

جامعة مـولود معمري تـيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

**إلتزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر
والمتبصر للمريض**

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د. معاشو نبالي فطة

إعداد الطالبة:
فنيغ غنية

لجنة المناقشة:

أ.د. سي يوسف كجار زاهية حورية، أستاذة، جامعة تيزي وزو..... رئيسا
أ.د. معاشو نبالي فطة، أستاذة، جامعة تيزي وزو..... مشرفة ومقررة
أ.د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ، جامعة بجاية..... ممتحنا
د. سعيدان أسماء، أ.محاضر(ة) "أ"، جامعة الجزائر.....ممتحنة
د. شويرب خالد، أ.محاضر "أ"، جامعة الجزائر.....ممتحنا
د. أماوز لطيفة، أ. محاضر(ة) "أ"، جامعة تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 17 سبتمبر 2018.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر

بعد الحمد لله أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة
معاشو نبالي فطة التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث
وكانت العين الساهرة على حسن إنجازه وإتمامه.
أسأل الله العلي القدير أن يجازيها عني وعن طلبة العلم خير
الجزاء.

شكر خاص لأعضاء اللجنة

أشكر أعضاء اللجنة الكريمة على تـمـيـنـهـم لجـهـدي هـذا الـذي
حـضـي بـدرجـة مـشـرّف جـدا مـع تـهـنئة اللـجـنة وـدعوتـهم إلـى نـشـر ذا
الـعـمـل

مـمـتـنة لـهـم عـلى كـافـة التـصـويـبـات وـالمـلـاحـظـات الـقـيـمـة الـتي قـدمـوهـا
إثـراءً للـبـحـث فـي مـجـال التـزام الطـيـب بـالحـصـول فـي مـجـال التـزام
الطـيـب بـالحـصـول عـلى الرـضـا الحـر وـالـمـتـبـصـر للمـريـض

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى والديّ العزيزين

وإخوتي زاهية، كمال، سوفيان

وابن خالي مادل

وفلذة كبدي سامي

الذين عايشوا معي كل خطوات إنجاز هذا العمل.

قائمة أهم المختصرات

أولا/ باللغة العربية

ت.م.ج: التقنين المدني الجزائري

ج ر: الجريدة الرسمية

ج: جزء

د تا: دون تاريخ

د.ب.ن: دون بلد النشر

د.د.ن: دون دار النشر

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: صفحة

ق.ح.ص.ت: قانون حماية الصحة وترقيتها.

ق. ص. ج: قانون الصحة الجديد

ق.ع: قانون العقوبات

م.أ.ط: مدونة أخلاقيات الطب.

ثانيا/ باللغة الفرنسية:

A.J.D.A : Actualité Juridique de Droit Administratif.

AL: Alinéa.

Art. : Article.

Bull. Civ: Bulletin Civil.

C.C.F: Code Civil Français.

C.D.M.F : Code de **D**éontologie **M**édicale **F**rançais.

C.E : Conseil d'Etat.

C.S.P : Code de la Santé **P**ublique.

CAA : Cour **A**dministrative d'**A**ppel.

CASS : Cassation

Crim. : Criminel

Dr. : Droit.

Ed. : Edition.

Ibid : même ouvrage précédent.

J.O : Journal **O**fficiel.

.

L.G.D.J : Librairie **G**énérale de **D**roit et de la **J**urisprudence.

L.P.A : Les **P**etites **A**ffiches.

N° : Numéro.

O.P.U : Office des Publications Universitaires.

Op-Cit : Ouvrage précédemment cité

p : Page.

P.U.F. : Presses Universitaires de France.

pp : de la page à la page.

R.F.D.A : Revue Française de **D**roit **A**ministratif.

R.R.J : Revue de la **R**echerche **J**uridique.

R.T.D : Revue **T**rimestrielle de **D**roit.

RDSS : Revue de **D**roit **S**anitaire et **S**ociale.

S.D : Sans Date.

Vol : Volume.

مقدمة

تمنع الشريعة الإسلامية أيّ مساس واعتداء على جسم الإنسان، مادّيا كان أو معنويا مصداقا لقوله تعالى:

﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا...﴾⁽¹⁾.

﴿... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ...﴾⁽²⁾.

﴿... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَسْخَرْ قَوْمٌ مِنْ قَوْمٍ عَسَى أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِنْ نِسَاءٍ عَسَى أَنْ يَكُنَّ خَيْرًا مِنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِالْأَلْقَابِ بِئْسَ الْأَسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَنْ لَمْ يَتُبْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ...﴾⁽³⁾. تكريسا لمبدأ حرمة جسم الإنسان الذي يتفرع منه حق الشخص في سلامة جسمه.

أكدت التنظيمات الدولية⁽⁴⁾ حرمة جسم الإنسان وحق الشخص في سلامة جسمه واعتبرته التشريعات الداخلية حقاً دستوريا⁽⁵⁾ مكفولا لكلّ شخص، مثلما هو محدد في المادة 40 من الدستور الجزائري⁽⁶⁾ التي تنص على ما يلي:

«تضمن الدولة عدم انتهاك حرية الإنسان ويحظر أيّ عنف بدني أو معنوي أو مساس بالكرامة...».

(1) سورة النساء، الآية 29.

(2) سورة الأنعام، الآية 151.

(3) سورة الحجرات، الآية 11.

(4) راجع المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 21700، الدورة 3، مؤرخ في 10 ديسمبر 1948. صادقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، المرسوم الرئاسي رقم 339-63 المؤرخ في 11 سبتمبر 1963، ج ر عدد 66، الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963. أيضا المادة السادسة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ودخل حيز التنفيذ في 23 مارس 1976، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67-89 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج ر عدد 17، الصادر في 26 ماي 1989.

(5) نصت المادة 23 من الدستور التونسي لسنة 2014 على ما يلي: «تحمي الدولة كرامة الذات البشرية وحرمة الجسد وتمنع التعدي المعنوي والمادي ولا تسقط جريمة التعذيب بالتقادم». منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.tunisie-constitution.org

كان أيضا دستور المملكة المغربية لسنة 2011 حريصا على حماية هذا الحق من خلال الفصل 22 منه الذي ينص على ما يلي: «لا يجوز المساس بالسلامة الجسدية و المعنوية لأي شخص في أي ظرف من قبل أية جهة كانت خاصة أو عامة». منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.maroc.ma/files/document.page

(6) القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادر بتاريخ 2016/03/07.

جسدت التشريعات العادية حرمة جسم الإنسان من خلال عدّة صور. أولها توفير حماية جنائية له عن طريق تجريم كل اعتداء أو إيذاء من ضرب أو جرح أو إعطاء مواد ضارة أو قتل مقررة عقابا لكل من يقوم بذلك⁽¹⁾. ثانيها توفير حماية مدنية من خلال إخراج جسم الإنسان من دائرة التعامل وإبعاده عن طائفة الأموال وتعويض المضرور عما أصابه من ضرر ماديا كان أو معنويا⁽²⁾.

إلا أنّ الشخص لا يستطيع أن يؤدي وظيفته اتجاه نفسه واتجاه مجتمعه، إلا إذا كان متمتعا بجسم قويّ وأعضاء سليمة. لذا كان التدخل الطبي لعلاج أيّ مرض يلحق بالجسم ضرورة لا مفر منها، فالإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، وجبت حمايته لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع.

يمس هذا التدخل الطبي بجسم الإنسان، فأبسط علاج له مخاطر ومضاعفات قد تُلحق بالجسم أضرارا تفوق منافعه. فالطّيب لم يصل بعد في مجالي التشخيص وتحديد العلاج المناسب إلى درجة اليقين، فلا وجود لمواقف لا شك ولا تردّد فيها. أي أنّ اليقين التام غير موجود في الطب، فكل شيء فيه احتمالي ونسبي⁽³⁾.

يمس التدخل الطبي أيضا بجسم الإنسان، من خلال اتّخاذ أعضائه كمحل لإجراء التجارب الطبيّة التي لا تقدّم للطب بدونها. وكذا من خلال الاستعانة بجسم شخص سليم لعلاج مريض أي تحقيق فائدة للغير في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. هي انجازات علمية طوّرت مهنة الطب وتستحق كل الإعجاب والتقدير، إلا أنّه يجب على القانون أن يواكبها كي لا يفلت من زمامه احترام حرمة جسم الإنسان⁽⁴⁾.

وفقت التشريعات المنظمة لمهنة الطب بين ضرورة التداوي والعلاج، وضرورة احترام حرمة جسم الإنسان، من خلال ضبط مهنة الطّيب ووضع شروط للترخيص بالعمل

(1) خصّص تقنين العقوبات قسما كاملا للجرائم ضدّ الأشخاص. راجع المواد 254 إلى 417 مكرر 3 من تقنين العقوبات. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 08 جوان 1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21 صفر 1986 الموافق لـ 11 جوان 1966 معدّل ومتمم.

(2) راجع المواد 124 و 182 و 182 مكرر من التقنين المدني. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.

(3) عجاتي فؤاد، أخلاقيات مهنة الطب بين المقاصد الشرعية والمبادئ الغربية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 222.

(4) خلفي عبد الرحمان، الحماية الجزائية للأعضاء البشرية، مجلة المحامي، عدد خاص، المسؤولية الطبيّة والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص 171.

الطبي منها ضرورة الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل القيام بأي تدخل طبي.

تعود جذور هذا الالتزام إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي أولت اهتماما كبيرا بحرمة جسم الإنسان ودعت إلى التداوي من الأمراض. إلا أنها اعتبرت إذن أصحاب الجسم شرطا من شروط المساس بجسم المريض. فلا تدخل طبي إلا إذا أذن الله سبحانه وتعالى والمريض، لكون جسم الإنسان حق مشترك بين الله وعبد. ومن هذا المنطلق يمنع حتى مساس الشخص بجسمه انتحارا وتغييرا للجنس أو تجميلا، لمنع الله سبحانه وتعالى ذلك⁽¹⁾.

ما يضيفي على هذا الموضوع أهمية بالإضافة إلى جذوره المتأصلة في الشريعة الإسلامية، كونه من مواضيع الساعة الذي يستقطب الاهتمام في الملتقيات والمؤتمرات الدولية⁽²⁾ والوطنية⁽³⁾، إذ يثار فيها الحديث حول احترام إرادة المريض في القرار الطبي واعتباره طرفا فعّالا في العلاقة الطبية. التي ساد فيها لمدة طويلة من الزمن نظام الهيمنة الطبية أو السلطة الأبوية للطبيب⁽⁴⁾.

لم يكن هذا النظام يعير أدنى اهتمام لإرادة المريض للقيام بالتدخل الطبي. فالطبيب هو من كان يتحكم في زمام القرار الطبي، ممارسا سلطة أبوية على المريض مثله مثل رب الأسرة الحريص على أولاده. فهو الحكم الوحيد للمريض وسيد القرارات الخاصة به معتبرا إياه قاصرا على اتخاذ مثل هذه القرارات.

(1) قال تعالى ﴿... وَلَا مَرْئِيَهُمْ فَلْيَغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا﴾. سورة النساء، الآيتان 118-119. عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لعن الله الواشمات والمستوشمات والتامصات والمتمصصات والمتفلاتات للحسن المغيرات خلق الله». نقلا عن بويصري سعيد، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 405.

(2) Consentement et santé, colloque international à l'occasion du trentième anniversaire de l'association française de droit de la santé (AFDS), qui s'est tenu le 04 octobre 2012 à l'université Paris Descartes, éd Dalloz, Paris, 2014.

(3) من بينها الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 أبريل 2008، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1 و2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008. المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، الملتقى الوطني الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017. (غير منشور).

(4) Le paternalisme médical.

يُرجع المدافعون على هذا النظام⁽¹⁾، قصر المريض إلى جهله بالمسائل الطبية والتقنيات الفنية، واضطراره إلى العلاج للتخلص من الألم الذي يعاني منه. ممّا يجعله في وضع وحالة ضعف تعجزه عن إدراك مقتضيات أي قرار. إذ صرّح البرفسور "جون همبرغر" "Jean Hamburger" بما يلي: "لا يمكن للطبيب أن يتملص من اتخاذ القرار فحتى في الحالة التي يريد فيها ذلك فإنّ جواب المريض هو أنت "تعلم دكتور" أو "أنت الأدرى". وهذا دليل على أنّ المريض لا يدري شيئاً. لذا فما الغرض من إعلامه وإقرار ضرورة الحصول على رضاه؟! "⁽²⁾.

في حين يؤكدون أنّ الطبيب يتمتع بكل المؤهلات العلمية التي تمنحه حق وصلاحيات اتخاذ القرار. فهو المتفقه والمتخصص في علم الطب، كما أنّه يهدف إلى الاستجابة لكل ما تقتضيه المصلحة العلاجية للمريض وفق مبدأ الإحسان وعدم الإضرار⁽³⁾.

يبرز رسوخ هذا النظام من خلال عدم إشارة يمين أبيقراط⁽⁴⁾- الذي يعتبر إحدى المصادر الأساسية لتنظيم مهنة الطب- إلى ضرورة احترام إرادة المريض ولا الحصول على رضاه. إذ كان أهم مبدأ أصرّ عليه هو مبدأ الإحسان والعمل على تحقيق مصلحة المريض⁽⁵⁾.

(1) من أكبر المدافعين على هذا النظام الفقيه الدكتور لويس بورت "Louis Portes".

In Portes L, du consentement a l'acte médical , une éthique médicale, masson et PUF, Paris, 1954, p 154.

(2) In ALBERT Nathalie, L'obligation d'information médicale et responsabilité, communication présenté lors du colloque sur «les nouveaux chantiers de la responsabilité», organise à la faculté de droit de Paris XII-saint-maur les 2 et 3 mars 2000, revue française de droit administratif, Dalloz, France, Mars-Avril 2003, p 356.

(3) le principe de bien faisances.

(4) أبقراط أب الطب الغربي، (377-460) يحمل اليمين الذي يؤديه الأطباء في فرنسا للالتحاق بالمهنة اسمه، مقطع من نص القسم هو «أقسم بأبولو وأسكليبيوس هيجيا (آلهة للمحة) وبأولياء الله الرجال والنساء جميعاً بأن أبر بهذا القسم طبقاً لمقدرتي وأن أعتبر الذي لقنني العلم في معزة الأب وأن أقاسمه مالي وأمدّ له يد المساعدة إذا احتاج إلى مساعدتي وأعتبر أبناءه بمثابة إخوة لي وأعلمهم هذه الصناعة إذا رغبوا في تعلمها بغير أجر ولا شرط سواء بالقول أو بالفعل وبكل وسيلة أخرى من وسائل التعليم...». نقلاً عن بداوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، «المسؤولية الطبية»، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د تا، ص 29.

(5) «Je frai servir le régime diététique à l'avantage des malades selon mon pouvoir et mon jugement pour leur dommage et leur mal...» Serment d'Hippocrate annexe I.

ساد هذا النظام لمدة طويلة، إلا أنّ اعتبارات منطقية جعلت من النظرية الإنسانية للعلاقة بين الطبيب والمريض، تحلّ محلّه، لتمنح للمريض مكانة فعّالة وتعيد التوازن للعلاقة الطبيّة.

أكدت هذه النظرية بأنّ جهل المريض للمعلومة الطبيّة له ما يبرره، فكلّ العقود التي تربط بين محترف وطرف ضعيف، وجب على الأوّل إعلام الثاني لإزالة اختلال التوازن. وأمّا عن الألم الذي يعاني منه المريض، فإنّ هذه النظرية ترى بأنّه لا يضعف الإرادة ولا يمس بحرمة جسم الإنسان وحق الشخص في منع أيّ مساس به، ولو كان ذلك في مصلحته. يضاف إلى كل هذا أنّ مبدأ الإحسان وعدم الإضرار الذي يستند إليه الأطباء، أظهر عدّة تعثرات نلمسها في أخطائهم، الناتجة عن إهمال وتقصير وعدم احترام المبادئ العلمية المتفق عليها أو النصوص القانونية المنظمة للمهنة، ليجد المريض نفسه ضحية أخطاء طبيّة تحصد روحه وكرامته. كما لا يمكن أن ننكر بأنّ الانجازات العلمية والطبيّة لا تخلو من المخاطر والمضاعفات التي تتخذ صفة الجسامة سواء على المدى القريب أو البعيد.

ففي ظلّ كلّ هذا المستجدات اليومية التي تكشفها وسائل الإعلام وخاصة الانترنت زاد وعي الأفراد، وتأكدت ضرورة الاهتمام بدورهم في الموافقة والرضا قبل أي تدخل طبي. وهو ما اتخذ صورة التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض. الذي كرّسته أغلب التشريعات، منها التشريع الجزائري⁽¹⁾. ويعتبر التشريع اللبناني من التشريعات العربية التي أولت اهتماما بالغاً بهذا الالتزام من خلال إصداره لقانون "حقوق المرضى والموافقة المستنيرة"⁽²⁾.

(1) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405، الموافق لـ 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8، الصادرة في 17 فبراير 1985، معذل ومتمم. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 لسنة 1992. تزامنت مناقشة هذه الأطروحة مع صدور قانون الصحة الجديد و هو قانون رقم 18-11، مؤرخ في 18 شوال عام 1439، الموافق لـ 2 يوليو

2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 29 جويلية 2018.

(2) قانون رقم 574، المتعلّق بحقوق المريض والموافقة المستنيرة، الصادر بتاريخ 2004/02/11، ج ر عدد 9، الصادر بتاريخ 2004/02/13. للحصول على النصوص الكاملة لهذا القانون، انظر الملحق رقم 3، محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار النهضة، مصر، 2011، ص 30 و31. وهو أيضا منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.amtsb.be.download>

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع، إلى الاختلاف الكبير بين المبادئ القانونية من جهة، وما يقع في الحياة العملية من جهة أخرى، فيما يتعلق بالتزامات الطبيب. فكثير من الأطباء يخلص لدراسته الأكاديمية دون أن ينتبه إلى التزاماته القانونية، التي يعتقد أنها مجرد واجبات أدبية تخضع لسلطته التقديرية. وليس هذا موقف الأطباء فحسب، بل هو ما يعتقده الكثير من المرضى.

نتج عن هذا الاعتقاد الخاطئ، أن شاع إحساس بأن الطبيب فوق المساءلة. وهو ما تفسره ندرة دوريات القضاء في الجزائر من أحكام تتعلق بالمساءلة الأطباء، خاصة على الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية، مثل التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض. والحال عكس ذلك في فرنسا مثلاً، حيث يعرف القضاء اجتهادات دورية تعزز هذا الالتزام. وهو ما يظهر تأصل فكرة الحق في نفوس المرضى وفكرة الالتزام في نفوس الأطباء.

إن استجابة التشريعات لضرورة حصول الطبيب على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل أي تدخل طبي، وتجسيد القضاء لهذا المطلب، يطرح إشكالية تتمحور حول: مدى فاعلية المبادئ التي تنظم التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر في ضمان حماية المريض في العلاقة الطبية؟

اعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على المنهج العلمي الوصفي، من خلال تسليط الضوء على التنظيم القانوني لموضوع التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض. تخلّله المنهج التحليلي النقدي لهذا التنظيم وطرح أهم ما يثيره من إشكاليات عملية ونقائص تحول دون تحقيق الهدف من وضعه.

اقتضت هذه الدراسة توضيح المبدئين الهامين الذين استند عليهما التنظيم القانوني لهذا الالتزام. تمثل الأول في مبدأ احترام إرادة المريض من خلال حقه في قبول أو رفض أي تدخل طبي، بعد استقاء حقه في الإعلام وهو ما يعيد التوازن للعلاقة الطبية (باب أول). في حين تمثل الثاني في تحقيق مصلحة المريض حين اتخاذ القرار، التي ترجّح على إرادته أثناء تنفيذ الالتزام وتحاط بحماية قانونية حين إخلال الطبيب بأحكامه (باب ثاني).

الباب الأول

احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي

تغيّرت طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض، من نموذج انصياع وخضوع المريض للتدخل الطبي، الذي كان للطبيب الحق والسلطة في اختيار العلاج ووقته وطبيعته إلى حق المريض في المشاركة في هذا الاختيار واتخاذ القرار الطبي⁽¹⁾. فلا يمكن للمريض في العالم المعاصر الذي تطورت فيه وسائل التشخيص والعلاج، أن يبقى جاهلاً لحقيقة مرضه ولطرق علاجه. فلقد مضى عهد السلطة الأبوية أو الوصاية الطبية، الذي كان فيه الطبيب يتصرف بدون إعلام المريض والحصول على رضاه، إلى زمن أدرك فيه المريض أنّ ممارسة الطب بدون احترام إرادته، يشكل خطراً ويرتّب أثراً سيئاً على حياته.

تتوقف مشروعية تدخل الطبيب لمعالجة جسم المريض على موافقته المسبقة. ويعتبر تخلف رضا المريض فقدان للعمل الطبي لأحد شروط الترخيص به. يرجع السر في وضع هذا الشرط ضمن شروط الممارسة القانونية للتدخل الطبي، إلى رعاية ما لجسم الإنسان من حرمة وحصانة دينية وقانونية. وأنّ عدم الالتزام بالحصول على رضا فعلي منه مبني على دراية صحيحة بما ينوي الطبيب القيام به من شأنه أن يحوّل جسد المريض إلى حقل للتجارب بين أيدي الأطباء⁽²⁾.

فقد أصبح المريض صاحب حق في الإحاطة علماً بكل ما يقوم به الطبيب وله الحرية في التقرير سواء بالقبول أو الرفض، وهذا ما يشكل مظاهر احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي (فصل أول).

يظهر تنظيم نطاق تنفيذ الطبيب للالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر، سعي التشريعات إلى تأكيد المكانة الإيجابية والفعالة للمريض في القرار الطبي. إذ وسعت ضرورة

(1) FLOUZAT-AUBA Marie Dominique, TAWIL Sami Paul, droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, marabout, Italie, 2005, p 25.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 115 و 116.

الحصول على الرضا إلى كل تدخل طبي مهما كان بسيطاً ومتداولاً، كما وفرت تنظيمات خاصة لإرادة المريض في التدخلات الطبية الخطرة.

لم تكتف بهذا الحد بل ألزمت الطبيب بالتحقق من إرادة المريض حتى ولو كان غير قادر على التعبير عنها مباشرة، إذ لا بدّ من العودة إلى من حولهم المريض ذلك أو إلى التوجيهات المسبقة التي يعدها قبل مرضه. وأكثر من ذلك فحتى إرادة القاصر تسعى التشريعات إلى احترامها قبل التدخل الطبي باعتبار هذا الأخير عمل شخصي. هي جملة من الضمانات التي وضعتها المبادئ القانونية لاحترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي (فصل ثاني).

الفصل الأول

مظاهر احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي

تتحقق احترام إرادة المريض في الحصول على رضا مبني على دراية صحيحة متبصرة بما ينوي الطبيب القيام به. فهو ملزم قبل الحصول على رضا المريض بأن يستوفي مرحلة أولية جوهرية تتمثل في إعلام المريض بمقتضيات التدخل الطبي الذي سيقدم عليه، والذي يعرف بأنه: «إعطاء الطبيب للمريض فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي للمريض بما يسمح له بأن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض عن بينة بالنتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة»⁽¹⁾ وهو ما يضمن حق المريض في الرضا المتبصر. وهو الحق الذي يجعل المريض صاحب الحق في الرضا عن بصيرة ودراية تامة. فلكي ينتج الرضا أثره القانوني، لا بد أن يكون صادرا عن مريض مدرك لحقيقة حالته المرضية والتدخل العلاجي المقترح إجراؤه (مبحث أول).

يجهل المريض طبيعة ومضمون العمل الطبي الذي يقدم عليه، وهو ما يجعل العلاقة بينه وبين الطبيب علاقة غير متوازنة، وجب إعادة التوازن إليها. فبالإعلام يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها ويرضى بعد تروي وتفكير⁽²⁾. ويصبح المريض قادرا على المقارنة بين إيجابيات وسلبيات التدخل الطبي وبالتالي اتخاذ القرار الذي يكون إما رضا عن الإقدام أو رفضا له (مبحث ثاني).

(1) نقلا عن سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000. ص 136.
(2) أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية لحق الإنسان في التصرف في أعضائه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 158.

المبحث الأول

حق المريض في الرضا المتبصر

يعتبر الالتزام بالإعلام إحدى التجسيدات العملية للإنسانية الطبية. وهو بالتالي أداة لحماية حقوق الإنسان في إطار العلاقة بين الطبيب والمريض. فرغم أهمية الأعمال الطبية إلا أنه يجب توفير حماية للمريض، وذلك بمساعدته على اتخاذ قرار حاسم بقبول أو رفض التدخل الطبي من خلال إعلام الطبيب له⁽¹⁾. وهذا ما أكدته القضاء الدولي والداخلي للدول. وكذا المواثيق الدولية والإقليمية والقوانين الداخلية. التي اهتمت بإبراز هذا الالتزام باعتباره أداة احترام حق الشخص في سلامة جسمه (مطلب أول).

إنّ للإعلام أهمية خاصة في المجال الطبي، بالنظر إلى أهمية محل التعاقد وهو التدخل الطبي المراد توقيعه على جسم المريض. وأنّ عدم معرفة هذا الأخير للمعطيات المرتبطة بحالته الصحية، وما تتطلبه من تدخل علاجي لاسترجاع عافيته، يجعل الإعلام بالنسبة له أمراً ضرورياً⁽²⁾. فهو مقدمة منطقية لقراره الذي من حقه قبل الحسم فيه سواء بالرضا أو الرفض، أن يكون عارفاً ولما بمخاطر الإقدام، ومخاطر الإحجام. كي يوازن عن بصيرة ويقرّر عن قناعة⁽³⁾. لذلك فإنّ إعلام المريض عبر كافة مراحل العلاج، والتأكد من فهمه لما قدّم إليه. هي من التزامات الطبيب أثناء تنفيذه للالتزام بالإعلام (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تكريس حق المريض في الإعلام

تحمل القضاء والنصوص الدولية مهمة حماية حقوق المرضى، من خلال استحداثها ضرورة إعلام المريض قبل الحصول على رضاه بالتدخل الطبي. ليؤكد هذا الأخير مفهوماً جديداً هو حق المريض في الرضا المتبصر.

(1) شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون الحدود وجزاء الإخلال، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، "المسؤولية الطبية"، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د. تا، ص 81 و 83.

(2) مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 114.

(3) منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، عدد 1-2، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص 20.

لقد كانت التجارب الطبيّة بما تحويه من مخاطر، وارتباط وثيق بحق الشخص في سلامة جسده، محور تنظيم دولي وإقليمي، الذي سعى إلى وضع إطار تنظيمي يهدف إلى تحقيق التوازن بين حماية حقوق الإنسان من جهة، وحق المجتمع في التطور العلمي من جهة أخرى (فرع أول).

توضح كل هذه النصوص المنظمة للالتزام بالإعلام على المستوى الدولي والإقليمي أنّ إعلام المريض مرآة تعكس احترام إرادته، وحقه في سلامة جسده. وأداة تؤكد احترام حقوق الإنسان. الذي سرعان ما كرسته أغلب القوانين الداخلية. واعتبرته التزاماً قانونياً يقع على عاتق كل الأطباء قبل القيام بأي تدخل طبي (فرع ثاني).

الفرع الأول

التكريس الدولي لحق المريض في الإعلام

كانت التجارب الطبيّة أوّل موضوع اهتم فيه القضاء الدولي بضرورة الحصول على الرضا. فإذا كانت حرية البحث العلمي من الحقوق الأساسية في مهنة الطب، إلّا أنّها تنقيد بمبدأ حرمة وكرامة جسم الإنسان وحقه في السلامة الجسدية⁽¹⁾. إذ يعتبر الحصول على الرضا المتبصر للخاضع للتجربة إحدى الأسس القانونية والأخلاقية، التي تضمن تحقيق التوازن بين حرية البحث العلمي وحرمة الكيان الجسدي للشخص الخاضع لها. وهو ما استحدثه القضاء الدولي (أولاً). الذي أثر على القوانين الدوليّة وكذا الإقليمية التي تعني باحترام حقوق الإنسان. فمن بين حقوق الإنسان التي أخذت طابعاً عالمياً ودولياً وإقليمياً حقه في الرعاية الصحية. الذي يجب أن يمارس في إطار احترام حق الشخص في سلامة جسمه (ثانياً).

(1) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة، دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 12.

أولاً/ استحداث القضاء الدولي لمفهوم الرضا المتبصر للمريض

عرف القضاء الدولي هذا الالتزام لأول مرة من خلال المحاكمة الدولية للأطباء النازيين، بسبب كافة الجرائم التي اقترفوها إبان الحرب العالمية الثانية، والمعاملة غير الإنسانية التي عاملوا بها البشر⁽¹⁾.

قامت دول الحلفاء بتشكيل ما يسمّى باتفاق لوندرد Londres لـ 8 أوت 1945، لتقدير ومعرفة الجرائم غير الإنسانية المرتكبة من قبل دول المحور. وتمت محاكمتهم أمام المحكمة العسكرية لنورمبرج Nuremberg. وقد أحيل إليها 23 متهما من بينهم مدراء مؤسسات صحية كبرى في الإدارة والجيش، وأساتذة جامعات وأطباء في معسكرات الاعتقال الألمانية. اتهموا بأنهم أجروا تجارب على أسرى حرب من ديانات أخرى دون التقيد بالشروط القانونية⁽²⁾. من بينها حقن الأطباء الأسرى بفيروس التيفوس، وتعريضهم للماء البارد ولانخفاض الضغط الهوائي. وهذا لمعرفة آثار المرتفعات العالية والتجميد والبرودة على جسم الإنسان. كما قاموا بتجريب الهرمونات الاصطناعية والسموم والعمليات الجراحية في العظام والأعصاب⁽³⁾.

يعتبر الدكتور جوزيف مينجيلي المهندس الفعلي لعمليات التجارب الطبية. التي كانت تجرى في معسكرات الاعتقال التابعة للجيش الألماني خلال الحرب العالمية الثانية⁽⁴⁾.

وضعت المحكمة بمناسبة هذه المحاكمة، عشر قواعد اعتبرت أساساً شرعية للتجارب الطبية، يتعين على كلّ طبيب التقيد بها. إذ أكدت القاعدة الأولى من هذا الحكم على ضرورة الحصول على الرضا المتبصر والحرر للشخص الذي تجرى عليه التجربة. ويعني ذلك عدم إيقاع الخاضع لها في الخداع أو الغلط أو الإكراه، وإنما يتعين إعلامه بطبيعة ومدة وهدف التجربة، وكذلك الطرق والوسائل المستعملة، والأضرار والمخاطر التي قد يتعرض

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 95.

(2) مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 310.

(3) مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، هامش رقم 1، ص 122.

(4) ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 96.

لها، والنتائج التي ستؤدي إليها مشاركته فيها. ويلتزم القائم بالتجربة بتقدير الظروف التي يعطي فيها الشخص موافقته وإلا كان مسؤولاً⁽¹⁾.

بيّنت التسع قواعد الأخرى، الإجراءات التي يجب إتباعها حين القيام بالتجارب الطبية، للتأكد من أنها استوفت الشروط العلمية والتقنية المطلوبة⁽²⁾.

ثانيا/ تنظيم النصوص الدولية لحق المريض في الرضا المتبصر

يعتبر قانون نورمبرج⁽³⁾ أول قانون تضمن حق الشخص الخاضع للتجربة في الرضا المتبصر. فهو أول نص دولي ألزم الطبيب بإعلام المريض، إذ يحوي على 10 مواد وضعتها المحكمة العسكرية الأمريكية بمناسبة محاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية. والذي يهدف إلى حماية حرية وكرامة الإنسان في مجال التجارب الطبية.

(1) «Le consentement volontaire du sujet humain est absolument essentiel cela veut dire que la personne intéressée doit jouir d'une capacité légale total pour consentir quelle doit être libre de décider, sans intervention de quelque éléments de force, de fraude, de contrainte, de supercherie, de duperie ou d'autres formes de contrainte ou de coercition, il faut aussi qu'elle soit suffisamment renseignée et connaisse toute la portée de l'expérience pratiqué sur elle afin d'être capable de mesurer l'effet de sa décision. Avant que le sujet expérimental accepte il faut donc le renseigner exactement sur la nature la durée et le but de l'expérience, ainsi que sur les méthodes et moyens employés, les dangers et les risques encourus et les conséquences pour sa santé ou sa personne qui peuvent résulter de sa participation à cette expérience. In BENAROYO Lazar, éthique et responsabilité en médecine, collection médecine société, Genève, 2006, p 28.

(2) القاعدة الثالثة: «إجراء التجارب يجب أن يستند على نتائج تجارب سابقة أجريت على الحيوان وفي إطار المعرفة بعناصر تكوين المرض أو المشكلة محل الدراسة صوره تبرر النتائج المتوقعة».

- القاعدة الرابعة: «يجب أن تجرى التجربة بطريقة تجنب معها كل ألم وضرر جسمي أو عقلي غير ضروري».

القاعدة الخامسة: «لا يجوز إجراء التجربة إذا توافر ما يدعو إلى الاعتقاد في أنها تؤدي إلى الموت، أو إلى عجز الخاضع لها، باستثناء الحالات التي يكون فيها الأطباء الذين يجرون الأبحاث يستخدمون أنفسهم موضوعاً للتجربة».

القاعدة السابعة: «يجب أن يتجنب الشخص الذي تجرى عليه التجربة من كل احتمال ولو كان قليلاً يؤدي إلى أحداث جروح أو عجز أو موت».

القاعدة الثامنة: «يجب أن يقوم بإجراء التجربة أشخاص أكفاء ويتعين على كل من يجري أو يشارك في إجراء التجربة مراعاة واجبات الحيطة واليقظة طوال فترة التجربة».

القاعدة التاسعة: «للشخص الذي تجرى عليه التجربة الحق في طلب وقف التجربة في أي وقت يرى فيه أنه قد وصل إلى درجة من المقاومة العقلية أو الجسمية تفوق إمكانياته».

القاعدة العاشرة: «يجوز للقائم بالتجربة وقف إجراء التجربة في أي وقت، إذا توافر لديه سبب للاعتقاد في أن استمراره فيها يمكن أن يؤدي إلى إحداث جروح أو عجز أو موت للشخص، الذي تجرى عليه التجربة». نموذج من قواعد حكم نورمبرج لعام 1947. نقلاً عن مارك نصر الدين، مرجع سابق، ص 311 و312.

(3) منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.frqs.gouv-qc.ca/documents/1019/18601/code_nurmberg.1947

وجهت العديد من الانتقادات إلى هذا التقنين، نركز على تلك المتعلقة بموضوع الرضا المتبصر للخاضع للتجربة. وهي إهماله الربط بين موافقة المتطوع من جهة والموازنة اللازمة بين مخاطر ومنافع المتطوع من جهة أخرى. وعدم تحديده لكيفية الحصول على موافقة الشخص لمثل هذه التجارب.

يضاف إلى ذلك أنه اشترط الموافقة بطريقة مطلقة، دون منع إجراء هذه التجارب على بعض الطوائف من الأشخاص، كالمصاب بالأمراض العقلية. لم يهتم أيضا بتحديد الموافقة بشأن الأشخاص غير القادرين على التعبير عن رضاهم، كفاقد التمييز والإدراك. كما أنه بالرغم مما تضمنه من مبادئ قانونية هامة ساهمت بشكل ملحوظ في إثارة النقاش بشأن التجارب الطبية على المستوى الدولي إلا أن قواعده غير ملزمة، ما تسبب في خرقها من قبل عدة دول، كالولايات المتحدة الأمريكية التي أجرت عدة تجارب مخالفة للأخلاق والقواعد الدولية. هي انتقادات لم تنقص من قيمة هذا التقنين، الذي يعتبر اللبنة الأولى لتنظيم التجارب الطبية على المستوى العالمي. فهو النموذج التي تستند إليه الدول حين تنظيمها ووضعها لقواعد و شروط التجارب الطبية.

انصبت اهتمامات إعلاني هلسنكي وطوكيو⁽¹⁾ حول الانتقادات الموجهة إلى تقنين نورمبرج. وسعت إلى توحيد المبادئ والشروط الواجب التقيد بها عند إجراء التجارب الطبية. والتي تعتبر الإطار التنظيمي للتجارب الطبية. أهمها ضرورة الحصول على الموافقة الكتابية للخاضع للتجربة. شرط أن يسبقها إعلام بطبيعة التجربة، ومراحلها، والفوائد المرجوة منها. إلى جانب الأخطار المحتملة لهذه التجربة، وأثارها على الخاضع لها.

(1) إعلان هلسنكي يعتبر من أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية الذي أصدرته الجمعية الطبية العالمية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964. تم تعديل هذا الإعلان بواسطة الجمعية العامة التاسعة والعشرون للاتحاد بطوكيو سنة 1975 ثم الجمعية العامة الخامسة والثلاثون للاتحاد في البندقية بايطالية في أكتوبر 1983 ثم في الجمعية العامة الواحدة والأربعون للاتحاد في هونكونغ وذلك في سبتمبر 1989 ثم في الجمعية العامة الثامنة والأربعون في سومرت العربية جمهورية إفريقيا الوسطى في أكتوبر 1996 ثم في الجمعية الثانية والخمسون أتيرة، اسكتلندا، أكتوبر 2000 وآخرها في أكتوبر 2008 بكوريا الجنوبية في جمعيتها العامة التاسعة والعشرون للاتحاد. أنظر: صلاح الدين الشيخ إيمان، التجارب الطبية بين التجريم والمشروعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، الإسكندرية، 2011، ص 79. أنظر كذلك بالتفصيل:

LELOU Yves, GENICOT Henni Gilles, Le droit médical, éd de Bolck université, Bruxelles, 2001, p 87.

إعلان هلسنكي منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.frqs.gov.qc.ca/documentq/1019/18601/déclaration-helsinki.

تضمن أيضا الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي تم إقراره من مجلس جامعة الدول العربية عام 1994، الحق في الرضا الحر. إذ نصت المادة 9 منه على ما يلي:

«لا يجوز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي شخص أو استغلال أعضائه من دون رضائه الحر، وإدراكه الكامل للمضاعفات التي قد تنجم عنها، مع مراعاة الضوابط والقواعد الأخلاقية والإنسانية والمهنية والتقيّد بالإجراءات الطبية الكفيلة بضمان السلامة الشخصية ووفقا للتشريعات النافذة في كل دولة طرف في هذه الاتفاقية ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاتجار بالأعضاء البشرية»⁽¹⁾.

نلاحظ بأن التجارب الطبية قد استقطبت الاهتمام الدولي. إذ كان القضاء الدولي والقانون الدولي والمؤتمرات الدولية⁽²⁾ السبابة إلى وضع الأسس القانونية لهذه التدخلات الطبية. وجعلت من مبادئ احترام حق الشخص في سلامة جسمه، وضرورة الحصول على الرضا الحر والمتبصر للخاضع، لها إحدى مبادئها وتوصياتها الأساسية.

يعود سبب هذا الاهتمام إلى كون التجارب الطبية من أخطر التدخلات الطبية الماسة بجسم الإنسان. وبعده حقوق أساسية للشخص الخاضع لها. وهي حقه في الحياة والحرية وسلامة كيانه الجسدي. لذلك فبالرغم من أنها حتمية وضرورة لا غنى عنها في تطوير علم الطب، إلا أنها لم تقلت من الرقابة القانونية⁽³⁾.

لعبت الجهود الدولية باختلاف أشكالها، دورا فعّالا في توفير الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامة جسمه، وحق الشخص في الرضا الحر والمتبصر في مجال التجارب الطبية العلمية. لتنتقل فيما بعد إلى جميع التدخلات الطبية.

أثرت هذه التنظيمات على المستوى الأوروبي، الذي نظم وأصرّ على موضوع إعلام المريض قبل الحصول على رضاه في عدّة اتفاقيات أوروبية مثل الميثاق الأوروبي للمريض

(1) نقلا عن مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 119.

(2) نذكر على سبيل المثال المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد ب طهران في الفترة الممتدة بين 22 من شهر أبريل إلى غاية 13 ماي 1968 تطبيقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2081 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1965 ومن بين توصيات المؤتمر حماية حق الإنسان في الحياة وحياته الخاصة واحترام حق الإنسان في السلامة البدنية إزاء التطور والتقدم السريع الذي يعرفه علم الأحياء والطب والكيمياء الحيوية. نقلا عن عبد الغريب محمد، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، مطبعة أبناء وهبة حنان، القاهرة، دتا، ص 17.

(3) بن النوي خالد، الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامغنست، الجزائر، جانفي 2015، ص 253.

مستخدمي المستشفى⁽¹⁾ الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي لسنة 1997⁽²⁾ وكذا ميثاق حقوق المرضى⁽³⁾.

لم يحصر هذا التنظيم الإقليمي ضرورة الإعلام واحترام إرادة المريض على التجارب الطبية، وإنما أكدت موثيق أخرى ضرورة الحصول على الرضا المتبصر في كل تدخل طبي. منها إعلان تدعيم حقوق المرضى في أوروبا ميثاق أمستردام 1994⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

التكريس الداخلي لحق المريض في الإعلام

أقرّ قضاء العديد من الدول حق المريض في الإعلام. فلقد اعترف بضرورة إعلام المريض قبل الحصول على رضاه، رغم غياب النصوص القانونية التي تكرسه. إذ أنّ مهد هذا الالتزام بإعلام المريض هي الاجتهادات القضائية التي أدانت أطباء لم يتحصلوا على الرضا المتبصر للمريض قبل التدخل الطبي (أولاً). بعد سلسلة الاجتهادات القضائية المتتالية الملزمة للطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل القيام بالتدخل الطبي، وبعد

(1) Art. 3 et 4 Charte européenne du malade usager de l'hôpital (comité hospitalier de la CEE 1979).

(2) الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي المنعقدة بتاريخ 4 أبريل 1997 بمدينة Oveido الإسبانية والتي نصت على حماية حقوق الإنسان وكرامته في مواجهة العلوم الطبية. فقد نصت المادة الأولى منها على أنّ أطراف الاتفاقية تحمي كرامة الإنسان، كما نصت المادة الثانية منها على وجوب ترجيح مصلحة الإنسان على مصلحة المجتمع أو العلم. نقلا عن مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 735.

(3) ميثاق حقوق المرضى La charte des droits des patients الذي اعتمده البرلمان الأوروبي بتاريخ 19 يناير 1984 في ستراسبورغ يضمن قواعد حماية المرضى من التجارب الطبية. نقلا عن مأمون عبد الكريم، مرجع نفسه، ص 735.

(4) إعلان تدعيم حقوق المرضى في أوروبا ميثاق أمستردام المنعقد في 04 أبريل بمدينة أوفيدو الإسبانية ودخل حيز التنفيذ في أول ديسمبر 1994، تم المصادقة عليه من قبل 28 دولة في المجلس الأوروبي من بينها فرنسا في 13 ديسمبر 2011 والتي دخلت حيز التنفيذ في 13 أبريل 2012. يهدف هذا الإعلان بحسب ما ورد بديباجته إلى تأكيد حقوق الإنسان الأساسية في الرعاية الصحية وبصفة خاصة إلى حماية كرامة وسلامة الشخص وتعزيز احترام المريض. وقد تناول الالتزام بالإعلام في البند (1) منه والوارد بعنوان Information إذ جاء في الفقرة (2) من هذا السند أن للمرضى الحق في العلم التام بشأن حالتهم الصحية والمتطلبات الطبية المتعلقة بها والأعمال الطبية المقترحة. وما تنظمه منه من مخاطر وفوائد، والبدائل العلاجية الممكنة بالإضافة إلى آثار عدم العلاج أو التشخيص وكذلك التوقعات وتطورات العلاج. تضمنت أيضا الفقرة 4 من المادة المذكورة وجوب إعلام المريض بالطريقة التي تتلاءم مع قدرته على الفهم. ورد البند الثالث من هذا الإعلان تحت عنوان الرضا والذي منع إجراء أي عمل طبي دون رضا مسبق ومستنير من قبل المريض. لقد أبرز هذا الإعلان بشكل صريح حق المريض في الإعلام فقد ربط بين الأهداف المعلنة لهذا الإعلان وتناوله للالتزام بالإعلام كحق للمريض، فهذا يؤكد أنّ هذا الالتزام هو التجسيد العملي لاحترام حقوق الإنسان في مجال الممارسة الطبية أو بمعنى آخر هو أداة أعمال هذه الحقوق في مجال هذه الممارسة. نقلا عن محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 25.

التكريس الإقليمي والدولي لهذا الالتزام، تأثرت القوانين الداخلية للدول. ويظهر هذا في تنظيمها للالتزام. إذ يلتزم الطبيب بالإعلام مثل بقية المهنيين، لكنه يكتسي في المجال الطبي أهمية خاصة، لارتباط مهنة الطب بجسم المريض⁽¹⁾ (ثانياً).

أولاً/ إقرار القضاء الداخلي لحق المريض في الإعلام

يعتبر القضاء الإنجليزي أول قضاء داخلي، أدان طبيبين في سنة 1767، لم يقوموا بإعلام المريض قبل القيام بالتدخل الطبي على جسده. تتلخص وقائعها في أنّ شاباً تقدم إلى المستشفى وهو يعاني من كسور على مستوى قدمه، قاما هذان الطبيبان بعلاجه بنجاح. إذ بدأت قدمه تتماثل للشفاء، ولكن عوض أن يقتنع الطبيبان بهذه النتيجة الايجابية، قاما بإخضاعه لتدخل طبي آخر لتجريب وسيلة جديدة، يفترض أنّها تريح القدم أكثر وتسرع في شفائه. إلا أنّها أسفرت إلى عكس ما كان منتظراً منها. لذا طالب هذا المريض بإدانة الطبيبين على أساس أنهما عرضاه لضرر لا مبرر له، وأخضعاه لتدخل طبي دون إعلامه ولا الحصول على رضاه. وهو ما استجاب له القضاء الإنجليزي⁽²⁾.

أعاد القضاء الإنجليزي في موضع آخر التأكيد على مسؤولية الطبيب، الذي تحصل على الرضا دون تنوير وإعلام الشاب بكافة المخاطر التي تترتب عن التدخل الطبي. وهذا من خلال إحدى اجتهادات محكمة استئناف ولاية ساسكلشون Saskalchwan. في قضية تتلخص وقائعها، في أنّ طالباً جامعياً قبل وبهدف الحصول على خمسين دولار، أن يتم تخديره بمادة مخدرة تحت التجربة، دون إحاطة الشاب علماً بمخاطر هذه المادة، وما قد تسببه له ولم يعلمه بأنّه سوف يقوم بعمل قسرة في قلبه أثناء التخدير. حيث تعرض الطالب لتوقف القلب، وتتطلب الأمر نقله إلى المستشفى، أين مكث عشرة أيام. وأدى الأمر إلى تناقص حاد لقدراته الذهنية، إلى درجة تركه لمقاعد الدراسة⁽³⁾.

(1) سي يوسف كجار زاهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 71.

(2) Eng. Rep. 860 (K.B 1767,) in BERLAND-BENHAİM Caroline, Le consentement et la bienfaisance dans la relation médecine-malade, thèse droit, Aix en Provence, France, 2007, p 29.

(3) طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 129.

أكد القضاء الأمريكي⁽¹⁾ بدوره ضرورة الرضا المتبصر، من خلال Solgo v. le land. Stanford jm bovad of trustees لسنة 1957، إذ لم يتساءل على مدى حصول الطبيب على الرضا من عدمه، وإنما اهتم بصفة هذا الرضا، ومدى تسبيقه بإعلام واف وكامل. وذلك لكي يتمكن المريض من اتخاذ قراره بقبول أو رفض العلاج. مؤكدا حين تأسيسه للحكم، أنّ أساس الاختيار المؤسس للمريض والمتفق مع إرادته سواء بقبول أو رفض العمل الطبي، هو مدى تبصيره وإعلامه المسبق من قبل الطبيب⁽²⁾.

عرف القضاء الفرنسي من جهته اجتهادا قضائيا ذاع صيته على الساحة القضائية. إذ يعتبر أول قرار قضائي، أقر ضرورة الحصول على الرضا المتبصر للمريض. وهو قرار تيسيبي Tyessier الشهير، المؤرخ في 28 جانفي 1942.⁽³⁾ الذي أقر مسؤولية الطبيب الجراح لعدم إعلام المريض بطبيعة وآثار العملية الجراحية، التي أجراها له. استنادا إلى أنّ الجراح ملزم بالحصول على رضا المريض بالعملية، وأنّ الإخلال بهذا الالتزام يشكل مساسا بحق المريض في سلامته البدنية⁽⁴⁾.

(1) لقد تعرض القضاء الأمريكي قبل هذا التاريخ لالتزام الطبيب بالإعلام وهذا بمقتضى قرار أدان طبيا قام بعلاج عبيد دون الحصول على رضا سيده ولكن لم يكن ذلك مبررا ولا مؤسسا على حق العبيد في سلامة جسده وإنما على حق السيد في ملكية العبيد.

HARD CRIMES, 149 (1852) in GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse présentée à la faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir le grade de docteur en droit, Université de Neuchâtel, 1986, p 31.

(2) نقلا عن مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 96.

(3) Cass, 28 janv. 1942: «comme tout chirurgien, le chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération ... en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, le chirurgien commet une atteinte grave aux droits du malade». In MARZOUG Sanaa, L'obligation d'information médicale, mémoire de l'école nationale de santé publique de Rennes, Paris, 2000, p 17.

(4) نتلخص وقائع هذه القضية فيما يلي: صدر عن محكمة بوردو الحكم المؤرخ في 4 جوان 1937. والذي رغم عدم إسناد أي خطأ فني للطبيب سواء في تشخيص المرض أو في علاجه، إلا أنّه أقرّ مسؤوليته لعدم إعلامه للمريض. اعتبر هذا الحكم الطبيب مخطئا، عندما لم يعلم المريض Tyessier بوجود عدّة بدائل علاجية لعلاج مرضه. وأنّه اختار العملية الجراحية، دون أن يعلم المريض عن طبيعتها وعن المخاطر التي قد تنجر عنها. وهو بهذا لم يترك للمريض حرية الاختيار بين طرق العلاج ولا حرية الرضا عن بصيرة تامة. طعن الدكتور Parcelier - وهو جراح في مستشفى بوردو- في هذا الحكم الذي أدانته بدفع مبلغ 40 ألف فرنك للسيد Tyessier، تعويضا عن الأضرار التي سببها له من جراء عدم إعلامه. أكد الدكتور Parcelier من خلال طعنه بأنّ العملية ليست عملية تجميلية، وأنّها عملية بسيطة ومتداولة، وهي ضرورية للوصول بالمريض إلى الشفاء. واعتبر لجوء المريض إليه للعلاج رضا ضمنيا بمخاطر هذه العملية. أيدت محكمة النقض الفرنسية من خلال قرار 28 جانفي 1942 والذي يسمى بقرار تيسيبي Tyessier ما قضت به محكمة بوردو. إذ تأكدت المحكمة بعد استعانتها بخبير بأنّ علاج المريض كان ممكنا بطريقتين، إحداها العملية الجراحية وأنها تتساويان في المخاطر التي تنجر عنهما. وأكدت=

يعتبر قرار Tyessier أول قرار قضائي فرنسي واضح وصريح عن التزام الطبيب بالإعلام. وهو عماد باقي الاجتهادات القضائية التالية له، والتي حدّدت مضمون الإعلام مرتكزة على هذا القرار الذي وضع أسس التزام الطبيب بالإعلام وحدّد نطاقه بطريقة تسمح للمريض باتخاذ القرار الطبي عن بصيرة تامة بعد المقارنة بين إيجابيات وسلبيات العمل كما أكّده لاحقا القرار المؤرخ في 19 أبريل 1988⁽¹⁾.

يعود الفضل في تطور مفهوم الرضا المتبصر في فرنسا، إلى القضاء الذي وبفضل اجتهاداته المتتالية نظم أغلب النقاط المرتبطة بالإعلام. وهذا بتحديد مضمونه، وطريقة نقله وأصحاب الحق بالإعلام والملتزمون بالقيام به...الخ. وهي اجتهادات تم تكريسها قانونا بمقتضى قانون 4 مارس 2002⁽²⁾ كما سنوضحه طوال هذه الدراسة.

ثانيا/ تأكيد النصوص القانونية الداخلية لحق المريض في الإعلام

نظم المشرع الجزائري ضرورة إعلام المريض قبل الحصول على رضاه أو رفضه من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا مدونة أخلاقيات الطب. يظهر اهتمام المشرع بإعلام المريض، في تنظيمه لالتزام الطبيب بإعلام المريض في مواد مستقلة، رغم أنه وصف في عدّة مواضع أخرى الموافقة التي يجب الحصول عليها من المريض بالموافقة المتبصرة⁽³⁾. ما يثبت بأنّ الإعلام مرحلة هامة قبل اتخاذ المريض للقرار الطبي سواء بالرضا عنه أو برفضه.

اشتراط المشرع الجزائري ضرورة إعلام المريض قبل الحصول على موافقته في مواد مستقلة أهمها نص 43 من م.أ.ط التي تنص عما يلي:

=للطبيب أن رغم بساطة وتداول العملية، إلا أنّها ذات مخاطر وجب على الطبيب نقلها للمريض قبل الإقدام عليها. ولهذا قرّرت محكمة النقض الفرنسية قيام مسؤولية الطبيب لإخلاله بالالتزام بالإعلام حول طبيعة التدخل الطبي والمخاطر المترتبة عنه وعن البدائل العلاجية المتوفرة آنذاك. وهو ما فوّت على المريض حرية الاختيار.

(1) Civ. 1^{er}- 19 avril 1988, Bull. civ n° 107: «...prendre sa décision après avoir comparé les avantages et les risques encourus». In BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, Paris, 2010, p 30.

(2) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, jo du 5 mars 2002. www.legifrance.gouv.fr.

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665

(3) راجع المادة 168 فقرة 2 من ق ج ص ت.

راجع المادة 44 من م. أ.ط.

« يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

تضيف نص المادة 48 التي تنص عما يلي:

«يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة أو مجموعة، أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض، وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد تجاه أنفسهم وجوارهم».

في حين خصص قانون حماية الصحة وترقيتها مواد للالتزام بالإعلام في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. تناول ضرورة إعلام المتبرع من خلال نص المادة 2/162 التي تنص عما يلي:

«... ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة...».

وكذلك بالنسبة للمريض أي المستقبل للعضو وهذا ما أكدته نص المادة 5/166 التي نص عما يلي:

«... لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك...».

عزز قانون الصحة الجديد ضرورة الإعلام إذ جعله حقا من حقوق المريض ضمن نص المادة 23 الواردة في الفصل الثالث المعنون بحقوق المرضى وواجباتهم و التي تنص على ما يلي:

«يجب اعلام كل شخص بشأن حالته الصحية و العلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها...».

تضمن أيضا الباب السابع المعنون "بالأخلاقيات والأديبات والبيوأخلاقيات الطبية" تكريسا للحق في الإعلام في الفصل الثاني الموسوم "بالجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى". إذ تنص المادة 343 على ما يلي:

«لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض... و يجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته...».

نظم التشريع اللبناني الالتزام بالإعلام، ضمن الباب الأول المعنون "بالحق في الحصول على المعلومات" من القانون المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة لعام 2004 فقد نص في المادة 2 فقرة (1) على أنه:

«يحق لكل مريض يتولى أمر العناية به طبيب أو مؤسسة صحية بأن يحصل على المعلومات الكاملة حول وضعه الصحي».

نظم المشرع الفرنسي هو الآخر أحكام الرضا المتبصر من خلال عدة نصوص قانونية إذ أدمج الالتزام بالحصول على الرضا المتبصر للمريض ضمن أحكام القانون المدني الفرنسي من خلال تعديله وتتميمه بمقتضى قانون 94-653⁽¹⁾. والذي أضاف الفقرة الثالثة للمادة السادسة عشر (3/16)، أكدت أنه لا يمكن المساس بجسم الإنسان إلاّ لضرورة علاجية تقتضيها وتستدعيها حالة المعني، ويكون الحصول على الرضا المتبصر مسبقاً على عاتق الطبيب، إلاّ إذا كانت الحالة الصحيّة للمعني تجعل التدخل الطبي ضروري ولا يمكن له أن يعبر على رضائه⁽²⁾.

أكد أيضاً المشرع الفرنسي من خلال تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي لسنة 1995 في المادة 35-4127 R فقرة 1 من تقنين الصحة العامة، التزام الطبيب بإعلام المريض قبل كلّ تدخل طبي. التي تنص على ما يلي:

«يجب على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة وواضحة متناسبة عن حالته الصحية وكذلك عن الفحوصات والعلاجات التي

(1) Loi n° 94-653 du 29/07/94, relative au corps humain, jo du 30/07/94, www.journal-officiel.fr.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619&categorieLien=id>.

(2) Art. 16/3 dispose: «il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement éclairé de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas même de consentir».

تقترحها عليه ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار خلال مدة المرض، شخصية المريض عندما يقدم لم المعلومات ويحرص على أن المريض قد فهم تلك المعلومات واستوعبها»⁽¹⁾.

نظرا لأهمية موضوع الرضا المتبصر، فإنّ المشرع الفرنسي أكدّ عليه من خلال أحكام قانون 4 مارس 2002، المعدّل والمتمم لقانون الصحة العامة الفرنسي، من خلال نص المادة 1111-4 منه، التي ألزمت الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض⁽²⁾، كما أقرّت نص المادة 1111-2 ضرورة الإعلام الوافي وتقديم كامل الاحتياطات اللازمة التي تسمح له باتخاذ رضا صحيح التي تنص على ما يلي:

«لكل شخص الحق في أن يحاط علما بوضعه الصحي...»⁽³⁾.

يقع إذن هذا الالتزام على عاتق الطبيب بغض النظر إن كان طبيبا عاما أو طبيبا متخصصا أو جراحا كما يشمل كل تدخل طبي أي كان نوعه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

تجسيد حق المريض في الإعلام

يقوم الالتزام بالإعلام في العقد الذي يتميز باختلال المراكز بين طرفيه، فيما يتعلق بالمعلومات التي يحوزها كلّ طرف، بصورة أدّت إلى وجود عدم تكافؤ بينهما في مستوى العلم والمعرفة بالعناصر الجوهرية المتعلقة بهذا العقد. فهو عدم تكافؤ يتحقّق عند حيازة أحد الطرفين المقبلين على التعاقد لمعلومات هامة يجهلها الطرف الآخر رغم أنّها ذات تأثير كبير على رضائه⁽⁵⁾. فبالرغم من تأكّد أهل المهنة من فعالية ما قاموا به وكونه متفقا مع الأصول

(1) Art. R 4127-35 dispose: «le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée». Voir Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995, jo du 08 septembre 1995, www.legifrance-gouv.fr.
<https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>.

(2) Art. L. 1111-4: «toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé... Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment...».

(3) Art. L. 1111-2: «toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. ...».

(4) دغيش أحمد- بولنوار عبد الرزاق، الالتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2008، ص 141.

(5) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 238 و239.

الطبيّة وعدم ارتكاب أيّ خطأ أو إهمال أثناء العلاج، إلّا أنّه وجب على الطبيب إحاطة المريض علماً بكل مقتضيات التدخل الطبي قبل القيام بها (فرع أول).

يتعيّن على الطبيب من أجل أن تتوازن كفتي العقد وإعادة المساواة في العلم بين الطرفين، أن يقوم بإعلام المريض وأن يقدّم له معلومات وافية ليسعفه على اتخاذ القرار الملائم في قبول أو رفض العمل الطبي⁽¹⁾. إلّا أن فنيّة هذه المعلومات و طابعها الطبيّ المعقد يتطلب من الطبيب أن يجتهد في توظيف مهاراته عند نقله للإعلام، فالمريض لا يعتبر متبصراً إلّا إذا فهم هذه المعلومة الطبية (فرع ثاني).

الفرع الأول

حق المريض في الإحاطة بالتدخل الطبي

ينصبّ إعلام الطبيب للمريض حول طبيعة المرض الذي يعاني منه، بعد تشخيصه وتحديدّه تحديداً صحيحاً. ثم على طبيعة العلاج الذي تستلزمه هذه العلة، والبدائل العلاجية المتوفرة وتكلفة كل وسيلة. الأمر الذي يظهر بأن الالتزام بالإعلام ينفذ عبر كافة مراحل العلاج (أولاً). يعتبر الإعلام حول مخاطر العلاج النقطة التي دارت حولها مجمل المتابعات القضائية، فالمريض ينتظر من الطبيب أن يعلمه بالنتائج التي تترتب على العمل الطبي وبالأخص المخاطر التي قد تتجر عنه، إذ يحوي كل دواء على أعراض جانبية وتأثيرات سلبية وأنّ تحقق أحد المخاطر المرتبطة بالعلاج، عادة ما يدفع المريض إلى القول أنّه لو أحيط علماً بهذا الخطر أو ذاك، ما كان ليوافق على العلاج المقترح. وعليه فمن الضروري على الطبيب أن ينبهه بالمخاطر المرتبطة بالعلاج (ثانياً).

أولاً/ شمولية الإعلام لكافة مراحل التدخل الطبي

تنص المادة 43 من م.أ.ط على ما يلي:

«يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

(1) العبيدي يونس زينة غانم، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 02.

كانت عبارات التشريع الجزائري عامة، يفهم منها ضرورة أن ينفذ الإعلام عبر كافة مراحل التدخل الطبي. في حين فضل المشرعين الفرنسي واللبناني، سرد محتوى الإعلام وتحديد مضمونه بصراحة. إذ تنص المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي على ما يلي:

«... المعلومات التي يجب أن تقدم للمريض هي تلك المتعلقة بمختلف الفحوصات والعلاجات وأعمال الوقاية المقترحة والفائدة منها، ومدى إستعجال هذه الأعمال الطبية والنتائج المترتبة عليها والمخاطر المتكررة الحدوث أو المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة وتشمل كذلك الحلول والبدائل الممكنة والنتائج المتوقعة في حالة رفض المريض وإذا ظهرت بعد الفحوصات والعلاجات وأعمال الوقاية أخطار جديدة فيجب إعلام المريض بها حالاً إذا كان ذلك ممكناً».

وهذا تقريبا ما تضمنته المادة 2 من التقنيين اللبناي والتي تنص على ما يلي:

«... تشمل هذه المعلومات: الفحوصات والعلاقات والعمليات الطبية المقترحة كما يشمل منافعها ومضاعفاتها السلبية والمخاطر المعهودة أو الكبرى التي تنطوي عليها والحلول الأخرى الممكنة فضلا عن النتائج المتوقعة في حال عدم إجرائها ويقتضي في مجال طرأت لاحقا معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة إعلام المريض بها أيضا عند الإمكان».

تأثرا بهذه التشريعات ورغبة منه في إزالة كل الغموض سار قانون الصحة الجديد على خطى التشريعيين الفرنسي واللبناي من خلال نص المادة 343 فقرة 3 من قانون الصحة التي تنص على ما يلي:

«... وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتاتها وطابعها الإستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض...».

يتضح من خلال هذه المواد بأنّ الطبيب ملزم بأن يعلم المريض عبر كافة مراحل التدخل الطبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير وبالشعور الصحيح اتجاه العمل الطبي⁽¹⁾. يبدأ الطبيب في تدخله لمباشرة العمل الطبي في تشخيص المرض⁽²⁾. وهي لا شك مرحلة على جانب كبير من الدقة والأهمية إذ يترتب عليها حكم الطبيب في المراحل التالية كتقرير نوع المرض واختيار العلاج المناسب له. فهو مجموعة الأعمال النظرية⁽³⁾ والتطبيقية التي يجريها الطبيب على جسد المريض بقصد تحديد المرض الذي يعاني منه وبيان أسبابه أو حتى بقصد نفي إصابة هذا الشخص بأي مرض.

أصبح الطبيب يستخدم أساليب جديدة في التشخيص⁽⁴⁾ وهذا بتطور الوسائل الفنية الطبية، وظهور طوائف جديدة من الأمراض يصعب التعرف عليها من خلال الفحوص المبدئية البسيطة - إمّا لأنّ أعراض المرض تتشابه مع أعراض مرض آخر وإمّا لأنّ الفحوص المبدئية البسيطة لا تجدي نفعا في تبين طبيعة المرض أو مداه- كصور الأشعة بأنواعها المختلفة والتحاليل المعملية المجهرية...الخ. فهي وسائل أكثر فعالية وتطورا ومصادقية في تحديد وتشخيص المرض، إلّا أنّها في الوقت ذاته أكثر مساسا بسلامة جسم الإنسان.

(1) بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 171.

(2) يعرف التشخيص بأنّه فن التعرف على المرض، واللجنة الأساسية الأولى التي سوف يركز عليها عمل الطبيب لعلاج المريض. نقلا عن أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر البرمجيات، مصر، الإمارات، 2013، ص 131.

(3) تتمثل أعمال التشخيص النظرية في إصغاء الطبيب لأقوال المريض بشأن بياناته الشخصية كالسن والجنس وسوابقه المرضية وتأثيرات الوراثة وأعراض المرض الذي يعاني منه كارتفاع درجة الحرارة وانخفاضها وحالة الضغط الدموي وغيرها ممّا يصرّح به المريض. أما أعمال التشخيص التطبيقية فهي الإجراءات الفنية التي يجريها الطبيب على جسد المريض بقصد تشخيص المرض إذ كان يستخدم في ذلك الفحص واللمس والطرق الخفيف على بعض المواضع من جسم الإنسان وتسمّع دقات القلب وقياس ضغط الدم. هذه الوسائل لا يحتاج في إجرائها إلّا إلى رضا المريض الأساسي لإبرام العقد الطبي. فهي لا تمس بشيء في سلامة جسم الإنسان فهو فحص مبدئي مألوف. نقلا عن مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 22.

(4) يجب على الطبيب أن يساير التطور العلمي في وسائل التشخيص فعليه أن يستعمل جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه. ليكون رأيه بعيدا عن الخطأ بقدر الإمكان. لأنّ التزامه بالتشخيص هو التزام ببذل عناية وجهودا يقظة تتفق مع المعطيات المعاصرة donnée actuelle بعدما كان يشترط فقط أن يكون متفقا مع المعطيات المقبولة علميا. نقلا عن. رشدي محمد السعيد، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص 128.

لا تعد هذه الأعمال التي يقوم بها الطبيب في مرحلة التشخيص أعمالاً علاجية إلا أنها أعمال طبية Des actes médicaux تمثل اعتداءً على سلامة جسم المريض، ومساساً بحريته الشخصية في الاختيار، ومن ثم فلا يجوز إخضاعه لها إلا بعد الحصول على رضائه المستنير⁽¹⁾.

ينصب التزام الطبيب بالإعلام في هذه المرحلة على طبيعة الوسيلة التي يستعملها للتشخيص، وبالمخاطر التي تنطوي عليها، لكي يتمكن المريض من اتخاذ قراره بقبول الخضوع للتشخيص أو رفضه، وذلك على ضوء الموازنة بين ما يتعرض إليه من أخطار وما ينتظر الحصول عليه من مزايا، تتمثل في الوصول إلى تشخيص محدد للعلة ومداها. يترتب على رضا المريض بالتشخيص ضرورة إعلام الطبيب له بكافة الاحتياطات اللازمة عند القيام بالتشخيص لضمان نجاحه، كعدم مخالفة المريض لما قد يطلبه المحلل وكذا احترام الهيئة الصحيحة التي يجلس فيها من أجل تصويره بالأشعة. لأن مخالفة ذلك قد يؤدي إلى عدم دقة الصورة المستخرجة، ومن ثم يؤثر في تشخيص المرض⁽²⁾.

يجب أيضاً على الطبيب بعد التأكد مما يشكو منه المريض، أن يبصره بطبيعة المرض الذي يعاني منه وتطوره المتوقع خاصة في حالة غياب أي إجراء طبي بصدده وهذا كله من أجل أن يتخذ المريض قراره بروية وتمحيص⁽³⁾. وتحفيزه نفسياً لقبول مواصلة المراحل المقبلة للعمل الطبي⁽⁴⁾.

يجب على الطبيب بعد تشخيص المرض وتحديد العلاج المناسب له، أن يعلم المريض بطبيعة هذا العلاج، إذا كان عملية جراحية أو حقن أو علاج بالأشعة... الخ والغاية التي ينتظر تحقيقها من العلاج، ومدى الاستعجال في متابعة العلاج أو إجراء العملية الجراحية والمدة التي ستستغرقها⁽⁵⁾.

(1) جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص 89.

(2) العبيدي زينة غانم يونس، مرجع سابق، ص 147.

(3) حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 90.

(4) العبيدي زينة غانم يونس، مرجع سابق، ص 146.

(5) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 43.

قد تتعدد البدائل العلاجية⁽¹⁾ التي يمكن علاج هذا المرض بها. إذ وجب إعلام المريض حول وجود هذه البدائل، ثم اختلاف تكلفتها وفعاليتها، أي نسب الحصول على نتائج ايجابية من العلاج ونسبة الفشل في ذلك. مظهرًا ايجابيات وسلبيات كل طريقة. فإذا كانت الفوائد مؤقتة تزول بمضي مدة معينة، وأن المريض سيكون مضطراً إلى تكرار العلاج على فترات معينة، وجب على الطبيب أن يعلمه بذلك. وتزداد أهمية الإعلام، عندما تكون هذه الوسائل محل تجربة جديدة أو قليلة التطبيق أي ليست متداولة⁽²⁾.

يتعين على الطبيب وبعد الإعلام عن كل البدائل العلاجية أن ينصح المريض بالطريقة المثلى والمناسبة أكثر لحالته، ويظهر تفضيله لطريقة على أخرى، كونه من أهل الخبرة. فإذا كان لا يلتزم بالإقناع لأن هذا يتنافى مع حرية المريض في الاختيار⁽³⁾، وكرسه المشرع الفرنسي في نص المادة 35-4127 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾، ليرجع القرار الأخير للمريض وحده فالنصح ليس الإقناع⁽⁵⁾.

يرجع البعض⁽⁶⁾ ضرورة الإعلام حول تعدد البدائل العلاجية، إلى اختلاف تكلفة وأتعاب كل وسيلة. فالمريض هو الأقدر على معرفة العلاج المناسب له، وفق قدرته الشرائية التي قد تجبره على إتباع طريقة علاج أقل تكلفة، وإن كانت أكثر معاناة وأقل فعالية.

يذهب آخرون⁽⁷⁾ إلى القول بأن ضرورة الإعلام حول تعدد البدائل العلاجية مرده قناعة المريض. فإذا توفرت لنفس العمل الطبي وسيلتين طبيتين إحداها تقليدية والأخرى حديثة، فلا يجب الافتراض أن المريض سيفضل هذه الأخيرة. بل قد يرى أن التقليدية أفضل وإن كانت تستلزم مدة أطول للشفاء إلا أن طابعها التقليدي جعلها متداولة ومعروفة. وبالتالي

(1) تعرّف بأنها الخيارات المختلفة المطروحة أمام الطبيب لعلاج حالة معينة. كأن يرى أن الحالة المعروضة يمكن أن تعالج عن طريق الأدوية، أو عن طريق الجراحة، أو يرى أن ذات الحالة، يمكن أن يتم علاجها بالحقن أو بالأقراص الدوائية. نقلاً عن جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 77 و 78.

(2) LELOU Yves, GENICOT Henni Gilles, Le droit médical, éd de Bolck université, Bruxelles, 2001, p 62.

(3) SARGOS Pierre, l'information du patient et le consentement aux soins, juris Classeur, droit médical et hospitalier, 2003, p 102.

(4) Voir Art 4127-35 c.s.p.

(5) GERARD Memeteau M, Traité de la responsabilité médicale, Les études hospitalières, France, 1996, p 149.

(6) رشدي محمد السعيد، مرجع سابق، ص 133.

(7) ALBERT Nathalie, op-cit, p 357.

فإنّ الطبيب يستوعبها أكثر ويتقنها جيدا، مقارنة بالتقنية الحديثة التي وإن كانت تتطلب مدّة أقصر للشفاء، إلّا أنّ عدم تداولها وحدائتها يجعل الأطباء أقلّ احترافا وتمكنا منها، وبالتالي فهي تثير مخاوف المرضى.

ألزم المشرع الفرنسي الطبيب بإعلام المريض حين تعدد البدائل العلاجية من خلال نص المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾، وهذا تأثرا بالاجتهادات القضائية التي غلبت عليها تلك الملزمة للطبيب بالإعلام حول البدائل العلاجية، إذ يعتبر قرار تيسيسي Teyssier أول اجتهاد قضائي فرنسي أقرّ ضرورة الحصول على الرضا المتبصر للمريض مؤكدا ضرورة الإعلام حول البدائل العلاجية⁽²⁾. وهو ما أكدته اجتهادات قضائية لاحقة⁽³⁾.

لم يشر المشرع الجزائري إلى ضرورة الإعلام حول البدائل العلاجية، تاركا سلطة الاختيار سلطة مطلقة يتمتع بها الطبيب، إلّا أنّ القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة فرغم ندرة الأحكام القضائية فيما يخص المسؤولية الطبية لدى القضاء الجزائري، يمكن الإشارة إلى حكم قضائي أقرّ ضرورة التزام الطبيب بالإعلام عن توفر البدائل العلاجية وهو الحكم الصادر عن محكمة السانية بهران المؤرخ في 26 مارس 1996 والذي أيد بقرار مجلس قضاء وهران والمتمثل في إدانة الطبيب لتطبيقه طريقة تخدير مضادة لآلام الولادة والتي تنطوي على مخاطر الإصابة بشلل جزئي مؤقت، وكان تأسيس الحكم منصبا على إخلال الطبيب بواجب الإعلام، فلو أعلمت المريضة بهذا لكانت لها مجموعة من الخيارات بديلة عن تطبيق هذه التقنية، وكان منطوق الحكم هو عامين حبس موقوفة النفاذ وغرامة قدرها 5000 دج و50000 دج تعويضا مدنيا للمريضة⁽⁴⁾.

(1) Art. L, 1111-2: «...ainsi que sur les autres solutions possibles...».

(2) Req. 28 janvier 1942, Parcelier C/Teyssier (DC 1942, p 63; Gaz. Pal. 1942).consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.Légifrance.gouv.fr//affichjurijudi.do?old>.

(3) حكم صادر عن محكمة نيس الفرنسية بتاريخ 16 جانفي 1954 تحت رقم 5025..نقلا عن جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 76. قرار 3 مارس 1998

Arrêt n° 430 D du 03 mars 1998, Chuine (Civ I), In HUREAU J. Poitont D. L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, Masson, Paris, 2005, p 73.

(4) حكم صادر عن محكمة السانية بهران، بتاريخ 26 مارس 1996، نقلا عن سعيدان أسماء، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 29.

لا بدّ أن يشتمل الإعلام على كافة العناصر والمعطيات التي تسمح للمريض بأن يكون فكرة معقولة وصحيحة فيما ينوي الإقدام عليه، لذا استبعد القضاء الفرنسي صفة الإعلام التقريبي فهي فكرة غير مقبولة في هذا النطاق لأنّ المريض من حقه الحصول على معلومات كاملة تجعله ملما بالفكرة⁽¹⁾.

لا يكون الإعلام كاملاً إلا إذا أخبر المريض بكل ما يستلزمه العمل الطبي من مصاريف مالية، من بداية العملية الطبية إلى نهايتها، لا سيما إذا تعلّق الأمر بعملية جراحية على درجة معتبرة من الخطورة والمجازفة، يكون فيها المرض من الأمراض المستعصية على الطب الحديث، وبالتالي قد يتطلب التغلب عليه من طرف الأطباء، دقة كبيرة واستعمال تقنيات جد متطورة تتطلب تكاليف باهظة⁽²⁾.

لم يشر المشرع الجزائري إلى ضرورة الإعلام عن تكاليف العلاج، على خلاف المشرع الفرنسي الذي استحدث من خلال قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وتنظيم قطاع الصحة، الالتزام بالإعلام عن تكاليف العلاج التي سيتحمّلها المريض من خلال نص المادة 1111-3 والتي أوجبت على الطبيب الخاص أن يوضّحها ويعلم بها المريض من تلقاء نفسه، أمّا في إطار المستشفيات فتكون بطلب من المريض نفسه⁽³⁾.

كرّست هذه التشريعات وجوب إعلام المريض عبر كافة مراحل التدخل الطبي لكن مواد أخرى أظهرت لنا بأنّ الإعلام لا يعني الاختيار، فمثلاً يجب على الطبيب إعلام المريض حين توفر عدة بدائل علاجية إلّا أنّ هذا لا ينقص من حرية الطبيب في وصف العلاج واختياره وهو المبدأ الذي كرّسته جل التشريعات⁽⁴⁾ مثل التشريع الجزائري من خلال نص المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص عمّا يلي:

(1) سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 13 و 15.

(2) دغيش أحمد، بو لنوار عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 82.

(3) Art. 1111-3 du c.s.p: «toute personne a le droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et service de santé publics et privés, sur les frais aux quels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé d'exercice libéral doivent avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son cout et des conditions de son remboursement parles régimes obligatoires d'assurance maladies».

(4) Art. 1110 du c.s.p.

«يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية»

لا يوجد أي نص قانوني يجعل من إرادة المريض حدا لحرية الطبيب في اختيار العلاج ووصفه إذ تعتبر المصلحة العلاجية للمريض الحد الوحيد لهذه الحرية⁽¹⁾. كما منحت نصوصا أخرى حقا للطبيب في رفض العلاج إما لأسباب مهنية أو شخصية⁽²⁾ ليكون بذلك اختيار المريض لغير الطريقة التي يفضلها أو يقترحها الطبيب سببا لرفضه العلاج⁽³⁾.

ثانيا/ الإعلام حول مخاطر العلاج

اختلفت المعايير التي انتهجها القضاء والقانون لتحديد المخاطر محل الإعلام وتأرجحت بين المعيار الكمي (1) والمعيار النوعي (2).

1/ المعيار الكمي

ظل القضاء الفرنسي لمدة طويلة من الزمن يلزم الطبيب بإعلام المريض عن المخاطر المتوقعة عادة⁽⁴⁾، فقط دون المخاطر النادرة أو الاستثنائية. والمخاطر غير المتوقعة⁽⁵⁾. وبتقسيم مصطلح المخاطر المتوقعة عادة نجده يتكون من مفهومين: الخطر المتوقع والخطر المعتاد.

(1) راجع المادة 13 14 16 17 18 2831 45 47 من م أ ط.

Voir art. L 4127-70 c.s.p.

Voir art. L 5121-77 c.s.p.

Voir art L 4127-40 c.s.p.

(2) راجع المادة 2/42 من م أ ط التي تقابل. Art. 47-2 code déontologie médicale français.

(3) DOSDAT Jean-Claude, Les normes nouvelles de la décision médicales, Les études hospitalières, Bordeaux, 2008, p 32.

(4) اختلفت المصطلحات التي تستعملها الاجتهادات القضائية لوصف هذه المخاطر فتارة تستعمل مصطلح مخاطر محتملة، وتارة أخرى مخاطر غير عادية، وفي عدة مرات خطر استثنائي نادر إلا أنها تنصب كلها على معيار تحقق الخطر.

In ANDRIEU Jean-Charles, L'obligation d'information et le consentement du patient à l'acte médical mémoire, université Paris II Panthéon Assas, 2000-2001, p 30.

(5) يمكن اعتبار الخطر غير متوقع إذا لم يكن هنالك أي سبب يؤدي إلى الاعتقاد أن هذا الحادث يمكن أن يقع. نقلا عن شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 238.

يقصد بالخطر المتوقع كل خطر خضع لتقييم أخصائي، وورد ذكره في المراجع الطبية، رغم أن نسبة حدوثها ضئيلة جدا. ومثال ذلك خطر الوفاة في الولادة الطبيعية الذي يحدث في حالتين من كل ألف حالة، لكن طالما ورد ذكره في المراجع الطبية فهو متوقع. إلا أن إعلام المقابلة على الولادة بهذا الخطر لا يحقق مصلحتها ولا مصلحة الطبيب. فالمريضة ستملكها الخوف والقلق، وهما عاملان يجعلانها تتردد. وهو ما سيؤثر حتما على عمل الطبيب وعلى صحة الجنين⁽¹⁾. لذلك عبّر أحد الكتاب⁽²⁾ بالقول «أن كثرة الإعلام تقتل الإعلام» «trop d'information peut tuer l'information» وهذا ليس هدف الطبيب فدوره هو العلاج وتخفيف الألم وزرع الأمل⁽³⁾.

يضاف إلى أن الطبيب لا يمكن له أن يتنبأ بكل المخاطر، إذ أن لكل جسم ردود أفعال خاصة إزاء العلاج. فقد يثير أمورا لم تكن متوقعة أبدا. كما أن الكثير من خفايا وخبائيا جسم الإنسان، لا تزال مجهولة لا يمكن توقعها أو الكشف عنها. فرغم كل ما حققه الطب من انجازات وتقدم هائل تبقى بعض المخاطر يستحيل التنبؤ بها ومعرفتها. لذلك لا بد من تكملة معيار القابلية للتوقع بمعيار الخطر المعتاد.

يعرّف الخطر المتوقع عادة أي المعتاد بأنه: «كل خطر يتكرّر حدوثه بنسب عالية وورد ذكره في المراجع الطبية أي استقر الطب على حدوثه المتداول»⁽⁴⁾. إذ أعفت العديد من الاجتهادات القضائية⁽⁵⁾ الطبيب من الإعلام عن المخاطر الاستثنائية والذي وصفته بالخطر

(1) جابر محبوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 172.

(2) ALBERT Nathalie, op-cit, p 284.

(3) عبّر عنه العميد J SAVATIER: «Si avant d'agir, celui-ci (le médecin) devait éclairer intégralement le malade sur ... la justification de chacun des détails du traitement sur tout les risques, même exceptionnels, que peut comporter celui-ci, aucune médecine efficace ne demeurerait possible, car le rôle principal du médecin n'est pas d'éclairer, mais de soulager».

نقلا عن جابر محبوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 191.

(4) أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 136.

(5) أصدر القضاء الفرنسي عدة أحكام قضائية يعفي فيها الطبيب من الإعلام عن المخاطر الاستثنائية منها:

Cass. Civ 1ere, 14 Avril 1961: GAZ.1961.2, p 53.

23 Mai 1973: jcp 1975, 11, 17955, note. m. savatier, gaz, pal 1973, z, p 885, note doll; RTD Civ 1974, p 618, obsg, Durry. 6 Mars 1979; b 1980, IRP. 170, Obs. T. Penneau, 20 Juillet 1987, D. 1987somm, p 419; 3 Janvier 1999: Gaz. Pal. 1993.1 sommp. 117, obs F. 4 Avril 1995; Dret patrimoine Oct. 1995, p 97, n° 1086. Obs. F.ch abasi; caportier, 9 avril 19876 : petites affiches. 31 Janvier, n° 13, p 7, cass.civ. 1^{ere}, 20 janvier 1987, Bull civ. 1, n° 19, p 14 in ANDRIEU Jean- Charles, op-cit, p 33.

الذي يمكن عدّ حالات حدوثه على أصابع اليد⁽¹⁾ أو بالذي تقل نسبة حدوثه عن 2%⁽²⁾. تأثرا بالجانب العلمي الذي عرّف الخطر الاستثنائي بأنه الخطر الذي تكون نسبة حدوثه أقل من 1,6% أو 2%⁽³⁾.

لقد أخذ القضاء بمقتضى هذا المنهج بالمعيار الكمي، الذي يستند في تقرير التزام الطبيب بالإعلام إلى درجة تحقق الخطر. إذ يلتزم بإخبار المريض بكافة المخاطر المتداولة التي تؤدي إلى التأثير على قراره. في حين يعفى من الالتزام بالإعلام عن المخاطر التي تعتبر احتمالات حدوثها نادرة أو استثنائية.

لم يسلم هذا المعيار من النقد رغم التبريرات المنطقية لأسسه. فأول شيء يعاب عليه هو استناده إلى المعطيات الإحصائية، التي لا تكفي وحدها لتحديد مدى وجوب الإفضاء بالخطر. لأنها لا تضع حدا إلزاميا إذا بلغه الخطر يكون متكررا، وإنما هي مجرد أرقام تقديرية، يمكن أن يختلف حولها أهل الخبرة من الأطباء⁽⁴⁾.

إذ لا توجد نسبة واحدة موحدة للخطر تحدّد حالات حدوثه. هذه الأخيرة التي لا يمكن وضع حدّ لها، فهي تتغيّر ويزداد كل يوم، فما هو اليوم استثنائي نسبة للإحصائيات يتحول بين عشية وضحاها إلى متداول.

لا تعدّ من جانب آخر الإحصائيات الطبية نسب دقيقة فكل عمل طبي ينطوي على مخاطر تقلت من المتابعة أو التقييم كما أنّها نسب غير موثوق في صحتها وحدثتها إذ أنّها لا تجدد يوميا⁽⁵⁾.

يعاب أيضا على هذه الإحصائيات عدم أخذها بعين الاعتبار خصوصيات المريض وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وسنه وحالته العائلية متناسيا بذلك أنّ علم الطب ليس علما

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 179.

(2) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ماي 1981. نقلا عن مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 140.

(3) SOUFRON Jaques, La responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la cœlioscopie, les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p 35.

(4) جابر محجوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 179.

(5) DOSDAT Jean-Claude, op-cit, p 364.

إحصائياً فقط وإنما علم شخصي ينظر إلى حالة كل مريض على حدى فلا يمكن أن يعتبر المرض واحد بكل معطياته لدى كل المرضى⁽¹⁾.

أرى بأن خطورة بعض المخاطر الاستثنائية هو أهم نقد يوجّه إلى هذا المعيار. إذ أنّ سمة الخطورة التي تسم بها بعض هذه المخاطر تؤثر على قبول أو رفض المريض للعلاج بعد علمه بها. لذا فمثل هذا الإعلام هو إعلام تقريبي، وهو ما دفع القضاء الفرنسي بأن يسلك منهجا آخر في المخاطر محل الإعلام وهو المعيار النوعي.

2/ المعيار النوعي

استعمل القضاء الفرنسي لأول مرة مصطلح الخطر الجسيم بمقتضى قرار 17 فيفري 1998⁽²⁾، وكذا قرار 27 ماي 1998⁽³⁾، الذي تراجع عن الأخذ بالمعيار الكمي لما وجّه إليه من نقد. لذا اقترح الأستاذ P. Sargos المستشار لدى محكمة النقض الفرنسية بالإعلام عن المخاطر الجسيمة. وقد عبّر عن رأيه من خلال تقريرين كانا لهما تأثير على القضاء الفرنسي وهذا ما أظهره قرار 07 أكتوبر 1998⁽⁴⁾ الذي تصفه المراجع بأنه بداية أخذ القضاء الفرنسي بالمعيار النوعي وتركه للمعيار الكمي.

ما يعطي لهذا القرار⁽⁵⁾ هذه الميزة والخاصية عن القرارات السابقة، هو عدم اكتفائه بمصطلح الخطر الجسيم، وإنما أكد بأن استثنائية الخطر لا تعفي الطبيب من الالتزام بالإعلام. وإنما يلتزم بإعلام المريض عن كل المخاطر الجسيمة بغض النظر إذا كانت متوقعة عادة أو استثنائية. ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام إلا في حالة الاستعجال أو الضرورة أو رفض المريض للإعلام.

(1) ANDRIEU Jean Charles, op-cit, p 32.

(2) Civ 1^{er} 17 février 1998-Bull Civ-I, n° 67.

(3) Civ 1^{er} 27 mai 1998, Bull Civ-I n° 187, D 1998, j, p 530.

(4) Arrêt n° 1567 du 7 octobre 1998 (civ 1). Voir HUREAU J et POITOUT D, op-cit, p 174.

(5) تتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار في أنّ سيدة خضعت لعملية جراحية بالعمود الفقري نتج عنها فقد إبصارها بالعين اليسرى ولم يكن الطبيب قد أحاطها علماً بهذا الخطر قبل إجراء العملية، رفضت محكمة الاستئناف الفرنسية دعوى التعويض التي رفعتها المريضة استناداً إلى أنّ الخطر الذي تحقق يعتبر خطراً استثنائياً نادر الوقوع، وبذلك لا يقع على الطبيب التزاماً بالإعلام عنه، غير أنّ محكمة النقض الفرنسية ألغت حكم محكمة الاستئناف بالنظر إلى جسامة وخطورة الخطر الاستثنائي الذي لو علمت به المريضة لما أقدمت على قبول التدخل الجراحي. نقلاً عن محمد حسن قاسم، الطب بين...، مرجع سابق، ص 165.

أرجع الأستاذ سار قوس SARGOS ضرورة الإعلام عن كل المخاطر الجسيمة إلى أنه مادام هدف الطبيب من الإعلام هو تنوير المريض ومساعدته على اتخاذ القرار بالقبول أو الرفض، وجب أن ينصب على المخاطر الجسيمة التي من شأنها أن تؤثر على قرار المريض⁽¹⁾. لهذا فهو يعرف الخطر الجسيم بأنه: «الخطر الذي من شأنه أن يؤثر على قرار المريض بقبوله أو رفضه العلاج والذي من طبيعته أن يؤدي إلى الموت أو إلى إحداث عاهة مستديمة لها تأثير على نفسية المريض ومكانته في المجتمع»⁽²⁾.

ترى الباحثة بأن أهم نقد يوجه إلى هذا القرار، هو أنّ خطورة العمل الطبي ليست فقط إذا أدى إلى الوفاة أو إلى عاهة مستديمة، كفقدان الحركة أو نقص كبير في البصر أو فقدان أحد الأطراف السلفية أو العلوية وإنما قد تكون النتائج آثار أخرى. إلا أنّها خطيرة في نظر المريض رغم بساطتها من الوجهة الطبية. وما يعاب على هذا التعريف أنه يستعمل المصطلح المراد تعريفه وهو الخطير وهذا ما لا يسهّل الفهم، ويبقى بالتالي طبيعة الخطر الجسيم محل العديد من الشكوك.

أكد مجلس الدولة الفرنسي الأخذ بالمعيار النوعي حين أصدر بتاريخ 5 جانفي 2000 قرارا أصرّ فيه على أن الطابع الاستثنائي للخطر لا يعفي الطبيب من الإعلام به إذا كان ذو طابع جسيم⁽³⁾.

أوقف القضاء الفرنسي بمقتضى هذه القرارات البحث عن إحصائيات توقع تحقق الخطر من عدمه، ما دام الطبيب لم يعد ملزما بالإعلام عن الخطر الذي له نسبة عالية من التحقق. إذ المعيار لم يعد معيارا كميا، وإنما أصبح معيارا نوعيا ينظر إلى جسامه الخطر وليس إلى نسبة تحققه.

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 193.

(2) « Les risque graves sont ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidante ou même esthétiques graves compte tenu de leurs répercussions psychologiques ou sociales». In ARCHER Frédéric, Le consentement en droit pénal de la vie humaine, l'harmattan collection sciences criminelles, France, 2003, p 425.

(3) C.E.5janv.2000. Contentieux N°198530.Consulter l'arrêt sur le lien suivant: [Http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do ?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35).

رغم التزام الطبيب بالإعلام عن المخاطر الجسيمة وتوضيحها للمريض إلا أنه غير ملزم بإقناعه بسلوك طريق معينة ولا بالعدول عن موقف اتخذه، وهذا ما أكدته قرار 18 جانفي 2000⁽¹⁾. فإذا كان يقع على عاتقه التزام بضمان الفهم والتلقي الجيد للإعلام فهذا لا يوقع عليه أبدا التزام بضمان التوظيف الجيد للمريض لما قدّم إليه ولا ضمان إقناعه، فعليه فقط التزم بشرح كافة البدائل العلاجية المتوفرة ونصح المريض بإحداها ويظهر المخاطر الجسيمة لكل وسيلة إلا أنّ القرار في آخر المطاف لا يملكه إلا المريض بكل حرية.

ألزم المشرع الفرنسي من خلال المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة⁽²⁾ بإعلام عن المخاطر المتداولة أو الخطيرة المتوقعة عادة، و لم يحدد المشرع الجزائي من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها طبيعة المخاطر محل الإعلام. في حين استعمل قانون الصحة الجديد نفس مصطلحات المشرع الفرنسي وهي المخاطر الاعتيادية أو الخطيرة إذ تنص المادة 343 فقرة 3 على ما يلي:

«... وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة

توقعها...».

عرفت هذه العبارة جدلا في الفقه الفرنسي⁽³⁾ الذي اعتبر هذا عودة إلى المعيار الكمي، أي إلى نسبة توقع الخطر رغم ما وجه إليه من نقد، ورغم أنّ الاجتهاد القضائي تخطى عنه، وأصبح يعمل بالمعيار النوعي. وهو الذي ينظر إلى كون الخطر جسيما بغض النظر إذا كان متداولاً أو استثنائياً. بالرغم من أنّ مناقشات هذا القانون أظهرت بأنّ المشرع الفرنسي كانت له إرادة كبيرة في حذو مسار الاجتهاد القضائي وبذلك الإلزام بالإعلام عن كل المخاطر الجسيمة، وهو ما يدعمه المثال الذي أعطاه برنارد كوشنار أمام البرلمان أثناء مناقشة هذا القانون بتاريخ 03 أكتوبر 2001 إذ أعطى مثال (Un choc)

(1) Arrêt du 18 janvier 2000 (Bull. Civ.I, n°13; Juris-Data n°2000-000077). Consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045509&fastReqId=1368642546&fastPos=2>.

(2) Art. L. 1111-2 «Toute personne a le droit d'être informée sur ... les risques fréquents ou graves normalement prévisibles...».

(3) RIVET Giohline, Les soins sans consentement: Les soins psychiatriques, l'injonction thérapeutique, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 196.

(anaphylactique) وهو خطر عن التخدير الذي لا يحدث إلا في حالات استثنائية إلا أنه ألزم بالإعلام عنه⁽¹⁾.

لا تزال الاجتهادات القضائية الفرنسية حتى بعد صدور قانون 04 مارس 2002، لا تعفي الطبيب من الإعلام عن المخاطر الاستثنائية. مثل القرار الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 2002، قرّر فيه القضاء الفرنسي بأن الطبيب لا يعفى من المسؤولية لأنّ هذا الخطر استثنائي وإنّما لأنّ القاضي لم يتأكد بأنّ لو علم المريض بهذا الخطر الاستثنائي لرفض التدخل الطبي، ضف إلى ذلك أنّ هذا الخطر لم يقع بالنسبة للمريض. تلاه قرار آخر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 18 ديسمبر 2002،⁽²⁾ الذي لم يقبل إقامة مسؤولية الطبيب على أساس أنّ الخطر استثنائي وإنّما لأنّه غير متوقع أصلاً.

وضّح القضاء الفرنسي⁽³⁾ أنّ المقصود من المخاطر الجسيمة هي تلك المعروفة في الوسط الطبي، فإذا كانت المعطيات الطبية⁽⁴⁾، لا تشكل معياراً قانونياً فهي معيار علمي.

يفهم بالإعلام عن المخاطر الخطرة، الإعلام عن مخاطر معروفة ومستقر عليها وفقاً لأصول علم الطب بتاريخ العمل الطبي. ولا يعني ذلك أن يكون الخطر معروفاً لدى الطبيب، وإنّما أن يكون معروفاً ومستقراً عليه في الوسط الطبي⁽⁵⁾. كما أزال الغموض على مصطلح متوقع عادة، معتبراً إياه تعبيراً عن الخطر المعروف في الوسط الطبي أي ليس

(1) SAISON-DEMERS Johanne, Un consentement à géométrie variable: à quels risques consentir ?, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 77.

(2) Cass.civ 1ère ch 18 déc.2002. pourvoi N°01-03231. consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITE XT000007045509&fastReqId=1368642546&fastPos=2>.

(3) Civ 1^{er} 21 janvier 2003 n° 0018229.

(4) اختلفت المصطلحات المستعملة للتعبير عن ماهية المعطيات الطبية ففي قرار ميرسي 1935 وظف مصطلح المعطيات الطبية المعروفة أي les données acquises والتي عرّف عليها العميد Carbonnier بالقول: «Une donnée médicale n'est une donnée acquise de la science qu'autant quelle est reçue par la partie la plus considérable de l'opinion scientifique, plutôt que de compter les têtes il s'agit d'apprécier la force du courant». كانت متداولة بقوة. لذا ظهر مصطلحاً أو معياراً آخر وهو Les données actuelles أي المعطيات المعاصرة الحالية والذي يستعمل خاصة في الأخطاء المتعلقة بالتشخيص فإذا كان الطبيب ملتزم ببذل عناية للعلاج، يجب عليه أن يلم بكل الوسائل الفنية مثل الأشعة والصور التي طورت في المجال الطبي أي تلك المستحدثة.

In ANDRIEU Jean Charles, op-cit, p 51.

(5) GIBEILI Bacache, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit-univ-paris5fr, p 3.

المتداول وإنّما المعروف طبيًا ولو كان حدوثه أمر استثنائيًا وهذا ما يظهره القرار الصادر مؤخرًا بتاريخ 05 أبريل 2012⁽¹⁾، أقرّ فيه القاضي الإداري وجوب إعلام المريضة على المضاعفات العصبية التي تسببها عملية Hernie discale بالرغم من كونه خطر استثنائي إلا أنّه معروف في الوسط الطبي

لذلك يلتزم الطبيب بالتعلم كي يعلم، باستحداث معلوماته الطبية يوميًا والمشاركة في الدورات التدريبية والمؤتمرات العلمية. وهو الأمر الذي أصبح شرطًا جوهريًا لتجديد الترخيص لمزاولة مهنة الطب في أمريكا⁽²⁾.

حدّد القضاء الفرنسي بعد صدور قانون 04 مارس 2002 المقصود بالمخاطر المتوقعة أو المحتملة بالقول أنّها تتعلق بتلك التي تحتلها حالة المريض لا العمل الطبي كلّه وهذا من خلال القرار المؤرخ في 15 جوان 2004⁽³⁾، وبالتالي فإنّ هذا التطور القضائي أكّد أنّ الإعلام يأخذ حالة كل مريض على حدى.

الفرع الثاني

حق المريض في فهم المعلومة الطبيّة

لا يصل الإعلام إلى تحقيق نتيجة التبصير إلا إذا فهمه المريض. وهو ما يعدّ أمراً صعباً عندما يتعلق الأمر بمعلومة طبية، أقل ما يعرف عنها، أنّها معلومة فنية ومعقدة، استلزمت تكويناً طويلاً المدى من الطبيب للإلمام بها. وصولاً إلى ضمان نقلها واستيعابها من المريض ألزم المشرع الفرنسي أن يتم ذلك في إطار مقابلة بين الطبيب والمريض لضمان تحاور الطرفين وشفوية الإعلام، يتم من خلالها تبادل المعلومات بين الطرفين (أولاً). تبادل يصل الطبيب عبره إلى التأكد من إيصال الفكرة للمريض بطريقة واضحة بسيطة خالية من

(1) CAA Lyon, 5 Avril 2012, ONIAM, n° 101815. In SAISON-DEMARS Johanne, op-cit, p 80.

(2) محمد كامل النور، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشرعية، العدد 1-2، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص 197.

(3) Cass. 1^{er} civ, pourvoi n° 02-12530, 15 juin 2004. In SOUFRON J, op-cit, p 87.

التعقيد، وهو ما لا يتأتى إلا إذا كانت المعلومة الطبية متناسبة مع مستوى المريض وطبيعة المرض، كي يحقق الإعلام هدفه وهو تبصير وتنوير المريض (ثانياً).

أولاً/ تحاور الطرفين

يجب على الطبيب أن يسهر على ضمان فهم المريض لما قدّم إليه وهو ما أكدته المادة 43 من م.أ.ط التي تنص على ما يلي:

«يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات...» وهو ما يفهم منه بذل الطبيب كل ما في وسعه واستعمال كل الطرق للوصول بالمريض إلى فهم المعلومة الطبية.

لم يعر قانون الصحة الجديد أي اهتمام لطريقة الإعلام و لا طبيعة و مواصفات المعلومة التي ينقلها الطبيب، و هذا ما لا يحقق حماية للمريض، في حين أصرّ المشرع الفرنسي على طابع اللقاء المنفرد بين الطرفين حين تنفيذ الالتزام في نص المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾.

يعتبر الحوار بين الطرفين إحدى طرق وصول المريض إلى فهم المعلومة الطبية ليكون بذلك الإعلام الشفوي ضروري وهو ما أكدته توجيهات الممارسة الجيدة لمهنة الطب⁽²⁾.

لم يأت إصرار وتأکید المشرّع الفرنسي على اللقاء المنفرد والطابع الشفوي صدفة أو من العدم وإنما كان هذا لعدّة أسباب ولتحقيق عدّة أهداف.

يضمن هذا اللقاء قيام حوار شفهي بين الطرفين، يتم من خلاله تبادل المعلومات وهي طريقة تعزز فرص فهم المريض للمعلومة الطبية، فيما يخص مرضه والعلاج المتعلق به. وهو ما يسمح له بالمشاركة الفعّالة في اتخاذ القرار بالرضا أو الرفض عن بصيرة.

(1) Voir art. L 1111-2 du c.s.p.

(2) Les recommandations de bonne pratique. Délivrance de l'information à la personne sur son état de santé, mai 2012.

<https://www.has.santé.fr/portail/jcms/c5233/recommandations:de-bonnepratique?ced:c5233>.

يترتب على تحاور الطرفين عدّة إيجابيات على العلاقة الطبية فهو من جهة يجعل المريض المتألم المساعد الأول للطبيب في مواجهة العلة التي يعاني منها، ومن جهة أخرى يحسّن العلاقة بين الطبيب والمريض، التي يولي لها هذا الأخير أهمية قصوى، لذلك وصف هذا الحوار بأنه التزام بالتعاون⁽¹⁾.

يجب على المريض أن يعلم طبيبه بكل سوابقه الطبية العلاجية وكذا حساسيته لبعض المواد التي قد تتضمنها بعض الأدوية، وعن وجود أمراض وراثية، إذ هي معلومات ضرورية تساعد الطبيب على التشخيص الجيد لحالة المريض، كما تسمح له بنقل إعلام شخصي خاص بحالة المريض بالتحديد⁽²⁾.

فعلى المريض تقديم ما يعين الطبيب على حسن تنفيذه لالتزامه، من خلال الإفصاح بالمعلومات الكافية عن تاريخ مرضه، والآلام التي يعاني منها. ولا يكون المريض قد وفى بالالتزام، إلا إذا أدلى بكل التفاصيل التي يلزم إبلاغها للطبيب، حتى لا يقع هذا الأخير في التشخيص الخاطئ للمرض. وهي نتيجة يتحمل آثارها السلبية المريض الذي لم يساعد الطبيب على فهم حالته الصحية⁽³⁾. فإنّ لم يتيسر لسبب أو لآخر سماع هذه الأقوال من المريض نفسه، فعلى الطبيب ألا يعتمد في ذلك إلا على المقربين منه والذين يعيشون معه. وقد لا يكون المقصود بذلك حتما الأهل، فمن يقيم بعيدا عن أهله في إقامة جامعية مثلا لا يدري أهله الأعراض التي ظهرت عنده، ولذا فالأنسب مثلا القاطنون معه من زملاء الدراسة.

عندما يصغي الطبيب إلى أعراض المرض كما يصفها لسان المريض إنّما يكون بدراية تامة بعدم التسليم اليقيني بما يسمعه وذلك لأمرين أولهما الاضطراب النفسي الذي يعاني منه المريض بسبب المرض الذي يشكو منه وهو ما يؤثر على قدرته في حسن وصف وتقدير أعراض ما يشكو منه. ثانيها تشابه العديد من الأمراض في أعراضها مما يدفع المريض إلى الخلط في هذه الأمور⁽⁴⁾.

(1) أنس محمد عبد الغفار سلامة، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة طانطا، مصر، ص 148.

(2) ARCHER Frédéric, op-cit, p 419.

(3) أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، مرجع سابق، ص 141.

(4) مجدي حسن خليل، مرجع سابق، ص 22.

لذلك تيقنت بعض التشريعات مثل التشريع الفرنسي⁽¹⁾ إلى أهمية وجود ملف طبي وطني موحد يحوي على كافة المعلومات الطبية للمريض وهو ما يضمن أخذ حالة المريض على أحسن وجه. إذ هو وسيلة عمل تمكن الأطباء من تبادل المعلومات الخاصة بالمريض ومرضه⁽²⁾. فهو ما يسمح للطبيب بالاطلاع على كل السوابق المرضية للمريض، وبالاعرف على شخصه دون حاجة إلى طرح ذلك وانتظاره من المريض الذي قد يخطئ في الإجابة على أسئلة الطبيب إما لجهله أو نسيانه أو لحالته النفسية التي تمنعه من الإجابة.

يسمح أيضا هذا الملف باقتصاد النفقات في مجال الصحة وتفاذي إخضاع المريض لتدخلات طبية لا فائدة منها سبق وأن خضع لها.

يترتب على تبادل المعلومات بين الطبيب والمريض بتلقي هذا الأخير لإعلام مقنع خاص بحالته الصحية. وهو ما يحول دون تلقي هذا المريض لإعلام موحد Standard عن المرض لا عن حالته بوجه التحديد، كما أن الحوار يمكن من تصحيح المفاهيم الخاطئة لدى المريض وهو ما يفرضه الالتزام بالإعلام على المتعاقد المحترف⁽³⁾.

يعتبر أيضا تميز المعلومة الطبية بتبادل المعلومات بين الطبيب ومريضه خطوة نحو القضاء على الإعلام الموحد الذي يلجأ إليه الطبيب من خلال إعداد وثائق مكتوبة مسبقا يوقع عليها المريض مما يدل على تلقيه للإعلام وهي طريقة يستعملها الأطباء لإثبات قيامهم وتنفيذهم للالتزام بالإعلام.

أغفل المشرع الجزائري إلزام الطبيب بنقل الإعلام في إطار لقاء منفرد وهو ما قد يسهل لجوء الأطباء إلى إفراغ الإعلام في مطبوعات محررة مسبقا يوقع عليها المريض يستند إليها للإثبات وتأكيد تنفيذه للالتزام.

(1) Art. L 1111- 7 du c.s.p.

(2) PORCHY-SIMON Stéphanie, L'information en santé depuis la loi du 04 mars 2002, la loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades 10 ans après, éd Bruylant, Bruxelles, 2013, p 34.

(3) دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة شهادة الدكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 189.

يضمن أيضا لقاء الطبيب مع المريض وتداولهما سرية الإعلام وهو ما يدعم الثقة. فلا وجود لهذه الأخيرة دون مؤتمن ولا وجود لمؤتمن دون سر⁽¹⁾ فكل البيانات والمعلومات التي وصلت إلى علم الطبيب عن الحالة الصحية للمريض تعتبر سرا وجب عليه كتمانها وعدم إفشائه، مهما كانت الوسيلة أو الطريقة التي توصل بها إلى الإحاطة بهذا السر فسترى أنّ يعلم الطبيب بالمعلومة بنفسه أثناء ممارسة الكشف والفحص والتشخيص أو أنّ المريض هو الذي أخبره بذلك⁽²⁾.

نظرا لأهمية هذا اللقاء المنفرد والحوار بين الطبيب والمريض فإنّ محكمة النقض الفرنسية أكدت عليه مؤخرا من خلال القرار المؤرخ في 16 جانفي 2013⁽³⁾ الذي ألزم الطبيب باحترام هذا اللقاء والحوار حتى عندما يجتمع ويشترك عدة أطباء في إطار الفريق الطبي لعلاج المريض فكل واحد منهم لا بدّ عليه أن ينفرد بالمريض ويتحاور معه وينقل إليه المعلومة في إطار تخصصه، وهو ما أكدته تعليمات الممارسة الجيدة لمهنة الطب التي أكدت بأنّ الإعلام يستدعي الحوار وهو ما لا يتأتى إلاّ بلقاء الطبيب بالمريض وبذلك يكون الإعلام الشفهي ضروري.

أرى أن أهمية الحوار، تكمن في توفير الحماية للمريض وتدعيم الثقة بين الطرفين اللذان يحسان أنّهما يتعاونان لتحقيق هدف واحد هو الوصول إلى الشفاء والقضاء على المرض، فهو ركيزة أساسية لنجاح التدخل الطبي وسر إخلاص المريض لتعليمات مريضه لذلك وصف بأنه جزء من النشاط الطبي⁽⁴⁾.

(1) « Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret ». Louis PORTES. In HOCQUT-BERG Sophie Bruno PY, La responsabilité du médecin, heures de France, France, 2006, p 138.

(2) رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 52.

(3) Civ- 1^{er}, 16 janv. 2013, n° 12-14-097, JCP 2013 n° 298, p 537, in VIALLA François, Enjeux et logique de l'information comme préalable au consentement, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 42.

(4) بومدين سامية، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 48.

ثانيا/ توضيح الطبيب للمعلومة الطبية

قبل الحديث عن صفات وطريقة نقل المعلومة الطبية لا بدّ أن نؤكد بأنّ تنفيذ الالتزام بالإعلام لا بد أن يتم قبل التدخل الطبي. فالإعلام الذي يصدر بعد التدخل الطبي عديم الفائدة والنفع بالنسبة للمريض، إذ لا جدوى من رضا صدر منه بعد إجراء العمل الطبي، لذلك لا بدّ أن يتحقّق الإعلام في مرحلة سابقة على بدأ العلاج⁽¹⁾.

تتميّز المعلومة الطبية بفنّيّتها وتعقيدها فهي معلومات استلزمت من الطبيب دراسات نظرية وأخرى علمية للإحاطة بها. فهي صعبة المنال والفهم من المريض، إذ يصل المريض إلى فهم المعلومة إذا استعمل الطبيب طريقة تسمح له بجعل المعلومة الطبية الفنيّة والمعقدة معلومة في متناول المريض.

وصف التشريع الجزائري المعلومة الطبية التي ينقلها الطبيب كي يصل بالمريض إلى الفهم بالوضوح. إذ تنص المادة 43 من م أ ط على ما يلي:

«يجب على الطبيب ... أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

كما ألزمت المادة 47 من م.أ.ط الطبيب تحرير وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو المحيطين به من فهم وصفاته فهما جيدا.

يتمكن المريض من استيعاب كل ما يقدمه له الطبيب من معلومات حينما يتم ذكرها بأبسط وسيلة ممكنة بالاستعانة بالرسوم التوضيحية لجسم الإنسان⁽²⁾، والعبارات الواضحة الميسورة الفهم، وإذا استدعى الأمر استعمال الأرقام لبيان النسب المئوية لنجاح أو فشل العلاج أو العملية الجراحية⁽³⁾.

ليس هناك ما يمنع الطبيب من استخدام مصطلحات فنيّة في سبيل إعلام المريض لكن يتعيّن عليه الحذر من ذلك، إذ أنّ استخدامه لمصطلحات فنيّة خالصة معقدة لا يحقق الغاية

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 139 و140.

(2) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الطبعة الثامنة، الفجر للتوزيع، القاهرة، 2007، ص 84.

(3) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 161.

المرجوة من الإعلام، بسبب جهل الغالبية العظمى من المرضى بالمصطلحات الطبية الفنية⁽¹⁾، وأنّ عدم استيعاب المريض لها يتساوى مع عدم إعلامه⁽²⁾.

وافقت محكمة النقض الفرنسية في إحدى اجتهاداتها على تخلي الطبيب عن استعمال المصطلح الطبي Mucocélé Frontal (التهاب مخاطي أمامي) ولجؤه إلى استعمال المصطلح الشائع الذي مكن المريضة من إدراك طبيعة ما تعاني منه والذي كون لديها فكرة صحيحة عن العلاج المقترح وهو Sinusite frontall (التهاب الجيب الأمامي)⁽³⁾.

لا يجوز للطبيب أن يغرق ويكثر من استعمال المصطلحات الطبية الدقيقة لأنّ عمله ليس تثقيف المريض وإعطائه محاضرة علمية، ولأنّ الإغراق في هذه المصطلحات غير المفهومة تؤدي إلى إثارة الرعب والفرع وتجعل المريض يتوهم أنّ مرضه أكثر خطورة⁽⁴⁾.

يجد مثل هذا التحديد الوصفي النظري للإعلام صعوبات في الواقع العملي وهي تتلخص في المقصود بالمعلومة الواضحة ومدى تساوي كل المرضى في كيفية إعلامهم وفي كيفية تحقق الطبيب بأنّ المريض فهم المعلومة المقدمة إليه ولم يسيء فهم المعلومة المقدمة إليه⁽⁵⁾.

أضاف المشرع الفرنسي شرطا لضمان وضوح المعلومة الطبية وبساطتها وهي ضرورة أن تكون متناسبة مع المريض من خلال نص المادة R 4127-35 فقرة 1 من تقنين الصحة العامة التي تنص على ما يلي:

« يجب على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة وواضحة متناسبة عن حالته الصحية »⁽⁶⁾.

يتأتى هذا الهدف بجعل المعلومة تتناسب وحالة المريض وكذا طبيعة مرضه إذ يختلف ما يقدم لشاب في مقتبل العمر وما يقدم لشيخ طاعن في السن لاختلاف تأثر كل منهما

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 152 و 158.

(2) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 161.

(3) نقلا عن مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 152 و 158.

(4) جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 154.

(5) ALBERT Nathalie, op-cit, p 351.

(6) Voir art. R 4127-35 c.s.p.

بالخبر⁽¹⁾. كما تختلف صيغ وأوصاف إعلام المرأة عن الرجل فإذا كان هذا الأخير يتحمل الخبر والإعلام فإنّ ذات الخبر قد يتسبب في وفاة المرأة⁽²⁾.

تختلف طريقة إعلام الأمي عن المثقف لاختلاف درجة استيعاب كلّ منهم للمعلومات إذ أنّ عدم فهم المريض لما أعلم به قد يعود لاستخدام الطبيب أسلوبا يفوق مستوى تعليمه وثقافته⁽³⁾. لذا يجب على الطبيب أن يأخذ بعين الاعتبار حالة المريض وظروفه ومستواه التعليمي والفكري وأن ينزل بالمعلومة الطبية إلى مستواه ويشرح له بألفاظ يستطيع فهمها وإن اقتضى الأمر فإنّه يحوّل اللغة العلمية الفنيّة إلى لغة دارجة، لأنّ التنوير الذي لا بد أن يقدمه الطبيب للمريض ليس التنوير الذي يملكه ولكن ذلك الذي يكون المريض أهلا لتلقيه⁽⁴⁾.

يقصد أيضا بتناسب الإعلام تماشيه وطبيعة المرض وكذا خطورة العلاج، إذ أنّ إعلام الطبيب للمريض المصاب بمرض بسيط ليس بنفس درجة إعلامه لمريض مصاب بمرض خطير ومعقد. يتّضح بذلك بأنّ الطريقة التي ينقل بها الطبيب المعلومة إلى المريض من شأنها أن تخفّف عنه معاناته إذا اتصفت بالبساطة والوضوح والتناسب مع مستواه، ومن شأنها أن تضاعف من مرضه وخوفه إذا كانت معقّدة وفنيّة متعارف عليها بين أهل المهنة فقط⁽⁵⁾. يعتبر الإعلام الذي يخلو من صفة التناسب إعلاما ناقصا ولا يساعد من الناحية القانونية على الحصول على رضا صحيح، لذا لا بدّ على المشرع الجزائري التأكيد عليها. ترى الباحثة انه إذا كان جعل المعلومة الطبية معلومة متناسبة أمر سهل الصياغة نظريا ومطلب سهل قانونا، إلّا أنّه أمر صعب التحقيق عمليا، وهذا راجع إلى جملة الإشكاليات التي يصادفها الطبيب أهمها اختلاف اللغة بينه وبين المريض.

تعتبر اللغة وسيلة التواصل والمناقشة والتحاور لذا فإنّ عدم قدرة المريض على استيعاب لغة الطبيب يحول دون القدرة على التحاور، لذلك أرى أنّ القانون الذي اشترط ضرورة فهم المريض للمعلومة الطبية وضرورة جعلها متناسبة كان عليه أن يجعل وجود مترجمين في كل عيادة أو مستشفى أمرا ضروريا بغية الوصول إلى التواصل.

(1) هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 84.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض ...، مرجع سابق، ص 153.

(3) هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 84.

(4) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 155.

(5) شهيدة قادة، مرجع سابق، ص 84.

يتحدّد أيضا معيار الفهم بالنظر إلى عدّة عوامل ومعطيات مثل البيئة أو المحيط الذي يعيش فيه المريض وهي معطيات تتطلب من الطبيب وقتا كبيرا من الاستماع والشرح للإلمام بها وهذا ما لا يمكن للعديد من المختصين خاصة عندما تكون قاعة الانتظار مليئة بالمرضى. لذا فإنّ قوانين الصحة كان عليها لضمان أداء الأطباء للالتزامه على أكمل وجه أن يحدّدوا عدد المرضى الذين يمكن للطبيب فحصهم وعلاجهم في اليوم وذلك بجعل اللجوء إلى الطبيب يكون بناء على موعد مسبق.

يضاف إلى ذلك أن الأطباء يصبون كل اهتماماتهم على الجانب الفني العلمي، فأغلبهم لا يملكون مؤهلات وكفاءات وذخيرة تمكنهم من إيصال الفكرة وتبسيطها. فهو فن لا بدّ من التمرس عليه والتمرن والتكوين فيه. وهو ما لا توفره أغلب كليات الطب. فالحوار والإعلام الشفهي لا يمكن اعتبارهما ضمانا للفهم، ما دام من ينقل الإعلام لم يكون في هذا المجال. إذ يصعب تحقيق شرط التناسب إذا لم تتبع الدراسة الفنيّة لمهنة الطب بتقنيات الحوار والمناقشة والتبسيط.

يعجبني في هذا المقام ما قالته الباحثة الفرنسية Sophie Souet «أنّ التشخيص الجيد لا يكفي لمفرده في خلق وإعداد طبيب جيد وأن طبيعة العلاقة الطبية لتقتضي إلى جانب ذلك أن تتوافر لدى الطبيب صفات ومؤهلات نفسية هامة لكي يتمكن من مواجهة العديد من الحالات اليومية التي يتعرض لها وأن انعدام مثل هذه الخصائص والمؤهلات لا بدّ أن يكون حجر عثرة في ممارسة لمهنة الطب»⁽¹⁾.

أمّا من حيث النتائج المترتبة على اشتراط القانون للتناسب، فحسب نظري يصعب كثيرا تحقيق التناسب دون المساس بمضمون المعلومة الطبية. فكلما سعى إلى جعل المعلومة متناسبة إلّا وأثر ذلك على مضمون المعلومة، إذ يعمل الطبيب على تقريب المعلومة فقط مما يجعله يتفادى شرح كل ما يراه صعب الفهم والمنال من قبل المريض، لذلك فالمعلومة الطبية تكون تقريبية فقط وما يصدر عن المريض من رضا لا يمكن تسميته بالرضا المتبصر بآتم

(1) نقلا نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1982، ص 425.

معنى الكلمة. لذلك فالطبيب هو من يتحكم في مضمون المعلومة تبعاً لقدرات المريض على الفهم.

المبحث الثاني

حرية المريض في اتخاذ القرار الطبي

تشتت احترام إرادة المريض بالإضافة إلى التبصير أن يكون المريض حراً في اتخاذ القرار الطبي.

يستلزم تحقق شرط الرضا الحر وفقاً للقواعد العامة أن يكون صادراً من ذي أهلية في إبرام ذلك التصرف. وخال من عيوب الإرادة. تمر أهلية الأداء لدى الشخص بعدة مراحل تبدأ بمرحلة انعدام الأهلية⁽¹⁾ تليها مرحلة نقص الأهلية⁽²⁾ وصولاً إلى مرحلة كمال الأهلية التي تتحقق ببلوغ الشخص سن الرشد غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية من جنون أو عته التي تعدم الأهلية. أو سفه أو غفلة التي تنقص الأهلية.

فبعد إعلام الطبيب للمريض بكل مقتضيات التدخل الطبي يكون لهذا الأخير إما الرضا عن الإقدام على التدخل الطبي (مطلب أول)، وإما رفض العلاج.

فتمام كل هذه الشروط من إعلام صحيح ورضا حر هو ما يمكن المريض من الموازنة بين إيجابيات العمل الطبي ومخاطره. هذه الأخيرة التي قد يراها أكبر وأعظم فيقرر

(1) مرحلة انعدام الأهلية هي تلك المرحلة التي تمتد من ميلاد الشخص إلى بلوغه سن التمييز المحددة وفقاً لأحكام المادة 20 من قانون 10-05 المعدل والمتمم للقانون المدني بـ (13) ثلاثة عشر سنة بعدما كان (16) ستة عشر سنة وفقاً لأحكام المادة 42 من القانون المدني، وتعرف بأنها المرحلة التي لا يفهم فيها الصغير الغير مميز أحكام البيع والشراء فلا يعلم بأن البيع سالب للملك والشراء جالب له ولا يميز الفاحش من اليسير، بسبب فقدان أهلية الأداء، وقصور عقل الغير مميز عن الفهم بالحاق تصرفاته بالعدم حتى ولو كانت نافعة نفعاً محضاً، وهي لذلك لا تصححها الإجازة فلا يجوز إثبات أن الصغير قد أدرك التمييز قبل هذه السن بهدف إجازة بعض أعماله. أنظر جعفر محمد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 11 و 06.

(2) مرحلة نقص الأهلية هي المرحلة التي تمتد من بلوغ الصبي سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد، وفيها يصبح له نظر عقلي يمكنه من التمييز بين الخير والشر وبين النفع والضرر، فإذا صار الشخص صبيّاً وظهر فيه شيء من آثار العقل وصار مدركاً للمراد من العقود ومعاني العبارات والألفاظ الدالة عليها والمستعملة فيها، فقد أصاب بذلك نوعاً من أهلية الأداء، لكنه لم يصل إلى الإدراك الكامل، لذا فإن أهليته ناقصة تخوله مباشرة بعض التصرفات دون البعض الآخر، فيعامل في تصرفاته والتزاماته معاملة وسطى بين الصبي الغير مميز والبالغ العاقل الراشد. أنظر محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 61.

رفض العلاج. هو حق مكرّس قانوناً وتعبير على استقلالية وحرية المريض في اتخاذ القرار الطبي وتأكيد على أنّ التدخل الطبي عمل شخصي متصل بجسم الإنسان لا يتم ضمان احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي إلاّ بمنحه حرية رفض العلاج فهو عمل خاص بالشخص ذاته (مطلب ثاني).

المطلب الأول

حق المريض في الرضا عن التدخل الطبي

يحق للإنسان أن يستقل في اتخاذ القرارات الخاصة به وبمنط حياته، وهي الاستقلالية إلى طالب بها المريض حتى في المجال الطبي.

استجابت أغلب التشريعات إلى ضرورة احترام الطبيب لإرادة المريض قبل إتيان أي تدخل طبي محترمة بذلك حق الشخص في سلامة جسمه. إلاّ أنّها اختلفت في تقديرها لمكانة ودرجة استقلالية المريض في اتخاذ القرار الطبي (فرع أول).

اشتراط أن يكون رضا المريض حراً وهو ما يتحقق إذا صدر عن شخص أهل لذلك، وهي أهلية تنظم سواء طبقاً للقواعد العامة في إطار الأهلية القانونية أو تكون منظمة بصفة خاصة في مجالات معيّنة، كما لا بدّ أن يصدر الرضا سليماً وخالياً من كل العيوب التي تفسده لضمان حق المريض في الرضا الحر. (فرع ثاني)

الفرع الأول

تكريس التشريعات لحرية المريض في اتخاذ القرار الطبي

منحت الدول الأنجلو ساكسونية استقلالية مطلقة للمريض في اتخاذ القرار الطبي واعتبرته الشرط الوحيد لمشروعية التدخل الطبي فهو قرار يخضع للاعتبارات الشخصية للمريض بدون منازع (أولاً)، في حين خفف التشريع الفرنسي من حدة هذه الاستقلالية مكتفياً بمنح المريض صفة المشارك في اتخاذ القرار الطبي (ثانياً)، وهو الحق الذي حصره التشريع الجزائري في الموافقة على القرار الطبي (ثالثاً).

أولاً/ القرار الطبي قرار شخصي

يقصد بحق المريض في الاستقلالية في المجال الطبي، حقه في اتخاذ القرار الطبي العلاجي الخاص به، بعد فهمه لطريقة العلاج ومضاعفاتها وبدائلها، دون أي تأثير وضغط عليه حتى من الطبيب نفسه⁽¹⁾. الذي يجب عليه أن ينظر إلى من يطلب من العلاج، على أنه ذو شخصية إنسانية مستقلة، لا بد أن تراعي بالاحترام⁽²⁾.

يعرّف الحق في الاستقلالية، بأنه شكل من أشكال حرية التصرف الفردية، التي تخوّل الفرد إمكانية تحديد مسار حياته واتخاذ القرارات الخاصة به، من دون تدخل أشخاص آخرين، وهو بذلك تمتع الشخص بالقدرة على الاختيار والقدرة على التخطيط والتنفيذ بدون مساعدة الغير⁽³⁾.

يوحي أيضا الحق في الاستقلالية، بأنه لا يمكن لأي شخص أن يجبر على فعل غير راض به⁽⁴⁾. لذا فإن الشخص الذي يتمتع بهذا الحق يشبه بالدولة المتمتعة بالسيادة، وعدم احترام حق الشخص في الاستقلالية، هو معاملة له على أنه مجرد وسيلة، لأنه يتصرف وفقا لنمط مفروض عليه وهذا فيه إنقاص واضح لإنسانيته⁽⁵⁾.

يتجسد احترام إنسانية المريض واحترام حريته وكرامته، في منحه حق اتخاذ القرار الطبي باعتباره صاحب السلطة⁽⁶⁾. وهو ما يجعله في مرتبة تساوي مرتبة الطبيب وتصبح علاقته بهذا الأخير هو تقديم خدمة فقط⁽⁷⁾.

منحت الدول الأنجلوساكسونية استقلالية مطلقة للمريض في اتخاذ القرار الطبي فهو أفضل شخص قادر على اتخاذ القرارات لمصلحته. فالإحسان للمريض وفق هذه التشريعات

(1) هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 82.

(2) DORSNER-DOLIVET Annick, La responsabilité du médecin, collection pratique du droit, Lille, 2002, p 37.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 49.

(4) BERTHIAD Denis, Le principe d'autonomie en droit, centre de documentation multimédia en droit médical..., www.droit-univ-paris5.fr.

(5) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 51.

(6) صاحب ليديا، علاقة الطبيب بالمريض: الخسوع، التبصير أو التوافق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2-2010، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 337.

(7) MINO Jean-Christophe, Lorsque l'autonomie du médecin est remise en cause par l'autonomie du patient: Le champ hospitalier de l'éthique clinique aux états Unis et en France, revue française des affaires sociales, rubrique éthique clinique, n° 03, 2002, p 86, disponible en ligne à l'adresse suivante: www-cairn.info.

هو أن يقدم الطبيب للمريض ما يعتبره هذا الأخير يحقق مصلحته وليس ما يعتبره الطبيب كذلك. وبالتالي ينظر إلى المصلحة في كونها مفهوما ذاتيا وليس مفهوما موضوعيا⁽¹⁾.

ترجمت الفلسفة البريطانية والأمريكية الحرية الفردية في القدرة على الاختيار، وليس وجود الاختيار⁽²⁾. إذ أنّ تحقق استقلالية الشخص وبالتالي قدرته على الاختيار في القدرة على السير وفقا لمخطط أعدّه هو أو اختاره بكل قناعة وحرية وتبصر.

لا يخضع القرار الطبي وفق هذا المفهوم إلى الاعتبارات الطبية فقط، وإنما لا بدّ من الأخذ بعين الاعتبار اختيارات واعتبارات المريض الذي قد يفضل علاجاً أقل فاعلية أو أقل ألماً لاعتبارات شخصية ومادية، وإن كان الطبيب يرى خلاف ذلك⁽³⁾.

إنّ الوصول إلى جعل المريض صاحب القرار الطبي وبطل حياته الصحية هو تطبيق للاستقلالية بالمفهوم المعتمد في القانون الانجليزي وقانون الولايات المتحدة الأمريكية وهو عدم منازعة أي كان لقرار المريض وحتى من الطبيب نفسه فهو قرار شخصي.

يعتبر القرار شخصياً محضاً إذا جعل الطبيب احترام إرادة المريض أولوية ومبدأً أسمى من مبدأ الإحسان وعدم الإضرار الذي كان دعامة أساسية للوصاية الطبية التي ينفرد فيها الطبيب في اتخاذ القرار الطبي.

يرجع رفض الاستقلالية المطلقة للمريض في اتخاذ القرار الطبي إلى أنّه بالرغم من ثقافة المريض في المجال الطبي فإنّ إمامه بالمعلومة الطبية أمر مستحيل وأنّ فهمه لها أمر نسبي وهو ما يحول دون وضعه قدم المساواة مع الطبيب لكونه لا يتمتع بالمعرفة العلمية الكافية لموضوع ذلك القرار وتقييم نتائجه⁽⁴⁾.

(1) BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, thèse pour le doctorat en droit, Université des sciences sociales, Toulouse I, 2006, p 80.

(2) «Ce n'est pas d'avoir le choix, mais de pouvoir faire un choix». In PITVIN L, L'obligation de renseignement du médecin, étude comparée du droit québécois français et du Common Law canadien, Paris, 1984, p 25.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص133.

(4) فنيف غنيم، إخلال الطبيب بالالتزامات القانونية الأخلاقية، مداخلة في الملتقى الوطني حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق جامعة عباس لغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017 (مداخلة غير منشورة)، ص 4.

يضيف آخرون⁽¹⁾ إلى ذلك أنّ جعل المريض بطل حياته الصحية وصاحب القرار الطبي هو إعفاء الطبيب من كل مسؤولية خارجة عن الخطأ الفني، وإلقاء المسؤولية كاملة على عاتق المريض. وهو ما يعتبر غير منطقي ولا يحقق حماية للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية.

ثانيا/ مشاركة المريض في اتخاذ القرار الطبي

لا يعتبر المريض في القانون الفرنسي مستقلا استقلالية تامة في اتخاذ القرار الطبي كما هو معمول به في القانونين الانجليزي والأمريكي. إذ أنّ استقلالية المريض ووجوب احترام إرادته تصطدم باستقلالية الطبيب وفقا للقاعدة التقليدية «تنتهي حرية الأول عند بداية حرية الثاني»⁽²⁾. كما أنّها تتعارض مع واجب الطبيب في العلاج الذي يضع حدا لإرادة المريض⁽³⁾ لذا فلا يعتبر القرار الطبي قرارا شخصيا للمريض.

كرّست النصوص القانونية الفرنسية احترام إرادة المريض حتى قبل قانون صدور قانون 04 مارس 2002 من خلال قوانين أخلاقيات الطب⁽⁴⁾.

لا يعتبر التشريع الفرنسي المريض مستقل استقلالية مطلقة، وإنّما اتخذت احترام إرادة المريض شكلا آخر تتمثل في مشاركة المريض في اتخاذ القرار الطبي، وهي بذلك وسيلة تسمح بتحديد سلطات الطبيب، الذي لا ينظر إليه على أنّه الحكم والقاضي الوحيد في

(1) « Savoir est une chose, comprendre en est une autre et agir en est encore une autre. Ce faisant, on peut douter de la capacité du patient à décider seul, en toutes circonstances, de la voie à suivre, à supposer une fois encore que le pas soit franchi, il en résulterait une profonde modification des règles de responsabilité médicale puisque le patient deviendrait en toute ou partie décideur, le médecin verrait sa fonction conlonnée au rôle d'un simple prestataire de services qui n'engagerait sa responsabilité que s'il commet une faute dommageable dans le stricte exercice de sa mission» cité in AURORE Catherine, La codécision entre mythe et réalité, consentement et santé, éd Dalloz, 2014, p 123.

(2) BERTHIAD Denis, Le principe d'autonomie en droit, op-cit, p 04.

(3) BENEDICTE Bernes, La vie privée du mineur, op-cit, p 73.

(4) Art. 7 du code de déontologie médicale de 1979 dispose: «...La volonté du malade doit toujours être respectée dans toutes les mesures du possibles». Art. 36 all dispose: «le consentement de la personne soignée ou examinée doit être recherché dans tous les cas».

العلاقة الطبية. فتقاسم والاشتراك يدعم و يعزز مكانة المريض في اتخاذ القرار الطبي وهو الأمر الذي يحدث توازنا في العلاقة الطبية.

هو ما عبّر عنه وزير الصحة الفرنسي برنارد كوشنار من خلال مناقشات قانون 4 مارس 2002 بالقول بأنّ: "الرضا لا يجب أن يكون موافقة وتأكيد لقرار اتخذه طرف آخر وإنما يجب أن يكون تعبير عن مشاركة ايجابية للمريض في اتخاذ القرارات الخاصة به وتعبير عن مسؤولية فيما يتعلق بصحته"⁽¹⁾.

كان مشروع قانون كوشنار يتضمن ترك سلطة التقرير للمريض وحده⁽²⁾، إلا أنّ هذا تم وضعه جانبا بعد المناقشات البرلمانية للقانون، وأحلّ محله مشاركة المريض مع محترفي الصحة في اتخاذ القرار الطبي طبقا لنص المادة 1111-4 من قانون الصحة العامة التي تنص على ما يلي:

« كل شخص يتخذ القرارات المتعلقة بوضعه الصحي مع صاحب المهنة الصحية بعد أن يأخذ بالحسبان المعلومات التي قدمت له عن حالته الصحية، ويجب على الطبيب احترام إرادة الشخص، بعد إعلامه بالنتائج المترتبة على اختياراته وقراراته. وإذا كانت إرادة الشخص برفض العلاج أو وقفه تضع حياته في خطر، فعلى الطبيب بذل كل ما لديه من جهد من أجل إقناعه بقبول العلاجات الضرورية»⁽³⁾.

وهو ما يسميه الفقه بالقرار المشترك⁽⁴⁾ الذي يقصد به تقاسم الطبيب والمريض القرار الطبي لمواجهة التدخل الطبي. فهو بذلك وسيلة تسمح بتحديد سلطات الطبيب، الذي لا ينظر

(1) Bernard Kouchner, au cours des débats parlementaires, s'est exprimé dans ce sens: «Le consentement ne doit plus être l'acceptation passive d'une décision prise par un autre. Il doit devenir l'expression d'une participation active du malade aux décisions qui le concernent, l'expression d'une responsabilité sur sa propre santé». In AUORE Catherine, op-cite, p 12.

(2) كان مشروع القانون يتضمن ما يلي:

«Toute personne prend, compte tenu des informations et préconisations des professionnels de santé, les décisions concernant sa santé». In AUROR Catherine, Ibid, p 14.

(3) Art. L 1111-4 - (loi n° 2002-303 du 04 mars 2002, art. 11) dispose: «toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit. Les décisions concernant sa santé...».

(4) A. LAUDE, « La patient, nouvel acteur de santé? » D. 2007. D. Roman, « Le respect de la volonté du malade: une obligation limitée? », R.D.SS, 2005, p 423.

إليه على أنه الحكم والقاضي الوحيد في العلاقة الطبية. وبالمقابل تدعيم مكانة وكلمة المريض في اتخاذ القرار الطبي الأمر الذي يحدث توازنا في العلاقة الطبية.

ثالثا/ الموافقة على القرار الطبي

اكتفى المشرع الجزائري حين تنظيمه لاحترام إرادة المريض من خلال نص المواد 154 من ق.ج.ص.ت و44 من م.أ.ط، بمفهوم الموافقة الحرة والمتبصرة للمريض وهو ما يفهم منه قبول قرار تم عرضه الطبيب. و هو ما أكدته قانون الصحة الجديد من خلال نص المادة 343 منه الواردة في الفصل الثاني المرسوم ب " الجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى".

يرى البعض⁽¹⁾ أن الموافقة بهذا المفهوم لا تتوافق مع الرضا، الذي يهدف إلى احترام إرادة المريض والذي يحوي مشاركة المريض في صنع القرار وتحليله للأسباب التي تفرض تنفيذ العمل الطبي، فهو بهذا ليس عملية ارتجالية، وإنما عرض يفكر فيه المريض ويساهم في تكوينه، ليكون بذلك سببا للتدخل الطبي بفضل المشاركة الفعالة فيه. فالرضا يجعل المريض سيد وسبب وصاحب القرار أما الموافقة السلبية أي القبول فقط دون مناقشة تجعل صاحبها منفذ لأمر رئيسي لذا فقد أوافق دون رضا لأنّ هذا الأخير يتطلب الاقتناع والمشاركة الايجابية.

ترجع الباحثة عدم منح التشريع الجزائري حرية مطلقة للمريض في التقرير إلى عدم وصول وعي المريض الجزائري إلى درجة صنع ولا حتى المشاركة في صنع القرار الطبي لنقص ثقافته الطبية ونقص سبل التوعية والإعلام والتحسيس في هذا المجال. في حين تظهر احترام المشرع الجزائري لإرادة المريض من خلال تأكيده على ضرورة أن تكون الموافقة حرة وهو ما يؤكد أن موافقة المريض شرط جوهري للقيام بالتدخل الطبي.

الفرع الثاني

حق المريض في الرضا الحر

لا يكون الرضا حرا إلا إذا صدر عن مريض أهل لذلك. ولقد وضعت بعض التشريعات سنا محددة للأهلية في المجال الطبي. في حين ربطتها أخرى بالأهلية وفقا

(1) BOARINI Serge, Le consentement: pacte et impacts, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 48.

للقواعد العامة. وتركت بعض القوانين السلطة التقديرية للطبيب في تحديد أهلية المريض (أولاً). كما يتطلب شرط الرضا الحر أن يكون إرادة المريض خالية من العيوب سواء الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال التي تتخذ عدة صور في المجال الطبي، تجعل المريض غير حر عند قبوله أو رفضه للعلاج (ثانياً).

أولاً/ صدور الرضا من ذي أهلية

ربطت بعض التشريعات أهلية القاصر في الرضا عن التدخل الطبي بمعيار السن مثل القانون الانجليزي الذي يعتبر القاصر البالغ من العمر 16 سنة كاملة أهلاً للرضا عن التدخل الطبي، في حين خفضت كندا هذه السن إلى 14 سنة⁽¹⁾.

استندت هذه التشريعات في تحديدها لهذه السن إلى دراسات علمية أمريكية، أظهرت بأن الأطفال قادرين عكس ما نتصوره على اتخاذ قرار مؤسس في المجال الطبي مؤكدة أن القاصر وبداية من سن 14 سنة يكون مسلحاً بقدرات وكفاءات ومؤهلات الشخص البالغ 19 سنة⁽²⁾.

يضمن معيار السن الوضوح وحماية القاصر، فهو يوضح للطبيب متى يعتد بإرادة القاصر دون حاجة لإعمال سلطته التقديرية. وهو ما يحقق حماية للقاصر الذي يعامل لدى كل طبيب بنفس الطريقة. إذ يعامل كل القصر على قدم المساواة، ويعتبر حكم الأطباء على مدى الاعتداد بإرادة القاصر في المجال الطبي واحداً موحداً⁽³⁾، لذا كان الفقه⁽⁴⁾ ينادي إلى وضع أهلية خاصة وسن رشد خاص بالرضا عن العمل الطبي مخالفاً لسن الرشد المعمول به في القواعد العامة.

(1) BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, op-cit, p 206.

(2) Les conclusions d'un chercheur américain qui a travaillé depuis plus de dix ans avec des milliers d'enfants. Il affirme: «Nous avons été énormément impressionné par leurs capacités. En effet, notre conclusion est que les enfants sont bien plus capables de prendre des décisions que les adultes ne le croient. Les enfants peuvent apprendre à décider et, quand on leur en donne l'occasion, prendre des décisions remarquablement responsables...». In GARAY Alain, Parents, enfants et transfusion sanguine, consentement éclairé et transfusion sanguine, éd ENSP, France, 1995, p120 .

(3) GABRIEL Aurélie, Le mineur, quel acteur de santé, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris Descartes, Paris, 2011, p 56.

(4) DUJARDIN Valériane, La personne mineur, Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p 32.

لا يعتبر من جهتي معيار السن العامل الوحيد المحدد لدرجة نضج ونمو المريض فقد يصادف الطبيب مريضان من نفس السن لكن بدرجات نضج مختلفة، إذ أنّ معيار السن ليس معيارا دقيقا، فبين عشية وضحاها يصبح المراهق الذي لم يكن أهلا لإبرام تصرف ما قادرا على إبرامه قانونا لاستيفائه شرط السن.

لم يحدد المشرع الجزائري أهلية خاصة في المجال الطبي إذ أنّه لم يضع سنا معيّنة للرشد في المجال الطبي مساويا بذلك الأهلية الطبية مع الأهلية وفقا للقواعد العامة. ما وضح لنا بأنّ المشرع الجزائري اشترط كمال الأهلية بالرضا عن التدخل الطبي هي أحكام المادتين 2/154 من ق.ح.ص.و.ب. والمادة 52 من م.أ.ط.

تنص المادة 154 فقرة 2 من ق.ح.ب.ت على ما يلي:

«...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 إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب».

كما تنص المادة 52 من م.أ.ط. على ما يلي:

«يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم».

يظهر من خلال هذه المادتين أنّ المشرع الجزائري أسند مهمة الرضا واتخاذ القرار الطبي المتعلق بالقاصر والبالغ العاجز للممثل القانوني.

لم يعتد بذلك المشرع الجزائري برأي ولا بموقف ولا برضا القاصر، ولم يميّز بين مرحلتين انعدام الأهلية ونقص الأهلية التي يمر بهما القاصر، بالرغم من أنّه اعترف في مناسبات عدّة بدرجة من النضج للقاصر في هذه المرحلة، فمثلا اعترف المشرع الجزائري في المجال الجنائي بأهلية جنائية خاصة وهو الأمر الذي يظهر حين تحديده لسن 13 سنة

كاملة⁽¹⁾ لإمكانية متابعة القاصر على إجرامه (تدابير وقائية أو عقوبة مخففة). يعني أنّ الصبي الجزائري البالغ من العمر 13 سنة يتمتع في نظر المشرع الجزائري بالقدر الكافي من الإدراك والتمييز الذي يجعله مسؤولاً ولو مسؤولية مخففة عن أفعاله.

وضع أيضا المشرع الفرنسي سنا معينة يعتد فيها بإرادة القاصر في عدة مجالات، إذ اعتبر سن 10 سنوات هي سن المتابعة الجزائية، وفيها تسمى العقوبة بإعادة التربية، كما اعتبر أيضا سن 13 سنة سنا يمكن فيها للقاصر أن يرضى على تغيير اسمه أو لقبه، وسن 14 سنة هي السن التي يسمح فيها للطفل بالعمل خلال العطلة المدرسية، وبداية من 16 سنة يمكن للقاصر أن يطالب بالجنسية الفرنسية ومن حقه التأمين الاجتماعي المستقل عن والديه⁽²⁾.

يصل القاصر في هذه المرحلة إلى درجة من النضج تمكنه من التقرير في مسائل معينة إلا أنّ المشرع الجزائري تجاهل هذا الإدراك وتجاهل كون العمل الطبي عمل شخصي متصل بالجسد وركز على كونه عمل يدور بين النفع والضرر لذا أوقف اتخاذ القرار الطبي دائما وفي كل الحالات على إجازة الممثل الشرعي عملا بالقواعد العامة.

تنتقد هذه المساواة من عدة جوانب أهمها:

- إنّ العودة إلى القواعد العامة مرفوض كونها تتعلق بالمعاملات المالية التي يخرج من نطاقها جسم الإنسان⁽³⁾.

- لا يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية وفقا للقواعد العامة كي يكون أهلا للرضا عن التدخل الطبي، إذ يكفي أن يكون مميزا قادرا على تقدير ظروفه والمخاطر التي يتعرض لها

(1) راجع المواد 49 و50 من أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هجري الموافق لـ 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21 صفر 1986 الموافق لـ 11 جوان 1966 معدّل ومتمم.

(2) GAREIL Laurence, L'exercice de l'autorité parentale, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, université Panthéon Assas, Paris II, 2004, p 49.

(3) مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 342.

من جراء المرض ومن جراء العلاج، ذلك أنّ المريض لا يلتزم بشيء وإنّما يعبر عن حقه الطبيعي في التصرف في جسمه لغاية مشروعة وهي تخليصه من المرض⁽¹⁾.

كما أنّه لا يعتد برضا السفیه وذو الغفلة، اللذان يتم الحجر على تصرفاتهما المالية فقط إذ كان من المفروض أن يسمح لهما بالرضا عن التدخل الطبي، كونه يخرج من المعاملات المالية⁽²⁾. إلّا أنّ المشرع الجزائري استعمل صيغة عامة للبالغ العاجز ولم يخص بذلك المجنون دون سواه. إذ أنّ الجنون هو العارض الوحيد الذي ينال من أهلية المريض ويصبح غير معتد بإرادته ورضاه. أما باقي العوارض فهي لا تنال من أهلية الشخص في اتخاذ القرار الطبي، فغني عن البيان أنّ ذي الغفلة وإن كان ناقص الأهلية في التصرف في أمواله إلّا أنّه يعد كامل الأهلية فيما يتعلق بقبوله للعلاج أو رفضه فنقص أهليته المالية لا تؤثر على إرادته⁽³⁾.

غير أنّ رأيا آخر عزز عدم الاعتداد بإرادة البالغ العاجز حتى وإن كان العارض سفها أو غفلة، وهذا بالقول أنّ من لا يؤتمن على أمواله التي يمكن تعويضها، فكيف يتم انتمانه عن صحته التي لا ثمن لها وقد يستحيل تعويضها⁽⁴⁾.

لم يميّز المشرع الجزائري بين الأعمال الطبيّة البسيطة والأعمال الطبيّة الخطرة، فكل تدخل طبي يخضع له قاصر لا بد من إجازة الممثل القانوني له، متجاهلا تماما قدرة القاصر على الإدراك في الأعمال المتداولة.

لذلك أُويد من يرى بأنّ المشرع الجزائري قد أولى عناية كبيرة بالقاصر لحد الإفراط حيث أنّه لم يفرّق بين القاصر المميز وغير المميز في الموافقة على الأعمال الطبية حتى البسيطة منها. فلا يعقل أن ابن 17 سنة ليس أهلا أن يوافق على اقتلاع ضرس إلّا بموافقة ممثله. الأمر الذي جعل هذا القانون لا يمارس في الواقع العملي، فقد جرت العادة على أن يتم علاج القصر المميزين أو المراهقين في الأعمال الطبية البسيطة بموافقتهم فقط خلافا للتشريع⁽⁵⁾.

(1) نقريش زكريا جلال متولي، قبول المخاطر، رسالة لحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، مصر، 1994، ص 245.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 571.

(3) نقريش زكريا جلال متولي، مرجع سابق، ص 255.

(4) شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص 309.

(5) بلعراي عبد الكريم، سعداوي محمد، الإعفاء من المسؤولية الطبية الجنائية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 184.

وربما هذا التباين بين النص القانوني والواقع العملي هو ما دفع قانون الصحة الجديد إلى الاعتداد بإرادة ناقص الأهلية، سواء أكان نقصها لعارض السفه أو الغفلة أو لصغر السن. و هو ما يستشف بمفهوم المخالفة من نص المادة 343 فقرة 5 التي تنص على ما يلي:

"... تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي."

لم يضع المشرع الفرنسي سنا معيّنة للرشد في المجال الطبي، وهو بذلك لم يضع أهلية خاصة للمعاملات الطبية، إلا أنه ميّز بين القاصر غير المميز والقاصر المميز ولم يضع قاعدة عامة لكل القصر، فلقد سمح للقاصر المميز بالتعبير عن إرادته لكن إذا قدر الطبيب أنه أهل لذلك لتكون بذلك أهلية المريض عن التدخل الطبي في التشريع الفرنسي ليست منظّمة طبقاً للقواعد العامة وليست مرتبطة بسن معيّنة، وإنّما متوقفة على تقدير الطبيب الذي يستعين بعدّة معايير أهمها النضج والتمييز.

يعتبر معيار التمييز معياراً ذاتياً على عكس معيار السن الذي يعتبر معياراً موضوعياً فالأول ليس عملية حسابية وإنّما تقدير ذاتي من الطبيب الذي يسمح حقاً بالنظر إلى كل مريض على حدى وبذلك تحقيق صفة التكيف والتناسب⁽¹⁾.

تري الباحثة أنّ التمييز في المجال الطبي يختلف من مريض إلى آخر ومن مرض إلى آخر، لذلك فالطبيب هو الوحيد الذي يدرك مدى قدرة القاصر على الاستيعاب والتحليل وإدراك عواقب الأمور، من خلال النقاش وطرح الأسئلة وتصور النتائج، التي تظهر مدى قدرته على الفهم.

ثانياً/ خلو الرضا من عيوب الإرادة

1) عدم وقوع المريض في غلط

يعرّف الغلط بأنّه وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد، ومثاله أن يقوم شخص بشراء آنية معتقداً أنّها من الذهب وإذا بها من معدن مذهب. هذا الوهم يحمل الشخص على اعتقاد غير الواقع بمعنى أنّه يتصور غير الحقيقة، وغير الحقيقة إمّا أن تكون واقعة

(1) Gabriel Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 178.

صحيحة يتوهم الشخص عدم صحتها أو تكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها، وقد يقع الغلط في الواقع، كتما قد يقع في القانون⁽¹⁾.

يتضح بأنّ العقد الطبي يختص ويتميّز عن العقود الأخرى، إذ أنّه مبني على الثقة والوعي اللذين ينشطان أطراف هذه العلاقة، وأنّ رضا الطرفين عن بعضهم البعض وحرية اختيار كل واحد منهما للآخر هو ركن جوهري لإبرام العقد، إلّا أنّ هذا الرضا التمهيدي لا يمكن أبداً أن يكون مبرراً للمساس بجسم الإنسان والقيام بالتدخل الطبي عليه لذا فإنّ خصوصية هذه العلاقة وحساسيتها تستلزم رضا خاص عن كل تدخل طبي⁽²⁾.

حرص المشرع الجزائري على ضمان الرضا الحر للمريض في إبرام العقد وهذا من خلال نص المادة 207 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي ألزمت الأطباء بممارسة مهامهم باسم هويتهم⁽³⁾.

فالمريض يختار طبيبه بالنظر إلى مؤهلاته الفنية، واستناداً إلى الثقة التي يضعها فيه⁽⁴⁾ والتي تعتبر الركيزة الأساسية لضمان مصارحة المريض لطبيبه وتطبيق تعليماته⁽⁵⁾ هذه العوامل هي الدافع إلى إقرار نص المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب لحرية في اختيار طبيبه إذ تنص عمّا يلي:

«للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض...». و هو ما أكدته المادة 168 من قانون الصحة الجديد.

(1) راجع محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 165 وبلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص 100 وجعفر محمد سعيد، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 14.

(2) DORSNER-DOLIVET A, op-cit, p 41.

(3) تنص المادة 207 من قانون حماية الصحة وترقيتها عمّا يلي: «يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة أن يمارسوا مهنتهم باسم هويتهم القانونية».

(4) طلال عجّاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 94.

(5) HANNOUZ MM, HAKEM A.R, Précis de droit médical, l'usage des praticiens de la médecine et du droit, office des publications universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993, p 34.

قد يكون من الصعب تصور حدوث الغلط في مجال عقد العلاج، ما دام يتوجب على الطبيب إعلام المريض إعلاماً يسمح له بتوضيح الفكرة لديه، وبإمكان المريض أيضاً طرح ما يريد من أسئلة، تسمح له بفهم ما قدم إليه من إعلام. لذا فلا يكون مقبولا منه بعد ذلك أن يطلب من القضاء إيقاع المسؤولية على الطبيب لأنه وقع في غلط⁽¹⁾. إذ يعتبر الالتزام بالإعلام حاجز وقائي يحول دون وقوع المتعاقد في الغلط.

فإذا وفى الطبيب بالتزامه بطريقة سليمة وزود المريض بكل المعلومات الضرورية وتأكد من فهمه لها، فهو يدرأ على المريض الوقوع في غلط، في حين كلما قصر الطبيب في تنفيذ هذا الالتزام مضمونا وطريقة زادت إمكانية وقوع المريض في غلط.

يجب على الطبيب أن يفيد مريضه، بكل المعلومات الضرورية عن حالته المرضية وسبل العلاج والمخاطر المنتظرة من هذا التدخل قبل إجرائه، لذا فإنّ تهاونه وتقصيره في نقل كل المعلومات الواجب تنوير المريض بها قبل التدخل الطبي، أمر يؤدي حتماً إلى وقوع هذا الأخير في غلط ويقدم على الموافقة على عمل طبي لو بصر تبصيرا كافيا لما أقدم عليه. بهذا يتّضح بأنّ حصول الطبيب على رضا مشوب بالغلط ليس بأكثر قيمة من إغفاله الحصول عليه كلية⁽²⁾.

يقع المريض أيضاً في غلط نتيجة عدم فهمه لما قدّم إليه من معلومات، إذ يجب على الطبيب أن يبسط المعلومة الطبية، و ينزل بها مقام ومستوى المريض ويتحرى مدى فهمه لها، حتى يتيقن أنّه تحصّل على رضا صحيح ومؤسس، لذا فإنّه يصحّ للمريض الذي لم يستوعب المعلومات أو الذي لم يدرك المعلومات على حقيقتها القول بأنّه وقع في غلط.

فإذا كان الطبيب لا يلتزم بإقناع المريض، فإنّه يلتزم بتحري فهمه للمعلومة الطبية الفنية واستيعابه لها كي يتأكد من تحقيق الهدف من الإعلام، لذلك فهو لا يلتزم بإعطاء كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع المريض استيعابها⁽³⁾ كونها من الأمور المتعارف عليها لدى

(1) مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 28.
 (2) حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 61.
 (3) العبيدي زينة غانم بونس، مرجع سابق، ص 211.

أهل المهنة واستلزمت تكويننا طويل المدى لفهمها، فالطبيب مثلا لا يستطيع أن يشرح للمريض كلّ ما قد تثيره عملية التخدير أو الصدمات الكهربائية⁽¹⁾.

قد يتعلّق الغلط بالإجراء ذاته فيعتقد المريض أنّ الإجراء الذي وافق عليه هدفه الفحص والتشخيص بينما في حقيقة الحال فهو ينطوي على عملية جراحية، فإذا علم الطبيب بالغلط الذي وقع فيه المريض وأقدم على تنفيذ العمل الطبي فهنا تقوم مسؤوليته⁽²⁾.

(2) عدم تدليس الطبيب للمريض

يعرّف التدليس بأنّه إيقاع المتعاقد في غلط أي إيهامه بغير الحقيقة لدفعه إلى التعاقد أو هو استعمال وسائل احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع وجره بذلك إلى التعاقد⁽³⁾ يعتبر التدليس بهذا المعنى عيبا مستقلا من عيوب الإرادة بل هو علّة لعيب آخر وهذا العيب هو الغلط الناتج عنه، فهو غلط مدبر باستعمال طرق احتيالية، ولذا فهو يسمّى أيضا بالتغليب.

يتخذ التدليس في العلاقة الطبيّة صورة الامتناع عن عمل عندما يكتّم الطبيب ببعض المعلومات على مريضه.

يقصد بالكتمان امتناع المتعاقد عمدا عن الإفشاء ببيانات أو معلومات تهم الطرف الآخر في الرابطة العقدية لا بدّ أن يعلم بها⁽⁴⁾، وهو بذلك يعدّ تدليسا إذا ثبت بأنّ المدّلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابس⁽⁵⁾، ذلك أنّ السكوت حيث يلزم الإفصاح والبيان نوع من الكذب وهو كذب سلبي، فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب بل أن تقول أيضا كل ما يجب الإفصاح عنه⁽⁶⁾. ولهذا فإنّ مجرد الكتمان يعدّ تدليسا إذا تعلق بواقعة يعلم الساكت أهميتها الخاصة بالنسبة للمتعاقد⁽⁷⁾.

(1) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 357.

(2) رضا محمد غنيم جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2003، ص 445.

(3) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام وغير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 65.

(4) جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 48 و 49.

(5) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية...، مرجع سابق، ص 65 و 66.

(6) جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 48 و 49.

(7) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية...، مرجع سابق، ص 65 و 66.

يتحقّق تدليس الطبيب لمريضه حين سكوته عن تبصيره ببعض المعلومات والملابسات الهامة عن عمد، بحيث أنّ الإفصاح عنها كان سيؤدي حتماً إلى إحجام المريض عن التعاقد معه، كما يتحقّق أيضاً حين عدم إجابة الطبيب على جميع أسئلة المريض بشأن حالته الصحيّة⁽¹⁾.

يعتبر الطبيب أيضاً مدلساً إذا لم ينف الاعتقادات والتصورات الخاطئة للمريض عن مرضه وطبيعة التدخل الطبي إذا كانت هذه الأفكار هي الدافع إلى التعاقد⁽²⁾.

يتخذ التدليس صورة الكذب، الذي لا يعتبر تدليساً إذا كان مما هو مألوف في التعامل والذي يطلق عليه bonus Dolus، كمبالغة التاجر في وصف مزايا بضاعته والترويج بها لأنّ المتعاقد يدرك بذلك أنّه السلوك المألوف في التعامل⁽³⁾، أمّا إذا كانت طبيعة المعاملة تقتضي تجنب الكذب لما تتضمن من خطورة⁽⁴⁾، أو حين يكون المتعاقد مكلفاً بأن يدلي لبيانات خفة بأمور معيّنة يعلّق عليها الطرف الآخر أهمية خاصة في التعاقد فإنّه يعدّ تدليساً⁽⁵⁾. إذا كان قائماً على شيء جوهري لو علم المريض به لما أقدم على التعاقد⁽⁶⁾.

إنّ كون الكذب عمل إيجابي هو الأمر الذي يجعله صعب التصور في العلاقة الطبية إذ لا يتصور طبيب يخدع مريضه كي يجبره ويقنعه بضرورة الخضوع لعمل طبي لا فائدة منه ولا مبرّر علاجي له.

عرضت على القضاء الفرنسي قضية من هذا المنظور تتلخص وقائعها في:

أنّ طبيباً بعد فحص وتشخيص حالة المريض، خلص إلى وجود ورم السرطان. للتأكد من وجود هذا الورم وطبيعته وحدوده، قام بتشخيص أدق أي تحاليل « la biopsie » والتي كانت نتيجتها سلبية أي عدم وجود هذا الورم. قام بإعادة التحاليل مرّة ثانية والتي أسفرت دائماً إلى نتيجة سلبية. بقي الطبيب مقتنعاً بأنّ المريضة تعاني من هذا المرض، فأعلمها بأنّ

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 60.

(2) GUILLOD Olivier, op-cit, p 105.

(3) جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 48.

(4) السعدي محمد صيري، مرجع سابق، ص 183.

(5) جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 48.

(6) « Il en ait ainsi par exemple si le patient Croyait qu'une stérilisation n'est pas irréversible ou si une patiente interpellait le terme hystérectomie comme la simple excision de kystes ovariens ». In GUILLOD Olivier, op-cit, p 106.

هذه التحاليل أظهرت نتائج تؤكد تشخيصه الأول، بمعنى كذب على هذه المريضة. وهو الأمر الذي دفعها إلى الموافقة على الخضوع لعلاج إشعاعي الذي ترتبت عنه نتائج وخيمة فقامت بمقاضاة هذا الطبيب أمام القضاء بعد تأكدها من أنّ التحاليل La Biopsie كانت نتائجها سلبية إذ تحقق تدليس الطبيب لمريضه عن طريق الكذب، حينما جعلها تعتقد بأن مرضها أكثر خطورة مما هو عليه في حقيقة الأمر⁽¹⁾.

يكون الطبيب أيضا مدلسا للمريض عن طريق الكذب، حينما يوهمه بأن تشخيص حالته أسفرت عن نتائج جد ايجابية ولا وجود لأيّة علة أو مرض، وهو ما أدين عليه طبيب أخصائي أمراض النساء، حينما كذب على المريضة بتقديمه لها معلومات جدّ تفاؤلية، موهما إياها بتحسّن حالتها بعد أن أجرى لها عدّة تدخلات جراحية، وهو أمر يخالف الحقيقة⁽²⁾. يتجسد التدليس أيضا في مجال التجارب الطبيّة عندما يعلم الطبيب المريض بأنّ مثل هذا التدخل الطبي قد عرف عدّة تجارب ميدانية سابقة في حين أنّه يطبقه ويجربه لأول مرة⁽³⁾.

يجب على الطبيب أن يقوم بعمل ايجابي، وهو توفير كل الظروف التي تسمح للمريض باتخاذ القرار الطبي عن دراية تامة، إذ يعتبر مدلسا إذا رفض الإجابة على أسئلة مريضه المباشرة والدقيقة.

3) عدم إكراه الطبيب للمريض

يعرّف الإكراه بأنّه ضغط يتعرض له المتعاقد، فيولّد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله إلى التعاقد. فالشخص المكره لم يقع في غلط يجعله يتصوّر الشيء على غير حقيقته كما هو الحال في الغلط أو التدليس، إنّما إرادته تكون في غير حرية كاملة لإبرام التصرف نتيجة

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 63.

(2) Arrêt de la cour d'appel de Metz –17 avril 2003. Voir DIEBOLT D, le droit du patient, op-cit, p 07.

(3) Le dol existe aussi quand une infirmière soi-disant diplômée «vaccine» environ cinq cents personnes en deux jours contre la variole, par des injections d'eau plate, aussi si un médecin fait faussement croire au patient qu'une intervention est thérapeutiquement nécessaire, avoir le consentement d'une patiente à une mastectomie en lui assurant qu'il n'a aucune intention de lui enlever un sein». In GUILLOD Olivier, op-cit, p 109.

للرهبة أو الخوف الذي تولّد في نفسه، وهو الخوف الذي يدفعه إلى قبول ما لم يكن ليقبله اختياراً⁽¹⁾.

يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق⁽²⁾، وهو الأمر الذي يتحقّق إذا استعمل المكره وسائل معيّنة تهدّد المكره بخطر وقد تكون هذه الوسائل مادية كالضرب والإيذاء بأنواعه⁽³⁾، لذا فهو إكراه ينتزع الإرادة عنوة لا رهبة وخوفاً ففي هذه الحالة تكون الإرادة معدومة أصلاً وهو نوع يستبعد من نطاق عيوب الإرادة لأنّه يعدم الإرادة ولا يعيبها فقط⁽⁴⁾.

كما قد تكون وسائل معنوية أو نفسية كالتهديد بالقتل أو قطع عضو من أعضاء الجسم أو المساس بالعرض والشرف، فهو غالباً يعتمد على التهديد بإيقاع ضرر ما دون إيقاعه فعلاً⁽⁵⁾. ويكون الإكراه بدون حق إذا كان الغرض الذي يهدف إليه غرضاً غير مشروع⁽⁶⁾ في حين إذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً فلا يعتبر أنّه وقع بدون حق ولا يبطل العقد بسببه⁽⁷⁾.

يتّخذ الإكراه في المجال الطبي عدّة صور، كتضخيم الطبيب المعالج للحالة المرضية لمريضه، وإيهامه أنّ عدم خضوعه للعلاج المقترح سيؤدّي حتماً إلى وفاته أو إصابته

(1) خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص 59.

(2) راجع المادة 88 من ق.م.ج.

(3) خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص 60.

(4) جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 69.

(5) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 117.

(6) كمن يهدّد شخصاً بالقتل، وبإحراق ما له إذا لم يوقع التزاماً، فيكون قد أكرهه على التعاقد ويحق له إبطال العقد، وكذلك الحال إذا استخدم شخصاً وسائل مشروعّة للوصول إلى غرض غير مشروع ومثال ذلك من فاجأ شخصاً متلبساً بارتكاب جريمة فاستكتبه سنداً بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه تحت تهديد الإبلاغ عنه فيكون هذا السند قد تولّد تحت رهبة ويجوز إبطال التعاقد للإكراه، ومن ذلك أيضاً تعهد زوجة بهية زوجها ما لا تملكه تحت تهديده إياها برفع دعوى الزنا عليها. أنظر السعدي محمد صبري، مرجع سابق، ص 195.

(7) يتحقّق الغرض المشروع مثلاً حينما يضغط شخص على إرادة آخر عن طريق استعماله حقه ما دام لا يقصد من وراء ذلك إلّا الوصول إلى هذا الحق فعندئذ يكون الإكراه مشروعاً، ومثال ذلك أن يهدّد الدائن مدينه المشرف على الإعسار شهر إفلاسه إن هو لم يقرر له رهناً على عقار مملوك له ضماناً للدين الذي في ذاته، فالرهن هنا لا يجوز إبطاله بسبب الإكراه نظراً لمشروعية الوسيلة والغاية. جعفر محمد سعيد، نظرية عيوب...، مرجع سابق، ص 84. كما لا يعتبر النفوذ الأدبي الذي للأب على الولد وللزوج على الزوجة وحده وسيلة إكراه إن لم تصاحبه وسيلة أخرى يقصد منها الوصول إلى غرض غير مشروع. أنظر بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 119.

بعاهة مستديمة، إذ أنّ المريض سيقبل العمل الطبي تحت تأثير رهبة أثارها فيه الطبيب والرهبة تتمثل في تصور المريض لوجود خطر جسيم محقق يهدده⁽¹⁾.

تتجسّد إحدى صور الإكراه في الدعوى التي عرضت على القضاء المصري، تتمثل في قضية مريضة أكرهها زوجها تحت ضغط طلاقها على قبول العلاج، كما ساهم الطبيب المعالج في ذلك بإيهامها أنّ العلاج يقتصر على إعطاء حقنة فقط، لتجد نفسها بعد أن أفافت من تأثير التخدير أنّه أجرى لها عملية جراحية، فقد جاء في حيثيات الحكم ما يلي: «حيث أنّ الدكتور «س» أجرى الكشف على المجني عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعها هو لها تحت مخدر وهو بهذا التصرف خرج على قواعد المهنة الطبيّة وواجباته كطبيب»⁽²⁾. الأمر الذي يؤكد أنّ موافقة المريض لا بدّ أن تكون بمعزل عن أيّ تأثير سواء من الطبيب الذي يوهمه بوجوب الخضوع للعملية وسهولتها وعدم وجود أيّ خطر قد يترتب عنها، أو من طرف أسرته التي تضغط عليه لقبول العمل الطبي بأسا من حالته. فالرضا الحرّ للمريض يتحقّق حينما يصدر عن إرادته الشخصية وقناعته الذاتية⁽³⁾.

قد يتولّد ضغط وإكراه لدى المريض، باستعمال الطبيب إجراءات مادية لدفع المريض إلى قبول التدخل الطبي، كوعده بالتخفيف من أتعابه أو الإعفاء منها كلياً أو تقديم جائزة له في حالة قبوله الخضوع للتدخل الطبي. وهي وسيلة يكثر اللجوء إليها خاصة في مجال التجارب الطبيّة أين يعدّ الطبيب مريضه بتقديم مبلغ كبير، في حالة قبول تجربة دواء جديد عليه⁽⁴⁾.

تري الباحثة أنّ الضغوطات التي نجدها كثيراً في المجال الطبي هي من النوع النفسي. حيث أنّ احتكار الطبيب للمعلومة الطبية عامل مهم جعل العلاقة الطبيّة غير متكافئة لأنّها تجد في الكفة المقابلة مريض ضعيف يتأثر ويقبل بسرعة كل ما يصدر عن طبيبه.

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 65.

(2) حكم صادر عن محكمة جنايات الإسكندرية مؤرخ في 1941/02/25، تحت رقم 2340. نقلاً حروزي عن عز

الدين، مرجع سابق، ص 65 وشريف طبّاخ، مرجع سابق، ص 49.

(3) رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2006، ص 79.

(4) GUILLOD Olivier, Les consentement éclairé du patient..., op-cit, p 111.

يتولد الضغط النفسي لدى المريض إمّا في مضمون المعلومة الطبيّة أو في طريقة نقلها. فهناك من يرى⁽¹⁾، بأنّ مضمون المعلومة الطبيّة التي يجب على الطبيب نقلها إلى المريض هو معيار المصلحة العلاجية للمريض ولذلك فإنّ إدخال أي معيار آخر غير طبي كالأتعاب أو مسائل اجتماعية أو سياسية يعتبر من قبيل الضغط على المريض.

يتصور أيضا إكراه الطبيب للمريض على الخضوع للتدخل الطبي في تهديده برفض علاجه مرّة أخرى إذا لم يخضع حاليا للتدخل الطبي الذي وصفه. أو بعدم علاجه إذا زار طبيباً آخر لمعرفة رأيه أو موقفه الطبي من حالته، في حين لا يعدّ إكراهها إعلام الطبيب لمريضه بأنّ قراره برفض العمل الطبي قد يؤثر على حالته الصحيّة المستقبلية⁽²⁾.

يتحقق الضغط أيضا في طريقة نقل المعلومة الطبيّة وفي المصطلحات والصيغ التي يستعملها الطبيب⁽³⁾، فعدم انتقاء الألفاظ والمصطلحات وتأكيد على شيء لا على آخر عند نقل المعلومة من شأنه أن يولّد ضغطا لدى المريض يدفعه إمّا إلى قبول أو رفض العلاج.

لذلك يجب على الطبيب أن يصف علاجاً يراه ملائماً لحالة المريض بمصطلحات وصيغ بسيطة صادقة، فالقانون أو القضاء لا يمكن أن يضمن عدم وجود إكراه في كل الحالات، وإنّما يصحّ تلك الطرق الواضحة جدا التي تحوي على قوّة وخداع وتهديد، أمّا باقي الطرق فهي تتوقف على الضمير المهني الأخلاقي للإنساني للطبيب.

يقتصر الحديث عن العيوب المفسدة للرضا كالإكراه عند تنفيذ العقد على الغلط والتدليس والإكراه، دون عيبي الغبن والاستغلال اللذان يمسّان الإرادة عند تكوين العقد⁽⁴⁾.

يعتبر من قبيل الاستغلال في المجال الطبي، استغلال الطبيب لحالة المريض المرضية وحاجته للعلاج، لمغالاته في تحديد ثمن العلاج، إذ يكون المريض عاجزا على

(1) CABANNES Xavier, BENILLOUCHE Mikael, Hospitalisations sans consentement, CEPHIRCA, Paris, 2013, p 207

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، مرجع سابق، ص 79.

(3) Il ne revient certes pas au même de dire au patient: Cet examen permet d'établir un diagnostic définitif dans la plupart des cas ou cet examen n'apport aucune certitude diagnostique dans près de la moitié des cas». In GUILLOD Olivier, op-cit, p 113.

(4) GUILLOD Olivier, ibid, p 105.

مناقشة بنود العقد. فإذا توفرت هذه الحالة يصحّ تكيف العقد الطبي على أنّه عقد إذعان⁽¹⁾ وبهذا يكون الطبيب مستغلا للظرف الذي تواجد فيه المريض وهو خطورة وضعه وتألّمه وحاجته الملحة للعلاج.

يتحقق العنصر الموضوعي للاستغلال وهو الغبن في مجال العقد الطبي في الاختلال الفادح بين الالتزامات فقد يشترط الطبيب على المريض دفع أتعاب بقدر كبير من المغالاة في الوقت الذي يكون فيه المرض غير محتاج إلى جهد كبير في علاجه، أمّا العنصر النفسي فيمكن حدوثه في استغلال الطبيب الرغبة الجانحة للمريض في التغيير والتشابه مع فنان فيلزمه بدفع أتعاب على درجة كبيرة من المغالاة⁽²⁾.

المطلب الثاني

حق المريض في رفض التدخل الطبي

يتحقق الضمان الصحيح والفعال لاحترام إرادة المريض قبل التدخل الطبي، بضمان حقه في رفض ما تم عرضه عليه.

فهو الذي يؤكد المشاركة الايجابية للمريض في القرار الطبي وعدم المساس بجسمه إلّا بعد رضاه. فهو احترام لما يتمتع به الجسم من حرمة، لذلك أكدته النصوص المنضمة للصحة وألّزت الطبيب باحترامه (فرع أول).

فقد يقرر المريض رفض التدخل الطبي إذا تيقّن بعد إحاطته علما بكل مقتضيات هذا العمل وفهمه له بأنّ المخاطر أكبر لذا فلا مجال للمغامرة أو الخضوع.

لا يحترم الطبيب حق المريض في رفض التدخل الطبي إلّا بعد استيفائه لجملة من الإجراءات المطلوبةّة منه قانونا، والتي تضمن رفض المريض للعلاج عن بصيرة وقناعة وعلم كاف ووافي بعواقب هذا الرفض (فرع ثاني).

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 66.

(2) مأمون عبد الرشيد، مرجع سابق، ص 32.

الفرع الأول

أساس حق المريض في رفض التدخل الطبي

يستند حق المريض في رفض العلاج إلى حقه في سلامة جسمه وعدم المساس به إلا برضاه. فهو حق يضمن له حق التقرير فيما يقدم عليه وما يعزف عنه. لذا فالحق مصدر لجعل إرادة المريض تتصدر كل الإرادات الأخرى.

لم يتوان القانون في التكريس الصريح لحق المريض في رفض العلاج تعزيزا لحقه في الرضا (أولاً). ولقد عرف حق المريض في رفض التدخل الطبي تجسيدا قضائيا (ثانيا) وتدعيما فقهيًا (ثالثا) استنادا إلى احترام ما لجسم الإنسان من حرمة.

أولاً/ تكريس القانون لحق المريض في رفض التدخل الطبي

أقرّ المشرّع الجزائري حق المريض في رفض العلاج من خلال نصوص المواد 4/154 من ق.ج.ص.ب.ت و المادة 49 من م.أ.ط.

تنص المادة 4/154 عما يلي:

«...وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يحبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بمخاطر رفض العلاج...».

كما تنص المادة 49 من م.أ.ط عما يلي: «يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحًا كتابيًا في هذا الشأن».

أكد المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد، حق المريض في رفض العلاج من خلال المواد التالية:

تنص المادة 343 فقرة 02 على ما يلي: "... و يجب على الطبيب احترام إرادة المريض, بعد اعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته".

كما تنص المادة 344 على ما يلي: "في حالة رفض علاجات طبية, يمكن اشتراط تصريح كتابي, من المريض أو ممثله الشرعي...".

يتّضح من خلال هذه المواد اعتراف المشرع الجزائري بحق المريض في رفض العلاج وإن كان تنظيمه لالتزامات الطبيب حين مواجهته لمثل هذه الحالة، كان ولا بدّ أن يحظى

بتنظيم وتدقيق أكثر من المشرع ولا يكفي بالتأكيد على ضرورة الحصول على تصريح كتابي، وكأنه درء لمسؤولية الطبيب في حين أنّ المريض يكون في وضع حساس لا بدّ على الطبيب أن يتفهمه وأن لا يستسلم لمجرد رفضه للعلاج ويسارع إلى التصريح الكتابي بالرفض، دون محاولة لإقناعه أو جذبه لقبول العمل الطبي خاصة وأنّ أغلب المرضى يرفضون العمل الطبي لخوفهم من الآلام التي يسببها.

نظم المشرع الفرنسي هو الآخر حق المريض في رفض العلاج من خلال نص المادة 36 من تقنين أخلاقيات الطب التي ألزمت الطبيب باحترام إرادة المريض حين رفضه للعلاج⁽¹⁾، وكذلك من خلال نص المادة 1111-4 من قانون 04 مارس 2002 التي أكّدت حق المريض الواعي والمدرّك في معارضة تنفيذ العلاج⁽²⁾.

يعتبر حق المريض في رفض العلاج صيغة جديدة ومظهر آخر من مظاهر احترام إرادة المريض في التدخل الطبي فهو تقويّة وتعزيز لحقه في الرضا وإدخال الديمقراطية في المجال الطبي، فإذا كان له حق الرضا بالعمل الطبي الذي يباشره الطبيب على جسمه لما فيه من احترام لإرادته وشخصيه وحرمة جسده⁽³⁾، فإنّ له بالمقابل حق رفض العلاج الذي يقترحه الطبيب أيّا كانت طبيعته⁽⁴⁾، ولا يعدّ الطبيب مخطئاً أو مسؤولاً عندما لا يقّدّم علاجاً لشخص صدر عنه رفض قاطع له⁽⁵⁾. إذا استوفى الشروط القانونية اللازمة لاحترام حق المريض في رفض التدخل الطبي التي تعتبر التزامات تقع على الطبيب في مواجهة المريض الراض للعلاج.

(1) Art. 36: «lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigation ou le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences».

(2) Art. 1111-4 : «...Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix, si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour le convaincre d'accepter les soins indispensables...».

(3) DORSNER-DOLIVET A, op-cit, p 67.

(4) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 177.

(5) DOPONT Marc, BERGOI-GNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian, Droit hospitalier, 8^{ème} éd Dalloz, Paris, 2011, p 298.

ثانيا/ تجسيد القضاء لحق المريض في رفض العلاج

تأثر القضاء الفرنسي بهذه الأسس والمطالب الأخلاقية والتدعيمات الفقهية إذ أقرّ في أكثر من موضع الاحترام المطلق لإرادة المريض.

لم يرق القضاء الفرنسي المسؤولية الجنائية لطبيب لم يقدّم مساعدة لمريض في خطر احتراماً لحقه في رفض التدخل الطبي، وهذا بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 03 جويلية 1969⁽¹⁾.

كما لم يسأل القضاء الفرنسي الطبيب الذي انصاع بسهولة لرفض المريض للتدخل الطبي وهذا من خلال القرار الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ 06 مارس 1981 الذي قضى بغياب خطأ الطبيب وعدم قيام مسؤوليته عندما اكتفى فقط بوصف دواء مهدئ احتراماً لرفض مريضة الخضوع للعلاج اللازم لداء سرطان الرحم⁽²⁾. كما أكد من خلال قرار 19 مارس 1979 عدم إمكانية إجبار المريضة على الخضوع لعلاج رفضته⁽³⁾.

ثالثا/ تدعيم الفقه لحق المريض في رفض العلاج

طالب العديد من الفقهاء تكريس حق المريض في رفض التدخل الطبي مستنديين في ذلك إلى عدّة أسس وحقوق ومبادئ يتمتع بها المريض.

(1) Cass. Crim., 3 juillet 1969, (jcp 1970, II n° 16447), Extrait « Les juges sont sans pouvoir pour imposer à la victime une opération à laquelle celle-ci refuse de se prêter, ils ne sauraient, dès lors, en se fondant sur ce refus, modérer les dommages-intérêts accordés sans violer le principe selon lequel le préjudice souffert par la victime doit être intégralement réparé, in DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, heures de France, Paris, 2006, p 98.

(2) CE. 6 MARS 1981, Arrêt-Pech, in DOSDAT Jean-Claude, op-cit, p 407.

(3) Civ 2° 19 mars 1997, n° 93-10914-Bull-civ II, 1997, n° 86, RCA 1997 «Il résulte de l'article 16-3 du code civil que nul ne peut être contraint hors les cas prévus par la loi de subir une intervention chirurgicale, qu'ayant exactement énoncé que m.x...n'avait pas l'obligation de se soumettre à l'intervention destinée à la pose d'une prothèse demandée par la société des transports laronze auvergne et leur assurer, la cour d'appel, répondant aux conclusions et retenant que m. x avait subi un préjudice dont le principe n'était pas contesté, a souverainement décidé qu'il y avait lieu de lui allouer un capital;». In THERON Sophie, Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques: Les soins ambulatoires sans consentement, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 215.

اعتبر البعض⁽¹⁾ احترام الطبيب لإرادة المريض وحقه في رفض التدخل الطبي مظهر من مظاهر احترام معصومية جسم الإنسان وحرمة. فاحترام إنسانية المريض واحترام حرية وكرامته تتجسد في إعطائه حق اتخاذ القرار الطبي فهو الذي يقرر تقديم جسمه للعلاج أو لأي تدخل من جانب الطبيب باعتباره صاحب السلطة⁽²⁾.

لا يتصور هؤلاء في ظل كل الحماية القانونية القائمة على احترام جسم الإنسان أن يكون الطبيب بمثابة القاضي الوحيد الذي يقرر مدى ملائمة التدخل الطبي من عدمه بل هي أمور يقررها المريض وحده وبكل حرية⁽³⁾.

يستند آخرون⁽⁴⁾ إلى مبدأ الحرية الفردية الذي يعتبر إحدى المبادئ الهامة للإنسانية الطبية التي تضمن حق المريض في الاختيار سواء من خلال الحرية التعاقدية أي حق كل مريض في اختيار طبيبه ومن خلال حرية في قبول أو رفض العلاج.

نادى الفقه⁽⁵⁾ استنادا إلى هذه المبادئ والحقوق إلى وضع إرادة المريض في المقام الأول فلها السيادة والغلبة بغض النظر عن النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها ما دام مدرك لحقيقة حالته المرضية.

قد يعود سبب رفض المريض للعلاج إلى الرغبة في لفت الانتباه من خلال إضرابه عن الطعام⁽⁶⁾، وقد يكون بسبب المرض العضوي⁽⁷⁾. وذهبوا إلى أبعد من ذلك إلى إقرار

(1) محمد عادل عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1985، ص 80.

(2) صاحب ليديا، علاقة الطبيب بالمريض ...، مرجع سابق، ص 337.

(3) مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، مرجع سابق، ص 66.

(4) مأمون عبد الرشيد، مرجع سابق، ص 6.

(5) عصام أحمد محمد، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988، ص 165.

(6) يلجأ الشخص إلى الإضراب عن الطعام للفت الانتباه إليه أو إلى قضية ما يريد إبرازها أمام الرأي العام. فقد صار الإضراب عن الطعام بمثابة سلاح للكفاح الشخصي أو الاجتماعي أو السياسي شأنه في ذلك شأن الإضراب المهني أو المظاهرات الجماهيرية. إلا أن هذا الإضراب عن الطعام يعرض صحة وحياتة من يقوم به للخطر، لذا يتطلب التدخل الطبي لإنقاذه وكي يلفت الانتباه أكثر قد يرفض هذا المضرب الخضوع إلى أي عمل طبي. نقلا عن عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاته، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، القاهرة، 2005، ص 261.

(7) قد يعود سبب رفض العلاج إلى مرض عضو مثل تضخم الغدة الدرقية إذ كشف الطب أنها تسبب تقلب المزاج فتجعل المريض غير مستقر على حال بحيث يقبل علاجا تارة ويرفضه تارة أخرى. نقلا عن جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 305.

ضرورة احترام حق المريض في وضع حد لحياته. فإذا كان يولد بغير إرادته فليس ثمة ما يجبره على البقاء حيا إذا انقطعت عنده أسباب الرغبة في الحفاظ على الحياة⁽¹⁾.

يؤكد الفقه⁽²⁾ بأن المريض إنسان حر لا يؤثر المرض على حريته، فكل تجاهل لإرادة المريض وأي إكراه وإجبار له يشكل تجاوزا لعمل الطبيب المتمثل في النصح وشكلا من أشكال الانتهاك الصارخ لمبدأ معصومية جسم الإنسان وحقه في سلامة جسمه⁽³⁾، وهو ما يجعله في مرتبة تساوي مرتبة الطبيب وتصبح علاقته بهذا الخير هو تقديم خدمة⁽⁴⁾.

يعتبر موقف الفقه أكثر صرامة عندما ينصب حول حرية العقيدة، فقد يرجع سبب رفض المريض للعلاج إلى انتمائه لإحدى الطوائف الدينية وإيمانه بمعتقداتهم فثمة بعض المذاهب المسيحية⁽⁵⁾ ترفض إخضاع تابعيها للعلاج الطبي لمعتقدات مختلفة.

عرض على البروفيسور Hamburger نموذجا لرفض الإجهاض بسبب معتقدات دينية، وكان ذلك بمناسبة سيدة حامل كانت تعاني من متاعب في الكلى وكانت الولادة بالنسبة لها مميتة لا محالة، ولهذا يتعين الإجهاض كحل لا بديل عنه لإنقاذ حياتها. وهو إجهاض طبي لا يثور أدنى مشكل حول مشروعيته.

تمسكت السيدة بعقيدتها المسيحية واعتبرت الإجهاض حراما من هذا المنظور رافضة الترخيص به ولم يستطع الأطباء إزاء هذا الرفض أن يفعلوا شيئا، حيث توفيت السيدة أثناء الوضع وهي في الرابعة والعشرون من عمرها⁽⁶⁾.

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع نفسه، ص 273.

(2) مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، دار النهضة، القاهرة، د تا، ص 3.

(3) BERTRANT Mathieu, Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes, éd du conseil de l'Europe, Belgique, 2005, p 56.

(4) MINO Jean-Christophe, Lorsque l'autonomie du médecin est remise en cause par l'autonomie du patient: Le champ hospitalier de l'éthique clinique aux états Unis et en France, revue française des affaires sociales, rubrique éthique clinique, n° 03, 2002, p 86. L'article disponible en ligne à l'adresse suivante: www-cairn.info.

(5) - أتباع الكنيسة المسماة La science chrétienne يؤمن لتباعها بأن الألم والمرض هي أمور من صنع الخيال لأن الإنسان روحاني.

- أتباع الكنيسة المسماة Scientology تقترح أتباعها اللجوء إلى العلاج العقلي.

- أشهر هذه الطوائف في فرنسا هي Chrétienne universelle تدعو إلى الزهد والتصوف ويرفض تبعا لذلك فكرة إخضاع تابعيها للعلاج. نقلا عن عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، مرجع سابق، ص 264.

(6) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 284.

تعتبر الطائفة الدينية المسماة شهود Johavah أكثر الحالات التي تعرض على الفضاء في فرنسا والتي يحرم أنصارها نقل الدم لمعتقدات مستمدة من الإنجيل⁽¹⁾ وما يدعم به الفقه ضرورة احترام رفض المريض للعلاج المبني على معتقدات دينية هو أنه رفض صادر عن وعي وإدراك وهما ما مكناه من فهم عقيدته الدينية التي تحرم ذلك وأكثر من ذلك هو أن حرية العقيدة محترمة دستورا. لذلك فهم⁽²⁾ يدعون إلى ضرورة ترجيح إرادة المريض على التزام الطبيب بالعلاج الذي يملئ عليه ضرورة ضمان علاج يقظ متفق مع الأصول الطبية، فأمام إصرار المريض على الرفض الحر والمتبصر فما على الطبيب سوى وضع سلاحه والرضوخ لقراره⁽³⁾.

الفرع الثاني

الشروط القانونية لقبول حق المريض في رفض التدخل الطبي

قد يعود رفض المريض للعلاج لخوفه وعدم إدراكه لما ستؤول إليه حالته بعد هذا الرفض. وهو ما يجب على الطبيب توضيحه له من خلال ضرورة إعلامه كي يحقق بذلك شرط الرفض المتبصر. ولا يقف عند هذا الحد وإنما يحاول إقناعه بضرورة العلاج، ما يؤكد بأن الطبيب لا يرضخ للرفض بسهولة (أولا)، لينتهي في الأخير إلى ضرورة الحصول على دليل كتابي يثبت هذا الرفض (ثانيا).

أولا/ ضرورة تبصير المريض بخطورة رفض العلاج

نظم المشرع الجزائري ضرورة إعلام المريض الراض للعلاج من خلال المادة 154 من ق ح ص ت التي تنص على ما يلي:

(1) In ARCHER Frédéric, op-cit , p 48.

(2) Tel était l'avis du commissaire du Gouvernement D. Kessler. Il faisait remarquer dans ses conclusions que, «certes, le médecin a l'obligation d'assurer des soins consciencieux et dévoués conformes aux données actuelles de la science mais que dans la conciliation nécessaire de ce principe avec d'autres, le respect de la volonté du malade doit l'emporter». In CLEMENT Cyril, La responsabilité du fait de la mission de soin des établissements publics et privés de santé, thèse pour le doctorat en droit public, Les études hospitalières, université Paris VIII, France, 1997, p 72.

(3) DEMICHEL André, Droit médical, Berger-Levrault, France, 1983, p 94.

«... وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بمخاطر رفض العلاج».

وهو ما أكدته أيضا قانون الصحة الجديد من خلال نص المادة 343 التي تنص على ما يلي:

«... يجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته وتخص هذه المعلومة العواقب المتوقعة في حالة الرفض...».

يحقّ للمريض رفض العلاج لكن يجب على الطبيب أن يمتد إعلامه إلى كافة المخاطر التي تترتب على هذا الرفض، ومخاطر ترك المرض يتطور، ليكون للمريض مجالا للمقارنة وتقدير المنافع والمخاطر وفقا لاعتبارات الشخصية واتخاذ القرار المناسب بناء على ذلك⁽¹⁾، إذ أنّ المريض الذي يرفض العلاج لا بدّ أن يكون على بينة ودراية تامة بتأثير الرفض على صحته ونتائجه المتوقعة و الأكيدة⁽²⁾.

يجب على الطبيب حينما يرفض المريض العلاج أن يستفسر ويتفهم أسباب هذا الرفض، فهل المريض ومن خلال اتخاذه لهذا القرار فهم حقا أهمية وضرورة العلاج أم لا؟ هل المريض رفض العلاج رغم درايته وعلمه الكامل والكافي والوافي على أنّه الوسيلة التي تنجيه من الموت، أم يعود سبب رفض العلاج إلى الخوف من التآلم فقط⁽³⁾؟

أكد القضاء الفرنسي مؤخرا بمقتضى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 نوفمبر 2005⁽⁴⁾. إصراره على وجوب إعلام المريض الراض للعلاج تحقيقا للرفض المتبصر الذي يضمن احترام إرادة المريض.

قد يبقى المريض مصرّا على الرفض حتى بعد أن يحيطه الطبيب علما بكافة مخاطر رفض العلاج، فيجد الطبيب نفسه في وضع حرج هل ينصاع لإرادة المريض أم أنّه يفرض

(1) مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 133.

(2) KNOPE A, KARLZ Ph, op-cit, p 4.

(3) SOLANO C, Refuser un soin médical c'est toujours possible, www.e-santéfr, p 2.

(4) Civ 1er 15 nov. 2005-n°04-18180 « Le médecin doit veiller ace que le refus de soins du patient soit éclairé en cas d'opposition au traitement préconisés». In LECA Antoine, BERLAND-BENHAÏM Caroline, Le consentement aux soins replacé dans une perspective historique, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 22.

العلاج خاصة إذا كان ضروري⁽¹⁾. فعلى المستوى الجزائي فإنّه أمام مخالفتين الأولى عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر⁽²⁾، إذا لم يقدّم العلاج والثانية الضرب والجرح العمدي إذا أجبر المريض على العلاج ولم يحترم رفضه له.

لا يجب على الطبيب أن ينصاع ويرضخ بسهولة لإرادة المريض و إلاّ عدّ هذا إهمال وتقصير منه في أداء وظيفته⁽³⁾. رغم أنّه هناك حالات يقبل فيها الطبيب رفض المريض للعلاج بسهولة، هذا ما أكدته الدكتورة سولانو كاترين SOLANO Catherine وذلك في حالات المرض الميئوس من شفائه الذي يعلم فيها الطبيب أنّ التدخل الطبي يمكن فقط أن يديم الحياة ليومين، كما أنّه متعب جسميا ونفسيا ومعنويا. إذ تذكر الدكتورة إحدى الحالات الطبية المعروضة عليها والتي كان فيها المريض مصابا بسرطان المخ ورفض رفضا قاطعا الخضوع لعملية جراحية. فقبلت رفضه هذا رغم أنّها أقرّت أنّ ضميرها لم يرتح لعدم محاولتها إنقاذه وأنّها رافقته إلى مفارقة الحياة⁽⁴⁾.

يجب على الطبيب حين رفض المريض للعلاج أن يبذل كل ما في وسعه مستعملا كافة الوسائل لإقناعه بضرورة العلاج والمخاطر التي تنجم على هذا الرفض، إلاّ أنّ التزامه هذا لا يعدّ التزاما بتحقيق نتيجة وهذا ما أقرّه الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 جانفي 2000 الذي أكد أنّ الطبيب يبذل كل ما في وسعه للإقناع ولا يلتزم بالإقناع أي بتحقيق نتيجة⁽⁵⁾ إنّما يفهم منه أنّه التزام بإعلام مشدّد لا أكثر⁽⁶⁾.

أصر مشروع قانون الصحة على أنّ إعلام المريض يمتد إلى حالة رفضه للعلاج إذ يتعين على الطبيب أن يحيطه علما بالعواقب المتوقعة في حالة الرفض، ولم يحصرها في العواقب الخطيرة المتداولة، وإنّما كل ما هو متوقع ولو كان استثنائيا. ما يفهم منه التشديد في الإعلام في حالة الرفض والرغبة في التأثير على المريض للتراجع عن الرفض.

(1) DIEBOLT D, op-cit, p 5.

(2) الفعل المنصوص والمعاقب عليه في نص المادة 182 من ق.ع.

(3) صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 57.

(4) SOLANO C, op-cit, www.e-santéfr.

(5) Arrêt 18/01/2000, n° 220. Voir DIEBOLT D, op-cit, p 16.

(6) BERNARDINIS CH, op-cit, p 100.

يمكن للطبيب في سبيل الوصول إلى إقناع المريض بضرورة العلاج أن يستعين بفرد من أفراد عائلته أو أحد المقربين إليه أو حتى بطبيب آخر زميل له⁽¹⁾.

ثانيا/ ضرورة الحصول على تصريح كتابي لرفض التدخل الطبي

تنص المادة 49 من م.أ.ط على ما يلي: «... يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن».

وهو ما أكدته قانون الصحة الجديد من خلال نص المادة 344 التي تنص على ما يلي: «في حالة رفض علاجات طبية، يمكن اشتراط تصريح كتابي من المريض أو ممثله الشرعي».

يجب على الطبيب وبعد استيفائه لكل هذه الإجراءات وكي يدرأ المسؤولية عنه أن يتحصل على تصريح كتابي من المريض الذي رفض العلاج. إذ ففي حالة النزاع فهو الملزم بإثبات قيامه بالالتزام بالإعلام ولهذا فيجب أن يوقع له المريض على وثيقة تحوي رفضه للعلاج، يؤكد فيها بأنه كان على دراية كاملة بالأسباب والنتائج. مثل هذا الإجراء يسمح للمريض أن يكون على دراية كاملة بخطورة ما هو مقدم عليه⁽²⁾، ولا ربّما يعدل عن رفضه.

أكد القضاء الفرنسي التزام الطبيب بالحصول على تصريح كتابي يثبت رفض المريض للعلاج، عندما أقرّ مسؤوليته عن الرحيل المبكر للمريض من المستشفى بعد إجراء العملية الجراحية وما نتج عن ذلك من أضرار، استناداً إلى أنه كان ينبغي عليه الحصول كتابة على ما يثبت بأن المريض رفض البقاء في المستشفى لمواصلة العلاج⁽³⁾.

تري الباحثة بان الدليل الكتابي في مثل هذه الحالات يعود بفائدة عظيمة لكلا الطرفين، ففيه إظهار للمريض أنّ الأمور جدية، الأمر الذي قد يدفعه إلى التراجع عن موقفه. وبالنسبة للطبيب فهو دليل على أنه حاول إقناع المريض، إلا أنه أصرّ على الرفض. فهي وفقاً لمبدأ الحيطة والحذر تحقق أكثر من هدف، إذ تعتبر تذكير مستمر للمريض، كما أنّ المعلومة المكتوبة تكون واضحة ومحددة وتبين أهميتها وضرورة الحرص على تنفيذها كما تساعد الطبيب على إثبات قيامه بالوفاء بالتزامه.

(1) KNOPE A, KARLZ Ph, op-cit, p 4.

(2) Alain K, Philippe K, op-cit, p 7.

(3) قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 جانفي 1976 تحت رقم 49. نقلا عن محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 41.

الفصل الثاني

ضمانات احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي

ما يؤكد رغبة التشريعات في ضمان احترام إرادة المريض قبل التدخل الطبي وجعله صاحب القرار المتعلق بصحته، هو الاهتمام المتزايد والمستمر بالالتزام بالحصول على رضا المريض الحر والمتبصر. يظهر هذا من خلال جعل الالتزام ينصب حول كل عمل طبي ولو كان بسيطاً ومتداولاً. ليشمل بذلك كل التدخلات الطبية بدون استثناء. غير أنّ أحكام الرضا تعرف تنظيمًا خاصًا، عندما يتعلّق الأمر بالأعمال الطبية الخطرة.

أحاطت التشريعات الإرادة في مثل هذه التدخلات الطبية بمجموعة من الضمانات الشكلية والموضوعية، من خلال اشتراطها شكلاً خاصاً في التعبير عن الإرادة، وربط الأهلية فيها بشروط معينة خاصة لا تتطلبها الأعمال والتدخلات الطبية العادية. كما أنّ خطورتها تتطلب إحاطة المقبل عليها علماً بكل تفاصيلها، وهو ما يسمح له بالمقارنة بين الأقدام أو الأحجام عن بصيرة يمنح له حق التراجع أو العدول عن الموافقة (مبحث أول).

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، وإنّما امتد إلى توسيع حق المريض في التعبير عن إرادته التي يجب على الطبيب أن يحترمها ولو كان المريض غائباً عن الوعي غير قادر على التعبير عنها مباشرة.

يكون التعبير عن الإرادة من طرف المريض أو المقبل على التدخل الطبي لكن قد يصادف الطبيب مريضاً غائباً عن الوعي وغير قادر على التعبير المباشر عن إرادته. فضمننا لاحترام إرادة المريض في كافة حالاته وأحواله، قررت التشريعات حق التعبير المسبق للإرادة قبل إصابته بأي مرض، وتخويل شخص آخر يعبر عنها. أو عن طريق وضع توجيهات مسبقة مكتوبة يعبر فيها عن إرادته وبما أن العمل الطبي عمل شخصي متصل بجسم الإنسان، فإنّ التشريعات سعت أيضاً إلى ضمان احترام إرادة القاصر في التدخل الطبي، ما يكرّس أيضاً قدسية جسم الإنسان وإخراجه عن المعاملات المالية (مبحث ثاني).

المبحث الأول

ضرورة الحصول على الرضا عن كل تدخل طبي

يعرّف العمل الطبي بأنّه ذلك العمل الخاص بمهنة الطب⁽¹⁾. أو ذلك العمل الذي يقوم به شخص مؤهل بغرض الوصول بالمريض إلى الشفاء⁽²⁾. والذي يستند إلى الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطب. فالجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميّز الطب عن السحر والشعوذة⁽³⁾.

لكن رغم ما حقّقه الأعمال الطبيّة من تطورات ملحوظة فعّالة لا يستهان بها ولا ننكر فضلها على البشرية جمعاء، ذلك بتمكّنها من القضاء على عدّة أمراض، إلّا أنّ هذا لم يمحّ الصفة الاحتمالية للعمل الطبي الذي لا يعرف احتمال الصفر⁽⁴⁾، لتوقف نجاحه على عدّة عوامل أهمّها مناعة ومقاومة جسم المريض، وكذلك لكون أسرار هذا العلم وأسرار جسم الإنسان كثيرة لم تكتشف بعد. لذلك يستوجب كل تدخل طبي الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض (مطلب أول).

ولقد أحرز التطور الحاصل في مجال الطب تدخلات طبية حديثة، تمس أكثر بحرمة جسم الإنسان لخطورتها، التي مردّها أما عدم حاجة الشخص لها، وإقتصار الهدف منها في مساعدة شخص آخر وتحقيق مصلحة إجتماعية والمساهمة في تطوير الطب. وإما غياب أي مصلحة علاجية منها. إذ لا بدّ أن يستوفي الرضا شروط موضوعية خاصة، وأخرى شكلية ضمانا للرضا الحر والمتبصر للمريض فيها (مطلب ثاني).

(1) Dictionnaire de la langue française, le petit Robert, Juin 1996.

(2) C'est « l'acte posé par un homme qualifié en vue de guérir autrui » V.R.J Savatier. In AUBY (J.M) et PEQUINOT (H), traité de droit médical, librairies techniques, France, 1956, p 1.

(3) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 23.

(4) FLOUZAT-AUBA M.D, TAWIL S.P, op-cit, p 7.

المطلب الأول

تطور مفهوم التدخل الطبي

ينصب العمل الطبي على جسم الإنسان ويشكل مساسا به، فلا يعتبر مشروعاً إلا إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة وهي علاج المريض. فإذا انتفى قصد العلاج فإن فعل الطبيب يخرج من دائرة الإباحة ويخضع لنص التجريم. وهو ما لا يطبق في الدول الأنجلو ساكسونية⁽¹⁾، التي لا تضع أي شرط آخر لمشروعية التدخل الطبي ماعدا رضا المريض، ولقد صاحب تطور الطب ومهارة الأطباء ازدياد رغبات وتطلعات المرضى لذلك تطور مفهوم العلاج (فرع أول).

لا يمكن للطبيب أن يتدخل في غياب غاية العلاج إلا في الحالات المحددة قانوناً. إذ دفعت الوظيفة الاجتماعية لمهنة الطب إلى الترخيص وإجازة بعض الأعمال الطبية التي تحقق مصلحة المجتمع، كما لم يعد العمل الطبي يقتصر على فكرة العلاج إنما تعداه لغاية أوسع وهي ضمان الحياة الحسنة للفرد (فرع ثاني).

الفرع الأول

التدخل الطبي العلاجي

يعرّف العلاج على أنه: «مجموع الوسائل العلاجية والوصفات التي يستعملها الطبيب بهدف شفاء المريض»⁽²⁾. ولا يقتصر العلاج على تخفيف الألم الجسدي وإنما يشمل أيضا الألم النفسي. فلا يمكن أن ننكر بأن المعاناة والألم يشمل بالإضافة إلى الجانب الجسدي الجانب الروحي والنفسي، وهو ما يؤثر على صحة وحياة الفرد فلا يمكن فصل الروح والنفس عن الجسد⁽³⁾ (أولاً). فالأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً أي يستهدف التخلص

(1) BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, Nouvelles frontières de la santé nouveaux rôles et responsabilités du médecin, éd Dalloz, 2006, p 208.

(2) نقلاً عن رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 23.

(3) « Il est difficile de nier que la souffrance constitue un phénomène physique, psychique et existentiel global qui affecte l'être entier, pris comme un tout, corps et âme indissolublement liés ». In LAGREE J, Le médecin, le malade et le philosophe, Bayard, France, 2002, p 152.

من المرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف ألأمه. ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض لذلك فهو يشمل إلى جانب العلاج الوقاية من الأمراض⁽¹⁾ (ثانياً).

أولاً/ العلاج دواء للمرض

1) العلاج هو التكفل بالألم الجسدي

يستوجب كل عمل طبي علاجي مهما كان بسيطاً، متداولاً أو معروفاً رضا وموافقة المريض حسب نص المادة 154 من ق.ح.ص.ت التي تنص عما يلي:

«يقدّم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...».

كان نص المادة 343 من قانون الصحة الجديد أكثر وضوحاً. إذ جزم بأن أي عمل طبي أو علاجي يستلزم الموافقة الحرة و المتبصرة إذ تنص على ما يلي:

« لا يمكن القيام بأي عمل طبي و لا بأي علاج دون الموافقة الحرة و المستنيرة للمريض".

يشمل التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض كل عمل طبي علاجي. ومرد توسيع هذا الالتزام، أنّ كل علاج مهما كان بسيطاً ينطوي على خطر⁽²⁾.

يعد العلاج وإزالة الألم الهدف الذي يسعى إلى الوصول إليه كل مريض يلجأ إلى الطبيب، لذلك يلتزم هذا الأخير ببذل كل عنايته اليقظة والوجدانية والتناسبة مع متطلبات

(1) بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 55.

(2) فيلالى علي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج 36، العدد 03، جامعة الجزائر، 1998، ص 44.

العلوم الطبية وأن يضع كافة إمكانياته المادية والمعرفية، في خدمة صحة هذا المتألم⁽¹⁾ والوصول به إلى بر الشفاء.

تعتبر حرية الطبيب في وصف واختيار العلاج مبدأ قانوني كرّسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 11 من م.أ.ط، إلا أنها مقيدة بضرورة تحقيق مصلحة المريض منها وجوب أن لا يمارس الطبيب مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج⁽²⁾. كما لا يجوز للطبيب أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته وإمكانياته وخبرته⁽³⁾.

قد يصادف الطبيب حالات مستعصية، لعدم وجود دواء معروف أو متداول، يكفل علاج أو شفاء المريض، إلا أنّ علم الطب لا يتوقف أمام هذه الصعوبات، وإنما يجتهد ويبحث لإيجاد دواء كفيل بإزالة الألم على المريض، بتجريب عدّة أدوية وطرق كفيلة بالوصول إلى هذا الغرض من خلال التجربة العلاجية.

يقصد بالتجارب العلاجية تلك الوسائل الحديثة التي يستخدمها الطبيب على حالة مرضية خفقت في علاجها الوسائل التقليدية المعروفة⁽⁴⁾. فاللجوء إلى الطرق الجديدة هو بهدف الحصول على نتيجة طبيّة لم يكن سيحصل عليها بالعلاج التقليدي⁽⁵⁾.

لم يتقدم علم الطب والدواء بصورة خاصة إلا بفضل التجارب، التي لا يمكن الاستغناء عنها على حد قول سافتييه: «أنّه من طبيعة العمل الطبي أن يكون فيه مخاطر في نطاق المعالجة ونطاق البحث وهو الأمر الذي يقتضي إجراء التجارب»⁽⁶⁾.

تعتبر التجربة الطبيّة العلاجية تلك التي يجريها أو يباشرها الطبيب، بقصد علاج المريض، لكن باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي يفتقد فيها إلى دواء

(1) حمليل صالح، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د تا، ص 77.

(2) راجع المادة 14 من م.أ.ط.

(3) راجع المادة 16 من م.أ.ط.

(4) فايد أسامة عبد الله، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص 306.

(5) صلاح الدين الشيخ إيمان، مرجع سابق، ص 74.

(6) قشي علال، المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علميّة حديثة وعند المساس العمدي بالكمال الجسدي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 171.

معروف كفيل بتحقيق الشفاء⁽¹⁾. فمن خلال هذه التجربة يبحث الطبيب على وسائل حديثة وبعد تجربتها في المعمل، تستخدم على المريض ويطلق عليها الأطباء التجريب العلاجي أو التشخيصي، إذ أنّ الهدف منها هو إجراء التشخيص وإيجاد علاج للمريض⁽²⁾.

تعتبر التجارب التي يجريها الطبيب على المريض بهدف الاستقرار على الوسيلة الأكثر تناسبا مع حالته والأنسب في تحقيق الغاية المنشودة، مشروعة ومسموح بها، لأنّه يهدف من ورائها أساسا إلى العلاج والشفاء وليس التجريب⁽³⁾، كما لا تكون محلا لإثارة مسؤوليته طالما أنّه اتبع في ذلك الشروط الأساسية لتنفيذ أي علاج جديد⁽⁴⁾.

تقتضي إحدى هذه الشروط قبل تجريب أي علاج جديد أن يكون قد استوفى مرحلة الدراسات البيولوجية الملائمة تحت رقابة صارمة ومن ثمة يجرب على هذا المريض بعد التوصل إلى أنّ هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة عليه⁽⁵⁾.

فلا يجوز للطبيب أن يختار أسلوبا جديدا للعلاج بمجرد التجربة، بل لا بد أن تستدعيه حالة المريض لقصور وعجز الطرق التقليدية⁽⁶⁾، كما لا يمكن له التذرع وتبرير اللجوء إلى علاج جديد لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع⁽⁷⁾.

تظهر أهمية هذه التجارب العلاجية في أنّها المحرك الأساسي للبحث على أفضل السبل للعلاج. وأنّ تجريب هذا النوع من الأعمال يؤدي إلى ركود العلم والقضاء على روح الابتكار لدى العلماء وتحريم الإنسانية من علاجات جديدة⁽⁸⁾.

أجاز المشرع الجزائري هذا التجريب العلاجي في نص المادة 168 مكرر فقرة 1 المعدلة بقانون 90-17 التي تنص عمّا يلي: «ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 694.

(2) رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 138.

(3) عبد القادر حسني إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الإصابة بالفيروسات، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، 2008، مصر، ص 103.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 67.

(5) راجع المادة 18 من م.أ.ط.

(6) ميرفت منصور حسن، مرجع سابق، ص 27.

(7) صلاح الدين الشيخ إيمان، مرجع سابق، ص 72.

(8) مواسي العلة، التعامل بالأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 104-105.

والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب».

لم تكتف هذه التجارب العلاجية بإزالة الألم أو التخفيف منه ولا حتى الوقاية منه وإنما امتدت إلى زرع الأمل في حياة من تسرب اليأس إلى نفوسهم وهذا بفتح الباب أمام علاج العقم الذي يعرف بأنه عدم قدرة الزوجين على الإنجاب في صورته الطبيعية إما بصفة دائمة أو مؤقتة لأسباب قد تعود إليها أو لأحدهما رغم الاتصال الجنسي بينهما وعدم استعمالهما لموانع الحمل⁽¹⁾ بفضل تقنية التلقيح الصناعي.

حلت هذه التقنية الطبية محل الخطوات الطبيعية للإنجاب وساعدت في تحقيق رغبة الكثير من الأشخاص في تكوين أسرة، والتي عرفت تطورا كبيرا، إذ يمكن إجراؤها بين طريقتين داخلية وخارجية. فالأولى هي نقل النطفة الذكرية للزوج إلى موقعها المناسب في رحم الزوجة، إذا كان الزوج يعاني من نقص الخصوبة. أما الثانية فهي تتم بواسطة أنبوب اختبار طبي، عن طريق وضع نطفة الزوج وبويضة الزوجة في أنبوب اختبار، ويتم بعد فترة زمنية نقل البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة، لتتمكن من النمو الطبيعي. كما امتدت إلى إمكانية استعمال من الزوج بعد وفاته حفاظا على نسله أو عن طريق اللجوء إلى الغير بأن تكون النطفة أو البويضة من شخص أجنبي عن الزوجين⁽²⁾.

نشير إلى أن المشرع الجزائري واكب هذا التطور الطبي ورخص بمثل هذه التقنية من خلال إجازتها في نص المادة 45 مكرر من تقنين الأسرة⁽³⁾ لكنه وضع شروطا وضوابط تظهر منعه للتلقيح بعد الوفاة واللجوء إلى غير الزوجين للقيام بالتلقيح الصناعي لما تثيره هذه العمليات من إشكاليات دينية واجتماعية وأخلاقية وحتى قانونية. إذ تنص المادة 45 مكرر من تقنين الأسرة على ما يلي:

- (1) عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 76 و 77.
- (2) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012-2013، ص 7 و 8.
- (3) أمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005.

« يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية: أن يكون الزواج شرعياً.

يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما. أن يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة».

تيقنت ضرورة الإشارة إلى هذه التقنية الطبية الحديثة، لما يمثلته الرضا من أهمية في مثل هذا التدخل الطبي، إذ يعد شرطاً ضرورياً من عدة جوانب جمعها البعض⁽¹⁾ في ضرورة انتساب الولد إلى أبيه وفي كون جسم الزوجة محل لإجراء هذه العملية أكثر من ذلك فإن رضا الزوجين هو مراعاة لمصلحة الولد الذي يستقبل من طرفهما وبرايعته ويعتنيان به.

تطور أيضاً مفهوم العمل الطبي العلاجي ليشمل أعمالاً أخرى تكون فيها غاية العلاج تخص شخصاً آخر غير الذي خضع للعمل الطبي. إذ اعتبر القانون القيام بأعمال طبيّة على جسد شخص سليم لمصلحة آخر أعمالاً طبيّة علاجية مثل نقل⁽²⁾ وزرع⁽³⁾ الأعضاء البشرية⁽⁴⁾.

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، من بين الأساليب الطبيّة التي تطورت بشكل ملحوظ⁽⁵⁾، نتيجة تقدم العلوم الطبيّة والبيولوجية والتي مكّنت من إنقاذ البشرية من

(1) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي...، مرجع سابق، ص 81.

(2) هي استبدال العضو المصاب بأخر سليم سواء بنقله من شخص سليم أو من ميت وزرعه في جسد المريض الذي يحتاج إليه. نقلاً عن: سرور طارق، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 03.

(3) يراد بزرع الأعضاء من الناحية الطبيّة ما يلي: «نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع وزراعتها في جسم شخص آخر لتقوم مقام العضو أو الأنسجة التالفة في جسمه». وللإشارة فإن واقعة قتادة بن النعمان يمكن أن تذكر كأول عملية زرع للأعضاء في التاريخ الإسلامي، حيث روى البيهقي في سننه «أن قتادة بن النعمان -رضي الله عنه- أصيب عينه يوم بدر وقيل يوم أحد فندرت حدقته فأخذها في راحته إلى النبي - صلى الله عليه وسلم- وأعادها إلى موضعها، فكانت أحسن عينيه واحدهما بصراً». نقلاً عن أقروفة زبيدة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 342.

تعود أول عملية ناجحة لزراعة الكلى إلى سنة 1954 وذلك في بوسطن وتلتها عملية زرع البنكرياس سنة 1966 وبعدها عملية نقل ناجحة للكبد سنة 1967 وهي نفس السنة التي عرفت أول عملية زرع قلب ناجحة من طرف الدكتور كريستيان برنارد CHRISTIAN Bernard لمريض يبلغ 54 سنة وتمت في جنوب أفريقيا. راجع اسميكاوي فضيلة، الاطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 06.

(4) عرّف مجمع الفقه الإسلامي العضو بأنه: «أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلاً به أو منفصلاً عنه» نقلاً عن حسن عودة زغال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2004، ص 50.

(5) قام أحد الأطباء الأوكرانيين Vornoy في عام 1933 بنقل كلية من جثة إنسان ميت إلى أحد المرضى حيث استمرت هذه الكلية بالعمل لمدة 6 ساعات فقط. وبعد فشل النقل من جثة الموتى تحوّل الأطباء إلى إجراء عمليات النقل من الأحياء. فقد قام الجراح Jean Hamburger في باريس عام 1952 بنقل كلية أم إلى ابنها وقد استمر عمل الكلية لمدة 25 يوماً غير أنّ المفاجأة الكبرى في مجال تاريخ زراعة الأعضاء ظهرت عام 1987 عندما قام الجراح كريستيان بيرنارد بنقل قلب في مستشفى جوها نسبرغ بجنوب إفريقيا وذلك من ميت وزرعه في إنسان حي. في =

أمراض مستعصية وموت محقق⁽¹⁾ كونها الوسيلة الوحيدة لمعالجة مرضى مصابين بعزل لم تجد معهم وسائل العلاج التقليدية، فهناك من الأمراض ما يكون سببها تعطل عضو عن عمله⁽²⁾. يحتاج إلى زرع عضو آخر يؤدي الوظيفة.

ارتفعت نسبة نجاح هذه العمليات بعد اكتشاف عقار السيكلوسبورين الذي ساعد في تكييف العضو الجديد الذي تم نقله من جسم إلى آخر مع باقي أعضاء الجسم⁽³⁾.

تعتبر هذه العمليات من أبرز المواضيع الطبية وأهمها، لما تلعبه من دور إنساني كبير في إنقاذ المرضى، وهي من المسائل الحساسة لاتصالها بالأحياء والأموات⁽⁴⁾. لذلك عرفت اهتماما كبيرا من خلال عقد عدة مؤتمرات⁽⁵⁾ وملتقيات توضح أهمية هذه العمليات.

تستند عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لإجازتها إلى الترخيص القانوني. فأساس إجازة هذه الأعمال الخطرة التي يقوم بها الأطباء على أجساد مرضاهم هي الرخصة والتنظيم القانوني لها، لذلك قامت العديد من الدول⁽⁶⁾ بتنظيمها باعتبارها إحدى الوسائل المنقذة للبشرية.

=عام 1935 أجرى الجراح EZIRRA أول عملية ترقيع قلبية لإنسان. في عام 1951 قام الجراح الأمريكي Mory في مدينة بوسطن الأمريكية بنقل كلية من أخ إلى أخته التوأم وكانت العملية ناجحة. في عام 1963 قام الدكتور Tomas Starza باستبدال كبد بشري وفي نفس العام قام الجراح Jhardy بعملية زرع رئة كما أجرى الدكتور Keuy عملية لزرع البانكرياس. نقلا عن: معاشو لخضر، نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2015، ص 30.

(1) مواسي العلة، نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى، مرجع سابق، ص 322.

(2) بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص القانون الدولي وحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة احمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص 74.

(3) SEYDOUX Charles, GOY Jean Jacques, abrégé de transplantation cardiaque, éd médecine et hygiène, Genève, 1997, p 34.

(4) CHAMMARD Boyer MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, op-cit, p 211.

(5) انعقدت العديد من المؤتمرات منها المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي بالكويت عام 1981، والمؤتمر الأول للقانون الجنائي بمصر من 14 إلى 17 مارس 1987 المتعلق بمواجهة الأساليب الطبية الحديثة وهذا لدراسة الجوانب المختلفة المتعلقة بهذا النوع من الوسائل الطبية المستخدمة وما يترتب عنها من مشاكل دينية وقانونية واجتماعية وأخلاقية للوقوف على مشروعيتها والبحث في أحكام وضوابط مشروعيتها هذه العمليات ومعالجة تداعياتها. نقلا عن: إبراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 08.

(6) من بين التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية القانون الفرنسي الذي أصدر عدة نصوص تتعلق بهذا المجال أهمها قانون رقم 76 - 1181 المعروف بقانون Caillavet الصادر بتاريخ 1976/12/22 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء. فمن خلال المادتين الأولى والثانية منه أجاز نقل العضو من الأحياء والأموات مانعا في مادته الثالثة أن يكون ذلك بمقابل مالي وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون تناول بصفة أساسية عمليات نقل الكلى. لذلك أضاف المشرع الفرنسي القانون رقم 94-654 الصادر بتاريخ 29 أبريل 1994 من خلاله وسع من=

سمح هذا الترخيص القانوني بانتشار وتطور هذه العمليات في العصر الحالي حيث لا يكاد يوجد عضو أو نسيج إلا وتم استئصاله⁽¹⁾.

رخص المشرع الجزائري⁽²⁾ عمليات نقل وزرع الأعضاء سواء بين الأحياء أو الموتى إلا أنه ضبط هذه العمليات بجملة من الشروط الطبية⁽³⁾ والقانونية. ومن بين هذه الأخيرة ضرورة احترام إرادة أطراف العملية متبرع ومريض سواء كان الأول حيا أو ميتا. فبالنظر إلى أهمية هذه الأعمال فإن التشريعات نظمت ضرورة الحصول على الرضا عنها في مواد مستقلة.

فعوض تخصيص تنظيم لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كما نادى به جل الباحثين في المجال لما لهذه العمليات من تعقيدات وخصوصيات، إلا أن قانون الصحة

=عمليات نقل وزرع الأعضاء وفصل في تنظيمها محددا الشروط اللازمة لها. تلاه قانون العلوم الإحيائية رقم 800-2004. راجع في ذلك:

Loi n°76 1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, le 23 décembre 1976.

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médical à la procréation et au diagnostic prénatal jo 30 juillet 1994.

Loi n° 2004-800 du 06 Aout 2004, jo 7 Aout 2004. www.legifrance-gouv.fr.jurijudi.do?oldaction=rechurijudif idtexte=jur TTEXT 000022427844 f fast Reqld=248295651 fast pos=3.

- (1) عابد الديات سميرة، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 7.
- (2) لم ينظم المشرع الجزائري هذه العمليات في قانون مستقل وخاص وإنما اكتفى بمعالجتها ضمن أحكام قانون الصحة وترقيتها لسنة 1985، إذ عنون الفصل الثالث من الباب الرابع كما يلي: «انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها» والذي تضمن ثمانية مواد من المادة 161 إلى 168، كما أدخل بعض التعديلات على هذه العمليات بمقتضى تعديل هذا القانون بموجب قانون 17-90. إذ عدل المشرع المادتين 164 و165 من القانون رقم 85-05 كما أضاف أربع مواد جديدة وهي المادة 168 مكرر 1 إلى 168 مكرر 4 والتي تتضمن إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب المكلف بتقديم الآراء بشأن هذه العمليات. حيث كان الأطباء يستندون لإجازة هذه العمليات قبل صدور هذا التنظيم إلى فتوى المجلس الإسلامي الأعلى التي أجازت نقل الدم ونقل الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من الموتى. صدرت الفتوى بتاريخ 20 أفريل 1972. نقلا عن إفروفة زبيدة، زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 345.
- (3) نظرا لخطورة هذه العمليات وتطلبها وسائل طبية دقيقة ومتطورة فإن التشريعات قيدت اللجوء إليها في ضرورة كونها الوسيلة الوحيدة لعلاج المتلقي وهذا ما أكدته المادة 161 من ق.ح.ص.ت. كما يمنع القانون من خلال المادة 192 من ق.ح.ص.ت. تعريض صحة المتبرع والمريض للخطر. ضف إلى ذلك فبالرغم من عدم تحديد المشرع الجزائري للأعضاء محل النزاع فإن إصراره على عدم تعريض صحة وحياة المتبرع للخطر يظهر منع التبرع بالأعضاء التي تتوقف عليها حياة الشخص مثل القلب والرئة لذلك حصر الفقه الأعضاء محل التنازل في الأعضاء المزدوجة والمتجددة. ولأن ردود فعل الجسم مختلفة وعدم تطابق الأنسجة هي من الأسباب الطبية التي تحول دون نجاح هذه العمليات فإن القانون ومن خلال نص المادة 2/167 من ق.ح.ص.ت. ألزم بأن تنشأ في كل مركز أو مؤسسة مرخص لها للقيام بمثل هذه العمليات لجنة طبية تستند لها مهام تقرير طبي بضرورة الانتزاع والإذن بإجراء العملية ما يؤكد بأن الترخيص بمزاولة المهنة لا يكفي لقيام الطبيب بالنزع. وتأكيدا على أن حق الإنسان على جسده ليس من الحقوق المالية وأن قيمة الإنسان وصحته تسمو على المال ولا تقدر بمقابل أصر المشرع الجزائري من خلال المادة 2/161 من ق.ح.ص.ت. على الطابع المجاني لهذه العمليات وهو ما جرمه من خلال المواد 303 مكرر 16 و303 مكرر 28 من قانون العقوبات وهذا في إطار التضامن على منع وتثديد بظاهرة الاتجار بالأعضاء. من جهة أخرى وضمنا لصفة الإيثار والتضامن والمساعدة الإنسانية التي يحويها مصطلح التبرع وتجسيدها لمبدأ المجانية قامت أغلب التشريعات بالتأكيد على مبدأ السرية عند نقل عضو من المتوفي إلى الحي وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 165 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت. وهو ما لا يمكن تطبيقه عندما يتعلق الأمر بنقل الأعضاء بين الأحياء لكون القرابة شرط أساسي لنجاح هذه العمليات كان على المشرع تخصيص مواد له.

الجديد اكتفى بتخصيص القسم الأول للأحكام المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية المكون من 11 مادة من المادة 355 إلى المادة 367 ضمن الفصل الرابع الموسوم بالبيوأخلاقيات، والتي عرفت بها المادة 354 منه على أنها كافة التدابير المرتبطة بالنشاطات المتعلقة بنزع الأعضاء وزرعها والأنسجة والخلايا والتبرع بالدم البشري ومشتقاته واستعمالهما والمساعدة الطبية على الإنجاب والبحث البيوطبي. أكد من خلال هذا التنظيم على مبادئ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و هي تحقيق الغرض العلاجي⁽¹⁾ ومبدأ المجانية⁽²⁾ والموافقة الحرة والمتبصرة لأطراف العملية⁽³⁾.

يجب احترام إرادة المتبرع سواء كان حيا أو ميتا، فإذا كانت الموافقة الصريحة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة، فإنها كذلك ضرورية للاقتطاع من جثته بعد مماته. إذ تحظى جثته أيضا بحماية واحترام أكبر، وهذا بمنع أي تلاعب واستغلال لها، بل ويعاقب جنائيا كل من يقوم بانتهاكها وهذا يدخل ضمن احترام حرمة الموتى ولأن الغاية من المساس بها في إطار نقل وزرع الأعضاء البشرية نبيل نفى البعض⁽⁴⁾ أن يشكل هذا نقصا أو انتهاك لجثة المتوفى.

2) العلاج هو التكفل بالألم النفسي

يعتبر التكفل بالألم النفسي من ضمن أهداف رسالة الطبيب التي حددتها المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب حين أشارت إلى ضرورة تخفيف الطبيب من معاناة المريض⁽⁵⁾. فالمعاناة النفسية كانت المبرر الذي أسس عليه الأطباء مناداتهم بجعل الجراحة التجميلية⁽⁶⁾ الترميمية مشروعة ويطلق عليها أيضا الجراحة التصليحية⁽⁷⁾.

(1) راجع المادة 355 من قانون الصحة الجديد.

(2) راجع المادة 358 من قانون الصحة الجديد.

(3) راجع المواد 360 و 364 من قانون الصحة الجديد.

(4) شهاب باسم، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 557 و 558.

(5) راجع المادة 7 من م أ خ ط ج.

(6) جراحة التجميل Chirurgie esthétique هي في الأصل كلمة يونانية مكونة من مقطعين الأول Keirurgia ويقصد به العمل اليدوي والثاني Aisthétikos ويعني القدرة على الإحساس المتولدة من الشعور بالجمال. نقلا عن محمد سامي الشواء، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 146.

(7) عيشاوي وفاء، مرجع سابق، ص 257 و 258.

تسمى هذه الجراحة جراحة التشوهات (Chirurgie des malformations)⁽¹⁾. لأنها ترمي إلى إصلاح عضو ملتوي أو معوج، أو إعادة الشكل الطبيعي إليه كفصل الأصبعين الملتصقين، إزالة الأصبع الزائد، فهي التي تهتم بالجانب الإنساني بما أنّها تحاول إعطاء الشكل الطبيعي للعضو المشوه أو المعيب. وتمنح لهذا الشخص سلوكا وإمكانيات اجتماعية طبيعية.

فبفضل الجراحة التقويمية للعضو تعالج الحالة النفسية للشخص، الذي يكون منطويا ومنعزلا عن المجتمع بفعل قبح شكله، الناتج عن حادث أو عملية بتر، كحالة استئصال ثدي لامرأة بسبب مرض خبيث. هذا ما يجعل المرض يأخذ صورة أخرى هو المرض النفسي الذي يجعل من هذه الجراحة التي تخفف منه أو تشفيه تماما ترقى إلى درجة الجراحة العلاجية.

يترتب على هذا أنّ ذلك العمل الطبي الذي يؤدي إلى التخلص من الآلام النفسية التي تسببها عاهة أو تشوه جسدي عملا طبيا علاجيا. كما يعد الشخص الذي يلجأ إلى الجراحة البلاستيكية مريضا، وما يؤكد هذا التكييف هو أنّ الجراحة البلاستيكية التقويمية لا تقتصر فقط على العيوب الظاهرة وإنّما تمتد إلى عيوب داخلية، كتضخم الأعضاء التناسلية أو تمزق غشاء البكرة⁽²⁾، أو وضع امرأة لثدي اصطناعي بعد مرض السرطان. فهي أعمال طبيّة علاجية لما تأتيه من منفعة لإعادة العضو المشوه إلى وظيفته أو إعادته إلى طبيعته، وذات بُعد جمالي لما تتركه من أثر⁽³⁾.

فبالرغم من أنّ الصحة تختلف في مظاهرها وخصائصها عن الجمال فهي تتصل به أحيانا، وذلك من ناحية ما يمكن أن تتركها البشاعة من أثر نفساني تتجلى في شكل مرض في الإنسان⁽⁴⁾. فالجراحة التجميلية تدّوي الروح والنفس عن طريق تجديد بنية الجسم⁽⁵⁾.

(1) GRIGAUT Pierre Françoise, La chirurgie esthétique et plastique «Que sais-je» Le point des connaissances actuelles, P.U.F, Paris, 1970, p 09.

(2) VERONIQUE Lesueur, Victime de la médecine, enquête sur l'erreur médical, éd Le pré aux clercs, Paris, 1998, p 143.

(3) حنا منير رياض، مرجع سابق، ص 24.

(4) الحسني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 170.

(5) «La chirurgie esthétique traite l'âme à travers la restructuration du corps».

نقلا عن بومدين سامية، مرجع سابق، ص 26.

كما أنّ تطور مهنة الطب نحو التكفل بالمعاناة النفسية للشخص له معنى فالحياة لا تقتصر على السلامة البيولوجية⁽¹⁾ وإنّما تمتد إلى قيم ومبادئ أخرى شخصية خاصة.

ثانيا/ العلاج مواجهة لأعراض المرض

الأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف ألأمه. ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض لذلك فهو يشمل إلى جانب العلاج الوقاية من الأمراض⁽²⁾.

كان ينحصر مفهوم العلاج على مداواة المرض إلا أنّه تعدى ذلك إلى مواجهة أعراض هذا المرض قبل استفحاله بمجرد ظهورها أو الوقاية منها قبل ظهورها⁽³⁾. إذ مكّن علم الوراثة من التعرف على احتمال أو إمكانية حدوث مرض ما يستقصي الطبيب أمر حدوثه من خلال التحاليل الطبية المعقدة ويقوم بتوجيه المعني وتقديم أدوية لمنع ظهور المرض عنده عن طريق مثلا التطعيمات الإجبارية.

لذا فإنّ العمل الطبي الوقائي لا يمكن فصله عن العمل الطبي العلاجي، لأنّ هدفهما واحد هو تحقيق مصلحة مشروعة للمريض. فالأوّل يهدف إلى منع ظهور المرض والثاني يهدف إلى القضاء عليه. وهو ما أكّده القضاء الفرنسي مؤخرا بمقتضى قرار 6 جوان 2000 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الذي وسّع من مفهوم العلاج ليشمل التكفل بالألم ولذا فمداواة أعراض المرض يشكل علاجاً⁽⁴⁾.

(1) La vie ne peut être réduite à la seule vie biologique mais concerne aussi la vie personnelle que Spinoza définissait comme: «Celle qui ne se définit pas uniquement par la circulation du sang et par les autres fonctions communes à tous les animaux mais essentiellement par la raison et par la vertu ». In LAGREE J, op-cit, p 22.

(2) بورويس العيرج، مرجع سابق، ص 55.

(3) راجع المادة 8 و 27 من ق.ح. ص.ت.

(4) Civ 1^{er} 6 juin 2000 in BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, op-cit, p 209.

الفرع الثاني

التدخل الطبي غير العلاجي

تطور مفهوم التدخل الطبي ليشمل أعمالاً أخرى تعتبر طبيّة حتى وإن كان مفهوم العلاج يغيب عنها. فضرورة التقدم العلمي واكتشاف سبل أخرى لعلاج المرضى والقضاء على عدّة أمراض استدعت إجراء تجارب طبيّة على جسم شخص غير مريض بغية تحقيق مصلحة اجتماعية (أولاً). كما اتخذ التدخل الطبي شكلاً آخر من الأعمال تخلو من كلا الصفتين، سواءا العلاج أو تحقيق مصلحة للمجتمع وإنّما تهدف إلى تحقيق راحة للشخص وتحسين حياته لتكون خاصية الترفيه الخاصة الأكثر بروزاً في مثل هذه التدخلات (ثانياً).

أولاً/ التدخل الطبي لمصلحة اجتماعية

تطورت العلوم الطبيّة وتم التعرف على عدّة أمراض ومسبباتها وكيفية معالجتها. واكتشفت الأدوية الناجعة للوقاية منها ولم يكن ذلك يتم لو لا الأبحاث⁽¹⁾.

تعتبر التجارب الطبيّة العلمية جزء من هذه الأبحاث، والتي تعرّف بأنّها تلك التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو على مريض دون ضرورة تمليها حالته، وإنّما الهدف منها هو اكتساب معارف جديدة، أي إشباع فضول علمي أو تنمية المعرفة الطبيّة أو المساهمة في ذلك أي إشباع فضول علمي عن طريق تجريب مستحضر جديد على إنسان صحيح أو مريض لا يحتاج إليه دائماً، وهذا لتجريب مدى فعالية هذا المنتج أو المستحضر⁽²⁾. ما يجعل منها وسيلة الغرض منها كشف أو تطبيق وسيلة حديثة من طبيعة علمية بحثية⁽³⁾.

رخصت أغلب التشريعات مثل التشريع الجزائري⁽⁴⁾ بهذه التجارب الطبيّة نظراً لأهميتها العلمية البالغة في تطوير العلوم الطبيّة، وتحقيق فوائد علمية للبشرية جمعاء إلا أنّها

(1) يعرف البحث بوجه عام بأنّه: «تلك الإجراءات والأعمال الفنيّة التجريبية أو النظرية التي تهدف إلى الكشف عن الحقيقة أو جمع المعطيات العلمية أو اختبار مدى فرض معين أو الوصول إلى المعرفة بشأن حالة أو ظاهرة معيّنة».

نقلاً عن بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 251.

(2) عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 76 و 77.

(3) قشي علّال، مرجع سابق، ص 172.

(4) تنص المادة 1-168 من قانون 90-17 على ما يلي: «يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم

الممارسة الطبيّة أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي».

ضبطت بمجموعة من الشروط⁽¹⁾ نظرا للهدف العلمي البحث. من بينها ضرورة الحصول على الرضا الحر والمتبصر للخاضع لها لما تنطوي عليه هذه الأعمال من مساس بالسلامة البدنية للشخص، إذ يعتبر الرضا في مجال التجارب الطبية ضمان إجرائي⁽²⁾. تضمنته نص المادة 168 مكرر 2 من قانون 90-17 التي تنص عما يلي:

«يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي

تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة»

نظمت التجارب الطبية بصفة مفصلة في القرارات الصادرة عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات⁽³⁾. والتي بينت كيفية تنظيم هذه التجارب والإجراءات اللازمة والأماكن المناسبة لإجرائها مع إرسائه للقواعد الحسنة للتطبيقات السريرية.

يجد هذا التنظيم الخاص بالحصول على رضا الشخص في مجال التجارب الطبية مبررا له في الخطورة البالغة التي تنطوي عليها هذه الأعمال وأثرها على صحة الإنسان وحياته إذ لا بد على الطبيب احترام إرادة الخاضع لها قبل الإقدام عليها⁽⁴⁾.

ثانيا/ التدخل الطبي الترفيهي

وسّعت المنظمة العالمية للصحة في مفهوم ونطاق الصحة إذ عرّفها كما يلي: «الحالة التي تشمل، راحة الجسم، العقل والحالة الاجتماعية ولا تقتصر فقط على مرض أو

(1) أهم هذه الشروط احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية أثناء القيام بالتجريب كما لا بد من الحصول على الرأي المسبق للمجلس الوطني الأخلاقيات العلوم الطبية مع وجوب حصول المشرف على التجربة على ترخيص من وزارة الصحة، بالإضافة إلى احترام الظروف التي تسمح بالظفر برخصة التجريب، كما فصلت القرارات الوزارية المذكورة سابقا الإجراءات اللازم إتباعها والأماكن المناسبة لإجرائها بالإضافة إلى تحديد الأشخاص الذين يتولون تنظيم هذه التجارب على أي مقابل مالي مباشر أو غير مباشر جراء هذه التجارب باستثناء المصاريف التي يتكبدها الخاضع لها راجع المواد 168 من قانون الصحة وكذا المواد 4، 5 و 8 و 12 و 16 و 35 من القرار الوزاري رقم 387 المؤرخ في 2006/07/31، يتعلق بالتجارب السريرية.

(2) مواسي العلبة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 43.

(3) قرار رقم 387 المؤرخ في 2006/07/31، يتعلق بالتجارب السريرية.

قرار رقم 388 المؤرخ في 2006-07-31 يحدد شروط إجراء التجارب السريرية.

قرار رقم 200 المؤرخ في 2009/07/25 يعدل القرار 112 بتاريخ 22 أكتوبر 1995، يحدد القواعد الحسنة

للممارسات السريرية. منشورة على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99-hm>

(4) العبيدي زينة غانم بونس، مرجع سابق، ص 172.

عجز⁽¹⁾. وهو ما يفسر أنّ لجوء الشخص إلى الطبيب لا يكون فقط بهدف العلاج⁽²⁾، وأنّ مفهوم العمل الطبي لم يعد يقتصر على فكرة الدواء وإنّما تعداه لغاية أوسع وهي ضمان الحياة الحسنة للفرد⁽³⁾، من خلال أعمال تعتبر من الكماليات مثل العمليات الجراحية التجميلية التحسينية.

نكون بصدد جراحة تجميلية تحسينية عندما يأتي شخص لأجل إجراء جراحة لسبب لا يستحق حتى نعتة بتشوه لأنّه لا يثير أي عائق وظيفي لهذا العضو. ليكون الهدف الأول والأخير هو تحسين المظهر وتزيين المظهر الخارجي لجسم الإنسان⁽⁴⁾ والحصول على صورة أجمل وهذا ما يعطي لهذه الجراحة تكييف التجميل دون منازع⁽⁵⁾. لذلك فالمقبل عليها يعتبر زبونا وليس مريضا فهو متمتع بكافة قواه وبكامل صحته.

لا توجد أية مصلحة علاجية ولا اجتماعية للمقبل على العمليات الجراحية التجميلية التحسينية، لكن أمام إصرار المجتمع وإقبال الأشخاص عليها قامت بعض التشريعات بترخيص القيام بها مثل التشريع الفرنسي وهذا بمقتضى تعديل قانون الصحة العامة بقانون 21 جويلية 2009⁽⁶⁾. كما ظهرت أيضا رغبته في إقحام مثل هذه العمليات ضمن الأعمال الطبية حتى قبل الترخيص بها في استبداله مصطلح علاجي Thérapeutique بمصطلح طبي Médical⁽⁷⁾، وكذا إضافة مصطلح مستعملي الصحة⁽⁸⁾، إذ أنّ مصطلح المريض لا يكفي للتعبير على الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى العلاج.

(1) L'organisation mondiale pour la santé, considère que la santé est: «un état de complet, bien être physique, mental, social, et ne consiste pas seulement à une absence de maladie ou d'infirmité». In MRDARD NAGABA Lucien, chirurgie esthétique et reconstructrice, La responsabilité médicochirurgicale, ed. L'Harmattan, Paris, 2009, p 34.

(2) DEKEUWER-DEFOSSEZ F, «De quelques difficultés dans les relations entre droit et médecine », l'Harmattan, Paris, 1999, p 3.

(3) BELLIVIER Florence NOIVILLE Christine, op-cit, p 211.

(4) الذيب جمال، الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2 كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 207.

(5) GRIGAUT Pierre François, op-cit, p 12.

(6) Loi hospitalière n° 2009-879 a inséré dans le code de la santé publique un titre spécifique concernant la «Prévention des risques liés a certaines activités diagnostiques, thérapeutiques ou esthétiques». **Erreur ! Référence de lien hypertexte non valide.**427844f fastReqld=248295651fast pos=3.

(7) Art 16-3 du C.C.F.

(8) « Droits des personnes malades et des usagers du système de santé » العنوان الأول من قانون 4 مارس 2002.

لا يمكن للطبيب أن يتدخل في غياب غاية علاجية إلا في الحالات المحددة في القانون، فلو لا هذا الترخيص القانوني بالقيام بالعمليات التجميلية التحسينية لكانت ممارستها ممارسة غير مشروعة لعدم وجود ضرورة تجيز مساس الطبيب بجسم الإنسان⁽¹⁾.

يعتبر رضا الشخص المعني بعملية التجميل، الضمان الأخير لمثل هذه العمليات لغياب الهدف العلاجي الذي يعتبر الجدار الواقعي⁽²⁾، الأساسي للمساس بالجسم. لذلك نظم المشرع الفرنسي أحكام الرضا فيها بشكل خاص من خلال أحكام المادة 6322-2 من قانون الصحة العامة⁽³⁾.

يفتقر الطب التجميلي في الجزائر إلى إطار قانوني ينظمه. إذ لا يزال نشاطا غير مشروع لغياب أي ترخيص قانوني به، كما يفترق إلى كفاءات علمية متخصصة فيه كونه تخصص لا يدرس بالجامعات والمعاهد الجزائرية، وهذا مرده تحريم الدين الإسلامي الذي يعتبر دين الدولة لمثل هذه العمليات فهي تغيير لخلق الله ولا يجوز لمؤسسات الدولة أن يقوم بسلوك مخالف للخلق الإسلامي⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك أن مثل هذه العمليات لا هدف علاجي لها لهذا تعتبر من قبيل إحداث جروح عمدية للغير الفعل المعاقب عليه في نص المادة 264 ق ع ج⁽⁵⁾. كما أن لا هدف اجتماعي منها لذا فلا يمكن إقامتها ضمن التجارب الطبية العلمية. وأكثر من كل هذا فإن مثل هذه العمليات هي أعمال تجارية من كل جوانبها فهي تقام بمقابل مالي باهظ ويهدف صاحبها من خلال إجرائها إلى الشهرة والتفتن والتباهي من خلال الإطلاقات الشهرية والأفلام... الخ. ولأن جسم الإنسان ليس بسلعة وإنما شيء مقدس لا يحق التعامل فيه فإن المشرع الجزائري لم يواكب التطور العلمي في هذا المجال ولم يتأثر بالتشريع الفرنسي رغم تأثره بهذا الأخير في عدة تنظيمات ولهذا فهو اختصاص غير مرخص به في الجزائر⁽⁶⁾.

(1) وهذا ما قرّره القضاء الفرنسي مؤخرا فيما يخص الختان الديني.

TGI Cologne, 7 mai 2012, in PARICARD Sophie, Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques, éd Dalloz, Paris, 2014, , p 104.

(2) بومدين سامية، مرجع سابق، ص 12.

(3) Voir art. L 6322-2

(4) راجع المواد 2 و9 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

(5) راجع المادة 264 من ق ع ج.

(6) بومدين سامية، مرجع سابق، ص 20.

المطلب الثاني

خصوصية الإرادة في الأعمال الطبية الخطرة

أحرز التطور الحاصل في مجال الطب تدخلات طبية حديثة، تمس أكثر بحرمة جسم الإنسان لخطورتها، التي مردّها إما عدم حاجة الشخص لها، وإقتصار الهدف منها في مساعدة شخص آخر أو تحقيق مصلحة إجتماعية والمساهمة في تطوير الطب. وإما غياب أي مصلحة علاجية منها.

فإذا كان كل تدخل طبي أيا كان نوعه ودرجة خطورته، يستلزم على الطبيب الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض. فإنّ هذه الأعمال الطبية حضي فيها هذا الالتزام بتأطير وتنظيم خاص. إذ لا بد من إفراغ الرضا في شكل معيّن، كما تضمن للشخص حق العدول عنها (فرع أول). كما تتطلب بالمقابل شروطا موضوعية مثل ضرورة تشديد الإعلام ليشمل كافة المخاطر حتى ولو كانت بسيطة وتافهة ولا يخضع كل الأشخاص لهذه العمليات وإنّما تطلب القانون أهلية خاصة. هي شروط أساسية لصحة الرضا في مثل هذه التدخلات (فرع ثاني).

الفرع الأول

الضمانات الشكلية الخاصة

إذا كان الرضا شرطا أساسيا في العمليات التقليدية فدوره يتعاضد في بعض التصرفات الواردة على جسم الإنسان لما لها من خطورة آنية ومستقبلية⁽¹⁾. لهذا لا بد أن يتخذ التعبير عنها شكلا خاصا (أولا). كما تقتضي الطبيعة الخاصة لهذه العمليات وضع قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها تختلف عن القواعد العامة⁽²⁾، منها منح حق العدول عن الرضا بدون أي تبرير ولا تسبب وبدون أن يترتب عن هذا العدول أية مسؤولية بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه العمليات الطبية⁽³⁾ (ثانيا).

(1) رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 70.

(2) فهمي خالد مصطفى، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 275.

(3) عابد الديان سميرة، مرجع سابق، ص 140.

أولاً/ الصور الخاصة للتعبير عن الإرادة

(1) التعبير عن الإرادة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

أ/ الكتابة كضمانة للتعبير عن الموافقة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

اشتراط المشرع الجزائري أن تكون موافقة المتبرع في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء مكتوبة وهذا بحضور شاهدين وأمام مصلحة طبية إذ تنص المادة 162 من قانون 90-17 على ما يلي: «لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشتراط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...».

لابدّ أن يفرغ رضا المتبرع في قالب مكتوب. لكن لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون ذلك في شكل نموذج محدد سلفاً من طرف المستشفى. فهو بهذا يمكن أن يكون في ورقة عرفية عادية، شرط أن يتم التحقق من إسنادها إلى الشخص المانع⁽¹⁾.

يعود سبب اشتراط الكتابة في مثل هذه العمليات، إلى خطورتها وحدائثها أغلبها وعدم سيطرة أمهر الجراحين بعد على المخاطر التي تنشأ عنها، لاختلاف ردود فعل جسم الإنسان بعد العملية⁽²⁾. كما تعتبر الكتابة أيضاً دليلاً يبرز به الطبيب مشروعية المساس بسلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي. فهي ضمانة للمتبرع من أي تجاوز وتلاعب بأعضائه، وتحمي الرضا من أي تحريف يمس مضمونه. كما يردّ البعض⁽³⁾ اشتراط الكتابة في مثل هذه الأعمال إلى رغبة المشرع في إشراك المريض والمتبرع في اتخاذ القرار وتنبيههما إلى أهمية وخطورة هذا العمل.

يعاب على المشرع الجزائري عدم تنظيمه الدقيق والواضح لهذه الكتابة. فهي تحوي على كثير من النقائص أهمها عدم تحديده لمن يحرّر هذه الوثيقة ولا شكلها. إلا أنه اشترط أن يكون تحريرها بحضور شاهدين.

تشكل شهادة الشهود وسيلة لتفادي أي لبس في الرضا ومساعدة للمتبرع في عدم التسرع

(1) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 157.

(2) محمد حماد مرهج الهيتيني، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، د.د.ن، الإسكندرية، 2004، ص 24.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 606.

على التنازل بأحد أعضائه⁽¹⁾. كما تضمن التأكد من أن المتبرع قد وافق بإرادته الحرة والواعية وهو إضفاء للرسمية على الموافقة. فلا تكون لموافقة المتبرع أية قيمة قانونية إذا لم تتضمن وثيقة الرضا توقيع الشاهدين إلى جانب توقيع المتبرع لأن اشتراط الشاهدين مسألة متعلقة بالنظام العام⁽²⁾.

يعاب على المشرع الجزائري عدم تبيان لصفة الشهود الذين يحضرون هذا التحرير هل يحضرهم المتبرع أم المريض أم الطبيب الجراح، لأنّ الجواب ينجر عنه نقل عبء الإثبات في حالة حدوث خطأ جزائي⁽³⁾. كلها نقائص وثغرات يتعيّن على المشرع التدخل لتنظيمها. إلا أنّ مشروع قانون الصحة أعاد تنظيم هذه الضمانة بنفس النقائص. مكتفيا بفك لغز محرر وثيقة التبرع، بإسناد أمر ذلك إلى المتبرع أو ممثله⁽⁴⁾.

هي أسباب و حجج جعلت المشرع الجزائري من خلال قانون الصحة الجديد ينتهج الرسمية. و يوجب أن يكون التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا الذي يتأكد مسبقا من أن الموافقة كانت حرة و مستنيرة، و أن التبرع كان مطابقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون⁵.

اشتراط المشرع الجزائري أن يعرب المستقبل للعضو عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها، إذ تنص المادة 166 من قانون 90-17 على ما يلي:

«لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها بحضور شاهدين اثنين».

لم يشترط المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أن يكون التعبير عن القبول كتابيا لأنّ الشخص المتلقي مستفيدا في جميع الحالات، لكن أثمن من جهتي موقف من يرى⁽⁶⁾، بأنّ اعتبار المصلحة الطبية طرفا ثالثا تتم أمامه وبحضوره إجراءات الموافقة ضمانة غير فعالة لحماية الطرفين، هذه الأخيرة التي تتحقق بإسناد هذه المهمة إلى جهة رسمية محايدة تراقب وتضمن مدى احترام الإرادة الحرة والمتبصرة للطرفين.

شدّد المشرع الفرنسي من إجراءات حماية الطرفين في إطار نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، إذ ألزم التعبير عن الموافقة أمام جهة رسمية تتمثل في رئيس المحكمة أو قاضي

(1) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 221.

(2) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 33.

(3) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 157.

(4) تنص المادة 374 على ما يلي: «... تشترط الموافقة المستنيرة والكتابية للمتبرع بعد تحريرها من طرف المتبرع أو ممثله... بحضور شاهدين وإيداعها لدى مدير المؤسسة...».

(5) راجع المادة 360 فقرة 5 من ق.ص.ج.

(6) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 221.

معين من طرفه⁽¹⁾. كما وكّل لجنة الخبراء⁽²⁾ مهمة تقديم كافة المعلومات حول النتائج الطبية والاجتماعية والمالية والنفسية التي تترتب على عملية نقل العضو.

بالرغم مما يثيره البعض⁽³⁾ من سلبيات عن هذه الطريقة، إذ يعتبرونها شكلية تؤدي إلى نفور العديد من الأشخاص عنها لخوفهم من الرسمية وما تثيره من آثار قانونية وما تتطلبه من مشقة زائدة ووقت كاف لذلك، إلا أنني أرى بأنها ضمانات للتحقق من شرط التبصير والحرية لدى المتبرع في الإقدام على التبرع وضمنان للشفافية والنزاهة كونها جهة محايدة لا طبية ولا عائلية تؤثر على قرار المتبرع.

ب/ الكتابة للتعبير عن رفض التبرع بالأعضاء بعد الوفاة

تنص المادة 165 من قانون 90-17 على ما يلي:

«يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عيّر الشخص قبل وفاته، كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك...».

اشتراط المشرع الجزائري التصريح الكتابي للتعبير عن الرفض. بعد أن اشترط التعبير الصريح عن الموافقة على التبرع بعد الوفاة. مما يجعلنا لا نجد جدوى من التنظيم الكتابي للرفض، لأنه لا يعتد بالموافقة الضمنية. فأغلب التشريعات التي أصرت على ضرورة إفراغ الرفض في قالب مكتوب هي تلك التي تعند بالموافقة الضمنية دون اشتراط الموافقة الصريحة.

نلاحظ أيضا بأنّ المشرع الجزائري اكتفى باشتراط الكتابة دون تنظيم عدّة نقاط متصلة بها. كشكل الكتابة المطلوبة قانونا للتعبير عن الرفض وما إذا كانت رسمية محررة من جهة مختصة. أم يكفي تحريرها بخط المعني وتوقيعه، كما لم يحدد الجهة التي يجب إيداع هذه الوثيقة لديها. كما لا تحوي المستشفيات الجزائرية على سجلات خاصة يوقع عليها المرضى في حالة رفضهم المساس بجثثهم بعد الوفاة، كما لا توجد استمارات خاصة توزع على المرضى تملأ وتوقع سواء بقبول أو رفض انتزاع الأعضاء من الجثة بعد الوفاة ومدى تطلب الأمر توفر شهود أم لا، إضافة إلى أنه يثار صعوبة إفراغ الشخص لرفضه في وثيقة مكتوبة حينما يكون في حالة صحية لا تسمح له بذلك.

لذلك فقانون الصحة الجديد وسّع سبل التعبير عن الرفض، إذ جعلها من خلال المادة 362 فقرة 2 ممكنة بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض. الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. و تحدد كفايات التسجيل في هذا السجل عن طريق التنظيم⁴. و ترى الباحثة أن تأخر صدور نصوص تنظيمية هو ما لا يشكل حماية لجثة المتوفى.

(1) Voir art. 1231 du c.s.p.

(2) Voir art. 1231-1 al 5 du c.s.p.

(3) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، مصر، 1986، ص 212.

(4) راجع المادة 362 فقرة 2 من ق.ص.ج

حصر المشرع الجزائري من جهة أخرى منع الانتزاع على النزع بغرض الزرع، ما يفهم منه بأنّ النقل بغرض القيام بأبحاث علمية أو غيرها جائز. في حين أنّ الأولوية كان من المفترض أن تعطى للتبرع بغرض العلاج أي الزرع لدى مريض بأمس الحاجة إليه على أن تقام عليه تجارب علمية. تساءل البعض⁽¹⁾ أيضا عن الغرض من اشتراط الرفض الصريح للاقتطاع أو النزع إذا كانت إرادة المتوفي لا تحترم إلا جزئيا.

ينتقل الحق في التعبير عن الإرادة سواء بالموافقة أو الرفض في اقتطاع الأعضاء من جثة المتوفي إذا لم يعبر هذا الأخير عن إرادته أثناء حياته إلى أسرته⁽²⁾. إذ قام المشرع الجزائري بتحديد وترتيب أصحاب الحق في التعبير على الإرادة على التسلسل الآتي⁽³⁾: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة⁽⁴⁾. وهو تقريبا نفس التسلسل الذي ذكرته المادة 362 فقرة 3 من قانون الصحة الجديد⁽⁵⁾.

تري الباحثة أنّ اشتراط الكتابة يترتب عليه أن يشهد الأقارب وينقلون إرادة المتوفي وقد يعبرون عن إرادتهم التي تحل محل إرادة المتوفي وقد تخالفها تماما وهذا ما لا يشكل حماية فعّالة للإرادة، لذا وجب توسيع طرق إثبات الرفض خاصة أمام عزوف المرضى عن الكتابة.

لم تكتف قوانين أخرى باشتراط الكتابة كيفما كان شكلها وإنّما اشترطت الرسمية ولنا مثال عن ذلك في القانون المغربي الذي اشترط أن يصادق القاضي على الرفض⁽⁶⁾. أما

- (1) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 49.
- (2) استعمل المشرع الجزائري مصطلح الأسرة وليس الورثة لأنّ الجثة ليست عنصرا من عناصر التركة إذ هناك فرق بين حق الورثة على أموال الميت وحق الأقارب على جثة قريبيهم. فالأولى تنصب على مجموع من المال، المخلف عن المورث وهي رابطة تتعلق بحقوق مالية، تنتقل إلى الورثة حسب ترتيبهم الشرعي، أما الثانية فهي تنصب على مجموعة من القيم المعنوية أساسها رابطة الدم، وتمس عواطف وأحاسيس الأقارب، لذلك فإنّ حق الأقارب على الجثة من الحقوق اللاصقة بالشخصية، وهو الأمر الذي يدفع إلى إطلاق تعبير حق الأسرة أو الأقارب على الجثة وليس حق الورثة. لأنّ الجثة ليست ضمن الأشياء المادية التي تدخل في التعامل. نقلا عن عبد الحليم محمد منصور علي، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013، ص 15.
- (3) تنبه البعض إلى أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة سيق الأب والأم عن الزوج والزوجة خلافا للتشريعات التي تجعل المرتبة الأولى للزوج أو الزوجة، كما قدم جهة الذكور على جهة الأنوثة في المرتبة الأولى في المرتبة وهو بهذا يجعل موافقة الابن البالغ من العمر 19 سنة أولى من البنت الكبرى أو الأخت واستحسن لو اعتمد المشرع معيار السن لتحديد الأولوية في ترتيب الأقارب و معيار الأغلبية في حالة تعدد الأبناء أو الأخوة. راجع سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل...، مرجع سابق، ص 64.
- (4) راجع المادة 2/164 من قانون ح.ص.ت.
- (5) راجع المادة 362 فقرة 3 من ق.ص.ج.
- (6) راجع تنظيم المشرع المغربي في: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 231، 132.

القانون المصري فقد اشترط أن تتخذ الكتابة شكل الوصية، لما تتضمنه هذه الأخيرة من معاني الإنسانية باعتبارها تصرف إنساني وأخلاقي نبيل ذو قيمة اجتماعية مؤكدة. فهي تعبير حقيقي على إرادة صاحبها⁽¹⁾ في حين اعتمدت بعض الدول على غرار الولايات المتحدة الأمريكية نظام بطاقات التبرع كوسيلة لضمان احترام إرادة المتبرع المتوفي الذي يُوشر على إحدى وثائقه الشخصية مثل رخصة السياقة على رغبته في التبرع بأعضائه⁽²⁾.

ومن بين طرق التعبير عن رفض التبرع في التشريع الفرنسي من خلال أحكام المادة 1232-1 من قانون الصحة العامة⁽³⁾، أن يتم تسجيل الرفض في سجل وطني معد لذلك ويعتبر موافقا على الاقتطاع كل من لم يسجل رفضه وهذا ما يسمى بقرينة الموافقة⁽⁴⁾.

تثير مثل هذه الطريقة عدّة سلبات أهمّها أنّ حق الرفض سيقتصر على الملمين بالقانون وبهذا التنظيم وإجراءاته في حين تستغل أعضاء أشخاص آخرين لا دراية لهم به ولعلّ الفئة الغير مثقفة والمحرومة كالمشردين والشيوخ والأميين هي التي تكون أكثر استغلالا. كما يعدّ المساس بجثة المتوفى بإتباع هذه الطريقة فحا تشريعيا⁽⁵⁾ ومساس بالحق في المساواة والديمقراطية وإفراغا للحق في التبرع من محتواه ومغزاه ولكل ما يتضمنه من معاني التضامن والاختيار⁽⁶⁾. كما اعتبره مساسا وانتهاكا لحرمة الميت وجثته، ما دام يشكل

(1) ما يعاب على هذه الشكلية هو ما تلحقه من تأثير على نفسية المريض إذ تشكل مطالبته وهو على سرير المستشفى بأن يوصي بأعضائه، قضاء على طموحه في الشفاء، ناهيك أنّ الحصول على نسخة من الوصية أو الوثيقة المكتوبة يتطلب مدّة من الزمن، في حين تتطلب عمليات نقل وزرع الأعضاء السرعة. وهما أمران متعارضان يترتب عنهما فساد العضو وضياع فرصة نقله أو عدم وجود جدوى من النقل. أنظر في ذلك: حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة عين الشمس، القاهرة، 1975، ص 184. وكذلك شعلان سليمان محمد السيد حمده، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص 420.

(2) فهي شكلية تحول دون إزعاج أسرة المتوفى التي تشتغل بآلامها بعد الموت ومطالبتها بالموافقة على التبرع من عدمه. كما أنّها تجنب البحث عند الحوادث الفجائية عن موافقة الشخص، فحملة لهذه البطاقات أو تأشيرته على وثائقه الشخصية بما يفيد الموافقة دليل على الموافقة على التبرع وهذا لا يمنعه من حقه في العدول متى شاء باللجوء إلى الجهة المختصة لشطب اسمه لا تخلو هذه الشكلية من سلبيات لما سيتعرض له أصحابها من اعتداءات عمدية للتمكن من الاستفادة من أعضائهم. أنظر في ذلك: مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 417 وصاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 148.

(3) Voir art L1232-1 du c.s.p.

(4) مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 320.

(5) مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة...، مرجع سابق، ص 304.

(6) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 230، 240.

اعتداء صارخا على إحدى المبادئ الجوهرية وهو احترام إرادة صاحب الجسم الذي يعتبر مبدأ تتعزز قيمته عند الحديث عن أعمال طبية غير علاجية مثل نقل الأعضاء البشرية. ولأن الغاية تبرّر الوسيلة فإنّ هدف المشرع الفرنسي من وراء هذا التنظيم هو حل مشكلة عزوف الأشخاص على الموافقة على التبرع بأعضائهم وتردد الأقارب والأسرة في الترخيص بالنقل بعد الوفاة. هي أمور حالت دون الاستفادة من عدّة أعضاء تتطلب السرعة لنقلها، كما حالت أيضا دون إنقاذ العديد من الحالات التي يتوقف حياتها على زرع عضو ما. لذلك أرى بأنّ محاولة التوفيق بين الغاية والوسيلة تتحقق بالتنوعية والتحسيس عبر كافة المستويات وباستعمال كافة الوسائل التي تسمح بالعلم الكاف والوافي والدراية التامة بالتنظيم القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء مفهوما وإجراءات وخاصة التركيز على أهمية ومدى حاجة المجتمع له. وهو ما يحقق هدف الاستفادة من الأعضاء دون إهدار مبدأ احترام إرادة المتبرع حيا أو ميتا.

(2) الكتابة للتعبير عن الموافقة في مجال التجارب الطبية

لا يمكن حتى للقائم بالتجربة الطبية العلمية أن يحدّد كافة المخاطر المتوقعة منها، وهو ما يجعل منها أعمالا طبيّة ذات خطورة معتبرة للخاضع لها. لذلك لا بد أن تفرغ موافقة الخاضع لها في شكل مكتوب وهو الأمر الذي أصرت عليه التعليمات الدولية التي أولت التجارب الطبية العلمية اهتماما وتنظيما بالغاً مثل إعلان هلنسكي⁽¹⁾ وكذا القوانين المقارنة⁽²⁾.

بالرغم من خطورة وحساسية هذه العمليات الطبيّة إلّا أنّ المشرّع الجزائري أغفل الإشارة إلى ضرورة أن تتخذ موافقة الخاضع لها شكلا كتابيا من خلال أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها⁽³⁾. وهو ما نضمه القرار الوزاري الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات الحامل لرقم 387 في نص المادة 23 منه هذه النقطة إذ أصر على ضرورة أن تكون هذه الموافقة كتابية وفي حالة الاستحالة يقدم هذه الموافقة من الغير.

(1) نظمت المادة الثالثة من إعلان هلنسكي هذا الشرط إذ نصت على أنّ رضا الخاضع للتجربة يجب أن يكون مكتوبا.
(2) أقر المشرع الفرنسي في نص المادة L 6-1-1121 من ق.ص العامة ضرورة إفراغ موافقة الخاضع للتجربة في وثيقة مكتوبة تتضمن ملخصا للبيانات الهامة بشأن التجربة.
(3) وهذا ما يظهره نص المادة 168 مكرر 2 فقرة 2 و 3.

تري الباحثة انه كان من الأفضل التأكيد على إفراغ الموافقة في قالب مكتوب ضمن أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها لسهولة الاطلاع عليها والعلم به. سواء من الطبيب أو المريض أو القاضي. كما لا بدّ أن تتخذ الموافقة في مجال التجارب الطبيّة العلمية شكلا رسميا أمام جهة رسمية محايدة نظرا لخطورة هذه العمليات ولطابعها غير العلاجي وتوفيرا لإحدى ضمانات احترام إرادة الخاضع للتجربة. كما تستدعي حساسية وخطورة هذه العمليات تنظيم المقصود بالغير الذي تؤول إليه حق الموافقة وحصره. و هو ما تنبه إليه قانون الصحة الجديد من خلال نص المادة 386 التي تنص على ما يلي:

" لا يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عيّر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة و الصريحة و المستنيرة، كتابيا... "

(3) الكتابة للتعبير عن الموافقة في الجراحة التجميلية التحسينية

استلزم المشرع الفرنسي⁽¹⁾ الكتابة في عملية التجميل التحسينية التي تتمثل في تقرير مفصل عن كل ما تم الإعلام عنه ممهور بتوقيع الزبون. وهذا راجع إلى حساسيتها واقتصار الهدف منها على اللياقة والجمال⁽²⁾ وما قد يترتب من مشاكل في كيفية إثباتها إذا وقع للمريض ضرر. فرغم أنّ القضاء المدني يميل كثيرا لقيام مسؤولية الجراح التجميلي على أساس الخطأ المفترض، إلاّ أنّه من المستحسن أن يحتاط في مثل هذه الحالة بأنّ يحصل على رضا زبونه وإقراره كتابة كدليل على إلمامه بكافة المخاطر⁽³⁾ حتى وإن كان لا يعفي كلية من المسؤولية فهو على الأقل يخفف منها.

تلعب الكتابة في مثل هذه الأعمال الطبيّة غير العلاجية دورا مزدوجا إذ هي إظهار للشخص أهمية العمل الطبي، كما أنّها دليل إثبات للطبيب. فمثل هذه الأعمال أصلا تشكل مخالفات إذا تمت دون الحصول على الرضا. فالرضا المكتوب ضروري لعدم متابعة الطبيب جنائيا⁽⁴⁾.

(1) راجع المادة 2-6322 L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(2) بومدين سامية، مرجع سابق، ص 63.

(3) بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية، ع 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص 136.

(4) PARICARD Sophie, op-cit, p 107.

ثانيا/ الحق في العدول عن الموافقة

(1) حق العدول في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

منحت أغلب التشريعات الداخلية⁽¹⁾ للمتبرع بالعضو في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حق التراجع أو العدول عن رضاه، وهذا إدراكا منها بخطورة هذه العمليات وضمانا لاحترام إرادة المتبرع مستندا إلى الحق في احترام كرامته الإنسانية، التي تقتضي عدم إرغامه على اقتطاع عضو دون رضاه، وكذا حماية لحقه في الرضا الحر والمتبصر الذي يقتضي التأكد من عدم تأثر المريض بالضغوطات العائلية التي قد تكون السبب الذي دفعه إلى الإقدام على التبرع والتفكير فيه هذا الأخير الذي لم يكن متبصرا، فلا ربما بعد تبصيره يتضح له خطورة الوضع عليه سواء صحيا أو اجتماعيا أو اقتصاديا لأنّ هذا التبرع سيجعله يمتنع عن بعض الأعمال المهنية تماما وعن مزاولة مهنته لمدة طويلة ولهذا يقرّر عدم المغامرة⁽²⁾.

يشترط لذلك أن يبقى المتبرع متمتعا بالأهلية اللازمة حتى وقت مباشرة العملية المراد إجراؤها. فإذا طرأ على أهليته عارض من العوارض التي تعدمها أو تنقصها فإنّ ذلك يحول دون القيام بعملية الاستئصال لأنّ المشرع منح له حق التراجع إذ ربّما لو بقي المتبرع عاقلا مثلا لتراجع عن رضاه وموافقته⁽³⁾. فهو تأكيد على الطوعية والاختيار والتطوع المعاني التي يحويها مصطلح التبرع والتي تتنافى مع الإرغام والاستغلال. فهو احترام لإرادة المتبرع بعد تقديره السليم لما ستؤول إليه حالته بعد التبرع.

أجاز المشرع الجزائري عدول المتبرع على موافقته من خلال نص المادة 162 فقرة 03 من ق.ج.ص.ت التي تنص على ما يلي:

«يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة».

(1) منح المشرع الفرنسي للمتبرع حق العدول في نص المادة L 1211-2 du c.s.p، كما منحه أيضا القانون الإماراتي والمغربي والمصري، أنظر بالتفصيل هذه القوانين العربية مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 240.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 572.

(3) محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، بحث حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية، دار النفائس، الأردن، 1996، ص 39.

يفهم من منح المشرع حق العدول عن الموافقة حرصه على ضرورة استمرار الموافقة حتى تاريخ إجراء العملية، إذ يجب أن يكون الرضا محينا أي متزامنا مع وقت إجراء العملية وليس سابق عليها، كما يجب أن تستمر هذه الموافقة بنفس الكيفية وقت العملية⁽¹⁾.

لم يقيد المشرع الجزائري حق التراجع بأي شرط زمني، إذ لم يحدد زمان التراجع وإنما وسعه إلى كل وقت. في حين كان لا بد عليه أن يؤكد بأن الحق في التراجع يجب أن يمارس قبل تنفيذ الطبيب لعملية التبرع، فلا يقبل منه المطالبة باسترجاع العضو بعد زرعها لما سيلحق ذلك من ضرر للمستقبل لعضو أي المريض ولو رضي به هذا الأخير لأنّ الضرورة العلاجية اقتضت زرعها وتشكل عملية انتزاعه خطورة قصوى على صحته لذا ولا محل لها ولو رضا بها المستفيد منها.

لم يحدد أيضا أي شكلية لتسجيل الحق في العدول، وهو ما لا يحقق حماية للشخص المتبرع بأعضائه بعد وفاته، إذ يصعب إثبات تراجع الشفهي عن التبرع⁽²⁾. كما أنه إذا كان تنظيم حق تراجع وعدول المتبرع عن رضاه وموافقه على التبرع بأحد أعضائه هو خدمة له وتحقيق لمصلحته وهو أمر بسيط من ناحية الصياغة القانونية، فهو في الواقع العملي يطرح مشكل كبير يتمثل في تضييع وقت المستشفى بحجز المكان للمريض فيها لشهور دون إجراء العملية في نهاية الأمر⁽³⁾.

يثار إشكال فيما يتعلق بمصير التحضيرات التي يجريها الفريق الطبي طيلة المدة التي تسبق العملية والتكاليف المالية الباهظة وفساد الأدوية وغيرها فمن يتحملها هل المستشفى أم المريض هي إشكاليات كان من المفترض أن يسدها مشروع قانون الصحة إلا أننا لم نجد لها أثر.

يشكل تراجع المتبرع في أي وقت عن موافقه ضررا نفسيا كبيرا للمريض الذي طمح لعدة أيام في إجراء هذه العملية وأمل أملا شديدا وقويا في شفائه. لذا فتراجع المتبرع

(1) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 158.

(2) معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية لقانون والعلوم

السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 37.

(3) مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم

القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، جامعة الجزائر، 1999، ص 20 و 21.

عن هذا العمل يشكل إحباطا لنفسيته ومعنوياته وهو الأمر الذي يتطلب جهدا كبيرا لإعادتها سواء من الطبيب أو العائلة. لذلك أرى بأنّ التأكيد على وقت ممارسة حق العدول أمر لا بدّ منه، وأنّ تثقيف الرأي العام وتحسيسه المسبق بمعنى التبرع وأهميته وخاصة آثاره عن طريق وسائل الإعلام والمحاضرات المدرسية الدورية هي طرق تقلل من ممارسة حق العدول. إذ يكون المقدم على هذه العمليات مدرك بأهم عواقبها قبل زرع الأمل في نفسية المريض الذي ينتظر من ينقذه من الهلاك. كما لا بدّ أن يقتدي المشرع الجزائري بالمشرع المصري الذي لا يعتقد بأي تبرع من شخص ثبت تكراره للعدول دون أي سبب جدي وإخطار جميع المؤسسات الصحية المعنية بالزرع بهوية هذا المتبرع⁽¹⁾.

لم يأخذ قانون الصحة الجديد كل هذه الإشكاليات العملية التي يثيرها التراجع في أي وقت بعين الاعتبار إذ أعاد منح هذا الحق من خلال نص المادة 360 فقرة 6. وهو ما يؤكد عدم أخذ مناقشات القوانين لتوصيات و اقتراحات أصحاب المهنة و القانونيين من خلال المؤتمرات و الملتقيات و الأبحاث العلمية.

(2) حق العدول في مجال التجارب الطبية

يفهم منح المشرع الجزائري لحق العدول عن الموافقة في مجال التجارب الطبية العلمية من خلال الفقرة 3 من نص المادة 168 من ق.ح.ص.ت التي تنص على ما يلي: «تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة». وهو الأمر الذي أكدّه ووضحه أكثر القرار الوزاري الصادر عن وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات تحت رقم 388 لسنة 2006 وذلك في المادة 22 منه التي تنص على وجوب إعلام الشخص المقبل على التجربة بحقه في رفض المشاركة في التجربة أو بحقه في العدول عن موافقته في أي وقت شاء وبدون أية مسؤولية. هو توضيح وتبسيط كان من الأحسن أن يتضمنه قانون الصحة لكونه أسهل اطلاعا من القرارات الوزارية التي يصعب علم الجمهور بوجودها.

(3) حق العدول في مجال الجراحة التجميلية التحسينية

اتخذ الحق في العدول أو في التراجع صورة أخرى في إطار الجراحة التجميلية التحسينية يتمثل في منح الزبون المقبل على هذه العمليات مدّة للتفكير، وهذا لتفادي اتخاذ

(1) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 240.

الشخص لقرار بصفة مستعجلة. وهي المدة التي حددها المشرع 15 يوم على الأقل من تاريخ أول مقابلة⁽¹⁾. تظهر هذه المواعيد أهمية اتخاذ المقلب على هذه العمليات لقراره بكل روية وتعقل ما دام لا مصلحة علاجية له، فهي أعمال طبية كمالية.

الفرع الثاني

ضمانات موضوعية خاصة

عرفت الأهلية تنظيمًا خاصًا في الأعمال الطبية الخطرة. ضمانًا لحماية المقلب عليها. فمن التشريعات من حدد سنا خاصة بمثل هذه الأعمال. ومنها من اعتبر منع خضوع القصر لها إحدى سبل الحماية. في حين فضلت أخرى الاستجابة لحاجيات المجتمع ومواكبة التطور الطبي، بما يكفل حماية إرادة المقلب على هذه التدخلات (أولًا)، التي تحتاج إلى قبول خاص لأنها تتضمن وفقًا للأصول الطبية مخاطر لذلك لا بد أن يكون المقلب عليها ملما بكل تفاصيلها ما يظهر ضرورة تشديد الإعلام فيها(ثانيًا).

أولًا/ الأهلية في مجال الأعمال الطبية الخطرة

1) الأهلية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

ربطت بعض التشريعات أهلية الشخص للتبرع بأخذ أعضائه ببلوغه سنا معينة وأجمعت معظمها على أن لا تقل عن 18 سنة⁽²⁾. لم تعدد أخرى بمعيار السن وإنما اهتمت بالعضو محل التبرع إذ سمحت بالتبرع بكل الأنسجة المتجددة وهو ما أكدته الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان والطب الحيوي أوفيدو Oviedo⁽³⁾، في حين لم تهتم أخرى بالعضو ولا بالسن وإنما اعتبرت حماية القصر تتحقق بحصر المستفيد من العضو في الإخوة التوأم⁽⁴⁾.

نظم المشرع الفرنسي أهلية التبرع من عدة نواحي إذ أنه حدّد قائمة الأشخاص المخول لهم بالتبرع بالأعضاء⁽⁵⁾ وهم الأب وأم المستقبل، الزوج، الأخوة أو الأخوات،

(1) Art. L 6322-30 du c.s.p.

(2) حدّد القانون الاسباني هذه السن بـ 18 سنة في حين رفعها القانون الدنماركي إلى 21 سنة أما القانون الانجليزي والكندي فلقد اكتفيا بـ 16 سنة وربطها القانون الكويتي بـ 18 سنة. أما التشريعات العربية الأخرى فلقد أصرّت على كمال الأهلية للتبرع بالأعضاء. راجع مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 565 و 566.

(3) راجع المادة 20 فقرة 01 و 02 من اتفاقية أوفيدو Oviedo.

(4) هو ما انتهجه المشرع السوري في القانون الخاص بنقل وغرس أعضاء الإنسان. نقلا عن مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 203.

(5) Art .L 1231-1 du c.s.p.

الأبناء والبنات، الجد أو الجدة، الأعمام أو العمات، أبناء العم أو بنات العم وأيضا زوجة الأب أو الأم ذلك كما يمكن أن يكون المعطي أي شخص آخر شرط أن يثبت المعاشية السكنية بما لا يقل عن سنتين مع الشخص الذي سيتلقى العضو.

اتخذ أيضا تنظيم المشرع الفرنسي لأهلية القاصر في التبرع بالأعضاء شكل حصر العضو محل التبرع وكذا المستفيدين منه ⁽¹⁾ بمقتضى بمقتضى تعديل 800-2004 ⁽²⁾ حصر العضو محل التبرع في خلايا الدم من النخاع العظمي ووسع قائمة المستفيدين لتشمل الأخ، الأخت، ابن العم، أو بنت العم، أو عمته، أو خالته، أو ابن أو ابنة أخيه. واشترط أن يكون اللجوء إلى التبرع من قاصر أمر استثنائيا جدا إذ لا بد من التأكد من عدم وجود متبرع راشد متطابق مع المستفيد. كما أحاط شرط الرضا الحر والمتبصر عندما يكون القاصر متبرعا بجملة من الضمانات، إذ أسند مهمة الرضا على التبرع لكلا طرفي السلطة الأبوية الأب والأم أو الممثل الشرعي. كما لا بدّ من إعلام القاصر بهذا الاقتطاع، لكي يعبر عن رضائه إذا كان مؤهلا، كما يشكل رفض القاصر عائقا أمام الاقتطاع.

يرجع حصر العضو محل التبرع في النخاع العظمي La moelle osseuse إلى ما يعرف عن هذا العضو من طبيعة التجديد، بالإضافة إلى بساطة مخاطر هذه العملية والتي يكون شرط نجاحها إذا استوفت معيار المطابقة بين خلايا المتبرع والمستفيد، إذ يحقق هذا الشرط حماية للقاصر وإنقاص جهد للأسرة وكذا الطبيب في البحث على ناقل تكون فيه خطوط نجاح زرع العضو ضئيلة جدا بالنظر إلى عدم تطابق الخلايا ⁽³⁾.

اعتبر المشرع الجزائري كمال الأهلية وفقا للقواعد العامة شرطا أساسيا للتبرع بالأعضاء إذ منع منعاً صريحا وباتا أن يكون القاصر متبرعا كما امتد منعها إلى فئة الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ويعني بذلك البالغين سن الرشد لكن أصيبوا بعوارض تحرمهم من نعمة الإدراك كالمجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة فإذا كان هؤلاء لا يمكنهم

(1) كان التشريع الفرنسي بمقتضى قانون 76 يسمح بتبرع القاصر بكل الأعضاء المتجددة شرط أن يكون ذلك لفائدة الأخ أو الأخت، إلا أنه و بمقتضى تعديل قانون الصحة العامة بقانون 654-94 ، 671-5 حصر العضو في النخاع الشوكي فقط وأبقى قائمة المستفيدين في الأخ أو الأخت.

(2) Art. L 1241-03 du c.s.p.

(3) NEFUSSY LEROY Nathalie, Organes humains prélèvements, dons, transplantations, éd Aska, Paris, 1999, p 96.

الخضوع للأعمال الطبية العلاجية البسيطة إلا بموافقة الولي أو الوصي المسؤول عن حمايتهم ورعايتهم فإن اقتطاع عضو منهم ممنوع قانونا سواء بموافقة الولي أو بدونه، وهذا ما نصت عليه المادة 163 من ق.ح.ص.ت على ما يلي:

«يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...».

يجب إذن أن يكون الرضا للتبرع بالأعضاء ممن يملك حق التصرف فلا يجوز للولي أو القيم أو الوصي أن ينوب عن الشخص المانح ويتصرف في أعضائه كما يتصرف في أمواله إذ استبعد الولي والوصي والقيم في مجال تمثيل القاصر لأنها ليست مجرد تصرفات مالية بل هي تصرفات تمس بجسم المتبرع⁽¹⁾ ولا يجوز للمحكمة أن تأذن أو ترخص بذلك⁽²⁾.

ثم اتجه من الفقه⁽³⁾ هذا المنع البات مبررين ذلك بخطورة عمليات التبرع التي لا تنطوي على أية مصلحة ولا غاية علاجية للمتبرع. وإنما تعرضه للخطر فهي تضره ولا تنفعه لذا فإن منعها يشكل حماية للقاصر. كما يرجع البعض⁽⁴⁾ سبب منع خضوع القاصر لعملية استئصال أعضائه بالنظر لطبيعته البيولوجية لأنه غالبا ما يكون سريع الانفعال والتأثر وليست له الملكات الذهنية الكاملة لإدراك عواقب ما يتخذه من قرارات لأنه يكون معرضا أكثر من غيره بأن يعبر عن إرادته تحت تأثيرات معنوية وبذلك يكون رضاه مشوبا بعيوب الرضا.

يرجع آخرون⁽⁵⁾ عدم الاعتداء بأهلية الشخص المميز إلى أن التبرع ليست أفعالا نافعة نفعا محضا وليست حتى دائرة بين النفع والضرر. ويقارن آخرون⁽⁶⁾ التصرفات المالية والتبرع بأحد الأعضاء. فإذا كانت التصرفات المالية الضارة ضررا محضا للقاصر مصيرها البطلان المطلق فمن باب أولى أن يكون التبرع بالأعضاء أمر مرفوض رفضا باتا

(1) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 25.

(2) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 159.

(3) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 201.

(4) سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 25.

(5) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 159.

(6) محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 37.

فإذا كان لا يعتد بتصرفات ناقص الأهلية وفاقدها في أمواله فمن باب أولى أن لا يعتد بها في مجال التبرع بالأعضاء لأنّ فقدان الأموال من جراء تصرفاته الغير سليمة يمكن تعريضه وتداركه بخلاف اقتطاع عضو منه الذي يمس بسلامة جسده ويسبب له ضرر جسماني وهذا هو أساس عدم إعطاء الشريعة الإسلامية للولي على النفس سلطة التصرف في جسم القاصر.

يؤكد هذا الاتجاه بأنّ التصرف في جسم القاصر لا تدخل ضمن التصرفات التي يجيزها الولي فهي لا تحقق أية مصلحة. هذه الأخيرة التي يجب على الولي أن يسعى إلى تحقيقها وضمانيها في إطار ممارسة النيابة القانونية⁽¹⁾.

ما ينتقد به المشرع الجزائري هو عدم تحديده السن الواجب توفرها في المانح أو بمعنى آخر السن الذي يعتبر فيه المتنازل بالغاً وقادراً على التبرع بأعضائه كي لا تختلط عند الدارس ما هي السن التي يقصدها المشرع خاصة أنه يعتمد على سياسة عدم توحيد سن الرشد في جميع القوانين ، كما كان جديراً بالمشرع الجزائري أن لا يساوي سن الرشد في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء مع سن الرشد المدني. وبما أن الطب أثبت إمكانية نزع أحد الأعضاء المتجددة من القاصر مثل النخاع العظمي دون أن يلحق ذلك أي أضرار صحية بل بالعكس يجلب له سعادة كما يؤكد البعض⁽²⁾، ضف إلى ذلك أنّه لا يشكل أي تلاعب بأعضاء القصر. فمواكبة لهذه التطورات الطبية والنماذج القانونية نادى البعض⁽³⁾ إلى تشجيع الترخيص بنقل وانتزاع الأعضاء من القصر على أن يكون ذلك في حدود ضيقة وتحت رقابة القانون والقضاء.

تأثر قانون الصحة الجديد بما توصل إليه علم الطب و ما كرسه المشرع الفرنسي. إذ حصر منع التبرع على عديمي الأهلية، و أجاز تبرع القاصر بالخلايا الجذعية المكونة للدم، شرط أن يكون ذلك لفائدة أخ أو أخت القاصر و إستثناءاً لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته

(1) عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 214.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 576.

(3) معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق، ص 33.

أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته. شرط الحصول على الموافقة المستنيرة من كلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي⁽¹⁾.

تري الباحثة أن حماية القاصر لا يتحقق بإجازة هذا النقل، و إنما بتوفير إمكانيات مادية (وسائل طبية و تجهيزات)، و كذا إمكانيات بشرية (إختصاص طبي)، لضمان نجاح هذه العمليات في الجزائر و فك لغز و ألم إنتظار العديد من العائلات من يتكفل بعمليات أولادهم في الخارج. و لجوئهم إلى التسول و حملات الدعوة إلى التضامن أمام رفض الدولة التكفل بهم.

لم يشترط المشرع الجزائري كمال الأهلية في الشخص المستقبل أو المستفيد من العضو إذ تنص المادة 166 في فقرتها 3 و 4 من قانون 90-17 عما يلي:

«...وإذا تعلّق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.

- أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وأن تعذر ذلك فالولي الشرعي...».

يقصد بالأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية القانونية عديمي الأهلية والتي يرجع السبب في ذلك إلى صغر السن وهو عدم بلوغ 13 سنة أو عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة فحين يقصد بالقاصر حسب الفقرة 4 القاصر المميز أي من يفوق 13 سنة لذلك كان من الأجدر إضافة مصطلح مميز لإزالة الغموض.

يلاحظ بأن أحكام تنظيم أصحاب الحق في الرضا عن عديمي الأهلية والقاصر المميز مختلفة إذ لا نجد أثر للأم حين الحديث عن ممثلي القاصر. تدارك المشرع من خلال قانون الصحة الجديد نقص هذا المصطلح مقرا حق الأم في الموافقة و هو ما تضمنته المادة 364 فقرة 4 منه .

تري الباحثة بان المشرع الجزائري قد أغفل تنظيم أهلية التبرع من عدة جوانب فلم يتطرق إلى مدى جواز الاقتطاع من جثة المحكوم عليهم بالإعدام ومدى الإعتداء بموافقته أو موافقة ورثته في نقل واقتطاع أعضائه، وهي نقطة كانت محل جدل فقهي بين مؤيدين معتبرين هذا تعويضا للمجتمع عن الضرر الذي أصابه ولحق به جراء الجريمة وهو ما يرد

(1) راجع المادة 361 من ق.ص.ج

عليه الرافضون بالإنكار بقولهم بأن المجتمع قد استوفى حقوقه بتنفيذ حكم الإعدام فيه ولا يعتبر الاستئصال إجراء يكمل عقوبة الإعدام فلا عقوبة إلاّ بنص، كما لا يجوز حتى أخلاقا إجبار المحكوم عليه بالإعدام على التنازل بعضو من أعضائه بعد الوفاة⁽¹⁾.

أما السجين فعن الرافضون⁽²⁾ فهم يقولون بأن السجين لا يملك أهلية تامة لأن السجن في حد ذاته يعتبر سببا في نقصان إرادته الحرة. في حين أمام غياب نص خاص ينظم أهلية السجين في التبرع بمرجع القواعد العامة وبالضبط إلى نص المادة الرابعة من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج⁽³⁾ التي منحت للمسجون بصيغة غير مباشرة حق التبرع. خلا أيضا قانون الصحة الجديد من تنظيم أهلية المحكوم عليه بالإعدام والسجين في التبرع بالأعضاء وهو ما يبقّي العديد من الإشكاليات العملية عالقة.

(2) الأهلية في مجال التجارب الطبية

تعتبر التجارب الطبية سواء علاجية أو علمية من قبيل الأعمال الطبية الخطرة. لكن إجراءاتها أمر لا بد منه لتجريب الأدوية والتأكد من مدى صلاحيتها وكذا لتطوير مهنة الطب. فنظرا لاختلاف ردود فعل جسم القاصر عن ردود فعل جسم الشخص البالغ وجب إخضاع القصر إلى التجارب الطبية.

لم يمنع المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها القيام بالتجارب الطبية على القصر وتأكدنا من جواز هذه العمليات على هذه الفئة ضمن أحكام القرار رقم 387 المتعلق بالتجارب السريرية في مادته 12 التي سمحت بإجراء التجارب شرط أن تحقق فائدة مباشرة لصحة القاصر وهذا ما يفهم منه بأن التجارب الطبية المرخص بها هي التجارب الطبية العلاجية دون التجارب الطبية العلمية وهذا حماية لهذه الفئة ومنعا لاستغلالها خدمة لطائفة أخرى. ترك قانون الصحة الجديد دراسة وتحديد أهلية الخضوع للتجارب الطبية و شروطها للنصوص التنظيمية⁽⁴⁾ في حين كان من الأفضل إيرادها ضمن أحكام هذا القانون لسهولة الإطلاع عليها.

(1) مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 50.

(2) راجع في ذلك سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتين نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 77.

(3) راجع نص المادة من القانون رقم 04-05، مؤرخ في 2005/02/06، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي، ج ر، عدد 12، صادر في 2005/02/13.

(4) راجع المادة 388 من ق.ص.ج

لم تمنع القوانين الدولية التي كانت السبابة لتنظيم الرضا الحر والمتبصر في مجال التجارب الطبية وهما إعلان نيورمبورغ وهلسنكي أن يكون الخاضع للتجربة قاصرا لكن اشترطت رضا الممثل القانوني في حين أقرت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان صورة أخرى لحماية القاصر إذ أصرت المادة 6 فقرة 2 منها على وجوب الأخذ بعين الاعتبار برأي القاصر أو الصغير مع مراعاة سنه ودرجة نضجه⁽¹⁾.

ثانيا/ تشديد الالتزام بالإعلام

1) تشديد الإعلام في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

يشترط على الطبيب الذي يجري عملية استئصال العضو البشري من المتبرع وزرعه لدى المريض تبصير كلا الطرفين إلا أن تشديد الإعلام يقع على المتبرع. يعود سبب تشديد التشريعات في إعلام المتبرع بأحد أعضائه إلى عدم وجود أية مصلحة علاجية أو مادية للمتبرع نظير تبرعه. فهو شخص سليم لا يشكو من أية علة، كما أن التبرع عمل تطوعي مجاني تجسيدا لكل ما يحويه الفعل من معاني التضامن والإيثار والإنسانية التي تؤكد عدم جواز التعامل في جسم الإنسان ومنع الاتجار به.

هي معطيات تجعل التزام الطبيب بإعلام المتبرع يشمل جميع المخاطر الطبية التي قد يتعرض لها بسبب استئصال العضو منه في الحال والمستقبل⁽²⁾، وبكل النتائج التي قد تترتب عن حرمانه من أحد أعضائه، أي التعقيدات الصحية التي يمكن أن يسببها غياب العضو المستأصل والاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان⁽³⁾ إذ لا بد أن يعي تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد استئصال العضو. ومدى تأثير كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام وللعضو المتبقي على وجه الخصوص⁽⁴⁾.

لا يقتصر الإعلام على المخاطر الطبية بل يمتد إلى كل ما قد يترتب على عملية الاستئصال من صعوبات تؤثر على ممارسة المتبرع لمختلف أوجه حياته الاجتماعية والمهنية. فعلى الطبيب أن يبين مدى قدرة المتبرع على مزاولة أو مواصلة نشاطه وصلة ذلك بوضعه المادي فيما بعد⁽⁵⁾.

يحاط المتبرع أيضا بالفائدة التي تعود على المريض من جراء النزاع ومدى مساهمته في إنقاذ حياته وتحسين صحته، حتى يستطيع أن يقدر ويوازن بين المخاطر التي سيتعرض

(1) مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 240.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 143.

(3) جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 133.

(4) مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة

الجديدة للنشر، مصر 2002، ص 44.

(5) رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 87.

لها والفوائد التي تعود على المريض⁽¹⁾. وليس هناك أي سبب شرعي ومنطقي يسمح للطبيب بالتستر على المعلومات الخطيرة خشية إحجام المتبرع عن الموافقة، لأنه ليس مريضا ولا يُخشى على صحته إذا رفض التدخل الجراحي⁽²⁾.

يجب أن يدرك المتبرع إذن كل الأمور المحيطة بالعملية سواء طرح بشأنها سؤال للطبيب أم لم يطرح لطالما كانت معرفتها لازمة قبل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقبول⁽³⁾.

وُفق المشرع الفرنسي في ضمان احترام إرادة المتبرع إذ نظم من خلال المادة 1-1231 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾ إعلام المتبرع تنظيميا محكما إذ جعله مشددا وواسعا وشاملا لكل المخاطر النتائج بكل صورها التي تترتب على عملية التبرع، كما أسند مهمة الإعلام إلى لجنة طبية ثلاثية⁽⁵⁾ مستقلة على الطبيب الجراح الذي يقوم بالعملية ضمانا للحياد والشفافية.

يؤكد المشرع الفرنسي سعيه إلى تحقيق شرط الرضا المتبصر بكل أبعاده في مجال عمليات التبرع بالأعضاء من خلال عمليات التحسيس والتوعية والإرشاد التي نص على ضرورة انتهاجها لتشجيع التبرع والتعريف به وبكافة إجراءاته ونتائجه. وهي حملات تشرف عليها وزارة الصحة بالتعاون مع وزارة التربية الوطنية⁽⁶⁾.

كما ألزم الأطباء بتوجيه المتبرعين إلى مصادر المعلومات التي تشرف عليها لجنة الطب البيولوجي⁽⁷⁾ ولا تعتبر هذا دعاية أو إشهار لمنع القانون لهذه الأمور عندما يتعلق الأمر بالمساس بجسم الإنسان، وإنما ضمان لإقبال المتبرع عن كل دراية وقناعة بهذا العمل. تناول المشرع الجزائري شرط تبصير المتبرع في الفقرة 02 من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على ما يلي: «... ولا يجوز للمتبرع أن يجبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة».

يعتبر إصرار وتأكيد التشريعات على تبصير المتبرع بتقويت الطبيب فرصة التعذر بعدم التعبير تحت أي ظرف من الظروف⁽⁸⁾.

(1) رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 144.

(2) العبيدي زينة غانم بونس، مرجع سابق، ص 83.

(3) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 158.

(4) Voir art. L 1231-3 du c.s.p.

(5) Voir art. L 1211-3 du c.s.p.

(6) Voir art. L 1211-3 du c.s.p.

(7) Voir art. L 1231-1 du c.s.p.

(8) خلفي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 158.

اكتفى المشرع الجزائري بالنص على ضرورة إعلام المتبرع بالمخاطر الطبية دون أن يؤكد ضرورة إحاطة المريض بنتائج ذلك على حياته الاجتماعية والنفسية والاقتصادية والمهنية ولا عن الفائدة التي ستعود على حياة المريض وصحته.

وهي معايير أرى بأنها تؤكد التبصير الكامل والدراية التامة للمتبرع وهو ما سيضمن احترام إرادة المتبرع في مثل هذه التدخلات الطبية الخطرة على حياته وصحته، كما لا بدّ على المشرع الجزائري أن يسند مهمة الإعلام إلى لجنة طبية مستقلة تضمن الشرح الوافي والحياد والموضوعية في الإعلام حماية للمتبرع. استجاب قانون الصحة الجديد لهذا الاقتراح من خلال نص المادة 360 فقرة 7 و هذا بإسناد مهمة الإعلام إلى لجنة الخبراء التي تحدد تشكييلتها و تنظيمها و سيرها النصوص التنظيمية.⁽¹⁾

لاحظنا غياب تنظيم خاص للرضا الحر في مجال عمليات نقل الأعضاء البشرية فلم يحظى هذا الشرط باهتمام كما حظي به شرط التبصير، في حين كان من الأجدر الاهتمام بهذا الشرط في مثل هذه العمليات الحساسة والخطيرة وعدم الاكتفاء بتطبيق عيوب الرضا وفقا للقواعد العامة أو مساواتها بالأعمال الطبية المتداولة وهذا لعدة أسباب أهمها أن مثل هذه العمليات تنسم بضغط من العائلة التي قد تؤثر على المتبرع ويجبره على قبول التبرع من خلال زرع إحساس بداخله مفاده بأن شفاء المريض متوقف على تبرعه وإن رفضه لذلك قد يكون سبب في وفاة المريض.

يتولد هذا الضغط من شعور داخلي للمتبرع والذي يتمثل في إحساسه بالتزامه بالتبرع كشعور الأم بواجب التبرع لابنها. هي ضغوط نفسية تفرغ التبرع من معاني التضامن والإيثار وتطغى عليها معاني الإجبار والالتزام وهو ما يستدعي دراسة الحالة النفسية للمتبرع وإخضاعه لتحاليل مسبقة تأكد من خلو إرادته من كل تأثير.

(2) تشديد الإعلام في التجارب الطبية غير العلاجية

تحمل التجربة الطبية العلمية طابع المخاطرة والاحتمال، إذ لا يمكن الجزم بنتائجها⁽²⁾ ولأنّ من يقدمون عليها في الغالب أشخاص أصحاء لا ينصب الغرض منها إلى شفاء من تجرى عليه بل هم أشخاص يؤثرون صحتهم تحقيقا لمصلحة المجتمع بأكمله وتطور العلم. لذا فإنّ شرط الرضا الحر والمتبصر إحدى المبادئ الجوهرية في مثل هذه التدخلات⁽³⁾. فحفاظا على صحة الخاضع

(1) راجع المواد 360 فقرة 7 و 360 فقرة 9 من ق ص ج.

(2) عبد القادر الحسني إبراهيم محفوظ، مرجع سابق، ص 77.

(3) مواسي العلة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 194.

للتجربة واحتراما لإرادته أولاً ونثمينا لإيثاره ثانياً⁽¹⁾ وجب تبصيرهم تبصيرا شاملا وكاملا.

يضمن الطبيب التبصير الكامل والشامل إذا أحاط الخاضع لهذه التجربة بموضوعها والأهداف المبتغاة من ورائها ومدتها وبالطرق الفنية التي ستستخدم فيها. وبكافة المخاطر التي قد تترتب عنها أنيا ومستقلا.

لا بدّ أيضا من التأكيد على حق الخاضع للتجربة في رفض الخضوع للتجربة وكذا على حقه في إيقافها متى شاء قبل انقضاء مدتها شرط، أن ينبهه إلى المخاطر النفسية والعضوية التي قد تترتب عن الإيقاف والانسحاب قبل انقضاء التجربة⁽²⁾.

يعتبر تنظيم المشرع الفرنسي للإعلام في مثل هذه التدخلات الطبية تنظيما يضمن الشفافية واحترام إرادة الخاضع للتجربة الطبية العلمية. إذ عدّدت المادة 1-1122 من قانون الصحة العامة نطاق الإعلام الذي يشمل الهدف والطريقة المتبعة ومدة التجربة وكذا الفوائد المنتظرة والمخاطر المتوقعة منها وتأكيد هذه الأخيرة في حالة وقف العملية قبل الموعد. كما يجب الإعلام عن طرق التكفل الطبي بعد التجربة ومدى وجود التكفل عند وقف التجربة⁽³⁾.

تتحقق من شمولية وكمال الإعلام لجنة أخلاقيات البحث⁽⁴⁾ والتي بفعل استقلاليتها عن القائم بالتجربة تضمن الموضوعية والحياد والشفافية. وهي أمور تحقق احترام الإرادة الحرة والمتبصرة للخاضع للتجربة الطبية العلمية.

أمّا القانون الجزائري فبعد أن أكّد المشرع في نص المادة 2/168 من ق.ح.ص.ت المعدلة بقانون رقم 90-17 على صفة التبصير والحرية لإرادة الشخص الخاضع للتجربة أو ممثله الشرعي مع ضرورة الحصول على الموافقة في كل لحظة. فإنّ القرار الوزاري الحامل لرقم 387 الصادر بتاريخ 31 جويلية 2006 المتعلّق بالتجارب السريرية، نظم كيفية تطبيق هذه المادة من خلال المادة 21 منه التي أشارت إلى نطاق الإعلام الذي يشمل الهدف من التجربة وطريقة إجرائها ومدتها وفوائدها والأخطار والأضرار المترتبة عنها خاصة في حالة إيقاف التجربة قبل نهايتها. كما يجب إعلام الشخص الخاضع للتجربة بالإجراءات

(1) حسام زيدان شكر الفهد، مرجع سابق، ص 110.

(2) رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 185.

(3) Voir art. L 1122-1 du c.s.p.

(4) Voir art. L 1121-4 du c.s.p.

المتعلقة بالتعويض والعلاج في حالة تحقق أضرار أو عاهة جراء مشاركته وبكل المستجدات المتعلقة بالتجربة والتي يمكن أن تؤثر على صحته.

إن موضوع الإعلام في مثل هذه العمليات الحساسة كان ولا بد أن يكون واضحا مفصلا ضمن أحكام قانون الصحة و هذا ما تضمنته المادة 386 من قانون الصحة الجديد.⁽¹⁾

(3) التشديد في الإعلام في مجال جراحة التجميل التحسينية

شدّد القضاء الفرنسي من التزام الطبيب بالإعلام في مجال الجراحة التجميلية التحسينية حتى عندما ما كان يلزم الطبيب بالإعلام في مجال الأعمال الطبية العلاجية بالمخاطر المتوقعة عادة فقط. إذ أقرت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى قرار 17 نوفمبر 1969 بالإعلام عن كل المخاطر ولو كان استثنائيا⁽²⁾.

أصبح الإعلام في مجال الأعمال الطبية العادية يشمل كل المخاطر الجسيمة ولو كان أمر حدوثها استثنائيا وهذا بمقتضى قرار 07 أكتوبر 1997، إلا أن القضاء الفرنسي خص جراحة التجميل التحسينية بأحكام خاصة من خلال قرار 17 فيفري 1998⁽³⁾، أكد من خلاله أن مثل هذه الأعمال الطبية لا تشمل فقط المخاطر الخطيرة وإنما تمتد إلى كل ما يمكن أن يترتب عنها ولو كان بسيطا لا خطورة فيها، وهو ما كرسته المادة 6322-2 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾.

أكد القضاء الفرنسي أيضا بأن الجراحة التجميلية التحسينية مثل باقي الأعمال الطبية غير العلاجية لا بدّ من تفصيل الإعلام فيها ليشمل كل المخاطر مهما كانت درجتها ونوعها، وكذا كل التعقيدات والأمراض التي قد يترتب عنها وهذا بمقتضى قرار 26 ماي 2008⁽⁵⁾ كما لا بدّ أيضا أن يشمل الإعلام حول تكاليف العملية ذلك أن المترشح لا يعتبر مريضا وإنما مستهلكا للعلاج⁽⁶⁾.

يعود تشديد الإعلام في مثل هذه العمليات إلى أنّ المقدم على العملية الجراحية التجميلية لا بدّ أن يكون على بينة بكل حقائق وآثار هذا العمل حتى يصدر رضاه وموافقته على بينة من أمره، ذلك

(1) راجع المادة 386 من ق ص ج.

(2) Cass. 1^{ère} civ. 17 novembre 1969, cité par: CHAIB Soraya, la preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, R.C.D.S.P, faculté de droit, université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n° spéciale, n° 1, 2008, p 270.

(3) Cass. 1^{ère} civ. 17 février 1998, cité in HUREAU (J) et POITOU (D), op-cit p 180.

(4) Voir art. L 6322-2 du c.s.p.

(5) نقلا عن: بومدين سامية، مرجع سابق، ص 103.

(6) بومدين سامية، مرجع نفسه، ص 101.

أنّ الالتزام بالإعلام إذا كان يتقيّد في الأحوال العادية بما تفرضه الضرورة الصحيّة والعجلة لإنقاذ حياة المريض ففي جراحة التجميل لا يوجد أي تبرير علاجي طبي ولا هدف للشفاء⁽¹⁾، وأهم من ذلك فالسبب في صرامة الالتزام هو أنّ أساس التدخل في الأعمال الطبيّة العلاجية هو تحويل المرضى إلى أشخاص أصحاء وليس العكس تحويل أشخاص أصحاء إلى مرضى⁽²⁾.

المبحث الثاني

ضرورة التحقق من وجود الرضا

لم يعد يقتصر حق المريض في التعبير على إرادته قبل التدخل الطبي في ذلك الرضا الذي يصدر عنه أثناء مرضه. وإنّما امتدت حماية القانون لاحترام إرادة المريض إلى ضمان حقه في تحويل من يعبر عن إرادته وكذا تكريس حقه في وضع توجيهات مسبقة تظهر إرادته عندما يكون غير قادر على التعبير عنها مباشرة (مطلب أول).

إنّ عدم قدرة القاصر على التصرف واتخاذ القرار الطبي يستغله أصحاب السلطة الأبوية كوسيلة للتقرير والفرص لذا فمنذ عدّة سنوات تطورت فكرة مصدرها الوم.أ التي تدعو إلى تحرير الأطفال من سلطة الآباء والاعتراف لهم بحقوق خاصة بهم مستمدة من حقوق الإنسان فالنظرة التقليدية لحقوق الطفل التي تمارس تحت غطاء واجبات الآباء اتجه أبنائهم تحوّلت إلى نظرة حديثة مفادها أنّ الطفل هو موضوع الحق وصاحبه وهو شخص يتمتع بحرية تامة⁽³⁾.

يحضى الطفل القاصر باهتمام ملحوظ في العديد من المجالات فمصلحته أصبحت أولوية يجب الاعتناء بها. يجب أن تدرس مصلحة القاصر من وجهة نظر هذا الأخير قدر المستطاع وهو ما يتأتى بمنحه نوعاً من الاستقلالية في اتخاذ بعض القرارات الخاصة به (مطلب ثاني).

(1) طلال عجاج، مرجع سابق، ص 160.

(2) بومدين سامية، مرجع سابق، ص 104.

(3) BERNHEIM DESVAUX Sabine, Protection de la personne, La relation de soin, médecine et droit, Elsevier Masson, France, 2011, p 222.

المطلب الأول

الحماية القانونية لإرادة البالغ العاجز

إنّ فقدان المريض للوعي يجعله عاجزا وغير قادر على التعبير عن إرادته بطريقة مباشرة وهذا لا يمنح للطبيب الحق في عدم القيام بالتزامه بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل أي تدخل طبي.

لا بدّ على الطبيب أن يتحقق من موافقة المريض على التدخل الطبي أي كانت طبيعته، من خلال الرجوع إلى من خولهم المريض للتعبير عن ذلك، قبل البحث عن المخولين قانونا، فالمريض هو من يعيّن شخصا يمثلته في التعبير عن الإرادة في مثل هذه الحالات، وهو ما كرسته التشريعات واعتبرته إحدى صور التعبير المسبق عن الإرادة (فرع أول). كما يمكن للمريض أن يحضر توجيهات مكتوبة يعبر فيها على قبوله أو رفضه تدخلا طبيا ما، وهي طريقة انتهجتها الكثير من الدول للتعرف على إرادة المريض حينما يواجه أمراضا مستعصية على الطب يعاني فيها من آلام حادة (فرع ثاني).

الفرع الأول

الرجوع إلى المخولين من المريض

يحق للمريض أن يخوّل من يعبر عن إرادته إذا صادف وإن كان فاقدا للوعي أثناء مرضه لا بدّ من إظهار الأحكام المتعلقة بتعيين هذا الشخص من أصحاب الحق في ذلك وشكل التحويل وكذلك شروط الشخص المخوّل (أولا) لنعرج إلى المهام المسندة إلى هذا الشخص من مساعدة المريض على اتخاذ القرار الطبي أو نقل إرادته إذا كان غير قادر على التعبير عنها مباشرة (ثانيا).

أولا/ تعيين المخوّل من المريض

1) أصحاب الحق في تعيين المخوّل من المريض

نصّ المشرع الجزائري من خلال المادة 44 من م.أ.ط عما يلي:

« يخضع كل عمل طبي... لموافقة المريض... أو لموافقة الأشخاص المخولين منه... ».

أجاز المشرع من خلال هذه المادة لأشخاص مخولين من المريض أن يصدر عنهم رضا في تنفيذ العمل الطبي نيابة عن المريض. إلا أنه لم يحدّد المريض صاحب الحق في هذا التحويل والشروط القانونية الواجبة فيه، ولا الحالات التي يمكن فيها للمريض أن يخوّل شخصا آخر للتعبير عن إرادته عوضا عنه. لذلك قد يفهم بأن كلّ شخص رافقه إلى الطبيب حتى ولو لم تكن له أيّة صلة قرابة ولا معرفة بالمخول لذلك؟⁽¹⁾. كما قد يفهم بأن أحكام النيابة وفقا للقواعد العامة هي التي تطبق إذ يعبر المخوّل عن إرادته هو وليس عن إرادة المريض وهو ما لا يشكل حماية وضمانة لاحترام إرادة المريض لذا وجب على المشرع الجزائري تنظيم هذه النقطة بما يكفل ضمان احترام إرادة المريض.

خلا قانون الصحة الجديد من هذا التحويل و من مصطلح آخر يحل محله في حين كان مرتقبا في مشروع القانون بنفس تسمية المشرع الفرنسي ألا و هو الشخص الثقة⁽²⁾. خصص المشرع الفرنسي على خلاف المشرع الجزائري تنظيما خاصا ومحكما لمسألة حق المريض في التحويل⁽³⁾. من خلال استحداثه بمقتضى قانون 4 مارس 2002 للشخص الثقة المنصوص عليه في نص المادة 1111-6 من هذا قانون الصحة العامة⁽⁴⁾.

(1) العبيدي زينة غانم يونس، مرجع سابق، ص 206.

(2) راجع المادة 23 من مشروع قانون الصحة.

(3) استوحى المشرع الفرنسي تنظيم الشخص الثقة من رأي comité consultatif nationale d'éthique التي أشارت إلى إمكانية تعيين كل شخص لممثل أو وكيل أو مجيب يستند له مهام التوسط بين الطبيب والمريض عندما يكون هذا الأخير فاقدا للوعي وغير قادر على التعبير على إرادته بنفسه.

«La possibilité pour toute personne de désigner pour elle-même un représentant» ou «mandataire» ou «répondant, chargé d'être l'interlocuteur des médecins aux moments où elle est hors d'état d'exprimer elle-même ses choix». In CCNE, avis n° 58, 12 juin 1998, in Binet Jean-René, cours droit médical, Montchrestien lex tenso éd, Paris, 2010, p 96.

(4) Art. L1111-6 : «Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche, ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin, cette désignation est faite par écrit.

Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ces démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions.

Lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance dans les conditions prévues à l'alinéa. Cette désignation est valable pour la durée de l'hospitalisation à moins que le malade n'en dispose autrement».

حلّ الشخص الثقة محلّ الحماية الطبيعيين وهو المفهوم القضائي⁽¹⁾ الذي ساد طويلاً للتعبير عن الأشخاص الذين يجب على الطبيب الرجوع إليهم عندما يكون المريض فاقداً للوعي. فالى جانب الممثلين القانونيين توجد وضعيات ومواقف تدفع الطبيب إلى اللجوء إلى الغير أشخاص وصفهم القضاء بالحماية الطبيعي « Protecteurs naturels ».

حصر المشرع الفرنسي أصحاب الحق في تعيين الشخص الثقة في الشخص البالغ وهذا حسب نص المادة 1111-6 من قانون الصحة العامة⁽²⁾. وهو ما يفهم منها استبعاد تعيين القاصر للشخص الثقة لأنّ هذه الأخيرة صفة وشعور لا يكتسب إلاّ بمرور الوقت والخبرة والتجربة وهي أمور لا تتوفر لدى القاصر الذي يضع الثقة في أي كان.

أمّا بالنسبة للبالغ العاجز فإنّ إمكانية تعيينه للشخص الثقة واردة قبل الحجر عليه والتي يقرر القاضي بعد الحجر على هذا الشخص سواء إبقاؤه أو إلغائه أما بعد الحجر فإنّ تعيين البالغ العاجز للشخص الثقة أمر باطل⁽³⁾.

نذكر من جهة أخرى بأنّ المشرع الفرنسي وإن اشترط البلوغ لتعيين الشخص الثقة فإنّه منح للقاصر المميز والبالغ العاجز بمقتضى تعديل القانون المدني الفرنسي سنة 2007⁽⁴⁾، حق تعيين ممثل عن طريق وكالة للحماية في المستقبل وهذا لتولي دور التمثيل في حالة عدم استطاعة هؤلاء التعبير عن إرادتهم، وذكر ضمن الأعمال محل التمثيل الأعمال الطبية⁽⁵⁾.

(1) Cas civ, 1^{er}, 8 Novembre 1955 (jsp 1955, G, I, n° 9014) «avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies, à son égard d'une autorité légale, ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme protecteurs naturels». Voir DEBER NARDINIS Christophe, op-cit, p 92.

(2) Art. L.1111-6: «toute personne majeure peut désigner une personne de confiance...».

(3) Art. L 1111-6: «...Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci».

(4) Loi n° 2007-308-5 mars 2007, jo7, mars 2007, p 4325. www.legifrance-gouv.fr/jurijudi.do?oldaction=rechurijudifidtexte=jurTTEXT000022427844ffast&ReqlD=248295651fast&pos=3.

(5) Art. 479 du C.C.F.

يعد اقتراح المؤسسة الاستشفائية للمريض حقه في تعيين الشخص الثقة أمراً إجبارياً وذلك في كل وقت ويعاد في كل يوم من أيام الاستشفاء⁽¹⁾، وهذا لضمان علم المريض بحقه في تعيين الشخص الثقة.

وحتى بعد اختياره لشخص للثقة فهو حرّ في إعادة اختيار وتعيين شخص آخر، أو أن يتراجع كلية، دون أن يعيّن أي شخص مرّة أخرى. كما يمكنه أن يختار مسبقاً قبل مرضه شخصاً يرجع إليه الطبيب حين المرض⁽²⁾، إلا أنّ كل هذه الحرية مقيدة بعدم إمكانيته تعيين عدّة أشخاص للثقة مرّة واحدة⁽³⁾.

يطرح حسب الباحثة تعيين الشخص الثقة كما سماه المشرع الفرنسي العديد من السلبات تتمثل في مدى استمرار الثقة بين الشخصين، اللذان قد تفرقهما أمور عائلية كالطلاق. فإذا لم ينتبه المريض إلى إلغاء هذا التعيين أو تعديله، فإنّ هذا الشخص يكون وسيطاً بين الطبيب والمريض. وماذا سيكون لو خان هذا الموثوق فيه هذه الثقة، وعبر عن أمور لا تعكس إرادة المريض، وهذا لعدّة أسباب كالإرث أو عدم التفاهم أو بغرض الاستفادة من الأعضاء. لذلك أرى بأنّ وجود الرقابة أثناء التعيين سواء القضائية أو العائلية هي من قبيل الإجراءات التي قد تضمن حماية المريض المخوّل.

2) شكل تعيين الشخص الثقة

لم ينظم المشرع الجزائري كل الأمور المتعلقة بموضوع وشكل التحويل، بالرغم من أهمية ذلك في مثل هذه العلاقة الحساسة، كونها تنصب على جسم الإنسان. إذ أنها تحول دون ادعاء عدّة أشخاص تحويل المريض لهم للتعبير عن الموافقة عن التدخل الطبي. لذلك فإنّ المشرع الفرنسي ألزم أن يتم تعيين الشخص الثقة كتابياً⁽⁴⁾، وباشتراطه للكتابة يكون قد

(1) Art. L 1111-6 : «...Elle est révocable à tout moment... lors de toute hospitalisation dans un établissement de santé, il est proposé au malade de désigner une personne de confiance...».

(2) MOREAU Jacques TRUCHET Didier, Droit de la santé publique, 6^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2004, p 31.

(3) ABADI Pascale BARRE Stéphanie, op-cit, p 68.

(4) Art. L 1111-6 : «...Cette désignation est faite par écrit...».

استبعد تماما التعيين الشفوي. فلا يقبل من أي شخص أن يدّعي أنه قد تم تعيينه بمقتضى توكيل شفوي⁽¹⁾.

لم يحدد المشرع الفرنسي شكل الكتابة فقد تكون باليد وعرفية، أو بملاً محرر إداري تسلمه المؤسسة الاستشفائية. المهم أن يكون التعيين والكتابة دقيقين واضحين، نافيين للجهالة ممهورين بالتاريخ وتوقيع الأطراف⁽²⁾.

ترى الباحثة بأن الكتابة الرسمية في مثل هذه الأمور أمر ضروري، لتحقيق حماية للمريض. فهي وسيلة لرقابة مدى تمتع المريض بكافة مؤهلاته العقلية أثناء التحويل، وكذا عدم وجود أي ضغط وإجبار وإكراه على التوقيع على مثل هذه الوثيقة الهامة. لتفادي قيام أقارب أو أصدقاء المريض بإجباره بالتوقيع على ورقة تتضمن التحويل واستظهارها أمام الطبيب حين مرض المخول وسرد كل ما ليس له أي علاقة بإرادة المريض.

3) شروط الشخص المعين

تعتبر الثقة⁽³⁾ أحد المعايير الأساسية التي ركز عليها المشرع الفرنسي في اختيار المخول من المريض. وهذا ما يظهر من تسميته له بالشخص الثقة. والتي افترض أن يجدها المريض في عدة أشخاص وهم أحد الأبوين الأقارب والطبيب المعالج وهذا طبقاً لنص المادة 1111-6 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾.

(1) DUPUY Alice DUPUY Nathalie HALBERSTAM Nathalie, MASNIER Anne-Claire, La personne de confiance, centre de documentation multimédia en droit médical, <http://www.droit-univ-paris5.fr/cddm/modulesphp?name=news&file=article&sid76>, p 01.

(2) ABADIE Pascale BARRE Stéphanie BUBIEN Yann DELCEY, Michel BENHAENE Olivier DUSEHU Etienne EVIN Claude PHAKHIR Elsa WITTMANN Marie France, droits du patient (information et consentement), Masson éditeur, Belgique, 2004, p 66.

(3) «La confiance est un sentiment qui se construit avec le temps, après avoir cheminé de longues années avec une personne et avoir mesuré à ses cotés combien ses sentiments, ses jugements et ses actions sont en conformité avec les notre. Ce sentiment correspond à l'idée que l'on se fait d'une personne à travers son comportement devant différent épreuves qu'elle affronte et qui prouve que ses agissements se trouvent en péréquation avec ce que l'on attendait d'elle. La confiance contrairement à la passion ne naît pas dans l'instant mais s'édifie dans la durée». In GABRIEL Anaïs, La personne de confiance dans la loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades, Presses universitaires d'Aix, Marseille, 2004, p 37.

(4) Art. 1111-6 : «...une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant...».

لا يعتبر تعداد المشرع الفرنسي لمن يمكن أن يكون محلاً للثقة تعداداً على سبيل الحصر. لأنّ هذا يشكل مساس بحرية المريض في الاختيار فالثقة قد يجدها في صديق له ليس بقريب ولا أبوين ولا طبيب. إلا أنّ هذا التعداد ليس من باب الصدفة أيضاً وإنما الغرض منها التأكيد على ضرورة وجود علاقة وطيدة بين المريض والشخص الثقة. وهو ما يستبعد من تعرّف عليهم المريض صدفة لافتراض عدم وجود تعارف كبير يولّد الثقة اللازمة توفرها في الشخص المخوّل⁽¹⁾.

نذكر فقط بأنّ الشخص المعيّن أي الشخص الثقة حرّ في قبول التعيين من عدمه وهذا بعد إعلامه من المعيّن بذلك وبكافة المهام المنتظرة منه بعد التعيين⁽²⁾.

لا بدّ أن يكون الشخص الثقة شخصاً طبيعياً وليس شخصاً معنوياً يفهم هذا من نص المادة 6-1111 من قانون الصحة العامة التي أعطت أمثلة لمن يمكن تعيينهم كأشخاص الثقة من أهل، أقارب، وطبيب معالج أنّ هذا الشخص شخصاً طبيعياً وهذا لأنّ الثقة توضع فيما نراه ونتحدث معه فلا يمكن تعيين البنك أو الجمعية أو المؤسسة كشخص للثقة⁽³⁾.

ويستبعد أيضاً أن يكون الشخص الثقة قاصراً بالرغم من أنّ أحكام القانون المدني في نص المادة 1990 تسمح بتوكيل قاصر⁽⁴⁾. كما أنّ إمكانية تعيين شخص للثقة قاصر موجودة في بلجيكا في مشروع القانون المتعلق بحقوق المريض المؤرخ في 22 أوت 2001⁽⁵⁾. إلاّ

(1) FRANGKOU Roxani, Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé, consentement et santé, colloque international à l'occasion du trentième anniversaire de l'association française de droit de la santé (AFDS) qui s'est tenu le 4 Octobre 2012 à l'université Paris des cartes, éd Dalloz, Paris, 2014, p 150.

(2) GABRIEL Anaïs, La personne de confiance..., op-cit, p 90.

(3) فرغم أنّ المادة 5-1112 من قانون الصحة العامة ألزمت المؤسسات الاستشفائية بتسهيل تدخل الجمعيات التطوعية التي يمكن أن تقدّم مساعدة للمريض بطلبه وبموافقته وذلك يمكن أن يختار ضمن جمعية - مرخص لها من قبل المؤسسة الاستشفائية بزيارة دورية للمريض - شخصاً للثقة ومن قبيل هذه الجمعيات جمعية LIDEME، والتي تقترح على المنخرطين فيها اختيار الشخص الثقة ضمن أعضائها، إلا أنّ هذا لا يعتبر استثناءً على قاعدة وجوب أنّ يكون الشخص الثقة شخصاً طبيعياً فرغم أن الاختيار يكون من الجمعية إلا أنّ المختار هو شخص طبيعى ضمن أعضاء الجمعية. Ligue de défense des droits des malades, BP 136.75863, Paris Cedex 18 Tél.: 0140 34 25 37. www.lideme.com.

(4) Art. 1990: «Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire, mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs».

(5) In GENICOT Gilles, Nouveaux dialogues en droit médical, Anthémis CUP Commission université Palais, T Belgique, 2012, p 20.

أنَّ سر استبعاد تعيين شخص ثقة قاصر يطرح إشكالية الفائدة من اصطحاب قاصر ووضع الثقة فيه كان من المفترض أن يكون مؤهلاً لاتخاذ قرارات في منتهى الأهمية وهو لا يتمتع بالأهلية اللازمة لأداء المهمة المنتظرة منه⁽¹⁾.

ثانيا/ مهام المخول من المريض

لم يحدّد المشرع الجزائري صلاحيات ومهام المخول من المريض، ولا نطاق تنفيذ هذه المهام، ولا الحالات التي يمكن فيها للمريض أن تخوّل شخصا آخر للتعبير عن الموافقة عوضا عنه. في حين أسند المشرع الفرنسي للشخص الثقة مهمة مساعدة المريض في اتخاذ القرار إذا كان المريض قادرا على التعبير عن إرادته⁽¹⁾. وكذا مهمة التعبير عن إرادة المريض عندما يكون هذا الأخير غير قادر على التعبير عنها⁽²⁾.

1) مساعدة المريض على اتخاذ القرار

منح المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 6-1111 فقرة 1 من قانون الصحة العامة⁽²⁾ للشخص الثقة مهمة مساعدة المريض على اتخاذ القرار فهو بذلك يرافق المريض ويحضر معه كل المقابلات الطبيّة، وهي مرافقة تتوقف على رغبة المريض لذلك.

يفهم من خلال هذه المادة بأنّ مهمة الشخص الثقة عندما يكون المريض قادر على التعبير على إرادته، تنحصر على مجرد إعطاء رأي للمريض ومناقشة سلبيات وإيجابيات القرار الذي سيتخذه المريض بالنظر إلى إيجابيات وسلبيات العمل الطبي⁽³⁾.

استعمل المشرع الفرنسي مصطلحين مختلفين هما المرافقة L'accompagnement والحضور L'assistance إذ يظهر للوهلة الأولى أنّ من يرافق طوال مراحل العلاج أكيد أنّه يحضر الحصوص والمقابلات الطبية لذا فلا داعي لتكرار هذا المصطلح.

(1) MOREAU Jacques TRUCHET Didier, op-cit, p 209.

(2) Art. 1111-6: «... si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux, afin de l'aider dans ses décisions...».

(3) MOREAU Jacques, TRUCHET Didier, op-cit, p 209.

غير أنه لا بدّ من فهم ما أراد المشرع الفرنسي نقله بالمقصود بمصطلح المرافقة L'accompagnement هو التواجد معه في كل الإجراءات والشكليات من اختيار الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية وفي إجراءات الاطلاع على الملف الطبي من تقديم طلب حتى الاستجابة له... الخ وبالتالي فهي تعتبر مساعدة مادية وجسدية أكثر، في حين الحضور L'assistance فهي المساعدة المعنوية النفسية حين تلقي الإعلام وحين اتخاذ القرار سواء بالقبول أو الرفض⁽¹⁾.

أشار المشرع الفرنسي إلى أنّ الشخص الثقة يعتبر مرافقا في كل الإجراءات واللقاءات التي يجريها المريض مع طبيبه. ولم يذكر إمكانية امتداد الحضور والمرافقة أثناء تقديم العلاج مما يعني أنّ هذا الأخير لا يتم بحضور الشخص الثقة، وهذا لضمان أداء الطبيب لمهامه على أحسن وجه وضمان تركيزه الجيد⁽²⁾. وبالتالي من حق الطبيب رفض حضور الشخص الثقة ولو طلبه المريض.

تسمح مرافقة الشخص الثقة للمريض بالاطلاع على كافة المعلومات الخاصة بصحته وبالتدخل الطبي المراد إجراؤه. ولهذا فلا مجال للاحتفاظ بالسر الطبي في مواجهته⁽³⁾. إذ يسمح إفشاء الطبيب المعلومات والأسرار الطبية للشخص الثقة بمساعدة المريض على اتخاذ القرار الطبي. وهو أيضا مظهر من مظاهر احترام إرادة المريض في اطلاع الشخص الثقة على أسرار⁽⁴⁾. فلا يجوز إذن للطبيب أن يرفض حضور الشخص الثقة ومرافقته للمريض على أساس اعتدائه على السر الطبي المهني⁽⁵⁾.

يجب على الشخص الثقة أن يكون مشرفا للثقة التي وضعت فيه، وأن يكون محقا بها. وهذا يظهر في وجوب احتفاظه بالسر الطبي. كما يجب أن يكون حضور الشخص الثقة

(1) نلاحظ أنّ المشرع الفرنسي أعطى قيمة كبيرة للعلاقة بين المريض والشخص الثقة إذ أنّ هذا المصطلح « Assistance » استعمله أيضا في العلاقة بين الزوجين في المادة 212 من القانون المدني الفرنسي.

Art. 212 du code civil dispose: « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.... » وهو ما يؤكد قوّة المصطلح الذي وظفه المشرع

(2) ABADIE Pascale BARRE Stéphanie BUBIEN Yann..., op-cit, p 76.

(3) ABADIE Pascale BARRE Stéphanie BUBIEN Yann..., Ibid, p 77.

(4) GABRIEL Anaïs, La personne de confiance ..., op-cit, p 80.

(5) DUPUY Alice, DUPUY Nathalie..., op-cit, p 04.

إيجابيا وأن يخدم مصلحة المريض ويتناسب مع متطلباته ويضمن السير الحسن للإعلام الذي يعتبر كقاعدة عامة في إطار فردي بين الطبيب ومريضه⁽¹⁾.

(2) التعبير عن إرادة المريض

عندما يكون المريض غير قادر على التعبير عن إرادته فإنّ المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1111-4 من قانون الصحة العامة ألزم الطبيب بالرجوع إلى الشخص الثقة أو العائلة وإذا اقتضى الأمر الأقارب لاستشارتهم ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام إلا في حالة الاستعجال أو الضرورة⁽²⁾.

تظهر هذه المادة الأهمية التي أولاها المشرع الفرنسي للشخص الثقة إذ استهل قائمة اللذين يرجع إليهم الطبيب عندما لا يستطيع المريض أن يعبر عن إرادته به، وهذا باعتباره الشخص الذي يعلم أكثر بإرادة ورغبات المريض. لذا فإنّ استشارته أولى عن باقي الأطراف⁽³⁾.

يحقق هذا الترتيب إحدى ضمانات احترام إرادة المريض، إذ أنّ الدور الأساسي للشخص الثقة هو الشهادة عن قيم ومعتقدات وأماني المريض عندما لا يستطيع التعبير عنها هو بنفسه، فهو نقل لها لا تحل إرادته محل إرادة المريض⁽⁴⁾.

يؤدي بذلك الشخص الثقة دورا ايجابيا إذ يرتاح المريض ويأتمن بوصول ونقل إرادته ورغباته للطبيب حتى عندما يكون فاقدا للوعي. كما أنّها أيضا تضمن للمريض بأنّ القرار الطبي الذي سيتخذ قبل التدخل الطبي الذي كان فيه فاقدا للوعي سيتم اتخاذه بعد

(1) ABADIE Pascale, BARRE Stéphanie, BUBIEN Yann, DELCEY Michel, BENHAENE Olivier, DUSEHU Etienne, EVIN Claude, PHAKHINE Elsa, WITTMANN Marie France, , op-cit, p 68.

(2) Art. L 1111-4 : « lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité sans que la personne de confiance définie à l'article L 1111-6, ou la famille, ou à défaut un de ses proches ait été consultée... ».

(3) DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, heures de France, Paris, 2006, p 92.

(4) «En aucun cas la personne de confiance ne se substitue au patient» voir FRAGKOU Roxani, Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé, op-cit, p 148.

استشارة أقارب له عينهم للتعبير على إرادته بفعل العلاقات التي تربطه بهم⁽¹⁾. لذلك يجب على الشخص الثقة أن يحترم إرادة المريض أثناء أدائه للمهمة التي حوّل أو عين لأجلها⁽²⁾.
يسهل أيضا هذا الترتيب مهمة الطبيب إذ بالرجوع إلى الشخص الثقة فهو يتعرف على إرادة المريض ورغبته ويتفادي أن يجد نفسه أمام عدّة متدخلين من العائلة والأقارب الذين يطلبون كلهم التعبير عما أراده المريض⁽³⁾. فهو يجد وسيطا يعبر عن آراء ورغبات متطابقة مع مصلحة ورغبات المريض⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الرجوع إلى التوجيهات المسبقة التي وضعها المريض

يضمن القانون الفرنسي احترام إرادة المريض في مرحلة نهاية الحياة من خلال إلزام الطبيب بالرجوع إلى التوجيهات المسبقة التي أعدها المريض، يحدّد فيها القرار الطبي الذي كان سيتخذه لو كان قادرا على التعبير عن إرادته والتي أظهرت النصوص المنظمة لها في التشريع الفرنسي أحكام إعدادها (أولا). وكذلك أحكام حفظها بما يسهل للطبيب الحصول عليها والعلم بما ورد فيها ضمانا لاحترام إرادة المريض (ثانيا).

أولا/ أحكام إعداد التوجيهات المسبقة

يظهر التنظيم القانوني الفرنسي للتوجيهات المسبقة المقصود بها (1) وأصحاب الحق في إعدادها (2) والشكل الذي تفرغ فيه (3).

(1) DEBER NARDINIS Christophe, op-cit, p 92.

(2) أنّ من يعيّن كشخص للثقة ويقبل بهذا التعيين لا بدّ أن يكون على دراية وعلم بإرادة ورغبة المريض وهو بالتالي يحاول نقلها للطبيب عندما يكون من عينه غير قادر على ذلك، لذلك فعلمه ليس نائبا عن المريض وإنّما رسول فقط إذ أنّه لا يعبر عن إرادته هو وإنّما يعبر عن إرادة من أرسله. لم يشر قانون الصحة العامة الفرنسي إلى طبيعة هذا العمل الذي يقوم به الشخص الثقة هل هو تطوعي مجاني أو بمقابل لكن بالنظر إلى أنّ الثقة لا توضع إلاّ فيمن تجمعا به روابط حميمة كبيرة عائلية أو صداقة أو قرابة المهم رابطة تتميز بالثقة فإنّ على الأرجح أنّ العمل تطوعي بدون مقابل.

DUPUY Alice, DUPUY Nathalie, HALBERSTAM Nathalie MASNIER Anne-claire, La personne de confiance, op-cit, p 5.

(3) GABRIEL Anaïs, la personne de confiance..., op-cit, p 82.

(4) DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, op-cit, p 92.

1) تعريف التوجيهات المسبقة

تعرف التوجيهات المسبقة بأنها: «تصريحات شخصية حول شروط وظروف نهاية الحياة، في الحالة التي لا يمكن فيها للفرد التعبير المباشر عن إرادته، سواء في وقف العلاج أو الحد منه أو مواصلته»⁽¹⁾.

تحتوي أيضا هذه التوجيهات ما يخشاه المريض من ألم ومعاناة نفسية وجسدية في مرحلة نهاية الحياة، ويظهر مدى رغبته في الخضوع للإنعاش الاصطناعي، والمساعدة على التنفس وكذا كل الظروف التي يود أن تكون فيها نهاية حياته⁽²⁾.

تعتبر التوجيهات المسبقة إحدى الطرق المعروفة والمطبقة في الكثير من الدول، سواء أعضاء الاتحاد الأوروبي أو دول أخرى، مثل الولايات المتحدة الأمريكية والدانمارك و إنجلترا وبلجيكا... الخ وهو ما تأخر في تنظيمه المشرع الفرنسي مقارنة بهذه الدول.

استحدث المشرع الفرنسي هذه الطريقة بمقتضى قانون رقم 22 أبريل 2005⁽³⁾ المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة الذي أضاف لقانون الصحة العامة المادة 11-1111 أقر من خلالها حق كل شخص راشد في إعداد تعليمات مسبقة، للحالات التي يكون فيها فاقدا للوعي غير قادر على التعبير عن إرادته، إذ تبين هذه التعليمات أمني ورغبات المريض في نهاية الحياة فيما يتعلق بشروط الحد أو إيقاف العلاج وهي تعليمات يمكن تجديدها في كل وقت⁽⁴⁾.

(1) RAKOTOARISON Sylavain, fin de vie: Les directives anticipées depuis le 06 août 2016, <http://www.makaloarison.en>.

(2) Haute autorité de santé, rédiger ses directives anticipées, <https://www.has.santé.fr/portail/jcms>.

(3) Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative au droits des malades et à la fin de vie, jo n° 95 du 23 avril 2005 p 7089, texte n°1. <http://www.legeifrance.gow.fr/affiche.Texte.do?cidtexte: jo text 000000446240>.

(4) Art. 1111-11 c.s.p dispose «toute personne, majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté, ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment».

تعد هذه التوجيهات في أي مرحلة من الحياة سواء عندما يكون الشخص في صحة جيدة أو عندما يكون مريضاً. وهي قابلة للتعديل والإلغاء لأن آراء ورغبات الشخص تتغير في أي وقت وبدون أي شكلية خاصة⁽¹⁾.

(2) أصحاب الحق في إعداد توجيهات مسبقة

لا يجبر الشخص على إعداد توجيهات مسبقة، فهو حق لكل شخص بالغ حسب ما تضمنته المادة 11-1111 من ق.ص.ع⁽²⁾ وهي بذلك تستثني فقط القصر من حق وحرية إعداد هذه التوجيهات دون البالغ العاجز⁽³⁾.

أخذ المشرع الفرنسي بعين الاعتبار المرضى الذي يتواجدون في وضعيات خطيرة تصعب عليهم تحرير هذه التوجيهات المسبقة مثل المصابين بإعاقة جسدية. وهذا بمنحهم حق تعيين شخص آخر لكتابتها وهذا بحضور شاهدين⁽⁴⁾. وإذا تم تعيين شخص للثقة يمكن أن يكون أحد هؤلاء الشهود ودورهما التأكيد بأن ما ورد في التعليمات يتطابق مع الإرادة الحرة للمريض⁽⁵⁾.

بالرغم من توسيع المشرع الفرنسي أصحاب الحق في إعداد التوجيهات المسبقة إلا أنّ إحصائيات حديثة⁽⁶⁾ بيّنت قلة الأشخاص الذين أعدّوها، وهو ما أرجعه البعض⁽⁷⁾ إلى جهل العديد بوجود مثل هذه الطريقة وكذا لصعوبة توقف الشخص وتفكيره في الموت

(1) Haute autorité de santé, rédiger ses directives anticipées, <https://www.has.santé.fr/portail/jcms>.

(2) Art. L1111-11: «Toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté...».

(3) Art. L1111-11: «... Lorsqu'une personne fait l'objet d'une mesure de tutelle, au sens du chapitre II du titre XI du livre Ier du code civil, elle peut rédiger des directives anticipées avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion».

(4) DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, op-cit, p 92.

(5) Art. 1111 al 17 du c.s.p.

(6) DUPUY Alice, Le consentement à l'acte médical pour un majeur hors d'état de s'exprimer, Droit comparé, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit-univ-paris5.fr.

(7) TILMAN Laora, Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir?, consentement et santé, colloque international à l'occasion du trentième anniversaire de l'association française de droit de la santé (AFDS), qui s'est tenu le 04 octobre 2012 à l'université Paris Descartes, éd Dalloz, Paris, 2014, p 233.

والنهاية المأساوية هذه الأخيرة التي يخاف منها المريض ويتفادى التفكير فيها وهو نفس مشكل التبرع بالأعضاء بعد الوفاة.

لا تهدف هذه الطريقة إلى ضمان احترام إرادة المريض، بقدر ما هي اعتداء وتعجيل بوفاة الشخص وتشجيع لنظام لوتانازي، وتقليص حالات عديدة معقدة لأشخاص تدوم غيوبتهم طويلا، دون أن ينفع معهم أي نوع من العلاج. وهو ما يكلف الدولة مصاريف كثيرة، ويمنع مرضى آخرين من الاستفادة من سرير في المستشفى.

فتحت غطاء التخفيف من معاناة المريض يوقف الطبيب مثل هذا العلاج ولا يعتبرون هذا لوتانازي ايجابي أو قتل من قبل الطبيب وإنما موت طبيعية لأنّ الفعل سلبي وهو وقف العلاج الذي أرادوا إصباغه بمبدأ احترام إرادة المريض من خلال منح حق إعداد توجيهات مسبقة ولتوسيع مجال المعيين لها والتشجيع عليها نظمت حملة إعلام واسعة النطاق منذ أواخر سنة 2016 للتعريف بها⁽¹⁾.

(3) شكل التوجيهات المسبقة

تعتبر التوجيهات المسبقة توثيقات مكتوبة ومؤرخة وموقعة من طرف معدها، الذي لا بدّ أن يحدد اسمه ولقبه وتاريخ ومكان ميلاده تحديدا تاما ودقيقا.

لم ينظم قانون الصحة العامة الفرنسي لأي شكل من أشكال إفراغ هذه التوجيهات لذلك فقد تعد على ورقة بيضاء عادية. وهو ما يسبب عدّة مشاكل إذ يجهل الشخص ما يكتبه وما هي الحالات التي يتصورها لذلك فهو يعزف عن الكتابة وهو ما استدركته وزارة الصحة الفرنسية بمقتضى قرار 03 أوت 2016⁽²⁾. من خلال وضعها نموذجا تفرغ فيه هذه التوجيهات، يحوي على مجموعة من الأسئلة يكتفي فيها الشخص بالإجابة بنعم أو لا أو شطب الخانة المناسبة.

(1) Art. 1111 al 11 du c.s.p «...Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les conditions d'information des patients et les conditions de validité, de confidentialité et de conservation des directives anticipées...».

(2) Arrêté du 3 aout 2016, relatif au modèle de directives anticipées prévu à l'article L1111-11 du code de la santé publique, jo n° 181 du 5 Aout 2016 texte n° 49. www.legifrance-gouv.fr/jurijudi.do?oldaction=rechurijudifidtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastPos=3.

يفهم من خلال هذا النموذج رغبة المشرع الفرنسي في تشجيع وتسهيل إعداد هذه التوجيهات من جهة، ومن جهة أخرى الدعوة غير المباشرة إلى الموافقة على وقف العلاج. فلا يمكن أن نتصور إجابة بالنفي عن سؤال هل تريد أن تتألم؟ هل تريد أن تكون نهايتك مأساوية وماسة بكرمتك؟ هل تريد علاج قاسي جسديا ومعنويا؟... الخ.

هي أسئلة تظهر اليأس من القدرة الإلهية، فالمرض إذا كان ميؤوسا من علاجه فهو غير ميؤوس من شفائه، فالعلاج من التزامات الطبيب ولا شافي إلا الله.

ثانيا/ حفظ التوجيهات المسبقة

(1) إعلام الطبيب بوجود توجيهات

يجب أن يعلم الطبيب بوجود هذه التوجيهات المسبقة ولا بد تسهيل الحصول والرجوع والاطلاع عليها كي لا تبقى مجرد حبر على ورق⁽¹⁾.

تنقل هذه التوجيهات إلى الطبيب من طرف المريض نفسه الذي يعلمه أثناء تواجده والمستشفى بوجود هذه التوجيهات وهي معلومة يجب على الطبيب أن يدونها في الملف الطبي للمريض.

كما يمكن أن تنتقل إلى علم الطبيب من طرف الشخص الثقة أو أحد أفراد العائلة أو الأقارب ولا بد دائما من الإشارة في الملف الطبي للمريض عن وجود هذه التعليمات وعن هوية من نقلها وهوية من حررها أو أعدّها⁽²⁾.

يجب على الطبيب الرجوع إلى هذه التوجيهات والبحث والسؤال عن مدى وجودها لدى الشخص الثقة أو أحد أفراد العائلة أو الأقارب أو لدى الطبيب المعالج له مسبقا أو ذلك الذي أرسله إليه⁽³⁾.

تسهيلا لرجوع الطبيب إليها فإنه ينصح بإيداعها وحفظها فيما يسمى بالملف الطبي المشترك وهو ملف يعده الشخص عبر شبكة الانترنت، وهو ما يسمح لكل طبيب بالاطلاع

(1) Art. 1111 al 11 «...Le médecin traitant informe ses patients de la possibilité et des conditions de rédaction de directives anticipées...».

(2) Art. 1111 al 19 du c.s.p.

(3) Art. 1111 al 19 du c.s.p.

عليها، لكن هذا لا يضمن سرّيتها وحمايتها. لذلك يرى البعض⁽¹⁾ أنّه من الأفضل لو تودع هذه الأمور الخاصة لدى شخص محلّف موثوق فيه مثل الموثق، إلّا أنني أرى بأنّها رسمية قد تخيف البعض وتنفّر آخرون لمشقة الإجراء.

(2) مدّة صلاحية التوجيهات المسبقة

حدد قانون الصحة الفرنسي⁽²⁾ مدّة صلاحية هذه التوجيهات بثلاث سنوات قبل تاريخ فقدان المريض للوعي، وهي ميعاد أراد المشرع من خلاله ضمان توافق إرادة المريض وبقائها نفسها حتى وقت يفحص هذه التعليمات فإذا طالت لا ربّما حتى المريض نفسه ينسى ما دونّ فيها أو لظروف معيّنة يغيّر جذريا رغباته.

إذا أراد المريض تأكيد ما ورد في هذه التعليمات ورغبته في الإبقاء عليها فما عليه إلّا أن يجدّها بقرار بسيط يؤكد ذلك ممهور بتوقيعه وعند عدم قدرته على الكتابة يتم ذلك بحضور شاهدين⁽³⁾. لكن وتشجيعا على إعداد هذه التعليمات فإنّ المشرع الفرنسي بمقتضى تعديل قانون الصحة في 2016⁽⁴⁾ جعل هذه التعليمات غير محدّدة بمدة معيّنة فهي صالحة دون تحديد زمني.

لا يشكل هذا حماية للمريض الذي قد يغيّر موقفه في كل لحظة، إذ قد يصبح متفائلا فيقرر مواجهة المرض، لذلك فمصيره لا بد أن لا يتوقف على توجيهات أعدّها في حالة صحية جيّدة أو في حالة متشائمة وصعبة أفقدته طعم الحياة. فإرادته لا يمكن أن تجزمها وثيقة أعدّها في حالة صحية مختلفة كل الاختلاف عما يعانيه آنذاك.

(1) FARGKOU Roxanis, Entre paternalisme médical et autonomie absolue du patient, une autonomie de la personne a géométrie variable, Les directives anticipées en droit comparé, RGDM 2012, n° 42, p 167 (167 à 202).

(2) Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, jo n° 95 du 23 avril 2005 p 7089, texte n°1. www.legifrance-gouv.fr/jurijudi.do?oldaction=rechurijudifidtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastpos=2.

(3) Art. 1111 al 18 du c.s.p.

(4) Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie 2016 texte n°1, Jo n° 28 du 03 février, <https://www.legifrance.gouv.fr/jurijudi.do?oldaction=rechurijudifidtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastpos=3>.

وهو ما أكدّه أحد النواب⁽¹⁾ المناقشين لقانون الصحة العامة، وهو طبيب ينقل تجربته الشخصية التي لاحظ من خلالها تمسك كل المرضى بالحياة والخوف من الموت في آخر حياتهم. إذ يصعب كثيرا معرفة كيف سيكون رد فعل معد التوجيهات المسبقة عندما يواجه مرضا ما.

المطلب الثاني

الحماية القانونية لإرادة القاصر

سارت الأعراف الطبية أنّ لا يعلم القاصر حول حالته الصحية ولا حتى إعلام أوليائه بحضوره، فالأولياء يرغبون دائما تحمل كل شيء من أجل التخفيف عن ابنهم، فبالإضافة إلى خوف القاصر من الطبيب ومن العلاج سيكون خوفه أكثر إذا علم بحالته الصحية خاصة إذا كان مرضه مرضا مزمنًا.

فحسب ما نقله أحد الأطباء⁽²⁾ المختص بمرض السرطان، عن طفل صرّح عند إعلامه قائلا: «إنّ مرضي ليس له حتى اسم فالأكيد أنه مرض خطير». فهو بصفته مريض تنقص قدراته النفسية والفيزيولوجية، وبصفته قاصر فهو غير قادر على تقدير الأمور فأرادته لا تستند إلى قواعد وأسس متينة لذا فإنّ حمايته تتأثّر بتبعيته للممثل القانوني عنه للرضا عن التدخل الطبي (فرع أول).

غير أنّ الأعمال الطبيّة أعمالا شخصية تمسّ صحّة المريض القاصر وسلامة جسده فهي تعنيه بالدرجة الأولى وأنّ هذا القاصر هو من سيتحوّل إلى رجل وامرأة بطموحاته وآماله التي قد يسبب العمل الطبي إحباطا لها لذا أقرت العديد من النصوص القانونية الدولية والداخلية حق القاصر في الإعلام والمشاركة واتخاذ القرار مع أوليائه⁽³⁾ لذلك فمن الطبيعي

(1) «Je sais de manière certaine qu'on ne connaît le courage du soldat que sur le champ de bataille» RAKOTOARISON Sylvain, Les incertaines directives anticipées. <http://www.rakotoarison.eu>.

(2) HARTMANN (O), Le poids de la parole du mineur en oncologie pédiatrique, www.droit.paris5.fr.

(3) Art. 4 de la charte de l'enfant hospitalisé, Art. 42 code déontologie médical Français, Art. 371-1 du code civil Français.

أن يمنح له القانون حيّزا للتعبير عن إرادته عندما يكون أهلا لفهم الغرض منها والاعتداد بإرادته في الرضا عن التدخل الطبي (فرع ثاني).

الفرع الأول

إسناد أمر الرضا عن التدخل الطبي للممثل القانوني

اتخذ المشرع الجزائري موقفا عاما ومطلقا وهو عدم الاعتداد بإرادة القاصر رأيا أو موقفا أو موافقة، مشروطا بذلك كمال الأهلية⁽¹⁾، للرضا عن التدخل الطبي، إذ أسند حق اتخاذ القرار الطبي الخاص بالقاصر والبالغ العاجز إلى المخول قانونا⁽²⁾.

لم يميز المشرع الجزائري بين القاصر غير المميز والقاصر المميز، رغم أنّ هذا الأخير يتمتع بدرجة من الإدراك تسمح له بفهم الخطاب الطبي⁽³⁾ واتخاذ القرار ولو على الأعمال الطبية المتداولة⁽⁴⁾.

ومن قبيل هذه الأعمال الطبية البسيطة الضرورية التي لا تستدعي انتقال كلا الأبوين ورضاهما: زيارة طبيب الأسنان، مرض الطفل بحمى، التسنين، جرح سطحي... الخ. ما يؤكد بأنّ المشرع يصر على أنّ العمل الطبي عمل دائر بين النفع والضرر يستلزم إجازة الممثل القانوني⁽⁵⁾.

(1) كمال الأهلية هي بلوغ الشخص لسن الرشد غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية ولا مانع من موانعها. أنظر محمد حسين منصور، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 61.

(2) راجع المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت وكذلك المادة 52 من م.أ.ط.ج.

(3) DUJARDIN Valériane, La personne mineur, op-cit, p 34.

(4) جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 18.

(5) ينوب قانونا على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها بسبب صغر السن أو جنون أو عته أو سفه أو غفلة هو الولي أو الوصي أو المقدم، طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة، قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 جوان 1984، معدّل ومتمم.

لا يعتد المشرع الفرنسي من جهته بإرادة القاصر مسندا ممارسة حق اتخاذ القرار الطبي من إعلام ورضا إلى أصحاب السلطة الأبوية⁽¹⁾ وهذا توفيراً للإطار القانوني لحماية القاصر⁽²⁾.

أسند المشرع الجزائري أمر الرضا عن التدخل الطبي الذي يقدم عليه القاصر إلى ممثله القانوني الذي يتخذ إما صفة الولي⁽³⁾ أو الوصي⁽⁴⁾ أو القيم⁽⁵⁾. وهو أمر وكّله المشرع الفرنسي لأصحاب السلطة الأبوية بعد أن كان منحصرا على الأب في إطار نظام قوّة الأب⁽⁶⁾.

ظلت قوة الأب على أبنائه في القانون الفرنسي مطلقة خلال عدّة قرون وتضمن التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 (قانون نابليون) تكريسا لهذه السلطة المنفردة.

(1) Art. 1111-2 al 5 c.s.p: «Les droits du mineurs ou des majeurs sous tutelle, mentionnées au présent article sont exercés selon le cas par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur...».

(2) ROUGE-MAILLART Clotilde, Le mineur dans la relation de soin, introduction, médecine et droit, n° 111, Elsevier MASSON, France, novembre-décembre 2011, p 218.

(3) يعتبر الأب ولدا على أولاده القاصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، كما تحل محله أيضا في حالة غيابه أو حصوله مانع له، إذ تتولى القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، أما في حالة الطلاق وكان الصبي في سن الحضانة فإنّ حضنته تكون للأم، إذا كانت أهلا لذلك، وبالتالي تتولى رعايته ورقابته وتكون مسؤولة عن كلّ ما يصدر عنه. تشمل الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه وخلقا، ولقد حسم المشرع الجزائري موضوع الولاية في حالة الطلاق في الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة كما يلي: «... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد...». يجب على الولي في الحالات المرضية أبا كان أو أما أن يكون حريصا على مصلحة الابن في تلقي العلاج ولذا فهو ممثله القانوني فيما يخص الموافقة على الأعمال الطبية.

(4) تكون الولاية أصلية ولكنها قد تكون غير أصلية كولاية الوصي الذي يختاره الأب وقد يعين القاضي نائبا كما في حالة المقدم. يعتبر الوصي ذلك الشخص الذي يعينه الأب أو الجد لحماية القاصر إذا لم تكون له أما تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. وإذا تعدّد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم، وللوصي نفس سلطات الولي. يتولى الوصي في حالة مرض قاصر أو بالغ عاجز إعطاء الموافقة على القيام بالأعمال الطبية اللازمة باعتباره ممن خولهم القانون إعطاء موافقته ورضاه عن العمل الطبي الذي ينفذ على جسد القاصر والعاجز البالغ طبقا لقانون حماية الصحة وترقيتها.

(5) تعين المحكمة مقدّما في حالة عدم وجود ولي أو وصي مختار بناء على طلب أحد أقاربه ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

(6) عرف القانون الفرنسي المدني بمقتضى قانون 04 جوان 1970 تغييرا في نظام السلطة على القاصر، إذ بدّل مصطلح قوّة الأب بمصطلح سلطة الأبوين وهو الذي منح حق السلطة لكلا الأبوين، فالأب لم يعد سيد الأسرة، وتبعه قانون 04 مارس 2002، المتعلق بالسلطة الأبوية المعدّل للقانون المدني الذي قرّر بصفة نهائية تساوي الأبوين في ممارسة السلطة إذ أصبحت السلطة تمارس بصفة مشتركة بين الأب والأم.

Art. 372: «Les pères et mères exercent en commun l'autorité parentale». Voir loi n° 2002-305 du 04 Mars 2002, relative à l'autorité parentale jo 05 Mars 2002, p 4161. www.dalloz.fr.

تخول قوة الأب لرب الأسرة حقوقا مطلقة في مواجهة أبنائه تصل إلى حد تقرير الحياة والموت لذلك توصف بأنها قريبة من السلطة الأبوية في القانون الروماني.

كانت هذه السلطة تسمح للأب أن يرفض خضوع ابنه لتدخل طبي حتى ولو كان هذا التدخل ضروريا لإنقاذ حياة الابن وكانت حياة هذا الأخير معرضة للخطر وحتى لو كانت الأم والابن قد قبلوا بهذا التدخل ويطلبان بإجرائه⁽¹⁾

لم يكن يسمح للطبيب بتخطي قرار الأب حتى ولو كان تعسفيا وتحكميا وبالرغم مما ينطوي عليه من قسوة وتعنت. فالأطباء في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين لم يكن أمامهم من حلّ سوى احترام إرادة رب الأسرة لكون سلطته مطلقة.

يشهد على ذلك الحالة التي يرويها الدكتور L. Picqué⁽²⁾ باعتبارها تجربة شخصية عرضت عليه سنة 1884، وتتعلق بشخص اصطحب إليه ابنته التي تبلغ من العمر عشرين سنة لفحصها طبيا، حيث اتّضح للطبيب بعد إجراء الفحص ومن بعده التشخيص أن الفتاة مصابة بسرطان في الجزء السفلي من عظام الفخذ مما يتحتم عليه بتر هذا الجزء لإنقاذ حياة الفتاة. لكن أبوها رفض هذا التدخل وأعلن أمام ابنته أنه يفضل موتها على رؤيتها مبتورة الساق.

ويضيف الطبيب أنّ المشهد الذي تبع ذلك كان شديد القسوة وصعب الاحتمال، فقد انتصبت الفتاة على عكازها تستعطف أباه والدموع تملأ عينيها أن يقبل العملية مؤكدة أنها تريد أن تعيش وأنها بلغت من السن (16 سنة) ما يمكنها أن تختار لنفسها إلا أنّ الأب ظل ثابتا على موقفه.

(1) FILIPPI Isabelle, HERRERIA Marianne, La protection juridique de l'incapable à l'hôpital, Les études hospitalières, Bordeaux, p12.

(2) نقلا عن:

Picqué L, à propos du droit du père sur ses enfants, La presse médicale, France, 1911, p 235.

هي سلطة أصبحت مؤطرة بغرض حماية مصلحة القاصر، فقد تمارس بصفة مشتركة⁽¹⁾ أو قد ينفرد بها أحد الوالدين⁽²⁾ وقد تسحب منهما كلياً أو جزئياً⁽³⁾ وهو ما يؤكد بأن مصطلح السلطة الأبوية يعبر على عمل أكثر من تعبيره على سلطة⁽⁴⁾.

ميّز المشرع الفرنسي صراحة بين أحكام الرضا عن الأعمال الطبية المتداولة⁽⁵⁾ والأعمال الطبية الخطرة⁽⁶⁾ إذ أنه اكتفى بقرينة الاتفاق⁽⁷⁾ بالنسبة للأولى التي تقتض حسن

(1) يمارس الوالدان السلطة بصورة مشتركة إذا كانا تجمعهما رابطة زوجية وليس بينهما انفصال جسدي سواء كان الولد شرعياً أو ولداً بالتبني. لا يؤثر الطلاق على الممارسة المشتركة للسلطة إذ رغم فشل وانحلال العلاقة الزوجية إلا أن العلاقة الأبوية لا بد أن تبقى قائمة لتحقيق مصلحة الطفل. كما يستفيد الطفل الطبيعي من الممارسة المشتركة للسلطة الأبوية إذا اعترف الوالدين ببنوة الطفل قبل أن يتم السنة الأولى من عمره، شرط أن تكون لهما معيشة مشتركة وقت صدور الاعترافين. راجع المواد 373-1 و 373-2 و 373-3 من القانون المدني الفرنسي.

(2) ينفرد أحد الوالدين بممارسة السلطة على أبنائه في حالة الطلاق إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، أو في حالة الوفاة أو الإصابة بمنع من موانع الأهلية أو عارض من عوارضها أو الغياب. فاهتمام المشرع بمصلحة الطفل ووضعها فوق كل اعتبار جعله يورد استثناء على قاعدة عدم تأثير الطلاق على الممارسة المشتركة للسلطة وهي بإسناده السلطة لأحد الأبوين دون الآخر الذي لا تبقى له إلا سلطة الرقابة على قرارات الوالد صاحب السلطة. راجع المادة 373-2 من القانون المدني الفرنسي.

(3) يعود سبب سحب السلطة من الأبوين إلى كونهما يشكلان خطراً على نمو الطفل وصحته. ومن بين هذه الأسباب أن الأم أو الأب أو كلاهما معاقبان لارتكابهما أو مشاركتها في جناية أو جنحة ضد طفلها أو مرتكبة من طفلها. وهي حالة تسمح بالسحب الكلي للسلطة. كما يتم أيضاً سحب السلطة إذا كان سلوك الأبوين غير أخلاقي وسيئ مثل تعاطي الخمر الذي يدفعه إلى ممارسة كل الرذائل أمام أبنائه وهو مثال سيئ لهم، كما يشكل عدم الاهتمام بتربية الطفل وإهمال صحته إحدى العوامل التي تؤدي إلى تدهور نفسية الطفل لذا وجب سحب السلطة من الأبوين، كما يجوز للقاضي أن يحكم لأسباب يراها جدية بالسحب الجزئي للسلطة أي في أمور محدّدة وهذا عندما يتخلّى الأبوين على ممارسة واجباتهم لمدة تفوق العامين. راجع المادة 378 و 378-1 من القانون المدني الفرنسي.

(4) DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps de l'enfant, thèse pour le doctorat, Faculté de droit économie, sciences sociales, Université Pantheon.Ass.as, Paris II, 1993, p 12.

(5) لم يعط المشرع تعريف للعمل الطبي العادي و اكتفى واضعو القانون المدني 1970 بإعطاء بعض الأمثلة عن الأعمال الطبية المتداولة ومن بينها نجد العملية الجراحية البسيطة إلا أنهم لم يحدّوا المقصود بالعملية الجراحية البسيطة التي حاول العميد Legeais تعريفها بالقول بأنها تلك العملية التي تعتبر مخاطرها محدّدة جداً إلا أنه تعريف منتقد على أساس أنه لا يمكن الجزم مسبقاً بأن العملية بسيطة أو محدودة المخاطر في حين ردود فعل جسم الإنسان تتغير وتتوّع لذا فقد تكون تعقيداتها كبيرة. نقلاً عن:

DEFOI Jeanne Emerante, Le consentement du malade à l'acte médical, Thèse pour le doctorat de 3^{ème} cycle DEA Sciences sociales de la santé, Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne sciences économiques sciences humaines sciences juridique, 1982, p 62-63.

(6) يفهم من خلال أعمال قرينة افتراض اتفاق الأبوين وعرض شروط العمل بها بأن الأعمال الطبية الخطيرة والمعقدة تستلزم رضا كلا الوالدين ولا يكفي رضا أحدهما فقط وإنما يجب الحصول على رضا كلا الأبوين وإلا اعتبر الطبيب مسؤولاً، ومن قبيل هذه الأعمال الطبية نقل وزرع الأعضاء، التجارب الطبية، العمليات التجميلية.

(7) تنص المادة 372-2 من التقنين المدني الفرنسي على أنه في مواجهة الغير حسن النية فإن كل واحد من الأبوين يعد لدى تصرفه حائزاً لموافقة الآخر عندما يقوم لوحده بعمل عادي يدخل في نطاق السلطة على الصغير. افتراض المشرع من خلال هذه المادة اتفاق الأبوين عندما يقوم أحدهما فقط بعمل من أعمال السلطة وهي تسمى بقرينة الاتفاق.

نية الطبيب المعالج⁽¹⁾، وهذا لما لها من أهمية في الواقع العملي إذ يفضل الآباء بسبب كثرة المشاغل الحياتية أن يتولى أحدهم القيام بشؤون الطفل اعتماداً على القبول المفترض من الطرف الآخر، لأن تطلب حضور الطرفين سيكون في أغلب الفروض نقلاً لا مبرراً له⁽²⁾. في حين استلزم موافقة كلا الوالدين عن الأعمال الطبية الخطرة مثل نقل وزرع الأعضاء البشرية⁽³⁾ لما تنسم به من خطورة.

الفرع الثاني

الاعتداد بإرادة القاصر في التدخل الطبي

يحق للقاصر أن يتلقى إعلاماً مستقلاً عن إعلام أوليائه. كما منح له حق إشراكه في اتخاذ القرار الطبي في بعض الأعمال الخطرة (أولاً) وامتدت حمايته إلى حقه في اتخاذ القرار الطبي من خلال الرضا عن بعض الأعمال والاعتراض عن الأخرى (ثانياً).
أولاً/ إشراك القاصر في اتخاذ القرار

منح المشرع الفرنسي للقاصر حق المشاركة في اتخاذ القرارات الخاصة به من خلال نص المادة 371-1 فقرة 3 من القانون المدني وهذا حسب سنه ودرجة نضجه⁽⁴⁾، وبما أن القرار الطبي من قبيل القرارات الشخصية الخاصة بالقاصر ألزم المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1111-4 من قانون الصحة العامة بالبحث على رضا القاصر إذا كان أهلاً للتعبير عن إرادته والمشاركة في اتخاذ القرار الطبي⁽⁵⁾، وكذا نص المادة 42 من تقنين أخلاقيات الطبي.

(1) يكون الطبيب حسن النية إذا كان لا يعلم أبداً ولا يفترض حتى بوجود اختلاف وعدم تفاهم بين الأبوين. بمعنى لا يوجد ما يوحي بأن الوالدين متعارضان أو لهما وجهات نظر مختلفة بالنسبة للعلاج المطلوب وهو أمر مفترض وقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس إذ يقع على الوالد الذي يدعي معارضته للعلاج الذي أجراه الطبيب بدون الحصول على رضاه أن يثبت سوء نية الطبيب حيث يثبت أنه كان على علم بعدم وجود اتفاق بشأن ذلك العلاج وكان يعلم برفضه له ومعارضته على إجرائه. أنظر بالتفصيل قنيفة غنيم، مدى احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 196.

(2) DUJARDIN Valérie, La personne mineure, op-cit, p 44.

(3) Art. L 1231 du c.s.p.

(4) Art. 371-1 al 3 : «...Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité».

(5) Art. L 1111-4 al 5 : «...Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision...».

أوقفت المادة 4-1111 من قانون الصحة العامة حق القاصر في المشاركة في اتخاذ القرار على أهليته في التعبير على إرادته والمشاركة في اتخاذ القرار وهو بذلك يعترف لبعض القصر بالقدرة على الفهم والإدراك وبالتالي التقرير رغم نقص أهليتهم القانونية.

يفهم من القدرة على التعبير على الإرادة القدرة على إظهار القاصر لرغبته «Exteriorisation» التي تتميز على الإرادة ذاتها فالقانون لم يشترط أن تكون إرادة القاصر متوافقة مع مصلحته فأهلية تعبير القاصر على الإرادة متعلقة بالقدرة الفيزيولوجية وليس بالقدرة العقلية والنتيجة أن كل قاصر بلغ سن التواصل والتعبير يعتبر بمفهوم هذه المادة أهلا على التعبير على إرادته⁽¹⁾، أما الأهلية في المشاركة في اتخاذ القرار فهي تفرض الاستعانة بعنصر التمييز لتحديد مدى توفرها.

كي يشارك القاصر مع أوليائه في اتخاذ القرار الطبي لا بد من إعلامه وهو الحق الذي منحه المادة 1111-2 فقرة 5 من قانون الصحة العامة التي ألزمت الطبيب بإعلام القاصر حسب سنه ودرجة نضجه⁽²⁾.

يقصد بتكليف المعلومة الطبية حق القاصر في تلقي إعلام يسمح له بفهم الخطاب الطبي فبمفهوم آخر يجب على الطبيب أن يسهّل استيعاب المعلومة الطبية للقاصر⁽³⁾.

يتضح من خلال هذا أن تكليف المعلومة الطبية يقصد به تناسب الطريقة مع درجة نضج القاصر وليس التقليل من مضمون المعلومة الطبية لأنّ هذا الأخير يؤدي إلى عدم إعلام القاصر إعلاما كاملا والاكتفاء بالإعلام التقريبي الذي يهدر حقه في رفض العلاج ما دام غير مستنير ليكون بذلك قبول أوليائه هو الأجدر بالأخذ ما دام مستنيرا، وبما أن نص المادة 1111-2 من قانون الصحة العامة لم تستثن القصر من الحق في الإعلام الكامل فإنّ مضمون وطبيعة المعلومة الطبية التي يجب على الطبيب نقلها هي نفسها ومتطابقة مهما كان المريض التي يتلقاها⁽⁴⁾.

(1) GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 171.

(2) Art. L 1111-2 al 5: «... Les mineurs ont le droit de recevoir eux même une information et de participer à la prise de décision les concernant d'une manière adapté à leurs degré de maturité».

(3) Adapter s'entend de l'action d'approprier quelque chose ou quelqu'un à quelque chose ou quelqu'un de mettre en harmonie». Dictionnaire le petit Robert de la langue française, p 31.

(4) « La nature des informations délivrées est identique quel que soit le patient qui la reçoit ». In ROUSSET Guillaume, Le mineur en établissement de santé, op-cit, p 41.

تختلف درجات نضج القصر وهذا لا يعني أن الأكثر نضجا فقط هم من يتم إعلامهم ولكن بالعكس لا بدّ أن يتلقى كل قاصر إعلاما مكثّفا مع درجة نضجه أي بطريقة تسمح له بفهم المعلومة الطبيّة⁽¹⁾.

يتطلب تكييف المعلومة الطبيّة مع درجة نضج القاصر أن يجتمع الطبيب معه في لقاء منفرد ويقدم له إعلاما مستقلا عن إعلام أوليائه. فلا يغني إعلام الأولياء عن إعلام القاصر الذي يعتبر حقا قائما بحد ذاته وليس حقا احتياطيا أو استثنائيا لذلك وجب على الطبيب أن يعلمه بدون حضور أوليائه.

يؤثر حضور الأولياء على قدرة الطبيب في استخلاص درجة نضج القاصر التي تعتبر معيارا تتحدد به طريقة الإعلام وتمنع من تحديد شخصية القاصر ورغباته، فمثلا إذا كانا متسلطان فإنّ القاصر يخاف منهما ولا يعبر عن شخصيته ولذلك لا يكون تحليل الطبيب لشخصيته صحيحا من جهة و يمنع من المشاركة الفعّالة للقاصر في اتخاذ القرار الطبي الخاص بصحته⁽²⁾.

يترتب على منح القاصر حقا في الإعلام جعله طرفا في العلاقة الطبيّة وهذا بتمكينه من الفهم والتقرير، كما أنّ الأطباء يتمكنون من فهم إرادة القاصر دون حاجة إلى وسيط لذلك فحق القاصر في المشاركة في اتخاذ القرار الطبي يشكل توازنا في العلاقة الطبيّة، إذ لم تعد السلطة الأبوية تؤدي مهام التمثيل وإنما مهام المساعدة للقاصر في اتخاذ القرار⁽³⁾.

اكتفى المشرع الفرنسي بإقرار حق كل قاصر في الإعلام حسب درجات نضجه دون أن يضع للطبيب معايير تحديد هذا النضج لذلك فهو يتمتع بكل الصلاحيات في تحديد العوامل التي تسمح للقاصر بتلقي الإعلام من استعداد نفسي وفكري وكذا بالنظر إلى الظروف المحيطة به وهذا ما أراه عامل ايجابي إذ يسمح للطبيب بدراسة كل حالة على حدى وعدم تعميم قاعدة إعلام كل القصر بطريقة واحدة موحدة، لذلك فطريقة إعلام القاصر مرنة تختلف باختلاف القاصر وباختلاف المرض الذي يعاني منه.

(1) DUJARDIN Valériane, La personne mineure, op-cit, p 44.

(2) GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 170.

(3) VIGNEAU Daniel, L'autonomie du mineur en matière de sante, op-cit, p 49.

يعود أيضا إشراك القاصر المميز في اتخاذ القرارات المرتبطة بأموره الصحية بالفائدة عليه، فهو تدريب له على اتخاذ القرارات المهمة في حياته، وتعتبر القرارات الطبية كذلك مادامت ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد وهي سلامته الجسمية والعقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس، وهي خاصية محمودة في الفرد أخلاقيا واجتماعيا⁽¹⁾.

يفهم من خلال نصوص المواد 23 فقرة 2 و 344 من قانون الصحة الجديد حق القاصر في الإعلام و الموافقة عن التدخل الطبي و حصر المنع على القصر عديمي الأهلية لما من اختلاف بين المرحلتين كما يفهم أن هذين الحقين يقتصران على الأعمال الطبية المتداولة دون الخطرة. لأن المشرع أكد ضرورة موافقة كلا الأبوين في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية. 'إلا أن حماية مثل هذه الفئة تتحقق بتكوين الأطباء في سبل التعامل و التواصل مع القصر بما يكفل احترام خصوصيات إراداتهم و نموهم الفكري.

ثانيا/ حق القاصر في اتخاذ القرار الطبي

منح التشريع الفرنسي للقاصر حق اتخاذ القرار الطبي سواء بالرضا عن بعض الأعمال الطبية المتعلقة بحياته الجنسية. (1) أو بحق رفض بعض التدخلات الغير علاجية حيث أن رضا الأولياء لا يكفي لإجازتها. (2) وهو ما يؤكد سعي التشريع إلى تعزيز إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي.

1 حق القاصر في الرضا عن الأعمال الطبية المتعلقة بحياته الجنسية

منح المشرع الفرنسي استقلالية تامة للقاصر للموافقة والإقدام على القيام ببعض الأعمال الطبية المتعلقة بحياته الجنسية مثل الوقف الإرادي للحمل وكذا منع الحمل.

يعدّ الوقف الإرادي للحمل فعلا مشروعا منذ قانون 17 جانفي 1975⁽²⁾، والذي كان يتطلب إلى جانب رضا القاصرة الحامل وجوب الحصول على رضا الأبوين، إلا أنه أصبح بمقتضى تعديل قانون الصحة بقانون 04 جويلية 2001⁽³⁾، حقا خالصا للقاصرة تستقل فيه

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 276.

(2) Loi n° 75-17 du 17 Janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. https://www.legifrance.gouv.fr/jurijudi.do?old_action=rechurjudif&idtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastpos=3.

(3) Loi 04 Juillet 2001 : loi n 2001-588 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception jo du 07 Juillet 2001, p 10823, texte 1. https://www.legifrance.gouv.fr/jurijudi.do?old_action=rechurjudif&idtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastpos=3.

باتخاذ القرار الطبي وأكثر من ذلك لها الحق حتى بالاحتفاظ بالسر الطبي بالإجهاض اتجاه أوليائها، وهذا ما تضمنته المادة 2212-1 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾.

ما يؤكد استقلالية القاصر التامة في هذا المجال هو أنّ رفض الأبوين للإجهاض لا قيمة له أمام تمسك القاصرة به، إرادة هذه الأخيرة تسمو على إرادة أوليائها.

نلاحظ أنّ القانون لم يحدد سنا معينا للقاصرة التي لها الحق في وقف الحمل أو الإجهاض، ما يفهم بأنّ القاصرة مهما كان سنها يحق لها وقف الحمل، وهذا ما يؤدي حسب نظري إلى كثرة الانحرافات والتشققات الأسرية.

أرجع البعض⁽²⁾ منح كل هذه الاستقلالية على إطلاقها إلى منع اضطرابات وتشققات الأسرة عند علمها بحالة القاصرة، لذلك فالاستقلالية حسبهم تحتاج لأسباب معقولة ومقبولة وجادة، إلّا أنني أرجعه إلى رغبة الدولة في تفادي تحمل مصاريف هذه الفئة أي الأم العازبة لذلك فهي تسهل في إجراءات الإجهاض وهذا لا يهدف إلى احترام إرادة القاصر بقدر ما يهدف إلى تفادي كل ما قد يترتب عن الحمل في هذه المرحلة.

(2) حق القاصر في رفض الأعمال الطبية الخطرة

سبق وأن حددنا الأهلية اللازمة لإجراء بعض الأعمال الطبيّة غير العلاجية. إذ أجاز المشرع الفرنسي أن يكون المتبرع بأحد أعضائه قاصرا ولكنه حصر العضو محل التبرع في النخاع العظمي كما حصر أصحاب الحق في الاستفادة من التبرع.

إلّا أنّه أورد في آخر فقرة من المادة 1241-3 من قانون الصحة العامة⁽³⁾ حق القاصر في رفض نقل أو استعمال خلاياه وأعضائه وهو نفس الحق الذي منحه له حتى في مجال التجارب الطبية ضمن أحكام المادة 1122-2 من قانون الصحة العامة⁽⁴⁾. وكذا حق القاصر في رفض نقل الدم في المادة 1221-5 منه⁽⁵⁾.

(1) Voir art. R 2212-2 du c.s.p.

(2) ROUGE-MAILLART Clotilde, Médecine et vulnérabilité, La relation de soin, médecine et droit, n° 111, Elsevier MASSON, France, novembre-décembre 2011, p 220.

(3) Voir art. L 1241-3 du c.s.p.

(4) Voir art. L 1122-2 du c.s.p.

(5) Voir art. L 1221-5 du c.s.p.

تؤكد هذه المواد القانونية بأنّ رفض القاصر لمثل هذه الأعمال يشكل عائقاً لتنفيذها. ليتحول بذلك القاصر إلى سيد وصاحب بعض القرارات الخاصة به بدون منازع. والتي تحصر في حق رفض الأعمال الطبية غير العلاجية، في حين منح حق رفض العمل الطبي العلاجي لأصحاب السلطة الأبوية دون القاصر.

كما رخصّ قانون 04 ديسمبر 1974 المتعلّق بمراقبة الولادات⁽¹⁾، منح القاصرة وسائل منع الحمل والاحتفاظ بالسر الطبي في مواجهة أوليائها وهو ما أكدته المادة 5134-1 من قانون الصحة العامة التي أكدت بأنّ الطبيب لا يتحصل على رضا الأبوين في وصل أو تقديم وسائل منع الحمل للقاصرة، نفس المادة أجازت تقديم وسائل لهدف المنع الاستعجالي للحمل مثل *Pilule de lendemain* بطريقة مجانية في الصيدليات أو من ممرضات المؤسسات التربوية إذا صعب الاتصال بمركز تسليم هذه الوسائل⁽²⁾.

اتخذ حق الرفض شكلاً آخر وهو حق الاعتراض إذ لا يقتصر حق القاصر على منع فرض عمل طبي من قبل أصحاب السلطة الأبوية وإنما يتعداه إلى حقه في منع إعلام أوليائه وإطلاعهم على ملفه الطبي وهذا بهدف الاحتفاظ بالسر الطبي اتجاههم.

يمنح حق احتفاظ القاصر بالسر الطبي اتجاه أصحاب السلطة الأبوية حرية واستقلالية حقيقة وهامة في مجال الصحة، إذ يمكن إبعاد الأولياء تماماً من مجال التقرير إذا أراد القاصر أن يحتفظ بالسر الطبي اتجاههم وهو الحق الذي منحت له المادة 5-1111 من قانون الصحة العامة التي تنص على ما يلي: «خلافًا لنص المادة 371-2 من القانون المدني، يمكن الطبيب أن يعفي نفسه من الحصول على موافقة صاحب أو أصحاب السلطة الأبوية حول القرارات الطبية التي يجب اتخاذها خلال المعالجة أو العملية من أجل حماية صحة شخص قاصر في حالة ما إذا كان هذا الأخير معارضاً صراحة استشارة صاحب أو أصحاب السلطة الأبوية بهدف الحفاظ على سر حالته الصحية. غير أنه يجب على الطبيب في

(1) Loi 04 Décembre 1974: Loi n° 74-1026 du 04 Décembre 1974 portant diverses dispositions relatives à la régulation des naissances, jo du 05 Décembre 1974, p 12123. https://www.legifrance-gouv.fr/jurijudi.do?old_action=rechurijudif&idtexte=jurTTEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastPos=3.

(2) Art. R 5134-1 du c.s.p.

الأوقات الأولى السعي إلى الحصول على موافقة القاصر على هذه الاستشارة. و في حالة إصرار القاصر على معارضته، يمكن تنفيذ المعالجة أو العملية، و في هذه الحالة يجب أن يرافق القاصر بشخص راشد من اختياره»⁽¹⁾.

رخصت هذه المادة للطبيب أن يقدم عملا طبيا للقاصر وهذا برضاه فقط دون إعلام أوليائه ولا الحصول على رضاهم، احتراماً لإرادة القاصر في الاحتفاظ بالسر الطبي اتجاههم، ولكنها أوقفت ذلك على توفر ثلاث شروط وهي:

- أن يكون العمل الطبي ضروري للحفاظ على صحة القاصر.
- إصرار القاصر على الرفض رغم محاولة الطبيب إقناعه بضرورة ووجوب إعلام أبويه.
- لا بدّ أن يكون القاصر مرفقا شخص بالغ من اختياره.

يفهم من خلال هذه المادة أنّ كل القصر معنيون بالحق في الاحتفاظ بالسر الطبي لأنّ المشرع لم يحدّد سنا معينة يعتد بها في حين المنطق يقتضي حصر هذا الحق في القاصر المراهق⁽²⁾، كما أنّه لم يحدد طبيعة العمل الطبي مكتفيا بوصفه بعمل طبي ضروري للحفاظ

(1) Art. L. 1111-5 du c.s.p: «Par dérogation à l'article 371-2 du code civil, le médecin peut se dispenser d'obtenir le consentement du ou des titulaires de l'autorité parentale sur les décisions médicales à prendre lorsque le traitement ou l'intervention s'impose pour sauvegarder la santé d'une personne mineure, dans le cas où cette dernière s'oppose expressément à la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé. Toutefois, le médecin doit dans un premier temps s'efforcer d'obtenir le consentement du mineur à cette consultation. Dans le cas où le mineur maintient son opposition, le médecin peut mettre en œuvre le traitement ou l'intervention. Dans ce cas, le mineur se fait accompagner d'une personne majeure de son choix...».

قرّر القضاء الفرنسي حتى قبل صدور قانون 04 مارس 2002 حق القاصر في الاحتفاظ بالسر الطبي والتزام الطبيب بعدم اطلاع الأولياء عليه إذا رفض القاصر ذلك وهذا في قرار صادر عن محكمة استئناف فرساي بتاريخ 19 جانفي 1996 التي أعسرت الطبيب أن يحترم السر الطبي عندما أخبر أم القاصر بما أطلعه عليه هذا القاصر من خصوصيات. فحتى وإن كانت هذه الوقائع لا تخص الحالة الصحية للقاصر إلا أنّ الحل نفسه ما دام أنّها تخص مسائل شخصية خاصة بالقاصر وأنّ القضاء أدان فعل الطبيب كونه يعرض القاصر لخطر وهذا بالنظر إلى رد فعل الأم الذي قد يكون عنيفا وهذا لأنّ ابنها أخبر الطبيب بخطورة وسطه العائلي، فالطبيب كان عليه أن يخبر ويعلم وكيل الجمهورية بمساعدة وحماية الطفل من الخطر وليس تعريضه لخطر أكبر.

Cour appel de Versailles 19 janvier 1996, in BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, op-cit, p 210.

(2) DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps de l'enfant, op-cit, p 201.

على صحة القاصر، وهو ما يمنح سلطة تقديرية واسعة للطبيب في احترام إرادة القاصر في الاحتفاظ بالسر الطبي.

يضاف إلى ذلك أنّ المشرع الفرنسي استبعد حماية الأبوين للقاصر واشترط بالمقابل أن يكون القاصر مرفقا بشخص بالغ⁽¹⁾ دون تحديد من هو وهل له صلة قرابة أو لا مع القاصر وما هي الشروط المطلوبة فيه وهي ثغرات لا تشكل في نظري حماية للقاصر بقدر ما تعرضه لخطر الاستغلال والانحراف والتمرد على الأولياء. فلا وجود لحماية أقوى من حماية الأولياء باعتبارهم يمارسون الولاية في إطار ضوابط قانونية ورقابة قضائية تجعلهم محل مساءلة إذا أساءوا تقدير مصلحة ابنهم.

(1) يجب أن نوضح أنّ هناك فرق بين الشخص الثقة والمرافق الذي ذكرته المادة 5-1111 من قانون الصحة العامة التي أعطت للقاصر حق رفض إعلام أوليائه عن حالته الصحية شرط أن يحضر معه مرافق. فهذا الأخير يختلف عن الشخص الثقة من عدة نقاط أهمّها: أنّ المشرع لم يشترط أن يكون هذا المرافق من الأهل أو الأقارب مثلاً كي يكون محلاً للثقة عن صحة القاصر وإنّما قد يكون من المعارف الجديدة للقاصر وهو ما لا يحقق أحد المعايير الأساسية لاختيار الشخص الثقة ألا وهي الثقة ضف إلى ذلك أنّ هذه الأخيرة صفة وشعور لا يكتسب إلا بمرور الوقت وبالتمييز والخبرة وهو الأمر الذي لا يتوفر لدى القاصر الذي يضع الثقة في أي كان حتى وإن لم يكن أهلاً لها، كما أن المهام الملقاة على عاتق الشخص الثقة لا يتحملها هذا المرافق بمفهوم المادة 5-1111 من قانون الصحة العامة الذي يكتفي بالحضور دون مساعدة القاصر على اتخاذ القرار.

الباب الثاني

تحقيق مصلحة المريض في اتخاذ القرار الطبي

لا يعتبر الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض التزاما مطلقا. وإنما هو التزام ترد عليه استثناءات تحد من اطلاقته، ذلك أنّ حتى الحق الذي تستند إليه ضرورة احترام إرادة المريض كونه صاحب الجسم ألا وهو حق الشخص في سلامة جسمه هو حق نسبي. فإذا كانت إجازة الأعمال الطبيّة راجع إلى ما تحققه من مصلحة للمريض والمجتمع فإنّ ذات المصلحتين تعدان أيضا حدان للالتزام الطبيب باحترام إرادة المريض أثناء التدخل الطبي.

تفرض مهنة الطب على الطبيب بالإضافة إلى ضرورة احترام إرادة المريض وجوب مراعاة عدّة جوانب نفسية والحفاظ على معنويات المريض لضمان نجاح التدخل الطبي. كما تمنح نفس ضوابط هذه المهنة حقوقا للطبيب من أجل الوصول إلى تنفيذ رسالة الطب ولو كان ذلك على حساب مبدأ احترام إرادة المريض. وهو ما يجعل المريض ليس دائما صاحب حق في الحصول على إعلام ولا يعتبر أيضا حقه في رفض العلاج حقا مطلقا وهي مقتضيات فرضتها تحقيق مصلحة المريض أثناء تنفيذ الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض (فصل أول).

بالرغم من هذه السلطات القانونية الممنوحة للطبيب والتي تسمح له بعدم التقيد المطلق بالالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض إلا أنّ الإخلال بهذا الأخير دون مبرر يعدّ إخلالا بإحدى الالتزامات القانونية.

لذلك فحماية المريض ومراعاة مصلحته ومنح فعالية لهذا الالتزام أمور تتحقق بحماية مصلحة المريض حين إخلال الطبيب به وتوقيع مسؤولية عليه وصولا إلى التأكيد على طابع الإلزام لهذا الالتزام (فصل ثاني).

الفصل الأول

ترجيح مصلحة المريض في تنفيذ الالتزام

يعتبر الالتزام بالإعلام حقا للمريض، ويعدّ احتراماً له ككائن إنساني واعي يمارس حقه في التفكير وتقرير مصيره وضمان سلامة جسمه، إذ يلتزم به كل طبيب أيا كان الإطار الذي يمارس فيه مهنته سواء قطاع عام أو قطاع خاص.

لا يمكن أن يتذرع بقدرته العلمية وشهرته في العلاج ليعفي نفسه من الالتزام، كما لا تعفي الوصفة الطبية بما تحويه من إعلام ذلك الذي يتطلبه القانون من الطبيب. فهو حوار يدعم الثقة ويعيد التوازن إلى كفتي العلاقة الطبية. إلا أنّ مصلحة المريض تعتبر حدا لهذا الالتزام واستثناءاً أجازته النصوص القانونية سواء للتخفيف من الالتزام أو الإعفاء منه كلياً (مبحث أول).

لا يعد حق المريض في رفض التدخل الطبي حقا مطلقاً فلقد تقرر للمجتمع حق ارتفاق تسمح للطبيب بإجبار الأفراد على الخضوع لبعض التدخلات الطبية حماية وتحقيقاً لمصلحة المجتمع. كما تعد أيضاً مصلحة المريض الذي يكون في خطر مصدراً لعدم احترام حقه في رفض العلاج أيا كان من عبّر عنها (مبحث ثاني).

المبحث الأول

حدود حق المريض في الرضا المتبصر

قد لا يؤدي الإعلام دائماً إلى تنوير ومساعدة المريض على اتخاذ القرار الخاص بصحته سواء بقبول أو رفض العلاج. وإنما قد يجعله فزعا خائفاً من الإقدام عليه، هي معنويات وجانب نفسي له تأثير كبير في نجاح التدخل الطبي والذي يسعى الطب حديثاً إلى الاحتفاظ به ولو كان ذلك على حساب مبدأ احترام إرادة المريض من خلال التخفيف أو إخفاء الحقيقة عن المريض (مطلب أول).

كما قد يكون العنصر الزمني هو السبب في وضع حد للالتزام بالإعلام إذ قد يصادف الطبيب ظرفاً سريعاً مستعجلاً يقتضي التدخل السريع وكل تأخير يتسبب في ضياع حياة المريض أو تعقد حالته الصحية وهو ما لا يحقق مصلحة المريض إذ أنّ الوقت اللازم للإعلام هو ذاته الوقت الذي تتطلبه إنقاذ حياة المريض ومنع تدهور صحته لذلك يعدّ ظرف الاستعجال الوجه الآخر لحدود التزام الطبيب بالإعلام (مطلب ثاني).

المطلب الأول

التخفيف من الإعلام حفاظاً على الجانب النفسي للمريض

إنّ أهلية الشخص للرضا عن التدخل الطبي، ليست مسألة قانونية بحتة. إذ لا يكفي لا يكفي بلوغ الشخص سن الرشد وتمتعه بكافة قواه العقلية للقول بأنّه أهل للرضا المتبصر عن التدخل الطبي، بل تتحكم في هذا الأخير معايير طبيّة يستند إليها الطبيب لتقرير التخفيف من مضمون المعلومة الطبيّة.

فبغرض الوصول إلى إنجاح التدخل الطبي، يخفي الطبيب بعض الحقائق أو كلها على المريض (فرع أول)، وقد يستدعي الوضع تحريف هذه المعلومات بالكذب على المريض.

اختلفت وجهات نظر الفقه في مدى جواز الكذب على المريض وتباينت الأحكام القضائية في الإجابة على هذه المسألة إلا أن القانون أقر ضرورة الصدق مع المريض حين نقل المعلومة الطبية (فرع ثاني).

الفرع الأول

إمكانية إخفاء الحقيقة على المريض

يؤكد الطب في كل يوم مدى العلاقة الوثيقة بين حالة الجسم وحالة النفس، فالانهيار النفسي له آثار خطيرة على الحالة العضوية للمريض، بل أن هناك أمراض عضوية تنشأ أو تتأزم بفعل أسباب نفسية خالصة⁽¹⁾. لذلك يسعى الأطباء ويصرّون على ضرورة الحفاظ على العوامل النفسية لدى المريض بالنظر إلى طبيعة شخصية المريض (أولاً). كما ليست من مصلحة المريض معرفة الحقيقة لأنها تكون غير مفيدة له بل وضارة به، وهي تؤدي إلى إحباطه وخوفه وقد تدفعه إلى الانتحار أو على الأقل تزيد حالته سوءاً وقد تعجل نهايته⁽²⁾. عندما يتعلّق الأمر بمرض خطير (ثانياً).

أولاً/ إخفاء الحقيقة لطبيعة شخصية المريض

ترخص التشريعات للطبيب عدم الإدلاء ببعض المعلومات للمريض أو إخفاءها عنه إذا ما قدر بأن الإفشاء بها يضر بالمريض⁽³⁾، وهو ما يطلق عليه الفقه الفرنسي⁽⁴⁾ بالتحديد العلاجي للإعلام. والذي انطلاقاً من تسميته فهو يهدف إلى حماية مصلحة المريض وضمان نجاح التدخل الطبي.

أكد الأستاذ P Sargos أن القضاء الجديد لمحكمة النقض الفرنسية والذي جعل التزام الطبيب بالتبصير ينصرف إلى جميع الأخطار الجسيمة ولو كان تحققها نادراً أو استثنائياً ليس من شأنه أن يلغي ما أسماه بالتحديد العلاجي للتبصير La limitation thérapeutique

(1) الصياد إبراهيم، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص 31.

(2) جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 216.

(3) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 20.

(4) CASTAINE Cécile, L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 52.

de l'information الذي يمنح للطبيب سلطة حجب بعض المعلومات عن المريض إذا كانت تضربه أو كان المريض في وضع نفسي يجعله غير مؤهل لتحملها⁽¹⁾.

يستند الطبيب في التشريع الفرنسي على نص المادة 35 من تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي المقابلة لنص المادة 4127-35 من قانون الصحة العامة التي ألزمته بوجوب الأخذ بعين الاعتبار شخصية المريض عند شرح المعلومة الطبية⁽²⁾. فبالإضافة إلى مراعاة الطبيب لدرجة قدرة المريض على الفهم من خلال التبسيط والتوضيح وجب عليه مراعاة درجة قدرته على التحمل.

لا يتوفر المرضى على قوة احتمال واحدة ولا درجة فهم واحدة. فمنهم من يكون عاطفياً إلى درجة كبيرة، ومن ثم شديد القابلية للتأثر ليجد الطبيب نفسه في وضع شديد الحرج، لأنّ التزامه بمبدأ الإعلام يرتب آثاراً سلبية. فالكشف لهؤلاء المرضى عن حالته المرضية أو عن مخاطر ما تستلزمه من علاج، يمكن أن يفزعهم ويؤثر بالضرورة على فرصهم في الشفاء⁽³⁾.

يجب على الطبيب إزاء هذا الاختلاف تشخيص إعلامه تبعاً لطبيعة شخصية المريض الذي يعاينه وحالته النفسية، كي لا يؤدي الإعلام إلى نتائج غير مرجوة منه وغير محمودة العواقب. فمن المرضى من يرفض العلاج ويفقد كل قواه في مواجهته. ومنهم من يشرع في الانتحار هذا كله لأنّ خوفاً تملكه بعد الإعلام⁽⁴⁾.

لا يجب أن يزيد الإعلام من قلق وخوف المريض وهذا ما عبّر عنه العميد سافيتيه بالقول: «إنّ حق المريض في معرفة الحقيقة له حد أولى هو أهليته لمعرفتها دون أن يحدث له ضرر أكبر فداحة، فوهن وضعف بعض المرضى يجعل كشف الحقيقة لهم سبباً لتسويئ

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 212.

(2) Art. 35 (art. R.4127-35 du c.s.p): «...Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension...».

(3) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 209.

(4) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مدى استجابة الطبيب لإرادة المريض في إجراء العمل الطبي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، منهور الدراسات العليا، الإسكندرية، 2010، ص 252.

أو تفاقم حالتهم. فإذا كان الأمر كذلك فإنّ الطبيب يستطيع أن يلجأ إلى التحفظ والتحديد ولا يكشف تشخيصه إلاّ للأسرة»⁽¹⁾.

تتحدد شخصية المريض من خلال عدّة معايير، مثل السن والجنس والسوابق المرضية وبيئته الاجتماعية والثقافية. وهي تلعب دورا كبيرا في تحديد حجم ردود الفعل التي تصدر عنه عند معرفته بالحقيقة⁽²⁾.

يستمد الطبيب وفقا للتشريع الجزائري الترخيص بمثل هذا الإخفاء، من خلال نص المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب⁽³⁾. التي ألزمته بأداء رسالة إنسانية يقوم من خلالها بالحفاظ على معنويات المريض، وهو ما لا يتحقق إذا كان الإعلام يسبب له الخوف والفرع وبالتالي يسبب فشل العلاج.

يستمد الطبيب وفقا للتشريع اللبناني الترخيص بمثل هذا الإخفاء من خلال نص المادة 3 فقرة 2 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة والتي تنص على ما يلي:

«...إذا تبين أنّ معلومة من المعلومات تحمل طابعا قد يوثر سلبا على تطور المرض أو على نجاح العلاج، يمكن أن يضطر الطبيب استثنائيا إلى تقنين المعلومات التي يعطيها من أجل مصلحة المريض العلاجية».

يلقى هذا النص واجب على الطبيب بتقنين المعلومات أي توخي الحذر حين الإفصاح عن المعلومة الطبيّة، بما يتناسب مع ظروف المريض الشخصية وحالته النفسية. إذ وجب التأكيد على أن المسألة ليست مسألة التزام علمي ينقل بقسوة إلى المريض، إذا يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار أهلية المريض وحالته النفسية⁽⁴⁾.

فمن المرضى من تكون إرادتهم قويّة ويكون إيمانهم بالله تعالى قويا وقيام الطبيب بتبصيره بحقيقة مرضه سوف يساعده على الالتزام بالعلاج، والمحافظة على صحته خوفا من تدهورها وخوفا من تفاقم المرض وزيادة حدّته ففي هذه الحالة يقدر الطبيب هذه

(1) نقلا عن علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص 64.

(2) مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، مرجع سابق، ص 67.

(3) راجع المادة 7 من م أ ط.

(4) بن صغير مراد، مدى التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 177.

الظروف ويخبر المريض بحقيقة مرضه ومدى خطورته. كما يوجد بعض المرضى قد تؤدي صراحة الطبيب معهم إلى إلحاق الضرر بهم، خاصة المرضى الذين تتصف شخصيتهم بالقلق والوسوسة، فيجب على الطبيب حينئذ المحافظة على حالة المريض النفسية فلا يبصره بكل الحقائق لأنها تؤدي إلى التأثير في سلامة تفكيره وإدراكه وتقديره للأمور⁽¹⁾.

تمنح هذه النصوص القانونية سلطة تقديرية واسعة للطبيب، في تحديد مضمون المعلومة الطبية وتبرير إخفاؤه للمعلومة الطبية بالجانب النفسي، وتأثير ذلك على التدخل الطبي أي بعدم قدرة المريض على التحمل. فهو من يوازن بين ترك المريض على جهل بظروف مرضه، تحقيقاً لمصلحته وبين القيام بإعلامه احتراماً لإرادته، وإذا تراءى للطبيب أن الإفصاح للمريض عن حالته ستؤثر عليه سلباً فإن سكوته لا يقيم أية مسؤولية عليه⁽²⁾. فإذا كان يسمح للطبيب بإخفاء بعض المعلومات على مريضه لكن يشترط أن لا يصل إلى درجة التدليس⁽³⁾.

تفتح هذه السلطة التقديرية المجال للطبيب في تحويل الاستثناء وهو إخفاء المعلومة الطبية إلى قاعدة. إذ أن منح الملزم بالإعلام سلطة تقدير الاستثناء أمر غير عادل فهو الحكم والطرف في نفس الوقت، وهو ما لا يضمن صفة الإلزام على الالتزام بالإعلام.

إذ لا ننكر بأن كل شخص يلجأ إلى الطبيب ينتابه نوعاً من الخوف الذي قد يفسره الطبيب بعدم القدرة على التحمل، لذلك أرى أنه عوض إخفاء الحقيقة على المريض حفاظاً على الجانب النفسي من الأفضل إسناد هذا الأمر لطبيب نفسي مختص بالتعامل مع مثل هذه الحالات. أو بالأحرى تلقين الطبيب طرق التواصل والتعامل نفسياً مع المريض. فالمختص في الجانب النفسي يعلم كيف ومتى وأين يتم الإعلام، فبالإضافة إلى منع إعلام المريض في قاعات الانتظار وعبر الهاتف وجب اختيار التوقيت المناسب للإفصاح عنه.

فكما صرّح الدكتور «ازابيل مولاي ماسول» Isabelle Moulai Massol (طبيب نفسي) مختص في طرق الإعلام عن نتائج التشخيص في مستشفى كيبوس (Kibosse): «إن وقت العبارات والكلمات الأولى فريد من نوعه، مهم ذو وزن عميق، فهو الذي يترسخ للأبد في ذاكرة

(1) مجاهد القاضي هشام محمد، الامتناع عن علاج المريض، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 70.

(2) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 254.

(3) شيعاوي وفاء، مرجع سابق، ص 259.

وخيال المريض وعلاقة الثلاثي (مريض، طبيب، مرض)، إذ لا بدّ من تقادي التلقي المفاجئ والمفزع للمريض لنبا تشخيص مرضه الذي لا بد أن يسبقه تبرير نفسي وشرح وافي يسمح بالاعتناع وتقبل الوضع»⁽¹⁾. وهو ما يقوي إيمان المريض وينزل السكينة في نفسه.

كما أنّ دراسة شخصية أي مريض تستلزم منح الطبيب وقتا كافيا للتحاور، وهذا ما لا يمكن للعديد من المختصين خاصة عندما تكون قاعة الانتظار مليئة بالمرضى. لذا تتأكد أيضا في هذا المقام ضرورة تحديد عدد المرضى الذين يمكن للطبيب فحصهم وعلاجهم في اليوم وذلك بجعل اللجوء إلى الطبيب يكون بناءا على الحصول على موعد مسبق.

ثانيا/ إخفاء الحقيقة لطبيعة المرض

تنص المادة 51 من م أ ط على ما يلي:

«يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدّر لها الطبيب أو جراح الإنسان بكل صدق وإخلاص...».

يفهم أيضا من خلال المادة 25 من قانون الصحة الجديد منح الطبيب حق إخفاء المعلومة عن المريض في حالة المرض الخطير و حصر حق الإعلام على العائلة شرط أن لا يكون المريض معترضا مسبقا عن ذلك إذ تنص هذه المادة على ما يلي: " في حالة تشخيص أو احتمال مرض خطير، يمكن أفراد الأسرة الحصول على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من مساعدة المريض، ما لم يعترض على ذلك.

لا يمنع السر الطبي من إعلام أسرة الشخص المتوفى طالما يسمح لها بمعرفة أسباب الوفاة من أجل الدفاع عن ذاكرة المتوفى أو المطالبة بحقوقه، ما لم يعبر الشخص قبل وفاته على خلاف ذلك".

يجد أيضا التخفيف العلاجي للإعلام من الناحية الطبية ما يبرره. إذ يعود سبب عدم إعلام المريض عن إصابته بمرض خطير إلى أن أقوى المرضى بمجرد سماعه بمرض خطير ينتابه الخوف. لذا لا فائدة من إعلامه به ما دام أنّه رغم خطورته فهو قابل للعلاج وعلاجه يستوجب مقاومة وقوة المريض وهي عوامل تضيق من المريض إذا علم بحالته ويصبح عمل الطبيب صعبا وتضيق من المريض فرصة الشفاء. لذا فإنّ إخفاء وتحديد

(1) FLOUZAT-AUBA Marie Dominique, TAWIL Sami Paul, op-cit, p 29.

الإعلام قدر الإمكان أحسن اللهم إذا كان المرض معدي ومؤثر على من حوله، إذ أقرت المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب إعلام وإطلاع الأسرة عندما يكون المرض معدي⁽¹⁾.

والأكيد أنّ المشرع استثنى أمراضاً خطيرة ومزمنة، فيها يواجه الطبيب مريضاً عاجزاً، أنهكه وأعياه المرض، إلاّ أنّه يلتزم بإعلامه إعلاماً مفصلاً. ومن قبيل هذه الأمراض تلك التي يتوقف نجاح العلاج فيها وفعاليتها على المساهمة الايجابية من قبل المريض⁽²⁾ كحالة الأمراض التي لا تشفى صورة نهائية ولكن بإمكان المريض التعايش معها بصورة طبيعية، إذا التزم باحتياطات طبيّة معيّنة. كالمريض مرض السكري الذي يتعيّن إحاطته علماً بتفاصيل مرضه حتى يكون حريصاً على صحته، فإذا كانت حالته تقتضي الاعتماد على الأنسولين، وجب تدريبه على قياس نسبة السكر، وحقق نفسه يومياً بالأنسولين، خاصة إذا كان في منطقة نائية لا توجد بها خدمات طبيّة، والشيء نفسه يقال بالنسبة لمرضى القلب والجهاز التنفسي، كلها طائفة من الأمراض وإن كان الطبيب في مواجهة مريض محبط نفسياً إلاّ أنّ الإعلام المتبصر والمشدّد هو أساس متابعة العلاج ومقاومة الألم⁽³⁾.

يتمتع الطبيب السلطة التقديرية الواسعة في التخفيف العلاجي للإعلام هو عدم تحديد القانون لمفهوم المرض الخطير، ولا درجة الخطورة تاركاً سلطة تقدير الأسباب للطبيب وعدم وضعه لقائمة الأمراض الخطيرة بالإضافة إلى عدم حصرها في الأمراض القاتلة أو بمفهوم آخر التي استعصت على الطب. وهو ما قد يسمح بتبرير كل إخفاء بخطورة المرض ولو كانت الخطورة غير شديدة.

حصر بالمقابل التشريع اللبناني حالات الترخيص للطبيب بعدم إعلام المريض وإخفاء الحقيقة، عندما يتعلّق الأمر بعواقب المرض المميّنة، ويكون عليه في ذات الوقت واجب إعلام أفراد عائلته الأقربين عن توقع طبي بإمكانية الوفاة وهذا ما تضمنته المادة 3 فقرة 3 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة، التي تنص على ما يلي: «عند وجود أسباب معيّنة تدعو إلى عدم إعلام الشخص المريض بتوقع طبي عن إمكانية وفاته يجب إطلاع أفراد عائلته الأقربين على هذا التوقع...».

لذلك فإنّ الأمراض الخطيرة التي يجب كتم الحقيقة فيها عن المريض هي تلك الحالات التي عجز الطب عن علاجها أو التي وصل فيها المريض إلى مرحلة متقدمة من المرض يعجز فيها الطب عن استرجاع عافيته وسلامته.

(1) راجع المادة 54 من م أ ط.

(2) محمد حسن قاسم، الطب بين...، مرجع سابق، ص 164.

(3) جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 101.

تتعدد أسباب إخفاء الحقيقة عن المريض في مثل هذه الحالات أهمها أنّ المريض بلجونه إلى الطبيب لا يحتمل إلا ما فيه تفريج للنفس وتطبيب للقلب والتفاؤل بالشفاء، فتحقيق مصلحة المريض يستلزم على الطبيب أن لا يعلمه بكل ما فيه تدمير لنفسيته وفقد للأمل في الشفاء واليأس من كل علاج⁽¹⁾.

يعد الإعلام في مثل هذه الحالة من قبيل اليأس من القدرة الالهية، فقد يعلن الطبيب لمريضه أنّه لم يبق له في الحياة سوى بضع شهور أو بضع أسابيع، فمن يعلم ربّما تدخلت العناية الإلهية وطال عمر المريض أو حتى شفي تمام من المرض.

فالإيمان بهذا يقتضي الجزم والتصديق بأنّ المريض قد يشفى من مرضه مهما كانت خطورته، وأنّ أحدا لا يستطيع أن يقرر أنّ هذا المرض أو ذاك سيؤدي إلى نهاية الحياة. فإذا آمن الطبيب بهذا فسوف يتعامل مع المريض على أساس التنفيس له في الأجل، كما تقتضي بذلك أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها التي تجعل الآجال بيد الله⁽²⁾. فما دام الله هو الشافي، فلا تعتقد السبب وتنسى المسبب⁽³⁾.

كما أنّ علم الطب ليس علما منضبطا وليست حقائق رياضية ثابتة، إذ يوجد دائما جانب مجهول فلا يمكن للطبيب نفسه أن يجزم بصورة قاطعة بتشخيص معين أو بنهاية محدّدة لمرض معين، فهو لا يملك الحقيقة كاملة بالنسبة للمرض ولا احتمالات كل حالة. إذ يحقق الطب يوميا تقدّما يعد من قبيل المعجزات فما يعد اليوم دواء غير قابل للشفاء ربّما أصبح غدا تحت هيمنة الأطباء وفي طائلة العلاج.

يتمثل حسب البعض⁽⁴⁾ سبب إخفاء الحقيقة عن هذا المريض المصاب بمرض غير قابل للعلاج، في أنّ المريض ليس مستعد لسماع الحقيقة أو تقبّلها إذ أصبح لا يقبل فشل الطب في مواجهة المرض، بعد كل ما حققه العلم من معجزات وشفائه لعدّة أمراض كانت تفتك

(1) أحلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000 - 2001، ص 24.

(2) قال تعالى: «الذي خلق الموت والحياة». سورة الملك الآية 2.

قال تعالى: «فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون». سورة النحل الآية 61.

قال تعالى: «وما تدري نفس ماذا تكسب غدا وما تدري نفس بأي أرض تموت». سورة لقمان الآية 34.

(3) سي يوسف كجار زاهية حورية الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 61.

(4) خالد جمال أحمد حسن، أسلوب إبلاغ المريض أو ذويه عن مرضه ومدى خطورته، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والثلاثون، السنة التاسعة، أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر، جامعة القاهرة، 1998، ص 130.

بالبشرية، صار المريض يعتقد بأنّ العلم قادر على أن يصنع كل شيء وينتظر من الطبيب أن يتخذ كافة الوسائل لوضع حدّ للألم. فرغم أنّ المريض يطلب معرفة الحقيقة إلاّ أنّه أكثر الناس من يحتاج إلى الطمأنة لأنه في الواقع يخاف ويخشى الحقيقة التي يطالب بها.

ولقد جاءنا الرسول الكريم بحديث جامع مانع فيه تطبيق عملي لهذه المسألة فيما رواه ابن ماجه من حديث ابن سعيد الحذري قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): «إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل فإنّ ذلك لا يرد شيئاً وهو يطيب نفس المريض»⁽¹⁾.

ما يؤكد أن مصلحة المريض تعلو على إرادته هو أن الهدف من التدخل الطبي ليس إثبات موافقة المريض على العلاج وإنّما هو الشفاء وإزالة الأوجاع والآلام واسترداد صحة المريض مرّة أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني

مدى جواز الكذب على المريض

اختلفت وجهات نظر الفقه فيما يتعلق بمدى جواز كذب الطبيب على المريض بين مؤيد ورافض له حماية للعلاقة الطبية التي تدعمها الثقة بين الطرفين. هذه الأخيرة التي تتعارض مع الكذب إذ يعتبر من قبيل الخيانة لكنها تجد في المجال الطبي دواعي تجعل منها أمراً مشروعاً لما يحققه من أهداف، فالغاية تبرر الوسيلة حسب المؤيدين (أولاً). كما عرف القضاء الفرنسي موقفاً من كذب الطبيب على المريض (ثانياً). أما التشريعات فقد اتخذت الصدق والأمانة صفة من الصفات الجوهرية للمعلومة الطبية (ثالثاً).

(1) سنن الدار فطنى، ج3، ص12. نقلاً عن سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006-2005، ص 15.

(2) هذا ما عبّر عنه الأستاذان فيدال وكالوتي في المؤتمر الدولي الأوّل للأخلاق الطبية حيث وضحا تماماً دور العوامل النفسية في علاج المريض وصرّحا في تقريرهما المقدّم في المؤتمر كما يلي:

«Par ailleurs, il n'est pas toujours possible de fournir aux malades tout les éléments du problème, il en est qui ne pourraient pas lui être livrés sans quelque cruauté...le médecin s'efforce chaque fois de fournir les données essentielles du malade les éléments déterminants du choix. C'est là une tâche difficile car il ne faut retenir qui ce qui peut à la fois être compris et sans dommage être révélé...».

أشار إليه مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 23.

أولاً/ اختلاف وجهات نظر الفقه

1) رفض الكذب على المريض

ترغم الفقيه سافتييه Savatier الاتجاه الرافض للكذب في المجال الطبي بكافة أشكاله وأهدافه. مؤكداً بأنه إذا كان الكذب بصفة عامة محل استهجان ورفض فإن كذب الطبيب على مريضه أولى بالإدانة والنفور، ليس فقط لأنه يمثل إخلال بالالتزام بالتبصير وبضرورة صدق الطب مع مريضه، ولكنه يناقض الثقة التي يجب أن تهيمن على العلاقة بين الطرفين فالثقة والكذب شيان متناقضان⁽¹⁾.

يعتبر الطبيب الذي يكذب على مريضه، خائن للثقة التي أودعها المتألم فيه وعامل يدفع المريض إلى الشك وعدم اليقين بالطبيب وعلم الطب وهو ما سيؤثر بالضرورة على روح التعاون، التي لا بد أن تقوم بينهما في سبيل مكافحة المرض⁽²⁾.

يعدّ الكذب أيضاً في المجال الطبي بما يهدف إليه من فرض علاج معين على المريض رغم إرادته، شكلاً من أشكال الهيمنة الطبية، فإذا كانت هذه الأخيرة قد مورست من الطبيب على المريض حين اتخاذ القرار الطبي مكانة الاعتداء بحقه في التقرير وبالاستقلالية فإن نفس النتيجة تتحقق في حالة الكذب على المريض وهي إرغامه على علاج لم يكن سيقبله لو علم بالحقيقة⁽³⁾.

فبالرغم من أن الكذب المتفائل - والذي يسعى الطبيب من خلاله إلى طمأنة المريض وذلك بالتقليل من خطورة التشخيص أو التدخل الطبي المقترح مما يجعل المريض يعتقد أن الأمر لا ينطوي على خطورة⁽⁴⁾، يظهر بأنه لا يستحق النبذ لأنه يهدف إلى غاية إنسانية تتمثل في طمأنة المريض وعدم ترويعه بالحقيقة المؤلمة إلا أنه سافتييه R. Savatier اعتبره خطأ جسيم من جانب الطبيب⁽⁵⁾.

(1) «Confiance et mensonge sont contradictoires. Les médecins doivent savoir que bien des malades perdent confiance en leurs propos, pour avoir acquis la conviction que les médecins les trompent systématiquement».

نقلا عن علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 66.

(2) علي حسين نجيدة، مرجع نفسه، ص 65.

(3) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 482.

(4) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع نفسه، ص 480.

(5) مجاهد القاضي هشام محمد، مرجع سابق، ص 71.

فإذا كان يسمح للطبيب بإخفاء المعلومات التي تؤدي إلى تخويف المريض، فهذا لا يعني السماح له بأن يذهب إلى أبعد من مجرد إخفاء الحقيقة ولا يخوله تشويه الحقيقة عن طريق الكذب. الذي بالرغم مما ينطوي عليه من شفقة فهو نوع من أنواع الخيانة والغدر، كما يسميه سافتييه: «Une affirmation certainement et matériellement trompeuse»⁽¹⁾. خاصة إذا كانت تهدف إلى إقناع المريض بضرورة الخضوع لعلاج ما، وهو ما يسمى بالكذب التشاؤمي الذي يعرف بأنه: «قيام الطبيب بتهويل في التشخيص، بحيث يظهره أخطر من الحقيقة أو يبالغ في وصف أهمية التدخل الطبي لحمل المريض على قبول الخضوع دون تأخير للعلاج أو الجراحة التي يقترحها»⁽²⁾.

سار على هذا النهج ابن العميد سافتييه وهو الأستاذ J Savatier جون سافتييه الذي أكد بأن ثقة المريض في الطبيب تتطلب أن يكون باستطاعة الأول تصديق الثاني وهو ما لا يتأتى عن طريق الكذب⁽³⁾.

لا أوافق إطلاقية رفض الكذب في المجال الطبي ذلك أن الطبيب قد يصادف مريضاً فضولياً يتساءل ويستفسر عن كل صغيرة، سواء لكونه من أهل المهنة أو من المطلعين على المعلومات الطبية خاصة ونحن في زمن نطلع في الأنترنت على خبايا الأمراض وأعراضها، وبالتالي فقد لا ينفع الإخفاء في مواجهة هذه الفئة من المرضى وإنما لا بد من تشويه كل المعطيات للحفاظ على معنويات المريض هو ما أكدّه أحد الأطباء وهو الدكتور إبراهيم الصياد⁽⁴⁾، الذي اعترف بأنه اشترك مع بعض زملائه في الكذب عن زميل طبيب كان مصاب بسرطان الدم وكانوا يكتبون على أوراق مختبر الدم نتيجة طبيعية يعرضونها عليه ويحتفظون في ملف سر بالنتائج الحقيقية.

(2) تأييد الكذب على المريض

يعتبر الفقيه كاربوني Carbonnier من المؤيدين والموجزين لكذب الطبيب على المريض إذ يرى أنه ليس من الضروري الالتزام بالصدق في كل الأوقات، فكثيراً ما يواجه

(1) GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, op-cit, p 107.

(2) نقلاً عن جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 481.

(3) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 66.

(4) هو رئيس وحدة الأمراض الجلدية بمستشفى الصباح بالكويت. الصياد إبراهيم، مرجع سابق، ص 25.

الطبيب مرضى ضعفاء لا يمكن اطلاعهم على الحقيقة الطبية الكاملة وهذا حفاظا على مصلحتهم، إذ يمكن للطبيب اللجوء إلى ما سماه بالكذب الأبيض أو الكذب المشروع⁽¹⁾.

يجد الطبيب في بعض الحالات مبررات مشروعة تدفعه إلى تشويه الحقيقة على المريض. إذ يعدّ كذب الطبيب على المريض مبرّرا، إذا كان يهدف إلى إخفاء أشياء تحافظ على معنويات المريض فكشف الحقيقة يمكن أن يسبب له صدمة كبيرة، لذلك فعلى الطبيب أن يعرف كيف يتعامل مع الحقيقة، ليصبح الكذب مشروعا ما دام المريض لا يمكنه مواجهة الحقيقة بمرارتها.

فإذا كانت الحقيقة منشد العلماء والفلاسفة ففي مجال العلاقات الإنسانية فقد يكون الكذب أكثر قيمة منها⁽²⁾ وخاصة في مجال العلاقة الطبية لذلك عبّر الفقيه أ. فرنس A. France عن ذلك قائلا: «إنّ المرأة والأطباء هم وحدهم الذي يعرفون إلى أي حد يعتبر الكذب ضروري ونافع للإنسان»⁽³⁾.

وضع العميد Carbonnier معيار لمشروعية الكذب الطبي بقوله: «للحكم على الكذب يجب النظر إلى الهدف لا إلى الوسيلة، فالكذب لا يكون خطأ إذا كان هدفه الوحيد هو مصلحة المريض، فلا يعتبر الطبيب مخطئا إذا شفى المريض عن طريق الكذب»⁽⁴⁾ فالمعيار الوحيد الذي يضبط مدى جواز الكذب من عدمه هو تحقيق مصلحة المريض.

ينظر إلى الكذب بأنّه رذيلة لا يمكن أن يسمح به للطبيب، لكن لا يكون الكذب دائما من الرذائل، فهذا المسموح به في المجال الطبي ليس كذبا، بقدر ما هو وسيلة من وسائل العلاج، فالعلاج النفسي في العصر الحاضر من أنجع وأنجح وسائل العلاج.

(1) جابر محبوب علي، دور الإرادة، مرجع سابق، ص

(2) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 66.

(3) هو متأثر بمقولة أفلاطون الشهيرة « Il n'appartient qu'aux médecins de mentir en toute liberté »

Voir ARCHER Frédéric, Le consentement en droit pénal de la vie humaine, op-cit, p 429.

(4) نقلا قدرتي محمد محمود، الحماية القانونية المدنية للمريض، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة القاهرة، 2015، ص 158.

فلا يتصور حدوث ضرر أدبي جراء هذا الكذب مادام يتمثل في إخفاء العواقب الوخيمة أو تخفيف الألم الذي قد يحس به الشخص لو علم بالحقيقة⁽¹⁾. لذلك فتقرير حوار الكذب من عدمه ليس بالنظر إلى كون الكذب تفاؤلي أو متشائم وإنما إلى كونه كذبا مبررا أو خبيثا.

يعد من قبيل الكذب الخبيث أو غير مبرر ذلك الذي من شأنه إخفاء عامل مشجع أو تشويه حقيقة، ويكون الهدف هو دفع المريض إلى قبول علاج ما كان ليقبله لو أنه كان قد بصّر بالحقيقة على نحو كاف. فهو الذي يهدف إلى دفع المريض لقبول علاج له وحده مطلق الحرية في تقريره أو دفعه إلى ترك علاج كان يجب أن يظل حرا في طلبه. فهو ليس تحفظا بسيطا يهدف إلى عدم إرباك المريض أو إخفاء خطورة المريض وإنما كذب بغرض إفساد إرادة المريض ودفعه إلى اتخاذ قرار ما كان ليتخذه لو علم بالحقيقة⁽²⁾.

يرفض منح السلطة التقديرية الواسعة للطبيب في الكذب لعدة اعتبارات:

- أول هذه الاعتبارات هو أن منح ترخيص للطبيب بالكذب لمصلحة المريض هو منع هذا الأخير من اتخاذ قرار حر ما دام يفوض الغير سلطة كاملة في تحديد مصلحة المريض.

- ثاني هذه الاعتبارات هي أن ربط مصلحة المريض بالجانب الطبي فقط واعتبارها معيارا للكذب، فإن كل الأكاذيب يجتهد الأطباء في إيجاد مبررات طبية مقنعة تجعلهم يتملصون من كل مسؤولية.

- ثالث هذه الاعتبارات هو رفض ما اعتبره كاربوني أحسن دليل للكذب وهو شفاء المريض إذ اعتبر كاربوني الطبيب الذي شفى المريض بالكذب قد قدّم أحسن دليل على أن كذبه في مصلحة المريض.

أكد ما ذهب إليه البعض⁽³⁾ وهو أن ربط مصلحة المريض بشفائه واعتباره الهدف الذي يعفي الطبيب من كل مسؤولية، يظهر بأن إنسانية العمل الطبي تقتصر وتتحصر على

(1) حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية إلى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 101.

(2) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب ...، مرجع سابق، ص 86.

(3) GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, op-cit, p 106.

نجاحه، وليس في احترام جسم وكرامة وشخصية المريض التي تولد منها التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض من جانبه الأخلاقي والإنساني.

يضاف إلى ذلك أنّ ربط الكذب على المريض بشفاء المرض أمر غير منطقي، لأنّه يثير العديد من الاستفهامات أهمها هل قول الحقيقة لن تسفر إلى نفس النتيجة؟ هل إخفاء مرض خطير على المريض الذي سيموت في الأخير يقيم مسؤولية الطبيب الذي لم يكن من حقه الكذب ما دام أنّه لم يشف هذا المريض؟، ومن جهة أخرى هل يمكن القول بأنّ الكذب قد حرّمه من فرصة الشفاء، ما دام أنّه لم يعلم ضد ماذا يقاوم فلا ربما لو علم لا كانت قدرته وإرادته وتجنّده أكبر للمقاومة.

ردا على كل هذه التساؤلات اقترح البعض⁽¹⁾ من أن ننظر إلى مشروعية التدخل الطبي وكذا الإخفاء والكذب من خلال معيار آخر وهو معيار تأثير هذه الاستثناءات على قرار المريض *L'influence sur la décision du patient*. فهو خطأ يقيم مسؤولية الطبيب إذا كان ينصب على عامل من عوامل الإعلام الذي يؤثر على قرار المريض باعتباره المعيار الوحيد الذي يضمن احترام حرية واستقلالية المريض ومشاركته في اتخاذ القرار قبل التدخل الطبي.

ثانيا/ إقرار القضاء لصفة الصدق

أقرّ القضاء الفرنسي من خلال حكم صادر عن محكمة باريس بتاريخ 7 مارس 1952⁽²⁾ إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة كذبه العمدي على المريض. طالما أنّ ذلك يلعب دورا حاسما في حالته النفسية، وهو ما يؤثر على حالته العضوية، وأنّ ذكر الحقيقة لن يكون له أي أثر ايجابي ولا تستلزمه طبيعة العلاج، بل يمكن على العكس أن يكون له أثر سلبي واضح.

(1) GUILLOD Olivier, op-cit, p 106.

(2) « a supposer qu'un mensonge du praticien envers son malade puisse se justifier, ce n'est que lorsque son objet est dissimuler la gravité du mal ». Paris 7 mars 1952, jcp 1952 in note Carbonnier.

يعتبر هذا الحكم الوحيد الذي تشير إليه المراجع حول إمكانية كذب الطبيب على مريضه، في حين تشترك القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية في صفة الصدق حين وصفها للإعلام الواجب نقله للمريض.

فان اختلفت المصطلحات التي استعملها القضاء الفرنسي في وصف الإعلام، ففي القرار الصادر بتاريخ 21 فيفري 1961 وصف الإعلام بالبسيط، والتقريبي، والمفهوم والصادق⁽¹⁾. ثم وفي قرار آخر مؤرخ في 14 أكتوبر 1997 أوجبت محكمة النقض الفرنسية أن تكون المعلومات التي يتم تقديمها للمريض صادقة، واضحة، مناسبة⁽²⁾. لكنها اعتبرت صفة الصدق صفة مشتركة.

ثالثا/ تكريس القانون لصفة الصدق

تعتبر الأمانة والصدق صفة من الصفات الجوهرية للإعلام التي أصرت عليها التشريعات إذ تضمنها القانون الجزائري في نص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص عما يلي:

« يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي».

وردت أيضا هذه الصفة من خلال التشريع الفرنسي في نص المادة 35-4127 R فقرة 1 من تقنين الصحة العامة⁽³⁾ التي تنص على ما يلي:

«يجب على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة وواضحة متناسبة عن حالته الصحية...».

(1) Cass.civ 1^{ère}, ch 21 fév. 1961, pourvoi N°60-11102.consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.Légifrance.gouv.fr//affichjurijudi.do?oldAction=rechurijudif idtexte=jur TTEXT000006957291 f fast Reqlid=1021396946 fast pos=1>.

(2) Arrêt 14 octobre 1997, civ I, Bull, n° 1564. Voir HUREAU J et POITOUT D, l'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, op.cit, p 172.

(3) Art. 35 (Art. R 4127-35 du c.s.p): «Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information **loyale**, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose...».

نرجع إصرار التشريعات على صفة الصدق إلى عدم الرغبة في فتح المجال للأطباء للكذب، ويستدلون في ذلك بإجازة القانون له، إلا أن رسالة الطب التي تلزمهم بالحفاظ على معنويات المريض والتي تضمنتها المادة السابعة من مدونة أخلاقيات الطب تعتبر منفذا يستدل به الطبيب لتبرير الكذب وإجازته في المجال الطبي.

فالتبيب لا يطلع اتجاه مريضه بواجب فني فقط وهو علاج المريض وتقديم دواء له ولكن لا بدّ عليه أيضا أن يقوم بواجب المعونة والمساعدة وتخفيف الآلام وطمأنة وإراحة المريض، فزرع الأمل في نفس المريض عنصر من عناصر الشفاء في حين من شأن الرعب والخوف أن يضرا بالمريض أكثر من ضرر المريض وانه لذلك من الملائم والأجدر أن يجهل المريض خطورة حالته ولو عن طريق الكذب.

المطلب الثاني

الإعفاء من الإعلام لقيام حالة الاستعجال

تتضاءل اعتبارات الحفاظ على الحق في الاستقلالية وحرية الإرادة، عندما يتعلّق الأمر بإنقاذ حياة أو صحة الإنسان من خطر يهدّدها.

فيتواءم القانون مع الضرورة الطبيّة وذلك بإعلاء مصلحة المريض في الحفاظ على صحته وسلامته البدنية، فوق الاعتبارات النظرية والفلسفية لمبدأ احترام الطبيب لإرادة المريض.

يعفى الطبيب من القيام بالالتزام إذا صادف حالة الاستعجال التي تقتضي ترجيح مصلحة المريض على إرادته. ولقد منحت سلطة تقديرية واسعة للطبيب في تقدير الجانب الفني لحالة الاستعجال (فرع أول). لا يكفي قيام حالة الاستعجال من الوجهة الطبية لاعتبارها حالة يعتد بها قانونا لإعفاء الطبيب من الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، وإنما تحتاج إلى استكمال شروط أخرى لقيام هذه الحالة من الوجهة القانونية (فرع ثاني).

الفرع الأول

الاستعجال مسألة فنية

تغلب على حالة الاستعجال المعطيات الطبية والفنية. فالطبيب هو من يقدر خطورة الحالة الصحية، وليس هذا فحسب بل ومدى استدعاؤها للسرعة وعدم التأخر إذ قد يؤدي هذا الأخير إلى تفويت فرصة النجاة من الموت أو من تعقد الحالة الصحية للمريض (أولاً). كما أنّ الطبيب هو وحده من يقرر طبيعة التدخل الذي تستدعيه هذه الحالة المعروضة عليه، وكلّما ضرّر تدخله بالضروري والمستعجل كان ذلك مبرراً طبياً لإعفائه من احترام إرادة المريض قبل التدخل الطبي (ثانياً).

أولاً/ خطورة الحالة الصحية وعدم احتمال العمل الطبي للتأخير

يثير مجرد سماع الحديث عن حالة الاستعجال خطورة الحالة الصحية للمريض وعدم احتمال التدخل الطبي التأخير. يكون العمل الطبي عملاً لا يحتمل أي تأخير، عندما تكون لكل ثانية ولحظة قيمتها، إذ أنّ عدم إتمام العمل الطبي في الحال أمر يعرّض المريض لخطر جسيم، قد يؤدي إلى الموت أو إلى تفاقم المرض ليصبح مرضاً يستعصى علاجه فيما بعد. تتجسد إحدى الحالات التي يكون فيها حالة المريض على درجة من الخطورة على نحو لا يحتمل معه أي تأخير، بحيث يكون الاختيار اختياراً بين العمل الطبي أو الموت في حالة الفتق المختنق وهي حالة يقرّر الطبيب فيها بأنّ العملية لا تكون لازمة فحسب بل أنّه يجب إجرائها على وجه السرعة. فيجب على الطبيب أن يسرع في اتخاذ الإجراءات التي من شأنها إنقاذ حياة المريض⁽¹⁾، لأنّ ثمن هذا الانتظار قد يكون هو ضياع حياته⁽²⁾. أو تدهور صحته مما يصعب تداركها في المستقبل.

يواجه الطبيب أيضاً ظرف الاستعجال عندما يصادف مريضاً فاقداً للوعي، كأن يكون الطبيب شاهد عيان لحادثة يستدعي تدخل طبي في الحال، أو عندما يصطحب له في عيادته أو في المستشفى مريضاً فاقداً للوعي تستدعي حالته أيضاً تدخلاً سريعاً، ففي مثل هذه الحالة

(1) محمد حسن قاسم، الطب بين...، مرجع سابق، ص 182 و 185.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 179.

فإنّ الانتظار حتى يفيق المريض من الغيبوبة أو يتم الوصول إلى ذويه أو من يمثلهم قانوناً أو فعلاً قد يؤدي إلى أضرار تهدد حياته.

تتجسد أيضاً ضرورة العمل الطبي على نحو لا يقبل التأخير في الحالة التي يواجه فيها الطبيب مريضاً حصل بالفعل على رضائه بغية القيام بعملية جراحية معينة ولكنه أثناء القيام بهذه العملية جدد جديد على نحو يستلزم تغيير طبيعة العملية أو مداها أو وسيلتها. كأن يشخص الطبيب الورم على أنّه ورم حميد وإذا به يفاجئ أثناء استئصاله بأنّه ورم خبيث يتطلب عملية أشد خطورة وأن حالة المريض هذه تشكل خطراً على حياته وصحة.

فالاعتبارات الإنسانية تأبى أن يفرض على المريض تحمل الآلام والمخاطر المرتبطة بتدخل جراحي ثاني يتعرض له وهو في ظروف جسدية ونفسية غير مواتية. فتأجيل التدخل الجراحي الذي بدأ هو في أغلب الأحوال ضار بالمريض لأنّ جسم المريض يتم إنهاكه بسبب التخدير الكلي الذي يتعرض له أكثر من مرّة خلال برهة محدودة كما أنّ الجروح وما تتركه من آثار وما يرتبط بها من مشاكل الاندمال والالتهابات تجعل التدخل الثاني أصعب بكثير من التدخل الأول⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أنّ المريض الذي يخرج من غرفة العمليات، ليعلم عقب استرداده للوعي أنّه يجب أن يعود إليها بعد بضع ساعات أو بضع أيام لتحمل عملية أخرى، لن يكون في حالة نفسية تساعده على نجاح هذه العملية الجديدة⁽²⁾.

ففي مثل هذه الحالة تعتبر الحالة الصحيّة للمريض حالة خطرة، تستدعي تدخلاً سريعاً وكل تأخير يقلّل فرصة النجاح للعملية وهي وضعية يصح فيها الافتراض بأنّ المريض لو كان في تمام وعيه لأذن للطبيب بإجراء العلاج المطلوب والعبرة في ذلك بما يعتقدّه الطبيب اعتقاداً له ما يبرّره من الجانب الطبي أي أنّ حالة المريض تشكل خطراً حالاً محدقاً فله أنّ يتدخل ولا مسؤولية عليه عندئذ⁽³⁾.

(1) جابر محبوب علي، دور الإرادة...، ص 261 و262.

(2) علي حسن نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، السنة الأولى، العدد الثاني، كلية شرطة دبي، دبي، يوليو 1993، ص 243.

(3) عبد النبي عبد السمیع عطا الله شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 215.

لا تنشأ سلطة الطبيب في التدخل الطبي عند قيام حالة الاستعجال من واجبه في أن يتدخل لتحقيق مصلحة المريض ولكن أيضا لالتزامه بإغاثة الملهوف أو تقديم المساعدة لمن يتعرض للخطر⁽¹⁾.

لم يعرف أي نص قانوني حالة الاستعجال وربما الرد يكون بأن هذا ليس من عمل المشرع أو أن المسألة فنية تخرج عن نطاق واختصاص القانون إلا أنها حالة تبرر عدم الاعتراف بمبدأ الرضا عن العمل الطبي الذي يستند إلى حق دستوري وهو الحق في سلامة الجسد. إذ وجب تنظيم وتحديد هذه الحالة بالنظر إلى أهمية المبدأ الذي تمس به وهو مبدأ معصومية جسم الإنسان الذي يستند إليه الحصول على رضا المريض قبل أي عمل طبي. حسب تعريف الوسط الطبي لحالة الاستعجال⁽²⁾ فإن هذه الأخيرة تتحقق على ثلاث درجات وهي:

- استعجال مطلق والذي يستدعي تدخلا فوريا.
 - استعجال نسبي والذي يستدعي تدخلا خلال 12 سا على الأكثر.
 - استعجال متنوع والذي يستدعي أخذ حالة المريض بعين الاعتبار خلال 24 سا.
- ضاف إلى ذلك أن الاستعجال لا يكون دائما لإنقاذ الحياة وإنما قد يكون استعجال وظيفي أي خطر فقد أحد الأعضاء مثل البصر... الخ⁽³⁾.
- يعود أمر تقرير وجود حالة استعجال من وجهتها الفنية إلى الطبيب فهو من ينفرد بالقول بأن حالة المريض خطيرة وتستلزم تدخلا فوريا أو سريعا لإنقاذ حياته أو صحته. فهي نتيجة يتوصل إليها الطبيب من خلال الفحوصات والتشخيصات لذا فهي تختلف من حالة إلى أخرى لاختلاف ظروف المريض وردود فعل جسمه وهو ما لا يعلم به إلا ذوي الاختصاص أي الأطباء لذلك فلهم سلطة تقديرية واسعة لتقرير ذلك.

(1) Grim 1^{er} espèce 31 mai 1949 jcp 1949. أشار إليه علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 87.

(2) « Des atteintes multiples ou non des fonctions vitales (ventilation, circulation et vigilance) nécessitant un traitement dans un bref délai, un très bref délai ou même immédiatement sous peine d'une évolution létale ou fonctionnelle défavorable ». In Pédrot P, Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine, Eclipse, France, 2006, p 450.

(3) MELLAC Audrey, L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, p 90.

يتمثل معيار مدى خطورة الحالة واستلزامها تدخلا سريعا أي توفر الاستعجال في معيار الطبيب العادي والمتوسط الذي يتمتع بالقدر المقبول والمعقول من الخبرة والدراسة والعناية والذي ينتمي إلى ذات تخصص الطبيب وهذا كله في ظل الظروف والملابسات التي أحاطت بالمريض⁽¹⁾.

يعد معيار خطورة حالة المريض مصطلح متداول في المجال الطبي وتتعدد حالاته والوضعيات الخطرة التي يتواجد فيها المريض، ويعتبر فيها الطبيب الوحيد التي يقدر مدى وجود الخطورة ودرجتها.

إنّ عدم تحديد حالات الاستعجال وترك أمر تقديرها للطبيب أمر أدى إلى اختلاف ذوي المهنة الواحدة في تقرير مدى وجود الاستعجال عن حالة مرضية واحدة فكم من حالة قام الأطباء بالتدخل السريع اتضح فيما بعد أنّ حالته لم تكن مستعجلة أبداً.

لا ينصب النقد حول عمومية معيار الخطورة وإنّما حول منح القانون سلطة تقديرية واسعة للطبيب لتقدير معايير واسعة تعرف جدلاً ونزاعاً وإرجاع أمر تحديدها إلى مقاييسهم الخاصة والمعنوية والشخصية.

فعندما يجد الطبيب نفسه الحكم الوحيد فهو أمر يدفعه إلى فرض مبادئه واعتقاداته وقراراته متوافقة أم لا مع المريض لذا فهو ينفرد باتخاذ القرار ويصف كل حالة بالمستعجلة والخطرة⁽²⁾.

فإذا كان العمل الطبي غير ضروري لكونه يحتمل التأخير فإنّ القضاء يرفض قيام حالة الاستعجال ويقيم مسؤولية الطبيب. ومنها ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 27 أكتوبر 1953⁽³⁾. والقضية تتعلق بشخص كان

(1) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مدى استجابة الطبيب...، مرجع سابق، ص 220.

(2) AURORE Catherine, La codécision entre mythe et réalité, consentement et santé, op-cit, p 124 et 125.

(3) Cass 1^{er} civ, 27 oct. 1953, jsp 1953, II «Attendu que si l'intervention avait été pratiquée suivant toutes le règles de la technique opératoire, il n'y avait ni urgence ni nécessité absolue de procéder à l'ablation immédiate de la tumeur, qu'aucune raison médicale ou technique ne s'opposait à sa remise, qu'en conséquence, il était du devoir du chirurgien de différer une telle intervention pour révéler au patient les conséquences graves qu'elle devait entraîner et qui n'avaient pas été envisagées et obtenir son consentement en connaissance de cause ». أشار إليه جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 257.

يعاني من ورم في مقدمة ذراعه الأيسر، شخصه الجراح على أنه ورم حميد يستدعي عملية بسيطة قبلها المريض على أساس أنها لن تترك أي أثر على قدرة الذراع على أداء وظيفته ولكن أثناء العملية اكتشف الجراح أنّ الأمر يتعلّق بورم خبيث يصعب عزله، فتابع العملية وقام باستئصال الورم مع المجموع العصبي المحيط، ممّا أدى إلى إصابة المريض بعجز كامل في ذراعه.

وقد رفضت محكمة استئناف Douai وأيدتها في ذلك الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الاعتراف بقيام حالة الاستعجال، وقرّرت قيام مسؤولية الطبيب لإخلاله بالالتزام بالحصول على رضا المريض، استنادا إلى أنّه على الرغم من أنّ العملية قد تمت طبقا للقواعد الفن الجراحي فغنه لم يكن هناك استعجال أو ضرورة مطلقة تدعو للقيام باستئصال الورم حالا، إذ لم يكن هناك مبرر طبي أو فني يمنع من تأجيل العملية حتى يتم الإفصاح للمريض عن النتائج الخطرة التي سوف ترتبها والحصول على رضائه وهو على بينة تامة بهذه المخاطر.

لا تقبل المحاكم الاعتراف بحالة الاستعجال إذا كان هذا الخطر الذي يهدّد حياة وصحة المريض هو نتيجة أو نشأ عن خطأ ارتكبه الطبيب، كأن يرتكب خطأ في التشخيص ممّا يؤخر تطبيق العلاج السليم حتى تصبح حياة المريض أو صحته في خطر عندئذ يستعيد طرف الاستعجال ويؤاخذ الطبيب على تأخره في تطبيق العلاج السليم⁽¹⁾.

لا يتوفر الاستعجال إذا كان الخطر مستقبلي كما أظهره قرار 11 أكتوبر 1988 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾. لا وجود أيضا لحالة الاستعجال في حالة الجراحة التجميلية التحسينية لعدم وجود ضرورة ولا خطر حال⁽³⁾.

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 254.

(2) Cass civ, 1^{er}, 11 octobre 1988, pouvoir n° 86-12832, Bull, civ. I, n°280, p 192, «il résulte des propres constatations des juges du fond que le consentement de mme. Y n'a pas été sollicité avant cette intervention, alors que celle-ci n'était pas destinée à prévenir un danger immédiat pour sa vie, mais seulement à empêcher un risque futur en cas d'une éventuelle nouvelle grossesse et qu'elle impliquait de surcroît un choix strictement personnel de la part de l'intéressé». In CLEMENT Jean-Marie, Les grands principes du droit de la santé, Les études hospitalières, Bordeaux, 2004, p124.

(3) Cass civ 1^{er}, 14 janv, 1992, pourvoir n° 90-10870, Bull, civ-I n° 16, jcp, 1993, II, 21996: «Les juges du second degré, se fondant sur l'avis exprimé par les experts, ont pu estimer, s'agissant d'une intervention qui n'était pas imposée par un caractère d'urgence ou par un danger immédiat pour la patiente et qui comportait une importante mutilation dont celle-ci n'a pas été avisée, que mm. Y...n'a pas bénéficié de la totale information qu'elle était en droit d'exiger et que son consentement n'a pas été éclairé».

In BINET Jean-Reni, cours droit médical, Montchrestien lexlenso éd, paris, 2010, p 119.

ثانيا/ تقدير الطبيب للتدخل الطبي الضروري بعد قيام حالة الاستعجال

إذا كان المشرّع قد رخص للطبيب عند قيام حالة الاستعجال بالتدخل الطبي بدون الحصول على رضا المريض، إلا أنه لم يحدّد طبيعة الإجراءات والتدخلات الطبيّة التي يمكن للطبيب اتخاذها.

فبالإضافة إلى اعتبار المشرّع تقدير قيام حالة الاستعجال من عدمها من المسائل الطبيّة الفنيّة، التي ينفرد بها أهل المهنة بطبيعة الإجراء أو التدخل الذي يقوم به الطبيب وما إذا كان ضروريا من عدمه ومدى توافر البدائل العلاجية والمفاصلة بينهما من تقدير الطبيب أيضا. فالطبيب هو من ينفرد بتحديد طبيعة التدخل، المهم أن يكون ضروريا مقبولا لدى الرأي الغالب في الطب وفي ظل الظروف التي أحاطت بالمريض والوقت الذي حدثت فيه الإصابة أو الحالة المرضية بوجه عام⁽¹⁾.

تعتبر هذه المسائل الفنيّة أمور تخضع لتقدير قاضي الموضوع بعد الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص حتى يكون تقدير القاضي سليما من الوجهة الفنيّة والواقعية والقانونية. وفقا للاجتهادات القضائية الفرنسية فإنّ العمل الطبي الضروري هو الذي تبرّره المصلحة الطبيّة وهذا ما استخلصناه من القضايا التالية:

يكون العمل الطبي ضروري إذا كان هو الوحيد الذي ينقذ حياة المريض من خلال استئصال الرحم عوض تثبيته⁽²⁾، وحين تغيير طريقة الولادة عن تلك المتفق عنها عندما يكون حياة الجنين في خطر⁽³⁾.

(1) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مدى استجابة الطبيب...، مرجع سابق، ص 221.

(2) استبعدت محكمة السين المدينة مسؤولية الجراح الذي كان مكلفا بإجراء عملية تثبيت للرحم Hystéropexie فقام باستئصاله Hystérotomie عندما ثبت أنّ هذه العملية كانت تفرضها ضرورة إنقاذ حياة المريضة.

Trib-civ-seine 14 dec.1920.

وفي نفس المعنى أجازت محكمة استئناف باريس موقف الجراح الذي كان مكلفا بإجراء عملية في الحوض، فقام باستئصال الرحم بسبب أورام اكتشفها في المبيضين، حيث قرّرت المحكمة أنّ الجراح قد اتخذ وفقا لما أملاه عليه ضميره، قرار العملية الذي ارتآه ضروريا لصحة المريضة وأنّه لم يستطع خوفا من تعقيدات شديدة الخطورة وقف العملية لاستئنافها من جديد بعد الحصول على الترخيص الواجب.

Paris 28 juin 1923 décidant que: «Le chirurgien pris alors dans sa conscience la décision opératoire qu'il jugeait indispensable à la santé de la patiente et qu'il n'a pu au risque des plus redoutables complications interrompre l'opération pour ne le reprendre que lorsqu'elle aurait été dument autorisée». نقلا عن جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 254.

(3) Cass civ, 1^{er}, 31 mai 2007, pouvoir n° 03-19365, in NINET Jean René, Droit médical, l'extenso éd, Paris, 2010, p 119.

اعتبر القضاء أيضا التدخل الطبي ضروري إذا كان تستدعيه صحة المريض حين الخوف من تعقيدات شديدة الخطورة⁽¹⁾. كما اعتبر استئصال جزء كبير من معدة المريض عمل طبي ضروري لأنّ حالته الصحية تطلبت ذلك ولا تقوم أية مسؤولية للطبيب ما دام اتبع أصول المهنة⁽²⁾.

لما كانت حالة الضرورة يقدر بقدرها والاستعجال وضع استثنائي فليس للطبيب أن يفعل أكثر ممّا هو ضروري لتحقيق آلام المريض وفي خارج هذه الحدود يكف عن ممارسة تلك الأعمال الطبيّة التي وإن كانت من شأنها إفادة المريض إلا أنّ حالة الاستعجال والضرورة لا تستلزمها⁽³⁾.

رفض مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف بقيام حالة الاستعجال لتبرير مسلك الجراح الذي كان بحري عملية الإجهاض الاختياري، فأضاف إليها عملية أخرى تمثلت في تثبيت الرحم جراحيا Hystéropexie على الرغم من أنّه لم يكن ثمة خطر على الحياة أو الصحة يبرّر هذه العملية الخيرة التي كانت المريضة قد رفضتها صراحة قبل الخضوع للإجهاض. وأدان مجلس الدولة كذلك مسلك الجراح الذي كان يجري قيصرية فقام بإجراء عملية ربط القنوات دون أن تكون هناك ضرورة علاجية تبرّر ذلك⁽⁴⁾.

(1) قرّرت محكمة Rouen الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أنّ طبيبا جراحا كان يقوم بإجراء عملية أحد من ورم في عنق رحم إحدى السيدات لتحديد طبيعة هذا الورم وشك الجراح في كنية هذا الورم حيث قام باستئصاله كليّة دون الرجوع إلى المريضة أو من ينوب عنها فقررت المحكمة أنّ الطبيب كان في حالة لا تمكنه من الانتظار كي يحصل على رضا المريضة أو من ينوب عنها لأنّ في ذلك ضرر للمريضة وقالت المحكمة أنّ للطبيب الحق في إجراء جراحة تكميلية لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي تواجهه طالما أنّ الجراحة تمت وفقا للأصول العلمية الطبيّة المستقرة. Rouen 17 déc. 1970, D. 1971, 148.

(2) قرّرت محكمة باريس في حكم صادر عنها بتاريخ 20 فيفري 1946 بعدم مسؤولية الطبيب الذي لم يتحصل على رضا المريض عند قيامه باستئصال جزء كبير من معدة المريض في قضية تتلخص وقائعها أنّ طبيبا أثناء كشفه على المريض أخطأ في تشخيص المرض فاعتبره قرحة معدة فقط لكن سرعان ما ثبت له بعد فتح بطن المريض على أنّه سرطان خبيث فقام باستئصاله دون العودة للحصول على الرضا الحرّ والمتبصر للمريض، لم تقم المحكمة أية مسؤولية على الطبيب طالما أنّه اتبع أصول المهنة وقام بما تستلزمه الحالة الصحيّة للمريض.

Paris 20 fév. 1946. نقلا عن قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص 145.

(3) مجدي حسن خليل، مدى فعالية...، مرجع سابق، ص 87.

(4) Cons. d'Etat 27 janv 1982 et cours d'Etat 29 janv. 1988, jcp 1988.

نقلا عن جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع نفسه، ص 259.

رخص المشرع الجزائري للطبيب من خلال نص المادة 164 من ق.ح.ص.ب⁽¹⁾ بالمساس بجثة المتوفي واستئصال قرنيته أو كليته⁽²⁾ بدون موافقة أسرته أو ممثليه الشرعيين إذا تعذر ذلك. تفرض حالة المستفيد أي المريض التدخل السريع من أجل إنقاذ حياته والتي لا يمكنها الانتظار إلى غاية الحصول على موافقة أسرة المتوفي، لذا لا يعتبر اعتداء على حرمة جسم الميت ما دام يستهدف المحافظة على حياة المريض⁽³⁾.

يرجع تعذر الحصول على الموافقة إلى السرعة التي يتطلبها نقل مثل هذه الأعضاء، فعن زرع القرنية تأكد وجوب أن يتم ذلك في غضون ستة ساعات بعد وفاة صاحبها وإلا تعرضت للتلف وهي مدة لا تكفي للحصول على موافقة أهل المتوفي بشأن الاقتطاع من الجثة⁽⁴⁾، لكن رغم إجازة المشرع لمثل هذه العمليات واعتبارها من قبيل الأعمال الضرورية في حالة الاستعجال إلا أنه أسند تقدير توفر حالة الاستعجال إلى اللجنة الطبية⁽⁵⁾ وهذا منعا لكل التجاوزات⁽⁶⁾.

اعتبر البعض⁽⁷⁾ مثل هذه المادة اعتداء كبير على حرمة جسم الإنسان وتنظيم خطير طالب بإعادة النظر فيه كونه يؤدي إلى الاعتداء على السلامة الجسدية خاصة للأشخاص المشردين، إلا أنني العكس من هذا فمادام الغرض من هذا التدخل الطبي نبيل وأن لا حل آخر للاستفادة بمثل هذه الأعضاء السريعة التلف، كان من المفروض عوض حذف هذه المادة الإكثار من عمليات التحسيس والتوعية من خلال القيام بدوريات عبر القرى والمدن وفي وسائل الإعلام للتعريف بها وأهميتها.

(1) إثر التعديل الذي مس قانون الصحة وترقيتها سنة 1990 استند المشرع الجزائري إلى حالة الاستعجال لتبرير الاقتطاع بدون الحصول على الرضا. حيث تبين من المناقشات أن المادة 164 الأصلية من القانون المشار إليه لم تكن تسمح باقتطاع القرينة والكلية على أساس أنها لم تأخذ بعين الاعتبار مدة صلاحية هذه الأعضاء بعد وفاة الشخص.

(2) لا يجوز اقتطاع أعضاء أخرى غير القرينة والكلية بدون موافقة المتوفي أو موافقة أقاربه فهما عضوان طبيعتهما الاستثناء.

(3) اسميكاوي فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 169.

(4) مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، مرجع سابق، ص 320.

(5) تنص المادة 2/167 من ق.ح.ص.ب على ما يلي: «تقرر لجنة طبية تنشأ خصصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع وتأذن بإجراء العملية».

(6) مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، مرجع سابق، ص 339.

(7) مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، مرجع نفسه، ص 237.

يتحقق تشجيع الناس على التبرع بمثل هذه الأعضاء ربّما إذا استند التحسيس والتوعية على فتوى مجلس المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلام من خلال القرار رقم 62 الصادر في 1398/10/24 الذي أكد بأن مثل هذا التبرع يستند إلى قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين وإيثار مصلحة الحي على مصلحة الميت. فإنّه يرجع للحي الإبصار بعد عدمه والانتفاع بذلك في نفسه ونفع الأمة به ولا يفوت على الميت الذي أخذت قرنية عينه شيء فإن عينه إلى الدمار والتحول إلا رفات و ليس في أخذ قرنية عينه مثالة ظاهرة فإن عينه قد أغمضت و طبق جفناها أعلاهما على الأسفل⁽¹⁾.

لم يحصر المشرع الجزائري تأثير حالة الاستعجال على إجازة نزع العضو من جثة المتوفى وإنما امتد إلى اعتبار البتر والاستئصال لأحد أعضاء المريض عمل مسموح به إذا وجد سبب طبي بالغ الخطورة وتواجد المريض في حالة استعجال وهذا دون إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي والحصول على موافقته من خلال نص المادة 34 من م.أ.ط وهذا بتقدير من الطبيب وحده.

تنص المادة 34 من م أ ط على ما يلي:

«لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة وما لم تكن ثمة حالة استعجال أو استحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصية الشرعي وموافقته».

تبرر أيضا حالة الاستعجال زرع عضو دون الاعتداد بموافقة المستقبل له ولا بأسرته إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد تسبب أي تأخير في وفاة المستقبل ويؤكد هذه الحالة الطبيب ورئيسه المصلحة بحضور شاهدين اثنين⁽²⁾ بدون تحديد بصفة الشاهدين هل هما من الطاقم الطبي أو لا ومن يختارهما.

(1) بويصري سعيد، مرجع سابق، ص 405.

(2) راجع المادة 166 فقرة أخيرة من ق ح ص ت.

يتضح من هذا العرض بأنّ كون التدخل الطبي ضروري هي مسألة طبيّة لكن هذا لم يمنع القضاة من فرض الرقابة على الطبيب والتشديد على التأكد من قيام حالة الاستعجال ومدى توافر عناصرها أنّها مجرد استثناء على المبدأ العام في وجوب احترام إرادة المريض وهو تحقيق مصلحته. إلّا أنّ هذه الأخيرة ومن خلال تنظيم حالة الاستعجال قانوناً وتكريسها قضاءً نلاحظ حصر المصلحة في الجانب الطبي دون غيره من الجوانب.

فعن مدى جواز تغيير مسار التدخل الطبي دون الحصول على الرضا وتقدير العمل الطبي الضروري هو سلطة تقديرية الطبيب الذي تقوم بما يحقق مصلحة المريض لذلك اعتبرت الكثير من القرارات تغيير الطبيب للعمل الطبي بما يحقق مصلحة المريض رضا ضمنى من هذا الأخير بهذا التدخل. إلّا أنّ هناك من يرى⁽¹⁾ بأنّ كون العمل الطبي ضروري لا ينحصر على جانبه الطبي فإذا كان بتر عضو من أعضاء جسم الإنسان ضرورة طبيّة فمن حق أي إنسان أن يؤثر الألم والموت على أن يعيش بعاهة مستديمة.

نقد الفقيه M. Vansweevlet أيضا هذا التيار النفعي (المنفعي) إذ اعتبر هذا الاختصاص والسلطة الإضافية للطبيب في تقدير مصلحة المريض تشكل خطرا على حق المريض في التقرير عمّا يتعلّق بجسمه وبحقه في احترام إرادة. إذ يؤكد بأنّ نظرية الرضا الضمني للمريض هي مصطنعة خاصة إذا كان الطبيب يقوم بعمل طبي مخالف تماما لما رضي به.

يتحقق ضمان احترام إرادة المريض في التقريب بين حالة الاستعجال بمفهومهما الطبي مع حالة الضرورة بمفهومها الجنائي. إذ لا بدّ أن يكون المريض مهدّد بخطر جسيم ولا يكفي أن تكون العملية ضرورية وهامة للقول بوجود حالة الاستعجال. و بالعكس من هذا إذا لم يوجد أي خطر محقق وحال فإنّ مواجهة الطبيب لألم إضافي غير متوقع يوجب عليه إيقاف التدخل الطبي لإعلام المريض والحصول على رضاه وهو الوحيد الذي يقرّر الموافقة أوّلا على العملية الإضافية ولو كانت في غير مصلحته.

(1) أحمد محمود سعد أشار إليه سعد مسعود عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 221.

الفرع الثاني

حالة الاستعجال مسألة قانونية

تدخل القانون لتقييد حرية الطبيب وسلطته الكاملة في تحديد قيام حالة الاستعجال باعتبارها سببا طبيا للتدخل الفوري دون اعتداد بإرادة المريض.

لا يكفي لقيام حالة الاستعجال بصفتها استثناء عن احترام إرادة المريض تقرير الطبيب. قيام الاستعجال من وجهته الفنية أي خطورة الحالة الصحية واستلزامها تدخلا فوريا وإنما لا بدّ من اجتماع شرطين آخرين تطلبهما القانون وهما: عجز الشخص عن التمييز أو استحالة التعبير عن إرادته (أولا) بالإضافة إلى عدم وجود مخوّل يمكن الرجوع إليه للحصول على الرضا (ثانيا) فاجتماع هذه الشروط الفنية والقانونية تجعل من حالة الاستعجال مصدر للحق في الاستثناء (ثالثا).

أولا/عجز الشخص عن التمييز أو استحالة التعبير عن إرادته

لا يكفي مجرد كون العمل الطبي ضروري ويستلزم إجراؤه في التو واللحظة لقيام حالة الاستعجال ولا يعتبر مبررا ناجعا لعدم الحصول على رضا المريض. وإنما لا بدّ أن يكون المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن الإرادة.

يعتبر عجز الشخص عن التمييز إحدى الشروط القانونية للحديث عن حالة الاستعجال إذ تفرض جميع النصوص القانونية⁽¹⁾ التي تجيز في حالة الاستعجال الخروج على إرادة المريض عجز هذا الأخير على التعبير عن إرادته. فقد يبلغ الشخص سنّ الرشد ويكون متمتعا بكافة قواه العقلية، إلّا أنّه عاجز عن التمييز بسبب المرض الذي يفقده وعيه أو يغمى عليه، وبذلك يصبح غير مميّز وغير مدرك للأمور على حقيقتها⁽²⁾.

(1) فالمادة 16-3 من التقنين المدني الفرنسي المضافة بمقتضى القانون رقم 653 الصادر في 29 يوليو 1994 بعد أن قرّرت ضرورة الحصول مقدّما على رضا المريض استثنت من ذلك ما إذا كانت هناك ضرورة لإخضاع المريض لتدخل علاجي لا يمكنه التعبير عن رضائه وفي نفس المعنى تقضي المادة 36-3 من تقنين أخلاقيات المهنة الفرنسي بأنّه إذا كان المريض غير قادر على التعبير عن إرادته فإنّ الطبيب لا يستطيع أن يتدخل إلّا بعد إخطار أقاربه وتبصيرهم عدا حالة الاستعجال أو الضرورة.

(2) فيلالي علي، رضا المريض بالعمل...، مرجع سابق، ص 53.

يفقد المريض وعيه بسبب تعرضه إلى إصابات ناتجة عن حوادث الطرق والقطارات وسقوط الطائرات إلى غيرها من الحوادث الخارجيين⁽¹⁾. أو سبب نوبة مرضية كغيبوبة السكري⁽²⁾. أو نتيجة تأثير مخدر أو كحول⁽³⁾، أو قد يكون بسبب مرض يفقده قدرته على الإدراك والذاكرة مثل مرض الهلزايمور⁽⁴⁾.

يترتب على فقدان المريض للوعي أن يكون في حالة لا تسمح له باستيعاب شرح الطبيب وإبداء أو التعبير عن موقفه لذا فمن واجب الطبيب أن تقدّم علاجاً يهدف من خلاله إلى إنقاذ حياة المريض أو سلامة جسده⁽⁵⁾. فلا يعفى الطبيب من احترام إرادة المريض إلا إذا كان هذا الأخير فاقداً للوعي ومن ثم غير قادر على التعبير عن إرادته في قبول العلاج أو رفضه، فإذا كان المريض باستطاعته التعبير عن إرادته فإننا نعود إلى الأصل العام وهو عدم المساس بجسم الإنسان وعدم القيام بأي تدخل طبي دون الحصول على رضاه المتبصر والحرّ رغم توفر الاستعجال من الناحية الفنية.

يأخذ حكم المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن الإرادة الحالة التي رغم محاولة المريض التعبير عما يريده إلا أنّ يستحيل فهمها وترجمة ما يريد قوله⁽⁶⁾. وبمفهوم المخالفة إذا كان المريض واعياً لحالته بأنّ كان باستطاعته أن يعبر عن إرادة أو عبّر عنها مسبقاً فإننا لا نكون بصدد حالة الاستعجال حتى ولو استدعى الأمر تدخلاً فورياً لعلاج أو إنقاذ المريض.

تطبيقاً لهذا الشرط قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 27 جانفي 1982 بإدانة الطبيب الذي قام أثناء إجراء عملية إجهاض اختياري بمباشرة عملية أخرى في الرحم Hystéropexie وذلك ضد إرادة المريض التي رفضت منذ البداية الخضوع لهذه العملية الأخيرة حين أيدّ مجلس الدولة الفرنسي ما ذهب إليه قضاة التأديب مع توقيع جزاء

(1) طلال عجّاج، مرجع سابق، ص 132.

(2) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 330.

(3) سعيدان أسماء، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 76.

(4) GUILLOD Olivier, Introduction. Le consentement dans tous ses états, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, P 10.

(5) قدرّي محمد محمود، مرجع سابق، ص 143.

(6) « Impossibilité par exemple, une personne s'exprimant dans une langue ou aucune traduction n'est possible, même si tous les efforts doivent être faits pour pallier la difficulté ». Voir DEBER NARDINIS Christophe, op-cit, p 91.

المنع من مباشرة المهنة لمدة ستة أشهر استنادا إلى أنّه مهما كانت دوافع المريضة لرفض الخضوع لعملية Hystéropexie التي اقترح الطبيب مباشرتها بمناسبة عملية الوقف الاختياري للحمل التي طلبتها صاحبة الشأن ومهما كان تفسير الطبيب لهذه الدوافع بسبب الحادثة التي وقعت أثناء إجراء الإجهاض فإنّ هذا الرفض يمنع على الطبيب فيما عدا حالة الخطر الحال الذي يتهدّد المريضة في حياتها أو في صحتها أو يخرج عن إرادتها المعبر عنها بالوضوح التام⁽¹⁾.

بالرغم من تشدد المشرع الجزائري في هذا الشرط ومحاولته تقييد سلطة الطبيب في تقدير حالة الاستعجال إلاّ أنّه من جهة أخرى لم يلزم الطبيب بالرجوع إلى البالغ العاجز وإنّما جعل ذلك تحت السلطة التقديرية للطبيب وهذا ما يفهم من مصطلح في حدود الإمكان الذي وظفه في نص المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص عمّا يلي:

«يجب على الطبيب ... في حالة الاستعجال ... أن يأخذ في حدود الإمكان رأي البالغ العاجز...».

كما اعتبر ما يصدر عن البالغ العاجز إذا كان قادرا على التعبير عن إرادته مجرد رأي وليس رضا ما يظهر بأنّه استشاري فقط. فالطبيب وحده الذي يعلم درجة فقدان المريض للوعي ومدى إدراكه للأمور. فالإصابات تختلف ودرجات الإدراك تختلف لذا فقد يكون مريض ما أقدر على إبداء رأيه من آخر لأنّ درجة فقدانهما للوعي تختلف، كلّها أمور طبية يقدرها الطبيب وحده.

ثانيا/ تعذر الاتصال بالمخولين للحصول على موافقتهم

لا يكفي لتقرير حالة الاستعجال التي ترخص للطبيب التدخل لعلاج المريض دون الحصول على رضاه أن يكون هذا الأخير فاقدا للوعي طالما أنّه كان في بالإمكان حصول الطبيب على موافقة أقارب المريض أو من يمثلّه قانونا أو من هو في صحبته.

(1) «Quelqu'aient été les motifs allègues par sa cliente pour refuser l'hystéropexie qu'il avait proposé de pratiquer à l'occasion de l'interruption volontaire de grossesse demandée par l'intéressé et quelque interprétation qu'il ait pu faire de ces motifs, en raison d'un intendant opératoire survenu durant l'interruption de grossesse, ce refus interdisait au docteur, sauf le cas de danger immédiat pour la vie ou la santé de la patiente, de passer outre la volonté ainsi clairement exprimée par celle-ci».

أشار إليه جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 239.

لا بدّ أن يكون هذا المريض منفردا فلا يعفى الطبيب من مسؤوليته المترتبة عن عدم احترام إرادة المريض ولا يقبل تحججه بحالة الاستعجال إلا في حالة عدم وجود أي مخوّل من المريض أو من القانون معه أو صعب الاتصال بهم أو استحالة ذلك لعدم المعرفة بهم وعدم وجود ما أو من يحدّدهم أو يكشف هويتهم للحصول على الرضا منهم بدلا من المريض الذي لم يكن في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته⁽¹⁾، هذا ما تؤكده المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت التي تنص عمّا يلي:

«... يقدّم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخوّلين أو موافقتهم في الوقت المناسب».

تتمثل الحالة المتداولة لعدم وجود قريب يمكن الرجوع إليه في المصاب في حادث سير والذي تم إدخاله إلى مستشفى على بعد مئات الكيلومترات من منزله، والذي يتعيّن إجراء جراحة عاجلة له لإنقاذ حياته، وحالة الشخص الذي وجد فاقدًا للوعي في طريق عام ولا يحمل بطاقة هويّة⁽²⁾.

يعتبر غياب أي مخوّل يمكن استشارته أحد عناصر الاستعجال المعفى من المسؤولية والتي يستند إليه القضاء لاستكمال شروط قيام حالة الاستعجال. فلقد ألزمت محكمة Tours الطبيب الذي برّر تدخله الطبي المتمثل في استئصال ثدي مريضة بالكامل وعمل تنظيف واسع من حوله بأنّه كان في حالة استعجال ألزمته بتغيير مسار عملية جراحية كان من المفروض أن تكون فقط لإزالة كيس دهني من الثدي الأيمن للسيدة. قرّرت المحكمة أن مسلك الطبيب هذا يستلزم منه إقامة الدليل على الظروف الإنسانية التي اضطرته بأن يأخذ هذه المبادرة دون أن يشاور أي شخص من أسرة المريضة⁽³⁾.

(1) محمد حسن قاسم، الطب بين...، مرجع سابق، ص 186.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 181 و 184.

(3) TGI Tours juill. 1980, D. 1982, note J. PENNEAU où le tribunal a jugé que « si au cours d'une intervention chirurgicale ayant pour but d'extraire un kyste banal au sein droit, le chirurgien diagnostique un cancer et s'il prend l'initiative de procéder immédiatement à l'ablation du sein de la malade, en pratiquant des curages très larges, sans le consentement de celle-ci, il doit rapporter la preuve des circonstances exceptionnelles qui l'ont obligé à prendre cette initiative sans en référer à une personne de la famille de la patiente ».

أشار إليه جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع نفسه، ص 243.

يلاحظ من خلال تنظيم المشرع الجزائري لهذا الشرط، هو عدم ضبطه وتوضيحه للمصطلحات في حالة حساسة كان لا بدّ من توضيحها وعدم ترك أي فراغ فيها. فاستعمال المشرع لعبارة المخولين دون تحديده للمقصود بهم هل المخولين من المريض أو المخولين من القانون ولمن تكون الأسبقية فيهم وحتى وإن كان المقصود هم المخولون من القانون وجب إيراد ترتيب محدد، كي لا يصادف الطبيب عدّة أطراف تطالبه بالمعلومة وتدّعي حقها وأسبقيتها في الرضا، في حالة تستدعي السرعة وعدم التماطل لأنّ صحة المريض في خطر لذا وجب توضيح والتدقيق في المصطلحات كي لا يتحلّل الطبيب من التزامه بسبب كل هذه الثغرات والغموض.

وهو ذات الأمر الذي وقع فيه المشرع الفرنسي عند استعماله لمصطلح الأقارب Les proches⁽¹⁾ فهو مصطلح واسع وغير واضح وجب توضيحه على الأقل في مثل هذه الحالات لتفادي أية تجاوزات وهو ما تظن إليه المشرع السويسري الذي عرّف القريب بأنّه كل من تجمعه معيشة مشتركة مع المريض وهم على الترتيب التالي: «الزوج، أصوله الأب، الأم، الإخوة، الأخوات»⁽²⁾.

نلاحظ أنّ محاولة تقييد القانون لحالة الاستعجال غير محقق وإنّما تبقى السلطة التقديرية واسعة للطبيب فهو صاحب السلطة في تحديد قيام حالة الاستعجال دون منازع إمّا بسبب تخصصه أو بسبب الفراغات القانونية الكثيرة والمصطلحات غير دقيقة.

ثالثا/ الاستعجال مصدر للحق في الاستثناء

يغفر الاستعجال في مجال المسؤولية الطبية كثيرا من الأمور سواء من الوجهة الفنيّة أو الإنسانيّة. تدفع حالة الاستعجال الطبيب إلى التغاضي عن القيام بأعمال وإجراءات لم يكن ليتغاضى عن القيام بها إذا لم يواجهه ظرف من هذه الظروف. ففي سبيل مواجهة ظرف الاستعجال يتغاضى الطبيب عن إتباع الأصول والقواعد الأوليّة للفن الطبي، كعدم اللجوء إلى الفحص بالتحليل أو الأشعة لضيق الوقت.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حينما قرّرت أنّ الطبيب لا يكون مخطئا بإغفاله في الظروف الاستثنائية إجراء كان يجب اتخاذه

(1) Art. L 1111-4 du c.s.p.

(2) GUILLOD Olivier, Le consentement dans..., op-cit, p 10.

إذا كان وقوع الضرر من عدم اتخاذه يعتبر استثنائياً حيث تكون نسبته ضئيلة⁽¹⁾.

كما كانت حالة الاستعجال مبرراً مقنعاً حين إغفال الطبيب لأجسام غريبة في جوف المريض، والمبرر في ذلك أنها ما هي إلا نتيجة العجز البشري، ويمكن أن تحدث بالنسبة للجراحين الأكثر مهارة، ومهما كانت الاحتياطات التي روعيت أثناء إجراء العملية العاجلة والطويلة⁽²⁾. إذ يصف العميد الدكتور Savatier سافيتيه الجو الذي يحيط بالجراح أثناء مباشرته لعملية جراحية على النحو التالي:

«أثناء العمليات الجراحية المؤثرة تتلاحق إشارات الجراح حيث تحتم حالة الضرورة سرعة التصرف خلال الدماء المتدفقة التي تكتسح مكان العملية الجراحية والتي تحتم تكديس الضمادات بعضها فوق البعض والتي سرعان ما تتلوث بالدماء ويمتصها الصديد»⁽³⁾.

فإذا كان ظرف الاستعجال مبرراً مقنعاً ناجعاً للتغاضي عن إتباع الأصول الفنية لمهنة الطب فإنه من باب أولى مبرر أنجع لتبرير عدم إمكانية الحصول على موافقة المريض ما دام أن مصلحته تتعارض مع الانتظار حتى الحصول على رضاه.

فحالة الاستعجال لا تنعكس آثارها فقط على محتوى التزام الطبيب بالعلاج بل وأيضا على التزامه باحترام إرادة المريض، إذ تعتبر حالة يخول الطبيب المساس بشخص المريض دون الحصول على رضاه المستنير، فالضرورة يتيح له التدخل من تلقاء نفسه ولو لم يدعوه أحد⁽⁴⁾.

لذلك رخص القانون للطبيب عند قيام حالة الاستعجال القيام بالتدخل الطبي دون الاعتداء بإرادة المريض، لذا فهي (أي حالة الاستعجال) من قبيل الاستثناءات الواردة على التزام الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر. وينتهي العمل بقاعدة المشقات بانتهاء الضرورة التي دعت إلى اللجوء إليها، أي أن ما جاز بعذر يبطل بزواله ويمكن التعبير عن ذلك بالقول إذا زال المانع عاد الممنوع⁽⁵⁾.

تنص المادة 344 فقرة 2 من قانون الصحة الجديد على ما يلي:

"... غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد،

(1) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1958/12/02. نقلا عن حنا منير رياض، مرجع سابق، ص 166.

(2) حكم عن محكمة باريس بتاريخ 4 مارس 1898. نقلا عن محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 91.

(3) نقلا عن منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 166.

(4) قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص 143.

(5) عجاتي فؤاد، أخلاقيات مهنة الطب...، مرجع سابق، ص 224.

أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

يبرّر تدخل الطبيب هذا في حالة الاستعجال دون احترام إرادة المريض بأن مهنة الطب هي مهنة إنسانية بالدرجة الأولى تستوجب دائماً العمل على ما يحقق مصلحة المريض، إذ يقاس نجاح الطبيب وما يحرزه من شهرة بما يقدمه من رعاية تضمن أفضل حالة صحّية للمريض لذا ففي مجال الموازنة بين الحفاظ على حياة المريض وسلامة جسده من جانب وبين حق الفرد في تقرير مصيره وسلامة من جانب آخر، تكون الغلبة لحق الأول ما دام قد ثبت أنّه ليس من المعقول أو ما يفرضه المنطق السليم وواجب الرعاية والحرص أن يتمتع الطبيب عن التدخل الطبي في حالة الاستعجال أو الضرورة⁽¹⁾.

يضاف إلى هذا أنّ ترجيح مصلحة المريض على إرادته تجعل الطبيب مسؤولاً، إذا بقي مكتوف اليدين وانتظر إلى حين الحصول على الرضا.

يجد التدخل الطبي تبريره في نظرية الضرورة حيث تربط كل الأحكام بين الضرورة وبين إعفاء الطبيب من الحصول على رضا المريض أو من ينوب عنه. إذ يكون الشخص في حالة الضرورة مأخوذاً بين واجبين، فيختار الانصياع لأحدهما والخروج على الآخر وهو بطبيعة الحال ينصاع للواجب الأعلى ويخرج عن الواجب الأدنى، ولا يخرج الاستعجال الطبي عن ذلك، فالفرض أنّ المريض يكون بصدد خطر حال يهدّده في حياته أو في صحته ولا يجد الطبيب وسيلة لإبعاد هذا التهديد إلاّ بإهدار مبدأ احترام إرادة المريض.

فالتبيب تفاديا لخطر أكبر هو خطر الموت أو زيادة حدّة المرض يضطر إلى قبول خطر أقل هو المساس بجسم المريض دون اعتداد بإرادته. فأمّام تنازع واجبين هما واجب الحفاظ على حياة المريض وسلامته وواجب احترام إرادة المريض وكرامته، ينصاع للواجب الأعلى ويخرج عن الواجب الأدنى.

إذا كان من غير المعقول أن نطلب من المشرع تحديد حالة الاستعجال لعدم تخصصه والصعوبة بمكان أن نعرض عليه حصر حالات الاستعجال لتعددّها واختلاف درجاتها من

(1) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مدى استجابة الطبيب...، مرجع سابق، ص 216.

حالة إلى أخرى إلا أنني أرى أنه من المعقول أن نصر على ضرورة التأكيد والتأكد من توفر هذه الحالة بإسناد أمر ذلك إلى أطباء متخصصين وتوفير ظروف ووسائل للقيام وإنجاح هذه المهمة وإن تطلب الأمر تعيين لجنة طبية لرقابة مدى توفر هذه الحالة، وهو ما يحصر ويقلص حالات التحجج بقيام حالات الاستعجال لتبرير الإخلال بالالتزام بالحصول على الرضا المتبصر للمريض.

يبقى الطبيب وبالرغم من التزامه بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل القيام بأي تدخل طبي، صاحب السلطة في العلاقة الطبية. إذ أن نفس القانون الذي ألزمه باحترام إرادة المريض قبل التدخل الطبي منح له حقوقا وسلطات تجعل كفة التوازن تميل إليه. فما كان يمارسه باسم الوصاية الطبية أصبح يمارسه باسم الوصاية القانونية التي كرس له سلطات تقديرية واسعة في تنفيذ الالتزام والتخفيف منه وحتى الإعفاء منه تماما. فمن يقع عليه الالتزام هو القاضي الوحيد لتقدير مدى وجوب تنفيذه تحت غطاء المؤهل الوحيد لتقدير مصلحة المريض التي تجعل دائما إرادة الطبيب ترجح على إرادة المريض.

المبحث الثاني

حدود حق المريض في رفض التدخل الطبي

تسمو إرادة الطبيب على إرادة المريض وهذا بتقرير وترخيص من القانون، الذي وفي سبيل وصول الطبيب لتجسيد رسالته من مهنة الطب وهي حماية المريض والمجتمع منح له سلطات وحقوق تجعل إرادته هي الأسمى على إرادة المريض. فعند تنفيذ الطبيب لالتزامه بالعلاج لا بدّ أن يرجّح مصلحة المريض ومصلحة المجتمع (مطلب أول).

تتمثل المصلحة العامة في مصلحة المجتمع في أن يظلّ جسم الفرد سليماً حتى يتمكن من أداء مهامه وواجباته، فرغم إقرار القانون لضرورة احترام إرادة المريض قبل التدخل العلاجي إلا أنّ المصلحة العلاجية ومصلحة المجتمع تقتضيان عدم الاعتداء بإرادته ولا بإرادة الغير وهذا في سبيل حمايته وهو ما يتوصّل إليه الطبيب دون أن يولي أهمية لرفض المريض أو المخولين اتفاقاً أو قانوناً للعلاج (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الحد من حرية المريض تحقيقاً للمصلحة العامة

تفوق المصلحة العامة للمجتمع في اتقاء الأمراض والأوبئة كل مصلحة خاصة للفرد في عدم الخضوع للتدخل الطبي، فيجب بالتالي إهدار هذه المصلحة الخاصة للفرد تحقيقاً للمصلحة العامة (1).

تتجسد حماية المجتمع والحفاظ عليه في مباشرة الطبيب لبعض الأعمال الطبيّة دون شرط الحصول على رضائه أو احترام إرادته منها إجراءات الوقاية الصحية (فرع أول).
خوفاً من تفشي أمراض معدية قد تلحق به وبمن حوله من الأفراد المحيطين به، ولأنّ رسالة الطبيب اجتماعية إنسانية، منح القانون للطبيب حق فرض أعمال طبية سواء وقاية في سبيل وقاية المجتمع من الأمراض أو علاجية تهدف إلى حماية المجتمع وتقليص دائرة المرض (فرع ثاني).

(1) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الأول

إجبارية التدخل الطبي الوقائي

إنّ الطبيب هو ممتن لمهنة يسعى من خلالها إلى شفاء المريض. وله في سبيل ذلك بذل كل عناية الصادقة والمتفقة مع الأصول العلمية المكتسبة والمتفق عليها في سبيل علاج المريض وهذا ما يضمن له حقه في فرض العلاج الذي يوصله إلى تحقيق هدفه في علاج المريض أو وقايته من الأمراض دون أن يعير إرادة المريض أي اعتبار من خلال الفرض الإلزامي لبعض الفحوصات (أولاً). وكذلك من خلال إخضاع المرضى لبعض التطعيمات منعا لتفشي الأمراض وانتشارها (ثانياً).

أولاً/ الفحوصات الإجبارية

1) الطب المدرسي

تضمن الدولة حماية و ترقية الصحة في الوسط التربوي و الجامعي و في التكوين المهني، عبر أعمال و برامج صحية ملائمة⁽¹⁾.

يهدف الطب المدرسي إلى حفظ صحة التلاميذ و المتربصين و ترقيتها، من خلال ما يأتي:

- مراقبة الحالة الصحية ومتابعة التكفل بالأمراض التي تم الكشف عنها.
- مراقبة الأمراض ذات التصريح الإجباري و الوقاية من الآفات الاجتماعية.
- نشاطات التربية من أجل الصحة.
- النشاطات العلاجية الجوارية.
- مراقبة سلامة المحلات و الملحقات التابعة لكل مؤسسة تعليم و تكوين.
- التلقيحات الإجبارية⁽²⁾.

من أهم وظائف الطب المدرسي التقصي المبكر للأمراض المنتشرة بين التلاميذ في المدارس باعتبارها بيئة خصبة لانتشار الأمراض والغرض من هذه الفحوصات الدورية التي يباشرها الطب المدرسي هو استقصاء الأمراض مبكراً قبل ظهور أعراضها الإكلينيكية على التلاميذ وأيضاً الوقاية من تفش الأوبئة وذلك هو الخطر القائم بين أفراد أي تجمع من التجمعات. وعند اتخاذ هذا الشكل من أشكال الممارسات الطبية لا عبرة بذلك برضا

(1) راجع المادة 94 من ق ص ج

(2) راجع المادة 95 من ق ص ج.

الخاضعين له أو حتى رفضهم لذلك أي الطب المدرسي يتصف بالمشروعية بدون توافر رضا الخاضع لهذا النوع من الطب الوقائي⁽¹⁾.

(2) الفحص الطبي قبل الزواج

يلتزم المقبلين على الزواج بإجراء تحاليل طبيّة لإثبات خلوّهم من الأمراض المعدية، إذ لما كانت العلاقة الزوجية مخالطة ومعاشرة ومن مسببات انتقال الأمراض المعدية والوراثية ما بين الزوجين وإلى الذرية، برزت مسألة الفحص الطبي قبل الزواج وجملّة الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها هي⁽²⁾:

- الوقاية أو الحدّ من الأمراض الوراثية التي تنتقل إلى الذرية عند إصابة الزوجين أو كليهما.
- اكتشاف المرض في بداية الإصابة به وهذا يعود على المريض بنفسه بالفائدة العلاجية، إذ يبدأ العلاج مبكراً أي قبل تفاقم المرض وتمكّنه من جسده، والذي قد يحول دون ممارسة العلاقة الزوجية بصورة عادية.
- الحدّ من زيادة نسبة المرضى والمعاقين في المجتمع، إذ أنّ زيادتهم تؤدي إلى خسارة في الموارد البشرية التي هي عنصر من عناصر النهضة الاقتصادية والتقدم الحضاري.
- تبيّن المشرع الجزائري بفائدة وضرورة مثل هذا الفحص، فأدخله ضمن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 في المادة السابعة مكرّر وجعله إجراء إجبارياً لكلّ مقبل على الزواج إذ تنص المادة 7 مكرّر عمّا يلي:

«يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبيّة لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوّهما من أيّ مرض أو أيّ عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. يتعيّن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبيّة ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج...».

أكد المرسوم التنفيذي رقم 154-06⁽³⁾ الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرّر من قانون الأسرة على هذا الإلتزام في المادة 4 فقرة 2 التي تنص على ما يلي:

«يمكن أن يقترح الطبيب على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الروح و/أو الفردية وذلك بعد إعلامه لمخاطر العدوى منها».

(1) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 229.

(2) حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 19 و 20.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 154-06 المؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرّر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 31، مؤرخة في 14 مايو 2006.

(3) الفحص الطبي لرجال القوات المسلحة

يصبح رضا رجال القوات المسلحة أو الجيش، بانخراطهم في سلك الجندية، غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج⁽¹⁾. يجد هذا الحد في الحصول على الرضا أساسه في أنّ الحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة التي توجب المحافظة على سلامة جنود الوطن⁽²⁾.

(4) الفحص الطبي بطلب من القضاء

قد يتطلب الأمر لإثبات جريمة وإسنادها إلى شخص معين أو تحديد مسؤولية المتهم إجراء الطبيب بعض الفحوصات الطبية على المتهم بناءً على تعليمات المحقق أو القاضي لمعرفة ما إذا كان مصاباً بمرض عقلي وما إذا كانت يوجد به إصابات أو آثار مقاومة أو آثار نتيجة الجريمة كسائل منوي أو سيلان في جرائم الاعتداء على العرض وغير ذلك ولا عبرة في ذلك بمرافقة المتهم أو الحصول على رضائه وذلك في سبيل تحقيق العدالة والوصول إلى الحقيقة.

تقتضي إجراء بعض الفحوصات الطبية على المتهم المساس بسلامة جسمه كما في حالة غسل المعدة لتحديد مواد معينة ابتلعها أو تعاطاها حسب الأحوال أو في حالة اخذ عينة من الدم أو غيرها من الوسائل المشابهة والأمر في هذه الحالات يتعلق بأدلة لها قيمتها في الإثبات كثيراً ما تفوق الأدلة القولية وقد تكون هي الوسيلة الوحيدة لاكتشاف الجريمة فيجوز إجراؤها ولو عارض المتهم فمصلحة العدالة وما تقتضيه من الكشف عن الحقيقة تفوق مصلحة المتهم في سلامة جسمه⁽³⁾.

من قبيل الأعمال الطبية التي قد تأمر بها السلطة العامة ولا فائدة فيها للاعتراض أو الرفض هو تشريح جثة المتوفي لغرض الوصول إلى الحقيقة. إذ يتم تشريح⁽⁴⁾ جثث ضحايا الجرائم والحوادث بغرض الوقوف على الأسباب الحقيقية للوفاة وهو في إطار الطب الشرعي تتم بقوة القانون ولو اعترض عليه صاحبه أثناء حياته ولا يحتاج إلى موافقة الأقارب. وهو ما تضمنه نص المادة 168 من ق ج ص ت التي تنص على ما يلي:

« يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناءً على ما يأتي:

(1) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 331.

(2) طلال عجاج، مرجع سابق، ص 132.

(3) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 223 و 224.

(4) التشريح في اصطلاح الطب وعلم الأحياء يطلق على ثلاث عملياً مختلفة في هدفها رغم تشابهها في الشكل ولذلك فعند ترجمة مصطلح التشريح إلى اللغة الفرنسية نجده يترجم إلى ثلاثة مصطلحات مختلفة:

1- التشريح anatomic: هو العلم الذي يهدف إلى دراسة بنية الجسم وعلاقة الأعضاء ببعضها ببعض.
2- التشريح Dissection: هي العملية التي تسمح بفضل الأعضاء عن بعضها بطريقة منهجية وتعزيتها بغرض دراستها.

3- التشريح Autopsie: هو اختبار كل جزء من أجزاء الجثة بهدف تحديد سبب الوفاة. نقلاً عن شتوان بلقاسم، التشريح الطبي وحقوق الإنسان في الإسلام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 190.

- طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي ... »

يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء فحص طبي لبعض المتقاضين بهدف الإثبات المدني أو الجنائي، فلتحقيق العدالة قد يأمر القاضي مثلاً في دعاوي إنكار النسب بأخذ عيّنة من الدم لمعرفة البصمة الوراثية حتى وإن كان الزوج المتقاضي يمانع في اتخاذ هذا الإجراء⁽¹⁾. وهذا ما أكدته المادة 40 من قانون الأسرة التي أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

(5) فحص طب العمل

تنص المادة 7 من قانون (90-11)⁽²⁾ المتعلق بعلاقات العمل عما يلي:

«يخضع العمال في إطار علاقات العمل لواجبات الأساسية التالية -... أن يتقبلوا أنواع الرقابة الطبية الداخلية والخارجية التي قد يباشرها المستخدم في إطار طب العمل أو مراقبة المواظبة». يهدف طب العمل إلى الحيلولة دون تعرض العامل لأيّ وهن بدني أو ذهني، وحمايته من الأمراض المهنية وحوادث العمل، وهو ما يتأتى خاصة عن طريق رقابة صحة العمال بواسطة الفحوص التي تتولاها مصالح طب العمل بالمؤسسة⁽³⁾. لهذا فإنّ العامل يخضع لها إجبارياً. أولى قانون الصحة الجديد أهمية لحماية الصحة في وسط العمل. إذ أكدت المادة 97 منه على أن الدولة تسهر على حماية الصحة في وسط العمل وترقيتها طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وحددت المادة 98 منه أهداف طب العمل والتي فصلتها فيما يلي:

- ترقية الراحة البدنية والعقلية والاجتماعية للعمال في كل المهن والحفاظ على أعلى درجة لها.
- الوقاية من كل ضرر يلحق بصحة العمال جراء ظروف عملهم.
- حماية العمال في شغلهم من الأخطار الناتجة عن وجود عوامل مضرّة بصحتهم.
- وقاية العمال و حمايتهم من حوادث العمل و الأمراض المهنية.
- تنصيب العمال في منصب عمل ملائم لقدراتهم الفيزيولوجية و النفسية و إبقائهم فيه.
- إعتبرت المادة 99 من قانون الصحة الجديد طب العمل واجب على عاتق المستخدم لفائدة العامل. إذ تنص على ما يلي: " طب العمل واجب على عاتق المستخدم لفائدة العامل طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما".

(1) منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 33.

(2) قانون 11/90، مؤرّخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، السنة 27، مؤرخة في 01 شوال 1410 الموافق لـ 25 أبريل 1990 معدّل ومتمم.

(3) بعلي محمد الصغير، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2000، ص 24.

(6) الفحص الإجباري على الحدود

تستهدف الرقابة الصحيّة على الحدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية براً وجوّاً وبحراً⁽¹⁾، تمارس هذه الرقابة الصحيّة عملها بواسطة مراكز صحيّة مقامة في الموانئ والمطارات والمواقع التي تراقب منافذ الطرق أو السكك الحديدية في التراب الوطني⁽²⁾ التي توضع تحت سلطة الوزير المكلف بالصحة⁽³⁾.

يجب على كلّ مواطن يتجه إلى الخارج ويقصد بلداً آخر فيه أحد الأمراض الخاضعة للنظام الصحي الدولي، أن يتلقّى قبل ذهابه التلقيحات المطلوبة، وأن يتزود إن اقتضى الأمر بالعلاج الكيميائي الوقائي الملائم⁽⁴⁾.

كما يجب أيضاً أن تجرى على الأشخاص ووسائل النقل وعمّالها وحمولاتها، القادمين من بلد أجنبي تفشت فيه أحد الأمراض العفنة المعدية المنصوص عليها في القانون، فحص طبي، أو صحي، إن اقتضى الأمر. كما يتحتم أن تتخذ تبعاً لنتيجة هذا الفحص التدابير اللازمة لتفادي الانتشار المحتمل للعدوى⁽⁵⁾.

أولى قانون الصحة الجديد اهتماماً معتبراً للمراقبة الصحية على الحدود، مخصصاً القسم الثاني منه للوقاية من الأمراض ذات الانتشار الدولي و مكافحتها، إذ تخضع الوقاية من هذه الأمراض ومكافحتها لأحكام اللوائح الدولية و منظمة الصحة العالمية⁽⁶⁾.

أصر أيضاً على وضع الدولة للتدابير الرامية إلى وقاية المواطنين و حمايتهم من الأمراض ذات الانتشار الدولي⁽⁷⁾.

ثانياً/ التطعيمات الإجبارية

تعتبر حماية و وقاية الصحة إحدى الأهداف التي عززها قانون الصحة الجديد⁽⁸⁾. إذ تتمثل الأولى في كل التدابير الصحية و الإقتصادية و الاجتماعية و التربوية و البيئية الرامية إلى الحد من الأخطار الصحية أو القضاء عليها، سواء كانت ذات أصل وراثي أو ناجمة عن التغذية أو مرتبطة بالبيئة و ذلك بغرض الحفاظ على صحة الشخص و الجماعة⁽⁹⁾.

(1) راجع المادة 56 من ق.ح.ص.ت.

(2) راجع المادة 57 من ق.ح.ص.ت.

(3) راجع المادة 57 فقرة 2 من ق.ح.ص.ت.

(4) راجع المادة 59 من ق.ح.ص.ت.

(5) راجع المادة 60 من ق.ح.ص.ت.

(6) راجع المادة 42 من ق.ص.ج.

(7) راجع المادة 43 فقرة 1 من ق.ص.ج.

(8) الباب الثاني بعنوان الحماية و الوقاية في الصحة. الفصل الأول الحماية في الصحة. الفصل الثاني الوقاية في الصحة.

(9) راجع المادة 29 من ق.ص.ج.

أما الثانية فهي كل الأعمال الرامية إلى التقليل من أثر محددات الأمراض، و/أو تفادي حدوث أمراض، إيقاف انتشارها و/أو الحد من أثارها⁽¹⁾.

من بين سبل الوقاية الصحية نجد التلقيح الذي ألزم القانون⁽²⁾ كل المصالح الصحية المؤهلة للقيام به بصفة مجانية لفائدة المواطنين المعنيين. كما تنظم السلطات الصحية حملات تلقيح في حالة وجود خطر انتشار وباء أو في حالة حماية الأشخاص المعرضين للخطر.⁽³⁾

يعد التلقيح أو التطعيم الإجباري عمل طبي⁽⁴⁾ وهو حق مكفول دستوريا لكل مواطن⁽⁵⁾ تفرضه الدولة لأهداف وقائية ضد بعض الأمراض الوبائية التي تعتبر الوقاية منها أقل تكلفة من علاجها⁽⁶⁾ ويتمثل الهدف الأساسي منها في ضمان صحة الشخص ومنع انتشار الأمراض في المجتمع. فسواء كان التلقيح دوريا أو عرضيا فهو يهدف إلى الحيلولة من المرض وذلك بالوقاية منه قبل وقوعه أو بالقضاء عليه فور حدوثه⁽⁷⁾.

نضم التطعيم الإجباري في عدة نصوص⁽⁸⁾ من خلالها يمكن تقسيم التطعيمات الإجبارية إلى تطعيمات مرتبطة بالسن⁽⁹⁾. وأخرى مفروضة على بعض فئات المجتمع يجوز الأمر بالتلقيح الإجباري مرة واحدة أو أكثر بالنسبة لبعض الفئات من الأشخاص الذين يمارسون نشاطات تعرضهم لبعض الأمراض، وذلك بموجب قرار وزير الصحة العمومية.

(1) راجع المادة 34 من ق.ص.ج

(2) تنص المادة 55 من ق.ص.ج على ما يلي: «يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العنيفة المعدية». تنص المادة 40 من ق.ص.ج على ما يلي: " يتعين على المصالح الصحية المؤهلة القيام بالتلقيح الإجباري مجّانا لفائدة المواطنين المعنيين ..."

(3) راجع المادة 41 من ق.ص.ج

(4) شيهوب مسعود، المسؤولية عن المخاطر وتصنيفاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دم ج، الجزائر، 2000، ص 218.

(5) تنص المادة 66 من الدستور على ما يلي: «الرعاية الصحية حق للمواطنين وتنكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية. ولمكافحتها تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين».

(6) قدرى محمد محمود، مرجع سابق، ص 151.

(7) سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص 48.

(8) أهم هذه النصوص هي: مرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج ر، عدد 53، صادرة بتاريخ 5 ربيع الثاني عام 1289 الموافق لـ 20 يونيو سنة 1969 حدد في مادته الأولى بعض أنواع التلقيح الإجباري مثل التلقيح ضد السل، الكزاز، الهاق، شلل الأطفال والجذري وكذلك أمراض الهيموفيلوس اللافلونزي "ب"، السعال الديكي، التهاب الكبد "ب"، الحصبة ومرض الخناق.

معدل بالمرسوم رقم 85-282 مؤرخ في 29 صفر 1406 الموافق لـ 12 نوفمبر 1985، يعدل المادتين الأولى والرابعة من المرسوم رقم 69-88، ج ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 13 نوفمبر 1985، وكذلك قرار مؤرخ في 05 رمضان 1417 الموافق لـ 14 يناير 1997 يحدد جدول التلقيح المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ص 39، ج ر عدد 36 لـ 01 جوان 1997، وكذلك قرار مؤرخ في 20 محرم عام 1421 الموافق لـ 25 أبريل 2000، بتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحوي ب، ص 27، ج ر عدد 39 لـ 04 جويلية 2000، وكذلك قرار مؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1428 الموافق لـ 15 يونيو 2007، يحدد جدول التلقيح الإجباري المضاد لبعض الأمراض المتنقلة، ص 36، ج ر عدد 75، لـ 02 ديسمبر 2007.

(9) تتطلب الوقاية الصحية للطفل خضوع هذا الأخير لتلقيحات إجبارية ضد عدة أمراض مثل السل والخناق والكزاز والشهق وشلل الأطفال... الخ وهي تطعيمات تختلف من سن إلى أخرى. لم يحدد التشريع الجزائري من خلال مرسوم 69 سن الطفل الذي يخضع للتلقيح، كما أغفل فئة المولودين حديثا والأشخاص البالغين إلا أنه تدارك هذا من خلال القرار المؤرخ في 15 يوليو 2007، حيث نجده قد حدد السن المعين للأشخاص المعنيين بالتلقيح وذكره فيما يلي: المولودين حديثا، الرضع من شهر إلى 18 شهر وفئة الأطفال من 6 سنوات إلى 10 سنوات وفئة الكبار من 11 سنة إلى ما فوق.

ويطبق هذا التدبير بصفة خاصة على السلك الطبي، والشبه الطبي للمستشفيات التي تعالج فيها الأمراض المعدية وفي التشكيلات الثابتة أو المتنقلة لمكافحة الأوبئة⁽¹⁾. في حين تفرض بعض التطعيمات بمقتضى قرار وزاري⁽²⁾.

ما لاحظناه من خلال هذا التنظيم هو أنّ المشرّع الجزائري رتب على عدم امتثال الشخص للالتزام القانوني أي عدم التلقيح توقيع عقوبات⁽³⁾ في حين أغفل حماية الشخص من الأضرار التي قد يتعرض لها عند الخضوع لعملية التلقيح الإجباري فبالرغم مما يحاط به من ضمانات وقيود مشددة من أجل السلامة فإنّ ذلك لا يمنع من وقوع تبعات وأضرار جسيمة. فضحية أضرار التلقيح تكون في وضعية خاصة بفعل الطابع الإلزامي للتلقيح، لذا لا يمكن القول بأنها قد قبلت مخاطر التلقيح⁽⁴⁾.

لا يعرف موقف القاضي الإداري الجزائري في هذا الشأن وبالتالي يكتفي بتطبيق ما اشترطه في مجال المسؤولية عن المرافق الطبية بوجه عام وهو ضرورة توفر الخطأ الجسيم⁽⁵⁾، إذ لا بد على المتضرر من التلقيح إثبات الخطأ الطبي الجسيم حتى يتمكن من الاستفادة من تعويض. في حين كان ولا بد أن تحظى الخاضع للتلقيح بحماية بفعل الطابع الإلزامي للتدخل⁽⁶⁾.

(1) كما لا يجوز قبول أحد في مؤسسة للتعليم العمومي أو الخصوصي وأية مجموعة تأوي الأطفال كالمحضنة أو حراسة الأطفال أو روض ودار الأطفال أو مخيم العطل الصيفية أو المرضى أو دار أولاد الشهداء بدون أن تستوجب بعض أنواع التلقيحات. كما خاطب القرار الوزاري المؤرخ في 25 أبريل 2000 المتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحوي "ب" الأشخاص العاملين أو المستفيدين من تكوين في المؤسسة أو هيئة عمومية خاضعة للعلاج أو الوقاية مثل المؤسسات العمومية الصحية، مراكز نقل الدم والهيكل الصحية الخاصة وغيرها.

(2) يجوز الأمر بالتلقيح الإجباري ضدّ بعض الأمراض كالحُمى التيفية ونظيرة التيفية والحُمى النمشية في حالة الوباء أو خطر حصوله أو انتشار أمراض معدية أخرى وذلك بموجب قرار وزير الصحة العمومية.

(3) راجع المادة 266 من ق ح ص ت.

(4) هاملي محمد، تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء وأثرها على حقوق الضحية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 168.

(5) هو الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصرا، أو ذلك الذي لا يتصور وقوعه إلا من مستهتر أو متهور، كما أنّ جسامته الخطأ لا تقاس بأهمية ودرجة ما يترتب عليه من ضرر. فأشد وأكبر الأخطاء قد لا ترتب إلا أضرارا بسيطة. وعليه فإن جسامته الخطأ تقاس بعنصر أدبي في سلوك الشخص. فالشخص الذي يدرك أنّ هناك احتمالا كبيرا لوقوع الضرر نتيجة لسلوكه ومع ذلك يقوم به فإنّ هذا السلوك يمثل خطأ جسيما. أنظر شوقي يعيش تمام، مناصرة حنان، الخطأ كشرط لانعقاد المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري والمقارن، مداخلة في الملتقى الوطني حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق جامعة عباس لغرور، خنشلة، المنظم يومي 5 و6 ديسمبر 2017، ص 8.

(6) خضراوي الهادي، يخلف عبد القادر، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد العاشر، د. ب. ن، جانفي 2017، ص 48.

لا تحقق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ حماية للمضرور الذي يجد نفسه في الغالب الأعم من الأمور في وضعية يصعب عليه إثبات ركن الخطأ. إذ أن حقوق الضحية ستتأثر بالأساس الذي تبنى عليه المسؤولية. وبديهي أن هذا التأثير سيكون سلباً في حالة إقامة هذه المسؤولية على أساس الخطأ الجسيم، إذ سيكون على الضحية ليس فقط إثبات الخطأ و لكن إثبات جسامته هذا الخطأ. ولعل هذا ما يبرر العدد القليل من التطبيقات القضائية لمثل هذه القضايا في الجزائر و بالطبع لا يمكن تعليل ذلك بقلّة الأخطاء⁽¹⁾ فمن أجل توفير حماية أكثر للشخص الذي تضرر من عمليات التلقيح الإجباري، يجب السماح بإقامة المسؤولية بدون خطأ⁽²⁾.

لا بدّ أن تسأل الدولة حتى في حالة عدم وجود أي خطأ مرفقي أي على أساس المخاطر والتي لا يحتاج فيها المضرور إلى إثبات الخطأ سواء كان مثبتاً أو مفترضاً وإنما ينحصر الإثبات في عنصر الضرر الذي لا يشكل أية صعوبة .

حقق القضاء الفرنسي حماية للخاضع للتطعيمات الإجبارية وهذا بتطبيقه نظرية المخاطر⁽³⁾. كان من الأجدر أن يحذو القضاء الجزائري هذا المسار لتحقيق حماية للشخص على الأقل في الأعمال الطبيّة ذات الطابع الإجباري وبالخصوص التطعيمات الإجبارية.

يؤدي تطبيق نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الطبية، إلى استفادة الضحية من امتيازات أكثر، فهو غير ملزم بإثبات الخطأ مهما كانت درجته، بل يكفي في هذه الأحوال إثباته للضرر وكذا إثبات وجود علاقة سببية بين هذا الضرر والنشاط الطبي الذي خضع له. فيكون هذا النشاط هو المصدر الرئيسي للضرر الحاصل. ولا شك أن مركز الضحية في هذه الحالات سيكون مريحاً أكثر، وأن فرصه في الحصول على تعويض عادل ومنصف ستتعرّز.

(1) هاملي محمد، مرجع سابق، ص 174.

(2) صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 70.

(3) استعان القضاء الإداري بنظرية المخاطر لعدّة دوافع أهمها فكرة التزام المستشفى بضمان سلامة المريض من خلال ضمان سلامة الأغذية والأدوية المقدمة له وكذا نفس الشيء بالنسبة للأجهزة المستخدمة والتحاليل المخبرية المجرة وحمايته كذلك من المخاطر التي يكون مصدرها هو نفسه كشروعه في الانتحار. أنظر مسعود شيهوب، المسؤولية...، مرجع سابق، ص 220.

الفرع الثاني

إجبارية العلاج

يخضع المصاب ببعض الأمراض التي قد تلحق أذى بالنظام العام للعلاج الإجباري، وأهم الحالتين هما: العزل الصحي لمصاب بمرض معدي (أولاً) كما اعتنى المشرع الجزائري بفئة المرضى المصابين بأمراض عقلية حيث أورد ثلاث فصول ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها في الباب الثالث يحمل عنوان «الصحة العقلية». وضح فيها الإجراءات والتنظيمات التي تخص حالات التدخل لعلاج هذه الفئة من المرضى. لاحظنا من هذه المواد بأن المشرع لا يطبق نفس الأحكام على المرضى عقلياً فيما يخص الاعتداء برضاهم قبل القيام بالتدخل الطبي، فليس كل المرضى عقلياً غير قادرين على التعبير على إرادتهم (ثانياً).

أولاً/ العزل الصحي لمصاب بمرض معدي

تنص المادة 54 من ق ح ص ت على ما يلي:

«يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية».

ألزمت المادة 39 من قانون الصحة الجديد كل ممارس طبي التصريح فوراً للمصالح المعنية بكل حالة مشكوك فيها أو مؤكدة من الأمراض الواردة في قائمة الأمراض ذات التصريح الإجباري ، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون و أوجبت المادة 38 منه خضوع هؤلاء الأشخاص المصابين بأمراض منتقلة و الأشخاص الذين يكونون على اتصال بهم، الذين قد يشكلون مصدر للعدوى، لتدابير الوقاية و المكافحة المناسبة.

أورد قانون الصحة الجديد ضمن الباب الثامن المخصص للأحكام الجزائية عقوبة كل من يخالف المادة 39 من هذا القانون المتعلقة بالأمراض ذات التصريح الإجباري⁽¹⁾ بغرامة مالية تتراوح من 20.00 دج إلى 40.000 دج

يوجب القانون من خلال هذه المواد على كل الأطباء أن يخبروا المصالح والسلطات الصحية بكل مرض معد، ولو كان المريض هو الذي أفضى وأسر لهم بذلك، أو إذا تم تشخيص هذا المريض من طرفهم ومعاينة وجوده. وفي حالة عدم تبليغهم بذلك للجهات

(1) تحدد قائمة هذه الأمراض عن طريق التنظيم طبقاً لنص المادة 38 فقرة 2 من ق.ص.ج.

المختصة والمعنية ولو بحجة الحفاظ على السر المهني، فإنهم يتعرضون لعقوبات ذات طابع إداري وأخرى ذات طابع جزائي وفقا لمقتضيات القانون.

يعتبر اتخاذ الاحتياطات ضد العدوى قديمة العهد، فقد كان مفروضا منذ القدم على المصابين بالجذام أن يعزلوا في مكان خاص لا يخرجون منه إلاّ بشروط خاصة وهي أن يغطوا رؤوسهم، وأن يحملوا في أيديهم أجراسا يدقونها طول الطريق، حتى يعرف الناس بمقدمهم فكانوا يضعون لهم الطعام على صخر ما في طريقهم، وكان الجذام هو تقريبا المرض الوحيد الذي كان يعرف القدامى عداوته ويتقونه على هذا الشكل⁽¹⁾.

إذ تنص المادة 60 فقرة 2 من قانون الصحة العامة على ما يلي:

«... ويمكن أن يفرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معد أو المصابون إصابته به

كما يمكن إن دعت الضرورة إتلاف الأشياء أو المواد التي انتقلت إليها العدوى ولا يترتب على هذا الإجراء أي تعويض».

لم يورد قانون الصحة الجديد مثل هذا الإجراء ضمن أحكامه تاركا هذا للنصوص التنظيمية.

ثانيا/ الاستشفاء الإجباري للمريض عقليا

يعامل المريض مرضا عقليا بحسب درجة تأثير مرضه العقلي على مدى قوة إدراكه وتفكيره، وبالتالي فهم ليسوا متساوون في درجة مرضهم العقلي. فقد يكون جنون بعض المرضى متقطعا تتخلله فترات وعي وإدراك ونضوج أي حالات إفاقة وصحيان وبالتالي وجب الاعتداء برضاه.

يعتد برضا المريض عقليا من خلال تقرير حقه في طلب الإحالة على المصلحة الطبية المتخصصة وهذا طبقا للمادة 107 من ق ح ص ت التي تنص على ما يلي:

«يمكن أن يحال المريض على المصلحة الطبية المتخصصة حسب الآتي: ... أما بحضور المريض نفسه...».

(1) قدرى محمد محمود، الحماية القانونية المدنية للمريض، مرجع سابق، ص 151.

تتمثل هذه المرحلة في الوضع رهن الملاحظة⁽¹⁾ التي تليها مرحلة وضع المريض تحت الترتيب الإداري⁽²⁾ هذه الأخيرة التي يعتد فيها أيضا بإرادة المريض وهذا ما أكدته المادة 117 من ق ح ص ت التي تنص على ما يلي:

«يمكن للمريض أن يحرر بنفسه طلب الترتيب الإداري الذي يعنيه إذا لم تكن له أسرة وكان راشدا ومتمتعاً بالأهلية المدنية...».

تمتد الاعتداء بإرادة المريض عقليا إلى مرحلة خروج المريض من الترتيب الإرادة⁽³⁾ إذ يحق للمريض عقليا أن يطلب ذلك بنفسه وهذا ما أكدته المادة 121 من ق ح ص ت التي تنص على ما يلي:

«يسمح بخروج المريض الموجود في الترتيب الإداري حسب ما يأتي ... وإما بطلب المريض نفسه إذا كان راشدا ومسؤولا مدنيا...».

(1) وضع المريض رهن الملاحظة يتم في مصلحة للأمراض العقلية إما بطلب من المريض نفسه، وبمبادرة من أسرته أو ممثلة الشرعي لدى السلطة الطبية في إحدى المصالح المتخصصة أو لمبادرة أي شخص عمومي يراعي مصلحة المريض فيقدمه إلى السلطة الطبية في مصلحة للأمراض العقلية وهذا الشخص العمومي هو الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، حافظ الشرطة مسؤول الدرك أو أحد ممثليهم المفوض قانونا، ويجب على الشخص الذي يقدم المريض أن يراجع في جميع المراحل الطبية والإدارية لاستيفائه قصد إعطاء جميع المعلومات المفيدة، وفي جميع الأحوال فإن قرار وضع المريض رهن الملاحظة تتوقف على طبيب الأمراض العقلية في المؤسسات التي يقدم إليها ويتم وضع المريض رهن الملاحظة فعليا بعد أن يحرر طبيب الأمراض العقلية في المصلحة ورقة الدخول باسم المريض، للإشارة فإن أي شخص طبيعى عمومي أو خاص وضع غيره رهن الملاحظة لعرض يناق مع مصلحة المريض تتعرض لعقوبات جزائية راجع المواد 107 و 108 و 109 و 110 من ق ح ص ت.

(2) في نهاية فترة الوضع رهن الملاحظة أو خلالها يمكن وضع المريض تحت نظام الترتيب الإداري بناء على اقتراح طبيب الأمراض العقلية وتعد موافقة أسرة المريض أو ممثلها المخول قانونا مطلوبة وضرورية وكافية لإجراء هذا التحويل ويتم توقيع هذه الموافقة من طرف طبيب الأمراض العقلية يضيف لها موافقته ثم يودع الطبيب في مديرية المؤسسة قصد الاحتفاظ به وتقديمه استجابة لأي التماس من السلطات المختصة. ولم يحدد القانون مدة زمنية محددة لنظام الترتيب الإداري إلا أنه تخضع لتدابير الرقابة منها التي تمنع استخدام المريض عقليا في أشغال كيفما كان شكلها ونوعها طوال استيفائه إلا إذا كانت ذات طابع علاجي لإعادة إدماجه في الحياة الاجتماعية. راجع المواد 116- 118 - 119 - 120 - 139 - 140 - 141 - 142 - 143 - 144 من ق ح ص ع.

راجع القسم الرابع من الفصل الأول من ق ح ص د ت.

(3) سمح أيضا بخروج المريض من الترتيب الإداري أما لمبادرة طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة وأما يكون الخروج محتما بمجرد ما يقدم الشخص الذي طلب الترتيب الإداري أول مرة التماس بالخروج يكتبه ويوقعه ويسلمه أو يرسله إلى طبيب المؤسسة. كما يمكن لأحد أصول المريض المباشرين أو أحد فروع المريض الراشدين المباشرين أو زوجة المريض أو زوج المريضة أو أحد أقرباء المريض الراشدين من الحواشي، أختا أو عم المريض أو عمته وخاله أو خالته المباشرين الراشدين أو القيم أو الوصي على المريض أن يطلب خروج المريض الموجود في الترتيب الإداري ويحصل على ذلك تلقائيا ما لم يعارض الراشد المتمتع بالأهلية المدنية، راجع المادة 121 من ق ح ص ت.

عنون قانون الصحة الجديد القسم الثاني من الباب الثالث منه بحقوق المرضى المصابين بإضطرابات عقلية من خلاله أكد الاعتداد برضا المريض عقليا من خلال رفض الاستشفاء بدون موافقة المريض.⁽¹⁾

كما منحت المادة 131 منه حقوق للمرضى الذين تم إستشفائهم أولها حقهم في الإعلام كما يتمتع المريض الراشد بحق طلب الإستشفاء بنفسه.

يسمح للسلطات الإدارية بالاستشفاء الإجباري للمريض عقليا، حينما يشكّل خطرا على الغير بدون طلب من هؤلاء، ذلك أنّه من قبيل الحالات المخلة بالنظام العام ومصالح الغير⁽²⁾.

يتم اللجوء إلى الوضع في الملاحظة أو الاستشفاء بفعل الغير عندما تتسبب اضطرابات المريض العقلية في استحالة الحصول على موافقته و تتطلب حالته معالجة فورية و مراقبة مستمرة في الوسط الاستشفائي. يمكن أن يتولى تقديم المريض لطبيب الأمراض العقلية أحد أعضاء أسرته، أو الممثل الشرعي أو السلطة العمومية التي تتصرف لمصلح المريض، لاسيما الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو رئيس أمن الدائرة أو قائد كتبية الدرك الوطني أو ممثلوهم المفوضون قانونا⁽³⁾.

في حالة ما إذا ارتأت السلطة العمومية ضرورة ذلك، و لا سيما عندما يتم تقرير حدوث خطر وشيك بسبب مرض يتعرض له المريض نفسه أو الغير، يمكن اتخاذ قرار الفحص الإجباري في طب الأمراض العقلية⁽⁴⁾.

يتخذ الوالي قرارا بالاستشفاء الإجباري بناء على التماس مسبب يقّمه طبيب المؤسسة، عندما يرى في خروج المريض خطرا على حياته أو على النظام العام أو على أمن الأشخاص⁽⁵⁾، يفصل في هذا التماس الأسباب التي جعلته يعتقد أنّ هذا الإجراء ضروريا ويبيّن ردود الفعل الخطيرة، الماضية أو الحالية الصادرة عن المريض والأخطار التي قد يتسبب فيها خروجه⁽⁶⁾. إذا اتضح للوالي بعد إجراء خبرة طبيّة على المريض أنّ التماس الاستشفاء الإجباري

(1) راجع المادة 128 من ق.ص.ج

(2) DOPONT (M), ESPER (C), PAIRE (C), op.cit, p 344.

(3) راجع المادة 137 ق.ص.ج

(4) راجع المادة 144 من ق.ص.ج

(5) راجع المادة 124 من ق.ج.ص.ت.

(6) راجع المادة 125 من ق.ج.ص.ت.

لا داعي له، أخبر بذلك طبيب الأمراض العقلية وأحال المسألة وجوبا على لجنة الصحة العقلية⁽¹⁾. تتكون هذه اللجنة من ممثل الوالي، قاضي بدرجة رئيس غرفة في المجلس القضائي رئيسا للجنة، طبيبين اختصاصيين في الأمراض العقلية، مهامها النظر في قرار الوالي والتثبت في صحته أو عدم صحته وتكون قراراتها نافذة⁽²⁾.

يتخذ قرار الاستشفاء الإجباري لمدة أقصاها ستة أشهر ويمكن تمديدتها بقرار من الوالي. ولقد منع المشرع طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يلتمس الاستشفاء الإجباري لمريض عضو في أسرته خاصة، أو قريب أصل أو فرع، أو زوج أو زوجة أو أحد الحواشي أبا أو أختا، عمّا أو عمّة، خالا أو خالة، وذلك حماية للمريض وخوفا من أن يكون التماس الاستشفاء الإجباري كيدي تعسفي. إن حصل ذلك عدّ قرار الوالي باطلا دون المساس بالمتابعات والعقوبات الجزائية التي تنجر عن ذلك، كما أنّه لا يجوز لهذا الطبيب أن يلتمس الاستشفاء الإجباري لأزواج الأشخاص المبيّنين أعلاه أو زوجاتهم⁽³⁾.

لا يمكن أيضا للوالي أن يتخذ قرار الاستشفاء الإجباري بشأن أحد الأصول أو الفروع، الزوج أو الحواشي، الأخ أو الأخت، العم أو الخال، العمّة أو الخالة و كذلك الشأن بالنسبة لأزواج هؤلاء الأشخاص. ويتم اللجوء في هذه الحالة إلى الولاية المجاورة⁽⁴⁾.

تعتبر كل هذه التدخلات الطبية سواء الوقائية أو العلاجية التزامات قانونية مفروضة في أغلب التشريعات لصالح المجتمع إذ لا يملك الشخص بصدها الحرية في القيام بها أو عدم القيام بها لأنها مفروضة من قبل الدولة وذلك من أجل تحقيق المصلحة العامة ألا وهي وقاية الصحة في المجتمع وترقيتها. فالفائدة التي تعود على المجتمع، أكثر مما تعود على الشخص الذي خضع لها.

يظهر من هنا الطابع الاجتماعي لحق الفرد في سلامة جسده، والذي يتمثل في مصلحة المجتمع في أن يظل جسم الإنسان سليما حتى يتمكن من أداء مهامه التي يفرضها

(1). تسمى هذه اللجنة ضمن قانون الصحة الجديد باللجنة الولائية للصحة التي حددت المادة 133 منه تشكيلاتها مضافة ممثل عن جمعية المرضى. كما حددت المهام المنوطة بها وتركزت تنظيم اللجنة و سيرها للنصوص التنظيمية

(2) راجع المادة 126 من ق.ج.ص.ت.

(3) راجع المادة 128 من ق.ج.ص.ت.

(4) راجع المادة 155 من ق.ص.ج.ص 194.

عليه، إذ أنّ طبيعة القواعد التي تنظم الأفراد داخل مجتمع معيّن تفرض أن يكون لكل فرد فيه وظيفة تلقى على عاتقه، يضطلع بها شخصيا والتي تشكّل واجبا معينا، ومن مجموع تلك الواجبات الملقاة على عاتق أفراد الجماعة تنشأ للمجتمع حقوق مقابلة لها⁽¹⁾، هكذا فإنّ الضرورات الاجتماعية تفرض أحيانا المساس بحق الشخص على بدنه⁽²⁾.

المطلب الثاني

الحد من حرية المريض تحقيقا لمصلحته

لا يوجد مركز أقوى وأسمى من مهنة الطب في حماية المريض فالطبيب هو الذي يدرك مدى أهمية العمل الطبي وما يحققه من منافع ومدى خطورة الحالة الصحية وما يترتب عنها من أضرار. هي إمكانيات منحت للطبيب التزام بمساعدة كل شخص يدرك أنه في خطر رغما عن إرادته المعبر عنها مباشرة أو عن طريق توجيهات مسبقة (فرع أول). وبالرغم الإرادة التي يعبر عنها من خوله المريض للتعبير عن إرادته ومساعدته في اتخاذ القرار وكذا من خولهم القانون لذلك هؤلاء الذين وُكّلت لهم مهام حماية المريض (فرع ثاني).

الفرع الأول

حماية المريض ضد إرادته

لا يعير الطبيب أي اهتمام لإرادة المريض في رفضه للعلاج إذا أدرك أن حياته في خطر استنادا إلى التزامه بتقديم مساعدة لشخص في خطر (أولا) وفي سبيل تحقيق مصلحة المريض التي تسمو على إرادته وهو ما يؤكد الطابع الغير إلزامي للتوجيهات المسبقة التي يضعها المريض إذا كانت تعرض حياته للخطر (ثانيا).

أولا/ التزام الطبيب بتقديم مساعدة لشخص في خطر

لا يعتبر مبدأ معصومية الجسم الذي يستند إليه لتدعيم حق المريض في رفض العلاج حقا مطلقا وإنما مبدأ نسبي لا يقيم وزنا لإرادة المريض إذا كانت تتعارض مع حياته، لأنّ

(1) مارك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 51.

(2) حملي حمود، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 29.

معصومية الجسم أصلاً أقيم لحماية ووقاية الجسم لذا فلا يمكن أن يكون مبرراً للإضرار به⁽¹⁾.

لا بدّ أن يكون ممارسة الحق في معصومية الجسد بالقدر الذي يحميه ويحافظ عليه، فيعد كل عبث وإعاقة لما يحافظ على حياته وسلامته تعسف في استعمال الحق⁽²⁾. لذلك فحق الشخص في سلامة بدنه مقيد بحق آخر هو حق المجتمع في سلامة أفرادهِ إذ أنّ للمجتمع مصلحة في بقاء أفرادهِ في حالة صحية جيدة حماية لكيانه وحفاظاً على طاقته الإنتاجية⁽³⁾.

لكافة هذه المبررات فإنّ المشرع الجزائري لا يعتد بأية إرادة في حالة الخطر إذا اكتفى بإلزام الطبيب بالتدخل دون إشارة إلى احترام أية إرادة إذ تنص المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له».

تضمنت المادة 344 فقرة 2 من قانون الصحة الجديد نفس المعنى بأكثر صرامة إذ تنص على ما يلي:

"... غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

لم يربط تقديم المساعدة بإرادة من يحتاج إليها، فكلما كان المريض يواجه خطراً ما وجب على الطبيب إنقاذه وإسعافه، حتى ولو أعلن صاحب الشأن رغبته في عدم العلاج. وإلاّ توبع على أساس جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر الفعل المنصوص والمعاقب عليه بمقتضى نص المادة 182 من قانون العقوبات.

تطرح جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في خطر في المجال الطبي⁽⁴⁾ بحكم أنّ التزام تقديم الإغاثة والمساعدة والتدخل يعد التزاماً تفرضه مهنة الطب لذلك فكلما تواجد

(1) محمد حسن قاسم، الطب بين...، مرجع سابق، ص 182.

(2) خالد جمال أحمد حسن، مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وإشكالاته العملية التي يثيرها، مؤسسة بداري للطباعة، أسبوط، 2014، ص 128.

(3) عبد النبي عطا الله عبد السميع شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 225.

(4) ما يثبت بأنّ الطبيب معني بجريمة عدم مساعدة شخص في خطر هو قرار الغرفة الفرنسية الجنائية الصادر بتاريخ 31 ماي 1949 الذي اعتبر فيه بأنّه ليس من الضروري أن يكون الخطر ناشئاً عن جريمة فقد يمكن أن تنشأ عن مرض، كما يمكن أن ينتج عن حادث أو عن واقعة مادية خارجية، بل كذلك عن خطأ الغير وأنّه خطر بالنسبة للحياة والصحة.

Cass-crim 31 mai 1949.D.1949 نقلاً عن عزام سليمان، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي، 2015، ص 166.

المريض في خطر إلا والتزم الطبيب بالقيام بالتدخل الطبي الضروري.

تعدّ إذن الحالة الاستعجالية الخطرة التي يتواجد فيها المريض حدا لممارسة الطبيب لحقه في رفض العلاج⁽¹⁾. وحدا لممارسة المريض لحقه في رفض التدخل الطبي، ما يثبت بأنّ المصلحة العلاجية للمريض والمصلحة العامة للمجتمع ترجحان على كل الحقوق الممنوحة لطرفي العلاقة الطبية.

ما يبرّر أكثر تدخل الطبيب عند تواجد المريض في حالة خطر دون الاعتداء بأية إرادة هي مضمون رسالة الطبيب التي تدعوه إلى خدمة الفرد والدفاع عن صحته⁽²⁾، التي تخوّله التدخل حتى ولو رفض المريض ذلك.

يترتب إذا على مراعاة الطبيب للالتزام بخدمة المريض وتدخله إذا كان في حالة خطر عدم احترام رفض المريض للتدخل الطبي إذا كان إصرارا على الانتحار لأنّ الحق في الحياة غير جائز التصرف فيه وهو لا يقتصر على الإنسان وحده بل هو حق مشترك بين الفرد والدولة. كما لا يعتد به أيضا إذا كان مبنيا على أسباب دينية عقائدية لأنّ حرية العقيدة لا بدّ أن لا تمس بالنظام العام⁽³⁾.

(1) يحق للطبيب أن يرفض تقديم العلاج إما لأسباب مهنية أو شخصية ما عدا حالات الاستعجال، أين يعتبر مخلا بواجبه الإنساني في مساعدة المريض، فأما الأولى فقد تؤسس على أسباب تمس بالممارسة القانونية المشروعة لمهنة الطب كرفض الطبيب طلب الإجهاض خارج الأجال القانونية بدون مبرّر طبي جدي، حتى وإن كانت المريضة تستند إلى أسباب نفسية واجتماعية. أو عند إصرار المرضى على وصف علاج لم يتم تجربته بعد أي يخرج عن المجال الطبي أثناء المطالبة به. أما الثانية أي الأسباب الشخصية فهي فضاء ومجال للحرية معترف به للطبيب في الحالات التالية:

- يرفض الطبيب العلاج وفقا لضميره إذا فرض واشترط المريض ظروفًا خاصة لإجراء التدخل الطبي يراها الطبيب غير مقبولة وفقا لقناعاته الشخصية كأن يطلب المريض العلاج بوسيلة معينة تتناسب مع معتقداته الدينية والتي يمكن للطبيب أن لا يوافق عليها بسبب قناعاته الشخصية والمهنية. كما يعد اختيار المريض لغير الطريقة التي يفضلها الطبيب سببا جديًا لاعتذاره على مواصلة العلاج ذلك أنه إذا كان من حق المريض رفض العلاج وعدم إجباره وإخضاعه له رغما عنه ففي المقابل لا يجبر الطبيب على العلاج بطريقة يرى عدم جديتها وفعاليتها وهو الأمر الذي يظهر جانبا من استقلاليتته. ولكنه حق مهور بشرط وهو أن يتأكد الطبيب من عدم وجود حالة استعجال. كما لا بدّ عليه أن يضمن مواصلة العلاج للمريض، وهذا بإرساله إلى زميل له. راجع المواد 2/42 و9 و33 و18 و28 و31 و50 من م أ ط. أنظر بالتفصيل حق الطبيب في رفض العلاج في:

DOSDAT Jean-Claude, les normes nouvelles de l'écision médicale, op-cit, p 32.

ALBERT Natalie, Obligation d'information médicale et responsabilité, op-cit, p 285.

(2) راجع المادة 7 من م أ ط.

(3) لقد قرّر حكم أمريكي قديم لسنة 1879 صادر عن المحكمة الفيدرالية العليا بأنّ «حرية الاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية يجب ألا يتعارض مع حق الدولة في الحفاظ على صحة وأمن وحياة ورفاهية المواطنين. وللدولة في سبيل ذلك كامل الحق في اتخاذ كافة الوسائل والإجراءات التي تكفل تحقيق هذه الأهداف وللمحاكم سلطة فرض القرار الطبي وخاصة بالنسبة لعمليات نقل الدم إذا أثبتت التقارير الطبية حاجة الشخص لنقل الدم إنقاذًا لحياته». نقلا عن عبد النبي عطا الله، عبد السميع شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 229.

ما يدعم ضرورة تدخل الطبيب في حالة رفض المريض للعلاج الذي يهدّد صحته وحياته هو أنّ من يصل إلى هذه الدرجة من التطرف أي تدمير نفسه بإرادته على خلاف ما تملّيه غريزة حب البقاء لدى الإنسان لا يمكن اعتباره يملك إرادة واعية لذلك وجب على الطبيب عدم الاعتداء بأي رفض من طرفه⁽¹⁾.

أدان القضاء الفرنسي قبل صدور قانون 4 مارس 2002 الاحترام المطلق لحق المريض في رفض العلاج مؤكدا ضرورة ترجيح مصلحة المريض على مبدأ احترام إرادته وهو ما أظهرته عدّة أحكام قضائية.

أقام مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى قرار 29 جويلية 1994⁽²⁾ مسؤولية الطبيب الذي اكتفى بعلاج ثانوي غير ناجع في مواجهة مريض السرطان احتراماً لحقه في رفض العلاج. وهو ما يتناقض مع ما صدر 13 سنة من قبل عن محكمة الجنايات الفرنسية بمقتضى القرار المؤرخ في 6 مارس 1981 السالف الذكر⁽³⁾ الذي قضى بعدم مساءلة الطبيب الذي احترام رفض المريض للعلاج خطأ الطبيب.

تتلخص وقائع القضية في أنّ طبيبا عاما اكتشف إصابة المريضة بسرطان في ثديها الأيسر فنصحها بضرورة بتر الثدي المصاب ثم إجراء العلاج الإشعاعي بموضع الجرح، غير أنّ المريضة رفضت هذا العلاج بإصرار ووقّعت للطبيب وثيقة تفيد رفضها للعلاج الذي اقترحه رغم علمها بالنتائج المترتبة على رفضها.

استمر الطبيب إزاء هذا الرفض في رعاية المريضة بواسطة أدوية مهدئة وأخرى لتقوية مناعتها فتدهورت حالة المريضة، فأحالها الطبيب العام إلى طبيب أخصائي في علاج السرطان فنصحها بضرورة العلاج الجراحي لكنها رفضت مرّة أخرى واستتبع ذلك دخولها إحدى المستشفيات العامة.

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 280.

(2) Conseil d'état, section, du 29 juillet 1994, 111251, publié au recueil lebon, <https://www.legifrance.gouv.fr>
[Http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154).

(3) CE. 6 mars 1981, arrêt, pech. In DOSDAT Jean-Claude, Les normes nouvelles de la décision médical, op-cit, p 407.

قام الطبيب الذي تولى فحصها بإخطار نقابة الأطباء بما فعله الطبيب العام، فقررت إحالته إلى مجلس التأديب الذي عاقب الطبيب بمنعه من مزاولة المهنة لمدة 6 أشهر بمقتضى قرار 21 أكتوبر 1992 الذي قرر بأن الأحكام المنضمة للصحة والتي تلزم الطبيب باحترام حق المريض في رفض العلاج تلزمه من جهة ثانية بتقديم علاج يقض متناسب مع حالة المريض وهو القرار الذي أيده مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29 جويلية 1994 مبررا قراره أن قبول علاج المريضة عن طريق أدوية وهمية أمر حرّم المريضة من فرصة الشفاء والاستمرار على قيد الحياة إذ كان على الطبيب غض النظر على إرادة المريضة أمام حماية مصلحته وذلك بإجباره على تلقي العلاج الضروري واللازم لحالتها.

استقر القضاء الفرنسي لأول مرة وبصورة واضحة حول مسألة رفض المريض للعلاج من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 أكتوبر 2001⁽¹⁾ بمناسبة الطعن في القرار المؤرخ في 9 جوان 1998⁽²⁾، إذ أيّد المجلس قرار رفض طلب السيدة أرملة المريض الرامي إلى منحها تعويض لجبر الأضرار التي ترتبت عن قرار الطبيب بنقل الدم لزوجها رغم رفض هذا الأخير لذلك من خلال رسالة حررها بخط يده خالية من أي غموض وتم الاحتفاظ بها في ملفه الطبي وتم إعلام أطباء المستشفى بها.

لكنه أعاد تأسيس هذا الرفض رافضا تعميم ترجيح التزام الطبيب بالعلاج على حق المريض في احترام إرادته وإنما يقتصر على الحالة التي يكون فيها التدخل الطبي المرفوض الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، إذ تأكد المجلس من خلال تقرير الخبرة بأن المريض كان يعاني من فقر دم حاد Anémie aigue وهي حالة تعتبر فيها نقل الدم الوسيلة الوحيدة والفعالة لإنقاذ المريض.

(1) «...en un premier temps, l'assemblée du contentieux fait droit à la demande d'annulation de l'arrêt attaqué. Invitée par la requérante à se placer sur le plan des principes, elle juge en effet que la règle qu'avaient cru pouvoir dégager les juges d'appel, selon laquelle l'obligation pour le médecin de sauver la vie prévaudrait de façon générale sur celle de respecter la volonté du malade est erronée endroit... il n'existe pas pour le médecin de hiérarchie abstraite et intangible entre l'obligation de soigner et celle de respecter la volonté du patient... Compte tenu de la situation extrême dans laquelle M.X se trouvait, les médecins qui le soignaient ont choisi, dans le seul but de tenter de le sauver d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionnée à son état... N'ont pas commis une faute de nature à engager la responsabilité du service public hospitalier...».

Conseil d'état, assemblée du 26 Octobre 2001, 198546, publié au recueil Lebon, www.conseil.état.fr

(2) «...Considérant, en premier lieu que l'obligation faite au médecin de toujours respecter la volonté du malade en état de l'exprimer... n'en trouve pas moins sa limite dans l'obligation qu'a également le médecin conformément à la finalité même de son activité, de protéger la santé, c'est-à-dire en dernier ressort, la vie elle-même de l'individu...». Arrêt administrative d'appel de paris, 09 Juin 1998, conseil d'état, 26 Octobre 2001, n° 198546 affaires. Juridiques ph.fr.

نستنتج بأنّ هذا القرار أصرّ على عدم وجود ترتيب لالتزامات الطبيب ولا أولوية مطلقة للالتزام بالعلاج على الالتزام باحترام إرادة المريض وإنّما لا بدّ من دراسة كل حالة على حدى والتأكد من خطورة الحالة الصحية وأن يكون ما رفضه المريض هو الحل الوحيد الذي لا بديل له لإنقاذ حياة المريض.

نظم المشرع الفرنسي بصدور قانون 4 مارس 2002 حق المريض في رفض العلاج من خلال نص المادة 1111-4 من ق ص ع التي اعتبرت آخر التزام يقع على عاتق الطبيب في مواجهة المريض الراض هو محاولة الإقناع⁽¹⁾ دون إشارة صريحة إلى إجبار المريض على العلاج، وعدم احترام حقه في الرفض إذا كان في حالة خطر ما قد يفهم منه بأن حق رفض العلاج حق مطلق.

إلا أنّ نفس المادة نفهم منها ضمناً عدم اعتبار المشرع الفرنسي حق المريض في رفض العلاج حقاً مطلقاً يمتد إلى حالة تواجد صحته وحياته في خطر. ويبقى التزام الطبيب بإخبار المريض على العلاج حماية لحياته وصحته رغماً عن إرادته قائم للاعتبارات التالية: وضح هذا النص ما يجب على الطبيب فعله ولم يمنع بصورة واضحة أن يجبر الطبيب مريضاً على الخضوع للعلاج إنقاذاً لحياته. ضف إلى ذلك فإن هذا النص يربط حق الرفض بالمريض الواعي وهو ما لا نجده في حالة الاستعجال أي الحالة التي تكون فيها حياة المريض في خطر.

ما يؤكد أكثر بأنّ هذا النص استثنى الحالة التي تكون فيها صحة المريض أو حياته في خطر هو إصراره على ضرورة إعلام المريض وتبصيره عند رفضه للعلاج وهو ما لا وقت له عندما تكون حياة المريض في خطر لأنّ الوقت اللازم للإعلام هو نفسه اللازم لإنقاذ حياة هذا المريض. لذا فإنّ الرفض لا يكون متبصراً وهذا ما لا يجعل منه رفضاً صحيحاً وحرّاً. فلا يمكن أن توصف إرادة المريض الذي ينقل إلى الاستعجالات بالإرادة الكافية والصحيحة واللازمة للرفض لأنّها صادرة من شخص لا يعبر عن أفكاره بكل حرية وتبصير كافيتين.

(1) Arrêt administrative d'appel de paris, 09 Juin 1998, conseil d'état, 26 Octobre 2001, n° 198546. Voir DIEBLOT D, op-cit, sos-net.eu-org.

يفهم من مصطلح غير قادر على التعبير على إرادته بالإضافة إلى الاستحالة الجسدية والعقلية الاستحالة الوقتية، أي الحالة التي لا يوجد فيها وقت كاف لإعلام المريض ولا محاولة إقناعه ولا وجود لميعاد التراجع عن رأيه.

تأكدنا أيضا من أنّ تواجد حياة المريض في خطر هي حد لحقه في رفض العلاج من خلال الرجوع إلى أعمال مناقشة البرلمان لهذه المادة، فيها طرح النائب LAEFINER سؤالا على وزير الصحة كوشنار لمعرفة ما الذي سيحدث لو أنّ أحد أتباع Jéovah نقل الدم وقد أصيب بنزيف حاد فكان رد وزير الصحة هو أنّه من غير الممكن نقل الدم إلى شخص رفض ذلك لأي سبب كان غير أنّ تواجد حياة المريض في خطر تجعل هذا الأمر ممكنا⁽¹⁾.

لكل هذه الاعتبارات فبالرغم من صدور قانون 4 مارس 2002 وتنظيمه الشديد لحق المريض في رفض العلاج بدون وضعه صراحة لأية حدود له ما يظهر بأنّه حق مطلق، إلّا أنّ القضاء الفرنسي بقي متمسكا بقراراته وموقفه ولم تختلف الاجتهادات التي تلت صدور هذا القانون عن تلك التي سبقت صدوره. إذ يرجح حماية حياة المريض وصحته على احترام إرادته إذا كان في حالة خطر وهو ما تظهره القضايا التالية:

أقرّ القضاء الإداري حتى بعد دخول قانون 4 مارس 2002 حيز التنفيذ بأنّ الطبيب لا يمسّ بحقوق المريض بعد بذله كل ما في وسعه لإقناعه بقبول العلاج الضروري، فيقوم بهدف إنقاذ حياته بأعمال طبيّة تستند عليها صحّة المريض وتكون متناسبة مع حالته، وذلك من خلال ما أصدره مجلس الدولة بتاريخ 16 أوت 2002⁽²⁾.

(1) «...qu'il n'est pas question de transfuser quelqu'un qui le refus, pour quelque raison que ce soit, cela ne devient possible que lorsque la vie du patient est en danger...». In DIEBLOT D, op-cit, sos-net.eu-org.

(2) «...Les médecins ne portent pas à cette liberté fondamentale, telle qu'elle protégée par les dispositions de l'article 16-3 du code civil et par celle de l'article L1111-4 du code de la santé publique, une atteinte grave et manifestement illégale lorsqu'après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état, que le recours dans de telles conditions à un acte de cette nature n'est pas non plus manifestement incompatible avec les exigences qui découlent de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment de son article 9».

Conseil d'état, 16 Août 2002, n° 249552. Voir DORSNER-DOLIVET Annick, le consentement au traitement médicale une liberté fondamentale en demi-teinte, revue française de droit administratif, N°3, Dalloz, France, mai - juin, 2003, pp 528-529.

تتلخص وقائع القضية في أنّ مريضة دخلت المستشفى بسانت إتيان (Saint Etienne) وبالضبط إلى قسم العمليات بتاريخ 28 جويلية 2002، عبرت المريضة اثرى دخولها المستشفى شفها ثم كتابتا على رفضها أي نقل للدم وذلك احتراماً لعقيدها الدينية وانتمائها إلى طائفة Les témoins Jehovah⁽¹⁾ إذ أصرت على رفضها مهما كانت الظروف نقل أي دم إليها. رغم أنّها عبرت عن هذا الرفض عن وعي وإدراك بخطورة وضعها الصحي إلا أنّ أطباء مستشفى سانت إتيان أقدموا على إخضاع المريضة للعلاج ونقل الدم إليها بتاريخ 05 أوت 2002 مبررين ذلك بخطورة وضع المريضة واستلزام وضعها لمثل هذا العمل.

رافعت أخت المريضة بصفتها الشخص الثقة أطباء المستشفى على أساس انتهاكهم الحقوق الأساسية لأختها ومساسهم بحرية العقيدة والانتماء الديني، إلا أنّ محكمة ليون (Lyon) أصدرت أمراً للمستشفى مفاده عدم القيام بأي نقل للدم عبر المريض على رفضه مسبقاً إلا أنّ هذا المنع يجد حداً له إذا كانت حياة المريض في خطر وهو الأمر الذي أيده مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 16 أوت 2002 حينما أقرّ بأنّ إجبار المريض على تلقي العلاج لا يشكل انتهاكاً لحرية الإرادة ولا مساساً بالحق في الرضا مادام أنّه عمل ضروري لإنقاذ حياتها ومتناسب مع حالتها خاصة أنّ الأطباء حاولوا إقناعها بضروريته إلا أنّها أصرت على الرفض.

هذا هو موقف القضاء الأمريكي في قضية ملخصها أنّ مريضا بالغا رفض الخضوع لعملية نقل الدم، نظراً لانتسابه إلى طائفة المورموني التي تمنع عمليات نقل الدم أو المساس بجسم الإنسان. وقد أقرّت المحكمة أنّ حرية الاعتقاد وحرية ممارسة الشعائر الدينية يجب أن لا تتعارض مع حق الدولة في الحفاظ على صحة المواطنين وأمنهم ورفاهيتهم، وللدولة الحق في اتخاذ جميع الوسائل والإجراءات التي تكفل تحقيق الأهداف وللمحاكم سلطة فرض القرار الطبي⁽²⁾.

ثانياً/ الدور الغير الإلزامي للتوجيهات المسبقة

يعبر المريض عن رفضه للتدخل الطبي من خلال التوجيهات المسبقة التي يعدها قبل فقدانه للوعي والتي تعتبر من خلال تعريفها خاصة بالمريض وتعبّر عن إرادته واستقلاليته في اتخاذ القرار الطبي.

إلا أنّ القانون الفرنسي المستحدث لمثل هذه الطريقة، لم يجعل لها دوراً أساسياً

(1) يرفض أتباع Johevah عمليات نقل الدم ويستمدون هذا من الإنجيل هذا الآن الدم سيئ مقدس وأن الدم عند الله هو الحياة لذا فخضوعاً تقديساً لله واحتراماً له لا يتم تحويل ونقل الدم. فهم لا يقبلون أن ينقل الدم إليهم كلية أو أجزاء منه ولا يتبرعون بدمهم.

(2) العبيدي زينة غانم يونس، مرجع سابق، ص 190.

وهاما في القرار الطبي وإنّما اكتفى باعتبارها مجرد أمني لا تلزم أبدا الطبيب. وهي بهذا مجرد معيار بسيط أو عامل من عوامل الاعتراض أو كما اعتبره البعض⁽¹⁾ دليل لتفكير طبي، الذي تبقى السلطة التقديرية الواسعة للطبيب في الاعتداء به. ولهذا فإنّ الرفض المسبق للعلاج لا قوّة قانونية له بالمقارنة مع الرفض المباشر⁽²⁾. لذا فدورها ضعيف إن لم نقل منعدم في القرار الطبي.

ما يؤكد عدم وجود أيّة قيمة قانونية لهذه التوجيهات هو أنّ المشرّع لم يسبقها في سلسلة الأمور التي يرجع إليها الطبيب قبل إيجاد القرار أي لا أسبقية بنها وبين الشخص الثقة والأقارب والعائلة رغم أنّها تعبير صريح مباشر عن إرادة المريض.

لم يعط المشرع الفرنسي من خلال قانون 2005 سوى الدور الثانوي للتوجيهات المسبقة، إذ أصر على القيمة التوضيحية لإرادة المريض وليس على القيمة الإلزامية لها⁽³⁾ فإذا كان الطبيب ملزم بالاطلاع عليها إلّا أنّه ذو سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بها. وهذا ما لا يتوافق مع الدول الأوربية الأخرى التي أكدت على أنّ لهذه التوجيهات قوّة قانونية إلزامية⁽⁴⁾.

فبالرغم من أنّ اتفاقية Oviedo هي الأخرى اكتفت في مادتها التاسعة بالنص على أنّ الطبيب يأخذ التوجيهات المسبقة بعين الاعتبار الأمر الذي يدل على طابعها غير الإلزامي إلّا أنّها لم تمنع الدول الأعضاء بأن توسع من مجال احترام الإرادة المسبقة للمريض وإعطاء الطابع الإلزامي لهذه التوجيهات وهذا ما نصت عليه المادة 27 منها⁽⁵⁾.

يرجع البعض⁽⁶⁾ عدم إعطاء هذه التوجيهات المسبقة دورا إلزاميا وآمرا رغم أنّها تعبّر عن إرادة المريض إلى أنّ هذه الأخيرة لا بدّ أن تكون متبصرة وهو الأمر الذي تخلو منه هذه التعليمات ما دامت أنّها معدّة مسبقا.

(1) FOURNIER V et TRARIEUX S. *Les directives anticipées en France*, Médecine et droit, sep-déc, n° 74-75, France, 2005, p 147.

(2) FRAGKOU Roxani. *Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé*, op-cit, p 154.

(3) «la loi insiste sur la valeur indicative et non impérative de tel documents» CF. Le rapport de la mission parlementaire 3.3.5.2.3 «prendre en compte les directives anticipées du malades», selon lequel «il conviendrait de ne conférer qu'une valeur strictement indicative a ces documents car ils ne possèdent qu'une valeur relative (...) tout le monde s'accorde à dire que la volonté anticipée est un élément de la décision médicale, qu'une évaluation individuelle est indispensable et que le principe de l'intérêt du patient est prédominant». In DEBER NARDINIS Christophe, op-cit, p 95.

(4) مثل سويسرا، بلجيكا، اسبانيا.

Voir FRAGKOU Roxani, op-cit, p 155.

(5) راجع المواد 9 و 27 من اتفاقية Oviedo.

(6) ROMAN Diane, *Le respect de la volonté du malade, Une obligation limitée?*, RDSS, 2005, p 424.

فتقديم وإظهار المريض الواعي للتوجيهات أعدّها مسبقا يظهر فيه رفضه للعلاج ويتبع هذا الإعلان الكتابي بتأكيد لفظي مباشر لا يعتد به لأنّ هذا الرفض ليس متبصرا ولا يرقى إلى حق المريض في الرفض المكرّس في نص المادة 4-1111 من ق.ص.ع ما دام شرط إعلام المريض قبل اتخاذ القرار لم يتم بحقيقة⁽¹⁾.

كما أكد الأستاذ M. Penneau أنّ الإرادة المسبقة لا تأثير ولا فعالية لها وخاصة إذا كان التعبير على رفض العلاج تم إقراره قبل ما يظهر بأنّ التدخل الطبي ضروري⁽²⁾. يشك البعض الآخر⁽³⁾ في الحالة الصحيّة والنفسية أو الاجتماعية... الخ التي كان فيها المريض عند إعداد هذه التعليمات ما يضيفي شكّا على طابعها الحر، لذا فبعض الدول⁽⁴⁾ توقف تطبيق وتنفيذ هذه التعليمات على الحالة الصحيّة لمعدّها وهو ما لا يظهر في نصوص القانون الفرنسي.

عرف التنظيم القانوني الفرنسي لهذه التوجيهات المسبقة تعديلا بمقتضى قانون 2016-78⁽⁵⁾ والذي يضمن حق المريض في التخدير العميق والعام إلى غاية الوفاة لتفادي التآلم وحقه في رفض أعمال طبية لا تهدف إلا إلى الاحتفاظ الاصطناعي للحياة واعتبرها مجرد عناء غير مقبول لذا فبإمكانه طلب إيقافها أو عدم القيام بها أصلا ويلتزم الطبيب باحترام إرادته ويقوم فقط بأعمال لطيفة غير مؤلمة وهي التخدير العميق وهذا حفاظا على كرامة المريض.

ما يستثني الحالة الاستعجالية هو عدم وجود متسع من الوقت للاطلاع على هذه التوجيهات فالطبيب بمجرد استلامه للمريض يقوم بما هو ضروري للتحكم في حالته، كما أنّ الطبيب لا يطبق هذه التوجيهات إذا كانت غير متناسبة ومتطابقة مع الحالة الطبية المعروضة وهذا بعد استشارة الفريق الطبي أو زميل محايد وأخذ رأي الشخص الثقة أو العائلة أو الأقارب وهو ما يجب أن يدوّن في الملف الطبي، لهذا فقد يبرّر الطبيب عدم أخذه بهذه التوجيهات بعدم تطابقها مع الحالة الطبيّة المعروضة عليه والتي لا يمكن للمريض أن يصيب في تخيلها وتحديد صفاتها تحديدا دقيقا.

إنّ مثل هذه التعليمات لا تسمح بالوفاة وقتل النفس لكن تجيز النوم قبل الوفاة تحت

(1) MELLAC Audrev. op-cit. p 98.

(2) «Une volonté ancienne est dépourvue de tout effet, notamment lorsqu'un refus de soins est manifesté avant même qu'un traitement n'apparaisse nécessaire». In FLOUR (Y), Sommes-nous propriétaires de notre santé? . Gaz. Pal. 17 octobre. 2002. n° 290. p 47.

(3) BAILLEUL David. Le droit de mourir au nom de la dignité humaine. a propos de la loi relative aux droits des malades et a la fin de vie. icp 2005. G.I. n° 142. p 20.

(4) C'est notamment le cas en Suisse, Danemark ou Allemagne : CF, l'Etude de législation comparée du Sénat, n° 139, Novembre 2004 : www.senat.fr.

(5) Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie 2016 texte n°1, jo n° 0028 du 03 février, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli>.

شعار الإراحة وليس القتل⁽¹⁾. ولكنني أرى بأنه خطوة نحو إجازة القتل بدافع الشفقة وحثو الدول المجاورة ويمكن وصف هذا الموت الهنيء بالقتل بدافع الشفقة المقنن.

الفرع الثاني

حماية المريض من الغير

لقد منح القانون في سبيل ضمان حرية المريض في التعبير على إرادته حقا للمريض في تخويل من يعبر على إرادته إذا كان غير قادر على التعبير عنها، إلا أن الطبيب يبقى الحكم الوحيد فيما مدى الاعتداد برأي المخول وهو ما يظهر في الطابع الاستشاري للمخول (أولا) وما يثبت ويؤكد أكثر أن الطبيب هو المكلف بحماية المريض هو ترجيح إرادته حتى على إرادة الممثل القانوني الذي وكّلت له مهام حماية القاصر والبالغ العاجز فلا قيمة لإرادتهم إذا كانت تتعارض مع مصلحة المحمي بتقدير الطبيب (ثانيا).

أولا/ حماية المريض من المخولين منه

ينقل الشخص الثقة إرادة المريض إذ يعتبر رسولا وليس نائبا. إلا أنه تمثيل يثير الكثير من المخاطر والمخاوف في عدم نقل هذا المخول للإرادة السليمة للمريض، أو حتى رغبته في إلحاق الأذى به ومصلحته من عدم شفاء من خوله، لعدم وجود رقابة إدارية رسمية عند القيام بهذا التحويل. كلها ربما أسباب جعلت المشرع الفرنسي يكتفي بالدور الاستشاري للشخص الثقة.

فبالرغم من أهمية دور الشخص الثقة واعتباره تعزيز لمبدأ احترام إرادة المريض وإلزام الطبيب بالرجوع إليه عندما يكون المريض غير قادر على التعبير عن إرادته وبالرغم أيضا من تواصل اهتمام المشرع الفرنسي بالشخص الثقة والدليل تنظيمه له حتى في قانون 22 أبريل 2005 المتعلق بحقوق المريض في نهاية الحياة إذ ألزم الطبيب بالرجوع إلى الشخص الثقة عند الحد أو إيقاف العلاج الذي يؤثر على حياة المريض.

إلا أن مهمته استشارية فقط وليست تقريرية فالشخص الثقة يستشار فقط ورأيه أو موقفه المعبر عن إرادة المريض لا يعتبر سوى موقف يأخذه الطبيب بعين الاعتبار ولا يعتبر القرار بحد ذاته بل يبقى الطبيب ينفرد بسلطة اتخاذ القرار⁽²⁾ فعدم وعي المريض يعيد سلطة اتخاذ القرار كاملة للطبيب. وهو ما يثير التساؤل حول الفائدة من تواجد وتنظيم مهمة

(1) قام المترشح للانتخابات التشريعية في فرنسا 2012 فرنسوا هولند François HOLLANDE أثناء الحملة الانتخابية بالوعد باستحداث مساعدة طبية لإنهاء الحياة بشرف وكرامة Soutager mais pas tuer وهو ما كرسه قانون 78-2016 المعدّل لقانون الصحة العامة.

(2) DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, op-cit, p 92.

الشخص الثقة.

لا يتخذ الشخص الثقة موقفاً أو قراراً طبياً، ولا يوصف ما يقدمه بالرضا عن العمل الطبي. وإنما هو مجرد رأي ومعطيات، توضع للطبيب الاتجاه الذي يسلكه فالطبيب في الأخير هو صاحب القرار النهائي.

يؤكد هذا الاتجاه المصطلحات التي يستعملها المشرع الفرنسي عندما يتحدث عن الشخص الثقة إذ يوصف مهمته بما يسمى برأي AVIS أي هو استشاري فقط وليس إلزامي ولم يستعمل مصطلح قرار وموقف أو رضا وهو ما يظهر مثلاً في مجال التجارب الطبية⁽¹⁾. يمتد هذا حتى إلى الحالة التي يرفض فيها الشخص الثقة علاج المريض فبعد محاولة الطبيب إقناعه بأهمية وضرورة العلاج، وتمسك الشخص الثقة بالرفض فإنّ الطبيب يقدم على العمل الطبي رغم الرفض فيتخذ القرار بنفسه.

فعندما يكون المريض فاقداً للوعي وفي كل الحالات التي لا يمكن فيها معرفة إرادة المريض القانون ألزم بضرورة حصول إجماع على القرار الطبي الذي يتم اتخاذه. فإذا كان للطبيب حرية في اختيار العلاج المتفق مع حالة المريض فإنّ قرار إيقاف العلاج لا يقتصر عليه فقط وإنما أقرّت المادة 4-1111 من قانون الصحة العامة ضرورة استشارة الشخص الثقة أو أحد الأقارب أو التعليمات المسبقة، وهذا ما يسمى بالقرار المتفق عليه إلا أنّ هذا القرار المتفق عليه. يطرح عدّة نقاط للنقد أهمها أنّه لا وجود لقرار مشترك ما دام رأي هؤلاء سواء الشخص الثقة أو الأقارب أو التعليمات المسبقة لا تلزم الطبيب هذا لأنّ القرار الطبي لا يتخذ من طرف هؤلاء وإنما معهم ليبقى القرار الطبي طبي بالدرجة الأولى.

يلعب إذن الشخص الثقة دور الوسيط الضعيف لتبقى سلطة اتخاذ القرار للطبيب، فرغم تسبيق استشارة الشخص الثقة على كل الأشخاص الأخرى سواء أفراد العائلة أو الأقارب ما يؤكد بأنّ رأيها أولى عن كل الآراء باستثناء رأي الوسيط الطبي الذي يأخذ بها كمؤشر بسيط يسمح له باتخاذ القرار النهائي بكل حرية هذا الأخير الذي من المفروض والمطلوب قانوناً أن يكون متناسباً ومتطابقاً مع أمني ورغبات وإرادة المريض نفسه⁽²⁾.

(1) Art. L 1122-1: «...que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seuls seront sollicités celui des membres de sa famille, s'ils sont présents, et à défaut, l'avis de la personne de confiance...».

(2) FRAGKOU Roxani, Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé, op-cit, p 151 et 152.

أرجع البعض⁽¹⁾ هذا الحل إلى أنّ هذا القرار صعب ويثير العديد من النزاعات بين المحيطين بالمريض لتنازع وتناقض المصالح إذا كان القرار النهائي بعيد إلى العائلة أو الأقارب لذا فمن الأفضل أن يكون طبيًا.

يعتبر تحفظ المشرع الفرنسي عن الدور الثانوي الاستشاري للشخص الثقة إلى تجارب بعض الدول الأخرى، التي تم فيها نقد الشخص الثقة. إذ أنّه تعيين خالي من رقابة وبالتالي فهو غير آمن وتمت الدعوة إلى حذو نهج المشرع الكندي والألماني والسويسري الذي يتم التعبير عن إرادة المريض فيها بطريقة محترمة قانونية ومراقبة يتم فيها تعيين وكيل عن طريق عقد وكالة موثق يقوم بمهام التعبير ونقل إرادة المريض عندما يكون الوكيل لإرادة من وكّله⁽²⁾.

ثانيا/ منح الطبيب مهمة حماية القاصر

لم تكثف التشريعات بحماية القاصر من خلال منع إتيان بعض الأعمال الطبيّة عليه ويتعلّق الأمر بالأعمال التي لا فائدة علاجية له منها كنقل وزرع الأعضاء البشرية مثل التشريع الجزائري⁽³⁾. أو إجازتها في حدود ضيقة وشروط صارمة مثل التشريع الفرنسي⁽⁴⁾. التي اعتبرنا الصورة المثلى لاحترام وحماية القاصر مهما كانت إرادة الممثل القانوني له أو إرادته هو. وإنّما تعدى ذلك إلى منح الطبيب صفة حامي هذا الطفل⁽⁵⁾.

لقد وكّل المشرع الجزائري والفرنسي أمر حماية القاصر إلى المخوّل قانونا (الولي أو صاحب السلطة الأبوية) فهذا التمثيل هو أداء لمهمة وليس ممارسة لسلطة، فالهدف من إقرارها هو تحقيق مصلحة المحمي باعتبار الأسرة الخلية الأولى التي تلتزم بحماية وتوفير الراحة والصحة والأمان للقاصر⁽⁶⁾.

لا يتمتع الممثل القانوني بحق الفيتو أي الاعتراض ولا بالحق المطلق في التقرير

(1) DEBER NARDINIS Christophe, Les droits du malade hospitalisé, op-cit, p 94.

(2) FAURE G, La loi du 04 mars 2002, continuité ou nouveauté en droit médical, op-cit, p 94.

(3) راجع المادة 163 من ق ح ص ت الجزائري.

(4) Voir art. L 1231-3 c.s.p.

(5) المادة 53 من م أ ط: «يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج».

المادة 54 من م أ ط: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر، أو بشخص معوق، إذا لاحظ إنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة».

(6) DUVAL Arnould Domitille, Le corps de l'enfant thèse pour le doctorat, faculté droit économie, sciences sociales, université Panthéon. Assas, Paris II, 1993, p 12.

والفرض. وإنّما يكون تدخله لغاية واحدة هو حماية وتحقيق مصلحة القاصر المحمي⁽¹⁾. التي تعتبر أكبر اهتمامات القانون.

وهو الأمر الذي أكدّه قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 1997⁽²⁾. لذا وصف البعض هذه المهمة بـ «حق وظيفة»⁽³⁾.

منح الطبيب صفة حامي هذا الطفل من خلال جعله وسيط هذين الطرفين والقاضي بينهما. ترخص هذه المهمة للطبيب عدم الاعتداد برفض القاصر لعمل طبي علاجي أصراً عليه أوليائه لما سيحققه من إيجابيات وفوائد يقدرها الطبيب والأولياء إذ ترجح إرادة الممثل القانوني على إرادة القاصر.

وكلت للممثل القانوني مهام حماية رغم منح القاصر حق الرضا والرفض ما يؤكد بأن مهمة حماية القاصر لا تنتهي بتمام ولادة الطفل وإنّما يظل يحتاج دائماً إلى أبويه حتى يصبح هو الآخر رجلاً أو امرأة⁽⁴⁾. فهم من يضمنون له نمواً صحيحاً مريحاً باعتبار الأسرة الخلية الأولى التي يلتزم بحماية القاصر.

يرجع عدم الاعتداد الجازم والكامل بحق القاصر في رفض العلاج إلى أنّ النضج الذي يتطلبه رفض العلاج أكبر بكثير من النضج الذي تتطلبه للرضا، ذلك أنّ رفض القاصر قد يكون راجعاً إلى أسباب أخرى خارجة عن الأسباب الطبية وإنّما مبنية على الخوف والتردد وهذا ما لا يخدم مصلحته.

(1) لقد كان الهدف من السلطة الأبوية في إطار القانون المدني الفرنسي لسنة 1970 هو حماية الطفل إذ كانت المادة 371-2 منه تنص على ما يلي:

« L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité ».

إلا أنّه بمقتضى قانون 4 مارس 2002 المعدّل للقانون المدني المتعلّق بالسلطة الأبوية أصبح الهدف من ممارسة السلطة هو تحقيق مصلحة الطفل وهذا ما تضمنته المادة 371-1 من القانون المدني.

Le nouveaux article 371-1 « l'autorité parentale est un ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

(2) «... l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe primordial du droit...». Arrêt 22 septembre 1997, n° 161364, petites affiches, 26 janvier 1998. In BERNHEIM DESVAUX Sabine, protection de la personne, La relation de soin, médecine et droit, Elsevier MASSON, France, 2011, p 222.

(3) « Droit fonction c'est le pouvoir et le devoir de faire, d'exiger quelque chose dans l'intérêt d'une autre personne ». In NOTTET Aurélie, le mineur en droit médical, nouveaux dialogues en droit médical, op-cit, p 156.

(4) عبر العميد سافيتي عن استمرار حماية الأسرة أو الأبوين للقاصر قائلاً: « Le père ou la mère n'a pas achevé sa tâche à la naissance, Le petit homme à besoin encore de son père et de sa =mère tant qu'il n'est pas lui. Même devenu un homme ou une femme. A ce moment seulement, s'achèvera la mission naturelle du père et de la mère ».

Savatier. R., Le contrôle de la puissance paternelle, in, GAREIL Laurence, op-cit, p 01.

لذا فإنّ هذه الأخيرة تقتضي ترجيح إرادة الأولياء وإرادة الطبيب على رفض القاصر. وهذا ما يؤكده القضاء الانجليزي الذي لا يعتد أبدا برفض القاصر للعلاج لعدّة اعتبارات أهمها عدم بلوغ القاصر نضجا وإدراكا يسمحان له بالرفض وإما لتقديرهم بأنّ لا مصلحة للقاصر من رفض العمل الطبي⁽¹⁾.

ترجح إرادة الأولياء على إرادة القاصر الراض للعمل الطبي إذا أساء تقدير مصلحته التي تعتبر سببا ومبرّرا للمسّاس بحقه في سلامة جسده وهذا لاتسامها بطابع علاج القاصر وهذا ما قرّرتة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرارها المسمى قرار بريتي Arrêt Pretty المؤرخ في 29 أفريل 2002⁽²⁾.

تظهر أيضا مهمة حماية الطبيب للقاصر من خلال منحه السلطة التقديرية الواسعة في احترام إرادة القاصر والاستجابة لرغبته في الاحتفاظ بالسر الطبي اتجاه أوليائه. وهذا بعد الانتقادات الحادة التي وجهت للمادة 1111-5 من قانون الصحة العامة أثناء مناقشته وطالب أحد النواب بسحب هذه المادة مبرّرا ذلك بأنّ السلطة الأبوية هي عماد العلاقة القائمة بين الطبيب والطفل وهي حماية عظمى له⁽³⁾.

رغم إبقاء المشرع لهذه المادة إلّا أنّه أعطى سلطة تقديرية واسعة للطبيب في الاحتفاظ بالسر الطبي للقاصر وعدم إعلام أوليائه وعدم الحصول على موافقتهم. لأنّ الاحتفاظ بالسر الطبي طبقا لما تضمنته المادة 1111-5 من ق ص ع هي إمكانية وليست التزاما وواجبا مطلقا على الطبيب⁽⁴⁾.

(1) Dans une décision de 1992, une jeune fille de seize ans atteinte d'anorexie mentale nécessitant une alimentation, l'a refusée, alors même qu'elle était en droit; en égard à son âge et conformément à la section 8(1) de la family law reform- d'exercer ce droit au refus. Les juges en pourtant considéré que les dispositions issues de ce texte ne s'entendaient que du consentement positif du mineur et qu'en son absence, il revenait à ses parents d'autoriser le traitement...». In GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 210.

(2) Pretty/Rayaume uni, 29 avril 2002: «l'attente au droit du mineur à son intégrité physique est justifiée par la protection de l'intérêt de sa santé et proportionnée du fait de son caractère thérapeutique». In GABRIEL Aurélie, Ibid, p 207.

(3) BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, op-cit, p 212.

(4) يظهر هذا من خلال المصطلحات المستعملة وهي Le médecin peut se dispenser أي يمكن أن يعفي الطبيب من الحصول على رضا أصحاب السلطة الأبوية فهي إمكانية وليست واجبا كما أن المادة تضيف Le médecin peut mettre en œuvre أي يمكن للطبيب أن يتدخل طبيا وأن يقدم العلاج للقاصر بدون إعلام أوليائه فهي أيضا سلطة تقديرية للطبيب الذي لا يلتزم بأي واجب من جهة أخرى عندما نظم المشرع وجوب محاولة إقناع القاصر فإنّه ألزم الطبيب بمحاولة الإقناع أمّا عندما يظم إبعاد الوالدين عن القرار وهي إمكانية بكن يمكن أو لا يمكن إما في إقناع القاصر فهو التزام ببذل عناية فعلى الطبيب أن يثبت بأنّه حاول وبذل كل ما في وسعه بكافة الوسائل لكن القاصر أصّر على الرفض.

تختلف الاستجابة لهذه الإمكانية من طبيب إلى آخر وهو الذي يقدّر مدى إمكانية الاحتفاظ بالسّر الطبي للقاصر في مواجهة أوليائه والاكتفاء برضائه أو رفضه دون الحصول على رضا أو رفض أصحاب السلطة الأبوية وهذا بالنظر إلى ما تتطلبه مصلحته.⁽¹⁾ ما يؤكد أيضا بأنّ الاحتفاظ بالسّر الطبي للقاصر اتجاه أوليائه ليس التزاما وإنما حق للطبيب يمارسه وفق سلطة تقديرية واسعة هو عدم وجود أية متابعة أو عقوبة في حال الإخلال به من قبل الطبيب⁽²⁾.

ألزم المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1111-4-5 من قانون الصحة العامة الطبيب بأن يقدم العلاج الضروري رغم تمادي الممثل القانوني في الرفض⁽³⁾. إذ يشكل هذا الرفض معاملة غير إنسانية وحرمان للطفل من النجاة والشفاء وجب على الطبيب إبلاغ الجهات المختصة بذلك وهذا ما تضمنه أيضا التشريع الجزائري من خلال نص المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب⁽⁴⁾.

أكد القضاء الفرنسي أيضا بأنّ مصلحة الطفل أولى بالاعتبار من إرادة الممثل القانوني أيا كان الدافع والباعث وهذا من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 نوفمبر 2005⁽⁵⁾.

أكدت محكمة Grenoble بأنّ رفض الممثل القانوني لعلاج ابنه لمعتقدات دينية يشكل جريمة عدم مساعدة شخص في خطر وأكدت أنّ المعتقدات الدينية للوالدين مجرد دوافع أو أسباب أو بواعث لا تأثير لها على قيام الجريمة وأنّ عدم كفاية المساعدة يتحقق منذ اللحظة التي تكون فيها أمام مريض حالته الخطرة معروفة وظاهرة ويمتنع أو يرفض الأشخاص الواجب عليهم مساعدة هذا المريض عن طلب المساعدة من الطبيب الذي هو أكثر كفاءة من أي شخص آخر لاتخاذ التدابير التي يقتضيها حالة المريض ووصف العلاج المناسب لها ليصبح الوالدان اللذان يرفضان لمبررات ومعتقدات دينية استدعاء طبيب لرؤية طفلهما اللذان يعلمان أنّه مريض جدا يكونان مسئولان أمام القانون⁽⁶⁾.

يتخذ الطبيب أيضا صفة حامي الطفل القاصر عندما يسيء الممثل القانوني له

(1) BERNHEIM DESVAUX Sabine, Protection de la personne, La relation de soin, op-cit, p 223.

(2) Art. L 1111-4 alinéa 5 c.s.p français.

(3) راجع المادة 54 من م أ ط.

(4) «l'intérêt de l'enfant doit être préféré à celui de ses parents» cass-civ 8 novembre 2005, pouvoir n° 02, 18360, Bull civ, n° 404, p 338. Cité in BERNHEIM DESVUX Sabine, protection de l personne, L relation de soin, op-cit, p 222.

(5) محمد كامل رمضان، الامتناع عن المساعدة في القانون الجنائي المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1988، ص 748.

- والذي يعتبر الحامي الطبيعى للقاصر- تقدير مصلحة وحماية صحة الموضوع تحت حمايته وهذا ما يظهر حين إهمال صحته أو رفضه أعمالاً طبيّة علاجية ضرورية له أو حين يصرون على القيام بأعمال طبيّة لا تتطلبها صحة وحياة الابن.

تظهر هذه الصور عدم تقدير الممثل القانوني لمصلحة المحمي فقد يبالغ في استعمال السلطة وهذا برفض كل الأعمال رغم إرادة القاصر وقد يعارض كل الأمانى ورغبات القاصر دون أي تقدير، وقد يذهب عن هذا التأطير وصف السلطة إذ أنه يستجيب لكل رغبات القاصر وإن لم تكن تخدم مصلحته⁽¹⁾. وهي انحرافات عن الأداء المهام وكلّ الطبيب بحماية القاصر وصحته ولو د إرادة أوليائه.

ألزمت مهام حماية الطفل الطبيب بأن يبلغ عن كل سوء فهم أو إهمال أو عدم مبالاة الممثل القانوني بصحة الطفل⁽²⁾. والتي شكل إحدى الأسباب الرئيسية لسحب السلطة من الأبوين في القانون الفرنسي⁽³⁾. وتعهد إلى غير الأبوين لحمايته أو إلى جهة إدارية مهامها حماية الأطفال وهذا باعتبار من يعرض صحة طفله للخطر جوّ أسري خطير⁽⁴⁾.

يعاب على هذا الحل منح القاضي سلطة فض نزاع عائلي في مسألة طبية فنية وهو ما يسمح للطبيب والخبير الوصول إلى قرار وقف سلطتهما التقديرية وترجيح المصلحة العلاجية دون اعتداد بمصالح أخرى وهو ما لا يضمن حماية فعالة للمريض⁽⁵⁾.

لا حضنا أن ترجيح مصلحة المريض على احترام إرادته، أمر يحول دون قدرة المريض على المشاركة في القرار الطبي وفق ما يطلع إليه التشريع الفرنسي إذ أنّ الاستقلالية التي تضمنها فكرة المشاركة هي استقلالية التعبير عن الإرادة وهو ما يتعارض مع فكرة الرضا الحر التي تستلزم الاستقلالية في اتخاذ القرار.

كما أن توزيع المهام والحقوق في إطار تقاسم أو المشاركة في اتخاذ القرار الطبي كاف لإبقاء المريض دائماً الطرف الضعيف في العلاقة الطبية. فالاشتراك في صفة أصحاب القرار يصعب تحديد دور كل منهما خاصة بمنح السلطة التقديرية الواسعة للطبيب أثناء تنفيذ الالتزام وبالمقابل منح المريض فقط استقلالية التعبير عن الإرادة التي يقدر الطبيب بكل حرية أهميتها ونجاعتها و مدى الأخذ بها.

(1) NOTTET Aurèlie, Responsabilité autour et alentours du mineur, éd du jeune barreau, Liège, 2011, p 51.

(2) راجع المادة 53 من م أ ط

(3) Art. 378-1 du c c f.

(4) Art. 373-2-1 du c c f.

(5) BERNHEIM DESVAUX Sabine, La relation de soin, op-cit, p 224, 225.

نستنتج أن صور التعبير عن الإرادة كثيرة في التشريع الفرنسي والتي اعتبرت مظهر من مظاهر احترام إرادته، إلا أن الدور الثانوي والاستشاري والغير إلزامي التي تتصف بها وبالمقابل تقدير الطبيب لمدى وجوب الأخذ بها من عدمه هي معطيات تجعلنا نتصور الصورة الآتية: يتم ترتيب كل هذه الإرادات المتناقضة والمتصارعة سواء ما يصدر من الشخص الثقة أو ما تضمنته التوجيهات المسبقة وما يريده الطبيب كالأتي: في القمة نجد الرأي الطبي ثم التوجيهات المسبقة ثم الشخص الثقة ثم باقي الآراء مثل الأقارب وهو ما يبقى القرار الطبي رهين الوسط الطبي.

الفصل الثاني

متابعة الطبيب المخل بالالتزام

لا يحقق التنظيم القانوني للالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر أية فاعلية إذا لم تنظم التشريعات المكرسة له للمسؤولية المترتبة على الطبيب المخل به أو بأحد أحكامه.

تعتبر المسؤولية الطبية بشقيها المدني والجنائي، محور اهتمام التشريعات منذ القدم. إذ ظهرت بظهور أولى الأعمال الطبية ولازماتها طيلة التطورات التي عرفتها المهنة في ضوء تطور العلوم الطبية وكذا الفكر القانوني. فكانت مسؤولية الطبيب حاضرة عبر كل مراحل تاريخ البشرية.

فبالرغم مما حققه الطب من تطور⁽¹⁾ لدى الفراعنة، إلا أنهم اهتموا بحماية المريض من الأطباء عن طريق إلزام الأطباء بإتباع ما جاء في السفر المقدس، الذي دونت فيه آراء كبار الأطباء ويشمل المعارضة الطبية، وإلا تعرض لعقوبة⁽²⁾. وهو الحال ذاته لدى اليونانيين الذين وإن كانوا يقبلون التماس الطبيب للعفو والمغفرة إذا أخطأ، إلا أن هذا لا يعني أنهم لا يساءلونه. فالمعروف عنهم تشددهم في معاقبة الطبيب، إذ حدّد قانون حمو رابي قواعد مسؤولية الأطباء⁽³⁾.

(1) ذاع صيت المصريين في المجال الطبي إذ لم يستطع أن يجاريهم أحد فهم أول من عرفوا وظائف الأعضاء وتفصيلات الجسم البشري وتقاسيمه ومسار الدورة الدموية وحركات القلب، كما كانوا أول من استعمل طريقة العلاج بالعدد وكان لهم الفضل في تأسيس قواعد وأنظمة التغذية والنظافة، وهم أول من مارس الختان ومنهم من أخذ اليهود.

(2) وصفها أرسطو بالقول «إذا توفي الطبيب نتيجة المخالفة الطبية دفع رأسه ثمنا لتضحيته بحياة مواطن في سبيل أمل خاطئ». نقلا عن غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 25 و26.

(3) نصت المادة 218 منه على ما يلي: «إذا عالج الطبيب رجلا حرا من جرح خطير وتسبب في موته أو إذا فتح جرحا في عينه وتسبب في فقد عينه تقطع يد الطبيب المسؤول». نقلا عن سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 15.

كان الرومان لا يخصصون الطبيب بموضع متميّز. حيث يكون مسؤولاً عن كل خطأ يقع منه. ولم تتجاهل الشريعة الإسلامية الغراء المسؤولية الطبية⁽¹⁾. وهذا ما أثر على التشريعات الحديثة التي تساءل الطبيب سواء بعقابه تأديبياً أو جزائياً (مبحث أول).

إلا أنّ إنصاف المريض المتضرر من خطأ الطبيب، يتحقق بمنحه تعويضاً عادلاً جابراً لما لحقه من ضرر، وهو ما يتحصل عليه المضرور من خلال المتابعة المدنية للطبيب التي تشترط توفر ثلاثة أركان هي: الخطأ⁽²⁾، الضرر⁽³⁾، والعلاقة السببية⁽⁴⁾.

عرفت المسؤولية المدنية تطورا ملحوظا في اتجاه حماية المريض بفضل الإجتهد القضائي الفرنسي، الذي يسعى دائما إلى إيجاد الحلول لحماية المضرور لما يواجهه هذا الأخير من صعوبات، سواء في إيجاد أسس لمتابعة الطبيب و كذلك في إثبات الخطأ في الوسط الطبي المعروف بالفنية و السرية (مبحث ثاني).

(1) يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «من تطبب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسا فما دونها فهو ضامن». سنن الدار فطنى، ج3، ص196. نقلا عن فيلالي علي، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة المحامي، عدد خاص، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص11.

(2) يعرف الخطأ بأنه خروج الطبيب على أصول مهنته وعدم بذله العناية المعتادة التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته. أنظر فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الألفى، الإسكندرية، 1995، ص 71.

(3) يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب المريض، في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه. محمد فهد شفقة، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، السنة 36، العدد 5، 1971، ص 140.

(4) تعرف علاقة السببية بأنها تواجد علاقة مباشرة وصلة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المسؤول والضرر الذي أصاب المريض أو المضرور أو هي أن يكون خطأ الطبيب هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر بالمريض. أنظر منى سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003-2006، ص 20.

المبحث الأول

المسؤولية العقابية للطبيب المخل بالالتزام

بمجرد مخالفة قواعد وأصول والواجبات التي تفرضها أية مهنة، تقوم المسؤولية التأديبية للمخالف حتى وإن لم يسبب الخطأ في أي ضرر واحتوت مدونة أخلاقيات الطب على مجموعة من القواعد والواجبات التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها ويحترمها أثناء ممارسته للمهنة منها ضرورة الحصول على موافقة المريض أو الخاضع للتدخل الطبي. لذلك ففي حالة الإخلال بهذه الأحكام يتابع المحل تأديبياً.

إذا كانت المتابعة التأديبية بطول إجراءاتها وبساطة عقوبتها لا تثير أي إشكال لدى الأطباء حين إخلالهم بالالتزامات المفروضة عليهم قانوناً (مطلب أول)، فإن المتابعة الجنائية تعتبر من قبيل الملاحظات التي عرفت جدلاً حاداً⁽¹⁾، والتي يتذمر منها الأطباء ويستغربونها ويعتبرونها متابعة مؤذية كونها تحد من حماس الطبيب في معالجة مريضه.

دعموا هذا الرافض بأن الطبيب يحمل شهادة قانونية في الطب تثبت كفاءته⁽²⁾. لذلك لا بد أن تقتصر المساءلة الطبية على الحالات التي يرتكب فيها الأطباء خطأ فاحش فمجرد الجهل بالعلم الطبي وتطبيقاته لا يكون سبباً للمعاقبة لأنها تشترط شيئاً آخر أكثر من الجهل وهو الخطأ الفاحش.

أما الاتجاه الفقهي السائد حالياً⁽³⁾ هو ذلك الذي يعتبر الطبيب مسؤولاً جزائياً إذا ألحق بالمريض، ضرر يقع تحت طائلة القانون الجزائي بخطئه ولكنها لا تشترط في هذا درجة من الجسامة إذ يكفي في مفهومها أن يكون الخطأ إحدى الحالات التي حددها القانون مهما كان خفيفاً، أي أنّ هذه النظرية تتبنى وحدة الخطأ في القضايا الجزائية والقضايا المدنية على حد سواء، ولقد أقرت التشريعات مساءلة الطبيب جزائياً سواء على أخطائه الفنية أو الأخلاقية (مطلب ثاني).

(1) أنظر حومد عبد الوهاب، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق، السنة الخامسة، 1981، ص 155 و 156.

(2) BERNHEIM DESVAUX Sabine, protection de la personne, La relation de soin, médecine et droit, Elsevier MASSON, France, 2011, p 22.

(3) AKIDA M, La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et jurisprudence LGDJ, Paris, 1994, p 228.

المطلب الأول

قيام المسؤولية التأديبية للطبيب

يقوم الخطأ التأديبي بمجرد التقصير في أداء الواجبات القانونية ومخالفتها سواء جاءت في القواعد العامة أو القوانين الخاصة، أو في مدونة أخلاقيات الطب، أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي تترتب على تقصير الطبيب في التزامه بالحصول على رضا حر متبصر ومستنير، ارتكابه لخطأ مهني تأديبي .

ويعرّف الخطأ التأديبي أيضا: «أنّه إخلال بالواجبات إيجابا أو سلبا، هذه الواجبات منصوص عليها في التشريعات المختلفة وهي أيضا كل ما يقتضيه حسن انتظام واطراد العمل ولو لم ينص عليها»⁽¹⁾.

يعرض هذا الخطأ التأديبي الطبيب للمتابعة التأديبية أمام الجهات المخوّل لها قانونا. أجهزة يحق للمريض اللجوء إليها أيّا كان الإطار الذي يمارس فيه الطبيب مهنته (فرع أول) حتى ولو لم ينتج عن التقصير أي ضرر، وذلك بإتباع إجراءات منظمة ومفروضة قانونا تنتهي حين تأكيدها عن وقوع المخالفة إلى فرض عقوبات مختلفة (فرع ثاني).

الفرع الأول

أجهزة المتابعة التأديبية

أطرت النصوص القانونية المتابعة التأديبية، من خلال النص على الإجراءات التي يجب إتباعها للوصول إلى عقاب الطبيب تأديبيا. أظهرت هذه النصوص الأجهزة القائمة على هذه المسائلة من المجلس الوطني لأخلاقيات الطب (أولا) والمجالس الجهوية لأخلاقيات الطب (ثانيا) وكذا الجهة المستخدمة (ثالثا).

أولا/ المجلس الوطني لأخلاقيات الطب

يوجد مجلس وطني واحد لأخلاقيات الطب مقره بمدينة الجزائر⁽²⁾، ولم تشر أية مادة صراحة إلى اكتساب هذا المجلس لشخصية معنوية، إلّا أنّ ذلك يستنتج ضمنا من خلال

(1) حابت آمال، المسؤولية التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 177

(2) راجع المادة 163 من م.أ.ط.

تمتعه بحق التقاضي⁽¹⁾.

يتشكل هذا المجلس من:

- الجمعية العامة التي تتكون من كافة أعضاء الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة.

- المجلس الوطني الذي يتكون من أعضاء مكاتب الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان و الصيدالة.

- المكتب الذي يتكوّن من رؤساء كل الفروع النظامية ومن كل عضو منتخب عن كل فرع يكون العضو المنتخب من القطاع العام عندما يكون الرئيس من القطاع الخاص

والعكس بالعكس⁽²⁾، يضطلع هذا المجلس بعدّة مهام وأدوار بالإضافة إلى الدور التوجيهي⁽³⁾، والتقني⁽⁴⁾، فإنّ له صلاحية ممارسة السلطة التأديبية من خلال الفروع التي تشكّله.

تسمى هذه الفروع بالفروع النظامية الوطنية المنظمة في الفصل الرابع من م.أ.ط من المواد 192 إلى 203 منها وعددها ثلاث:

فرع خاص بالأطباء⁽⁵⁾ والآخر بجراحي الأسنان⁽⁶⁾ وثالث بالصيدالة⁽⁷⁾.

تتولى هذه الفروع مراقبة وتسيير الفروع النظامية الجهوية⁽⁸⁾، وكذا مختلف المهام التي حدّتها المادة 171 من المدونة⁽⁹⁾، تحوي على لجان خمس وهي:

لجنة الأخلاقيات، لجنة ممارسة المهنة والكفاءات، لجنة الشؤون الاجتماعية والمالية،

(1) حابت أمال، مرجع سابق، ص 233.

(2) راجع المادة 164 من م.أ.ط.

(3) تتمثل في ربط علاقات حسن الصداقة والزمالة والثقة في مجال العلاقات الطبية وتبادل المساعدة المعنوية والتضامن الإنساني تحقيقاً لمصلحة المرضى والمهنة، وتقديم الآراء والتوصيات في المجال العلمي كزرع الأعضاء والبحث على البحث العلمي وعلى احترام حياة الإنسان وسلامته البدنية، ومعالجة كافة المسائل والصعوبات المهنية والسعي لتحسيس الأطباء وجراحي الأسنان بضرورة احترام قواعد المهنة والدفاع عن شرف المهنة وإبداء الآراء بشأن مشاريع القوانين المتعلقة بالمهنة. راجع المادة 166 من م.أ.ط.

(4) تحديد وإبراز الأخطاء المهنية الطبية عندما تطرح دعاوي المسؤولية الطبية ضد أحد أعضاء المهنة ويكون موضوعها متعلقاً بصعوبات تخص تحديد الخطأ المهني، في هذه المسألة تلجأ المحاكم إلزامياً إلى المجلس من أجل أن يقدّم لها الروية العلمية في المسألة المطروحة. أنظر بداوي علي، مرجع سابق، ص 39، 40.

(5) يتكون من 48 عضو. راجع المادة 194 من م.أ.ط.

(6) يتكون من 36 عضو. راجع المادة 2/194 من م.أ.ط.

(7) يتكون من 36 عضو. راجع المادة 199 من م.أ.ط.

(8) راجع المادة 2/192 من م.أ.ط.

(9) راجع المادة 171 من المدونة نفصلها حين دراسة الفروع الجهوية.

لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصائيات، اللجنة التأديبية⁽¹⁾.

يمارس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب السلطة التأديبية كدرجة ثانية، إذ أنّها الجهة الفاصلة في الطعون التي توجه ضد قرارات المجالس الجهوية.

الجديد في قانون الصحة الجزائري لسنة 2018 أنه لم يعد يتحدث عن مجلس وطني واحد وإنما استعمل مصطلح مجالس وطنية مختصة على التوالي إزاء الأطباء و أطباء الأسنان و الصيدلة أي لكل فرع مجلس خاص به. و تتشكل المجالس الوطنية والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية حصريا من أعضاء ينتخبون من طرف نظرائهم⁽²⁾. تبث هذه المجالس بتأديب و عقاب كل من يخرق قواعد الأدبيات الطبية⁽³⁾ و خروقات هذا القانون في حدود اختصاصها.

ثانيا/ المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب

أنشأت إلى جانب المجلس الوطني لأخلاقيات الطب اثني عشر (12) مجلسا جهويا⁽⁴⁾ إضافة إلى صلاحيات البت في المسائل ذات الاهتمام المشترك للفروع النظامية الثلاث التي تتشكل منها على مستوى المنطقة⁽⁵⁾، فإنّه يمارس السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية الجهوية التي يتشكل منها⁽⁶⁾، وهو بذلك يعتبر الدرجة الأولى لكل مساءلة تأديبية⁽⁷⁾.

تحرص هذه الفروع النظامية الجهوية على جعل الأطباء يحترمون قواعد الأخلاقيات والأحكام المنصوص عليها في م.أ.ط، كما تتولى الدفاع على شرف المهنة الطبية وكرامتها واستقلالها⁽⁸⁾.

تتكوّن هذه الفروع النظامية من أطباء وجراحي أسنان وصيدلة من جنسية جزائرية مسجلين في القائمة ومسדיين لاشتراكاتهم⁽⁹⁾، الذين لا يتم انتخابهم إلا إذا توفرت فيهم

(1) راجع المادة 198 من م.أ.ط.

(2) راجع المادة 346 من ق.ص.ج

(3) راجع المادة 345 من ق.ص.ج

(4) المجلس الجهوي لمدينة الجزائر، وهران، قسنطينة، عنابة، البليدة، تيزي وزو، تلمسان، باتنة، سطيف، الشلف،

غرداية، بشار. راجع المادة 168 من م.أ.ط.

(5) راجع المادة 1/169 من م.أ.ط.

(6) راجع المادة 2/169 من م.أ.ط.

(7) راجع المادة 177 فقرة أخيرة من م.أ.ط.

(8) راجع المادة 171 من م.أ.ط.

(9) راجع المادة 172 من م.أ.ط.

الشروط التي تضمنتها المادة 173 من المدونة، وهي البلوغ من العمر 35 سنة ومسجلين في قائمة الاعتماد منذ 5 سنوات على الأقل وألا تكون لديهم سوابق عدلية مخلة بالشرف وغير معرضين للعقوبات التي نصت عليها المادة 218⁽¹⁾، وذلك لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد بنسبة النصف كل سنتين ويمكن إعادة انتخابهم⁽²⁾.

يتولى الفرع النظامي الجهوي مهمة السهر على تنفيذ ما صدر عن المجلس الجهوي والمجلس الوطني لأخلاقيات المهنة الطبية وكذا الفرع النظامي الوطني المناسب⁽³⁾.
لم يحصر قانون الصحة الجديد عدد المجالس الجهوية في 12 مجلس و إنما استعمل مصطلح **مجالس جهوية**.

ثالثا/ الجهة المستخدمة

تنص المادة 221 من م.أ.ط عما يلي:

«لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا... للعمل التأديبي الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم».

يفهم من نص هذه المادة أنه لا تقتصر السلطة التأديبية في مجال الطب على المجلس الوطني أو المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب، بل يمكن أن تمارسها الهيئة المستخدمة. فيخضع بذلك الطبيب الذي يخل بالالتزام بالحصول على رضا المريض للمتابعة التأديبية وفقا لقانون العمل، إذا كان عمله في مؤسسة استشفائية خاصة أو مؤسسة عامة يعمل فيها بموجب عقد، ويخضع لمتابعة تأديبية وفقا لقانون الوظيف العمومي إذا كان موظفا دائما في مؤسسة استشفائية عامة⁽⁴⁾، وفي جميع الأحوال لا يمكن الجمع بين عقوبات واحدة وللخطأ ذاته⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

إجراءات المتابعة التأديبية

تقتضي متابعة الطبيب تأديبيا إتباع إجراءات منظمة قانونا أظهر فيها أطراف

(1) تضمنت المادة 218 من مدونة أخلاقيات الطب عقوبات الإنذار والتوبيخ والمنع المؤقت من ممارسة المهنة التي تفقد كلها حق الانتخاب لمدد متفاوتة والأصح أن هذه المادة تضمنت ما ينجر عن العقوبات التأديبية التي تضمنتها

نص المادة 217 من المدونة.

(2) راجع المادة 175 من م.أ.ط.

(3) راجع المادة 177 من م.أ.ط.

(4) حابت أمال، مرجع سابق، ص 235.

(5) راجع المادة 221 فقرة أخيرة من م.أ.ط.

المتابعة التأديبية. إذ حددت النصوص القانونية أصحاب الحق في المتابعة والخاضعين للمتابعة (أولاً). كما لا بد من إتباع مراحل تدريجية توصل إلى تقرير عقوبة تأديبية (ثانياً).

أولاً/ أطراف المتابعة التأديبية

1) أصحاب الحق في المتابعة التأديبية

ترفع الدعوى التأديبية من طرف كل من:

- الوزير المكلف بالصحة العمومية.

- جمعيات الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة المؤسسة قانوناً.

- كل عضو في السلك الطبي مرخص له بالممارسة.

- كل مريض أو وليه أو ذوي حقوقه⁽¹⁾.

منح قانون الصحة الجديد حق إخطار مجالس الأدبيات الطبية للوزير المكلف بالصحة، ورؤساء المؤسسات الصحية، والجمعيات ذات الطابع العلمي لمهنيي الصحة، ولا سيما منهم الأطباء وأطباء الأسنان والصيدالة، المؤسسة قانوناً ومهنيي الصحة و المرتفقين والمرضى و/أو ممثليهم الشرعيين⁽²⁾.

ب/ الخاضعين للمتابعة التأديبية

نصت المادة الثانية من م.أ.ط عما يلي:

« تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما».

يتّضح من خلال هذه المادة أنه لا تهم صفة الطبيب هل هو طبيب في القطاع الخاص الذي يرتبط مع المريض بعقد طبي أو طبيب في القطاع العام أي المستشفى، الذي لم يختره المريض ولا وجود لعقد طبي بينهما، فكلّ منهما يخضع للمتابعة التأديبية حين إخلاله بالالتزامات القانونية الأخلاقية التي تضمنتها المدونة، لأنّهما ملزمان باستلهاهما وإتباعها أثناء ممارسة العمل الطبي.

(1) راجع المادة 2/267 من قانون 17-90.

(2) راجع المادة 348 من ق ص ج

ثانيا/ مراحل المتابعة التأديبية

يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي ارتكب خطأ خلال ممارسة مهامه أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، يعيّن الفرع الوطني فرعاً جهوياً آخر يختص بالنظر في هذه الدعوى إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء هذا الفرع الجهوي⁽¹⁾.

يقوم الفرع النظامي الجهوي بتسجيل الدعوى بعد تلقيها ويبلغ المعني بالأمر خلال خمسة عشر يوماً⁽²⁾. يعتبر مثل هذا التبليغ إجراءً جوهرياً لأنه لا يمكن أن يصدر أي قرار تأديبي قبل الاستماع إلى المعني.

يجب عليه أن يمتثل خلال أجل 15 يوماً من تاريخ تبليغه، وإذا لم يمتثل ولم يرد حتى بعد الاستدعاء الثاني له، فإنّ اللجنة التأديبية تجتمع في غيابة⁽³⁾، ويكون الامتثال شخصياً أي دون إنابة إلاّ إذا كان هناك سبب قاهر⁽⁴⁾. وعلى كل فإنّ القانون أعطى للغائب حق المعارضة خلال أجل 10 أيام من تاريخ تبليغ القرار بواسطة البريد المسجل وإشعار بالاستلام⁽⁵⁾.

خوّلت المادة 215 من م.أ.ط. حق الاستعانة بمحام، إذ ولو أنّها مساءلة تأديبية داخلية إلاّ أنّه يحق للمعني اللجوء إلى مساعد، الذي تحصر صفته في زميل مسجل على القائمة أو محام معتمد لدى نقابة المحامين دون غيرهم.

يتعيّن على الفرع الجهوي أن يبت في هذه الشكوى خلال 4 أشهر من تاريخ إيداعها⁽⁶⁾، إذ يقوم بإجراء تحقيق إداري ومن خلال نتائجه يقرّر إمّا حفظ الدعوى إذا تبين عدم وجود أي خطأ مهني⁽⁷⁾ يمكن إسناده للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي حسب الحالة، إمّا يقرّر توجيه عقوبة في حالة إثبات ارتكابه⁽⁸⁾.

(1) راجع المادة 211 من م.أ.ط.

(2) راجع المادة 212 من م.أ.ط.

(3) راجع المادة 213 من م.أ.ط.

(4) راجع المادة 214 من م.أ.ط.

(5) راجع المادة 219 من م.أ.ط.

(6) راجع المادة 216 من م.أ.ط.

(7) الخطأ المهني هو ذلك الذي يقوم أثناء ممارسة مهنة معيّنة، ينجم عن الإخلال بأصولها وقواعدها المتعارف عليها. أنظر عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 73.

(8) راجع المادة 4/267 من قانون 17-90.

يكون القرار الذي تصدره المجالس الجهوية قابلاً للطعن الإداري الولائي لدى المجلس الوطني لأخلاقيات الطب، الذي يقوم فور تلقيه لهذا الطعن بطلب الملف من رئيس المجلس الجهوي خلال 8 أيام ويلتزم هذا الأخير خلال نفس المدة (8 أيام) من تلقيه الطلب بإرسال الملف الكامل للمعني⁽¹⁾.

يقبل القرار الذي يصدره المجلس الوطني الطعن أمام الغرفة المختصة بالمحكمة العليا في أجل 12 شهر⁽²⁾، وسنة بموجب النص الفرنسي، والأصح هو مجلس الدولة لكونه قرار تتوفر فيه شروط القرار الإداري⁽³⁾.

اكتفى قانون الصحة الجديد حين الحديث على إجراءات المتابعة التأديبية في منح أجل شهرين من تاريخ التبليغ للطعن في قرارات المجالس الجهوية أمام المجالس الوطنية. وكذا أجل 4 أشهر للطعن في قرار المجالس الوطنية أمام مجلس الدولة⁽⁴⁾.
يقرر المجلس الجهوي العقوبات التأديبية التالية⁽⁵⁾:

- الإنذار.

- التوبيخ.

- كما يمكنه أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة منع ممارسة المهنة و/أو غلق المؤسسة، طبقاً للمادة 17 من القانون رقم 85-05⁽⁶⁾.

يقصد بالمؤسسة العيادات الطبية أو المحلات الصيدلانية عندما يكون الممارس يعمل لحسابه الخاص⁽⁷⁾.

يترتب على الإنذار والتوبيخ الحرمان من حق الانتخاب لمدة 3 سنوات، أما المنع المؤقت من ممارسة المهنة فينجر عنه فقدان حق الانتخاب لمدة 5 سنوات⁽⁸⁾.

إذا كانت العقوبة التأديبية تفرض على المخطئ جزاء له وردعا لغيره، فإن السلطة التأديبية المخولة للمجالس الجهوية والمجلس الوطني لا تحقق هذا الهدف، لبساطة عقوباتها.

(1) راجع المادة 220 من م.أ.ط.

(2) راجع المادة 3/267 من قانون 17-90.

(3) حابت آمال، مرجع سابق، ص 238.

(4) راجع المادة 350 من ق.ص.ج

(5) راجع المادة 217 من م.أ.ط.

(6) تنص المادة 17 من قانون 85-05 «يخضع إنشاء أي هيكل صحي، أو ذي طابع صحي، وتوسيعه وتغيير تخصيصه وإغلاقه المؤقت أو النهائي، لرخصة قبلية من الوزير المكلف بالصحة، غير أن الإغلاق المؤقت للهياكل المذكورة أعلاه لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، يخضع لرخصة قبلية من الوالي».

(7) بداوي على، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، مرجع سابق، ص 40.

(8) راجع المادة 218 من م.أ.ط.

فهي لا تشفي غليل المريض لما تلحقه به الأخطاء الطبية من أضرار. لذلك يكون لجوؤه إلى القضاء السبيل الوحيد لعقاب الطبيب.

المطلب الثاني

قيام المسؤولية الجزائية للطبيب

إنّ الأصل في الأفعال جميعها الإباحة ما لم يخضع المشرع فعلاً منها لنص تجريم وتقرر عقوبة له. وهذا صيانة لمصلحة معيّنة يراها المشرع جديرة بالحماية، فتجريم المشرع القتل يهدف إلى حماية حق الإنسان في سلامة جسمه وتكامله الجسدي⁽¹⁾. هذا الأخير الذي تتعدد صور المساس به.

يؤدي إخلال الطبيب بالالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض إلى إدخال العمل الطبي دائرة التجريم مما يجعله فعلاً غير مشروع يصبح المريض ذو حق لمتابعة الطبيب متابعة جزائية (فرع أول). ولقد حظيت الأعمال الطبيّة الخطرة بمتابعة جزائية خاصة نظراً لما تحويه من مساس بحرمة جسم الإنسان (فرع ثاني).

الفرع الأول

الإخلال بالالتزام في التدخلات الطبيّة المتداولة

يبرّر الفقه⁽²⁾ استنكارهم للمسؤولية الجزائية بأنّ الأطباء بشر والبشر غير معصومين من الخطأ، وأنّ مهنة الطب لا يمكن أن ترقى وتتقدم دون أن يباح للطبيب الحق المطلق في أمر المريض ولا رقيب عليه في عمله إلّا ضميره.

علاوة على أنّ المريض حرّ في اختيار طبيبه وإنّ أخطأ الاختيار فلا يلومنّ إلّا نفسه ويجعله مسؤولاً عن الإصابة لا الطبيب. ذلك أنّ الطبيب يقوم بعمله الذي ينتج عنه الخطأ بموجب ترخيص له من الدولة⁽³⁾.

(1) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط 5، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 24.

(2) حومد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 143.

(3) أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدينة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 17.

استند بعض الفقهاء⁽¹⁾ لرفض مساءلة الأطباء إلى حجة مفادها أنّ إخضاع الطبيب للمساءلة يقلل من شأن شهادته العلمية وتضر بسمعة المهنة وتحول دون تطورها. لذا فهم يعربون في أغلب المؤتمرات⁽²⁾، عن قلقهم ورفضهم الشديد لمثل هذه الملاحظات، فيطالبون بسن تشريع خاص بهم يكون استثناء للقواعد العامة لحماية مآقدهم يتعرضون له من مسؤوليات.

فإذا كان هذا حديث الأطباء في مواجهة الأخطاء الفنية فما بالك بالأخطاء الطبية ذات الطابع الإنساني الأخلاقي القانوني التي لا يعيرها أكفؤ الأطباء اعتبارا ليجدوا أنفسهم محلا للمساءلة الجنائية جزاء الإخلال بأحكامها!!! خاصة وأنها واردة ضمن أحكام مدونة الطب التي تضمنت نصوصا صريحة تكرر التزامات الأطباء اتجاه مرضاهم. إلا أنه ينبغي أن نذكر بوجود خلاف حول القيمة القانونية لهذه القواعد.

انتقدت أحكام هذه المدونة بالقول بأنّ القواعد الواردة فيها يقتصر نطاق تطبيقها على علاقة الأطباء بنقائهم ولا يستتبع مخالفتها سوى توقيع جزاءات تأديبية⁽³⁾، ذلك لأنها صادرة في شكل لائحة ليس لها أية قيمة قانونية أكثر من كونها نظام داخلي منظم للمهنة ولا تنقيد قانونا المحاكم المدنية والجنائية به، هذه الأخيرة التي تقدر المسؤولية طبقا للمعايير العادية التي جرى العمل على الأخذ بها، فمثلا إذا سمحت مدونة أخلاقيات الطب بالكذب على المريض فهذا يعبر على اتجاه جرى العمل به في أوساط الطب إلا أنّ المحاكم رفض هذا العمل وتعتبره سلوكا مكونا لخطأ يقيم المسؤولية المدنية⁽⁴⁾.

رد على هذه الانتقادات بالقول بأنّه لا يمكن لأحد أن ينكر على قواعد أخلاقيات الطب وصف القواعد القانونية وتمتعها بالحجية أمام القضاء المدني والجنائي، إذ أنّ صدورها في شكل لائحة راجع إلى كونها تشريع فرعي يتضمن تكريسا أو قانونا للأعراف المهنية وهي بهذا الوصف تعد أحد معايير السلوك التي ارتضاها المجتمع وأدخلها ضمن نظامه القانوني⁽⁵⁾، ووفقا لمبدأ تدرج القوانين يرتبط تطبيق القاضي لهذه القواعد بشرط أساسي ألا وهو عدم مخالفتها

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1994، ص 13.

(2) إحدى المؤتمرات مؤتمر باريس بتاريخ 1981/10/29، نقلا عن حومد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 143.

(3) BOYER CHAMMARD (George), MOZEIN (Paul), op-cit, p 134.

(4) جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 53 و 54.

(5) نقلا عن محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 149.

لنصوص التشريع العادي كإقرار حرية المريض في اختيار طبيبه الذي يعدّ صورة لمبدأ حرية التعاقد، لتأتي قواعد أخلاقيات الطب لتنظم تفاصيل هذا المبدأ في المجال الطبي⁽¹⁾.

لم تضع النصوص المنظمة لمهنة الطب قواعد خاصة للمسؤولية التي قد يتحملها الطبيب نتيجة مخالفته للواجبات الملقاة على عاتقه اتجاه المريض، بل اكتفى المشرع بالإشارة بأن الطبيب قد يتحمل مسؤولية مدنية أو يتابع جزائيا.

تنص المادة 1-267 من قانون رقم 90-17 على ما يلي:

«**دون الإخلال بالملاحقات المدنية والجزائية، كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لآداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية.**»

تنص المادة الثالثة من م.أ.ط ع.م.أ.ط على ما يلي:

«**تخضع مخالفات القواعد والأحكام الواردة في هذه المدونة لاختصاص الجهات التأديبية التابعة لمجالس أخلاقيات الطب، دون المساس بالأحكام المنصوص عليها في المادة 221 من هذا المرسوم.**»

بالرجوع إلى نص المادة 221 من م.أ.ط فإنها تنص ع.م.أ.ط على ما يلي:

«**لا تشكّل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة:**

- للدعوى القضائية المدنية أو الجنائية...» .

أكدت المادة 347 فقرة 2 من قانون الصحة الجديد الحق في المتابعة الجزائية و المدنية للمخل بالواجبات المحددة في هذا القانون إذ تنص على ما يلي:

" ... **دون الإخلال بالمتابعات المدنية والجزائية، تعرض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون وكذا قواعد الأدبيات الطبية، أصحابها لعقوبات تأديبية...**"

خصص المشرع الجزائري الباب الثامن من القانون رقم 85-05، للأحكام الجزائية التي تتعلق بمستخدمي الصحة. غير أنه لم يضع قواعد خاصة لمسائلة الأطباء جنائيا بل اكتفى بتجريم بعض حالات الإخلال بالواجبات القانونية التي يتحملها الطبيب في إطار ممارسة

(1) جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 53 و 54.

النشاط الطبي مع الإحالة بخصوص العقوبة الجزائية على نصوص قانون العقوبات. إذ تنص المادة 234 من ق ح ص ت على ما يلي:

«تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الإنسان والصيدلة ومهن المساعد الطبي كما هي محددة في المادتين 214 و 219 من هذا القانون».

اكفى أيضا قانون الصحة الجديد بالإحالة من خلال نص المادة 413 التي تنص على ما يلي: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو حياته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

تشير هذه الإحالة العديد من الإشكاليات، أهمها أنه لا عبرة لصفة الطبيب ولا اشتراط لهذه الصفة لقيام المسؤولية. وهو ما دفع البعض⁽¹⁾ إلى رفض تسمية هذه المسؤولية بالمسؤولية الطبية، هذه الأخيرة التي تستلزم حتما أن تكون صفة الطبيب صفة جوهرية في نظامها وشرطا من شروط تحققها. بل كل ما في الأمر أنّ الطبيب على غرار أي شخص آخر قد يساءل مدنيا أو جزائيا طبقا للقواعد العامة. وهي معطيات تصطدم بحقائق الواقع العملي من ظروف واعتبارات تجعل مساءلة الطبيب ليس بالأمر الهين.

من جهة أخرى فإنّ هذه الإحالة، بالإضافة إلى ما تصطدم له من خصوصية العلاقة الطبية وفنية العمل الطبي، تصطدم أيضا بخاصية ينفرد بها العمل الطبي عن باقي الأعمال التي يتابع بها هذا القانون، وهي أنّ الفعل الطبي ليس عملا مشروعا فحسب بل هو عمل نافع وضروري لا قصد جنائي فيه. لذا فهي خصوصيات تتطلب تنظيما خاصا للمتابعة، يأخذ بعين الاعتبار كل الظروف ويستحسن أن يراود ذكره والتطرق إليه ضمن أحكام قانون الصحة لسهولة اطلاع أصحاب المهنة عليها. التي حسب رأيي يؤكد في أذهانهم إلزام الالتزام، كما يحول دون تشتيت ذهن الباحث مريضا طبيا أو قاضيا.

(1) فيلاي علي، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 18.

يضاف إلى هذا أنه لا يقتصر الحديث في موضوع بحثنا على التزام ذو طابع أخلاقي إنساني قانوني، فقط وإنما على شرط من شروط الممارسة القانونية للمهنة، ألا وهو رضا المريض الذي يجب أن يجتمع مع باقي الشروط الأخرى من ترخيص⁽¹⁾ وقصد للعلاج

(1) يقصد بالترخيص القانوني، حصول الطبيب على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب يمنح له من قبل الوزير المكلف بالصحة، إذا ما توفرت فيه شروط معينة حددتها المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها، التي تنص عما يلي: «تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- 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 لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف،
- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة».

يتضح من خلال هذه المادة أن الترخيص لمزاولة مهنة الطب يقتضي توفر الشروط التالية:

(أ) المؤهل الدراسي: يتمثل أول شرط يمكن الطبيب من مزاولة المهنة في حيازته على إحدى الشهادات الجزائرية، دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.

يتحصل الطبيب على شهادة دكتوراه في الطب بعد دراسته لسبع سنوات في فرع العلوم الطبية، تمكنه من التخرج بشهادة طبيب عام، أما بالنسبة لطبيب الأسنان فيتم له ذلك بعد مزاويلته لخمس سنوات دراسة جامعية.

(ب) عدم الإصابة بعاهة أو علة مرضية: يشترط أيضاً في من يزاول مهنة الطب، عدم الإصابة بعاهة أو علة منافية لممارسة المهنة فمثلاً لا يمكن للأعمى أو الأصم أو الأكم أن يؤدي مهامه على أحسن وجه، وأن يؤدي رسالة الطبيب للمجتمع التي تعتبر من أشقى الرسائل، ضف إلى ذلك فهناك من الأمراض والعاهاات ما ينتقل إلى الآخرين الأمر الذي يحول دون تحقيق الطبيب لهدفه وهو العلاج وتحقيق المريض لأمله في اللجوء إلى الطبيب وهو الشفاء.

(ج) عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف: لا بد أن لا يكون المقبل على مزاولة مهنة الطب، قد تعرض لأية عقوبة مخلة بالشرف وهو أمر مبرر ذلك أن مهنة الطب من أشرف المهن وأنبلها وفيها يطلع الطبيب على خفايا وأسرار المجتمع، الخاصة بالأمراض المختلفة ومن هذا المنطلق اشترط المشرع هذا الشرط حتى لا يتسلسل لهذه المهنة من لا خلق له فتصبح أعراض الناس في غير مأمن، لذا فإن الذي يرتكب جرماً أخلاقياً ويتعرض لعقوبة نتيجة لذلك لا يصلح لأن يكون محل ثقة المرضى ولا المجتمع.

(د) حمل الجنسية الجزائرية: يعدّ حمل الجنسية الجزائرية شرطاً من شروط الحصول على رخص لممارسة مهنة الطب دون تمييز أو تحديد لطبيعة الجنسية أهي أصلية أو مكتسبة، ويرد على هذا الأصل استثناء يسمح لغير الجزائري بامتهان مهنة الطب في الجزائر في إطار المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر من الوزير المكلف بالصحة.

(هـ) الحصول على شهادة في التخصص: يتفرّع من الطب إلى عدّة فروع واختصاصات، لذا فإن نص المادة 198 من نفس القانون منعت الطبيب أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي، إذا لم يكن حائزاً على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.

(و) التسجيل لدى المجلس الجهوي للأدب الطبية: أضافت نص المادة 199 المعدلة وفقاً لقانون 17.90⁽¹⁾ شرطاً شكلياً لمن استوفى الشروط المذكورة في نص المادتين 197 و198 المذكورة أعلاه، يتمثل في التسجيل لدى المجلس الجهوي للأدب الطبية المختص إقليمياً، وأن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة في التنظيم، ولقد استتنت المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري من الأطباء من هذا الإجراء هما: الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالدة العاملين في قطاع الصحة العسكري، وكذا الأطباء الذين لا يمارسون مهنة الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة ممارسة فعلية. أما عن محتوى اليمين القانونية التي يؤديها الأطباء لمزاولة مهنة الطب فهو كالآتي: « أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أراعي في كل الأحوال الواجبات التي يفرضها علي القانون وأحافظ على أسرار مهنتي».

بعدّ ممارسا للطب ممارسة غير شرعية الطبيب الذي لا تتوفر فيه الشروط المحددة في المادتين 197 و198 المذكورة أعلاه يلاحظ أن مجرد الحصول على المؤهل الدراسي في علم الطب، لا يعنى الحصول على الترخيص القانوني لمزاولة المهنة، فالأمران مختلفان، فقد لا يحصل صاحب المؤهل الدراسي على الترخيص ومن ثمة لا يستطيع ممارسة مهنة الطب، والعلة من اشتراط الترخيص تكمن في أن القانون لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج، إذ هم في تقديره الذين يستطيعون القيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية ويؤجّه في ذاته إلى شفاء المريض.

وإتباع للأصول المتفق عليها، كي يكون العمل الطبّي مباحاً، وبالمقابل فإنّ نقص أحد هذه الشروط يخرج العمل الطبي من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، ويصبح بذلك عملاً غير مشروع. فبما أن الرضا شرط لمشروعية التدخل الطبي، فإنّ عدم الالتزام به يجعل من الطبيب مرتكباً لجريمة عمدية.

إذ اعتبر البعض⁽¹⁾ عدم حصول الطبيب على الرضا الحرّ والمتبصر للمريض جريمة عمدية ولو قصد من تدخله الطبي العلاج واستفاد منه المريض. لأنّ العمل الطبي عمل إرادي. لذا فكل الأضرار التي تترتب عنه إرادية سواء الجرح الذي سببه أو القيام به بدون الحصول على رضا المريض.

فالجريمة التي تنسب إلى الطبيب هي بالضرورة جريمة الجرح العمدية. أمّا إذا ارتكب الطبيب أخطاءاً فنية أثناء معالجة المريض فإنّ عدم الحصول على الرضا يشدّد من مسؤولية الطبيب. فهو من يتحمل كل الأضرار الناشئة عن خطئه في العلاج سواء كانت محتملة أو غير محتملة.

لا يعدّ عدم الحصول على الرضا فعلاً جنائياً بحد ذاته لكنه يعتبر كذلك من قبيل أنّه يشكل مخالفة للالتزامات الأخلاقية القانونية وهذا ما قرّره محكمة استئناف روان Rouen عن غرفة الاتهام الفرنسية، حينما أسست متابعة طبيب لم يتحصّل على رضا المريض على أساس جريمة الضرب والجرح الغير عمدي⁽²⁾.

(1) محمد صبيحي محمد نجم، رضا المجني عليه، مرجع سابق ص 227.
 (2) حكم محكمة استئناف روان Rouen الفرنسية الصادر بتاريخ 1969/02/26. نقلاً عن جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 441.

خففت محكمة النقض الفرنسية، من هذا المبدأ الذي ذهبت إليه غرفة الاتهام، إذ أنها لم تعتبر عدم الحصول على الرضا عملاً جنائياً في الأعمال المتداولة وإنما قصرت ذلك على الأعمال الطبية التي تنطوي على خطورة كنقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية التي استلزم فيها المشرع شكلاً خاصاً⁽¹⁾.

بالرجوع إلى نصوص المادتين 214 و219⁽²⁾ من ق.ح.ص.ت لم يرد الإخلال بالحصول على الموافقة الحرة والمتبصرة للمريض حتى في التدخلات الطبية الخطرة مثل نقل وزرع الأعضاء والتجارب الطبية، ضمن حالات الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب. إذ يعتبر إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على رضا المريض قبل تنفيذ العمل الطبي، عدم مراعاة واحترام الأنظمة التي تتحقق بمجرد قيام الطبيب بسلوك على خلاف السلوك الذي يستلزمه المشرع في القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأنظمة الموضوعية التي تهدف إلى حماية الأرواح وتقليل حدوث الأفعال الخطرة التي ينتج عنها ضرر بالمريض⁽³⁾. وهي إحدى صورة الجريمة غير العمدية إلى جانب عدم الاحتراز⁽⁴⁾ والإهمال⁽⁵⁾ والرعونة⁽⁶⁾. وهو ما يحيلنا إلى نص المواد 288 و289 و442 فقرة 3 من قانون العقوبات.

تنص المادة 288 المعدلة بموجب القانون رقم 23-06⁽⁷⁾ المعدل لقانون العقوبات عما

يلي:

(1) Arrêt 17/11/1969. Voir JAUNAIT (A), p 16.

(2) راجع المواد 214 و219 من ق.ح.ص.ت.

(3) أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص 14.

(4) عدم الاحتراز هو إقدام الجاني على أمر ما كان يجب عليه أن يمتنع عنه في مثل تلك الظروف، إذ أن النشاط الإيجابي الصادر من المتهم يتميز بعدم الحذر وتدبر العواقب إذا كان لا بد من اتخاذ وسائل وقائية ولكن الجاني لا يتخذ الاحتياطات اللازمة بالرغم من ضرورتها حتى لا يكون الفعل محفوف بالمخاطر على الغير.

(5) الإهمال هو سلوك سلبي صادر من الجاني إذ كان يتعين على الجاني أن يتخذ من الاحتياطات ما يحول دون أن يكون الفعل خطراً يمكن أن يترتب عليه نتيجة ضارة قد يلحق بالغير أذى لا يمكن إصلاحه إذ من شأن اتخاذ الجاني لهذا الإجراء أو الاحتياط أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية.

(6) الرعونة هي سوء التقدير والخبرة والمهارة اللازمة بشأن الفعل الذي يقوم به الجاني وهو سوء تقدير يرجع إلى خفة وجهل وعند اتزان وعدم حذق وكفاءة، وسوء التصرف من الجاني بشأن هذا الأمر الفني الذي يقوم به. نقلاً عن بن عمارة صبرينة، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون والاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2015، ص 158.

(7) قانون رقم 23-06 مؤرخ في 2006/12/20 ج.ر عدد 84، مؤرخة في 2006/12/24، يتضمن قانون العقوبات، معدّل ومتمم.

«كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة 20.000 إلى 100.000 دج»

تنص المادة 289 المعدلة بالقانون رقم 06-23 المعدل لقانون العقوبات عما يلي:

«إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

تنص المادة 3/442 من قانون رقم 06-23 المعدل لقانون العقوبات عما يلي:

«يعاقب بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج...»

- كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا تترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز (3) أشهر وكان ذلك ناشئاً عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم».

يفهم من خلال هذه المواد ضرورة أن يقتصر خطأ الطبيب في عدم حصوله على الرضا بخطأ مادي آخر يتسبب في وفاة الشخص المريض، أو إلى إصابتهما بعاهة مستديمة أي أن يتضرر المريض جسدياً، لإمكانية متابعة الطبيب أو الجراح على أساس القتل الخطأ أو الجرح الخطأ، أما إذا أسفر عن نتائج ايجابية فلا يعاقب الطبيب المخل بشرط الرضا.

لا يعتبر عدم الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض خطأ جنائياً بحد ذاته وإنما بالنظر إلى نتيجة التدخل الطبي. لذلك فالطبيب يعفى من المسؤولية التي ترتب عن إخلاله بالالتزام إذا أعى من المسؤولية من جانب الأخطاء الفنية التي يجتهدون لإيجاد تبريرات عديدة للتملص منها أهمها ردود فعل جسم الإنسان. بالمقابل يصادف المريض صعوبات كبيرة في إثبات خطأ الطبيب التي تعتبر مرحلة هامة لاكتمال المسؤولية الجزائية.

يشكل حسب نظري عدم عقاب الإخلال بالرضا الحر والمتبصر للمريض مستقلاً عن الضرر المادي عدم فعالية العقاب الجزائي وتأكيد على القيمة الأخلاقية البحتة للالتزام وليس

شرطا قانونيا للترخيص بمهنة الطب بالرغم من أهمية المبدأ الذي يستند إليه وهي حرمة جسم الإنسان، الذي يعتبر المساس به ضررا معنويا وجب مساءلة المخل به.

تثار صوراً أخرى لمواجهة الطبيب على أساس إخلاله بالحصول على الرضا المتبصر إذا أساء إعلام المريض لإرغامه على قبول العلاج من أجل الربح أو قصد الحصول على شهرة⁽¹⁾. إلا أن هذه الأعمال في حد ذاتها غير مشروعة لأن الطبيب لم يقصد منها العلاج، فسواء تحصل على الرضا أم لا فهي غير مشروعة. مؤكدين بهذا أن رضا المجني عليه لا يجعل الفعل مباحا إذا كان في حد ذاته غير مشروع ومن قبيل هذه الأعمال الإجهاض المنصوص والمعاقب عليه في نص المادة 304 من قانون العقوبات.

فإذا استهدف الطبيب غير العلاج كان عمله غير مشروع ولو كان برضا المريض أو حتى لو كان بناء على توسله وإلحاحه، فالطبيب الذي يقتل المريض لإراحته من عناء المرض، أو الذي يجري عملية لمرأة لمنع النسل بغير أن تستلزم حالتها. يكون مسؤولاً مدنيا وجنائيا⁽²⁾.

يساءل الأطباء من هذا المنطلق عما يسمونه بقتل الرحمة⁽³⁾، ولو كان برضا المريض أو إصرار منه، لأنه إذا كان من المقرر شرعا وقانونا حماية الحق في الحياة فإنه

(1) بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مرجع سابق، ص 193.

(2) عراب ثاني نجية، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 148.

(3) L'euthanasie au sens étymologique du terme, l'euthanasie est un mot dérivé du grec composé du préfixe « eu » qui signifie « bien » et du terme thanatos qui signifie « mort, c'est-à-dire mort dans de bonnes conditions ou encore « bonne mort ». In PRADEL Jean, Euthanasie et fin de vie, philosophie, médecine et droit, éd Eska, Paris, 2006, p24.

- Le trésor de la langue française la définit comme une « mort » douce, de laquelle la souffrance est absente, soit naturellement soit par l'effet d'une thérapeutique dans un sommeil provoqué.

« Une mort douce et sans souffrance, survenait naturellement ou grâce à l'emploi de substances calmantes ou stupéfiantes. » in Le Grand Robert de la langue française.

- L'encyclopédie Hachette multimédia rappelle que le mot euthanasie a été créé par le philosophe anglais Francis Bacon qui estimait que le rôle du médecin était non seulement de guérir mais d'atténuer les souffrances liées à la maladie et lorsque la guérison était impossible, de procurer au malade une « mort douce et paisible ».

Le petit Larousse 2007 s'attache plutôt à une définition légale, la donne comme « L'acte d'un médecin qui provoque la mort d'un malade incurable pour abréger ses souffrances ou son agonie ».

أنظر بالتفصيل: قشقوش هدى، القتل الرحيم، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 50.

من المقرر شرعا وقانونا أيضا عدم وجود ما يسمونه الحق في الموت، لأنه لا يعدو أن يكون صورة من صور الانتحار وقتل النفس⁽¹⁾، وهو فعل محرّم شرعا مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَلَا تَيَاسُوا مِنْ رُوحِ اللَّهِ، إِنَّهُ لَا يَيَاسُ مِنْ رُوحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكَافِرُونَ...﴾⁽²⁾.

يقتصر بذلك نطاق اعتبار الرضا سببا من أسباب الإباحة حينما ينصبّ على جرائم الأموال، ذلك أنه يجوز لصاحب الحق أن يتصرف فيه، وأن يرضى بالاعتداء عليه فالاعتداء يعدّ ضربا من أضرب التصرف فيه. في حين أنه لا يعتبر كذلك فيما يقع منه مساس بحياة الإنسان وسلامة جسده.

الفرع الثاني

الإخلال بالرضا في الأعمال الطبية الخطيرة

واكبت التشريعات تطور مهنة الطب ورخصت بأعمال طبية عديدة إلا أنها أمهرتها بحماية حرمة جسم الإنسان وهذا بإقرار نصوص خاصة لمتابعة المخل بإحدى الشروط الأساسية لها سواء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (أولا) أو التجارب الطبية (ثانيا)

أولا/ الإخلال شرط الرضا الحر والمتبصر في نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يكتف المشرع الجزائري بالتأطير الخاص لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خلال اشتراط شروط خاصة للترخيص بها كضرورة الاختصاص الجراحي فيها⁽³⁾

(1) عراب ثاني نجية، مرجع سابق، ص 155.

(2) سورة يوسف، الآية 87.

(3) تتطلب إجازة ومشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية جملة من الشروط القانونية وهي:

- ضرورة حصول الطبيب على ترخيص إذ تستلزم الممارسة القانونية لمهنة الطب حصول الشخص على ترخيص وهو الذي يتخذ شكل إذن إداري من وزير الصحة الذي يتضمن الأعمال الطبية التي يحوز له مباشرتها. وهو ترخيص يسلم لمن تتوفر فيه الشروط المحددة في نص المادة 197 من ق.ح.ص.ت. زيادة لهذه الشروط تتطلب ممارسة الجراحة باعتبارها تخصصا وفنا ضرورة حيازة شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها وهذا ما أقرته المادة 198 من ق.ح.ص.ت. لا يسلم هذا الترخيص إلا بعد استيفاء شرط التسجيل لدى المجلس الجهوي للأدب الطبية المختص إقليميا وتأديته أمام زملائه أعضاء هذا المجلس لليمين وهذا طبقا لنص المادة 199 من قانون رقم 90-17.

وضرورة القيام بها في مؤسسات مرخص لها بذلك والتي حددها على سبيل الحصر⁽¹⁾ والتأكيد على مبدأي الرضا الحر والمتبصر لا طرفي العملية وما يتطلبه من شروط خاصة سواء شكلية أو موضوعية ومبدأ مجانية التعامل بالأعضاء⁽²⁾ لمنع الاتجار بالأعضاء البشرية وإنما امتد إلى إقرار عقوبات خاصة حين الإخلال بأحد هذه الشروط. يعاقب من يمارس هذه العمليات بدون ترخيص وفي غير المؤسسات المرخص لها بذلك كما خصص فصلا خاصا لمتابعة كل من يخل شرط مجانية التبرع ويمارس جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

جرّم المشرع الجزائري أفعال الاتجار بالأعضاء البشرية بموجب القانون رقم 90-10 المعدّل لقانون العقوبات⁽³⁾. وذلك في القسم الخامس مكرر 1 المعنون «بالاتجار بالأعضاء البشرية». إذ اعتبر الحصول على عضو أو أحد عناصر جسم الإنسان بمنفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها جريمة يعاقب عليها صاحبها بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج⁽⁴⁾.

(1) لا تكفي الكفاءة العلمية للطبيب وحصوله على ترخيص قانوني لإقدامه على عملية نقل وزرع الأعضاء وإنما لا بدّ أن يقوم بها في مؤسسة استشفائية مرخص لها بذلك والتي حدّدها القرار الوزاري الصادر بتاريخ تحديدا حصريا وذلك من أجل مراقبة المولة لهذه العمليات وتقادي أي اتجار بالأعضاء البشرية. غير أنّ لهذا الحصر من جهة أخرى سلبات منها وجود ضغط كبير على هذه المؤسسات لوجود عدد هائل من المرضى وهو ما يصعب على هؤلاء الحصول على موعد ناهيك على كافة نفقات التنقل التي يتكبدها الطرفين خاصة المتواجدين خارج الجزائر العاصمة التي تتمركز فيها أغلب المؤسسات المرخص لها بهذه العمليات. لذا أرجح رأي الأستاذة معاشو نبالي فطة التي تدعو إلى توسيع من دائرة المستشفيات المرخص لها أو استعمال أسلوب آخر يتمثل في انتقال طرق طبية إلى المؤسسات الاستشفائية التي تملك الوسائل لكن ينقصها التأهيل العلمي لتقادي الانتظار الطويل ومعاناة المرضى. أنظر: معاشو نبالي فطة، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 43.

(2) ثار جدل فقهي حول مسألة مجانية التبرع بالأعضاء إذ أجاز فريق من الفقه تلقي المتبرع لمقابل مالي مؤكدين بأنّ متى رخص بهذه العمليات فلا إشكال إذا كانت بمقابل مالي وأجازة التبرع بحد ذاته يعني دخول الجسم في دائرة التعامل وهو ما لا يعيق تقاضي أموال هذه الأخيرة لا يتنافى مع المبادئ القانونية بل هي أمور متعلّقة بالمبادئ القانونية. وهو أمر لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية وإنما يتضمن كل معاني الإنسانية أهمها حماية وإنقاذ إنسان من خطر الموت كما شكل هذا المقابل إحدى وسائل مواجهة الفقر في بعض المجتمعات شرط أن يكون في عدم تعريض السلامة البيئية للخطر. واكتفوا باشتراط تحديد الدولة لقيمة الأجزاء المختلفة لجسم الإنسان كي لا يصبح الجسم محلا لمزايدات مالية. في حين يرى الاتجاه الغالب أنه ليس من المعقول معاملة جسم الإنسان كسلعة إذ يشكل البيع إهدار وإنكار للكرامة، بل لا بدّ أن يكون الدافع إلى التنازل هو الحب والتضامن والإيثار. كما لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء وهو حوار التبرع وإنما لا بد من احترام ضوابطه راجع في ذلك: سايب عبد النور، انتقاء المقابل المالي شأن التعامل بالأعضاء البشرية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص ص 180-183.

(3) قانون رقم 01-09 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009، يعدّل ويتمّ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج.ر عدد 15، السنة السادسة والأربعون، الصادرة في 11 ربيع الأول عام 1430 هـ الموافق لـ 8 مارس 2009 م.

(4) راجع المادة 303 مكرر 16 من ق.ع.ج.

لم يقتصر تجريم من يتلقى المقابل على العضو وإنما امتد إلى انتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقرر عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

ونطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص راجع المادة 303 مكرر 18. امتد منع الإيجار بالأعضاء من خلال نص المادة 303 مكرر 25 من ق ع ج التي يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

بمقتضى نفس تعديل قانون العقوبات لسنة 2009 خصّص المشرع الجزائي متابعة حين الإخلال شرط الرضا الحر والمتبصر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

استحدث نصا خاصا لمتابعة كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقته ورضاه إذ نصت المادة 303 مكرر 17 من قانون العقوبات عما يلي:

«يعاقب بالحبس من خمس 5 سنوات إلى عشر 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميّت دون مراعاة التشريع الساري المفعول»

أدان أيضا كلّ من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة والرضا إذ تنص المادة 303 مكرر 19 عما يلي:

«يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول.

وتطبق نفس العقوبة إذا تمّ انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميّت دون مراعاة التشريع الساري المفعول».

هذا وقد نصت المادة 303 مكرّر 20 على عقوبات أشد في حالة اقتران الجريمة بظرف من الظروف المشددة، كأن يكون الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، أو إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة، أو ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح، أو التهديد باستعماله أو ارتكبت من طرف جماعة إجرامية منظمة، أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية .

تتمثل عقوبة الحصول على عضو من الأعضاء دون الحصول على موافقة الشخص صاحب الشأن مع اقترانها بظرف من ظروف التشديد بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1000.000 دج إلى 2000.000 دج، أمّا في حالة انتزاع الأنسجة أو الخلايا دون موافقته مع اقترانه بظرف من ظروف التشديد فتكون العقوبة بالحبس من خمس (05) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج.

يثير هذا التنظيم عدة إشكاليات أهمها أن المشرع الجزائري لم يجرّم الإخلال بضوابط عمليات نقل الأعضاء قبل تعديل قانون العقوبات بموجب رقم 90-10 بالرغم من الترخيص بهذه العمليات منذ سنة 1985 وبداية تطبيقها في الواقع العملي.

إذ تمت أول عملية لزراع الكلى في الجزائر بتاريخ 16 جوان 1986 بقسنطينة، حيث قام فريق من أخصائي طب المسالك البولية، بزراع كلية ثم استئصالها من رجل ميت، كان قد وافق على التبرع بها.

وقد قدمت وزارة الصحة ممثلة من وزير الصحة وإصلاح المستشفيات إحصائيات عن العمليات التي تمت بالجزائر قبل سنة 2009، من خلال ندوة صحفية نشطها بمستشفى مصطفى باشا، وهذا لتقييم الحصيلة الأخيرة لعمليات نقل وزرع الأعضاء، التي تم إجراؤها. وقد وصفها الوزير بركات بالإيجابية. ليشير أنّ آخر الإحصائيات المتعلقة بعمليات الزرع تؤكد بلوغ عملية زرع الكبد 27 عملية، علما أنّ زرع الكبد تقنية جد معقدة. كما بلغت عملية زرع القرنية 1200 عملية، في حين أحصت مصلحة زرع النخاع الشوكي المتواجدة على مستوى مركز بيار ماري كوري وهي الوحيدة على مستوى الوطن 1253 عملية زرع⁽¹⁾. ما يجعل المتابعة تخضع للقواعد العامة التي تطبق على كل التدخلات الطبية.

فبالرغم من أنّ إثارة مسؤولية الطبيب في القضاء الجزائري يكون نادرا، إلا أننا وجدنا متابعة الطبيب أحل شروط الرضا الحر والمتبصر في نطاق نقل وزرع الأعضاء البشرية.

(1) راجع في ذلك سعيدان أسماء الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء...، مرجع سابق، ص 03

برأ فيها القضاء الجزائري⁽¹⁾ طبيبا بتر عضو من أعضاء المريض دون الحصول على الرضا الحر والتبصر للمريض لقيام الإستعجال وإستدعاء مصلحة وحياة صحة المريض. تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة (ق ف) تقدمت بشكوى أمام النيابة ضد الطبيب الجراح (ع ع) مفادها أنّ هذا الأخير قام بإجراء عملية جراحية لها بالمستشفى خلال سنة 2001 نزع كيس مائي من بطنها بالجهة اليسرى، إلا أنّها بعد 8 أشهر من العملية اكتشفت أنّها أجري لها عملية نزع الكلية اليسرى، مما أدى إلى متابعة الطبيب على أساس جنائية الجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد الأعضاء استنادا لنص المادة 3/264 من قانون العقوبات الجزائري، وبعد إجراء التحقيق أحالت غرفة الاتهام المتهم على محكمة الجنايات في 17 نوفمبر 2009⁽²⁾.

توبع طبيب جراح المسمى (ع ع ق) في قضية أخرى، إذ اتفق مع المريض (المطعون ضده) على نزع حصة من إحدى كليتيه، لكنه نزع له الحصة والكلية معا، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ طبي.

قضت المحكمة العليا على أن: «من المقرر فقها وقضاء، أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيه على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة، حيث أنّ الإخلال بهذا الالتزام يشكّل خطأ طبيّا يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، حيث بهذا الصدد، قضية الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى أنّ نزع الكلية مبالغ فيه ولم يكن هناك داع لذلك، وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقّه»⁽³⁾.

بالرغم من خطورة هذه العمليات وأهمية شرط الرضا الحر و المتبصر فيها، إلا أن قانون حماية الصحة وترقيتها لم يورد أحكام المسؤولية الجزائية لهذه العمليات، ولم يتضمن العقوبات التي تتعرض لها الأطباء المخالفين لهذه الضوابط مكتفيا بالإحالة إلى قانون العقوبات، وهذا ما لا يحقق سهولة الإطلاع والعلم بها وجمع كل الأحكام المتعلقة بهذه العمليات في تنظيم واحد. قانون الصحة الجديد و أخذًا بكل هذه الانتقادات لم يعد محتوى المواد لكن على الأقل وضع نصوصا تحيل للمواد قانون العقوبات مسهلا الإحالة من خلال نصوص المواد 430 و 431 و 432 و 433 منه. تنص المادة 430 من ق ص ج على ما يلي:

(1) حكم محكمة الجنايات، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2010/03/11، تحت رقم 10/00030 غير منشور، نقلا عن: برني نذير، مرجع سابق، ص 119 هامش رقم 1 و 2.

(2) أنظر قرار غرفة الاتهام، مجلس قضاء تيارت بتاريخ 2009/11/17، تحت رقم 09/00908 حكم غير منشور، غير منشور، أنظر خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 25 وما بعدها.

(3) أنظر قرار رقم 828/399 صادر بتاريخ 2008/01/23، عن الغرفة المدنية، القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، عدد 02 قسم الوثائق، المحكمة العليا، الجزائر 2008، ص 175. نقلا عن خضير عبد القادر، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

"يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقاً لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات".

تنص المادة 431 من ق ص ج على ما يلي:

"يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقاً لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات".

تنص المادة 432 من ق ص ج على ما يلي: " يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من (6) أشهر إلى سنة (1) و بغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج".

تنص المادة 433 من ق ص ج على ما يلي:

"يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج

وعكس المشرع الجزائري، قام المشرع الفرنسي م بتخصيص فصل⁽¹⁾ مباشرة بعد انتهاء تنظيم هذه العمليات معنون "بالمتابعة الجزائية" نظم الجرائم القائمة والعقوبات المترتبة عنها.

أعاد فيها المشرع الفرنسي كل أحكام الإخلال بالالتزام بالرضا المنصوص عليها في قانون العقوبات، إذ نجد المادة 1272-2⁽²⁾، تعاقب أي استقطاع لعضو من إنسان حي راشد بدون الحصول على موافقته ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 1231-1 من قانون الصحة العامة، وذلك بالحبس لمدة 7 سنوات وغرامة قدرها 100.000 أورو، كما توقع العقوبة ذاتها في حالة الشروع في ارتكابها⁽³⁾.

وبخصوص اقتطاع الأنسجة بدون موافقة صاحبها فتكون العقوبة الحبس لمدة 5

(1) Titre VII – Disposition pénale chapitre II.-organes, tissus, cellules et produits.

(2) Art L 1272-2- du c.s.p dispose: «comme il est dit à l'article 511-3 du code pénal ci-après article 511-3: le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité Thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions. Prévu au quatrième alinéa de l'article L1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue au deuxième et sixième alinéa du même article ait t délivre est puni de prélever un organe, un tissu ou des cellules ou de collecter un produit en vue de don sur une personne vivante mineure ou sur une personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale hormis les cas prévus aux articles L1241-3 et L1241-4 du code de la santé publique».

(3) راجع المواد 1272-3، 1272-4 من قانون الصحة العامة.

سنوات وغرامة قدرها 75000 أورو، وهي العقوبة نفسها المقررة في حالة اقتطاع اللقائح والأنسجة بدون موافقة الشخص⁽¹⁾.

ترى الباحثة أنّ الحماية الجزائية للمريض في إطار التدخلات الطبية الخطرة، يتحقق بتخصيص متابعة جزائية للأطباء المخلين بضوابط هذه التدخلات، وجمع كل أحكامها وشروطها والمسؤولية الناجمة عنها في قانون مستقل، لتسهيل اطلاع وتعريف كل المعنيين بها من مرضى مستفيدين وأشخاص متبرعين وأطباء ممارسين وقضاة. يحكمون في المنازعات التي تثيرها.

ثانيا/ الإخلال بالرضا في التجارب الطبية

بالرغم من إلزام المشرع الجزائري في المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بالقانون رقم 17/90 ضرورة الحصول على الموافقة الحرّة والمتبصرة للشخص الخاضع للتجربة، أو عند عدمه لممثله الشرعي مع ضرورة الحصول على هذه الموافقة في كل لحظة، إلا أنّه لم يدعم مبدأ الرضا الحر والمتبصر بحماية فعالة إذ لم ينص على عقوبات جزائية حين الإخلال به.

اكتفى المشرع الجزائري حين تنظيم التجارب الطبية في تأكيد قيام المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة حين خطئه بالرغم من حصوله على موافقة الخاضع لها ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادرة إلى التجريب من خلال نص المادة 168 مكرر 4. كما أكدت المادة 31 من القرار الوزاري رقم 387 وجوب تقديم المشرف على التجربة في حالة إجرائه لتجربة بدون فائدة مباشرة تعويضا للشخص عن الأخطار المترتبة.

يؤدي عدم التنظيم الخاص لمتابعة جزائية حين الإخلال بالموافقة الحرّة والمتبصرة للخاضع للتجربة إلى متابعة المشرف على التجربة على أساس نص المادة 288 و289 ق عقوبات شأنه شأن الرضا في الأعمال الطبية العادية. وهذا غير منطقي لخطورة هذه العمليات وعدم تحقيقها لمصلحة علاجية للفرد، وإنّما تهدف إلى تحقيق مصلحة للغير ولتطوير الطب وفروعه. لذا كان من المفروض أن تكون حماية شرط الرضا الحر والمتبصر فيها حماية فعالة بتقرير متابعة وعقوبات خاصة.

هو ما قام به المشرع الفرنسي حينما رتب متابعة جزائية لكل مخالفة للمبادئ

(1) Art. L 1273-1 du c.s.p dispose: «comme il est dit à l'article 511-6 du code pénal ci-après 511-6: Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est. Puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euro d'amendes».

والشروط الأساسية التي تنظم التجارب الطبية إذ يعاقب بمقتضى نص المادة 1-1126 من قانون الصحة العامة⁽¹⁾. القيام بإجراء تجربة طبية بدون الحصول على الرضا الحر والمتبصر للخاضع أو لأصحاب السلطة الأبوية والممثل القانوني أو شخص آخر مرخص ومخول للرضا عن التجارب الطبية وهذا بإقرار عقوبة الحبس لمدة 3 سنوات وغرامة مالية تقدر بـ 45000 أورو. تطبق هذه العقوبة أيضا في حالة إجراء التجربة والاستمرار فيها رغم تراجع الشخص عن موافقته. تداركا لهذا الأحجاف في حق الخاضع للتجربة الطبية أو كما سماها القانون الجديد الدراسة العيادية، تضمنت المادة 439 منه عقوبة الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة دون الحصول على موافقة الشخص إذ تنص على ما يلي:

" يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج".

أصدر أيضا المشرع الفرنسي على ضرورة الحصول على موافقة لجنة المراقبة وحماية الأشخاص قبل إجراء التجربة الطبية ووجوب اكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية، وحماية أو إلزاما على تطبيق الأطباء لهذين الشرطين قرر المشرع من خلال أحكام نص المادتين 5-1126⁽²⁾ و 6-1126⁽³⁾ تقرير عقوبة الحبس وعقوبة تقدر بـ 15000

(1) Art. L 1126-1. "Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche est pratiquée alors que le consentement a été retiré.

Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectuées à des fins de recherche scientifique.

(2) Art. 1126-5 du c.s.p. «Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de pratiquer ou de faire pratiquer une recherche impliquant la personne humaine:

1° Sans avoir obtenu l'avis favorable d'un comité de protection des personnes et, dans le cas de recherches mentionnées au 1° de l'article L. 1121-1, l'autorisation de l'autorité compétente conformément à l'article L. 1121-4 ou sans avoir obtenu la décision unique mentionnée au I de l'article L. 1124-1;

2° Dans des conditions contraires aux dispositions de l'article L. 1121-12;

3° Dont la réalisation a été interdite ou suspendue par l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 1123-12.

L'investigateur qui réalise une telle recherche en infraction aux dispositions de l'article L. 1121-13 est puni des mêmes peines».

(3) Art. 1126-6 du c.s.p. «Le promoteur dont la responsabilité civile n'est pas garantie par l'assurance prévue à l'article L. 1121-10 est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende».

أورو حين مخالفة هذه الإجراءات.

يجب أن تنظم المسؤولية الجزائية حين الإخلال بضوابط ممارسة التجارب الطبية تنظيميا خاصا لخصوصية وخطورة هذه التدخلات، كما لا بدّ على التشريع الجزائري أن يجمع كل أحكام هذه الأعمال ضمن تنظيم موحد، وهو ما يحول دون تشتيت فكر الباحث بين القرارات الوزارية والنصوص التشريعية.

المبحث الثاني

قيام المسؤولية المدنية للطبيب المخل بالالتزام

تنقسم الأخطاء الطبية إلى أخطاء فنية⁽¹⁾، وأخطاء إنسانية أخلاقية. ويعتبر الإخلال بالحصول على رضا المريض خطأ طبي ذات طابع إنساني أخلاقي. والتي تسمى أيضا بالأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية، وهي مخالفة مجموع الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب بموجب القوانين المنظمة للمهنة، وتعد أساسا واجبات مرتبطة بما توحيه المهنة من ثقة وائتمان على جسد المريض وروحه⁽²⁾.

يتخذ خطأ الطبيب حين إخلاله بالحصول على رضا المريض صورا متعددة، فقد لا يقوم الطبيب بتنفيذ الالتزام أصلا أي عدم حصوله على الرضا، أو قد يتأخر في تنفيذ الالتزام كالحصول على الرضا بعد القيام بالعمل الطبي. كما قد ينفذ الالتزام بشكل معيب كالحصول على الرضا لكن دون تبصير سابق، بالإضافة إلى إمكانية تنفيذه للالتزام لكن تنفيذا جزئيا كمن يتحصل على الرضا بعد إعلام، لكن هذا الأخير غير واضح وغير بسط⁽³⁾.

(1) تعرف الأخطاء الفنية بأنها خروج الطبيب عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم كالخطأ في التشخيص أو العلاج. أنظر محمد هشام القاسم، الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، عدد 1-2، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص 09.

(2) مني سعاد، مرجع سابق، ص 12.

(3) منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 46.

يعتبر الضرر⁽¹⁾ بنوعيه المادي⁽²⁾، والمعنوي⁽³⁾ ركن هام من أركان المسؤولية. فإذا انتفى الضرر انتفت المسؤولية المدنية (مطلب أول).

يعرّف الإثبات بصفة عامة بأنه تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأيّ برهان أو دليل أمّا بمعناه القانوني فهو ما يطلق عليه الإثبات القضائي ويقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها⁽⁴⁾. يتجرد الحق من قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئي له، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا. لذلك يقال⁽⁵⁾ بأن: «الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه. فالحق بدون إثبات عديم الجدوى» (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أساس المتابعة المدنية للطبيب المخل بالالتزام

رغم صعوبة إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في عدة حالات واستحالتها في حالات أخرى، إلا أنّ القضاء الفرنسي لم يترك المريض بدون تعويض، وإنما أقر وجود ضرر من نوع آخر وهو ضرر فوات الفرصة. الذي تبناه سواء في الأخطاء الفنية أو

(1) كان الضرر محط اهتمام الفقه الإسلامي منذ القدم ويعد حديث الرسول صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار» الركيزة الأساسية التي انطلق منها الفقهاء واستقوا منها العديد من القواعد منها «الضرر يزال» «الضرر يدفع قدر الإمكان» أنظر بالتفصيل: باسل محمد يوسف، التعويض عن الضرر الأدبي، مرجع سابق، ص 50.

(2) هو المساس بسلامة جسم المريض وإلحاق ضرر مالي وجسدي به. محمد فخر شفقة، مرجع سابق، ص 140. (أ) فأمّا الضرر المالي فهو كل إخلال بمصلحة مالية للمضرور إذ المساس بجسم المريض أو إصابته بضرر يترتب عليه خسارة مالية من نفقات العلاج سواء المقدمة للطبيب مرتكب الخطأ أو المدفوعة لآخر قصد محاولة إصلاح الضرر اللاحق بالمريض جراء ذلك الخطأ أو حتى محاولة التحقيق منه.

(ب) أمّا الضرر الجسدي فهو التعدي على حق المريض في سلامة جسمه بإتلاف عضو منه أو إحداث نقص فيه أو تشويه أو إنقاص في قدرته أو منفعته، الشيء الذي قد يجعل المريض عاجزا عن الانتفاع بالعضو عجزا دائما أو مؤقتا كلياً أو جزئياً. أنظر سعاد مني، مرجع سابق، ص 17.

(3) الضرر المعنوي وهو الضرر الذي يلحق المشاعر والأحاسيس. يختلف الضرر الأدبي من شخص إلى آخر فالشاب ليس كالمنسن والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي تتركها إصابة أو العجز على حالة المريض منظور إلى ذلك من خلال عمله أو مهنته أو ظروفه الاجتماعية والجسمانية إلى غير ذلك. أنظر محمد = حسين منصور، مرجع سابق، ص 170. كما يشمل الألام النفسية التي قد يتعرض لها المريض في حالة الاعتداء على اعتبار المريض كما في حالة إفشاء الطبيب لسر المهنة، مما يجعل المريض يصاب بضرر يمس سمعته أو كيانه الاجتماعي وحياته الخاصة. مني سعاد، مرجع سابق، ص 17.

(4) السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوجيز في النظرية العامة للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 07.

(5) محمد حسن قاسم، الأهمية العلمية للإثبات، قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 08.

الأخطاء الأخلاقية منها موضوع بحثنا التزام الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض.

إلا أنه يطرح عدّة إشكاليات تحول دون الوصول إلى منح تعويض للمريض ويجبر الضرر اللاحق به (فرع أول). لا تمنح للمريض تعويضاً آلياً وأتوماتيكياً، فالعديد من القضايا بقيت بدون تعويض نظراً لإثبات الخبرة الطبية عدم تحقق فوات الفرصة. وحتى وإن أثبتت فوات الفرصة فإنّ التعويض يكون جزئياً، لذلك عمد القضاء الفرنسي كعادته إلى اتخاذ وسيلة يضمن بها حماية المريض من خلال تأسيس آخر لإخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض وهو المساس بالسلامة الجسدية للمريض. التي سرعان ما كيّفت بأنّها ضرر عدم الاستعداد للمخاطر (فرع ثاني).

الفرع الأول

متابعة الطبيب على أساس نظرية تفويت الفرصة

كانت نظرية تفويت فرصة النجاة من الخطر أو الشفاء من ابتكار القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية للأطباء، والتي يلجأ إليها عندما لا تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكدة وثابتة⁽¹⁾. إذا تعتبر الحل الأنجع لمواجهة الشك والتردد وصعوبة قيام علاقة السببية والتي تعجز حتى الخبرة الطبية عن إثباتها يقيناً⁽²⁾ (أولاً).

لم يقتصر تطبيق نظرية فوات الفرصة على الأخطاء الطبية الفنية المبدأ إنما طبقت أيضاً على الأخطاء الطبية الأخلاقية الإنسانية منها إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض قبل إجراء أي تدخل طبي لا تقبل دعوى المريض الرامية إلى التعويض على أساس فوات فرصة الاختيار بسبب إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام إلاّ بعد تأكد القاضي بأن المريض كان سيرفض التدخل الطبي لو تم إعلامه (ثانياً).

(1) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 185 و 190 و 191.

(2) ادوار غالي الذهبي، خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، د.د.ن، القاهرة، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، 1971، ص 194 و 195.

أولاً/ تبني نظرية تفويت الفرصة

عرفت نظرية تفويت الفرصة تجسيدا فعّالا في مجال الأخطاء الطبيّة الفنيّة من قبل القضاء الفرنسي، الذي وضع مبدأ بمقتضى قرار 14 ديسمبر 1965 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية مفاده أنّ: «كل خطأ طبي فني إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة الشفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة»⁽¹⁾.

كان أول تطبيق لنظرية تفويت الفرصة⁽²⁾ في المجال الطبي من خلال القرار الصادر عن محكمة استئناف فرنوبل الفرنسية بتاريخ 24 أكتوبر 1961⁽³⁾ والتي اعتبرت خطأ الطبيب في تشخيص المرض الذي كان السبب في خطأ الطبيب في اختيار العلاج المناسب قد حرّم المريض بصفة أكيدة من فرصة حقيقة للشفاء⁽⁴⁾.

تعرض القضاء الفرنسي أيضا لنظرية تفويت الفرصة بمناسبة الخطأ في الرعاية الصحية في مجال التوليد والمتمثل في إخلال الطبيب أخصائي في الولادة بالتزامه بالمتابعة الطبية للمرأة أثناء مرحلة الولادة وحتى بعدها. إذ تبث من خلال وقائع هذه الدعوى بأنّ

(1) Boyer CHAMMARD George, MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, op-cit, p 93-94.

(2) استعان القضاء الفرنسي بنظرية تفويت الفرصة لأول مرة سنة 1889 لتقرير المسؤولية العقدية لوكيل القضائي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن.

Req, 17 Juillet 1889, in RUELLAN Caroline, La perte de chance en droit privé, R.R.J, n° 3, presse universitaires d'Aix. Marseille, 1999, p 738.

كما أخذ القاضي الإداري بهذه النظرية كأساس لتقرير مسؤولية الإدارة في مجال الوظيفة العمومية سنة 1928.

Ce, Sect, 03 Aout 1928, Bacon, in ARZAC Rodolphe, l'indemnisation de la perte de chance en droit administratif, R.R.J.n° 2, presses universitaires d'Aix, Marseille, 2007, p 759.

(3) CA de Grenoble, 24 Oct., 1961. In AKID (M), La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, Paris, 1994, p 265.

(4) اعتبرت محكمة فرنوبل من خلال هذا الحكم الطبيب قد حرّم على المريض من فرصة حقيقية في الشفاء وهذا بسبب خطئه في تشخيص ورم أحد المرضى الذي اتجه إليه بعد إصابته على مستوى رسخ اليد. إلا أنّ الطبيب أكد له بعد إجرائه لكل الأشعة عدم وجود أي ضرر وأنّ كل شيء طبيعي غير أنّ هذه الإصابة تضخمت وسببت ورما حادا أثبت الخبير بأنّ الطبيب كان عليه ملاحظة وجود كسر لو قام بمراجعة صور الأشعة بعين مدققة وهو ما ثبت نقص العناية اللازمة بذلها من قبل الطبيب وهو بهذا فوتّ على المريض فرصة الشفاء من هذه الإصابة.

الطبيب لم يراقب حالة مريضة اشتدت لديها الأنيميا بعد الولادة وهو ما كان السبب في وفاتها وبهذا اعتبر القضاء الطبيب قد فوّت على المريضة فرصة البقاء على قيد الحياة⁽¹⁾.

يعتبر تمسك القضاء بتفويت الفرصة مظهراً من مظاهر تشدده المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبيّة انطلاقاً من الرغبة في سلامة المرضى واستناداً إلى ما أحرزه العلم من تقدّم في المجالات الطبيّة⁽²⁾.

تتجسد فوات الفرصة في المجال الطبي في فوات فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة أو فرصة تجنب الخطر⁽³⁾، لذلك فقد عرفت جدلاً فقهيًا حاداً.

تعرضت نظرية تفويت الفرصة إلى هجوم من طرف العديد من الفقهاء⁽⁴⁾، يستندون إلى عدّة اعتبارات أهمّها عدم إمكانية توليد المسؤولية لخطأ لم يكن السبب في حدوث الضرر كما أنّ تفويت الفرصة في النجاة أو الشفاء تتنافى مع طبيعة الالتزام الطبي الذي الأصل فيه أنّه التزام بوسيلة وببذل عناية لا تحقيق نتيجة.

فلا يقبل منطقياً أن نحمل الطبيب مسؤولية أضرار ناتجة عن تدخل طبي، سار فيه بمنتهى اليقظة، وبذل فيه أقصى العناية واتبع فيه أصول المهنة، لا لشيء إلاّ لأنّه فوّت على المريض فرصة الشفاء أو الحياة، كما أنّها تتنافى مع الاعتقاد الذي نؤمن به ألا وهو القضاء والقدر، ذلك أنّ الطبيب مهما أوتي من خبرة ومهارة وحذق في مجال تخصصه ما هو إلاّ معالج، وأنّ الشافي هو الله عزّ وجلّ وأنّ الحياة بيده يقدر أجلها⁽⁵⁾.

(1) حنا منير رياض، مسؤولية الأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص 466.

(2) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 171.

(3) صاحب ليديا، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبيّة...، مرجع سابق، ص 12.

(4) من بين الفقهاء المعارضين سافيتيه أما الفقهاء المؤيدين فهم باتك، رابي، بوابيه، سامارومونزان، نقلاً عن محمد هشام القاسم، المسؤولية المدنية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الخامسة، العدد 1-4، جامعة الحقوق والشرعية، الكويت، 1981، ص 93 و94.

(5) حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 185 و190 و191.

عرفت هذه النظرية بالمقابل تأييدا⁽¹⁾ معتبرا ولعل أهم حجة تقوي الأخذ بها هي أنّ كثيرا ما يحاول الخبراء وهم أطباء بالضرورة إبعاد المسؤولية عن زميلهم المخطئ وقد يفعلون ذلك لا شعوريا بتأثير الزمالة، فيشككون في أن يكون الخطأ رغم ثبوته هو السبب الأكيد للوفاة أو الإصابة الجسدية، مما يؤدي إلى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر وإلى حرمان المريض أو ذويه من كل تعويض، وحينئذ يستطيع القاضي عن طريق نظرية تقويت فرصة الشفاء أن يفوّت عليهم غرضهم فيحكم بتعويض المضرور ولو تعويضا جزئيا على الأقل.

لا يلجأ القاضي تلقائيا إلى نظرية فوات الفرصة وإنّما يجب عليه أولا أن يتأكد من وجود فرص جدية تثبت أنّ لولا الخطأ الطبي الثابت لا أمكن اتخاذ احتياطات مناسبة لتجنب الضرر النهائي اللاحق بالمريض⁽²⁾.

لم يقتصر تطبيق نظرية فوات الفرصة على الأخطاء الطبية الفنية المبدأ إنما طبقت أيضا على الأخطاء الطبية الأخلاقية الإنسانية منها إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض قبل إجراء أي تدخل طبي.

يهدف إعلام المريض قبل إجراء أي تدخل طبي إلى منحه فرصة الاختيار بين قبول الخضوع له أو رفضه أي اتخاذ القرار الطبي المتعلق والمنصب على جسده. لذلك فالطبيب يحرم مريضه من ممارسة حقه في قبول أو رفض التدخل الطبي إذا لم يحم بتنفيذ التزامه بالإعلام قبل التدخل الطبي الذي ترتب عنه تفاقم الحالة الصحية للمريض مقارنة مع حالته الصحية قبل إجراء هذا التدخل ليكون الطبيب بذلك قد فوّت على المريض فرصة رفض هذا التدخل الطبي الضار⁽³⁾.

(1) من بين الفقهاء المؤيدين باتك، رابي، بوابيه، سامارومونزان، نقلا عن محمد هشام القاسم، مرجع سابق، ص 93 و94.

(2) DORSNER-DOLIVET Annik, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénal, op-cit, p 421 et 422.

(3) ROCHY Stéphanie, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D, n° 40, du 12 Nov., 1998, rub-chron, p 381.

لا يعدّ إخلال الطبيب بالإعلام السبب في كامل الضرر اللاحق بالمريض جراء التدخل الطبي كما أكدّه القضاء الفرنسي بمقتضى قرار تيسيي Teyssier لسنة 1942⁽¹⁾ وإنّما يعتبر حرمان فقط من فرصة تجنب - بقرار أكثر حكمة - الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية مؤكداً أن ضرر فوات الفرصة هي ضرر مغاير للأضرار الجسدية وهذا منذ قرار 7 فيفري 1990⁽²⁾.

لا يمكن الحديث عن ضرر فوات الفرصة بدون وجود ضرر ناجم عن التدخل الطبي أو ما يسمى بالضرر النهائي الذي يتمثل في الحالة التي آل إليها المريض بعد التدخل الطبي وهو ضرر كان المريض يأمل تجنب حدوثه وهو إما عجز أو وفاة وانتقال عدوى أو ولادة معاقة، يتمثل هذا الضرر النهائي عند إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام في تحقق خطر من التدخل الطبي لم يعلم المريض عن إمكانية حدوثه⁽³⁾.

لا يرتبط هذا الضرر النهائي بعلاقة سببية مباشرة مع إخلال الطبيب بالإعلام وإنّما هو ضرر يحتمل فقط أن يكون هذا الخطأ سببا في حدوثه لذا فلا مجال للتعويض عنه. في حين حرية الاختيار اتخاذ القرار ورفض هذا التدخل وتفاذي هذه الأضرار النهائية التي تسبب فيها التدخل الطبي قد فوتت على المريض لذا فهي ضرر محقق وجب على القاضي التأكد من وجودها⁽⁴⁾.

(1) Cass, req.28 janv 1942 : D.C. 1942.63. «...mais attendu que la cour déclare que l'opération de l'ostéosynthèse, pratiquée sans le consentement du malade, a été à l'origine des accidents infectieux et de la gangrène qui a nécessité l'amputation de l'avant-bras du malade ; que de cette constatation souveraine la cour a pu déduire que le fait illicite commis par le chirurgien, sans lequel le dommage ne se serait pas produit, en était, la cause génératrice, qu'elle n'a, en conséquence, violé aucun des textes visés au=moyen », MEMETEAU (Gérard), Le droit médical, jurisprudence française, librairie de la cour de cassation, Paris, 1985, p 346.

(2) Cass civ, 7 février 1990: « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé ».

(3) SOUPLET Isabelle, La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale, mémoire dans le cadre du DEA de droit public, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille II, droit et santé, Paris, 2002, p 96.

(4) ARZAC Rodolphe, L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif, R.R.J, n° 02, presses universitaires d'Aix Marseille, 2007, p 761.

إذا كانت علاقة السببية بين الخطأ والضرر النهائي المترتب عن التدخل الطبي صعبة ومستحيلة الإثبات الأمر الذي يترتب عنه عدم قيام مسؤولية الطبيب فإنّ العلاقة السببية من الخطأ وضرر تفويت الفرصة لا بد من إثبات قيامها.

يتأكد القاضي من أنّ الطبيب قد فوّت على المريض فرصة تفادي هذه الأضرار بالتوصل إلى أنّ هذه الفرصة حقيقة وجدية بمعنى بالاقتناع بأنّ قرار المريض سيكون رفض هذا التدخل لو تم إعلامه بالمخاطر التي قد تنجر عنه⁽¹⁾.

يصل القاضي إلى الاقتناع بجديّة هذه الفرصة ووجود احتمال كافي لتحقيقها بالاستعانة بخبير ذلك أنّ للخطأ الطبي جانب فني لا يجوز إهماله حتى ولو كان هذا الخطأ هو إخلال بالالتزام بالتبصير والحصول على الرضا.

لا يستطيع القاضي أن ينصب نفسه حكما على ما يعدّ من الأخطار المتوقعة التي يتعيّن البوح بها، وما لا يعدّ كذلك فيجوز كتمانها. كما لا يستطيع أن يجزم بقيام حالة الاستعجال التي يعفى الطبيب من الالتزام بالحصول على الرضا المتبصر، لذلك فهو يلجأ لأهل المهنة والاختصاص لحسم الجوانب الفنية للخطأ⁽²⁾.

يعد الخبير خبرة طبية من خلالها يتم تقدير الفرصة حسابيا على أسس علمية مدروسة التي تترجم فرصة الشفاء أو البقاء حيا إلى نسب مئوية. كما يصل فيها إلى تحديد نسبة احتمال رفض المريض للتدخل الطبي وهي احتمالات يصل من خلالها القاضي إلى تقريب الاحتمال من اليقين⁽³⁾. ليقدر القاضي مدى فوات الفرصة على المريض، وهو ما

(1) BACACHE-GIBELLI Murielle, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, Centre de documentations multimédia en droit médical, p 6 voir sur: www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 430

(3) BERAUD وهذا ما يميّز الفرصة عن الفرضية التي رغم وجود إمكانية الحدوث إلا أنّها افتراض لا يمكن إثباته (3) M, Le principe de la réparation de la perte de chance, p 4, voir: www.droit.univ-paris5.fr/aocivcom/01memoire/beraud.m.pdf.

يمكن من تقرير قيمة الفرصة الضائعة التي تصبح شيئاً ملموساً مقيماً⁽¹⁾ فهذه الاحتمالات هي التي تضفي على مبلغ التعويض صفة المشروعية⁽²⁾.

ثانياً/ إشكاليات تفويت الفرصة في إنصاف المريض

1) صعوبة قبول القاضي للتعويض على أساس فوات الفرصة

أظهرت العديد من الاجتهادات القضائية رفض القاضي طلب المريض بالتعويض وقرّر عدم تأسيس دعواه لعدّة أسباب.

أ/ العمل الطبي ضروري

* عدم وجود حرية الاختيار بين القبول أو الرفض

قرّرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 سبتمبر 1998 رفض دعوى المريض الرامية إلى تعويضه على أساس فوات الفرصة جراء إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام مؤسسة قرارها بأنّ المريض كان متواجداً في وضعية لم تترك له حرية الاختيار بين القبول أو الرفض وهذا لأنّ الأمر كان يتعلّق بتدخل طبي ضروري ولا غنى عنه لمواجهة إمراض تؤدي لا محالة إلى العجز أو الوفاة. فلا مجال في هذه الحالة إلى الحديث عن فوات الفرصة نتيجة إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام⁽³⁾.

وعلى العكس من هذا فإنّ حالات قبول التعويض على أساس فوات الفرصة محدودة في نطاق التأكد من أنّ قرار المريض هو الرفض ومن أمثلة ذلك أن يكون التدخل الطبي غير ضروري والذي لم تمّ إعلام المريض بالمخاطر التي تنجر عنه سيختار أن لا يعرض نفسه للخطر فهو يتمتع بحرية كاملة في الاختيار لذا فإنّ الإخلال بالإعلام هو السبب في كامل الضرر الذي أصاب المريض⁽⁴⁾.

(1) COROUGE Elise, Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (Conclusions sur CCA de Paris, 9 juin 1998, Gulbot), R.F.D.A, n° 3, 2000, p 639.

(2) BOUCHER J, BOURGEOIS-MACHUREAU (N), Indemnisation de la perte de chance, Le conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme, A.J.D.A, n° du 28 Janvier 2008, p 139.

(3) PENNEAU Michel, le défaut d'information en médecine (note sous CAA Angers, 11 Sep. 1998), D., n° 03 du 21 janvier 1999, rub juris, p 50.

(4) عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، مداخلة في إطار المجموعة المختصة في المسؤولية القانونية لمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 188.

*** لا وجود لتدخل طبي أقل خطورة أو إذا كانت النتائج الايجابية للتدخل تفوق مخاطره**

تقابل دعوى المريض بالرفض أيضا إذا كان لا يوجد أي تدخل طبي آخر أقل خطورة يمكن أن يقدم للمريض فالقضاء يعتبر أنّ رغم قيام الطبيب بالإعلام فإنّ المريض سيقبل بهذا التدخل ويصدر عنه رضا⁽¹⁾.

كما لا محل للحديث عن فوات الفرصة إذا أسفر التدخل الطبي على نتائج ايجابية تفوق ما ترتب عنه من مخاطر وكان المريض يعاني من آلام قليلة وبسيطة بالمقارنة مع تلك التي قد يعاني منها في حالة رفض القيام بالعملية الجراحية.

فرغم الضجة التي عرفها صدور قرار 07 أكتوبر 1998 والذي من خلاله أقرّ القضاء الفرنسي بأنّ الطابع الاستثنائي للخطر لا يعفي الطبيب من الإعلام إذا كان الخطر جسيما، غير أنّ ما أثار دهشتنا أنّه صدر في قضية لم تثر فيه مسؤولية الطبيب رغم إخلاله بالالتزام بالإعلام. إذ أنّه لم يعلم المريض بخطر جسيم استثنائي.

إلا أنّ القضاء لم يقرّ أية مسؤولية للطبيب ولم يلزمه يدفع أي تعويض مدني لأنّ تقرير الخبرة أظهر بأنّ التدخل الطبي ضروري وهو الوحيد الذي يمكن له أن يحسن من حالة المريض ولقد أسفر إلى نتائج ايجابية من جهة، ومن جهة أخرى أكد بأنّ الأضرار التي يشكو منها هذا المريض تعتبر قليلة وبسيطة أمام ما قد كان سيعاني منه لو لا هذا التدخل الطبي⁽²⁾.

ب/ إذا كانت مخاطر تطور المرض أكبر من مخاطر التدخل الطبي

يرفض القاضي تعويض الضرر على أساس فوات الفرصة إذا كانت المخاطر المترتبة على تطور المرض أكبر من المخاطر الناتجة عن التدخل الطبي رغم أنّ إخلال الطبيب بالإعلام ثابت⁽³⁾.

(1) LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel, système d'indemnisation, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd, 1993, p 59.

(2) Arrêt n° 1568 du 07 Octobre 1998 (civ I): «Néanmoins, le médecin n'a pas été condamné à payer des dommages et intérêt à ce patient. Il ressortait en effet du rapport d'expertise d'une part, qu'en égard au caractère de l'affection dont il était atteint, l'intervention qu'il avait subie était indispensable et seule de nature à améliorer son état et qu'elle avait aboutie à l'amélioration escomptée, d'autre part, que les troubles qu'il subissait du fait du risque étaient moindre que ceux découlant de la non réalisation de l'intervention». Cité in HUREAU J et POITOUT D, op-cit, p 174.

(3) BACACHE M, Le défaut d'information sur les risques de l'intervention: quelles sanctions pour une indemnisation au-delà de perte de chance, D., n° 15, 2008, p 1909.

ج/ العمل الطبي احتمالي

رفض القضاء الفرنسي⁽¹⁾ أيضا إقامة مسؤولية الطبيب رغم إخلاله بالالتزام بالإعلام، ولم يقبل تعويض المريض عن فوات الفرصة معتبرا الضرر الناتج عن تحقق الخطر الذي لا يعلم عنه المريض من قبيل الاحتمال الذي يهيمن على كل عمل طبي.

د/ لا وجود لضرر نهائي

لا مجال لإثارة الفرصة الضائعة ولا يمكن ادعاء وقوع أية خسارة إذا لم يسفر التدخل الطبي على أي ضرر نهائي رغم عدم قيام الطبيب بالالتزام بالإعلام، لأنّ القول بغير ذلك يؤدي إلى إثراء المريض بدون وجه حق على حساب الطبيب⁽²⁾.

إذ قرّر القضاء الفرنسي بمقتضى قرار 13 نوفمبر 2002⁽³⁾ بأنّ الطبيب لا يعفى من المسؤولية لأنّ الخطر الذي لم يتم الإعلام عنه استثنائيا وإنّما لأنّ القاضي لم يتأكد بأنّ المريض كان سيرفض التدخل الطبي لو علم بهذا الخطر كما أنّ هذا الخطر لم يتحقق. وهو ما يظهر بأنّ ضرر فوات الفرصة يرتبط بالضرر النهائي. إذ أنّ تحقق هذا الأخير يجعل من فوات الفرصة أمر محققا⁽⁴⁾ يصبح حالا عند تأكد القاضي من فواتها فهي بذلك ضرر يعوّض عنها.

وبهذا فإنّ أغلب الحالات التي تعرض على القضاء لمتابعة أطباء أخلوا بالتزامه بالإعلام تقابل بالفرض وعدم إقامة المسؤولية وبالتالي عدم تعويض المريض الذي يستند عند مطالبته بالتعويض على إخلال الطبيب بقاعدة قانونية تعرف عنها أنّ الجزاء هو ما تضمن صفتها الردعية والإلزامية وهذا ما يدفع إلى الشك في طبيعة الالتزام الملقى على عاتق الأطباء.

فمن خلال معايير تحديد القاضي لقيام الفرصة من عدمها يتضح أنّه يستند لتحديد ذلك على إحصائيات تطور المرض وليس الفرض الفردية الخاصة بالحالة الصحيّة للمريض وهو

(1) LAROMET Christian, L'indemnisation de l'alea thérapeutique, D., n° 4 du 28 janvier 1999, rub chron, p 36.

(2) علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 128.

(3) Civ 1^{ère}, 13 novembre 2002, Bull, civ I, n° 265. Cité in BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre, Les grands arrêts du droit de la santé, op-cit, p 38.

(4) DURRY George, responsabilité contractuelle..., op-cit, p 304.

ما لا يحقق حماية للمريض⁽¹⁾.

(2) التعويض الجزئي للمريض

لا بدّ من تعويض المضرور استنادا إلى اعتبارات العدالة والإنصاف وتركيزا على الصفة غير المغتفر عنها والجسيمة للخطأ الذي وإن لم يكن سببا أكيدا في إحداث الضرر النهائي إلا أنه ولاشك في ذلك أي بالنظر إلى جسامته وجسامة الضرر المترتب عن التدخل الطبي، سببا في تفويت فرصة الشفاء والاختيار على المريض⁽²⁾.

وجب على القاضي - بعد تأكده من جدية الفرصة الضائعة وبأن المريض قد ضاعت عنه فرصة اتخاذ قرار رفض التدخل الطبي الضار-، إنصاف هذا المريض والحكم له بتعويض يجبر هذا الضرر.

وبما أنّ القاضي يكون اقتناعه بوجود هذه الفرصة وبالوصول إلى القرار الذي كان المريض سيتخذه لو تم إعلام الطبيب له بناء على احتمالات فإنّ قيمة التعويض تكون بقدر هذا الاحتمال. لذا فهو مجرد تعويض جزئي يعكس ما كان بإمكان المريض تجنبه لو منحت له هذه الفرصة ولا يتم التعويض على الضرر النهائي كله⁽³⁾.

ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض كل الضرر النهائي هو أنّ هذا الأخير ضرر احتمالي، يتعذر رفع الاحتمال إلى اليقين وإلزام الطبيب بالتعويض عنه. لذا يقتصر التعويض على قيمة الفرصة الضائعة أي تعويض جزئي للضرر النهائي⁽⁴⁾.

فإذا نظرنا إلى قيمة التعويض مقارنة بقيمة الضرر النهائي فما هو إلا جزء منه ذلك أن تعويض الضرر كاملا يستلزم وفقا للقواعد العامة أن يكون الضرر أكيدا ومحققا وليس احتماليا. أمّا إذا نظرنا إليه مقارنة بنسبة الفرصة الضائعة فهو يشكل تعويضا كاملا لهذه الفرصة الضائعة.

(1) PENNEAU Jean, La responsabilité médicale, op-cit, p 121.

(2) BOUSSARD Sabine, La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière : Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière, R.F.D.A, n°, rub Etudes, 2008, p 1026.

(3) DURRY George, responsabilité contractuelle, faute médicale et perte de chance de suivie, R.T.D, CW, soixante dixième tome, éd SIREY, 1972, p 103.

(4) GOUESSE (Etienne), réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation, L.P.A, n° 17, 25 janv. 2000, p 12.

لا يعوّض القاضي عن كل الضرر النهائي إلاّ أنّه يستند إليه لتقدير قيمة الفرصة الضائعة فبعد حساب نتيجة التدخل الطبي والذي يتمثل في الكسب الأصلي الاحتمالي الذي حرّم منه الضرور بسبب فوات فرصته أي قيمة الشفاء أو قيمة تحسن حالته لو لا الخطأ⁽¹⁾ يقوم كمرحلة ثانية بتحديد قيمة الفرصة الضائعة والتي يتمثل في نسبة احتمال رفض المريض للتدخل الطبي لو يتم إعلامه⁽²⁾.

يؤثر محدودية ورمزية هذا التعويض على المريض الذي يسعى جاهدا من خلال إقامة دعوى المسؤولية من جراء إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام إلى الحصول على تعويض منصف جراء المساس بإحدى حقوقه المشروعة والمكرّسة قانونا والمستندة إلى حقه في السلامة الجسدية.

الفرع الثاني

ضرر عدم الاستعداد للمخاطر

حتى وإن لم يلحق بالمريض أي ضرر مادي جسماني نتيجة التدخل الطبي الذي لم يستوف فيه الطبيب التزامه بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، فإن عدم تنفيذه لهذا الإلتزام يشكل مساسا بحق الشخص في سلامة جسمه. كما أن عدم إحترام إرادته هو إهدار لكرامته و لإحدى حقوقه المشروعة وهو ما يرتب ضرار معنويا للمريض.

أكد القضاء الفرنسي ضرورة وأهمية الإعلام وارتباطه الوثيق بالحقوق الأساسية للإنسان. من خلال القرار المؤرخ في 9 أكتوبر 2001 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾ والذي أسس التزام الطبيب بالإعلام على ضرورة احترامه للمبدأ الدستوري وهو احترام كرامة الإنسان.

نقصد بالضرر المعنوي في المجال الطبي، ذلك الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة الآلام والمعاناة الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية، بسبب خطأ الطبيب

(1) Chartier Yves, La réparation du préjudice dans la responsabilité civile, Dalloz, Paris, 1983, p 687.

(2) صاحب ليدية، مرجع سابق، ص 30.

(3) D. 2001 JP. P 3470, Rapport P. Sarg os أشار إليه محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان...، مرجع سابق، ص 37.

الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى.

يتمثل أيضا في الآلام النفسية التي يشعر بها المريض فيما ينشأ من تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسمه أو بعضها، ويمتد إلى ما يلحق بالمريض من ضرر يمس سمعته وكيانه الاجتماعي، وحياته الخاصة نتيجة إفشاء السير المهني، كإذاعة خبر عن شخص أنه مصاب بمرض خطير. وهو ما عبرت عنه إحدى محاكم مصر في قرار لها: «أنّ الأمراض من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة على جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم وبالأخص بالنسبة للفتيات، فإنّه يضع العراقي في طريق حياتهن و هذا خطأ يستوجب التعويض»⁽¹⁾.

يحق للمريض أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁾ طبقا لنص المادة 182 من ت م الجزائري التي تنص على ما يلي:

«يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».

خطى القضاء الفرنسي خطوة جبارة بعد عدّة سنوات اكتفى فيها بإقامة مسؤولية الطبيب المخل بالالتزام بالإعلام على أساس تفويت الفرصة، هذه الأخيرة التي لا تحقق أية فعالية لهذا الالتزام. هي خطوة تظهر من خلال قرار الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 جوان 2010⁽³⁾.

(1) راجع بالتفصيل: عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 20 وحمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 297.

(2) لم ينص المشرع الجزائري قبل تعديل التقنين المدني بموجب القانون رقم 05.10 المؤرخ في 20 حزيران 2005 صراحة على جواز التعويض عن الضرر المعنوي إذ جاء لفظ الضرر الوارد في المادة 124 من ت م ج عاما ممّا يفهم منه حق التعويض عن الضررين في حين أقرت صراحة نصوص خاصة مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي إذ تنص المادة 05 من قانون الأسرة على يلي: «... إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض...». وهو ما اعتبره البعض سهوا أو قصورا من المشرع الجزائري خاصة وأنّ القضاء الجزائري مستقر على التعويض عن الأضرار المعنوية.

راجع في ذلك: مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 182. وكذلك: بوخرس 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 115.

(3) «Vu les articles 16, 16-3, alinéa 2, et 1382 du code civil;

Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à=

كان حق الشخص في سلامة جسمه وكرامته منطلق وأساس قرار 3 جوان 2010، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية والذي أقر استنادا إلى نص المواد 16 و 16-3 والمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي ترعى مبدأ الكرامة الإنسانية وسلامة جسم الإنسان. إذ أقرّ القضاء بمقتضاه أن إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام يشكل ضررا لا يجب على القاضي أن يتركه بدون تعويض. وبأنّ عدم تنفيذ لطبيب للالتزام بالإعلام شكل ضرار مستقلا عن ضرر تفويت الفرصة.

أكد القضاء من خلال هذا القرار وجود طبيعى ومنطقي وآلي للضرر في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام وهو ضرر يجب على الأطباء التعويض عنه. ثمن الكثير هذا القرار واعتبروه خطوة تمنح فعالية للالتزام وتسهل على المريض سبل الحصول على تعويض و تجعل الطبيب ملتزم بالقيام به.

أكدت قرارات أخرى صادرة عن القضاء الفرنسي ما قرره قرار 3 جوان 2010. أي وجود ضرر معنوي مستقل عن ضرر تفويت الفرصة، لكنها أعادت تكييفه بمقتضى قرار 12 جويلية 2012⁽¹⁾ صادر عن محكمة النقض الفرنسية بأنه ضرر عدم الاستعداد

=laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation;

Attendu que pour écarter toute responsabilité de M. Y... envers M. X..., l'arrêt, après avoir constaté le manquement du premier à son devoir d'information, retient qu'il n'existait pas d'alternative à l'adénomectomie pratiquée eu égard au danger d'infection que faisait courir la sonde vésicale, qu'il est peu probable que M. X..., dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de l'intervention, aurait renoncé à celle-ci et aurait continué à porter une sonde qui lui faisait courir des risques d'infection graves»; Cour de cassation, civile, chambre civile 1, 3 juin 2010, n° 09-13, 591. www.legifrance.gouv.fr.

- (1) «...Qu'en revanche, indépendamment de toute atteinte corporelle causée par l'acte médical non consenti, le non-respect du devoir d'information cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation, mais qui ne saurait être constitué par une perte de chance d'éviter le dommage ; qu'en confirmant néanmoins la décision des premiers juges, qui avaient condamné le Docteur MAHE à indemniser Monsieur Y... au titre d'une perte de chance d'éviter le dommage, après avoir pourtant constaté qu'au regard de la nécessité de l'intervention, Monsieur Y... avait uniquement subi un préjudice moral, la Cour d'appel a violé les articles 16 et 16-3 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et l'article 1382 du Code civil...». Cour de cassation, civil, chambre civile 1.12 Juillet 2012, 11.17.510, publié au bulletin, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

للمخاطر التي لم يعلم عنها المريض، والتي تحققت. إلا أنّ المريض لا يحق له المطالبة بالتعويض على أساس تفويت الفرصة لأن العمل الطبي ضروري.

منح إذن هذا القرار حق للمريض في المطالبة بالتعويض عند إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام وبالحصول على الرضا الحر والمتبصر حتى وإن كان التدخل الطبي ضروري وهو ما لم يكن ممكناً له على أساس تفويت الفرصة.

أما إذا كان التدخل الطبي غير ضروري وأخل الطبيب بالالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض فبالإضافة إلى قيام ضرر تفويت فرصة الاختيار بين الإقدام أو الإحجام، فإن ذات الإخلال يسبب ضراراً معنوياً للمريض يتمثل في الصدمات النفسية التي تلحق به جراء عدم الاستعداد للمخاطر.

لا يقتصر هذا على القطاع الخاص وإنما يطبق حتى في القطاع العام إذ تبع مجلس الدولة الفرنسي نفس المنحنى من خلال قرار 10 أكتوبر 2012⁽¹⁾. الذي أكد وجود ضرر عدم الاستعداد والتحضير للمخاطر إلاّ أنّه حصر التعويض على هذا الأساس عند حصول أضرار جسدية.

يلاحظ أن الفرق بين القرارات واضح. فقرار محكمة النقض الفرنسية لم يستلزم وجود ضرر جسماني لمساءلة الطبيب المخل بالالتزام بالإعلام أي لا وجود لعلاقة بين ضرر عدم الاستعداد والضرر النهائي المترتب عن التدخل الطبي فحتى وإن أسفر التدخل الطبي إلى نتائج ايجابية ولم يلحق بالمريض أي ضرر فإنّ الطبيب يساءل حين إخلاله بالالتزام بالإعلام في حين قرار مجلس الدولة لا يساءل الطبيب المخل بالالتزام بالإعلام إلاّ إذا ترتب عن التدخل الطبي ضرراً جسدياً.

لم تتوان محكمة النقض الفرنسية في تأكيد ضرورة مساءلة الطبيب حين إخلاله

(1) «...Qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a pu subir du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles...». Conseil d'Etat 5^{ème} et 4^{ème} sous sections réunies, 10/10/2012 n°350426. www.legifrance.gouv.fr.

بالالتزام بإعلام المريض وهذا ما يظهره قرار 23 جانفي 2014⁽¹⁾ الذي أكد بأن كون العمل الطبي ضروري لا يعفى الطبيب من الالتزام بالإعلام.

أكد مجلس الدولة الفرنسي قرار 16 جوان 2016⁽²⁾ الذي فيه بأن الأضرار الناجمة عن عدم الاستقرار مفترضة بما أضافه هذا القرار من طرف مجلس الدولة الفرنسي هو أنه إذا كان على المريض أن يعطي أدلة على الأضرار اللاحقة به، إلا أن الضرر المعنوي والآلام النفسية التي تلحق به عند اكتشافه للأضرار ونتائج العملية التي لم تعلم بها ولم يحضر لحصولها هي مفترضة. وهو ما يشكل ضمانه أخرى لحماية المريض وهذا بتسهيل الحصول على تعويض.

يسعى دائما القضاء الفرنسي إلى جعل عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام خطأ مدني موجب للتعويض حتى وإن اقتضى الأمر الخروج عن القواعد العامة التي تمنع تعويض الضرر مرتين، إلا أن القضاء وبمقتضى القرار الصادر مؤخرا بتاريخ 25 جانفي 2017⁽³⁾ قرر

(1) «...Le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation...». Arrêt n° 65 du 23 janvier 2014 (12.22.123). Cour de cassation première chambre civile ECLI: FR CC ASS: 2014: C100065. www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premierechambre_civile_568/65-23-28286.hotmail.

(2) «...Considérant qu'indépendamment de la perte d'une chance de refuser l'intervention, le manquement des médecins à leur obligation d'informer le patient des risques courus ouvre pour l'intéressé, lorsque ces risques se réalisent, le droit d'obtenir réparation des troubles qu'il a subis du fait qu'il n'a pas pu se préparer à cette éventualité ; que s'il appartient au patient d'établir la réalité et l'ampleur des préjudices qui résultent du fait qu'il n'a pas pu prendre certaines dispositions personnelles dans l'éventualité d'un accident, la souffrance morale qu'il a endurée lorsqu'il a découvert, sans y avoir été préparé, les conséquences de l'intervention doit, quant à elle, être présumée; qu'il suit de là qu'en exigeant de M. B...qu'il établisse la réalité du préjudice résultant de cette souffrance, le tribunal administratif de Lyon a entaché son jugement d'une erreur de droit; que ce jugement doit, pour ce motif, être annulé en tant qu'il statue sur la réparation du préjudice d'impréparation...». Conseil d'état, 5^{ème} chambres réunie, 16/06/2016, N° 382479, www.legifrance.gouv.fr.

(3) «... qu'indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte individuel de prévention, de diagnostic ou de soins a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice moral résultant d'un défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, qui, dès lors qu'il est invoqué, doit être réparé...». Casse.civ.1ère, 25 janvier 2017.pourvoi N°15.27.898, cour de cassation.fr.

تعويض المريض جراء إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام مرتين الأولى على أساس تفويت الفرصة والثانية على أساس عدم الاستعداد للمخاطر.

إعتبر البعض⁽¹⁾ ربط التعويض عن الضرر الأدبي بالضرر المادي هو في الواقع شفافية موضوعية قائمة على فلسفة إثبات تحقق الضرر المعنوي وسهولة تقدير التعويض عنه.

يكون تقدير التعويض عن الضرر المعنوي استناداً إلى معيار شخصي⁽²⁾ فما يتركه العجز والتشوه في الشخص أمر يختلف بالنظر إلى عدة عوامل لا بد أن يأخذها القاضي بعين الاعتبار حين تقديره للتعويض وهي السن والجنس وطبيعة العمل، والظروف الاجتماعية وحتى محل الإصابة في الجسم⁽³⁾.

يعرّف التعويض بأنه تقديم البديل، ولا طالما أن النقود هي أحسن بديل⁽⁴⁾، فإذا كانت هذه الأخيرة عندما تقدم للمتضرر معنوياً لا تمحو الأحران والآلام والأوجاع⁽⁵⁾ إلا أنها وسيلة لإرضاء النفس ومواساة للمضرور وهو ما يؤدي إلى تخفيف آلامه⁽⁶⁾.

كل هذه المعطيات تظهر لنا أنّ نجاح التدخل الطبي يجعل التعويض جراء الإخلال بالإعلام والحصول على الرضا الحر يكون رمزياً زهيداً إن لم يكن مرفوضاً أصلاً، بعد كل الصعوبات التي يواجهها المريض في الإثبات والإقناع، هو ما لا يعكس مكانة وأهمية الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض الذي كان ولا بد أن يسهل القانون للمريض سبل الحصول على تعويض حين إجلال الطبيب به هو ما يصبغ هذا الالتزام

(1) فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ص 281، ص 295، 273.

(2) قمرأوي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، الموسوعة الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، دبتا، ص 54، ص 47-68.

(3) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ و الضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت - باريس)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 314.

أنظر أيضاً، اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار أساسها وشروطها)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 115.

(4) مقدم سعيد، مرجع سابق، ص 79.

(5) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 280.

(6) مقدم سعيد، مرجع سابق، ص 79.

بالإلزام والردع ويدفع الأطباء إلى التقيد به، إلا إذا اقتضت الضرورة أو الإستعجال عدم تنفيذه.

يصادف المريض صعوبات أخرى في الحصول على مبلغ التعويض حتى بعد صدور حكم يقره نظرا لما قد يجد فيه الطبيب من إفسار واستحالة المواجهة الفردية لما قد حل من مصائب⁽¹⁾، فضمامنا لطمأنينة كلا الطرفين ألزمت أغلب التشريعات منها التشريع الجزائري والفرنسي⁽²⁾ باكتتاب تأمين يعطي مسؤوليتهم المدنية.

ألزم المشرع الجزائري من خلال نص المادة 167 من أمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات⁽³⁾ والمؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير.

أكد على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية لممارسي القطاع الخاص من خلال المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-23⁽⁴⁾ التي تنص على أنه:

«يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة، ومستخدميها ومرضاهم».

ورتب إجراءات على الأطباء الذي لا يمثلون لهذا الإلتزام وهذا من خلال نص المادة 184 من أمر 95-07 المذكور أعلاه ومتمثل في غرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج⁽⁵⁾.

يضمن هذا التأمين تعويض المريض في حالة ثبوت المسؤولية المدنية للطبيب سواء عقدية أو تقصيرية، كما يغطي الأضرار المادية والمعنوية التي تتجر عن أخطاء الأطباء

(1) بركات عماد الدين، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي وأهميته، مجلة المحامي، عدد خاص، المسؤولية الطبية ولا خطأ الطبي في ضوء القانون والإجتهاد القضائي، عدد 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص 126، ص ص 123، 146.

(2) Voir art. L 1142-2 du c.s.p stipule: « les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissement de santé, services des santé (...) sont tenus de souscrire une assurance destinée a les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative...».

(3) أمر 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج ر ج ج عدد 13، صادر بتاريخ 8 مارس 1995، معدل ومتمم.

(4) مرسوم تنفيذي يتضمن المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج ر ج ج، عدد 33، صادر بتاريخ 20 مايو 2007.

(5) راجع المادة 184 من أمر 95-07.

وأهميته تتعاضد أمام التقدم العلمي لمهنة الطب الذي أسفر إلى إستعمال الآلات وأجهزة عديدة لا تخلو من المخاطر. لذلك الأطباء يكونون عرضة للمساءلة القانونية⁽¹⁾.

يقوم التأمين على التضامن والتعاون بين مجموعة من الأفراد الذين يتعرضون لنفس الخطر من خلال توزيع ما يترتب عن هذه الأحداث من خسائر مالية بين أفراد المجتمع فيخفف ذلك من حدتها بالنسبة لكل واحد منهم⁽²⁾.

لم يخصص المشرع الجزائري نظاما مستقلا للتأمين في المجال الطبي، وهذا ما يجعل الخبراء يجدون عدة صعوبات في تقدير الضرر وتقييم العجز لما لمهنة الطب من خصوصيات، فالكثير من الأمراض غير محتواة في هذا النظام كما أن مقدار التعويض يكون استنادا للأجر الأدنى المضمون آنذاك، وهذا ما يجعل المريض -حتى في مجال الأخطاء الطبية الفنية- لا يتحصل على تعويض يعكس ما لحقه من ضرر⁽³⁾، فبعد كل ما تكبده من أضرار جسمية ومعنوية وغيرها، يصدم بتعويض غير منصف.

إنّ كل هذه الإشكاليات والصعوبات التي تحول دون حماية المريض المتضرر تنذر وتستدعي بشدة وضع نظام تأمين خاص بالأخطاء والحوادث الطبية.

يغطي التأمين فقط التعويض حين إثبات خطأ الطبيب ولا يضمن التعويض على أساس المخاطر، لأنّ هذه الأخيرة يؤدي إلى ارتفاع الأقساط التي يلتزم الطبيب المؤمن له بدفعها للشركة المؤمنة والتي سيقطعها من مرضاه، مما يؤدي إلى زيادة المصاريف على المريض⁽⁴⁾.

يفهم من هذا أنه إذا تملص الطبيب من المسؤولية و لم يثبت خطؤه فان المريض يبقى بدون تعويض بالرغم من وجود أضرار وهذا ما لا يشكل حماية للمريض المتضرر. أمّا

(1) مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجاً، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بكايد، تلمسان، العدد السابع، 2010، ص 113.

(2) فيلالي علي، ملاحظات حول، مرجع سابق، ص 31.

(3) معاشو نبالي فطة، معاشو شمس الدين، التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الطبية، مداخلة في الملتقى الوطني الرابع حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017، ص 03.

(4) ذكرت المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة شروط الاستفادة من التعويض وهي انتفاء خطأ الطبيب والمرفق الصحي العام، ووجوب أن تتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي خارج نطاق الخطأ أو عدوى مرضية في المستشفى، وأن يكون الضرر ناتج عن أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج، بمعنى توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الفني.

المشرع الفرنسي ضمن تعويض المضرور من الحوادث الطبية ووكّل هذه المهمة إلى الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية شريطة أن يزيد العجز عن 24%⁽¹⁾. ما يفهم منه أن ما يقل عن هذه النسبة لا يعوض وهذا ما لا شكلا أيضا حماية للمريض المتضرر.

نظرا لصعوبات إثبات الخطأ في المجال الطبي ووصول المريض في أغلب الحالات إلى طريق مسدودة، بالرغم مما يلحقه من أضرار قد يجد في نص المادة 140 مكرر 1 من ت م ج منفذا للتعويض والتي خولت الدولة مسؤولية التعويض في حالة عدم وجود مسؤول عن الأضرار الجسدية إذ تنص على ما يلي:

« إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني و لم يكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر».

بالإضافة إلى حصر هذه المادة لمجال التعويض في الأضرار الجسدية، فإنّ عدّة إشكاليات أخرى جعلت من تطبيقها أمرا صعبا، إن لم نقل مستحيلا، إذ لم توضع شروط تطبيقها فهل يقصد بانعدام المسؤول، أن يكون مجهولا أو انتفاء الخطأ أو العلاقة السببية وهل يمكن الاستعانة بها إذا كان المسؤول معسرا، ما هي إجراءات المطالبة بالتعويض وهل يكون ذلك بدعوى قضائية ضد من و من تمثل الدولة⁽²⁾.

يواجه المريض صعوبات كثيرة ومتعددة للوصول إلى حقه في التعويض، فبعد ما ينهكه ويفزعه المرض تشتت حالته بإجراءات قانونية وقضائية طويلة منهكة تنتهي في الأخير إلى رفض الدعوى أو منح تعويض رمزي وجزافي. وهو ما يفسر عزوف المرضى عن القضاء ولا مبالاة الأطباء بالتزاماتهم، لذا بات من الضروري توفير حماية للطرفين ووضع مبادئ خاصة للمسؤولية في المجال الطبي لخصوصيات أطرافها، محلها، والدور الذي تلعبه في المجتمع.

(1) هذه النسبة حددها مرسوم 4 أبريل 2003 بعدما كانت المادة 1142-1 من قانون 4 مارس قد حددها ب 25%.

(2) فيلالي علي، ملاحظات حول...، مرجع سابق، ص 22.

المطلب الثاني

عبء إثبات إخلال الطبيب بالالتزام

يكلف الخصم الذي يدعي أمرا معينا بإقامة الدليل على ما يدّعيه. وإلا اعتبر ادعاؤه بغير أساس، مما يقتضي رفض دعواه، وفقا للقاعدة المعمول بها في الإثبات والتي مفادها أنّ «البينة على من ادعى»⁽¹⁾.

يجب على المدعي تقديم الدليل على صحة ما يدّعيه، بينما يكفي خصمه باتخاذ موقف سلبي، في انتظار ما سوف تسفر عليه محاولات المدعي في النهوض بالإثبات (فرع أول). الأمر الذي يجعل المدعى عليه في مركز أفضل من المدعي. وهذا ما يفسره مصطلح عبء الإثبات فهو تكليف بحمل ثقل⁽²⁾. وقد يؤدي الإخفاق في تحمل هذا العبء إلى خسران دعواه. لذلك فحماية له تم قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب والذي يعتبر منعرجا حاسما في العلاقة الطبية (فرع ثاني).

الفرع الأول

تكليف المريض بالإثبات

لا تأثير في مجال المسؤولية المدنية للطبيب لطبيعة المسؤولية بين الأساس العقدي والتقصيري في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، بل أنّ طبيعة الالتزام هو الذي يؤثر في ذلك⁽³⁾، وهو يختلف حسب ما إذا كان التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، أو التزاما بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾.

يقع إثبات الخطأ الطبي كأصل عام على عاتق المريض، وتعليل سبب اعتباره الملتزم بالإثبات هو أنّ التزام الطبيب كقاعدة عامة رغم اعتباره ذا طابع تعاقدية، ليس التزاما بتحقيق بنتيجة. وإنما هو التزام ببذل عناية وبذلك فإنّ خطأ الطبيب لا يتحقق بمجرد عدم

(1) محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، دتا، ص 32.

(2) هديلي أحمد، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد الأول، جويلية 2007، ص ص 101-104.

(3) حسن علي الدنون، مرجع سابق، ص 467.

(4) بلحسن سامية، منصور علجية، موحلي نورية، الخطأ الطبي المنشئ للمسؤولية المدنية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005-2008، ص 19 و 21.

شفاء المريض، بل لا بدّ على المريض أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب وتقصيره⁽¹⁾ (أولاً). يعدّ إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض لمدة طويلة من الزمن أمر حال دون إنصاف هذا الأخير الذي يجد صعوبات كبيرة في الوصول إلى الإثبات لعدّة عقبات (ثانياً).

أولاً/ أساس تكليف المريض بالإثبات

عندما يكون الالتزام الواقع على الطبيب هو بذل عناية فقط، فعلى المريض الذي يدّعي تضرره من خطأ طبي، إثبات أنّ الطبيب التزم فعلاً بتقديم العلاج له، إلّا أنّه لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه. مع إثباته للضرر الذي يدّعيه. والعلاقة السببية بينهما.

لا يجوز على هذا الأساس افتراض خطأ الطبيب لمجرد إصابة المريض بضرر لأنّ الخطأ واجب الإثبات. يستطيع الطبيب أن ينفيه بإقامة الدليل على أنّه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية. فينبغي على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة. أي أنّ سلوك الطبيب لم يكن مطابقاً لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى. وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به.

يشكل الإخلال بالحصول على الرضا الحر و المتبصر للمريض، جزءاً من الالتزام العام الملقى على عاتق الطبيب، وهو التزام ببذل عناية مطابقة للمعطيات العلمية أي هو التزام بعمل، يقع عبء إثبات خطأ الطبيب على عاتق المريض⁽²⁾.

إتباعاً لهذا المنحى استقرت العديد من الأحكام القضائية لمدة طويلة من الزمن⁽³⁾ على إلزام المريض بإثبات عدم قيام الطبيب بالحصول على رضاه الحر والمتبصر قبل التدخل الطبي، ومنها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 ماي 1951 التي أكّدت بأن عبء إثبات عدم الوفاء بالتبصير يقع على عاتق المريض الذي يدّعي بأنّ الطبيب لم

(1) محمد هشام القاسم، مرجع سابق، ص 10.

(2) سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص 141.

(3) ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الصادرة بتاريخ 26 جوان 1969 إلى أنّ التزام الطبيب هو بذل عناية خاصة وأنّ المريض إذا أنكر على الطبيب بذل عنايته المفروضة، فهنا يكون عبء إثبات هذا التقصير على عاتقه إلّا أنّه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجع إهمال الطبيب فإنّه بذلك يكون قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه وينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى الطبيب. ويتعيّن على الأخير لدفع مسؤوليته أن يثبت وجود حالة ضرورة تنفي عنه هذا الإهمال. كما وصل إجماع في الولايات المتحدة الأمريكية على إيقاع عبء الإثبات على عاتق المريض فهو المكلف بإثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام إذ اعتبرت المساس بجسم المريض يتطلب مبدئياً تبصير المريض فإذا ادعى هذا الأخير تقصير الطبيب فيقع عليه عبء إثبات ذلك. أشار إليها سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص 141.

يبصره على نحو كاف إذ يجب عليه أن يقيم الدليل على ذلك⁽¹⁾. إذ اعتبرت عقد العلاج قرينة على الرضا بالعلاج لصالح الطبيب وأنّ على المريض أن يثبت عكس هذه القرينة. وهو ما لقي تأييدا كبيرا من جانب الفقه⁽²⁾

يجعل بعضهم⁽³⁾ الأصل أو الراجح في هذا المجال، هو حصول الطبيب على موافقة المريض على التدخل الطبي. إذ أنّ احترام إرادة المريض هو الأصل وعدم احترامها هو الاستثناء. وبالتالي يقع عبء الإثبات على من يدّعي خلاف هذا الأصل. وهو ما يتلاءم مع قرينة البراءة التي تمثل الأصل العام حتى في مجال تنفيذ الالتزامات⁽⁴⁾.

يفسر البعض الآخر⁽⁵⁾ هذا المبدأ بأنّ فيه ترجيح لمصلحة الطبيب وحماية له، حتى لا يكون محلا لدعاءات زائفة من قبل المرضى الغير راضين عن نتائج العلاج.

ثانيا/ صعوبة إثبات المريض لإخلال الطبيب بالالتزام

ما لبث الفقه⁽⁶⁾ أن تبين الصعوبات التي تترتب على تكليف المريض بالإثبات، فالقول بأنّ المريض هو الذي يقع عليه عبء إثبات عدم إعلام الطبيب له، يعني عمليا تجريد حقه في الإعلام من كل قيمة. فهو في الواقع لا يملك أي عنصر من عناصر إثبات ما يدّعيه⁽⁷⁾.

يتحمل المريض عبء إثبات واقعة سلبية وهي عدم إعلام الطبيب له أو عدم الحصول على رضاه. وهو عبء لاحظ الفقيه سافتييه منذ وقت مبكر في تعليق له على حكم محكمة

(1) تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن مريضا يدعى Bisot جريت له عملية بتر ساق نتيجة خطأ في التشخيص من قبل الجراح والطبيب المعالج له. رفع المريض دعوى على الطبيبين مطالبا بالتعويض استنادا إلى ما ارتكباه من خطأ جسيم في التشخيص، وأنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته. ذهبت محكمة استئناف Angers إلى إدانة الجراح باعتباره المسؤول عن العملية الجراحية والذي يجب عليه أن يتحقق من رضا المريض بها ويقدم الدليل على أنّ المريض قد رضي بالعملية التي أجريت له وانتهت المحكمة من ذلك إلى إلزام الطبيب بتعويض المريض عن الضرر الناتج عن تخلف هذا الرضا. ومع ذلك فإنّ محكمة النقض نقضت هذا الحكم وقررت بأنّه إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح والمريض يتضمن من حيث المبدأ التزاما على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية التي يقدر أهميتها للمريض إلا بعد الحصول مقدما على الرضا الحرّ والمتبصر للمريض فإنّه يقع على عاتق هذا الخير، عبء إثبات إخلال الطبيب بهذا الالتزام العقدي وذلك بعدم إعلامه بطبيعة العملية الجراحية وعدم الحصول على رضائه بها. أشار إليه محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 61.

(2) من أمثال الفقهاء الذين أبدوا إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض الدكتور وأبو العلاء عقيدة ومحمود محمد مصطفى والدكتور محمد عادل عبد الرحمن.

(3) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 74.

(4) جابر محجوب علي، دور الإرادة ...، مرجع سابق، ص 424 - 425.

(5) مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص 282 و 283 و 284.

(6) محمد حسين منصور والدكتور إيهاب يسر أنور والدكتور محمد عبد الوهاب الخول

(7) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 76.

النقض الفرنسية المؤرخ في 29 ماي 1951 مدى التعنت الذي يمثله إثبات واقعة سلبية للمريض، خاصة أنه يعد بلا شك الطرف الضعيف في علاقته بالطبيب⁽¹⁾، بوصفه جاهلا لخبايا الفن الطبي، وبسبب المرض الذي يعانيه. كلّها ظروف تزيد من مشقته في النهوض بالإثبات، لذلك فهو إثبات إن لم يكن مستحيلا فهو صعب للغاية⁽²⁾.

فبالإضافة إلى تكليف المريض بإثبات واقعة سلبية لا مظهر خارجي لها⁽³⁾. فإن صعوبة المريض في الإثبات تزداد بالنظر إلى خصوصية العلاقة الطبية، وكذلك إلى الظروف التي يمارس فيها العمل الطبي.

فأما عن خصوصية العلاقة الطبية فهي علاقة تغلب عليها الثقة. التي لا نتصور فيها الغدر ممن نثق فيه، ويغيب فيها القانون بما يتضمنه من أدلة إثبات، سواء في الكتابة أو شهادة الشهود⁽⁴⁾... الخ، وهي ثقة أدت بصفة عامة إلى أن الطبيب يحصل على موافقة المريض على التدخل الطبي شفويا.

ما يدعم هذا الاتجاه هو كون العقد الطبي في ذاته عقد رضائي لا يحتاج في إبرامه إلى أي شكل خاص. كما لا يتطلب القانون أو القضاء أي كتابة حتى لمجرد قيامه. فمن هنا كان منطقيا أن تكون هناك حرية في الإثبات فيما يتعلق بتنفيذ هذا العقد⁽⁵⁾. كما تحول هذه

(1) «...Objet les difficultés de preuve du chirurgien, c'est oublier que les difficultés de preuve du malade sont pires, non seulement on voudrait exiger de lui une preuve négative: celle qu'il n'a pas consenti à l'opération, alors que la preuve est la plus difficile de toute, mais on méconnaît le fait que le malade était un faible contractant avec un fort...» note Savatier, sous cass. 29 mai 1951.

أشار إليه علي حسين بحيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 133.

(2) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، مرجع سابق، ص 191.

(3) مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 51.

(4) هي التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد بما رآه أو سمعه بنفسه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي يشهد عليها بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم و ممن يسمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى ومن خصائصها أنها لا تعتبر جعة ملزمة تترك لتقدير القاضي مهما بلغ عدد الشهود نظرا للخطورة التي يمكن أن تتمخض منها ومنها الكذب والنسيان والتواطؤ، فهي حجة غير قاطعة تقبل النفي بأي دليل من أدلة الإثبات الأخرى كما يقبل إثبات عكسه شهادة النفي. إلا أنها حجة متعدية أي أن الثابت بواسطتها تعتبر ثابتا بالنسبة لكل الناس عكس الإقرار براهيمي صالح، الإثبات شهادة الشهود في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، دتا، ص ص 7-9.

(5) سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص 47.

الثقة القائمة بين الطبيب والمريض دون استعداد هذا الأخير المسبق بحصوله على دليل كتابي يمكن الاستعانة به عند الحاجة لإثبات خطأ من وضع ثقته فيه⁽¹⁾.

وأما عن ظروف العمل الطبي، فالمريض لن يجد من يكون شاهدا له على عدم قيام الطبيب بإعلامه والحصول على رضاه. بسبب احتفاظ الأشخاص الذين يشاركون في العمل الطبي بالصمت، هؤلاء إما (ممرضون) لا يجروون يحكم التبعية للطبيب على إدانة مسلكه، وأما زملاء يتقدم لديهم روح الفريق والزمالة وتغطية الخطأ على اعتبارات العدالة. فإذا التزم هؤلاء الصمت، فلن يجد المريض شاهدا على تقصير الطبيب في القيام بالتزامه⁽²⁾.

كل هذه الصعوبات هي التي تحوّل دون قدرة المريض على النهوض بعبء الإثبات وعدم تقديم دليل يؤكد ما يدّعيه في مواجهة الطبيب ممّا يعني عمليا أن يخسر دعواه.

الفرع الثاني

قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب

عندما يكون محل الالتزام هو تحقيق نتيجة، فإنّ الأمر يتطلب تخفيف عبء الإثبات الملقى على المريض إذ يكفي لهذا الأخير الذي يدّعي تضرره من عمل الطبيب أن يثبت وجود الالتزام على عاتق الطبيب بتحقيق نتيجة معيّنة، مع إثبات عدم تحققها بحدوث الضرر بسبب خطأ الطبيب. وبذلك تبقى مسؤولية الطبيب قائمة وخطؤه مفترض، ما لم يثبت أنّه قام بتنفيذ التزامه على أكمل وجه، وتحققت النتيجة المتّفق عليها، أو أنّ النتيجة المقصودة لم تتحقق بسبب تدخل سبب أجنبي عنه أو لخطأ المريض نفسه أو خطأ الغير (أوّلا) وهو ما يترتب عليه نتائج سلبية على العلاقة الطبية (ثانيا).

أوّلا/ أساس التزام الطبيب بالإثبات

عدّلت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها الثابت بالزام المريض بإثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام بعد استقرار دام ما يزيد على النصف قرن. فألقت بعبء إثبات

(1) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 67.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة ...، مرجع سابق، ص 427.

حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه وكان ذلك بمقتضى حكم Hédreul الشهير الصادر في 25 فيفري 1997⁽¹⁾ والذي وصف بأنه من الأحكام ذات المبادئ⁽²⁾.

تتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم، في أنّ شخصا أجريت له عملية بالمعدة تسمى Coloscopie avec ablation d'un polype. انتهت بإصابة بثقب في الأمعاء «une perforation intestinale»، وهو خطر حدّد تقرير الخبير درجة احتمال حدوثه بنسبة 3%. وقد رفع المريض دعوى مسؤولية على الطبيب لمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم تبصيره بهذا الخطر والحصول على رضائه المستنير بالعملية. رفضتها محكمة استئناف Angers، استنادا إلى أنّ عبء إثبات عدم التبصير يقع على عاتق المريض الذي لم يقدّم دليلا على ما يدّعيه⁽³⁾.

(1) Arrêt n° 426 du 25 février 1997, Hédreul (civ. I, Bull. n 75). Il concerne l'obligation particulière d'information par le médecin et l'obligation qui lui est faite d'apporter la preuve qu'il a fourni cette information. Il est considéré comme un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt de 1951. In HUREAU (J) et POITOUT (D), op-cit, p 171.

(2) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 79.

(3) راجع هديلي أحمد، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مرجع سابق، ص 101-104. راجع كذلك:

«Vu l'article 1315 du code civil.

Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation:

Attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisé par le docteur C.M.H a subi une perforation intestinale : qu'au soutien de son action contre ce médecin, M.H a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention, que la cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M.H de son action au motif qu'il appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait pas averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse:

Attendu qu'en statuant ainsi, alors le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte sus visé:

Par ces motifs, et sans qu'il y'ait lieu de statuer sur les deux premières branches du moyen, casse et annule en son entier l'arrêt rendu le 05 juillet 1994, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes; ». In BERGOIGNAN-ESPER C, SARGOS P, Les grands arrêts du droit de la santé, DALLOZ, 2012, p 47:

ألغت محكمة النقض هذا الحكم وقرّرت قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب الذي يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، مستندة على نص المادة 1315 فقرة 02 من التقنين المدني بعدما كانت تستند على الفقرة الأولى منها.

تعتبر بذلك الالتزام بإعلام المريض التزاما بتحقيق نتيجة، يتميز ويختلف عن الالتزام العام في العلاج الذي يعتبر التزام ببذل عناية فقط. الأمر الذي دفع إلى المناداة بإيقاع عبء إثبات الإخلال بالالتزام بالحصول على رضا المريض على عاتق الطبيب، كون الالتزامان مرتبطان ومتكاملان. فالإعلام يهدف إلى الحصول على الرضا المتبصر والحصول على الرضا بدون إعلام ممهد له يعتبر تنفيذا معييا للالتزام⁽¹⁾ وأنّ مركز الطبيب يجعله الأقدار على الإثبات⁽²⁾ ذلك أنه يثبت واقعه ايجابية عكس المريض الذي يثبت واقعة سلمية.

هذا ما يؤكد بأنّ رضا المريض يبتعد عن الطابع العقدي، ليجد مصدره في المساس بجسم الإنسان. لذا وجب على الطبيب أن يبرر بأنّ مساسه بجسم الإنسان مشروعاً، وأنّه وفّر كل شروط المساس المشروع، منها الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض.

وبعبارة أخرى، كانت محكمة النقض قبل قرار Hédruel، تقدر أن الوضع الطبيعي والأقرب إلى القبول، هو أن المريض قد حصل على التبصر اللازم من الطبيب، حيث لا يكون من المتصور أن يسلم المريض نفسه إلى هذا الأخير دون أن يكون قد أحيط بالحد الأدنى من الحقائق عن طبيعة العلاج ومخاطره.

أمّا بصدور هذا القرار، فقد قدرت المحكمة أن الأصل هو سلامة المريض الجسدية وأنّ هذا الأخير ليس عليه سوى أن يثبت حدوث إخلال الطبيب بتلك السلامة، أمّا الطبيب فيجب عليه أن يثبت أنه أدى التزامه بتبصر المريض بكافة مخاطر التدخل الطبي⁽³⁾.

نتيجة لهذا بعد تقرير وجود هذا الالتزام، يقوم الزبون أو المريض بالادعاء أنّه لم يتلق إعلاماً كافياً. فإنّ الملتزم بالإثبات في هذه الحالة لا يكون بالاستناد إلى الفقرة الأولى السالفة الذكر وإنّما على الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي والتي توقع عبء

(1) محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 182.

(2) Le principe de meilleur aptitude à la preuve». Cité in YVES HENRI Leleu, Genicot (g), le droit médical, op-cit, p70.

(3) سليم رستم، شرح مجلة الأحكام العدلية، بيروت، 1986، ص 59، 60.

الإثبات على الدائن الذي يدّعي قيامه وتحرره من الالتزام إما بإثبات للتنفيذ أو بتبريره للأسباب التي حالت دون استيفائه للالتزام. وهي بذلك تعتبر خطأ الطبيب خطأ مفترض.

تجدر الإشارة إلى أنّ هذا القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية لا يقتصر نطاق العمل به على الطبيب ولا على العلاقة العقدية فقط وإنما يمتد إلى كل المهنيين كالمحامي مثلاً وإلى كل علاقة بين الطبيب والمريض حتى خارج الإطار العقدي⁽¹⁾.

لم يقتصر هذا التحول بشأن عبء إثبات الالتزام بالإعلام على محكمة النقض فمجلس الدولة الفرنسي لم يتأخر عن اللحاق به بمقتضى حكمين صدرتا عنه بتاريخ 5 جانفي 2000⁽²⁾، قرّر فيهما أنّ عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج.

أما بالنسبة للقضاء العربي لم نجد أي حكم أو قرار نقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام في المجال الطبي من عاتق المريض إلى عاتق الطبيب. أما المجلس الأعلى المغربي قضى في قراره الصادر بتاريخ 27 أبريل 2005⁽³⁾ بما يلي:

«من المقرر فقها و قضاء في المسؤولية العقدية أن المدين هو الذي يتحمل عبء الإثبات في حالة الالتزام الإيجابي أي القيام بعمل في حين يتحمل الدائن العبء المذكور إذا كان الالتزام سلبيا أي التزاما بالامتناع عن عمل، وبالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أنّ المطلوب الباقي أحمد هو صاحب الحمام وبالتالي فهو الطرف المدعي في العلاقة التي تجمعها بالطالبة على اعتبار كونه ملزما بتوفير الظروف الملائمة لاستحمام الطالبة بشكل طبيعي في حمامه ولذلك فهو المكلف بإثبات وجود أرضية حمامه في حالة جيدة وقيامه

(1) DOSDAT Jean-Claude, Les normes nouvelles de la décision médicales, op-cit, p 369.

(2) هما قراراي قيلولو وتال الصادران عن مجلس الدولة الفرنسي إذ نقل القاضي الإداري الفرنسي عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب لأول مرة بموجب نظره في الطعن بالنقض في قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 9 جوان 1998 (قضية قيلولو) إذ قرّر مجلس الدولة الفرنسي تأييد قرار المحكمة كما يلي:

«...En se fondant, pour estimer que les praticiens avaient omis de fournir cette information, sur le fait que l'établissement hospitalier de Paris n'établissait pas que: l'intéressé avait été informé des risques de l'intervention, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit...». Cité in BON Pierre, alignement de la= jurisprudence administratives sur la jurisprudence judiciaire, (Note sous conseil d'Etat, section, 5 janvier 2000 Assistance publique, hôpitaux de Paris et consort telle J.R.F.D.A, n°3, 2000, p 659.

(3) القرار عدد 1208 مؤرخ في 2005/04/27، الملف المدني عدد 2004/3/1/886. مجلة المجلس الأعلى المغربي رقم 66-2006، ص 35 و 37.

بتنظيفها من الصابون وغيره من المواد المسهلة للانزلاق والسقوط والمحكمة بالرغم من اعتبارها المطلوب هو الملزم ببذل العناية المذكورة غير أنها ألزمت الطالبة بإثبات كون أرضية الحمام مبللة وتوجد بها بقايا الصابون المؤدية إلى سقوطها فقبلت بذلك عبء الإثبات وجاء قرارها معللا فاسدا مما يعرضه للنقض»⁽¹⁾.

دعم الفقه⁽²⁾ إيقاع عبء الإثبات على عاتق الطبيب، مؤسسا موقفه على عدّة اعتبارات أهمّها أنّه على من يدّعي خلاف الأصل إثبات ذلك. إذ يجب على الطبيب أن يبرّر العمل الذي قام به، وعبء الإثبات من ناحية المبادئ العامة في الإثبات يقع على من يدّعي خلاف الأصل، والأصل هو عدم المساس بجسم الإنسان. وعلة من يدّعي أنّ هناك سبب يبرّر المساس به أن يقيم الدليل على توافر هذا السبب بعناصره منها الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض⁽³⁾.

(1) حيث تفيد محتويات الملف و القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة إستئناف الدار البيضاء بتاريخ 2003/07/10 في الملف عدد 02/2833 أنه بمقتضى المقال والمذكرة المودعين بإبتدائية الفداء درب السلطان ادعت خيرة الداودي أنها بتاريخ 1998/06/01 كانت تستحم بحمام المدعى عليه الباقي أحمد و سقطت بسبب بقايا الصابون الموجودة على أرضيته و أصيبت بكسر في يدها اليمنى ملتزمة بالحكم بتحميله كامل المسؤولية وبأدائه لها تعويضا إجماليا قدره 160.000 درهم و إحلال المدعى عليها شركة التأمين أطلنطا محله يف الأداء وعززت طلبها بصورة من محضر الشرطة وشواهد طبية والأجر والميلاد، وأجابت المدعى عليها شركة التأمين بأن المدعية هي المسؤولة وحدها فيما حدث لها بسبب خروجها من الحمام إلى قاعة الجلوس وهي مطلية بالصابون (البلدي) ما تسبب لها في الانزلاق والسقوط وحكمت المحكمة بتحميل المدعى عليه الأول كامل المسؤولية وبأدائه للمدعية تعويضا قدره 65000 درهم وإحلال شركة التأمين محله في الأداء وإستئنافه المحكوم عليه إستئنافا أصليا كما إستأنفته المدعية الإستئنافات فرعا وقضت محكمة الإستئناف بالإغائه والحكم بعدم قبول الطلب بناء على أن المستأنفة فرعا لم تثبت أن المستأنف الأصلي قصر في بذل العناية المطلوبة منه و لم تدل بما يفيد أن قاعة الجلوس كانت مبللة بصفة غير عادية أو كانت بها مواد سهلت سقوطها وأنّها هي الملزمة بالإثبات فلم تفعل وهذا هو القرار المطلوب نقضه.=

=وحيث تيب الطالبة على القرار نقصان التعليل الموازي لإنعدامه ذلك أن المطلوب صاحب الحمام هو من يدعي وجود أرضية حمامه في حالة جيدة وبالتالي فهو الذي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه و المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه بدل أن تكلف المطلوب بإثبات ما يدعيه كلفت العارضة بذلك. وفي هذا الإطار يكون صاحب الحمام ملزما بتوفير العناية والظروف الملائمة ليتمكن المستحمون من الإستحمام بشكل طبيعي ويتحمل عبء إثبات كون أرضية الحمام كانت في حالة جيدة ونظيفة من بقايا المواد المسهلة للانزلاق والسقوط.

وبالرجوع إلى وثائق الملف يتبين أن المطلوب الباقي أحمد هو صاحب الحمام وبالتالي فهو المدعي في العلاقة التي تجمعها بالطالبة عن إعتبار كونه ملزما بتوفير الظروف الملائمة لإستحمام الطالبة بشكل طبيعي في حمامه ولذلك فهو المكلف بإثبات وجود أرضية حمامه في حالة جيدة و قيامه بتنظيفها من الصابون وغيره من المواد المسهلة للانزلاق والسقوط والمحكمة بالرغم من إعتبارها المطلوب هو الملزم ببذل العناية المذكورة غير أنها ألزمت الطالبة بإثبات كون أرضية الحمام مبللة وتوجد بها بقايا الصابون المؤدية إلى سقوطها فقبلت بذلك عبء الإثبات وجاء قرارها تعليلا فاسدا مما يعرضه للنقض. نقلا عن فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 55.

(2) من الفقهاء الذين أيدوا إثبات الطبيب للإعلام الدكتور محمد فايق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 257، والدكتور عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 05.

(3) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 80.

فالأصل أنّ المريض إنسان له حقوق مقدّسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضائه. وكل اعتداء على حرية المريض أو على حقوقه -حتى إذا كان الدافع إليه مصلحة المريض- يرتب مسؤولية من ارتكابه متى كان في استطاعته أن يحصل على ذلك الرضا⁽¹⁾.

يتحمّل الطبيب عبء الإثبات في كل الأحوال باعتباره يخالف الثابت أصلاً وهو عدم المساس بحرمة الجسد، وأنّ مباشرة العلاج لا تغني عن وجود الرضا. وبالتالي يتحمّل الطبيب عبء إثبات الرضا المتبصر والحرّ إذ عليه أن يبرّر مشروعية فعله⁽²⁾.

يكفي للمريض أن يثبت تدخل الطبيب بعمل يشكل مساساً بسلامة جسده لكي تقوم مسؤولية الطبيب، الذي عليه لكي يتخلص منها، أن يقيم الدليل على أنّه إنّما تدخل بناء على ترخيص من المشرع، كما لا بدّ عليه أن يثبت بأنّ المريض قد رضي بالعمل الطبي، رضا استوفى شروطه بكونه حراً مستنيراً أي أنّه بصره على نحو كاف⁽³⁾.

طالب آخرون⁽⁴⁾ مراعاة اعتبارات العدالة، التي تقتضي مراعاة ظروف المريض المضطّر، إزاء ما تواجهه من صعوبات إثبات الواقعة السلبية. وهذا بإلقاء عبء الإثبات على عاتق الأكثر قدرة على النهوض به أي الطبيب وهذا في إطار حماية الطرف الضعيف في العلاقة الطبية أي المريض.

استند آخرون⁽⁵⁾ على طبيعة الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، إذ اعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة لا اعتبار مهم، هو أنّه ما دام تبرير كون التزام الطبيب ببذل العناية فقط راجع إلى كون العمل الطبي عملاً فنياً احتمالياً، تتدخل في نجاحه أو عدم نجاحه احتمالات وعوامل عديدة تتعدى كفاءة وخبرة الطبيب، سواء تلك المتعلّقة بمناعة جسم المريض وقوّته أو قدرته على مقاومة المرض، أو تلك المتعلّقة بالعوامل الإلهية كون الطبيب معالج والشفاء بيد الله وحده.

(1) محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 191.

(2) سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، مرجع سابق، ص 146.

(3) علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 139.

(4) محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 55.

(5) علي حسن نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، السنة الأولى، العدد الثاني، كلية شرطة دبي، دبي، يوليو 1993، ص 241.

في حين أنّ التزام الطبيب بالحصول على الرّضا التزام أخلاقي قانوني ليس ذو طابع فني احتمالي، وهو شرط من الشروط القانونية لممارسة مهنة الطّـب، فمن هذا المنطلق يتعيّن على الطبيب تحقيق النتيجة وهي تنفيذ الالتزام أو تبرير عدم تنفيذه بوجود سبب أجنبي كرس قانون رقم 2002-303 الصادر في 04 مارس 2002 قضاء النقض السالف الذكر، حيث أضافت المادة 11 منه المادة L1111-5 إلى قانون الصحة العامة التي تنص فقراتها الثالثة على أنّه:

«في حالة النزاع، يمكن لمهني، أو لمؤسسة الصحة إتيان الدليل على إعلام المعني طبقاً للشروط المنصوص عليها في هذه المادة. وهذا الدليل يمكن أن يكون بأية وسيلة»⁽¹⁾.
ثانيا/ نتائج قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب

قابل الفقه⁽²⁾ هذا القرار بالترحاب وأظهر أنّه يحمي المريض وذلك بإعفائه من إثبات واقعة سلبية إلّا أنّه أظهر سلبياته أو بالأحرى كيفية فهم الوسط الطبي له وما هو التغيير الجذري الذي أحدثه.

قوبل قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1997/02/25 والذي قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب بقلق وتخوف كبير من الوسط الطبي والذي حسبهم ينفي الجانب الأخلاقي الذي يربط الطبيب بالمريض. إذ تعتبر ضربة موجعة un mauvais coup للعلاقة الطبية وللثقة التي سيتم تعويضها أو استبدالها بالحدس. لذا يتم إعلام المريض بكل شيء وبكل صغيرة وكبيرة وهذا ما سيخيف المريض الذي لا يحس بطابع مؤانسة الطبيب له حين تلقيه للإعلام⁽³⁾.

(1) Article L1111-5 al (3) du C.S.P.F dispose que: «en cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen».

(2) أكدت أيضا الأستاذة Muriel-Fabre-Magnan «أنّ عبء إثبات القيام بالالتزام لا بدّ أن يقع على الدائن به وليس المدين وهذا لتفادي إجبار المدين على إثبات واقعة سلبية مستحيلة التحقيق»

In Muriel Fabre Magnan, de l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie juridique, préface Jacques Ghestin, LGDJ-coll.Bibl.du.privé, T 221, 1992, p 370.

(3) DOSDAT Jean-Claude, Les normes nouvelles de la décision médicales, op-cit, p 370.

اجتمعت أغلب التعليقات الطبية على هذا القرار، على ضرورة إعداد الدليل الكتابي وهي ضرورة لم يلزم بها هذا القرار، لكنه الحل العملي الوحيد للطبيب إذ أنّ الوقائع إذا لم تدوّن تمحو مع مرور الوقت حتى في أقوى ذاكرة⁽¹⁾.

اقترح المجتمعون في إحدى الحلقات الدراسية التي خصصت لدراسة المسؤولية الطبية، تحرير نوع من المحاضر تتيح للطبيب أن يثبت عند اللزوم أنّه لم يخف مطلقاً أي معلومة عن المريض، خاصة المخاطر التي قد تترتب على العلاج. فيحول بذلك بين المريض وإثبات أنّه لم يبصر⁽²⁾.

يؤدي إذن تكليف الطبيب بالإثبات من الناحية العملية، إلى جعل الكتابة الطريقة الأكثر ملائمة بالنسبة له لتحقيق هذا الإثبات وتؤدي به إلى إعداد دليل كتابي موقع من المريض حتى يتسنى له من خلاله مواجهة الإدعاءات المحتملة بعدم حصول الإعلام والحصول على الرضا⁽³⁾. فهو يرى من الكتابة الوسيلة التي يتفادى بها منازعة المريض ذلك أنّها وثيقة تحمل توقيعه وتدّل على قبوله وسماعه لما ورد فيها.

يلزم القانون الطبيب أن يقدم الدليل الكتابي في المسائل أو الأعمال الطبية التي فرض ضرورة الحصول على الموافقة الكتابية من المريض كشرط جوهري لإجرائها⁽⁴⁾، فعدم توفر الرضا في الإطار الشكلي الذي حدّده له القانون إنّما يعني قيام الطبيب بالعمل الطبي دون الحصول على موافقته ويصبح بذلك الخطأ يفترض من جانبه⁽⁵⁾.

ويكون الإثبات في الحالات التي لم يشترط فيها الإطار الشكلي بكافة الوسائل وهذا ما أقرّه القضاء الفرنسي بمقتضى قرار 14 أكتوبر 1997⁽⁶⁾، وهو بالتالي قد خفف من صعوبة

(1) DOSDAT Jean-Claude, Les normes nouvelles de la décision médicales, Ibid, p 370.

(2) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 136.

(3) محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 97.

(4) راجع المادة 162 من ق.ح.ص.ت.

(5) هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مرجع سابق، ص 243.

(6) Cass.civ 1^{er} cg.14 oct 1997 pourvoi N° 95-19609, http://www.légifrance.gouv.fr/affich_jurijudi.do?... text000007037802 & past reqld=51278516 & fastPos=38.

قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أكتوبر 1997 تحت رقم 22942. نقلا عن د/ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 33.

الإثبات الملقى على عاتق الطبيب الذي يستعين بكل طرق الإثبات مثل شهادة الشهود والقرائن.

يجد الطبيب صعوبات في الاستعانة بهذه الطرق. فأما عن شهادة الشهود فإنّ الطبيب يقوم بنقل المعلومة الطبية في لقاء منفرد بدون وجود شهود. فسرّية الفحص الطبي تجعل من المستحيل حضور شهود⁽¹⁾. وأما عن القرائن⁽²⁾ فإنّ السلطة التقديرية للقاضي في قبولها والذي أثبتت اجتهادات قضائية عدم قبول القضاء لعدّة قرائن للإثبات ومثال ذلك رفض محكمة استئناف Aix-en-Provence في حكمها الصادر بتاريخ 2001/10/10⁽³⁾ الاستناد فقط إلى تعدد زيارات المريضة للطبيب للقول بقيامه بالالتزام بالإعلام. وفي ذات المعنى انتهت محكمة استئناف Nancy بتاريخ 2003/03/02⁽⁴⁾، إلى أنّ قيام الطبيب بفحص الشخص المعني مرتين قبل إجراء الجراحة وانقضاء مدّة ستة أسابيع بين الفحص الأوّل وإجراء الجراحة لا يعتبر دليلاً كافياً لكي يستخلص منه قيام الطبيب بإعلام زبونه باحتمال ألا يؤدي تدخله الجراحي للنتائج المرجوة.

لهذا فإنّ خوف الأطباء من المسؤولية يدفعهم إلى تجهيز محرّرات كتابية باعتبار الكتابة الدليل الممتاز في الإثبات، يوقع عليها المرضى دون علمهم بمحتواها ولا بطبيعتها يستعينون بها للإثبات أمام القضاء⁽⁵⁾.

عارض الفقه مثل العميد سافتييه استعمال ولجوء الأطباء إلى الكتابة، إذ لاحظ أنّ إعداد دليل مسبق يتعارض مع مناخ الثقة اللازم توافره في علاقة المريض بطبيبه والذي تقضي عليها الاحتياطات الجارحة التي تتخذ لسوء النية المحتملة للطرف الآخر⁽⁶⁾.

(1) فودة عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 84.

(2) القرينة القانونية هي ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم لدلالة على أمر مجهول وهي في ذلك تقوم على الوضع الغالب وقوعه، أما القرينة القضائية فهي تستنبط من وقائع الدعوى المعروضة، أي من معلوم هذه الوقائع دلالة على وقائع مجهولة، وبالتالي فالقرينة القضائية لا يمكن أن تتسم بوصف العمومة المسبقة أو أن يتبنى عليها قاعدة عامة للتطبيق مستقبلاً. نقلاً عن سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب...، مرجع سابق، ص 54.

(3) 10/10/2001 juris-Data n° 171770.

(4) 02/03/2003 juris-Data n° 180039.

(5) AMBROSINI JO, op-cit, p180.

(6) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 136.

كما أنّ تقديم هذه الصيغ للمريض لقراءتها والتوقيع عليها قبل العملية أو التدخل الطبي قد يثير القلق والاضطراب لديه ويدفعه إلى رفض الخضوع لعمل طبي يكون بحاجة إليه. وفوق هذا فإنّ القائمة المعدّة سالفاً لن تكون غالباً في مستوى ثقافة المريض، هذا الأخير الذي يكون في حالة نفسية لا تسمح له سوى بالتوقيع على هذه الوثيقة دون قراءتها⁽¹⁾.

يؤدي من جهة أخرى إعداد الطبيب لدليل كتابي وتوقيع المريض عليه إلى تكريس شكلية غير مرغوبة في علاقة الطبيب بالمريض وتبث الشك في نفس هذا الأخير في كفاءة الطبيب وفي نجاعة العلاج وهو ما يهدم الثقة التي يجب أن تهيم على علاقته بالطبيب⁽²⁾.

ترى الباحثة أنّ إعداد محرّر كتابي مسبق بغرض إعلام المريض، هو معاملة كل المرضى بنفس الطريقة، والواقع غير ذلك إذ لكل حالة خصوصيات تميزها عن الأخرى. لذا فالإعلام هو عن حالة المريض لا عن المرض، وهو ما يجب أن يراعي شخصية المريض. ولا يمكن بالتالي أن يكون قابلاً للحصر في نموذج مكتوب موحد لجميع الحالات. فالطبيب وحده هو الذي يقدّر وفقاً لضميره المهني الطريقة التي تسمح بفهم المريض للمعلومة الطبيّة وهو ما يختلف من شخص إلى آخر لا يمكن أن تجمعهم وثيقة واحدة في قالب واحد.

كما لا يمكن للطبيب أن يعرف مقدّماً المخاطر التي يجب أن تدرج في هذه الوثيقة ولا محل للقول بوجود اشتغال الصيغة على المخاطر المتوقعة لكل عملية لأنّ فكرة التوقع تختلف من حالة لأخرى بحسب وضع المريض وظروفه.

يضاف إلى هذا أنّ تمكين الطبيب من القيام بعمله على أحسن وجه وفي أحسن الظروف خاصة أنّه محل ثقة المريض، لا يتأتى ولا يتحقق إذا ألزمناه في كل مرة بإعداد دليل على تبصيره للمريض. وإنّما على العكس يشكل عائقاً عن أداء واجبه⁽³⁾.

لذلك اعتبر البعض⁽⁴⁾ الثقة التي تربط الطرفين وكذا حرية الحركة المطلوب توافرها بالنسبة للطبيب عند قيامه بالعلاج، بمثابة استحالة أدبية بالنسبة للطرفين في أن يقدم دليلاً

(1) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 436.

(2) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب...، مرجع سابق، ص 139.

(3) سعد مسعود عبد الحميد فرج، مدى استجابة الطبيب لإرادة المريض في إجراء العمل الطبي، مرجع سابق، ص 199.

(4) مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 52.

كتابيا بما وافق عليه كل طرف تجاه الطرف الآخر.

إذا كان الطبيب يستند بالكتابة ويعتبرها دليله القوي وينتظر أن تكون سنده وحجته القاطعة للإثبات أمام القضاء، إلا أن الأمر غير ذلك.

ذهب الأستاذ Jourdain⁽¹⁾ إلى أن القرينة التي تنشؤها الكتابة لا تتعلق بوجود الإفشاء وإنما بمضمونه، خاصة أنها لا تظهر كيفية نقل المعلومة الطبية التي يولي لها القانون والقضاء أهمية بالغة. إذ لا يتحقق التنفيذ الصحيح للالتزام بالإعلام ما لم يكن متوافقا مع شخصية المريض ومتناسبا مع مستواه الثقافي ومع قدرات المريض على الفهم. وهو أمر لا يتأتى إلا إذا كان الإعلام بلغة بسيطة ومفهومة وواضحة ومبلغة للفكرة بعيدة عن التعقيدات العلمية وهذا كي يتحقق الهدف من الإعلام وهو تنوير المريض.

فتوقيع المريض على الوثيقة المطبوعة لا يثبت أبدا بأنه فهم ما قدّم إليه من معلومات وهو الشيء الذي أصرّ عليه القانون سواء الجزائري أو الفرنسي وهو ضمان فهم المريض للمعلومة الطبية إذ لا هدف من إعلام ونقل لمعطيات لم يفهمها المريض.

لا يعفي الدليل الكتابي الطبيب من المسؤولية، إذ أثبت المريض أن المعلومة المقدمة بهذه الطريقة لم تكن كافية ولم تكن مفهومة⁽²⁾ كي ينظر إلى هذه المطبوعات المكتوبة على أنها كافية للإعلام لا بد أن تكون واضحة، مفصلة كاملة و متناسبة مع شخصية المريض والتي إذا حرص القضاء على إحترامها، توقف لجوء الأطباء إلى مطبوعات موحدة.

إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات قيام الطبيب بتبصير المريض والحصول مقدما على رضائه، إلا أنها لا تعفي الطبيب من المسؤولية الناشئة عما يصيب المريض من أضرار في بدنه لأن سلامة جسم الإنسان ليست محلا للتعامل حتى تكون محلا لاتفاق يعفي الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية.

كل هذه الإشكاليات التي تطرحها المطبوعات المعدة مسبقا هي التي دفعت المشرع الفرنسي إلى الإصرار على ضرورة إعلام المريض من خلال مقابلة فردية تضمن الإعلام

(1) نقلا عن جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 441.

(2) Liège 30 avril 1998 rev de sq sqnt2 1998 cité in Yves Herri, op-cit, p 68.

الشفهي والحوار المتبادل بين الطرفين⁽¹⁾. لهذا قيل⁽²⁾ بأن الوثيقة أو الصيغة المكتوبة لا تلغي العلاقة الإنسانية بل تمثل دليلاً يؤكد وجودها.

بالمقابل يشكل عدم إصرار المشرع الجزائري على طابع الحوار ولقاء الطبيب مع المريض أثناء الإعلام وكذا عدم اشتراطه لتناسب المعلومة الطبية مع المريض في كل جوانبها هي ثغرات قد تؤدي إلى اعتماد الأطباء على محررات مكتوبة يوقع عليها المرضى تثبت تلقائهم للإعلام وهو ما يبديد الثقة العقدية التي يدعمها الحوار الذي يدور بين الطرفين أكثر من العلاج الذي يتلقاه المريض⁽³⁾.

يستعين طرفي العلاقة الطبية في الإثبات بالملف الطبي للمريض، الذي حضي بتنظيم محكم⁽⁴⁾ ومتطور في التشريع الفرنسي⁽⁵⁾.

يستعين به المريض للحصول على رأي طبي آخر والتأكد بأن الطبيب لم يحسن الإعلام فهو وسيلة إثبات أيضا عن أخطاء الأطباء. لذلك فهو حق مخول أيضا للورثة بعد وفاة المريض⁽⁶⁾. استعانة المرضى بالملف الطبي تظهره إحصائيات التي نقلتها إحدى المراجع عن تزايد نسب اطلاع المرضى على ملفاتهم الطبية⁽¹⁾.

(1) Voir Art. L 1111-2 du c.s.p.

(2) جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 437.

(3) DOPONT Marc, ESPER Claudine, PAIRE Christian, Droit hospitalier, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001, p 290.

(4) تم تنظيم وتأطير مضمون الملف الطبي وطرق الاطلاع عليه بنصوص واضحة بمقتضى المرسوم المؤرخ في 29 أبريل 2002 الذي يعتبر النص التطبيقي لنص المادة 7-1111 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles et les établissements de santé en application des articles. L1111-7 et 1112-1 du code de la santé publique.

(5) كان إطلاع المريض على ملفه الطبي (Un tabou) وهذا لأسباب أخلاقية ونفسية وكذلك قانونية، فالسر الطبي كان حقا للطبيب حتى في مواجهة المريض. هذا الأخير الذي يترك جاهلا لحالته الصحية لمصلحته. سمح عدم=اطلاع المريض على ملفه الطبي بحجب أخطاء الأطباء ومنع قيام مسؤولياته. وهذا ما أثارته قضية الدم الملوث في فرنسا. فالمرضى الذين أرادوا إثبات وجود نقل دم ملوث من قبل الطبيب عانوا الأمرين مع محاميهم الذين عانوا الكثير للوصول إلى معلومات ضرورية للحصول على تعويض. كان قانون الصحة يشترط اطلاع المريض على الملف الطبي بوساطة الطبيب وهو ما رفضته جمعيات الدفاع على حقوق المرضى التي اعتبرت ذلك اعتداء على حقهم في الإعلام. وأن منحهم حق الاطلاع المباشر على الملف الطبي سيسمح لهم بالحصول على رأي طبي آخر والتأكد بأن الإعلام قد تم بشكل سليم كما يتطلبه القانون. رفض الأطباء من جهةهم هذا الاطلاع بالنظر إلى سوء فهم المريض للمعلومات التي يطلعون عليها بدون وجود طبيب وعلى صعوبة تحملها على الصعيد النفسي والإشكالات التي تثور عند اكتشاف أسرار الأسرة. إذ يؤكدون بأن الاطلاع المباشر للمريض على ملفه الطبي سيكون سبب العديد من المتابعات ضد الأطباء. أصبح الاطلاع على الملف الطبي بمقتضى قانون 4 مارس 2002 حقا يمكن للمريض أن يمارسه بصفة مباشرة دون حاجة إلى وساطة طب

(6) اشترطت المادة 4-1111 من قانون الصحة العامة مجموعة من الشروط كي يتمكن الورثة من الاطلاع على الملف الطبي أولها تسبب طلب الاطلاع على الملف إما لمعرفة سبب الوفاة أو استعماله فيما يسمح به القانون، ثانيها أن=

كما أنه يشكل وسيلة إثبات للطبيب على أنه استوفى الإعلام عبر كافة مراحل التدخل الطبي، إلا أن الاستعانة بالملف الطبي يؤدي إلى تكريس الدليل الكتابي المسبق وإفراغ لمبدأ الإثبات بكل الطرق من معناه⁽²⁾.

يشير إيقاع عبء الإثبات على عاتق الطبيب عدّة إشكاليات عمليّة تؤثر على العلاقة الطبية، التي سيغلب عليها الحذر والخوف ويصبح تنفيذ الالتزام وسيلة لدفع المسؤولية عوض أن يكون وسيلة لدعم الثقة بين الطرفين، كما أن استعانة الطبيب بالمطبوعات المكتوبة يفزع المريض الذي لا يخضع للتدخل الطبي لأنه يفهم من الوثيقة المكتوبة دفع الطبيب لكل مسؤولية عنه.

لذلك فإنّ مثل هذه العلاقة تستلزم تنظيما خاصا لقواعد الإثبات بوضع طرق خاصة للإثبات بما يسمح ويحقق حماية الطرفين وتدعيم الثقة الموجودة بينهما والتي تعتبر أساس نجاح أي تدخل طبي⁽³⁾.

= لا يكون المريض قبل وفاته قد عبّر عن رفضه في اطلاع ورثته على الملف. ينصب هذا الإعلام على كافة الوثائق التي تابعت العمل الطبي طوال مراحله من تشخيص وعلاج ووقاية وكذا كل نتائج التحليلات وملخص العمليات... الخ⁽⁶⁾ يستثنى من هذه المعلومات التي يتم الاطلاع عليها المعلومات تلك التي تم الحصول عليها من الغير والتي ليست من طبيعة أو صفة المعلومات التي يتم الاحتفاظ بها والتي يعاد استعمالها أو التي يتم تبادلها بين الأطباء فهي لا تشارك في تحسين ومتابعة التشخيص أو العلاج أو الوقاية وهي بالتالي ليست من المعلومات التي يطلع الغير ولا حتى المريض عليها. هي معلومات لا تدخل ضمن متابعة مسار العمل الطبي للمريض، تم الحصول عليها من الغير مثل الزوج أو أحد أفراد العائلة أو أحد الأقارب أو من المرافق الذي أصرّحه أو نقله إلى المستشفى وهي تتعلق بالوسط الاجتماعي والنفسي والشخصي للمريض.

(1) من خلال دراسة ميدانية عملية لتقييم نسبة الاطلاع على الملف الطبي أسفرت نتائجها إلى أنّ نسب الاطلاع تزايدت منذ سنة 2002 بنسبة 20%، وعن الطالب للاطلاع توصلت هذه النتائج إلى وضع المريض في قمة النتائج نسبته 40% وعن الوثائق التي يطلب الاطلاع عليها فإنّ النتائج أظهرت أنّ المريض يريد الاطلاع على كل ما يحويه الملف بنسبة 30%.

In KOUCHNER Camille, LAUDE Anne, TABUTEAU Didier, Rapport sur les droits des malades 2007-2008, presses de l'école des hautes études en santé publique, Paris, 2009, p 27, 28, 29.

(2) CHAIB Soraya, la preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, p 270.

(3) قثيف غنيمية، حماية حق المريض في الإعلام، مداخل في اليوم الدراسي حول المسؤولية الطبيّة في المستشفى، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 27 نوفمبر 2017، ص 09. (مداخلة غير منشورة).

خاتمة

أنهينا عملنا بعون الله وبحمده وتوصلنا إلى النتائج الآتية:

استجابت أغلب التشريعات إلى ضرورة احترام الطبيب لإرادة المريض قبل إتيان أي تدخل طبي. محترمة بذلك حق الشخص في سلامة جسمه. إلا أنها اختلفت في تقديرها لمكانة ودرجة استقلالية المريض في اتخاذ القرار الطبي.

يتضح من خلال بعض مظاهر تنظيم الدول الأنجلو ساكسونية لإرادة المريض، أنها أعطت استقلالية مطلقة للمريض في اتخاذ القرار الطبي، وما يؤكد هذا أنها اعتبرت رضا المريض الشرط الوحيد للترخيص بالعمل الطبي.

في حين منح التشريع الفرنسي للمريض، دور المشاركة في اتخاذ القرار الطبي مع الطبيب. جاعلة لهذا الأخير حق ترجيح المصلحة على الإرادة كلما اقتضى الأمر ذلك. هو تشارك في المهام أدى إلى وجود طرف يحوز صلاحيات أكثر من الآخر، وهو ما لمسناه في السلطة التقديرية التي يتمتع بها الطبيب في تقدير مصلحة المريض والتي تعد إستثناءا على مبدأ الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض.

يظل القرار الطبي بالرغم من التزام الطبيب باحترام إرادة المريض رهين الوسط الطبي، لأن منح الطبيب صلاحيات تقدير مصلحة المريض، يجعل من هذه الأخيرة تقترب من مبدأ الإحسان وعدم الإضرار، الذي كان يستند عليه نظام الهيمنة الطبية.

يتمتع المريض وفقا للتشريع الجزائري بالتدخل السلبي أي الموافقة على القرار الذي اتخذه الطبيب. وهو تنظيم لا يخلو من النقائص التي تحول دون الوصول إلى حماية المريض سواء أثناء تنفيذ الالتزام أو حين الإخلال به من بينها:

اكتفى بوصف المعلومة الطبية التي ينقلها الطبيب إلى المريض بالواضحة والصادقة متناسيا صفة جوهرية يجب أن تتحلى بها طريقة الإعلام، تتمثل في تناسبها مع مستوى المريض ودرجة ثقافته وذكائه. ذلك أن وضوح المعلومة الطبية لا يقصد به وضوحها عند

الطبيب وإنّما وضوحها واستيعابها من طرف المرضى الذين يختلفون فيما بينهم في درجة الاستيعاب.

- عدم تدعيم المشرع الجزائري لحق المريض في الإعلام، بآليات تضمن تنفيذ الطبيب له. إذ لم يصر على الطابع الشفوي وضرورة التحاور، عند نقل المعلومة الطبية. وهو ما قد يفتح المجال للأطباء في الاستعانة بمطبوعات يوقع عليها المريض، تسهيلا وإسراعا لمهامهم وسندا قانونيا لهم عندما يثور أي نزاع.

- لم يضع المشرع الجزائري أهلية خاصة في المجال الطبي، وهو ما يحيلنا إلى القواعد العامة أي أحكام القانون المدني، الذي يهتم بالمعاملات المالية والتي يخرج جسم الإنسان منها. كما أنّها إحالة أثبت الواقع العملي عدم العمل بها. إذ لا شك أن المريض البالغ من العمر 18 سنة، لا يطلب منه الطبيب أن يصطحب معه ممثله القانوني عند القيام بأي تدخل الطبي. مما يظهر أنّ الفجوة كبيرة بين النصوص القانونية والواقع العملي.

- يتضمن أيضا التشريع الجزائري عدة نقائص في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية وبالضبط حين تنظيمه لشرط الرضا الحر والمتبصر. فإذا كانت الكتابة ضمانا للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء. إلا أنّها غير مؤطرة وغير مسندة لجهة محايدة. ولم توضح عن أي شهود يتحدث النص ويقصدهم المشرع. هي نقائص وجب التركيز عليها لسمو الكتابة إلى درجة ضمانا لأطراف العلاقة.

- لم تكن القواعد المنظمة للالتزام في الحصول على الرضا الحر والمتبصر في إحدى الأعمال الطبية الخطرة ألا وهي التجارب الطبية العلمية، واضحة وموحدة ضمن أحكام تقنيين الصحة ومدونة أخلاقيات الطب. وإنّما كانت مجزأة بين هذه النصوص وقرارات وزارية غير ملحقة بهذا القانون، وهو ما يترتب عنه تشتت أفكار الباحث المطلع والطبيب الذي يود التعرف عليها.

- اكتفى المشرع بفرض بعض الأعمال الطبية تحقيقا للمصلحة العامة، منها التطعيمات الإجبارية، دون أن يخص الخاضع لمثل هذه الأعمال بحماية خاصة تختلف عن

الأعمال العادية. كإقرار التعويض على أساس نظرية المخاطر دون حاجة إلى إثبات الخطأ. وهو ما كان سيمنح للمضرور امتيازات ومركزا مريحا ويعزز فرصه في الحصول على تعويض عادل ومنصف.

- لم يورد المشرع الجزائري أي توضيح لعدّة مصطلحات مهمّة، تضمن احترام الطبيب لإرادة المريض. كالاكتفاء بالإشارة إلى ضرورة الرجوع إلى المخوّل من المريض دون أن يحدد من هو وكيفية تعيينه والمهام المسندة إليه. لذا فالمريض لا يعلم كيفية الاعتماد عليه. الأمر الذي يحول دون الحديث عن ضمانات من ضمانات احترام إرادة المريض.

ندرة الاجتهادات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري في المجال الطبي بصفة عامة و بالخصوص في مجال هذا الموضوع. وهذا لا يرجع بالطبع إلى عدم وجود أخطاء طبيّة وأضرار تلحق بالمريض. وإنّما إلى عدم وصول القضايا الطبية إلى سدّة القضاء.

وهو أمر مرده إحجام بعض المرضى لعدم علمهم بالإجراءات وخوفهم من النتائج. أو إلى المكانة الاجتماعية الراقية للطبيب وإلى معتقدات سائدة في أذهان الجزائري، وهي أنّ الموت مرتبط بالقضاء والقدر، ولعلّ عدم تعديل قانون الصحة منذ 1985 دليل على عدم وعي المرضى بحقوقهم وعدم المطالبة بتطويرها.

- يعود الفضل في تطوير حقوق المرضى في التشريع الفرنسي، فيما يتعلق بمحل الالتزام، وحدوده وعبء الإثبات والضرر الواجب التعويض وتعزير سبل التعويض، إلى القضاء الفرنسي الذي يعرف اجتهادات يومية فعّالة في مجال تعزيز مكانة المريض وحمانيته في العلاقة الطبية.

فهو يسعى دوما إلى إيجاد حلول لحماية الضحية التي تواجه صعوبات جامة في مساءلة الطبيب وخوض المجال الطبي الفني المعقد والمرتبطة بعدة أمور تفلت وتغيب عن علم المريض.

يعتبر أيضا التنظيم المحكم للتأمين في التشريع الفرنسي، أمر ساهم في حماية المريض. بداية بشدة الجزاءات، التي تفرض على الأطباء الذين لا يكتتبون هذا التأمين

مقارنة بالجزاءات الغير ناجعة في التشريع الجزائري. انتهاء بتنظيم وتأطير سبل الحصول على مبلغ التعويض. هي أمور بفضلها أظهر القضاة مرونة في تقدير الخطأ ومن ثم الاستجابة لطلب التعويض. في حين يخلو قطاع الصحة في الجزائر من نظام تأمين مستقل وخاص بالمهنة تبعا لخصوصية الخطأ والضرر الطبي.

تبيّن عدم تخصيص أحكام لمسائلة الطبيب مدنيا و جزائيا، لذلك تكون العودة إلى القواعد العامة. وهو ما يغيب صفة الطبيب وخصوصية الخطأ الطبي من أركان المسؤولية. لذا فتطبيقها في الواقع يصطدم بعدة عقبات، أهمها صعوبة الإثبات وعدم نجاعة التعويض الذي يكون جزافيا وغير منصف.

أما عن الاقتراحات التي يمكن إدراجها، تتمثل فيما يلي:

- ضرورة إعطاء أهمية للمسائل القانونية، بتدريس التشريعات المنظمة لمهنة الطب لطلبة المهنة كي يستلهموها حين أداء مهمتهم. وهو ما يحميهم من الوقوع في أخطاء لعدم معرفتهم بالالتزامات القانونية المفروضة عليهم.
- تنظيم ملتقيات قانونية وأيام دراسية بصفة دورية في المستشفيات وكلّيات الطب بنفس الأهمية التي تعطى للمسائل الطبية الفنية.
- أن تتّضمن الدراسة الأكاديمية للمهنة تقنيات التعامل والتّحاور مع المريض والتواصل معه، بما يضمن تبسيط المعلومة وتوضيحها ومراعاة الجانب النفسي للمريض، الذي يؤكد الطب يوميا أهميته في نجاح العمل الطبي.
- تنظيم وتأطير أو تحديد وتسقيف عدد الزيارات المسموح بها للطبيب في اليوم. وهذا لضمان وجود وقت للحديث والتّحاور والتّعارف والتوضيح، اقتداء بالعديد من الدول التي لا تكون فيها زيارة الطبيب إلا بناء على موعد محدد.
- الحاجة إلى إصدار قانون خاص بالتأمين الإلزامي عن المسؤولية الطبية، يكفل جزاءات ردعية لغير المكتتب، كما يضمن حق المريض المضرور في التعويض الذي يجبر الضرر اللاحق به.

- أن تتّضمن النّصوص المنظّمة لالتزامات الأطباء، المسؤولية الناجمة حين الإخلال بها. سواء المدنية أو الجزائية. فخصوصيات المهنة وأصحابها وأخطاؤها وأضرارها تستدعي أن تستقل المسؤولية الناجمة عنها بأحكام خاصة بها، حين الإخلال بأحد أحكامها.
- أكّد توصيات من سبقوني ومن تخصصوا في البحث في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية وهي:
- توعية المرضى بحقوقهم خاصة في المسائل المستجدة في علم الطب كنقل وزرع الأعضاء البشرية. إذ أنّ المشكلة الأساسية التي تعرقل هذه العمليات تتمثل في نقص التوعية لدى الجمهور، بخصوص معرفة النظام والمبادئ القانونية التي تحكمها. إذ لابدّ من إجراء حملات إعلامية وتحسيسية دورية، عبر وسائل الإعلام والمدارس والقرى والمساجد، لنشر ثقافة التبرع وإنشاعة روح التضامن الإنساني وواجب إنقاذ وإحياء النفس البشرية.
- الاقتداء بالعديد من الدّول العربية والإسلامية، والتي خصّت عمليات نقل وزرع الأعضاء، بتنظيم وقانون مستقلّ يفصل أحكامها وضوابطها والمسؤولية الناجمة حين عدم الامتثال لها. لتسهيل الاطلاع عليها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ المصادر

- القرآن الكريم

ثانياً/ المراجع باللغة العربية

أ) كتب

* كتب عامة

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام وغير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
2. _____، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
3. الحسني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987.
4. الدناصوري عز الدين، الشواربي عبد الحميد، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، د د ن، مصر، 1996.
5. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
6. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
7. _____، الوجيز في النظرية العامة للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
8. الفار عبد القادر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004.

9. اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار أساسها وشروطها)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
10. بعلي محمد الصغير، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2000.
11. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2001.
12. بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
13. جعفر محمد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
14. _____، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
15. جمال مهدي محمود الأكشة، مسؤولية الآباء المدينة عن الأبناء القصر، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
16. حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
17. حسن علي الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الخطأ)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
18. حملي حمود، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشرعية الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
19. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، د.م.ج، الجزائر، 1994.
20. سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

21. شهاب باسم، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011.
22. صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.
23. عابدين محمد أحمد، التعويض منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
24. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت - باريس)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
25. _____، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987.
26. علي حسين نجيدة، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، مصر، 1962.
27. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 1993.
28. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
29. عويس عبد الحليم، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء، المنصورة، د.ت.
30. فودة عبد الحكيم، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الألفى، الإسكندرية، 1995.
31. قشقوش هدى، القتل الرحيم، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
32. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
33. محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، د.د.ن، مصر، 2004.
34. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1990.

35. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
36. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ب ن، 2002.
37. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1982.

* كتب خاصة

1. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، د د ن، مصر، 1978.
2. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدينة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
3. أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر البرمجيات، مصر، الإمارات، 2013.
4. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
5. جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
6. _____، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د تا.
7. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008.
8. حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

9. حسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
10. حسن عودة زغال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2004.
11. حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002.
12. حنا منير رياض، الخطأ الطبي الجراحي (في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
13. _____، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
14. الحيارى أحمد حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
15. خالد جمال أحمد حسن، مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي وإشكالاته العملية التي يثيرها، مؤسسة بداري للنشر والتوزيع، جامعة أسيوط، مصر، 2014.
16. خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
17. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتاب الحديث، الأردن، 2006.
18. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
19. رشدي محمد السعيد، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986.

20. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
21. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
22. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
23. عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
24. عايد الديان سميرة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
25. عبد الحليم محمد منصور علي، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2013.
26. العبيدي زينة غانم يونس، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
27. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
28. مأمون عبد الرشيد، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
29. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
30. مجاهد القاضي هشام محمد، الامتناع عن علاج المريض، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

31. مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
32. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
33. _____، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دار النهضة، مصر، 2011.
34. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
35. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
36. مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
37. مصطفى عبد الحميد عدوى، حق المريض في قبول أو رفض العلاج لدراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي، دار النهضة، القاهرة، د.تأ.
38. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
39. ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
40. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الطبعة الثامنة، الفجر للتوزيع، القاهرة، 2007.
41. يوسف سهيل الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، د.د.ن، عمان، 2004.

ب/ رسائل ومذكرات جامعية

* رسائل الدكتوراه

1. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

2. أقرورو سميرة، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
3. أنس محمد عبد الغفار سلامة، المسؤولية المدنية في المجال الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشرعية الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2009.
4. حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1950.
5. دالي بشير، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، دراسة مقارنة، رسالة الدكتوراه، في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
6. رضا محمد غنيم جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2003.
7. زكريا متولي جلال نقريش، قبول المخاطر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1994.
8. سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر، 2012-2013.
9. سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1990.

10. سيف سالم راشد الشامسي حبيبة، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة عين الشمس، 2005.
11. شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002.
12. صلاح الدين الشيخ إيمان ، التجارب الطبية بين التجريم والمشروعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، الإسكندرية، 2011.
13. عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاته، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
14. عصام أحمد محمد، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1988.
15. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
16. قدري محمد محمود، الحماية القانونية المدنية للمريض، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة القاهرة، 2015.
17. محمد أمين متولي عبد الحميد، المساس بجسم الإنسان لأجل العلاج، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.
18. محمد كامل رمضان، الامتناع عن المساعدة في القانون الجنائي المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1988.
19. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1980-1981.

20. **مروك نصر الدين**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996 - 1997.
21. **معاشو لخضر**، نقل وزرع الأعضاء البشرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2015.
22. **مواسي العلجة**، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
23. **هدى عبد الباسط محمود الشماقي**، المسؤولية عن الأعمال الطبية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014.
24. **وائل محمود أبو الفتوح أحمد العيزي**، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم «دراسة مقارنة»، أطروحة دكتوراه، القاهرة، 2005.

* مذكرات

1. **إبراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا**، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.
2. **أحلووش بولحبال زينب**، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000 - 2001.
3. **اسميثاوى فضيلة**، الإطار، القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4. **براهيمي صالح**، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، د تا.
5. **بغداد ليندة**، حق الإنسان في انصرف بجسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي وحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005.
6. **بلحسن سامية، منصور علجية، موحلي نورية**، الخطأ الطبي المنشئ للمسؤولية المدنية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005 - 2008.
7. **بوخرس 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
8. **بومدين سامية**، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
9. **خالد محمد العويد الزغبوي**، خطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.
10. **داودي صحراء**، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005 - 2006.
11. **سعد مسعود عبد الحميد فرج**، مدى استجابة الطبيب لإرادة المريض في إجراء العمل الطبي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الماجستير

- في القانون الخاص، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، منهور الدراسات العليا، الإسكندرية، 2010.
12. سعيدان أسماء، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001.
13. سلطان جمال، معصومية الجسد في ضوء المفردات الطبية الحديثة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.
14. سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005-2006.
15. صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
16. صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004-2005.
17. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
18. عيساوي فاطمة، الحق في السلامة الجسدية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

19. عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003.
20. غضبان نبيلة، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
21. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
22. محمد علي محمد سالم السمرى، ضوابط ومشروعية جراحة التجميل والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
23. مني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2003 - 2006.

ج/ مقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة العاشرة، 1986، ص ص 81 - 130.
2. ادوار غالي الذهبي، خطأ الطبيب وتفويت الفرصة على المريض، مجلة إدارة قضايا الحكومة، د.د.ن، القاهرة، العدد الأول، السنة الخامسة عشر، 1971، ص ص 194 - 196.
3. أقروفة زبيدة، نقل و زراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 357-376.

4. بداوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، «المسؤولية الطبية»، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د تا، ص ص 29 - 46.
5. بركات عماد الدين، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي وأهميته، مجلة المحامي، عدد خاص، المسؤولية الطبية و الخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص ص 123، 146.
6. بلعربي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 91-115.
7. بن النوي خالد، الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2015، ص ص 244 - 257.
8. بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وآثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 41 - 57.
9. _____، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 170-208.
10. بن عمارة صبرينة، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون والاجتهاد القضائي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2015، ص ص 148-163.

11. بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 125 - 146.
12. بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الحراش، 2004، ص ص 19 - 36.
13. بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 45-73.
14. بويصري سعيد، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 396-422.
15. تدريست كريمة، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 365-398.
16. حابت أمال، المسؤولية التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 177-201.
17. حاج عزام سليمان، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع 7، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي، 2015، ص ص 164-178.
18. حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 277-316.

19. _____، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، دار الهلال لخدمات الإعلامية، الجزائر، دتا، ص ص 76 - 80.
20. حومد عبد الوهاب، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق، السنة الخامسة، جامعة الكويت، الكويت، 1981، ص ص 122 - 205.
21. خالد جمال أحمد حسن، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، العدد الثاني، يوليو 2008، ص ص 146 - 269.
22. _____، أسلوب إبلاغ المريض أو ذويه عن مرضه ومدى خطورته، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والثلاثون، السنة التاسعة، أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر، جامعة القاهرة، 1998، ص ص 115-130.
23. خضراوي الهادي، يخلف عبد القادر، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد العاشر، د.ب.ن، جانفي 2017، ص ص 32-48.
24. خلفي عبد الرحمن، الحماية الجزائية للأعضاء البشرية، مجلة المحامي، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد خاص 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص ص 147-174.
25. دغيش أحمد- بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2008، ص ص 126-147.
26. الذيب جمال، الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 202-233.

27. رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 7-54.
28. سايب عبد النور، انتقاء المقابل المالي شأن التعامل بالأعضاء البشرية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص ص 180-183.
29. سي يوسف كجار زاهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 55-81.
30. شتوان بلقاسم، التشريح الطبي وحقوق الإنسان في الإسلام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 7-33.
31. شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون الحدود وجزاء الإخلال، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، "المسؤولية الطبية"، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د. تا، ص ص 81-94.
32. شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 234-266.
33. صاحب ليديا، علاقة الطبيب بالمريض: الخضوع، التبصير أو التوافق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 2، 2010، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010 ص ص 289 - 303.
34. صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2001، ص ص 65-77.

35. الصياد إبراهيم، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص ص 27-31.
36. عبد الله ليندة، طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 148-169.
37. عجاتي فؤاد، أخلاقيات مهنة الطب بين المقاصد الشرعية والمبادئ الغربية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 209-229.
38. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، مداخلة في إطار المجموعة المختصة في المسؤولية القانونية لمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2004، ص ص 48 - 56.
39. عرابي ثاني نجية، مدى مساءلة الأطباء جنائياً عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص ص 147 - 158.
40. فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ص ص 273-295.
41. فيلاي علي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 36، العدد 3، جامعة الجزائر، 1998، ص ص 39 - 46.
42. _____، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة المحامي، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد خاص 28، منظمة المحامين لناحية سطيف، 2017، ص ص 11-35.

43. قشي علال، المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة وعند

المساس العمدي بالكمال الجسدي، المجلة النقدية للقانون والعلوم

السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي

وزو، 2008، ص ص 348-364.

44. قماروي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر،

الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول،

الموسوعة الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.تأ،

ص ص 47-68.

45. قنيف غنيم، مدى احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي، المجلة النقدية للقانون

والعلوم السياسية، عدد 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري،

تيزي وزو، 2016، ص ص 156-173.

46. قوادري مختار، ضوابط استخدام المعاملات الطبية الحديثة، الموسوعة القضائية

الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، "المسؤولية الطبية"، دار

الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.تأ، ص ص 113-117.

47. مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية

للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود

معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 267-322.

48. التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجاً، مجلة

دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بكايد، تلمسان، العدد السابع،

2010، ص ص 47-68.

49. محمد فخر شفقة، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة

المحامون السورية، السنة 36، العدد 5، 1971، ص ص

135-144.

50. محمد كامل البوز، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشرعية، العدد 1-2، جامعة

الكويت، الكويت، 1979، ص ص 197-209.

51. محمد هشام القاسم، الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، عدد 1- 2، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص ص 79- 94.
52. _____، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الخامسة، العدد 1 - 4، جامعة الحقوق والشرعية، الكويت، 1979، ص ص 17-07.
53. مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، جامعة الجزائر، 1999، ص ص 9-44.
54. معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية لقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 19-38.
55. _____، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص ص 25-43.
56. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، عدد 1-2، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص ص 11-25.
57. مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 324-356.
58. هاملي محمد، تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء وأثرها على حقوق الضحية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 141-176.

59. _____ ، استقلال القاضى فى تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 243-246.

د مداخلات غير منشورة

1. شوقي يعيش تمام، مناصرة حنان، الخطأ كشرط لانعقاد المسؤولية المدنية للطبيب فى التشريع الجزائرى والمقارن، مداخله فى الملتقى الوطنى حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق جامعة عباس الغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017، ص ص 1-9.
2. قنيف غنيمه، إخلال الطبيب بالالتزامات القانونية الأخلاقية، مداخله فى الملتقى الوطنى حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق جامعة عباس الغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017، ص ص 1-9.
3. _____ ، حماية حق المريض فى الإعلام، مداخله فى اليوم الدراسى حول المسؤولية الطبية فى المستشفى، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 27 نوفمبر 2017، ص ص 1-17.
4. معاشو نبالي فطة معاشو شمس الدين، التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الطبية، مداخله فى الملتقى الوطنى الرابع حول المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس الغرور، خنشلة، 5 و6 ديسمبر 2017، ص ص 1-16.

هـ/ نصوص قانونية

* الدساتير

1. القانون رقم 16-01 المؤرخ فى 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستورى، ج.ر. عدد 14، الصادر بتاريخ 2016/03/07.
2. الدستور التونسى لسنة 2014 المنشور على الموقع الالكترونى التالى:

www.tunisie-constitution.org

3. دستور المملكة المغربية لسنة 2011 المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.maroc.ma/files/document.page

* الاتفاقيات الدولية المصادق عليها

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 1948/02/09 صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-339، المؤرخ في 1963/09/11، ج ر عدد 66، الصادر بتاريخ 1963/09/14.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية، مؤرخ في 1966/12/16، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67، المؤرخ في 1989/05/16، ج ر عدد 20، الصادر بتاريخ 1992/12/23.
3. اتفاقية حقوق الطفل، المؤرخة في 1989/11/20، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 1992/12/19، ج ر عدد 91، الصادر بتاريخ 1992/12/23.

* النصوص التشريعية

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، السنة الثالثة، مؤرخة في 21 صفر 1986 الموافق لـ 11 جوان 1966 معدّل ومتمم.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمم.
3. أمر 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج ر عدد 13، الصادر بتاريخ 8 مارس 1995، معدّل و متمم.
4. قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 جوان 1984، معدّل ومتمم.

5. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8، الصادر في 17 فبراير 1985، معدّل ومتمم.
6. قانون رقم 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أبريل 1990، يتعلّق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17، السنة 27، مؤرخة في 01 شوال 1410 الموافق لـ 25 أبريل 1990، معدّل ومتمم.
7. قانون رقم 05-04 مؤرخ في 2005/02/06، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي، ج ر ، عدد 12، الصادر في 2005/02/13.
8. قانون رقم 18-11، مؤرخ في 18 شوال عام 1439، الموافق لـ 2 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46، الصادر بتاريخ 29 جويلية 2018

* النصوص التنظيمية

1. مرسوم رقم 69-88 مؤرخ في 17 يونيو سنة 1969، يتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج ر، عدد 53، الصادر بتاريخ 5 ربيع الثاني عام 1289 الموافق لـ 20 يونيو سنة 1969، معدّل ومتمم.
2. مرسوم تنفيذي رقم 90-261، مؤرخ في 8 سبتمبر 1990، يتضمن تنظيم الدراسة للحصول على شهادة جراح أسنان، ج ر عدد 31 لسنة 1990.
3. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق لـ 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 لسنة 1992.
4. مرسوم تنفيذي رقم 06-154، المؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 31، الصادر بتاريخ 14 مايو 2006.
5. مرسوم تنفيذي رقم 07-23، يتضمن المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية و تنظيمها و سيرها، ج ر عدد 33، الصادر بتاريخ 20 مايو

2007.

*** القرارات الوزارية**

1. قرار رقم 387 المؤرخ في 2006/07/31، يتعلق بالتجارب السريرية. المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99-htm>.

2. قرار رقم 388 المؤرخ في 2006-07-31، يحدد شروط إجراء التجارب السريرية. المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99-htm>.

3. قرار رقم 200 المؤرخ في 2009/07/25، يعدل القرار 112 بتاريخ 22 أكتوبر 1995، يحدد القواعد الحسنة للممارسات السريرية. المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.santé.dz/dossiers/direction-reglement/bulletin-officiel99/circulaires/25-09-99-htm>.

و/ الوثائق

1. قانون نيورمبرخ، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.frqs.gouv-qc.ca/documents/1019/18601/code_nurmberg.1947

2. إعلان هلسنكي، المنشور على الموقع الإلكتروني التالي:

www.frqs.gov.qc.ca/documentq/1019/18601/déclaration-helsinki

ثالثا/ المراجع باللغة الفرنسية

A/ Ouvrages

1. **ABADIE Pascale, BARRE Stéphanie, BUBIEN Yann, DELCEY Michel, BENHAENE Olivier, DUSEHU Etienne, EVIN Claude, PHAKHINE Elsa, WITTMANN Marie France**, Droits du patient information et consentement, Masson éditeur, Belgique, 2004.
2. **AKIDA M**, La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et jurisprudence, LGDJ, Paris, 1994.
3. **ARCHER Frédéric**, Le consentement en droit pénal de la vie humaine, l'harmattan collection sciences criminelles, France, 2003.
4. **AUBY J.M PEQUINOT H**, traité de droit médical, librairies techniques, France, 1956.
5. **BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine**, nouvelle fonction de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin, Dalloz, Paris, 2006.
6. **BENAROYO Lazare**, éthique et responsabilité en médecine, collection médecine société, Genève, 2006.
7. **BERGOIGNAN-ESPER Claudine, SARGOS Pierre**, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, Paris, 2010.
8. **BERIHIAU Denis**, Droit de la santé, Gualino éditeur, Paris, 2007.
9. **BERNHEIM DESVAUX Sabine**, protection de la personne, La relation de soin, médecine et droit, Elsevier MASSON, France,

2011.

10. **BERTRANT Mathieu**, Le droit à la vie dans les jurisprudences constitutionnelles et conventionnelles européennes, éditions du conseil de l'Europe, Belgique, 2005.
11. **BLANDINE Richard**, La responsabilité hospitalière et la loi 04 Mars 2002, centre de recherche administratives, Marseille, 2005.
12. **BOYER CHAMMARD George, MOZEIN Paul**, la responsabilité médicale, presses universitaires de France, France, 1974.
13. **BUIRON Willy**, Droits des patients en fin de vie et pouvoir médical, Harmattan, France.2006.
14. **CLEMENT Jean Marie**, Les droits des malades et la loi du 04 mars 2002, Les études hospitalières, Bordeaux, 2002.
15. _____, Les grands principes du droit de la santé, Les études hospitalières, Bordeaux, 2004.
16. **DEBER NARDINIS Christophe**, Les droits du malade hospitalisé, heures de France, Paris, 2006.
17. **DEMMI (D)**, faire vivre et laisser mourir le gouvernement contemporain de la naissance et la mort, la découverte, paris, 2003.
18. **DOMINIQUE Marie, AUBA Flouzat, TAWIL Sanipaul**, Droits des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, Marabout hachette, France, 2000.
19. **DOPONT Marc, BERGOI-GNAN-ESPER Claudine, PAIRE Christian**, Droit hospitalier, 8^{eme} éd, Dalloz, Paris, 2011.
20. **DORSNER.DOLIVET Annick**, La responsabilité du médecin, collection pratique du droit, Lille, 2002.
21. **DOSDAT Jean-Claude**, Les normes nouvelles de la décision médicales, Les études hospitalières, Bordeaux, 2008.

22. **DUJARDIN Valériane**, La personne mineur, Les études hospitalières, Bordeaux, 2005.
23. **FILIPPI Isabelle, HERRERIA Marianne**, La protection juridique de l'incapable à l'hôpital, Les études hospitalières, Bordeaux, 2002.
24. **FLOUZAT-AUBA Marie Dominique, TAWIL Sami Paul**, droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, marabout, Italie, 2005.
25. **GABRIEL Anaïs**, La personne de confiance dans la loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades, Presses universitaires d'Aix, Marseille, 2004.
26. **GENICOT Gilles**, Nouveaux dialogues en droit médical, Anthémis CUP Commission université Palais, Belgique, 2012.
27. **GRIGAUT Pierre Françoise**, La chirurgie esthétique et plastique « Que sais-je » Le point des connaissances actuelles, P.U.F, Paris, 1970.
28. **HANNOUZ MM, HAKEM A.R**, Précis de droit médical, l'usage des praticiens de la médecine et du droit, office des publications universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993.
29. **HARICHAUX Michèle, MONROCHE André**, Droit de la santé, Dictionnaire commenté, Masson, Paris, 2003.
30. **HERVE Christian, JEAN Michels, MARTINENT Eric**, Les systèmes informatisés complexes en santé, Dalloz, Paris, 2013.
31. **HOCQUET BERG Sophie, PY Bruro**, La responsabilité du médecin, HDF heures de France, France, 2006.
32. **HUBAUX Jean-Marie**, Les droits et obligations du patient, Bruylant Académie, Belgique, 1998.

33. **HUBINOIS Philippe**, législations et indemnisations de la compilation médicale en France et en Europe, Bruylant, Bruxelles, 2006.
34. **HUREAU J et POITOUT D**, l'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, MASSON, Paris, 2005.
35. **KOUCHNER Camille**, **LAUDE Anne**, **TABUTEAU Didier**, Rapport sur les droits des malades 2007-2008, presses de l'école des hautes études en santé publique, Paris, 2009.
36. **LAGREE (J)**, Le médecin, le malade et le philosophe, Bayard, France, 2002.
37. **LAMBERT-FAIVRE (vonne)**, Le droit du dommage corporel, système d'indemnisation, 2^{eme} éd, Dalloz, Paris, 1993.
38. **LEBRUN Pierre Brice**, l'essentiel sur l'autorité parentale, Ellipses, Paris, 2010.
39. **LELOU Yves**, **GENICOT Henni Gilles**, Le droit médical, éd de Bolck université, Bruxelles, 2001.
40. **MARZOUG Sanaa**, **SEGUI- SAULNIER Stéphanie**, Le dossier médical du patient, Guide juridique pratique, Berger Levrault, Paris, 2010.
41. **MEMETEAU Gérard**, Cours de droit médical, 3^{eme} éd, Les études hospitalières, Bordeaux, 2003.
42. _____, Le droit médical jurisprudence française, Litec, Toulouse, 1985.
43. **MOREAU Jacques**, **TRUCHET Didier**, Droit de la santé publique 6^{eme} éd, Dalloz, Paris, 2004.
44. **MRDARD NAGABA Lucien**, chirurgie esthétique et reconstructrice, La responsabilité médicochirurgicale, éd L'Harmattan,

Paris, 2009.

45. NEFUSSY LEROY **Nathalie**, Organes humains prélèvements, dons, transplantations, éditions Aska, Paris, 1999.
46. NEIRINCK C, L'acte médical et les droits du malade, Presses de l'université des sciences sociales, Toulouse, 1996.
47. NINET **Jean René**, Droit médical, l'extenso éditions, Paris, 2010.
48. NOTTET **Aurèlie**, Responsabilité autour et alentours du mineur, éd du jeune barreau, Liège, 2011.
49. OANSIER **Frédérique Jérôme**, GARAY **Alain**, Le médecin, le patient et le droit, édition ENSP, France, 1999.
50. P. **Pédrot**, Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine, Ellipse, France, 2006.
51. PENNEAU **Jean**, La responsabilité du médecin, Dalloz, Toulouse, 1992.
52. Picqué L, à propos du droit du père sur ses enfants, La presse médicale, France, 1911.
53. PITVIN L, L'obligation de renseignement du médecin, étude comparée du droit québécois français et du Common Law canadien, Paris, 1984.
54. PONCHON **François**, Droit et éthique de la recherche médicale, séminaire d'actualité de droit médical, les études hospitalières, Bordeaux, 2004.
55. _____, La loi du 04 mars 2002 la mise en pratique, la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Le point sur, Berger levrault, Paris, 2003.
56. Portes L, « du consentement) l'acte médical », dans à la recherche, une éthique médicale, masson et PUF, paris, 1954.

57. **PRADEL Jean**, Euthanasie et fin de vie, philosophie, médecine et droit, édition Eska, Paris, 2006.
58. **Richard Blandine**, La responsabilité hospitalière et la loi 04 Mars 2002, centre de recherche administratives, Marseille, 2005, p 128.
59. **ROUSSET Guillaume**, Le mineur en établissement de santé, édition L'amarre, France, 2004.
60. **SOLUS Henry**, de l'obligation d'information dans les contrats, tome 221, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992.
61. **SOUFRON Jacques**, la responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la coelioscopie, 38^{ème} éd, les études hospitalières, Bordeaux, 2005.
62. **TABUTEAU Didier**, Pour une nouvelle loi sur les droits des malades, éditions Bruylant, Bruxelles, 2013.
63. **TOURNEAU Philipe**, responsabilité civile professionnelle, deuxième éd, Dalloz, Paris, 2005.
64. **VERONIQUE Lesueur**, Victime de la médecine, enquête sur l'erreur médical, éd Le pré aux clercs, Paris, 1998.
65. **VIGNEAU Daniel**, La condition juridique du mineur, Aspects internes et internationaux, questions d'actualité, lexis Nexis Litec, édition du juris classeur, Paris, 2004.

B/ Thèses et mémoires

* Thèses

1. **BERLAND BENHAÏM Caroline**, Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et science politique, université Paul Cézanne, Marseille III, 2007.

2. **BERNES Bénédicte**, La vie privée du mineur thèse pour le doctorat en droit, Université des sciences sociales, Toulouse I, 2006.
3. **CLEMENT Cyril**, La responsabilité du fait de la mission de soin des établissements publics et privés de santé, thèse pour le doctorat en droit public, Les études hospitalières, université Paris VIII, France, 1997.
4. **DEFOI Jeanne Emerante**, Le consentement du malade à l'acte médical, Thèse pour le doctorat de 3^{ème} cycle DEA Sciences sociales de la santé, Université de Paris I Panthéon Sorbonne sciences économiques sciences humaines sciences juridique, 1982.
5. **DUVAL-ARNOULD Domitille**, Le corps de l'enfant, thèse pour le doctorat, Faculté de droit économie, sciences sociales, Université Panthéon Assas, Paris II, 1993.
6. **GABRIEL Aurélie**, Le mineur, quel acteur de santé, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris Descartes, Paris, 2011.
7. **GAREIL Laurence**, L'exercice de l'autorité parentale, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, université Panthéon Assas, Paris II, 2004.
8. **GUILLOD Olivier**, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse présentée à la faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir le grade de docteur en droit, Université de Neuchâtel, 1986.
9. **MAINGUET Geneviève**, Le consentement du patient à l'acte médical thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1957.

*** Mémoires**

1. **ANDRIEU Jean-Charles**, L'obligation d'information et le consentement du patient à l'acte médical mémoire, université Paris II Panthéon Assas, 2000-2001.
2. **BERAUD M**, Le principe de la réparation de la perte de chance, voir: www.droit.univ-paris5.fr/aocivcom/01memoire/beraud.m.pdf.
3. **MARZOUG Sanaa**, L'obligation d'information médicale, mémoire de l'école nationale de santé publique de Rennes, Paris, 2000.
4. **RAULT Raphael**, La mise en ligne des données de santé: Le cas du dossier médical personnel, Des droit du multimédia et de l'informatique, université Paris II, 2004-2005.
5. **SOUET Sophie**, l'information du malade et la responsabilité du médecin, mémoire DEA, RENNES, 1985.
6. **SOUPLET Isabelle**, La perte de chance dans le droit de la responsabilité médicale, mémoire dans le cadre du DEA de droit public, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille II, droit et santé, Paris, 2002.

C/ Articles:

1. **ALBERT Nathalie**, **L'obligation d'information médicale et responsabilité**, communication présenté lors du colloque sur «les nouveaux chantiers de la responsabilité», organise à la faculté de droit de Paris XII-saint-maur les 2 et 3 mars 2000, revue française de droit administratif, Dalloz, France, Mars-Avril 2003, pp 283 – 286.

2. AMBROSINI Jean Claude, Devoir d'information et consentement éclairé du patient, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit-univ-paris5.fr, pp 177- 185.
3. AROUMET Christian, L'indemnisation de l'alea thérapeutique, D., n° 4 du 28 janvier 1999, rub chron, pp 33-37.
4. ARZAC Rodolphe, L'indemnisation de la perte de chance en droit administratif, R.R.J, n° 02, presses universitaires d'Aix Marseille, 2007, pp 759 - 786
5. AURORE Catherine, La codécision, entre mythe et réalité, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 119-130.
6. BACACHE M, Le défaut d'information sur les risques de l'intervention: quelles sanctions pour une indemnisation au-delà de perte de chance, D., n° 15, 2008, pp 1908 – 1911.
7. BACACHE-GIBELLI Murielle, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, Centre de documentations multimédia en droit médical, voir sur : www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.
8. BAILLEUL David, Le droit de mourir au nom de la dignité humaine, a propos de la loi relative aux droits des malades et a la fin de vie, jcp 2005, G.I, n° 142, pp 15-35.
9. BERNHEIM-DESVAUX Sabine, La relation de soin, médecine et droit, novembre-décembre, Roll, N° 111, Elsevier MASSON, France, pp 221-225.
10. BERTHIAU Denis, Le principe d'autonomie en droit, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit.univ-Paris5.fr, pp 1-4.
11. BOARINI Serge, Le consentement : pacte et impacts, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 45-54.

12. BOUCHER J, BOURGEOIS-MACHUREAU N, Indemnisation de la perte de chance, Le conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme, A.J.D.A, n° du 28 Janvier 2008, pp 135-140.
13. BOUSSARD Sabine, La perte de chance en matière de responsabilité hospitalière : Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière, R.F.D.A, n°, rub Etudes, 2008, pp 169-205.
14. CABANNES Xavier, BENILLOUCHE Mikael, Hospitalisations sans consentement, Ceprisca, Paris, 2013, pp 203 - 216.
15. CASTAINE Cécile, L'ingérence médicale dans l'exercice du droit au consentement de la personne malade, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 131-145.
16. CHAIB Soraya, la preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, R.C.D.S.P, faculté de droit, université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, N° spéciale, N° 1, 2008, pp 245-270.
17. COROUGE Elise, Devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière (Conclusions sur CCA de Paris, 9 juin 1998, Gulbot), R.F.D.A, n° 3, 2000, pp 637-640.
18. DIEBLOT Durrieu, Dans quels cas un médecin est il dispensé d'information, sos-net-eu-org, pp 20-24.
19. _____, Les droits du patient, sos-net.eu-org, pp 1-24.
20. DORSNER –DOLIVET Annick, Le consentement au traitement médicale une liberté fondamentale en demi-teinte, revue française de droit administratif, N°3, Dalloz, France, mai - juin, 2003, pp 528-535.

21. DUPUY Alain, DUPUY Nathalie, HARSTAM Nathalie, CLAIRE MASNIER Anne, La personne de confiance, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit.univ-paris.fr, pp 1-6.
22. DUPUY Alice, Le consentement à l'acte médical pour un majeur hors d'état de s'exprimer, Droit comparé, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit-univ-paris5.fr.
23. DURRY George, Responsabilité contractuelle, faute médicale et perte de chance de suivie, R.T.D, CW, soixante dixième tome, édition SIREY, 1972, pp 408- 410.
24. FLOUR Y, « Sommes-nous propriétaires de notre santé ? », Gaz. Pal, 17 octobre, 2002, n° 290, pp 42-49.
25. FOURNIER V et TRARIEUX S, « Les directives anticipées en France », Médecine et droit, sep-déc, 2005, n° 74-75, pp 140-148.
26. FRAGKOU Roxani, Le refus anticipé de consentement aux soins médicaux en droit européen comparé, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 147-161.
27. FRIOURET Laurent, La volonté de la personne faisant l'objet de soins sous contrainte, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 219-227.
28. GARAY Alain, Parents, enfants et transfusion sanguine, consentement éclairé et transfusion sanguine, éditions ENSP, France, 1995, pp 103-125.
29. GIBEILI Bacache, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, centre de documentation multimédia

en droit médical, www.droit-univ-paris5fr, pp 1-6.

30. GOUESSE Etienne, Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation, L.P.A, n° 17, 25 janv. 2000, pp 4-11.
31. GRYNBAUM Luc, Le mineur et le consentement en droit de la santé, centre de documentation multimédia en droit médical, www.droit.univ-paris.fr, pp 1-3.
32. GUILLOD Olivier, Introduction. Le consentement dans tous ses états, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 1-15.
33. HARICHAUX-RAMU Michèle, Responsabilité du médecin, faute se rattachant au devoir d'humanisme du médecin, consentement éclairé et secret du malade, fax 440-2, éditions technique, juris-classeurs, 1993, pp 1382-1386.
34. JAUNAIT Alexandre, Comment peut on être paternaliste ? Confiance et consentement dans la relation médecin patient, www.cairn-info, pp 1-16.
35. KNOPE Alain, KRATZ Philippe, L'information et le consentement éclairé du patient, www.cadredesanté.co, pp 1-6.
36. _____, Le refus éclairé, www.cadredesanté.com, pp 1-5.
37. LAUDE Anne, Le patient nouvel acteur de santé, Recueil Dalloz, Dalloz, France, 2007, pp 1151-1153.
38. LECA Antoine, BERLAND-BENHAÏM Caroline, Le consentement aux soins replacé dans une perspective historique, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 19-34.

39. MELLAC Audrey, L'influence de l'urgence sur le recueil du consentement à l'acte médical, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 89-102.
40. MINO Jean-Christophe, Lorsque l'autonomie du médecin est remise en cause par l'autonomie du patient: Le champ hospitalier de l'éthique clinique aux états Unis et en France, revue française des affaires sociales, rubrique éthique clinique, n° 03, 2002, disponible en ligne à l'adresse suivante: www-cairn.info.
41. NUNES Eric, Perspectives pour une liberté de prescription des médecins, www.lemonde.fr. 20/03/2005 mis à jour le 01/04/2005.
42. PARICARD Sophie, Le consentement aux actes médicaux non thérapeutiques, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 103-117.
43. PENNEAU Michel, Le défaut d'information en médecine (note sous CAA Angers, 11 Sep. 1998), D., n° 03 du 21 janvier 1999, rub juris, pp 46-50.
44. PORCHY-SIMON Stéphanie, L'information en santé depuis la loi du 04 mars 2002, La loi du 04 mars 2002 relative aux droits des malades 10 ans après, éditions Bruylant, Bruxelles, 2013, pp 48-67.
45. RIVET Giohline, Les soins sans consentement : Les soins psychiatriques, l'injonction thérapeutique, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 193-204.

46. ROCHY Stéphanie, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D, n° 40, du 12 Nov., 1998, rub-chron, pp 381-390.
47. ROMAN Diane, Le respect de la volonté du malade, Une obligation limitée ?, RDSS, 2005, p 424.
48. ROUGE-MAILLART Clotilde, Le mineur dans la relation de soin, introduction, médecine et droit, n° 111, Elsevier MASSON, France, novembre-décembre 2011, pp 218-220.
49. _____, Médecine et vulnérabilité, la relation de soin, médecine et droit, n° 111, Elsevier MASSON, France, novembre-décembre 2011, pp 210-217.
50. RUELLAN Caroline, La perte de chance en droit privé, R.R.J, n° 3, presse universitaires d'Aix. Marseille, 1999, pp 738-758.
51. SAISON-DEMERS Johanne, Un consentement à géométrie variable: à quels risques consentir ?, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 76-86.
52. SOLANO Catherine, Refuser un soin médical c'est toujours possible, www.e-santéfr, pp 1-3.
53. THERON Sophie, Regards critiques sur une modalité ambivalente de soins psychiatriques: Les soins ambulatoires sans consentement, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 205-217.
54. TILMAN Laora, Les soins aux majeurs sous tutelle, qui doit consentir?, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 231-214.

55. VIALLA François, Enjeux et logique de l'information comme préalable au consentement, consentement et santé, éd Dalloz, Paris, 2014, pp 35-44.
56. VIGNEAU Daniel, L'autonomie du mineur en matière de santé, La condition juridiques du mineur, aspects internes et internationaux questions d'actualité, éditions du juriste-classeur, Paris, 2004, pp 41-55.

D/ Textes juridiques

* Les codes

1. André LUCAS, **Code civil français**, Litec, Paris, 24^{ème} éd, 2005.

Code de la santé publique, consulté sur le lien suivant:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665.

* Les lois

1. **Loi n° 94-653** du 29/07/94, relative au corps humain, jo du 30/07/94.

Consulter sur le lien suivant:

<https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/codedeont.pdf>

2. **Loi n° 2002-303** du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, jo du 5 mars 2002. Consulter sur le lien suivant:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665

3. **Loi n° 2002-305** du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, jo 5 mars 2002, voir Recueil Dalloz, n° 12, 21 mars 2002, p 1016. Consulter sur le lien suivant:

https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726615.

4. **Loi n° 75-17** du 17 janvier 1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, jo 18 janvier 1975. Consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726653.
5. **Décret n° 95-1000** du 6 septembre 1995, JO du 08 septembre 1995, consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726652.
6. **Décret n° 2002-637** du 29 avril 2002 relatif à l'accès aux informations personnelles et les établissements de santé en application des articles. L1111-7 et 1112-1 du code de la santé publique, consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726656.
7. **Décret n° 2006-06**, du 04 janvier 2006 relatif à l'hébergement des données de santé à caractère personnel, jo 05 janvier 2006, consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726642.
8. **Décret n° 2006-119** du 06 février 2006, relatif aux directement anticipées, jo 7 février 2006, consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT0000060726651.
9. **Décret n° 2007-960** du 15 mai 2007, jo 7 février 2007, p 9362. Consulter sur le lien suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665.

E/ Jurisprudence française

1. **Req. 28 janvier 1942**, Parcelier C/Teyssier (DC 1942, p 63; Gaz. Pal. 1942).

2. Cass.ciw 1^{ère}, ch 21 fév 1961, pourvoi N°60-11102. l'arrêt sur le lien suivant:
[http://www. Légifrance.gouv.fr//affichjurijudi.do ?old Action=rechurijudif
idtexte=jur TTEXT000006957291 f fast Reqld=1021396946 fast pos=1.](http://www.Légifrance.gouv.fr//affichjurijudi.do?old_Action=rechurijudif&idtexte=jur TTEXT000006957291 f fast Reqld=1021396946 fast pos=1)
3. **Crim. 3 juillet 1969**, n° 68 93493 (Bull. crim. N° 216; JCP 1970.II.16447, note R. Savatier).
4. **Cass.civ1er ch-19 avr 1988**. Pourvoi N°86 15607. [http://www.legifrance
TTEX000007020197&fastReqld=1209660149 &fastPos=495.](http://www.legifrance TTEX000007020197&fastReqld=1209660149 &fastPos=495)
5. **Conseil d'état, section, du 29 juillet 1994**, 111251, publié au recueil lebon,
[https://www.legifrance.gow.fr.](https://www.legifrance.gow.fr)
6. **Arrêt n° 426 du 25 février 1997**, Hédreul (Civ. I, Bull. n° 75).
7. **Arrêt du 19 mars 1997** (Civ. II, Bull. n° 86).
8. **Arrêt 14 octobre 1997**, Civ. I, Bull, n° 1564 CE.
9. **Cass.civ 1^{er} cg.14 oct 1997** pourvoi N° 95-19609,
[http://www.légifrance.gouv.fr/affich_jurijudi.do?text000007037802 & past
reqld=51278516 &fastPos=38.](http://www.légifrance.gouv.fr/affich_jurijudi.do?text000007037802 & past
reqld=51278516 &fastPos=38)
10. **Arrêt n° 430 D du 3 mars 1998**, Chuine (Civ. I).
11. **Cass.civ1ere ch7 oct 1998**. Pourvoi n°97.10267
[http://www.légifrance.gouv.frJTEXT000007038718&fastReqld=126078
8571 & fastPos244.](http://www.légifrance.gouv.frJTEXT000007038718&fastReqld=126078
8571 & fastPos244)
12. **09 Juin 1998**, conseil d'état, 26 Octobre 2001, n° 198546
13. **C.E.5janv.2000**. Contentieux N°198530.Consulter l'arrêt sur le lien suivant:
[http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do ?oldAction=rechJuriAdmin
&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35.](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do ?oldAction=rechJuriAdmin
&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35)
14. **C.E.f janv 2000**. Contentieux n° 181899.Consulter l'arrêt sur le lien suivant:
[http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do ?oldAction=rechJuriAdmin
&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do ?oldAction=rechJuriAdmin
&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154)

15. **Arrêt du 18 janvier 2000** (Bull. Civ. I, n° 13; Juris-Data n° 2000-000077).
16. **Conseil d'état, assemblée du 26 Octobre 2001**, 198546, publié au recueil Lebon, www.conseil.état.fr.
17. **Conseil d'état, 26 Octobre 2001**, n° 198546 affaires. juridiques php.fr.
18. **Cass.civ 1ere ch 18 déc.2002**. pourvoi N°01-03231.consulter l'arrêt sur le lien suivant:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007045509&fastReqId=1368642546&fastPos=2>.
19. **Civ. 1^{er} 15 Nov. 2005** n°, 04-18180.
20. **Cass civ 1ere ch. 13 mars 2007**. Pourvoi N° :05-14291. Consulter l'arrêt sur le lien suivant:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichHuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00007511453&fastReqId=145585380&fastPos=1>.
21. Cour de cassation, civile, chambre civile 1, **3 juin 2010**, N° 09-13, 591. www.legifrance.gouv.fr.
22. **Cass cw 1ere ch 1 juillet 2010** pourvoi N°0915404. Consulter l'arrêt sur le lien suivant:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudi.do?oldaction=rechurijudifidtexte=JURITEXT000022427844&fastReqId=248295651&fastPos=3>.
23. Cour de cassation, civil, chambre civil 1.**12 Juillet 2012**, 11.17.510, publiée au bulletin, <http://www.legifrance.gouv.fr>
24. Conseil d'Etat 5^{ème} et 4^{ème} sous sections réunies, **24/09/2012** n° 336223. www.legifrance.gouv.fr.
25. **Civ. 1^{er} 16 Janv. 2013** n° 12-14-097 jcp 2013 n° 298. www.legifrance.gouv.fr
26. Arrêt n° 65 du **23 janvier 2014** (12.22.123). Cour de cassation première chambre civile ECLI : FR CC ASS : 2014: C100065.

www.courdecassation.fr/jurisprudance_2/premierechambre_civile_568/65-23-28286.hotmail

27. Conseil d'état, 5^{ème} chambres réunie, **16/06/2016**, n° 382479, www.legifrance.gouv.fr.

28. casse.civ.1^{ère}, **25 janvier 2017**.pourvoi N°15.27.898, cour de cassation.fr.

فهرس

01 مقدمة

الباب الأول

07 احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي

الفصل الأول

09 مظاهر احترام إرادة المريض في اتخاذ القرار الطبي

10 المبحث الأول: حق المريض في الرضا المتبصر

10 المطلب الأول: تكريس حق المريض في الإعلام

11 الفرع الأول: التكريس الدولي لحق المريض في الإعلام

12 أولاً/ استحداث القضاء الدولي لمفهوم الرضا المتبصر للمريض

13 ثانياً/ تنظيم النصوص الدولية لحق المريض في الرضا المتبصر

16 الفرع الثاني: التكريس الداخلي لحق المريض في الإعلام

17 أولاً/ إقرار القضاء الداخلي لحق المريض في الإعلام

19 ثانياً/ تأكيد النصوص القانونية الداخلية لحق المريض في الإعلام

22 المطلب الثاني: تجسيد حق المريض في الإعلام

23 الفرع الأول: حق المريض في الإحاطة بالتدخل الطبي

23 أولاً/ شمولية الإعلام لكافة مراحل التدخل الطبي

30 ثانياً/ الإعلام حول مخاطر العلاج

37 الفرع الثاني: حق المريض في فهم المعلومة الطبيّة

38 أولاً/ تحاور الطرفين

42 ثانياً/ توضيح الطبيب للمعلومة الطبية

46	البحث الثاني: حرية المريض في اتخاذ القرار الطبي
47	المطلب الأول: حق الرضا عن التدخل الطبي
47	الفرع الأول: تكريس التشريعات لحرية المريض في اتخاذ القرار الطبي
48	أولاً/ القرار الطبي قرار شخصي
50	ثانياً/ مشاركة المريض في اتخاذ القرار الطبي
52	ثالثاً/ الموافقة على القرار الطبي
52	الفرع الثاني: حق المريض في الرضا الحر
53	أولاً/ صدور الرضا من ذي أهلية
57	ثانياً/ خلو الرضا من عيوب الإرادة
66	المطلب الثاني: حق المريض في رفض التدخل الطبي
67	الفرع الأول: أساس حق المريض في رفض التدخل الطبي
67	أولاً/ تكريس القانون لحق المريض في رفض التدخل الطبي
68	ثانياً/ تجسيد القضاء لحق المريض في رفض العلاج
69	ثالثاً/ تدعيم الفقه لحق المريض في رفض العلاج
72	الفرع الثاني: الشروط القانونية لقبول حق المريض في رفض التدخل الطبي
72	أولاً/ ضرورة تبصير المريض بخطورة رفض العلاج
75	ثانياً/ ضرورة الحصول على تصريح كتابي لرفض التدخل الطبي

الفصل الثاني

76	ضمانات احترام إرادة المريض في التدخل الطبي
77	المبحث الأول: ضرورة الحصول على الرضا عن كل تدخل طبي
78	المطلب الأول: تطور مفهوم التدخل الطبي
78	الفرع الأول: التدخل الطبي العلاجي
79	أولاً/ العلاج دواء للمرض

88	ثانيا/ العلاج مواجهة لأعراض المرض
89	الفرع الثاني: التدخل الطبي غير العلاجي
89	أولا/ التدخل الطبي لمصلحة اجتماعية
90	ثانيا/ التدخل الطبي الترفيهي
93	المطلب الثاني: خصوصية الإرادة في الأعمال الطبية الخطرة
93	الفرع الأول: الضمانات الشكلية الخاصة
94	أولا/ الصور الخاصة للتعبير عن الإرادة
101	ثانيا/ الحق في العدول عن الموافقة
104	الفرع الثاني: الضمانات الموضوعية الخاصة
104	أولا/ الأهلية في مجال الأعمال الطبية الخطرة
109	ثانيا/ تشديد الالتزام بالإعلام
115	المبحث الثاني: ضرورة التحقق من وجود الرضا
116	المطلب الأول: الحماية القانونية لإرادة البالغ عاجز
116	الفرع الأول: الرجوع إلى المخولين من المريض
116	أولا/ تعيين المخول من المريض
122	ثانيا/ مهام المخول من المريض
125	الفرع الثاني: الرجوع إلى التوجيهات المسبقة التي وضعها المريض
125	أولا/ أحكام إعداد التوجيهات المسبقة
129	ثانيا/ حفظ التوجيهات المسبقة
131	المطلب الثاني: الحماية القانونية لإرادة القاصر
132	الفرع الأول: إسناد أمر الرضا عن التدخل الطبي للممثل القانوني
136	الفرع الثاني: الاعتراف بإرادة القاصر في التدخل الطبي
136	أولا/ إشراك القاصر في اتخاذ القرار
139	ثانيا/ حق القاصر في اتخاذ القرار الطبي

الباب الثاني

144 تحقيق مصلحة المريض في اتخاذ القرار الطبي

الفصل الأول

145 ترجيح مصلحة المريض أثناء تنفيذ الالتزام

146المبحث الأول: حدود حق المريض في الرضا المتبصر

146المطلب الأول: التخفيف من الإعلام حفاظا على الجانب النفسي للمريض

147الفرع الأول: إمكانية إخفاء الحقيقة على المريض

145أولا/ إخفاء الحقيقة لطبيعة شخصية المريض

151ثانيا/ إخفاء الحقيقة لطبيعة المرض

154الفرع الثاني: مدى جواز الكذب على المريض

155أولا/ اختلاف وجهات نظر الفقه

159ثانيا/ إقرار القضاء لصفة الصدق

160ثالثا/ تكريس القانون لصفة الصدق

161المطلب الثاني: الإعفاء من الإعلام لقيام حالة الاستعجال

162الفرع الأول: الاستعجال مسألة فنية

162أولا/ خطورة الحالة الصحية وعدم احتمال العمل الطبي للتأخير

167ثانيا/ تقدير الطبيب للتدخل الطبي الضروري بعد قيام حالة الاستعجال

172الفرع الثاني: الاستعجال مسألة قانونية

172أولا/ عجز الشخص عن التمييز أو استحالة التعبير عن إرادته

174ثانيا/ تعذر الاتصال بالمخولين للحصول على موافقتهم

176ثالثا/ الاستعجال مصدر للحق في الاستثناء

180	المبحث الثاني: حدود حق المريض في رفض التدخل الطبي
180	المطلب الأول: الحد من حرية المريض تحقيقا للمصلحة العامة
181	الفرع الأول: إجبارية التدخل الطبي الوقائي
181	أولا/ الفحوصات الإجبارية
185	ثانيا/ التطعيمات الإجبارية
188	الفرع الثاني: إجبارية العلاج
189	أولا/ العزل الصحي لمصاب بمرض معدي
190	ثانيا/ الاستشفاء الإجباري للمريض عقليا
193	المطلب الثاني: الحد من حرية المريض تحقيقا لمصلحته
193	الفرع الأول: حماية المريض ضد إرادته
193	أولا/ التزام الطبيب بتقديم مساعدة لشخص في خطر
201	ثانيا/ الدور غير الإلزامي للتوجيهات المسبقة
204	الفرع الثاني: حماية المريض من الغير
204	أولا/ حماية المريض من المخولين منه
206	ثانيا/ منح الطبيب مهمة حماية القاصر

الفصل الثاني

متابعة الطبيب المخل بالالتزام

212	المبحث الأول: المسؤولية العقابية للطبيب المخل بالالتزام
214	المطلب الأول: قيام المسؤولية التأديبية للطبيب
215	الفرع الأول: أجهزة المتابعة التأديبية
215	أولا/ المجلس الوطني لأخلاقيات الطب
216	ثانيا/ المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب
217	

218	ثالثا/ الجهة المستخدمة
219	الفرع الثاني: إجراءات المتابعة التأديبية
219	أولا/ أطراف المتابعة التأديبية
220	ثانيا/ مراحل المتابعة التأديبية
222	المطلب الثاني: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب
222	الفرع الأول: الإخلال بالالتزام في التدخلات المتداولة
231	الفرع الثاني: الإخلال بالالتزام في التدخلات الطبية الخطيرة
	أولا/ الإخلال شرط الرضا الحر والمتبصر في نطاق عمليات نقل
231	وزرع الأعضاء البشرية
237	ثانيا/ الإخلال بالرضا في التجارب الطبية
239	المبحث الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب المخل بالالتزام
240	المطلب الأول: أساس المتابعة المدنية للطبيب المخل بالالتزام
241	الفرع الأول: متابعة الطبيب على أساس نظرية تفويت الفرصة
241	أولا/ تبني نظرية تفويت الفرصة
246	ثانيا/ إشكاليات تفويت الفرصة في إنصاف المريض
250	الفرع الثاني: ضرر عدم الاستعداد للمخاطر
259	المطلب الثاني: عبء إثبات إخلال الطبيب بالالتزام
260	الفرع الأول: تكليف المريض بالإثبات
260	أولا/ أساس تكليف المريض بالإثبات
262	ثانيا/ صعوبة إثبات المريض لإخلال الطبيب بالالتزام
264	الفرع الثاني: قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب
264	أولا/ أساس التزام الطبيب بالإثبات
270	ثانيا/ نتائج قلب عبء الإثبات على عاتق الطبيب
277	خاتمة
282	قائمة المصادر والمراجع

ملخص باللغة العربية

وفقت التشريعات المنظمة لمهنة الطب بين ضرورة احترام حرمة جسم الإنسان وحقه في سلامة جسمه وبين ضرورة التداوي وعلاج الأمراض، من خلال ضبط التدخل الطبي والترخيص به وفق شروط منها التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل أي مساس بجسمه.

يهدف هذا الالتزام إلى إعادة التوازن للعلاقة الطبية ومنح المريض مكانة في اتخاذ القرار الطبي. إلا أنه مبدأ تحد من إطلاقيته مصلحة المريض ذاته ومصلحة المجتمع. تأكيداً للبعد الاجتماعي لحق الشخص في سلامة جسمه.

إن غياب ضمانات جدية لتنفيذ الالتزام وآليات تؤكد حسن تنفيذه وعدم فاعلية سبل مواجهة الطبيب المخل به هي عقبات تحول دون إعادة التوازن للعلاقة الطبية وحماية المريض الطرف الضعيف فيها.

Résumé

Les législations régissant la profession de médecine, ont pu trouver un compromis entre la nécessité de respecter l'intégrité du corps humain et la nécessité de prodiguer les soins et traiter les maladies, et ce la par le contrôle de l'intervention et son autorisation suivant des conditions, parmi lesquelles figure, l'engagement du médecin traitant d'obtenir le consentement libre et éclairé de son patient avant d'entamer toute auscultation touchant son corps.

Un tel engagement tend à rétablir l'équilibre de la relation médicale et donner au patient sa place dans la prise de la décision; il n'en demeure pas moins que la transcendance de ce principe est limitée par l'intérêt du patient lui-même et celui de la société, ce qui confirme la dimension sociale du droit de l'individu à l'intégrité physique.

L'absence de garanties effectives pour l'exécution de l'engagement et des mécanismes assurant sa bonne exécution, ainsi que la vanité des moyens de dissuader le médecin manquant à ces obligations, constituent autant d'entraves au rééquilibrage de la relation médicale et la protection du patient étant la partie faible de cette relation.