم ضبط الإعتبارات التي تقوم عليها حماية هذا السر (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف السر الطبي

قبل تحديد المقصود بالسر الطبي، يبدو من المنطقي أن نحدد أولاً مفهوم السر لغة (بند أول)، ثم التعريف الفقهي للسر الطبي (بند ثان)، ثم تعريف السر الطبي بين التشريع والقضاء (بند ثالث).

### البند الأول: السر لغة

ورد في تعريف ابن منظور أن السر في اللغة العربية، هو ما يكتمه الإنسان في نفسه ويخفيه عن الآخرين، وجمعه أسرار، وأسر الشيء : كتمه وأظهره، وهو من الأضداد<sup>1</sup>.

وورد في المعجم الوسيط أن : السر لغة، الذي يكتم، وجمعه أسرار، وهو ما يكتمه المرء في نفسه، أو يسر به إلى آخر، فأسر اليه حديثه، أي أفضى إليه به<sup>2</sup>.

فهو كل خبر يقتصر العلم به على عدد محدود من الأشخاص، وهو كل معلومة مقرر لها أن تكون مكتومة، وهو أيضا ما يفضى به الشخص لآخر مستأمنا إياه عدم الإفشاء، وتغليب صفة الكتمان فيه قيل " كل سر عدا اثنين منتشر"<sup>3</sup>.

فالسر كلمة تستعصى على التحليل، ويقال عنه بصفة عامة أنه علاقة بين شخص ما ومعرفة شيء أو واقعة ما، وبحكم هذه العلاقة فالمطلوب من هذا الشخص الالتزام بحجبها عن الغير والحرص على عدم كشفها<sup>4</sup>.

بينما في اللغة الفرنسية والإنجليزية أن كلمة secret والتي تعني السر، مشتقة من كلمة sacré الفرنسية أو sacred بالإنجليزية، والتي تعني مقدس<sup>5</sup>، حيث أفترن السر في بداية الأمر بصفة التقديس<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، 199<sup>2</sup>، ص 356.

<sup>2</sup> - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، سنة 1960، ص 428.

<sup>3</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الاخلال بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط2003، ص16.

<sup>4</sup> - أنظر زينب أحلوش بولحبال، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص59-60.

<sup>5</sup> - <http://dictionnaire.reverso.net/anglais-francais/sacred>

<sup>6</sup> - النوري حسين، سر المهنة المصرفي في القانون المصري والقانون المقارن، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1974، ص08.



### البند الثاني: التعريف الفقهي للسر الطبي:

قدم الفقه عدة تعريفات للسر الطبي نتيجة لوجود اتجاهين، يدعم الأول المعيار الشخصي في الوصف، أما الثاني فقد تبنى المعيار الموضوعي:

#### أولاً: المعيار الشخصي

وفقاً لهذا المعيار، فقد عرفه البعض بأنه، ما عهد به إليه المريض من معلومات أو خبر، وبإباحة له باعتباره طبيباً وليس رجلاً عادياً، ويقع على هذا الأخير الالتزام بكتمان هذا السر، إلا في الحالات التي يرخص له القانون بالإفشاء به، إما اتفاقاً وإما قانوناً<sup>1</sup>.

وعرفه الفقه الفرنسي: "بأنه كل سر يعهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة"<sup>2</sup>.

مثلاً عرف أنه ما يكتُم، والإسرار خلاف الإعلان، وهو ما يفضي به شخص إلى شخص آخر مستكتماً إياه، ويدخل فيه كل أمر تدل القرائن على طلب كتمان، أو كان العرف يقضي بكتمانه، كما يدخل في الشؤون الشخصية، والعيوب التي يكره صاحبها أن يطلع عليها الناس، ومنه الأسرار الطبية الخاصة بالمرضى التي يطلع عليها الطبيب أو غيره ممن يمارسون المهن الطبية<sup>3</sup>.

ويفهم من هذه التعاريف، أن صاحب المهنة لا يلتزم إلا بما يعهد إليه صاحب السر طواعية واختياراً، سواء بالذكر له أنه سر، أو بإيداع الثقة والائتمان دون الطلب الصريح، وبالتالي فإن هذا المعيار يقوم على اعتبارات الشخص المحضة لا على الواقعة، وهو ما جعل سهام النقد تصوب نحوه على أساس صعوبة تقصي وتقدير العوامل النفسية التي يقوم عليها، ولا التحقق منها، مثلاً إن ظروف الأشخاص وشخصيتهم تتعدد وتتنوع مما يؤدي إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء، وهو ما دفع بالفقه والقضاء إلى البحث عن معيار آخر أكثر ملائمة وهو المعيار الموضوعي.

<sup>1</sup> - د. رابح محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول 2009.

<sup>2</sup> - عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 02، يونيو 1981، ص 40.

<sup>3</sup> - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1983، ص 753.

### ثانياً: المعيار الموضوعي

جاء هذا المعيار لتقويم ما بدى من سلبيات في المعيار السابق، ويقوم على أساس قيمة الواقعة نفسها وطبيعتها بصرف النظر عن التصريح بطلب الكتمان أو عنصر الثقة، ومن جملة التعاريف التي أوردها هذا الإتجاه :

أنه كل أمر وصل إلى علم الأمين ولو لم يدل به أحد إليه، كما لو وصل إليه صدفة، أو عن طريق الخبرة الفنية<sup>1</sup>، أو هو كل ما يعرفه الأمين أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته أو بسببها وكان في إفشائه ضرراً يلحق بالمريض أو بعائلته، إما لطبيعته أو الوقائع أو الظروف المحيطة بالموضوع<sup>2</sup>.

أنه كل ما يصل إلى علم من ائتمن عليه من معلومات أياً كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه، سواء حصل عليها من المريض نفسه أو إكتشفها بنفسه، ويفرض عليه الالتزام بالصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر، إلا في الحالات التي يرخص له فيها بالكشف أو الإفشاء<sup>3</sup>.

وعلى هذا تمتد الحماية القانونية للأسرار، حتى لمشروعات الاتفاقيات التي لم تنفذ بين المهني أو الموظف وصاحب السر، والمفاوضات التي لم تثمر بينهما، وبصفة عامة تنبسط حماية القانون، على كل مصالح العميل المالية والأدبية، حتى لو انتهت علاقته بالمهني أو الموظف، باعتبارها حق مقرر لمصلحة المريض<sup>4</sup>.

ونجد أن اقرب تعريف فقهي شامل للسر الطبي، ما أتى به الدكتور رايس محمد:

<sup>1</sup> - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، د ط، الجزائر 2005، ص 15.

<sup>2</sup> - نبيلة غضبان، المسؤولية الجنائية للطبيب، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 123.

<sup>3</sup> - زينب أحلووش بولحبال، المرجع السابق، ص 59-60.

<sup>4</sup> - ورد في نص حكم للدائرة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية " إن التزام القسم الطبي بهيئة التأمينات الاجتماعية بالحفاظ على السر الطبي، مقرر لمصلحة المريض، ولا يمكن التمسك به في مواجهته"، أنظر:

*Cass. Soc. 1 Mars 1972 ,D.1972, J 427 ,2e espèc ,Note max le roy, J.C.P 1972 ,6, p. 98*

أن السر الطبي هو كل ما تعرف عليه الطبيب أثناء وبسبب ممارسته لمهنته الطبية وبمناسبتها أيضا، وكذلك ما عهد به إليه المريض من معلومات أو خبر، وباح به له باعتباره طبيبا وليس رجلا عاديا، ويقع على هذا الأخير الالتزام بكتمان هذا السر، إلا في الحالات التي يرخص له القانون بالإفشاء به، إما اتفاقا وإما قانونا<sup>1</sup>. مع أن التزام الأمين بكتمان السر الطبي والحفاظ عليه لا يمنع المريض من الإطلاع على كل ما يتعلق بحالته الصحية والإطلاع على ملفه فالالتزام بالسر لا يعنيه<sup>2</sup>.

### ثالثا : تعريف السر الطبي بين التشريع والقضاء.

بالنسبة للتشريع، فبالرجوع إلى قانون العقوبات<sup>3</sup> وقانون حماية الصحة وترقيتها<sup>4</sup>، نجد أنها لم تضع تعريفا للسر الطبي، فالتشريعات لم تنص سوى على الالتزام بهذا السر والتأكيد عليه تباعا دون أن تؤكد متى يكون الأمر سرا ومن ثم يتعين المحافظة عليه، ومتى لا يكون سرا ويتحرر من الإفشاء، ولو أن قانون مدونة أخلاقيات مهنة الطب<sup>5</sup> حاولت تعريف السر الطبي في المادة 37 منه " يشمل السر الطبي كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال آدائه لمهنته"، مما يبدو منه أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموضوعي لما يوفره من حماية للأسرار الطبية، وهو تعريف شبيه بالتعريف الوارد في قانون اخلاقيات المهنة الطبية الفرنسي، الذي نص في المادة R4127-4 منه " أن السر يشمل كل ما تعرف عليه الطبيب أثناء ممارسة مهنته، بمعنى

<sup>1</sup> - د. رايس محمد، مرجع سابق، ص 249.

<sup>2</sup> - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 28،، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 05 فيفري 1981 أن : " أن تقدم المجني عليها في جريمة اغتصاب بشهادة طبية إلى المحكمة لغرض إثبات ما لحق بها من أضرار لا يمثل مخالفة لسر المهنة مادامت هي صاحبة السر" نقلا عن غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد أمام الموظف العام، د ط، د د ن، 1988، ص 148.

<sup>3</sup> - أمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري وتعديلاته.

<sup>4</sup> - قانون رقم 85-06 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها وتعديلاته.

<sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يونيو 1992 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب، ج ر العدد 52

بتاريخ 08 يوليو 1992.

ليس ما تحصل عليه من معلومات فقط ولكن أيضا ما رأى وما سمع أو فهم" <sup>1</sup>، وإن كان يسجل على هذان التعريفان نظرتهما الى السر الطبي من زاوية النطاق على حساب التجزئة، مما يجعل الواقعة السرية تتسع لتشمل ما هو ليس بسر حقيقة، وهذا من شأنه إرهاب كاهل الطبيب بمسؤوليات لا طائل منها، قد تؤدي الى الإرتباك أو الإحجام عن المهنة.

لكن عمليا يمكن القول أنه حتى ولو أرادت هذه التشريعات أن تفعل ذلك لما استطاعت، هذا لأن السر الطبي يعتبر من الأمور الغامضة التي لا يمكن تحديد مفهومها، فهو مسألة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، وطبيعة الوقائع والأحداث <sup>2</sup>.

أما بالنسبة للقضاء، فقد ظهر في حكم قضائي فرنسي تعريف مؤداه أنه "كل ما يعهد به على أنه سر" متبعا في ذلك حرفية نص المادة 378 من ق. ع. ف، دون الأخذ بعين الإعتبار قصد المشرع <sup>3</sup>. لكن لم يكن بوسع هذا المفهوم أن يضمن حماية عادلة تستغرق كل الأسرار، فكثير منها يصل إلى المؤتمن بغير أن يعهد بها إليه، لذلك اقتضت الضرورة البحث عن مفهوم أوسع و أشمل، فعدل القضاء الفرنسي مفهوم السر بأنه كل ما يصل علم الطبيب بمناسبة ممارسة مهنته <sup>4</sup>، وصدر حكم محكمة السين الذي قضت فيه انه في ما عدى الحالات التي نص عليها القانون، لا يجوز للطبيب أن يذكر شيء عن نوع المرض أي كان، فالفحص الطبي بكل ما يتمخض عنه من نتائج وما يحيط به من ملبسات هو سر بطبيعته ولا يجوز أن يترك للطبيب في هذا الشأن تقرير بما يصح إفشاؤه وما يجب كتمانها، إذ هو لا يستطيع أن يتبأ مقدما بما يترتب على الإفشاء من أثار بالنسبة للمريض <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> القرار رقم 802-2004 المؤرخ في 29 جويلية 2004، المعدل لقانون اخلاقيات مهنة الطب الفرنسي رقم 95-1000 ، على الموقع

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=28B6A9BF23028D85BA8BDF57B6BABB1C.tpdila10v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160206](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=28B6A9BF23028D85BA8BDF57B6BABB1C.tpdila10v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006196408&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160206)

<sup>2</sup> - عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص40.

<sup>3</sup> - بومدان عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، 2011، ص18.

<sup>4</sup> - Cass. crim., 8 mai 1947, Decraene JCP 1948, II, 4141, note Legal.

<sup>5</sup> - د.عبد الراضي محمد هاشم عبد الله. المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1924، ص324.

خاتمة القول، ومن خلال كل هذه التعاريف التي ركز فيها أنصار **المعيار الشخصي** على عنصري الإفشاء وطلب الكتمان في اعتبار الواقعة سرية، متجاهلين بذلك أن الأمين على السر يملك خبرة فنية أكثر من صاحب السر، تجعله يصل إلى أسرار عميله قبله ودون إرادته، مما يرفع الحماية عن أكثر الأسرار تأثيراً، وكذا أنصار **المعيار الموضوعي** الذين وسعوا مجال السر الطبي ليشمل كل الوقائع والأحداث التي يعد المريض طرفاً فيها، وبذلك يمتد ليشمل من الوقائع ما قد لا تكون جديرة بالكتمان ولا تنطوي على أي مصلحة للمريض، مما يثقل كاهل الأطباء بالتزامات مضافة إلى التزاماتهم الأصلية و في حقيقة الأمر أنهم في غنى عنها، ومن خلال اتجاه القضاء لتبني **المعيار الموضوعي** في اعتبار الواقعة سرية بعدما ثبت عجز المعيار الشخصي عن توفير حماية كافية للأسرار، يمكن الوصول إلى تعريف السر الطبي أنه تلك الواقعة التي يحرص المريض على إخفائها كونها تتعلق بمصلحته، والتي وصلت إلى علم الممارس للمهنة الطبية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة طالما، وصلت إليه بمناسبة أدائه للمهنة.

ومن الضروري أن نميز بين السر الطبي والالتزام بحفظ هذا السر لما في هذا التمييز من أثر، فالسر الطبي هو كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك، سواء تلك التي حصل عليها بنفسه أو ما باح له المريض بمناسبة ممارسته للمهنة، فهو إذن مجموعة الوقائع التي تخص المريض، أما الالتزام بحفظ هذا السر هو الذي يفرض على الطبيب أن يلوذ بالصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر<sup>1</sup>، فهو الذي يحقق عدم شيوخ هذه الوقائع لدى العامة، فإن كانت الأسرار هي مواضيع تشتمل على مجريات أحداث أو وقائع تتعلق بالأشخاص، فإن الالتزام بكتمان السر هو قيمة خلقية تجد أساسها في قوام شخصية الفرد وما تنطوي عليه من بعد إنساني وخلقى وقد تترجمها القاعدة القانونية بالنص عليه.

<sup>1</sup> - بومدان عبد القادر، المرجع السابق، ص 18.

## الفرع الثاني

### السر الطبي في دائرة السر المهني

لأن التطور التاريخي لمفهوم السر الطبي كان مرتبطاً بالسر المهني عموماً، فإن مفهوم السر الطبي لا يتأتى إلا من خلال البحث عن حدوده داخل دائرة السر المهني، مما يستوجب تعريف السر المهني (بند أول)، و التفرقة إلى المعيار الموحد بينهما المتمثل في ما يرتبه الإفشاء من أنواع مسؤولية (بند ثاني)، ثم عرض ما يختص به السر الطبي عن بقية الأسرار أي العمل الطبي كمعيار خصوصية (بند ثالث).

#### البند الأول : تعريف السر المهني ومكانته بين الأسرار

كثيرة هي الوقائع في حياة كل فرد، لكن لمعرفة أي منها يعتبر من طائفة الأسرار المهنية، وجب علينا التفرقة للتعريف الفقهي للسر المهني، ثم نحاول من خلال تعداد هذه الأسرار تحديد مكانة السر المهني من بينها.

#### أولاً: التعريف الفقهي للسر المهني

في غياب تعريف قانوني أو قضائي له، اختلف الفقه في صياغة تعريف موحد للسر المهني، فمنهم من يصوغ ذلك بالنظر إلى إرادة صاحب السر باعتبارها هي التي تحدد الواقعة السرية عن غيرها، ومن ذلك نجد تعريف مجمع الفقه الإسلامي: بأنه كل ما يفضي به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه قبل أو بعد، ويشمل ما حفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضي بكتمانها، كما يشمل عيوب الإنسان وخصوصياته التي يكره أن يطلع عليها الناس<sup>1</sup>، وبعض الفقه الفرنسي الذي عرفه بأنه: كل أمر يعهد إلى ذي مهنة ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - البند الأول من قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 79 / 10/08 بشأن السر في المهن الطبية، المؤتمر الثامن ببيروني دار السلام من 21 إلى 27 يونيو 1993.

<sup>2</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 18.

واتجه بعض الفقهاء إلى وضع تعريف للسر المهني على أساس الضرر، فقالوا أنه: أمر ما يتعلق بشخص المرء ويمس الدائرة الشفوية الحساسة في نفسه بحيث يكون في البوح به حرج كبير<sup>1</sup>، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذا الرأي وطبق معيار الضرر في بعض أحكامه متخذاً منه ضابطاً لتعيين ما يعد سراً<sup>2</sup>، لكن سرعان ما تخلى عن هذا الرأي لأن الضرر يصعب تقديره أو احتمال حدوثه، فقد يتحقق الإفشاء دون تحقق الضرر، لذلك فالمشرع يعاقب على إفشاء السر ولو كان مفيداً أو مشرفاً لصاحبه<sup>3</sup>.

وظهر رأي فقهي ثالث يعرف السر على أساس وجود مصلحة مشروعة لصاحبه في كتمانها، فالدكتورة فوزية عبد الستار تعرف السر المهني على أنه: " الواقعة تعد سرا إذا كانت هناك مصلحة يعترف بها القانون في حصر العلم بها في شخص أو أشخاص محددين"<sup>4</sup>، مثلما نجده قد عرف " بأنه واقعة أو صفة يتحصل نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كان ثمة مصلحة يعترف بها النظام لشخص أو أكثر، يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق"<sup>5</sup>. ويؤدي تطبيق ضابط المصلحة المشروعة إلى اعتبار الواقعة سرا طالما وجدت مصلحة لشخص ما في عدم إفشائها<sup>6</sup>.

من خلال هذه التعاريف يتضح أن السر المهني هو ما وصل الى علم المؤتمن بمناسبة اداء مهنته، من معلومة تدخل في اطار المهنة أو خارجها، مادامت تحوز قيمة تستوجب كتمانها استجابة لرغبة صاحبها.

<sup>1</sup> - د. رمسيس بهنام، مذكرات في القسم الخاص من قانون العقوبات، مطبعة إتحاد الجامعات، القاهرة، 1995، ص243.

<sup>2</sup> - M.ROUSSELET & M.MARTIN, Droit pénal spécial, 7eme éd. Sirey, Paris, 1969, p 459.

<sup>3</sup> - د. أحمد فاروق زاهر، الحماية الجنائية للأسرار، مجلة الشريعة والقانون، عدد 58، أبريل 2014، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 111.

<sup>4</sup> - د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط02، 2012، ص 707.

<sup>5</sup> - د. سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص316.

<sup>6</sup> - د. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 62.

### ثانياً: مكانة السر المهني بين الأسرار

ينقسم السر بمفهومه الواسع إلى أسرار عامة وأسرار خاصة، تشمل الأسرار العامة ما تعلق من مصالح الدولة العليا كالأسرار الإقتصادية والصناعية والدفاعية وكل ما تعلق بالشخصية المعنوية للدولة، في حين أن الأسرار الخاصة تنقسم إلى أسرار النفس وأسرار الغير، فإذا كانت أسرار النفس هي الأسرار التي يعرفها صاحب السر فقط، ولا يطلع عليها غيره، فإن أسرار الغير هي الأسرار التي يتجاوز العلم بها صاحب السر إلى فرد أو أكثر، وتنشأ من خلال الإحتكاك والمعاملة بين الناس، ويمكن تقسيمها باعتبار الحصول عليها وفق مجموعات:

- **الأسرار العائلية:** وهي الأسرار التي تخص الأسرة، و أفرادها هم مصدر الحصول عليها.
- **الأسرار الإجتماعية:** وهي الأسرار التي يخص مواضيعها أفراد من المجتمع، ويتم الحصول عليها عن طريق الإحتكاك بالمجتمع وأشكاله المتعددة من صداقة وتآخي وغيرها من الروابط الاجتماعية.
- **الأسرار المهنية:** وهي الأسرار التي يحصل عليها عن طريق مزاوله مهنة، كالتبيب والمحامي والمصرفي، لذلك فقد يشمل موضوعها الأسرار العائلية والاجتماعية معاً، فرغم أن الأسرار المهنية يخص مواضيعها أفراد من المجتمع، إلا أنها تختلف عن الأسرار الاجتماعية في كيفية الحصول عليها، فإذا كانت هذه الأخيرة تؤسس على قيم أخلاقية تجعل صاحب السر يثق تلقائياً في من اودعه السر، وبإفشائها تسقط ثقة المودع في شخص من اودعه سره، فإن الأسرار المهنية تؤسس على حاجة العميل لصاحب المهنة وما يجد في نفسه من ثقة اتجاه هذه المهنة، وأن هذه الصفة هي من خولت له الحصول على المعلومة، وبمجرد حصول افشائها فان ثقة المودع في المهنة ستهتز، وعلى هذا الأساس تدخل المشرع لفرض حماية خاصة لهذا النوع من الأسرار على أساس أن افشاء السر المهني يضر بسمعة المهنة والعلاقات الاجتماعية للمجتمع معاً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر بوقفة أحمد، إفشاء سر المريض، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 84.



### البند الثاني : المسؤولية كمعيار موحد

إن السر الطبي لا يختلف عن غيره من الأسرار المهنية كلما نظرنا الى ما يترتب عن إفشائه من مسؤولية جنائية أو مدنية، أو تأديبية.

### أولاً: المسؤولية الجنائية

اتجه بعض الفقه الى القول ان السر المهني يبرر حماية المصلحة الشخصية للعميل، هذه المصلحة الخاصة تحقق في نفس الوقت المصلحة العامة التي توطد دعم الثقة في الممارسة السليمة لبعض الوظائف والمهن<sup>1</sup>، ومن المعروف أن القانون الجنائي هو أكثر الوسائل فاعلية في تحقيق هذه الحماية<sup>2</sup>.

تتحقق المسؤولية الجنائية عندما يرتكب الشخص فعلاً يشكل جرماً يعاقب عليه القانون، فلا عقوبة إلا بنص، وهي تقوم على أساس أن فعل الشخص سبب ضرر أصاب المجتمع، ولأن هذه المسؤولية لا تنهض إلا بوجود خطأ بمعناه العام يتمثل في الجريمة، فهذا يعني أن المسؤولية بدورها تخضع لمبدأ الشرعية لأنها تتقرر وفقاً لمتطلبات التجريم المنصوص عليها في القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الجزاء هو الآخر يخضع لمبدأ الشرعية مما يعني أن العقوبة لا يمكن فرضها ما لم تكن مستندة إلى إثبات المسؤولية بحق الجاني وفقاً للقانون، وبهذا فإن شرعية الجزاء مرتبطة بشرعية المسؤولية<sup>3</sup>.

ينظر إلى تكون الجريمة في المسؤولية الجنائية على أساس توفر الركن المادي والركن المعنوي أو القصد الجنائي، فالركن المادي في جريمة إفشاء السر المهني هو فعل الإفشاء أما الركن المعنوي فهو العمد وقصد الإضرار، وفي إطار التشريعات المقارنة، فإن جريمة إفشاء الأسرار عمدية<sup>4</sup>، ومن ثم يتخذ ركنها صورة القصد، فيجب أن يتوافر قصد

<sup>1</sup> - بومدان عبد القادر، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> - د. عبد الرحيم صدقي، الأسرار المهنية في القانون الجنائي، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، على لموقع <http://www.droitentreprise.org/web/?p=1620>

<sup>3</sup> - د. جمال ابراهيم الحيدري، أحكام المسؤولية الجنائية، الطبعة الأولى، 2010، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد، ص 28

<sup>4</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 18.

الجاني، وعدم العقاب على هذه الجريمة معروف عموماً عندما تكون النتيجة قد حدثت بإهمال أو عدم احتراز<sup>1</sup>.

مبدأ حماية المجتمع هو ما ولد فكرة النظام العام التي لم تكن معروفة في القانون الفرنسي القديم، إلا أن القضاء الفرنسي طبقها بالنسبة للسر المهني، وبلغ بها مرحلة السر المطبق، أي أنه في كل مرة تعلق فيها السر المهني الطبي بالنظام العام اعتبر سرا مطلقاً، حتى أنه كان يعفي صراحة الطبيب الذي يخبره مريضه بدواخله الخاصة، والمحامي الذي يطلعه موكله على معلومات خاصة قد تؤدي بحياته إلى حبل المشنقة، والقسيس الذي يعترف له المسيحيين بما قد يستوجب المسائلة الجنائية من الإدلاء بأي شهادة قد تضر بأحد هؤلاء الأشخاص، مادام العلم بها كان بسبب ممارستهم لوظائفهم، لكن بعد قيام الثورة الفرنسية، كان المشرع الجنائي أمام موقفين متعارضين، هل يضحى بحرية الإنسان وأمنه واستقراره، أو بعقيده في سبيل كشف الحقيقة أمام العدالة الجنائية؟<sup>2</sup>، ووجد المهنيون أنفسهم في موقف غريب ومتناقض بين ما يمليه قانون العقوبات من عقوبة كشف السر في نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، في الوقت الذي يجرم قانون الإجراءات الجزائية كتم الأسرار عند الشهادة في المواد 80-157-198-315 منه، فكلاهما ينتهي إلى قيام المسؤولية الجزائية، هذا التناقض جعل من المشرع الفرنسي يتدخل لتدارك هذا الحرج حينما نص في المادة 109 من ق. إ. ج. ف على حتمية الإدلاء بالشهادة مع مراعاة التحفظ الوارد في المادة 378 من ق. ع. ف، أي مع مراعاة السر المهني، لتظهر بذلك بعض الاستثناءات الأخرى والتي سيأتي ذكرها لاحقاً في هذا البحث، كاستثناءات يجوز فيها الإدلاء به بقوة القانون، مما يستبعد قيام المسائلة عنها.

وعلى هذا الأساس فإن التزام الطبيب بعدم جواز إفشاء أي سر من أسرار المريض، قوامه ذلك التعارض بين البوح بالسر من جهة وحماية المصالح العامة للمجتمع من جهة أخرى، ويبرر هذا الرأي نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تقابلها المادة

<sup>1</sup> د. سعيد عبد اللطيف حسن، الحماية الجنائية للسرية المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، ص 328.

<sup>2</sup> غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص 150.

301 من قانون العقوبات الجزائري، حيث فرض المشرع عقوبة الحبس والغرامة المالية كلما أذيع سر من طرف مهني، لأن هذا الإفشاء يعرض المصلحة الاجتماعية للمجتمع للإعتداء<sup>1</sup>.

ونافذة القول أن المسؤولية الجنائية تعد قاسما مشتركا يجمع بين إفشاء الأسرار المهنية، وأن القصد الجنائي هو ما يضع المؤتمن على السر تحت طائلة العقاب الذي تفرضه هذه المسؤولية، فإذا انتفى فإنه لا يمنع قيام المسؤولية المدنية أو التأديبية عن إفشاء السر المهني طالما كان الخطأ متحقق<sup>2</sup>.

### ثانيا: المسؤولية المدنية

تتحقق المسؤولية المدنية عند إخلال المدين بالتزام يقع على عاتقه، ويترتب على هذا الإخلال ضرر أصاب الغير، مثل امتاع البائع عن تسليم الشيء المبيع محل العقد، وتنقسم المسؤولية المدنية بدورها الى نوعين ، مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وذلك على أساس أن المسؤولية المدنية هي التزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق، وهذا الالتزام إما أن يكون مصدره العقد إن وقع إخلال به أو أن الالتزام يجد سنده في نصوص القانون فتقوم حينها المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الشيء<sup>3</sup>.

وكان هذا التفرع للمسؤولية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية محل جدل فقهي كبير، وفي ذلك استند أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية إلى الإختلاف الموجود بين أحكام كل من هذين النوعين من المسؤولية في مسائل مختلفة منها: الأهلية، الإعذار، الإثبات، التضامن، التعويض، التقادم والإعفاء من المسؤولية، ، فالفقيه عبد الرزاق احمد

<sup>1</sup> - أنظر في ذلك بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص41.

<sup>2</sup> - ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الجنايات بالمحكمة العليا في الجزائر رقم 297025 بتاريخ 2004/04/27 ثبوت الخطأ المدني يترتب المسؤولية المدنية حتى ولو استفاد المتهم البراءة في الدعوى الجزائية .

<sup>3</sup> - بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص

السنهوري اتجه الى القول بأن المسؤولية العقدية تقابل المسؤولية التقصيرية، فالأولى جزاء العقد والثانية جزاء الفعل الغير مشروع<sup>1</sup>.

بينما اتجه رأي أنصار وحدة المسؤوليتين كسافيني وبلانيول وريبير والذين يعتبرون أن أساس المسؤولية واحد، الى القول أنه لا يوجد فرق جوهري يدفع للتفرقة ، فهي تقوم حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانونا أو اتفاقا، والجزاء هو تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، فالمسؤوليتين لا تختلفان من حيث الأساس ولا من حيث الأحكام، والفروق بينهما غير جوهري<sup>2</sup> . فالالتزام الأصلي الناشئ عن العقد ينقضي بهلاك محله أو استحالة محله بسبب خطأ المدين، وأن الالتزام بالتعويض ليس هو الالتزام الأصلي الذي رتبه العقد، بل هو التزام رتبه القانون، وتكون المادة 1382 مدني فرنسي التي تقابلها المادة 124 مدني جزائري هي مصدر هذا الالتزام القانوني، وعلى العموم يكون القانون هو مصدر هذا الالتزام الثانوي أي الالتزام بالتعويض كجزاء للإخلال بالالتزامات الأولى الناشئة عن العقد أو عن القانون، ويعد كل إخلال بالتزام - عقدي أو قانوني - من قبل المدين أو الغير جريمة أو شبه جريمة مدنية يترتب عنها مسؤولية من نوع واحد.

وعلى غرار ذلك، اتجه رأي ثالث في الفقه الى ضرورة التفرقة بين المسؤوليتين بالنظر الى خصوصية وانفراد احكام كل منهما، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذه الازدواجية لا تتال من طبيعة ووحدة المسؤولية كنظام مستقل في حد ذاته، فلا وجود لمسؤوليتين إنما هو وجود لنظامين قانونيين فقط، فكلاهما يقوم على نفس الأركان، خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ج الأول، دار النشر للجامعات المصرية 1952، ص 424، 509، 733.

<sup>2</sup> - د علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص2.

<sup>3</sup> - أنظر بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة نيل شهادة الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، دفعة 2011/2012. ص 22 الى 24.

وإذا كان يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام التعويض المقرر في ذمة المسؤول عن الالتزام جزاء للإخلال به، فإنه من الإشكالات التي واجهت تطبيق قواعد المسؤولية المدنية ذلك الاختلاف بين الشخص العادي والمهني، والذي حتم ظهور مفهوم المسؤولية المهنية بغية إضفاء مرونة في تطبيق قواعد المسؤولية المدنية على المهنيين بمقدار ذلك التمييز الذي يحوزونه، فالعميل لم يكن ليقبل على المهني سوى لذلك التمييز الذي ينفرد به عن الشخص العادي باعتباره صاحب خبرة وأكثر دراية، لذلك تقدير الخطأ لديهما يختلف، لأن خطأ الشخص العادي حتما لا يقاس بخطأ المهني، فإذا كان سلوك الرجل العادي هو معيار قيام الخطأ العادي، فإنه في قيام الخطأ المهني يستوجب القياس بسلوك اوسطهم من نفس المهنة، أي أنه معيار فني دقيق الوصف يرتبط بما استقرت عليه أصول الفن العائدة لمهنته.

وهذا ما يجعل من طبيعة الالتزام تختلف بالنسبة اليهما، فما قد يكون التزام ببذل عناية لدى الشخص العادي قد يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة لدى المهني، وهذا الفرق نلاحظه أيضا لدى طائفة المهنيين بين مهنة وأخرى، فالالتزام المقاول بالبناء هو التزم بتحقيق نتيجة اما التزم الطبيب بعلاج المريض فهو التزم ببذل عناية<sup>1</sup>.

ويتفق السر المهني من ناحية قيام المسؤولية المدنية حال الإخلال بالالتزام كتمانها، فعيادات الأطباء كمكاتب المحاماة تعتبر مستودعا لأسرار المرضى والعلماء والزبائن، ولأن العميل أو المريض يبوح بأسراره للطبيب في عيادته نظرا لوجود الثقة التي يضعها في الطبيب، وفي المقابل هو يتمنى أن يحفظ سره و لا يذاع الى العيان، من اجل الحفاظ على سمعته وكرامته<sup>2</sup>.

نصل الى القول أن المسؤولية المدنية عامل مشترك بين الاسرار المهنية، الغاية منها الوصول الى جبر الضرر الحاصل وفقا لمقتضيات نص المادة 124 من القانون المدني، وليس توقيع الجزاء، وتقدير التعويض يكون بحجم ما نشأ من الضرر.

<sup>1</sup> - بختاوي سعاد، المرجع السابق، ص 194 الى 196.

<sup>2</sup> - د. محمد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن ، ص76.

### ثالثا: المسؤولية الإدارية (المسائلة التأديبية)

إن ممارسة أي مهنة تقوم على جانبين، جانب مادي هو الأعمال التي يقوم بها صاحب المهنة، وجانب معنوي هو أخلاقيات المهنة، والتي يقصد بها مجموعة الواجبات الأدبية والإنسانية التي تملئها المهنة على المشتغلين بها. وبعض هذه الواجبات الأدبية تصبح من سلوكيات وآداب المهنة الثابتة، وبعضها ما يكتسب حماية القانون ويضفي عليها إلزام قانوني، فيعاقب عليها القانون الجنائي وقانون المهنة معا<sup>1</sup>.

عهد المشرع الى الإدارة كجهة مسؤولة، الى المبادرة بتوقيع جزاءات تهدف الى تقويم سلوك الموظف بهدف الوصول الى السير الحسن للمرفق، خاصة مع تطور وظائف الدولة الحديثة التي سادها مذهب التدخل في كل الميادين<sup>2</sup>، بما في ذلك تنظيم المهن الحرة وبالأخص تلك التي تملك بعدا اجتماعيا أكثر منه اقتصاديا، فيقنن بالشراكة مع أصحاب هذه المهن لوائح تنظيمية، ومن أمثلة ذلك مدونة أخلاق الطب، ومدونة أخلاق مهنة المحاماة، وغيرها ممن دأبت الدول على إدراجها ضمن منظومتها القانونية، حيث تؤسس لهذا الغرض مجالس وطنية وجهوية من مجموع المهنيين المنتخبين وكذا المعينين من طرف الإدارة، لبيسط الرقابة على مدى الالتزام بأخلاق المهنة، والنظر في الدعاوى التأديبية.

يحتل السر المهني مكانة هامة في القواعد المنظمة للمهن التي تفرض قيام المسائلة التأديبية حال إفشائه بغض النظر عن قيام المسؤولية الجزائية والمدنية أو خلالهما، تتمثل العقوبات التأديبية للطبيب المفشي للسر الطبي في التوبيخ والإنذار، وتوقعها المجالس الجهوية و الوطنية لأخلاقيات المهنة، أما العقوبات الأشد كالفصل من المهنة فتتفرعها هذه المجالس على السلطة الإدارية، والتي لها صلاحية إصدارها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أمجد حمدان الجهني، غسيل الأموال وأثره على السرية المصرفية، مقال منشور في موقع مركز الدراسات القضائية التخصصية، عمان، 2003، منشور على الموقع <http://www.cojss.com/replay.php?a=180>.

<sup>2</sup> - أنظر مخلوفي مليكة، رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 09.

<sup>3</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 12.

### البند الثالث : العمل الطبي كمعيار خصوصية

إذا كان السر الطبي يتفق في الكثير من العموميات مع السر المهني، فإن السر الطبي يتميز عن باقي الأسرار المهنية بطبيعة المهنة التي يقوم عليها وما يفترض أن تمنحه من ثقة وأمان<sup>1</sup>، وفي ذلك قيل أن السر المهني هو حجر الزاوية التي شيدت عليها الأخلاق الطبية<sup>2</sup>، وعلى حجم هذا الارتباط الوثيق للسر الطبي بالعمل الطبي، ينبغي الوصول الى تحديد مفهوم العمل الطبي، من خلال التطرق إلى تعريفه الفقهي والقضائي، ثم البحث في مشروعية العمل الطبي، وأخيرا البحث في مركز المريض في إختيار العلاج أو المعالج.

### أولا: التعريف الفقهي والقضائي للعمل الطبي

لم تضع التشريعات التي نظمت المهن الطبية تعريفا للعمل الطبي، وإنما تصدى لهذه المهمة الفقه الذي عرفه جانب منه بأنه " ذلك النشاط الذي يمارسه شخص متخصص لشفاء الغير ويشمل مرحلة العلاج"<sup>3</sup>، ويلاحظ على هذا التعريف ترجمته للمفهوم التقليدي للعمل الطبي الذي كان في وقت ما يقتصر على مرحلة العلاج فقط بعد عرض المريض على أطباء أو شيوخ حيث تستعمل وسائل بدائية في العلاج فلم يكن العمل الطبي دقيقا بصورته الحالية.

أما في ضوء التطور العلمي المذهل في مجال العلوم الطبية، واكتشاف العديد من الاجهزة الطبية المتطورة التي تسهم في العلاج الى جانب تجزء المهنة عن طريق التخصص المهني، فإن من الفقه من عرف العمل الطبي بانه "كل نشاط يتوقف على كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر الى شفاء المريض"<sup>4</sup>، مثلما عرفه آخرون انه "كل نشاط يرد على جسم الانسان أو نفسه،

<sup>1</sup> - أنظر د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب والجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا، جنائيا، إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 314.

<sup>2</sup> - رايmond فلاي، ذكره بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 102،

<sup>3</sup> - انظر د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، مسؤولية الاطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرقق والعدري في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مركز الدلتا للطباعة، القاهرة، مصر، سنة 1991 ص 175.

<sup>4</sup> - انظر د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الاول، عمان، الاردن، سنة 1998، ص 05.

ويتفق في طبيعته وكيفية مباشرته مع الاصول العلمية، والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب"<sup>1</sup>.

أما التعريف القضائي للعمل الطبي، فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت أنه: "يعد مرتكبا لجريمة الممارسة الغير مشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصا بذلك"<sup>2</sup>، وهي بذلك قد حددت المهنة بوجود ترخيص بممارستها، بما يعني أن وصف العمل الطبي يرتبط اساسا بوجود هذا الترخيص، فإن محكمة التمييز الاردنية في حكم لها قد توسعت فيما يمكن ان يشمله العمل الطبي من نشاط ، اذ قضت ان "العاهة التي اصيبت بها ابنة المدعي نتجت عن كسر في الرقبة لم يتم علاجه في اوانه بسبب عدم فحص وتصوير رقبة المصابة وتشخيص الكسر عند دخولها المستشفى رغم ان حالتها تشير الى وجود مثل هذا الكسر مما يدل على ان الطبيب لم يبذل العناية اللازمة وفقا للأصول المقرره في مهنة الطب"<sup>3</sup>.

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف ان العمل الطبي في الماضي كان بدائيا يقتصر على وصف العلاج بصورة عشوائية غير دقيقة، الا انه وبعد التطور الكبير في الطب واكتشافات الاجهزة، فان العمل الطبي توسع ليشمل المراحل العلاجية كافة، منذ دخول المريض العيادة، ويشمل الفحص والتشخيص وتحرير الوصفات<sup>4</sup>، واستعمال الوسائل والآلات المتاحة المسموح بها طبيا وفق الاصول المهنية، وكذلك متابعة المريض ورعايته من قبل طاقم التمريض والمستشفى بعد العلاج، كما ويشمل الاستشارات الطبية من قبل اخصائيين معروفين في مجال الطب والفحوصات المخبرية والشعاعية وغيرها.

<sup>1</sup> - انظر د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، نفس المرجع، ص176.

<sup>2</sup> - *Crim 20 Juin 1929 B.C1929 N°172*

<sup>3</sup> - قرار محكمة التمييز الاردنية رقم 1990/1246 تاريخ 1991/05/12 ، اشار اليه الدكتور احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التامين عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخطاء الطبية، ط01، دار وائل للنشر ، 2012، ص 46.

<sup>4</sup> - يسأل الطبيب في وصف الدواء عن تحرير الوصفة إذا تخلف منها شرطا من الشروط اللازمة، أنظر ملهاق فضيلة، مسؤولية الطبيب الجزائرية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري، مجلة نشرة القضاء، عدد 85، الجزائر، سنة 2006، ص 127 إلى 130.



### ثانيا: مشروعية العمل الطبي

إن حماية الانسان من حماية المجتمع، لذلك فان حق الانسان في سلامة جسمه من الحقوق المقررة دوليا ودستوريا، ففي الجزائر نصت المادة 56 من دستور 1996 على: " الرعاية الصحية حق للمواطنين، تتكفل الدولة بالوقاية من الامراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها"<sup>1</sup>، أما في فرنسا فقد حملت ديباجة الدستور الفرنسي لسنة 1946 "تضمن الامة لكل خاصة للطفل وللأم، للعامل حماية الصحة"<sup>2</sup>.

وحرمة الجسد هي ما اثارته الكثير من الجدل والنقاش في التكييف القانوني لمشروعية العمل الطبي، اذ يرى البعض ان القيام بالعمل الطبي كحق مقرر في القانون يحقق مصلحة اجتماعية تعلق على تلك التي اعتبرتها محلا للتجريم، وهذه المصلحة يكفلها القانون<sup>3</sup>، على ان جانب اخر يرى ان حماية جسم المريض اجدر بالرعاية من ان يترك عليا، لذلك لابد من التدخل الطبي درء لأذى المرض على المريض<sup>4</sup>.

وقد طرح الفقه العديد من النظريات كأساس قانوني لمشروعية العمل الطبي:

#### 1- حالة الضرورة كأساس للمشروعية

إن الطبيب والإطارات الفنية يقومون بوظيفة اجتماعية اتجاها المجتمع بشكل عام، لذلك حرص المشرع على تأكيد مسؤوليتهم في الحالات الفردية للمرضى أو الحالات الاستثنائية كانتشار بعض الأوبئة.

فالتبيب لا يعد مرتكبا لفعل جرمي اذا هو باشر العمل الطبي، ولو ترتب على قيامه بعمله فقدان المريض احد اعضائه، اذا كان ترك هذا العضو سوف يعرضه للموت ان لم

<sup>1</sup> - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

<sup>2</sup> - ANGELO castelletta, *Responsabilité médicale droits des malades*, Dalloz 2002 Paris. P.16

<sup>3</sup> - د محمود عبد العزيز الزيني، مرجع سابق، ص 179.

<sup>4</sup> - د . السيد جاد، الوجيز في مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، القاهرة، مصر، سنة 1984، ص108.

يعالج أو ييتر، لأن فقدان عضو أفضل من الموت ، فموقفه يشبه موقف المدافع عن شخص تعرض لاعتداء<sup>1</sup>.

حتى أن حالة الضرورة تم اعتبارها استثناء يرد على وجود رضى المريض، خاصة لما يتعلق الامر بالحالات المستعجلة أو انتشار الاوبئة، فالأطباء يقومون بأعمالهم الطبية كإعطاء المطاعيم والامصال للوقاية بناء على حالة الضرورة واداء الواجب<sup>2</sup>.

### 2- رضا المريض كأساس للمشروعية

يذهب بعض شراح القانون الى ان الأساس القانوني للعمل الطبي الذي بموجبه يعفى الطبيب والفنيين من المسؤولية هو رضا المريض<sup>3</sup>، فالرضا يعبر عن وجود عقد بين المريض والطبيب ينشئ بموجبه التزاما على عاتق الطبيب بأداء العلاج مقابل الأجر، لذلك فهو عنصر مهم لنفي المسؤولية عنه بالنظر الى الخصوصية التي تطبع العمل الطبي، مثلما ان رضى المريض يعني تنازله عن الحصانة التي يقرها القانون لجسمه، فتتلاشى بذلك عن العمل الطبي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون فيغدو بذلك عملا مباحا<sup>4</sup>.

ونجد القانون الفرنسي قد نص صراحة على ضرورة احترام ارادة المريض كأصل عام، وإن تعذر اخذ رأيه يؤخذ رأي أقاربه أو ممثله القانوني عدا حالتى الاستعجال والاستحالة، فنجد ان المادة 4-1111 الفقرة 4 من قانون 04 مارس 2002 تنص على "إذا كان الشخص لا يستطيع أن يعبر عن إرادته، لا يمكن أن يجرى له أي تدخل طبي أو استقصاء، الا في الحالات الاستعجالية، أو عند استحالة إعلام الشخص الذي يثق فيه،

<sup>1</sup> - د. السيد جاد، نفس المرجع، ص 101.

<sup>2</sup> - تنص المادة 29 من ق. ح. ص. ت 85-05: "تلزم جميع أجهزة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات والسكان بتطبيق تدابير النقاوة والنظافة، ومحاربة الأمراض الوبائية، ومكافحة تلوث المحيط وتطهير ظروف العمل، والوقاية العامة".

<sup>3</sup> - انظر موقف علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 01، 1998، ص38.

<sup>4</sup> - د محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العليا، القاهرة، مصر، سنة 1962، ص30.

أو العائلة، أو أحد الأقارب في حالة غيابهم<sup>1</sup>، وذهب أبعد من ذلك حين قرر كأستثناء الخروج عن إرادة الوصي من أجل تحقيق مصلحة القاصر، لما أورد في الفقرة 5 من نفس المادة " إذا كان رفض العلاج من قبل الوصي قد يؤدي إلى عواقب خطيرة بالنسبة لصحة القاصر، على الطبيب أن يقوم بالعلاج فوراً".

بينما نجد أن القانون المصري لم ينص صراحة على حصول الطبيب على رضا المريض، وإنما يستفاد ذلك من القواعد العامة<sup>2</sup>.

أما التشريع الجزائري، فقد أخذ برضى المريض كمبدأ يجد قاعدته في نص المادة 40 و42 من القانون المدني<sup>3</sup>، فنصت الفقرة الأولى من المادة 154 من قانون الصحة " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك"، ويتضح من أحكام هذه المادة أن المشرع بعد تبنيه لشرط موافقة المريض وسع مجال الحصول على رضى المريض باعتماده الوساطة كلما تعذر تعبير المريض شخصياً.

أ- موافقة المريض: يلاحظ على نص هذه المادة حرص المشرع في الحصول على رضى المريض بالدرجة الأولى باعتباره أصل عام، فمن البديهي أن يكون رضا المريض شخصياً متى كان أهلاً لإعطاء موافقته على العمل الطبي، إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة، بمعنى أن يكون راشداً ومتمتعاً بكامل قواه العقلية، لكون التمييز هو مناط الأهلية، وباستثناء بعض الأمراض العقلية كالعتة والجنون، لا ينال المرض عموماً من أهلية المريض الذي يستطيع قانوناً أن يعبر عن رضائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قانون حقوق المرضى الفرنسي رقم 303-2002 بتاريخ 04 مارس 2002، ج ر المؤرخة في 05 مارس 2002 على الموقع.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&categorieLien=id>

<sup>2</sup> - د. احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص55.

<sup>3</sup> - أنظر المواد 40، 42، من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1976 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005، ج.ر. 44، بتاريخ 26 يونيو 2005

<sup>4</sup> - علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، عدد 03،

ففي مجال الأعمال الطبية العادية، أي تلك التي لا تنطوي على مخاطر غير عادية، تكفي أن تكون موافقة المريض واحدة ولا تحتاج الى موافقة جديدة، أما في الاعمال الطبية التي قد تشكل خطرا جديا على المريض، فهي تتطلب موافقة جديدة في كل مرة يدخل العلاج مرحلة جديدة<sup>1</sup>، غير أن هناك حالات تستدعي موافقة من يمثل المريض.

### ب- موافقة ممثل المريض

يتضح من أحكام الفقرة الثانية من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن هناك ثلاث حالات تستدعي موافقة ممثل المريض وهي على التوالي: حالة القصر<sup>2</sup>، حالة المريض العاجز عن التمييز، وحالة المريض العاجز على التعبير عن الإرادة.

#### - حالة القصر

تتم الموافقة بالنسبة للقاصر الغير مميز، من قبل الأب و الأم أو الممثل الشرعي، وفقا لنص المادة 52 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، ومن قبل الطبيب نفسه استثناء بموجب نص المادة 53 منه<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للقاصر المميز، فكما أشار الأستاذ علي فيلالي أنه يمكن للطبيب الاكتفاء بموافقة هذا الأخير خاصة وأن المادة 83 من قانون الأسرة تقضي بنفاد التصرفات التي يقوم بها من بلغ سن التمييز دون سن الرشد إذا كانت نافعة<sup>4</sup>.

#### - حالة المريض العاجز عن التمييز

إذا كان القانون قد اهتم كثيرا بحالات فقد الأهلية بسبب السن أو الحالة العقلية، فإنه أهمل حالة انعدام الأهلية التي تنشأ عن فقدان الوعي بصورة مؤقتة، بسبب المرض أو

<sup>1</sup> - علي فيلالي، نفس المرجع، ص 46.

<sup>2</sup> - حدد القانون المدني سن الرشد بتسعة عشر سنة كاملة، واعتبر قاصرا غير مميز كل من لم يبلغ ثلاث عشر سنة، وقاصرا مميزا كل من جاوز ثلاث عشرة سنة ودون سن الرشد، أنظر المواد 40، 42، 43 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - تنص المادة 52 من قانون أخلاقيات الطب " يتعين على الطبيب المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم"، أما المادة 53 منه تنص على أنه " يجب أن يكون الطبيب حاميا لطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها".

<sup>4</sup> - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 54-55.

نتيجة لحادث أو تخدير، رغم أنها حالة يكون فيها المريض غير قادر على التمييز فلا يكون أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي المقترح<sup>1</sup>، وبالرجوع الى المادة 52 من قانون أخلاق الطب المشار اليها سابقا، نجدها تشترط موافقة الأولياء أو الممثل الشرعي.

### - حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته

إذا اجتمعت في المريض عاهتين الصم والبكم فإنه يتعذر عليه التعبير عن رضائه مع أن له القدرة على التمييز، فإذا كان نص المادة 80 من القانون المدني قد أجاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فإن المادة 52 من قانون أخلاق الطب اشترطت موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك.

أما عن شكلية الرضا، فنتم الموافقة على الأعمال الطبية عموما شفهيًا، فيجوز للمريض أو الشخص المخول له إبداء الموافقة أن يعبر عن موافقته بالطريقة التي يختارها، فقد يتم ذلك بالكلام، أو الإشارة أو أي طريقة أخرى توحى بالرغبة في إجراء العمل الطبي، إلا أن المشرع الجزائري أشار إلى أن هناك استثناءين يأخذ فيهما الرضا شكلا معينًا وهو الكتابة، وذلك في حالة انتزاع وزرع الأنسجة و الأجهزة البشرية بنص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وحالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي بنص المادة 168 من نفس القانون<sup>2</sup>.

يلتزم الطبيب بتحري رضا المريض والتأكد منه وفقا لما أكدت عليه المادة 44 من مدونة اخلاق الطب" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته موافقة حرة و متبصرة..."، والاستثناء في ذلك هو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 154 السالفة الذكر.. "يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن ارادتهم ويتعذر الحصول على رضاء الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب...".

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2000، ص 60.

<sup>2</sup> - داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع علوم قانونية اختصاص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2006/2005، ص 50.

### 3. الترخيص القانوني

إن أهم أساس لمشروعية العمل الطبي وإعفاء الطبيب ومن يساعده من المسؤولية هو القانون، فهو الذي يسمح لهذه الفئة بمزاولة عملها وفق الانظمة والتعليمات التي تصدرها الجهات الرسمية المختصة المستندة الى القانون الذي ينظم عمل الاطباء وغيرهم من الإطارات الفنية.

فالمشرع هو الذي يضيف المشروعية على الأعمال الطبية بالترخيص لهذه الفئة لممارسة عملها عندما تتوافر فيهم الشروط اللازمة لذلك، وهي الشروط المتمثلة في الإذن الذي يمنحه الوزير كشرط لممارسة المهنة، وإن كان المشرع المصري اعتمد على حيازة الإجازة كشرط للحصول على الترخيص<sup>1</sup>، فإن المشرع الفرنسي قد اشترط الحصول على إجازة في الطب مع التسجيل في نقابة الأطباء<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد أورد شروط ممارسة العمل الطبي في نص المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها:

" تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط الآتية:

<sup>1</sup> - تنص المادة 02 من قانون رقم 415 لسنة 1954 في شأن مزاولة مهنة الطب : " يقيد بسجل وزارة الصحة العمومية من كان حاصلًا على درجة بكالوريوس في الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية أو من كان حاصلًا على درجة أو دبلوم أجنبي معادلًا لها و جاز بنجاح الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة "، الوقائع المصرية الصادرة بتاريخ 22 يوليو 1954.

<sup>2</sup> - Article L4111-1 de C.S.P , Modifié par Ordonnance n°2009-1585 du 17 décembre 2009 - art. 2 : 'Nul ne peut exercer la profession de médecin, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme s'il n'est :

1° Titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné aux articles L. 4131-1, L. 4141-3 ou L. 4151-5 ; 2°.....

3°. Inscrit à un tableau de l'ordre des médecins, à un tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes ou à un tableau de l'ordre des sages-femmes, sous réserve des dispositions des articles L. 4112-6 et L. 4112-7'.

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=EBCEE6D46A057CAD8319F8530953860A.tpdila08v\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171263&cidTexte=LEGITEXT00006072665&dateTexte=20160206](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=EBCEE6D46A057CAD8319F8530953860A.tpdila08v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171263&cidTexte=LEGITEXT00006072665&dateTexte=20160206).

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية : دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.
- أن لا يكون مصاباً بعاهة أو بعلّة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

يضبط الترخيص مفهوم العمل الطبي في نظر القانون، لما فيه من خطورة على صحة وحياة الإنسان، ومن أجل الوصول الى حماية المجتمع من الممارسات الخطيرة التي قد تختفي تحت هذا الاسم، خاصة وأن المجتمع قد دأب منذ القدم على طلب العلاج، فعرف مايسمى بالطب الشعبي والطب البديل الى جانب الحجامّة والعشابين وغيرهم من مهن العلاج التي تعرف رواجاً هائلاً مقترنا بفوضى ناتجة عن عدم تقنينها، فهم يشغلون حيزاً كبيراً أمام ما يجدونه من تقبل اجتماعي<sup>1</sup>، الأمر الذي حذى ببعض الدول كالأردن مثلاً الى منحهم تراخيص خاصة من طرف السلطات البلدية<sup>2</sup>، في حين عمدت دول أخرى كالإمارات العربية المتحدة الى انشاء لجنة الطب البديل على مستوى وزارة الصحة تتكفل بالرقابة وبمنح

<sup>1</sup> - بلغت نسبة استخدام السكان للطب البديل في أفريقيا نسبة 80% و في دول العالم الثالث بين 60% إلى 90%. اما في الدول المتقدمة قد بلغت 70% في كندا، 42% في الولايات المتحدة الأمريكية، 38% في بلجيكا، و 75% في فرنسا، و 90% في ألمانيا، وفي الولايات المتحدة تم احصاء 427 مليون زيارة إلى ممارسي الطب البديل خلال سنة 1990 ازدادت إلى 628 مليون زيارة في سنة 1997م، في مقابل 385 مليون زيارة خلال العام ذاته إلى أطباء الرعاية الصحية الأولية، وتم إنفاق أكثر من 21 بليون دولار على هذه الزيارات في ذلك العام، بينما بلغت في سنة 2005 أكثر من 50 بليون دولار، علماً بأن 70% من هؤلاء المرضى لم يطلعوا طبيب العائلة على زيارتهم لممارسي الطب البديل، اما في الصين فيتم سنوياً علاج ما يقارب من 200 مليون مريض في مستشفيات الطب التقليدي وتشكل الأدوية العشبية 30% من مجمل سوق الدواء في العام، كما يمثل الطب البديل 40% من مجمل ميزانية الرعاية الصحية. المصدر: المكتب التنفيذي لمجلس وزراء الصحة لدول

التعاون، منشور على الموقع <http://sgh.org.sa/ar-sa>

<sup>2</sup> - أنظر قانون رخص المهن الأردني رقم 28 لسنة 1999، ج. ر عدد 4371 بتاريخ 1999/08/16.

تراخيص الممارسة بعد اجراءها امتحان تقييمي لأصحاب هذه المهن، على أن تتم الممارسة تحت إشراف اخصائيين طبيين معتمدين<sup>1</sup>.

وحال هذه الدول لا يختلف كثيرا عن حالة الجزائر التي عرفت انتشارا وتطورا مذهلا لهذا النوع من التطبيب، الى جانب دعاية اعلامية عن طريق قنوات تلفزيونية فضائية متخصصة، وإذ كان المشرع قد عهد الى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري ضمان ضبط سوق الدواء الوطنية والتسجيل والمصادقة على الأدوية وعمليات الإشهار<sup>2</sup>، فإنه قد أغفل تكيف العديد من طرق العلاج التقليدية والبديلة، دون أن يعتبرها من قبيل الأعمال الطبية التي تدخل في اختصاص وزارة الصحة.

ان خلاصة هذه النظريات المحددة لمشروعية العمل الطبي والتي سمت به من نطاق التجريم إلى مصاف الحقوق ليصبح بذلك سلوكا مباحا ومنظما، تترجم عمليا في تحديد الشروط اللازمة التي ينبغي توافرها في ممارسة العمل الطبي، والمتمثلة في وجوب الحصول على الترخيص القانوني، قصد العلاج، رضا المريض بالعلاج، واتباع الأصول العلمية المستقرة في الطب<sup>3</sup>.

### ثالثا: مركز المريض في اختيار طريقة العلاج والمعالج.

إذا كان المريض هو محور العمل الطبي والغاية من وجوده، إلا أن مركزه في الاختيار يختلف حين إقباله على المداواة، سواء في اختيار طريقة العلاج أو في اختيار المعالج.

<sup>1</sup> - أنشأت لجنة تقييم الأفراد المترشحين لمهنة الطب البديل والطب التكميلي كلجنة تابعة لمكتب التنظيم والتراخيص والإعلانات بوزارة الصحة الاماراتية سنة 2002، بموجب قانون اتحادي رقم 5-1984 بتاريخ 18/03/1984 بشأن مزولة غير الأطباء والصيدالة لبعض المهن الطبية،

<sup>2</sup> - أنظر المادة 07 من قانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم لقانون 85-05 الخاص بترقية الصحة وحمائها، ج ر عدد 44 مؤرخة في 03 أوت 2008.

<sup>3</sup> - د. احمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص52.



## 1- في اختيار طريقة العلاج

إن طريقة العلاج تختلف حسب الغرض المقصود منه وطبيعة العلة واثارها، إذ أن هناك من الأمراض ما هو مستعصي أو مزمن يحتاج إلى المتابعة الدائمة وما هو في المتناول، مثلما أن هناك إصابات مستعجلة وأمراض معدية تستوجب تسخير الوسائل العامة لمحاربتها، إن هذا التعدد في طبيعة الأمراض - والذي قد يقابله إرهاقاً في تكاليف العلاج- يجعل من مركز المريض يختلف من حيث التعبير عن الرضا، فكلما كان الأمر متعلقاً بجراحة تجميلية أو معالجة أمراض يمكن متابعتها في أكثر من جهة، كان للمريض حق مباشرة العلاج من عدمه أو اختيار المصحة أو المعالج، وحتى للطريقة الملائمة له في تحصيل العلاج، أما إذا كان الأمر متعلقاً بأمراض معدية تهدد الصحة العامة فإن المريض قد يجد نفسه مجبراً على قبول العلاج جبراً وتناول أدوية وأمصال محددة مسبقاً دون رضاه، بالإضافة إلى أنه في حال فقدان الوعي أو التعبير عن الإرادة، فإنه يعالج من باب ما يفترض فيه من حاجة للحماية الصحية لا تحتمل التأجيل.

ونلمس في الطب النفسي والعقلي المجال الخصب للعلاجين، حيث يتميز مرضى هذا النوع باضطراب في التفكير والمزاج والسلوك الإنساني تختلف شدته من مريض إلى آخر، أي أن المريض النفسي قد يقبل العلاج طوعاً باختياره، مثلما قد يكون علاجه إلزامياً رغماً عنه، خاصة في حالات فقد الإرادة، فقد نصت المادة 124 من قانون حماية الصحة 85-05 " يتخذ الوالي قراراً بالإستشفاء الإجباري، بناء على التماس مسبب يقدمه طبيب المؤسسة، عندما يرى في خروج المريض خطراً على حياته أو على النظام العام أو على أمن الأشخاص، مع مراعاة أحكام المادة 29 من هذا القانون"<sup>1</sup>، فبالرغم من الضمانات العديدة التي يقدمها المشرع لاحترام إرادة ورضى المريض في اختيار طريقة العلاج، إلا أن هذه الضمانات تصبح غير كفيلة بتجسيد دورها في كثير من الأحيان حين تصطدم إرادة المريض بجملة من الأسباب التي تعيقها، كطبيعة علته ومستوى الخدمة الصحية، وقدرته المادية على تكاليف العلاج.

<sup>1</sup> - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 08 بتاريخ 17 فبراير سنة 1985.

## 2- في اختيار المعالج

من جهة أخرى، ولأهمية الصحة بالنسبة للمجتمع، فقد عهد بها للقطاع الخاص والعام على حد سواء<sup>1</sup>، فإن كان للمريض حرية التعاقد واختيار الطبيب المعالج أو الفريق الطبي وطريقة العلاج في العيادات الخاصة، فإنه يفقد هذا الخيار في المستشفيات العامة باعتبار أن الأطباء والكوادر الفنية فيه هي من فئة الموظفين العامين الخاضعين للوائح الإدارية وفقا لما تقتضيه رابطة التبعية<sup>2</sup>، فالمستشفى في إطار تقديم الخدمة العمومية يمارس سلطاته الأصلية من إشراف وتوجيه ورقابة وفقا للمصلحة العامة التي تتجاوز مصلحة المريض وحده، وبالمقابل يعمل على تجسيد مبدأ المساواة في تقديم الخدمة، مما يضيق من مجال حرية الإختيار لدى المريض<sup>3</sup>.

إن حرية الإختيار لطريقة العلاج أو المعالج ليست مطلقة بالنسبة للمريض، فقلة توفر الوسائل العلاجية أو الكادر الفني وطبيعة المرض وأثاره تفرض عليه أن يقبل مكرها على طريقة علاج أو معالج معين، ومن المؤكد أن نقص الدواء قد يفرض على المريض تغيير طريقة العلاج الى طريقة أخرى يعلم انها ليست المثلى ونتائجها غير محققة، وكذا حالات الاستعجال أو التطبيب الاجباري قد يجعل المريض بين ايدي معالج لم يكن ليختاره في الحالات العادية.

<sup>1</sup> - تنص المادة 201 من ق. ح. ص. ت: " يمارس الاطباء والجراحون والصيدالة العامون منهم والاختصاصيون والاختصاصيون الاستشفائيون الجامعيون وظيفتهم وفقا لأحد النظامين الأتيين: -بصفة موظفين دائمين، -بصفة خواص"  
<sup>2</sup> - وردت رابطة التبعية بنص المادة 136 من أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1976 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأول 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005، ج.ر عدد44 الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005 " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

<sup>3</sup> - قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا المحكمة العليا حاليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/11/22 أن المريضة التي أدخلت إلى المستشفى بغرض العلاج لم تختار طبيبها الذي كان تابعا لهذا المستشفى ويتقاضى مرتبه منه، وبالتالي فإن المستشفى هو المسؤول وحده عن أعمال تابعه، ذلك أن العملية التي أجريت في نشاط المرفق العام تتحملها هنا المصالح الإدارية"، نقلا عن عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 93.

## الفرع الثالث

### الاعتبارات التي تقوم عليها حماية السر الطبي

تتجسد الاعتبارات التي تقوم عليها حماية سر المهنة في حماية الحرية الشخصية للفرد (بند أول)، وحماية المهنة (بند ثان)، وحماية المصلحة العامة للمجتمع (بند ثالث) .

### البند الأول: حماية الحرية الشخصية للفرد

كفلت الدساتير الحديثة الحرية الشخصية للفرد وما يتعلق بها من ضرورة احترام حياته الخاصة وصون كرامته الشخصية<sup>1</sup>، ولا يمكن للفرد ان يتمتع بهذه الحقوق إلا في إطار من السرية والتكتم، فالسر جزء من حياة الإنسان الشخصية، والسر يتصل إتصالاً وثيقاً بالخصوصية بوصفه يمثل جانباً من جوانب الحرية الشخصية<sup>2</sup>.

وتقتضي حرمة الحياة الخاصة ان يكون للإنسان الحق في إضفاء السرية على مظاهرها وآثارها، ومن هنا كان الحق في السرية مقابلاً للحق في الحياة الخاصة لا ينفصل عنه في أي حال من الأحوال<sup>3</sup>.

لذا فإن كتمان أسرار العملاء مظهر من مظاهر حماية الحرية الشخصية للأفراد بمناسبة ممارستهم لنشاطهم القانوني، وهي حماية تقوم على أسس قانونية وتمليها اعتبارات سياسية واقتصادية واجتماعية، ذلك ان للفرد مطلق الحرية، في حدود القانون، ان يمارس نشاطه المشروع وان يحتفظ لنفسه بأسراره المالية والاجتماعية وبذمته المالية وتفصيلاتها دون ان يتعرض له احد إلا وفق أحكام القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نصت المادة من 39 الدستور الجزائري لسنة 1996 " لا يجوز أنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون"،

<sup>2</sup> - مجدي عبد الله عبد اللطيف أبو زيد، المسؤولية المدنية للصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، رسالة دكتوراة في الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2013، ص 98.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 101.

<sup>4</sup> - موفق علي عبيد، مرجع سابق، ص 31.

### البند الثاني: حماية مصلحة المهنة

لقد عبرت عن هذا الاعتبار القواعد الخاصة بالتنظيمات المهنية المختلفة في النقابات، كنقابات المحامين ونقابات الأطباء ونقابات المهن المصرفية والمحاسبية وغيرها، وهذه المصلحة تتمثل في ثلاث أمور رئيسية:

**الأمر الأول:** يتعلق بآداب المهنة وكرامتها، ذلك ان كل مهنة من المهن إنما تتكون من جانبين، أولهما جانب مادي، وهو مجموعة الأعمال أو الخدمة التي يقوم بها صاحب المهنة لعملائه وزبائنه، وثانيهما معنوي، وهو أخلاقيات هذه المهنة وآدابها سواء كان مصدرها العرف أو القانون. فالمهني ملزم قانوناً نحو عمله، ونحو المجتمع بان يحافظ على السر المهني، ويعتبر التزامه بآداب المهنة من النظام العام الذي لا يمكنه مخالفته<sup>1</sup>.

**أما الأمر الثاني :** وهو تأكيد الثقة الواجبة في ممارسة بعض المهن، فكل نشاط مهني يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة، حتى يكون معترفاً به من جانب الدولة والجمهور. وهذا الاعتراف قائم أساساً على الثقة المفترضة في معاملاته مع الغير، فكان لزاماً على المهني أن لا يخون الثقة التي تنتج له فرصة التعرف على اسرار الناس<sup>2</sup>.

**أما الأمر الثالث** فهو حماية مصلحة صاحب المهنة ذاته: إذ ان ازدهار عمل أي صاحب مهنة حرة كالمحامي والطبيب يتوقف على ازدياد عدد المتعاملين معه وحركة تعاملاتهم، ذلك ان أية مهنة يتوقف نجاحها بالدرجة الأولى على زبائنها وتعتمد اعتماداً كلياً عليهم، لذلك كان من مصلحة المهني ان تبقى أعماله مكتومة لارتباط ذلك بمصلحة العملاء الذين يأتونهم على أسرارهم والذي يتوجب عليه ان يحافظ عليها، ليس من منطلق الحماية القانونية للسر المهني فحسب، بل من منطلق الحرص على مصلحته في تدعيم الثقة فيه وعدم نفور العملاء من التعامل معه، فالمحامي يعتبر مؤتمناً على أساس الثقة المفترضة فيه ومن ثم يتعين عليه ان لا يخون هذه الثقة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> - بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 129.

<sup>3</sup> - جاسم علي الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 41.

البند الثالث: حماية المصلحة العامة للمجتمع

تتمثل المصلحة العامة في كل ما يتعلق بالاتجاهات العليا للمجتمع، سواء الاقتصادية او السياسية او الاجتماعية وما تسعى الجماعة لتحقيقه من أهداف في زمان ومكان معينين، وتعتبر المصلحة العامة من أهم الاعتبارات التي تكمن خلف التزام المهنيين بسر المهنة.

ذلك أن إفشاء أسرار الناس من قبل المؤتمنين عليها، وخاصة من قبل المكلفين بخدمة عامة، أو ممن يتولون شؤون ومصالح الناس، كالمحامين والأطباء والمحاسبين والسيارة وغيرهم، لا شك سيزعزع عوامل الاستقرار والثقة بين أفراد المجتمع، وعدم استقرار المعاملات الاجتماعية والاقتصادية، عندما يتردد الناس ويحجمون عن الاشتراك في المعاملات القانونية والتجارية والمصرفية، مما يؤثر على دورة الاقتصاد الوطني بمجمله، لعدم وجود الثقة<sup>1</sup>.

وقد أصدرت محكمة الاستئناف ببروكسيل بتاريخ 18/6/1974 قرارا بليغا بخصوص هذا الموضوع، حيث ورد فيه ما يلي " ..لا يمكن بأي حال من الأحوال ولأي سبب كان، وفي أي زمن كان خيانة هذا السر، وان السر المهني يجد أساسه في أنه يتعين على ممتهني هذه المهنة أن يعطوا الضمانات الضرورية للثقة خدمة للمصالح العام حتى تتكون قناعة لمن يتوجه إليهم بأن ايداعهم أسرارهم لهم لا يشكل خطورة عليهم وأنهم لن يفشوها للغير"<sup>2</sup>.

وإذا كان القانون الجنائي وقانون المهنة يعاقبان على إفشاء السر ، فليس لأن الإفشاء قد تسبب في حدوث ضرر لشخص ما فقط، وإنما للضرر الذي يصيب المجتمع كله، لأنه يفقد الناس الثقة بمهن يرتكز عليها المجتمع والتي من المفروض أن تحيط بها الثقة العامة<sup>3</sup>، وبالتالي فمصلحة المجتمع هي الغاية من فرض التزام كتمان السر.

<sup>1</sup> - انظر: أمجد حمدان الجهني، مرجع سابق، على الموقع

<http://www.cojss.com/replay.php?a=180>

<sup>2</sup> - نقلا عن: محمد عبد الظاهر حنين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دار النهضة العربية، د.ط، 1993،

ص144.

<sup>3</sup> - انظر: أمجد حمدان الجهني، مرجع سابق، نفس الموقع.

## المطلب الثاني

### نطاق السر الطبي وطبيعته القانونية

تتعد المواضيع المقترنة بالمهنة الطبية مما يطرح تساؤلاً حول أي من هذه المواضيع يدخل في نطاق الأسرار التي يتحقق فيها وصف السر الطبي دون غيرها، وعلى من يقع التزام كتمانها، وهل السرية المطلوبة عامة ومطلقة أم هي نسبية تتعلق بظروف معينة وبأشخاص معينين دون غيرهم.

إن تحديد المجال الذي تقوم فيه الواقعة السرية المنشئة للالتزام بكتمان السر الطبي، يفترض الانطلاق من تحديد نطاق السر الطبي (الفرع الأول) ، ثم الطبيعة القانونية له (الفرع الثاني) .

## الفرع الأول

### نطاق السر الطبي

يتحدد نطاق السر الطبي من خلال نطاق الأشخاص الذين تشملهم الواقعة السرية (بند أول)، والعناصر المرتبطة بموضوع الواقعة السرية (بند ثان)، وزمن سريان الالتزام بالسر (بند ثالث).

### البند الأول: النطاق الشخصي للالتزام بالسر الطبي

من حيث الأشخاص، تقوم الواقعة السرية بوجود مؤتمن يقع عليه الالتزام بكتمان السر، إلى جانب وجود مريض هو صاحب السر، ووجود طرف ثالث يسري لأجله الالتزام في ذمة المؤتمن وهو الطرف المحقق للسرية.

### أولاً- المؤتمنون على السر الطبي

إن إفتشاء السر الطبي لا بد أن يكون صادر عن ذي صفة يستمدّها من مهنته، وقد حددهم نص القانون، لكن في الواقع نجد هناك من يقع عليه الالتزام بالسر الطبي بحكم المهنة، وهذا ما فتح جدالاً فقهيًا وقضائيًا في حصر المؤتمنين على السر الطبي

## 1- الأمانة على السر الطبي بنص القانون

وهم الذين جاء ذكرهم بصريح العبارة في عدة نصوص قانونية منها المادة 301 ف01 من قانون العقوبات: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك.<sup>1</sup> ، و كذا المادة 206 ف01 من قانون حماية الصحة وترقيتها : " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدالدة". وسنفرد بتحليل أكثر في تحديد المؤتمنين على السر الطبي وفقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، أي الأطباء، الصيدالدة والقابلات.

### أ- الطبيب

هو الشخص الحائز على درجة أو شهادة علمية طبية من جهة معترف بها تؤهله لممارسة فن ووقاية وعلاج وتخفيف الأمراض أو معالجة ما يمكن علاجه من الآثار الناتجة عن العنف أو الحوادث سواء كان ذلك لدى الإنسان أو الحيوان.<sup>2</sup>

تتعدد المصطلحات المقترنة بتسمية الأطباء، فالأطباء العامون هم الذين يتعهدون بتقديم الرعاية الصحية الأولية، أما الأطباء المختصون فهم الذين يتجهون في ممارستهم إلى معالجة أمراض معينة باعتبارهم يحوزون احترافية ومهنية ودراية أكثر في التخصص<sup>3</sup>، وتتفق أغلب التشريعات على أن صفة الطبيب المهنية بغض النظر عن طبيعة الاختصاص الممارس أو إذا ما كان الطبيب موظفا أو خاصا أو متعاقدًا، تمنح بعد الانتساب إلى نقابة

<sup>1</sup> - أمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري وتعديلاته..

<sup>2</sup> - موفق علي عبيد، مرجع سابق، ص 34، مثلما يُعرفُ الطبيب لغة على أنه : هو الذي يعالج المرضى- العالم بالطب - الحاذق الماهر في عمله، جمع أطبة وأطباء، أنظر القاموس الجديد للطلاب معجم عربي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط7 سنة 1997، ص 603.

<sup>3</sup> - تنص المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه".

الأطباء، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اشترط لممارسة مهنة الطب بعد الحصول على المؤهل، التسجيل لدى المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة<sup>1</sup>، مع أن أطباء المستشفيات والمراكز الصحية التابعة للدولة يعتبرون من الناحية القانونية موظفين تابعين<sup>2</sup>، يخضعون كباقي الموظفين لقانون الوظيفة العمومية الصادر بموجب الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، وينظم مهنتهم القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين العامين في الصحة العمومية<sup>3</sup>، فالأطباء العامون يوظفون وفقا لنص المادة 25 منه<sup>4</sup>، في حين أن جراحي الأسنان قد نصت على توظيفهم المادة 43 منه<sup>5</sup>، أما الممارسين الطبيين المتخصصين فيوظفون وفقا لنص المادة 20 من المرسوم التنفيذي 394/09<sup>6</sup>.

ولأن كان الأطباء العموميون يخضعون للوائح المرفق العام، فإن مسؤوليتهم عن الأخطاء ليست دوما خطأ مرفقيا، فكلما تعلق الأمر بالخطأ الجسيم المتسم بالنية الخبيثة

<sup>1</sup> - المادة 204 من المرسوم 92-276 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب.

<sup>2</sup> - لالوش سميرة، عقد الممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 03.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر 2009، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لاسلاك الممارسين الطبيين العامين في الصحة العمومية، ج. ر عدد 70 بتاريخ 29 نوفمبر 2009.

<sup>4</sup> - تنص المادة 25 من نفس المرسوم على: "يوظف الأطباء العامون في الصحة العمومية، عن طريق المسابقة على أساس الشهادة في حدود المناصب المطلوب شغلها، من بين المترشحين الحائزين شهادة دكتور في الطب أو شهادة معترف بمعادلتها".

<sup>5</sup> - تنص المادة 43 منه: "يوظف جراحو الأسنان العامون في الصحة العمومية، عن طريق المسابقة على أساس الشهادة، في حدود المناصب المطلوب شغلها، من بين المترشحين الحائزين على شهادة جراح أسنان أو شهادة معترفا بمعادلتها".

<sup>6</sup> - نصت المادة 20 ممن المرسوم التنفيذي 394/09 "...يوظف الممارسون المتخصصون المساعدون على أساس الشهادة من بين:

المترشحين الحائزين شهادة الدراسات الطبية المتخصصة أو شهادة معترفا بمعادلتها،

الأساتذة المساعدين الإستشفائيين الجامعيين"، أنظر م. ت 394/09 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر 2009، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر عدد 70 بتاريخ 29 نوفمبر 2009.



وضعف الانسان أمام شهواته اعتبر الخطأ شخصياً<sup>1</sup>، مما يؤكد أن قواعد ممارسة المهنة هي القاسم المشترك بين الأطباء الخواص والعامون.

ورد بنص المادة 301 من ق.ع. ج " الأطباء والجراحون..."، ما قد يفهم منه لأول وهلة وجود العطف بين فئتين مستقلتين مع أن الجراحون هم من فئة الأطباء ، في حين يفهم العطف مع التخصيص فيما ورد بنص المادة 206 من ق.ح. ص " الاطباء وجراحي الأسنان..." حيث اقتصر الوصف إلى جانب الأطباء على جراحي الاسنان دون غيرهم من الجراحين، وهو ما اتجهت إليه مدونة أخلاقيات الطب في صلب المادة 36: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة».

إن تفسير الاطلاق الذي ظهر في نص المادة السالفة من قانون العقوبات بخصوص فئة الجراحين، مقارنة بذلك الحصر الوارد بخصوصهم في قانون الصحة، مرده إلى ما ذكر بعضهم من حرص المشرع على الاحاطة بكل من يمارسون مهنة الطب أيا كان تخصصهم الدقيق<sup>2</sup>.

أما التحديد الذي ظهر في قانون الصحة بخصوص جراحي الاسنان فمرده كون الاعتقاد الغالب ان جراحي الأسنان لا يطلعون في ممارستهم لعملهم على أي سر للمريض، فطبيعة اختصاصهم تجعل كل نشاطهم ينصب على أعضاء هي في الأصل مكشوفة من قبل الجميع، إذ ليس سرا أن يعالج الانسان أسنانه أو يخلعها مادامت جزءا ظاهرا للكل لا يمكن حجبها، إلا أن الكشف الطبي الذي يوقعه جراح الأسنان على أسنان مريضه يمكنه من معرفة الأسباب الخلفية الحقيقية لتلفها وما ارتبط بها، ومن ثم يطلع على سره، وهذا سبب كافي لأن يفرد المشرع ذكر هذه الطائفة بالخصوص تأكيدا وحماية للسر الطبي لدى هذه الفئة.

<sup>1</sup> - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 31 و 32.

<sup>2</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 67.

يشمل لفظ الأطباء كل من يمارس عملا طبيا، سواء أكان طبييا خاصا أو عاما أو مختصا، وأيا كان المجال الذي يعمل فيه، منفردا أو في فرقة عمل<sup>1</sup>، بما في ذلك الأطباء الخبراء المعينون من قبل القضاء لإجراء خبرة، والأطباء العسكريين الذين يقومون بمهمة مزدوجة تجمع بين الخبرة والعلاج، وإذا كانت المهمة الثانية لا تثير شكاً في الالتزام بسر المهنة الطبية، فإن المهمة الأولى وهي ممارسة الخبرة، تعفيهم من الالتزام بالسرية المهنية باتفاق الفقه والقضاء<sup>2</sup>، وهو ما ينطبق على كل الأطباء حين تكون خبرتهم الطبية محل تعاقد لتحقيق مصلحة طرف معين كالمؤسسات أو شركات العمل أو الطب الرياضي<sup>3</sup>.

ويستوي في الالتزام بالسرية، الطبيب الأجير أو المتطوع، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية بموجب القرار الصادر عن الغرفة المدنية في 15 ديسمبر 1999 على أن العيادات الخاصة لا تسأل عقديا باتجاه المريض المتواجد بها عن الأخطاء المرتكبة من طرف الأطباء غير الأجراء. فالطبيب وحده مسؤول بصفة تعاقدية عن أخطائه الطبية متى مونت العيادة للطبيب جميع الأجهزة المادية والبشرية اللازمة التي تتبع العمل الطبي<sup>4</sup>.

ويبدو جليا أن القانون يمس بالدرجة الأولى الأطباء وأعضاء المهنة الطبية، لما تنطوي عليه هذه المهنة من نبل وشرف عرفت به منذ العصور الأولى وعبر التاريخ، وما انطبع في الأذهان من أن ممارسة هذه المهنة شخص مميز عن بقية الناس، لما يتسم به من صفات حميدة و أخلاق تتناسب مع ما يحوزه من أفراد معرفي وخبرة مهنية، وأن الطبيب بالنتيجة هو النموذج المثالي لحفظ السر أثناء ممارسة مهنته حتى ولو لم تعينه بعض القوانين بالاسم.

<sup>1</sup> - Michèle HARICHAUX-RAMU, *secret du malade, juris classeur, droit civil, jurisclasse, 1993, p13*

<sup>2</sup> - كمال ابو العيد، سر المهنة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة البصرة، العراق، العددان الثالث والرابع سبتمبر-ديسمبر 1978، ص 695.

<sup>3</sup> - تنص الفقرة 01 من المادة 85 من م. أ. ط ج على: "لا يعفى الطبيب أو جراح الأسنان الذي يمارس مهنته لدى إدارة أو مجموعة أو أي هيئة أخرى عمومية أو خاصة، بمقتضى عقد أو قانون أساسي من واجباته المهنية، ولا سيما المتعلقة بالسرية المهنية واستقلال قراراته"

<sup>4</sup> - نقلا عن سنوسي صافية، المرجع السابق، ص 118.

ب- الصيدلي

يعرف الصيدلي بأنه المحترف الذي يجمع الأدوية على أحسن صورها ويختار الأجود من أنواعها ويركبه على أفضل ما يكون التركيب<sup>1</sup>، مثلما يعرف على أنه هو الذي يقوم بمهمة تركيب وصرف الادوية أو المستحضرات المتعلقة بها وفقا لوصفة الطبيب او القواعد الطبية المعروفة، أو يتولى مهمة الاشراف على اعداد الادوية<sup>2</sup>.

فبهدف الحفاظ على صحة الأفراد، جعل المشرع التعامل في مجال الدواء حصريا للصيادلة دون سواهم، باعتبارهم أشخاص مؤهلين من الناحية العلمية بمعرفة الخصائص البيولوجية وكيفية الاستعمال لهذا المنتج، ولكونهم من المؤهلين لإسداء النصح والإرشاد في هذا المجال<sup>3</sup>، أمام حاجة الجمهور إليهم باعتبار أن دورهم ملازم ومكمل لمهنة الطبيب، فقد عدهم من أعوان الصحة العمومية الذين يجسدون الأهداف المسطرة في مجال حماية الصحة وترقيتها، فحدد شروط ممارستهم للمهنة بالحصول على رخصة بعد حيازتهم لشهادة الدكتوراه أو ما يعادلها، وقام بتنظيمهم وفق النشاط إلى فئتين، صيادلة خواص وصيادلة موظفين<sup>4</sup>.

إن عمل الصيدلي مواز ومكمل لعمل الطبيب إذ يدور حول صرف الدواء للجمهور<sup>5</sup>، ونظرا لما يملكه هذا الدواء من خصوصية في التأثير على الصحة، فقد دأب المشرع على

<sup>1</sup> - د. محمد نزار خوادم، د. محمد عفت عبد الله، د. حسن ابراهيم الشوري ، نقلا عن براهيمى زينة، مسؤولية الصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، أما في التعريف اللغوي فالصيدلي لفظ مشتق من صيدل أي احترف الصيدلية واشتغل بإعداد الأدوية وتصريفها، والتسمية صيدلاني وصيدناني وصندناني وهو بياح العطر والعقاقير والأدوية، أنظر قاموس محيط المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان 1979، ص 563.

<sup>2</sup> - عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن اخطائه المهنية - دراسة مقارنة -، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 1999، ص 19.

<sup>3</sup> - براهيمى زينة، مرجع سابق ص 7.

<sup>4</sup> - أنظر المواد 197-198 و المادة 201 من القانون رقم 85-05 ح. ص. ت.

<sup>5</sup> - قضت محكمة قامة 1984 في قضية تتلخص وقائعها في قيام الطبيب بوصف دواء versapen دون الإشارة إلى أنه موجه لرضيع فقام الصيدلي بتسليم الدواء الخاص بالكبار، مما أدى إلى الموت الفوري للرضيع فعوقب الطبيب على عدم ذكر كلمة الطفل وسنه في الوصفة، وعوقب الصيدلي لعدم إستفساره عن سن الرضيع، ذكره ملهاق فضيلة، مرجع سابق، ص 137.

حمايته مما قد يصنع بعيدا عن الرقابة أو يتوهمه العامة بحكم العادة أنه معالج صحي، فعهد بصناعة الأدوية للصيدلية بعد أن فتح نشاطها على القطاعين الخاص والعام<sup>1</sup>، ثم ألزم بالصرف حصريا للأدوية الخاضعة للرقابة<sup>2</sup>، ليصل في الأخير إلى وضع هذه الصيدليات تحت مسؤولية الصيدلي بعدما خصه ببيع وتوزيع الأدوية فيها، فذكرت المادة 21 من نفس القانون: " تتولى التوزيع بالتجزئة للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري صيدليات توضع تحت مسؤولية صيدلي.

يجب أن يكون الصيدلي هو المالك الوحيد والمسير الوحيد للمحل التجاري للصيدلة فيما يخص الصيدليات الخاصة.

يجب أن يتمثل النشاط الرئيسي للصيدليات في توزيع المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ولكنها بشكل ثانوي يمكن القيام بتوزيع المواد الشبه الصيدلانية<sup>3</sup>.

يكون الصيدلي مسؤولا عن أداء عمله بهدف العلاج وفقا لما هو حاصل في الميدان الصيدلاني من معرفة وخصوصية وتقاليد مهنية، لذلك يجب أن يكون عمله مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا ما فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية<sup>4</sup>.

ولأن العمل الصيدلاني كغيره من المهن التي قد تعرف نشاطا كثيفا يستلزم مضاعفة وتيرة العمل والقيام بجهود إضافية، مما يعني الحاجة إلى العنصر البشري للقيام بذلك على الوجه المطلوب، والتي تدفع رب العمل إلى الاستعانة بأشخاص آخرين كيد عاملة، فقد

<sup>1</sup> - المادة 16 من قانون 08-13 معدلة ومنتمة لأحكام المادة 184 من قانون 85-05 التعلق ب ح، ص، ت " تتولى مؤسسات صيدلانية عمومية ومؤسسات صيدلانية خاصة معتمدة، بصفة حصرية، صناعة واستيراد وتصدير المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري باستثناء المستحضرات المنصوص عليها في المادة 187 اعلاه.

<sup>2</sup> - تنص المادة 12 من قانون 08-13 المعدل لاحكام المادة 176 من قانون 85-05 المتعلق ب ق. ح. ص. ت : "لا يمكن استيراد ولا تسليم للجمهور في التراب الوطني إلا الأدوية المسجلة أو المرخص بها والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المصادق عليها المستعملة في الطب البشري".

<sup>3</sup> - مفهوم المواد الصيدلانية أكثر اتساعا اذ يشمل حتى الدواء، أنظر المادة 03 من قانون 08-13 السالف الذكر.

<sup>4</sup> - عباس علي محمد الحسيني، مرجع سابق، ص42.

يستعين الصيدلي في عمله بمساعدين، على ان يكون كل ما يقومون به من اعمال في الصيدلة تحت اشرافه، ويكون مسؤولا عن الخطأ الذي يصدر منهم<sup>1</sup>.

من جهة أخرى قيد المشرع عمل الصيدلي في بيع الأدوية بتنفيذ الوصفة، من خلال مراقبتها على أنها تتماشى مع القواعد الشكلية، وأنها صادرة من الجهة المخول لها قانونا صلاحية إصدارها والتي حصرها المشرع كقاعدة عامة في الأطباء وجراحي الأسنان، واستثناء للقابلات بوصف أدوية لها صلة بالتخصص<sup>2</sup>.

على أنه تدخل بهدف تنظيم المهنة والحفاظ على الصحة العامة وترقيتها، بنص المادة 213 من ق. ح. ص. ت: " يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة، في حدود تأهيلهم، أن يعدو بطاقة لمرضاهم ويحافظوا على الوثائق ويقدموا الشهادات والبيانات والممارسات المتعلقة بالأوبئة وفقا للقوانين والتنظيمات»، وهو ما يقتضي وجوبا على الصيدلة جمع المعلومات التي تخص مرضاهم، والمحافظة على بياناتهم باعتبارها من الأسرار المهنية الواجبة الكتمان.

وفي غير ذلك فإن الصيدلي في تعامله مع المرضى، سيصادف الكثير من المعلومات التي لا تتعلق بالجرد ولكن لا يرغب أصحابها في تداولها، وهو السبب الذي من شأنه أن يطبع السلبيية على مهمة الصيدلي بحكم ما ينجر عنه من إحجام بعض المرضى عن المداواة وطلب العلاج خشية إفشاء أمراضهم وأسرارهم وسريانها بين طبقات المجتمع، لذلك نجد أن نصوص التشريعات قد شملتهم بالالتزام بالسر الطبي باعتبارهم وسطاء ضروريين بين الطبيب والمريض فهم يعلمون دائما نوع المرض من الوصفات الطبية التي يتداولونها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر المادة 196 من قانون 85-05 المتعلق بـ ح، ص، ت رقم 85-05، في القسم الثاني من الباب السادس الخاص بمهام المساعدين الطبيين وأعمالهم: " يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان... "

<sup>2</sup> - عيساوي زهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 29.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 128.

وإن كانت المادة 301 من ق. ع. ج والمادة 206 من قانون 85-05 المتعلق ب. ق. ح. ص. ت السالف ذكرهما قد أسستا لوجود التزام الصيدلي بالسر الطبي بغض النظر عن رتبته أو طبيعة نشاطه، فقد امتد هذا الالتزام ليشمل حتى صنف الصيادلة المفتشين الذين استحدثوا بموجب نص المادة 02 من قانون 98-09، المتممة لأحكام الباب الخامس من قانون 85-05، المادة 194ف2: "يمارس الصيادلة المفتشون مهامهم عبر التراب الوطني ويلزم هؤلاء بالسر المهني وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

على غرار أننا نجد تأكيد هذا الالتزام وارد أيضا في نص المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب: " يلزم كل صيدلي بالحفاظ على السر المهني إلا في الحالات المخالفة المنصوص عليها في القانون".

أما المادة 114 منه، فقد جاءت بشكل أكثر تفصيلا في تبيان حدود الالتزام بالسر المهني أمام متطلبات المهنة حين نصت أنه: " يتعين على الصيدلي ضمانا لاحترام السر المهني، أن يمتنع عن التطرق للمسائل المتعلقة بأمراض زينه أمام الآخرين، ولا سيما في صيدليته ويجب عليه، فضلا عن ذلك أن يسهر على ضرورة احترام سرية العمل الصيدلي ويتجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق الضرر بسر المهنة".

إذ يبدو حرص المشرع على كتمان السر من قبل الصيدلي واضحا، لما اتجه إلى تذكير الصيدلي بهذا الالتزام أثناء آداء مهنته أو خارجها، وفي كل ما يقبل عليه من نشاط حتى ولو كان الغرض منه علميا.

والغرض من تأكيد المشرع على هذا الالتزام ، إنما لحماية العلاقة الثلاثية القائمة بين الصيدلي والمريض والمهنة، والمبنية على الثقة والاحترام المتبادل، فالمريض يتجه إلى الصيدلي بدافع الضرورة محملا بالثقة والأمل، ينتظر منه ان يقدم له خبرته الفنية وأن يمنحه حرصه باحترام ما يصل اليه من أسرار، خاصة وأن ثقة المريض بالصيدلة او الاطباء تعد عاملا مهما في النجاح، فاذا ما اهترت بتصرف خاطئ منهم، فانهم سيفقدون الاثر المفيد من جهودهم الكبير في تحسين صورتهم ومن ثم يتحطمون مهنيا.

ج: القابلة

تعرف لغة أنها " المرأة التي تساعد الوالدة وتتلقي الولد عند الولادة . والجمع : قَوَائِلُ<sup>1</sup>. وهذا التعريف يلاحظ عليه ما يلاحظ على التعريف اللغوي الفرنسي<sup>2</sup> الذي يقصره في الجنس الأنثوي دون الذكوري، عكس التعريف اللغوي الانجليزي الذي يجعل منه وصف لكل ممارس المهنة<sup>3</sup>.

أما التشريع فنجدته دائماً يخاطب المرأة كلما تطرق إلى هذه المهنة ، وإلى عهد قريب كان يقصرها عليها، فالمشرع اللبناني عرفها في المرسوم المنظم لمهنة القبالة: "إن القابلة القانونية هي المأذونة بعمل التوليد الطبيعي، تسهر على صحة الحامل مدة الحمل وحين الوضع تقوم بجميع الأعمال المتعلقة بمهمتها."<sup>4</sup>، أما التعريف الجامع لها فهو ما وضعته منظمة الصحة العالمية بمفهوم أنها: "من تابعت برنامج تكوين معتمد من الدولة، وانتهت بنجاح الدراسات الموجهة لاكتساب الكفاءات اللازمة للاعتراف بها واعتمادها كقابلة، تسهر على المتابعة وتقديم العلاج والنصائح للمرأة الحامل، وخلال فترة ما بعد الحمل، تساعد على الوضع الذي يكون تحت مسؤوليتها وتقدم العلاج للمواليد الجدد والرضع، والذي يشمل تدابير الوقاية والكشف عن الاعراض الغريبة عند الأم والطفل، مثلما تقدم المساعدة الطبية اذا استلزم الأمر وتنفذ بعض العلاجات المستعجلة في حالة غياب

<sup>1</sup> - انظر المعجم الوسيط ، مرجع سابق، ص 42.

<sup>2</sup> - *SAGE-FEMME n.f pl.sages-femmes . Praticienne exerçante une profession médical a compétence limitée au diagnostic et la surveillance de la grossesse et a la pratique de l'accochement. depuis 1982. La profession est ouverte aux hommes [hommes sage-femme]. voir le petite larousse illustre ,larousse, paris,2002 p 910.*

<sup>3</sup> - *midwefe.n. a person trained to assist women in childbirth .*

*midwife mid-wife mīd'wīf' n. pl. mid-wives -wīvz' A person, usually a woman, who is trained to assist women in*

*childbirth. v.mid-wifed or mid-wived, mid-wif-ing or mid-wiv-ing, mid-wifes or mid-wives To assist in the birth of a baby.*

<http://dictionary.reference.com/browse/midwife>

<sup>4</sup> المادة 01 من قانون تنظيم مهنة القبالة اللبناني مرسوم رقم 1657 - صادر في 17/1/1979، المصدر:

[http://ar.jurispedia.org/index.php/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86\\_%D8%A4%D9%86%D8%B8%D9%8A%D9%85\\_%D9%85%D9%87%D9%86%D8%A9\\_%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%A9\\_lb](http://ar.jurispedia.org/index.php/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86_%D8%A4%D9%86%D8%B8%D9%8A%D9%85_%D9%85%D9%87%D9%86%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%A9_lb) .

الطبيب، فهي تلعب دورا مهما في التربية الصحية ليس فقط بالنسبة للمرضى وانما للعائلة ككل حيث يمتد في الحالات الجينية الوراثية إلى الأولياء، وإلى التنظيم العائلي والعلاجات المقدمة للأطفال، يمكن للقابلة ان تمارس عملها في وسط استشفائي أو عيادة، في محل عملها او في أي مكان آخر يستلزم حضورها»<sup>1</sup>.

ولعل ما جعل منظمة الصحة العالمية تضع تعريفا مطولا شاملا لشروط ممارسة المهنة وجزئياتها في تعريف القابلة، هو تباين التشريعات المقارنة اتجاه هذه المهنة وعدم نيلها الحظ الوافر من الاهتمام على غرار الطب والصيدلة وغيرها من المهن<sup>2</sup>، رغم انها من المهن الأولى التي عرفها الإنسان، لكنها إلى عهد قريب لم تكن لتنتقل الا في الوسط الأنثوي عن طريق الاحتكاك دون تكوين منهجي، وإن كانت المعتقدات الدينية السبب الرئيسي في عدم تطور هذه المهنة واقتصارها على النسوة لقرون، فلسان العصر الحاضر يعزي الأمر إلى أن المرأة اكثر فهما بالمرأة وشؤونها عن الرجل، والمرأة الحامل نفسها ستكون أكثر راحة واطمئنانا في وجود امرأة من جنسها بجانبها.

<sup>1</sup> -L'Organisation mondiale de la santé O.M.S définit « sage-femme » ou « maïeuticien » comme suit :

« Une personne qui a suivi un programme de formation reconnu dans son pays, a réussi avec succès les études afférentes et a acquis les qualifications nécessaires pour être reconnue ou licenciée en tant que sage-femme. Elle doit être en mesure de donner la supervision, les soins et les conseils à la femme enceinte, en travail et en période post-partum, d'aider lors d'accouchement sous sa responsabilité et prodiguer des soins aux nouveau-nés et aux nourrissons. Ses soins incluent des mesures préventives, le dépistage des conditions anormales chez la mère et l'enfant, le recours à l'assistance médicale en cas de besoin et l'exécution de certaines mesures d'urgence en l'absence d'un médecin. Elle joue un rôle important en éducation sanitaire, non seulement pour les patientes, mais pour la famille et la préparation au rôle de parents et doit s'étendre dans certaines sphères de la gynécologie, de la planification familiale et des soins à donner à l'enfant. La sage-femme peut pratiquer en milieu hospitalier, en clinique, à domicile ou en tout autre endroit où sa présence est requise. »

: <https://fr.wikipedia.org/wiki/Sages-femmes>

<sup>2</sup> - Jean Verdon, La Femme au Moyen Age, E.d.Gisserot Histoire, France, 1999, P24.



تحت مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف والمهن الذي أقره مجلس المجموعة الاقتصادية الأوروبية<sup>1</sup> خلال سنة 1981<sup>2</sup>، سمح في فرنسا لأول مرة بإدماج الذكور في هذه المهنة ابتداء من سنة 1982<sup>3</sup> على أساس أن المساواة المفروضة بين الجنسين في اداء الوظائف تفرض أن مؤهلات المرأة هي مؤهلات الذكورة نفسها، مما يفتح بالمقابل المجال للرجل لاقتحام ميدان العمل النسوي<sup>4</sup>.

في التشريع الجزائري، لا تزال ممارسة المهنة مقتصرة على الجنس الأنثوي، إذ ينظم مهامها في القطاع العام المواد من 20 إلى 24 من المرسوم التنفيذي 11-122 لسنة 2011<sup>5</sup>، ولا يوجد بخصوص التزامها بالسر الطبي نص خاص سوى ما ورد في القانون الأساسي للوظيفة العمومية، أو ماتعلق بقانون العقوبات، مثلما أنها لم تستفد بعد من مدونة أخلاق مهنية، في الوقت الذي عرف التشريع الفرنسي صدور أول مدونة أخلاق طبية بخصوص مهنة القابلة سنة 1949<sup>6</sup>، مع تأسيس مجالس إدارية لتنظيم مهنة القبالة<sup>7</sup>، وقد عرفت هذه المدونة الكثير من التعديلات كان آخرها سنة 2012<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> تحولت المجموعة الاقتصادية الأوروبية CEE الى الاتحاد الأوروبي CE سنة 1993 .

<sup>2</sup> -voir :Art 03, Décision de la Commission : 82/43/C.E.E, du 9 décembre 1981, relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes Journal officiel n° L 020 du 28/01/1982 p. 0035 – 0037.

[http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.1982.020.01.0035.01.FRA](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1982.020.01.0035.01.FRA)

<sup>3</sup> - انظر لمادة 2-1132L من ق. ص. ف

<sup>4</sup> -voir **Béatrice Jacques et Sonia Purgue.** *L'entrée des hommes dans le métier de sage-femme faire sa place dans un monde professionnel « ultra féminisé ».* La Doc. Française. « Revue française des affaires sociales ». 2012/2 n° 2-3 | pages 52 à 71.

<sup>5</sup> -مرسوم تنفيذي رقم 11-122 مؤرخ في 15 ربيع الثاني 1432 الموافق لـ 20 مارس 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفات المنتميات لسلك القابلات في الصحة العمومية، ج. ر عدد 17، بتاريخ 20 مارس 2011.

<sup>6</sup> - Décret n° 49-1351 du 30 septembre 1949 : De déontologie des sages-femmes en application de l'art. 66 de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945, J.O.R.F du 5 octobre 1949

<sup>7</sup> - Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et à l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme, J.O.R.F du 28 septembre 1945.

<sup>8</sup> - Décret n° 2012-881 du 17 juillet 2012 portant modification du code de déontologie des sages-femmes NOR: AFSH1207454D, J.O.R.F n°0166 du 19 juillet 2012.

تتمتع القابلة بنوع من الاستقلالية في مجال عملها الفني أساسه هو ضمان أفضل الظروف لتيسير عملية الولادة، وفي نفس الوقت هي تعمل تحت إشراف طبيب مهمته ضمان أفضل علاج للأم والمولود، لذلك فهي تتحمل المسؤولية كلما تعلق الأمر بعملها الفني المتعلق بالوضع، وهي عضو من الفريق الطبي إذا تعلق الأمر بتنفيذ علاجات ضرورية للأم أو المولود تدخل في عمل الطبيب<sup>1</sup>. و وفقا لأخلاقيات مهنة القابلة الفرنسي، نجد المادة R4127-348 من قانون الصحة الفرنسي قد نصت على أنه: " في الوقت الذي تمارس فيه القابلة عملها بموجب عقد أو بنص قانوني لدى إدارة، أو جمعية أو أي جهاز حكومي أو خاص، فإن ذلك لا يحد إطلاقاً من التزاماتها المتعلقة باستقلاليتها في القرارات وكتمان السر المهني..".

وإن كانت محكمة النقض الفرنسية بأن " القابلة الأجيبة التي تتصرف دون مجاوزة حدود المهمة التي كلفت بها من طرف المؤسسة العلاجية الخاصة، لا تؤدي إلى مساءلتها تجاه المريض"<sup>2</sup>، فإن هذا القول يخص الأخطاء الفنية المرتكبة أثناء تقديم العلاج، أما مسؤوليتها عن كتمان السر فهو واجب لا يشوبه أي غموض، وقد نصت المادة R4127-303: " السر المهني المشرع لمصلحة المريض التزام مفروض على كل قابلة وفق الشروط المحددة بنص القانون ".

ولا شك في أن مزاوله أعمال التوليد تسمح للقابلة بالتعرف على كثير من الأسرار الخاصة فيما يتعلق بحال الأم الصحية ووليدها قبل وبعد الولادة، و نسب الطفل. ولا يحول دون التزام القابلة بكتمان السر المهني عدم حصولها على ترخيص بمزاولة المهنة، فالعبرة دائماً بممارستها المهنة فعلاً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Seguy B, Prévenir le risque juridique en obstétrique, Cas réels-Bonnes pratiques, Editions Masson, Collection de périnatalité, 2006, p.45

<sup>2</sup> الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 09-11-2004، نقلا عن سنوسي صافية، مرجع سابق، ص 119.

<sup>3</sup> - أحمد فاروق زاهر، مرجع سابق، ص 124.

## 2- المؤتمنون على السر الطبي بحكم الواقع أو المهنة

نجد في نص المادة 301 ف 1 من ق. ع. ج على امتداد الالتزام ليشمل "...والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك"، وغرض هذا النص هو التوسع ومنح الأولوية لحماية السر الطبي في كل الظروف أو الأحوال التي يمكن أن يكون فيها، باعتباره نص يبحث عن تجسيد ضمانات تمنح المجتمع الثقة الكافية حين الإقبال على العلاج، وهو ما يفهم منه أنه التزام يقع بشكل ثانوي على العمال والإداريين والموظفون المتصلون بالحقل الطبي مهما كانت رتبته أو مهمته أو وظيفته متى سمحت لهم مهنتهم بالاطلاع على هذه الأسرار، أو قدمت لهم من طرف الأطباء على أساس ما تستوجبه مقتضيات مهنتهم وعلى أساس أنها سر، ومثل ذلك:

- الأطباء الممارسين للمهنة مع وجود عيب في قرار تعيينهم. أو من كلفوا بصفة مؤقتة بأداء مهام معينة، كالمهني الذي يستوفي على شروط تقنية حيث ترشحه للقيام بتطبيق أعمال علاجية ووقائية مباشرة وشخصيا تحت إشراف الطبيب المعالج، فهو مرتبط به، ويلتزم بتنفيذ تعليماته عن طريق التفويض<sup>1</sup>.

- أصحاب المهن التي تساعد على العلاج كمختصين علم النفس والمختصين في الحميات والمساعدين الاجتماعيين، وشركات التأمين، مخابر التحاليل، المدلكين وصانعي النظارات والأسنان<sup>2</sup>.

- عمال مخابر التحاليل.

- محضري المواد الصيدلانية.

<sup>1</sup> - ذهبية أيت مولود، المسؤولية الدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 45.

<sup>2</sup> - عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، دفاثر السياسة والقانون، عدد الرابع، جانفي 2011، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص 179.

- إدارة المستشفيات.

- سكرتير الطبيب الخاص.

- عامل المستشفى الذي يكون حاضرا وقت العلاج.

- أعوان الحماية المدنية المسعفون للمرضى، بعدما انخرط الأطباء العامون في سلك أعوان الحماية المدنية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-67 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-274 المؤرخ في 10 أوت 1991، المتضمن القانون الأساسي لأعوان الحماية المدنية.

### 3- إشكالية حصر المؤتمنين على السر الطبي

يرى الأستاذ (GARRAU) المؤتمنين على السر أنهم: أولئك اللذين يضطرّ الناس إلى التوجه إليهم لعدم قدرتهم على الاستغناء عنهم وهم مطمئنون إلى التزامهم بحفظ السر<sup>1</sup>، مما يوحي بأن وجود عنصرى الإضطرار والاطمئنان هما ما يفرضان وجود حماية إضافية للسر الطبي، وهو ما سعى إليه المشرع الفرنسي الذي يحسب له السبق في تحديد طائفة المؤتمنين على السر الطبي لما أصدر سنة 1810 نص المادة 378 من قانون العقوبات<sup>2</sup>، فكانت بمثابة الحدث الكبير البالغ الأهمية باعتبارها مرجعا صاغت على منواله عديد الدول تحديد طائفة المشمولين بهذا السر<sup>3</sup>، على غرار المشرع الجزائري الذي تبنى هذا النهج خلال صياغته لنص المادة 301 من ق.ع.ج، وحدد المؤتمنون في كل من الأطباء والجراحون والصيدلة والقابلات، على اعتبار أن لفظ **..وجميع الأشخاص المؤتمنين..** هو توسيع

1- سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة القاهرة 1988، ص 231.

2 - art-378: [Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois [\*durée\*] et d'une amende de 500 à 15000 F ] ; code pénal française par la loi 1810-02-19 promulguée le 1er mars 1810. Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994. voir :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006071029&idArticle=LEGIARTI000006490249>

3- عرفت هذه المادة نقلا حرفيا في التشريع المصري المادة 310 من قانون العقوبات، والبلجيكي المادة 485 من قانون العقوبات، والنمساوي المادة 498 من قانون العقوبات.

للقاعدة نحو حماية السر المهني كافة، مع تأكيده على وجوب الربط بين الشخص والوظيفة باعتبارها هي من تقضي بتلقي أسرار الغير .

وقد أثرت مشكلة حصر المؤتمنين على السر الطبي في فرنسا جدلا كبيرا بالموازاة مع تجريم إفشاء أسرار المهن الأخرى، فلقد ظهر رأيان في تحديد نطاق طائفة المؤتمنين على السر الطبي<sup>1</sup>، الرأي الأول الذي يتجه إلى تقييد نص المادة السالفة الذكر بالمهنة الطبية دون المهن الأخرى انطلاقا من مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص<sup>2</sup>، واعتبر بأن يكون من أفشى السر الطبي طبييا أو جراحا أو قابلة وكل من نزل منزلتهم<sup>3</sup>، كونهم أصحاب المهنة الذين يقصدهم المريض و يدلى على هذا الأساس بأسراره لهم فيملكون وصف المؤتمن، وبقية الأعوان أو طلبة الطب إنما تتصرف إليهم أحكام مسؤولية المتبوع<sup>4</sup>، وفي ذلك اتجه القضاء المصري لتحديد الأشخاص المؤتمنين على السر الطبي<sup>5</sup> في حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 02 يوليو 1953 « الشارع عندما وضع المادة 310 من قانون العقوبات لم يعمم حكمها، بل خص بالذكر طائفة الأطباء والجراحين والصيدلة والقوابل وغيرهم، وعين الأحوال التي حرم فيها إفشاء الأسرار التي يضطر صاحبها أن يأتهم عليها، باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضي هذا الإطلاع وهم في سبيل تقديم خدمة للجمهور، وعليه لا يصح التوسع في هذا الإستثناء بتعدية حكمه إلى من عدا المذكورين في النص كالخدم والكتبة والمستخدمين الخصوصيين ونحوهم، فهؤلاء لا يضطر مخدموهم إلى إطلاعهم على ما يرتكبونه من أعمال مخالفة للقانون »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 67.

<sup>2</sup> - عادل جبري محمد حبيب، نفس المرجع، ص 50.

<sup>3</sup> - شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط01، 1997، عمان الأردن، ص54.

<sup>4</sup> - وفقا لنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري

<sup>5</sup> - حددت المادة 310 من قانون العقوبات المصري المؤتمنين على السر الطبي بالنص التالي: " كل من كان من الأطباء والجراحين والصيدلة والقوابل أو غيرهم مودعا لديه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أوتمن عليه، فأفشاءه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا"

<sup>6</sup> - أنظر عادل جبري محمد حبيب، نفس المرجع، ص 67.

أما الرأي الثاني فهو الرأي الذي نادى بفكرة الإطلاق، وعمم تطبيق هذه المادة على أساس انها تتعلق بالسر المهني كافة وتضم المهن الأخرى التي تقوم على الثقة كالمحاميين والبنوك وغيرهم باعتبارهم مؤتمنين في مجالهم، ثم عمد إلى خلق تسمية المهن التابعة، والتي بمقتضاها يلزم أفرادها بكتمان السر المهني تبعيا<sup>1</sup>، ففي المهن الطبية يلزم جميع الأشخاص الذين يعملون في الحقل الطبي بما في ذلك الإداريين والعمال و الموظفين، حيث تنص المادة 72 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي « يسهر الطبيب على أن يكون الأشخاص الذين يساعدونه أثناء ممارسته على علم بالتزاماتهم بالسر المهني وخضوعهم لذلك، ويسهر على أن لا يكون أي انتهاك من قبل محيطه، للسر المتعلق بمهنته» .

فيضاف بذلك للأطباء الموظفين الإداريون الذين يتلقون البيانات من الأطباء في حالات الولادة والوفاة، وموظفوا الضمان الاجتماعي والتأمين وغيرها من المؤسسات، إذا تضمنت المعلومات التي أدلي بها لهم ما يوجب الكتمان<sup>2</sup> .

أما موقف المشرع الجزائري فيفهم منه الأخذ برأي الإطلاق على نهج المشرع الفرنسي حين صياغته لنص المادة 301 من ق. ع. ف، رغم أن هذا الإطلاق لم ينعكس في قانون الصحة حين صياغته لنص المادة 206 ف1: " يجب على الاطباء وجراحي الأسنان والصيدالة أن يلتزموا بالسر المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية، يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحوا الأسنان والصيدالة"، ويبدو واضحا من خلال هذه المادة أن تحديد المؤتمنين جاء ضيقا مقارنة بالإطلاق الذي ورد في قانون العقوبات.

كما أن أحكام المادة 38 من م.أ. ط. ج حين نصت على أن " يحرص الطبيب أوجراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني" ، لم تفصل في المسؤولية المستقلة للمساعدين الطبيين، وهو توجه معاكس لتوجه المشرع الفرنسي الذي يبدو وأنه كان أكثر دقة ووضوحا في تبيان حدود المسؤولية، فيما اتجهت إليه المادة 72 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي.

<sup>1</sup> - عادل جبري محمد حبيب، مرجع سابق ، ص 50.

<sup>2</sup> - عبد السلام الترماني، مرجع سابق، ص 42.

### ثانيا: صاحب السر (المريض).

في الغالب أن صاحب السر هو المريض، وإذا كان التعريف الشائع لدى الناس من أن المريض هو الشخص الذي يعاني اضطرابا في وظائف عضو أو أعضاء من الجسم<sup>1</sup>، فإن التشريعات والقوانين لم تتطرق لتعريف المريض ولا المرض، حتى أن منظمة الصحة العالمية عرفت الصحة ولم تعرف المرض، لأن المرض طيفا يمتد مجاله من الحالات الخفية التي لا تترافقها الأعراض إلى السقم الشديد، فبعض الأمراض تبدأ بحدة وبعضها مخاتل، إلى جانب الحالات التي يبدو فيها الشخص ظاهريا سليما ولكنه يحمل مسبب المرض جرثوم، فيروس، طفيلي... الخ ويقدر على نقله للآخرين، وهو ما يسمى بحامل المرض<sup>2</sup>.

يمتلك المريض بحكم هذه الصفة مركزا قانونيا غير عادي، فقد يكون المرض سببا للإعفاء أو للحصول استثناء على بعض الامتيازات، لكن هذا الاختلاف يرتبط بحدة المرض ونوع التصرف كونه معيار لا يخضع للثبات، فالمريض الذي يؤذن له بالتغيب لمدة يوم بموجب شهادة طبية لا يمكن اعتباره مريضا يرتب مرضه حكما لطلب الطلاق<sup>3</sup>.

يعد في حكم المريض، كل من أتى طبيبا سواء بغرض العلاج من إصابة بليغة أو لجراحة تجميلية، أو من ابتغى الحصول على النصح والإرشاد، والأصل في ذلك يعود إلى ما يطلبه العميل من خبرة ومعرفة يحوزها الطبيب وكانت هي السبب في إقباله عليه، ويتجاوز الأمر ذلك إذ يعد في مفهوم المريض كل من وقع عليه علاج برضائه أو دون رضائه، وكان محلا للفحص من قبل الطبيب سواء بهدف العلاج أو المتابعة، فالعمال أو الرياضيون الذين يحوزون كل السلامة البدنية وتفرض عليهم اللوائح وجوب متابعتهم من قبل الأطباء لتحقيق مردود جيد يعدون بمرتبة العملاء أو المرضى في علاقتهم مع الطبيب.

<sup>1</sup> - بوقفة احمد، مرجع سابق، ص 14.

<sup>2</sup> - انظر الدكتور أحمد فايز النماس، الخدمة الاجتماعية الطبية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ط1، 2002، بيروت، ص60

<sup>3</sup> - ورد بالمادة 53 ف2 من قانون الأسرة الجزائري، أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، قانون الأسرة، الكتاب الأول : الزواج وانحلاله، دار بلقيس للنشر، طبعة ديسمبر 2012، دار البيضاء، الجزائر.

وقد يحدث أن يحزر الطبيب وثيقة لشخص لم يكشف عليه مباشرة، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاد له بتاريخ 07 فيفري 1994، "أن إعطاء شهادة تتضمن تشخيصاً طبياً، يتعلق بشخص لم يكن زبونا للطبيب يعتبر انتهاكاً للسر الطبي، حيث في نطاق قانون اخلاق الطب يتعلق هذا السر بكل ما وصل إلى معرفة الطبيب خلال ممارسة مهنته، بمعنى ليس فقط ما أودع إليه ولكن أيضاً ما رآه، سمعه، فهمه، ونفس القانون يلزم الطبيب بإعداد تشخيصه بعناية كبرى، هذا الطبيب الذي حرر لأجل أخيه- الموجود في حالة انتظار الفصل في دعوى الطلاق مع زوجته- شهادة يذكر فيها بأنه حسب معارفه الطبية أن زوجة أخيه مصابة بعصاب هستيري، رغم أنه لم يستقبلها أو يفحصها<sup>1</sup>.

وفي هذا الوصف يمكن أن يحمل صفة المريض كل شخص لم تكن له أي صلة مباشرة به، سوى أن موضوع الواقعة وصل إلى علمه بمناسبة أداء مهنته.

وقد ثار الخلاف حول مدى اعتبار الشخص السليم من ضمن طائفة المرضى، إذا حرر له الطبيب شهادة تؤكد سلامته البدنية والنفسية من كل علة، فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي، إلى أن الواقعة السرية يمكن أن تكون إيجابية مثلما يمكن أن تكون سلبية، وهذا الرأي واجب التأييد، إذ أن التقرير السلبي قد يكون له دلالة على وضع أو مركز إيجابي، فتقرير الطبيب مثلاً، أن المريض الذي قام بفحصه لا يعاني من أي مرض، يعني من جهة أخرى، أنه يتمتع بصحة جيدة، أو أنه لا يعاني من مرض معين، وقد يكون لهذا الشخص مصلحة في ألا يعلم عنه الغير ذلك، يضاف إلى ذلك أن السماح بإعطاء الشهادات السلبية دون الشهادات الإيجابية، يخل بالمساوات بين الأطراف، إذ أن ذلك يسمح بالإثبات من جانب واحد فقط<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق، نصل إلى أن مفهوم المريض في الالتزام بالسر الطبي، يتعدى معيار الصحة والسلامة البدنية، إذ يتحدد من خلال اتجاه مهنة الطب إليه بغض النظر عن قيام أو انعدام العلاقة العلاجية.

<sup>1</sup> - ذكره بوقفة احمد، مرجع سابق، ص 188.

<sup>2</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 30.



تعد الحماية الصحية حق من الحقوق المكفولة للمواطنين بموجب دستور 1996 الذي نص في المادة 54 منه على: "الرعاية الصحية حق للمواطنين، تتكفل لدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية وبمكافحتها"<sup>1</sup>، وبموجبها سن المشرع بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب لفائدة المريض لأجل تحقيق هذه الغاية كالحق في الإعلام، والحق في إبداء الرضى، فللمريض الحق في معرفة حقيقة مرضه، ومستقبله الصحي<sup>2</sup>، وعلى الطبيب أن يراعي أثناء إبلاغ هذه المعلومات نسبة قدرة المريض على الفهم فيكون الإعلام بأسلوب واضح وبلغة مفهومة، وفي هذا الغرض لا يعد إخبار المريض بعلته من قبيل الإفشاء للسر الطبي<sup>3</sup>، بل يمكن كاستثناء أن لا يخبر الطبيب المريض بعلته إذا اقتضت مصلحته ذلك<sup>4</sup>.

أما عن الحق في إبداء الرضى، وعملا بالقواعد العامة يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الجراحي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة، و يستطيع قانونا أن يعبر عن رضائه<sup>5</sup>، و إن كانت المادة 44 من ق. أ. ط. ج<sup>6</sup>، قد وسعت مجال حماية هذا الحق بالحصول على الرضى من غير المريض، فإن هذا التوسع ليس رجوعا عن القواعد العامة التي توجب التقيد بالإرادة، إنما هو توجه لحماية حق المريض في العلاج أمام ما قد تفرضه حالات الضرورة أو حالات الإستعجال<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - المادة من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996.

<sup>2</sup> - هشام محمد مجاهد، الامتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 118.

<sup>3</sup> - بوقفة احمد، مرجع سابق، ص 46.

<sup>4</sup> - قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 21 أبريل 1870 أنه "إذا طلب المريض من الطبيب مخالفة السر الطبي فإن للطبيب السلطة التقديرية في أن يقرر هل يصمت أو يتكلم وفقا لما يمليه عليه ضميره..."، نقلا عن قديدر إسماعيل، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010، ص 147.

<sup>5</sup> - أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص 53.

<sup>6</sup> - تنص المادة 44 من ق. أ. ط. ج : " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون».

<sup>7</sup> - غنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 41.

### ثالثا: محقق السرية

السر إذا جاوز الإثنان شاع، فلا يمكن تصور إفشاء للسر إذا كانت الواقعة محصورة بين الطبيب والمريض، فهو بهذه الصورة لا يزال يحوز صفة السرية ولم يخرج عن نطاق الالتزام المفروض على عاتق الطبيب، وبالتالي لكي يحدث الإفشاء فهذا يقتضي وجود جهة ثالثة لم يكن من المفروض أن تطلع على هذه الواقعة.

إن الغاية من حفظ السر بوجه خاص، هي حماية مصلحة المريض، ومن المسلم به أن هذه المصلحة يدافع عنها المريض بالدرجة الأولى، وقد يشترك معه فيها غيره، كحالة الأمراض الوراثية، والتي تعد سرا عائليا المصلحة فيه تتجاوز المريض إلى العائلة، فلا يتصور أن علم أحد من الأقارب بما يقترن بحالته الصحية يعد إفشاء للسر الطبي لأن هذا الشخص يفترض أن يعلم به، غير أن مصلحته تقوم إذا تم إفشاء ما يخصه من قبل الطبيب ولو لم يكن هو المريض المباشر.

ومن جهة أخرى، يعتبر من قبيل الأسرار الشخصية الموجبة للكتمان حتى بين الأزواج، المعلومات المتعلقة بالجانب الصحي لكل فرد منهما كلما كانت هذه المعلومات لا تؤثر على الزوج الآخر<sup>1</sup>، غير أن محكمة السين الجنحية في حكم صادر لها بتاريخ 4 جانفي 1928، اعتبرت أن رسالة الطبيب إلى زوج كان بصدد رفع دعوى طلاق، يعلمه فيها بإجهاض زوجته قبل الزواج، يعتبر إفشاء للسر المهني الملقى على عاتقه<sup>2</sup>.

لذلك يتحقق وجود جهة ثالثة تكون سببا لتحقيق الإخلال بهذا الالتزام، إذا انتقل إلى شخص سواء من الأقارب أو من غيرهم، متى افترض أن هذا الشخص يجب أن لا يعلم، وعلى هذا المنوال عد انتقال السر إلى الغير كالرأي العام أو الصحف تأكيدا مفترضا لوصول العلم بالوقائع إلى الغير، لما تملكه هذه الوسائل من قدرة على نشر المعلومة، فالناقل للسر حتى وإن كان لا يحقق مصلحة معينة من الإفشاء ودوره يقتصر على الوساطة، أو مجرد السمع لغير غرض، إلا أنه يعتبر من المستفيدين من السر وبمجرد علمه

<sup>1</sup> - قديدر إسماعيل، المرجع السابق، ص 145

<sup>2</sup> - T. corr. Seine, 4 janv. 1928 : Sem.jur. 1928. 401, note Perraud-Charmantier

يتحقق الإفشاء، سواء توجهت إرادته إلى الحصول على السر أو غير ذلك، كمن وصل إليه السر بشكل عارض، حتى ولو لم ينقله، لأنه لا يشترط وقوع الضرر نتيجة الإفشاء<sup>1</sup>.

إن نقل السر لأشخاص كتومين وموضع ثقة يحقق الإفشاء، حتى ولو كانوا هم أنفسهم ممن يلزمهم القانون بكتمان السر، والعبرة ليست في تعدد الأشخاص أو النظر إليهم باعتبارهم طائفة أو جهة معينة أو انفرادهم، بل إن الإفشاء يتحقق ولو أفضي بالخبر إلى شخص واحد.

لذلك نجد أن الطبيب يقع في موقع حيرة واضطراب إذا ما طلب منه نقل مريض للمعالجة على يد زميل له أو جهة أخرى كشركة التأمين، ويتردد في الفصل في أي من المعلومات يمكن نقلها إليهم وأي منها يجب أن يحظى بالسرية والكتمان، خاصة وأن هناك التزام آخر يصنع المفارقة لديه وهو التزامه بواجب التعاون والزمالة المفروض عليه بموجب قواعد المهنة الطبية، ولأن الغاية المرجوة من فرض كتمان السر الطبي كالتزام يقع على الأطباء، هو حماية مصلحة المريض، فلا يعتبر من قبيل إفشاء الأسرار الطبية انتقال المعلومة في الوسط الذي يخدم مصلحة المريض، مادامت هذه المعلومة مقيدة بغرض النفع وتشكل مصدرا أساسيا لبلوغ العلاج أو حماية مصلحة المريض، وعليه فإن الطبيب ملزم بتبليغ الجزء الضروري من الوقائع والذي من شأنه أن يفي بغرض العلاج، على أنه ملزم بكتمان ما يفترض أنه لن يخدم مصلحة المريض في البرء وغيره، و تبقى للقاضي سلطة التقدير إذا ما اعتبر هؤلاء من قبيل الغير الذين تتحقق إزائهم السرية والمنع من الإفشاء أم لا، وفي هذا الغرض لا يعد رب العمل أو إدارة النادي الرياضي من قبل المستفيدين بالسر إذا بلغوا من قبل الطبيب المكلف من طرفهم باختبار ومتابعة منتسبيهم، متى كانت الوقائع المبلغ عنها تخص ما يفترض أن تقام عليه مصلحتهم وتدور فيما يهدف إليه القانون من غاية في إجازة تعاقدهم مع هؤلاء.

<sup>1</sup> - أنظر أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، دار الكتب المصرية، القاهرة، د س ط، ص 34.

### البند الثاني: النطاق الموضوعي للسر الطبي

يتحدد النطاق الموضوعي للواقعة السرية من خلال ارتباط الواقعة السرية بالمهنة الطبية، عدم شيوع الواقعة للكافة، ومصلحة صاحب السر في الكتمان.

### أولاً: ارتباط الواقعة السرية بالمهنة الطبية

ليس من شك، ان اعتبار السر من اسرار المهنة او الوظيفة، يقتضي صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر وممارسة المهنة او الوظيفة، فلكي يلتزم المؤتمن بواجب السرية، يجب ان يكون من طبيعة مهنته او وظيفته الاطلاع على تلك الاسرار<sup>1</sup>.

لذلك ينظر إلى الأساس الذي بفضلته تمكن الطبيب من اكتساب المعلومة فيرد التزام المؤتمن على سر يعلم به، لضرورات ممارسة نشاطه المهني او الوظيفي، باعتباره صاحب مهنة او وظيفة معينة، تتيح له دون سواه ذلك العلم، وينبني على ذلك ان التزام المهني او الموظف يشمل، كل ما علم به اثناء ممارسة مهنته او وظيفته، بشرط ان يكون للوقائع التي علم بها علاقة مباشرة بهذه الممارسة، اي ان تكون هناك علاقة سببية بين الممارسة والعلم بالوقائع موضوع السر، فبالنسبة للطبيب، يعتبر سرا له طبيعة مهنية كل ما يتعلق بتشخيص المرض، والعلاج اللازم له، وشخصية المريض الذي يلجأ اليه<sup>2</sup>.

اما اذا ما تخلف عنصر الارتباط بين الواقعة السرية والمهنة او الوظيفة، فان الالتزام بالسرية لا يتحقق، لكن كثيرا ما تكون المهنة او الوظيفة سببا عارضا وليس اصليا، وفي هذا الفرض يكون عنصر الارتباط اضعف من سابقه، وهو ما جعل غالب الفقه في فرنسا لا يلزم قانونا بكتمان مثل هذه الوقائع، وبهذا المفهوم اتجهت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 21 يونيو 1973، في قضية تتلخص وقائعها في زوج رفع دعوى طلاق على زوجته بسبب المشاكل بينهما، لجأت الزوجة إلى احدى صديقات عائلة زوجها تعمل محامية، وبقيت في زيارتها فترة تمكنت من خلالها المحامية من الوقوف على تفاصيل المشكلة، واثناء نظر الدعوى، شهدت المحامية ضد الزوجة بما سمعته منها، وحكمت المحكمة بطلاق

<sup>1</sup> د. عبد الفتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، نقلا عن د. عادل جبيري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> - د. عادل جبيري محمد حبيب، نفس المرجع، ص 357.

الزوجة استنادا إلى شهادة المحامية، فطعنن الزوجة على أساس بطلان الشهادة لوجود علاقة بين السر والوظيفة، غير أن محكمة النقض ايدت الحكم الصادر بالطلاق على أساس انتفاء العلاقة السببية بين الاسرار التي علمت بها المحامية ووظيفتها، فهي لم تعلم بهذه الاسرار بحكم مهنتها وانما باعتبارها صديقة للعائلة، وبالتالي فان الافضاء بها إلى المحكمة لا يشكل اخلاصا منها بواجب السرية<sup>1</sup>.

وفي قرار اخر صدر لها بتاريخ 05 ديسمبر 1975، اجازت محكمة النقض الفرنسية شهادة طبيب بصفته هذه، عن وقائع علم بها اثناء زيارة ودية لبعض اصدقائه<sup>2</sup>.

### ثانيا: عدم شيوع الواقعة للكافة

الأصل أن السر لا يرد على وقائع ومعلومات أذيعت بين الناس، لكن هذا لا ينفي عنها طابع السرية كلما كانت غير مؤكدة، إذ أن محيط العامة لا يعتمد عليه كثيرا، ومن الناس من لا يصدق ما يدور فيه، فإذا تقدم الأمين على السر، وأذاعه بين الناس، فإنه بذلك يجزم الرواية ويؤكد الخبر المتداول، إن هذا القول يؤدي إلى استخلاص فرضيتين في الواقعة ينبغي التفرقة بينهما على أساس ما يمكن أن يضيفه الإفضاء في العلم بها، فإذا كان إفضاء المهني بالواقعة لا يضيف جديدا بالنسبة لعلم الغير بها، فلا تتحقق مسؤوليته، لأن الواقعة في هذه الحالة لا تملك صفة السرية، ومعلومة لدى الغير علم اليقين، أما اذا كان الإفضاء يعطي صفة التأكيد وينقلها من مصاف الإشاعة إلى علم اليقين، فإن إخلال صاحب المهنة أو الوظيفة بالتزامه يتحقق، باعتبار أن ما أفضى به كان أمرا لم يسقط عنه وصف السرية بعد<sup>3</sup>، وهو ما جسده قضاء محكمة رين الفرنسية سنة 1979، لما أقر بمسؤولية قاض عن إفشائه لسر من أسرار وظيفته لما أكد في مقال صحفي وقائع كانت تداولها وسائل الإعلام بشدة، فاعتبر هذا المقال تأكيدا رسميا للواقعة والدفع بها إلى مرتبة اليقين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ.-21juin 1973-j.c.p.1973-j-16

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 5Déc 1978,D.1979-1-R-211-Bull-Civ.11 N°2267

<sup>3</sup> - أنظر عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق ص 25 و 26.

<sup>4</sup> -Rennes 7 mai 1979 J.C.P 1980 1980-11-19333

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن معرفة الواقعة لا تكفي لجعل الإفشاء مشروعاً، فالإفشاء الصادر من شخص متخصص يأتي مؤيداً للواقعة ومن ثم يستحق عقوبة القانون، أما إذا جعل صاحب الشأن الواقعة خبراً عاماً فإن الإفشاء لا يقدم جديداً، فالطبيب لا يحق له أن يستند لتبرير الإفشاء على أن السر أصبح معروفاً للعامة، إذ أن محيط العامة وأقوال الصحافة لا يعتمد عليهما كثيراً، فإذا قام الطبيب المعالج بإفشاء السر فإنه يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها، وجدير بالذكر أن واجب حماية السر من النظام العام وهي قاعدة لا تتراجع أمام أي اعتبار، وأن واجب الحفاظ على السر المهني يسمو فوق كل اعتبار، فإذا كانت حالة المريض معروفة للجمهور، فإن الطبيب المعالج يعد مرتكباً لجريمة إفشاء السر المهني إذا شهد أمام المحكمة بما رآه وسمعه كطبيب، فعلى الرغم من أن الوقائع التي شهد بها كانت معروفة من قبله، إلا أنه لا يحق له التكلم عنها لأي سبب<sup>1</sup>.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية نشر الطبيب لكتاب يخص حياة رئيس فرنسا السابق فرونسوا ميتران إلى القول أن الالتزام بالسر المهني المفروض على الطبيب لا يمكن أن يزال بمجرد نشر المريض بعض ما يتعلق بحالته الصحية أو بعض مظاهر حياته الخاصة، أو لأن المعلومات القابلة للنشر ذات طبيعة تجعل مجموع الفرنسيين يهتمون بها تحت عنوان تاريخ فرنسا<sup>2</sup>.

لذلك قد استبعدت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية تقرير الطبيب المعالج ولم تلتفت له، بعدما استندت إليه شركة التأمين لإصدار حكم يقضي ببطلان الحكم الذي صدر في حقها والقاضي بصحة العقد الذي يجمعها مع شخص توفي، بحجة أنه كان يخفي عنها حقيقة مرض القلب الذي أصيب به قبل التعاقد، وهو ما يؤكده التقرير الطبي بشكل مفصل، لكنها حكمت بعدم جواز بطلانه بسبب أن هذا التقرير خالف سر المهنة، ولم يلتزم بواجب الكتمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سلامة أحمد كامل، مرجع سابق، ص 46.

<sup>2</sup> - ذكره احمد بوقفة ، مرجع سابق، ص 195.

<sup>3</sup> - Cass.Civ.-01 mai 1899-D.1899-1-585

في حين إتجه رأي آخر إلى القول أنه إذا كانت المعلومات المنشورة حول الواقعة قد تأكدت وذاع خبرها، وأصبح لها شهرة عامة لا تدع مجالاً للشك، فإنها تدخل في دائرة المعلومات المباح إفشاؤها، ولا يعد ذلك جريمة تتطلب المسائلة عنها بأي حال<sup>1</sup>.

مثلما أن شيوع الواقعة إلى درجة اليقين لدى محيط معين محصور كالعائلة مثلاً أو مجموعة المهنيين الذين اطلعوا عليها بمناسبة اداء مهامهم لا يجعل من الواقعة تخرج عن اطار السرية، فتداول الواقعة بين الأطباء هو من صميم العمل الطبي مادام يخدم مصلحة المريض، لذلك فالالتزام بالسر يتحقق لدى كل طبيب وصل إلى العلم بالواقعة مهما تعدد المهنيون العالمون بها، غير أن هذا التعدد لا يعتبر شيوعا للواقعة أو سببا للتحلل من الالتزام ، وفي هذا السياق عالج مجلس الدولة الفرنسي مسألة الأسرار المشتركة في حكمه الصادر بمناسبة الملفات والموضوعات التي يسأل عنها أكثر من موظف، حين تصبح الأسرار شائعة فيما بينهم ان اختصاص أكثر من موظف، أو أكثر من إدارة بمعالجة هذه الملفات، يجعل الموضوعات المتصلة بها شائعة أو مشتركة بين هؤلاء الموظفين أو تلك الإدارات، ولا يعد الإدلاء بالبيانات المتصلة بها خروجاً عن الالتزام بالمحافظة على تلك الأسرار، طالما أن الإطلاع على تلك البيانات قاصرة على دائرة الموظفين المختصين بمعالجة هذه الملفات وتسويتها<sup>2</sup>.

ويظهر مما سبق أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد وسعا كثيراً في مفهوم الواقعة السرية، إذ أن المعلومة تكون سرا وهي حق لصاحبها في كتمانها، إلا أنها لم تعد كذلك إذا انتشرت بواسطة الإشاعة أو غيرها، فإذا تداول بها شخص فهو من ضمن المرديين لها لأنها انتشرت من قبل أفراد العامة أو الصحافة والإعلام، فإذا شهد الطبيب أمام القضاء المختص فهذا لا يعد إفشاء لسر موكله خصوصاً أن القانون يلزمه بهذا الإفشاء حماية لمصلحة القضاء في إحقاق الحق التي تتمثل في كشف جريمة يعاقب عنها القانون أو حماية مصلحة.

<sup>1</sup> - سلامة أحمد كامل، مرجع سابق، ص 47.

2 - C.E : 24 oct 1969, Gougeon, Rec. P 457

### ج- المصلحة في الكتمان

إن حماية السر الطبي، يرجع في شكله الخاص إلى حماية المصلحة الخاصة للأفراد، ممن يوجدون في حالة اضطرار تلجئهم إلى صاحب مهنة أو وظيفة معينة، وإذا تصادف أن هذه الحماية للمصالح الفردي، تحقق في نفس الوقت، حماية الثقة الضرورية للممارسة السليمة للمهنة ضمانا لمصالح المجتمع ككل، إن هذا الاعتبار لا يتدخل في تقدير المشرع بطريقة مباشرة، وإنما هو نتيجة لما استهدفه من ضمان حماية الشخص الذي يوجد في حالة اضطرار، لكشف النقاب عن جانب من أسرار حياته الخاصة، فلا يخفى أن من يطلب خدمات أصحاب هذه المهن، يكون مضطرا اليهم بأسرار حياته الخاصة، في سبيل تحقيق مصالحه، مما يجعلهم أهل ثقة ضرورية<sup>1</sup>.

#### البند الثالث : النطاق الزمني للسر الطبي

ليس من شك، أن اعتبار السر من أسرار المهنة أو الوظيفة متى وصل إلى علم الطبيب سواء بالملاحظة أو عن طريق ما أدلي به إليه بمناسبة ممارسة مهنته، فلحظة تحقق العلم بالوقائع موضوع السر هو لحظة بداية التزام الطبيب بالكتمان 2 ، ولا يعتد في ذلك بزمن قيام العلاقة العقدية فقد يحدث أن يصل العلم بالوقائع في أي مرحلة من مراحل العلاج، والعلم هو قطع الشك باليقين، فما وصل إلى الطبيب من علم يقين بالواقعة لا جدال في وجوب كتمانها، أما ما كان محل شك، فالبوح به قد يفضي إلى نتيجتين، إما أن يتأكد هذا الشك وبصير حقيقة وبالضرورة يصير البوح به مسبقا إفشاء لواقعة سرية، أو يكذب هذا الشك ويصير البوح به نشر لإشاعة ، وإن كان الطبيب في الحالة الثانية لا يسأل عن إفشاء السر، إلا أن مصلحة المريض تقتضي صون كرامته من كل اعتداء، فهو مطالب بكتمانها على أساس هذا الجانب، لذلك يجب على الطبيب بحكم ما تفترضه أخلاق مهنته الحرص على سرية وكتمان كل ما يصل إلى علمه من وقائع محققة أو محل شك لحظة العلم بها .

1 - P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, éd. Nemesis, Bruxelles, 1985, p. 43.

2 عادل جبيري محمد نجيب، مرجع سابق، ص 20



ويثور الإشكال حول الأحاديث المبدئية التي تثار بين المهني أو الموظف وصاحب السر، ومدى اعتبارها من ضمن الأسرار الموجبة للكتمان، و مثال ذلك المريض الذي يتحدث إلى طبيب مبدئياً قبل العلاج، أو دون أن ينتهي ذلك إلى إجراء العلاج لأي سبب، فالعبرة هنا بما سمعه الطبيب أثناء تأديته للمهنة، فيقوم الالتزام بالكتمان لمصلحة ما أدلى به المريض للطبيب على أساس أنه سر، وفي حالة ما لم يقصد هذا الأخير اعتبارها من الأسرار، تستبعد من نطاق الالتزام بالكتمان، ومثال ذلك أن يدلي صاحب السر ببعض الأمور المتعلقة بعمله أو مشاكله في الحياة، دون أن يكون لذلك علاقة بالموضوع الذي من أجله سعى صاحب السر إلى المؤتمن على الأسرار<sup>1</sup>.

لا يعد من قبيل السر الطبي المعلومات التي وصلت إلى علم الطبيب أو الصيدلي عن غير طريق مهنته، فإذا وصل ذلك إلى علمه عن طريق الصحافة أو الأحاديث العامة لا يلزم بكتمانه، غير أنه إذا حدث وأن صار المريض من ضمن زينه، فإنه يسري عليه الالتزام من لحظة إقبال المريض إليه، مهما كان السر متفشيًا<sup>2</sup>.

يبقى المهني ملزماً بكتمان السر المهني بعد انتهاء مدة العقد الرابط بينه وبين الزبون، لأن مصلحة هذا الأخير هي التي تحدد مدى هذا الالتزام، بالإستناد إلى مبدأ حسن النية، فرغم انتهاء العمليات التي كانت تشكل موضوع العقد، يبقى الالتزام بكتمان الأسرار التي أطلع عليها أثناء العلاقة بالعميل قائماً ومنتج لآثاره<sup>3</sup>.

فإذا كان الغرض من حماية السر، هو حماية صاحبه وفقاً لاتجاه إرادته نحو ذلك، فإنه يمكن رفع السرية بإرادة الأطراف، إذ مادامت السرية قد أنشئت وفقها، فإن الالتزام بها يمكن أن يختفي بإعلان عن الإرادة مضاد للإرادة السابقة<sup>4</sup>، وفي هذا السياق نصت المادة 206 الفقرة 05 من قانون حماية الصحة وترقيتها على " لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان

<sup>1</sup> عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 18.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 80.

<sup>3</sup> - بختاوي سعاد، مرجع سابق، ص 73.

<sup>4</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، نفس المرجع، ص 43.

أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك".

غير أن الأصل هو سريان الالتزام بكتمان السر ولو بعد وفاة المريض، وهذا ما ورد في ميثاق جنيف لعام 1948 في القسم الطبي : " أنني سوف أحترم الأسرار التي أؤتمن عليها وحتى بعد وفاة المريض"<sup>1</sup>، وعلى هذا الأساس ورد في المادة 41 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاق الطب على أن " لا يلغي السر المهني بوفاة المريض".

وقد نصت الفقرة السابعة للمادة 4-1110 L من ق. ص. ف " لا يشكل السر الطبي عائقا أمام أقرباء المتوفي متى تطلبت الضرورة الحصول عليه لمعرفة أسباب وفاته أو احترام ذكراه أو الدفاع عن حقوقهم، إلا إذا صدرت رغبة معاكسة لذلك من قبل المتوفي قبل وفاته".

وصفة الطبيب متطلبة وقت إيداع السر أو العلم به، بينما لا يُنظر إليها بعين الإعتبار ولا يعتد بها وقت إفشائه، فالطبيب الذي يقوم بعد اعتزاله أو توقيفه عن ممارسة المهنة بإفشاء ما أودع لديه من سر لما كان ممارسا لها، تقوم في حقه المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي ويلزم بتعويض الضرر الحاصل جراء الإفشاء، ولكن لا يقع عليه هذا الالتزام إذا أودع لديه السر بعد اعتزاله المهنة<sup>2</sup>، وفي ذلك نصت المادة 66 من قانون الإثبات المصري على أنه: " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء وغيرهم... عن طريق مهنته أو صنعته، بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها، ولو بعد أنتهاء خدمته وزوال صنعته، ..."

1 - جمعية الطب العالمية، كتاب الأخلاقيات الطبية، ترجمة د. عبد السلام بن عمار، كلية الطب تونس، 2005، ص 31.

2 - المستشار عبد الحميد المنشاوي- جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005،

## الفرع الثاني

### الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن السر الطبي

إذا كان كتمان السر الطبي التزام يقع على عاتق الطبيب لأجل حماية مصلحة المريض، فإن الفقه قد اختلف في تبيان حدود هذا الالتزام ، فمنهم من يرى أن الالتزام بالكتمان يجب أن يكون مطلقاً فلا يمكن بأي حال من الأحوال تعديده بالإفشاء، وهو ما يعرف بنظرية الالتزام المطلق (بند أول)، بينما هناك من يرى أن إطلاق هذا الالتزام حتماً سيؤثر على تحقيق مصالح أخرى (بند ثان)، لذلك يجب أن يكون نسبياً، وهو ما سنعالجه للوصول إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من طبيعة هذا الالتزام (بند ثالث).

#### البند الأول : نظرية الالتزام المطلق

يرى أنصار هذا الرأي أن ما تهدف إليه حماية السر، هو حماية ثقة العميل في صاحب المهنة، فمهنة الطب تهم المجتمع بأسره نظراً للخدمة العامة التي تقدمها، وهذه الضرورة تبرر التزام الطبيب بعدم إفشاء أي سر من الأسرار مهما تكن الأعذار التي يقدمها، خاصة أن ما وصل إلى علمه كان بمناسبة أداء مهنته<sup>1</sup> ، فواجب حفظ السر يتأكد على من يعمل في المهن التي يعود الإفشاء فيها على أصل المهنة بالخلل كالمهن الطبية، إذ يركن هؤلاء ذوو الحاجة إلى محض النصح وتقديم العون، فيفضون إليهم بكل ما يساعد على حسن أداء هذه المهام الحيوية، ومنها أسرار لا يكشفها المرء لغيره حتى الأقربين إليه<sup>2</sup> ، فالمهنة هي مصدر الإطمئنان الذي دفع بالمريض أو حتم عليه إيداع الطبيب لأسراره، فهي بذلك تحوز قوة تتجاوز رغبة المريض وإرادته في البوح بأسراره، وحتى مدى علمه بها، فكان من اللازم إحاطتها بسياج كفيل بخلق الإطمئنان المناسب إليها، وزرع الثقة التي تحول دون الإحجام في الإقبال عليها.

<sup>1</sup> - أنظر بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup> - قرار مجلس الفقه الإسلامي الدورة الثامنة- العدد الثامن ، مجلة مجامع الفقه الإسلامي - الجزء الثالث، ص 409،

المؤتمر الإسلامي 1405 هـ - 1994م - جدة.

ويؤكد أصحاب هذا الرأي، أن نية المشرع سواء في مصر أو فرنسا، اتجهت إلى إطلاق التزام المؤتمن على السر، وعدم خضوعه لأي استثناء، فهو دائماً التزم عام ومطلق، ولا يملك المهني أو الموظف التحلل منه تحت أي ظرف من الظروف، وهذا الالتزام المطلق، لا يشمل فقط، كل ما يعهد به صاحب السر إلى المهني أو الموظف، وإنما يمتد ليشمل أيضاً، كل ما يتوصل إليه هذا الأخير من معلومات نتيجة اتصاله بصاحب السر، وبصفة عامة نتيجة ممارسته المهنة أو الوظيفة، فالقاعدة دائماً: "الصمت مطلق والفم مطبق"<sup>1</sup>.

وقد اتجه القضاء في أول سابقة له لتكريس مبدأ الإطلاق في السر الطبي، في 19 ديسمبر 1885، في القضية الشهيرة باسم واطلت (Watelet)، حيث انتشرت الإشاعات وتعددت حول وفاة الرسام المشهور باستيان ليباج (Bastien-Lepage)، فقام الطبيب المعالج له بنشر شروحات تشمل كل تفاصيل المرض الحقيقي الذي كان يعاني منه والعلاج الذي اتبعه، بغرض إيقاف الشائعات، وعلى حجم نبل هذا الغرض الذي دفع الطبيب لنشر الشروحات كان رد قضاة النقض الجنائي صريح جداً، حين ظهر في حكمهم: "إن أي إفشاء حتى وإن لم تصاحبه نوايا خبيثة يجب أن يعاقب عليه بغية ضمان الإمتثال للضوابط التي تفرضها المصلحة العامة وهذا من أجل الوصول إلى هدف سامي وهو خلق الثقة في مهنة الطب من قبل المرضى"<sup>2</sup>، فاتجهت بذلك إلى تعميم واجب الكتمان ولو في وجود غرض نبيل، بل ولو لم يكن هناك أي قصد للإفشاء، إذ يكفي تحقق إفشاء الواقعة لتوقيع العقوبة، ومرد ذلك بالأساس إلى مايفترض تحقيقه من احترام لضوابط المصلحة العامة، وهي المحكمة نفسها التي عادت بعد سنوات من ذلك، لتوسع أكثر في مفهوم السر الطبي، حين قررت أن "السر الطبي لا يشمل فقط ما عهد به المريض إلى الطبيب، إنما هو أيضاً كل ما وصل إلى علمه خلال ممارسته مهنته"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص 31.

<sup>2</sup> - Cass. crim., 19 déc. 1885, Watelet : Bull. crim. 1885, n°363 ; S. 1886, p. 86.

<sup>3</sup> - Cass. crim., 8 mai 1947, Decraene JCP 1948, II, 4141, note Legal.

كان من نتائج الأخذ بهذه النظرية اتساع مدى الالتزام بالسر الطبي على النطاق الشخصي وكذا النطاق الموضوعي، فعلى النطاق الشخصي أمتد الالتزام ليشمل كل من له الاطلاع بحكم صفته، أو وظيفته بأي طريقة كانت على سر المريض، كالمساعدين الطبيين والمساعدين الصيادلة و طلبة الطب والكتاب، وكذا كل من يعمل في المستشفى أو العيادة، أما على صعيد النطاق الموضوعي فقد ترتب على الأخذ بهذه النظرية عدم اقتصار السر على ما يودع للأمين من معلومات، وإنما شمل أيضا ما قد يصل إلى علمه أثناء ممارسة المهنة سواء بسببها أو بمناسبةها، بصرف النظر عما قد طلب إليهم المحافظة على السر أو لم يطلب صراحة أو ضمنا، لأن مصدر الالتزام بالسر لم يعد يكمن في الطلب الصريح من العميل<sup>1</sup>.

إن الأخذ بهذا المبدأ، يجنب الأطباء عناء التمييز بين مختلف الحالات التي يجب فيها الحفاظ على السر الطبي والحالات التي لا يلزم فيها كتمان هذا السر، إذ قد تدق المسألة في بعض الأحيان ويصعب تحديد السلوك الواجب اتباعه لعلاج المريض، وما هي المعلومة التي يمكن تداولها وما يجب كتمانها، وهذا من شأنه أن يجعل الأطباء يخطئون كثيرا في تقدير الحالات، إذ يحدث تباين بحسب رؤية كل طبيب وطريقة تعامله مع المرضى وموضوع السر، فمن الصعوبة بمكان تصنيف الواقعة أمن ضمن الوقائع السرية أم لا، وهو في الحقيقة تقدير يخضع لرقابة قاضي الموضوع، وهذا التباين من شأنه أن ينتج عنه نقشي لأسرار المرضى<sup>2</sup>.

مثلما أن هذه النظرية تضمن حماية واسعة للأسرار الطبية، لذلك تبنتها المحاكم الفرنسية منذ بداية القرن التاسع عشر، ومنها ما قضت به محكمة النقض في تحديد نطاق السر الطبي "الالتزام بكتمان السر الطبي واجب يقع على الأطباء تفرضه مهنتهم، إنه عام ومطلق، ولا يمكن لأي أحد كان أن ينتهك ذلك".<sup>3</sup> ، ومجلس الدولة في توسعه في فرض

<sup>1</sup> - داود عنان، التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 86.

<sup>2</sup> - أنظر محمد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص76.

<sup>3</sup> - Cass. Crim. 8 mai 1947, Decraene, Bull. Crim. 1947, n° 124, J.C.P G 1948, II, 4141, note A. Légal.

الالتزام بالسر الطبي حتى بحصول الطبيب على موافقة المريض " إن النشر في مجلة صحفية تقوم بتحقيق صحفي على التنويم المغناطيسي، لصورة مريضة أخذت في عيادة طبيب، حتى مع الحصول على رضا هذه المريضة، له طبيعة الكشف عن معلومات تخص هذه المريضة ويشملها السر المهني".<sup>1</sup> ، وقد تجاوز القضاء ذلك إلى رفض قبول الشهادة أمام القضاء إذا كانت مشمولة بالسر الطبي، وذلك حين أيدت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1974/05/08، قرار الغرفة الجنائية بنقض الحكم الصادر بخصوص جريمة هناك عرض وجاء في تسببه أنه لا يجوز للطبيب أن يقدم تقريراً طبياً بخصوص هذه الواقعة إلى محكمة الجنايات، لأن الطبيب بعمله يكون قد خالف مبدأ السر المطلق الذي يجب عليه مراعاته والالتزام به<sup>2</sup> ، وعلى نفس النهج سار مجلس الدولة الفرنسي مؤخراً لتوسيع دائرة السر الطبي على حساب سلطة الضبط الإداري في قضية المهاجرين المقيمين بفرنسا لما قضى " إذا كان لأي شخص الحق في كتمان سره الطبي<sup>3</sup> ، فإن تسليم رئيس البلدية لشهادة تخص تحديد أماكن إقامة المهاجرين، لا يجب أن تحتوي على معلومات تخص أسرارهم الطبية".<sup>4</sup>

إلا أن مبدأ السر المطلق على الرغم مما كفله من حماية للوقائع السرية، فقد حمل في طياته بذور ضعفه، فلا يمكن تصور مجال حماية مطلق يمتد خلاله هذا الالتزام، دون أن يكون هناك تصادم مع مصالح عديدة، وبالفعل فقد ثبت أن هناك من المصالح ما يرتبط بالمهنة نفسها فتتأثر سلباً كنفور وإحجام الأطباء عن ممارسة المهنة، ومنها ما يؤثر في المصلحة العامة كسير العدالة أو تفشي الأمراض والأوبئة، ولعل أهم مصلحة من مجموع تلك المصالح، مصلحة صاحب السر نفسه، والتي تم تجاوزها حين رفض الأخذ برضاه في أن يكتم سره أو يباح به.

<sup>1</sup> -C.E., 4 / 1 SSR, du 28 mai 1999, 189057, publié au recueil Lebon

<sup>2</sup> -Cass. Crim., 08/05/1974, Dalloz, 1948-1, p 109

<sup>3</sup> -C.E., 31 octobre 2008, Section française de l'observatoire international des prisons, n° 293785, Publié au Recueil Lebon.

<sup>4</sup> C.E., 2ème et 7ème sous-sections réunies, 19/05/2008, 305670.

### البند الثاني: نظرية الالتزام النسبي

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن السر المهني لم يكن قاسيا قبل إعلان الثورة الفرنسية، ففكرة السر المطلق ظهرت ابتداء من حكم محكمة النقض في قضية **واطلت** السالفة الذكر، والذي قضى بأن قصد الإضرار ليس لازما لاعتبار الإفشاء قائما، فتبني فكرة تحديد مفهوم السر الطبي وفق مقتضيات المصلحة العامة يعتبر تجاوزا لإرادة الأطراف التي هي في الأصل من يحدد وجود السر الطبي ونطاقه<sup>1</sup>، والتبرير بتحقيق المصلحة العامة والخاصة من خلال إطلاق الحماية على السر المهني، ليس بالتبرير المقنع لفرض كل هذا الإطلاق، لأن الحفاظ على السر المهني يبرر حماية المصلحة الشخصية للعميل الذي يبوح لطبيبه بهذه الأسرار، فهذا السر وجد لحماية الصالح الخاص<sup>2</sup>، والذي من خلاله يتم الوصول إلى تحقيق المصلحة العامة.

غير أنه وبالمقابل، هناك الكثير من المبادئ والمصالح العامة التي تتعارض مع فكرة الالتزام المطلق بالسر الطبي، كما كتب السيد رينود "العدالة تبحث عن الحقيقة، إن الحقيقة اكتشاف والسر يخفيها"<sup>3</sup>، فعدم التبليغ عن الجرائم أو عن الأمراض الخطيرة حتما ستدفع المصلحة العامة ثمنه، فهناك من الضرورات ما يوجب التوفيق بين الحماية القانونية لهذه الأسرار، والمصالح الاجتماعية أو الفردية الأعلى، ولن يتم هذا إلا بقبول إمكانية رفع الالتزام بالسر، كلما وجدت مصلحة أعلى يراد حمايتها من تلك التي يحققها الكتمان<sup>4</sup>.

إن فكرة السر المطلق قد ضخمت مفهوم السر بأن جعلت له من الأهمية ما يتجاوز أهمية العلاج نفسها، وهي بذلك ستقف حاجزا أمام تحقيق الهدف المنشود من العلاج، فلجوء المريض إلى طبيب آخر غير الطبيب المعالج له، يتطلب من هذا الأخير إخبار وإطلاع الطبيب الجديد بالمعلومات المتعلقة بمريضه، بغرض تمكينه من القيام بالتدخل الطبي على

<sup>1</sup> - أنظر بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 78.

<sup>2</sup>-Naziha BOUSSOUF, *Secret médical et exigence de santé publique, Revu générale de droit médical, N°5 /2001, p 56.*

<sup>3</sup>-Raynaud P. , « Secret et procédure », *Le secret et le droit, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXV, Dalloz, 1974, p. 711.*

<sup>4</sup>- عادل جبيري محمد حبيب، مرجع سابق، ص173.

أحسن وجه<sup>1</sup>، مثلما أن تكليف طبيب العمل بالكشف عن حالة العمال بالحالة الصحية للعمال وقدرتهم على القيام بعملهم فيه إضرار بصاحب العمل وخروج عن مقتضى عقد العمل الذي يجمعه معهم.

وصلت هذه النظرية إلى تحقيق أهم نتائجها وهما جواز رفع السرية بأمر القانون، وعدم الإحتجاج بالسر في مواجهة المريض، بخصوص جواز رفع السرية بأمر القانون، فبغية التوفيق بين الحماية القانونية للسر الطبي والمصالح الاجتماعية أو الفردية الأجرى بالرعاية، والتي لن تتحقق إلا بقبول إمكانية رفع الالتزام بالسرية كلما وجدت مصلحة أعلى من تلك التي يحققها الكتمان<sup>2</sup>، تم إدراج حالات الإستثناء بنصوص قانونية، كضمانة للمحافظة على المبدأ، لأنه بدون هذا الشرط يفقد السر الطبي مقوماته، ويصبح مجال خلق الاستثناءات في يد الأفراد، وبالتالي تتسع دائرة الاستثناءات إلى أن تفوق الأصل، وبذلك يصبح لا فائدة من التذرع بالسر الطبي بتاتا، أما بخصوص عدم الإحتجاج بالسر الطبي في مواجهة المريض، ذلك لأن الالتزام بالسر الطبي قد تقرر في مصلحته، فمن الطبيعي أن يكون له الحق في الإطلاع على حالته الصحية من خلال معلومة واضحة صادقة مفهومة، متى كان هذا<sup>3</sup>، إضافة إلى حقه في الإذن للطبيب بإذاعة واقعة ما والنزول في ذلك عن حقه في أن تظل أمرا سريا، وبعبارة أخرى يستطيع صاحب السر أن يعف الطبيب من التزامه الكتمان، وبذلك يمكن له كشف السر في حدود الإذن أو ما يسمح به العميل.

وقد اتجه القضاء إلى تبني هذه النظرية والتخفيف من حدة الإطلاق الذي يحوزه السر الطبي، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن " للمريض الحق إذا كان بالغا، ولولده إذا كان قاصرا في أن يطلب من الطبيب إفشاء نوع المرض"<sup>4</sup>، في حين وازن بين السر الطبي وحق الدفاع الذي يعد من الحقوق الأساسية للمتهم، فقد حكم القضاء الفرنسي بعدم قيام المسؤولية عن الإفشاء من طبيب النادي الذي اتهمه أحد لاعبي الملاكمة بأنه تسبب في

<sup>1</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> - داود عنان، مرجع سابق، ص 86.

<sup>3</sup> - أنظر بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 162.

<sup>4</sup> - Cass. Crim. Gaz. Pal. 1974. doct. 8419



تدهور حالة عينيه، عندما أكد له قبل إحدى المباريات أن حالة عينيه كانت جيدة على خلاف الواقع، مما أدى إلى الإضرار بها بعد الإستمرار في اللعبة، وقد استند الملاكم إلى شهادة أحد الأطباء تؤكد أن بعينه إصابة قديمة ذات خطورة خاصة، ودافع الطبيب عن نفسه، متمسكا بشهادة طبية أخرى من رئيس الأطباء بالنادي، يقرر فيها أن الإصابة لا شك حديثة بعد المباريات الأخيرة، وبالتالي فلا خطأ ارتكبه طبيب الإتحاد الرياضي عندما يسمح للملاكم بالإستمرار في اللعبة، وتمسك الملاكم بأن ذلك يشكل إفشاء للسر، ولكن محكمة الإستئناف لم تتبعه استنادا إلى حق الدفاع<sup>1</sup>.

مثما إتجه القضاء للتوفيق بين مبدأ حماية السر الطبي وتكريس مبدأ الحق في الإثبات أمام المحاكم، كون أن حماية السر تتعارض مع هذا الحق، فبتاريخ 19 مارس 2009، قضت المحكمة المدنية بأن "الوقائع المشمولة بصفة السر الطبي لا يمكن الكشف عنها لمركز ثالث، إلا بصدور موافقة الضحية أو عدم وجود اعتراض على رفع السر"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لاطلاع المريض على سره الطبي، فقد اعتبر من صميم حقوق المريض المستحدثة بموجب تعديل قانون الصحة الفرنسي 4 مارس 2002<sup>3</sup>، غير أنه في بعض الحالات التي يصير فيها هذا السر لا يخدم مصلحة المريض، فيجب أن يبقى المريض جاهلا لمرضه، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي: "في كل الحالات ومن أجل مصلحة المريض ولأسباب يقدرها صراحة الطبيب، يجب أن يبقى المريض جاهلا لتشخيص مرضه أو إنذاره بالخطر، إلا في الحالات التي يعرض فيها المرض الذي أصابه الآخرين لخطر العدوى، مثل متلازمة عوز المناعة المكتسبة، فالإنذار القاتل للمرض لا يكشف إلا بحذر، إلا أنه لا بد من اخبار الأقارب، إلا في الحالات التي يمنع فيها المريض إبتداء هذا الكشف، أو يعين فيها الآخرين الذين يجب إخبارهم"، وهو ما قابله اتجاه النص الوارد في المادة 51 م.أ. ط. ج.

<sup>1</sup> - Raynaud P. , « Secret et procédure », Le secret et le droit, op.Cit, p. 711

<sup>2</sup> - Civ. 2ème, 19 février 2009, n°08-11959

<sup>3</sup> - تنص فقرة 2 للمادة L1111 من ق. ص. ف على أن: "كل شخص له الحق في أن يتم إعلامه عن حالته الصحية..."

## المبحث الثاني

### أساس وأركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

إن تحديد الالتزام بكتمان السر الطبي، ينطلق من البحث في طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض وما يحكمها، فهي المرجع في تحديد الالتزامات التي تسري بين الطرفين، ومن خلالها يمكن الوصول إلى تحديد الأساس القانوني للالتزام بكتمان السر الطبي (المطلب الأول) ، والذي من خلاله تقوم المسؤولية المدنية عن الإفشاء إذا ما توفرت أركان هذه المسؤولية (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول

### الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني للمسؤولية المترتبة عن إفشاء السر الطبي، ففي أول الأمر عد أساس الالتزام بكتمان السر الطبي من النظام العام (فرع أول) ، لكن ظهر بعد ذلك اعتراف بالعلاقة العقدية مما جعل الآراء الفقهية تتجه للقول أن الالتزام بكتمان السر يجد أساسه في العقد (فرع ثان) ، وهما ما أثرا في تحديد موقف المشرع الجزائري (فرع ثالث) .

## الفرع الأول

### نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي

يتجه بعض الفقه إلى النظر إلى أهمية كتمان السر إنطلاقاً من تأثير الإفشاء على المجتمع، وعلى هذا القول تأسست نظرية النظام العام (بند أول)، التي بحجم انتشارها لاقت الكثير من النقد (بند ثان).

### البند الأول : مضمون نظرية النظام العام

اتجه رأي في فرنسا إلى اعتبار النظام العام أساساً للالتزام بالسر الطبي، وحسب هذه النظرية فإن الالتزام بالسر الطبي ليس نتيجة عقد صريح أو ضمني بين المريض والمؤتمن

على السر، وإنما يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فهو التزام عام و مطلق<sup>1</sup> بحيث لا يتوقف على إرادة أي من الطرفين والنظام العام ممثلاً في المصلحة العامة، وعلى هذا الأساس يلتزم الأمين على السر الطبي بالمحافظة عليه، وأي إفشاء له يمثل اعتداء على المجتمع كله وإهدار الثقة التي وضعها المريض في المؤتمن على سره الطبي<sup>2</sup>.

يؤسس أنصار هذا الإتجاه فكرتهم بالأخص على:

- أن فكرة النظام العام لم تسن إلا لحماية الأفراد عن طريق حماية المجتمع، فالسر الطبي لم يشرع للالتزام به إلا كضمانة للأفراد والعائلات قصد الإقبال على العلاج دون توجس، ففي شعورهم بالإطمئنان على سمعتهم وشرفهم يلتقي الهدف من الحفاظ على الأسرار مع الهدف من العلاج، أي المصلحة الاجتماعية العامة التي يسعى إلى تحقيقها النظام العام<sup>3</sup>، فمخالفة الالتزام بالسر الطبي يلحق الضرر بالفرد وبالمهنة الطبية ومن ثم الإضرار بالمصلحة العامة، إذ لولا التزام الأمين الحفاظ عليه لامتنع المريض من طلب العلاج خشية الإضرار بسمعته وكرامته، وبالتالي الإضرار بالمجتمع بطريقة غير مباشرة<sup>4</sup>.

- أن الالتزام بالسر الطبي أساسه القانوني هو التشريع العام الذي يتصف بالعمومية، وحتى في افتراض وجود استثناءات ترد عليه، فيجب تحديدها بموجب نصوص تشريعية من نفس الدرجة، وأكثر من ذلك، أن صفة العمومية والإطلاق للسر الطبي توجد حتى في الدول التي لم تتضمن تشريعاتها العامة الالتزام بالسر الطبي، ومثال ذلك أنجلترا، فتشريعها لم يتطرق إلى السر الطبي، رغم ذلك يكتسب صفة العمومية والإطلاق من العرف وقواعد الأخلاق التي يجد فيها مصدره، حيث يلتزم بها جميع الأطباء دون استثناء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Crim., 8 mai 1947, aff. DECRAENE, D., 1948.109, note GULPHE,

<sup>2</sup> - داود عنان، مرجع سابق، ص 66.

<sup>3</sup> - Docteur LEGENDRI, "Secret médical et monde Contemporain", éd.G.DOIN et Cie. 1955, p.28

<sup>4</sup> - عبد القادر بومدان، مرجع السابق، ص38.

<sup>5</sup> - Jérôme DUMOULIN, "Le secret professionnel et les embarras de la médecine", le coque paris.1991.p.56

- أن استدلال الرأي القائل بأن التشدد والإطلاق لا يتفق مع العقود التي يوقعها الطبيب لصالح مؤسسة بغرض فحص عمالها، فمحل العقد هو توظيف خبرة الطبيب للكشف عن الحالة الصحية للعامل لصالح المؤسسة، فتنفيذ هذا العقد يتعارض مع قواعد النظام العام، فهذا استدلال جانب الصواب، لأن العامل والطبيب لم يجمع بينهما سوى ماتعاقدا عليه مع المؤسسة، فالعامل حين يقبل على طبيب العمل إنما بموجب ما أبداه من رضى في العقد السابق الذي جمعه مع المؤسسة ، مثلما أن الطبيب يقدم عمله لصالح المؤسسة، فهذه الصورة هي نفسها صورة الطبيب الذي يحرر شهادة لمريضه، وتبقى له الحرية أن يظهرها لمن يشاء ويخفيها عن من يشاء، فالمريض لا يسري عليه المنع من كشف سره بنفسه<sup>1</sup> .

- أن السر الطبي ولو أنه موجه لفائدة المريض فهو أيضا موجه لفائدة الصحة العامة، وهو ما دفع الفقيه الفرنسي شافان (CHAVANNE) إلى القول: "إن الرضى الذي يمنحه المريض للطبيب بإذاعة سره ليس بالعدر المطلق للطبيب للقيام بذلك، فهذا الأخير ملزم بتقدير أسباب ونتائج ذلك، فرغم كل شئى هناك ضوابط اجتماعية ومهنية تستوجب عليه الكتمان"<sup>2</sup>، لذلك فالسر الطبي ليس ملكا للمريض فقط من زاوية النظر إلى ما ينتج عن إفشائه، إنما هناك مصالح أخرى قد تتأثر بدرجة أكبر من تأثر مصلحة المريض، فإذا اتجهت إرادة المريض إلى قبول الإفشاء، فحماية المصلحة العامة أولى من حماية إرادة المريض.

إن اعتبار السر الطبي التزام متعلق بالنظام العام، يرتب بالضرورة التسليم بعدم جواز الاتفاق على مخالفته، فالسر الطبي تكون له صفة مطلقة بحيث لا يحق للمؤمن عليه إفشائه حتى ولو كان في حالة الشهادة أمام القضاء أو تكليفه بأعمال الخبرة.

<sup>1</sup>- داود عنان، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup>- A. PEYTEL , " le secret médical", Paris 1935, p.139.

## البند الثاني: تقييم نظرية النظام العام

على الرغم من أن هذه النظرية قد لاقت قبولا من قبل العديد من الفقهاء، لما قدمته من ضمانات كفيلة بحماية السر الطبي، وتسهيلات للقضاء في البحث عن مصدر الالتزام والخطأ، إلا أن هذا لم يمنع من تعرضها لبعض الانتقادات، ومن بينها ما يلي:

لم يتطرق هذا الاتجاه إلى تحديد مفهوم النظام العام، فهو يختلف حسب التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأخلاقية، كما يختلف باختلاف الزمان والمكان.<sup>1</sup>

كما أن جعل النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي يؤدي إلى اتساع دائرة الوقائع المشمولة بالسرية في غير ضرورة إلى كتمانها وهو ما يتعارض مع الغاية التي أنشئ وفرض لأجلها حماية الأسرار، من حفاظ على ترابط اجتماعي<sup>2</sup>.

حيث أنه إذا أخذنا بنظرية النظام العام فهذا قد يؤدي إلى إهدار مصلحة أولى بالحماية من الالتزام بالسر الطبي وكتمانها، فمثلا إذا تقدم شخص مريض بمرض معد إلى فتاة، فمن المؤكد أن الطبيب ملم بالحالة ومتأكد من تأثيراتها وما ترتبه من ضرر، غير أنه في هذه الحالة يلتزم الصمت متمسكا بالالتزام المفروض عليه من كتمان للسر الطبي، ويجني على الفتاة المهددة بالمرض أو الموت، فهنا الشخص الأولى بالحماية هي الفتاة وليس الشاب المريض.

تؤدي هذه النظرية إلى انتهاك حق المريض في إفشاء السر أو الترخيص بإفشائه، لأن المفهوم المطلق للسر ينطبق على الطبيب والمريض في ذات الوقت<sup>3</sup>.

كذلك فالالتزام المؤتمن على السر الطبي المطلق بعدم الإفشاء يحول دون الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة إذا كانت الشهادة أو الخبرة هي البديل الوحيد في الإثبات.

<sup>1</sup> - تضيق دائرة النظام العام في المجتمعات التي تتبنى النزعة الفردية المستندة إلى حرية الإرادة، وتتسع في المجتمعات التي تقوم سياستها على تدخل الدولة في كافة مجالات الحياة. أنظر أكثر تفصيل

<sup>2</sup> - عبد القادر بومدان، مرجع سابق، ص40.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص117.

## الفرع الثاني

### العقد كأساس للمسؤولية

من خلال النقد الموجه لفكرة النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي، ظهر فريق فقهي يؤسس الالتزام على أساس العقد (بند أول)، ويرغم إيجابياته فقد بدا أنه لا يخلو من السلبيات (بند ثان).

### البند الأول : مضمون نظرية العقد

انطلق هذا الرأي من أن العلاقة التي تقوم بين المريض هي علاقة أساسها العقد، خاصة بعدما استقر القضاء الفرنسي على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية وهذا منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية مرسيه (Mercier)<sup>1</sup> ، والعقد بشكل عام هو اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما<sup>2</sup> ، أما العقد الطبي فقد عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنه " اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"<sup>3</sup>، وعليه فإن عقد العلاج بين الطبيب والمريض ينشئ التزاما على عاتق الطبيب بالحفاظ على الأسرار التي وصلت إلى علمه من طرف المريض وذلك بمقتضى مهنته، فأساس الالتزام بالسر الطبي يكمن في اتفاق بين المريض والأمين

<sup>1</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية، أن السيدة مرسي كانت تشكو حساسية الأنف، فباشرت علاجها عند أحد الأطباء المختصين سنة 1925، لكن هذا العلاج أدى إلى تلف الأنسجة المخاطية، فقام زوجها سنة 1929 برفع دعوى بالنيابة عنها مطالبا بتعويض زوجته عن الضرر، واجهت محكمة النقض مشكلة تكييف المسؤولية الطبية هل هي مسؤولية تقصيرية حيث تتقادم الدعوى فيها بمضي ثلاث سنوات، أم مسؤولية عقدية تخضع لمدة التقادم المدني المقدر بثلاثين سنة كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، وكان من نتائج ذلك قبول دعوى التعويض في هذه القضية بعد مرور ثلاث سنوات معتبرة أن المسؤولية الطبية من طبيعة عقدية وتخضع للتقادم المدني. نقلا عن الموقع:

<http://www.avocat-nativi-rousseau.com/arret-mercier-cour-de-cassation-civ-20-mai-1936/>

<sup>2</sup> - أنظر المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

<sup>3</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول ج 07، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط03، 1998، ص 19.

عليه، لأن المريض حين يتجه إلى الطبيب كاشفاً له بعض أسرارهِ، ملتَمِسا منه مساعدته، فإن التراضي متوفر، والاتفاق قد انعقد<sup>1</sup>.

أما عن الإيجاب والقبول فيه، فيفهم من مجرد فتح الطبيب لعيادته وتعليقه للافتة تحمل اسمه وتحدد تخصصه، أنه يضع نفسه في موقع من يعرض إيجاب موجه للجمهور، وأي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع الطبيب عقداً بشكل طبيعي<sup>2</sup>، حتى ولو كان شفهيًا أو ضمناً<sup>3</sup>، ورغم ما سجل من اعتراض على هذه الفكرة بحجة مصادرة حرية الطبيب وإجباره على تقديم العلاج مما يتناقض و القانون الذي يسمح له برفض تقديم العلاج لأسباب شخصية<sup>4</sup>، فقد توصل الفقه إلى القول أن الطبيب الذي يضع لافتة ليس موضع إيجاب وإنما دعوة إلى التعاقد، ومادام الأمر كذلك يمكن له الاعتذار عن تقديم الخدمة لأسباب شخصية، حيث يحيل الإيجاب إلى المريض عن طريق اختياره للطبيب وذهابه إلى عيادته أو استدعائه إلى المنزل، والقبول يكون من الطبيب بمجرد موافقته على الفحص الابتدائي للمريض<sup>5</sup>.

يقوم العقد الطبي بين الطبيب والمريض حتى ولو كان اختيار المريض للطبيب حاصلًا من الغير، كتعاقد الإدارات أو المصانع أو الفرق الرياضية مع الأطباء بغرض معالجة أو متابعة منتسبيهم، إذ كيف ذلك على أساس الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها بنص المادة 116 من ق. م. ج<sup>6</sup>، إذ يلتزم الطبيب المتعهد في مواجهة الجهة المشترطة بأن يعمل لمصلحة المرضى، وهم المستفيدون من الاشتراط، فيمكن للمستفيد

<sup>1</sup> - نصيرة ماديو، مرجع سابق، ص 18.

<sup>2</sup> - د. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 68.

<sup>3</sup> - د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 95.

<sup>4</sup> - نصت المادة 42 من م. أ. ط. ج على "..." يمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"

<sup>5</sup> - أنظر د. جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 44.

<sup>6</sup> - تنص المادة 116 من ق. م. ج على: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية..."

المريض رفع دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها في مواجهة الطبيب وهو المتعهد يلزمه فيها بتنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

حاول الفقه تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وانقسم في ذلك بين اعتبار العقد الطبي من ضمن العقود المسماة أو الغير مسماة، حيث أن العقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، دون الأحكام العامة، ولا تطبق عليه هذه الأخيرة إلا إذا لم يرد في القانون حكم خاص به، أما العقد الغير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة<sup>2</sup>.

### أولاً: العقد الطبي عقد مسمى

وفي هذا السياق اعتبر بعض الفقهاء العقد الطبي عقد وكالة، في حين اعتبره البعض الآخر أنه عقد عمل، ويجزم بعض آخر على أنه عقد مقاوله.

#### 1- نظرية عقد وكالة

إذا كان عقد الوكالة هو ذلك العقد الذي بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، وطرفيه هما الوكيل والموكل، مثلما نصت عليه المادة 571 من ق. م. ج، فهو ينطبق على العقد الطبي حيث أن الموكل هو المريض الذي يوكل الطبيب للقيام بأعمال علاجية بغية الوصول إلى شفائه، ومن خصائص هذا العقد أن يلتزم الوكيل بالقيام في حدود ما وكل إليه لحساب موكله وباسمه<sup>3</sup>، لذلك تدرج العلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض ضمن أحكام الوكالة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر د. طلال عجاج، مرجع سابق، ص 70.

<sup>2</sup> - د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2003، ص 25.

<sup>3</sup> - حيث نصت المادة 577 من ق. م. ج على أنه: " على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حساباً عنها".

<sup>4</sup> - أنظر 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، ص 167.



ولما كانت المهن الحرة الشريفة لا تخضع للتقييم بالنقود، وغالبا ما يقوم بها النبلاء لما لها من قيمة أدبية، فقد كانت تقدم مجانا دون أي مقابل، وعلى هذا كان عقد الوكالة أكثر ملائمة مع التكيف القانوني لعقد العلاج<sup>1</sup>.

ومن ثمة فإن السر الطبي مشمول بعقد الوكالة، إذ يعد من المستلزمات التي يدور حولها العمل العلاجي ويعتمد عليها الطبيب للوصول إلى تحقيق الشفاء، فالعمل المحصور بالوكالة بخصوص السر الطبي هو استغلال هذا السر لمصلحة المريض وإحاطته بالكتمان.

لكن من النقد الموجه لهذا الرأي، أن الطبيب لا يلتزم اتجاه موكله المريض القيام بما وكل إليه أمام الغير، ولا يلتزم الغير في مواجهته، إذ يقوم بتقديم أعمال شخصية وفحوصات وتشخيصات العلاج بإسمه لحساب المريض نفسه.

كما أن الوكالة تنتهي إما عن طريق تنفيذ التصرف الذي تم التوكيل فيه، وإما عن طريق انتهاء الأجل المحدد لها، أو بموت الموكل<sup>2</sup>، لكن الالتزام بالسر الطبي له طابع خاص، إذ يسري على الرغم من إنتهاء العلاقة بين صاحب السر والمؤتمن عليه<sup>3</sup>.

إذا كان عقد الوكالة يقتضي أن يكون قيام الأعمال المفوضة للوكيل لحساب الموكل، إلا أن الطبيب عند قيامه بأعماله تكون المداخل والأتعاب لحسابه وليس لحساب موكله المريض<sup>4</sup>.

## 2- نظرية عقد مقاوله

يرى جانب من الفقه وعلى رأسهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، أن العقد الطبي بين المريض والطبيب هو في الغالب عقد مقاوله<sup>5</sup>، والذي بموجبه يتعهد أحد المتعاقدين أن

<sup>1</sup> - بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص 177.

<sup>2</sup> - نصيرة ماديو، مرجع سابق، ص 22.

<sup>3</sup> - تنص المادة 41 من م. أ. ط ج: " لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإلحاق الحقوق"

<sup>4</sup> - كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007، ص13.

<sup>5</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص18.

يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهذا ما نصت عليه المادة 594 من ق. م. ج.<sup>1</sup>

انتقد هذا الرأي من منطلق أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة في العلاج الذي يباشره أثناء التدخل الطبي، في حين ان أغلب عقود المقاوله يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة، وهذا إختلاف جوهري بينهما<sup>2</sup> ، كما أن عقد المقاوله عقد اقتصادي وتجاري بالدرجة الأولى، ومن ثم المقاول يعتبر تاجراً في حين أن الطبيب ليس بتاجر<sup>3</sup>.

### 3- نظرية عقد الوديعة

حسب هذه النظرية فإن أساس الالتزام بالسر الطبي هو عقد الوديعة الذي يربط المؤمن على السر الطبي و المريض، وهو الوارد بنص المادة 590 من ق. م. ج. "العقد الذي يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عيناً".

واستند الفقه في ذلك على نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي التي يقابلها نص المادة 310 من قانون العقوبات المصري الذي ذكر لفظ الإيداع (Dépositaire)<sup>4</sup> صراحة، حين ذكر "...وكل الأشخاص الآخرين المودع لديهم...سراً"، فلفظ الإيداع يعني

<sup>1</sup> - تنص المادة 549 من ق. م. ج. : "المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"

<sup>2</sup> - د. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 126.

<sup>3</sup> - بوخرص بلعيد، مرجع سابق، ص 168.

<sup>4</sup> - *dépositaire : Personne à qui on a confié quelque chose d'important qu'on ne doit pas livrer ; gardien : Être le dépositaire d'un secret. Voir*

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9positaire/23869>

أما المشرع الجزائري فلم يستعمل لفظ الإيداع، بل استعمل لفظ الإيداع في نص المادة 301 من ق. م. ج. "على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها.."

الوديعة، ولجأوا إلى المادة 1930 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بعقد الوديعة، وقالوا أن هذه المادة استخدم فيها اثنين من مشتقات تلك الكلمة<sup>1</sup>.

بينما اتجه فريق آخر من أنصار هذه النظرية إلى طريقة القياس، فقاوسوا الثقة بالوديعة، على أساس أن الثقة مثلها مثل الوديعة لها جزء جنائي على انتهاكها بنص المادة 378 و408 من ق.ع.ف<sup>2</sup>.

يقنضي هذا العقد عدم جواز التصرف في الوديعة من قبل المودع إليه إلا بموافقة المودع، سواء صراحة أو ضمناً<sup>3</sup>، وهو ما يتماشى مع السر الطبي الذي لا يجوز إفشائه بغير الحصول على موافقة المريض، وبالتالي فالطبيب يلتزم بكتمان سر المريض الذي تتطلبه حالته، ولا يحق له إفشاءه، لكن تثار فكرة الرضا للمودع وأهليته أمام صحة هذا العقد، فالمريض ليس دوماً بصدد التعبير عن رضاه واختياره للطبيب المعالج، وبالضرورة ليس هو دوماً ذلك المدرك أو المميز لسلوكاته، فقد يكون تحت تأثير التخدير، أو صبيها لم يبلغ سن الرشد الذي يجعله مسؤولاً عن ما يقبل عليه من تصرفات، مما يجعل رضاه معيباً، مثلما يقنضي عقد الوديعة أن ينصب حول شيء معلوم، بينما السر الطبي يصعب تمييز حدوده، فقد لا تتطبق صورته بالنسبة للمريض على الشكل الذي يدور في ذهن الطبيب، إذ قد يحدث أن يكون المريض جاهلاً بسرّه أو بعضاً منه، بينما الطبيب بحكم اتساع خبرته تكون له نظرة أخرى أكثر علماً عن نفس الواقعة، مثلما أن للمودع حق الرجوع واستعادة ما أودعه، لكن طبيعة السر تآبى هذا، فما وصل إلى علم الطبيب من سر لا يمكن بأي حال من الأحوال استعادته.

<sup>1</sup> - د. حسن محمد علوب، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، 1970، د. ط، ص 95.

<sup>2</sup> - د حسن محمد علوب، نفس المرجع، ص 95.

<sup>3</sup> - تنص المادة 591 من ق.م.ج: "على المودع لديه أن يتسلم الوديعة وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً"

### ثانياً: العقد الطبي عقد غير مسمى

يعتبر عقد غير مسمى ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه والآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة المقررة لجميع العقود، ولأنه أقل شيوعاً وتنوعاً، لم يفصل المشرع أحكامه أكتفاءً بتطبيق القواعد العامة<sup>1</sup>.

اتجهت بعض الآراء الفقهية إلى اعتبار العقد الطبي عقداً غير مسمى، حيث يقول الأستاذ ميميطو جيرار (Memeteau Gérard) أن "العقد الطبي ينتمي لفئة العقود الغير مسماة"<sup>2</sup>، حيث أن هذا العقد يتميز بخصوصية كون التزام الطبيب يرد على عمل معين يختلف عن باقي الالتزامات، حيث هو عمل طبي، علمي، فكري، نفسي، إنساني، واجتماعي ينصب على جسم الإنسان، وقد ساير القضاء هذا الرأي، حيث نجد مثل ذلك في قرار أستاذنا محكمة الرباط "... وإن كان يشبه بعض العقود المنصوص عليها في مدونتنا، يظل عقداً من نوع خاص وغير مسمى..."<sup>3</sup>.

رغم تضارب الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد الطبي إلا أنه يبقى عقد ذو خصائص مميزة، من بينها اعتبار هذا العقد غير مسمى ورضائي، وهو أيضاً شخصي ومدني، فهو كذلك ملزم للجانبين وقابل للفسخ، ومن خصائصه أيضاً أنه عقد معاوضة ومستمر نسبياً<sup>4</sup>.

وبما أنه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، فيكون للمريض في أي وقت إنهائه<sup>5</sup>، وبالمقابل للطبيب حق فسخه إذا ما أخل المريض بالتزاماته تجاهه في غير حالة الضرورة

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، المجلد الأول ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط03، 1998، ص 167.

<sup>2</sup> - نقلا عن فريحة كمال، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 19.

<sup>3</sup> - قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 29.01.1946، نقلا عن كمال فريحة، مرجع سابق، ص 19

<sup>4</sup> - أنظر بوخرص بلعيد، مرجع سابق، من ص 170 ص 173.

<sup>5</sup> - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 25.

والاستعجال، كأن يكتشف أن مريضه يعالج خفية لدى طبيب آخر، أو أنه أدلى له بمعلومات خاطئة قصد تضليله<sup>1</sup>.

يجد الالتزام بكتمان السر الطبي صداه في العقد الغير مسمى باعتبار أنه من مستلزمات العقد، فهو عنصر ضروري تدور حوله العملية العلاجية، إذ لا يمكن للطبيب أن يصل إلى تحقيق مهمته العلاجية المقررة بموجب العقد دون أن يطلع على العلة و أسبابها، مما يفرض القول أن السر الطبي يصل إلى علم الطبيب أثناء أداء مهنته جبرا ، ويبقى على المريض خيار تحريره منه أو إلزامه بالإبقاء عليه في دائرة الكتمان، فالإطلاع على السر جزء من تنفيذ العقد، والكتمان هو الالتزام المفترض الذي يقابل هذا الجزء، إن لم تذكره نصوص العقد فهو من مستلزماته.

### البند الثاني: تقييم نظرية العقد

يعتبر العقد الطبي عقد يجمع بين الطبيب والمريض، وهو ذو طبيعة خاصة وأحكامه متميزة ليست كباقي العقود، ومرد ذلك أن المريض يشكل طرف ومحل فيه.

إن الالتزام بالسر الطبي يقوم، سواء تم النص عليه في العقد بصريح العبارة أو لم ينص عليه، لأن محتوى العقد أوسع مما ينطبق عليه، فهو يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام ، وأهم ما يترتب عن الأخذ بهذا الرأي أن الالتزام بالسر الطبي يعد التزاما نسبيا بالكتمان لا مطلقا، لأن رضا صاحب السر بالإفشاء يعد سببا لإباحة الإفشاء، يستطيع إعفاء الطبيب منه وإسقاطه عنه<sup>2</sup>.

إن هذا الرأي الذي اعتمد على العقد في تفسير نسبية السر، يجعل المريض سيد سره، فيستطيع إعفاء الأمين من الالتزام به في أي وقت، مثلما يسمح هذا التفسير بتقدير الضرر الذي يلحق بالعمل من جراء الإفشاء استنادا إلى العقد، وقد استند البعض في فرنسا

<sup>1</sup> - بوخرص بلعيد، نفس المرجع، ص 174.

<sup>2</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 32.

على هذا الرأي لتفسير شرعية تسليم الشهادات الطبية لغير المريض، وتبرير الخروج عن الالتزام المطلق بالسر المهني<sup>1</sup>.

من جملة النقد الموجه لهذه النظرية، صعوبة تقدير طبيعة العقد وخصوصية العمل الطبي التي فرضت توسع دائرة النشاط، لا سيما أن واجب توفر الرضا وتبادلته بين صاحب المهنة والعميل شرط أساسي لقيام الرابطة العقدية، ويظهر ذلك في حالة ما إذا كان المريض مجنوناً أو فاقدًا للوعي، إذ لا يتصور وجود الرضا لديه في مثل هذه الحالات، فضلاً عن أن المصلحة الشخصية أو الخاصة لصاحب السر لا تعتبر المبرر الوحيد لتقرير واجب الالتزام بالسر الطبي، مما يجعل التأسيس للعلاقة التي تربط المريض مع الطبيب على العقد قاصرة على ضمان حقوق المريض<sup>2</sup>.

مثلاً أن المريض ليس على علم تام دائماً بموضوع السر، لأن بعض الأطباء يضطرون أحياناً لعدم إبلاغ المريض بسبب خطورة المرض وتأثيره السلبي، فموافقة المريض على إفشاء السر في هذه الحالة ينصب على واقعة غير معلومة، ومن ثم تكون الإرادة معيبة.

وإذا كان من مميزات العقد أنه يسمح للطرفين بإمكانية تعديل مضمونه أو إلغائه، فإن هذا لا يتماشى مع طبيعة السر الطبي<sup>3</sup>، فحتى في تنازل المريض أمام العدالة عن شكواه بخصوص إفشاء السر الطبي، يبقى للنياحة العامة حق تحريك الدعوى العمومية على أساس العمل غير المشروع، لا على أساس العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قديدر اسماعيل، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - بومدان عبد القادر، نفس المرجع، ص 33.

<sup>3</sup> - داوود عنان، المرجع السابق، ص 66.

<sup>4</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 115.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

يظهر مما سبق دراسته أن الفقه لم يستقر على أساس واحد في تحديد أساس للالتزام بالسر الطبي. وعلى خلاف ذلك فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظريتين معا أي بنظرية النظام العام ونظرية العقد، لما تحققه كل نظرية من إيجابيات.

أما بخصوص أخذه لنظرية النظام العام حيث أدرج هذا الالتزام في نصوص القانون العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته من خلال المادة 301 من قانون العقوبات، ولإن كانت هذه المادة مستقاة من النص الفرنسي كما أشرنا سابقا، فالنص على الالتزام بموجب قانون العقوبات من شأنه أن يضيف هبة واحتراما للسر الطبي، فنصوص قانون العقوبات هي من تضمن الحماية الكاملة وتكشف الغموض المثير للجدل والتقصي حيال كل التزام، بما تحققه من إجماع على المنع، وهذا ما يفهم منه أن المشرع في الأصل اتجه إلى اعتبار هذا الالتزام التزاما عاما ومطلقا.

غير أنه لم يتبنى كل تلك القسوة والتشديد التي نادى بها أنصار فكرة النظام العام، فقد أشار إلى بعض الاستثناءات وقبدها بالنص كحالات يجوز فيها إفشاء السر الطبي، وغايته في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة في الكتمان، فأجاز الإفشاء متى تكون المصلحة المراد حمايتها أهم من المصلحة في الالتزام بالسر الطبي. ومثال ذلك حالة الاستدعاء للمثول أمام القضاء، ففي هذه الحالة يسمح للمؤمن على السر الطبي بإفشائه وهذا من أجل حماية المصلحة العامة والمتمثلة في تحقيق العدالة.

بينما يظهر توجه المشرع الجزائري في أخذه بنظرية العقد ما نستخلصه من المادة 2/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث تنص على أن: " ما عدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر الطبي عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته..."، فبإدراك هذا النص توحى بأن هناك مجال للحرية في الكتمان أو الإفشاء، واتجاه لتغليب إرادة المريض في ذلك، خاصة لما اعتبر السر الطبي ملكا للمريض وحده، حين نص على الحالات المقررة لمصلحة

الأشخاص وذلك في المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب، والتي نصت على أن السر الطبي مقرر للمصلحة الخاصة للمريض وبالتالي يمكن له الإفشاء متى أراد.

ويعود سبب اهتمام المشرع بنظرية العقد لما تحوزه هذه الأخيرة من إيجابيات تخدم مصلحة المريض والطبيب معاً، فهي تقترب من غايات المهنة الطبية أكثر، وتمنح مرونة أكبر للعلاقة بين المريض والطبيب، حيث أنها تعترف بإرادة صاحب السر وحرية في السماح للمؤمن على السر الطبي القيام بإفشاءه متى رأى ضرورة لذلك. لأن بعض الفقه يعتبر العقد الطبي مصدراً للالتزامات المتقابلة، بحيث يذلي المريض ببعض أسرارهِ إلى الطبيب، وبالمقابل فإن الطبيب وهو يتلقى السر فإنه يعلم أن ليس له الحق في التصرف والقيام بما يخالف إرادة المريض، فيمتنع عن البوح بما أسره به المريض إليه<sup>1</sup>.

فمحاولة المشرع الجزائري التوفيق بين فكرة النظام العام والعقد تعود إلى ما يراه جانب من الفقه في ان الالتزام بالحفاظ على السر المهني ذو طبيعة مزدوجة، إذ انه يوجد وجهان للسر المهني:

أولهما: سر تعاقدى ينشأ بين مودع السر والمؤمن عليه، أساسه الاتفاق بينهما.

ثانيهما: سر غير عقدي، يكون بموجبه الطبيب وغيره من أصحاب المهن الحرة، ملزماً بكتمان السر الذي يعلمه خارج الاتفاق، ومصدر التزامه القانون<sup>2</sup>.

فإن وجد عقد بين الطبيب والمريض، فإن العقد يحكم هذه العلاقة، وتنشأ عن الإخلال بالالتزام بالحفاظ على السر المهني المسؤولية التعاقدية، وإذا لم يكن هناك عقد وكان مصدر الالتزام هو القانون، كما في حالة الاستعجال، فإن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالحفاظ على السر المهني هي المسؤولية التقصيرية

<sup>1</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، د. ط، مصر،

2003، ص 121.

<sup>2</sup> - انظر: عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، مرجع سابق، ص 316.



## المطلب الثاني

### أركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

لا تتأسس المسؤولية المدنية بصفة عامة، إلا من خلال توافر الأركان التي تقوم عليها، من خطأ (فرع أول) ، وضرر (فرع ثان) ، وعلاقة سببية بينهما (فرع ثالث) .

### الفرع الأول

#### الخطأ

تقتضي القواعد العامة وجود الخطأ كشرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية، إذ يجب على المضرور أن يتمسك بخطأ وقع من الفاعل ويقوم الدليل عليه حتى يتمكن من الحصول على التعويض<sup>1</sup>، مثلما تقوم المسؤولية الطبية كأصل عام على أساس الخطأ، وهو ما يقتضي الوقوف على تعريف الإفشاء وصوره (بند أول)، للبحث في طبيعته من خلال مدى ارتباطه بالأخطاء الطبية (بند ثان)، والأثر الحاصل في إثباته بعد تطور قواعد المسؤولية المدنية واتجاهها نحو جبر الضرر (بند ثالث).

#### البند الأول: تعريف الإفشاء وصوره.

ان الخطأ الوارد على الالتزام بكتمان السر الطبي، هو فعل الإفشاء، والذي يمكن أن تتعدد صورته.

#### أولاً: تعريف الإفشاء

الإفشاء: لغة: فشا الخبر: يفشوا فشوا: أي ذاع وانتشر. وتفشى الشيء: أي اتسع وفشا الشيء: يفشوا فشوا: إذا ظهر وهو عام في كل شيء ومنه إفشاء السر<sup>2</sup>، واصطلاحاً

<sup>1</sup> - د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 147.

<sup>2</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ، ص 155.

هو إطلاع الغير على السر، ويعني ذلك أن الإفشاء في جوهره هو نقل المعلومات، أي أنه نوع من الإخبار<sup>1</sup>.

الإفشاء هو كشف السر وإطلاع الغير عليه مع تحديد صاحب المصلحة في كتمانها، ويعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير، ويتحقق الإفشاء إذا أعلن السر بأية وسيلة ولا يتطلب القانون ذكر اسم صاحب السر، ومثال ذلك الطبيب الذي يعلن عن علاجه لمرض معين دون أن يذكر اسم المريض أو يشير إليه فهو ليس بمفشي السر، وإنما يتحقق الإفشاء حين يكتفي بكشف بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده، وليست هناك وسيلة من شأنها أن تحقق الإفشاء إذ يكفي أن يعلن السر بأية طريقة كانت<sup>2</sup>.

يرتبط مصطلح الإفشاء بمصطلحات قريبة منه، من ذلك مصطلحي الكتمان والتجسس، فكتمان السر هو عبارة عن إخفاء المعلومات التي تعتبر سرا، وسترها عن الوصول لغيره سواء كان عدواً أو صديقاً<sup>3</sup>، وهو الوصف الذي يزول بتحقيق الإفشاء وبالتالي فهو نقيضه، أما التجسس فهو قيام الغير بالاطلاع على السر دون وجود أي محاولة من المدين بالسر لتسهيل مهمته، مما يفترض أن المدين بالسرية قد قام بما ينبغي عليه من جميع التحركات المفترض أن تحقق النتيجة المطلوبة، إلا أنه على الرغم من ذلك اطلع الغير على السر، فهذه الحالة الأخيرة هي أقرب إلى أن تكون سبباً أجنبياً عن إرادة المدين بالسرية، والتجسس ينصب حول الوقائع المكتومة، فلا يكون تجسس في انعدام أسرار يجتهد صاحبها في عدم إفشائها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 160.

<sup>2</sup> - المستشار عبد الحميد المنشاوي، مرجع سابق، ص 132-133.

<sup>3</sup> - محمد بوقفة، مرجع سابق، ص 76.

<sup>4</sup> - سلمان علي حمادي الطبوسي، مرجع سابق، ص 33.

## ثانيا: صور الإفشاء

إذا كان الإفشاء هو نقل للمعلومة من قبل المفشي، فلا يهم في قيامه إن كان يعلم بكل تفاصيل الواقعة أو جزء منها أو مدى أهميتها، وعليه، فإن مفشي السر قد يقوم بإفشاء المعلومة كلها وربما يفشي جزء منها، وقد يكون إفشاء السر بشكل صريح أو ضمنى.

### 1- الإفشاء الكلي و الإفشاء الجزئي

يمثل الإفشاء الكلي بالمعلومة ذات الصفة السرية إظهار كامل المعلومة إلى خارج نطاق السرية، أي اطلاع الغير على كل المعلومة موضع السر<sup>1</sup>.

ومثال ذلك الطبيب الذي يدلي بكامل التفاصيل الخاصة بالواقعة السرية التي يعلمها إلى الغير، أما إذا غير بحقيقة المعلومة المفشاة بالشكل الذي لا يدل لا من قريب أو بعيد على المعلومة الأصلية ذات الطابع السري، لا يعد مفشياً للسر، فإذا كانت المعلومة التي ذكرها تسبب ضرراً فيحاسب عن قذف وتشهير، وحسب الأحوال التي ذكرت فيها المعلومة الكاذبة<sup>2</sup>.

أما الإفشاء الجزئي فهو نقل لبعض من المعلومة، متى ما كان يدل على الجزء المتبقي منها أو كان يلحق الضرر بذاته دون حاجة لمعرفة الجزء المتبقي من قبل الغير، أي أنه لو قام المفشي بنقل المعلومة وهي جزء من سر أوسع، غير أن هذه المعلومة تمكن المفشي له من التوصل إلى معرفة كامل السر، أو أنها تلحق الضرر بالدائن بالسر بصورتها المجردة دون حاجة لمعرفة الباقي من السر، فإنها تعد إفشاء كما لو قام الطبيب بكشف احد الأمراض المصاب بها مريضه دون الأمراض الأخرى يعد مفشياً للسر<sup>3</sup>.

وعليه إن كان إفشاء جزء من السر لا يؤدي إلى معرفة الجزء الغير مفشي، أو ليس سبباً فيما يلحق من ضرر بمصلحة الدائن بالسر، يمكن القول عندها بأنه لا يوجد إفشاء لسر طالما بقي مجهولاً اتجاه الغير.

<sup>1</sup> - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 762.

<sup>2</sup> - سلمان علي حمادي الطبوسي، مرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup> - د. محمود نجيب حسني، نفس المرجع، ص 762.

## 2- الإفشاء الصريح والإفشاء الضمني

بغض النظر عن العمد في الإفشاء، قد يتجه الأمين على السر على كشف الواقعة السرية بشكل صريح ومباشر، لا لبس فيه ولا غموض، كالطبيب الذي يخبر زميل له بمرض أحد مراجعيه، أو يكون بشكل ضمني من خلال رد فعل المؤتمن والذي يحمل إشارة تجعل المتلقي يصل من خلالها إلى العلم بالواقعة من خلل استعمال قدراته العقلية الشخصية في الربط والإستنباط.

لذلك فإن الإفشاء الصريح للسر هو تقديم السر الى الغير بفعل واضح وصريح من المؤتمن على السر<sup>1</sup>، سواء كان تقديم لكل الوقائع أو لجزء منها، غير أنه في كثير من الأحيان يصبح تقديم جزء من الوقائع الدالة على الواقعة السرية بمثابة إفشاء ضمني إذا استطاع من خلالها المفشي اليه تكوين صورة عن الواقعة السرية<sup>2</sup>.

فالإفشاء الضمني هو تقديم السر الى الغير، ليست بالصورة الصريحة ولكن بصورة دالة ضمناً على السر إذ يستنتج الغير والذين هم خارج دائرة العقد السر من إشارة المفشي بالسر<sup>3</sup>.

فإذا كان الإفشاء الضمني يعتمد على رد فعل المؤتمن بالسر وإشارته، فهل يعد سكوت المؤتمن على السر من قبيل الإفشاء الضمني أم لا؟

إن المدين بالسرية ملزم بكتم السر أي عدم اطلاع الغير عليه بيد أنه غير ملزم بنفي المعلومات الداخلة في علم الغير أو التعتيم على السر بتغيير المعلومات المعطاة الى الغير، لذلك لا يعد إفشاء من قبل المدين بالسرية عدم الرد على أي سؤال موجه إليه وفق القاعدة القائلة " لا ينسب الى ساكت قول"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص33.

<sup>2</sup> - بوقفة أحمد، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 33.

<sup>4</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص33.

### ثالثاً: طرق الإفشاء

يتم إفشاء السر الطبي بأية وسيلة، سواء بالكتابة أو بالقول.

يكون الإفشاء كتابيا متى استعمل المؤتمن على السر أي وسيلة تضمنت المعلومات الخاصة بالواقعة السرية، كأن يحرر شهادة طبية ويسلمها لغير المسموح له قانونا استلامها ، أو يقدم ملفا طبيا عن المريض أو يسمح للغير بالوصول إليه وهو لا يزال تحت مسؤوليته، مثلما يتحقق الإفشاء الكتابي بنشر الواقعة السرية في الصحف والمجلات حتى ولو كانت في اطار علمي وطبي<sup>1</sup>، وحديثا صارت الأجهزة الإلكترونية من آلات التصوير و أقراص التخزين وأجهزة الكمبيوتر بصفة عامة تتدخل كثيرا لمساعدة الطبيب، فتسليم أي جهاز منها يحتوي تخزينا للمعلومات التي تخص الواقعة السرية يعد بمثابة الإفشاء الكتابي للسر الطبي، بل يكفي بأن يكشف الطبيب مفتاح الدخول الخاص بحسابه الى الأجهزة المخزنة للمعلومات لاعتباره مدانا بالكشف عن السر الطبي.

وأثيرت إشكالية الإفشاء في تحرير شهادة طبية سلبية إذا ما اعتبرت من قبيل إفشاء السر كالشهادة الإيجابية، انتهت إلى القول بأن إفشاء السر يتحقق كتابة في تحرير واقعة سلبية كتقرير الطبيب أن المريض لا يعاني من أي مرض<sup>2</sup>.

ويكون الإفشاء شفاهة في ما يدلي به المؤتمن على السر من كلام وقول، ويصل إليه المتلقي من خلال الاستماع، أو أي وسيلة تعتمد على النقل المباشر للكلام، ويدخل ضمن الإفشاء الشفهي استعمال الإشارة والتلميح عن الواقعة السرية، أو توجيه الغير إليها، ومثال ذلك الطبيب الذي لا يفشي السر صراحة انما يسهل للغير البحث والتأكد من السر بأن يشير عليهم الى الإطلاع عن تقرير معين أو ملف طبي، أو التأكيد على أن مريضه يعالج عند طبيب مختص في مرض سواء كان بشكل مباشر أو عن طريق الغير، مما يفهم منه نوع المرض الذي أصابه.

<sup>1</sup> - المستشار عبد الحميد المنشاوي، ص 132.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 132.

## البند الثاني: مدى الارتباط بين الإفشاء ومفهوم الخطأ الطبي

لتحديد مدى ارتباط الإفشاء بالخطأ الطبي، يقتضي الأمر تعريف الخطأ الطبي، ومن خلال ما تتميز به طبيعة الأخطاء الطبية يمكن تمييز طبيعة الإفشاء.

### أولاً: تعريف الخطأ الطبي

الخطأ بوجه عام هو ما عرفه الفقيه بلانيول (Planiol) أنه "إخلال بالتزام سابق"<sup>1</sup>، وعرفه مازو (Mazeaud) أنه "تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول"<sup>2</sup>، ولأن الخطأ الطبي يستمد تعريفه من الخطأ بوجه عام<sup>3</sup>، فقد عرفه بعض الفقه أنه: "الإحجام عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها الطب، وقواعد المهنة وأصول الفن أو مجاوزتها"<sup>4</sup>، ومن قال أن: "الخطأ الطبي في مسلك الطبيب تقصيرا لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"<sup>5</sup>، وإن كان لا يمكن إضفاء صفة الطبية على أي خطأ إلا إذا ارتكب من طرف طبيب، حيث أن الخطأ الذي يرتكبه شخص عادي ولو كان بغرض التطبيب كإجراء عملية جراحية، فإنه يعد خطأ عاديا ويتابع مقترفه على أساس الضرب والجرح العمدي، فأن هذا الطرح يدفعنا للقول أن الخطأ الطبي هو نفسه خطأ الطبيب .

ومنه يمكن القول أن الخطأ الطبي هو: "كل إخلال بالتزام إنساني أو فني تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانات المتاحة للطبيب"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - نقلا عن د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 880.

<sup>2</sup> - نقلا عن أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، ص 104.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 106.

<sup>4</sup> - د. ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 149.

<sup>5</sup> - محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 12.

<sup>6</sup> - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 174.

أما التعريف التشريعي، فمعظم التشريعات لم تعرف الخطأ، فلا المشرع الجزائري ولا المصري أو الفرنسي قد عرف فكرة الخطأ باعتبارها أحد أركان المسؤولية العقدية أو التصهيرية<sup>1</sup>، وحسنا فعل ذلك بالنظر الى السلبية التي كانت ستتجر عن حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة، أمام ضمان حماية أكثر للمضرور جراء أخطاء الغير.

غير أن التشريع أقر بمبدأ استقلال الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني، وذلك في إطار الخطأ الغير عمدي، حيث يمكن رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية للحصول على التعويض حتى ولو بريء ممتن الصحة من قبل الجهة الجزائية<sup>2</sup>.

إذا كان مفهوم الغلط باعتباره وهم يتولد في الذهن، فهو يقترب كثيرا من مفهوم الخطأ، فقد أيد بعض الفقهاء أن في المسؤولية الطبية كل غلط يجب اعتباره خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب، وذلك لأنه عند الموازنة بين مصلحة الطبيب وبين مصلحة المريض فلا بد أن تقدم مصلحة هذا الأخير، فالقاضي يضع في اعتباره أولا الأضرار التي لحقت المريض ولو كانت مجرد غلط من جانب الطبيب<sup>3</sup>، ومرد ذلك أن غاية المسؤولية هي جبر الضرر الحاصل في جانب المريض.

<sup>1</sup> - محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007، ص 88.

<sup>2</sup> - نصت المادة 4-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي رقم 674-2000 المؤرخ في 10-07-2000، " أن غياب الخطأ الجزائي غير العمدي بمفهوم المادة 121-3 من قانون العقوبات لا يشكل مانعا من رفع دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية بقصد الحصول على التعويض على أساس المادة 1383 من القانون المدني إذا ثبت وجود الخطأ المدني المنصوص عليه في هذه المادة، أو تطبيقا لنص المادة 1-452 L من قانون الضمان الاجتماعي إذا ثبت وجود الخطأ الجسم المنصوص عليه في هذه المادة" المصدر:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000024496784&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20151112&oldAction=rechCodeArticle&fastReqId=833750133&nbResultRech=1>

<sup>3</sup> - أنظر فريحة كمال، مرجع سابق، ص 175.

ثانياً: طبيعة الإفشاء كخطأ طبي

للولوصول إلى تحديد طبيعة الإفشاء كخطأ طبي، ينبغي البحث في النقاط التي تتركز عليها طبيعة الأخطاء الطبية:

1- من حيث المسؤولية (الخطأ التقصيري والخطأ العقدي)

لقد تواترت الأحكام والقرارات القضائية على تأكيد الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، والتي قوامها الإخلال بواجب قانوني عام، هو وجوب عدم الإضرار بالغير بغض النظر عن مركز ومهنة مسبب الضرر استناداً للمادتين 1332 و1382 مدني فرنسي، التي تلزم كل من ارتكب خطأ سبب للغير ضرراً بإصلاح ذلك الضرر عن طريق التعويض<sup>1</sup>.

غير أن المجال التقصيري أفرز صعوبات كثيرة في حصول المرضى على التعويض، كون أن هناك العديد من الأضرار الواقعة على المرضى لا يمكن فيها إثبات الخطأ، فاستقر القضاء الفرنسي بعد ذلك على الطابع العقدي للمسؤولية الطبية وهذا منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية مرسيه Mercier ، حيث تقرر أنه: "ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان هذا العقد يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتفق مع المعطيات المكتسبة، وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"<sup>2</sup>، معتبراً بذلك أن المسؤولية الطبية بناء على الفعل الشخصي تكون من طبيعة عقدية، سواء كان العقد صريحاً أو ضمناً، فلا يجوز تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية متى أمكن التوصل إلى وجود عقد، لأن الأخذ بهذه الأخيرة يعد إهدار لنصوص العقد مما يخل بالقوة الملزمة له<sup>3</sup>.

وهكذا تواتر قضاء النقض الفرنسي اعتبار مسؤولية الطبيب في الأصل عقدية، واستثناء تكون من الطابع التقصيري حتى وإن كانت من فعل الغير.

1 - نفس المرجع، ص 10.

2 - نقلاً عن فريحة كمال، مرجع سابق، ص 11.

3 - بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 45.



اختلف الفقه في تحديد طبيعة مسؤولية الطبيب عن أخطاء الفريق الطبي هل هي تقصيرية أم عقدية، إذ اعتبرها البعض انها تقصيرية أساسها مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، لأنه هو من اختار بملأ ارادته هذا الفريق فيعتبر انه قد قصر في اختياره، ويتحمل مسؤولية الإشراف عليه، بينما اتجه رأي آخر الى اعتبار المسؤولية عقدية ناشئة عن فعل الغير، وهذا راجع الى ان المريض تعاقد معه لاعتبارات الثقة أو الخبرة وحضور المساعدين مع الطبيب انما هو استعانة ومساعدة منهم لتنفيذ التزامه العقدي<sup>1</sup>.

بالنسبة للسر الطبي، يمكن للمريض الخيار في طلب التعويض إما على أساس الخطأ العقدي أو التقصيري، فحتى في وجود عقد طبي لم يشر صراحة الى وجوب الكتمان، فإن هذا العقد مشمول ضمناً بالالتزام باعتباره من ضمن مستلزمات العلاج، فلا يستطيع الطبيب علاج مريضه دون الوقوف على سره، لذلك يمكن اعتباره خطأ عقدي، مثلما يمكن للمضروب طلب التعويض على أساس الخطأ التقصيري وفقاً لمقتضيات نص المادة 124 ق.م.ج.

## 2- من حيث العمل الطبي (الخطأ العادي والخطأ الفني) :

اقترح الفقه التفرقة بين نوعين من الأعمال الطبية التي تصدر من أي شخص، ولا شأن له فيها لصفة الطبيب، وتسمى أعمالاً مادية، والأعمال الطبية التي تصدر عن الطبيب فقط في مباشرته لمهنته، وتسمى أعمالاً فنية<sup>2</sup>. مما ينتج عنه فكرة وجود نوعين من الخطأ، الخطأ العادي والخطأ الفني.

الخطأ العادي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون أن تكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب، أي مخالفة قواعد الحيطة والحذر المفروضة على كل الناس<sup>3</sup>، وتقدر دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن قام بها، مثل الطبيب الذي يجري عملية

<sup>1</sup> - انظر بوخرص بلعيد، نفس المرجع، ص 46

<sup>2</sup> - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 187.

<sup>3</sup> - د.عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1988، ص 205.

جراحية في حالة سكر<sup>1</sup> ، ويرتبط كذلك بالأعمال المنافية للشعور الإنساني، كإخلال الطبيب بواجبه في إنقاذ مريض<sup>2</sup> .

بينما يعرف الخطأ الفني أنه الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحت، وهو الخروج عن القواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة ومخالفة المسلمات العلمية المعترف بها<sup>3</sup> ، مثل تشخيص الإصابة على أنها حصى في الكلية في حين أن الإصابة هي انتفاخ في الكلية.

اتجه الفقه الى وجوب التفرقة بين الخطأ العادي الذي يستوجب قيام مسؤولية الطبيب دون الخطأ الفني، لكن هذه التفرقة سرعان ما تلاشت بالنظر الى تعذر التمييز بينهما في كثير من الحالات الى جانب انعدام السند القانوني لها ، لذلك اتجه غالبية الفقه والقضاء للأخذ بوحدة الخطأ سواء كان عاديا أو فنيا<sup>4</sup> ، متى كان هذا الأخير يشمل وصف الجسامة، وهذا ما عبرت عنه محكمة "ماتز" بكل وضوح في حكم لها صدر بتاريخ 21 مارس 1867، جاء فيه: "إذا كان الأطباء يسألون عن الأخطاء التي تقع منهم عند ممارستهم لمهنتهم، إلا أنه يلزم التفرقة بين التصرفات التي تصدر من الأطباء كأشخاص عاديين، وتلك التي تكون ذات طابع طبي خالص، حيث يلزم في هذه الحالة الأخيرة حدوث خطأ جسيم من الطبيب"<sup>5</sup>.

نخلص الى القول أنه إذا كانت الأخطاء الفنية تدور بين أخطاء التشخيص والعلاج والرقابة، فإن إفشاء السر الطبي لا ينتمي لهذا الصنف من الأخطاء متى وقع سلوك الإفشاء في غير هذه الحالات ، كأن يفشي الطبيب سر مريضه في مأدبة عشاء، أو في تصريح

<sup>1</sup> - د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الضرر"، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص158.

<sup>2</sup> - د. رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 177.

<sup>3</sup> - د. بوجمعة صويلح، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2001، المقال فيها ص من 61-77 ، ص66

<sup>4</sup> - أنظر د. طلال عجاج، مرجع سابق، ص 189-192.

<sup>5</sup> - نقلا عن فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003، ص 09.

إذاعي، لذلك فهو يصنف من ضمن الأخطاء العادية باعتباره التزاما عاما ولا يتطلب دراية وعلمًا متخصصًا إنما يقوم على الفطنة والنباهة، وهو من جملة الأخطاء التي تقوم على مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف إلى احترام البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية، وإن كان لها صلة وثيقة بالعمل الطبي إلا أنها مستقلة بذاتها عن مفهوم العلاج وفكرته وممارسته التقنية.

### 3- من حيث القيمة (الخطأ الجسيم والخطأ اليسير) :

فكرة الخطأ الجسيم ليست واحدة في القوانين المدنية الحديثة، فقد يراد بها الخطأ الذي يبلغ حدا من الجسامة يسمح بافتراض سوء نية الفاعل عند عدم توفر الدليل عليها، وقد يقصد بها تارة أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حدا يجعل له أهمية خاصة، ويقصد بها أيضا الإخلال بواجب ثابت محقق أيضا لا شك فيه<sup>1</sup>.

فقد رأى بعض الفقه أن المسؤولية المطلقة للطبيب عن جميع أخطائه هي فكرة غير مقبولة وضارة للطبيب أو غيره من الرجال الفنيين لأنهم في حاجة إلى الطمأنينة والثقة وحتى لا تقتل روح المبادرة فيهم وتزعزع الثقة بينهم وعملائهم<sup>2</sup>، لذلك ينبغي اقتصار قيام المسؤولية في جانبهم متى عد الخطأ جسيما فقط، وقد قضت محكمة السين بأن: "يسأل الطبيب عن الضرر الذي لحق المريض، إذا كان هذا الضرر قد نشأ نتيجة خطئه الجسيم، وعدم احتياطه، وجهله بالأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب"<sup>3</sup>.

لكن حاجة المريض وغيره من العملاء إلى الحماية أيضا، جعلت جانبا من الفقه ينادي بقيام مسؤولية المهني بتوافر الخطأ اليسير، حيث أن التمييز بين الخطأ المهني في مزاوله المهنة دقيق في بعض الحالات، وإذا كان الطبيب أو غيره من الفنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء، في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطئه المهني مسؤوليته عن خطئه العادي،

<sup>1</sup> - د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية "دراسة نظرية مقارنة"، مجلة جامعة آل البيت، الأردن، العدد 18، ص 3 و4.

<sup>2</sup> - أنظر د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 159.

<sup>3</sup> - نقلا عن سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 41.

فيسأل في هذا وذاك، حتى عن الخطأ اليسير<sup>1</sup>، وظهر هذا التراجع في قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر، حين قضت: "أن التزام الطبيب هو التزام بذل عناية، فيسأل عن كل خطأ يقع منه جسيما كان أو يسيرا، طبقا للأصل العام الذي رددته المادة 164 مدني.."<sup>2</sup>

يميل بعض الفقه في الجزائر إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة الخطأ الفني البسيط، نظرا لصعوبة وخطورة العمل الطبي<sup>3</sup>، مستندا إلى نص المادة 172 من القانون المدني<sup>4</sup>، لكن أعيب على هذا الرأي ضعف تأسيسه القانوني على غرار أنه لم يلق التأييد خاصة وأن قانون حماية الصحة الذي يقر بمسؤولية الطبيب على كل تقصير أو خطأ<sup>5</sup>، وهو ما اتجه إليه القضاء الجزائري، في قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ 02-05-2005 حين أسس حكمه على الخطأ البسيط، وقد جاء في منطوق القرار: "...حيث أننا أمام مسؤولية المستشفى القائمة على أساس الخطأ الطبي، والذي يعتبر خطأ بسيط، وحيث أن عناصر المسؤولية قائمة ومجتمعمة وهي الخطأ البسيط والضرر والعلاقة السببية المؤثرة بينهما..، وحيث أنه في حالة الخطأ الطبي فإن المستشفى يحل محل الطبيب في دفع التعويض للضحية وله الرجوع على الطبيب عند الإقتضاء.."<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني ج1، مرجع سابق، ص 1147.

<sup>2</sup> - المحكمة الإدارية العليا، جلسة 16-03-1989، ص 58 ق، الطعن رقم 572، منشور على موقع شبكة المحامين العرب، موسوعة الأحكام القضائية العربية، جمهورية مصر العربية

<http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=EGPortal&Type=1&PFID=287>

<sup>3</sup> - بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> - تنص المادة 172 من القانون المدني: "في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك".

<sup>5</sup> - أنظر د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 182.

<sup>6</sup> - نقلا عن: بن شيخ أت ملويا لحسن، دروس في المسؤولية الإدارية" الكتاب الأول"، المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 103-104.

يعتبر إفشاء السر من الأخطاء الجسيمة في التشريع الجزائري، كما ورد بالفقرة 02 من نص المادة 73 من قانون العمل 90-11<sup>1</sup>، أما في قانون الوظيفة العامة فقد اعتبر خطأ مرتب لعقوبة من الدرجة الثالثة بنص المادة 180 من الأمر 06-03<sup>2</sup>.

#### 4- من حيث العمد (الخطأ العمدي والخطأ بإهمال):

الخطأ العمدي هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير وهو ما يسمى بالجريمة المدنية<sup>3</sup>، أما الخطأ بالإهمال وهو ما يعرف بشبه الجريمة المدنية فهو الإخلال بواجب قانوني مع العلم بذلك دون أن يقصد إحداث الضرر<sup>4</sup>.

وعليه فإن إفشاء السر الطبي قد يتخذ صورة من الصورتين، إما صورة الخطأ الطبي العمد الذي قد يكون بإتيان الفعل المجرم قانونا، إذ بوجود النية في إفشاء السر يتحقق القصد الجنائي وتقوم جريمة إفشاء السر المعاقب عليها بنص المادة من قانون العقوبات السالفة الذكر، وإما صورة الخطأ الطبي بالإهمال، إذا لم تتحقق نية الإفشاء، كأن لا يبدي الطبيب

<sup>1</sup> - جاء في نص المادة 73 من قانون 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990،: " .تعتبر على وجه الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل أن ينجر عنها التسريح دون مهلة العطلة وبدون علاوات الأفعال الآتية:..- إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية به، أو أجازها القانون."

<sup>2</sup> - المادة 180 أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: تعتبر، على وجه الخصوص، أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي

1. تحويل غير قانوني للوثائق الإدارية.

2. إخفاء المعلومات ذات الطابع المهني التي من واجبه تقديمها خلال تأدية مهامه.

3. رفض تنفيذ تعليمات السلطة السلمية في إطار تأدية المهام المرتبطة بوظيفته دون مبرر مقبول.

4. إفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية.

5. استعمال تجهيزات أو أملاك الإدارة لأغراض شخصية أو لأغراض خارجة عن المصلحة. أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، ج ر 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.

<sup>3</sup> - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 80.

<sup>4</sup> - عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الإسكندرية، 2006، ص 179.

الحرص الواجب اتجاه الملفات الطبية، أو يكشف دون قصد لزميل له عن حالة مريض يعالجه، فإن هذا الإفشاء يعد من قبيل الخطأ الطبي الناتج عن الإهمال وعدم مراعاة الحيطة أثناء مزاوله المهنة.

لذلك قد لا يسأل الطبيب جنائيا عن إفشاء السر متى لم يتوفر العمد، لكن المسائلة المدنية تبقى قائمة كلما ثبت الإهمال في حقه.

### 5- من حيث التعدد (الخطأ الفردي والخطأ الجماعي) .

قد يكون الخطأ صادر من طبيب فيكون خطأ فرديا، مثلما قد يصدر عن فريق طبي أو مساعدين، فيأخذ صفة التعدد.

يتدخل الطبيب بناء على اتفاق مع المريض للقيام بالعمل الطبي وحده فلا يثور هنا أي اشكال، لأن الطبيب يمارس العمل بنفسه فيكون مسؤولا عن اخطائه التعاقدية، فيتحدد إفشاء السر بصورة آلية، لكن مع التطور العلمي للعلوم الطبية، لم تعد ممارسة مهنة الطب قائمة على الجهد الفردي للطبيب، إذ استلزم وجود ما يسمى بالفريق الطبي، حيث تكون مجموعة من المساعدين الطبيين، كل في مجال تخصصه، وهو ما يصعب تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا التدخل الجماعي، إذ يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة نسب الخطأ إلى عضو من أعضاء هذا الفريق<sup>1</sup>.

يرى الفقه أنه في كلتا الحالتين لا يختلف الحكم بالنسبة للمريض، إذ يكون الطبيب مسؤولا عن تعويضه، لأنه هو الطرف الذي تعاقد معه المريض وهو من شكل الفريق الطبي ، لذلك يكون الطبيب الرئيس هو المسؤول عن أي خطأ نتيجة التدخل الطبي، سواء كان بفعله، بفعل احد أعضاء الفريق، أو كان الخطأ شائعا بين أعضائه دون معرفة من ارتكبه<sup>2</sup>.

يظهر موقف المشرع الجزائري بشأن مسؤولية الفريق الطبي في المادة 73 من م. أ. ط التي تقابل المادة 64 من قانون اخلاق المهنة الطبية الفرنسي، التي تنص على ما يلي:

<sup>1</sup> - د. ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 192.

<sup>2</sup> - بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 46.

عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية.

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم".

يفهم موقف المشرع الجزائري أنه أخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الطبي على أساس الاستقلال المهني والفني لكل طبيب من الفريق الطبي، وهذا طبعا لا يثير أي اشكال كلما كان مرتكب الخطأ محددًا، غير أننا نقف أمام نص مبهم كلما استحال تحديد مرتكب الخطأ، لذلك فإن تطبيق أحكام المسؤولية التضامنية الواردة بنص المادة 126 من ق. م. ج، قد يؤدي الى حل هذا الإشكال الذي تضعه المادة 73 من م. أ. ط، ويكون بذلك قد حذو القضاء الفرنسي الذي أقر بالمسؤولية المشتركة لاجزاء الفريق الطبي، حين أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أكتوبر 1997، حكمها الخاص بقيام المسؤولية التضامنية على الخطأ الطبي<sup>1</sup>.

#### 6- من حيث طبيعة الالتزام (في بذل العناية أو تحقيق النتيجة) :

أيد القضاء الفرنسي عام 1927 ما اتفق عليه فقهاء القانون على تقسيم الالتزامات القانونية بوجه عام إلى نوعين من الالتزام: الأول التزام محدد، وهو ما اصطلح على تسميته بالالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية، ومضمون هذا الالتزام ليس نشاطا أو جهدا أو إمكانيات، إنما هو النتيجة نفسها المترتبة على هذه النشاطات أو المجهودات، والثاني التزام عام يأخذ بعين الاعتبار مراعاة جانب الحيطة والحذر، وهو ما اصطلح على تسميته بالالتزام ببذل

<sup>1</sup> - أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أكتوبر 1997، قرار بخصوص قيام المسؤولية المشتركة بين طبيب جراح وطبيب تخدير، جاء فيه: " أن مسؤولية الطبيب الجراح المتابع لحالة المريض، لا تقتصر على التدخل الجراحي فقط، بل كان عليه بصفته متابعا لحالة المريض أن يعلم طبيب التخدير بخطر التخدير الموضعي الابرة لعين المريض"، نقلا عن طلال عجاج، مرجع سابق، ص 365.

عناية أو وسيلة، وفي هذا الالتزام لا يعد المدين بشيء غير وضع كل الإمكانيات تحت تصرف الدائن من أجل تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

وإذا كان الأصل العام للالتزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، ذلك لأن طبيعة العمل الطبي والجراحي ذات طبيعة احتمالية<sup>2</sup>، فضمان سلامة المريض من مخاطر العمل الطبي ليس مؤكداً أو من اليقين العلمي الذي يكون مؤداه يقينياً، فإنه يسأل عن العناية المطلوبة منه والمتمثلة في الجهود الصادقة اليقظة التي تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب.

ومع ذلك يتضح للمتبع لأحكام القضاء الفرنسي في خصوص مسألة الطبيب، أنه لا مانع أن يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة بالنسبة للعمليات الجراحية التي لا تستلزمها ضرورة علاجية عند المريض، كعمليات التجميل مثلاً، وكذلك العمليات العادية التي نظراً إلى أنها تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً، كعمليات نقل الدم وتحليله، فهي لا تحتل أية صعوبة بالنسبة للطبيب العادي، ولا تتضمن عنصر الاحتمال اللصيق بغيرها من الأعمال الطبية<sup>3</sup>.

إن فكرة الإحتمال في تحقق النتيجة، هي سبب منطقي للتسليم بوجود اختلاف في تحديد طبيعة الالتزام إلى التزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، وفي هذا الغرض فإن كتمان السر الطبي باعتباره التزاماً محددًا وإفشاؤه سواء كان خطأً عاديًا أو خطأً فنيًا فإنه يقع على محل محدد تحديداً دقيقاً، وهو التزام بالامتناع عن أداء عمل هو الإفشاء، لذلك فهو يعد التزاماً بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية.

<sup>1</sup> - سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع مسؤولية مهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011. ص 56.

<sup>2</sup> - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص 112.

<sup>3</sup> - د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، جامعة الكويت، 1986، ص 68.



### ثالثاً: معيار تقدير الخطأ الطبي

تقتضي القواعد العامة أن هناك معياران لتقدير مسلك أي إنسان، وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي.

#### 1- استبعاد المعيار الشخصي عند تقدير الخطأ الطبي

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، وبالتالي البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ، فإذا تبين أن بإمكانه تفادي الفعل الضار المنسوب إليه، اعتبر مخطئاً، وإذا بذل ما اعتاد عليه من اليقظة والتبصر دون أن يستطيع تفادي الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر أنه غير مخطئ<sup>1</sup>.

يأخذ هذا المعيار بعين الاعتبار قدرة الطبيب على دفع الضرر بتناسب مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعية تحت تصرفه، وما اعتاد عليه في سلوكاته وتصرفاته، فالوصول إلى الحقيقة وفقاً لهذا المعيار يستلزم مراقبة الطبيب.

عيب على هذا المعيار صعوبة تطبيقه، إذ هو يقتضي البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حدى ومراقبة سلوكاته وتصرفاته لأجل تقدير سلوكه ومقارنته بالخطأ، وهو أمر خفي يتعذر كشفه في الحياة العملية، وهو أمر يصعب على القضاء<sup>2</sup>.

غير أنه وبالنظر إلى طبيعة الالتزام بكتمان السر الطبي، يبدو أن المعيار الشخصي يكاد يكون غير مجد بالنسبة إلى تقدير الخطأ إزاء الإقضاء، فكتمان السر الطبي من الناحية العملية ما هو الاكتتمان للسر المهني الذي يفرض على الحرفيون وأصحاب المهن الأخرى، فهو من هذه الزاوية التزام بسيط يقوم على مبدأ خلقي ويخلو من الاجتهاد العلمي أو القدرات الخاصة، خاصة إذا كان المسلم به أن التأهل لممارسة مهنة الطب يستوجب توفر قدرات عقلية وامكانيات ذاتية لدى ممتنهيها تتميز عن أصحاب المهن الأخرى، فمن غير المستساغ قبول سلوك الإقضاء من قبل طبيب ليست له القدرة الذاتية على كتم الأسرار.

<sup>1</sup> - د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 156.

<sup>2</sup> - د. رايس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، 2008، ص 74.

## 2- الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب

يعبر عنه أحيانا بالتقدير المجرد، ومقتضى هذا المعيار، أن يقارن سلوك المخطئ بما يصح أن يصدر من شخص آخر وهمي ومجرد، متوسط الحذر والاحتياط، وهو رب الأسرة المعني بشؤون نفسه، فلا يسأل إلا إذا كان هذا الإنسان العادي لا يقع فيما وقع فيه هو<sup>1</sup>، ففي ظل هذا المعيار، يقاس سلوك الطبيب المخطئ بسلوك طبيب آخر من نفس المستوى والدرجة والخبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت تدخله الطبي، واستبعاد الظروف الداخلية التي تتغير من شخص إلى آخر<sup>2</sup>.

يعد ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالطبيب المتسبب في الضرر من صفات، كالظروف المكانية والزمانية، بينما تمثل الظروف الداخلية والذاتية المحيطة بالحالة الاجتماعية والصحية والنفسية للطبيب، وجنسه وسنه، وهي ظروف لا تصلح لقياس خطأ الطبيب<sup>3</sup>.

يرى الأستاذ علي علي سليمان، أن الأخذ في القياس بمعيار عناية الرجل العادي، نكون في الواقع قد أخذنا جزئيا بنظرية تحمل التبعة لأن جمهور الناس لا يحققون صفات الرجل العادي، بل قد يقل ذكاؤهم وحرصهم عنه ومع ذلك يتحملون مسؤولية أعمالهم رغما عنهم<sup>4</sup>.

ومع ذلك فقد استقر القضاء على الأخذ بهذا المعيار<sup>5</sup>، والذي يقوم على تقدير سلوك الطبيب مقارنة بسلوك زميل له من نفس التخصص أو المستوى المهني، مع النظر إلى الظروف الخارجية المحيطة بالعمل الطبي، و توافقه والأصول العلمية المستقرة في الطب<sup>6</sup>.

ولأن كتمان السر الطبي التزام عام ومحدد يقع على جميع الأطباء، ويكاد لا يتأثر بالظروف الخارجية، مثلما هو من أعرق تقاليد المهنة، فإن هذا المعيار هو الأنسب لتحديده.

<sup>1</sup> - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 33.

<sup>2</sup> - د زهية حورية سي يوسف كجار، المرجع السابق، ص 14.

<sup>3</sup> - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 19.

<sup>4</sup> - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 146.

<sup>5</sup> - بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 38.

<sup>6</sup> - د محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19.

البند الثالث: إثبات خطأ الإفشاء

أولاً: عبء اثبات الإفشاء

الإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق، أو الأثر القانوني المدعى به، والأصل العام أن يكون على المتضرر إذا أراد الحصول على التعويض عبء إثبات ما يدعيه<sup>1</sup>، عملاً بقاعدة البينة على من ادعى<sup>2</sup>، فيقع عبء اثبات الخطأ على المريض.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من ق.م.ج. على: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض."

و ظاهر هذا النص أن المادة تنص على المسؤولية عن الأفعال الشخصية و هي المسؤولية العامة أصلاً، قوامها الخطأ الواجب الإثبات من المتضرر ضد المسؤول. و أن نص المادة ورد بها كلمة " الخطأ " و بذلك ابتغى المشرع أن لا تكون المسؤولية موضوعية تقوم على ركن الضرر و إنما هي مسؤولية شخصية قوامها الخطأ الواجب الإثبات.

أما المسؤولية عن فعل الغير والتي ضمنها المشرع الجزائري في المواد من 134 إلى 137 قبل تعديل القانون المدني حديثاً<sup>3</sup>، فقد جعل لها صورتين: أولاهما مسؤولية متولي الرقابة عن فعل المشمول بالرقابة، و ثانيهما مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

أما المسؤولية عن الأشياء فقد تناولها المشرع الجزائري في المادة من 138 إلى 140 مدني، و هي مسؤولية تشمل المسؤولية عن الأشياء غير الحية و مسؤولية حارس الحيوان و المسؤولية عن هدم البناء، و هي مسؤولية مبنية على فكرة الخطأ المفترض.

<sup>1</sup> - علي عصام الغصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، د.ط. ص 112.

<sup>2</sup> - تنص المادة 323 من ت.م.ج، على أنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، وهي المادة التي تقابلها المادة الأولى من تقنين الإثبات المصري وكذا المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي.

<sup>3</sup> - أضاف المشرع الجزائري بالمادة 42 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 مادتين هما المادتان 140 مكرر و 140 مكرر 1 تنصان على مسؤولية المنتج، ومسؤولية الدولة حين يندم المسؤول عن الضرر الجسماني.

وعليه، فإن إثبات الخطأ يسبقه إثبات الالتزام أولاً، ونجد أن المادة 323 من ق. م. ج تنص: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه"، ويفهم منها أن الدائن ملزم بإثبات الالتزام، الذي قد يكون إما مصدره القانون أو العقد، فإذا كان الالتزام قانونياً يكون على الطبيب إثبات التخلّص منه دون حاجة لإثبات وجوده من طرف المريض، فهو موجود بنص قانوني، أما إذا كان الالتزام اتفاقي، يكون على المريض إثبات وجود الالتزام، وأن الطبيب لم ينفذ التزامه، لينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى الطبيب، الذي يكون عليه إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

ولأن الالتزام بكتمان السر الطبي هو التزام قانوني، فإثباته لا يتطلب مشقة من المريض كالأخطاء الطبية الأخرى، لأنه مثبت بالنصوص القانونية، لذلك يقع على الطبيب عبء إثبات التخلّص من هذا الالتزام، إما بإثبات تنفيذه أو بقطع العلاقة السببية بإثبات خطأ الغير أو المضرور أو السبب الأجنبي.

بالنسبة للأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية و كقاعدة عامة، يمكن اعتماد كل وسائل الإثبات القانونية الممكنة لإثباتها بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود، كما يكون للقاضي الدور الإيجابي في إثبات هذه الأخطاء، فمنها ما يمكنه اكتشافها وفقاً لثقافته العامة كالأخطاء العادية للطبيب، كما يلعب دور مهم في الأخطاء المهنية، وذلك بالرجوع إلى التزامات الطبيب المنصوص عليها في القانون ومحاولة قياس سلوكه مع هذه الالتزامات، أما الأخطاء الطبية ذات طابع فني، فإن القاضي يكون ملزماً بالاعتماد على الخبرة باعتبارها وسيلة الإثبات الوحيدة الناجعة لحل المسائل الفنية المطروحة أمامه ويبقى دوره منحصرًا في الأخذ أو عدم الأخذ بالتقرير المنجز من قبل الخبير<sup>2</sup>.

1 - سايكي وزنة، المرجع السابق، ص 65.

2 - نفس المرجع، ص 93.

ثانياً: الإفشاء خطأ مفترض

إن كلمة خطأ (Faute) ينبغي أن تلقى في البحر"، هكذا قال الفقيه سالي (Salilles) بعد أن ثبت أن قيام المسؤولية على أساس الخطأ فيه الكثير من القصور لجبر الضرر، لأن في مطالبة الضحايا بإثبات الخطأ أمام رب العمل أو صاحب المهنة إرهاب لهم، لما يحتاجه ذلك من خبرة فنية، والتمسك بذلك أمام القضاء معناه تضحية مصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة غنية، لهذا اتجه الفقه إلى البحث عن التوازن بمحاربة فكرة الخطأ واستحداث نظام جديد تقوم عليه المسؤولية، حيث قام الفقيه لابييه (Labbé) و سالي (Salilles) وديموج (Demogue) و سافاتيه (Savatier) وغيرهم بطرح نظرية جديدة وهي نظرية تحمل التبعة، والتي قامت أول الأمر على أساس الغرم بالغنم، أي من يكسب أكثر عليه أن يتحمل مسؤولية الضرر<sup>1</sup>، وبذلك صار الخطأ يفترض في جانب المهني وعليه هو أن يتخلص منه.

ينقسم الخطأ المفترض إلى خطأ مفترض قابل لإثبات العكس وخطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، فكلما كان الالتزام ببذل عناية كان الخطأ المفترض قابل لإثبات العكس، أما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس.

لقد سبقت الإشارة إلى أن كتمان السر الطبي يعد التزام بتحقيق نتيجة، وطبقاً للقواعد العامة، فإنه في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة يتطلب على المريض أن يثبت وجود التزام ترتب على عاتق المدين الطبيب، ثم عدم تحقق النتيجة محل التعاقد، ومجرد عدم تحققها يعني إخلالاً بالالتزام أو عدم تنفيذه، أي أن المسؤولية هنا أصبحت مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، بحيث لا يمكن للطبيب التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي أو خطأ المريض نفسه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 154 إلى 156.

<sup>2</sup> - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 236.

إن الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بقطع العلاقة السببية بين نشاطه والضرر الذي لحق المريض، ولا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات أن فعله لا يشكل خطأ، لأن مسؤوليته في هذه الحالة قائمة على أساس خطأ غير قابل لإثبات العكس، على نقيض دفع مسؤوليته في حالة الالتزام ببذل عناية، أين يمكنه إثبات أن فعله لا يشكل خطأ قياساً إلى عناية طبيب معتاد محاط بالظروف التي أحاطت به.

ومن جانب آخر، عندما يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن المحكمة لا تستخدم سلطاتها التقديرية، لأن الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقيق النتيجة كما هو الحال في عمليات نقل الدم، فإذا أعطى الطبيب أحد المرضى دماً من فصيلة أخرى غير فصيلته، فإنه يعتبر قد ارتكب فعلاً ضاراً لأنه كان عليه نقل دم من نفس فصيلة دم المريض وليس من غيرها<sup>1</sup>، فنفس الأمر بالنسبة لإفشاء السر الطبي الذي يعتبر من قبيل الفعل الضار الذي لم يكن من المفروض عليه القيام به. لذلك فتقدير القاضي لا يتوجه إلى تقدير وجود الخطأ من عدمه، وإنما يتوجه إلى مدى اعتبار موضوع الواقعة مشمولاً بوصف السر الطبي أم لا.

### ثالثاً: المسؤولية بغير خطأ.

رغم أن فكرة افتراض الخطأ ساهمت كثيراً في توسيع نطاق المسؤولية وجبر الأضرار، إلا أن الواقع قد أفرز وقوع العديد من الأضرار المستحقة للتعويض من دون أن يكون هناك خطأ يكون مرجعاً لتأسيس المسؤولية.

المسؤولية بغير خطأ هي وسيلة قانونية مبتكرة لحماية المضرور، تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق المضرور، واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى أحداث هذا الضرر<sup>2</sup>

يتمثل الهدف من ابتكار مثل هذه الوسائل القانونية، في إعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 237.

<sup>2</sup> - د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د. ط، 2006، ص 118.

الخطأ<sup>1</sup> ، ما يعني أنه لم يبق إلا العمل الذي سبب الضرر، والذي يكون محل الاعتبار حيث لا يشكل إثبات هذا العمل أي صعوبة،

حيث تقوم مسؤولية المرفق الطبي بمجرد وقوع الضرر، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو الغير<sup>2</sup>.

ظهرت فكرة المسؤولية دون خطأ لتحل مشكلة صعوبة اثبات الخطأ بسبب التعقيد الذي يتسم به العمل الطبي، لذلك فقد اقتصر على العمل الطبي الفني دون العمل الطبي العادي، وأول ما ظهرت كان ذلك في مجال التلقيح الإجباري، واستخدام أساليب علاجية حديثة غير معلومة النتائج<sup>3</sup>.

وكون أن فكرة المسؤولية غير الخطئية هي فكرة من صميم القضاء الإداري، فقد حاول القضاء العادي أيضا ابتكار وسيلة قانونية يتمكن من خلالها إقامة المسؤولية غير الخطئية وفقا لقواعد القانون الخاص، فظهر مبدأ الالتزام بضمان السلامة، هذا المبدأ الذي انحصر في بادئ الأمر في مجال النقل، سرعان ما أصبح مبدأ قانوني يمكن تطبيقه في مجالات أخرى بما في ذلك المسؤولية الطبية<sup>4</sup>.

يقصد بالالتزام بضمان السلامة ليس الالتزام بضمان شفاء المريض، بل أيضا عدم تعريضه لأي أذى، وعدم إلحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي، أو بسبب ما يعطيه له من أدوية، وألا يتسبب في إلحاق أي ضرر به.

فوفقا لمبدأ الالتزام بضمان السلامة، أصبح يمكن للمريض الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به دون البحث عن وجود خطأ، والأضرار المقصودة هنا هي تلك التي لا ترتبط مباشرة بأثر العلاج، كما أنها أضرار مستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني.

<sup>1</sup> - علي عصام الغصن، مرجع سابق، ص 132.

<sup>2</sup> - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 89.

<sup>3</sup> - أنظر عباش كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، من ص 70 الى 76.

<sup>4</sup> - سايكي وزنة، نفس المرجع، ص 90.

## الفرع الثاني

### الضرر

تعتبر إصابة المريض بضرر من جراء التدخل الطبي العلاجي نقطة البداية للحديث على المسؤولية الطبية، ففوق الضرر للمريض عنصراً ضرورياً لإثارة تلك المسؤولية، وللوصول إلى ضبط طبيعة الضرر الحاصل من إفشاء السر الطبي، ينبغي التعريف بالضرر الطبي (بند أول)، والشروط الموجبة للتعويض عنه (بند ثان).

### البند الأول: تعريف الضرر الطبي

لم يورد القانون المدني تعريفاً للضرر بل اكتفى بالإشارة إليه ضمن المواد 124 إلى 140 منه، مثلما خلى التشريع الطبي في كل من قانون الصحة أو مدونة أخلاقيات الطب من أي تعريف للضرر الطبي.

وفي غياب نصوص خاصة يستمد الضرر في المسؤولية الطبية مفهومه من القواعد العامة. يعرف الضرر بوجه عام بأنه مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، وتشتمل على أضرار الجسد المادية، و كل حق يخول صاحبه سلطة أو مزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون، فلكل إنسان الحق في الحياة، في سلامة جسده، واستقراره النفسي، فإذا وقع مساس بحق من هذه الحقوق فإن الضرر ينتج عن وقوعه<sup>1</sup>.

يعتبر الضرر المقصود في إطار المسؤولية الطبية، خطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيلة أثناء ممارسته العمل الطبي<sup>2</sup>، أو نتيجة خطأ في تسيير المرفق العام الطبي<sup>3</sup>.

فالضرر الطبي إذن هو حالة ناتجة عن فعل طبي تمس بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصاً في حال المريض أو في معنوياته أو عواطفه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. علي عصام الغصن، مرجع سابق، ص 178.

<sup>2</sup> - د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 126.

<sup>3</sup> - د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 270.

<sup>4</sup> - د. منصور عمر المعايطه، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 55.



### البند الثاني - أنواع الضرر الطبي

يصاب المريض بضرر يمس حياته، أو سلامته الجسدية، أو ينقص من ذمته المالية، ويقصد به في هذه الحالة الضرر المادي، ويمتد هذا الضرر ليمس شعور وعواطف المريض، فيسمى بالضرر المعنوي.

### أولاً: الضرر المادي

الضرر الطبي المادي هو ما عرفه الدكتور "محمد شريم" والمحامي "قيس الصغير" أنه ذلك الضرر الذي ينقسم إلى ضرر جسدي متمثل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو أحداث عاهة دائمة أو مؤقتة، و ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات القيمة المادية والاقتصادية، كإصابة الجسم بعاهة تعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج<sup>1</sup>، فهو بالتالي قد يظهر في صورة من الصورتين، إما ضرر جسماني أو ضرر مالي اقتصادي.

### 1. الضرر الجسماني:

يسمى كذلك بالضرر الجسدي وهو الضرر الذي يصيب جسم الإنسان، وهذا الأخير قد يقع على حق الإنسان في الحياة فيزهق روحه، أو على مبدأ التكامل الجسدي، أو الحق في السلامة الجسدية ولا يزهق الروح<sup>2</sup>، وإنما يمس بدنه بالأذى ليسبب له عجزاً جسمانياً.

غير أن إفشاء السر باعتباره خبر يذاع، فليس محله جسم الإنسان إنما علم المتلقي، لذلك لا يتصور أن يكون له ضرر مباشر عليه، فقد يشكل إفشاء سر المريض سبباً لجزعه ينعكس على جسده، ويكون في إحدى صورتَي الضرر الجسماني، إما ضرر جسماني مؤدي للوفاة، أو ضرر جسماني في صورة عجز دائم أو عجز مؤقت، لكن يبقى هذا النوع من الضرر يفتقد للأثر المباشر للإفشاء.

<sup>1</sup> - نقلاً عن د. أحمد حسن عباس الحباري، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> - د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 402.

## 2. الضرر المالي أو الاقتصادي

الضرر المالي في المجال الطبي هو ما لحق المريض من خسارة وما فاتته من كسب، فالخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور جراء إفشاء سره، تشمل ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية ومكوثه بالمستشفى، وما فاتته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي<sup>1</sup>.

يمكن أن يلحق الضرر المالي ذوو المريض في حالة وفاة العائل لهم، أو لمن يثبت أن حرمانهم من حقهم في نفقة والدهم، نفس الضرر يصيب أقارب المريض المتوفي، متى أثبتوا أن هذا الأخير كان يعولهم فعلا على نحو دائم ومستمر، وأن فرصة الإستمرار في ذلك كانت محققة<sup>2</sup>.

وفي هذا الاتجاه، فإن الضرر المالي الناتج عن إفشاء السر الطبي هو ما لحق المريض من خسارة مالية، كمن تضطرب مشاريعه بسبب ما علم عنه من مرض أو غيره، وما صرفه إزاء تسوية ما شيع عنه، على أن مافاتته من كسب يتمثل في ما كان يمكن أن يجنيه من فوائد لولا شيوع الواقعة، كمن يحرم من السفر أو المشاركة في نشاطات بسبب شيوع سره، ولو لا إذاعة ذلك لكان قد حقق ما يصبو إليه.

أما أبناء صاحب السر المتوفي أو الغير ممن يعولهم، فإن الضرر المادي يصيبهم في حقهم متى أثبتوا أن هذا الأخير كان يعولهم على نحو دائم ومستمر.

في غالب الأمر تنتج أضرار مادية عن إفشاء أسرار المرضى، ومناطق حماية المشرع للأسرار هو من قبيل المحافظة على المصالح الخاصة بالمريض.

<sup>1</sup> - عباس كريمة، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> - د. منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 484.

### ثانياً: الضرر المعنوي

يقصد به في المجال الطبي ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية بسبب خطأ الطبيب أو الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، ويتمثل أيضاً في الآلام الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض، ويظهر فيما قد ينشأ من تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسمه أو بعضها<sup>1</sup>. كما يظهر في حالة الإعتداء على اعتبار المريض<sup>2</sup>، فيما يصيبه في كرامته أو شعوره أو شرفه أو عاطفته.

نستنتج من هذا التعريف أن الضرر الطبي المعنوي ينصب على الشعور و يكون في صورة من ضمن صورتين أو في كليهما، الصورة الأولى المتمثلة في الإحساس بالألم الناتج عن الضرر الجسدي، والصورة الثانية المتمثلة في الإحساس بالألم الناتج عن الضرر الذي يصيب المركز الاجتماعي وشخصية المريض وما يحوزه من اعتبارات، فهو ضرر أدبي مجرد من أي ضرر مادي.

إذا كان الضرر المعنوي المتمثل في الألم الناتج عن إصابة في منطقة من مناطق الجسم لما أصابها من اعتلال، قد يمكن ملاحظة وتقدير حجمه وشدته تقريبياً، فإن الضرر المعنوي الناتج عن إفشاء السر لا يرتبط بموضع جسماني، إذ هو متعلق بالحالة النفسية التي يصير إليها صاحب السر بعد كشف الواقعة، لذلك من الصعوبة بمكان أن يتم تقديره أو إدراك حجمه الحقيقي، كون عناصره ذاتية تختلف من شخص إلى آخر بحسب السن والجنس والوضعية الاجتماعية وغيرها من العوامل التي تدخل في تركيبه شخصية الفرد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 169.

<sup>2</sup> - عباس كريمة، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> - أنظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 165- 164.

وقد عارض جانب من الفقه فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بحجة أنه يصعب تقديره نقداً، كما أن التعويض عنه لا يمحو آثار تلك الأضرار، فهو لا يمحو الأحزان والآلام والأوجاع ولا يرجع الجمال الضائع<sup>1</sup>.

غير أن المؤيدين لفكرة التعويض يبررون أن التعويض هو وسيلة لارضاء النفس، تجعل المريض يتحمل الامه ويسهى عنها بتوظيف المال بما يعود عليه بالنفع<sup>2</sup> وبذلك يعد التعويض عن الضرر المعنوي بتلك المنفعة المحققة التي تخلق شعوراً بالرضى.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد نص في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على تعويض الضرر دون تحديد طبيعته مادي أو معنوي، فيرى الدكتور علي حسن الذنون في هذا الصدد أن نية المشرع الفرنسي لم تتصرف لا إلى جواز التعويض عن الضرر المعنوي ولا إلى عدم جوازه<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يصدر أي نص يؤكد صراحة مبدأ جواز التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا إلى غاية تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، إذ حملت المادة 182 مكرر ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، ليساير بذلك ما دأب عليه القضاء الذي كان قد استقر على التعويض عن الضرر المعنوي في عديد من الأحكام السابقة لهذا التعديل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 280.

<sup>2</sup> - د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج 2، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 167..

<sup>3</sup> - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 282 و 283.

<sup>4</sup> - من جملة تلك الأحكام حكم محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 1979/09/26، والذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة، بمبلغ 60 ألف د.ج كتعويض عن الضرر المادي، و15 ألف د.ج كتعويض عن الضرر المعنوي، نقلاً عن د. سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 133.

وأيضاً قرار مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1968/11/14، إذ حكم بمبلغ 500 دج كتعويض عن الضرر الجسمي والمعنوي، لزوجته تم طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها بحجة أنها ليست بكر، أنظر سعيد مقدم، نفس المرجع، ص 149.

**البند الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض.**

إذا كان الأصل العام للتعويض عن الضرر يقتضي توافر ثلاث شروط هي: أن يكون الضرر محققا، مباشرا وشخصيا، وأن يصيب حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة، فإن تطبيق ذلك على الضرر الواقع على إفشاء السر الطبي يميزه بعض من الخصوصية

**أولا: أن يكون الضرر محققا.**

يعتبر الضرر محققا إذا كان، حالا أي وقع فعلا، فلا يكون افتراضيا أو احتماليا<sup>1</sup>، فالقضاء المصري ممثلا بمحكمة النقض المصرية عرفت الضرر المحقق بقولها "ان الضرر يكون محققا إذا كان واقعا فعلا، أو كان سيقع فعلا، أو سيقع حتما"<sup>2</sup>، وقد قضت غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في الجزائر، أن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة، بمعنى أن القضاء الجزائري استقر على عدم التعويض على الضرر المحتمل<sup>3</sup>.

وإن كان في المجال الطبي، وحتى يعد الضرر محققا، يجب اثبات أن المريض كان لديه أمل في الشفاء، وأن الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الطبي أو ممارسة المرفق الطبي لنشاطه، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بالتزامه ببذل عناية المريض<sup>4</sup>، فإن في إفشاء السر الطبي يتحقق الضرر بمجرد كشف الواقعة دون انتظار شيوعتها أو حدوث ضرر نتيجة الشيوعة، فالضرر يحدث بمجرد أن تفقد الواقعة صفة السرية كون أن زوال هذه الصفة يكفي لأن ينشأ الضرر في الجانب المعنوي للمريض، فلا حاجة لأن يتداولها شخص آخر ويشيعها بين الناس أو يكتمها لنفسه لاعتبار تحقق الضرر، مثلما يعتبر الضرر محقق الوقوع حتى ولو كان الإفشاء في صورته الغير مباشرة أو الضمنية متى صدر من المؤتمن على السر.

<sup>1</sup> - د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص 379.

<sup>2</sup> - نقض مصري 13 ماي 1965، نقلا عن فريحة كمال، مرجع سابق، ص 284.

<sup>3</sup> - غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا الملف رقم 24599 بتاريخ 1982/06/23، نقلا عن د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 274.

<sup>4</sup> - Corinne RENEULT-BRAHINSKY, *l'essentiel du Droit des obligations*, 3eme édition, Gualino, EJA, Paris, 2006, p84.

### ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة حتمية وطبيعية للفعل الضار ويرتبط بعلاقة السببية<sup>1</sup>، والضرر المباشر إما أن يكون متوقعا أو غير متوقعا، والقاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط، حيث يقول الأستاذ السنهوري "الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلا، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعرض إذن في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر"<sup>2</sup>، مع الإختلاف أنه في المسؤولية التقصيرية يعرض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فالأصل أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع وحده، ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى غش المدين أو خطئه الجسيم<sup>3</sup>.

إن المعيار في توقع الضرر هو معيار موضوعي، فالمقصود ليس الضرر الذي توقعه المدين فعلا، أو كان يستطيع توقعه، وإنما الضرر الذي كان يمكن للشخص العادي أن يتوقعه ولو وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين<sup>4</sup>.

يقصد بأن يكون الضرر شخصا أن يصيب شخصا معينا بذاته، فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المضرور نفسه، أو ورثته في حالة وفاته، أو من له صفة قانونية، كالنائب نيابة عن الشخص غير المؤهل قانونا<sup>5</sup>، لذلك فهو يطرح بعض الصعوبات، إذ قد يمتد فيصيب أشخاص آخرين بسبب وفاة من تعرض للفعل الضار، كما لو توفي المريض لعدم تقبل كشف سره عند تلقيه الخدمة الطبية، فيصيب زوجته و أولاده ما يعرف بالضرر المرتد، والذي قد يكون ماديا أو معنويا.

<sup>1</sup> د. شكري بهاء بهيج، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 72.

<sup>2</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط03، 1998، ص 768.

<sup>3</sup> د. أنور سلطان، مصدر الألتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، نقلا عن فريحة كمال، مرجع سابق، ص 287.

<sup>4</sup> فريحة كمال، مرجع سابق، ص 289.

<sup>5</sup> د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 201.

يشترط لاعتبار الضرر المرتد وجود ارتباط مادي أو معنوي بين المضرور الأصلي وبقية الأشخاص، يبرر ارتداد وانعكاس الضرر الأصلي عليهم، لذلك فمناطق الارتداد هنا يكون في الإعالة الفعلية بالنسبة للضرر المادي وبالمعزة والمودة الحميمية بالنسبة للضرر الأدبي أو المعنوي<sup>1</sup> ، فمتى تحقق أن كشف الواقعة السرية للمريض ألحقت بهم أضرار مادية أو معنوية أمكن لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر.

### ثالثاً: أن يصيب الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مشروعة.

يقصد بمساس الضرر بحق ثابت للمضرور أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس اعتدائه بحق ثابت يحميه القانون، سواء كان هذا الحق مالياً، مدنياً أو سياسياً، فلكل شخص الحق في الحياة وفي سلامة جسمه، وكذلك الحق في الخصوصية، والتعدي عليهما ينشئ ضرر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يؤدي إلى نفقات تبذل للعلاج<sup>2</sup> ، بمعنى آخر أن كل ضرر يلحق بحق من حقوق الإنسان المحمية قانوناً يستوجب طلب التعويض عنه، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك<sup>3</sup> ، وقد يكون الضرر مرتداً ، فيصاب شخص بالضرر جراء إصابة شخص آخر، كأن يكشف سر يمتد أثره الضار ليصيب شخص آخر.

ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة حتى يمكن التعويض عنها، فإن كانت خلافاً لذلك فلا يعتد بها، إذ لا يمكن تعويض تاجر مخدرات عن الخسارة التي لحقت بتجارته جراء كشف سره من قبل الطبيب.

<sup>1</sup> نور الدين قطيش محمد السكارنة، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص 27.

<sup>2</sup> فريحة كمال، نفس المرجع، ص 290.

<sup>3</sup> د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التصيرية الفعل الضار، أساسها وشروطها ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 80.

## الفرع الثالث

### العلاقة السببية

يشترط لتحقق المسؤولية المدنية ، تحقق ركن العلاقة السببية، وهو الركن الذي يستند في تعريفه إلى الخطأ والضرر (بند أول)، ولصعوبة الأخذ بالسبب اجتهد الفقه في وضع نظريات لتحديده (بند ثان)، باعتبار أن إثباته هو إثبات للمسؤولية (بند ثالث).

#### البند الأول : تعريف العلاقة السببية.

لم تتطرق التشريعات الفرنسية والجزائرية إلى تعريف العلاقة السببية، كما أن القضاء لم يتفق على الأخذ بتعريف موحد لهذه العلاقة<sup>1</sup> ، ومع ذلك يمكن تعريفها بأنها تواجد علاقة مباشرة وصلة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المريض .أو هي أن يكون خطأ المسؤول هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر بالمريض أو المضرور<sup>2</sup> .  
كما يراد بالعلاقة السببية العلة التي تربط الضرر الطبي الحاصل عن الخطأ المرتكب الذي أدى إلى وقوع الضرر، فهي إذن ذلك الأتصال الذي يؤكد أن الفعل محدث للنتيجة، وتعد هذه العلة ركنا بذاته.

فالمؤتمن على السر الطبي الذي يقع منه خطأ الإفشاء الذي بسببه يحدث ضررا لمريضه، فانه يستوجب البحث في وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب والضرر الواقع على هذا المريض، فإن لحق المريض إفلاس لمؤسسته جراء إفشاء سره، فيجب عليه أن يثبت العلاقة السببية التي تربط خطأ الإفشاء بما نتج عنه من ضرر والمتمثل في الإفلاس.  
إن العلاقة السببية ركن مستقل عن الخطأ لأنها قد توجد دون وجود الخطأ والعكس، فمثلا إذا أحدث شخص ضررا بفعل لا يعتبر خطأ، نجد أن المسؤولية تقوم على أساس تحمل التبعة، فالسببية والخطأ هنا موجودان كما في حالة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> زهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 65.

<sup>2</sup> غنيمة قنيف، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع" قانون المسؤولية المهنية"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010 ، ص 147.

<sup>3</sup> محمد هشام القاسم، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والسوري والمصري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 109.



البند الثاني: نظريات السببية.

في الشكل البسيط الذي يتوقف على وجود سبب واحد أمام نتيجة واحدة، يكون من السهل على القاضي استظهار وجود علاقة السببية بينهما أو انعدامها، لكن إذا اجتمعت الأسباب يصعب تحديد المسؤولية، إذ نجد أن هذا التعدد يأخذ وصفا من الوصفين، فإما أن تتعادل الأسباب دون استغراق بعضها، وإما أن يستغرق سببا منها الأسباب الأخرى وهو ما يعرف بالسبب المنتج أو الفعال.

افتقرت الآراء في مسألة إسناد النتيجة الضارة إلى السبب الفاعل من هذه الأسباب المتعددة، ولقد أدى ذلك إلى تعدد النظريات في هذا الشأن فمنها من عادل بين الأسباب، ومنها من أسندها إلى السبب الأقوى أو المنتج.

أولاً: نظرية تعادل الأسباب

وضع أسس هذه النظرية الفقيه الألماني فون بيري (Von Buri) ووجدت صداها في الفقه الفرنسي على يد مارتو (Marteau) و ديموج (Demogue)، وكان الهدف منها تحديد معيار يتم على أساسه إسناد النتيجة الضارة الى مصدرها<sup>1</sup>.

ويرى أنصار هذه النظرية أن كل سبب ساهم في إحداث الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر يعد سببا منتجاً له، و تتلخص في أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة متعادلة كان كلا منها منفرد في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن أي سبب منها هو الذي أحدث الضرر، ويكون السبب بهذا الوصف أن الضرر لم يكن ليقع لولاه، فهذه النظرية توجب النظر لجميع الأسباب التي اشتركت في حصوله واعتبارها متكافئة في المسؤولية<sup>2</sup>.

لذلك فإن كل العوامل من دون تمييز بينها، تعد شرطا لحدوث النتيجة، فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعا ويعتبر سببا مباشرا و

<sup>1</sup> فريحة كمال، مرجع سابق، ص 292.

<sup>2</sup> د منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 6

لو تدخلت عدة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب إلى وقوع النتيجة، حتى لو كان قد توقع أو كان بإمكانه أن يتوقع مثل هذه الأسباب<sup>1</sup>.

وإن كانت هذه النظرية قد جزعت الخطأ بشكل دقيق، إلا أنها قد تعرضت لانتقادات على أنها تؤدي إلى إرهاب المضرور و ضياع حقه، حيث أنه في الكثير من الأحيان يصعب تحديد كل العناصر المسببة للخطأ<sup>2</sup>.

### ثانياً: نظرية السبب المنتج الفعال

أسس الفقيه الألماني فون كريس (Von Kreis) نظرية السبب المنتج من خلال الإنطلاق من فكرة التمييز بين الأسباب، إذ يعتمد السبب المنتج وحده كسبب للضرر، فهو السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأمر، وخلافه السبب العارض الذي وجوده أو تخلفه لا يغير من الموضوع شيئاً<sup>3</sup>.

ولقد نجحت هذه النظرية، مما حمل الفقه والقضاء على اعتناقها، ويمكن القول بأن المشرع الجزائري قد سار على نهج هذه النظرية لما اشترط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة للسبب في نص المادة 182 من ق.م.ج " إذا لم يكن التعويض مقدار في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به" ،

مثلما أخذت المحكمة العليا الجزائرية بنظرية السبب المنتج في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996 حيث جاء فيه " أنه يجب لاعتبار احد العوامل سببا في حدوث الضرر، أن يكون سببا فعّالا فيما يترتب عليه، و لا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث

<sup>1</sup> وجدت هذه النظرية تطبيقا لها في مصر أمام محكمة النقض المصرية بالقرار رقم 10/22 بتاريخ 1941 حيث قررت "بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سببا مباشرا أو غير مباشرا أدى إلى وقوع النتيجة"، أنظر فريحة كمال، مرجع سابق، ص 294.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 293.

<sup>3</sup> عباش كريمة، مرجع سابق، ص 45.

الضرر، و انه يجب إثبات السبب الفعّال في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت و نوعه كسبب للضرر<sup>1</sup>.

وهو نفس اتجاه القضاء في مصر ، حين قررت محكمة النقض المصرية في القرار 51/1247 بتاريخ 1982/06/24 بأن " ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض، ولو اقترن به"<sup>2</sup>.

ثالثاً: أثر اشتراك المضرور في الضرر.

يمكن أن يشترك خطأ المتضرر مع خطأ المدعى عليه، وهذا ما يطلق عليه باستغراق أحد الخطأين للآخر .وفي هذه الحالة نميز أي الخطأين استغرق الآخر.

قد يستغرق الخطأ الآخر في الحالتين:

الحالة الأولى: هي حالة الخطأ العمد، فيكون فيها مرتكبه مسؤولاً عن الفعل الضار حتى ولو بدا خطأ المتضرر واضحاً، و يسأل عن كامل التعويض، كمن يلقي بنفسه عمداً أمام سيارة فتدهسه فتزديه قتيلاً.

أما الحالة الثانية: تتمثل في رضی المتضرر بما وقع له من ضرر، حيث إذا رضي بالإصابة دون أن يتعمدها، كمن قبل أن تمر عليه سيارة لإظهار قوة جسده، أو يمسك الكهرباء، فإن خطأه لا يمكن أن يستغرق خطأ المدعى عليه غير أنه لا يعفي رضی المتضرر المسؤول إذا تعلق الأذى بحياة الإنسان أو سلامة جسمه لأنها من النظام العام وتقوم المسؤولية القانونية على مرتكب الفعل الضار<sup>3</sup>.

فالطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض ليس بحاجة لها، حتى لو رضي المريض بالعمل الطبي المنوي اجراؤه عليه مع العلم المسبق بنتائج العملية، لا يمكن أن يحمل رضائه

<sup>1</sup> سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 125.

<sup>2</sup> نقلاً عن فريحة كمال، المرجع السابق، ص 295

<sup>3</sup> - بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2007/2008، ص 96.

بالضرر أنه اتفاق مع الطبيب لإعفائه من المسؤولية<sup>1</sup> ، ولقد اتجه القضاء الفرنسي في بعض القضايا إلى قيام مسؤولية الطبيب عن إفشاء السر الطبي حتى بتوافر رضا المريض

نصل إلى خلاصة القول في تعدد الأسباب، أنه إذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الضار الذي وقع أولاً، فإذا كان فعل المدعي سبباً للفعل الضار فلا تتحقق مسؤولية المدعي عليه نظراً لانعدام رابطة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر الذي لحق بالمضروب، ومثال ذلك المريض الذي يخبر زبائن الطبيب عن تفاصيل علته وتردده على المصحة، ثم يدعي أن السر أفشي عن طريق المصحة، وإن اشترك فعل المضروب مع فعل المسؤول ولم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك، والمدعي عليه لا يتحمل مسؤوليته كاملة، ومثال ذلك أن يقوم الصيدلي أمام الزين بوضع الوصفة على المكتب مفتوحة في الوقت الذي يبادر المريض في ذكر جزئيات عن مرضه، فلا يكتمل إفشاء السر إلا بالجمع بين الفعلين، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمل كل فاعل بنسبة نصيبه في الفعل، أما رضى المضروب فلا يؤخذ به متى تعلق الفعل الضار بنص من نصوص النظام العام، غير أنه في إفشاء السر الطبي، فإنه يباح للطبيب بموجب نص المادة 205 ف 05 من ق. ح. ص. ت<sup>2</sup>، أن يستند إلى حصوله على رضى المريض كسبب من أسباب الإباحة.

<sup>1</sup> - د محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 274.

<sup>2</sup> - تنص المادة 05/205 من ق. ح. ص. ت على أنه: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث العينة بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك"

### البند الثالث : إثبات وقطع العلاقة السببية

لإقامة المسؤولية ينبغي البحث في ذلك الرباط بين الخطأ والضرر، إذ يقع على المضرور إثبات أنه لولا وجود الخطأ ما كان الضرر ليحدث، أي إثبات العلاقة السببية، ولا يكون على المدين سوى قطع هذه العلاقة للتخلص من الالتزام.

#### أولاً: إثبات العلاقة السببية

ينبغي أن تكون السببية بين الخطأ والضرر محققة ومباشرة، وتحديد الرابطة السببية في المجال الطبي من الأمور الشاقة والعسيرة نظراً لخصوصية العمل الطبي وتعقيداته، وطبقاً للقواعد العامة فإنه يقع على المضرور عبء إثبات العلاقة السببية بين الضرر الذي لحقه من جراء الفعل الضار أو الإخلال بالالتزام التعاقدية، إذن لا يكفي من المريض أن يثبت خطأ الطبيب والضرر، بل يجب عليه إثبات العلاقة السببية المباشرة بينهما، أي اثبات أن الضرر الحاصل هو نتيجة طبيعية للإفشاء.

إلا أن المادة 127 من ق.م.ج<sup>1</sup>، جاءت بقرينة قانونية تقضي بتوافر العلاقة السببية بمجرد اثبات الخطأ والضرر الحاصل، أي أن العلاقة السببية تتحقق بوجودهما عن طريق الإفتراض، فلا يكلف المريض أو الغير المدعي إثباتها، بل إن المهني أو الطبيب هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، إذن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

إن في بعض الأحيان خطأ واحد قد يؤدي إلى سلسلة من الأضرار المتعاقبة، وهنا يثور التساؤل حول مدى مسؤولية المدعي عليه مرتكب الخطأ عن كل هذه الأضرار.

في هذه الحالة يجب أن تكون العلاقة السببية مباشرة، بمعنى أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فإذا قام الطبيب أو الصيدلي أو غيرهم من أصحاب المهن الطبية بإفشاء سر مريض أدى إلى إلحاق خسارة فادحة به، فأثر على علاقته بأفراد أسرته وطلبت

<sup>1</sup> - نصت المادة 127 من ق.م.ج "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"

زوجته الانفصال، فالضرر الأسري سببه هو الضرر المالي الذي لحق بالمريض، وبالتالي فإنه ليس بالضرر الناشئ عن الخطأ مباشرة، وعليه فإن الطبيب مسؤول عن تعويض المريض الخسارة المالية التي لحقت دون تعويضه عن الضرر الخاص بالإنفصال أو الطلاق.

أما إذا أفشى الطبيب سر مريضه والخاص بتخصيص مزايا أو مرتبات لإبنه غير الشرعي، ونتيجة لذلك طلبت زوجته الانفصال، ففي هذه الحالة يعتبر هذا الانفصال ضرراً مباشراً موجبا للتعويض، كون أن الارتباط السببي مباشراً بين الخطأ والضرر، وأن الضرر لم يكن ليحدث لولا وجود الخطأ البين.

ومثلما كان للضرر تسلسل، فهناك حالة أخرى أين يقع الضرر نتيجة عدة أسباب، وبالتالي يصعب تحديد أي منها هو محدث الضرر، وهو ما يخلق صعوبة إثبات العلاقة السببية<sup>1</sup>، ومثال ذلك المريض الذي يهمل وثائقه الطبية ويتركها سهلة التناول من قبل الغير، ويقوم فريق طبي على علاجه، ويقوم الصيدلي بإفشاء سره، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الخطأ هو السبب المنتج للضرر، أي الذي يؤدي بحسب المجرى العادي للأمر إلى إحداث الضرر، وبالتالي لا يعتد بالسبب العارض الذي وإن ساهم في وقوع الضرر، إلا أنه عادة لا يؤدي إلى وقوع مثل هذا الضرر.

أما فيما يخص وسائل إثبات العلاقة السببية، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لأنها وقائع مادية، ولعل أهم وسيلة هي القرينة القانونية التي تفترض وجود العلاقة السببية بمجرد إثبات الخطأ والضرر، وبالتالي ينتقل عبء إثبات نفيها إلى المدعي عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - د سعيد عبد اللطيف حسن، مرجع سابق، ص 132.

<sup>2</sup> - محمد حسن منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 2000، ص 105.

ثانياً: قطع العلاقة السببية:

إذا كان إفشاء السر الطبي خطأً مفترض غير قابل لإثبات العكس، فإن المؤتمن على السر لا يتحمل من مسؤوليته على هذا الالتزام، إلا بقطع العلاقة السببية عن طريق إثبات السبب الأجنبي، والمتمثل حسب نص المادة 127 من ق. م. ج السالفة الذكر في الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير.

1- قطع العلاقة السببية بإثبات الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة

بعض الفقهاء اعتبروا أن هناك فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فقالوا: "ان القوة القاهرة هي الفعل الذي يستحيل دفعه"، بينما الحادث الفجائي هو: "الحال الذي لا يمكن توقعه"<sup>1</sup>، وفسروا بالقول أن القوة القاهرة حدث مصدره من الخارج ولا يتصل بنشاط المدعي مثل الكوارث الطبيعية، بينما الحادث الفجائي يأتي من الداخل ويكون متصلاً بنشاطه كأنفجار الة أو احتراقها، إلا أن الإجماع الفقهي لا يفرق بينهما إذ قال مازو: "إن عبارة الحادث المفاجيء ما هو إلا مرادف لكلمة القوة القاهرة... والقوة القاهرة هي واقعة مجهولة غير ممكن توقعها ولا دفعها"، لذلك قال سليمان مرقس أن: "القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء تعبيران مختلفان يدلان على معنى واحد يقصد به أمر غير متوقع حصوله وغير ممكن تلافيه، يجبر الشخص على الإخلال بالالتزام"<sup>2</sup>.

إذن فلكي تنفي علاقة السببية، يشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي عدم إمكانية التوقع من قبل الطبيب وكذلك أن يستحيل عليه دفعه استحالة مطلقة، فإذا توفرت هذه الشروط ينتج عنها انتفاء العلاقة السببية و قطعها بين الخطأ المنسوب للطبيب، و لا يكون هناك مجال للمريض للمطالبة بالتعويض، وهو ما اتجهت اليه المحكمة العليا حين قضت: "من المقرر قانوناً أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج2، ص 482.

<sup>2</sup> د.سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، مرجع سابق، ص 491 و 492.

<sup>3</sup> أنظر المجلس الأعلى، غ.م، بتاريخ 1988/05/25، ملف رقم 53010، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992،

أما إذا اشتركت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مع خطأ الطبيب المدعى عليه في وقوع الضرر، فلا محل هنا لتوزيع المسؤولية، لأن القوة القاهرة لا يمكن نسبتها إلى شخص آخر يشترك مع الطبيب المدعى عليه في تحمّل المسؤولية، وبناء عليه يتحمل الطبيب المدعى عليه وحده المسؤولية كلّها، لأن القوة القاهرة سبب من أسباب الإعفاء وليست سببا من أسباب التخفيف<sup>1</sup>.

ويجوز للمريض أن يتفق مسبقا مع الطبيب على تحمل الضرر الحاصل، وفق مانصت عليه المادة 178 فقرة 1 من ق. م. ج: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة".

## 2- قطع العلاقة السببية بإثبات خطأ المضرور.

خطأ المريض يؤدي إلى قطع علاقة السببية إذا كان وحده هو السبب في حدوث الضرر، ويعتبر في حكم السبب الأجنبي، و يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ الحاصل<sup>2</sup>، وقد نصت المادة 127 من ق. م. ج على أن خطأ المضرور يقطع العلاقة السببية، في حين أن المادة 138 فقرة 2 من نفس القانون أشارت إلى أن فعل المضرور هو من يقطع العلاقة السببية بدل خطأ المضرور، وبين الخطأ والفعل فرق معتبر، فالفعل يختلف عن الخطأ باعتباره قد يكون سلوك عادي وليس من العدالة أن يحرم المضرور من التعويض مع أنه لم يرتكب خطأ.

وحقيقة الأمر أن هذا الإختلاف، هو أيضا اختلاف فقهي، إذ اتجه أنصار فكرة خطأ المضرور للأخذ بعين الاعتبار الخطأ الذي يرتكبه المضرور فقط كسبب لقطع العلاقة السببية، بينما اتجه أنصار فعل المضرور إلى الأخذ بالتصرف الخاطي أو الغير خاطيء من قبل المضرور كسبب يمكن من خلاله قطع العلاقة السببية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كمال فريحة، مرجع سابق، ص 302.

<sup>2</sup> د. حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و المقارن، مرجع سابق، ص 205

<sup>3</sup> - أنظر فريحة كمال، نفس المرجع، ص 303.



ونجد أن القضاء الفرنسي يفرق بين فرضيتين بخصوص خطأ المضرور على أساس أنه: إذا استجمع خصائص القوة القاهرة فانه يقطع علاقة السببية ويعفي الطبيب من المسؤولية تماماً، أما إذا لم يستجمع خطأ المضرور خصائص القوة القاهرة بل اقتصر دوره على مجرد المساهمة في وقوع الضرر فان الإعفاء عن المسؤولية يكون جزئياً<sup>1</sup>، وهو ما اتجه اليه التشريع الجزائري في نص المادة 177 من ق. م. ج: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

وإذا كان أحد الفعلين نتيجة الفعل الآخر فلا يعتد إلا بالفعل الضار الذي وقع أولاً، فإذا كان فعل المدعي نتيجة لفعل المضرور فلا تتحقق مسؤولية المدعي عليه نظراً لانعدام ربطة السببية بين فعل المدعي عليه والضرر الذي لحق بالمضرور، وإن اشترك فعل المضرور مع فعل المسؤول ولم يستغرق أحدهما الآخر فنكون بصدد الفعل المشترك والمدعي عليه لا يتحمل مسؤوليته كاملة، فالأصل في الفعل المشترك أن يتحمل كل فاعل بنسبة نصيبه في الفعل<sup>2</sup>.

### 3- قطع العلاقة السببية بإثبات خطأ الغير.

يمكن أن يكون تدخل الغير هو من نتج عنه الخطأ، ووفقاً لنص المادة 127 من ق. م. ج السالفة الذكر، يستطيع الطبيب التحلل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المريض يرجع إلى خطأ الغير، فمتى ثبت أن هذا الأخير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر أعفي الطبيب كلياً من المسؤولية.

أما إذا كان الغير مشتركاً مع الطبيب في الخطأ، فنتجراً بينهم المسؤولية بالتساوي، إلا إذا أمكن تحديد جسامه الخطأ، وهو ما نصت عليه المادة 126 من ق. م. ج "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون

<sup>1</sup> - نقض مدني فرنسي ، 19 أكتوبر 1991 ، مشار إليه لدى عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مرجع سابق، ص 143.

<sup>2</sup> - منصور محمد حسين، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 274.

المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

وإذا كان الطبيب مسؤولاً عن أفعال الغير، فإن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير، لأن الطبيب سيكون مسؤولاً عن أفعال تابعيه ولا يجوز له التنصل من المسؤولية اتجاه المضرور، سواء كان الغير من مساعدي هذا الطبيب أو ممن اختارهم بطريقة مباشرة للعمل، ومثال ذلك أن الطبيب يتحمل مسؤولية خطأ طاقم التخدير والتمريض الذين اختارهم للعمل معه.

## الفصل الثاني

# آثار المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

---

### الفصل الثاني

#### آثار المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

مناطق المسؤولية المدنية جبر الضرر، فحين تتحقق إزاء إفشاء السر الطبي، يحق للمريض أو لعائلته في حالة وفاته رفع دعوى المسؤولية المدنية من أجل الحصول على تعويض لجبراً لحق بهم من ضرر، والتي تقتضي أن يعين أطرافها أمام القضاء لمباشرة السير فيها، مع مراعاة الجهة القضائية المختصة في ذلك، والنظر فيما إذا كان الإفشاء محققاً ويقع على واقعة يمكن أن تتصف بالسرية، وأن المدعي قد أصابه ضرر من جراء ذلك، فيلتزم المؤمن على السر الطبي الذي قام بالإفشاء بدفع التعويض للمتضرر، وإن كان يعود للقاضي سلطة تقديره غير أنه يخضع لضوابط ومعايير في ذلك، وحتى لا يصير مرهقاً لأصحاب المهن، فقد يتولى التعويض شركة التأمين التي يؤمن لديها المهني عن أخطار مهنته، غير أن صفة العمومية والإطلاق في الالتزام بكتمان السر، بقدر ما هي ضمانات حقيقية لحماية الأسرار من الإفشاء، إلا أنها كثيراً ما تصبح عائقاً أمام تحقيق مصالح أخرى جديرة أيضاً بالحماية، لذلك كان من اللازم الاعتراف ببعض الحالات الاستثنائية التي يستوجب فيها ترجيح المصلحة في إفشاء السر على المصلحة في كتمانها، مما يترتب عليه سقوط مسؤولية المؤمن اتجاه ما قام به من إفشاء، فيكون هناك من الحالات ما يكون فيها الإفشاء واجباً أو جوازياً لا يترتب أي أثر، لذلك سنبحث في هذا الفصل في دعوى المسؤولية المدنية والتعويض عنها (المبحث أول)، والإستثناءات الواردة على الإلتزام بكتمان السر الطبي (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### الدعوى والتعويض في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

القضاء وسيلة والعدالة غاية، لذلك يجب على المتضرر من إفشاء سره الطبي في غاية الحصول على تعويض جابر لضرره رفع دعوى أمام القضاء المختص ضد المؤتمن على سره، وبذلك يتم تقدير التعويض المناسب له والحكم به، وسنعرض ما تعلق بدعوى المسؤولية المدنية (مطلب أول)، والتعويض الناتج عن إفشاء السر (مطلب ثان).

## المطلب الأول

### دعوى المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

تعتبر دعوى المسؤولية الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور من خلالها الحصول من المسؤول على تعويض الضرر الذي أصابه<sup>1</sup>، حيث أنها تتوقف على وجود أطراف الدعوى (فرع أول) ورفعها أمام الجهة القضائية المختصة (فرع ثان)، في آجالها القانونية وقبل سريان التقادم (فرع ثالث).

## الفرع الأول

### أطراف الدعوى

كأصل عام أطراف دعوى المسؤولية الطبية هم المدعي (بند أول) والمدعى عليه (بند ثان)، إلا أنه هناك حالات أين يتم إدخال المسؤول المدني في الخصام باعتباره الضامن للمدعى عليه (بند ثالث).

<sup>1</sup> ( أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص 151.

### البند الأول: المدعى

في المسؤولية الطبية، يعد مدعى كل من أصابه ضرر مباشر نتيجة خطأ طبي، وبالتالي فالمدعى في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي هو المريض أو ذويه في حالة وفاته، ولا تقبل دعوى المدعي إلا إذا توافر فيه شرطا الصفة والمصلحة مثلما أشارت إليه المادة 13 من ق.إ.م.إ.<sup>1</sup>.

إذا كان المدعي هو الشخص المتضرر أو المريض نفسه، فهذا الشكل البسيط لصفة المدعي، لكن أن يكون غير المريض هو من يباشر الدعوى، فهنا يتوقف انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير على مسألة تحديد طبيعة هذا الحق، في الواقع اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فبعضهم يرى أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو حق شخصي، ومن ثم لا يتحول إلى حق مالي إلا إذا طالب به المجني عليه، أما إذا لم يطالب به، فينقضي هذا الحق ولا ينتقل إلى ورثته، والسبب في ذلك أن هذا الحق متصل بشخص المجني عليه ولا يحق لأحد غيره أن يباشره، وإذا توفي دون أن يطالب به فذلك يشكل دليلا على أنه تنازل عليه.<sup>2</sup>

أما بعضهم الآخر فيرى أن اعتبار الحق في التعويض عن الضرر الأدبي حقا شخصيا لا يزيل عنه صفته المالية، ووجوده في ذمة المجني عليه في أثناء حياته، ومن ثم فإن هذا الحق ينتقل إلى الورثة بعد وفاة المجني عليه حتى ولو لم يطالب به في أثناء حياته، حيث أن عدم المطالبة به لا يعني النزول عنه، وذلك لأن النزول عن الحق لا يفترض افتراضا، اضم إلى ذلك أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، على غرار الحق في التعويض عن الضرر المادي، ينشأ في مثل هذه الحال من وقت وقوع الضرر،

<sup>1</sup> تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه".

<sup>2</sup> د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006، ص 290.

وبناء عليه فإن القول بأن حق التعويض عن الضرر الأدبي لا يدخل في ذمة المجني عليه إلا من تاريخ المطالبة به ينافي ما سبقت الإشارة إليه<sup>1</sup>.

ولقد اتجه القضاء الفرنسي الى هذا الرأي بدءاً من سنة 1943 حيث عدت محكمة النقض أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ينتقل إلى ورثة المجني عليه مادام أن هذا الأخير لم ينزل عنه قبل وفاته<sup>2</sup>، واجتهاد هذه المحكمة مستقر منذ ذلك الحين حول هذه المسألة<sup>3</sup>.

وفي نفس النهج، قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ 1995/10/30، " إن القول بأن الدعوى المدنية المرفوعة من ورثة المجني عليه لا تقبل هو قول القانون الروماني، تأسيساً على أنها دعوى ناشئة عن ضرر شخصي لحق بالمورث ويحتمل أن يكون قد نزل عنه قبل وفاته. أما القانون المصري فإنه لم يأخذ بذلك بل رأى أن الحق في التعويض ينتقل للورثة ما لم يكن المورث قد نزل عنه قبل وفاته أو يلحقه التقادم المسقط للحقوق قانوناً".

وعليه فإن لورثة المضرور الحق في مطالبة المسؤول بما كان لمورثهم من حق بالتعويض دخل في ذمة مورثهم المالية قبل موته، وانتقل إليهم هذا الحق بسبب الميراث، فإذا كان الضرر الذي أصاب المريض مادياً ينتقل الحق بالتعويض عنه إلى ورثته كل حسب نصيبه بالميراث. أما إذا كان الضرر الذي أصابه معنوياً فلا ينتقل للورثة، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق، أو بمقتضى حكم نهائي<sup>4</sup>.

وإفشاء السر الطبي من طرف المؤمن عليه يلحق ضرراً معنوياً بالمريض وذلك في شرفه وعواطفه وأحاسيسه، فهو ضرر يقع على الاعتبارات الشخصية، وعلى هذا الأساس يحق لورثة المضرور المطالبة بالتعويض حتى لو كان إفشاء السر بعد وفاة المريض، ومثال

<sup>1</sup> د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الألتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، 1992، ص 164.

<sup>2</sup> -Cass.civ., 21 décembre 1965, RTD.civ. 1966, N°40, P. 485, note Rodière

<sup>3</sup> د. فواز صالح، المرجع نفسه، ص 291.

<sup>4</sup> - وقد حددت المادة 222 الفقرة 1 من القانون المدني المصري هذا الانتقال في حالتين هما: "أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول بشأن التعويض. وأن يكون المضرور قد رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بهذا التعويض".

ذلك ما وقع للرئيس الفرنسي السابق "فرنسوا ميتران"، إذ بعد وفاته قام الطبيب الذي كان يشرف على علاجه بإفشاء أسرار مرضه وحياته الشخصية، حيث قامت زوجته برفع دعوى قضائية لطلب التعويض من أجل جبر الضرر الذي أصابهم نتيجة الخطأ المتمثل في الإفشاء الذي قام به طبيب مورثهم، ورغم ما بدر من احتجاج أبداه الطبيب مستند على تبرير مضمونه أن شخصية الرئيس الفرنسي هي شخصية اجتماعية ورمزية مشتركة تهم كل أفراد المجتمع وطبقاته، وعليه فإن ما تعلق بحالته الصحية لا يعد من قبيل الأسرار، بل أنه من مصلحة الجميع العلم بالأسباب الحقيقية التي أدت إلى وفاته، وأن نشر هذه الوقائع بعد وفاته لا يعطي لورثته حق الاحتجاج بالسر الطبي، إلا أن محكمة باريس اعترفت بهذا الحق للورثة بتاريخ 13 مارس 1996، حين أصدرت قراراً تضمن في صلبه: "لذوي الحقوق مصلحة شرعية في العمل على توقيف هذا الإضطراب، فلأرملة وأبناء رئيس الجمهورية المريض المتوفى، كل حسب ما يعنيه، مصلحة شرعية للعمل على توقيف هذا الإضطراب الذي تسبب فيه الفعل المحظور المتضمن عناصر متعلقة من جهة بشخصية، وبالحيات الخاصة للزوج والأب، ومن جهة أخرى بخصوصياتهم المنشورة من قبل الطبيب الخاص لرئيس الجمهورية المتوفى، هذا الأخير الذي وضع ثقته تحت حماية السر المهني الذي يذكره كل طبيب عند قراءة قسم ابقراط أثناء دخوله في المهنة، والمؤسس قانوناً"<sup>1</sup>.

إن ذوى الحقوق لرئيس الجمهورية المتوفى وتحت عنوان دعوى الميراث، لهم الحق في طلب جبر الكشوفات الغير شرعية، سواء تعلقت أم لم تتعلق بخصوصية الحياة الشخصية لوالدهم، المسؤول الأول والتي تتميز بأنها انتهاك من قبل الطبيب للواجبات التي تكفل بها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محكمة المرافعات باريس 13 مارس 1996 فهرس 1996 جزء معلومات سريعة النشر ص 102 ، نقلا عن بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 193.

<sup>2</sup> - بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 195.



### البند الثاني: المدعي عليه

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الفعل الضار، أو خلفه<sup>1</sup>، أما المدعى عليه في المسؤولية الطبية هو المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي<sup>2</sup>.

وعليه فإن المدعى عليه في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي هو المؤمن على السر الطبي إما الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة.

وإذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار فإنه حسب المشرع المدني الجزائري يكونون جميعا متضامنين في الالتزام بتعويض الضرر، في حين يستطيع المدعي رفع دعوى المسؤولية على المسؤولين جميعا، وإن شاء أن يختار من بينهم واحد ويطالبه بالتعويض كاملا، وعلى المدعى عليه منهم الرجوع على باقي المسؤولين لدفع ما حكم به من تعويض، حيث تنص المادة 126 من ق. م. ج أنه "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض."

وقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين عن الضرر يفترض وجود الشروط الآتية:

- أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ.
- أن يكون الخطأ الذي وقع من كل واحد منهم سببا في إحداث الضرر.
- أن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرون، أي أن يكون الضرر الذي وقع منهم هو ضرر واحد.

يمكن أن يكون المدعي عليه شخص طبيعى أو معنوي، فإذا كان الطبيب تابعا لمستشفى عام أو خاص، فإن كلا من الطبيب والمستشفى يكونا مسؤولين قبل المريض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية للطبيب عن خطئه الشخصي، والمستشفى باعتباره متبوعا يسأل عن أعمال تابعيه وفقا للمادة 136 من ق. م. ج.

<sup>1</sup> - أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 154.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 156.

### البند الثالث: المسؤول المدني (شركة التأمين)

ما يشمل العمل الطبي من خطورة على الجسد، فرض البحث عن ضمانات لحماية كلا من المضرور والطبيب مما تتجم عنه الأخطاء الطبية، فأعضاء الجسم في حقيقة الأمر لا تقدر بثمن، والتعويض عنها حتما سيثقل كاهل الطبيب بمصاريف تجعله يحجم عن مداواة، لذلك اتجهت التشريعات لوضع ضمانات كفيلة بحماية الصحة<sup>1</sup>، عن طريق اكتتاب تأمين يغطي مسؤولية الأطباء المتعلقة بمهنتهم<sup>2</sup>، وهو ما يسمح بتجاوز المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، إلى ترجيح الأخذ بالمسؤولية بدون خطأ، أي مسؤولية طبية قائمة على أساس التأمين<sup>3</sup>.

ولقد عرف المشرع الجزائري التأمين في المادة 619 من ق. م. ج: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال، أو إيرادا، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، و ذلك مقابل قسط، أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

تم تطبيق التأمين الإجباري عن المسؤولية في المجال الطبي، سواء تعلق الأمر بتأمين الأطباء أو المستشفيات والعيادات الخاصة عن مسؤوليتهم المدنية، جراء الأضرار التي تصيب المرضى نتيجة أخطائهم بمناسبة أو أثناء مباشرة العلاج، وذلك بغية ضمان

<sup>1</sup> - أنظر أنس عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 579.

<sup>2</sup> - التأمين على المسؤولية فرع من فروع التأمين، يهدف إلى تغطية الخسائر المادية المترتبة عن مسؤولية المؤمن له والتي لحقت الغير، ويطلق على تأمينات المسؤولية "تأمينات الدين" أو تأمينات الخصوم، لذلك تقوم على ثلاث عناصر هي المؤمن، المؤمن له المسؤول، والمتضرر، هذا الأخير لا يكون طرفا في العقد إنما يمارس حقا مباشرا على المؤمن في تعويضه عن الضرر

<sup>3</sup> - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، ص 36.

حقوق المرضى من جهة، وتحقيقا لحرية أكبر للأطباء عند مزاولتهم لنشاطهم العلاجي من جهة ثانية<sup>1</sup>.

لذلك نجد أن التشريعات المقارنة اتجهت إلى فرض الزامية التأمين على المهن الطبية فالمشرع الفرنسي وينص المادة 2-1142 L من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002، أشار إلى أن جميع الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، ملزمون بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية و الإدارية، حيث تنص الفقرة 4 منها : على أن " تأمين المؤسسات و المصالح و الهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي أجراءها العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب"<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري، فطبقا للمادة 167 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات<sup>3</sup>: "وجب على المؤسسات الصحية والمدنية وكل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني و الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميننا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير."، وعملا بأحكام هذه المادة ، يستوجب على كل طبيب يعمل لحسابه الخاص وكل مستشفى خاص، الالتزام بالدفع لصالح شركة التأمين أقساط التأمين، والتي بموجبها تتكفل الشركة بضمان تقديم التعويض للمرضى في حالة إصابتهم بأذى من جراء المعالجة لدى الممارسين الخواص.

مما ألزم على المتضرر من العمل الطبي عند رفع الدعوى القضائية، إدخال شركة التأمين باعتبارها ضامنة التعويض عن ما أحدثه المهني من ضرر.

<sup>1</sup> - محمد زيدان، محمد يعقوبي، "الصناعة التأمينية الواقع العملي وأفاق التطور- تجارب الدول"-، الملتقى الدولي السابع، يومي 03 و 04 ديسمبر 2012، كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة حسبية بن بوعلي، شلف، الجزائر، ص06

<sup>2</sup> - l'article L. 1142-2 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements (...) couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

<sup>3</sup> - الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج، ر عدد 13 مؤرخة في 08 مارس 1995، وقد عدل وتم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر عدد 15 مؤرخة في 12/03/2006.

### الفرع الثاني

#### الاختصاص بالنظر في الدعوى

من شروط قبول الدعوى أن ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها، ويشمل الاختصاص كل من الاختصاص النوعي (بند أول) والاختصاص الإقليمي (بند ثان).

#### البند الأول: الاختصاص النوعي

إن الاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى<sup>1</sup>، إذ يعود النظر في موضوع دعوى إفشاء السر إلى كل من المحكمة والمجلس القضائي، وكذا المحكمة الإدارية.

#### أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم (الدعوى المدنية)

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الاختصاص القضائي، في الباب الثاني من الكتاب الأول، فورد في الفصل الأول منه تحت عنوان الاختصاص النوعي للمحاكم، ما نصت عليه المادة 32 الفقرة 1 و 2 و 3 : " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

يمكن أيضاً أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليمياً "

ومنح الاختصاص لهذه المحاكم بالفصل بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوي التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار، وتفصل في جميع الدعاوي الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - د محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 129.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 33 من ق.إ.م.ج.

إن الأصل في القانون المدني هو أن تنظر الدعوى أمام القاضي المدني وليس الجزائي. باعتباره القاضي الطبيعي للقضايا المدنية، وعلى اعتبار أن القاضي الجزائي هو القاضي الطبيعي لقضايا الجرائم. وفي هذا الإطار اختلفت التشريعات العالمية في مسألة السماح من عدمه لطلب التعويض أمام القاضي الجنائي، إذ ذهبت التشريعات الانجلوسكسونية إلى الفصل التام بين الدعوى المدنية والعمومية، ولا ترخص للشخص في إقامة الدعوى المدنية التابعة، لما في ذلك من إقبال كاهل القضاء الجنائي بجانب معقد من المسائل المدنية الخارجة أصلا عن اختصاصه<sup>1</sup>.

غير أن المشرع الجزائري لم يكن ليأخذ بهذا النهج، إذ نجد أن إفشاء السر باعتباره فعلا مجرما، يمكن فيه متابعة الدعوى على مستوى قسم الجرح أو المخالفات بالمحكمة<sup>2</sup>، لكن إذا ثبت أن الإفشاء لم يكن نتيجة لقيام جريمة، فيمكن للمضروب رفع دعوى التعويض أمام القسم المدني.

ففي الفرض الأول، تنص المادة 03 من ق. إ. م. إ. ج: " يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها، وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر"، وتكون في هذه الحالة الدعوى المدنية دعوى بالتبعية.

أما في الفرض الثاني، فتأسيسا على نص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترفع الدعوى المدنية أمام القسم المختص وهو القسم المدني سواء كانت الدعوى مدنية بحتة أو كانت مدنية تبعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. بومدين محمد، المسؤولية عن تعويض أضرار حوادث المرور بين القانون المدني و قانون إلزامية التأمين على حوادث السيارات، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013، ص36.

<sup>2</sup> - يقتصر ذلك فقط على الدعاوى المرفوعة ضد طبيب خاص، أو عيادة خاصة، أو أي جهة لا تحمل وصف المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، أنظر المادة 800 من ق. إ. م. إ. ج.

<sup>3</sup> - كمال فريحة، المرجع السابق، ص 311.

في الدعوى المدنية بالتبعية، تحرك الدعوى العمومية، في الوقت الذي ترفع فيه دعوى مدنية أمام القاضي المدني، فيكون هذا الأخير ملزم بوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية طبقا لقاعدة "الجزائي يوقف المدني"<sup>1</sup>، ويكون القاضي المدني ملزم بحجية الحكم الجزائي على المدني، وهذا ما أكدته المادة 04 من ق.إ.ج<sup>2</sup>، لتفادي التناقض بين الحكمين، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة بل يرد عليها قيدين:

- من ناحية التقيد بالتكييف: لا يتقيد القاضي المدني بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي للوقائع، فمثلا إذا صدر الحكم الجزائي بالبراءة لصالح الطبيب عن إفشاء السر، لأن الوقائع التي ثبتت فيها لا تشكل من الناحية الجزائية جريمة، كإعدام القصد الجنائي، فلا يتقيد القاضي الجنائي بهذا التكييف الجزائي، بل عليه الأخذ بالتكييف القانوني الذي يفترض التقصير في جانب الطبيب.

- من ناحية التقيد بالوقائع: لا يتقيد إلا بالوقائع الضرورية لصدور الحكم، ويستبعد الوقائع الغير ضرورية.

وبالتالي إذا كان يمكن للقاضي المدني أن يحكم بالتعويض في وجود حكم ببراءة الطبيب من قبل القاضي الجنائي، إلا أنه مقيد بما أثبتته الحكم الجنائي، لأن هذا الأخير يكون قد تعرض حتما للخطأ وأثبت وجوده، ذلك لأن الخطأ الجنائي يعتبر خطأ مدني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - يختلف وصف الإيقاف عن السقوط، حيث قضت المحكمة العليا أنه "لا سقوط للدعوى المدنية، في حالة اختيار الضحية القضاء الجزائي للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة"، أنظر قرار رقم 420921 بتاريخ 2006/07/26، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 369.

<sup>2</sup> - تنص المادة 4 من ق.إ.ج عما يلي: "يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية. غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للألتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 249.

### ثانيا: الاختصاص النوعي للمجالس

من خلال المادة 34 من ق. إ. م، كرس المشرع الجزائري الاختصاص النوعي للمجالس القضائية التي أكدت مبدأ التقاضي على درجتين، إذ يجوز الإستئناف في جميع الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئا<sup>1</sup>، ويقصد بتمكين المجلس من الطعن ليشمل الأحكام التي كان وصفها خاطئا، **تمكين** المجلس من بسط ولايته على الأحكام الصادرة عن أول درجة لمنع التعسف ومراقبة التكيف القانوني، فقد تصدر المحكمة حكم وتقضي بأنه نهائي بينما هو ابتدائي، فيجوز للمجلس في مثل هذه الحالة النظر في الإستئناف ولا يتوقف عند الوصف الخاطيء للحكم، إذ أن الوصف القانوني هو الذي يحدد طرق الطعن وليس الوصف القضائي<sup>2</sup>.

لذلك فالمضروور من إفشاء السر، له أن يطعن في الحكم الابتدائي الذي لم يصدر لصالحه أمام المجلس القضائي الواقع في دائرة إختصاصه المحكمة.

### ثالثا: الاختصاص النوعي للقضاء الإداري.

لقد أثار النزاع في البداية بفرنسا حول الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية، عن الأخطاء الطبية والعلاجية التي يرتكبها الأطباء الذين يعملون في المستشفى العام، أو الأخطاء التي يرتكبها هذا الأخير، ولقد حسمت محكمة التنازع هذا الخلاف من خلال قرارات مبدئية، فحددت الاختصاص للجهات القضائية الإدارية، على أساس أن الأخطاء عند ثبوتها تتصل بتنفيذ مهام المرفق العام، وبالتالي يختص القضاء الإداري وحده بدعاوى المسؤولية المرفوعة ضد الأطباء والمساعدين في المستشفيات، بسبب أخطائهم التي

<sup>1</sup> - يختص المجلس القضائي كذلك بالفصل في الطلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة إذا كان النزاع متعلقا بجهتين قضائيتين واقعتين في نفس دائرة إختصاص المجلس القضائي وكذلك بطلبات الرد المرفوعة ضد قضاة المحاكم التابعة لدائرة إختصاصه، وهذا ما أكدته المادة 35 من ق.إ.م.إ، وتخضع الإجراءات المتعلقة بتنازع الاختصاص طبقا لما هو مقرر في المادة 399 والمادة 241 وما يليها من ق.إ.م.إ بالنسبة للرد.

<sup>2</sup> - د. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 81.

يرتكبونها أثناء قيامهم بعملهم، لكن بشرط أن لا ينفصل ذلك الخطأ عن الخدمة الصحية المطلوب أدائها<sup>1</sup>.

و نجد أن المادة 280<sup>2</sup> من ق. إ. م. ج قد أسندت الاختصاص النوعي للقضاء الإداري كلما كان أحد أطراف الدعوى طرف إداري، وحيث أن المستشفى طبقا للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 97-466<sup>3</sup> مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فإن المضرور من إفتشاء السر من طرف طبيب عمومي أو مستشفى يرفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية.

وقد استقر القضاء في الجزائر على إخضاع العلاقة بين المريض والمستشفى العام وما ينتج عنها من منازعات لأحكام القانون الإداري<sup>4</sup>، باعتبار أن المستشفى يمثل مرفقا عموميا مشمولاً بأحكام نص المادة 800 من ق. إ. م. ج، وفي قرار حديث للمحكمة العليا أنه حتى بالنسبة إلى الدعوى المدنية التبعية المرتبطة بالدعوى العمومية والمنظورة أمام القسم الجزائي للمحاكم، والمتابع فيها طبيب تابع لمستشفى عام عن خطأ متعلق بجنة أثناء مباشرته العلاج الجراحي، أن الاختصاص فيها يؤول وجوبا إلى القضاء الإداري باعتبارها دعوى إدارية ترفع ضد إدارة القطاع الصحي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- د. حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 75.

<sup>2</sup>- تنص المادة 800 من ق. إ. م. ج: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها. "

<sup>3</sup>- إذ تنص المادة 02 منه على: "القطاع الصحي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، ويوضع تحت وصاية الوالي..."، مرسوم تنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 2 شعبان عام 1418 الموافق ل 2 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج، ر العدد 81 المؤرخة في 10 ديسمبر 1997.

<sup>4</sup>- عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص 92.

<sup>5</sup>- جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1993/07/11: " أنه بمقتضى أحكام المادتين 07 و 169 مكرر من ق. إ. م. ج، فإن مستشفى النذير محمد ببتيزي وزو باعتباره مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، كان يجب على الطاعنة تقديم شكواها إلى مدير هذه المؤسسة"، نقلا عن نفس المرجع، ص 92.



### البند الثاني: الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي الاختصاص المحلي أي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه والذي يتم تحديده عن طريق التنظيم<sup>1</sup>.

حدد المشرع الجزائري الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية بموجب المواد من 37 إلى 40 من ق.إ.م.إ.ج

فطبقا للمادة 37 السالفة الذكر، الجهة القضائية التي يقع فيها موطن المدعي عليه هي من تختص بالنظر في الدعوى، وفي حالة تعدد المدعى عليهم فيمكن للمضروور رفع الدعوى إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم وفقا لنص المادة 38 من نفس القانون.

وبالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة 05 من نفس القانون التي ورد فيها: "وفي المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تقديم العلاج"، فإن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج هو المختص بالمواد المتعلقة بالخدمات الطبية.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات، وهذا ما أكدته الفقرة الخامسة من المادة 804 من (ق.إ.م.إ.) بنصها عما يلي: "...في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات". أما في حالة تعدد المدعى عليهم، فيؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، وللمدعي الخيرة بين هذه المحاكم، وفقا لنص المادة 38 من ق.إ.م.إ.ج.

<sup>1</sup> - بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار كليك للنشر، الجزائر 2011، ص 79.

### الفرع الثالث

#### التقادم

إذا تخلى الدائن عن مباشرة حقه لمدة طويلة سينقضي الإلتزام بالتقادم، والذي سنعرض تعريفه (بند أول)، والاعتبارات التي يقوم عليها (بند ثان)، ومدته (بند ثالث).

#### البند الأول تعريف التقادم

التقادم هو سبب من الأسباب التي ينقضي بها الإلتزام، و بشكل عام هو انقضاء الحق إذا مضت عليه مدة معينة دون أن يطالب به الدائن أو دون أن يستعمله صاحبه<sup>1</sup>. وهو في القانون الوضعي على نوعين: مسقط ومكسب، فالأول يؤدي إلى سقوط الحق، والثاني سبب لكسبه.

وإذا كانت الحقوق الشخصية (الالتزامات) لا يمكن أن تكون إلا محلاً للتقادم المسقط، فإن الحقوق العينية مثلما يجوز سقوطها عن طريق التقادم (إلا حق الملكية) ، فإنه يجوز اكتسابها بالتقادم المكسب، ولما كان التقادم المسقط يفترض وضعاً سلبياً هو عدم مطالبة الدائن بحقه أو عدم استعمال الحق، فإن التقادم المكسب يستلزم وضعاً إيجابياً هو الحيازة. وإنما يشترك النظامان في عنصر مضي الزمن<sup>2</sup>.

#### البند الثاني: الإعتبارات التي يقوم عليها التقادم

يقوم التقادم خاصة، على أساس دعم استقرار التعامل إذ لا يعقل أن يظل الناس يطالب بعضهم بعضاً إلى ما لا نهاية، كما يؤسس التقادم أيضاً على قرينة الوفاء ، أي أن مرور فترة التقادم على ديون معينة يفيد أن أصحابها استوفوها وقد يقوم التقادم أحيانا على اعتبار آخر هو أن المدين يدفع دينه من ريعه لا من رأسماله ، خاصة في الديون الدورية المتجددة، وتراكم مبالغ الديون على المدين مما يرهقه بحيث يضطره إلى دفع المستحقات من رأسماله لا من ريعه.

1 - د مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 216.

2 - نفس المرجع، ص 221.

من أغراض التقادم أيضاً، أن يكون قرينة على الوفاء، فالدين الذي مضت عليه فترة طويلة أو مدة التقادم يغلب في الواقع أن يكون قد وفي، والمشرع يجعل هذا الغالب الواقعي حقيقة قانونية فالتقادم طريقة للإثبات أو بالأحرى إعفاء من الإثبات أكثر منه سبباً لانقضاء أو التزام<sup>1</sup>.

### البند الثالث: مدة التقادم في دعوى التعويض

نص المشرع الجزائري على مدة التقادم في المادتين 133 و 308 من ق. إ. م. إ. ج وحددها بمدة خمسة عشر سنة.

فالمادة 133 تنص على: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار". وتنص المادة 308 على أنه: "يتقادم الإلتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة فيما عدى الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الإستثناءات الآتية...".

تحتسب مدة التقادم من يوم وقوع الفعل الضار، وحتى يتسنى للمضرور الحصول على التعويض، اعتمد مجلس الدولة حساب التقادم من تاريخ العلم بوقوع الفعل الضار<sup>2</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد جعل مدة التقادم ثلاثون (30) سنة بالنسبة للمسؤولية العقدية، وهذا طبقاً للمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي، أما المسؤولية المدنية اللاعقدية، فقد حددها بمضي (10) سنوات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثالث، ص 1001.

<sup>2</sup> د محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 132.

<sup>3</sup> أنظر المادة 1-2270 من ق. م. ف.

### المطلب الثاني

#### التعويض في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

غاية المضرور من رفع دعوى المسؤولية تكمن في الحصول على تعويض جابر للضرر الذي مسه يدفعه المسؤول عن الضرر، وإن كان يعود للقاضي سلطة تقديره غير أنه يخضع لضوابط ومعايير في تقديره، وحتى لا يصير مرهقا لأصحاب المهن، فقد يتولى التعويض شركة التأمين، لذلك سنعرض مفهوم التعويض (فرع أول)، وقواعد تقديره وتوزيعه (فرع ثان)، ثم دور المؤمن في التعويض (فرع ثالث)

#### الفرع الأول

##### مفهوم التعويض وطرقه

إن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الحاصل للمضرور، وبالتالي تجسيد العدالة عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه، غير أن طبيعة الضرر تجعل من طرق الحصول عليه تختلف، لذلك سنتعرض لتعريف التعويض (بند الأول)، وطرقه (بند ثان).

##### البند الأول : تعريف التعويض

عرفه جانب من الفقه على أنه: " جزاء المسؤولية المدنية ووسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته وهو بهذا يختلف عن العقوبة اختلافاً واضحاً فالغاية من العقوبة زجر المخطئ وتأديبه والغاية من التعويض جبر الضرر وإصلاحه"<sup>1</sup>، أو أنه: " وسيلة القضاء الى ازالة الضرر أو التخفيف منه وهو الجزاء العام عن قيام المسؤولية المدنية وهو ليس عقاباً على المسؤولية عن الفعل الضار"<sup>2</sup>، وإن ارتكز هذا التعريف على النظر

<sup>1</sup> - رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، عدد08، جامعة الكوفة، 2010، ص 84، وورد في التعريف التعويض لغة : أصل العوض البذل ، يقال : عاضه وعأوضه ، والاسم معاوضة ، وعوضته : أعطيته بدل ما ذهب منه ، واعتاض : أخذ العوض ، واستعاضه وتعوضه : سأله العوض، أنظر المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، مصر، 1961، ص 643.

<sup>2</sup> - د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص 372.

إلى التعويض من جانب قضائي باعتباره وسيلة قضائية، فقد عرفه بعض الفقه على أساس القيمة، فقالوا أنه " مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار"<sup>1</sup>، وهذا التعريف يتناسب مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز العراقية لما قضت أن: " التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقابا على الخصم الآخر أو مصدر ربح للمتضرر، وإنما هو لجب الضرر"<sup>2</sup>.

أما تعريف التعويض شرعاً فعلى حدّ تتبعنا لأغلب مراجع الفقه الاسلامي لم نعثر على سوى على مصطلح الضمان او التضمن، وهو ضمان الإلتلاف أو بعبارة أعم ضمان الفعل، أي أن يأتي شخص فعلا يلحق الضرر بآخر، وقد تقرر بموجب القواعد الشرعية في الشريعة الإسلامية أن " لا ضرر ولا ضرار" و " الضرر يزال"<sup>3</sup>.

كما أن التشريع لم يتطرق إلى تعريفه، غير أن أساسه القانوني يرتكز على نص المادة 124 والمادة 182 من ق. م. ج التي أشارت إلى مكوناته: " يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"

في رأينا أن وظيفة التعويض هي نفسها وظيفة المسؤولية المدنية، فالتعويض ينهض بوظائف تهذيبية تتمثل في ردع السلوكات غير الاجتماعية وتهدة المضرور وإشباع الشعور بالعدالة كما ينهض بوظائف إصلاحية متى تخلف الخطأ المتميز في جسامته، ويقوم بوظيفة الردع عندما يتوفر مثل هذا الخطأ، إذن فالتعويض الإصلاحي يؤدي وظيفة جبر الضرر وحدها أما التعويض الرادع فانه يقوم بوظيفة الردع إلى جانب وظيفة جبر الضرر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، القاهرة، 1982، ص 32.

<sup>2</sup> - قرار محكمة التمييز العراقية رقم 2086، لسنة 1951، نقلا عن رائد كاظم محمد الحداد، مرجع سابق، ص 85.

<sup>3</sup> - محمود الشرييني، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، مجلة العدالة، العدد 19 / سنة 6، أبو ظبي، ص 29.

<sup>4</sup> - رائد كاظم محمد الحداد، نفس المرجع، ص 98.

### البند الثاني : طرق التعويض

حدد المشرع الجزائري طريقة التعويض بنص المادة 132 ق. م. ج على: " يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

يتضح من هذه المادة أن المشرع خول للقاضي سلطة تعيين طريقة التعويض المناسبة قصد جبر الضرر حسب الظروف، ونظرا لورود كلمة التعويض في هذه المادة بصفة العمومية أي بمفهوم واسع، فإنه يمكن أن يرد على شكل تعويض عيني أو على شكل تعويض بمقابل.

### أولا- التعويض العيني

يقصد بالتعويض العيني الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل ارتكاب المسؤول الفعل الضار الذي نتج عنه الضرر<sup>1</sup>، فالمبدأ الذي يقوم عليه التعويض العيني هو إزالة الضرر بالإرجاع أي إعادة الحال إلى ما كان عليه، حيث يعتبر هذا النوع من التعويض الطريقة الأفضل للمضرور لكونه يهدف إلى محو الضرر الذي لحق به<sup>2</sup>، وكما يمكن أن يحقق له ترضية هي في الأصل من جنس الضرر الواقع عليه، وذلك بطريقة مباشرة لا يدخل فيها النقد لأن الوفاء هنا يكون عيني، وهو الأصل في التنفيذ<sup>3</sup>، فمن يقع له ضرر على سيارته مثلا، يكون التعويض العيني هو إصلاح ذلك الجزء المتضرر منها، ومن تضرر بفقدان محفظة يعوض بمثلها، لذلك فالتعويض العيني يكون شائعا في الأشياء المثلية.

<sup>1</sup> - سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 221.

<sup>2</sup> - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Droit civil des obligations, le fait juridique, 7ème édition, Armand Colin, Paris, 1997. P 347.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 205.

يعد كذلك التعويض العيني شائعا في مجال المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فلا يكون له إلا منزلة الاستثناء لأن في هذه الأخيرة الالتزام بمقابل هو الأصل<sup>1</sup>، والجدير بالذكر أن هناك من الفقه من يرفضون التجزئة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، فالتنفيذ العيني مرحلة تسبق المسؤولية، فإذا استحال التنفيذ العيني أو امتنع المدين عن ذلك قامت مسؤوليته المتمثلة في التعويض<sup>2</sup>، لذلك ميز الفقه بين التنفيذ العيني الطوعي أو الإختياري، والتنفيذ العيني الجبري أو القهري<sup>3</sup>.

والحقيقة أن التنفيذ العيني يلتقي بالتعويض العيني في صورة واحدة إذا كان محل الإلتزام هو دفع مبلغ من النقود، فالتنفيذ العيني فيه والتعويض العيني يستويان، وكلاهما شيء واحد باعتبار أن النقود لا تتعين بالتعيين<sup>4</sup>.

يرفع التنفيذ العيني الضرر الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام ويؤدي إلى إعادة الدائن للوضع الذي كان فيه لولا الإخلال به، في حين التعويض العيني لا يرفع ذلك الضرر فيبقى الإخلال بالالتزام قائما وما على الدائن إلا تقديم البديل عنه، وهذا النوع من التعويض كما سلف ذكره نادر الوقوع في المسؤولية التقصيرية فمجاله المسؤولية العقدية<sup>5</sup>.

يعود إذن السبب في الخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المضرور في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالالتزام أو عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل، لكونه يتمحور حول إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، فيثور التساؤل حول مدى امكانية تطبيق التعويض العيني في مجال المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي؟

<sup>1</sup> - سعيد مقدم، نفس المرجع، ص 178.

<sup>2</sup> - عيساوي زهية، مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> - أنظر د. فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 العدد 02، 2012، ص 11.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 02، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الإلتزام، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، د ب ن، د س ن، ص 824.

<sup>5</sup> - أنظر سي يوسف كجار زهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 295.

بصفة عامة إن أغلب مواضيع المسؤولية المدنية الطبية تدور حول صعوبة التعويض العيني بالنظر إلى الخصوصية التي يتميز بها جسم الإنسان، فإذا عرفنا أن كتمان السر الطبي يندرج في الاختلال بالتزام المتمثل في امتناع عن عمل هو فعل الإفشاء، ومادام المدين ممتعا عن العمل الذي التزم بالإمتناع عنه، فهو قائم بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، ويتغير الموقف إذا أخل بهذا الإلتزام، وأتى العمل الممنوع، عند ذلك لا يكون هناك مجال إلا للتعويض، أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلاً بمجرد الإخلال بالإلتزام<sup>1</sup>، وفي ذلك ترى الفرنسية لوسيان ريبير (Lucienne Ripert) بأن النظر بدقة في تعريف التعويض العيني يفيد أن محوره التعويض، وكل ما يمكن الحكم به فضلاً عن التعويض النقدي هي الحيلولة من دون وقوع الضرر وليس محوه<sup>2</sup>.

لكن لا يصح أن يعوق هذا التذرع بتعذر تقدير التعويض المعنوي، مهما استعصى على القاضي تقديره<sup>3</sup>، وهو الذي يملك سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض، فله أن يحكم بالتعويض العيني عن الضرر المادي كالإصلاح أو إزالة الضرر، ويستبعده إذا كان المتضرر قد أصيب بأضرار جسيمة أو كانت الأضرار معنوية<sup>4</sup>، فالتعويض العيني في الإخلال بالإلتزام المتمثل في الكتمان، باعتباره ضرر معنوي لا يمكن فيه سوى التعويض النقدي، فإذا أفشى المحامي أو الطبيب سر المهنة، ففي مثل هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إلا أن يطالب بتعويض نقدي<sup>5</sup>، لأنه لا يمكن بأي حال، إعادة الحال إلى ما كان عليه، ولا ولا يبقى للدائن خيار سوى المطالبة بتعويض مقابل.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 02، المرجع السابق، ص 797.

<sup>2</sup> - نقلاً عن نصير صبار لفته، التعويض العيني (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة النهريين، العراق، 2001، ص 24.

<sup>3</sup> - بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 121.

<sup>4</sup> - نقلاً عن نصير صبار لفته، نفس المرجع، ص 34.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 797.



### ثانيا: التعويض بمقابل

يلجأ القاضي إلى التعويض بمقابل قصد تغطية الضرر الذي أصاب المريض، كلما تعذر الحكم بالتعويض العيني أو كان تنفيذه مرهقا للمدين وعدم تنفيذه لا يعود بضرر جسيم على الدائن، فيكون التعويض بمقابل في غالب الأحيان تعويضا نقديا ولكنه قد يكون في بعض الأحيان تعويضا غير نقدي.

**1- التعويض النقدي :** يعتبر الصورة الغالبة في التعويض عن المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمضروب سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، ويدفع التعويض النقدي دفعة واحدة، إلا أنه يجوز أن يدفع على أشكال أقساط، أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة<sup>(1)</sup>، ويجوز للقاضي أن يلزم المدين بتقديم تأمين أو يأمر بأن يودع مبلغا كافيا لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 132 من ق.م.ج بنصها عما يلي:

"... كما يصح أن يكون إيراد مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً."

**أ. التعويض بدفعة واحدة:** وهذه الطريقة إن كانت تمنح للمضروب حرية التصرف بالمبلغ المتحصل عليه، إلا أن المدين هو مرتكب الفعل الضار يفضل أن يكون المبلغ الذي سيدفعه للمضروب على شكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل له الدفع أو ربح المدة المتبقية إذا ما توفي المريض، وقد ثار خلاف حول إمكانية خصم جزء من المبلغ الإجمالي لمصلحة المدين، وفي هذا الصدد قال الفقيه "جان بدور" أن: "هناك أحكام قضائية مستقرة تجيز مثل هذا الإقتطاع، فضلا عن أن قواعد القانون والعدالة تقتضيه وتبرره، ذلك أنه إذا حصل المضروب على مبلغ التعويض دفعة واحدة، ومات بعد مدة قصيرة من حادث جديد، فإن المسؤول يتعرض إلى خسارة كبيرة، وذلك بخلاف ما إذا كان التعويض يدفع على شكل إيراد مرتب، إذ يتوقف هذا الإيراد بمجرد موت المضروب، ولذلك

<sup>(1)</sup> د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص 354.

فمن العدالة أخذ هذا الإحتمال بعين الإعتبار، وتعويض المسؤول عن مثل هذا الخطر بإعطائه الحق في إستقطاع جزء من مبلغ التعويض"<sup>1</sup>.

لكن الفقيه" دريه " انتقد هذه الحجة لعدم قطعيتها، فالخطر قائم بالنسبة للمضرور، كما أنه من المحتمل أن يبقى المضرور على قيد الحياة أكثر مما قدر له بحسب جداول الوفيات، فيكون بذلك المضرور الذي حصل على مبلغ التعويض دفعة واحدة قد حصل على مبلغ أقل من مجموع الإيراد الذي كان سيحصل عليه خلال مدة حياته"<sup>2</sup>.

**ب- التعويض المقسط:** فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 132 السالفة الذكر أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقدير طريقة التعويض دون أن يتوقف على طلب المضرور، فالتعويض المقسط هو صورة من صور التعويض النقدي، يدفع على شكل أقساط تحدد مددها، و يعين عددها، كأن تدفع أسبوعيا، أو شهريا، وأن تكون عدد الدفعات عشرة أو خمسة عشرة دفعة، وتمثل مجموع هذه الدفعات التعويض المحكوم به على المسؤول، ويلتزم هذا الأخير بدفع تلك الأقساط في أوقاتها، ويتم إستيفاء التعويض بدفع قسط آخر منها"<sup>3</sup>.

يجوز للقاضي أن يطلب من المدعى عليه أن يقدم تأميناً<sup>4</sup>، وذلك في حالتي التعويض المقسط والإيراد المرتب، وطلب القاضي من المدعى عليه تقديم تأمين في حالة التعويض المقسط أو الإيراد المرتب يجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية العقدية، وهذا ما يتضح لنا من خلال المادة 132 السالفة الذكر.

**ج. التعويض في صورة إيراد مرتب:** يحكم القاضي على المسؤول بدفع تعويض للمضرور على شكل إيراد مرتب لمدى الحياة في حالة إصابته بعجز دائم سواء كان كلياً أو جزئياً، ولما كان الدين المترتب في ذمة المسؤول عن الضرر قد يبقى لمدة طويلة، أي طوال حياة

<sup>1</sup> ( نقلا عن عباش كريمة، مرجع سابق، ص 138.

<sup>2</sup> ( د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص 194.

<sup>3</sup> ( عباش كريمة، نفس المرجع، ص 139.

<sup>4</sup> ( يمكن للتأمين أن يأخذ صورة كفالة مثلما أكدته المادة 646 من ق . م . ج "إذا إلتزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا

ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوض الكفيل، تأمينيا عينيا كافيا".

المضرور، فقد خول المشرع الجزائري للقاضي أن يطلب من المدعى عليه أن يقدم تأميناً، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 132 السالفة الذكر. يتمثل هذا التأمين في مبلغ نقدي، ويدفع إلى شركة التأمين من قبل المسؤول، لتقوم بدورها بتحويله إلى المضرور في صورة دفعات مقسطة في حالة التعويض المقسط، أو الإيراد المرتب لمدى الحياة، ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن<sup>1</sup>.

### 2 - التعويض غير النقدي

يتمثل التعويض غير النقدي، فيما تقضي به المحاكم في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الذي قضى بإدانة المدعى عليه في الصحف، وهذا النشر يكون تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 132 السالفة الذكر بنصها: "... أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

وهذا النوع من التعويض لا هو تعويض عيني ولا هو تعويض نقدي، بل من شأنه أن يعيد للمضرور احترامه أو كرامته وسمعته<sup>2</sup>، فيكون مثلاً النشر في الصحف لحكم قضائي، من باب رد الاعتبار للمضرور، كحالة الذي يخطئ الطبيب علاج علة فيتوهم العامة أنه مصاب بتلك العلة، وباللجوء إلى القضاء يصدر حكم بإدانة الطبيب عن الخطأ ويقضي بنشره في الصحف، فيعتبر هذا النشر الواقع على عاتق الطبيب بمثابة تعويض غير نقدي عن الضرر المعنوي اللاحق بالمريض.

<sup>1</sup> ( أنظر د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 354.

<sup>2</sup> - د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص 191.

### الفرع الثاني

#### قواعد تقدير وتوزيع التعويض

إذا كان التعويض يرتبط بوجود ضرر أصاب المضرور، فإن منحه يقتضي تقديره وفقا للمصادر التي أوجبهته (بند أول)، مع الأخذ بعين الإعتبار المعايير التي تحدد مدى حجم الضرر (بند ثان)، وتوزيعه وفق المساهمة في الخطأ (بند ثالث).

#### البند الأول - مصادر تقدير التعويض

قيمة التعويض تجد أساسها إما في الاتفاق السابق بين الأطراف، أو يحددها نص قانوني، فإن لم تكن كذلك يستوجب التدخل من طرف القضاء لتحديدها.

#### أولاً: التقدير الإتفاقي

يكون التعويض الإتفاقي في حالة ما إذا اتفق الطرفين على تحديد قيمة التعويض التي ينالها المضرور في حالة إصابته بضرر، وهذا ما نصت عليه المادة 183 ت.م.ج على أن " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 " .

باعتبار أن المسؤولية عن إفشاء السر الطبي هي مسؤولية عقدية فإنه يجوز لصاحب السر والمؤمن عليه أن يحددا بموجب الاتفاق ما يجب أدائه من تعويض في حالة الإخلال بالالتزام وهو إفشاء السر الطبي من طرف المؤمن عليه.

لكن إذا كان ضرر فقدان وظيفة عضو من الجسم يكاد يكون متجانس بين الناس، حيث لا يمكن أن تكون سلامة الإنسان في جسمه محل إتفاق مالي<sup>1</sup>، فبالنسبة للسر الطبي، درجة الضرر تختلف حسب شخصية المريض، فالواقعة قد ينظر إليها مريض بأنها سر لا يمكن في جميع الأحوال إفشائه، وبالنسبة لمريض آخر لا يورقه تداولها بين الناس، بل تجده هو من يرددها بينهم، لذلك فالإتفاق حول إفشاء السر لا يشكل نفس الحرج الواقع في الإتفاق حول سلامة الجسد، حتى أن رضی صاحب السر يعد سببا من أسباب إباحة فعل الإفشاء.

<sup>1</sup> - أحمد عباس حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 177.

غير أنه إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه بين الطبيب والمريض، فطبقاً للقواعد العامة لا يمكن للمضروب المطالبة بتعويض أكثر من المتفق عليه، إذ تنص المادة 183 من ق. م. ج: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً ولا يمكن في هذه الحالة التمسك بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها المادة 106 من القانون المدني الجزائري".

فإذا كان إفشاء السر هو خطأ جسيماً، فما يثير التساؤل هو كيف يمكن للمضروب من إفشاء السر بعد الاتفاق على إفشائه، إثبات أن الإفشاء وقع نتيجة غش أو خطأ جسيماً؟. نعتقد أن تطبيق هذا النص لا يسري على المريض الذي يقبل بإفشاء سره دون استثناء أو قيد، فقد حلل الطبيب من التزامه بالكتمان، لذلك يفترض أن هذا المريض مسؤول عن ما قد يصيبه من ضرر، فهذا يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إنما سرعان هذا النص يكون في حالة المريض الذي يقبل بإفشاء سره كاستثناء عن الأصل الذي ينشده وهو الإلتزام بالكتمان، فهو لم يحلل الطبيب من التزامه بالكتمان إلا في وجود حدث عارض يحتمل تحققه أو العكس، فيكون الغش أو الخطأ الجسيم سبباً في تحقق الشرط المفضي إلى الإفشاء. ومثال ذلك المريض الذي لا يقبل بإفشاء سره إلا في حالة ما كان سبب الإفشاء يعود إلى خطأ في التنسيق بين الفريق الطبي الذي يشرف عليه الطبيب، فقبوله لإفشاء السر إستثناءً مرتبطاً بخلل في التنسيق بين الفريق، فإن أفشي سره بسبب ذلك دون قصد، فلا يجوز له أن يطالب بأكثر من القيمة المتفق عليها في العقد، إلا إذا أثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانب الطبيب حيال الإشراف على الفريق باعتبار أن الإفشاء لم يكن ليحدث في سياق الأمور العادية.

من خلال هذه الصورة التي لا يكون فيها المريض راغب في إفشاء سره من قبل الطبيب، يصبح التعويض عن إفشاء السر الطبي تعويضاً عن الشرط الجزائي، و قد أجاز المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي وكذلك المصري لطرفي العقد الإتفاق مسبقاً على تحديد مبلغ التعويض بالإرادة الحرة، فيما يعرف " بالشرط الجزائي"، والذي يجد مجاله في المسؤولية العقدية.

يقصد بالشرط الجزائي ذلك الإتفاق الموجود بين المتعاقدين مسبقا حول مقدار التعويض الواجب أدائه<sup>1</sup>، إذا أخل المدين مستقبلا بالتزامه، سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخير في ذلك، ويشترط لإعتبار هذا الإتفاق شرطا جزائيا أن يتم قبل الإخلال بالإلتزام، أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر إتفاقا على تعويض مستحق بالفعل<sup>2</sup>، وفي كل الأحوال هو ليس مصدرا للإلزام المدين بالتعويض، فهو لا يغدو أن يكون مجرد تقدير للتعويض الواجب أدائه في حالة إخلال المدين بالتزامه الأصلي<sup>3</sup>، ويطبق الشرط الجزائي بالخصوص على المسائل الإقتصادية، ويبقى عديم الأثر بالنسبة للأضرار الجسدية، إذ لا يمكن أن تكون سلامة الإنسان في جسمه محل إتفاق مالي<sup>4</sup>، لأنه مهما كان مبلغ التعويض لن يعيد للمضروب حالته الصحية الأصلية، ولا البهجة والطمأنينة.

### ثانيا: التقدير القانوني

قد يكون مصدر تقدير التعويض النص القانوني، فتكون قيمة التقدير محددة مسبقا بنص من نصوصه التي يذكر فيها مجموع قيمة التعويض كقيمة ثابتة مباشرة أو طريقة حساب التعويض كما في تقدير التعويض عن البضائع المشحونة، إذ نصت المادة 144 من الأمر 95-07 المتعلق بقانون التأمينات: "تقدر الأضرار بمقارنة البضائع في حالة الخسارة بقيمتها وهي سالمة في نفس الزمان والمكان.

يطبق معدل نقص القيمة المحسوب بهذه الطريقة على القيمة المؤمن عليها".

<sup>1</sup> - يقول ديموج أن الشرط الجزائي يصح أن يكون مبلغا من مال، كما يصح أن يكون شيئا أو عملا أو امتناعا أو تقصير ميعاد في استعمال الحق أو تشديد في شروط استعماله أو اشتراط ترخيص أو تغيير مكان تنفيذ التزام، أنظر د. عبد الراق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الإلتزام بوجه عام، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 852.

<sup>2</sup> - منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء (أنواع المسؤولية - الأحكام العامة - إثبات ونفي أركان المسؤولية - النصوص القانونية بالمقارنة بالتشريعات العربية - أحكام النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 104.

<sup>3</sup> - عباس كريمة، مرجع سابق، ص 144.

<sup>4</sup> - أحمد عباس حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 177.

ما يلاحظ على التقدير القانوني أنه يتجه بالخصوص صوب المسائل الاقتصادية، أما بخصوص تقدير التعويضات عن الأضرار الجسمانية فنجدها بشكل نادر كالتعويض عن نسب العجز في الضمان الإجتماعي.

أو قيمة التعويض الذي يمنح عن نسبة الأضرار الجسمانية أو المعنوية الناتجة عن حوادث المرور، لأنه في واقع الأمر لا يمكن تقدير أعضاء جسم الإنسان بنص قانوني، فما التعويض الممنوح عنها لا يمثل سوى ترضية للمضروب لا يتصور أن يقبل بتفضيلها عن ما فقده، لذلك لم ينص المشرع الجزائري على تقدير التعويض، بل اقتصر على وجوب التعويض فقط، حيث ترك أمر تقديره للقضاء<sup>1</sup> لأن النص القانوني حتما سيقيد سلطة القاضي في التقدير، وهو ما لا يتناسب وطبيعة الضرر الحاصل، فتقدير التعويض بنص قانوني للضرر الحاصل من إفشاء السر الطبي حتما لن يكون من الوجاهة أو العدل إلا إذا أحصى كل الأسرار والظروف الملازمة لها، وهذا ضرب من الخيال لا يمكن تطبيقه على أرض الواقع، مثلما أن تطبيقه ينتج عنه إهدار وتشتت لقيمة السر الطبي في نفوس الأطباء، لذلك فمن الأسلم أن يمنح تقدير قيمة التعويض للقاضي الذي يتولى تقدير الموضوع ما إذا كان مشمول بصفة السرية أم لا، ثم ما يقابله من تعويض.

### ثالثا: التقدير القضائي

يتولى قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى بتقدير قيمة التعويض الذي سيمنح للمضروب، إذ يتمتع بالسلطة التقديرية في تقديره ولا رقابة لمحكمة النقض عليه إلا من حيث التسبب<sup>2</sup>، وقد نصت المادة 131 من ق.م.ج على أنه: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة..."، أما المادة 182 منه فقد نصت على الإستثناء الذي يمكن فيه اللجوء إلى التقدير القضائي بنصها: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب".

<sup>1</sup> - أحمد حسن عباس الحياوي، نفس المرجع، ص 179.

<sup>2</sup> - د. عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص 199.

فبعد ثبوت إستحالة تحديد مبلغ التعويض بإتفاق الطرفين، وغياب أي نص قانوني يحدده، يمنح للقاضي سلطة التقدير، وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية لما قضت أن: "تقدير التعويض جبرا للضرر اللاحق بالضرر يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض، ما دام قد إعتد في قضائه على أساس معقول"<sup>(1)</sup>.

ونجد في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بالجزائر بتاريخ 2000/03/28: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، إلا أن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية بينهما، وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك..."<sup>(2)</sup>.

غير أن هذه الصلاحية أو السلطة تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض الجابر للضرر الذي أصاب المريض المضروب بسبب إفشاء سره هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الأخذ بها استبعاد الإجحاف.

فتحديد الضرر القابل للتعويض يعد من المسائل القانونية، تتقيد فيها سلطة قاضي الموضوع المدني أو الإداري حسب الأحوال، لما لمحكمة النقض أو مجلس الدولة حق الرقابة عليه في تحديد نوع الضرر هل هو ضرر حال أم مستقبل، مادي أو معنوي، إذ أن عدم بيان عناصر الضرر يجعل الحكم قاصر التسبب وعرضة للبطلان، لذا يتعين على قاضي الموضوع أن يبين الضرر القابل للتعويض، وكلها تعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، أو مجلس الدولة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1965/11/11، نقلا عن عباش كريمة، مرجع سابق، ص 145.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا ملف رقم 231419 بتاريخ 2000/03/28، المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2003، ص 627.

<sup>3</sup> - عباش كريمة، مرجع سابق، ص 146.



### البند الثاني: معايير تقدير التعويض

المبدأ العام أن التعويض يقابل الضرر، فطبقاً للقاعدة العامة يجب أن يكون على قدر كاف لجبره، فلا يزيد ولا يقل عنه، لذلك تدخل المشرع أمام القاضي في سلطة تحديده من خلال سن معايير يستند إليها، وتتمثل طبقاً للمادتين<sup>1</sup> 131 و<sup>2</sup> 182 من ق.م.ج، في الضرر المباشر والظروف الملازمة المحيطة بالمضروب وقت وقوع الفعل الضار، ومدى تغيره إلى يوم النطق بالحكم.

### أولاً: معيار الضرر المباشر

يتبين من نص المادتين 131 و 182 السالف ذكرهما، أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، يعتمد على معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وذلك في كلتا المسؤوليتين سواء كان الضرر مادي أو معنوي، كالصيدلي الذي يتسبب في نشر سر مريض تاجر، فتتأثر بذلك سمعته ويقاطعونه الزبائن مما يلحق به خسارة فادحة في الصرف على محله وعلى مساعديه ويفوته الكسب الذي كان يتحصل عليه، ومفهوم هذا الضرر يظهر أكثر في حكم محكمة النقض الفرنسية: " أن للمصاب في الحادث تعويض الخسارة التي لحقت والمتثلة فيما أصابه من ضرر في جسمه وما بذل في سبيل علاجه من مال وتعويض الكسب الذي فاته والذي عاقه من الحصول عليه وقوع هذا الحادث"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 131 من ق.م.ج عما يلي:

"يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

<sup>2</sup> - تنص المادة 182 من ق.م.ج عما يلي:

"إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

<sup>3</sup> - نقلاً عن سي يوسف كجار زهية حورية، مرجع سابق، ص 168.

واجه هذا المعيار بعض الصعوبات خصوصا في تقدير القاضي التعويض عن الضرر المعنوي، الذي يتعذر تقديره بالمال كتقدير الآلام النفسية مثلا، لكن إستطاع القضاء من التغلب على هذه الصعوبات، فحيث كان ينظر إلى جسامة الخطأ أو تفاقته في المسؤولية التصديرية عند تقدير التعويض، مما أدى إلى إحتجاج غالبية الفقه الغربي التي رأت أنه من غير الجائز للقضاء إدخال جسامة الخطأ أو تفاقته عند تقدير التعويض، إذ رأت أن الخطأ ما هو إلا ركن لإقامة المسؤولية بغض النظر عن مداه، وتكمن العبرة في جسامة الضرر عند تقدير التعويض وليس جسامة الخطأ، أما في المسؤولية العقدية فإن معظم التشريعات أخذت بعين الإعتبار جسامة الخطأ، وألحقت الخطأ الجسيم بالغش، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 182 المذكورة آنفا، بمعنى أن الطبيب الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيم، يلتزم بتعويض المريض عن الضرر الذي لم يكن من الممكن أن يتوقعه الرجل العادي عند إبرام العقد ، فتكون المسؤولية هنا مشددة إذ يتم التعويض على الضرر المتوقع وغير المتوقع<sup>1</sup>.

لذلك يجب أن يشتمل التعويض بالإضافة إلى هاذين العنصرين على التعويض عن الضرر المعنوي وفقا للمادة 182 مكرر ت.م.ج التي أعطت أمثلة عن الضرر المعنوي إلا أنه يتسع ليشمل كل ما من شأنه أن يمس بشعور وعاطفة المريض وكذا المعاناة والآلام الجسدية والنفسية التي تتولد عن وجود عاهة أو حصول المضرور على مقابل مالي يمكن أن يخفف من وقع الضرر، فقد يكون التعويض كافيا حتى ولو كان رمزيا<sup>2</sup>.

### ثانيا: معيار الظروف الملايسة

يعرف الأستاذ السنهوري الظروف الملايسة على أنها: "الظروف الملايسة التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وقد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره

<sup>1</sup> - عباش كريمة، مرجع سابق، ص 148.

<sup>2</sup> - د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 168

للتعويض"<sup>1</sup>، وقد نص المشرع في المادة 131 من ق. م. ج، على مراعاة الظروف الملازمة للتعويض من قبل القاضي، واعتد بها القضاء في الكثير من الأحكام<sup>2</sup>.

فيكون محلا للاعتبار حالة المضرور الاجتماعية والصحية، فإذا كان مريضا بمرض السكر وأقشي سره كانت خطورة الإفشاء أشد من خطورة الإفشاء الذي يصيب السليم، أما تقدير الحالة الاجتماعية للمضرور، فمن يعول زوجة وأطفال يكون الضرر الذي أصابه أشد من الضرر الذي يصيب الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه<sup>3</sup>، كما يدخل أيضا بعين الاعتبار، حالة المضرور المهنية تسبب الصيدلي بإعطاء دواء فاسد في إضعاف البصر عند أستاذ أو طبيب أشد بكثير من الذي يصيب عامل زراعي<sup>4</sup>، ومن يفشي سر رئيس دولة أو شخصية هامة مؤثرة في المجتمع ليس كمن يفشي سر شخص بسيط من عامة الناس.

ولو أن نص المادة 131 لم ينص صراحة على أن الظروف الملازمة تخص ظروف المضرور دون ظروف المسؤول، فإن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول تستبعد من الحساب عند تقدير التعويض فسواء كان الطبيب أو الصيدلي لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة، أو كان قد أمن عن مسؤوليته أو لا، غنيا كان أو فقير، فهو يدفع هذا التعويض دون مراعاة كل هذه الظروف، والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ، حتى وإن كان الخطأ يسيرا فإن التعويض يجب ألا يزيد عن الضرر المباشر، ولكن في الواقع العملي القضاء يدخل عادة في حسابه جسامه الخطأ الصادر من المسؤول عند تقدير التعويض، وبرأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن هذا شعور طبيعي يستولي على القاضي، فمادام

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1098

<sup>2</sup> - حيث جاء في قرار عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا رقم 87411 صادر بتاريخ 1993/01/06: "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الشهري و..."، أنظر كمال فريجة، مرجع سابق، ص 335.

<sup>3</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 433

<sup>4</sup> - د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء 2، ط 2، دار

تحديد التعويض موكلا اليه، فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً، وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً<sup>1</sup>.

وكما يتم الاعتراف بالظروف الخارجية كظرف الزمان والمكان في تقدير التعويض كونها تعتبر من الظروف الظاهرة التي تساعد على تقصي مسلك الرجل العادي<sup>2</sup>، فإنه يعتد بحسن النية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 107 من ق. م. ج<sup>3</sup>، حيث يقصد بحسن النية، الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش، كما يقصد بحسن النية ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد<sup>4</sup>.

ولو أن هناك من الفقه من قال أنه يمكن العمل بمبدأ حسن النية أو سوئها في نطاق المسؤولية العقدية فقط، أما المسؤولية التقصيرية فلا يمكن الاعتراف بها لأن العبرة بتوافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة السببية<sup>5</sup>، بينما يرى الأستاذان "بلانيول" و"ريبير" خلاف هذا، إذ أن مبدأ حسن النية إنما يكون أثره في مقدار التعويض وليس في مبدأ تقريره، وكما أن هذا المبدأ مفترض في الأعمال القانونية والمادية مما يشكل قرينة قانونية يمكن نقضها، ويعتبر مسألة موضوعية للقاضي التحقق من وجودها من خلال ظروف القضية، وليس لمحكمة النقض رقابة عليها<sup>6</sup>.

مثلاً يعتبر من ضمن الظروف الملازمة تغيير الضرر سواء من يوم وقوعه إلى يوم الحكم، أو إذا توفرت للقاضي دلائل دامغة على تضاعف الضرر مستقبلاً<sup>7</sup>، فإن ذلك يؤثر على قيمة التعويض.

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، نفس المرجع، ص 433

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 198

<sup>3</sup> - تنص الفقرة الأولى من المادة 107 على أن: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبحسن نية "

<sup>4</sup> - بعطوش حكيمة، تعويض الضرر، مجلة نشرة القضاة، العدد 47، 1995، ص 104

<sup>5</sup> - د. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 200.

<sup>6</sup> - سي يوسف كجار زهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون،

القانون، فرع القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006، ص 304.

<sup>7</sup> - أنظر د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 415.

يستخلص مما سبق ذكره، أهمية بيان عناصر الضرر التي يلتزم بها القاضي في تقدير التعويض، وإلزامه بهذا يحقق ضمانة لكل من أفشي سره في أن يعوض تعويضا كافيا جابرا لكل الضرر، وكما عليه مناقشة كل عنصر من العناصر التي أدخلها في التقدير، غير أنه لا يلزم أن يتم تقدير تعويض خاص لكل عنصر على حدا بل يحكم بتعويض إجمالي عنها<sup>1</sup>، فيستقل قضاة الموضوع بتقدير التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب على المسؤول دفعه للمضرور أو إلى ذوي الحقوق، كما أن هذا لا يعني عدم خضوع محكمة الموضوع لرقابة محكمة القانون بشكل مطلق، بل على القاضي أن يبين في حكمه هذه العناصر حتى يتسنى لمحكمة القانون رقابة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتقدير، وعدم استبعاد أي عنصر منها<sup>2</sup>.

### ثالثا: مراعاة الضرر المتغير

إن الضرر إما يكون ثابتا من يوم وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، أو متغيرا بالزيادة أو النقصان، فيتعين على القاضي أن يأخذ بالحسبان تطور الضرر من وقت الوقوع إلى يوم صدور الحكم، فواقعة الإفشاء ينتج ضررها بعد مدة زمنية هي المدة التي تحتاجها المعلومة لتنتقل، وتتوسع بذلك دائرة الضرر، وقد يحتاج المريض إلى زمن طويل ليدرك أن سره قد أفشي، لذلك فواقعة الإفشاء وأثرها ليسا بالضرورة أن يكونا ضمن زمن واحد، فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، إذ أن القاضي يعتد بذلك الأثر سواء اشتد أو خف<sup>3</sup>، وما يحكم به يجب أن يكون مناسبا للضرر الحاصل من تاريخ وقوع الفعل الضار إلى يوم النطق بالحكم.

لذا ينبغي على القاضي عند تقدير التعويض مراعاة ما وصلت إليه حالة المضرور من التحسن والإساءة وقت الفصل في الدعوى، فعليه تحديد ذلك ومراعاته في تقدير

<sup>1</sup> - د. طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه و قضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 172.

<sup>2</sup> - بعطوش حكيمة، مرجع سابق، ص 104.

<sup>3</sup> - عباس كريمة، مرجع سابق، ص 150.

التعويض<sup>1</sup>. فقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه إذا كان الضرر متغيرا، يتعين على القاضي عند الحكم بالتعويض، النظر في هذا الضرر، لا كما كان قد وقع، بل كما صار إليه عند الحكم<sup>2</sup>. أما إذا طلب المضرور بعد الحكم له بالتعويض، تعويضا جديدا فأجابته المحكمة دون أن تبين التغير الذي طرأ على حالته نتيجة تفاقم الضرر فإن الحكم يستوجب النقض<sup>3</sup>.

أما إذا طرأت تغيرات في أسعار النقد كأن ترتفع أو تنخفض عما كانت عليه وقت صدور الفعل الضار، ففي هذه المسألة أيضا استقر القضاء الفرنسي على أن يقدر التعويض يوم صدور الحكم، فمحكمة النقض الفرنسية اعتدت بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر، بحيث يزداد التعويض في مقداره بقدر الزيادة في الأسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، و تتجسد الوسيلة الفنية التي لجأت إليها لتحقيق هذا الغرض، في ربط التعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري بقيمة تتغير بتغير قيمة النقود، وهو الأمر الذي يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة النقد الذي يقدر به<sup>4</sup>.

إذا أدرك القاضي أن الضرر سيتفاقم مستقبلا يحتفظ بحق المضرور في إعادة تقدير التعويض بعد الحكم به، عملا بنص المادة 131 من ق. م. ج، أما إذا أصدر حكمه من غير توقع لتغير الضرر مستقبلا، فيكون على هذا الأساس قد قدر التعويض عن كل الضرر حالا ومستقبلا، لكن يجوز للمضرور أن يطلب تعويضا على أساس أن التفاقم يمثل ضرا جديدا غير معوض عنه في الحكم السابق، أما إذا نقص الضرر أو تحسنت الإصابة فلا يجوز للطبيب أو الصيدلي أن يطلب إنقاص التعويض بما يعادل الضرر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، ( الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 273 و 274.

<sup>2</sup> - أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 434.

<sup>3</sup> - د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 164.

<sup>4</sup> - قمرأوي عز الدين، مقال حول مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د. ت. ن، ص 47.

<sup>5</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 164.

### البند الثالث: التوزيع النهائي للتعويض للخطأ الواقع بالمستشفى

في غير حالة طبيب القطاع الخاص، تثار إشكالية توزيع التعويض حين يتعلق الأمر بالتعويض المحكوم به على المستشفى كمتبوع، أو أحد موظفيه المخطئين (الطبيب) كتابع، هذه الوضعية يمكن أن تتولد عنها ثلاث احتمالات أو حالات، حالة اشتراك كل من الخطأ المرفقي بالشخصي، وحالة انعقاد المسؤولية على خطأ شخصي بحت، وتتمثل الحالة الثالثة في انعدام مسؤولية الموظف أو الطبيب.

### أولاً: المسؤولية المشتركة بين الطبيب والمستشفى

يخول القانون للمتضرر المريض عند إصابته بضرر أثناء تواجده أو علاجه في المستشفى، وفي حالة مساهمة كل من الطبيب بخطئه الشخصي، والمستشفى عن الخطأ المرفقي، أن يختار بين مقاضاة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أمام القضاء الإداري إما لأن هناك خطأ في الخدمة، وإما لأن الخطأ الشخصي كان بمناسبة العلاقة الوظيفية، وبين مقاضاة الموظف (الطبيب أو أحد موظفي المستشفى)، أمام القضاء العادي وفقاً لقواعد وإجراءات القانون الخاص وللمتضرر في كلا الحالتين أن يطالب فريق المدعى عليه بكامل التعويض.

في كل الأحوال وإن كان مبدأ الجمع بين المسؤوليتين يرمي إلى إعطاء المتضرر حق اختيار المسؤول الأكثر ملائمة فهو يختار بطبيعة الحال الإدارة، وإذا كان هذا المبدأ يمنح للمتضرر حق متابعة ومقاضاة كل واحد منهما (الطبيب والمستشفى) فإنه لا يجوز له أن ينال تعويضين عائدين للقضية نفسها وللضرر نفسه، فالجمع بين مسؤوليتين لا يبرر الجمع بين تعويضين، وكنتيجة لذلك تظهر إمكانية إثارة حالتين لتوزيع دين التعويض، الحالة الأولى: تتمثل في قيام القاضي الإداري الذي عرضت عليه قضية الدعوى المرفوعة ضد المستشفى على أساس أن ضرراً قد لحق المريض سواء من جراء فعل الإدارة نفسها أو من فعل الموظف بتوزيع التعويض على كل من الطبيب والمستشفى بعد تفحص وقائع القضية واستنتاج مساهمة كل من الخطأ المرفقي والشخصي في إحداث الضرر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> عميري فريدة، مرجع سابق، ص 152.

يتمثل أبرز مثال على هذا النوع من التوزيع، القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي والذي يعرف بقرار (Delville) الصادر في 1951/07/28<sup>1</sup>، بمناسبة حادث تسبب فيه موظف بسيارة مملوكة للدولة، وذلك باجتماع كل من خطأ الموظف الذي يرجع إلى سياقته وهو في حالة سكر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد كان هذا خطأ من طرف الإدارة والذي يتمثل في وجود خلل في فرامل السيارة، حيث وزع القاضي بسبب الدعوى التي رفعت من المضرور، التعويض مناصفة بين الإدارة والموظف، وهذا نظرا للاجتماع كل من الخطأ الشخصي للموظف (السياقة في حالة سكر)، والخطأ المرفقي للإدارة (إهمال في الصيانة).

كان في الحقيقة لهذا القرار تأثيرا واضحا على تطور مسؤولية الإدارة عن أخطاء موظفيها وذلك من خلال مختلف المبادئ التي جاء بها أو أقرها مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة صدور هذا الحكم والتي من بينها:

- للمضرور الحق في الخيار بين أن يطالب إما الإدارة وإما الموظف المخطئ عن تعويض الضرر بكامله وذلك أمام الجهة الإدارية المختصة.
- يعتمد لتوزيع التعويض النهائي بين الإدارة والموظف المخطئ بنسبة ودرجة جسامته الخطأ أو الفعل المنسوب إلى كل منهما، والذي شكل الضرر المؤسس للتعويض.
- للقاضي الإداري سلطة تحديد نصيب كل من الإدارة والموظف في التعويض المحكوم له<sup>2</sup>.

كان حكم Delville الانطلاقة أو المرجع الذي يعتمد عليه القضاة بعد ذلك في تقرير أحكامهم فيما يخص توزيع التعويض بين الإدارة والموظف، وإذا كان التعويض الذي لم يتم توزيعه من طرف القاضي أثناء الحكم لا يثير أي إشكالية مهما كان نوعها، فالوضع يختلف في الحالة الثانية وهي حالة الحكم على طرف واحد (الموظف أو المستشفى) بكامل

<sup>1</sup> - أشار إليه محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا، فقها، اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 211.

<sup>2</sup> - دنون سمير، الخطأ الشخصي والمرفقي في القانونين المدني والإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د.ط، 2009، ص 273.



التعويض في وقت مساهمة كليهما في إحداث الضرر، ففي هذه الوضعية تظهر إمكانية رجوع كل واحد أوفى بكل التعويض على الطرف الآخر لتحميله نصيب من عبء التعويض، بشكل مستقل عن الدعوى الأصلية، فإن حكم القاضي العادي على العون (الطبيب) بجبر كل الضرر في الحال الذي كان فيه خطأه مقترنا بخطأ المرفق، فعليه أن يرجع على إدارة المرفق لتحميلها نصيباً من التعويض المدفوع<sup>1</sup>.

بالمقابل إذا كان المرفق هو الذي تمت متابعته من قبل الضحية أمام القضاء الإداري وحكم القاضي عليه بكامل التعويض على أساس قواعد علاقة التبعية، فإن لهذا الأخير الرجوع على موظفيه بجزء من التعويض الذي دفعه.

### ثانياً: حالة الخطأ الشخصي البحت للطبيب.

بالنسبة للطبيب في القطاع الخاص فإن مسؤوليته عن الخطأ تستوجب عليه دفع التعويض للمضرور، لكن إذا كان الطبيب موظفاً بمستشفى عام فيحق للمستشفى الرجوع على أحد موظفيه بكامل التعويض الذي كان قد دفعه كاملاً للمضرور، متى شكل فعل هذا الأخير خطأً شخصياً<sup>2</sup>.

أعترف منذ أمد طويل للمتبوع الذي قام بتعويض الضرر الذي ألم بالمتضرر بحق الرجوع على تابعه، هذا الأمر الذي من شأنه أن يسمح له باستعادة كامل ما دفعه إن لم يكن هناك أي مساهمة منه في ارتكاب الفعل غير المشروع، كما يحق للمتبوع الرجوع على تابعه حتى في مجال المسؤولية عن الأشياء التي عهد بها لتابعه<sup>3</sup>.

ظهر مع تطور التقنيات الحديثة في هذا المجال، حدوث نوع من الأضرار للمرضى من جراء سوء استعمال المعدات الطبية خاصة الخطيرة منها من طرف الأطباء، أين يتحمل في غالب الأحيان المستشفى في مواجهة المضرور مسؤولية كل الأضرار التي تتولد عن

<sup>1</sup> - أنظر أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 2008، ص 162.

<sup>2</sup> - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 153.

<sup>3</sup> - محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص 211.

مثل هذه الأشياء، كأن يتم إفشاء السر من خلال أجهزة تابعة للمستشفى، إلا أن لهذا الأخير حق الرجوع بكامل التعويض على الطبيب المخطئ إذا تأكد خطئه أو تهاونه في استعمالها. يرى البعض من الفقه أن هذا الحق في الرجوع في حد ذاته يشكل الصرامة الضرورية التي لا بد أن تطبق ضد التابع، على أساس أن هذا الأخير إنما يعمل لمصلحة متبوعه وتحت سلطته، ولا يتمتع في ذلك بكامل الحرية في التصرف بل يجب عليه أن ينفذ المهمة التي عهد بها إليه وبالوسائل التي زوده بها المتبوع، كما عليه أن يحترم الالتزامات التي فرضها عليه هذا الأخير في هذه الظروف، بذلك فيكون مسؤولاً شخصياً وبشكل كامل عن الأضرار التي يحدثها خلال ممارسته لمهنته أو عمله، ويؤدي إلى تحمله بطريقة غير مباشرة للنتائج المحتملة لأخطاء التنظيم داخل المؤسسة<sup>1</sup>، وذلك عوضاً عن الطريقة المباشرة التي من خلالها ترفع الدعوى من المضرور مباشرة في مواجهته.

### ثالثاً: حالة الخطأ المرفقي دون خطأ الطبيب

تؤدي حالة ما إذا صدر الضرر عن فعل من أفعال إدارة المستشفى بدون أن يتعلق الأمر بأي خطأ للموظف الطبيب، حرمان المستشفى في مثل هذا الوضع من حق الرجوع عليه بأي شكل من الأشكال، سواء بكل التعويض الذي دفعه أو بجزئه، كما ينطبق هذا أيضاً على حالة ارتكاب خطأ من الطبيب، وكان هذا الخطأ منفصلاً عن الوظيفة، هذه الحالة الأخيرة قد تثير إشكالية إمكانية رجوع المضرور مباشرة على التابع لاستيفاء حقه في التعويض<sup>2</sup>.

بالرغم من اجتماع شروط مسؤولية المتبوع، هناك حالات أين يقيم المضرور دعواه ضد التابع فقط لكونه محدث الضرر أو حارس الشيء، ويستطيع أن يطالبه بالتعويض على إثرها، ذلك على أساس قواعد المسؤولية المدنية، والتي بموجبها يلزم كل شخص بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها بفعله غير المشروع، بحيث لا يكلف المضرور نفسه عناء البحث

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن عمل الغير، دراسة تحليلية انتقادية تاريخية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي، دار وائل، عمان، 2003، ص 119 .

<sup>2</sup> - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 154.

عن المسبب الحقيقي للخطأ الذي سبب له الضرر ويتجه فقط إلى متابعة المسبب المباشر والظاهر<sup>1</sup>.

إلا أن رجوع المريض على التابع أمام القضاء العادي وقيام هذا الطبيب بدفع مبلغ التعويض بكامله لا يعني تكليفه النهائي بعبء كل هذا الدين، فيستطيع إذا تبين أن الخطأ الذي ارتكبه كان خطأ عاديا يدخل ضمن الأخطاء المرفقية ويمكن أن يرتكبه أي شخص وضع في نفس الظروف الرجوع على المتبوع (المستشفى) بكامل التعويض الذي دفعه على أساس أن الموظف في هذه الحالات قد تحمل بدون وجه حق أعباء مالية لا تترتب عليه أصلا، بل على الإدارة وحدها<sup>2</sup>.

كان الاجتهاد الإداري في بادئ الأمر لا يقر للموظف بحق الرجوع على المستشفى واستمر هذا الاتجاه لمدة طويلة، إلا أنه لم يلبث أن نقضه وأقر بمبدأ إمكانية الرجوع نهائيا، لأن القول أو العمل بمبدأ عدم إمكانية رجوع الموظف على الإدارة قد يمثل إجحافا في حق هذا الأخير والقضاء بذلك على روح الطمأنينة والاستقرار لدى الموظفين<sup>3</sup>.

سعى إلى ذلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 129 من ق. م. ج المعدلة بالأمر 05/10 والتي تنص على: " لا يكون الموظفون من الأعيان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".

وقد كرست هذه المادة فكرة ومبدأ إعفاء الموظف من المسؤولية الناجمة عن أفعاله التي سببت أضرارا للغير، إذا كانت منبعثة من تأديته لواجباته المهنية وتنفيذا للقواعد النظامية داخل المؤسسات العمومية وتنفيذا كذلك لأوامر وتوجيهات رؤسائه.

<sup>1</sup> - أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 126.

<sup>2</sup> - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 154.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 155.

### الفرع الثالث

#### دور شركات التأمين في التعويض عن إفشاء السر

نظراً للأهمية في وجود ضمانات تغطي مسؤولية المهني عن أخطائه المهنية مثلما تضمن حق التعويض للمريض، ألزم المشرع التأمين من المسؤولية المدنية المهنية والتي يلجأ إليه الممارسين المهنيين لتغطية الأخطاء التي ترتكب أثناء أداء مهامهم، مثلما تمكن المضرور من الحصول على مبلغ التعويض مباشرة من شركة التأمين إما بطريقة ودية أو عن طريق القضاء.

#### البند الأول : أهمية دور المؤمن في المجال الصحي

التأمين على المسؤولية المدنية الطبية هو عقد كسائر العقود الخاصة بالتأمين عن المسؤولية المدنية ضد الأخطاء والأخطار، حيث يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له تعويض الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، ويتعهد المؤمن بتغطية المسؤولية الطبية كاملة من الأضرار الواقعة على المريض<sup>1</sup>، وقد عرفاه بيكار وبيسون Picare et Besson بأنه : "عقد بموجبه يضمن المؤمن الأضرار الناتجة عن الدعاوى الموجهة من الغير ضد المؤمن له"<sup>2</sup>، وعرفه المشرع الجزائري أنه: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - فريحة كمال، مرجع سابق، ص 362.

<sup>2</sup> - نقلا عن د. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، (د.ط)، مطبعة حيرد، 1998، ص 206.

<sup>3</sup> - راجع المادة 619 من ق.م.ج. و المادة 02 من أمر 95-07 مؤرخ في 23 شعبان عام 1415 الموافق ل 25 يناير 1995، الصادرة في 8 مارس 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر. عدد 13، تنص على : "إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى"

يعد التأمين من أنجع الوسائل على الإطلاق التي لجأ إليها الإنسان لتحقيق غايته المنشودة في توفير الأمن الاجتماعي الذي يصبو إليه، وكان يتم بين مجموعة من الأفراد يقوم كل فرد فيها بدفع قسط معين ثم تجمع هذه الأقساط لمواجهة خطر معين إذا ما أحل بأحد أفراد هذه الجماعة، وكانت قيمة هذه الأقساط تدفع على أساس قيمة الشيء المؤمن عليه وكذا درجة احتمال وقوع الخطر التي يتم حساباتها وفقا لقوانين الإحصاء<sup>1</sup>.

تتجلى أهمية التأمين على المسؤولية المهنية في مجال الصحة، في تلك الحماية للنشاط الصحي والمصلحة العامة ككل والتي تعد من الأدوار الأساسية المضطلع بها من قبل الدولة، والمسلم به أن لكل مهنة أخطاء، فالأطباء يمارسون مهنتهم على حساب جسم الإنسان الذي لا يمكن تقدير أي عضو فيه بثمن، وهذا من شأنه أن يولد عزوف عن هذه المهنة يدفع ثمنها الفرد والمجتمع، خاصة في ظل التطور الهائل الذي حصل في المجال الطبي، وكثرة الأجهزة الطبية وتعددتها، الأمر الذي أدى بدوره إلى تقادم الأخطاء الطبية، ومن ثم تكسب لملفات الأخطاء الطبية أمام العدالة، فالأطباء يحتاجون لدعم وتغطية لمسؤوليتهم من أجل القضاء على هاجس الخوف والريبة الذي يواجههم أمام كل مريض، بل حتى أنه يشكك في قدراتهم، ويشل رغباتهم، فالتأمين على مسؤوليتهم المهنية يوفر لهم الشعور بالطمأنينة والاستقرار، والدعم الكافي لإيجاد مزيد من الابتكارات والتوجه إلى كل ما هو جديد.

أما بالنسبة للمريض، فلا يمكن تصور مدى الإنكسار الذي يصيبه وهو الذي كان يبحث عن سلامته، فقصد الطبيب واستأمنه على نفسه لما في هذه المهنة من شرف ووقار، لكنه يجد نفسه يعود بعجز أو أي نوع من أنواع الضرر الأخرى، خاصة في ظل تطور الاختصاصات الطبية وتوزيع المسؤولية على أعضاء الفريق الطبي والفرق المساندة له، أين يعجز عن إثبات مصدر الخطأ والأصعب من ذلك الحصول على تعويض جابر لضرره، وهذا من شأنه أن يقضي على الطمأنينة لدى المرضى فيحجمون عن المداواة، **وتصبح**

<sup>1</sup> - زرارة صالحى الواسعة، المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2007/2006، ص 12.

نظرتهم إلى الأعمال الطبية يشوبها الشك والإضطراب، وهو عامل له الكثير من المساويء بالنسبة لحالة المريض الصحية التي يقتضي علاجها الإقدام على المداواة بكل ثقة واطمئنان، فالتأمين على ممارسة الأعمال الطبية هو توفير الأمان للمرضى وطمأنتهم بأن اللجوء إلى الأطباء، وحدث خطأ طبي ليس مجازفة مجهول مصيرها، لأن في نظام التأمين ما يوفر لهم التعويض المناسب إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدثت منها<sup>1</sup>.

اهتم المشرع بالتعويض في المجال الصحي، عن طريق إنشاء عدة أجهزة تتكفل بالتعويض، كهيئة الضمان الاجتماعي التي تضطلع بالتغطية الاجتماعية<sup>2</sup>، لكنها في طبيعة الأخطار المشمولة بالتغطية الاجتماعية المحددة بموجب قانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية<sup>3</sup>، والقانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل و الأضرار المهنية<sup>4</sup> لا تعوض سوى الفئات المستفيدة من التأمين<sup>5</sup> عن ما يصيبهم من الأضرار الجسمانية، مما يجعل المضرور من إفشاء السر الطبي لا يستفيد على أي تعويض منها، لتبقى أمامه شركة التأمين التي يتعاقد معها الطبيب من أجل التأمين على أخطاء مهنته السبيل الوحيد أمامه للحصول منها على تعويض جابر للضرر الذي أصابه.

<sup>1</sup> - فريحة كمال، نفس المرجع، ص 336.

<sup>2</sup> - صبرينة- نبيلة حرشاوي، المنازعات الطبية في مجال الضمان الاجتماعي طبقا للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص 19.

<sup>3</sup> - أنظر قانون 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 جويلية 1983، يتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر عدد 28 لعام 1983، المؤرخة في 05-07-1983.

<sup>4</sup> - القانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 جويلية 1983، المتعلق بحوادث العمل والأضرار المهنية، ج.ر عدد 28 لعام 1983 المؤرخة في 05-07-1983

<sup>5</sup> - تم تحديد الأشخاص المستفيدين من التأمين في كل من الباب الأول من قانون 83-11، وكذا المادتان 03 و 04 من قانون 83-13 السالف ذكرهما.

### البند الثاني : إلزامية التأمين

يلتزم كل ممارس للمهنة الصحية وجوبا باكتتاب تأمين لتغطية الأضرار الناتجة بمناسبة أداء وظائفهم ومهامهم.

### أولاً: وجوب أكتتاب التأمين

التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية المهنية نظمه المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات البرية الإلزامية وقسمه إلى ستة أقسام خصص القسم الأول منها إلى تأمينات المسؤولية المدنية، فورد بنص المادة 167 منه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير".

يفهم من خلال هذه المادة أنه تضمن شركة التأمين تغطية التبعات المالية المترتبة عن المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن أخطاءه المهنية غير العمدية سواء كانت عقدية أو تقصيرية بفعله الشخصي أو تلك التي يتسبب بها أحد تابعيه، كالتعويض عن الوفاة أو المرض أو الأضرار الجسدية وما تستتبعه من تعويضات مادية ومعنوية<sup>1</sup>.

فالضرر المؤمن من المسؤولية المدنية لا يصيب المال مباشرة بل ينشأ عن قيام دين في ذمة المؤمن له بسبب قيام مسؤوليته العقدية أو التقصيرية، وهذا الدين هو الذي يحكم به القاضي للمتضرر لذلك يوصف التأمين من المسؤولية بأنه تأمين دين يتعلق بخصوم المؤمن له، والدائن هو الشخص الذي أصيب بضرر بسبب خطأ المؤمن له أو بسبب خطأ أحد

<sup>1</sup> - جاء في المادة 173 من الأمر 95-07:

" بخصوص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 أعلاه، يجب أن يكون الضمان المكتتب كافياً سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية. علاوة على ذلك، يجب أن لا ينص عقد التأمين على سقوط أي حق يمكن أن يحتج به على ضحايا أو ذوي حقوقهم".

تابعيه، فيهدف التأمين من المسؤولية إلى ضمان المؤمن له من دعوى المسؤولية المرفوعة عليه من طرف المضرور<sup>1</sup>.

ومن أجل الامتثال لهذه الإلزامية قام المشرع بالنص في المادة 184 من نفس الأمر: " يعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التأمين المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 و174 أعلاه، بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين 5.000 د ج و 100.000 د ج، يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني".

لكن هل يغطي التأمين كل الأخطاء التي تصدر من الطبيب؟

ثانيا: مضمون إلتزام المؤمن:

نصت المادة 56 من الأمر 95-07 على أن: " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير".

والظاهر من نص هذه المادة أن المشرع اعتمد الإطلاق في تحديد ما يجب على المؤمن أن يعرض عنه، لكن بقراءة نص المادة 12 من نفس الأمر نجده اتجه إلى التحديد في نوعية الأضرار المؤمن عليها رغم أنه لم يفصل فيه بشكل دقيق ، وإنما حاول صياغتها تبعا لطبيعتها أو مصدرها، إذ نصت هذه المادة على أنه:

- يلتزم المؤمن :

1- تعويض الخسائر والأضرار:

أ- الناتجة عن الحالات الطارئة.

ب- الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له.

ج- التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنهم طبقا للمواد 134 إلى 136 من القانون المدني، কিفما كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته.

<sup>1</sup> - الحاج طاس، أداء المؤمن في تأمين الأضرار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1989، ص 95.



د- التي تسببها أشياء أو حيوانات يكون المؤمن له مسؤولاً مدنياً عنها بموجب المواد من 138 إلى 140 من القانون المدني.

2- تقديم الخدمة المحددة في العقد، حسب الحالة، عند تحقق الخطر المضمون أو عند حلول أجل العقد، ولا يلزم المؤمن بما يفوق ذلك."

وهذا التحديد يجعلنا نستنتج أن هناك بعض الأخطاء والمخاطر التي تستبعد من تغطية عقد التأمين، وغير مشمولة بالتغطية، مما يفرض على المؤمن له أن يتحمل تبعيتها لوحده، كالمسؤولية الجنائية وما يترتب عنها من غرامات مالية تفرض بموجب القوانين العقابية نتيجة فعل متعمد اقترن بقصد جنائي<sup>1</sup>، فكلما اتجهت إرادة المضرور لإحداث الضرر بهدف الحصول على التعويض، أو كان الفعل الذي قام به يشكل جرماً معاقب عليه بنص القانون، استثنى من الحصول على التعويض، فمن خصائص محل التأمين أن لا يكون مخالف للنظام العام وهو ما نصت عليه المادة 621 من ق.م.ج :

"تكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة..."

وفي حالة ما تداخلت المسؤولية المدنية مع مسؤولية جنائية نتيجة فعل واحد، فتنشأ مسؤولية مدنية بالتبعية، فهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية تعويض الضرر من قبل المؤمن.

هنا ينبغي التمييز بين ما كان التداخل قد حصل بين مسؤولية مدنية وبين مسؤولية جنائية عمدية، أو بينها وبين مسؤولية جنائية غير عمدية ففي الحالة الأولى لا يلزم المؤمن بتغطية مسؤولية المؤمن له لأنها ناشئة عن فعل متعمد، أما في الحالة الثانية تكون شركة التأمين ملزمة بالتعويض المدني الصادر عن جريمة قتل عن خطأ من المؤمن له<sup>2</sup>، لذلك فإن في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي نجد أن شركة التأمين لا تغطي الضرر إلا في حالة ما حدث الإفشاء نتيجة إهمال ولم يثبت فيه العمد.

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص 207.

<sup>2</sup> - براهيمى زينة، مرجع سابق، ص 163.

**البند الثالث: طرق استيفاء مبلغ التعويض من شركة التأمين.**

يتحصل المضرور على التعويض من طرف شركات التأمين، إما بطريقة ودية وإما بالمطالبة به أمام القضاء.

**أولاً: التسوية الودية**

تعد التسوية بشكل عام وسيلة لفض النزاعات والحد من تراكم القضايا أمام المحاكم<sup>1</sup>، لذلك فقد شجع المشرع اللجوء إليها لما تحققه من سهولة في الوصول إلى حل إشكاليات سوء التفاهم إلى جانب ما تحققه من تجنب اجراءات معقدة، وكذا ربحاً للوقت وحماية لمصالح أخرى تتأثر سلباً بقيام الخصومة، بالإضافة إلى ما يمكن أن ينتج عن الخصومة من بغضاء وتشنج للعلاقات.

وتتم التسوية الودية في الصورة التي لا يقوم المضرور فيها برفع دعوى المسؤولية أمام القضاء، غير أنه يطالب المؤمن له بالتعويض ودياً ورسالة موصي عليها أو بأي عقد غير قضائي، كإذاره عن طريق محضر، وقد يقنع المؤمن له المضرور بعدم مسؤوليته، كما لو أثبت له السبب الأجنبي أو خطأ الغير، وبهذا تنقضي الخصومة دون قيام الدعوى أو الحصول على التعويض، كما قد يقر المؤمن له بمسؤوليته أو يتصالح مع المضرور مباشرة، غير أنه لا يمكنه الاحتجاج بهذه المصالحة في مواجهة المؤمن إن لم يكن هذا الأخير مشتركاً معهما، وهذا ما نصت عليه المادة 58 من الأمر 95-07: "لا يحتج على المؤمن بأي اعتراف بالمسؤولية ولا بأية مصالحة خارجة عنه، ولا يعد الاعتراف بحقيقة أمر إقرار بالمسؤولية".

يستوي هذا الإقرار أن يتم كتابة أو أن يتم شفاهة فمجرد الاعتراف بالوقائع المادية لا يعتبر اعترافاً من الناحية القانونية، فيمنع على الطبيب أو المهني أن يعترف لوحده بمسؤوليته بل يجب أن يترك ذلك لشركة التأمين أو ينتظر مطالبة المضرور قضائياً، أما إذا

<sup>1</sup> - براهيم زينة، مرجع سابق، ص 106.

لم يعترف إلا بجزء من المسؤولية فلا يكون هذا الاعتراف نافذا في حق شركة التأمين في هذا الجزء، و تبقى شركة التأمين ضامنة للجزء الآخر منها<sup>1</sup>.

### ثانيا: التسوية القضائية

قد تفشل التسوية الودية ولا يقر الطبيب بمسؤوليته، فيقوم المضرور برفع دعوى المسؤولية عليه، كما قد لا يطالبه وديا ويلجأ المضرور مباشرة إلى القضاء خاصة إذا تطلب الأمر متابعة الطبيب جنائيا، حينئذ تكون الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية. إذا رفعت على الطبيب دعوى المسؤولية، كان له أن يواجه هذه الدعوى وحده ثم له أن يرجع على المؤمن بالتعويض بصفة ودية أو قضائية على أساس الدعوى الأصلية، أو يدخل شركة التأمين خصما في الدعوى، كما قد يشترط المؤمن في وثيقة التأمين أن يباشر دعوى المسؤولية وحده ويتولى إدارتها<sup>2</sup>.

يكمن الفرق بين إدخال المؤمن خصما في الدعوى إلى جانب المؤمن له وبين توليه المؤمن بنفسه إدارة هذه الدعوى ، أنه في الحالة الأولى يباشر الدعوى باسمه و دفاعا عن مصلحته لأنه هو الذي يتحمل في الأخير التعويض المدني، أما في الحالة الثانية فيباشر الدعوى باسم المؤمن له ونيابة عنه ويعتبر الشرط المدرج في وثيقة التأمين بمثابة توكيل كما نجد أن في الحالة الأولى لا يحتاج إدخاله في الدعوى إلى اتفاق سابق بينما توليه إدارة الدعوى بنفسه يحتاج إلى شرط مسبق وفي الحالة الأولى يكون الحكم الصادر في دعوى المسؤولية حجة على المؤمن ويستغني المؤمن له به عن دعوى الضمان الأصلية التي يرجع بها في الأصل على المؤمن ولكنه لا يغني عن رفع الدعوى الأصلية على المؤمن ذلك لكون المؤمن قد باشر الدعوى نيابة عن المؤمن له وباسمه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> - د. عبد الرزاق بن خروف، المرجع السابق، ص 212.

<sup>3</sup> - راجع في ذلك د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب

مدى الحياة وعقد التأمين، المجلد السابع، د.ط ، د.م.ن ، د.س.ن، ص 1664 و 1665

### المبحث الثاني

#### الإستثناءات في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

إن صفة العمومية والإطلاق في الالتزام بكتمان السر، بقدر ما هي ضمانات حقيقية لحماية الأسرار من الإفشاء، إلا أنها كثيرا ما تصبح عائقا أمام تحقيق مصالح أخرى جديرة أيضا بالحماية، لذلك كان من اللازم الاعتراف ببعض الحالات الاستثنائية التي يستوجب فيها ترجيح المصلحة في إفشاء السر على المصلحة في كتمانها، مما يترتب عليه سقوط مسؤولية المؤمن اتجاه ما قام به من إفشاء، من ضمن هذه الحالات ما هو مقرر كواجب، فيجبر المؤمن على السر الإدلاء به (المطلب الأول)، ومنها ما هو جوازي فتكون له الخيرة بين الإفشاء والكتمان (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الإستثناءات المقررة كواجب لإفشاء السر

يتوجه المشرع إلى حماية بعض المصالح التي تبدو أنها تحوز أهمية خاصة أكثر من تلك الأهمية التي يحققها كتمان السر، فينص على واجب التبليغ عن هذه الوقائع من قبل المؤمن، دون التقيد باعتبارات السر الطبي، وباعتبارها استثناء عن الأصل، فهو يقيد بها بشروط عديدة حتى تؤدي دورها المنوط، وتتعلق هذه الاستثناءات بالتبليغ في مجال الحالة المدنية (الفرع الأول)، التبليغ عن الأمراض المعدية (الفرع الثاني)، التبليغ عن الجرائم (الفرع الثالث)، والتبليغ بدافع الشهادة وأداء الخبرة أمام القضاء (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

#### التبليغ في مجال الحالة المدنية

يقنصر التبليغ في مجال الحالة المدنية على كل من المواليد (بند أول) والوفيات (بند ثان)، بينما تثير مسألة الفحص الطبي قبل الزواج إشكالا بخصوص إفشاء السر الطبي في مجال الحالة المدنية (بند ثالث).

### البند الأول : التبليغ عن المواليد

بالنظر إلى الأهمية التي يلعبها موضوع الولادات، وما له من أبعاد، أصدرت مختلف تشريعات الدول قوانين لتنظيم إجراءات التبليغ عن الولادات وتعيين الأشخاص المكلفين بذلك إلزاماً، فنجد أن المشرع الفرنسي نظم التصريح بالمواليد في المواد 55 إلى 59 من القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup>، وألزم الأطباء بالتبليغ عند عدم وجود الأب ولو وجد شخص آخر، حيث نصت المادة 56 منه<sup>2</sup> على أن " ولادة الطفل يصرح بها من طرف الأب، أو، في حالة غيابه، من طرف الأطباء أو الجراحون، القوابل، معاوني الصحة أو الأشخاص الآخرون الذين أشرفوا على الولادة...".

بينما في القانون المصري<sup>3</sup>، نجد أن التزام الطبيب بالتبليغ عن المواليد لم يرد بشكل صريح، إذ وقع الإلتزام بالتبليغ على إدارة المستشفى في المرتبة الثالثة بعد الأب والأم، أو في المرتبة

<sup>1</sup> - مثمًا أنشئ المجلس الوطني للوصول إلى الأصول الشخصية (CNAOP) Le Conseil National pour l'accès aux origines personnelle بموجب قانون 22 جانفي 2002، ومهمته الحفاظ على أصول الأشخاص وحالتهم المدنية، من خلال التنسيق بين الهيئات والإدارات الرسمية والجمعيات المرخص لها بالتبني، حيث يلجأ إلى هذا المجلس للبحث و للتصريح عن الولادات السرية والإعتراف بالمواليد المجهولي الهوية. أنظر الموقع

<http://www.cnaop.gouv.fr/>.

<sup>2</sup> ) Art 56, Créé par Loi 1803-03-11 promulguée le 21 mars 1803, Modifié par Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 - art. 03- J.O.R.F 9 janvier 1993 : " La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.

**L'acte de naissance sera rédigé immédiatement. "**

<sup>3</sup> - تنص المادة 15 من قانون الأحداث المصري رقم 12 لسنة 1996 على : " الأشخاص المكلفون بالتبليغ عن الولادة

هم :

1- والد الطفل إذا كان حاضرا .

2- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة الزوجية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية .

3- مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودرر الحجر الصحي وغيرها من الأماكن التي تقع فيها الإدارات .

4- العمدة أو الشيخ . كما يجوز قبول التبليغ ممن حضر الولادة والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية .

ويسأل عن عدم التبليغ في المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق ، ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم . ويجب على الأطباء والمرخص لهم بالتوليد إعطاء شهادة بما يجرونه من ولادات تؤكد صحة الواقعة

الرابعة على فرض أنه مع من حضروا الولادة و هم عموما الأقارب البالغين الذين حضروا الولادة والسكان القاطنين مع الوالدة<sup>1</sup>.

على غرار أن المشرع العراقي في نص المادة الثالثة من قانون تسجيل الوفيات والولادات<sup>2</sup>، حصر الالتزام بالتبليغ عن المواليد بشكل صريح على الطبيب المولد أو الممرضة المجازة أو القابلة المجازة، على أنه يقع على المكلف برعاية الوليد أو من حضر الولادة من أقاربه تبليغ السلطة العامة بالولادة التي لم تجر من قبل مولد مجاز<sup>3</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد إتجه إلى فرض الالتزام بالتبليغ عن المواليد بموجب المادة 62 من قانون الحالة المدنية 20/70<sup>4</sup> التي تنص على أنه:

" يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده. تحرر شهادة الميلاد فوراً "

---

وتاريخها واسم أم -المولود ونوعه ، كما يجب على أطباء الوحدات الصحية ومفتشى الصحة إصدار شهادات بنفس المضمون بعد توقيع الكشف الطبي إذا طلب منهم ذلك في حالات التوليد الأخرى. "، قانون الأحداث المصري رقم 12 لسنة 1996 الصادر برئاسة الجمهورية في ذى القعدة سنة 1416 هـ الموافق 25 مارس سنة 1996 م، ج. ر عدد 13 بتاريخ 28 مارس 1996.

<sup>1</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 86.

<sup>2</sup> - نصت المادة 01/03 منه على : " على الطبيب المولد أو الممرضة أو القابلة المجازتين بالتوليد عند إجراء عملية الولادة في المؤسسات الصحية الحكومية وغير الحكومية تنظيم الشهادة وتوقيعها وتقديمها خلال خمسة عشر يوماً إلى رئيس المؤسسة... "، المادة 03 من قانون رقم 148 لسنة 1971 المتعلق بقانون تسجيل الولادات والوفيات المعدل بقانون تسجيل الولادات والوفيات الثاني رقم 110 لسنة 1982 الصادر بتاريخ 1982/12/06، الوقائع العراقية عدد 2914، بتاريخ 1982/12/06.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 04 من نفس القانون.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 ، يتعلق بالحالة المدنية. ج. ر عدد 21 مؤرخة في 27-02-1970. وقد عدل وتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق ل 09 غشت 2014، ج. ر 49 بتاريخ 20 أوت 2014.

يلاحظ على النص الجزائري إقترابه من النص الفرنسي أكثر، ففي غياب الأبوين، يتحمل الطبيب ثم القابلات مسؤولية التصريح بالمولود، وإذا كان الطبيب مكلفا بالإبلاغ عن المواليد فإن ذلك يعني بالضرورة أنه لن يسأل عن إخلاله بالتزامه على السر الطبي، ولا يعتبر القيام بالتصريح إفشاء للسر، ما دام المشرع الجزائري قد سمح بل ألزم بالإبلاغ عن الولادات<sup>1</sup>.

إن الإلتزام بالتبليغ الواقع على الأطباء يعد ضمانا أكيدة لتبليغ السلطات الصحية والمدنية لتسجيل تلك الولادات، فالإعتماد فقط على الأباء أو الأشخاص المكلفون برعاية الطفل غير كاف وقد لا يؤدي النتائج المتوخاة من التصريح بالمواليد.

لكن إذا كان النص الجزائري قد اعتبر الإلتزام بالتصريح على عاتق الوالدين، فإن النص الفرنسي قصره على الأب دون الأم، وقد أثيرت مسألة التبليغ عن حالات الولادة سفاحا في فرنسا، فهل يلزم الطبيب بتبليغ ذلك إذا حضر الولادة الأب غير الشرعي، فقبل أن وجود رجل إلى جانب الوالدة يظن أنه الزوج كاف لتحلل الطبيب من إلتزامه بالتبليغ و إعفائه من المسؤولية، أما إذا عرف أن الإبن غير شرعي أو أن الوالدة غير متزوجة، وقع عبء التبليغ على الطبيب، إذ أن القانون قصد بالأب الأب الشرعي بمقتضى عقد الزواج بصرف النظر عن الحقيقة<sup>2</sup>.

إن التبليغ عن الولادة إلزامي، حتى ولو نزل المولود عن الولادة ميتا، ولا يجوز للطبيب أو القابلة أو غيرها أن يبرر عدم تبليغه عن الولادة التي وقعت تحت إشرافه وبمعرفة بكتمان سر المهنة، أو يتجاوز الآجال المحددة لذلك، وهي بموجب نص المادة 61 من قانون الحالة المدنية السالف الذكر: " يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان "، بينما ينظر بعين الإعتبار إلى فترة الحمل والوضع، فالمولود في نظر القانون المدني الفرنسي هو الذي يولد بعد مائة وثمانين يوما على الأقل حسب

<sup>1</sup> - زينب أحولش بولحبال، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> - محمود محمود مصطفى، المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار المهنة، مجلة القانون والإقتصاد المصرية، العدد الخامس، السنة الحادية عشر، 1941 ص 80.

نص المادة 1/311 منه<sup>1</sup>، وقد ذهبت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 13 أكتوبر 1970 إلى القول أنه " لا يعاقب على عدم تقديم الجنين إلى مأمور الأحوال الشخصية إلا إذا كان قد أتم الشهر السادس من شهوره الرحيمة، بحيث يمكن اعتباره قابلاً للحياة قانوناً"<sup>2</sup>، أما في القانون الجزائري فقد اعتد بنفس الفترة في نص المادة 42 من قانون الأسرة<sup>3</sup> التي ورد فيها: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

وبحسب التشريع الجزائري فإن التبليغ عن الولادات يقع بالدرجة الأولى على الأب، وفي حالة تواجده يتحلل الطبيب من التزامه بالتبليغ. أما إذا كان الأب غير شرعي، أي ليس هناك عقد زواج يبرر علاقة البنوة الشرعية، فإن عبء التبليغ ينتقل إلى الأم، وفي حالة عدم تمكنها ينتقل هذا العبء إلى الطبيب، وحتى إذا توفي الطفل بعد ولادته مباشرة، فإن الطبيب لا يعفى من التزامه بالتبليغ تحت أي مبرر، وحتى ولو توفر حسن النية أو القصد بعدم التبليغ للتستر على الأم غير المتزوجة.

ويمنح الإسم للطفل غير الشرعي من قبل ضابط الحالة المدنية في حالة إذا لم ينسب له المصرح أي اسم.

نستخلص من كل هذا، أن وجود التزام على الطبيب بالتبليغ عن المواليد الغرض منه تحقيق مصلحة عامة من الأهمية ترجيح المصلحة التي ينطوي عليها ما يفوق أهمية حفظ السر، ومع ذلك فهي تتفق ورغبة الوالدين في سياق الأمور العادية، لذلك تم اعتبارها من الحالات التي يستلزم التبليغ فيها دون التقيد بأي ذريعة تحول دون ذلك، فلا يسأل الطبيب عن الالتزام بالكتمان فيها.

<sup>1</sup>- Arti 311: « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étendu du trois centième au cent quatre vingtième jour... ». Article 311 du code civil Codifié par: Loi 1803-03-14 Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 J.O.R.F 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006

<sup>2</sup>- Cass. Civ, 13/10/1970, 67-12817. Bulletin I N 255. P 210.

<sup>3</sup>- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة ج.ر. عدد 24، مؤرخ في 12 جوان 1984، معدل ومتمم.



### البند الثاني : التبليغ عن الوفيات

يمثل التبليغ عن الوفيات مصلحة عامة، والهدف منه هو التعرف على أسباب الوفاة، حيث تقتضي العدالة التحقق من ذلك قبل الترخيص بالدفن، ولا يمكن دفن شخص إلا بعد أن تقدم شهادة طبية تثبت الوفاة وأسبابها.

حيث نصت المادة 78 من قانون الحالة المدنية 20/70 على أنه: " لا يمكن أن يتم الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة، ولا يمكن أن يسلم الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة ".

إن التعرف على أسباب الوفاة يفيد في تجنب العدوى من الأمراض المعدية، كما يفيد في رصد الإحصاءات للتعرف على مقدار النجاح الحاصل في الوقاية من مرض معين<sup>1</sup>.

ويقوم الطبيب بتحرير شهادة الوفاة لتحديد طبيعة الوفاة، وعليه فان الطبيب الذي يبلغ عن الوفاة يؤدي واجبا فرضه عليه القانون لمقتضيات المصلحة العامة، إذ بعدم التبليغ عنها تنتشر جرائم القتل وينتشر ضياع الحقوق على أصحابها<sup>2</sup>.

فالسر الطبي في هذه الحالة يقتصر فقط على المرض الذي مات المتوفى بسببه، ومن ثم إذا لم تحتوي شهادة الوفاة التي يحررها الطبيب على سبب الوفاة، واقتصر فقط على ذكر واقعة الوفاة وتاريخها فإنه في هذه الحالة لا يكون مخالفا للسر الطبي. أما ذكر أسباب الوفاة والأمراض التي كان يعاني منها فهي من اختصاص جهة صحية أخرى، وهي تعتبر أمور سرية يلتزم الطبيب بكتمانها، ويجب أن يقتصر التبليغ على جهة الاختصاص فلا يباح للطبيب إفشاء السر إلى غير الجهة المختصة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - زينب احلوش بولحبال، المرجع السابق، ص 66

<sup>2</sup> - عبد الرضى محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1974، ص 356.

<sup>3</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 58.

### البند الثالث: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج.

سلامة الأفراد هي سلامة للمجتمع، لذلك اهتمت الدول حديثا بمسألة الفحص الطبي قبل الزواج، والذي يعني تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية للاطباء المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقد القران<sup>1</sup>، هو سلسلة من الفحوصات الطبية يقوم بها كل رجل و كل فتاة يقدمان على الزواج وذلك للتيقن من خلوهما من الأمراض المعدية التي قد تؤثر على صحة الآخر في حالة زواجهما، وكذلك لمعرفة مدى إمكانية انتقال أمراض وراثية لأبنائهما في حال زواجهما، وبذلك يشمل الفحص الطبي : التعرف على التاريخ الطبي للعائلتين ، الفحص السريري والمخبري لكل من الخطيبين<sup>2</sup>.

الفحص الطبي قبل الزواج قضية شائكة لها أبعاد متباينة، فقد تكون سببا في نجاح العلاقة الزوجية وتقويتها، ويمكن أن تؤدي دورا مؤثرا في اتخاذ القرار الصعب بالانفصال والرحيل، لذلك فقد اختلفت التشريعات فيما يمكن اعتبار الفحص الطبي قبل الزواج مسألة الزامية يتوقف بناء العقد عليها أم مسألة جوازية الغاية منها العلم والنصيحة فقط، فأقرت أغلب الدول في منظومتها التشريعية، قواعد قانونية تلزم كل من يريد الزواج، أن يقدم شهادة طبية تضاف لملف عقد زواجه المدني، كإجراء إداري تكميلي جديد لم يكن موجودا قبل القرن العشرين، غير أن هذا القانون الملزم، كان ومازال محل جدل فقهي واسع وتباين تشريعي، فقد أيدته البعض، نظرا لأهميته في وقاية وحماية صحة الزوجين والنسل والأسرة فالمجتمع، في حين رفضه البعض الآخر وطعن في مشروعيته بحجة أنه يمس بحريات الأفراد الأساسية وحقوقهم الشخصية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قديدر إسماعيل، مرجع سابق، ص 180.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 65.

<sup>3</sup> - فالقانون السويدي المتضمن تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج صدر رسميا بتاريخ 11 يونيو 1920، حيث نصت المادة الخامسة منه: " كل مصاب بتخلف عقلي وضعف نفسي لا يمكنه الزواج "، وهو نفس ما تضمنته بعض أحكام القانون النرويجي والدنماركي، أما في ألمانيا فقد صدر مرسوم وزاري في 19 فبراير 1926 لتنظيم الفحوصات الطبية قبل الزواج، وعهد إلى النيابة العامة بطلب إبطال أي عقد زواج يبدو أن أطرافه لم يخضعوا للفحص الطبي قبل الزواج، أشار إلى ذلك كل من بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج، مرجع سابق، ص 103.

ففي فرنسا، ظهر أول قانون للفحص الطبي في سنة 1946، وكان نتيجة لجدل قوي استمر لفترة طويلة، بخصوص مسألة كشف السر الطبي لأحد المقبلين على الزواج في حالة ما ثبت إصابته بمرض أو عاهة تؤثر على الطرف الآخر أو الحياة الزوجية عموماً، فهل يمكن للطبيب أن يكشف عن هذا السر أياً كانت النتائج المترتبة عنه أم يلتزم بإعلام صاحبه فقط والكتمان على الطرف الآخر؟

إتجه رأي إلى القول بعدم جواز إفشاء الطبيب بسر الخاطب المريض للآخر، لأن السماح له بمخالفة القانون إتباعاً لصوت الضمير يسمح للأطباء من ذوي القصد السيء إفشاء الأسرار استناداً إلى هذا المبدأ لغرض في أنفسهم، بالإضافة إلى تعريضهم للضرر كرفع الدعاوي الجزائية من قبل الأشخاص الذين حال دون زواجهم، ويرى أصحاب هذا الرأي أن منع حصول الزواج مجرد واجب أدبي لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الإلتزام القانوني<sup>1</sup>.

ويظهر تبني القضاء الفرنسي لهذا الرأي في الحكم القضائي الذي صدر من محكمة السين سنة 1901، حيث أقرت بأن الطبيب لا يستطيع أن يذيع إصابة الخاطب بمرض السل دون أن ينتهك حرمة السر الطبي المنصوص عليها في المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي<sup>2</sup>.

أما أنصار الرأي الثاني فإنهم يرون أنه يحق للطبيب أن يذكر لوالدا الفتاة إذا سأله رأيه في حالة خطيب ابنتهما دون حصول انتهاك لسر المهنة، ويرى أصحاب هذا الرأي أن المشرع الجنائي حرم الإفشاء في هذه الحالة إذا لم يكن هناك مبرر قانوني، ولكن إذا توافرت ظروف توجب على الطبيب إفشاء ما وصل علمه من أسرار، فإن نظرية الضرورة الواردة في المادة 64 من قانون العقوبات الفرنسي هي واجبة التطبيق، فيجوز للأمين على السر الإفشاء إذا توافرت شروطها وخاصة عندما لا تكون هناك طريقة أخرى لإنقاذ الشخص سوى الإفشاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 589.

<sup>2</sup> - PATRICK LOIRET. "Theorie Secret Medical".ed Elsevier-Masson.paris. 1997.p 82.

<sup>3</sup> - أنظر سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 135.

واستمر الجدل قائما بين الفريقين إلى بين المنع من الإفشاء واللجوء إلى نظرية الضرورة لإباحة الإفشاء، إلى أن أثبتت فكرة تعميم إلزامية الفحص الطبي على كل المقبلين على الزواج سنة 1925 من طرف الأستاذ بينار (Pinar) رفقة بعض نواب البرلمان الفرنسي، الذي ركز على أهمية الفحص في كشف الكثير من الأمراض التي تؤثر سلبا على صحة الزوجين والنسل، غير أن المسألة رفضت بحجة وجوب استشارة الرأي العام كشرط لتقنينها بتشريع ملزم، إلى غاية 1942/12/16 تاريخ بروز أول قانون للفحص الطبي قبل الزواج بفرنسا من خلال القانون المتعلق بحماية الأمومة والطفولة، والذي عدل وتم بتاريخ 29 يوليو 1943، وبدءا من هذا التاريخ صار الفحص اجباريا للمقبلين على الزواج، وفقا للمواد 63 و 169 من القانون المدني الفرنسي والمادة 153 من قانون الصحة العامة الفرنسي، وأهم ما يسجل عليه بخصوص سرية المعلومة أنه ألزم الطبيب كتمان نتائج الفحص، إذ تعلن فقط للشخص المفحوص دون الخاطب الآخر، أو ضابط الحالة المدنية، خاصة إذا تبين وجود خطر صحي لسبب عاهة أو مرض معدي للزوجين والذرية المنتظرة<sup>1</sup>.

يؤكد غالبية شراح القانون بأن الحالة الصحية للمقبلين على الزواج في التشريع الفرنسي لا تشكل عائقا أمام الزواج، عكس بعض التشريعات الغربية، حيث أن مراسيم الزواج تتوقف فقط على تقديم هؤلاء المقبلين على الزواج لشهادتهم الطبية المثبتة لخضوعهم للفحص الطبي دون تضمين هذه الشهادات الطبية لنتائج الفحص، لذلك يبدو أن الزواج ليس ممنوعا بالنسبة للأشخاص المصابين بأمراض أو بعاهات جسمية أو ذهنية<sup>2</sup>.

وهكذا ظلت الشهادة الطبية قبل الزواج سارية المفعول في فرنسا لمدة خمسة وستون سنة، لم تخل من المعارضة والتحفظ لدى بعض فئات المجتمع الفرنسي، إلى غاية سنة 2007، بمناسبة صدور قانون 20 ديسمبر 2007 المتعلق بتبسيط القانون لفائدة الأشخاص أو الأفراد<sup>3</sup> أين تم إلغاؤها نهائيا لتنتهي حقبة إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج بفرنسا، وذلك

<sup>1</sup> - PATRICK LOIRET, "Theorie Secret Medical".OP.Cit .p 85.

<sup>2</sup> - علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص 223.

<sup>3</sup> -Loi n° 2007-1787 du 20 Décembre 2007 relative à la simplification du droit, J.O.R.F Du 21 décembre 2007.

بموجب المادة 08 منه<sup>1</sup>، التي عدلت بموجبها أحكام المادة 63 و 169 من ق. م. ف<sup>2</sup>، مثلما ألغيت المادة 2121 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

ويؤسس هذا الإلغاء على عدة حجج أهمها أن هذه الشهادة ليس لها أي استعمال أو ضرورة في إطار إجراءات الزواج، فهي لا تتضمن أي إشارات أو توضيحات حول الحالة الصحية للمقبلين على الزواج، ولا تكشف لضابط الحالة المدنية شيئاً، مادام أنه لا يحزر فيها نوع المرض أو العامل الذي يمكن أن يؤثر على الزواج، مثلما أن تبني القانون الفرنسي لمنهج التفكير الحر جعله يصل إلى أن وثيقة إثبات الصحة الجيدة للمقبلين على الزواج ليست شرطاً للزواج، فكل شهادة طبية تفي بالغرض، وبالتالي لا ضرورة لتقديمها في ملف الزواج<sup>3</sup>.

أما في التشريع الجزائري، فقد ظهرت مسألة الفحص الطبي قبل الزواج في التعديل الأخير لقانون الأسرة سنة 2005، حيث نصت المادة 07 مكرر منه على: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

<sup>1</sup> - Art 08 du Loi n° 2007-1787 : "... Modifie Code civil - art. 169 (V)... Modifie Code civil - art. 63 (V) ,...Abroge Code de la santé publique - Chapitre Ier : Examen médical pré-nuptial. (Ab)...Abroge Code de la santé publique - art. L2121-1 (Ab)...Abroge Code de la santé publique - art. L2121-2 (Ab).... "

<sup>2</sup> - Art 63 du Code civil :... **La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée :**

**1° A la remise, pour chacun des futurs époux, des indications ou pièces suivantes :**

**-les pièces exigées par les articles 70 ou 71 ;**

**-la justification de l'identité au moyen d'une pièce délivrée par une autorité publique ; -l'indication des prénoms, nom, date et lieu de naissance, profession et domicile des témoins, sauf lorsque le mariage doit être célébré par une autorité étrangère .**

**2° A l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces fournies, que cette audition n'est pas nécessaire au regard des articles 146 et 180. "** <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>3</sup> - أنظر علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 223 و224.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

وبعد سنة من الإنتظار، صدر التنظيم المحال إليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 154/06<sup>1</sup>، والذي أكد بشكل قطعي وعام إتجاه المشرع إلى فرض الفحص الطبي قبل الزواج<sup>2</sup>.

مثملاً يبدو جلياً اتجاه إرادة المشرع نحو الزامية إثبات الصحة الجيدة للزوجين قبل انعقاد العقد، إذ اشترط تقديم شهادة طبية لكل من الزوجان لأتمام الزواج ، أي المنع البات لتحرير العقد في غيابها، إذ نصت المادة 06 من هذا المرسوم على : " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالباً الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

ركز المرسوم في مادته الثالثة على نوع الفحص الأساسي الذي يخضع له طالب الزواج<sup>3</sup>، بينما ركز على دور الطبيب في بحث الحالة الصحية وفق ما تتطلبه الأسرة

---

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 154-06 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق لـ 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1684 والمتضمن قانون الأسرة.

<sup>2</sup> - فقد نصت المادة 02 منه 154: " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يتجاوز تاريخها 03 أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم. يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذه المادة لطبيب، حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم"

<sup>3</sup> - تنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 154/06: " لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه إلا بناء على نتائج:

- فحص عيادي شامل.
- تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus)

السليمة من مقومات صحية وما يراه الطبيب مناسباً لتقدير ذلك بحسب علمه وخبرته في فن الطب، وفقاً لنص المادة 04 منه<sup>1</sup>.

بهذا يكون المشرع قد وسع مجال الإجتهد للطبيب للبحث في الحالة الصحية لطالب الزواج، مقابل تقييده في الأخير بملأ النموذج المعد سلفاً والمرفق بالمرسوم، مع وجوب إعلام المعني بنتائج الفحص وفقاً لنص المادة 05 منه: "يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقاً للمادة 03 أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني".

ونجد المشرع يتجه إلى تفعيل المجهود الطبي أمام الإدارة لما أخذ صورة من يوجه التزاماً بالاعتماد إلى ما وصلت إليه نتائج الفحص كواجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، إذ ألزمهما تحت طائلة العقوبة<sup>2</sup>، بالتأكد من علم كلا الطرفين بالحالة الصحية للأخر ونتائجها على العلاقة الزوجية، والتأشير على هذا الإطلاع في العقد، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 07 على أنه: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمرض أو العوامل التي قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 157/06: "يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية و العائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و / أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطراً الإنتقال إلى الزوج و/ أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها"

<sup>2</sup> - إذا تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط تقوم مسؤوليته الإدارية مع إمكانية متابعتها جزائياً، أنظر عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2009، ص 53.

<sup>3</sup> - تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 145/06: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الإستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمرض أو العوامل التي قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الطرفين"

لكن هذا الحزم الذي بدا به المشرع، حسنا فعل إذ لم يتجاوز به رغبة الطرفين في إتمام العقد أو العدول عنه، حيث نص في المادة 07 ف2 أنه: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة الطرفين ".

يستخلص أن المشرع برغم ما خصصه من اهتمام للفحص الطبي، إلا أنه احتكم في الأخير إلى إرادة الطرفين في إتمامه، فهو يهدف إلى حصول علم الزوجين بحقائق مهمة قد يتوقف عليها مصير علاقتهم فيكون رضاهما في عقد الزواج خالصا عن بينة وإدراك.

وبالنسبة للسر الطبي الواقع كالإلتزام على الطبيب، فإن المشرع الجزائري استطاع أن يصل إلى تطبيق الإلتزام بالفحص الطبي على طالبي الزواج وتحقيق العلم بوضعية كل طرف للآخر دون تعد أو مساس بقيمة السر الطبي وهيبته، ذلك أنه لم يقرر من الإلتزام يقع على الطبيب اتجاه طالب الزواج سوى ما تعلق بكشف الحالة الصحية للمعني وتسليمه شهادة ذلك، فهو لم يلزم بنقل المعلومة إلا لصاحبها دون الطرف الآخر كما سبق الإشارة إليه في نص المادة 04 من المرسوم 154/06..

بينما لم يشر إلى من ينقل المعلومة للطرف الآخر، إنما ركز على ضمان انتقال المعلومة إلى الطرف الآخر من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية في نص المادة 07 منه، باعتبار أن واجبات مهنته الأصلية تفرض عليه الحرص على تطابق رضى الطرفين المتعاقدين، وأن يكون هذا الرضا نابع عن دراية و علم بمحل التعاقد، فهما من يسهران على التأكد من علم كل طرف بنتائج فحص الآخر، وبهذا فالمشرع لم يلزم أي طرف بإفشاء السر إنما ترك ذلك لإرادة صاحب السر إن شاء التعاقد وإن شاء رفض، ذلك أن العلاقة الزوجية وما تختص به من قدسية تتطلب في الأصل أن تبنى على الصراحة والوضوح، وهو ما دفع المشرع لفرض الفحص الطبي ترسيخا لهذا المبدأ.

وبالتالي فمسألة الفحص الطبي وما يتبادر منها إلى أذهان الكثير من أنها من الرخص القانونية التي يمكن أن تعفي الطبيب من إلتزامه بالكتمان لسر طالب الزواج، إلا أنها في حقيقة الأمر لا تمثل سببا مبررا لما قد يحدث من إفشاء للسر من قبل الطبيب في القانون الجزائري.



### الفرع الثاني

#### التبليغ عن الأمراض المعدية

تتجم الأمراض المعدية عن ميكروبات مُمرضة؛ مثل الجراثيم والفيروسات والطفيليات والفطريات، ويمكن أن ينتشر المرض . بصورة مباشرة أو غير مباشرة . من شخص إلى آخر، ويمكن تصنيف هذه الأمراض في ثلاث فئات، هي: الأمراض التي تسبب مستويات عالية من الوفيات، والأمراض التي تضع على السكان أعباء ثقيلة من العجز، والأمراض التي يمكن أن يكون لها تداعيات عالمية خطيرة، نظراً لسرعة انتشارها والطبيعة غير المتوقعة لهذا الانتشار<sup>1</sup>.

لقد أدى التقدم في مجال العلوم الطبية، إلى اتخاذ بعض الإجراءات فيما يخص حماية الصحة العامة في المجتمع، ووقاية أفراد من الأمراض الوبائية، كأعداد خطط للكشف عنها وتقديرها وبالأخص التبليغ عنها لأن للجماعة مصلحة كبرى في مقاومة الأمراض المعدية حتى لا تستفحل، مما يستدعي أن تتوقف المصلحة الخاصة بالمرضى وهي حفظ سره أمام المصلحة العامة للجماعة، خاصة وأن هذه الأمراض تنتقل من فرد إلى مجتمع<sup>2</sup>.

اتجهت جل تشريعات العالم إلى إلزام الأطباء بالتبليغ عن الأمراض المعدية ترجيحاً للمصلحة العامة على مصلحة الفرد في كتمان السر، فنصت المادة ( 12 أ) من قانون الصحة الأردني رقم 21 لسنة 1971 على أنه: "على كل طبيب أو طبيب مجاز، أشرف أو اشترك في معالجة أي مصاب بمرض معد، أن يبلغ المدير خلال 12 ساعة من عمله بالإصابة"<sup>3</sup>. وألزم القانون المصري الأطباء بالتبليغ عن الأمراض المعدية التي يكتشفونها

<sup>1</sup> منظمة الصحة العالمية، منشور على الموقع <http://www.emro.who.int/ar/health-topics/infectious-diseases/index.html>

<sup>2</sup> قديدر إسماعيل، المرجع السابق، ص 174.

<sup>3</sup> قانون الصحة العامة الأردني رقم 21 لسنة 1971 مادة 12 نقلاً عن موفق علي عبيد، مرجع سابق، ص 133.

أثناء ممارسة مهنتهم، ولو كان المريض هو الذي أفضى لهم بها<sup>1</sup>، أما القانون الفرنسي وبالضبط في المادة 11 من قانون الصحة العمومية نص بشكل صريح على التصريح للسلطة الصحية بالأمراض المعدية<sup>2</sup>.

أما في التشريع الجزائري، لقد نصت المادة 51 من م.أ.ط ج على انه " يمكن إخفاء تشخيص لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب"، لكن المادة 54 من ق. ح. ص ذكرت أنه " يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرضٍ معدٍ شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية"، ويستخلص من هذا أن الأمراض المعدية تتجاوز أهميتها رغبة المريض وتقدير الطبيب<sup>3</sup>، فقد توجد ظروف تستدعي إفشاء السر الطبي كإكتشاف مرض معدٍ، وبالتالي يجب إبلاغ زوجة المريض أو أهله، ونفس الأحكام يمكن تطبيقها على الصيدلي باعتباره شخص مؤهل بحكم مهنته للاطلاع على مثل هذه الحالات<sup>4</sup>. وأكد المشرع الجزائري على واجب التبليغ في عديد النصوص أهمها:

المادة 59 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين: "تقدم الإسعافات والعلاجات الضرورية للمحبوسين وتُجرى لهم الفحوصات الطبية والتلقيحات والتحاليل للوقاية من الأمراض المنتقلة والمعدية تلقائياً"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المادة 13 فقرة أولى من القانون رقم 137 لسنة 1958 الخاص بالاحتياطات الصحية من الأمراض المعدية.

<sup>2</sup> أنظر المادة 11 من ق. ح. ص. ف

<sup>3</sup> - حددت قائمة الأمراض المعدية بموجب القرار رقم 176 الصادر عن وزارة الصحة وهي: الكوليرا، الحمى التيفودية، التسمم الغذائي الجماعي، التهاب الكبد الفيروسي، الخناق، الكزاز، السعال الديكي، شلل الأطفال، الحصبة، التهاب السحايا، التهاب السحايا غير السببي، مرض السل، حمى المستنقعات برداء، ليشمانيوز الأحياء، ليشمانيوز الجلد، الكيس المائي، الكلب، مرض الجمرة، الحمى المالطية القلاعية، البلهارسيا، الجدام، التهاب الإحليل السيلاني، التهاب الإحليل غير السيلاني، السفلس، مرض الإفرنجي، انتانات الإيدز السيدا، الحمى المتوسطة، الطاعون، الحمى الصفراء، الرمد الحبيبي". أنظر القرار رقم 176 الصادر عن وزارة الصحة بتاريخ: 19 نوفمبر 1990 ، نقلا عن نصيرة ماديو، المرجع السابق، ص 7

<sup>4</sup> - بوقفة أحمد، المرجع السابق، ص 153.

<sup>5</sup> - المادة 59 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 12 بتاريخ 13 فبراير 2005.

ونصت المادة: 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 13 ماي 1997 الذي يتضمن الاتفاقية المتعلقة بالتغطية الصحية للمساجين بالمؤسسات العقابية أن على الطبيب الإبلاغ والتصريح الإجباري بكل مرض معدٍ شخصه تحت طائلة العقوبات الإدارية والجزائية، سواء كانت حالات مشكوك في أمرها أو متوقع وجودها، وأن هذا الالتزام يمتد حتى إلى المسؤولين عن المخابر العامة أو الخاصة، وإن التبليغ عن هذه الأمراض يكون بواسطة محاضر معدة مسبقاً على شكل مطبوعات وهذا ما نصت عليه المادة 04 من نفس القرار، ويكون التبليغ باستعمال التيلكس والهاتف وأي وسيلة أخرى، حسب ما نصت عليه المادة 07 من نفس القرار المذكور أعلاه<sup>1</sup>.

وفي مجال طب العمل، نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي 120/39 المتعلق بتنظيم طب العمل: "عملاً بالمادة 54 من قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985، يجب على طبيب العمل أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها والتي يطلع عليها ضمن الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما..."<sup>2</sup>، فمع أن الطبيب ملزم قانوناً بالحفاظ على السر الطب، إلا أنه يجب على طبيب العمل أن يخبر عن بعض الأمراض، مثل التهاب الرئتين، فهو يوجه شهادة إلى الضمان الاجتماعي، وأخرى إلى مفتش العمل المختص إقليمياً، وتسلم نسخة منها للمعني بالأمر (المريض). وكل مرض يشك طبيب العمل أن مصدره مهني، يجب أن يكون محل تصريح لمفتش العمل، مثلما يقع على الطبيب في مجال طب العمل واجب التصريح بكل الأمراض المهنية التي يطلع عليها بموجب نشاطه الطبي، ويلتزم بتبليغ السلطات الصحية المختصة بها، ومن بينها وزارة الصحة والسكان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المواد 3 و 4 و 7 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: 13 ماي 1997 الذي يتضمن الاتفاقية المتعلقة بالتغطية الصحية للمساجين بالمؤسسات العقابية، ج ر عدد

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 120/39 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج ر

<sup>3</sup> - أنظر المادة 54 من ق. ح. ص. ت.

### الفرع الثالث

#### التبليغ عن الجرائم

الأصل العام أن التبليغ عن الجرائم التزام يقع على جميع الأفراد حماية للمجتمع، لكن استثنى الأطباء من التبليغ عن الجرائم لما تقتضيه مهنتهم من اطمئنان وثقة (بند أول)، ولم يجز لهم التبليغ عن الجرائم سوى ما تعلق بالجرائم الواقعة ضد القصر والمساجين (بند ثان)، وجرائم الإجهاض (بند ثالث)، وجرائم تهريب المهاجرين (بند رابع)

#### البند الأول: استثناء الأطباء من التبليغ عن الجرائم

الأصل العام أن حماية المجتمع تفرض الوقاية من الجريمة، وهذا الدور الذي تضطلع به الدولة يشترك فيه الأفراد بالعمل دون الحيلولة من وقوع الجرائم أو المساعدة فيها، فمحاربة الجريمة تقتضي تكاثف الجهود بتجاوب الأفراد بتقديم المساعدة لكل شخص كان في حالة خطر متى أمكن ذلك والتبليغ عن الجرائم، مما يفهم منه اشتراك الأطباء وغيرهم من المواطنين سواء بسواء، وهو ما يجعل الطبيب في موقف حرج أثناء ورود هذه المعلومات إلى علمه وهو بصدد ممارسة مهنته التي تفرض عليه الكتمان وعدم التبليغ بموجب المادة 301 من ق. ع. ج، فتتازع الالتزام بالسر مع الالتزام بالتبليغ يخلق له اضطراب في اختياره للقرار المناسب.

وبالانتقال إلى نصوص مواد أخرى من قانون العقوبات، نجد في نص المادة 181 استثناء مهما قد يكفي للحلول دون هذا التنازع، إذ ورد أن: "في ما عدى الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 1000 دينار إلى 10 000 دينار جزائري، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فوراً".

والحالة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 91، هي عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة.

لنصل إلى القول أن المشرع استثنى الأطباء من عامة الناس لتميزهم، ليبقى سريان الإلتزام بالتبليغ عن الجرائم إن كان واجبا عاما فالأطباء مقيدون عنه بالسر المهني، فإباحة الإفشاء بالنسبة للأطباء لا تكون إلا عن طريق نص وارد كاستثناء، مثلما سنتطرق إليه

البند الثاني : التبليغ عن الجرائم الواقعة ضد القصر والمساجين.

نصت المادة 206 ف1 من ق. ح. ص. ت على أنه: " يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم".

ونصت المادة 54 من م. أ. ط. ج " لا يمكن الطبيب أو جراح الأسنان، المدعو لفحص شخص سلب الحرية أن يساعد أو يفض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك لمجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة مهما تكن الحجج، وهذا في كل الحالات و الظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح، ويجب ألا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء ذلك".

يبدو أن المشرع الجزائري قد غلب الجانب الإنساني، فرجح مبدأ الحماية على مبدأ كتمان السر الطبي بالنسبة للقصر والمسجونين باعتبارهم طرفا ضعيفا وحاجتهم لشهادة الطبيب أشد من حاجتهم للكتمان ، مثلما أن رفع واجب الكتمان المفروض على الطبيب في مثل هاته الحالات من شأنها الردع عن جملة هذه السلوكات الغير إنسانية.

وبذلك يكون قد ساير المشرع الفرنسي في إباحته الإفشاء عن الجرائم الواقعة ضد القصر والمسجونين بالمادة 226.14 من ق. ع. ف : " أن المادة 226.13 من نفس القانون لا تطبق في الحالات التي يفرض فيها القانون أو يسمح بكشف السر، إضافة إلى أنها لا تطبق على:

أ- الذي يعلم السلطات القضائية طبية أو إدارية بالعنف وحالات الحرمان التي تعرف عليها، ووجهت ضد قاصر تحت سن الخمسة عشر سنة، أو على شخص لا يستطيع حماية نفسه بسبب سنه، أو حالته الجسمية أو النفسية.

### البند الثالث : التبليغ عن جرائم الإجهاض.

الإجهاض جريمة في حق الجنين لأن فيها تعمد على إنهاء حالة الحمل بإعدام الجنين، وذلك إما بإخراجه من الرحم أو بإعدامه داخل الرحم بأي وسيلة من الوسائل وقبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته وبلا ضرورة<sup>1</sup>.

ورغم أن التشريع المصري و الفرنسي يتفقا أن فعل الإجهاض يشكل جريمة، إلا أنهما لم يتطرقا إلى النص على جواز إفشاء السر الطبي بمناسبة وقوع هذه الجريمة<sup>2</sup>.

لكن المشرع الجزائري استثنى الكتمان في هذا النوع من الجرائم بموجب الفقرة الثانية نص المادة 301 من ق.ع.ج. " ... ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها..".

فقيام الطبيب بالإبلاغ عن هذه الجريمة هو واجب وسبب يُعفي من العقاب بنص المادة المذكورة أعلاه، وما يسجل بخصوص صياغة هذه الفقرة من المادة أن المشرع في ترجيحه للضرر الواقع من الجريمة عن الإلتزام بالكتمان، لا زال يُذكر بأهمية هذا الأخير وأولويته، حينما استعمل لفظ "رغم عدم التزامهم"، لما تحمله من دلالة على تجاوز أمر ليس بالهين لم يكن من المتوقع تجاوزه.

فللطبيب أن يفشي السر إذا جاء رجل يسترشده في إسقاط حمل ويطلب منه المساعدة في ذلك، فمن واجب الطبيب أن يسعى إلى منعه ولو أدى ذلك إلى إفشاء السر بالتبليغ عنه إلى الجهة الرسمية، وإذا جرى التبليغ لغير هذه الجهة يعتبر إفشاء للسر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - د. أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية للجنين، نقلا عن قديبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 159.

<sup>2</sup> - د. احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> - سمير أورفلي، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون السورية، العدد الحادي عشر، اليوبيل الذهبي 1985، ص 1344.

### البند الرابع: التبليغ عن جرائم تهريب المهاجرين

يعد تهريبا للمهاجرين القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو عدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى، وقد اعتبرها المشرع الجزائري من ضمن الجرائم الواقعة على الأشخاص المعاقب عليها قانونا، لذلك نصت المادة 303 مكرر 37: " كل من علم بارتكاب جريمة تهريب المهاجرين، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

فيما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة".

يبدو من خلال هذه المادة، أن المشرع أوجب التبليغ على هذا النوع من الجرائم دون التقيد بواجبات السر المهني، لما تنطوي عليه من خطورة، فترجيح تعرض حياة أو سلامة المهاجرين المهريين للخطر وارد بشدة أكثر من احتمال أمنهم وسلامتهم، وفي كل الأحوال فهم في وضعية غير قانونية، لذلك رجح مصلحة إفشاء السر عن مصلحة الكتمان في هذا النوع من الجرائم، فيكون الطبيب ملزما بالتبليغ عن ما وصل علمه من أسرار تتعلق بتهريب المهاجرين، دون أن يتحمل مسؤولية هذا الإفشاء.

ما يسجل على المشرع في هذه المادة، هو ما تعلق بحالة الجرائم التي لا تكون واقعة ضد القصر، حيث استثنى في التبليغ عنها أقارب وحواشي وأصهار الجاني، فإذا كان الطبيب من ضمنهم، فإنه يستثنى من واجب التبليغ ويسري التزامه بكتمان السر المهني ويسأل عن إفشائه باعتباره مستفيدا من رخصة تعفيه من الإدلاء به، وفي غير ذلك يكون ملزما بالتبليغ، مما يفهم منه أن أقارب الجاني الغير ملزمون بواجب السر يسقط عنهم واجب التبليغ في حين أن الطبيب المقيد بهذا الواجب يعاقب عن عدم التبليغ، وكان من الأولى في محاربة هذه الجريمة عدم تفضيل رابط القرابة على واجب كتمان الأسرار الذي يعد التزاما عاما.

## الفرع الرابع

### الإفشاء أمام القضاء بدافع الشهادة وأعمال الخبرة

يتبنى المجتمع المعاصر فكرة سمو العدالة، فضمامنا لحسن سير العدالة أباح المشرع فعل إفشاء الأسرار الطبية إذا قام به الأمين على السر الطبي بغرض أداء الشهادة أمام القضاء في مسألة استدعي من أجلها (بند أول)، أو إذا كلف بإعداد خبرة (بند ثان).

#### البند الأول: الإفشاء بغرض الشهادة

والأصل في أداء الشهادة أنها واجب يفرضه القانون على كل شخص من أجل الوصول إلى معرفة الحقيقة في المنازعات المطروحة على اختلافها من أجل ثبوت التهمة أو نفيها، ويتعرض للعقاب من يتخلف عن الحضور وأداء الشهادة، ولكن هل يختلف الأمر بالنسبة للأطباء كونهم يؤدون التزاما بكتمان ما قد حصلوا عليه من معلومات بموجب الثقة التي أودعها فيهم عملاءهم وبالتالي لا يجوز إفشائها؟

#### أولاً: موقف الفقه من أداء الشهادة.

لقد اختلف الفقهاء بشأن الشهادة، وهل يحق للطبيب إفشاء سر المهنة أم أنه يمنع عليه ويتعرض للعقاب إذا أفشى شيء من ذلك عن طريق أداء الشهادة.

فمنهم من قال بأنه لا عقاب على هذا الإفشاء، لأن الفرد وإن كان من أهل المهنة مجبر على بيان ما اطلع عليه بمقتضى مهنته أو صناعته وإن ذلك يساعد القضاء في الوصول إلى الحقيقة، وسمو مبدأ العدل يقتضي على كل فرد خدمة العدالة بواجب أداء الشهادة، لذلك يقدم هذا الواجب على واجب كتمان السر، إذ يرى الأستاذ منير القاضي أنه: "ليس من حق قوانين المرافعات أن تفرض على المحامين والوكلاء والأطباء عدم جواز إفشاء ما وصل إليهم من علم بوقائع أو معلومات عن طريق مهنتهم أو صناعته، وأن تفرض ذلك عليهم قوانين مهنتهم"<sup>1</sup>، وذهب جارو إلى حد إعطاء حرية التحكم لصاحب المهنة حينما قال: "إن الأمر يجب أن يترك للطبيب فيباح له إفشاء السر أو كتمانه حسب الظروف

<sup>1</sup> - نقلا عن سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 114.



وحسب مقتضيات الدعوة وله في هذا أن يجيب أو يمتنع عن الإجابة على أي سؤال تلقى عليه المحكمة<sup>1</sup>.

وانتقد هذا الرأي بحجة أنه لا يتفق مع مقتضيات تجريم إفشاء السر، فالتسليم بوجود استثناء على الكتمان يفتح المجال لإهدار قيمة العمومية التي من المفروض أن تطبع خصائص السر، وتفتح المجال للتأويل والتذرع في انتهاك حرمة الأسرار<sup>2</sup>.

لذلك اتجه فريق آخر إلى القول بأن عمومية السر تفترض ترجيح واجب الكتمان أمام واجب الشهادة، وحتى في رضی صاحب السر بالإفشاء فإن هذا لا يمنح الطبيب التحلل من التزامه بالكتمان، إذ أن واجب الكتمان لم يقرر لمصلحة من أفضي بالسر ولا من أفضي إليه به<sup>3</sup>، فتحريم الإفشاء بالسر الطبي يعد من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يستطيع المريض أن يبيح إفشاءه بمجرد الإذن للطبيب بذلك، ويستوي الأمر إذا تعلق بالشهادة أمام القضاء أو غير ذلك.

في حين يرى البعض الآخر أن الإدلاء بالشهادة يتوقف على رضا صاحب السر، فإذا دعي الطبيب أمام القضاء للشهادة فلا يتحلل بكتمان السر إلا في الحالات التي استثناها القانون بنص صريح، هذا حتى ولو طلب منه المحقق أو أذن له القاضي بذلك<sup>4</sup>، ولا يعفيه من واجب الكتمان إلا الإذن الصادر من صاحب السر نفسه، ومن دونه فهو يرتكب جريمة إفشاء الأسرار الطبية وتعد شهادته باطلة ولا تصلح دليلاً قانونياً لأنها تعد في ذاتها جريمة معاقب عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - نقلا عن د. محمود محمود مصطفى، المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من الأسرار، المرجع السابق، ص 74 و 75.

<sup>2</sup> بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 103.

<sup>3</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 19.

<sup>4</sup> - عبد السلام الترمذاني، المرجع السابق، ص 54.

<sup>5</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 27.

وفي هذا الإتجاه ظهر فريق يرى بوجود التفريق بين الشهادة أمام القضاء الجزائي والشهادة أمام القضاء المدني، ففي القضاء الجزائي لا مجال للإمتناع عن الشهادة باعتبارها تتعلق بمصلحة عامة، أما في القضاء المدني فصاحب المهنة لا يجبر على الشهادة وله التمسك بالسرية المهني، ويراعى في ذلك رضى صاحب السر، والسبب في ذلك يعود إلى أن المصالح المتعارضة هنا هي مصالح فردية وأن مصلحة صاحب السر هي أولى بالرعاية من غيرها<sup>1</sup>.

إلا أنه ذهب فريق ثالث وهو ما نرجح رأيه، إلى القول إذا كان في قول الشاهد ما يؤدي إلى إفشاء سر طبي ويساعد على أداء خدمة عامة تفيد المجتمع فلا مانع من أداء الشهادة التي تتضمن إفشاء أسرار طبية محمية ولا يُعد ذلك فعلاً معاقباً عليه<sup>2</sup>، فهذا الرأي اعتمد على ترجيح المصلحة بين الكتمان والشهادة، أي إذا كان الضرر الواقع من الإفشاء أقل من الضرر الواقع عن عدم الشهادة يتم تغليب الإلتزام بالشهادة على حساب الإلتزام بالكتمان.

### ثانياً: موقف التشريع المقارن من الشهادة كسبب إباحة للإفشاء

نجد أن المشرع المصري قد حسم التعارض بين واجب أداء الشهادة أمام القضاء وواجب كتمان الأسرار المهنية، بتغليبه واجب الكتمان على واجب أداء الشهادة، فالمادة 169 من قانون تحقيق الجنايات نصت على " لا يعاقب الأشخاص الملتزمون بمقتضى المادة 310 من قانون العقوبات بكتمان الأسرار التي أوتمنوا عليها بسبب صناعتهم، إذا تم استدعائهم لأداء الشهادة ولا يعاقب الأشخاص المعفون من أداء الشهادة في المواد من 202 إلى 205 من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية"

والمادة 66 من قانون الإثبات تحظر على أصحاب المهن أداء الشهادة أمام القضاء، ولو كانت شهادة صاحب المهنة هي الدليل الوحيد للفصل في النزاع<sup>3</sup>، وتطبيقاً لذلك فإن صاحب

<sup>1</sup> - أنظر سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 113.

<sup>2</sup> - موقف علي عبيد، المرجع السابق، ص 160.

<sup>3</sup> - د. حسن زكي الأبراشي، مرجع سابق، ص 863.

المهنة الطبية الذي يدلي بشهادته ويفشي أمام القضاء الوقائع التي تعد أسراراً مهنية، يرتكب جريمة إفشاء السر الطبي، ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 310 من قانون العقوبات، لكن حظر الشهادة هنا ليس مطلقاً، فقد تقتضي مصلحة صاحب السر ذاته أن يؤدي الأمين على السر الشهادة أمام القضاء، لذلك استثنى المشرع من حظر الشهادة بشأن الوقائع التي تتصف بالسر الطبي، الحالة التي يطلب فيها صاحب السر نفسه الشهادة، فالمادة 66 من قانون الإثبات التي منعت الشهادة في فقرتها الأولى، فرضت في فقرتها الثانية على الملزمين بالكتمان أداء الشهادة في شأن الوقائع التي تعد أسراراً مهنية متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم<sup>1</sup>.

فهذه المادة توجب على الأمين أداء الشهادة عن الوقائع السرية عندما يطلب منه صاحب السر ذلك، وإذا امتنع عن ذلك وكان امتناعه غير مبرر قانوناً حقت عليه العقوبات التي يقرها القانون لمن يتخلف عن الإدلاء بالشهادة.

بينما في القانون العراقي ثمة تعارض بين واجب الشهادة وواجب الكتمان ففي حين تعتبر المادة 437 من قانون العقوبات العراقي<sup>2</sup> إفشاء السر المهني الواقع من طبيب جريمة يعاقب عليها، فإذا دعت المحكمة للشهادة له أن يمتنع عن ذلك بشرط توضيحه للأسباب التي دعتة الى الأمتناع<sup>3</sup>، نجد المادة 259 منه تنص على أنه: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد ستة أشهر وبغرامة مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع بغير عذر قانوني عن أن يجيب على سؤال وجهه إليه أحد ممن ذكر في الفقرة السابقة" وإن الفقرة السابقة من المادة نفسها قد ذكرت الأشخاص الذين يطلبون ذلك وهم الحاكم أو المحقق أو موظف أو مكلف بخدمة عامة، فتعتبر الشهادة من قبل الطبيب إفشاء لسر المهنة مما يجعله موضعاً للمسألة الجنائية، ويعرضه أداء الشهادة كذلك للعقوبة المقررة لإفشاء السر،

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 781.

<sup>2</sup> - قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، الوقائع العراقية عدد 1778، بتاريخ 15/12/1969.

<sup>3</sup> - يرجع تقدير الأسباب التي يستند عليها الطبيب في امتناعه عن الشهادة والفصل فيما تعد من أسرار المهنة أم لا إلى المحكمة، فإن رأت أن لا مسوغ لامتناعه ألزمته بالشهادة، وفي حلة امتناعه تطبق عليه عقوبة الامتناع عن الشهادة، أنظر سلمان علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 115.

مما جعل أمر تغليب أحد الواجبين على الآخر أمراً ضرورياً، وهو ما فعله المشرع العراقي فلقد حسم هذا التعارض وغلب واجب الكتمان على واجب الشهادة، وذلك في المادة 89 من قانون الإثبات عندما حظر على أصحاب المهن الشهادة في الوقائع التي تتصف بالسر المهني، إلا في حالة رضا صاحب السر أو إذا كان ذلك يؤدي إلى المنع من وقوع جريمة<sup>1</sup> وهذا ما أكدته المادة 257 من قانون العقوبات حيث ورد أنه: لا تسري أحكام شهادة الزور على من لم يكن من الواجب سماعه، كشاهد أو كان من الواجب أن يمتنع قانون عن أداء الشهادة.

وبالتالي يفهم من أن المشرع العراقي يقدم واجب كتمان السر على واجب الشهادة أمام القضاء إلا إذا كان ذلك بناء على رضا صريح من صاحب السر<sup>1</sup>.

أما في القانون الفرنسي نجد أن المشرع آثر واجب كتمان السر الطبي على واجب الشهادة، ففي حين تنص المادة 13/226 من قانون العقوبات الفرنسي على أن كتمان السر التزام مفروض على الأطباء، كواجب يعاقب عليه، والمادة 159 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على: " كل شخص يستدعى لسمع كشاهد، ملزم بالحضور وبأداء اليمين والشهادة مع التقيد بتطبيق الأحكام المتعلقة بالسر المهني".

لكن القانون الفرنسي لم يجعل هذا الحظر مطلقاً، وذلك عندما حدد الحالات التي يلزم فيها المهني أو يسمح له بكشف السر<sup>2</sup>، وذلك أن الملزم بالسر الطبي يستطيع الإدلاء بالشهادة في الحالات التي نص عليها القانون في المادة 184 من نفس القانون، وهي حالات العنف والحرمان ضد القصر أقل من 15 سنة، وفي حالة الاعتداء الجنسي على الراشدين ولكن مع موافقتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر سلمان علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 113 إلى 117.

<sup>2</sup> - أنظر المادة 14/226 من قانون العقوبات الفرنسي.

<sup>3</sup> - بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 177

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الشهادة كسبب إباحة للإفشاء

لقد نصت المادة: 206 من ق. ح. ص. ج على أنه: " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك".

يُفهم من هذا النص أن هناك تعارض بين واجب الشهادة وواجب الكتمان، إذ أن أداء الشهادة من قبل الطبيب يعتبر إفشاء للسر المهني مما يجعله محل مساءلة جزائية طبقا للمادة: 301 من قانون العقوبات الجزائري، كما أن امتناع الطبيب عن أداء الشهادة يعرضه كذلك للعقوبة المقررة للامتناع عن أداء الشهادة المنصوص عليه في المادة: 97 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> والتي جاء فيها: " كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة"

ونصت كذلك المادة: 222 من قانون الإجراءات الجزائية: "كل شخص مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة".

ونصت المادة 1/223 من نفس القانون: "يجوز للجهة القضائية بناء على طلب النيابة العامة معاقبة كل شاهد يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 97 "

وكذلك نصت المادة: 100 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري: " يتعين على الأطباء أو جراحي الأسنان إذا ما وجهت إليهم أسئلة.... أن يكشفوا في حدود ما يتفق وواجب احترام السر المهني ما يعرفونه من وقائع يمكن أن تساعد التحقيق."

ولقد أوجب المشرع الجزائري على الطبيب الذي وجه له استدعاء كشاهد أمام القضاء بالتقيد في إجابته ولا يحق له الإجابة إلا على الأسئلة المطروحة وهذا ما نصت عليه المادة:

<sup>1</sup> - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 48.

04/206 من ق. ح. ص. ج: "...ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعائنات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني".

ويطرح التساؤل حول قيمة الشهادة التي تتصب على سر طبي و أداها الطبيب دون الحصول على إذن من صاحبها.

فالتبيب الذي يؤدي الشهادة وكانت تتعلق بمعلومات سرية خاصة بالمريض ولم يحصل على رضاء من المريض، هنا يعد مرتكباً جريمة إفشاء الأسرار الطبية وتعد شهادته باطلة ولا تصلح دليلاً قانونياً لأنها تُعد في ذاتها جريمة معاقب عليها<sup>1</sup>، فإذا أخذت المحكمة بشهادته فحكمها باطل بالإضافة إلى مسائلة الطبيب<sup>2</sup>، لذا يجب على الطبيب أن يمتنع عن إفشاء سر مريضه واليؤج بالأسرار الخاصة به دون أن يحصل على رضائه الصريح إذا استدعي للشهادة، لأن هدف المشرع من وراء ذلك هو حماية السر الطبي في كل الأحوال<sup>3</sup>.

والمشرع رجح المصلحة في الكتمان على المصلحة في أداء الشهادة، وهذا لأن الشهادة هي ليست الدليل الوحيد الذي يُمكن من الوصول إلى الحقيقة فحسب المادة: 212 من ق. ا. ج. ج: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات".

والمشرع يجتهد دوماً في المحافظة على مصلحة صاحب السر ومصلحة المهنة ومصلحة المجتمع في ظل احترام القانون وكرامة الإنسان وهذا ما نصت عليه المادة: 232 من قانون الإجراءات الجزائية: "أما الأشخاص الآخرون المقيدون بالسر المهني فيجوز سماعهم بالشروط والحدود التي عينها لهم القانون".

فإحترام القانون هو السبيل في صون كرامة وشرف المريض وفي حماية الطبيب الشاهد ومن فيحكمه، وهذا ما يؤدي إلى تحقيق العدالة وبالتبعية تحقيق دولة القانون.

<sup>1</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 27.

<sup>2</sup> - د. عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 55.

<sup>3</sup> - قديدر إسماعيل، مرجع سابق، ص 168.

### البند الثاني: الترخيص بالإفشاء لأعمال الخبرة

الخبرة من المهن المهمة التي يستند عليها القاضي و يستأنس بها، لأن الخبير يضع تحت تصرفه معارفه وتجاربه ويكشف له ما خفي من الأمور ويهيء له الطريق للفصل في النزاع المعروض. وموضوع الخبرة هو والبحث في المسائل الفنية دون المسائل القانونية التي هي من اختصاص المحكمة<sup>1</sup>.

### أولاً: مركز الخبير بين المريض والهيئة المنتدب

فالخبير الطبي هو الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى ليقوم بعمل يقدم من خلاله مساعدته التقنية لتقدير حالة الشخص، إما الجسدية أو العقلية، ثم القيام بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية<sup>2</sup>.

فتكلف المحكمة الطبيب بعمل من أعمال الخبرة، إذ يتولى القاضي تعيين الخبراء من تلقاء نفسه أم بناء على طلب الخصوم<sup>3</sup>، ويحق للطبيب في هذه الحالة وخلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بحرمة الأسرار الطبية للمرضى، بإفشاء السر الطبي لمصلحة تقتضيها العدالة وذلك بتدوين معلوماته وملاحظاته عن الحالة التي توصل إليها، لأن المحكمة في إجازة عمله كخبير تقتضي عدم مساءلته لأنه مُمثلاً للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها، وهو إن كان ينصب على المسائل الفنية فهو لا يتدخل في المسائل القانونية<sup>4</sup>، والمطلوب منه إزاء هذه الجهة التي انتدبته أن يمدّها بكل ما وصلت إليه نتائج خبرته، وكل ما حصل عليه من معلومات.

وقد يكلف من قبل شركة التأمين للمساهمة في البت في قراراتها بخصوص المستفيدين من التأمين، أو من شركات العمل أو النوادي و المحاكم الرياضية.

<sup>1</sup> - قديدر إسماعيل، المرجع السابق، ص 167.

<sup>2</sup> - تنص المادة 95 من م. أ. ط. ج. ، على " تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقديم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

<sup>3</sup> - وهذا ما نصت عليه المادة 48 من الأمر رقم 66-154 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية.

<sup>4</sup> - عنان داود، المرجع السابق، ص 171.

أما بالنسبة للمريض، إذا كان دور الطبيب المعالج هو البحث من خلال الفحص والتقصي عن سبل تحقيق شفاء المريض والوصول بحالته الصحية إلى أحسن حال، فإن دور الطبيب الخبير هو الكشف عن الأشخاص بغرض تقرير الحالة الصحية وفقا لما يتطلبه موضوع النزاع، مثلما أنها تكون لفائدة جهة معينة، ومثلما تنتهي الإستشارة الطبية بوصفة طبية يعطيها الطبيب لمريضه، تكون نهاية الخبرة الطبية بتقرير يضعه الطبيب الخبير<sup>1</sup>.

وتعتبر أعمال الخبرة في المسائل الجنائية بفرنسا إجبارية، حيث يقدم الخبير تقريره وقد يستدعى للضرورة الى حضور الجلسات، و توجه له المحكمة ما تراه مفيدا من الأسئلة<sup>2</sup>.  
غير أن الخبير يتمتع بمركز مستقل، فدوره استشاري ولا تربطه أي علاقة بالمريض الذي سيصل حتما إلى أسراه<sup>3</sup>، وهذا الموقف أسأل الكثير من النقاش في الفقه والتشريع المقارن.

### ثانيا: موقف الفقه تجاه الإفضاء الناتج عن أعمال الخبرة.

اختلف الفقه في مدى جواز الإفضاء في مسائل الخبرة، فذهب بعض الأطباء العقلين في إيطاليا إلى القول بأن الخبير ملزم بالمحافظة على السر لأن المتهم لا يريد الإفضاء إلى السلطة القضائية بالمعلومات التي تضر بمركزه في الدعوى، بينما ذهب رأي آخر في إيطاليا إلى القول بضرورة التمييز بين عمل الطبيب المعالج والطبيب القضائي، فالأول يلجأ إليه المريض مختارا بقصد العلاج لذلك أوجب عليه المشرع المحافظة على السر المهني أما الطبيب الخبير فهو مساعد للسلطة القضائية فيلتزم بإفادة القاضي عن كل ما يصل علمه بمناسبة عمله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - د. زياد درويش، الطب الشرعي، د ط، مطبعة جامعة دمشق، 1976، ص 76.

<sup>2</sup> - د حسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 121.

<sup>3</sup> - تنص المادة 145 من ق.إ. ج. م. ج. على: " يحلف الخبير المقيد بالجدول الخاص بالمجلس القضائي أول مرة يمينا أمام ذلك المجلس بالصيغة الآتية: أقسم بالله العظيم بأن أقوم بأداء مهمتي كخبير على خير وجه وبكل إخلاص وأن أبدي رأبي بكل نزاهة واستقلال".

<sup>4</sup> - أنظر د. أمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، ص 328 إلى 330.



وأما عن الفقه المصري فقد استقر الرأي على عدم التزام الخبير بالسر عندما يكون منتدبا للقيام بعمل من أعمال الخبرة أمام المحاكم، لأنه في هذه الحالة يكون ممثلا للمحكمة التي انتدبته وعمله جزء من عملها بوصفه من أعوان القضاء<sup>1</sup>.

وفيما يمكن التصريح به في تقرير الخبرة، اتجه رأي إلى أنه يجب على الخبير أن يقوم بكل التحريات الكاملة وأن يتضمن تقريره كل ما توصل إليه من نتائج<sup>2</sup>.

بينما ذهب الفقيه سافاتيه (Savatier) إلى تسمية الحد الفاصل بين ما يجوز إفشاؤه وما لا يجوز بالمنطقة المضيفة أو المنطقة المظلمة في التقرير، ويقصد بالمنطقة المضيفة الجانب الذي يصرح فيه للخبير بالحديث عن المسائل المحددة له في تقريره، أما المنطقة المظلمة، فهي الجانب الذي لا يصرح له فيه بالإفشاء لعدم تعلقه بالمسائل موضوع المأمورية<sup>3</sup>.

أما بخصوص الخبرة التي تجريها الهيئات الغير قضائية، فقد اتبع الفقه المصري نظيره الفرنسي من اعتبار أن الطبيب الخاص بشركة التأمين لا يتلقى السر نتيجة علاجه لطالب التأمين. وأن المؤمن عليه عندما يتجه إليه إنما يعلم سلفا بما يتعرض له من فحص طبي شامل تنفيذًا لشروط عقد التأمين، ومن ثم لا يعد هذا الطبيب من أمناء السر وإنما يعد ممثلا للشركة يختص بتحري الحقيقة عن صحة طالب التأمين<sup>4</sup>.

فيتضح لنا مما تقدم، أن تقرير الخبير يقتصر على المسائل الفنية الطبية التي دعي للفحص فيها، سواء بالنسبة للمحكمة أو لشركة التأمين أو طب العمل، وفي غير هذه الأمور عليه أن يخفي ما وصل إلى علمه بسبب وظيفته تأكيدا لقسمه بالمحافظة على سر المهنة.

<sup>1</sup> - د. رؤوف عبيد، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، 1974، ص 258.

<sup>2</sup> - د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 618.

<sup>3</sup> - أشار إليه عنان داود، المرجع السابق، ص 179.

<sup>4</sup> - د. حسن زكي الابراشي، المرجع السابق، ص 671.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من جواز الإفشاء بسبب أعمال الخبرة

ورد في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري في المادة: 143 نصاً عاماً حول الخبرة جاء فيه: " لجهات التحقيق والحكم عندما تعرض عليها مسألة ذات طابع فني، أن تأمر بنذب خبير إما بطلب من النيابة العامة، أو من تلقاء نفسها، أو بطلب من الخصوم".

يتبين من هذا النص أن انتداب الخبير من صلاحيات السلطة القضائية، أما في ما تعلق بالمنازعات الخاصة بالتأمين الاجتماعي، فقد جعل رأي مجلس أخلاقيات الطب في انتداب الخبير ملزماً<sup>1</sup>.

ونصت المادة: 146 من نفس القانون على ما يلي: " يجب أن تحدد دائماً في قرار نذب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تهدف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني".

كما نصت المادة: 153 منه على: " يحرر الخبراء لدى انتهاء أعمال الخبرة تقريراً يجب أن يشمل على وصف ما قاموا به من أعمال ونتائجها، وعلى الخبراء أن يشهدوا بقيامهم شخصياً بمباشرة هذه الأعمال التي عهد إليهم باتخاذها ويوقعوا على تقريرهم ."

وبالرجوع إلى قانون ح. ص. ت. ج رقم: 05/85 المعدل والمتمم نجده نص في المادة 207 على: " يجب على السلطة القضائية أن تعين أطباء أو جراحي أسنان أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي للقيام بالأعمال الطبية الشرعية".

كما نصت المادة: 95 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: " تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقديم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

<sup>1</sup> - تنص المادة 21 من قانون الضمان الاجتماعي على: " يعين الطبيب الخبير باتفاق مشترك بين المؤمن له اجتماعياً وهيئة الضمان الاجتماعي ... بعد الاستشارة الملزمة لمجلس أخلاقيات الطب"، قانون رقم 08-08 مؤرخ في 16 صفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير سنة 2008، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج ر عدد 11، بتاريخ 02 مارس 2008.

أما بخصوص مجال الإباحة بإفشاء السر الطبي من قبل الخبير، فقد حددته المادة 4/206 من ق. ح. ص. ت. ج : " لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء أكان مطلوباً من القضاء أو خبيراً لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته.

ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني."

لقد نظم المشرع الجزائري في قانون الصحة علاقة الطبيب الخبير بالقاضي وجعل مهمته قاصرة فقط على المسائل الفنية الطبية، وإلزامه بالإجابة فقط على الأسئلة التي أرادها القاضي وكلفه بها، حيث نصت المادة 99 من م. أ. ط. ج على ما يلي: " يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا عن العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه ، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير وجراح الأسنان الخبير أن يكتم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته."

وسلك المشرع نفس المسلك مع الصيدلي الخبير من خلال نص المادة: 122 من مدونة أخلاقيات الطب جاء فيها: " ينبغي للصيدلي الخبير عند صياغة تقريره ألا يكشف إلا عن العناصر الكفيلة بالرد على الأسئلة المطروحة عليه."

ونخلص إلى القول، أن المشرع الجزائري اهتم كثيرا بجانب الخبرة باعتبارها من الوسائل التي تحقق مبتغى القاضي في الوصول إلى تحقيق العدالة، فاتجه إلى تنظيمها بعديد النصوص، لكنه في المقابل لم يغفل إحاطة السر الطبي بالاهتمام والرعاية، خاصة وأن الخبرة القضائية هي وسيلة استئناس للقاضي له حرية الأخذ بها أو صرف النظر عنها، فلم يسمح بإفشاء الخبير للسر إلا مقابل الإجابة عن أسئلة مضبوطة موجهة إليه وفي حدودها فقط، وخلاف ذلك يسأل الخبير عن إفشائه للسر.

### المطلب الثاني

#### الاستثناءات الجوازية لإفشاء السر

إذا كان المشرع قد استثنى من الإلتزام بكتمان السر ما بدى من حالات تقتضي المصلحة فيها التبليغ عنها، فهناك من الحالات ما اعتبرها استثناء جوازيًا للمؤمن الخيرة فيها، إن شاء أفشى وإن شاء أسر، وهي حالة رضا صاحب السر (فرع أول)، والدفاع عن النفس أمام القضاء (فرع ثان)، لكن ما يثير التساؤل أكثر هو مدى الأخذ بحالات الضرورة في جواز إفشاء السر (فرع ثالث).

#### الفرع الأول

##### رضا صاحب السر

لا مرأى في أن السر ملك لصاحبه، لكن أثارت فكرة جواز إفشاء السر بسبب رضا صاحبه أمام عمومية الإلتزام بكتمانه جدلاً فقهيًا كبيراً (بند أول)، تأثرت به التشريعات المقارنة (بند ثان)، وانتهت إلى تحديد الشروط اللازمة لجواز الإعتياد برضا صاحب السر (بند ثالث).

##### البند الأول: حجية رضا صاحب السر بين التأييد والرفض.

يعرف الرضا على أنه: "القبول المبني على تحكم العقل الحر في التفكير في الأمور وعواقبها، دون إكراه أو غش أو غلط في فهم الواقع"<sup>1</sup>، فهو التعبير الحر عن الإرادة، والأصل أن العقد القائم بين الطبيب والمريض أساسه الرضا، لكن اختلف الفقه والقضاء المقارن حول حجية الرضا بخصوص إفشاء سر المهنة الطبية، فهناك من ينكر كل أثر للرضا عن الإلتزام بكتمان السر، وهناك من يرى أن الرضا بالإفشاء ينفي عن الفعل عدم المشروعية، واتجه رأي ثالث إلى القول بنسبية جواز الإفشاء في حصول رضا صاحب السر.

1- نقلا عن نصيرة ماديو، المرجع السابق، ص 101.

أولاً: نظرية عدم جواز رضا صاحب السر كسبب لزوال الإلتزام بالكتمان.

احتج أنصار الرأي القائل بأن الرضا لا يمكن أن يكون سبباً لإباحة الإفشاء، بأن نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم المعدل بالمادة 266/13 هو نص مطلق لا يجوز للطبيب أن يخالف أحكامه<sup>1</sup>، إذ أن واجب الكتمان لم يقرر لمصلحة من أفضي بالسر ولا من أفضي إليه به<sup>2</sup>، فتحریم الإفشاء بالسر الطبي يعد من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يؤثر فيها رضا الفرد.

مثلاً أن المريض لمستواه المعرفي، قد لا يدرك ماهية السر الذي يحبسه الطبيب في صدره، فهو أعمق معرفة من المريض حول علته<sup>3</sup>، فهنا يمكن أن نعتبر رضا المريض باطلاً للغلط في موضوع السر إذ أنه يجهل طبيعة ونطاق المرض وتقدير النتائج المترتبة على الإفشاء والآثار المحتملة لذلك<sup>4</sup>.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في حكم سابق لها، بتأييد حق طبيب في امتناعه عن تقديم الشهادة بخصوص مريضة كانت تعالج عنده قبل أن ترتكب جريمة قتل، وأمام المحكمة حاولت الدفاع بأن طلبت شهادته لكنه امتنع، فاعتبرت المحكمة أن "الإلتزام بسرية المهنة والوظيفة هو التزام مطلق وعام ولا يجوز لأحد أن يعفي الأمانة على تلك الأسرار من التزامهم حتى ولو وافق صاحب السر نفسه"<sup>5</sup>.

وقد وجهت سهام النقد إلى هذا الرأي من كونه يناقض ضمانات حق الدفاع الوارد في المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويتشكك هذا الفقه في إمكانية أن يحاكم الإنسان على نحو عادل إذا ما تم الإحتجاج بالحفاظ على السر المهني<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - قديدر إسماعيل، مرجع سابق، ص 41..

<sup>2</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> - نص المشرع الجزائري في المادة: 51 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يمكن إخفاء تشخيص المرض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان ... "

<sup>4</sup> - عنان داود، مرجع سابق، ص 123.

<sup>5</sup> ) *Crim. 22 déc. 1966. J.C.P. 1967. II 15125.*

<sup>6</sup> - د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 201.

ثانياً: نظرية جواز الأعتياد برضا صاحب السر كسبب لزوال الالتزام بالكتمان

أما الرأي الثاني الذي يرى أن للرضا حجية على زوال الالتزام بكتمان السر، فيبني حجته على أساس أن تصرف صاحب السر بسرّه هو استعمال للحق، فصاحب السر له المصلحة الأولى في الكتمان ومادام في استطاعته أن يذيع ما حظر على الطبيب إذاعته، فلا مانع من أن ينيب عنه من أفضى له به، لأن الإنسان قد يمارس حقه بنفسه وقد يفوض الآخرين بممارسته مادام القانون لم يمنع ذلك<sup>1</sup>، ولو أن كتمان السر قد تقرر للصالح العام، فتصريح صاحب السر بإفشائه يرفع عن حامله واجب الكتمان، ويسمح له بإعلان السر<sup>2</sup>، فالشاب الذي يصاب بأمراض زهرية على سبيل المثال، ويستحي أن يكشف أمره إلى أهله، فإنه بإمكانه أن يكلف الطبيب الذي يعالجه بإبلاغ ذلك نيابة عنه، ففي هذه الحالة لا تقام مسؤولية الطبيب في هذه المسألة<sup>3</sup>.

وقد اتجه أغلب الفقه الحديث إلى القول أن السر إنما ينشأ عن عقد صريح أو ضمنى بين الطبيب والمريض، وتصريح المريض للطبيب بالإفشاء يعني هذا الأخير من المسؤولية<sup>4</sup>، ولا يستطيع أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة إفشاء السر مادام قد أذن بهذا الإفشاء<sup>5</sup>.

كما استقر الرأي على ذلك في القضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية تاريخ 1914/05/26، بأن للمريض الحق إذا كان بالغاً ولوالده إذا كان قاصراً في أن يطلب من الطبيب إفشاء نوع المرض، كما قضت محكمة النقض الفرنسية ما يلي: " من أن تقدم المجني عليها في جريمة اغتصاب بشهادة طبية إلى المحكمة لغرض إثبات ما لحق بها من أضرار لا يمثل مخالفة لسر المهنة مادامت هي صاحبة السر"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالّة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 172.

<sup>2</sup> - نبيلة غضبان، المرجع السابق، ص 127.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 140.

<sup>4</sup> - حسين ظاهري، المرجع السابق، ص 23.

<sup>5</sup> - د. كمال أبو العيد، سر المهنة، د ط، دار وهدان للطباعة، بغداد، العراق، 1974، ص 41.

<sup>6</sup> - أشار إلى القرارين عنان داود، مرجع سابق، ص 126.

مثلاً عُرضت قضية على المحكمة المدنية ليل بفرنسا تتلخص وقائعها، أن شخصاً أقام دعوى إنكار نسب طفلة ولدتها أمها في المستشفى وطلب الحصول على شهادة من سجلات المستشفى عن حالة المولودة، لكن طلبه قُوبل بالرفض على أساس التحجج بالمحافظة على السر المهني، فرتيس المحكمة اعتبر هذا التبرير غير قانوني، ولا يعارض السر المهني مطالبة الوالد بشهادة طبية للمولودة، لأن هذه الأخيرة لا تستطيع البحث عن المعلومة بنفسها<sup>1</sup>، فالقضاء الفرنسي غلب تحقيق المصلحة في هذا الحكم، لأننا نجده قد رفض واستبعد الشهادة الطبية التي قدمها الغير لاعتمادها كوسيلة اثبات، في القرار الصادر بتاريخ 1958/06/12 من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، في قضية تتلخص وقائعها في شخص وهب أمواله ثم سعى إلى ابطال الهيئة على اعتبار انها تمت لما كان مصاباً بأمراض عقلية، لكن الموهوب له قام بإثبات صحة الواهب أثناء الهيئة بتقديم شهادات طبية مؤيدة لذلك، فاستبعدت المحكمة تلك الشهادات على أساس عدم حصول الموهوب له على ترخيص برضا الواهب مما يخالف متطلبات السر المهني<sup>2</sup>.

وهكذا تواتر القضاء الفرنسي على أن رضا المريض بالإفشاء يرفع عن كاهل الأمين الإلتزام بالسر ويبيح له الإفشاء، وهو ما اتجه إليه أيضاً القضاء المصري، إذ قضت محكمة النقض المصرية أنه إذا طلب المريض شهادة طبية بمرضه من طبيبه المعالج عن طريق زوجته، وقام الطبيب بتسليمها الشهادة فإن ذلك لا يعد إفشاء للسر الطبي<sup>3</sup>.

إن هذا التواتر على الاعتراف برضا المريض كسبب لتحلل الطبيب من التزامه بالكتمان، يعتبر مظهراً من مظاهر تبني القضاء لفكرة نسبية السرية، فإذا كان فقهاء القانون الجنائي قد سلموا بعدم عقاب الطبيب جنائياً إذا صرح له المريض بالإفشاء، فإن عدم مسؤوليته مدنياً يتأتى من باب أولى باعتبارها أكثر التصاقاً بالمصلحة الخاصة للأطراف،

<sup>1</sup> - حكم صادر من محكمة ليل الفرنسية بتاريخ 24 فيفري 1959، نقلاً عن قديدر إسماعيل، مرجع سابق، ص 144.

<sup>2</sup> - أشار إليه سلمان علي حمادي الطبوسي، مرجع سابق، ص 121.

<sup>3</sup> - د. أحمد سلامة كامل، المرجع السابق، ص 660.

فإذا أفشى المريض سره بنفسه أو بواسطة طبيبه الذي أنابه عنه فلا مسؤولية مدنية على الطبيب ولا مسؤولية جنائية عليه<sup>1</sup>.

ومن باب النقد الذي وجه إلى هذا الرأي المنادي بحجية الرضا، أن المشرع لما يلجأ إلى تجريم فعل إنما يتجه إلى النص عليه في قانون العقوبات لما يتسم به هذا القانون من خاصية العمومية والإطلاق، فلا يصح أن تغلب المصلحة الشخصية على المصلحة العامة لما في ذلك من إهدار لقيمة النص العام<sup>2</sup>.

**ثالثاً: نظرية نسبية جواز الأعتياد برضا صاحب السر كسبب لزوال الإلتزام بالكتمان.**

أتجه بعض الفقه الأقل تشديداً ممن يعتبرون أن العقد هو مصدر الإلتزام بالكتمان وليس النظام العام، إلى القول أن رضا المريض لا يكفي وحده لإفشاء سره، إذ يجب أن تقابله موافقة الطبيب بذلك، مبررين رأيهم بأن أساس الإلتزام بالسر الطبي هو العقد الطبي، ومن ثم يتعين أن يكون هناك رضا من جانب المودع والمودع لديه السر، فالسر يملكه كل من الطبيب والمريض، فالمريض يستطيع إعفاء الطبيب من التزامه بالسر الطبي الخاص به، إلا أن الطبيب يبقى هو الحكم الذي يقرر وفقاً لما يمليه عليه ضميره<sup>3</sup>، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها صادر بتاريخ : 21 أبريل 1870 بما يبرر ذلك: " إذا طلب المريض من الطبيب مخالفة السر الطبي فإن للطبيب السلطة التقديرية في أن يقرر هل يصمت أو يتكلم وفقاً لما يمليه عليه ضميره..."<sup>4</sup>.

بينما هناك ومن ضمن هذا الفريق، من ينادي بالتمييز بين نوعين من الأسرار: في الأولى يمكن أن يؤذن للطبيب بإفشاءها، وهي تلك التي يعرفها المريض وعهد بها إلى الطبيب، أما الثانية فلا يؤثر إذن المريض للطبيب على التزامه بكتمانه وهي تلك الأسرار

<sup>1</sup> - د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> - بومدان عبد القادر، مرجع سابق، ص 43.

<sup>3</sup> - Voir R.SAVATIER J.M AUBY J.SAVATIER et HENRI PEQUIGNOT : *Traité de droit médicale*, Librairie technique, Paris, 1956. P 274.

<sup>4</sup> - قديدر إسماعيل، المرجع السابق، ص 147.



التي اكتشفها الطبيب بنفسه وظلت مجهولة لدى المريض حيث أن هذا الأخير رغم كونه صاحب السر فإنه قد لا يدرك ماهيته وما قد يترتب عنه من آثار<sup>1</sup>.

وإن كان هذا الرأي كغيره من الآراء انتقد على أساس أن وجود الإستثناءات على نصوص النظام العام تفقد النص قيمته والغاية من التجريم، وتفتح المجال لمحاولات التهرب والتحايل عليه، كما أن السر يخص صاحبه وليس الطبيب، فلصاحب السر المصلحة الأولى في الكتمان، ومادام في استطاعته أن يذيع ما حذر على الأمين فله أن يرفع هذا الحظر<sup>2</sup>، فصاحب السر عندما يقوم بإفشائه، فإنه يعفي حامله من واجب الكتمان، كما يجوز له أن يطلب ممن أوتمن على هذا السر أن يفضي به نيابة عن الغير<sup>3</sup>.

إلا أننا نجد من بين الآراء السالفة الذكر، أن هذا الرأي القائل بنسبية حجية رضا صاحب السر في زوال الإلتزام بالكتمان، هو الرأي الأكثر واقعية واقتراباً في تحقيق المصلحة من كتمان السر، حيث ان اتجاهه إلى القول بأن رضا صاحب السر وحده لا يكفي لزوال الإلتزام بالكتمان، فبمقتضى قواعد العلاقة العقدية التي تربط بين الطبيب والمريض، يصبح السر في واقع الأمر محل مسؤولية الطرفان، فكما أن للمريض استعمال حقه في كشف سره، فإن له الحق في ابداء الرضا بذلك للطبيب دون أن يكون له حق جبره على إعلانته، إذ من باب أولى احترام إرادة الطرف الآخر في العقد، إن شاء أباح وإن شاء كتم، ومن جهة أخرى أن رضا صاحب السر قد ينصب على وقائع يجهلها، فما اكتشفه الطبيب لوحده هو في أصله حق محمول لصاحب السر، وجهله به وبأبعاده لا يمكن أن يصح عليه رضاه بإفشائه.

<sup>1</sup> - د. محسن عبد الحميد البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د ط، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 203.

<sup>2</sup> - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة السابعة، مطبعة جامعة القاهرة، 1975 ص 220.

<sup>3</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 21.

### البند الثاني : موقف التشريع من حجية رضا صاحب السر

أخذ موضوع حجية رضا صاحب السر على جواز الإفشاء حيزا كبيرا من اهتمام تشريعات دول العالم، وسنعرض بعض منها قبل أن نقف على موقف المشرع الجزائري.

### أولاً: موقف التشريع المقارن من حجية رضا صاحب السر

تتفق أغلب التشريعات المقارنة على أن إذن صاحب السر يكفي لزوال الإلتزام بالكتمان، فقانون العقوبات الأردني وإن لم ينص صراحة على ذلك في صلب المادة 355 من قانون العقوبات: " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاء دون سبب مشروع "، لكن نصت المادة 37 من قانون البيئات رقم 30 لسنة 1952 على جواز تأدية الشهادة عن المعلومات السرية التي أوتمنوا عليها متى طلب منهم من أسرها إليهم<sup>1</sup>، وفي قانون العقوبات العراقي نقراً في نص المادة 437 منه: " ...ومع ذلك فلا عقاب إذا أذن بإفشاء السر صاحب الشأن فيه.. "، وهو نص عام لا يقتصر على الإذن بالشهادة أمام القضاء<sup>2</sup>.

أما في قانون العقوبات المصري، فلم تنص المادة 310 من قانون العقوبات على تقرير قاعدة الإذن بإفشاء صاحب السر بناء على طلب صاحب الشأن فيه، واكتفت بالإحالة على قانون الإثبات في المادتين 66 و 67 المتعلقة بتنظيم الشهادة، واللذان أشارتا إلى ضرورة الحصول على رضا صاحب السر لزوال الإلتزام بالكتمان<sup>3</sup>.

أما في القانون السويسري فورد بنص المادة 321 من قانون العقوبات على حق صاحب السر في إجازة الإفشاء برضائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 141 و 142.

<sup>2</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 100.

<sup>3</sup> - وقد تبنت محكمة النقض المصرية هذا الرأي، عندما قضت بأنه لا وجود لجريمة إفشاء السر إذا تم إفشاء السر بناء على طلب صاحبه، فإذا طلب المريض عن طريق زوجته شهادة تبين نوع مرضه، جاز للطبيب إعطاء هذه الشهادة دون أن يعتبر عمله إفشاء للسر يعاقب عليه، نقلا عن بوقفة أحمد، المرجع السابق، ص 179.

<sup>4</sup> - د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 665 و 666.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حجية رضا صاحب السر

أما المشرع الجزائري فيبدو أنه قد اخذ برضا صاحب السر كحجية لجواز الإفشاء في ما نصت عليه المادة 02 /206 من ق. ح. ص. ت: " ماعدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف ما يتعلق بصحة ".، أما المادة 05/206 منه فقد نصت على : " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني، إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك"، فنجد أن هذا النص يتقيد بوجوب رضا صاحب السر كأولوية عن التقيد بتقديم الشهادة المعاقب عليها بنص المادة 97 من ق. إ. ج.

لكن حين قراءة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 301 من قانون العقوبات "... ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض فيجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني."، نجد أن هذه المادة تعقد أكثر من مهمة الأطباء حين تمنح أولوية الشهادة على حساب رضا صاحب السر، مما يوحي بوجود التعارض بين أداء الشهادة من جهة كواجب عام وحظر المشرع لإفشاء السر إلا بموافقة المريض من جهة أخرى.

فهناك من يرى أن نص المادة 05/206 من ق. ح. ص حددت مجال حجية الرضا فقط في أداء الشهادة أمام العدالة على أساس ما ورد حرفيا بالنص<sup>1</sup>، فالمشرع رجح المصلحة في الكتمان على المصلحة في أداء الشهادة لأن الشهادة ليست هي الدليل الوحيد أو الطريقة الوحيدة التي يمكن الوصول بها إلى الحقيقة<sup>2</sup>، فقد أخذ مصلحة صاحب السر

<sup>1</sup> - قدير إسماعيل، المرجع السابق، ص 146

<sup>2</sup> - لا يوجد تنازع بين الشهادة والإفشاء في الشريعة الإسلامية، لأن الشهادة في حد ذاتها إخبار بالشيء السري، فإذا فرض الترجيح بين مصلحة الشهادة ومصلحة إفشاء سر المريض وجبت الشهادة. فالشريعة قد وازنت بين مصلحتين

ومصلحة المهنة ومصلحة المجتمع بعين الإعتبار عندما غلب واجب الكتمان على واجب الشهادة<sup>1</sup>.

وفي رأينا أن المشرع في قانون حماية الصحة يهدف أكثر إلى حماية المهنة والمريض، بينما في قانون العقوبات أو الإجراءات الجزائية يتجه إلى حماية الحق أكثر من حماية الأطراف، فقانون الصحة يحمي حق المريض على سره كأولوية، أما قانون العقوبات فيجب أن يحمي السر مثلما يجب أن يحمي الشهادة باعتبارها من وسائل الوصول إلى تحقيق العدالة، لذلك فهو في الأصل يغلب عمومية السر وإطلاقه في غير رضا صاحبه ليتجاوز حدود الشهادة، واستثناء يغلب الشهادة كلما كانت المصلحة التي يهدف إلى حمايتها أهم وأشمل من المصلحة في كتمان السر.

وفي غياب أي حكم أو قرار في القضاء الجزائري يتضمن موضوع رضا صاحب السر، فإننا نتفق مع الرأي القائل أنه وإن كان يبدو النص السالف الذكر قاصر على أداء الشهادة أمام القضاء إلا أن الراجح أنه جاء تطبيقاً لقاعدة عامة تقتضي بأن إرادة صاحب السر بإذاعته ونشره يبطل الإفشاء<sup>2</sup>، فلصاحب السر المصلحة الأولى في الكتمان، ومادام في استطاعته أن يذيع ما حظر على الأمين فله أن يرفع هذا الحظر<sup>3</sup>، فصاحب السر عندما يقوم بإفشائه، فإنه يعفي حامله من واجب الكتمان، كما يجوز له أن يطلب ممن أوثمن على هذا السر أن يفضي به نيابة عن الغير<sup>4</sup>، فالعبرة بزوال الإلتزام بالكتمان تتوقف على رضا صاحب السر بذلك، متى كان هذا الرضا مشمولاً بشروطه.

---

والأرجح بينهما مقدم في الرعاية من المرجوح، فلا تناقض بين الشهادة والإفشاء، والعكس صحيح، أنظر بوقفة أحمد، مرجع سابق، ص 152.

<sup>1</sup> - بومدان عبد القادر، المرجع السابق، ص 61.

<sup>2</sup> - عنان داود، مرجع سابق، ص 128.

<sup>3</sup> - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، مطبعة جامعة القاهرة، 1975 ص 220.

<sup>4</sup> - د. مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 21.

### البند الثالث : شروط رضا صاحب السر

لكي يكون رضا صاحب السر سببا لإعفاء المؤتمن على السر الطبي من المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي ومنتجا لأثاره يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، أن يكون الرضا معبرا عنه، وأن يكون صحيحا وصادر عن بينة، يصدر من صاحب الحق في الكتمان.

#### أولا: أن يكون الرضا معبرا عنه.

لا يشترط في رضا صاحب السر شكل معين، فقد يكون صريحا وذلك إذا كانت العبارات الصادرة عن صاحب السر تدل صراحة وبصفة مباشرة بما لا يدع مجالا للشك على قبوله، ويجب أن تكون واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية، فالعبارات التي يقصد بها المزاح وعدم الجدية لا يتوافر بها الرضا الصريح، وكذلك العبارات التي تحمل أكثر من معنى، فهي تعتبر غير صالحة للتعبير عن موقف صاحبها.

ولا يشترط في الرضا شكلا معينا، لعدم ورود أي نص في ذلك، فقد يكون كتابيا أو شفهيًا، كما لا يشترط شكلا معينا في الرضا الكتابي، فقد تكون الكتابة باليد أو بأية وسيلة أخرى، كما يمكن أن تكون الكتابة عرفية أو رسمية<sup>1</sup>.

وقد يكون الرضا ضمنيا إذا تمكن الطبيب من استنتاجه من مجموع الظروف والوقائع الملازمات المحيطة بصاحب السر، ومن صور ذلك :

- **مرافقي المريض:** وهم من يسمح لهم المريض بالتواجد قربه والإطلاع على أسراره دون حرج، كالزوجة التي تتردد مع زوجها على الطبيب المعالج وتعرف بمرض زوجها. لان اصطحاب الزوج زوجته معه إلى الطبيب رغم سبق علمه بطبيعة مرضه، يعتبر دليلا على موافقته الضمنية بإفشاء سر مرضه أمام زوجته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - الكريم بلعربي ومحمد سعادوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون . والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008 ، ص99.

<sup>2</sup> - Lyon- 16 Juin- 1909.S. 1911-2-73.

- **شركات التأمين وطب العمل:** قد تحتاج شركات التأمين الى معلومات تخص حالة الشخص الصحية المقبل على التعاقد معها للتأمين عنه، مثلها مثل شركات العمل التي تحتاج إلى معرفة ملائمة الحالة الصحية لعمالها متطلبات الوظيفة، فوظيفة الأطباء فيها هي بالأساس تقديم المعلومات التي تطلبها الشركة، ويعد الطبيب بمثابة وكيل لها أو خبير، فهو يعمل لحسابها وليس لحساب المريض هذا من جهة<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى فإن صاحب السر على علم مسبق بأنه يخضع نفسه للفحص من قبل طبيب الشركة وأن المعلومات التي حصل عليها الطبيب سيقوم بإيداعها إلى الشركة<sup>2</sup> عند صياغة تقريره<sup>3</sup>، فالشركة ملزمة بإعلامه مسبقاً عن الإجراءات، وإقباله عليها دليل على صدور إذنه.
- بينما يكون الرضا مفترضا عندما يفرض القانون على الطبيب في بعض الجهات الصحية، كالتأمين الصحي، أن يخطر الجهة التي يتبعها المريض، بتشخيص مرضه<sup>4</sup>.
- **مخاصمة المريض لطبيبه أمام القضاء:** إذ يعد في ذاته رضاء ضمني بالإفشاء من جانب المريض، لأن اتهام المريض لطبيبه يتضمن الانتقال بالسر من دائرتها إلى ساحة القضاء وهو ما يعني الرضا الضمني بهذا الإفشاء<sup>5</sup>.
- وتثار مسألة وقت التعبير عن الرضا قبل الإفشاء وبعده، فالأصل أن يصدر قبل وقوع الإفشاء لأنه إذا تأخر إلى ما بعد الإفشاء فذلك يشكل جريمة لتوفر أركانها<sup>1</sup>، لكنه لا يستدعي قيام المسؤولية المدنية لتنازل المضرور عن التعويض.

<sup>1</sup> - غير أن المادة 85 من م. أ. ط. ج تنص على:

" لا يعفى الطبيب أو جراح الأسنان الذي يمارس مهنته لدى إدارة أو مجموعة أو أي هيئة أخرى عمومية أو خاصة، بمقتضى عقد أو قانون أساسي من واجباته المهنية، ولا سيما التزاماته المتعلقة بالسر المهني واستقلال قراراته. فيتعين عليه دوماً أن يعمل في المقام الأول، لفائدة صحة الأشخاص الذين يفحصهم ولصالح أمنهم داخل المؤسسات أو المجموعات التي يكون مسؤولاً عنها".

<sup>2</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 108 و 109.

<sup>3</sup> - تنص المادة 99 من م. أ. ط. ج: " يجب على الطبيب الخبير، وعلى جراح الأسنان الخبير، عند صياغة تقريره، ألا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه وفيما عدا هذه الحدود، يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتف كل ما يكون قد اطلع عليه".

<sup>4</sup> - د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 204.

<sup>5</sup> - عنان داود، المرجع السابق، ص 132.

### ثانيا: أن يكون الرضا صحيحا وصادر على بينة

يقصد بهذا الشرط أن يكون صاحب السر كامل الأهلية، مدركا أو مميزا، أما في حالة ما إذا صدر عن مجنون أو صغير غير مميز فانه لا يعتد به. وقد منح المشرع الجزائري حماية قانونية للقاصر، وذلك من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثليه من ولي أو وصي أو قيم، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، كما انه طبقا لهذه المادة فانه من لم يتجاوز 19 سنة كاملة فهو غير مخول لإعطاء الموافقة للطبيب، ولا يعتد برضاه لأنه قاصر في نظر القانون، وعليه فان المؤتمرن على السر الطبي يجب أن يحصل على الرضا من الممثل القانوني لهذا القاصر سواء كان وليا أو وصيا<sup>3</sup>، وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى القول: "كون أن المريض مصاب بعاهة عقلية، فإن الطبيب لا يعتبر مفشيا لسر المهنة إذا اعطى للسلطة العامة شهادة تفيد حالته<sup>4</sup>."

ويجب على المريض عندما يعطي للمؤتمن على سره تصريحاً بالإفشاء أن يكون على بينة من المرض الذي يصرح بإفشائه. مقدرا لما يترتب عن إفشائه من نتائج ضارة به، وقد قضت محكمة رين الفرنسية بتاريخ 12/06/1903، أن هناك حالات كثيرة يخفي فيها الطبيب عن المريض حقيقة مرضه لما تقتضيه مصلحته في ذلك، ففي مثل هذه الحال فالطبيب يعلم ما لا يعلمه المريض عن حالته، لذلك لما يصدر منه هذا التصريح بالإفشاء فهو غير عالم بما يترتب عنه<sup>5</sup>، فيكون رضا المريض معيبا إذا كان قد وقع في غلط في طبيعة مرضه ومداه، نتيجة قصور تبصير الطبيب له<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> - تنص المادة 44 من القانون المدني على انه :

" يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

<sup>3</sup> - الكريم بلعربي ومحمد سعداوي، المرجع السابق، ص 102 و 103.

<sup>4</sup> - أشار إليه عنان داود، المرجع السابق، ص 134.

<sup>5</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>6</sup> - د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 207.

ثالثا: أن يصدر من صاحب الحق في الكتمان.

يرتبط صدور الرضا بصاحب الحق أو من يمثله قانونا، وقد ينتقل إلى الورثة.

أولا: الرضا الصادر عن صاحب الحق ومن يمثله قانونا

إن الحفاظ على السر مقرر لتفادي ولوج الغير في الحياة الخاصة للآخرين<sup>1</sup>، مما يستدل منه ألا يعتد بغير رضا صاحب السر في الإفشاء، مثلما نصت عليه المادة 206/02 من ق. ح. ص. ت: "ماعداء الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف ما يتعلق بصحة".

فهو حق مقرر لصاحبه يستعمله كيف ما شاء، لذلك يتوجب أن يصدر التصريح بالإفشاء من صاحب الشأن أو من يمثله قانونا، فالتصريح حق شخصي، وجرى القضاء الفرنسي على أنه كما يجوز للمريض البالغ أن يطلب من الطبيب إفشاء نوع مرضه، يجوز كذلك لوالده إن كان قاصرا<sup>2</sup>.

وإذا تعدد أصحاب السر، يتعين أن يصدر الرضا منهم جميعا. فقد قضي في فرنسا في حكم قديم بمسؤولية الطبيب عن الإخلال بالتزامه بحفظ السر الطبي، عندما قدم طبيب شهادة ذكر بها أن المريض يعاني من مرض عقلي وله أخ مريض و أخت قليلة الذكاء، فجاء بالحكم أن الطبيب لم يكن له حق التحدث عن الغير إلا برضائهم وأن الأخ والأخت لم يقبلوا إفشاء مرضهم<sup>3</sup>.

وباعتبار أن الرضا بالإفشاء حق شخصي لصاحب السر، فلا يعتد بالإذن الصادر من زوج إلى الطبيب الذي يعالج زوجته بإفشاء المرض الذي تعاني منه<sup>4</sup>، لكن إذا عالج طبيب زوجين من مرض تناسلي، فلا يجوز له أن يفشي سرهما إلا برضاها معا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - Cass. Civ, 13/07/1936- G 201-1938

<sup>2</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، نفس المرجع، ص 106.

<sup>3</sup> - د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 205.

<sup>4</sup> - عنان داود، المرجع السابق، ص 136.



### ثانياً: الرضا الصادر عن الورثة

أما بالنسبة إلى الورثة، اختلف الفقه حول مسألة رضا ورثة صاحب السر بإفشائه من حيث أثره على التزام الطبيب بكتمان السر الطبي.

فذهب رأي إلى القول أنه لا يجوز لورثة صاحب السر إعفاء الطبيب من التزامه بالمحافظة على السر الطبي، ولو كان ذلك برضاء صريح من الورثة أو بناء على طلبهم وأياً كانت المصلحة التي يقتضيها الإفشاء<sup>2</sup>، فحسبهم الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه المالية دون الحقوق المتعلقة بشخص المتوفي<sup>3</sup>، والرضا بإفشاء السر من صميم الحقوق الشخصية، وفي هذا الصدد قضت محكمة ليون بتاريخ: 14 أكتوبر 1954 جاء فيه: "إن الذي يمكنه السماح للطبيب بإفشاء السر هو المريض فقط وليس الورثة..."<sup>4</sup>.

أما الاتجاه الثاني فقد أقر بحق ورثة صاحب السر في إعفاء الطبيب من التزامه بالكتمان بناء على طلبهم متى كانت لهم مصلحة مشروعة وقوية تبرر هذا الإفشاء<sup>5</sup>، وحكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 جويلية 1930 في قضية تتلخص وقائعها في إن إحدى العاملات توفت جراء إصابتها أثناء العمل، وطلب الورثة من المعالج شهادة لاثبات ذلك، لكنه رفض الاستجابة متمسكا بسرية المهنة، فاعتبرت محكمة النقض أن رفض الطبيب غير مبرر أمام المصلحة المشروعة للورثة في طلب الشهادة للحصول على تعويض حتى وإن تضمن ذلك الكشف على أسرار طبية<sup>6</sup>، بينما قضت محكمة السين الفرنسية بتاريخ 18/12/1952 بأن للوارث أن يحل الطبيب من التزامه بالكتمان بشرط عدم المساس بذكرى

<sup>1</sup> - نصيرة ماديو، المرجع السابق، ص 111.

<sup>2</sup> - محمد أسامة قايد، المرجع السابق، ص 72.

<sup>3</sup> - عنان داود، نفس المرجع، ص 137.

<sup>4</sup> ) Lyon – 14 Oct 1954. J.C.P 1955-11-8644.

<sup>5</sup> - د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 21.

<sup>6</sup> - أشار إليه كل من عنان داود، المرجع السابق، ص 138، وقديدر إسماعيل، المرجع السابق، ص 148.

الميت<sup>1</sup>، وبذلك اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى وضع قيدين على حق الورثة في الإفشاء: الأول وجود مصلحة للورثة في الإفشاء، والثاني عدم الإضرار بذكرى المتوفي<sup>2</sup>.

ونحن نرجح هذا الاتجاه لما فيه من واقعية، فالقانون لا يحمي ضلال الأشخاص، ولكن يحمي الأشخاص الحقيقيين الذين يمكن أن يصيبهم ضرر، وهم الأحياء الذين يملكون الشعور بذكرى المتوفي، فالحماية المقررة لصاحب السر بعد وفاته، هي في الأصل حماية ممتدة إلى الأحياء ممن يملكون هذه الذكرى.

### - موقف المشرع الجزائري من الرضا الصادر عن الورثة.

إن الأصل العام في الميراث أن تنتقل الحقوق المالية إلى الورثة دون الحقوق الشخصية، والسر ذو طابع شخصي لا ينتقل إلى الورثة بالوفاة كباقي عناصر التركة، وفي البحث عن موقف المشرع الجزائري من الرضا الصادر عن الورثة، سجلنا غياب تام للنصوص القانونية والأحكام القضائية التي تشير إلى إمكانية انتقال هذا الحق إلى الورثة من عدمه، حيث لم نجد سوى ما نصت عليه المادة 41 من م. أ. ط. ج: " لا يلغي السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق"، وتفسير هذا أن التزام الكتمان لا ينتهي بالوفاة، فتقوم مسؤولية الطبيب الذي يفشي إلى الغير شيئاً من هذه الأسرار<sup>3</sup>، لذلك فللورثة الحق في عدم إفشاء أسرار مورثهم، لما يحققه ذلك من مصلحة أدبية لهم، فإذا أفشى صاحب المهنة أو الوظيفة سر المتوفي، جاز لورثته إقامة الدعوى لحماية ذكرى مورثهم، استناداً إلى ما يصيبهم من ضرر، ولو أدبياً<sup>4</sup>، لكن المشرع منع كماً عاماً على الطبيب أو الورثة أنفسهم إفشاء سر الميت وذلك احتراماً لذكراه<sup>5</sup>، لذلك لا ينتقل حق السماح بإفشاء السر الطبي للورثة للورثة بعد وفاة المريض لأنه حق شخصي ينقضي بوفاة. فلا يحق للمؤمن على السر الطبي أياً كانت صفته، إذاعة أسرار مريضه الذي توفي، حتى ولو طلب منه الورثة ذلك.

<sup>1</sup> - أشار إليه سلمان علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>2</sup> - عنان داود، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> ( نفس المرجع، ص 139.

<sup>4</sup> ( عادل جبيري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 163.

<sup>5</sup> ( د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 28.

## الفرع الثاني

### جواز الإفشاء للدفاع عن النفس في مواجهة صاحب السر أمام القضاء

من أهم ضمانات المتهم، حقه في الدفاع عن نفسه لدرء أوجه الاتهام القائمة ضده (بند أول)، فممارسة هذا الحق تتعارض مع طبيعة الإلتزام بكتمان السر، ولقد اختلفت توجهات كل من الفقه والقضاء في جواز إفشاء الطبيب لسر مريضه دفاعا عن نفسه أمام القضاء في مواجهة صاحب السر (بند ثان)، كان للمشرع الجزائري موقفا منها (بند ثالث).

### البند الأول: حق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام القضاء.

يعرف حق الدفاع على أنه: "المكنات المستمدة من طبيعة العلاقات الإنسانية، والتي لا يملك المشرع سوى إقرارها بشكل يحقق التوازن بين حقوق الأفراد و حرياتهم وبين مصالح الدولة، وهذه المكنات تخول الخصم إثبات إدعاءاته القانونية أمام القضاء، والرد على كل دفاع مضاد في ظل محاكمة عادلة يكفلها النظام القانوني"<sup>1</sup>.

فحتى يحاكم المتهم محاكمة عادلة لا بد أن تتوفر فيها كل الضمانات التي تكفل حق الدفاع، دون الضغط عليه، والسماح له بالدفاع عن نفسه كما يشاء لإثبات برائته أو تخفيف العقوبة<sup>2</sup>، فمن حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه من كل أذى أو عمل يهدد حياته أو مهنة أو ماله أو حرّيته، كما يستمد أيضا من تلك القاعدة الحكيمة و هي الأصل في الإنسان البراءة لا الإدانة<sup>3</sup>.

وهذا ما أكده الدستور الجزائري بنصه في المادة 151منه:

" الحقّ في الدّفاع معترف به.

الحق في الدّفاع مضمون في القضايا الجزائية"

<sup>1</sup> - محمود صالح العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 1991، ص 20.

<sup>2</sup> - عدلي خليل، استجواب المتهم فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر - المجلة الكبرى، 2004، ص 174

<sup>3</sup> - قديدر اسماعيل، مرجع سابق، ص 86.

البند الثاني: موقف الفقه والقضاء من إفشاء السر في حالة الدفاع عن النفس

بدى في أول الأمر أن أنصار الحظر المطلق لأي صورة من صور الإفشاء، اتجاههم لاعتبار أن إفشاء الطبيب لسر مريضه أثناء الدفاع عن نفسه هو غاية شخصية أنانية، فمن المفروض أن قبول الطبيب لممارسة هذه المهنة يجعله يقبل بكل مخاطرها، والإدانة هي صورة من صور هذه المخاطر فعليه أن يقبل بها على أن لا يفشي سر مريضه<sup>1</sup>، وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية " أن الطبيب الذي تلقى صراحة أو ضمناً، كوديعة أبدية شيئاً لا يخصه، لا يمكنه أن يتصرف فيه، خاصة إذا كان هذا السر لا يتعارض إلا مع مصلحته الشخصية في الدفاع عن نفسه أمام القضاء"<sup>2</sup>، لذلك ظهر في حكم صادر عن محكمة غرونوبل سنة 1957 أنه ليس للطبيب الحق في أن يدافع عن نفسه بالكشف عن معلومات وبيانات يغطيها السر المهني حتى ولو كان الإتهام الموجه إليه اتهام ظالم<sup>3</sup>.

لكن أنصار هذا الرأي اصطدموا بحتمية المحافظة على حقوق الطبيب لحماية المهنة، خاصة إذا تعلق الأمر بالحق في الدفاع عن نفسه، مما جعل فريقاً آخر من الفقه يستند إلى التطور الحاصل في تقرير حقوق الإنسان وحقه في عدالة منصفة، على حد قول الأستاذ رينود Raynaud " العدالة تبحث عن الحقيقة، الحقيقة إكتشاف والسر يغطيها"<sup>4</sup>، فينتج هذا الرأي إلى القول أن من حق الطبيب إفشاء السر متى دعت الضرورة إلى الدفاع عن النفس، على أن يقتصر في دفاعه على الأمور التي تتعلق مباشرة بالدعوى المقامة ضده، بشرط أن يكون الإفشاء هو الوسيلة الوحيدة لرد هذا الهجوم<sup>5</sup>، ولا يمنعه ذلك من الإشارة إلى المسؤول الحقيقي عن الضرر حتى يبيريء نفسه، ويكفي لاستعماله هذا الحق أن يكون محل اتهام حتى ولو لم يوجه إليه الإتهام بالفعل، فلا يشترط وجود دعوى قضائية ضد

<sup>1</sup> - أنظر عنان داود، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> - Cass. 18 Dec. 1885. D. 1886-1. 347-S. 1886-1-86-rapport tanon

<sup>3</sup> - Grenoble 22 mai 1957, J.C.P.1957-11-1026.

<sup>4</sup> - Raynaud (P.), « Secret et procédure », Le secret et le droit, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXV, Dalloz, 1974, p. 711.

<sup>5</sup> - داود عنان، مرجع سابق، ص 148.

الطبيب بل يمكنه أن يتدخل في دعوى قائمة على الغير طالما أنه وضع فيها موضع اتهام، غير أن هذه الإجازة لا تعني التحرر المطلق من الإلتزام بالكتمان، إذ لا يجب أن يتعدى الإفشاء الوقائع السرية الغير منتجة لدفع الإتهام، مثلما لا يجوز إفشاء هذه المعلومات مرة أخرى باعتبار أنه سبق إفشائها، أو القيام بالدفاع عن نفسه بكشف السر في الصحف إذا كان محل انتقاد من قبلها<sup>1</sup>.

ولقد سائر القضاء هذا الرأي في أحكام عديدة، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في سيدة استطاعت أن تدلس على مجموعة أطباء بشأن حالتها المرضية، فأعطوها بحسن نية شهادات طبية تخالف حقيقة مرضها، مما أوقع ضرراً بشركة التأمين، وتمسكت أمام محكمة النقض بخطأ محكمة بوردو أثناء التحقيق في كسر قاعدة الإلتزام بالسر المهني المفروض على الأطباء لما طلبت منهم توضيح سبب إصدارهم لشهادات طبية مخالفة للحالة الصحية، لكن محكمة النقض استندت على نص المادة 160 من قانون العقوبات الفرنسي الذي يدين كل طبيب يصدر شهادة طبية مخالفة بقصد حصول أحدهم على منفعة غير مشروعة، وبذلك توصلت إلى القول أن الطبيب الملتزم بكتمان السر المهني، كغيره من الناس له حق الدفاع عن نفسه، وحسن نيته، ولا يمكن أن يكون السر المهني حائلاً دون ذلك<sup>2</sup>.

وفي حكم آخر لمحكمة باريس، جاء فيه: " أن المدعي الذي يقدم سنداً لدعواه وثائق طبية لا يستطيع أن يتمسك بالسر المهني لكي يحرم خصمه من استعمال وثائق من نفس النوع يواجه بها ادعائه ويرد عليه"<sup>3</sup>.

وهكذا سلم الفقه والقضاء، أن حق الطبيب في الدفاع عن نفسه يجيزه إفشاء السر طالما أن هذا الإفشاء يصب في مصلحته وجدير بأن يسدد مجرى العدالة، لما في ذلك من تحقيق مصلحة تتجاوز مصلحة كتمان السر.

<sup>1</sup> - أنظر عنان داود، نفس المرجع، ص 151.

<sup>2</sup> - Cass. Crim 20 Déc 1967. N° 66-92779. Bulletin Criminel N° 338

<sup>3</sup> - Cour d'appel de Paris. 16 fevr. 1966. D 1966.J. 618 , gaz. Pal. 1966. 1-341

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من كشف السر لسبب الدفاع عن النفس.

كمبدأ عام، اعترف المشرع الجزائري بحق الشخص في الدفاع عن نفسه وجعله سلوكا لا يرتب مسؤولية مدنية متى كان دفاعا مشروعاً لا يهدف إلى إحداث ضرر بالغير وإنما لتوقي الضرر الواقع، فقد نصت المادة 127 من ق. م. على: " من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الإقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

ونجد أن المشرع بخصوص إفشاء السر المهني لغرض الدفاع عن النفس، ولو أنه لم يفرد نصوصاً تحدد كميّات وحالات وشروط مباشرة هذه الرخصة، إلا أننا نجد أن نص المادة 206 من ق. ح. ص. ت: " لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي، سواء أكان مطلوباً من القضاء أو خبيراً لديه كتمان السر المهني أمام القاضي فيما يختص بموضوع محدد يرتبط بمهمته.

ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني".

وبالتالي فإن هذه المادة جمعت بين أداء الخبرة والإدلاء بالشهادة والدفاع عن النفس أمام القضاء، فأجازت الإفشاء ترجيحاً لمصلحة تحقيق العدالة دون أن تغفل تحديد قيود هذا الإفشاء، بأن يكون أمام القضاء فقط، وفي حدود الأسئلة التي توجه له، وأي زيادة عن ذلك تعرضه إلى العقوبات المقررة لجريمة إفشاء السر المهني.

وفي رأينا أن المشرع الجزائري رجح مصلحة العدالة لما يكمن فيها من مصلحة تحقيق الاستقرار في مهنة الطب وشعور الطبيب بالإطمئنان حيال ممارسته لمهنته، وهو بذلك اتجه إلى تجسيد حق الدفاع الذي كرسه الدستور.

## الفرع الثالث

### أثر حالة الضرورة على جواز إفشاء السر

تعرضت جميع الأعراف والشرائع والأنظمة الجزائية القديمة إلى حالة الضرورة كسبب للاباحة لما تنطوي عليه من تقييد لخيار إتيان الفعل أو تركه، وقد كانت سببا في دفع المسؤولية في كثير من الأفعال المسببة لضرر، مما يحتم التعريف بها (بند أول) ، وموقف الفقه والقضاء في جواز أو رفض الأخذ بها حيال الإفشاء (بند ثان)، وموقف المشرع الجزائري من ذلك (بند ثالث).

### البند الأول: تعريف حالة الضرورة

هي الحالة التي يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بخطر جسيم وحال، يضيق عليه إختياره، فلا يستطيع تلافيه ولا تجنبه، إلا بإرتكاب جريمة، وهي تعرف بالجريمة الضرورية التي تمس حقوق الغير<sup>1</sup>، ويعرفها البعض الآخر بأنها ظرف خارجي ينطوي على خطر جسيم ومحدد، يحيط بشخص فيرغمه على تضحية حق لآخر، وقاية لنفسه أو لماله أو لنفس غيره أو ماله من غير أن يتسبب هو قصداً بحلول الخطر، ودون أن تكون لديه القدرة على منعه بطريقة أخرى<sup>2</sup>.

ومن أمثلة حالة الضرورة المتعلقة بإفشاء السر، أن يكون خاطب الفتاة يحمل مرضا خطيرا ولا يوجد من يخبرها أو يخبر والداها بذلك، أو حالة الطبيب الذي يعلم بأن شخصا يعمل ممرضا في مستشفى، أو طاهي بمطعم يعاني من مرض لا يستوي أن يقوم معه بالطبخ حماية للزبائن من العدوى، وأيضا حالة المريض الذي يجب أن يخبر أهله بعلته مخافة العدوى أو لاتباع طرق العلاج، فكل هذه الصور تستدعي الضرورة من الطبيب أن يفشي سر مريضه اتقاء لخطر اكبر.

<sup>1</sup> - عبد السلام بنحدو : شرح القانون الجنائي العام المغربي، المطبعة و الوراقة الوطنية مراكش ، الطبعة الخامسة

2004 ، ص 143

<sup>2</sup> - أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 122.

البند الثاني: جواز الإفشاء تطبيقاً لحالة الضرورة بين الرفض والتأييد.

اختلف الفقه في الأخذ بجواز الإفشاء لحالة الضرورة بين مؤيد ورافض.

أولاً: الموقف الرافض لجواز الإفشاء تطبيقاً لحالة الضرورة

كما سبق الإشارة إليه فإن جانباً من الفقه نادى بالسر المطلق على أساس أنه لا يجوز للطبيب مخالفة أحكام المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، فإذا سمح له أن يخالف أوامر القانون اتباعاً لصوت الضمير فإن هناك من الأطباء ذوي القصد السيء من يفشي السر لغرض نفسه، وهذا حتماً سيؤدي إلى التحجج والإفلات من العقاب، وتزايد في حالات إفشاء الأسرار المبررة، وهو ما سيؤثر سلباً على قيمة الإلتزام بكتمان السر وما يجب أن يحظى به من احترام من قبل الأطباء.

وقد اتجه القضاء إلى هذا الرأي في بعض أحكامه، فقضت محكمة السين بأن الطبيب الذي يسأله والد الفتاة عن صحة الشاب الذي يريد الزواج من تلك الفتاة، لا يستطيع أن يذيع بأن هناك خوفاً من الإصابة بالسل دون أن ينتهك حرمة السر الطبي<sup>1</sup>، وأدانت طبيباً آخر للضرورة أخبر والدا الفتاة بأن خطيب ابنتهما نقل إليها مرضاً سارياً<sup>2</sup>.

ولكن هذا الرأي قد دفع الأطباء إلى التحايل حتى لا يقوموا بإفشاء الأسرار الخاصة بمرضاهم، فبعضهم يوصي والد الفتاة التي تريد الزواج أن يطلب من خطيبها المصاب التأمين على حياته لصالحها بمبلغ كبير، لأن هذا يجعل الشاب يخشى من افتضاح سره علاوة على أن شركة التأمين سترفض تأمينه عندما تكتشف أمره، الأمر الذي يدفعه إلى العدول عن الخطبة من تلقاء نفسه من دون أن يكلف الطبيب فضح سره<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أشار إليه د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 686.

<sup>2</sup> - أشار إليه سلمان علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 135 نقلاً عن د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات.

<sup>3</sup> - أشار إليه عنان داود، المرجع السابق، ص 141، نقلاً عن د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات.



ثانياً: الموقف المؤيد لجواز الإفشاء تطبيقاً لحالة الضرورة.

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بأن واجب الكتمان وإن كان عاماً، فحالة الضرورة تبيح للأمين إفشاء سر المهنة إذا توافرت شروطها وخاصة عندما لا تكون هناك طريقة أخرى لإنقاذ الشخص سوى الإفشاء<sup>1</sup>، فالطبيب الذي يشاهد أحد مرضاه يباشر عمل ذا خطر على الغير عليه أن يبادر نصحه بالإمتناع عنه فإذا رفض ذلك فعليه الإفشاء بالسر إلى صاحب الشأن، والضرورة هنا هي ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره، حيث يتعذر عليه منع هذا الخطر بطريقة أخرى<sup>2</sup>، فالطبيب إذا تركه في تمام حرية ينقل المرض إلى من يمكنهم تجنبه لو عرفوا به، يعد اشتراكاً في جريمة قتل<sup>3</sup>.

فالضرورة هي التي تبرر مسلك الطبيب في هذه الحالات والقاضي هو الذي يستطيع القول بما إذا كانت هناك ضرورة ترجح إفشاء الطبيب على الصمت أم لا<sup>4</sup>.

وانتقد الفقه المصري صياغة نص المادة 310 من قانون العقوبات من أن صياغتها لم تترك مجالاً لتطبيق نظرية الضرورة، إذ أن قواعد التفسير الضيق المعروفة في القانون الجنائي ترفض ذلك، مما يستوجب التفكير في تعديل هذا النص بما يتماشى وتطبيق هذه النظرية<sup>5</sup>، وبالفعل ظهر تعديل باتجاه الأخذ بحالة الضرورة بنص المادة 30 من لائحة آداب المهنة الطبية لسنة 2013 " لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائي أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومتيقن يصيب الغير أو في الحالات الأخرى يحددها القانون"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - سلمان علي حمادي الحلبوسي، نفس المرجع، ص 134.

<sup>2</sup> - داود عنان، المرجع السابق، ص 143.

<sup>3</sup> من كلمة الدكتور ليفور أمام الأكاديمية الطبية سنة 1896، نقلاً عن سلمان علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 115.

<sup>4</sup> - د. أحمد كامل سلامة، المرجع السابق، ص 690.

<sup>5</sup> - نفس المرجع، ص 670.

<sup>6</sup> - لائحة آداب المهنة الطبية بجمهورية مصر العربية، رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003.

بينما اتجه القضاء في بعض من احكامه إلى اعتماد نظرية الضرورة، فقد قضت محكمة ديجون بتاريخ 14 ماي 1868 بأن الطبيب الذي يستدعى لعلاج طفل مولود حديثا تبدو عليه علامات مرض الزهري ويترك الحاضنة على جهل بطبيعة المرض مكتفيا بوصف العلاج لها وللطفل يكون مسؤولا عن العدوى التي تصيب الحاضنة<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فأصحاب هذا الرأي يعترفون للطبيب بحق الإفشاء لداعي الضرورة متى توفرت الشروط التالية:

- أن يكون هناك خطر حال يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال
  - أن يكون مصدر هذا الخطر أجنبيا لا يرجع الى الشخص المتضرر ولا لمحدث الضرر.
  - أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع أو يرتكبه.
  - الركن المعنوي للخطأ "الإدراك" بحيث يجب أن يكون هذا الشخص مدركا لأعمال التعدي التي قام بها سواء بقصد أو وقعت منه بغير قصد<sup>2</sup>.
- وتطبيقا لذلك يستطيع الأمين أن يفشي السر استنادا إلى حالة الضرورة التي تبرر له الإدلاء بالشهادة لإنقاذ بريء، ولكي يتمتع الأمين بالإعفاء من العقاب يجب ألا يكون هناك وسيلة أخرى لتبرئته غير ما أقدم عليه من إفشاء لسر المهنة فالضرورة تقاس بمقدارها<sup>3</sup>، كما يحق للطبيب أن يكشف للزوجة عن مرض زوجها ولكن إذا دعي للشهادة فعليه أن يلتزم جانب السكوت وإلا اعتبر مفشيا لسر المهنة<sup>4</sup>.

فكلما كان هناك سبب مشروع وجب رفع واجب الكتمان عن كاهل الطبيب، ويبقى للقاضي تقدير حالة الضرورة من عدمها، إذ يجوز له من تلقاء نفسه أن يعتبر حالة الضرورة متوافرة، رغم أنها قد لا تعفي المحكوم عليه من التعويض المدني.

<sup>1</sup> - T.G.I. 14-5-1868. D. 1869-2-195.

<sup>2</sup> - أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> - د. حسن الأبراشي، المرجع السابق، ص 438.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 232.

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من حالة الضرورة لإفشاء السر.

أخذ المشرع الجزائري كمبدأ عام بحالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة في قانون العقوبات، فقد نصت المادة 02/39 من ق. ع. ج: " لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو الغير".

أما في القانون المدني، فقد نص على حالة الضرورة بموجب نص المادة 130 من ق. م: " من سبب ضررا للغير لئيتفادي ضررا أكبر، محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا"، مثلما نصت المادة 128 من ق. م. ج على أن: " من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، عن ماله، أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على أن لا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الإقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي".

وتقدير شروط حالة الضرورة من اختصاص قاضي الموضوع الذي يستخلص من عناصر الدعوى توافر هذه الشروط ضمن حدود سلطته التقديرية، والدفع بحالة الضرورة من الدفوع الجوهرية التي يلتزم القاضي بالرد عليها تحت طائلة النقض.

يستخلص من نصوص هذه المواد، أن القاضي قد يعتد بحالة الضرورة فيحكم ببراءة مفضي السر من الجريمة و العقوبة المقررة للأفشاء، لكنه لا يرفع عنه المسؤولية المدنية تماما، إذ قد يحكم القاضي بالزام الطبيب التعويض النسبي عن الضرر الحاصل جراء الإفشاء متى تأكد أن ضرر الإفشاء جاوز الضرر الذي كان متوقعا حدوث حال الكتمان، حسب ما يؤول إليه مصطلح " عند الإقتضاء.." الوارد في نص المادة 128 من ق. م. ج.

وفي غياب تطبيقات قضائية للقضاء الجزائري في مجال إفشاء السر، صار من الصعب الوصول إلى معرفة مدى الأخذ بحالة الضرورة حال إفشاء السر، فحسب رأي الدكتور مروك نصر الدين، فإن المشرع الجزائري يرفض الإفشاء الذي يحدث دون مبرر

مشروع، وقد توجب على الطبيب الإفشاء<sup>1</sup>، ونظرية الضرورة هي المعيار الفاصل للإفشاء المشروع<sup>2</sup>.

وفي اعتقادنا إن كان تطبيق نص المادة 130 من ق. م في مجال المسؤولية عن الفعل الشخصي يجد بعض المرونة إزاء الجانب المادي من الضرر، ذلك لتيسر فحص شروط حالة الضرورة وتقدير الضرر الحاصل والضرر المدفوع، فإنه من الصعوبة بمكان الوقوف على ذلك كلما تعلق الضرر بالجانب المعنوي، فما ينتج من ضرر عن إفشاء السر يصعب تقديره أمام الضرر الذي كان سيحصل حال الكتمان، مثلما يصعب تحديد ما كان هو الحل الوحيد لدفع الضرورة، كحالة إفشاء الطبيب لسر مريضه إلى والدا الفتاة المخطوبة، فزواجهما غير مرتبط بتحقيقه بكتمان الطبيب لسر مريضه فقط، فربما العلاقة في أصلها ايلة للزوال، مما يضعف من حجية أهمية الإفشاء في هذه الحالة وما يشابهها.

لذلك من الصعب جدا تمييز حالات الضرورة التي لا يمكن ردها إلا بفعل إفشاء السر، وهو نفس السبب الذي جعل المشرع لا يستطيع حصر كل الإستثناءات الواردة على جواز الإفشاء بنص قانوني، ومنح بموجبه لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في اعتبار الواقعة سرية أم واقعة عادية، وكذا مدى اعتبار قيام حالة الضرورة.

وما يلاحظ أن المشرع اهتم بحالة الضرورة لجواز إفشاء السر في التشريع الجزائري، وفي كل مرة يحاول تقليص دائرتها بالقيام بضبط الحالات التي تقتضي دوما الإفشاء ليشملها بنص قانوني يجيز فيه ذلك، كتحديده لبعض أنواع الجرائم المسموح فيها الإفشاء، وكذا الإلتزام بالتبليغ عن الأمراض المعدية، إلى غير ذلك من الحالات التي يرجح فيها ضررها على ضرر الإفشاء.

<sup>1</sup> - يقصد مانصت عليه المادة 54 من ق. ح. ص. ت. ج الذي نص على وجوب التبليغ عن الأمراض المعدية.

<sup>2</sup> - د. مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 17.

خاتمة

---

من خلال تناولنا لموضوع المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي. اتضح لنا أن:

- أغلب التشريعات تتفق في أن السر الطبي واجب أخلاقي تُمليه قبل قواعد القانون، قواعد الشرف وعادات وأعراف المهنة وتقتضيه المصلحة العامة، إذ ينبعُ من الثقة التي تعد أهم ركيزة لنجاح العمل الطبي.

- اختلف الفقه في وضع مفهوم موحد للسر الطبي، ذلك أن تحديد السر يعتبر مسألة نسبية، فهو مسألة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، وطبيعة الوقائع والأحداث. وبوجه عام يمكن القول أن السر الطبي هو تلك الواقعة التي يحرص المريض على إخفائها لتعلقها بمصلحته، والتي وصلت إلى علم الممارس للمهنة الطبية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة طالما وصلت إليه بمناسبة أدائه للمهنة، و لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقرير ما إذا كانت الواقعة مشمولة بوصف السرية أم لا.

- يتحدد نطاق السر الطبي من حيث الأشخاص في المؤتمر على السر الطبي وصاحب السر ومحقق السرية، أما من حيث موضوع الواقعة السرية فيجب أن يرتبط موضوع الواقعة السرية بالمهنة الطبية، وأن لا تكون شائعة للكافة، وأن يكون لصاحبها مصلحة في كتمانها، أما النطاق الزمني للسر الطبي فينشأ الإلتزام بالكتمان في زمن حصول العلم بالواقعة ولو قبل بدء العلاج ولا يتحرر منه المؤتمر ولو بعد وفاة صاحب السر، لكن قد ينتهي زمن الإلتزام بالكتمان إذا كان المؤتمر أمام إحدى حالات الإستثناء التي تفرض عليه أو تجيز له الإفشاء.

- أخذ المشرع الجزائري بالنظرية العقدية ونظرية النظام العام معاً كأساس للإلتزام بالسر الطبي، ونراه قد أصاب الاختيار لما تحققه كل نظرية من إيجابيات، ونحن نؤيد هذا الموقف وفق ما سار عليه لما فيه من موازنة بين المصلحة في الكتمان والمصلحة في الإفشاء في تحديد الحالات التي يجاز فيها الإفشاء، لذلك فإن الإفشاء يكون واجبا في بعض الحالات، وجوازيا في حالات أخرى.

- في معالجة أركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي، اتضح أن الإفشاء من جملة الأخطاء الجسيمة، ويعد الإخلال به من طائفة الأخطاء العادية لا الفنية بالنسبة للمهني، فهو التزام بتحقيق نتيجة لا بذل عناية، والمسؤولية فيه مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، بحيث لا يمكن للطبيب التخلص من المسؤولية إلا بقطع العلاقة السببية عن طريق إثبات وجود السبب الأجنبي أو خطأ المريض نفسه، لذلك فتقدير القاضي لا يتوجه إلى تقدير وجود الخطأ من عدمه، لأن الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقيق النتيجة، وإنما يتوجه إلى مدى اعتبار موضوع الواقعة مشمولاً بوصف السرية أم لا.

- إثبات الخطأ يمثل عبء ثقيلًا بالنسبة للمضرور، خاصة إذا صدر من فريق طبي أو مرفق عام، ورغم أن الفقه قد ابتكر وسيلة قانونية تهدف لإعفاء المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع المعقدة لاستخلاص الخطأ، وهي فكرة المسؤولية دون خطأ، غير أن اقتصارها على الأخطاء الطبية الفنية دون العادية عذر تطبيقها بشكل خاص على الخطأ المتعلق بإفشاء السر الطبي حين يكون خطأ عاديًا، لذلك ظهر مبدأ الالتزام بضمان السلامة الذي يضمن للمريض عدم تعرضه لأي أذى، والأضرار المقصودة هنا هي تلك التي لا ترتبط مباشرة بأثر ما يتلقاه المريض من علاج، كما أنها أضرار مستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني، وأصبح بإمكان المريض الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به وفق هذا المبدأ دون البحث عن وجود خطأ.

- بمجرد إفشاء السر يفترض وقوع الضرر باعتباره ضررًا معنويًا يصيب اعتبار المريض في سمعته وكرامته وشرفه، وإن كان المشرع الفرنسي قد تبنى التعويض عن كل ضرر دون تحديد طبيعته، فالمشرع الجزائري نص على وجوب التعويض عن الضرر المعنوي في نص المادة 182 مكرر من ق. م. ج، شرط أن يكون الضرر محققًا، مباشرًا، شخصيًا وأن يصيب مصلحة مشروعة، ومتى كان هناك أشخاص آخرون برروا ارتداد وانعكاس الضرر الواقع من الإفشاء عليهم، أمكن لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر، من جملة ذلك ورثة صاحب السر ولو بعد وفاته.

- الإخلال بالالتزام المتمثل في الكتمان، باعتباره ضرر معنوي لا يمكن فيه سوى التعويض بمقابل لاستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، ولم يبق للدائن خيار سوى

المطالبة بتعويض نقدي، مثلما يمكن أن يكون التعويض غير نقدي كنشر الحكم القضائي في الصحف من باب رد الإعتبار للمضرور.

- في مجال التأمين عن الأضرار، وإن كانت شركات التأمين تغطي الضرر المتعلق بإفشاء السر الطبي، نجد أن هيئة الضمان الاجتماعي لا تمنح التعويض سوى للفئات المستفيدة من التأمين عن ما يصيبهم من الأضرار الجسمانية، مما يحرم المضرور من إفشاء السر الطبي الاستفادة على أي تعويض منها.

- في مسألة الفحص الطبي قبل الزواج وإن كان المشرع الفرنسي قد توصل إلى الغاء هذا الإجراء حين ترسيم عقود الزواج، فإن مسألة الفحص الطبي في القانون الجزائري ليست مبررا للإفشاء.

- أخذ المشرع الجزائري بحالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة في قانون العقوبات بنص المادة 02/39، وكذا في القانون المدني بنص المادتين 128 و 130، والملاحظ من خلالهما أن القاضي قد يعتد بحالة الضرورة فيحكم ببراءة مفشي السر من الجريمة والعقوبة المقررة للإفشاء، لكنه لا يرفع عنه المسؤولية المدنية تماما، إذ قد يحكم القاضي بإلزام الطبيب التعويض النسبي عن الضرر الحاصل جراء الإفشاء.

وعلى ضوء ما أمكن مناقشته خلال هذه الدراسة، نحاول أن نقدم بعض الإقتراحات التي نعتقد أن من شأنها خدمة موضوع السر الطبي، نلخصها فيما يلي:

- تعتبر النصوص الخاصة بالسر الطبي قليلة وغير كافية لتنظيم المسؤولية على إفشاء الأسرار الطبية، فنصوص القانون تتجه إلى الإلتزام بالسر المهني كافة، بينما الواقع يؤكد خصوصية السر الطبي عن بقية الأسرار المهنية الأخرى.

- على المشرع الجزائري التنسيق بين نصوص مدونة أخلاق الطب وقانون حماية الصحة وترقيتها، خاصة في تحديد الإلتزام بالسر الطبي بالنسبة للمساعدين الطبيين و الإداريين.

- يعتبر المشرع الجزائري بمصلحة الورثة في الدفاع عن أسرار مورثهم، ويمكنهم متابعة المؤتمن على السر الطبي على إفشائه لسر مورثهم على أساس ما نصت عليه المادة 41



من م. أ. ط. ج: " لا يلغي السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق"، ومع ذلك يعتبره حقا شخصيا لا يمكن لرضا الورثة أن يعفي حامله من التزام الكتمان، وهو بذلك يتجه لحماية الشعور بذكرى المتوفي التي هي في الحقيقة أصبحت ملكا للأحياء مادام يمكنهم الدفاع عنها، فنعتقد أنه من الأجدر أيضا مراعاة مصلحتهم في ذلك، وقبول إنشاء السر في وجود رضاهم، فقد يكون السر مشرفا لصاحبه ولأهله.

- المبادرة لإصدار قانون أخلاقيات مهنة القبالة على غرار التشريعات المقارنة باعتبارها من المهن الطبية الواجب احاطة قواعد أخلاقها بالإهتمام، بما في ذلك التزامها بالسر الطبي.

- المبادرة لإصدار قانون لحماية حقوق المرضى على النهج الذي اتجه إليه المشرع الفرنسي واللبناني، وبعض الدول الأخرى، بدل الإبقاء عليها كالتزامات على عاتق المهنيين.

- الإستفادة من الرقمنة في حفظ المعلومات الطبية الخاصة بالمريض وانتقالها بين المهنيين (الأطباء، الصيادلة، شركات التأمين...) عن طريق إنشاء مراكز ربط وتخزين البيانات، مشفرة يملك فيها كل طبيب أو صيدلي حسابا بإسمه ورقما سريا تحت مسؤوليته، للولوج وإرسال واستقبال البيانات الخاصة بالمرضى.

- تكثيف الدور التوعوي والثقافة القانونية بخصوص حدود ونطاق السر الطبي وما يشتمل عليه هذا الموضوع من تأثير وحساسية على مصلحة المرضى، فكثير من المرضى يتكبدون في صمت ضرر الإفشاء دون علمهم أن لهم الحق في متابعة المؤتمنين على أسرارهم قضائيا لجبر ضررهم، حتى صار موضوع كشف أسرارهم من طرف الجهات الصحية واقع مسلم به يفترض الخضوع له حال قبول العلاج، لذلك لم يعالج القضاء الجزائي أي قضية تتعلق بإفشاء السر الطبي منذ الإستقلال إلى غاية يومنا هذا، وهذا من الأسباب المباشرة للإهمال والفوضى الحاصلة بخصوص أسرار المرضى في بعض المستشفيات.

- تنشيط ندوات ودورات تكوين قانونية لفائدة الأطباء وبالخصوص المساعدين في المهن الطبية والإداريون تضمن تحقيق وعي بمسؤوليتهم على الأسرار الطبية وحدودها بما يخدم مصلحة المريض والمهنة معا.

- تخفيف وطأة الضغط الواقع على الأطباء ومراكز الإستقبال بالمرافق الصحية العامة، إذ لا يمكن الحديث عن كتمان سر مريض لا يعالج بشكل انفرادي في معزل عن الآخرين.

# قائمة المراجع

---

## قائمة المراجع

### I. باللغة العربية

#### أولاً: المعاجم

1. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، 1992.
2. القاموس الجديد للطلاب معجم عربي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط7 سنة 1997.
3. قاموس محيط المحيط، بطرس البستاني، مكتبة لبنان 1979.
4. المعجم الوسيط، الجزء الثاني، مطبعة مصر، مصر، 1961.
5. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الثانية، سنة 1960.

#### ثانياً: المؤلفات

#### أ- الكتب العامة

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007،
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، د ط، الجزائر 2005.
3. أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن عمل الغير، دراسة تحليلية انتقادية تاريخية موازنة بالقانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي، دار وائل، عمان، 2003.
4. أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، د ط، د س ن.
5. أحمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، القاهرة، 1982.
6. أحمد عيسى، مسؤولية المستشفيات العمومية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2008.

7. **العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ( الواقعة القانونية)، الجزء 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. ط، 2001.
8. **أنس عبد الغفار**، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2010.
9. **بليور عبد الكريم**، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1986.
10. **بن شيخ أت ملويا لحسن**، دروس في المسؤولية الإدارية" الكتاب الأول"، المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2007،
11. **جابر محجوب علي**، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2000.
12. **جاسم علي الشامي**، مسؤولية الطبيب والصيدلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 2004.
13. **د. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي**، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د.ط، 2007.
14. **د احمد عبد الكريم موسى الصرايرة**، التامين عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخطاء الطبية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2012.
15. **د. أحمد فايز النماس**، الخدمة الاجتماعية الطبية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى 2002.
16. **د. احمد شرف الدين**، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، جامعة الكويت، د.ط، 1986.
17. **د. السيد جاد**، الوجيز في مبادئ قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، القاهرة، مصر، د.ط، د.س.ن.
18. **د. بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، ( الفعل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د.ط، 2001.

19. د. جمال ابراهيم الحيدري، أحكام المسؤولية الجزائية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، بغداد د.ط، 2010.
20. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الضرر"، دار وائل للنشر، الأردن، د.ط، 2006.
21. د. حسن محمد علوب، استعانة المتهم بمحامي في القانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، د.ط، 1970.
22. د. حسين ظاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2002.
23. د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د.ط، 1988.
24. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، المجلد السابع، د.ط، د.ب.ن، د.س.ن.
25. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المجلد 02، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الإلتزام، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، د.ب.ن، د.س.ن.
26. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ج الأول، دار النشر للجامعات المصرية، د.ط، 1952.
27. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 03، 1998.
28. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول ج 07، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 03، 1998.
29. د. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، مطبعة حيرد، د.ط، 1998.
30. د. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية الفعل الضار، أساسها وشروطها، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د.ط، 2002.

31. د. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ( قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، منشورات بغدادي، الجزائر، د.ط، 2009.
32. د.عبد السلام بن عمار، كتاب الأخلاقيات الطبية، جمعية الطب العالمية، ترجمة ، كلية الطب تونس، 2005،
33. د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، د.ط، 1987.
34. د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1992.
35. د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03، 2003
36. د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1989.
37. د. محمود نجيب حسني، اسباب الاباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية العليا، القاهرة، مصر، د.ط، 1962.
38. د. رمسيس بهنام، مذكرات في القسم الخاص من قانون العقوبات، مطبعة إتحاد الجامعات، القاهرة، د.ط، 1995.
39. د. رؤوف عبيد، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، د.ط، 1974.
40. د. زياد درويش، الطب الشرعي ، مطبعة جامعة دمشق، د ط، 1976.
41. د. سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2010.
42. د. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1992.
43. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، 1992.

44. د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب والجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا، جنائيا، إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ط، 2004.
45. د. شكري بهاء بهيج، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د.ط، 2010.
46. د. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، د.ط، 2004.
47. د. طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2002.
48. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2012.
49. د. محسن عبد الحميد البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د.ط، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، د.ط، 1993.
50. د. محمد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، د.س.ن.
51. د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2006.
52. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، 2006.
53. د. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
54. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء 2، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004.
55. د. محمود محمد عبد العزيز الزيتي، مسؤولية الاطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق والعذرى في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مركز الدلتا للطباعة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1991.

56. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة السابعة، مطبعة جامعة القاهرة، 1975.
57. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 1988.
58. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج 2، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
59. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية والوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د.ط، 1996.
60. د. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، 2004.
61. د. نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الكتاب الاول، عمان، الاردن، د.ط، 1998.
62. دنون سمير، الخطأ الشخصي والمرفقي في القانونين المدني والإداري، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، د.ط، 2009.
63. سي يوسف كجار زهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.
64. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، 2005.
65. عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن اخطائه المهنية - دراسة مقارنة -1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الأولى، 1999.
66. عبد السلام بنحدو، شرح القانون الجنائي العام المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الخامسة، 2004.
67. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2009.
68. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دراسة مقارنة، ط 01، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، 2008.



69. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، مصر، الطبعة الثانية، 2008.
70. عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 2006.
71. عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
72. علي عصام الغصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، د.ط،
73. كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
74. محمد حسن منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، القانون ، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 2000.
75. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل، دار النهضة العربية، د.ط، 1993.
76. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، د. ط، مصر.
77. محمد هشام القاسم، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والسوري والمصري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
78. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا، فقها، اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
79. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
80. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1983.
81. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

82. منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء (أنواع المسؤولية - الأحكام العامة - إثبات ونفي أركان المسؤولية - النصوص القانونية بالمقارنة بالتشريعات العربية - أحكام النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
83. النووي حسين، سر المهنة المصرفي في القانون المصري والقانون المقارن، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1974.
84. هشام محمد مجاهد، الامتثال عن علاج المريض، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

#### ب- الكتب المتخصصة

1. أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي، دار الكتب المصرية، القاهرة، د س ط.
2. المستشار عبد الحميد المنشاوي - جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2005.
3. د. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
4. د. سعيد عبد اللطيف حسن، الحماية الجنائية للسرية المصرفية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004.
5. د. كمال أبو العيد، سر المهنة، دار وهدان للطباعة، بغداد، العراق، د ط، 1974.
6. شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، ط01، 1997، عمان الأردن.
7. عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الاخلال بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
8. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد أمام الموظف العام، د ط، د د ن، 1988.
9. موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط01، 1998.

10. سلمان علي حمادي الحلبوسي، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر المهني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 01، 2014.

### ثالثاً: الرسائل والمذكرات

#### أ- رسائل الدكتوراه

1. آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة.
2. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية- دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2011، ص 177.
3. زارة صالح الواسعة، المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والمصري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، 2006/2007.
4. زينب أحلوش بولحبال، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000/2001.
5. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه، مطبعة جامعة القاهرة 1988.
6. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله. المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
7. مجدي عبد الله عبد اللطيف أبو زيد، المسؤولية المدنية للصحفي عن انتهاك حرمة الحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2013.
8. محمود صالح العادلي، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 1991.

9. سي يوسف كجار زهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2006.

ب- مذكرات الماجستير

1. الحاج طاس، أداء المؤمن في تأمين الأضرار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع . عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1989.

2. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

3. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة نيل شهادة الماجستير تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، دفعة 2012/2011.

4. براهيمى زينة، مسؤولية الصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012.

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.

6. بوقفة أحمد، إنشاء سر المريض، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة جامعة الجزائر، 2007-2006.

7. بومدان عبد القادر، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إنشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، 2011.

8. **داود عنان**، التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001،
9. **داودي صحراء**، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع علوم قانونية اختصاص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006/2005.
10. **ذهبية أيت مولود**، المسؤولية الدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص45.
11. **سايفي وزنة**، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون "فرع مسؤولية مهنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
12. **صبرينة- نبيلة حرشاوي**، المنازعات الطبية في مجال الضمان الإجتماعي طبقا للتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001-2002.
13. **عباش كريمة**، الضرر في المجال الطبي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.
14. **عيساوي زهية**، المسؤولية المدنية للصيدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
15. **غنيف غنيم**، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
16. **فريحة كمال**، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

17. **فريد عيسوس**، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية " دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003
18. **فريدة عميري**، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011.
19. **قديدر إسماعيل**، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010.
20. **لالوش سميرة**، عقد الممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001.
21. **مخلوفي مليكة**، رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
22. **نبيلة غضبان**، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
23. **نصير صبار لفته**، التعويض العيني - دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، 2001.
24. **نور الدين قطيش محمد السكارنة**، الطبيعة القانونية للضرر المرتد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2012.

#### رابعاً: المقالات

1. **أمجد حمدان الجهني**، غسيل الأموال وأثره على السرية المصرفية، مقال منشور في موقع مركز الدراسات القضائية التخصصي، عمان، 2003.
2. **بلحاج العربي**، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2007، قسم الوثائق، الجزائر.

3. د. مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار الهلال، الجزائر
4. د. أحمد فاروق زاهر، الحماية الجنائية للأسرار، مجلة الشريعة والقانون، عدد 58، أبريل 2014، كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة.
5. د. بوجمعة صويلح، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2001.
6. د. بومدين محمد، المسؤولية عن تعويض أضرار حوادث المرور بين القانون المدني و قانون إلزامية التأمين على حوادث السيارات، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013.
7. د. رابيس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول 2009.
8. د. رابيس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، 2008
9. د. عبد الرحيم صدقي، الأسرار المهنية في القانون الجنائي، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول <http://www.droitentreprise.org/web/?p=1620>
10. د. علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، عدد 03، 1998.
11. د. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 2، 2006.
12. د. فواز صالح، النظام القانوني للغرامة التهديدية، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 العدد 02، 2012.
13. د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية" دراسة نظرية مقارنة"، مجلة جامعة آل البيت، العدد 18، الأردن.
14. رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، عدد 08، جامعة الكوفة، 2010.

15. سمير أورفلي، مدى المسؤولية الجزائرية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون السورية، العدد الحادي عشر، اليوبيل الذهبي 1985.
16. عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء السر المهني، دفاتر السياسة والقانون، عدد الرابع، جانفي 2011، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
17. عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 02، يونيو 1981.
18. قماروي عز الدين، مقال حول مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د. ت. ن، ص 47 .
19. الكريم بلعربي، محمد سعداوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008.
20. كمال ابو العيد، سر المهنة، مجلة القانون والاقتصاد، العراق، العددان الثالث والرابع سبتمبر - ديسمبر 1978 ، جامعة البصرة
21. محمد زيدان، محمد يعقوبي، "الصناعة التأمينية الواقع العملي وأفاق التطور- تجارب الدول"، الملتقى الدولي السابع، يومي 03 و 04 ديسمبر 2012، كلية العلوم الاقتصادية، العلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر.
22. محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007.
23. محمود الشربيني، المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، مجلة العدالة ، العدد 19 / سنة 6 ، أبو ظبي.
24. ملهاق فضيلة، مسؤولية الطبيب الجزائرية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري، مجلة نشرة القضاء، عدد 85، الجزائر، سنة 2006.
25. محمود محمود مصطفى، المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار المهنة، مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد الخامس، السنة الحادية عشر، 1941.



خامساً: القوانين والمراسيم الجزائرية

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 صادرة بتاريخ 08 ديسمبر 1996. معدل و متمم.
2. قانون 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم لقانون 85-05 الخاص بترقية الصحة و حمايتها، ج ر عدد 44 مؤرخة في 03 أوت 2008.
3. قانون رقم 08-08 مؤرخ في 16 صفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير سنة 2008، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج ر عدد 11، بتاريخ 02 مارس 2008.
4. قانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 06 فيفري 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر عدد 12، مؤرخة في 13 فبراير 2005.
5. قانون 11-90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990، المتضمن قانون العمل، ج. ر عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990. معدل و متمم.
6. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج.ر عدد 08 بتاريخ 17 فبراير سنة 1985.
7. قانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 جويلية 1983، المتعلق بحوادث العمل والأضرار المهنية، ج.ر عدد 28 لعام 1983 المؤرخة في 05-05 جويلية 1983.
8. قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق ل 2 جويلية 1983 ، يتعلق بالتأمينات الإجتماعية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 05 أوت 1983.

9. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، معدل وتمتم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق ل 09 غشت 2014، ج. ر 49 عدد بتاريخ 20 أوت 2014.
10. أمر رقم 66/156 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج.ر عدد 49، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1386 الموافق ل 11 جوان 1966، معدل وتمتم بالقانون 11-14 المؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 10-08-2011.
11. الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج. ر عدد 13 مؤرخة في 08 مارس 1995، معدل وتمتم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر عدد 15 مؤرخة في 12/03/2006.
12. أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن قانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، 2006، ج ر عدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006.
13. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44، مؤرخة في 26 يونيو 2005.
14. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم
15. المرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر 2009، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لاسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، ج. ر عدد 70 بتاريخ 29 نوفمبر 2009.
16. المرسوم التنفيذي 394/09 المؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر 2009، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر عدد 70 بتاريخ 29 نوفمبر 2009.
17. المرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق ل 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم

- 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1684 والمتضمن قانون الأسرة، ج ر، العدد 31 لسنة: 2006.
- 18. المرسوم التنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 2 شعبان عام 1418 الموافق لـ 2 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج ر العدد 81 المؤرخة في 10 ديسمبر 1997.**
- 19. المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 23 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 15 مايو سنة 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج ر عدد 33 مؤرخة في 19 ماي 1993.**
- 20. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يونيو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر العدد 52 بتاريخ 08 يوليو 1992.**
- 21. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413هـ الموافق لـ 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 سنة 1992.**

#### سادسا: قرارات، قوانين ومراسيم أجنبية

1. قانون رخص المهن الأردني رقم 28 لسنة 1999 ، ج. ر عدد 4371 بتاريخ 1999/08/16.
2. قانون تنظيم مهنة القابلة للبناني مرسوم رقم 1657 - صادر في 17/1/1979.
3. قانون الأحداث المصري رقم 12 لسنة 1996 الصادر برئاسة الجمهورية في ذي القعدة سنة 1416 هـ الموافق 25 مارس سنة 1996 م، ج. ر عدد 13 بتاريخ 28 مارس 1996.
4. لائحة آداب المهنة الطبية بجمهورية مصر العربية، رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 05 سبتمبر 2003.
5. قانون رقم 148 لسنة 1971 المتعلق بقانون تسجيل الولادات والوفيات المعدل بقانون تسجيل الولادات والوفيات الثاني رقم 110 لسنة 1982 الصادر بتاريخ 06/12/1982، الوقائع العراقية عدد 2914، بتاريخ 06/12/1982.
6. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، الوقائع العراقية عدد 1778، بتاريخ 1969/12/15.

7. قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 79 /10/08 بشأن السر في المهن الطبية، المؤتمر الثامن ببيروناي دار السلام من 21 إلى 27 يونيو 1993.
8. قرار مجلس الفقه الإسلامي الدورة الثامنة- العدد الثامن ، مجلة مجامع الفقه الإسلامي - الجزء الثالث، المؤتمر الإسلامي 1405 هـ - 1994م - جدة.

## II. المراجع بالفرنسية

### A- Ouvrages:

- 1- **Angelo castelletta**, Responsabilité médicale, droits des malades , Dalloz, 2002, Paris.
- 2- **A. PEYTEL** , " le secret médical", Paris, 1935.
- 3- **Corinne RENEAULT-BRAHINSKY** , l'essentiel du Droit des obligations, 3eme édition, Gualino, EJA, Paris, 2006.
- 4- **Docteur LEGENDRI**, "Secret médical et monde Contemporain", éd.G.DOIN et Cie. 1955.
- 5- **FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc**, Droit civil des obligations, le fait juridique, 7ème édition, Armand Colin, Paris, 1997.
- 6- **Jean Verdon**. La Femme au Moyen Age, Ed.Gisserot Histoire, France,1999.
- 7- **Jérôme DUMOULIN**, "Le secret professionnel et les embarras de la médecine", le coque paris.1991.
- 8- **Michèle HARICHAUX-RAMU**, <secret du malade>, juris classeur, droit civil, fasc.440-02 jurisclasse,1993.
- 9- **M.ROUSSELET & M.MARTIN**, Droit pénal spécial, 7eme éd. Sirey, Paris, 1969.
- 10- **Patrick Loiret** . "Théorie Secret Médical", Ed.Elsevier-Masson, Paris,1997.
- 11- **P. LAMBERT**, Le secret professionnel, éd.Némésis, Bruxelles, 1985.
- 12- **R.SAVATIER ,J.M.AUBY, J.SAVATIER et HENRI PEQUIGNOT** : Traité de droit médicale, Librairie technique, Paris, 1956.
- 13- **Raynaud P**, « Secret et procédure », Le secret et le droit, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXV, Dalloz, 1974.

- 14- **Seguy B.** Prévenir le risque juridique en obstétrique. Cas réels- Bonnes pratiques, Editions Masson, Collection de périnatalité, 2006, p.45

## **B- Articles**

1. **Béatrice Jacques et Sonia Purgue.** L'entrée des hommes dans le métier de sage-femme : faire sa place dans un monde professionnel « ultraféminisé », La Doc. Française.« Revue française des affaires sociales ». 2012/2 n° 2-3.
2. **Naziha BOUSSOUF,** Secret médical et exigence de santé publique, Revu générale de droit médical, N°5 / 2001.

## **C- Textes juridiques**

- 1- Loi n° 2007-1787 du 20 Décembre 2007 relative à la simplification du droit, Jorf. Du 21 décembre 2007.
- 2- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JORF du 18 janvier 2002
- 3- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JORF du 5 mars 2002
- 4- Décret n° 2012-881 du 17 juillet 2012 portant modification du code de déontologie des sages-femmes. JORF n°0166 du 19 juillet 2012
- 5- Décret n° 49-1351 du 30 septembre 1949 : De déontologie des sages-femmes en application de l'art. 66 de l'ordonnance 45-2184 du 24-09-1945 JORF du 5 octobre 1949.
- 6- Ordonnance n°45-2184 du 24 septembre 1945 relative à l'exercice et a l'organisation des professions de médecin, de chirurgien-dentiste et de sage-femme JORF du 28 septembre 1945.
- 7- Décision de la Commission : 82/43/CEE, du 9 décembre 1981, relative à la création d'un comité consultatif de l'égalité des chances entre les femmes et les hommes Journal officiel n° L 020 du 28/01/1982.

مواقع الإنترنت

المعلومات منشورة بالمواقع إلى غاية آخر زيارة بتاريخ 27 فيفري 2016.

1. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>
2. <http://dictionnaire.reverso.net/anglais-francais>
3. <http://dictionary.reference.com>
4. <http://www.legifrance.gouv.fr>
5. <http://www.avocat-nativi-rousseau.com>
6. <http://www.droitentreprise.org/web/?p=1620>
7. <http://www.cojss.com>
8. <http://ar.jurispedia.org>
9. <http://eur-lex.europa.eu/legal->
10. <http://www.emro.who.int/ar/health-topics/infectious-diseases/index.html>
11. <http://www.mohamoon-ju.com>
12. (CNAOP) Le Conseil National pour l'accès aux origines personnelle: <http://www.cnaop.gouv.fr/>

# الفهرس

---

مضمون الالتزام بالسري الطبي

1.....مقدمة

## الفصل الأول

### مضمون الالتزام بالسر الطبي

8	المبحث الأول: أهمية السر الطبي
8	المطلب الأول: مفهوم السر الطبي
8	الفرع الأول: تعريف السر الطبي
9	البند الأول: السر لغة
10	البند الثاني: التعريف الفقهي للسر الطبي:
10	أولاً: المعيار الشخصي
11	ثانياً: المعيار الموضوعي
12	ثالثاً: تعريف السر الطبي بين التشريع والقضاء
15	الفرع الثاني: السر الطبي في دائرة السر المهني
15	البند الأول: تعريف السر المهني ومكانته بين الأسرار
15	أولاً: التعريف الفقهي للسر المهني
17	ثانياً: مكانة السر المهني بين الأسرار
18	البند الثاني: المسؤولية كمعيار موحد
18	أولاً: المسؤولية الجنائية
20	ثانياً: المسؤولية المدنية
23	ثالثاً: المسؤولية الإدارية (المسائلة التأديبية)
24	البند الثالث: العمل الطبي كمعيار خصوصية
24	أولاً: التعريف الفقهي والقضائي للعمل الطبي
26	ثانياً: مشروعية العمل الطبي
26	1- حالة الضرورة كأساس للمشروعية
27	2- رضا المريض كأساس للمشروعية
29	ب- موافقة ممثل المريض
31	3. الترخيص القانوني
33	ثالثاً: مركز المريض في اختيار طريقة العلاج والمعالج
34	1- في اختيار طريقة العلاج
35	2- في اختيار المعالج
36	الفرع الثالث: الاعتبارات التي تقوم عليها حماية السر الطبي
36	البند الأول: حماية الحرية الشخصية للفرد
37	البند الثاني: حماية مصلحة المهنة
38	البند الثالث: حماية المصلحة العامة للمجتمع
39	المطلب الثاني: نطاق السر الطبي وطبيعته القانونية



39	<b>الفرع الأول: نطاق السر الطبي</b>
39	البند الأول: النطاق الشخصي للالتزام بالسر الطبي
39	أولاً- المؤمنون على السر الطبي
40	1- الأمانة على السر الطبي بنص القانون
40	أ- الطبيب
44	ب- الصيدلي
48	ج: القابلة
52	2- المؤمنون على السر الطبي بحكم الواقع أو المهنة
53	3- إشكالية حصر المؤمنين على السر الطبي
56	ثانيا: صاحب السر (المريض)
59	ثالثا: محقق السرية
61	البند الثاني: النطاق الموضوعي للسر الطبي
61	أولاً: ارتباط الواقعة السرية بالمهنة الطبية
62	ثانيا: عدم شيوع الواقعة للكافة
65	البند الثالث : النطاق الزمني للسر الطبي
68	<b>الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناشئة عن السر الطبي</b>
68	البند الأول : نظرية الالتزام المطلق
72	البند الثاني: نظرية الالتزام النسبي
75	<b>المبحث الثاني : أساس وأركان المسؤولية المدنية من إنشاء السر الطبي</b>
75	<b>المطلب الأول: الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي</b>
75	<b>الفرع الأول: نظرية النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي</b>
75	البند الأول : مضمون نظرية النظام العام
78	البند الثاني: تقييم نظرية النظام العام
79	<b>الفرع الثاني: العقد كأساس للمسؤولية</b>
79	البند الأول : مضمون نظرية العقد
81	أولاً: العقد الطبي عقد مسمى
81	1- نظرية عقد وكالة
82	2- نظرية عقد مقاوله
85	ثانيا: العقد الطبي عقد غير مسمى
86	البند الثاني: تقييم نظرية العقد
88	<b>الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري</b>
90	<b>المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي</b>
90	الفرع الأول : الخطأ
90	البند الأول: تعريف الإفشاء وصوره
90	أولاً: تعريف الإفشاء
92	ثانيا: صور الإفشاء
92	1- الإفشاء الكلي و الإفشاء الجزئي

93	2-الإفشاء الصريح والإفشاء الضمني.....
94	ثالثا: طرق الإفشاء.....
95	البند الثاني: مدى الإرتباط بين الإفشاء ومفهوم الخطأ الطبي.....
95	أولا: تعريف الخطأ الطبي.....
97	ثانيا: طبيعة الإفشاء كخطأ طبي.....
97	1-من حيث المسؤولية (الخطأ التقصيري والخطأ العقدي).....
98	2-من حيث العمل الطبي (الخطأ العادي والخطأ الفني) :.....
100	3-من حيث القيمة (الخطأ الجسيم والخطأ اليسير) :.....
102	4-من حيث العمد (الخطأ العمدي والخطأ بإهمال):.....
103	5-من حيث التعدد (الخطأ الفردي والخطأ الجماعي).....
104	6-من حيث طبيعة الالتزام (في بذل العناية أو تحقيق النتيجة) :.....
106	ثالثا: معيار تقدير الخطأ الطبي.....
106	1-استبعاد المعيار الشخصي عند تقدير الخطأ الطبي.....
107	2-الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب.....
108	البند الثالث: إثبات خطأ الإفشاء.....
108	أولا: عبء إثبات الإفشاء.....
110	ثانيا: الإفشاء خطأ مفترض.....
111	ثالثا: المسؤولية بغير خطأ.....
113	<b>الفرع الثاني : الضرر</b> .....
113	البند الأول: تعريف الضرر الطبي.....
114	البند الثاني- أنواع الضرر الطبي.....
114	أولا: الضرر المادي.....
116	ثانيا: الضرر المعنوي.....
118	البند الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض.....
118	أولا: أن يكون الضرر محققا.....
119	ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا.....
120	ثالثا: أن يصيب الضرر حقا ثابتا أو مصلحة مشروعة.....
121	<b>الفرع الثالث : العلاقة السببية</b> .....
121	البند الأول : تعريف العلاقة السببية.....
122	البند الثاني: نظريات السببية.....
122	أولا: نظرية تعادل الأسباب.....
123	ثانيا: نظرية السبب المنتج الفعال.....
124	ثالثا: أثر اشتراك المضرور في الضرر.....
126	البند الثالث : إثبات وقطع العلاقة السببية.....
126	أولا: إثبات العلاقة السببية.....
128	ثانيا: قطع العلاقة السببية:.....
128	1-قطع العلاقة السببية بإثبات الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة.....
129	2-قطع العلاقة السببية بإثبات خطأ المضرور.....
130	3-قطع العلاقة السببية بإثبات خطأ الغير.....

## الفصل الثاني

### آثار المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي

- المبحث الأول: الدعوى والتعويض في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي ..... 134
- المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي**..... 134
- الفرع الأول: أطراف الدعوى** ..... 134
- البند الأول: المدعى ..... 135
- البند الثاني: المدعى عليه ..... 138
- البند الثالث: المسؤول المدني (شركة التأمين) ..... 139
- الفرع الثاني: الاختصاص بالنظر في الدعوى** ..... 141
- البند الأول : الاختصاص النوعي ..... 141
- أولاً: الاختصاص النوعي للمحاكم (الدعوى المدنية) ..... 141
- ثانياً: الاختصاص النوعي للمجالس ..... 144
- ثالثاً: الاختصاص النوعي للقضاء الإداري ..... 144
- البند الثاني: الاختصاص الإقليمي ..... 146
- الفرع الثالث: التقادم**..... 147
- البند الأول تعريف التقادم ..... 147
- البند الثاني: الإعتبارات التي يقوم عليها التقادم..... 147
- البند الثالث: مدة التقادم في دعوى التعويض ..... 148
- المطلب الثاني: التعويض في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي**..... 149
- الفرع الأول: مفهوم التعويض وطرقه** ..... 149
- البند الأول : تعريف التعويض ..... 149
- البند الثاني : طرق التعويض ..... 151
- أولاً- التعويض العيني ..... 151
- ثانياً: التعويض بمقابل ..... 154
- الفرع الثاني: قواعد تقدير وتوزيع التعويض** ..... 157
- البند الأول: مصادر تقدير التعويض ..... 157
- أولاً: التقدير الإتفاقي ..... 157
- ثانياً: التقدير القانوني ..... 159
- ثالثاً: التقدير القضائي ..... 160
- البند الثاني: معايير تقدير التعويض..... 162
- أولاً: معيار الضرر المباشر ..... 162
- ثانياً: معيار الظروف الملازمة ..... 163
- ثالثاً: مراعاة الضرر المتغير ..... 166
- البند الثالث: التوزيع النهائي للتعويض للخطأ الواقع بالمستشفى ..... 168
- أولاً: المسؤولية المشتركة بين الطبيب والمستشفى ..... 168

170	..... ثانيا: حالة الخطأ الشخصي البحت للطبيب.
171	..... ثالثا: حالة الخطأ المرفقي دون خطأ الطبيب
173	<b>الفرع الثالث:</b> دور شركات التأمين في التعويض عن إفشاء السر
173	..... البند الأول : أهمية دور المؤمن في المجال الصحي
176	..... البند الثاني : إلزامية التأمين
176	..... أولا: وجوب أكتتاب التأمين
177	..... ثانيا: مضمون إلتزام المؤمن:
179	..... البند الثالث: طرق استيفاء مبلغ التعويض من شركة التأمين.
179	..... أولا: التسوية الودية
180	..... ثانيا: التسوية القضائية
181	<b>المبحث الثاني: الإستثناءات في المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي</b>
181	<b>المطلب الأول: الإستثناءات المقررة كواجب لإفشاء السر</b>
181	..... <b>الفرع الأول:</b> التبليغ في مجال الحالة المدنية
182	..... البند الأول : التبليغ عن المواليد
186	..... البند الثاني : التبليغ عن الوفيات
187	..... البند الثالث: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج
194	<b>الفرع الثاني:</b> التبليغ عن الأمراض المعدية
197	<b>الفرع الثالث:</b> التبليغ عن الجرائم
197	..... البند الأول: استثناء الأطباء من التبليغ عن الجرائم
198	..... البند الثاني : التبليغ عن الجرائم الواقعة ضد القصر والمساجين
199	..... البند الثالث : التبليغ عن جرائم الإجهاض
200	..... البند الرابع: التبليغ عن جرائم تهريب المهاجرين
201	<b>الفرع الرابع:</b> الإفشاء أمام القضاء بدافع الشهادة وأعمال الخيرة
201	..... البند الأول: الإفشاء بغرض الشهادة
201	..... أولا: موقف الفقه من أداء الشهادة
203	..... ثانيا: موقف التشريع المقارن من الشهادة كسبب إباحة للإفشاء
206	..... ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الشهادة كسبب إباحة للإفشاء
208	..... البند الثاني: الترخيص بالإفشاء لأعمال الخيرة
208	..... أولا: مركز الخبير بين المريض والهيئة المنتدب
209	..... ثانيا: موقف الفقه تجاه الإفشاء الناتج عن أعمال الخيرة
211	..... ثالثا: موقف المشرع الجزائري من جواز الإفشاء بسبب أعمال الخيرة
213	<b>المطلب الثاني: الاستثناءات الجوازية لإفشاء السر</b>
213	<b>الفرع الأول:</b> رضا صاحب السر
213	..... البند الأول: حجية رضا صاحب السر بين التأييد والرفض
214	..... أولا: نظرية عدم جواز رضا صاحب السر كسبب لزوال الإلتزام بالكتمان
215	..... ثانيا: نظرية جواز الأعتياد برضا صاحب السر كسبب لزوال الإلتزام بالكتمان

217	.....	ثالثا: نظرية نسبية جواز الأعتياد برضا صاحب السر كسبب لنزوال الإلتزام بالكتمان.
219	.....	البند الثاني : موقف التشريع من حجية رضا صاحب السر .
219	.....	أولا: موقف التشريع المقارن من حجية رضا صاحب السر .
220	.....	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من حجية رضا صاحب السر .
222	.....	البند الثالث : شروط رضا صاحب السر .
222	.....	أولا: أن يكون الرضا معبرا عنه .
224	.....	ثانيا: أن يكون الرضا صحيحا وصادر على بينة .
225	.....	ثالثا: أن يصدر من صاحب الحق في الكتمان .
225	.....	أولا: الرضا الصادر عن صاحب الحق ومن يمثله قانونا .
226	.....	ثانيا: الرضا الصادر عن الورثة .
227	.....	-موقف المشرع الجزائري من الرضا الصادر عن الورثة .
228	.....	<b>الفرع الثاني : جواز الإفشاء للدفاع عن النفس في مواجهة صاحب السر أمام القضاء.</b>
228	.....	البند الأول: حق المتهم في الدفاع عن نفسه أمام القضاء .
229	.....	البند الثاني: موقف الفقه والقضاء من إفشاء السر في حالة الدفاع عن النفس .
231	.....	البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من كشف السر لسبب الدفاع عن النفس .
232	.....	<b>الفرع الثالث: أثر حالة الضرورة على جواز إفشاء السر .</b>
232	.....	البند الأول: تعريف حالة الضرورة .
233	.....	البند الثاني: جواز الإفشاء تطبيقا لحالة الضرورة بين الرفض والتأييد .
233	.....	أولا: الموقف الرفض لجواز الإفشاء تطبيقا لحالة الضرورة .
234	.....	ثانيا: الموقف المؤيد لجواز الإفشاء تطبيقا لحالة الضرورة .
236	.....	البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من حالة الضرورة لإباحة إفشاء السر .
240	.....	<b>خاتمة</b>
244	.....	<b>قائمة المراجع</b>
264	.....	<b>الفهرس</b>

## المخلص:

موضوع هذه المذكرة يعالج جانب المسؤولية المدنية عن إفشاء السر الطبي نظرا لما ينتج عن الإفشاء من أضرار تصيب المريض، في الوقت الذي تنشأ علاقة ثقة بين المريض الذي يبوح بموجبها بأسراره إلى المهني الذي يستقبل هذه المعلومات وفقا للطبيعة التي تقتضيها مهنته والتي تفرض عليه اللوذ بالصمت فالمريض هو الطرف الضعيف في العلاقة أمام المهني الذي يملك المعرفة الطبية، خاصة وأن الإلتزام بكتمان السر التزام أخلاقي قد نصت عليه مختلف القوانين لأجل حماية مصلحة المريض اتجاه الغير، لذلك كان من اللازم تبيان مضمون هذا الإلتزام وحدود المسؤولية فيه، وحالات الاستثناء التي يمكن ان تعفي المؤتمن من إفشاء السر.

## **الكلمات المفتاحية:**

السر الطبي، المسؤولية المدنية، الإفشاء.

## **Résumé :**

*Cette thèse se présente le coté civil de la responsabilité sur la divulgation d'un secret médical suit à ce qu'il venus comme des préjudices subi le patient, il existe une relation de confiance entre le patient qui se confie et le professionnel qui recueille ces confidences. La nature de la fonction ou de la profession qui rend ces faits secrets. L'obligation de confidentialité comme Une obligation morale a été établie par plusieurs lois pour protéger la vie privée des patients envers les tiers, et le patient reste toujours en situation de faiblesse face au professionnel qui a les connaissances médicales, Il est donc nécessaire de prendre les limites de cette obligation et La portée de la responsabilité civil a partir de Déterminer les limites de la notion de secret médical et sa nature, l'Indemnisation et les exceptions qui exempte la responsabilité de dépositaire qui révéler le secret.*

## **Les mots clés :**

*Secret médical, responsabilité civil, divulgation*

