

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التزامات الطبيب من خلال تدخلاته الطبية " دراسة مقارنة "

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

تحت إشراف:

د. بن صغير مراد

إعداد الطالب:

لحبق عبد الله

لجنة المناقشة:

- | | | | |
|-----------------|--------------|----------------------|--------------------|
| رئيساً | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | - أ.د. رايس محمد |
| مشرفاً و مقرراً | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر - أ- | - د. بن صغير مراد |
| مناقشاً | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر - أ- | - د. بن عصمان جمال |

السنة الجامعية: 2015 / 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى :

﴿ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴾

الآية 80 من سورة الشعراء

وقال الله تعالى كذلك :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

الآية 01 من سورة المائدة

قال الرسول صلى الله عليه وسلم :

" من تطيب ولم يكن بالطب معروفا فأصاب نفسه فما دونها ، فهو ضامن "

رواه وأخرجه بهذا اللفظ ، الإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني

شكر و تقدير

قال تعالى : ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

الآية 7 من سورة إبراهيم

في هذا المقام لا يسعني إلا أن أشكر الله سبحانه وتعالى على ما من علي بجميل الفضل، وعظيم النعم في أداء هذا العمل المتواضع .

والشكر موصول بعده لمشرفي ، أستاذي الدكتور مراد بن صغير الذي كان نعم المشرف ونعم الموجه و الناصح ، جزاه الله عني وعن طلبة الحقوق كل خير .

كما أتوجه بخالص شكري إلى عضوي لجنة المناقشة ، الأستاذ الدكتور محمد رايس على تكرمه بترأس لجنة مناقشة هذه المذكرة ، والأستاذ الدكتور جمال بن عصمان على قبوله مناقشتها .

وأشكر كذلك كل أساتذة الحقوق الذين كان لهم الفضل الكبير في تكويننا طيلة السنة النظرية، و كل من مد لي يد العون والمساعدة في إنجاز هذا العمل المتواضع .

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى :

روح جدي وجدتي رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه .

وإلى والدي الكريمن أطال الله في عمرهما على طاعته .

وإلى إخوتي وأخواتي وأهلي جميعا .

وإلى زوجتي ، و أبنتي رحاب وفاطمة الزهراء .

وإلى زملائي وأصدقائي .

وإلى روح الأستاذ المرحوم عبد الكريم مأمون .

وإلى كل معلم أو أستاذ ساهم في تعليمي و تكويني من الطور الابتدائي إلى يومنا هذا .

لكل هؤلاء ؛ برا ، وإحسانا ، وحباً ، ووفاء ، وعرفانا ، وإمتنانا ، وشكراً ، وتقديراً ، وإحتراماً

أجدد إهدائي للمرة الثانية وللمرة الألف .

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية

- ج جزء
- م مجلد
- ص الصفحة
- ط طبعة
- ب . ط بدون طبعة
- ج . ر جريدة رسمية
- ن . ق نشرة القضاة
- ب . ب . ن بدون بلد نشر
- ب . د . ن بدون دار نشر
- ب . ت . ن بدون تاريخ نشر
- ق . م القانون المدني الجزائري
- ق . م . م القانون المدني المصري
- ق . م . ف القانون المدني الفرنسي
- ق . ع . ج قانون العقوبات الجزائري
- ق . ع . م قانون العقوبات المصري
- ق . ع . ف قانون العقوبات الفرنسي
- ق . ص . ع . ج قانون الصحة العامة الجزائري
- ق . ص . ع . ف قانون الصحة العامة الفرنسي
- ق . ا . ج . م قانون الاجراءات الجنائية المصري
- ق . ا . م . ا . ج قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري
- ق . م . م . ط . م قانون مزاولة مهنة الطب المصري
- ق . ح . ص . ت . ج قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري
- ل . ا . م . م لائحة آداب المهنة المصري

- م . ا . ط . ج مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية
- م . ا . ط . ف مدونة اخلاقيات الطب الفرنسية

باللغة الفرنسية

- C.....Cour
- D.....Recueil Dalloz
- P.....Page
- Ttome
- NoNuméro
- C.ACour d'appel
- C.EConseil d'état
- EdEdition
- C.A.ACour administrative d'appel
- ArtArticle
- Cass.civ.....Cour de Cassation
- Trib.....tribunal
- Op.citOuvrage précédemment cite

مقدمة

لقد كرم¹ الله الإنسان على سائر مخلوقاته ، وأحسن خلقه وتصويره² ، وحى كيانه الجسدي من كل إعتداء يطاله ، سواء على النفس أو لجسم ، وذلك بتحريمه الإعتداء على النفس بالقتل دون وجه حق³ ، و الإعتداء على أعضاء الجسد بالضرب أو الجرح أو ما شابه ذلك من أعمال ، سواء كان يعج بالروح أو التنكيل به وهو جثة جامدة بدون روح ، ووضع جزاءات دنيوية و أخروية لمن يمس بالسلامة الجسدية للإنسان وحرمة بدون وجه حق⁴.

ولم يقتصر الشارع الحكيم في حق السلامة النفسية والجسمية على مجابهة الغير ، ومنعه من المساس بهذا الحق، وإنما وقف أيضاً في مواجهة الشخص ذاته وحرم عليه الإعتداء على سلامته النفسية والجسمية ، سواء بقتل النفس⁵ أو بالمخاطرة بها ، برميها في المهالك والمخاطر و الأضرار.⁶ وجاءت المحافظة على النفس ضمن تعداد الضروريات الخمس لمقاصد الشريعة الإسلامية السمحاء .

وحق الإنسان في سلامته الجسدية يتمثل في صيانة روحه و أن تظل أعضاء جسمه وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي وطبيعي ، وأن يحتفظ بها كاملة غير منقوصة ، و أن يتحرر من الآلام البدنية والنفسية و هذا الحق بات من المبادئ المسلم به شرعا وقانونا .

1 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْوَجْدِ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ ، سورة الإسراء ، الآية 70 .

2 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ ، سورة التين ، الآية 4 .

3 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ ، سورة الإسراء ، الآية 33 .

4 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ ، سورة النساء ، الآية 93 .

5 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُذُوبًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيه نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴾ ، سورة النساء ، الآيتان 29-30 .

6 - يقول الله تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ ، سورة البقرة ، الآية 195 .

وبذلك فإن كل فعل يؤدي إلى إزهاق روح ، أو إتلاف عضو أو الإنتقاص من وظيفته الطبيعية ، أو إلحاق الآم وأمراض بالكيان الجسدي ، يعتبر إعتداء على السلامة الجسدية للأشخاص وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية وحل التشريعات الوضعية .

و حرمة جسد الإنسان و معصوميته ، وضمان سلامته الجسدية والنفسية وكرامته الآدمية ، ليس حقا شخصيا فحسب ، بل هو حق إجتماعي كذلك ، فسلامة الإنسان الجسدية والنفسية تجعل منه شخصا سليما قادرا على أداء دوره الإجتماعي المنوط به ، ومن ثم فالإضرار بالسلامة الجسدية لشخص يؤدي إلى الإضرار بمجتمعه .

وبغض النظر عن كون الحق في السلامة الجسدية وحرمة المساس به ذو طبيعة شخصية فردية أو إجتماعية ، فإن القاعدة العامة المتفق عليها شرعا وتشريعا ، فقها وقضاء ، تقضي بمعصومية الجسم البشري وعدم جواز المساس به بأي شكل من الأشكال .

غير أنه لما كانت التدخلات الطبية تهدف بدورها إلى حماية السلامة الجسدية للمرضى من خلال علاج الأمراض التي تنخر أجسادهم وتضعف قوتهم وتخل بالصيرورة العادية لحياتهم وتحد من عطائهم ودورهم الإجتماعي ، وذلك بتحقيق الشفاء منها أو التقليل من آلامها وأضرارها على الأقل ، فقد أيجح وأجيز لها كإستثناء المساس بالجسم البشري .

إن التدخلات الطبية ترد على جسم الإنسان ، وبالتالي فهي تتعلق بالحياة أو الموت ، ولذلك فإن الحضر الذي رفع عنها لم يكن مطلقا وبدون شروط .

فقد إشتراط الفقه والقضاء والتشريع في التدخلات الطبية حتى تكون مشروعة و تخرج عن دائرة الحضر والتحریم المضروب عل المساس بجسم الإنسان ، أن تراعى فيها أصول المهنة وقواعدها ، وأن يكون غرضها علاجي ، وأن تتم بالرضا المستنير والمتبصر للمريض ، وأن يباشرها شخص مؤهل ومرخص له قانونا بذلك ، وفق ما استقرت عليه العلوم الطبية .

ومن خلال هذه الشروط التي تضيفي المشروعية على التدخل الطبي ، يمكننا القول أن هذا الأخير (التدخل الطبي) ما هو في طبيعته إلا ذلك النشاط الذي يمارسه الطبيب لشفاء المريض بعد الحصول على

إذنه وموافقته بمقابل أجر معين . فماذا لو نتج عن هذا النشاط تخلف الشفاء ، أو تفاقمت حالة المريض ، أو تسبب له في أمراض أو أضرار أخرى أو فقد حياته ؟

إن هذا التساؤل ما كان لي طرح قديما ، لأن التدخلات الطبية التقليدية تميزت بالبساطة كما أنها كانت تقتصر في الغالب على مرحلة العلاج هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أن وعي الناس عموما والمرضى خصوصا كان محدود ، حيث كانوا ينظرون إلى نتائج التدخل الطبي أنها قدرا محتوما .

إلا أنه مع التطور العلمي و التكنولوجي وتقدم العلوم الطبية بأساليبها الفنية ووسائلها التقنية ، فقد توسعت حدود التدخلات الطبية وخرجت عن مفهومها الضيق وظهرت طرق علاجية حديثة ، كما دخلت الأدوات والأجهزة والآلات مجال التدخلات الطبية ، وهذا كله زاد من مخاطر التدخلات الطبية وأضرارها على المريض ، والذي هو الآخر أزداد وعيه مع تطور العلوم الإنسانية والتي بفضلها استقر مبدأ معصومية الجسم البشري وضمن سلامته ، وبدأ في تقدير صحته وسلامتها بعيدا وبمعزل عن نظرة الطبيب المعالج وما يستخدمه من أساليب ووسائل علاجية ، وتوصل إلى فكرة أن فشل الشفاء وبعض الأضرار التي تلحقه من جراء التدخل الطبي هي ليست قدرا محتوما في كل الأحوال ، بل هي في أحوال كثيرة بفعل يد الطبيب، وأنها لم تكن لتقع لولا وجود تقصير منه في تنفيذه لإلتزامه ، ناتج عن إهمال ، أو رعونة ، أو عدم تبصر أدى إلى إلحاق أضرار بصحته وأنه مسؤول عن ذلك ، وبذلك أصبح من الممكن مساءلته ، وهكذا سقط الإحساس الذي ساد شعور المرضى لفترة من الزمن، بأن الطبيب فوق المساءلة .

ولقد ألقى هذا التطور الحاصل للعلوم الطبية من جهة ، والعلوم الإنسانية من جهة أخرى بظلاله على تطور المسؤولية الطبية التي تقوم على أساس إخلال الطبيب بإلتزامه ، أدى إلى ظهور مشكل قانوني بين المريض والطبيب حول طبيعة إلتزام الأخير - الطبيب - من خلال تدخله الطبي على المريض .

وأمام هذا الوضع القائم حول مدى طبيعة إلتزام الطبيب في تدخله الطبي ، تدخل كل من الفقه والقضاء وكذا التشريع وعيا منهم بحساسية هذا الموضوع نظرا لإتصاله بالجسد الإنساني و ما يقتضيه ذلك من إحترام وتقدير يستوجب حرمة ومعصوميته . وأقروا بأن الطبيب مسؤول على سلامة جسم المريض من أضرار تدخله الطبي ، كما أن مسؤوليته تقوم متى ثبت إهماله وتقصيره في تنفيذه لتدخله الطبي . وموازاتا مع ذلك أقروا بضرورة توفير قدر كاف من الحرية للطبيب في علاج مرضاه و الإجتهد والإبداع في عمله ، وكل ذلك من أجل

خلق نوع من التوازن في حماية طرفي العلاقة الطبية - المريض و الطبيب - فحمى المريض من الأضرار التي قد يلحقها به الطبيب أو ما يستعمله من أدوات وأجهزة ، وحمى الطبيب من سوط المسؤولية الملقى على عاتقه جراء تخلف نتيجة كل تدخل طبي يقوم به .

وإذا كانت أية مسؤولية عن أداء عمل ما ، تتحدد أساسا على مدى مشروعيته من جهة ، وعلى طبيعة الإلتزام ومدى وفاء المدين به من جهة أخرى ، فالمسؤولية الطبية كذلك ، وبذلك فإن معرفة طبيعة التدخل الطبي وقواعده وأساس مشروعيته وتحديد طبيعة الإلتزام الطبيب في تدخله الطبي ، يعني تحديد مسؤوليته ، والتي تتحقق بمجرد خروجه عن قواعد التدخل الطبي ، أو بمجرد الإخلال بالإلتزام الملقى على عاتقه ، وهنا تكمن وتبرز أهمية موضوعنا إذ أن لتحديد طبيعة وقواعد التدخل الطبي وطبيعة الإلتزام الطبيب دور كبير في تحديد مسؤوليته ، حيث إذا كانت طبيعة إلتزامه ببذل عناية فإن مسؤوليته تتحقق ما لم يبذل ذلك القدر الكافي من العناية المطلوبة ، أو أهمل أو قصر أو لم يراعي مبادئ الحيطة والحذر في بذلها ، أما إذا كان إلتزامه بتحقيق نتيجة فإن مسؤوليته تتحقق بمجرد تخلف تلك النتيجة التي كان من أجلها تدخله الطبي . وهذا بغض النظر عن طبيعة الإلتزام ما إن كان إلتزاما إنسانيا و أخلاقيا أو فنيا ومهنيا أو تقنيا ، وعن الإطار الذي يباشر من خلاله الطبيب عمله ، سواء كان في إطار الممارسة الحرة التي يحكمها العقد أو في إطار الممارسة العامة بالمستشفيات العمومية التي تحكمها العلاقات ألائحية والتنظيمية .

وفي ضوء ما ذهب إليه الفقه والقضاء والتشريع إلى أن التدخل الطبي نشاط علاجي يستثنى من قاعدة حرمة المساس بالجسم البشري ومعصوميته ، وأن مسؤولية الطبيب تقوم متى أحل بإلتزامه نطرح تساؤلين رئيسيين :

- ما هي طبيعة وقواعد التدخل الطبي ؟

- هل الإلتزام الطبيب من خلال تدخلاته الطبية هو الإلتزام ببذل عناية أم الإلتزام بتحقيق

نتيجة وسلامة المريض ؟

ويندرج تحت هاذين السؤالين الرئيسيين الاسئلة الفرعية التالية :

- ما هو التدخل الطبي ؟

- ما هو أساس مشروعية التدخل الطبي وما هي شروط مباشرته ؟
- ما هو مضمون الإلتزام ببذل عناية في التدخلات الطبية وما هي ضوابطه ؟
- ما هو مضمون الإلتزام بتحقيق نتيجة في التدخلات الطبية وما هي أهم حالاته ؟
- ما هو مضمون الإلتزام بسلامة المريض في التدخلات الطبية وما هي ضوابطه وأهم مجالاته ؟

وفي محاولتنا للإجابة عن كل هذه الأسئلة ارتأينا أن نقسم موضوعنا المتواضع هذا والذي جاء عنوانه تحت التزامات الطبيب من خلال تدخلاته الطبية " دراسة مقارنة " إلى فصلين إثنيين ، خصصنا الفصل الأول منه لماهية التدخل الطبي ومشروعيته ، تناولنا في المبحث الأول منه ، مفهوم التدخل الطبي ومراحله ، أما أساس مشروعيته وشروط مباشرته فقد تناولناها في المبحث الثاني منه .

أما الفصل الثاني فقد خصصناه لطبيعة إلتزام الطبيب في تدخلاته الطبية ، تطرقنا فيه لإلتزام الطبيب ببذل عناية في المبحث الأول منه ، وفي المبحث الثاني منه تطرقنا إلى إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض .

وقد اعتمدنا في كتابة موضوعنا هذا ، على مجموعة من المناهج اقتضتها طبيعة الدراسة ، فاعتمدنا المنهج الوصفي في وصف بعض التدخلات الطبية ، وكذلك المنهج التحليلي في تحليل بعض المواد والنصوص القانونية، واعتمدنا كذلك المنهج المقارن والذي كان له الحظ الأكبر في موضوعنا ، بمقارنة تعريف التدخل الطبي وأساس مشروعيته وشروط مباشرته وطبيعة ومدى إلتزام الطبيب ما بين الفقه والقضاء والتشريع فيما بين القوانين الوضعية (الفرنسي ، المصري ، الجزائري) من جهة ، وبينها وبين الشريعة الإسلامية من جهة أخرى ، ولا يرجع سبب ذلك إلى الإعتقاد الديني لدينا فحسب ، بل لأن الشريعة كانت السبابة في معالجة مثل هذه التدخلات ، و كان للمنهج التطبيقي كذلك حظ في دراستنا وذلك من خلال تعزيز المواقف الفقهية والتشريعية بمواقف وأحكام قضائية لاسيما الأحكام والقرارات القضائية الفرنسية الكثيرة في هذا المجال .

ومن الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذا الموضوع هي قلة المراجع التي تتكلم بصفة موسعة عن التزامات الطبيب ، وخاصة التزامه بضمان سلامة المريض مما أوقع لدينا بعض الخلط وصعوبة كبيرة في التمييز بين الأحكام والقرارات الصادرة بحق التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وتلك الصادرة بحق التزام الطبيب بضمان سلامة المريض .

إضافة إلى ندرة الأحكام والقرارات القضائية الجزائرية المنشورة في هذا المجال ، مما اضطرنا في بعض الحالات بالإكتفاء في الإستشهاد بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي و المصري .

وفي الأخير لا يفوتني أن أشكر من كان له فضل بعد الله علي ، في تخريج هذا البحث المتواضع ، عن طريق تنويره لنا بكل جزئياته ، وإزالة اللبس عما تشابه وتداخل منها وأختلط أمره علينا ، وكذا توجيهاته السديدة ، وإرشاداته الصائبة ، ونصائحه القيمة ، طيلة مدة هذا البحث ، من بدايته إلى نهايته ، أستاذنا الكريم، الدكتور مراد بن صغير جزاه الله عني خير جزاء .

الفصل الأول

ماهية التدخل الطبي و مشروعيته

لقد عرف الإنسان مهنة التطبيب مند القدم ، حيث كانت تمارس في بادئ أمرها من قبل الكهنة والسحرة ، والمشعوذين والدجالين ، الذين كانوا يرجعون سبب الأمراض إلى إحتلال الشياطين والأرواح الشريرة أجساد المرضى. وأنه يتعين إخافتها وطردها لجلب العافية لهم ، واستعملوا في سبيل تحقيق ذلك طرق عدة كالصخب ، والضجيج ، والرقص ، و الأحجبة ، والتمايم ، والتعاويد ، وإعطاء المرضى سوائل مرة المذاق وكريهة الرائحة والذوق.¹

إلا أنه بمرور الزمن وتقدم المجتمعات وتعاقب الحضارات وتطور العلوم الطبيعية والطبية ، وصل الإنسان إلى معرفة حقيقة الأمراض وأسبابها وما يناسبها من علاج ، وبذلك أخذت مهنة التطبيب منحى جديد أكثر أمانا وتنظيما من ذي قبل ، فأصبحت مهنة قائمة بأصولها وقواعدها أنقذت حياة الكثير من البشر.

وجاءت الشريعة الإسلامية وأولت للطب عناية كبيرة إلى درجة أن جعله الله معجزة لنبيه عيسى عليه السلام فقال تعالى : ﴿ وَرَسُولًا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنِّي قَدْ جِئْتُكُمْ بِآيَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ أَنِّي أَخْلُقُ لَكُمْ مِّنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَأُبْرِئُ الْأَكْمَةَ وَالْأَبْرَصَ وَأُخِي الْمَوْتَىٰ بِإِذْنِ اللَّهِ ﴾². وقيل في تفسير هذه الآية أن الله كان يبعث الأنبياء الكل بما يناسب قوم زمانه ، فكان الغالب في قوم زمان عيسى الأطباء وأصحاب العلوم الطبيعية ، فجاءهم بما لا قدرة لأحد عليه ولا سبيل لأحد إليه ، فمن أين للطبيب القدرة على إحياء الجماد ومداواة الأكمة والأبرص وإحياء الأموات.³ وكان لفقهاؤها الدور الكبير في تطوير علم الطب وتمييزه عن أعمال السحر والشعوذة والدجل التي حرمتهم الشريعة الإسلامية مطلقا وجرمت ممارستها بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدًا سَاجِرًا وَلَا يُفْلِحُ السَّاجِرُ حَيْثُ أَتَى ﴾⁴. وجاء أن السحرة استعملوا الحيلة حيث أودعوا حبالهم وعصيهم من الزئبق لتتحرك فسحروا أعين الناس ، فعملهم ينطوي على الحيلة والخداع ولذلك أمر الرسول أن يقتل الساحر متى

¹ - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ص 31

² - سورة ال عمران ، الآية 49 .

³ - إسماعيل ابن عمر بن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج الأول ، ب . ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2014 م 1435 هـ ، ص 356 .

⁴ - سورة طه ، الآية 69 .

تم الظفر به ، وبأن لا يؤمن حيث وجد .¹ وقال الرسول صلى الله عليه وسلم مبينا كيفية تنفيذ القتل في الساحر : " حد الساحر ضربة بالسيف "².

وجعلت الشريعة الإسلامية تعلم الطب من فروض الكفاية³ (فرض كفاية) وذلك بأن يوجد في بلاد المسلمين من يعرف أصول حرفة الطب فإن علمها البعض سقطت عن البعض الاخر .ومتى كان في البلدة الواحدة أكثر من طبيب يكون التطبيب واجبا كفايا ، وإذا وجد طبيبا واحدا فيكون التطبيب فرض عين عليه .⁴

وأعطى فقهاء الشريعة مكانة كبيرة لعلم الطب ، وأهمية بالغة لتعلمه ، حيث روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه مبرزا مكانة وأهمية علم الطب أنه قال : " العلوم خمسة : الفقه للأديان ، والطب للأبدان ، والمهندسة للبيبان ، والنحو لللسان ، والنجوم للزمان "⁵ . وهو ما ذهب إليه كذلك الإمام الشافعي رحمه الله في قوله : " العلم علمان علم الطب للأبدان ، وعلم الفقه للأديان "⁶ . وقوله : " لا أعلم علما بعد الحلال والحرام أفضل من الطب "⁷ .

وجعلت الشريعة الإسلامية من صحة البدن ومعافاته نعمة لا تقدر بثمن ، فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم منه (صحة الجسد ومعافاته) ثلث الدنيا ، فعن سلمة بن عبيد الله بن محصن الخطمي عن أبيه ، وكانت له صحبة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من أصبح منكم آمنا في سربه ، معافى في جسده ، عنده قوت يومه ، فكأنما حيزت له الدنيا "⁸.

1 - إسماعيل ابن عمر بن كثير ، المرجع السابق ، ج الثالث ، ص 1326 - 1327 .
 2 - أخرجه أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، الجامع الكبير ، م الثالث ، ط الأولى ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، 1996 ، تحت رقم 1460 ، ص 127 . وكذلك ؛ علي بن عمر الدارقطني ، سنن الدارقطني ، ج الثالث ، ط الأولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، 1422 هـ - 2001 م ، تحت رقم 112 ، ص 41 .
 3 - منى محمود محمد مصطفى ، مسؤولية أصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ، ط الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2011 ، ص 106 .
 4 - أشار إليه ؛ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ط الأولى ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دمشق - سوريا 1426 هـ 2005 م ، ص 305 .
 5 - أشارت إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 105 .
 6 - أشارت إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 105 .
 7 - أشار إليه ؛ العربي بلحاج ، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري " دراسة مقارنة " ، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 ، ص 87 .
 8 - أخرجه أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، السنن ، ج 5 ، ط الأولى ، دار الرسالة العالمية ، سوريا 1430 هـ - 2009 م ، تحت رقم 4141 ، ص 253 . وكذلك ؛ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المرجع السابق ، م 4 ، تحت رقم 2346 ، ص 168 .

وقال الإمام علي رضي الله عن نعمة صحة البدن ومعافاته : " آلا وإن من البلاء الفاقة ، وأشد من الفاقة مرض البدن ، وأشد من مرض البدن مرض القلب ، آلا وإن من النعم سعة المال ، وأفضل من سعة المال صحة البدن ، وأفضل من صحة البدن تقوى القلب " .¹

ولم يكتف فقهاء الشريعة خاصة و المسلمون عامة بالطب النبوي الذي أخذوه عن رسولهم بل إنفتحوا على المستجدات الطبية والعلاجات المختلفة التي أفرزتها التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة .

وسايرت التشريعات الوضعية ، الوطنية منها والدولية ، التشريع السماوي وأقرت هي الأخرى بحق الإنسان في سلامته الجسدية وإعتبرته من حقوقه الشخصية ، وعبرت عن ذلك في أسما قوانينها² ، وجرمت في تقنيناتها الجنائية كل إعتداء يمس هذا الحق ، غير أنها أستثنت من ذلك التدخلات الطبية كونها تهدف بدورها إلى حماية السلامة الجسدية للمرضى من خلال علاج الأمراض التي تنخر أجسادهم وتضعف قوتهم وتخل بالسيورة العادية لحياتهم ، وذلك بتحقيق الشفاء منها أو التقليل من آلامها على الأقل ، وبذلك أجازت للتدخلات الطبية المساس بجسم الإنسان تحت ستار العلاج ، ونصت التشريعات الوضعية (الوطنية³ ، و الدولية⁴) بأن هذا الأخير - العلاج والرعاية الصحية - حق لكل مواطن تتكفل الدولة بتوفيره بتوفيره لمواطنيها من أجل حماية سلامتهم .

¹ - أشار إليه ؛ محمد راتب النايلسي ، الإعجاز العلمي في القرآن والسنة - آيات الله في الإنسان - ، ط الأولى ، مؤسسة الفرسان للنشر والتوزيع ، الأردن - عمان ، 1434 هـ - 2013 م ، ص 286 .

² - تنص المادة 34 من الدستور الجزائري 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 ، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 28/11/1996 ، ج . ر . عدد 76 ، صادر بتاريخ 08/12/1996 ، المعدل والمتمم ، على أنه : " تضمن الدولة عدم أنتهاك حرمة الإنسان. ويُحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة " .

- تنص المادة 57 من دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11 سبتمبر 1971 الموافق لـ 21 رجب 1391 هـ والمعدل في 22 مايو 1980 و في 25 مايو 2005 وبإستفتاء 26 مارس 2007 ، معدل ومتمم على أنه : " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الإعتداء " .

- تنص المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه : " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه " . نقلا عن مولود ديدان ، ميثاق دولية - ميثاق الأمم المتحدة- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ب ط ، دار بلقيس ، الدار البيضاء الجزائر ، ب ت ن ، ص 87 .

³ - ينص الدستور الفرنسي " دستور الجمهورية الخامسة " ، الصادر بتاريخ 4 أكتوبر عام 1958 ، المعدل والمتمم ، في ديباجته والتي حدها إعلان 1789 وثبتتها وأتمتها ديباجة دستور عام 1946 ، على أنه : " تضمن الأمة للجميع ولاسيما الطفل والعمال المسنين حماية الصحة والأمن المعيشي ... " .

- وتنص المادة 16 من الدستور المصري المشار إليه سلفا على أنه : " تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية ، وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية في يسر وانتظام رفعا لمستواها " .

- وتنص المادة 54 من الدستور الجزائري المشار إليه سلفا على أن : " الرعاية الصحية حق للمواطنين ، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها " .

⁴ - تنص المادة 25 فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه : " لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية له ولأسرته ، ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية ... " ، نقلا عن مولود ديدان ، ميثاق دولية ، المرجع السابق ، ص 93 .

ونظمت التشريعات الوضعية مهنة الطب والتطبيب في قوانين خاصة ، أطلقت عليها مسميات مختلفة كقانون الطب ، أو قانون الصحة ، أو قانون الممارسات الطبية ، أو أي إسم آخر يدل على التطبيب أو حماية الصحة من الأمراض .

و إنطلاقاً من الدور الإيجابي للتدخلات الطبية في حفظ سلامة صحة الإنسان والإبقاء عليها سليمة وقوية ، تعود بالفائدة عليه بدرجة أولى وعلى المجتمع والدولة بدرجة ثانية ، وحتى لا يطلق العنان لهذه التدخلات (التدخلات الطبية) وخاصة بعد تطور أساليبها ووسائلها نتيجة تطور العلوم الطبية ، وتخرج عن إطارها العلاجي والإنساني ويستباح جسم الإنسان ويقتضى محلاً للعبث ومستودعاً للمعاملات الأخلاقية، وتفادياً لمثل هذه التصرفات المشينة في أحد أنبل وأقدس الأعمال خدمة للصحة البشرية على الإطلاق ، ذهب الفقه متبوعاً بالقضاء والتشريع إلى تحديد مفهوم التدخل الطبي ومراحلها ، وهو ما سنحاول التطرق له في المبحث الأول من هذا الفصل ، وإلى تحديد أساس مشروعيته وشروط مباشرته وهو ما سنحاول أن نقف عليه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الأول

مفهوم التدخل الطبي ومراحله

لقد إعتنى كل من الفقه والقضاء والتشريع بالتدخل الطبي كونه العمل أو النشاط الوحيد الذي يستثنى من قاعدة عدم المساس بالجسم البشري فهو يخترقها بدافع العلاج ، وأعطوه مفاهيم مختلفة ، وأختلفت التعاريف والشروحات ضمن الفريق الواحد ، ويرجع سبب ذلك لإختلافهم في الزوايا التي ينظرون منها للتدخل الطبي من جهة وفي حدوده ومجالاته من جهة أخرى.

وتكمن أهمية بيان مفهوم التدخل الطبي في تحديد نطاق مسؤولية الطبيب ، فإذا سلمنا مثلاً أن التدخل الطبي يشمل مرحلة العلاج وحدها ، فإن الطبيب يسأل عن خطئه في مرحلة العلاج فقط ، دون سواها من مرحلتي الفحص والتشخيص مثلاً .

ولتحديد تعريف التدخل الطبي وبيان مراحله لدى كل من رجال الفقه والقضاء والتشريع ، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول منه لتعريف التدخل الطبي ، والمطلب الثاني لمراحله .

المطلب الأول

تعريف التدخل الطبي

لقد عرف فقهاء القانون والشريعة التدخل الطبي ، وتبعهم في ذلك القضاء والتشريعات الوضعية ، حيث أعطى كل منهم تعريف له ، وسنحاول التطرق لهذه التعاريف في الفرعين التاليين ، الفرع الأول نخصصه للتعريف الفقهي والفرع الثاني للتعريف القضائي و التشريعي .

الفرع الأول

التعريف الفقهي والقضائي

كان لفقهاء القانون والشريعة السبق في تحديد وتعريف التدخل الطبي ، حيث تعددت تعريف فقهاء القانون له ، أما فقهاء الشريعة فجاء تعريفهم له ضمناً من خلال تعريفهم للطب كحرفة ، وللطبيب كقائم عليها ، وللتداوي كطريقة علاجية ، وسنقف على تعريف الفقه القانوني في البند الأول وتعريف الفقه الشرعي في البند الثاني .

البند الأول

تعريف الفقه القانوني

لقد أعطى فقهاء القانون للتدخل الطبي تعريفات مختلفة ، ويرجع سبب ذلك لإختلافهم في الزوايا التي ينظرون منها للتدخل الطبي من جهة ، وفي حدوده ومجالاته من جهة أخرى ، وبذلك جاءت تعريفهم له ، ما بين مضيق و موسع له ، وسنتطرق لكل من التعريفين - الضيق ، و الموسع للتدخل الطبي - والتعليق عليهما فيما يلي :

أولاً : التعريف الضيق للتدخل الطبي

عرف جانب من الفقه من أصحاب هذا الإتجاه التدخل الطبي بأنه : " ذلك النشاط الذي يمارسه شخص متخصص لشفاء الغير ويشمل مرحلة العلاج " .¹

وعرفه جانب آخر من الفقه من أنصار هذا الإتجاه بأنه : " النشاط الذي يباشره شخص متخصص بغية شفاء الغير وذلك وفقاً للأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب " .²

وعرف كذلك بأنه : " كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب " .³

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، التأمين عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2012 ، ص 32 .

² - محمود القبلاوي ، المسؤولية الجنائية للطبيب ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2004 ، ص 5-6 .

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء ، ط الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2008 ، ص 19 .

وعرف كذلك بأنه : " كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض "¹.

من خلال إستقراء هذه التعاريف و إستنتاجها ، يتبين لنا وبشكل جلي أنها حددت وضيق نشاط التدخل الطبي ، و إقتصرت على مرحلة العلاج ، كما أنها تجاهلت مراحلها وضوابطه . إضافة إلى أنها إعتبرت التدخل الطبي فن دو دوافع إنسانية فقط ، في حين أنه علم دو دوافع أخلاقية وإجتماعية كذلك .

إذا كانت هذه التعاريف تفيء بمفهوم التدخل الطبي يوما ما ، فإنها لم تعد تسعه اليوم نظرا لتقدم العلوم الطبية وقواعدها وتعدد أساليبها ، وتطور وسائلها .

إن هذا القصور في تعريف التدخل الطبي لذي جانب من الفقه ، دفع إلى ظهور جانب أحر منه ، وسع من تعريف التدخل الطبي وذلك بمحاولة إحوائه الجوانب التي أغفلها الجانب الأول من الفقه.

ثانيا : التعريف الموسع للتدخل الطبي

عرف جانب من الفقه من أصحاب هذا الإتجاه التدخل الطبي بأنه : " كل نشاط يأتيه من يمتهن مهنة الطب أو مهنة الصيدلة وأي شخص مرخص له بمعرفة القانون مزاوله فن التطبيب يهدف من جرائه إلى الكشف عن علة المرض أو التخلص من آفاته جميعا أو تخفيف آلامه ، والعمل على الوقاية من المرض شرط أن يتفق هذا النشاط وقواعد الحيطة ومقتضيات الحذر كما ترسمه الخبرة الإنسانية العامة ، وما تمليه القواعد الفنية المعمول بها في فن الطب "².

لقد أشار هذا التعريف إلى صفة القائم بالتدخل الطبي وكذلك إلى مراحلها ، إلا أنه أغفل ضرورة الحصول على رضا من يقع عليه التدخل الطبي .

وعرفه الفقه المصري بأنه : " ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض ، والأصل فيه أن يكون علاجيا ، أي

¹ - أشار إليه ؛ كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، الضوابط القانونية للإستنساخ "دراسة مقارنة" ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الازارطة مصر ، 2013 ، ص 229 .

² - أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة " ، ب ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003 ، ص 51

يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته أو مجرد تخفيف آلامه ، وكذلك يعد من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض ¹.

لقد شمل هذا التعريف هو الآخر جميع مراحل العلاج إلا أنه أغفل بعض شروط مشروعية التدخل الطبي، كتحديد صفة القائم بالتدخل الطبي ورضا من يقع عليه التدخل الطبي .

وعرف كذلك بأنه : " كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب ، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف الآم المرض أو الحد منها ، أو منع المرض ، أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة إجتماعية شريطة توافر رضا من يجري عليه هذا العمل " ².

إن هذا التعريف شمل جميع مراحل التدخل الطبي وشروط مشروعيته ، ويبدو من وجهة نظرنا أنه أحسن تعريف للتدخل الطبي .

ومن خلال التمعن في تعاريف الفقهاء للتدخل الطبي ومقارنتها ببعضها البعض نلمس البصمة التي أضافها الفقهاء الموسعين له عن نظراءهم المضيقيين له ، وذلك بتوسيع نطاق التدخل الطبي ليشمل جميع مراحل العلاج ، بداية من التشخيص إلى غاية الرقابة والوقاية ، إضافة إلى بيان شروط مشروعيته وشروط مباشرته، كتحديد صفة القائم به ، ورضا المريض الذي يقام عليه التدخل .

ومما لا شك فيه ، أن هذا التوسع في مفهوم التدخل الطبي ، جعل منه نشاطا حيا يتماشى مع ما تشهده العلوم والتكنولوجيا من تقدم بصفة عامة وما تشهده العلوم البيوطبية بصفة خاصة ، في سبيل البحث عن علاج فعال وسليم ، ولعل تقيده بشروط قد يحد من مخاطره ، التي أصبحت تهدد سلامة الجسم البشري جراء ولوج الأجهزة والمعدات المجال الطبي ، وظهور اساليب علاجية دقيقة وصعبة .

¹ - أشار إليه ؛ منصور عمر المعاينة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، ط الأولى ، ب دن ، الرياض ، 2004 ، ص 15 .
² - أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة " ، ط الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2003 ، ص 258

البند الثاني

تعريف الفقه الشرعي

إن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للتدخل الطبي لم نجدّه بشكل صريح ومباشر في كتب الفقه ، بل جاء تعريفهم له ضمناً ومتفرقا ، يستنبط من خلال تعريفهم للطب كصناعة ، و للطبيب كقائم عليها وللتداوي كطريقة علاجية ، وقد وردت تعاريف عديدة للطب والطبيب و التداوي وسنقتصر على تعريف واحد أو اثنين لكل منهما .

فقد عرف ابن سينا الطب : "بأنه علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ، ليحفظ الصحة حاصلة ، ويستردّها زائلة " .¹

وعرفه الشافعية كذلك : " بأنه علم يتوصل به إلى بقاء صحة البدن ، وزوال مرضه " ²

وقسم علماء الشريعة الطب إلى جزئين "علمي نظري وجزء عملي" .³

وعرف الطبيب بأنه : " هو الذي يفرق ما يضر بالإنسان جمعه ، أو يجمع فيه ما يضره تفرقه ، أو ينقص منه ما يضره زيادته ، أو يزيد فيه ما يضره نقصه ، فيجلب الصحة المفقودة أو يحفظها بالشكل والشبه ، ويدفع العلة الموجودة بالضد والنقيض ويخرجها أو يدفعها بما يمنع من حصولها بالحمية " .⁴

وإشتروا فقهاء الشريعة في من يمارس مهنة الطب أن يكون من ذوي الحدق في صناعته وله بصارة بها ، ومن مارس ولم يكن كذلك فهو ضامن .⁵

وعرف التداوي بأنه : " البحث المستنير عن مسببات المرض العضوي أو النفسي ، وتعاطي الدواء المناسب لإزالة هذا الداء على سبيل القطع أو الظن الغالب ، وذلك لتحقيق الترابط بين الأسباب والمسببات في الواقع المشاهد وفي نصوص الفقه والقانون " .⁶

¹ - أبي علي الحسين بن علي بن سينا ، القانون في الطب ، ج الأول ، ط الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت- لبنان ، 1999 ، ص 13 .

² - أشارت إليه ؛ مني محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 105 .

³ - وهو أنه ليس واحد من قسمي الطب إلا علما ، لكن أحدهما علم أصول الطب ، والأخر علم كيفية مباشرته . ابن سناء ، المرجع السابق ص 13 .

⁴ - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، ج الثاني ، ط الثانية ، دار الإمام مالك ، باب الوادي - الجزائر ، 2012 ، ص 102 .

⁵ - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 32 .

⁶ - أشار إليه ؛ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي ، ط الثانية ، دار المنار ، القاهرة ، 1993 ، ص 15 .

وقد أصبح التداوي في العصر الحاضر يأخذ صور وأشكال متعددة ، منها ما هو بالأدوية ومنها ما هو بالجراحة ، ومنها ما هو نفسي ، ومنها ما هو فيزيائي وغيرها من العلاجات المستجدة " ¹.

إن التعاريف السابقة لكل من الطب والطبيب والتداوي ، متقاربة المعنى وتصب في اتجاه واحد ، وهو حماية ووقاية الإنسان وبدنه من أي مرض ، أو القضاء عليه أو التقليل من آلامه والعمل على إسترداد الصحة والعافية وكل ذلك بقدر الإمكان ².

ومن خلال إستقراء وإستنتاج تعاريف الفقهاء للطب والطبيب والتداوي السالفة ، نضع أيدينا على المعنى أو المراد بالتدخل الطبي عند فقهاء الشريعة ، بأنه نشاط علاجي ، يقع على جسم أو نفس الإنسان بموافقته ، يتوافق في أصله وكيفيته وطريقة مباشرته مع علوم الطب العلمية والعملية يقوم به طبيب ، بقصد حفظ الصحة حاصله وإسترجاعها زائلة ، بإستعمال جميع العلاجات المقررة في الطب سواء كان علاج غدائي (الحمية) أو نفسي أو دوائي أو جراحي أو فيزيائي وجميع ما أستجد من العلاجات يستهدف صحة المريض من جهة و المحافظة على الصحة العامة من جهة أخرى .

وبغية الإلتزام بالإطار العام لممارسة مهنة الطب ، فقد وضع الأطباء المسلمون أساس الرقابة الطبية على نحو عصري ، فشرعوا لذلك نظاما حددوا فيه الأركان التي يجب أن يدور عليها علاج الطبيب وتديره وهي: " 1- حفظ الصحة الموجودة. 2- رد الصحة المفقودة بحسب الإمكان. 3- إزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان. 4- إحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما. 5- تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما " ³.

¹ - أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الطبية ، ط الأولى ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2000 م 1420 هـ ، ص 193
² - كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرجع السابق ، ص 229 .
³ - أشارت إليه ؛ عادة فؤاد مجيد المختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان ، 2011 ، ص 33 . وكذلك ؛ محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 .

البند الثالث

التعريف القضائي

لقد سائر القضاء الغربي والعربي الفقه القانوني في بادئ الأمر بإقتصاره مفهوم التدخل الطبي على مرحلة العلاج ، ثم طور القضاء أحكامه بعد ذلك ليضم مرحلة التشخيص ، وإتسع نطاقه فيما بعد ليشمل مراحل عدة بداية من الفحص والتشخيص مروراً بالعلاج وصولاً إلى الوقائية من الأوبئة والأمراض المعدية .

فالقضاء الغربي وعلى رأسه القضاء الفرنسي جاءت أحكامه الأولى في مفهوم التدخلات الطبية مقتصرة فقط على مرحلة العلاج ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " يعد مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب ، من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصاً له بذلك " ¹.

وما لبث الأمر طويلاً حتى طور القضاء الفرنسي من مفهومه للتدخل الطبي عن طريق أحكامه فأشمله مرحلة التشخيص حيث قضت محكمة النقض بأنه " يعد مزاولاً لمهنة الطب بدون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض " ².

وواصل القضاء تطويره لمفهوم التدخل الطبي تحت وطأت تأثير تطور العلوم الطبية ، إلى أن وصل وأقر بأن العمل الطبي أو التدخل الطبي " يشمل الفحوص البكتريولوجية والتحليل الطبية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بمعاقبة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوصات الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض عن جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب المنصوص عليها في المادة 3/372 من قانون الصحة العامة الفرنسي القديم " ³.

أما القضاء العربي وعلى رأسه القضاء المصري الذي يعد أرضاً خصبة للأحكام القضائية الطبية المنشورة مقارنة مع نظيره الجزائري مثلاً ، فقد إنتهج في بداية الأمر نهج نظيره الفرنسي حيث قصر مفهوم التدخل الطبي

¹ - أشار إليه ، محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 . وكذلك ؛ كمال محمد السعيد cass.crim 20 juin 1929 .B.C.1929 . No 172 .

² - أشار إليه ؛ محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 . cass.crim 20 fev 1957 .B.C.1957 .No:147.176.

³ - أشار إليه ؛ كمال محمد السعيد عبد القوي . 207 .No: 207 .B.C.1958 .D.1958.388 Not FG.24Mars.1958 cass.crim 27 mai 1957 .

في بادئ الأمر على التشخيص والعلاج دون سواهما ، حيث قضت المختلطة بأن مسؤولية الطبيب عن خطأه في التشخيص والعلاج لا تقوم إلا بتوافر الخطأ الجسيم . وذلك في حكمين صادرين سنة 1935¹ و 1945.²

ونظرا لتطور مفهوم التدخل الطبي في التشريع المصري وإتساع نطاقه لم يجد القضاء المصري بدا من مسايرته فجنح في أحكامه إلى أن " مفهوم العمل الطبي يشمل إلى جانب التشخيص والعلاج ،إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية ،وإعطاء الإستشارات الطبية و العقاقير".³

و في الأردن فقد إستقر القضاء على أن التدخل الطبي يشمل مراحل العلاج كافة "من فحص وتشخيص وإستشارة وإستعمال الآلات الطبية ، وفق الأصول المهنية والقواعد الطبية اللازمة لمعالجة المريض ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها ،بأن العاهة التي أصيبت بها ابنة المدعي نتجت عن كسر في الرقبة لم يتم علاجه في أوانه بسبب عدم فحص وتصوير رقبة المصابة وتشخيص الكسر عند دخولها المستشفى رغم أن حالتها تشير إلى وجود مثل هذا الكسر مما يدل على أن الطبيب لم يبذل العناية اللازمة وفقا للأصول المقررة في علم الطب".⁴

ومن الملاحظ أن ما أفرزه التقدم التكنولوجي عامة والعلوم الطبية خاصة من تطورات . جعلت من الفقه القضائي منصاعا ومجبرا في إجهاده لمسايرة هذا التطور حفاظا على صحة المرضى و حمايتهم من أخطار الوسائل والأساليب الطبية الحديثة.

¹ - نقض جنائي - مصري - 1935/12/16 أشار إليه ، عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 24 .
² - نقض جنائي - مصري- 1945/06/04 أشار إليه ، عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 24. وكذلك ؛ محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 10 .
³ - نقض جنائي - مصري - 1957/10/27 أشار إليه ، محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 10 . وكذلك ؛ كمال محمد السعيد عبد القوي عون ، المرجع السابق ، ص 233 .
⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايزه ، المرجع السابق ، ص 34 .

الفرع الثاني

التعريف التشريعي

إن جل التشريعات إذا لم نقل كلها والتي أولت إهتماما لتنظيم مزاولة مهنة الطب ، لم تعطي تعريفا دقيقا وواضحا وجامعا مانعا للتدخل الطبي ، وفسحت المجال في ذلك لإجتهادات الفقه والقضاء ، وإكتفت بوصف بعض الأعمال وأقرت بأنها تدخل ضمن الأعمال أو التدخلات الطبية . وبالتالي فإن تعريف التشريعات للتدخل الطبي جاء ضمنيا وغير مباشر عدى بعض الحالات التي أقر صراحة أنها تدخل ضمن الأعمال والتدخلات الطبية ، وسنعرج في البنود الثلاثة آتية على تعريف كل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري.

البند الأول

تعريف التشريع الفرنسي

إن مجموعة النصوص القانونية الفرنسية المتعلقة بالصحة والممارسات الطبية توزعت على قوانين مختلفة، منها قانون مزاولة مهنة الطب القديم¹ الملغى بقانون الصحة العامة² والمعدل بمرسوم سنة 1953³ وقانون أخلاقيات مهنة الطب⁴ الصادر سنة 1947 والمعدل بمراسيم سنة 1979⁵ و 1995⁶ الملغاة ومرسوم سنة 2012⁷. و قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة⁸ ، المعدل بموجب القانون المتعلق بسياسة سياسة الصحة العامة في فرنسا⁹.

¹ - قانون مزاولة مهنة الطب الصادر بتاريخ : 1892/11/30 . الملغى

² - قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بتاريخ : 1945/09/24 . المعدل والمتمم

³ - مرسوم 15 /10 /1953 المعدل لقانونالصحة العامة الفرنسي .

⁴ - قانون رقم 1169 – 47 الصادر بتاريخ: 1947/06/27 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الفرنسي المعدل والمتمم

⁵ - المرسوم رقم 79-506 الصادر بتاريخ : 1979/02/28 المتعلق بالسلوك الطبي . الملغى

⁶ - المرسوم رقم 95-1000 الصادر بتاريخ : 1995/09/06 المتعلق بالسلوك الطبي الملغى

⁷ - المرسوم رقم 694-2012 الصادر بتاريخ : 2012/05/07 المتعلق بأداب مهنة الطب

⁸ - قانون رقم 303-02 الصادر بتاريخ : 2002/03/04 ، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة . المعدل والمتمم .

⁹ - قانون رقم 806-04 الصادر بتاريخ : 2004/08/09 ، المتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا .

كان نطاق التدخلات الطبية محصوراً في علاج الأمراض فقط في ظل قانون مزاوله مهنة الطب في فرنسا الصادر في 30 نوفمبر 1892¹. في حين غاب الفحص والتشخيص عن التدخلات الطبية، وكان شأن المشرع في هذه المرحلة شأن الفقه والقضاء.

ومع تطور التدخلات الطبية وتعدد صورها، وصدور قانون الصحة العامة الفرنسي في 24 ديسمبر 1945 والمعدل في 15 أكتوبر 1953 شمل التدخل الطبي مرحلتى الفحص والتشخيص، وإن كان لم ينص صراحة على ذلك، ولكن هذا يستفاد ضمناً من المادة 372² من هذا القانون والتي جاءت تحت باب الممارسة غير المشروعة للطب. ويفهم من نص هذه أن التدخل الطبي يشمل التشخيص والعلاج.

أما في قانون أخلاقيات مهنة الطب الصادر سنة 1947 فقد شملت التدخلات الطبية مرحلة التشخيص والعلاج والوقاية من الأمراض وذلك حسب نص المادة 17 من مرسوم 28 يونيو 1979 المعدل والمتمم لمدونة أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي. ويرجع سبب إدراج مرحلة الوقاية ضمن مراحل التدخل الطبي، إلى تطور مفهوم فكرة الصحة التي اقتضت تقرير التطعيم الإجباري ضد الأمراض المعدية للوقاية من الأمراض³.

البند الثاني

تعريف التشريع المصري

يعد المشرع المصري من المشرعين الذين إهتموا بمهنة الطب وتطوراتها، ورغم ذلك جاء تعريفه للتدخل الطبي ضمنى محدد ومحصور في بعض التدخلات وصفها بالأعمال الطبية، في نصوص متفرقة ما بين قانون سنة 1954 لمزاوله مهنة الطب وتعديلاته، وقانون سنة 1949 الخاص بنقابة المهن الطبية. وبالتالي يمكن القول بأن المشرع المصري سلك مسلك المشرع الفرنسي فيما يخص تحديده الضمني للتدخلات الطبية.

¹ - يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 50.

² - Articl 372: Exercice illégalement la médecine " toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, a l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies "

³ - أشار إليها؛ كمال محمد السعيد عبد القوي عون، المرجع السابق، ص 231.
³ - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل وزراعة الأعضاء البشرية - الإستنساخ - الخلايا الجذعية "دراسة مقارنة"، ب. ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة - الإسكندرية - مصر، 2013، ص 49

ولم يأت مفهوم التدخل الطبي بشكل واضح في اللائحة الداخلية لنقابة الأطباء التي إعتمدتها الجمعية العمومية السنوية للنقابة في 12 يناير 1974 حيث أشارت أن من واجبات النقابة المشاركة في ذكر الأعمال الوقائية وذلك في المادة الثانية من اللائحة.¹

في حين نصت المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 وتعديلاته في شأن مزاوله مهنة الطب على أنه : " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي المعملي بآية طريقة كانت ، أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بآية صفة كانت إلا إذا كان مصريا أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاوله مهنة الطب بها ، وكان إسمه مقيدا بسجل الأطباء البشريين ، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد".²

ولم يرد صراحة مفهوم التدخل الطبي في كل من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري، ومشروع سلوكيات الطبيب ، وإنما جاء ضمينا في نص المادة الثامنة من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري والمادة الثانية عشر من مشروع سلوكيات الطبيب على النحو التالي : " لا يجوز للطبيب أن يعلن بأي وسيلة من وسائل الإعلان عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد إستخدامها إذا لم يكن قد إكتمل إختبارها وثبتت صلاحيتها ونشرت في المجلات العلمية كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه بدون وجه حق أي كشف علمي".³

لقد أشار المشرع المصري في مجموع نصوصه السالفة إلى كثير من الأعمال التي أدرجها ضمن التدخلات الطبية مركزا على مرحلي التشخيص والعلاج في حين أهمل الإشارة بشكل صريح إلى الوقاية من الأمراض كمرحلة من مراحل التدخلات الطبية . ونرى أنه كان من الأجدر على المشرع المصري النص صراحة على التدخل الطبي وأن يشير فيه إلى جميع مراحل العلاج بما فيها مرحلة الوقاية لأن الأمر يتعلق بالمحافظة على الصحة العامة والخاصة .

1 - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 50
2 - قانون رقم 415 لعام 1954 ، المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1373 ، الموافق لـ 22 يونيو 1954 في شأن مزاوله مهنة الطب في مصر .
3 - اشار إليها ؛ العبيرج بورويس ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، يومي 23 و 24 جانفي 2008 .

البند الثالث

تعريف التشريع الجزائري

لقد سار المشرع الجزائري على نهج سابقه الفرنسي والمصري ، في جعل تعريف التدخل الطبي ضمنيا ، إلا أنه إستفاد من تجربتهما حين إعتبر أن التدخل الطبي يشمل العلاج بجميع مراحلها بداية من الفحص والتشخيص والعلاج والوقاية من المرض ، وذلك ما نلمسه من خلال إستقراء مجموعة نصوصه القانونية في قوانينه المتعاقبة و المتعلقة بالطب والصحة ، والتي توزعت على قانون الصحة العمومية لسنة 1976 ، وقانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 وتعديلاته ، والقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية ، إضافة إلى ما جاءت به مدونة أخلاق الطب لسنة 1992 من نصوص .

يعد قانون الصحة العمومية أول تشريع صحي في الجزائر ، وفيه أعتبر التدخل الطبي عمل علاجي وتشخيصي وذلك بنص المادة 37 التي نصت على أنه : " يعد ممارسا بوجه غير مشروع للطب : كل شخص يشترك عادة ومقابل أجر وحتى بحضور طبيب بإعداد تشخيص أو علاج أمراض أو آفات جراحية أو وراثية أو مكتسبة ، حقيقية أو مفترضة بواسطة الأفعال المهنية أو الإستشارات الشفهية أو الكتابية أو بأي طرق أخرى مهما كانت ، دون أن يكون حاملا شهادة دكتور في الطب أو دون أن يكون مستفيدا من الأحكام المشار إليها في المادة 17 " .¹

ونصت المادة 8 من ق ح ص ت على أنه : " يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي :

- تشخيص المرض وعلاجه ،
- إعادة تكييف المرضى ،
- التربية الصحية "

¹ - أمر رقم 76-79 ، المؤرخ في 29 شوال عام 1396 ، الموافق لـ 23 أكتوبر سنة 1976 ، المتضمن ق ص ع ج ، ج ر ، العدد 101 ألغي بقانون رقم 85-05 ، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 ، الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بح ص ت ، ج ر ، العدد 08 ، المعدل والمتمم .

وجاء في المادة 196 - 3 من ذات القانون على أنه : " يتعين على الأطباء والصيدالدة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي : ... المشاركة في أعمال وقاية السكان وتربيتهم الصحية "

وأنت المادة 19 من القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية واضحة وأكثر دقة حيث نصت على أنه : " يقوم الأطباء العامون للصحة العمومية على الخصوص بالأعمال الآتية : - التشخيص والعلاج

- حماية الأمومة والطفولة ،

- الحماية الصحية في الوسط المدرسي ،

- الوقاية العامة وعلم الأوبئة ،

- التربية الصحية ،

- إعادة التأهيل وإعادة التربية ،

- الخبرة الطبية ،

- التسيير الصحي ،

- التحليلات الطبية ، ويشاركون في تكوين موظفي الصحة " ¹.

وقد نصت المادة 16 من م ا ط الجزائرية على أنه : " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز إختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية " ².

ومن خلال التعريفات السابقة لكل من الفقه والقضاء والتشريع نلاحظ أن الفقه كان أكثر توفيقاً في تعريفه للتدخل الطبي من التشريع ، وهذا الأخير ربما تعمد عدم حصر مفهوم التدخل الطبي بدقة ، نظراً للتطور

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 91 - 106 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 ابريل سنة 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية ، ج ر ، العدد 22 .

² - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 ، الموافق لـ 6 يوليوس سنة 1992 ، المتضمن م ا ط ، ج ر ، العدد 52

المذهل و المستمر للعلوم الطبية وأساليبها ووسائلها من جهة ، وإلى نبل مهنة الطب وخدماتها الإنسانية والتي أكبر من أن تحصر في مواد قانونية .

المطلب الثاني

مراحل التدخل الطبي

من خلال التعاريف الفقهية للتدخل الطبي وبعض الأحكام القضائية الواردة فيه وبعض النصوص القانونية المشيرة إليه ضمناً تارة والمعددة بشكل صريح لبعض الحالات التي تعتبر من صميم التدخلات الطبية تارة أخرى ، إضافة إلى تطور الأساليب الطبية ووسائلها . يمكن القول أنها أوردت مجتمعة مراحلها في أربع، سنتعرض لها في الفروع الأربعة التالية :

الفرع الأول

مرحلة الفحص والتشخيص

١ - **مرحلة الفحص** : يعد الفحص الطبي عتبة التدخل الطبي ، حيث يقوم الطبيب بلقاء مريضه وفحص حالته الصحية ظاهرياً قصد معرفة المرض . وذلك عن طريق أعراض المرض ، وما يدلي به المريض أو احد أفراد عائلته عن تاريخ المرض ، ودور المؤثرات الوراثية والبيئية ، وقد لا يكتفي الطبيب بذلك فيأمر بإجراء فحص تكميلي غالباً ما يشمل التحاليل المخبرية والأشعة.

وعرف الفحص الطبي بأنه : " قيام الطبيب بفحص المريض فحصا ظاهريا من خلال ملاحظة الدلائل (الكلينيكية) بهدف التحقق من وجود ظواهر معينة تساعده في الوقوف على حقيقة المرض " ¹. ويكون الفحص على مرحلتين.

المرحلة الأولى (الفحص التمهيدي) : وهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدما يده أو أذنه أو عينه أو بعض الأجهزة البسيطة كمقياس الحرارة أو الشوكة الرنانة أو العدسات المكبرة أو خافض اللسان " ².

المرحلة الثانية (الفحوص التكميلية) : وهي المرحلة التي تأتي بعد أن يعجز الفحص التمهيدي الأولي عن تحديد المرض ، مما يدفع بالطبيب إلى إجراء فحوصات أكثر عمقا معتمدا على الأجهزة والآلات الأكثر تطورا ودقة في تشخيص الأمراض ومعرفة نوعيتها إضافة إلى التحاليل المخبرية والدراسات الكيميائية والمجهرية، كإستعمال الأشعة السينية ، والمناظير الطبية ، و تحاليل الدم والبول والبزاز وغيرها ، وإختباري تقدير كمية السكر في الدم ومعدل الترسيب لمحتوى الدم " ³.

وعرف الفحص الطبي في الموسوعة الطبية الفقهية بأنه : " الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة والوصول إلى تشخيص المرض (Diagnosis) ويتضمن الكشف معاينة علامات المرض (signs) وأعراضه (Symtomes) وسؤال المريض عن تاريخ بداية هذه العلامات والأعراض ، وسؤاله عن الأمراض التي سبق أن أصيب بها ، وغالبا ما يستكمل الفحص الطبي ببعض الفحوص المخبرية (Laboratory Tests) أو الصور الشعاعية (Radiography) أو التنظير بالمناظير (Speculum) أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول للتشخيص الصحيح " ⁴.

والأصول الطبية تقضي بأن يقوم الطبيب بإجراء فحوص أولية لإختبار حالة المريض قبل وصف دواء أو مباشرة طريقة من طرق العلاج ، فعدم قيامه بذلك من باب الإهمال يثير مسؤوليته " ⁵.

¹ - مصطفى محمد مصطفى عرجاوي، المرجع السابق ، ص 36 .
² - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 284 .
³ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ط الثانية ، مكتبة الصحابة ، جدة الشرفية ، 1994م ، ص 215 هـ .
⁴ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 763 .
⁵ - حسين طاهري ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2008 ، ص 27 .

ويرى فقهاء الشريعة أن إتقان الفحص الطبي من الأمانة والإحسان المأمور به و التي يجب على الطبيب التحلي بهما¹.

ب - **مرحلة التشخيص** : التشخيص هو المرحلة الثانية في التدخل الطبي بعد الفحص ، وفيها يقوم الطبيب بتحديد المرض وأسبابه ودرجة خطورته ، وفقاً للمعطيات والأصول العلمية ، مستعملاً في سبيل ذلك جميع الوسائل العلمية المتاحة و هذه المرحلة خطيرة لأنه عليها يبنى العلاج و يبقى التشخيص هو ثمرة الفحص السليم و بوابة العلاج السليم .

و عرف التشخيص بأنه : " العمل الذي يتضمن إستيضاح الحالة المرضية ، من حيث الكشف عنها وتبينها وتحديد معالمها "².

و عرف كذلك بأنه : " العمل الذي يقوم بترجمة نتائج المترتبة عن الفحص الطبي من مظاهر ودلائل والتي على أساسها تستخلص النتائج السائغة لوضع التشخيص وتحديد نوع المرض وتبيان مركزه من بين الأمراض الأخرى وذلك وفقاً للمعطيات العلمية . ،فالتشخيص ما هو إلا مجرد عملية بحث وتحقق يقوم بها الطبيب العام أو المتخصص للتأكد من نوع المرض الذي يعاني منه المريض "³.

ويتطلب التشخيص أن يتوافر عند الطبيب المعرفة العلمية الكافية ، وأن يقوم بالأبحاث والأعمال اللازمة للوصول إلى التشخيص السليم ، كدقة الملاحظة الشخصية لمعرفة نوع المرض ، ودرجة خطورته وإستخدام الأجهزة اللازمة للتشخيص من مختبرات وأشعة "⁴ ، وقد أشارت المادة 16 من م ا ط ج للتشخيص "⁵.

وقد أجمعت هذه التعريفات على تحديد شرطين إثنين لإجراء التشخيص الطبي :

1 - وهبة الزحيلي ، قضايا الفقه والفكر المعاصر ، الإعادة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، 2007 م 1428 هـ ، ص 322 .
2 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، ط الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن - عمان ، 1436 هـ 2015 م ، ص 447 .
3 - مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، المرجع السابق ، ص 36 .
4 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 38 .
5 - تنص المادة 16 من م ا ط ج على أنه : " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز إختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الإستثنائية "

- الشرط الأول : المعرفة العلمية : - الشرط الثاني : تحديد المرض : وقد ذكر الشرط الأول في نص المادة 45 من م ا ط الجزائرية. والشرط الثاني في المادة 69 من المدونة نفسها".¹

وبذلك يقوم الطبيب في مرحلة التشخيص بأعمال ثلاثة هي : الملاحظة التشخيصية - واستخدام الأجهزة العلمية في التشخيص - وإجراء التشاور الطبي بشأن التحديد الدقيق للتشخيص".²

إن عملية التشخيص عملية صعبة ومعقدة وهذا لتشابه الأعراض والمواصفات في العديد من الأمراض، والتشخيص هو اللبنة الأولى التي يبنى عليها العلاج ، فعلى الطبيب أن يتوخى الدقة و اليقظة في تشخيص المرض ، فعليه أن يستمع للمريض أو لأحد أفراد عائلته ، و يبذل كامل جهده بدقة متناهية و أن يأتي كل ما في وسعه وأن يستحضر جميع خبراته التي اكتسبها من مزاولته لمهنته وما توصل إليه الطب وإستقر عليه ، وأن يستعمل جميع المعدات والأجهزة العلمية الطبية الحديثة المعدة للتشخيص وأن يستشير بمشورة زملاءه الأكثر ضلوعا و تمرسا وتخصصا إذا اقتضت الضرورة " حالة الإلتباس والإستعصاء " ، وأن يعطي لعملية التشخيص وقتها الكافي إذا لم تكن حالة المريض تستدعي الإستعجال ، وهذا كي يصل إلى التشخيص السليم للمرض ، وبالتالي إلى العلاج السليم له .

وعليه فإن الخطأ الناتج عن الجهل الفادح والإهمال الفاضح للطبيب ، سواء ما تعلق بعدم مسايرة الأصول العلمية الثابتة في علوم الطب ، أو عدم إستعمال الأجهزة والمعدات العلمية الحديثة يثير مسؤوليته .

وفرق القضاء بين الخطأ في التشخيص والغلط في التشخيص من ناحية كيفية وقوعهما ومن ناحية قيام مسؤولية الطبيب عن كل منهما ، فذهب إلى أن الغلط في تشخيص المرض لا يعد خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب وهذا ما أقرته محكمة روين Rouen³ حيث قضت أن الغلط في تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب.

¹ - تنص المادة 45 من م ا ط ج على أنه : " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب علاج بضمان تقديم علاج لمرضه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديث و الإستعانة عند الضرورة ، بالزملاء المختصين والمؤهلين وتنص المادة 69 منه على أنه : " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح إستشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقضي الحاجة ذلك وعليه أن يقبل إجراء إستشارة يطلبها المريض أو"

² - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 285 .
أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها

³ - Trib.Rouen-21/04/1923-II-24
ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن ، ص 73 .
وجاء في نص القرار أن الغلط في تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة ، لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب ، لأن أمهر الأطباء وأكثرهم فراسة ، من الممكن أن يقع في الغلط بالنظر إلى تشابه الأعراض . فالقانون لا يفرض على الطبيب العصمة ولكنه لا يسمح له أيضا بالطيش والرعونة . ففي هذه الدعوى خلط الطبيب بين الحمل والورم الليفي في الرحم ، فعندما عزم على إستئصال بيت الرحم تبين له أنه أخطأ في التشخيص ، وأن حقيقة الأمر تتمثل في أن هذه الأم حامل ، وليس عنها ورم . فقام على التو بفتح بطنها وأخرج منه الجنين حيا ، ولكن الأم توفيت

إن الغلط في التشخيص الذي يقع فيه الطبيب بالرغم من إلتزامه بمراعاة الدقة و الأصول الطبية وبناء معطياته على العلوم الطبية الحديثة ، وكان مرده هو تشابه المواصفات والأعراض .يمكن أن يقع فيه أي طبيب مهما وصل به حدقه أو مهارته في علم الطب .

وفي هذا المقام قال برواردل Brouardel لتلامذته في دروس الطب الشرعي : " إنه كثيرا ما وقعت في الغلط وليس لأحد أن يلوم الأطباء ما داموا قد توخوا الدقة في كشفهم ، وفحصوا الأعراض والسوابق قبل أن أجروا التشخيص ، فإذا ظهر فساده مع ما إتخذوه من الإحتياط لعدم الوقوع في الغلط ، فليس لأحد أن يحاسبنا فكبراء العلماء وقعوا في الغلط فأستاذ أمراض النساء بجامعة باريس السيد لوبنحي أخلط بين حالة حمل وحالة ورم في المبيض " ¹.

وإذا كان الغلط لا يعتبر خطأ طبيا في حد ذاته عند رجال القضاء ، فالخطأ في التشخيص الناتج عن الإهمال أو الرعونة أو اللامبالاة أو الجهل بالأصول الطبية أو عدم استعمال الأجهزة الحديثة هو عكس ذلك يثير مسؤولية الطبيب .

وقضى القضاء الفرنسي في هذا الشأن أنه متى قامت الأدلة على أن الطبيب شخص المرض بطريقة سريعة ومستخف بها ولم يعرها إهتماما كافيا فهو مسؤول عن تعويض الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة لتشخيصه العابر للمرض ².

أما فقهاء الشريعة فإن خطأ الطبيب العالم عندهم نوعان ، خطأ في الفعل ، خطأ في التقدير ³ ، فالخطأ الأخير، (الخطأ في التقدير) هو الذي يطلق عليه الأطباء الخطأ في التشخيص أو في وصف العلاج . فالطبيب عندما يشخص الداء ويصف العلاج وظنه راجحا أنه هو العلاج الأنجع له ، فإذا اتضح أن الدواء لم يرفع المرض بل تفاقمت حالة المريض بسببه ، فالتلف الحاصل هنا يرجع للخطأ في التقدير ، ووفقا للمبادئ والقواعد الفقهية الثابتة عند فقهاءنا فإن الطبيب لا ضمان عليه في هذه الحالة مادام من أهل الحذق والمهارة والمعرفة ولم

= بعد أن أصيبت بنزيف دموي . وهكذا قررت محكمة روهون أن الغلط في التشخيص هو الذي أدى إلى إجراء العملية الجراحية لاستئصال الورم وهذا ما أدى إلى حدوث نزيف دموي للمريضة مصحوب بمضاعفات أدت إلى وفاة السيدة . ومع ذلك فإن هذا لا يوجب مسؤولية الطبيب لأن صعوبة التشخيص وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بطريقة جازمة لا تقبل الشك ، أمر غير وارد من الناحية العلمية .

¹ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 76 - 77 .
² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 449 .

³ -- أشار إليه ؛ أحمد زكي عويس ، مسؤولية الأطباء المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ب ط ، مكتبة جامعة طنطا ، ب ن ، 1990 ص 67 . وكذلك ، عز الدين حروزي ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن " دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، ب ن ، ص 163 .

تجن يديه ولم يتجاوز ما ينبغي عمله في مثل هذه الحالات، وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من الملكية والشافعية والحنابلة والظاهرية في حين ذهب الحنفية بأن لا ضمان عليه طالما لم يتجاوز الموضع المعتاد بشرط ألا يهلك المجني عليه نتيجة لذلك ، فإن هلك ضمن الطبيب نصف ديته لأنه تلف بمأذون¹ . وهكذا كفّل فقهاء الشريعة للطبيب حرية وصف العلاج وتقديره ، فاتحين أمامه باب الإجتهد للنظر في إتخاذ ما يراه مناسباً من أساليب وأدوية علاجية لشفاء مريضه ، وأنه لا مسؤولية عليه لو خالف آراء زملائه في ذلك ، متى كان رأيه يقوم على أساس علمي سليم ولم تجن يديه² . واضعين بذلك الطبيب في حكم المجتهد المخطئ من الحكام والقضاة ، وقد أستندوا وأستدلوا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : " إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب ، فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ، فأخطأ فله أجر " ³.

ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يزاول مهنة الطب وتشخيص العلل " أن يكون حاذقاً في صناعته وله بصيرة ومعرفة . ويراد بالبصيرة من يعرف العلة ودواءها وكيفية علاجها بعد أن تلقى الإجازة من المختصين ومارس الفعل مرتين فأصاب ، ولا يجوز للطبيب الذي لم يتمكن من تحديد المرض أن يجرب دواء بما يخاف عاقبته . فإن فعل ذلك وهو ما لا يفعله مثله ممن أراد الصلاح وكان عالماً به فهو ضامن . بل يجب الحجر عليه لأنه متطبب جاهل ، ولأنه يفسد أبدان الناس بتعديده عليهم " ⁴.

الفرع الثاني

مرحلة العلاج

تأتي مرحلة العلاج مباشرة بعد مرحلتى الفحص والتشخيص ، وفيها يصف الطبيب باذلاً كل العناية اللازمة و الجهود الصادقة ، العلاج ، أو الدواء ، الذي يراه مناسباً لمريضه تبعاً لما أفرزته نتائج الفحص والتشخيص . من اجل شفاء المريض أو التخفيف من آلامه .

¹ - أشار إليه ؛ أحمد زكي عويس ، المرجع السابق ، ص 67

² - مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان ، 2010-2011 ، ص 289

³ - أخرجه أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، صحيح مسلم ، ج الثالث ، ط الأولى ، دار الحديث ، القاهرة ، 1412 هـ - 1991 م تحت رقم 1716 ، ص 1342 .

⁴ - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 78 .

وذهب بعض الفقهاء إلى تعريف العلاج بقولهم : " العلاج هو الوسيلة التي تؤدي إلى الشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه سواء بتسكينها أو بالقضاء عليها".¹

وعرف كذلك بأنه : " إجراء يصدر عن طبيب مرخص له ، يعقب التشخيص ، ويتضمن العمل على القضاء على المرض أو الحد منه ".²

أما قضائياً فقد عرفت محكمة باريس العلاج بأنه : " كل إجراء أيا كان يؤدي إلى شفاء المريض أو تخفيف الحالة المرضية ".³

ولم يضع التشريع الفرنسي ولا نظيره المصري و الجزائري تعريفا صريحا للعلاج ، في جميع نصوصهم القانونية المتعلقة بالصحة والممارسات الطبية ، إلا أن مصطلح العلاج قد ورد في عديد المواد ، ففي التشريع الفرنسي ورد مصطلح العلاج في المادة 372⁴ من قانون الصحة العامة الصادر سنة 1945 والمعدل سنة 1953 ، أما في التشريع المصري فقد ورد مصطلح العلاج في المادة 20⁵ من لائحة آداب المهنة ، و ورد مصطلح العلاج في التشريع الجزائري في المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية والتي تمت الإشارة إليها سابقاً⁶ والمادة 195⁷ من ق ح ص ت.

و للطبيب كل الحق في إختيار الدواء أو العلاج الذي يراه منسبا لمريضه دون مساءلة .لأنه يملك كامل الحرية في إختيار العلاج لمريضه⁸ . وقد إستقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على تكريس هذه الحرية ، حيث قضت محكمة Aix Provence بأن الطبيب الجراح له كامل الحرية في إختيار طريقة العلاج التي يرى أنها الطريقة الصحيحة والملائمة للحالة المعروضة عليه⁹ . وقضى كذلك بأنه ليس للمحكمة أن تتدخل في بحث قيام

¹ - أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 287 .

² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 289 .

³ أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 58 . وكذلك ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 287 .

⁴ - Art No372 du Code de la santé publique stipule que " exercice illégalement de la médecine :tout personne qui prend par habituellement ou par direction même en présence d'un la médecin a l'établissement d'un diagnostic ou traitement de maladies " .

⁵ - تنص المادة رقم 20 من لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار وزاري رقم 238 لسنة 2003 بتاريخ 5 سبتمبر 2003 على أنه " على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوي بينهم في الرعاية دون تمييز " .

⁶ - أنظر هامش رقم 5 ص 26 من المذكرة

⁷ - تنص المادة 195 من ق ح ص ت على أنه " يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يلي : - السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم - المشاركة في التربية الصحية - القيام بتكوين مستخدمي الصحة وتحسين مستواهم وتجديد معلوماتهم والمشاركة في البحث العلمي ، طبقا للتنظيم الجاري به العمل " .

⁸ - أشار إليه ؛ أحمد عبد الكريم موسى الصراير ، المرجع السابق ، ص 39 .

⁹ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية 5423-2-1950.S.J.1950-2-5423 Trib .Aix en Provence : 14/02/1950 . المرجع السابق ، ص 290 .

قيام الطبيب بتفضيل طريقة على أخرى من طرق العلاج أو الجراحة¹ . كما أقرت التشريعات بالإستقلال المهني المهني للطبيب في مباشرة عمله ، وأشار المشرع الجزائري إلى ذلك في المادة 10 من م ا ط بقولها : " لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن إستقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال " . وبالرغم من هذه الحرية والإستقلالية الممنوحة له ، إلا أنه مجبر في الوقت نفسه أن لا يعرض مريضه لخطر علاج لا دواعي له ، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من المدونة نفسها بقولها : " يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه " . كما لا يجوز للطبيب إستعمال علاج جديد مجهولة حواطره إلا بعد الدراسة والتجربة والتأكد من نجاعته ، وهو ما أشارت إليه المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها : " لا يجوز النظر في إستعمال علاج جديد للمريض ، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة ، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض " .

وعلى الطبيب أن يراعي في وصفه العلاج زيادة عن الأصول العلمية الثابتة ، البنية الجسدية للمريض وقوة تحمله للأدوية ، ومدى مقاومته ، ودرجة إستفحال المرض فيه وسنه . حيث قضت محكمة سانت كاتنان في 16 أبريل من سنة 1891 " إن الطبيب يعتبر مخطئا إذا أمر بعلاج لم يراع فيه بنية وسن المريض ، وقوة مقاومته ودرجة تحمله للمواد السامة التي تقدم إليه " .²

كما يجب على الطبيب وهو يقدم العلاج لمريضه ، أن يكون على علم بجميع المعلومات الخاصة بسوابقه المرضية . فقد أشار جون بينو J.Penneau إلى أنه على الطبيب " معرفة سوابق المريض وخصوصياته ، وأن يحتاط لذلك ، وأن يأخذ بعين الاعتبار ما تم إعطاؤه للمريض من أدوية في السابق ، وأن يطلع على الفحوصات والتحليل التي تم إجراؤها للمريض من قبل وإلا قامت مسؤوليته " .³

وقد يذهب الطبيب في علاجه لمريضه إلى وصف أدوية له . وبالتالي هو ملزم بتحرير وصفة طبية .

الوصفة الطبية هي جزء من العلاج ، يجرها الطبيب بعد وضوح التشخيص ومعرفة طبيعة المرض وعرفها بعض الفقهاء بأنها : " ورقة يدون فيها الطبيب المختص دواء أو أكثر للمريض بغرض العلاج أو الوقاية

¹ - Trib.Liege :30/07/1890.D.P.1891-2-281. أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية المرجع السابق ، ص 290 .

² - Trib.Marseille -26/04/1921-G.P.1921 -II-1621- أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 80 .

³ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 82 .

من مرض ما. ومنهم من قال إنها المستند الذي يثبت فيه الطبيب ما إنتهى إليه بعد الفحص والتشخيص¹. وعرفت بأنها: " هي طلب صرف أدوية معينة ،يصدره الطبيب البشري أو طبيب الأسنان أو الطبيب البيطري أو أي شخص مصرح له بممارسة الطب "².

وحدد بعض الفقهاء شكل الوصفة بأن تكون في ورقة مكتوب عليها التاريخ وإسم الطبيب وتخصصه وعنوانه وتحمل توقيعها وأن تكتب بشكل مقروء وواضح وبألفاظ دقيقة وتحدد فيها الأدوية الموصوفة مع بيان كيفية ومدّة إستعمالها ، على أن لا تتجاوز مساحة الورقة 30/25 سم³.

كما يجب أن تشمل الوصفة الطبية معلومات كافية عن المريض إسمه وجنسه ،عمره وعنوانه ، وهذا تفاديا للخلط بين وصفة وأخرى أثناء صرف الدواء ، وكونها وثيقة رسمية يرجع إليها في القضايا الجنائية والأخطاء الطبية ونحوها "⁴.

أما التشريعات (الفرنسي، المصري، الجزائري) فهي الأخرى نصت على الوصفة الطبية وستقتصر في الإشارة إليها على ما جاء به المشرع الجزائري الذي أعطى عناية كبيرة للوصفة الطبية وشكلها مقارنة بنظيره الفرنسي والمصري. فأشارت المادة 11 من م ا ط إلى الوصفة الطبية وحرية الطبيب في وصف الدواء بنصها: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يراها أكثر ملائمة للحالة ، ويجب أن تقتصر وصفاتها وأعمالها على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ". كما أن للطبيب الحرية في وصف الدواء الذي يراه مناسباً لمريضه وقد أكدت المادة 204 من ق ح ص ت بنصها: " للطبيب وجراح الأسنان، كل في مجال عمله ، الحرية في وصف الأدوية المسجلة في المدونة الوطنية، مع مراعاة أحكام المادة 203 ". وتنص المادة 203 بدورها على أنه: " يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان أن يطبقوا التصاميم العلاجية وتقنيات التشخيص المحددة لبعض الأمراض التي تندرج في إطار برمجة الصحة "

1 - أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 59 .

2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 930

3 - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 289 .

4 - احمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 931 .

وبعد تعديل القانون (85-05) بموجب القانون رقم 90-17 تم المادة 222 منه بفقرتين تنصان على أنه يخصص للمساعدات الطبيات بوصف أدوية وطرق وأساليب حماية الأمومة ، ويحدد الوزير المكلف بالصحة العمومية ، الطرق والأساليب وقائمة الأدوية التي يمكن للقابلات وصفها.¹

ويجب على الطبيب أن يصف الأدوية بدقة ويكتبها بوضوح، وهو ما تمت الإشارة إليه في المادة 47 من م ا ط حيث نصت على أنه : " يجب على طبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا ، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج ". وبينت المادة 77 من المدونة نفسها شكلية الوصفة حيث جاء فيها : " لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية : - الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الإستشارة الطبية .

- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة

- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها "

وإذا لم تتضمن الوصفة البيانات السالفة الذكر أو كان تحريرها بشكل غير واضح أو بدون مقادير فيحق للصيدي الإمتناع عن صرف الدواء ، حيث نصت المادة 144 من م ا ط ج على أنه : " يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة نوعيا وكميا لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أو دواعي عدم جواز استعمالها أو التدخلات العلاجية التي لم يتفطن إليها ، وأن يشعر عند الضرورة واصفها ليعدل وصفته ، وإذا لم تعدل هذه الوصفة ، أمكنه عدم الوفاء بها إلا إذا أكدها الواصف كتابيا . وفي حالة ما إذا وقع خلاف ، يجب عليه ، إذا رأى ضرورة لذلك ، أن يرفض تسليم الأدوية وأن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك "

أما القضاء الفرنسي فقدحذا حذو الفقه و أستقر قضاءه على وجوب تدوين التاريخ وإسم الطبيب وكذا تخصصه وعنوانه وتوقيعه بالتذكرة الطبية وأن تكون بخط مقروءة وبألفاظ دقيقة وواضحة ، مع ضرورة ذكر تشخيص المرض وبيان الأدوية وطريقة ومدة إستعمالها "².

¹ - فضيلة ملهاق ،مسؤولية الطبيب الجنائية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري ، ن ق ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق ، العدد 58 ، الجزائر ، 2006 ، ص 129 .

² - يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 62 .

وتطبيقا لما ورد ذكره ، أدان القضاء طبيا وصيدليا وقضى بمسؤوليتهما. في قضية شهيرة تتلخص وقائعها في أن طبيا حرر وصفة احتوت على دواء سام بمقدار 25 نقطة ، و لم يدون كلمة Gouttes بشكل واضح ، وإكتفى بكتابة الحرف الأول من الكلمة . فأشتمه ذلك على الصيدلي مع كلمة Grammes ، كونها تبدأ بالحرف نفسه ، وركب الدواء على أساسها فوضع 25 غراما بدلا من 25 نقطة ، وأدى ذلك إلى وفاة المريض .فاعترت المحكمة الطبيب والصيدلي مسؤولان عن وفاة المريض ، ذلك لأن الأول لم يكتب كلمة نقطة كاملة ، كما أن الثاني لم يعترض على الوصفة رغم مخالفتها للأصول الطبية .¹

أما القضاء الجزائري فقد إتجه في أحكامه إلى إدانة الطبيب جراء الخطأ الناتج عن عدم الاحتياط في تقديم الوصفة الطبية ، فأدانت محكمة قالمة سنة 1984 طبيب وصف دواء Versapen على شكل حقن دون الإشارة في الوصفة أنه موجه للرضع - لرضيع - Nourisson ، وبذلك قام الصيدلي بتسليم تركيبة خاصة بالبالغين ، مما نتج عنه موت الرضيع .²

إن تحرير الوصفة الطبية بما لا يتوافق مع الأصول الطبية ، لا يرتب المسؤولية المدنية فقط ، بل قد يتعداها إلى ترتيب المسؤولية الجزائية .وهذا ما أشارت إليه المادة 244 من ق-ح-ص- ت بنصها " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة مالية :

1 - من يسهلون لغيرهم إستعمال المواد المذكورة أو النباتات المبينة في المادة " 143 " أعلاه بمقابل مالي أو مجانا ،سواء بتسخير محل لهذا الغرض أو بأية وسيلة أخرى.

2 - كل من يحصلون على المواد أو النباتات المذكورة أو يحاولون الحصول عليها بواسطة وصفات وهمية أو وصفات تواطئية .

3 - كل الذين يسلمون المواد أو النباتات المذكورة بناء على تقديم وصفات إليهم مع علمهم بطابعها الوهمي أو التواطئي . تكون عقوبة السجن...".

¹ - Trib.Angres ;11/04/1946 ,J.C.P.1946-11-3163

أشار إليه ؛ مراد بن صغير أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 477 .

² - فضيلة ملهاق ، المرجع السابق ، ص 137 .

فعبارة وسيلة الواردة في الفقرة 1 من المادة 244 من قانون ح ص و ت قد تحمل على الإستنتاج بأن الوصفة الطبية تندرج ضمنها".¹

وفي نفس الإتجاه وبتشديد أكثر جاءت المادة 16 من القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بها".²

وقبل أن ننهي الحديث عن مرحلة العلاج إرتأينا الإشارة إلى أنه في بعض الحالات لا يكفي وصف الدواء أو التدخل الدوائي لعلاج المريض ، بل يتطلب الأمر التدخل الجراحي ، وهذا الأخير بدوره له مراحل ، مرحلة سابقة للتدخل الجراحي ، ومرحلة الجراحة ، ومرحلة ما بعد الجراحة . فالمرحلة السابقة للتدخل الجراحي تشمل مهادت العمل الجراحي ، وتمثل في الفحص والتشخيص وهي المرحلة التي تم التطرق لها وتنطبق على العلاج بنوعيه - التدخل الدوائي والتدخل الجراحي - .

غير أنه في التدخل الجراحي يضيف إليها الطبيب الجراح فحوص أخرى لمعرفة نوعية المرض الجراحي وكيفية مباشرته ، حيث يقوم الطبيب الجراح بإجراء فحص عام للمريض للتأكد من أهليته لإجراء الجراحة اللازمة، وهذا الفحص خاص لا يجرى إلا في الجراحة الطبية.³ ومن أشهر هذه الفحوص قياس الضغط ومعرفة مستوى السكر في الدم ، وإختبارات الحساسية ، وإختبار وظائف الكلى والكبد.⁴ إضافة إلى فحوصات تصويرية لموضع الداء وتحليل الدم وغيرها إضافة إلى عملية التخدير والتي توكل لطبيب مختص في التخدير أو أحد مساعديه تحت إشرافه. أما مرحلة التدخل الجراحي ففيها يظهر دور الطبيب الجراح جليا ، فهو الذي يختار تقنيات الفعل الجراحي وطريقته ووسيلته ويتحمل كامل مسؤوليته في ذلك.⁵

فعلى الطبيب الجراح في هذه المرحلة أن يتأكد من سلامة معداته الجراحية وتعقيمها ، وأن لا يبقى شيء منها داخل جسم المريض ، ومن الربط المحكم للمريض على طاولة الجراحة ، وأن يكون تدخله متماشيا مع

¹ - فضيلة ملهاق ، المرجع السابق ، ص 144 .
² - تنص المادة 16 من القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإتجار غير المشروعين بها " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كل من: - قدم عن قصد وصفة طبية صورية أو على سبيل المحاباة تحتوي على مؤثرات عقلية . - سلم مؤثرات عقلية بدون وصفة أو كان على علم بالطابع الصوري أو المحاباة للوصفات الطبية . - حاول الحصول على المؤثرات العقلية قصد البيع أو تحصل عليها بواسطة وصفات طبية صورية بناء على ما عرض عليه". أشار إليها ؛ مولود ديدان ، مدونة القوانين والأحكام الخاصة ، دار بلقيس للنشر ، مطبعة دار السجلات ، الجزائر ، 2012 ، ص 196 .

³ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 216-217 .
⁴ - منير رضا حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري ، ط الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2008 ، ص 156 .
⁵ - عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 155 .

الأصول العلمية الثابتة وقواعد الفن الطبي . وموازاتاً معه يلتزم طبيب التخدير بمسؤوليته عن كل ما يتعلق بالتخدير . وتطبيقاً لكل ذلك ، فقد قضت محكمة السين بأن من واجب الجراح القيام بالفحص والتحقق من صحة جهازه الموضوع تحت تصرفه وسلامة توصيلاته الكهربائية ، ومن الوضع الصحيح والأمن للمريض على طاولة العمليات ، بإغفال الطبيب لهذه الواجبات والتي نتج عنها حروق للمريض جراء خطأ في التوصيلات الكهربائية للجهاز والتي كان بمقدور الجراح إكتشافها نظراً لكونه أخصائي في الجراحة بالكهرباء ، وبذلك إرتكب خطأ جسيماً يستدعي مساءلته.¹

وفي نفس السياق أدانت محكمة الموضوع الجراح الذي كان إهماله وعدم إحتياطه سبباً في كسر ساق مريض أثناء تحريكه لطاولة العمليات التي كان يرقد عليها المريض وهو مخدر ، ورجله مربوطة فيها نتيجة لمرض معين يقضي بعدم تحريكها وذلك ما لم يلاحظه الطبيب ، وبذلك كان حكمها صحيحاً لا مطعن فيه.²

كما أدين كذلك طبيب التخدير لعدم إتقانه عملية التخدير ، وذلك بعدما تم التأكد من أن النصف السفلي لجسم المريضة التي أقيمت على إجراء عملية جراحية قيصرية (Césarienne) ، لم يتعرض للتخدير الكافي ، مما يثبت خطأ طبيب التخدير وقيام مسؤوليته.³

وحمل القضاء المدني الفرنسي كل من الطبيبان الخطأ والمسؤولية في حالة ما إذا لم يتأكد كل منهما الطبيب أخصائي الجراحة والطبيب أخصائي التخدير من خلو معدة المريض من الأكل قبيل مباشرة العملية الجراحية.⁴

أما مرحلة ما بعد الجراحة فهي تتمثل أساساً في متابعة ومراقبة نتائج التدخل الجراحي ، وبالتالي سوف تكون مشمولة في الفرع الثالث من هذا المطلب تحت عنوان مرحلة مراقبة العلاج .

أما الشريعة الإسلامية فقد عرفت العلاج والتداوي وحثت عليه وذكرت بعض وسائله كالحجامة والكلي والرقيا ، ورسم الأطباء المسلمون الطريق الصحيح في كيفية إختيار العلاج السليم .

1 - محكمة السين المدنية في 21 ابريل 1953 . أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 158-159 .

2 - نقض جنائي فرنسي في 21 يوليو سنة 1947 . أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 160 .

أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 490 . cass crim :03/03/1993-³

4 - نقض مدني في 27/07/1973 -II- 17643 C.P 1974 أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 162 .

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم حاثا على التداوي بعدما سأله الأعراب عنه : " نعم ، يا عباد الله، تداووا ، فان الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد. قالوا: ما هو ؟ قال : الهرم " ¹ وقال عن ضرورة توافق الأسباب والمسببات بين الداء والدواء لتحقيق الشفاء : " لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل " ² . وقال صلى الله عليه وسلم كذلك : " تداووا فإن الله لم ينزل داء إلا انزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله " ³ .

وقال صلى الله عليه وسلم كذلك مبينا أنواع العلاج : " الشفاء في ثلاثة : شربة عسل وشرطة محجم وكية نار وأتهي أمتي عن الكي " ⁴ .

فقد تضمنت هذه الأحاديث وجوب التداوي وعلقته على معرفة الأسباب والمسببات وتوافقهما كما بينت أنواع العلاج وطرقه وذهب إبن قيم الجوزية في كتابه زاد المعاد إلى القول بأنه: " يجوز أن يكون قوله صلى الله عليه وسلم - لكل داء دواء - على عمومته حتى يتناول الأدوية القاتلة والأدواء التي لا يمكن للطبيب أن يبرئها ويكون الله عز وجل قد جعل لها أدوية تبرئها ولكن طوى علمها عن البشر ولم يجعل لهم إليها سبيلا، لأنه لا علم للخلق إلا ما علمهم الله ؛ ولهذا علق النبي صلى الله عليه وسلم الشفاء على مصادفة الدواء للداء ، فإنه لا شيء من المخلوقات إلا له ضد وكل داء له ضد من الدواء يعالج بضده فعلق النبي صلى الله عليه وسلم البرء بموافقة الداء للدواء وهذا قدر زائد على مجرد وجوده فان الدواء متى جاوز درجة الداء في الكيفية أو زاد في الكمية على ما ينبغي نقله إلى داء آخر ، ومتى قصر عنها لم يف بمقاومته وكان العلاج قاصرا، ومتى لم يقع المداوي على الدواء أو لم يقع الدواء على الداء لم يحصل الشفاء، ومتى لم يكن الزمان صالحا لذلك الدواء لم ينفع ، ومتى كان البدن غير قابل له أو القوة عاجزة عن حمله أو ثم مانع يمنع من تأثيره لم يحصل البرء لعدم المصادفة ، ومتى تمت المصادفة حصل البرء بإذن الله ، وهذا أحسن المحملين في الحديث " ⁵ .

¹ - أخرجه أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ، ج السادس ، ط خاصة ، دار الرسالة العالمية ، دمشق سوريا 1430 هـ - 2009 م ، تحت رقم 3755 ، ص 05 . وكذلك ؛ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المرجع السابق ، ج الثالث ، تحت رقم 2038 ، ص 561 . وكذلك ؛ أحمد بن محمد بن حنبل ، المسند ، ج الرابع عشر ، ط الاولى ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة 1416 هـ 1995 م ، تحت رقم 278/4 ، ص 177 .

² - أخرجه أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المرجع السابق ، ج الرابع ، تحت رقم 2204 ، ص 1729 .

³ - أخرجه أحمد بن محمد بن حنبل ، المرجع السابق ، ج الرابع عشر ، تحت رقم 278/4 ، ص 178 .

⁴ - أخرجه أبي عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ب ط ، دار البصائر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن ، تحت رقم 5680 ، ص 1093 .

⁵ - إبن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 105 . وكذلك ؛ ابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، المرجع السابق ، ص 12-13 .

وهكذا إقتضت حكمته سبحانه وتعالى أن يكون لكل شيء سبب ، وللتخلص من هذا الشيء وجب التخلص من مسبباته والمرض سبب ولتخلص منه يجب البحث عن مسبباته والتخلص منها . لذلك عرف التداوي بأنه : " البحث المستنير عن مسببات المرض العضوي أو النفسي ، وتعاطي الدواء المناسب لإزالة هذا الداء على سبيل القطع أو الظن الغالب ، وذلك لتحقيق الترابط بين الأسباب والمسببات في الواقع المشاهد و في نصوص الفقه والقانون " ¹ . وهذا المفهوم الذي يربط الأسباب بالمسببات هو الذي أكدته الأحاديث السابقة لرسول الله صلى الله عليه وسلم والتي أجمعت في معانيها ومضامينها بأنه لا يوجد داء إلا وله دواء ويذهب الداء بمصادفة الدواء .

ولذلك أرشدتنا الشريعة الإسلامية إلى إختيار المعالج الكفاء وهو الماهر والحاذق والأعلم بصناعة الطب، وهو الذي يعرف الأدوية ، ويجتهد قدر الإمكان في وصف ما يصلح لها من أدوية و يختار لها أنسب طرق معالجتها . " فجاء عن زيد بن أسلم ؛ أن رجلا جرح فدعا رجلين من بني أعمار بعد أن إحتقن الجرح دما، وذلك في زمان الرسول صلى الله عليه وسلم ، فنظرا الرجلين إليه صلى الله عليه وزعم أنه قال لهما : أيكما أطب ؟ فقالا : أو في الطب خير يا رسول الله ؟ فزعم زيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : أنزل الدواء الذي أنزل الأدوية " ² .

ويرى فقهاء الشريعة بأنه على الطبيب الحاذق أن يتدرج في إختيار الدواء ويكتف بالأسهل منها متى وافق العلة . نظرا لخطورة الأدوية على الجسم . " ومن القواعد الجوهرية في التداوي أنه إن أمكن العدول عن الدواء إلى الغذاء أو الحمية فهو أفضل ، وإن أمكن الإكتفاء بدواء واحد فلا حاجة لأخذ دوائين ، وإن أمكن الإكتفاء بالأدوية البسيطة فلا حاجة للأدوية المركبة ... وهكذا " ³ .

وجاء في كتاب زاد المعاد لإبن قيم الجوزية أن الطبيب الحاذق هو الذي يراعي في علاجه عشرين أمرا وسنقتصر على الأمر الذي أورده أخرا وإعتبره ملاك أمر الطبيب ، أن يجعل علاجه وتدييره دائرا على ستة أركان وهو : " حفظ الصحة الموجودة ، ورد الصحة المفقودة بحسب الإمكان ، وإزالة العلة أو تقليلها بحسب الإمكان وإحتمال أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما ، وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما " ⁴ .

1 - مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، المرجع السابق ، ص 10

2 - مالك بن أنس ، الموطأ ، ط الأولى ، الألفية الثالثة للنشر والتوزيع ، وهران - الجزائر ، ب ت ن ، ص 548 .

3 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 194 .

4 - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 182-183-184 .

و فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتعرضوا إلى إصدار الأطباء للشهادة أو الوصفة الطبية ولكن عدم تعرضهم لهذه الجزئية لا يمنع من إخضاعها للقواعد الكلية، وإعتباره عملاً طبيًا شأنه شأن العمل التشخيصي أو العلاجي أو الجراحي، فإذا نتج عنها ضرر يكون الطبيب ضامناً¹.

و أقر فقهاء الشريعة بأن من واجبات الطبيب المسلم أن لا يصف أدوية للمريض من شأنها أن تقتله أو تضره، أو تؤدي إلى إسقاط الأجنة أو العقم²، وأن لا يصف علاجاً إلا إذا إعتقد بفائدته، وأن يحرص على شفاء مرضاه أكثر منه على المنفعة المادية والشهرة، وعليه أن يتجنب الممارسات المحظورة، إلا لضرورة معتبرة شرعاً³.

وأقامت الشريعة الإسلامية المسؤولية الطبية (الضمان) على المعالج في حالة التعدي. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "من تطب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفسه بما دونها، فهو ضامن"⁴ و أورد ابن حجر العسقلاني في كتابه بلوغ المرام شرح الشيخ العثيمين لهذا الحديث والذي قال فيه أنه "يدل على أن ما ترتب على المأذون فليس بمضمون، ويؤخذ هذا من مفهوم الحديث وهو قوله ولم يكن بالطب معروفاً، أن من تطب بدون معرفة فإنه يضمن إن أصاب نفسه بما دونها"⁵. ويقول الخطابي: "لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً والمتعاطي علماً وعملاً لا يعرفه متعدد فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود لأنه لا يستبد بذلك بدون إذن المريض وجناية المتطبيب في قول عامة الفقهاء على عاقلته"⁶. والعاقل من يحمل العقل وسميت عقلاً وهي الدية لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل إنها سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع⁷.

وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية الأطباء إلى قسمين في ترتيب الضمان، طبيب حاذق ومتطبيب جاهل.

¹ - محمد رابح، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية وإثباتها، المرجع السابق، ص 94.
² - أشار إليه؛ طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة"، ط الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان، 2004 ص 43.
³ - أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص 654.
⁴ - أخرجه علي بن عمر الدارقطني، المرجع السابق، ج الثالث، تحت رقم 195/3، ص 117.
⁵ - أشار إليه؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ط الأولى، مؤسسة زاد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012 م 1433 هـ، الهامش رقم 04، ص 304.
⁶ - أشار إليه؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج الثاني، ص 180.
⁷ - أشار إليه؛ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 575.

- فأولهما طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه إتفاقا ، فإنها سراية مأذون فيه .
وطبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها لكنه أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه ، مثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمره فهذا يضمن لأنها جناية خطأ .

والطبيب الحاذق الماهر بصناعته ، اجتهد ووصف للمريض دواء فأخطأ في إجهاده فقتله ، فهذا يخرج على روايتين : إحداهما : أن دية المريض في بيت المال . والثانية : إنها على عاقلة الطبيب .

وطبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه ، أو ختن صبيا بغير إذن وليه فتلف . فقيل يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه ، وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي أو المجنون لم يضمن . وقال ابن قيم الجوزية في هذا الشأن . العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو فلا أثر للإذن وعدمه فيه . وهذا موضع نظر .

- وثانيهما متطبب جاهل باشرت يده من يطبه فتلف به ، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له وأذن له في طبه لم يضمن ، ولا تخالف هذه الصورة ظاهر الحديث ، فإن السياق وقوة الكلام يدل على أنه غير العليل وأوهمه أنه طبيب وليس كذلك ، وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لأجل معرفته ضمن الطبيب ما جنت يده ، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله والعليل يظن أنه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به ضمنه.¹

وعالج فقهاء الشريعة الإسلامية خطأ الطبيب العالم بالطب كما سلف القول على قسمين . خطأ في التقدير ، وخطأ في الفعل ، فالخطأ في التقدير قد تطرقنا إليه في معرض حديثنا عن التشخيص وأشرنا فيه إلى موقف فقهاء الشريعة القائل بأن لا ضمان على الطبيب الذي يخطأ في تقدير وصف العلاج مادام أنه ثابت الحذق والمهارة ، ولم تجن يده . لأن له كامل الحرية في إختيار الأسلوب وطريقة العلاج التي يراها الأنجع لشفاء مريضه حسب إجهاده .²

¹ - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 180-181 .

² - أنظر ؛ ص 28 من المذكرة

أما الخطأ في الفعل ، هو أن تجني يد الطبيب في مباشرة العلاج وتتجاوز الرسم المعتاد عند أهل الاختصاص في هذه الصنعة . ومن أمثلته كأن يزيد الطبيب المخدر في قدر وكمية المواد المخدرة ، أو يختار مادة أشد ضررا من غيرها بدون وجود دواعي موجبة لذلك الإختيار¹ ، أو كأن يتجاوز الطبيب الجراح " قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها ، أو قطع في غير محل القطع ، أو يقطع سلعة من إنسان فيتجاوزها ، أو يقطع بآلة كآلة يكثر الم لها ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشباه هذا..."² . وحول ضمان الطبيب العالم بالطب حول خطئه في الفعل - الخطأ في مباشرة العلاج - الذي ينتج عنه تلف ، إنقسم فقهاء الشريعة إلى مذهبين. مذهب قال بضمنان الطبيب وضم هذا المذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية . ومذهب قال بأنه لا ضمان على الطبيب المخطئ وضم هذا المذهب فقهاء الظاهرية .³ وإختلف فقهاء المذهب الأول القائلين بضمنان الطبيب العالم بالطب في كون الضمان يقع على عاتق الطبيب - على ماله - أو على عاقلته . فقال المالكية بأن الدية تقع على عاقلته.⁴ وقال الشافعية بأن الطبيب يضمن خطأه ، وإذا مات المريض كانت الدية على عاقلته ، وقال الحنابلة والإمامية أن الطبيب يضمن خطأه ، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، وقال الإباضية أن خطأ الطبيب على عاقلته .⁵ و إنعقد إجماع العلماء على أن الخطأ الفاحش للطبيب يوجب الضمان ، ويقصد به الخطأ الذي ينتج عن الإهمال أو عدم الإحتياط والتي كانت إمكانية توحيه قائمة عن طريق الحذر.⁶ أما الخطأ غير الفاحش فلا يسأل عنه الطبيب ، ويضرب الفقهاء مثلا على الخطأ غير الفاحش " قصة صببية سقطت من سطح فانتفخ رأسها فقال كثير من الجراحين : إن شققتم رأسها تمت ، وقال واحد منهم ، إن لم تشقوه اليوم تمت وأنا أشقه وأبريها ، فشقه فماتت بعد يوم أو يومين ، ولما سئل في ذلك أحد الفقهاء المشهورين أفتى بأنه ما دام الشق بإذن وما دام الشق معتادا ولم يكن فاحشا خارج الرسم أي : لم يكن هناك خروج فاحش على القواعد الفنية المرسومة لهذا الشق فإن الطبيب لا يضمن أي : لا يسأل جنائيا ولا مدنيا ، فقبل له : فإن قال الطبيب : إن ماتت فأنا ضامن . هل يضمن ؟ فقال : إنه لا يضمن ، لأن ضمان الطبيب يترتب على خطئه الفاحش لا على تعهده بنجاح العملية "⁷.

1 - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 525-526

2 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 496 .

3 - أشارت إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 125.

4 - أشار إليه ؛ أحمد زكي عويس ، المرجع السابق ، ص 81 .

5 - أشارت إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، هامش رقم 10 ، ص 125.

6 - عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 163-164 .

7 - أشار إليه ؛ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 306 .

الفرع الثالث

مرحلة مراقبة العلاج

في بعض العلاجات لا يكمن دور الطبيب في وصف العلاج أو بيان طريقته فقط بل يتعداه إلى مباشرته والإشراف عليه ومراقبة نتائجه . وتعد مرحلة الرقابة مرحلة هامة في العمل الطبي ، فهي المرحلة التي يوقف فيها على نتائج العلاج ومدى تحقق الغاية المرجوة منه ، وتتجلى أهمية الرقابة ودورها العلاجي بشكل أكبر في العلاج الجراحي في الفترة اللاحقة للعملية. من ناحية نجاحها أو فشلها.

ورغم ما لهذه المرحلة من دور في إنجاح العمل الطبي فإن بعض التشريعات لم تنص عليها بشكل صريح كمرحلة أو كعنصر من عناصر التدخل الطبي . ومن بينها القانونان الفرنسي والمصري . فلم ينص قانون أخلاقيات الطب الفرنسي ، ولا لائحة أدبيات الطب المصري بشكل صريح عن الرقابة العلاجية كمرحلة من مراحل التدخل الطبي¹.

أما المشرع الجزائري فهو الآخر لم يشير إلى الرقابة العلاجية كعنصر أو كمرحلة من مراحل التدخل الطبي صراحة إلا في الإستشفاء داخل المؤسسات أو المصحات العقلية ، حيث إعتبرها كأحد مراحل التدخل الطبي، فورد في المادتان 139 و 141 من قانون حماية الصحة وترقيتها واللذان جاءتا في الباب الثالث المتعلق بالصحة العقلية في الفصل الثاني منه تحت عنوان تدابير الرقابة خلال الإستشفاء . ما يدل على أن مرحلة الرقابة مرحلة من مراحل العلاج ، حيث نصت المادة 139 منه على أنه : " يتعين على طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يحرر شهادة وصفية عندما يحول الوضع رهن الملاحظة إلى ترتيب إرادي أو إستشفاء إجباري . " ونصت المادة 141 من القانون نفسه على أنه : " يمنع إستخدام المريض عقليا في أشغال كيفما كان شكلها ونوعها طوال إستشفائه، و في جميع الأحوال لا يحق إلا لطبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يأمر تحت مسؤوليته الكاملة بأشغال ذات طابع علاجي لإعادة إدماجه في الحياة الإجتماعية " .

و أشار المشرع الجزائري إلى الرقابة من ناحية التكليف والتي لم يخول القيام بها للطبيب المعالج وذلك في مواد من مدونة أخلاقيات الطب جاءت تحت عنوان ممارسة الطب أو جراحة الأسنان تحت المراقبة ، سنقتصر على ذكر إثنين منها ، وهما المادتين 90 و 93 . وتنص المادة 90 منه على أنه : " يجب على الطبيب أو جراح

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايزه ، المرجع السابق ، ص 40 .

الأسنان المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأنه يفحصه بصفة طبيب مراقب أو جراح أسنان مراقب .ويجب أن يكون شديد الإحتراز في حديثه ، وأن يتمتع عن إفشاء أي سر أو الإدلاء بأي تفسير " . وتنص المادة 93 منه على أنه : " لا يجوز لأحد أن يكون طبيبا مراقبا وطيبيا معالجا أو جراح أسنان مراقبا وجراح أسنان معالجا لنفس المريض " . كما أشار المشرع الجزائري إلى الرقابة حينما وسعها لتشمل الوقاية وذلك في نص المادة 56 من قانون ح ص ت والتي جاء نصها كما يلي " تستهدف الرقابة الصحية في الحدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية برا أو جوا أو بحرا ،تطبيقا للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل " .

أما القضاء فقد إعترف بمرحلة المراقبة العلاجية كمرحلة من مراحل التدخل الطبي ، ولذلك لم يسر القضاء الفرنسي والمصري على خطى مشرعيهما في تجاهل الإشارة للرقابة كمرحلة من مراحل التدخل الطبي، فقد إعتبر القضاة الفرنسي والمصري الرقابة العلاجية كمرحلة من مراحل التدخل الطبي ، وهذا ما تجلى واضحا في أحكام وقرارات محاكم البلدين . وكان للقضاء الفرنسي السبق في ذلك ، حيث أقرت المحاكم

الفرنسية في هذا الشأن بمسؤولية الطبيب بسبب إهماله في رقابة المريض ، مما أدى إلى تفاقم مرضه .¹ كما تم القضاء بمسؤولية الطبيب الجراح ، في قضية الطفل الذي أجرى له الجراح عملية جراحية على مستوى الحنجرة وسلمه إلى والدته بعد ساعتين من إجرائها ، بعد أن أعلمها شفويا وسلمها كتابيا بأن لا تكثرث و لا تقلق لأمر إرتفاع درجة حرارته أو ظهور بقع الدم عليه أو شعوره بالألم على مستوى أذنيه ، فأنتقلت به إلى المنزل، وعند ظهور تلك الأعراض إلتزمت حرفيا بما أشار عليها الطبيب ولم تحرك ساكنا مما أدى إلى مفارقة إبنها الحياة فوق ذراعيها مساء اليوم نفسه فأرجع الخبراء أن الخطأ يعود إلى غياب المراقبة البعدية للعملية الجراحية وبالتالي فإن الرابطة السببية قائمة بين إنعدام الرقابة وبين الوفاة الحاصلة وعليه قضى بمسؤولية الطبيب الجراح .²

أما القضاء المصري فظهر موقفه جليا في حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 11 ابريل 1973 والذي قضى بمسؤولية الطبيب عن خطئه بسبب مخالفته الأصول العلمية و إجرائه جراحة للمريض في العينين معا، إضافة إلى عدم أخذ الإحتياطات الكافية لتأمين نتيجة العملية ، مما نتج عنه فقد المريض الإبصار الكامل لعينه .³

¹ - Paris 26 nov 1968 .D.1969 .Som 72-

أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 291

² - قرار مجلس إستئناف باريس في 16-11-1973 . أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 182 .

³ - نقض 11 فبراير عام 1973 مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س 24 رقم 40 ص 180 . أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 291 . وكذلك ؛ أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 40 .

وفي الجزائر حمل مجلس الدولة المسؤولية الإدارية لمستشفى ضرباني بعنابة وألزم مبلغ 60.000 دج للضحية عن وفاة والدتها ، التي كانت مصابة بالكوليرا وهو مرض خطير يرفع درجة الحرارة ويؤثر على النفسية وهو الأمر الذي دفع بالطبيب إلى إعطاء تعليمات وربطها ولكن بدون جدوى حيث قامت المريضة برمي نفسها من النافذة ، وبالتالي قامت مسؤولية المستشفى نتيجة إنعدام رقابة الممرضين الدورية وإغفالهم تنفيذ تعليمات الطبيب.¹

و قضت كذلك المحكمة العليا بمسؤولية المستشفى الجامعي بسطيف نتيجة إنتحار مريض مرض عقلي بعد مرور يوم من إدخاله مصلحة الأمراض العقلية بالمستشفى ، نتيجة لإهمال الممرض في حراسته وإخلاله بالترام الرقابة الدورية .²

أما الشريعة الإسلامية فقد إعتبرت مرحلة مراقبة العلاج جزء من التدخل الطبي ، وأنه يجب على الطبيب مراقبة المريض حتى نهاية العلاج والتأكد من عدم وجود مضاعفات .

وذلك حين إعتبر فقهاء الشريعة أن الطب أمانة وخبرة وأخلاقا ، وأن على الطبيب العناية التامة بالمريض أثناء العلاج أو إجراء العملية أو بعدها لوقت معقول ، لأنه أمين على صحة المريض ، والمستشار مؤتمن. ولأن عنايته ورقابته كفيلتان لإمتثال المريض للشفاء في حالة وجود نكسة ، أو طروء طارئ ، أو حدوث مضاعفات له أو إرتكابه لخطأ عن جهل منه ، ففي هذه الحالات لا يمكن لغير الطبيب إزالة هذا الخطأ ، أو تفادي نتائجه وبالتالي فالطبيب مسئول عن مراقبة المريض في مدة معقولة حتى يطمئن إلى سلامة العملية أو عدم وجود مضاعفات للعلاج³ . وجاء في كتاب الطب النبوي لابن قيم الجوزية انه لما رمي سعد بن معاد في أكحله حسمه النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ورمت فحسمه الثانية ، والحسم هو الكي⁴ . ونستنتج من هذا أن التدخل الثاني كان نتيجة لمتابعة ومراقبة نتائج التدخل الأول .

¹ - قرار مجلس الدولة في الجزائر في 2000/01/17 . أشار إليه ؛ حسين طاهري ، المرجع السابق ، ص 47 .
² - قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/13 . ملف رقم 75670 . أشار إليه ، مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 481 . وكذلك ؛ عبد القادر خضير ، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية ، ج الأول ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2014 ، ص 59-63 .
³ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 335 .
⁴ - ابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، المرجع السابق ، ص 51 .

الفرع الرابع

مرحلة الوقاية من الأمراض

لقد زاد إهتمام الدول المستمر بسلامة أفرادها ومجتمعاتها وحمائتهم من كل ما من شأنه أن يلحق بهم الضرر في شتى المجالات ، و ينعكس تأثيره سلبا على سلامة الدولة وإستقرارها وأدائها . وتفاديا لذلك من الجانب الصحي تكفلت الدول بحماية أفرادها وتحملت عبء وقايتهم من الأمراض الفتاكة ضمانا لإستمراريتهم التي تكفل أخيرا إستمرارها . معتمدة في كل ذلك على ما توصلت إليه التطورات العلمية ، خاصة الطبية منها . وبذلك كرس جل تشريعات الدول الوقاية من الأمراض وجعلته إحدى عناصر التدخل الطبي .

وفي هذا الشأن إعتبر التنظيم العالمي للصحة في عام 1976 تحت عنوان الصحة الإجبارية أن التطعيم ضد الأمراض القابلة للإنتقال من شخص لأخر إحدى وسائل حماية الصحة العامة . أما المشرع الفرنسي أولى لها أهمية خاصة فأفرد لها الكتاب الأول من قانون الصحة العامة تحت عنوان الحماية العامة للصحة العامة ، وخص الباب الثاني منه للأوبئة و الأمراض المعدية وطرق وسبل مقاومتها كما إعتبر التطعيم إجباريا في نص المادة الخامسة منه ، في حين تطرق للإجراءات الخاصة بمنع إنتشار الأمراض في الباب الثالث منه . أما نظيره المصري هو الآخر خصها بمرسوم 14 سبتمبر 1939 الخاص بمصلحة الحجر الصحي والذي كان يهدف فيه إلى الإحتياط من دخول الأمراض الوبائية و المعدية إلى مصر أو نقلها منها إلى خارجها سواء جوا أو برا أو بحرا .¹

أما المشرع الجزائري فقد نص على الوقاية من الأمراض في ق ح ص ت في الباب الثاني منه ضمن الفصل الثالث تحت عنوان الوقاية من الأمراض المعدية ومكافحتها بنص المادتين 54 و 56 منه . حيث تنص المادة 54 منه على أنه : " يجب على أي طبيب أن يعلم فورا المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه ، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية " . وتنص المادة 56 من ذات القانون موسعة نطاق الرقابة لتشمل الوقاية بقولها : " تستهدف الرقابة الصحية في الحدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية برا أو جوا أو بحرا ، تطبيقا للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل " .

أما التشريع الإسلامي فقد كان سباقا لإعتماد الوقاية من الأمراض والأوبئة ويتجلى ذلك جليا من خلال أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم ، فقال صلى الله عليه وسلم محذرا من المجدوم : " لا عدوى ولا

¹ - أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 292 293 .

طيرة ولا هامة ولا صفرة وفر من المجذوم كما تفر من الأسد¹. وتعرض فقهاء الشريعة لموضوع الحديث وأقروا بأن ما يصح قوله في الجذام يصح قوله في الأمراض المعدية ومنع الملكية والحنابلة والشافعية إلى منع المجذوم من مخالطة الأصحاء والاجتماع بالناس خشية إيدائهم ، وإشترط الشافعية بأنه إن كان يكون بإذن المصحح ، ولم يرد للحنفية موقف من هذه المسألة². كما حذر الرسول من وباء الطاعون ، فعن أسامة بن زيد رضي الله عنهما، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إن هذا الوبع - أو السقم - رجز عذب به بعض الأمم قبلكم ، ثم بقي بعد بالأرض ، فيذهب المرة ويأتي الأخرى ، فمن سمع به بأرض ؛ فلا يقدم عليه ، ومن وقع بأرض وهو بها ؛ فلا يخرجنه الفرار منه "³. كما أشارت الشريعة الإسلامية إلى العزل الصحي ويفهم ذلك من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا يوردن ممرض على مصح "⁴.

كما أرشدنا المصطفى صلى الله عليه وسلم لوقاية أنفسنا من الأمراض الناتجة عن كثرة الأكل والشرب بقوله : " ما ملأ ابن آدم وعاء شرا من بطنه ، بحسب لقيمات يقمن صلبه ، فإن كان لا محالة فثلاث لطماته ، وثلاث لشرايه ، وثلاث لنفسه "⁵. وجاء الحديث متناسبا ومؤكدا لمقولة شهيرة نسبت للحارث بن كلدة الثقفي، أحد أكبر أشهر الأطباء العرب في الجاهلية والتي تقول بأن : " المعدة بيت الداء ، والحمية رأس الدواء، وعودوا كل جسم على ما اعتاد "⁶.

وذهب البعض⁷ إلى القول بأن الله جمع أصول الطب وأسلوب المعيشة المتزنة في نصف آية ؛ قال تعالى : ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴾⁸.

من خلال ما سبق من أحاديث للمصطفى صلى الله عليه وسلم ندرك القدر الكبير الذي أولته الشريعة لصحة الإنسان والمجتمع ، فشرعت التداوي من جهة ، وأمرت بضرورة الوقاية من الأمراض من جهة أخرى وكل ذلك من أجل الحفاظ على صحة الإنسان وكفالة إستمراره. ولم يبق مجال للشك يخالج أي ناظر بأن انتظام أمور الأمة ، يجلب الصالح إليها ، ودفع الضرر والفساد عنها ، هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية⁹.

1 - أخرجه أبي عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري ، المرجع السابق ، تحت رقم 5707 ، ص 1096 .
 2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 703-704 .
 3 - زكي الدين عبد العظيم المنذري ، المرجع السابق ، ص 385 .
 4 - أخرجه أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، المرجع السابق ، ج 4 ، تحت رقم 3514 ، ص 562 .
 5 - أخرجه أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المرجع السابق ، م 4 ، تحت رقم 2370 ، ص 188 .
 6 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 47 .
 7 - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 325 .
 8 - سورة الاعراف ، الآية 31 .
 9 - محمد الطاهر بن عاشور ، المرجع السابق ، ص 405 .

المبحث الثاني

أساس مشروعية التدخل الطبي وشروط مباشرته

إن حياة الإنسان وسلامة كيانه الجسدي مكانة كبيرة في التشريع ، سواء الوضعي منه أو السماوي ، نظرا للكرامة التي يتمتع بها الإنسان عن بقية المخلوقات الأخرى ، مما دفع بالتشريعيين إلى إرساء قاعدة مفادها حرمة المساس بالجسم البشري وهذا قصد حمايته من جهة ، وحماية المجتمع وضمان سلامة إستمراريته ووحدة عطائه من جهة أخرى ، وقد نصت المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن : " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه " .¹ حيث جعلته هذه القاعدة خارج دائرة التعامل واعتبرت التعرض له بالضرب بالضرب أو الجرح أو الاعتداء أو الإيذاء أو إعطاء مواد ضارة أو سامة أو القتل أو بأي شكل من الأشكال خط أحمر، يترتب عن تجاوزه قيام جريمة يعاقب عليها القانون . وقد أسست جل التشريعات لهذه الجريمة ركنها الشرعي . فمن التشريعات الوضعية ذهب المشرع الفرنسي في تشريعه الجنائي في نصه القديم إلى تجريم كل من يتعرض لجسم الإنسان بالضرب أو الإعتداء أو العنف في نص المادة 309² منه .

أما في نصه الجديد فقد حصر هذه الأعمال في مصطلح العنف الذي ينطوي عليه تشويه أو عجز حيث عاقب عليها وشدد من عقوبتها إذا ارتكبت في حق القصر أو الأصول أو ذوي الإحتياجات الخاصة أو موظفي السلطة العامة وذلك في نص المادة 222 - 9³ منه :

¹ - مولود ديدان ، مواثيق دولية ، المرجع السابق ، ص 87 .

² - تنص المادة 309 من ق ع ف نص قديم (1810) الملغى على أنه :

"Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voles de fait ayant entraîné une maladie ou une incapacité totale de travail personnel pendant plus de huit jours sera punie d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 20.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement " . <http://www.legifrance.gouv.fr>

و كذلك المادة 310 منه والتي نصت على أن:

" Toute personne qui, volontairement, aura porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné une mutilation, une amputation ou la privation de l'usage d'un membre, la cécité, la perte d'un œil ou d'autres infirmités permanentes sera punie d'une peine de cinq à dix ans de réclusion criminelle " .

³ - تنص الفقرة 9 من المادة 222 من ق ع ف نص جديد (1994) على أنه :

" Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende " Code pénal français . <http://www.legifrance.gouv.fr>

أما المشرع المصري فقد جرم الجرح والضرب في قانونه الجنائي تحت نص المادة 204¹

أما نظيرهما الجزائري فقد جرم هو الآخر الجرح والضرب والعنف والتعدي في قانونه الجنائي تحت نص المادة 264 والتي أقرت أنه : " كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء ، يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج ، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما .

ويجوز علاوة على ذلك أن يحرم الفاعل من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر تبدأ من يوم توقيع العقوبة عليه.

وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه ، فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات .

وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة " .²

ولم تقف جل التشريعات الوضعية عند تجريم التعدي على الجسم البشري وهو حي ، بل تعدته إلى حمايته قبل ذلك وهو جنينا في الرحم وبعده وهو جثة هامدة بدون روح. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري.³

أما الشريعة الإسلامية فلها سبق في تكريم الإنسان قال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ ﴾⁴. وجاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية ، إن الله تعالى يخبر عن تشريفه لبني آدم وتكريمه إياهم في خلقهم على أحسن الصفات

¹ - تنص المادة 204 من القانون رقم 58 لسنة 1937 ، المؤرخ في 23 جمادى الأولى سنة 1356 هـ الموافق لـ 31 يولييه سنة 1937 المتضمن قانون العقوبات المصري ، المعدل والمتمم . على أنه " كل من أحدث بغيره جرحا أو ضربا نشأ عنه قطع أو انفصال عضو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر أو فقد إحدى العينين أو نشأ عنه عاهة مستديمة يستحيل برؤها يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين ، أما إذا كان الضرب أو الجرح صادرا عن سبق إصرار أو ترصد أو تربص فيحكم بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى عشر سنين " .

² - المادة 264 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر عدد 49 سنة 1966 - المعدل والمتمم

³ - تنص المادة 304 من ق ع ج السالف الذكر على أنه : " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة " ونصت المادة 153 من ذات القانون على أنه : " كل من دنس جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار "

⁴ - سورة الإسراء ، الآية 70 .

والهيئات وأكملهما كما جاء في قوله : ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ الآية 04 من سورة التين؛ فالإنسان يمشي قائما على رجله ويأكل بيديه له حواس ينتفع بها وفؤاد يفقه به ويفرق به بين الأشياء ويعرف منافعها ومضارها في الأمور الدينية والدنيوية .¹ ولم تكتف الشريعة بتكريمه فقط بل حرمت التعدي عليه وتوعدت من يفعل ذلك فقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾² . و كجزاء في حق من يفعل ذلك قال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَعَصَبُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَلَعْنُهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾³ . وهذا كجزاء أخروي ، أما الجزاء الدنيوي فهو القصاص كما ورد في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾⁴ . أي قتل القاتل ، وذهب فقهاء الشريعة إلى جواز الانتقال من القصاص إلى العفو إما على الدية أو غير الدية فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره بأن ولي الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية رضي القاتل أو لم يرض⁵ .

إضافة إلى القصاص في النفوس فقد أقرت الشريعة بالقصاص في الجوارح مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَنفُسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ﴾⁶ . فأجمع فقهاء الشريعة على القصاص في الجراح عندما تكون في المفصل ، وإختلفوا في القصاص في الجراح عندما تكون في العظام، فذهب مالك إلى وجوب القصاص في جراح العظام إلا ما كان في الفخذ وشبهها ، ويجمع الفقهاء أن القصاص في الجروح يكون فيما أمكن من محل القصاص ولم يخشى منه تلف النفس وهذا وقوفا عن ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه رفع القود في المأمونة والمنقلة والجائفة . فرأى مالك أن هذا الحكم ينطبق على الجراح التي تتلف النفس ، مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك⁷ . وتجدر الإشارة إلى أن جميع الجزاءات التي تمت الإشارة إليها فيما يتعلق بالتعدي على نفس الإنسان وجسمه قتلا أو جرحا هي

¹ - إسماعيل ابن عمر بن كثير ، المرجع السابق ، ج الثالث ، ص 1220 .

² - سورة الإسراء ، الآية 33 .

³ - سورة النساء ، الآية 93 .

⁴ - سورة البقرة ، الآية 178 .

⁵ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ب ط ، دار شريفة للنشر والتوزيع ، ب ب د ، ب ت ن ص 394 .

⁶ - سورة المائدة ، الآية 45 .

⁷ - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 399 - 400 .

تتعلق بالأفعال العمدية أما غير العمدية فجزاءاتها عبارة عن دية . وذهب فقهاء الشريعة إلى أن الطبيب المباشر للقصاص يقتض منه هو الآخر إذا زاد عمدا عن المساحة المطلوبة في القصاص ويكون القصاص بمقدار ما زاد .¹

وحرمة التعدي على نفس الإنسان وسلامة جسده لم يستثن منها صاحب النفس و مالك الجسد ، فالتحريم يشمل حتى تعدي الإنسان على نفسه وجسده ، حيث قال تعالى في النهي عن تعدي الإنسان على نفسه بالقتل وكذا الجزاء المترتب عن ذلك : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُذْوًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا ﴾² . وقال تعالى ناهيا عن تعريض الإنسان حياته وجسده للخطر : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾³ . وقال الرسول صلى الله عليه وسلم مبينا جزاء من يتعدى على حياته بالانتحار : " من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها ابدا ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها ابدا "⁴ . وقال بعض الفقهاء بأن تصرف الإنسان في جسده مقيد بمراعاة جانب حق الله تعالى لأنه من الحقوق المشتركة التي يجتمع فيها حق الله بحق العبد.⁵ فجسد الإنسان ما هو إلا وديعة إستودعها الله الإنسان لينتفع بها ، في حياته وحرم الاعتداء عليها ولو من قبل المودع له إلا في حدود ما آذن به المودع في ضرورة الحفاظ عليه ويقول الإمام الشاطبي في الموافقات " الشريعة وضعت للمحافظة على الضرورات الخمس وهي : الدين، النفس النسل ، العرض ، المال والعقل ، وثلاث من هذه الضرورات تتصل بصحة الإنسان وهي : النفس، النسل (العرض) والعقل "⁶ .

إن هذه الحماية الفائقة من الشريعة الإسلامية لسلامة النفس والجسد البشريتين لم تقتصر على مرحلة الحياة فقط ، بل تعدتها إلى مرحلة تسبقها ومرحلة تليها . فقهاء الشريعة يجمعون على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح إلا لعذر وإن كانوا مختلفين فيه قبل نفخ الروح ، ما بين مبيح ومكروه ومحرم.⁷ كما حرم الشرع نبش قبور الأموات والمساس بجثة الأموات

¹ - شمس الدين محمد عرفه السوقي ، حاشية السوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، تقارير العلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش ، ج الرابع ، ب ط ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر ، ب ت ن ، ص 252 .

² - سورة النساء ، الآيات 29 و 30 .

³ - سورة البقرة ، الآية 195 .

⁴ - أخرجه أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي ، المرجع السابق ، م 3 ، تحت رقم 2044 ، ص 565-566 .

⁵ - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 79 .

⁶ - أشارت إليه ؛ غادة مجيد المختار ، المرجع السابق ، هامش رقم 2 ، ص 22 . وكذلك ، محمد الطاهر بن عاشور ، تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط الثانية ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1421 هـ - 2001 م ، ص 92 .

⁷ - أشار إليه ؛ مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الاسكندرية مصر ، 2011 ، ص 22-23 .

فقد جعلت الشريعة دية بمقدار نصف عشر دية الرجل لكل من تسبب في خروج الجنين ميتا من بطن أمه ، إضافة إلى الجزاء الأخرى¹. وهكذا حرمت الشريعة الإسلامية الإجهاض ولم تجزه إلا بعذر معتبر شرعا تقتضيه الضرورة كأن يشكل بقاءه خطرا محققا على حياة الأم².

وفي حرمة جثة الميت قال الرسول صلى الله عليه وسلم : " كسر عظم الميت ككسره حيا "³. كما نهي الرسول عن التنكيل بالجثث فقال : " اغزوا باسم الله وفي سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا... "⁴ وأجاز علماء الإسلام شق بطن الحامل إذا ماتت وذلك لإستخراج الجنين الحي من بطنها⁵. و قال الإمام ابن حزم رحمه الله : " ولو ماتت امرأة حامل ، والولد حي يتحرك قد تجاوز ستة أشهر فانه يشق عن بطنها طولا ، ويخرج الولد⁶ مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾⁷ .

إن التكريم والقدسية التي أولتهما الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية للجسم البشري والحماية الفائقة التي كرسها له عن كل مساس أو تعدي ، تحت قاعدة عصمة الجسم البشري ؛ لم يمنعهما أن يستثنيا التدخلات الطبية من هذه القاعدة ، فذهبت بعض التشريعات إلى اعتبار العلاج حق لمواطنيها أما الشريعة فقد أقرت بجواز التداوي حفاظا على النفس وقوفا عند حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم : " نعم ، يا عباد الله تداووا ، فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له شفاء غير داء واحد ؛ قالوا ما هو؟ قال الهرم "⁸.

ونظرا لدور الإيجابي للتدخلات الطبية على إستعادة سلامة صحة الإنسان والحفاظ عليها ، ذهب الفقه والقضاء متبوعان بالتشريع إلى إستثناء التدخلات الطبية من قاعدة حرمة المساس بالجسم البشري. إلا أن هذا الإستثناء لصالح التدخل الطبي لم يترك على الإطلاق ، بل بني على أساس يشرعه وشروط تحكمه . وهذا ما سنحاول تبيانه في هذا المبحث ، فسنخصص المطلب الأول منه لأساس مشروعيته والمطلب الثاني منه لشروط مباشرته .

1 - أشار إليه ؛ مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 22 .

2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 44 .

3 - أخرجه علي بن عمر الدارقطني ، المرجع السابق ، ج 3 ، تحت رقم 188/3 ، ص 111 . وكذلك ؛ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، المرجع السابق ، ج 2 ، تحت رقم 1212 ، ص 541 .

4 - أخرجه أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، المرجع السابق ، ج 4 ، تحت رقم 2858 ، ص 118 .

5 - عبد الحق حميش ، قضايا فقهية معاصرة ، ط الأولى ، دار قرطبة للنشر والتوزيع ، المحمدية - الجزائر ، 2011 م 1432 هـ ، ص 226 - 227 .

6 - أشار إليه ، محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 156 .

7 - سورة المائدة ، الآية 32 .

8 - حديث شريف سبق تخريجه ، هامش رقم 1 ، ص 37 من المذكرة .

المطلب الأول

أساس مشروعية التدخل الطبي

إن التدخل الذي يقوم به الطبيب على جسم الإنسان بالجرح أو بأي شكل من الأشكال بمقابل مادي، كان ليعاقب عليه شخص لا يحمل هذه الصفة وقامت مسؤوليته الجنائية ، وكإستثناء رفعت الصفة الجنائية عن التدخلات الطبية لما تعود من فائدة على المريض بصفة خاصة ، وحفظ وإستمرار العنصر البشري بصفة عامة . " فالفعل المؤثم قانونا إذا عرض له سبب من أسباب الإباحة ، يكون فعلا مشروعاً وجائزاً إرتكابه من المخاطب بحكم هذه الأسباب " ¹ . وفي قواعد الشريعة الإسلامية نجد أن الفعل المحظور قد يصبح مباح في حالة قيام حالة الضرورة بناء على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات . والتدخل الطبي تقتضيه ضرورة العلاج وهو ما سنتطرق له في حينه .

وإذا كان إجماع فقهاء القانون والشريعة والقضاء وجل التشريعات قائم وثابت على مشروعية التدخل الطبي ، فإن إختلافهم حول أساس مشروعيته واضح . فأرجع البعض منهم أساسه إلى إذن القانون وبعضهم إلى إذن المريض وبعضهم إلى قيام الضرورة العلاجية والتي تصاحبها حماية المصلحة الإجتماعية ، والبعض الأخر إلى إنتفاء القصد الجنائي وتوافر قصد الشفاء . وسوف نتطرق لهذه الآراء أو النظريات الفقهية كأساس للتدخلات الطبية ، كل منها على حده في الفروع الآتية :

الفرع الأول

الإذن بمباشرة التدخل الطبي

يعتبر إذن القانون وإذن المريض عند جل الفقهاء والتشريعات شرطان أساسيان لمشروعية التدخل الطبي ، فبغيب أحدهما أو كليهما يفقد التدخل الطبي مشروعيته ، إلا في حالة الإستعجال فيما يخص الشرط الثاني (إذن المريض) ، وستعرض لكل منهما بشكل منفصل في البندين التاليين :

¹ - عصام أحمد محمد ، النظرية العامة للحق في سلامة الجسد ، "دراسة جنائية مقارنة" ، م الأول ، ط الثانية ، ب د ن ، القاهرة ، 1988 ، ص 818 .

البند الأول

إذن القانون

" ذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأن التدخلات التي يقوم بها الأطباء على أجسام مرضاهم تستند إلى إذن القانون. حيث قال أنصار هذا الاتجاه بأن إباحة الأعمال التي يباشرها الأطباء على أجسام المرضى تستند إلى ترخيص القانون".¹ فغير الأطباء ممنوعين من القيام بهذه المهنة ، والأطباء الذين لم يؤذن لهم بمزاولة المهنة فهم ممنوعون كذلك من القيام بالأعمال الطبية² فالقانون الذي ينظم مهنة الطب هو الذي رفع عن الطبيب المسؤولية عن مساسه بجسم الإنسان عندما اعترف له بحق التطبيب وحول له مباشرة التدخلات الطبية وفق شروط وقواعد محددة . فالتدخلات الطبية وفق هذا الرأي تستمد مشروعيتها من القانون الذي نظم مهنة الطب ومهنة الأطباء وسمح لهم بمزاولة مهنتهم ، والتي تهدف إلى شفاء المريض ، فالطبيب عندما يقوم بتدخل من شأنه شفاء المريض إنما يستعمل حقا من الحقوق المقررة قانونا.³ وبالتالي فإن المشرع هو الذي أضفى المشروعية على التدخلات الطبية بالترخيص لفئة الأطباء بممارسة عملهم عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة لذلك ، وعلى رأسها الحصول على المؤهل العلمي.⁴

ولا يكفي المؤهل العلمي وحده حتى ولو كان الجاني حاصل على بكالوريوس الطب والجراحة ما لم يقترن ذلك بالترخيص لمزاولة الطب الذي يعتبر ضروريا لإباحة التدخلات الطبية.⁵

وبدون الترخيص لا يجوز للطبيب مباشرة التدخلات الطبية ، وتكون جميع الأعمال التي يقوم بها غير مشروعة حتى ولو ترتب عليها شفاء المريض ، وتكون مسؤوليته عمدية أو مجاوزة للقصد حسب الأحوال.⁶

ويؤكد الفقيه الفرنسي جارسون " إن التبرير الحقيقي للعمل الطبي يرجع إلى ترخيص القانون ، فالمشرع بإعطاء الطبيب دبلوم الطب وبالإذن له بمزاولة مهنته قد صرح له بأن يعمل كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الشفاء".⁷ والترخيص قد يكون عاما يشمل جميع التدخلات الطبية وقد يكون خاصا موقوف على بعضها كالتوليد بالنسبة للقابات ، وفي مثل هذه الحالات إذا تم الخروج عن نطاق الترخيص تقوم المسؤولية العمدية

1 - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 260 .
 2 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 93 .
 3 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المسؤولية الجزائية للأطباء ، ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2013 ، ص 41 .
 4 - أحمد عبد الكريم موسى الصراير ، المرجع السابق ، ص 50 .
 5 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 38 .
 6 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 40 .
 7 - أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 177 .

لمرتكب الفعل.¹ ويمكن القول إن من فوائد الترخيص أنه يسهل للسلطة المشرفة على الطب عملية مراقبة الأشخاص المخول لهم بممارسة مهنة التطبيب . إضافة إلى إبعاد جسم الإنسان عن المعاملات اللإنسانية التي يقوم بها كل من هب ودب بإسم الطب و التطبيب . وأيد القضاء ، خاصة الفرنسي والمصري منه هذا الإتجاه باعتبارها إذن القانون كأساس لإباحة التدخلات الطبية وهذا ما يتجلى واضحا من خلال بعض أحكامهما .

فالقضاء الفرنسي أدان كل من يقوم بعلاج المرضى بدون ترخيص في بادئ أحكامه² ، وتماشيا مع تطور مفهوم التدخل الطبي وشموله لعملية التشخيص ، أدان كل من يقوم بتشخيص الأمراض بدون ترخيص قانوني³ ، ومع إستمرار توسع مفهوم العمل الطبي أدان كل من يقوم بدون ترخيص علاج الأمراض أو تشخيصها ، أو إجراء الفحوص الطبية والتحليل الطبية ، وهذا بعد أن أصبحت الفحوص البكتولوجية والتحليل الطبية ضمن التدخلات الطبية ، وتمت كل هذه الإدانات تحت جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب المنصوص عليها في المادة 3372 من قانون الصحة العامة.⁴

أما القضاء المصري فقضت محكمة النقض، بأن المتهم شخص غير مرخص له بمزاولة مهنة الطب ، ومع ذلك قام بخلع ضرسين للمجنني عليه ، فسبب له بذلك وربما في فكه ، قد ارتكب جريمة الجرح عمدا وفقا للمادة 242 من قانون العقوبات المصري .⁵ وقضت كذلك على حلاق قام بإزالة شعرة من جفن المجني عليه مسببا له جرحا ، بعقوبة الجرح العمدي لأنه غير مرخص له بإجراء مثل هذه الأعمال التي تعتبر من صميم الأعمال الطبية.⁶ و ذهب القضاء المصري إلى أن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب يعتبر معتديا عما يحدثه للغير من جروح ، ويسأل على أساس الجرح العمد ويعاقب ، إلا إذا كان ذلك سببه قيام حالة الضرورة بكامل شروطها القانونية .

أما التشريعات الجنائية فجلها إذ لم نقل كلها رفعت التحريم عن كل فعل مرخص به قانونا .

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ص ، 45 .

أشار إليه ، محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 .

أشار إليه ، محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 .

146:28 .b.c.no.1961 .mars 207:8mars 1958 b.c.1958 207:8mars 1961 .b.c.no.146:28

أشار إليه ، محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 9 .

⁵ - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 56 .

⁶ - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، هامش 03 ، ص 96 .

فالتشريع الفرنسي نص في المادة 327 من تقنينه الجنائي بأنه: " لا جنائية ولا جناحة إذا كان القتل والجرح والضرب قد أمر به القانون وطلبتة السلطة الشرعية ". وإستنادا لنص هذه المادة عرفت أسباب الإباحة بأنها: " حالات تطرأ على الفعل فتخرجه من دائرة التجريم وتعيده ثانية إلى أصله من المشروعية تقديرا لمسوغ قانوني معين ".¹ ومن خلال هذه المادة يفهم ضمينا بأن الطبيب مباح له المساس بجسم المريض لضرورة رعاية الصحة العامة التي توجب على السلطات تنظيم هذه المهنة بأن يكون المزاول لها يحمل إجازة علمية في الطب، وأن يكون مرخص له بمزاولتها ، وهذا بعد القيد في سجلات وزارة الصحة المخولة بمنح الترخيص. فمشروعية مزاولة مهنة التطبيب تستند للتخصيص أكثر منه على الإجازة العلمية ،فالتخصيص القانوني الوارد ضمينا في نص المادة 122-4 من ق ع ف يجعل من تدخل الطبيب عملا مبررا وبعيدا عن دائرة التجريم.²

وأخذ التشريع الجنائي المصري هو الآخر بذلك حيث نصت المادة 60 من ق ع م على أنه: " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة ".

وسار التشريع الجنائي الجزائري على خطى سابقه في تبرير ورفع التجريم على الأفعال التي أمر و أذن بها القانون وذلك في نص المادة 39 منه والتي جاء فيها: " لاجرمية: إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون ". واشترط الإذن في ممارسة التدخلات الطبية في المادة 19 من ق ح ص ت والتي جاء فيها: " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها وزير الصحة والسكان بناء على ... ".

أما الشريعة الإسلامية فقد أبحاث المساس بجسم الإنسان لضرورة العلاج . واعتبرت ممارسة الطب فرض كفاية.³ ومن أجل الحفاظ على الجنس البشري يكون التداوي من الأمراض فرض عين على كل فرد.⁴

ويرى فقهاء الشريعة أن الحقوق على النفس والجسد تعود لإثنين ، حق لله وحق للعبد ، فحق الله يشمل كل ما يتعلق بالمصلحة العامة ، ويتمثل في العبادات والحدود ، التي لا يجوز العفو عنها والصلح فيها أو إسقاطها على العبد ، فهي تقابل فكرة النظام العام في الفقه الغربي، أما حق العبد فيجوز له فيه العفو والصلح والإبراء ، ويشمل كل ما يمس مصلحته الخاصة كحرمة مال الغير، وقد يجتمع الحقان ، فيكون الحق ، حق الغالب منهما ، كما هو الشأن في حق القصاص حيث حق العبد هو الغالب ، ولهذا فوض للعبد إستيفائه إلى الولي .

1 - عصام أحمد محمد ، المرجع السابق ، هامش 3 ، ص 820 .

2 - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 54-55.

3 - أشار إليه ، نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 262 . وكذلك ؛ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 305

4 - أشار إليه ، مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 24 .

فالحق في الحياة وسلامة الجسد من الحقوق التي يجتمع فيها الحقان فالمعتدي على الفرد بدون وجه حق يكون قد ارتكب معصية في حق الله ، وتجب الكفارة في جانبه ، وفي نفس الوقت إعتداء على سلامة الفرد الجسدية يستوجب القصاص أو الدية في جانبه . وإذا اسقط العبد جزئيات حقه ، فلا يجوز له إسقاط الحق في مجموعه . وبالتالي فإنه يلزم لإباحة المساس بجسم الإنسان إذنا صاحبا الحقين ، إذن الله وإذن العبد ولا يغني إذن أحدهما عن إذن الآخر ، ومنه يفترض الحصول على إذن الشرع وإذن الفرد المعني لكل من يقوم بعمل يترتب عليه المساس بمحل الحق في الحياة أو الحق في السلامة الجسدية .¹

ولقد اختلف فقهاء الشريعة² حول الأساس الفقهي الذي تستند إليه إباحة التدخلات الطبية ، إلا أن الرأي الراجح عندهم³ يرجع أساس إباحة التدخلات الطبية ، إلى الإذن بنوعيه، إذن الشرع ، وإذن المريض . غير أنهم سبقوا الأول على الثاني و إتفقوا في ذلك مع بعض فقهاء القانون الوضعي . وهذا لحماية المرضى من مدعي التطبيب الجهلة . وقوفا عند قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " من تطب ولم يعلم منه طب قبل ذلك ، فهو ضامن " .⁴

وتبعاً لذلك إشتراط فقهاء الشريعة في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا " من ذوي حدق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة " .⁵ ولذلك كان الرسول صلى الله عليه وسلم يوصي الناس بالتداوي عند الحارث بن كلدة الثقفي أحد أشهر أطباء العرب والذي كان كأبي قراط في قومه.⁶

وقد أصدر الخليفة العباسي المقتدر أمراً بأن لا يمارس مهنة الطب إلا من أجاز له بذلك من قبل سنان بن ثابت بن قرّة ، طبيب الخليفة الخاص .⁷

¹ - أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 25-26-27-28 . وكذلك ؛ مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 24-25

² - ذهب فقهاء المالكية إلى القول بان مشروعية الاعمال الطبية تستند إلى إذن ولي الامر للطبيب بممارسة الاعمال الطبية . وكذلك إذن المريض الذي يكون جسمه محل مباشرة التدخلات الطبية . وذهب فقهاء الحنفية إلى القول ، بأن الاعمال الطبية التي يباشرها الطبيب تقرها الضرورات الاجتماعية لصيانة المجتمع الاسلامي وبيح إتيانها وممارستها إذن المريض . وذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى القول ، بأن الطبيب يباشر تدخله الطبي بقصد الشفاء وإذن من المريض ، وبتباعد أصول فن الطب . أشار اليه ، نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 262 - 263 .

³ - أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 29 . وكذلك ؛ غادة فواد عبد المجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 30 .

⁴ - أخرجه أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، المرجع السابق ، ج 4 ، تحت رقم 3466 ، ص 519 .

⁵ - أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 32 .

⁶ - أشار إليه ، محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 47 .

⁷ - أشار إليه ، محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 99 .

وتفاديا لإمتهان الطب من الناس غير المؤهلين والمتطفلين أمر الخليفة محتسبه بعدم السماح بممارسة الطب إلا لمن يحمل إجازة سنان بن ثابت بن قرة .¹

وعليه ذهب فقهاء الشريعة من المالكية إلى أن إذن ولي الأمر للطبيب بممارسة الأعمال الطبية ، وكذا إذن المريض هما سندا مشروعية الأعمال الطبية .²

ورفع فقهاء الشريعة الضمان على الطبيب المأذون له تطبيقا لقاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " .³ وذهب الفقهاء فيما يجنيه الطبيب من القتل غير المقصود إلى رأيين ، فأحدهما قال بالضمان لأنه قتل خطأ فعليه أن يضمن كغير الطبيب ، أما الرأي الثاني فقال لا يضمن لأنه ناتج عن فعل مأذون له فيه ، شأنه شأن الموت الناتج عن الحد من قبل الإمام⁴ ، إن الشريعة الإسلامية أعطت للإذن الشرعي دورا كبيرا في مجال التدخلات الطبية ، فالطبيب الجاهل غير المأذون له يكون ضامنا في شتى الحالات كما تمت الإشارة إليه سابقا .

إن أصحاب هذه النظرية أو الرأي من فقهاء القانون لم يسلموا من النقد كونهم أغفلوا أسانيد أخرى لا تقل أهمية عن سند الترخيص القانوني في إباحة الأعمال الطبية ، كإذن المريض ، وإنتفاء القصد الجنائي (توفر قصد العلاج) .

إن هذه النظرية جعلت من الترخيص القانوني أساس إباحة التدخلات الطبية ، في حين أن هذا الترخيص مقيد ومعلق على إذن المريض وموافقته ، ويتساءل البعض - ونؤيدهم في ذلك - أنه إذا كان الهدف من الترخيص هو شفاء المرضى ، وأن تظل أجسامهم بأعضائها كاملة تسير سيرا طبيعيا ، مما يمكنهم من القيام بواجباتهم داخل مجتمعهم ، فما هو الهدف من الترخيص في إجراء بعض التدخلات الجراحية ، كجراحة تغيير جنس الإنسان؟⁵

1 - أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 33-34 .

2 - أشار إليه ، نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 262 .

3 - محمد محمود دوجان العموش ، موانع الضمان في الفقه الإسلامي ، ط الأولى ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2010 م 1430 هـ ، ص 28 .

4 - عبد الوهاب البغدادي ، تحقيق ودراسة ، حميش عبد الحق ، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس ، م الثالث ، ط الثانية ، دار الفضيلة - دار الرسالة - مكتبة مصطفى الباز للنشر ، المملكة العربية السعودية ، 2008 م - 1429 هـ ، ص 979 .

5 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 41-42 .

البند الثاني

إذن المريض

إذا كان جانب من الفقه يرى أن إذن القانون سندا لإباحة التدخلات الطبية وإنتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية للأطباء . فإن جانبا آخر¹ منه ، يرجع سند إباحتها وإنتفاء الصفة الإجرامية إلى إذن المريض ورضاه .

ويرى أصحاب هذا الرأي أو النظرية من الفقهاء إلى أن أساس إباحة أفعال الطبيب وعدم مسؤوليته عنها ترجع إلى إذن ورضا المريض بالعمل الطبي ، وعرفه البعض (إذن المريض) بأنه : " التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانونا ، قادر على أن يكون رأيا صحيحا عن موضوع الرضا ويجب أن يكون صادرا عن حرية بغير إكراه أو غش " .² والرضاء عندهم يعني " تنازل المريض على الحماية التي يقرها القانون لجسمه . فتنتفي بذلك عن التدخل الطبي صفة الإعتداء على حق يحمي القانون . فيعدوا بذلك فعلا مباحا " .³ فالرضا يعد سببا لإباحة التدخل الطبي ، وإذا صاحبه توفر الغاية المشروعة يعتبر كذلك حتى ولو قام به غير طبيب وإنعدم قصد العلاج .⁴ ويرون أنه من خالص حق المريض الموافقة على المساس بجسده دون أن ينازعه أحد في ذلك .⁵ كما إعتبروا الرضا عبارة عن عقد بين المريض والطبيب ، وبواسطته يقدم الأخير للأول العلاج في مقابل أجر .⁶ والرضاء قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا فدخول المريض إلى المستشفى وإتجاهه إلى قاعة قاعة العمليات في موعد العملية التي تتطلبها حالته ، فهذا يعتبر موافقة على العملية الجراحية ، بالعكس إن دخل المريض إلى عيادة أو مستشفى فلا يعني ذلك موافقة المريض على كل التدخلات الطبية التي يمكن للطبيب القيام بها قصد علاجه ، فالتدخلات الطبية داخل العيادة أو المستشفى متنوعة ، فقد يرضى المريض ببعضها دون البعض الآخر.⁷ كما قد يكون الرضا شفويا أو كتابة ، إلا أن غالبية الأطباء والقانونيين يطالبون و ينادون بأن يكون الرضا كتابة .⁸ وخاصة في الجراحات الخطيرة والمعقدة كجراحة نقل وزرع الأعضاء.

¹ - أشار إليه ، مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 30 - 31 .
² - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 420 .
³ - نصر الدين مروت ، المرجع السابق ، ص 258-259 .
⁴ - محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 15 .
⁵ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 32 .
⁶ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 47 .
⁷ - رنا إبراهيم العطور ، دور القانون في إباحة التجريم ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد الخمسون 2012 ، ص 131 .
⁸ - نصر الدين مروت ، المرجع السابق ، ص 274 .

والإذن الطبي نوعان خاص وعمام ، فالخاص يفوض فيه المريض طبيبه بإجراء تدخل طبي محدد يقف عنده رضاه ، كإستئصال اللوزتين أو الختان مثلا ، أما الإذن العام ففيه يفوض المريض الطبيب القيام بالتدخل الطبي الذي يراه مناسباً لحالته ، ويفضل هذا الإذن في التدخلات الجراحية ، لأنه غالبا ما يفاجأ الطبيب الجراح بعد شروعه في العملية بحالة غير متوقعة تتطلب الجراحة وبالتالي الإذن كذلك .¹ ويبقى إذن المريض أو وليه أو من يقوم مقامه قائما في قبول العلاج أو رفضه ، بإستثناء الحالات العاجلة التي تتطلب تدخلا طبيا أو جراحيا سريعا لإنقاذ حياة المريض ، وتعذر الحصول على الإذن منه كونه فاقد الوعي أو من وليه كونه غير موجود.² وهذه الحالات غالبا ما تكون في الحوادث والكوارث الطبيعية .

وموافقة المريض على العلاج لا تنفي مسؤولية الطبيب عن مخاطر أفعاله الناتجة عن إهماله ، كما أنها لا تعني موافقة المريض على مخاطر العلاج الناتجة عن إهمال الطبيب .³ وحتى يكون إذن المريض ورضائه عن التدخلات العلاجية والجراحية كامل الصحة ، يجب أن ينور ويصير المريض بما يمكن أن يترتب عن هذه التدخلات العلاجية أو الجراحية من مخاطر .⁴ وبالتالي فالعلاقة بين واجبي رضا المريض وإعلام المريض علاقة تكاملية ، وستعرض لواجب أو التزام إعلام المريض بنوع من التفصيل في المطلب الثاني من هذا البحث .

و بالرغم من أن فقهاء هذه النظرية علقوا أساس إباحة المساس بالجسم البشري عن طريق التدخلات الطبية على ضرورة الحصول على إذن المريض صاحب الحق ، أو من يمثله قانونا ، إلا إنهم لم يسلموا من النقد .

ومن بين ما أعابه عليهم نظرائهم ، أن سلامة جسم المريض ليس حقا خالصا له وحده ، بل حق ذو طبيعة إجتماعية ، فرضا المريض بالتعدي على حقه يشمل الجانب الفردي من الحق دون أن ينصرف إلى الجانب الاجتماعي منه⁵ ، كما أن إذن المريض وحده يقيد عمل الطبيب ويجعله أداة بيد المريض يعمل فقط ما يطلبه منه ، فإذا طلب منه إنهاء حياته وفعل فإن وفق هذا الرأي أن للطبيب الحق في ذلك وهو ما لا يقبله العقل ولا المنطق ولا الواقع ، إضافة إلى أن هذه النظرية تتعارض مع حالات الطوارئ وحالات فقدان الإرادة ، كما

¹ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 55 .

² - غادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 32 .

³ - طلال عجاج المرجع السابق ، ص 128 .

⁴ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 419 .

⁵ - مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 31 .

تتعارض مع الواقع العملي المتبع في العمل الطبي خاصة فيما يتعلق بالأمراض السارية كالجذام وغيره مما قد يستدعي حجز المريض صحياً للعلاج دون أخذ رضائه إستجابة للمصلحة العامة.¹

إن هذا الرأي أو النظرية (إذن المريض) أخذ بها العديد من قضاء الدول، فالقضاء الفرنسي أخذ بهذه النظرية فترة من الزمن، في أحكامه القضائية، حيث قضت محكمة السين بانتفاء مسؤولية الطبيب إذا كان ما يجريه على المريض من علاج جديد يتم برضائه وبقصد شفائه.² ولم يدم الأمر طويلاً حتى عدل القضاء الفرنسي من موقفه، حين قرر أن رضا المريض لا يعد سبباً للإباحة ولا مانعاً للمسؤولية الجنائية للطبيب الذي يجري عملية تعقيم على رجل بناء على طلبه.³ وأكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها معتبرة أن التعرض لأجسام الأشخاص من النظام العام و أن رضا المريض لا يمنح الحق بالتعرض له كما لا يعد مانعاً من المسؤولية.⁴

وعلى شاكلة القضاء الفرنسي سار القضاء المصري حيث أخذ هو الآخر بهذه النظرية لفترة من الزمن، حيث قضت محكمة النقض المصرية ببراءة متهم ليس طبيباً في قضية أجري فيها عملية كي على رجل برضائه وبناء على طلبه وبقصد شفائه من المرض.⁵ وبعد فترة من الزمن عدل القضاء المصري موقفه مسائراً نظيره الفرنسي، إلى إعتبار إذن المريض وحده لا يعد سبباً لإباحة المساس بجسم الإنسان ولا مانعاً للمسؤولية، وذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه: "متى توافر القصد في جريمة الضرب أو الجرح فلا تؤثر فيه البواعث التي حملت الجاني والدوافع التي حفزته على إرتكاب فعله مهما كانت شريفة مبعثها الشفقة وإبتغاء الخير للمصاب، وليكن الفعل لم يقع إلا تلبية لطلب المصاب أو بعد رضائه منه".⁶

أما التشريعات فجعلها أصلت وكرست لضرورة أخذ إذن المريض كسند لإباحة المساس بالجسم البشري عن طريق التدخلات الطبية. فمنها من أشارت إلى ذلك في قوانينها الخاصة بالصحة ومنها من تركته تحت مظلة القواعد العامة التي تحكم المعاملات في الإلتزامات والعقود.

¹ - ثائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 38-39.

أشار إليه؛ محمد البقلاوي، المرجع السابق، ص 16.

² - SEINE :16mai 1935 .D.1939.2.9

³ - Crim 1^{er} juillet 1937 sirey .1938 .1.193 not.Tortat.D.H 1937.P.537-Gaz-Pal.1937-11-358 ;Apelle أشار إليه؛ محمد البقلاوي، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - Crim.1juillet.1937 S.1938-1-193.

أشار إليه؛ محمود البقلاوي، المرجع السابق، ص 17.

⁵ - نقض مصري جلسة 2 أبريل 1897. أشار إليه؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 35.

⁶ - نقض مصري 23 أكتوبر سنة 1939. أشار إليه، محمود البقلاوي، المرجع السابق، ص 17.

فذهب المشرع الفرنسي إلى وجوب التزام الأطباء بالحصول على إذن المريض في أي تدخل من قبلهم. فنصت المادة 32 من تقنين آداب المهنة الفرنسي في فقراتها الأولى والثانية والثالثة ، على أن رضا المريض هو الذي يفتح الطريق للطبيب للممارسة التدخل الطبي على جسده مع إحترام الطبيب لإرادته في كل الحالات ، وفي حالة تعذر أخذ إذن المريض فيجب أخذ موافقة من يمثله قانونا وهو ما أكدت عليه المادة 4-1111 من القانون الفرنسي الصادر في 04 مارس 2002 المتعلق بحماية المرضى . وكذلك 05 مارس 2007¹.

وسلك نظيره المصري المسلك نفسه ، ويستفاد ذلك من القواعد العامة ، حيث أنه لم ينص صراحة على حصول الطبيب على رضا المريض قبل كل تدخل طبي.²

أما نظيرهما الجزائري فهو الآخر إعتبر إذن المريض ورضاه سندا لإباحة المساس بجسم الإنسان في التدخلات الطبية حيث نص في المادة 154 من ق ح ص ت على أنه : " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك ". وكذلك ما نصت عليه المادة 44 من م ا ط بقولها : " يخضع كل عمل طبي ، يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ". وتنص المادة 43 من ذات المدونة على أنه : " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

ومن خلال تتبع نصوص القوانين المتعلقة بالصحة في الجزائر نجد أن المشرع فرق بين نوعين من الأعمال الطبية ، عادية بسيطة ، ومعقدة خطيرة ، وتطلب للنوع الثاني منها شكل خاص وصارم للرضاء على عكس رضا النوع الأول والتي تمت الإشارة إليه ، فقد تطلب مثلا في التدخل الجراحي لنقل وزرع الأعضاء أن يكون الرضا كتابيا من ناحية المتبرع أو المتنازل وهو ما نصت علي المادة 162 فقرة 1 بقولها : " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر . وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنيين ، وتودع لدى مدير المؤسسة

¹ - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 20-21 .
² - أحمد عبد الكريم موسى الصرايهر ، المرجع السابق ، ص 55 .

والطبيب رئيس المصلحة ". وهكذا أضاف المشرع شرط الكتابة والشهود إلى الشروط الأخرى المتعلقة بصحة الرضا حماية للمتبرع .

أما الشريعة الإسلامية فلم تتوانى في إعتبار إذن المريض سندا لإباحة التدخلات الطبية ، فقد سبق القول أن الشريعة الإسلامية أقرت بأن حياة الإنسان وسلامة جسمه يعتليه حقين ، حق الله وحق لصاحب الجسد ، كما قد يجتمع الحقين معا ، وفي هذه الحالة يرجح ويقدم الحق المشترك بينهما على الحق الذي يكون لله وحده ، ولا يجوز المساس به إلا بتوفر الإذنين معا .

ويرى الإمام الشافعي أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن المجني عليه وأنه يقصد صلاح المفعول ولا يقصد الإضرار به .¹

و إذن المريض أصله إذن الشرع الذي رخص للطبيب العمل الطبي ، أما إذن المريض ما هو إلا العامل المباشر الذي يمكن الطبيب من العمل بهذه الرخصة لإختيار العلاج الأنسب لحالته المرضية .²

ويعرف إذن المريض عند فقهاء الشريعة بأنه : " إقرار المريض بالموافقة على إجراء ما يراه الطبيب مناسبا له من كشف سريري وتحاليل مخبرية ووصف الدواء وغيره من الإجراءات الطبية التي تلزم لتشخيص المرض وعلاجه ".³ ويجب أن يصدر الإذن من المريض العاقل ، وإذا تعذر على الطبيب أخذ موافقة المريض أو إستئذانه فإن الإذن يصدر من الولي أو الوصي ، ويفترض في صاحب الإذن أن يكون على علم بالتدخلات التي سيقوم بها الطبيب على جسده أو جسد من هو قائم عنه في الإذن .⁴ وذلك في حالات إنعدام أو نقص الأهلية أو فقدانها كالصغر ، الجنون مثلا . وإذا لم يكن للمريض ولي أو وصي وجب الحصول على إذن الحاكم بإعتباره ولي من لا ولي له ، وإذن الحاكم في إجراء جراحة لمريض لا ولي له يختلف عن إذن الحاكم للطبيب في مباشرة التطبيب بصفة عامة .⁵ ويستثنى فقهاء الشريعة من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه " الحالات العاجلة التي لا تقبل التأخير إستنادا إلى القاعدة الشرعية الضرورية تبيح المحظورات ".⁶ ويستثنى كذلك من ضرورة الحصول على إذن المريض الحالات التي تقتضيها المصلحة العامة ، فيجوز للسلطات أن تجبر فردا أو

1 - أشار إليه ؛ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 305 .

2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 52 .

3 - أشار إليه ؛ أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 52 .

4 - مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 29 .

5 - أشار إليه ؛ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 306 .

6 - أشار إليه ؛ عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 37 .

جماعة على العلاج أو أخذ وتعاطي وسيلة من وسائل الوقاية كالتحصين دفعا لانتشار الأمراض المعدية والأوبئة القاتلة¹.

وذهب فقهاء الشريعة إلى القول بأنه " إذا ترتب عن فعل الطبيب وفاة أو تلف عضو فلا ضمان متى كان مأذونا من قبل الشرع و المريض "².

ولحماية حقوق الإنسان عامة وفي طليعتها الحق في سلامة الجسم والنفس من كل تعدي يطالهما ، و قد يكون التدخل الطبي قصد العلاج أحد صوره (التعدي) . رتب فقهاء الشريعة مجموعة من القواعد للتصرف في حق الغير بغية تبريره وإباحته وإخراجه من دائرة التحريم والعقاب .ومن أهم هذه القواعد ما يلي :

"- لا يجوز لأحد أن يتصرف في حق غيره بغير إذنه .

- إسقاط الإنسان لحقه فيما اجتمع فيه حق الله وحق العبد مشروط بعدم إسقاط حق الله .

- يقدم ما كان فيه حق الله وحق العبد على ما كان فيه حق الله وحده .

- من عجز عن النظر في مصالحه نظر فيها وليه ."³

ومن خلال ما سبق من أقوال و آراء لفقهاء الشريعة يمكن القول أنهم أعطوا قيمة كبيرة جدا للجسم البشري وسلامته ، عندما أباحوا المساس بالجسم البشري عن طريق التدخلات الطبية ، وعلقوا جوازها على إذني الشرع والمريض معا ، وفي رأينا حسنا فعلوا ، حماية لصحة المريض وسلامة المجتمع من جهة وحفاظا على شرف مهنة التطبيب من جهة أخرى .

1 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 54 .

2 - أشار إليه ؛ مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 26.

3 - أشار إليه ؛ مازن مصباح صباح و نائل محمد يحيى ، المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب دراسة مقارنة ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، المجلد العشرون ، العدد الثاني ، 2012 ، ص 119 - 120 .

الفرع الثاني

الضرورة وإنتفاء القصد الجنائي

لم تكن نظرية الإذن بشقيها - إذن القانون وإذن المريض - وحدها كافية كأساس لإباحة المساس بالجسم البشري ومشروعية التدخلات الطبية . بل زاحمتها في ذلك نظريتي الضرورة بشقيها - الضرورة العلاجية و ضرورة حماية المصلحة الاجتماعية - ، ونظرية إنتفاء القصد الجنائي (قصد العلاج) . وسنحاول عرض هذه النظريات في البنود الثلاثة الآتية :

البند الاول

الضرورة العلاجية

عرفت الضرورة بأنها : وضع مادي يحول دون مساءلة من يرتكب فعلا يجرمه القانون ، وذلك لحماية مصلحة أعلى أو مساوية على الأقل للمصلحة التي يؤدي ذلك الفعل للتضحية بها.¹ وعرفت كذلك بأنها : "هي أن يجد الإنسان نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره معرضا لخطر جسيم على وشك الوقوع ، وليس هناك من سبيل للخلاص من هذا الخطر سوى بإرتكاب فعل يعد جريمة ."²

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الأعمال المعاقب عليها تقرر لكونها محظورة بحكم القانون ، وفي حالة ما إذا كانت هذه الأعمال ضرورية ولا يمكن تجنبها أو اللجوء إلى وسائل غيرها ، فإنها تصبح في نظرهم مباحة للضرورة ، وهذا ما برروا به إباحة الأعمال الطبية .³

فالطبيب الذي ترتب عن عمله فقدان المريض أحد أعضائه الذي كان بقاءه سيعرضه للموت إذ لم يعالج أو ييتز ، لا يعد مرتكباً لفعل جرمي لأن في هذه الحالة فقدان عضو أفضل من الموت ، ويشبهه عمل الطبيب في حالة الضرورة موقف المدافع عن شخص تعرض للإعتداء من خلال دفاعه عن حياة المريض بتدخله الطبي الذي ينقذ حياته .⁴ ومما لا شك فيه أن حالة الضرورة اعتمدت في تبرير بعض الأعمال الطبية كالإجهاض العلاجي

1 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 30 .
2 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 27 .
3 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 30 .
4 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايزه ، المرجع السابق ، ص 45 .

في حالة قيام التعارض بين حياة الأم وحياة جنينها.¹ ويفهم من خلال ما إتجه إليه فقهاء هذا المذهب أنه في حالة قيام الضرورة يسقط شرط رضا وموافقة المريض في الخضوع للعلاج .

وحالة الضرورة لم تترك على الإطلاق بلا شرط أو قيد في تبرير الأفعال المجرمة الماسة بسلامة الجسد البشري ، سواء تعلق الأمر بالتدخلات الطبية أو غيرها من الأعمال الماسة بسلامة حياة الإنسان وجسده ، بل وضعت شروط وضوابط لقيامها والإعتداد بها .

فذهب البعض إلى أن حالة الضرورة العلاجية تقوم بتوافر شروط ، منها أن يكون المريض تعرض لخطر المرض ، وأن يكون الخطر جسيما ويتطلب العلاج الفوري ، وأن يكون حالا ، فإذا إنتفى كل ذلك فإن المريض لا يكون في حالة ضرورة ، وإذا تدخل الطبيب ونتج عن ذلك ضرر فإن القانون يعاقبه على ذلك.² كما يشترط فيها أن لا تكون لإرادة الطبيب دخل في حدوث هذا الخطر ، و أن لا توجد طريقة أو وسيلة أخرى لتجنب هذا الخطر.³

أما القضاء فهو الآخر أخذ بنظرية الضرورة العلاجية كأساس لمشروعية التدخلات الطبية ، فقد قضت محكمة Tours الفرنسية في 17 يوليو 1980 بأنه : " إذا كان الطبيب قد لاحظ أثناء قيامه بالجراحة المتفق عليها ، موقفا غير متوقع فإن عليه أن يبادر إلى التصرف لما فيه مصلحة المريض "⁴ . وهنا تم الخروج عن القاعدة العامة التي تقر بالحصول على رضا المريض وذلك بسبب توفر حالة الضرورة والإستعجال .

وقضى القضاء المصري هو الآخر بنظرية الضرورة في مشروعية التدخلات الطبية ، فقضى بأن الطبيب لا يعد مرتكب جريمة قتل خطأ إذا أستدعي ليلا وفجأة لتوليد امرأة فوجد الجنين قد مات ، وفي محاولته لجذب الجنين قام بتفتيته نتيجة إستعمال العنف بواسطة الأدوات التي وصلت إلى يده ، حيث لم يثبت بصفة مؤكدة أن وفاة الجنين نتجت عن حادث أو خطأ جراحي ، ونتيجة لكون الأمر يقتضي العجلة والسرعة فلا يمكن أن ينسب إليه خطأ إمتناعه عن إستدعاء طبيب مختص.⁵ كما قضى بعدم مسؤولية الصيدلي الذي إضطر لحقن المريض من أجل إنقاذ حياته رغم أنه غير مرخص له بعملية الحقن.⁶

1 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 28 .

2 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 46 .

3 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، الهامش 4 ، ص 31 .

4 - حكم محكمة Tours الفرنسية الصادر في 17 يوليو 1980 . أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 200 .

5 - ذكر هذا الحكم بدون تاريخ صدوره ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 28 .

6 - ذكر هذا الحكم بدون تاريخ صدوره ؛ محمود القبلاوي ، المرجع السابق ، ص 94 .

أما التشريعات فهي الأخرى أخذت بنظرية قيام حالة الضرورة كأساس لإباحة التدخلات الطبية إلا أنها اختلفت في تكييفها ، فبعض التشريعات إعتبرت قيام حالة الضرورة من أسباب الإباحة ومنها تستمد التدخلات الطبية مشروعيتها في حين إعتبرتها بعض التشريعات الأخرى من موانع قيام المسؤولية وعليها تنتفي مسؤولية الطبيب عن تدخلاته متى دعت لها الضرورة والإستعجال .

وحالة الضرورة في الأعمال الطبية تتجلى بتنازل المشرع عن شرط الرضا في الخضوع للعلاج ، و تصلح هذه الحالة فقط للتدخلات الطبية في حالات الإستعجال .¹ وحالات التطعيم الإجباري ضد الأوبئة .

فالمشرع الفرنسي أخذ بحالة الضرورة في تبرير التدخلات الطبية و نص على ذلك صراحة في المادة 16-3² من تقنينه المدني . كما نص في المادة 122-7³ من تقنينه الجنائي الجديد على حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية .

وإقتفى المشرع المصري أثر نظيره الفرنسي وأخذ بحالة الضرورة هو الأخر لتبرير بعض الأفعال المجرمة ونص عليها في المادة 61⁴ من قانونه الجنائي .

إن حالة الضرورة التي قال بها المشرع المصري أتت على عمومها لجميع الأخطار ، وفي نظرنا أنه كان من الأجدر على المشرع المصري أن ينص بشكل صريح ومباشر على حالة الضرورة كأساس لإباحة التدخلات الطبية في تقنيناته الصحية .

وسار المشرع الجزائري على خطى سابقه الفرنسي والمصري ونص على حالة الضرورة في المادة 39 فقرة 2⁵ من تقنينه الجنائي. ونص على حالة الضرورة كأساس للتدخلات الطبية بشكل ضمني في مواطن كثيرة

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايهر ، المرجع السابق ، ص 47 .

² - تنص المادة 16-3 من ق م ف (21 مارس 1804) المعدل والمتمم على أنه :

" Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir " . <http://www.legifrance.gouv.fr>

³ - تنص المادة 122-7 من ق م ف على أنه :

" N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace " .

⁴ - تنص المادة 61 من ق م ف على أنه : " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى " .

⁵ - تنص الفقرة 2 من المادة 39 من ق م ف على أنه : " لا جريمة ، إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء " .

من تقنياته المتعلقة بالصحة بإستعمال مصطلحات عدة ، كالظروف الإستثنائية ، حالة الإستعجال، إسعاف مريض يواجه خطرا وشيكا ،...

ونص عليها بشكل مباشرة وصريح في حالة الضرورة المتعلقة بالإجهاض العلاجي وذلك في نص المادة 308 من قانونه الجنائي والتي جاء فيها : " لا عقوبة على الإجهاض إذا إستوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية "

ما نلاحظه على المشرع الجزائري أنه أشار لحالة الضرورة كأساس لإباحة التدخلات الطبية بشكل ضمني إلا في حالة الضرورة المتعلقة بالإجهاض العلاجي أين خصها بنص مباشر وصريح ، فكان عليه حسب رأينا أن ينص بشكل صريح ومباشر على حالة الضرورة كأساس لإباحة التدخلات الطبية العلاجية بشكل عام ولا يقتصر ويقتصر نصه الصريح والمباشر على الضرورة المتعلقة بالإجهاض العلاجي . فإذا كانت هذه الاخيرة تنقذ حياة الأمهات من الخطر ، فإنه لا يخفى على أحد أن ضرورة باقي التدخلات الطبية العلاجية بجميع أنواعها تنقذ حياة المرضى من خطر الهلاك كذلك .

أما الشريعة الإسلامية فكانت صاحبة السبق في إعتبار الضرورة كأساس لإباحة الأعمال والأشياء المحرمة، فقال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله : ﴿ فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾¹ . وقوله كذلك : ﴿ فَمَنْ أَضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾² . وعرف الجصاص الضرورة انطلاقا من الآية بأنها : " هي خوف الضرر بترك الأكل إما على نفسه أو على عضو من أعضائه " ³ . وعلى أساس هذه النصوص القرآنية أسس فقهاء الشريعة القاعدة الفقهية - الضرورات تبيح المحظورات - وتعني هذه القاعدة أنه من أضرط إلى أمر يباح له ذلك الأمر.⁴ ومنه فالمرضى قد يجد نفسه مضطرا لقبول التعدي على جسمه كما قد يجد الطبيب نفسه مضطرا للتعدي على جسم المريض جرحا بمعداته الجراحية قصد علاجه والحفاظ على حياته .

1 - سورة البقرة ، الآية 173 .

2 - سورة المائدة ، الآية 3 .

3 - أشار إليه ؛ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، المرجع السابق ، ص 177 .

4 - محمد محمود دوجان العموش ، المرجع السابق ، هامش 2 ، ص 300 .

وعرف فقهاء المالكية الضرورة بأنها : " الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا أو هي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت ، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو كان ذلك ظنا " ¹.

وقال الإمام أبو محمد علي بن حزم الظاهري رحمه الله : "... ومما كتبه الله تعالى أيضا - علينا إستنقاذ كل متورط من الموت ، أما بيد ظالم كافر ، أو مؤمن متعدي ، أو حية ، أو سبع أو نار ، أو سيل أو حيوان ، أو من علة صعبة نقدر على معافاته منها ، أو من أي وجه كان ... " ² ويدخل العمل الطبي الضروري ضمن قوله أو من علة نقدر على معافاته منها ، فالطبيب قد يتمكن بتدخله الطبي رفع الآلام عن المريض أو معافاته من مرضه .

فكثير ما ينتج عن الحروب والكوارث إصابات يكون المريض فيها مهددا بالموت أو تلف عضو من أعضاء جسده إذا لم يتم علاجه ، وتقف حالته الصحية وبعد وليه ومعارفه دون أخذ الرضا والموافقة ، فخير الطبيب في هذه الحالة هو الإقدام على مباشرة العمل الطبي لإنقاذ النفس ، وهذا الخيار يتفق مع أصول الشرع التي تدعي إلى إحياء الأنفس بتعاطي الأسباب الموجبة لإنقاذها من الهلاك والتلف ، و إعتبرته من الضرورات ³.

وقد خص فقهاء الشريعة الضرورة بمجموعة من الضوابط و القيود حتى لا تكون منطلقا وبابا مفتوحا لإستباحة الأفعال المحرمة بالتعدي على حقوق الغير وممتلكاتهم بداعي الضرورة.

ومن جملة الضوابط والقيود التي أقرها فقهاء الشريعة للضرورة والتي جاءت في شكل قواعد فقهية ما يلي : - المشقة تجلب التيسير ، إلا ما كان فيه نص فلا يجوز الترخيص فيه .

- إذا ضاق الأمر إتسع ، أي إذا ظهرت المشقة في أمر ماء فإنه يرخص فيه ويوسع

- الضرورات تبيح المحظورات ، فالممنوع شرعا يباح عند الضرورة.

- الضرورات تقدر بقدرها ، فالترخيص يكون على قدر الضرورة ولا يتجاوزها .

- ما جاز بعذر بطل بزواله ، فيزول حكم الضرورة بزوال العذر الذي أباحها .

- الاضطرار لا يبطل حق الغير ، وإلا كان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهو غير جائز.

¹ - أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 27 .
² - أشار إليه ؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 137 .
³ - منصور عمر المعاينة ، المرجع السابق ، ص 20 .

- الاضطرار لا يبطل حق الغير ، وهو يسقط حق الله عز وجل ، ويرفع الإثم و المؤاخذة عن المضطر أو المستكره .

- الحاجة تنزل بمنزلة الضرورة ، ومنها مثلا الحاجة لكشف العورة من أجل التداوي أو إجراء العمليات الجراحية دون إذن المريض في الحالات الطارئة التي لا تتحمل التأجيل .

كما اشترط فقهاء الشريعة توفر عدة شروط في الضرورة للأخذ بأحكامها وهي :

- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة .

- ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى مباحة إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية.

- مراعاة قدر الضرورة ، لأن ما أبيع للضرورة يقدر بقدرها .

- عند دفع الضرورة يراعى مبدأ درء الأفسد فلاأفسد ، والأرذل فالأرذل .

- إذا كان الفعل لا يحتمل الترخيص فلا يصح فعله بحجة الاضطرار¹ .

رغم ما لنظرية الضرورة من دور في تبرير المساس بجسم الإنسان عن طريق التدخلات الطبية لإنقاذ حياة المرضى خاصة في الحالات المستعجلة ، إلا أنها لم تسلم من النقد ، حيث أعيب عليها الكثير من النقاط .

فأنتقدتها بعض الفقهاء المعارضين لها القائلين بغيرها ، بأن حالة الضرورة قد تتسع وتدفع المسؤولية عن من يمارس العمل الطبي بدون ترخيص ، كما قد تضيق من جهة أخرى فلا تدخل القائم بالأعمال الطبية ضمن الإباحة الطبية ، وبالتالي فهي مانع من موانع المسؤولية وليست سببا من أسباب الإباحة² . والأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تجريم جميع أعمال الوقاية الطبية كتطعيم الأمصال واللقاحات ، وكذا عمليات التجميل ، وذلك لإنعدام حالة الضرورة فيها³ . وهذا ما يتعارض مع واقع العلوم الطبية والتشريعات القانونية الصحية في هذا المجال .

كما أنتقدت فكرة الضرورة بأنها تمس بإرادة المريض في حالة ما تم الأخذ بها كمبدأ عام⁴ .

1 - أشار إليه ؛ أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 641-642 .

2 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 33 .

3 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 29 .

4 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 92 .

البند الثاني

ضرورة حماية المصلحة الاجتماعية

جاءت هذه النظرية على غرار النظريات السابقة حول تحديد أساس مشروعية التدخلات الطبية ، ويرجع فقهاء هذه النظرية أساس مشروعية التدخلات الطبية إلى ضرورة حماية المصلحة الاجتماعية .

ويرى أنصار هذه النظرية من الفقه الفرنسي والمصري أن " للمجتمع مصلحة في سلامة وتكامل أجساد أفراده تجعل من كل مساس من شأنه إهدار هذه القيمة فعلا مجرما لا ينفي عنه رضا صاحبه صفة عدم المشروعية " ¹ . ويفهم من هذا الرأي أن المصلحة الاجتماعية في المساس بالجسم البشري تعلوا على مصلحة صاحب الجسد . كما إعتبر أنصار هذه النظرية أن الحق في سلامة الجسد يرد عليه حق إرتفاق مقرر لمصلحة المجتمع ² .

ويبدو أن أصحاب هذه النظرية قد وجدوا في الأعمال الطبية المستحدثة مرتعا لتكريس رأيهم القائل بضرورة حماية المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية التدخلات الطبية ، حيث كانت عملية نقل وزراعة الأعضاء مغنما ومكسبا لنظرية ضرورة حماية المصلحة الاجتماعية ودعمها لها في تبني مشروعية التدخلات الطبية . على أساس أن الإنسان يعيش داخل مجتمعه يقوم بدوره في النهوض به في جميع المجالات ، وذلك حتى لا يبقى عالة على مجتمعه ، ولا يقوم بهذا الدور إلا إذا كانت أعضاء جسده سليمة وتؤدي وظائفها بطريقة تامة ، أما إذا أصيبت أعضاءه أو عضو منها بتلف أو مرض حال دون تأدية وظيفته ، إنعكس ذلك على باقي جسد المريض ونفسيته مما يترتب عنه عدم القيام بدوره الاجتماعي بأكمل وجه ، وهذا ما يعود بالضرر على المجتمع في حالة تكاثر مثل هذه الحالات ، ومن أجل الحفاظ على المصلحة الاجتماعية وحمايتها أبيحت التدخلات الطبية الجراحية لنقل وزراعة الأعضاء ، حتى يتمكن جميع الأفراد بالقيام بوظائفهم الاجتماعية ، كما أن العمل بها يخدم الصحة العامة من جهة التقليل من الأمراض والتخفيف من الوفيات ، وهذا حسب رأي القائلين بهذه النظرية في تأسيسهم لمشروعية التدخل الطبي .

¹ - أشار إليه ؛ مهندس صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2002 ، ص 73-74 .
² - مهندس صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 75

كما أشار أصحاب هذا الاتجاه إلى مشروعية عمليات نقل الدم لطرفيها المنقول منه والمنقول إليه نظرا لوظيفتها الإجتماعية الإنسانية.¹

ويبدو أن أصحاب هذا الاتجاه ركزوا في إباحة التدخلات الطبية على المصلحة التي تلحق بالمجتمع . ويقصد بالمصلحة : " ما يتحقق بها نفع أو ما يدفع بها ضرر".²

وذهبوا إلى القول بأن إباحة التدخل الطبي تفرضه مصالح فردية وإجتماعية حيوية مرتبطة برعاية الصحة العامة في المجتمع ، وهو ما يعني وجوب تنظيم المهنة من قبل السلطة الحاكمة".³

وإذا كان أنصار هذه النظرية يرون أن عملية نقل وزراعة الأعضاء ارض خصبة لفكرة ضرورة المصلحة الإجتماعية كأساس للتدخلات الطبية ، فإن الفقهاء والتشريع وضعوا قيود لهذا النوع من التدخل الطبي حماية للمتبرع والمستقبل من جهة ، وحتى يتحقق الغرض الإجتماعي الأسمى منه من جهة أخرى .

ومن أهم هذه القيود الواجب مراعاتها ، أن لا يؤدي العضو المنتزع إلى إنتقاص دائم وحسيم في صحة المانح ، وأن لا تكون هناك وسيلة أخرى يمكن اللجوء إليها غير هذه العملية ، إضافة إلى ضرورة توفر القصد العلاجي في العملية.⁴

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فهم الآخرون قالوا بالضرورة الإجتماعية في إباحة التدخلات الطبية حيث يرون أن ممارستها تحفظ مصالح راجحة تتمثل في صيانة الصحة والحياة.⁵

وذهب فقهاء المذهب الحنفي في شأن دور الضرورة الإجتماعية في إباحة التدخلات الطبية الى القول بأن : " الأعمال التي يباشرها الطبيب على جسم المريض تعد من المباحات . ولا يمكن أن يؤثم على إتياها فالضرورات الإجتماعية في صيانة المجتمع الإسلامي تقرها وإذن المريض بممارستها عل جسمه يبيح إتياها".⁶

1 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 57 .

2 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 525 .

3 - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 38 .

4 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 76 .

5 - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 31 .

6 - أشار إليه ؛ نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، ص 262 .

رغم أن أنصار هذه النظرية اعتمدوا القيم الإنسانية المتمثلة في التضامن والتكافل الإجتماعيين والمردود الجماعي لتبرير موقفهم القائل بالمصلحة الإجتماعية كأساس لإباحة التدخلات الطبية إلا أنهم لم يسلموا من النقد حيث أعيب عليهم الكثير من النقاط .

حيث الأخذ بهذه النظرية مثلاً في عملية نقل وزراعة الأعضاء لا يكون عادلاً إذا بنيت على الفائدة والمنفعة التي تعود على المجتمع ، لأن أدوار الأشخاص وفوائدها غير متساوية داخل المجتمع ، فدور العالم غير دور الساعي ، وتنازل العالم على إحدى كليتيه للساعي أمر لا ينطوي على أية فائدة إجتماعية ، والعكس صحيح ، وإن كان كذلك فإن الأمور سوف تتجاوز البعد الإنساني للفرد تحت ستار ضرورة النفع الإجتماعي وإذا سلمنا بأن زراعة العضو ترفع من كفاءة أداء جسمه لوظائفه وترفع من مستوى العائد الإجتماعي المنتظر منه ، إلا أنه في المقابل بالنسبة للمانح لا يبدو الأمر كذلك ، فقد انتقصت سلامته الجسمانية والتي يترتب عنها إنخفاض في أداء وظيفته الإجتماعية وبالتالي فهو لم يجني أي فائدة جراء تنازله عن عضو من أعضاء جسمه .¹

كما أن فكرة المصلحة الإجتماعية تنطوي على نوع من الغموض كما تحمل في طياتها بدور ما يمكن تسميته - الشيوع في المصلحة العامة - بحيث تنتزع الأعضاء وفقاً لما يقدر من عوائد وفوائد إجتماعية .²

و يعاب على هذه النظرية أيضاً أنه شابها نوع من الغلو والمغالاة عندما إعتبرت مهنة الطبيب أنها تصلح فقط لتحقيق المصلحة والمنفعة العامة للجمهور ، في حين أن مهنة الطبيب مهنة حرة ويتمتع عمله بإستقلالية تامة . أما القول بالمصلحة الإجتماعية وحدها فقط في عمل الطبيب ، فالحياة العملية والواقع المعاش لم يشهد هذا التطور بعد ، وتبقى المصلحة الإجتماعية أو المنفعة العامة وراء كل تدخلات الأطباء حلم من الأحلام التي قد تتحقق ذات يوم .³

¹ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 79 .
² - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية المرجع السابق ، ص 526 وكذلك ، مهند صلاح احمد فتحي العزة ، المرجع السابق ، ص 79
³ - محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 46-47 .

البند الثالث

إنتفاء القصد الجنائي

يرجع أنصار هذا الاتجاه مشروعية التدخلات الطبية إلى إنتفاء القصد الجنائي وتوافر قصد العلاج فالتدخل الطبي وفق رأي أنصار هذا الاتجاه يكون مباحا ومشروعاً كلما كان غرضه علاجياً بعيداً عن الدوافع الجنائية . وأنه بإنتفاء القصد الجنائي تنتفي المسؤولية الجنائية للطبيب .

وقال أنصار هذا الاتجاه بأن الطبيب لا يعاقب في قيام جريمة الجرح على المريض . وذلك لأن إرادته إتجهت إلى شفاء المريض كما إنتفى القصد الجنائي لديه.¹

ويرى بعض الشراح الفرنسيين أن " سبب إنتفاء المسؤولية عن الطبيب هو إنتفاء القصد الجنائي ، لأن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بالمريض ، وإنما اتجهت لتخليصه من المرض " .²

وعليه يجب أن تكون لدى الطبيب نية حسنة في شفاء المريض في كل تدخل طبي يقوم به فإذا كان التدخل الطبي بنية غير الشفاء إنتفت مشروعية هذا العمل وقامت مسؤولية الطبيب .

وقد ينعدم في التدخل الطبي نية الشفاء ودافع العلاج ، كأن يمثل طبيب لطلب مريض بأن يزيل أو يقطع له عضو من أعضائه لغرض الإعفاء من الخدمة الوطنية ، ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية الطبيب عن عمله غير الشرعي الذي أنتفى فيه قصد العلاج .³

والتدخل الطبي هدفه علاج المريض ولذلك رخص وحول القانون للطبيب ممارسة أعمال الطب والجراحة ، ومتى إنحرف الطبيب عن هذا الهدف أو الغاية أعتبر تدخله غير مشروعاً ، فلا يتوافر قصد العلاج متى كانت غاية الطبيب إجراء تجربة علمية على المريض حتى ولو وافق الأخير على ذلك .⁴ ولا يعد قصد العلاج متوافراً كذلك في حالة إجراء الجراح لعملية إجهاض لإمرأة دون مبرر قانوني أدت إلى وفاتها .⁵ ويبقى التدخل الطبي الذي يجري بأي قصد غير قصد العلاج فعل مجرم يوقع القائم به تحت طائلة القانون ، ولا يهم في

1 - نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، ص 259 .

2 - أشار إليه ؛ أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 48 .

3 - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 34 .

4 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 30 .

5 - يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 202 .

هذه الحالة إن كان القائم على ذلك طبيب مؤهل ومجاز كما لا يهم وجود موافقة المريض من عدمها.¹ كما لا يؤثر في قيام هذه الجريمة " نبل الدوافع أو شرف الغاية إذ لا يعد الدافع أو الغاية عنصرا في التجريم وإن كان لها أثر لدى القاضي في تقدير العقاب".²

ولقد أخذ القضاء بهذا الرأي القائل بإنتفاء القصد الجنائي كأساس لمشروعية التدخلات الطبية ويظهر ذلك جليا في بعض أحكامه .

فقضت المحاكم الفرنسية في هذا الشأن بأن الطبيب يكون مسؤولا في حالة إرتكابه خطأ مهني بنقل ميكروب لشخص مجرد التأكد من كونه معد أم لا.³ وقضت كذلك بأنه متى إرتكب الجاني فعل الضرب والجرح عن إرادة وعلم منه بأنه يمس بسلامة جسم وصحة الواقع عليه الفعل ، فتوافر هذا القصد يجعل من الجاني متعديا تقوم مسؤوليته ، ولا تأثير في ذلك للبواعث التي دفعته لإرتكاب الفعل مهما كانت شريفة ناتجة عن الشفقة وإبتغاء الخير للمصاب.⁴ كما قضت بأن الطبيب يعد مسؤولا عن حالات الحقن وإعطاء المواد المخدرة والفحوصات والأبحاث الطبية في غير أحوال العلاج وإنعدام مصلحة المريض.⁵

وإعتنق القضاء المصري هذا الرأي كذلك حينما إعتبر إنتفاء القصد الجنائي هو سند إباحة التدخلات الطبية⁶ ، فقضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الطبيب الذي يصف المخدرات بقصد تسهيل تعاطيها من قبل المدمنين وليس بقصد العلاج الطبي ويكون بذلك قد خالف قانون مزاوله الطب بعد إقباله على عمل إنتفى فيه قصد العلاج⁷ . إلا أنه لم يلبث الأمر طويلا عنده القضاء المصري حتى عدل عن هذا الإتجاه في مرحلة لاحقة حين قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا عبرة للباعث في إنتفاء القصد الجنائي.⁸

أما التشريعات فجلها ذهبت إلى الأخذ بإنتفاء القصد الجنائي في مشروعية التدخلات الطبية ، حيث نصت بعض التشريعات على ذلك في منظومتها القانونية المتعلقة بالصحة .

¹ - ثامر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 55 .

² - ثامر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 56 .

³ - ليون - 1859/12/15 - دالوز-3-87-1859 . أشار إليه ، محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 119 .

⁴ - أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 31 .

⁵ - ليون - 1913/06/27 - دالوز - 1914 - 73-2-تعليل لالو.. أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 120 .

⁶ - نقض جنائي جلسة 1917/02/28 . أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 31 .

⁷ - نقض مصري - 1935/12/16 . أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 119 .

⁸ - نقض جنائي مصري جلسة 21 ابريل 1931 . أشار إليه ، عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 31 .

فالمشروع الفرنسي نص في المادة 1110-5 من قانون الصحة العامة الذي دخل حيز التنفيذ في 22 ابريل عام 2005 على أن : " كل شخص له الحق في العلاج والوقاية بالأدوية اللازمة والمُعترف بنتائجها وفي ضمان أحسن ووقاية صحية من الناحية الطبية المعروفة ، بشرط أن تفوق فوائد العلاج والوقاية مخاطرها " . ونصت الفقرة 10 من المادة نفسها من ذات القانون على أن " لكل إنسان الحق في الحصول على العلاج الذي يخفف من آلامه " . ونص المشروع الفرنسي صراحة على أنه : " لا يجب إجراء أبحاث ، أو فحوص ، أو وصف علاج يترتب عليها أخطار للمريض لا مبرر لها ، أو بدون توافر غرض طبي جاد ، عدا حالة الضرورة أو الإستعجال ، وبعد إعلام المريض أو من يمثله شرعا ، وضرورة الحصول على رضائه الصريح " ¹ .

أما المشروع المصري فعبر عن ذلك في لائحة أديبات مهنة الطب البشري ، حيث نص في المادة 14 من اللائحة على " ضرورة وجوب بذل الطبيب كل ما في وسعه لأن تكون غايته قصد العلاج وتخفيف الآم المريض " .

أما المشروع الجزائري فقد أشار إلى وجوب إنتفاء القصد الجنائي و ضرورة توافر قصد العلاج في التدخلات الطبية حتى تكون مشروعة ، وجاء ذلك في نصوص متفرقة موزعة على منظومته القانونية الصحية . فنصت المادة 161 من ق ح ص ت على أنه : " لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون " . ونصت المادة 174 من ذات القانون على أنه : " لا يجوز للأطباء أن يصفوا أو يستعملوا...قصد حماية صحة المواطنين أو استعادتها وضمنان تنفيذ الحملات الوقائية وتشخيص الأمراض ومعالجة المرضى... " . ونصت المادة 7 من م ا ط على أنه : " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية ، وفي التخفيف من المعاناة ... " . ونصت المادة 17 من ذات المدونة على أنه : " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريف المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه " . ونصت المادة الموالية لها (18) من المدونة على أنه : " لا يجوز النظر في علاج جديد للمريض ، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة ، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض " .

¹ - محمد رابيس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 119 .

ونصت المادة 16 من قانون رقم 04-18 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الإستعمال والإبتجار غير المشروعين بها إلى أنه : " يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمسة عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ، كل من : قدم عن قصد وصفة طبية صورية أو على سبيل المحاباة تحتوي على مؤثرات عقلية " .¹

وسبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية في إرساء مشروعية التدخلات الطبية على إنتفاء القصد الجنائي وتوافر قصد العلاج ، فقد نُهت الشريعة الإسلامية عن الأعمال التي يكون الدافع إليها غير قصد العلاج بل دوافع أخرى كزيادة الحسن مثلا ، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : " لعن الله الواشطات ، و المستوشمات ، و النامصات ، و المنمصات ، و المتفلجات للحسن ، المغيرات خلق الله... " .²

وقال الإمام النووي رحمه الله في شرح هذا الحديث " وأما قوله : " المتفلجات للحسن " فمعناه يفعلن ذلك طلبا للحسن ، وفيه إشارة إلى أن الحرام هو المفعول لطلب الحسن ، أما لو احتاجت إليه لعلاج أو عيب في السن ونحوه فلا بأس " .³ كما تحرم الجراحة التجميلية التي تجرى بقصد التنكر للفرار من العدالة ، أو التدليس على الناس .⁴

كما حرمت الشريعة الإسلامية الجراحات غير العلاجية⁵ كجراحة التجميل التحسينية التي تمت الإشارة إليها وكذلك جراحة تغيير الجنس ، والتي أعتبرت من الأعمال التي تعهد وتوعد الشيطان بالأمر بها وما يأمر الشيطان إلا بالحرام والفساد والطغيان و الضلال . فقد جاء في محكم التنزيل قوله سبحانه و تعالى حكاية عن إبليس لعنة الله عليه : ﴿وَلَا ضَلَّانَهُمْ وَلَا مَتِّينَهُمْ وَلَا مُرْتَبِّئَهُمْ فَلَيُبَسِّطَنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَ لَأُمَرَّتَهُمْ فَلَيُعَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا ﴾⁶ . وجراحة التغيير الجنسي ما هي إلا شهوة و رغبة تتضمن التناول على مشيئة الله تعالى وحكمته التي اقتضت تحديد جنس الإنسان ذكرا أو أنثى . وثبت بشهادة بعض الأطباء المختصين بأن هذا النوع من الجراحة لا تتوفر فيه أي دوافع طبية .⁷ وتعتبر هذه الجراحة محرمة من باب

¹ - مولود ديدان ، مدونة القوانين والأحكام الخاصة ، المرجع السابق ، ص 196 .

² - زكي الدين عبد العظيم المنذري ، المرجع السابق ، ص 364 .

³ - أشار إليه ؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 186 .

⁴ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 238 .

⁵ - أنظر بتفصيل أكثر حول الجراحة المحرمة ، محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 189-205 .

⁶ - سورة النساء ، الآية 119 .

⁷ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 202 .

أولى مادام مجرد تشبه الرجال والنساء بعضهم ببعض محرم ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال " .¹

إن نظرية إنتفاء القصد الجنائي وتوافر قصد العلاج التي أخذ بها بعض الفقهاء كأساس لمشروعية التدخلات الطبية ، قد واجهت إنتقادا شديدا ، حيث أعاب عليها بعض الفقهاء المعارضين لها أنها أخلطت بين عناصر القصد الجنائي والباعث على الجريمة ، والأخير ليس ركنا من أركان الجريمة ، كما قد يكون شريفا ومع ذلك يتوافر القصد الجنائي .² والقاعدة المستقرة في الفقه والقضاء " أن الباعث ليس عنصرا من عناصر القصد الجنائي . وأن نبل الأول لا يحول دون توافر الثاني " .³ كما أن الأخذ بهذه النظرية يمكن أشخاص غير الأطباء والفنيين المخول لهم بمزاولة مهنة الطب ، بممارسة المهنة وبالتالي يفتح الباب على مصراعيه لإباحة التدخلات الطبية وتعريض أجسام المرضى للأذى.⁴

وإذا كانت كل النظريات السابقة والتي قال بها معظم الفقهاء ، لم تستطع كل واحدة منها على أن تستحوذ لوحدها على مشروعية العمل الطبي ، وهذا ما ظهر واضحا من أحكام القضاء والنصوص التشريعية المتعلقة بالصحة ، السالفة الذكر والتي أقرتا أخيرا بوجود توافرها (الآراء أو النظريات السالفة الذكر) جميعا بمناسبة كل تدخل طبي ، إلا في حالات إستثنائية أين يمكن غض النظر عن إحدهما ، بدافع ضرورة إنقاذ حياة المريض أو حماية المجتمع .

وقد أضاف البعض نظريتين إلى النظريات السابقة كأساس لإباحة التدخلات الطبية ، فالأولى أسندت أساس الإباحة إلى العرف أو العادة .⁵ حيث أصبحت العادة قاعدة عرفية إستقرت في أذهان الناس على أن بعض الأعمال مباحة ومن بينها التدخلات الطبية ، لتحقيقها مصلحة إجتماعية وقد إعترفت بعض التشريعات بدور هذا العرف المبيح في بعض الأحوال صراحة ، وأقرها ضمنا في بعض الأحوال الأخرى .⁶ ومن بينها التدخلات الطبية.

1 - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المرجع السابق ، تحت رقم 5885 ، ص 1124 .

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 30 .

3 - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 259 .

4 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايبره ، المرجع السابق ، ص 48 .

5 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 91 .

6 - عصام أحمد محمد ، المرجع السابق ، ص 852 .

وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في م ا ط في المادة الأولى منها والتي نصت على أن : " أخلاقيات الطب ، هي مجموع المبادئ والقواعد والأعراف ، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها ، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته " .

وأنتقدت هذه النظرية هي الأخرى بأنها أسست مشروعية التدخلات الطبية إلى العرف والعادة ، في حين أنه لا اثر لهما (العرف والعادة) في القانون الجزائري كما هو الحال في القانون المدني .¹

أما النظرية الثانية أسندت سبب الإباحة إلى فكرة أداء الواجب ، وبرر أنصار هذه النظرية موقفهم بأن نظرية الترخيص تبقى عاجزة أمام الظروف الإستثنائية المتعلقة بانتشار الوباء أو الأمراض المتنقلة التي تهدد الدولة، فتدخلات الأطباء للوقاية من هذه الأمراض لا تستوجب رضا هذا الكم الهائل من الأشخاص ، ففي هذه الحالة تكون فكرة أداء الواجب سندا لتدخلاتهم الطبية.²

وذهب بعض شراح القانون إلى القول بأن الترخيص القانوني وأداء الواجب يهدفان إلى خلق مجتمع سليم وبالتالي فهما سببان أساسيان لإباحة العمل الطبي ، وغياب الحصول على الرضا في بعض التدخلات التي يقوم بها الأطباء كإعطائهم المطاعيم والأمصال في حالة إنتشار الأوبئة ، يستند إلى قيام حالة الضرورة وأداء الواجب .³

وإنتقد البعض نظرية فكرة أداء الواجب ، حيث إعتبروا أن فكرة أداء الواجب تتضمنها نظرية الترخيص القانوني ، لأن توسيع هذه النظرية يجعلها تشمل إلى جانب الترخيص الأمر بممارسة الفعل أو الأمر بالإمتناع عنه، على حسب ما يأمر به القانون ويحدده ، وبالتالي لا يعد هذا أداء واجب .⁴

ومن وجهة نظرنا فإن جميع النظريات السابق ذكرها يجب توافرها على حد سواء في التدخل الطبي حتى يكون مباحا ومشروعا ، وإن كان لا بدا من تحديدها وترتيبها حسب أولويتها أهميتها بالنسبة للمريض فإننا نقول بنظرية الإذن - إذن القانون وإذن المريض - لأنها تضمن كفاءة الطبيب القائم بالتدخل ، ورضا المريض مالك الجسم الواقع عليه هذا التدخل .

1 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 91 .

2 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 42 .

3 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 51 .

4 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 43 .

المطلب الثاني

شروط مباشرة التدخل الطبي

لم يكتف الفقه و القضاء و التشريع بتحديد أساس مشروعية التدخل الطبي بل ذهبوا إلى تحديد شروط مباشرته كذلك ، حتى يتمكنوا من فرض أكبر قيود على هذا العمل الإنساني النبيل لكي لا ينحرف عن أصله ولا يتطفل غير الأطباء على ممارسته ، فوضعوا شروط للقائم بالعمل (الطبيب) ، وشروط متعلقة برضا المقام عليه العمل (المريض) وشروط للعمل في حد ذاته تتعلق بطريقته والمقصد منه ، وكل ذلك من أجل توفير حماية أكبر لكل من الطبيب والمريض وصحة المجتمع ، و كذا الحفاظ على نبل وقداسة مهنة الطب . ولهذا أجمعت جل التشريعات على أن شروط إباحة العمل الطبي تتمثل في الحصول على الترخيص والتأهيل القانوني ، ورضا المريض ، و قصد العلاج ، وسنحاول التطرق لهذه الشروط في الفرعين التاليين .

الفرع الأول

الترخيص والتأهيل القانوني ومراعاة الاصول العلمية الطبية الثابتة

لا يكون التدخل الطبي مشروعاً إلا إذا قام به طبيب مؤهل ومرخص له قانوناً بذلك ، وأن يكون التدخل وفق الأصول العلمية الطبية الثابتة ، فما هو الترخيص والتأهيل القانوني ؟ وما هي الأصول العلمية الطبية الثابتة ؟ وهذا ما سنحاول معرفته في البندين التاليين :

البند الأول

الترخيص والتأهيل القانوني

لا يمكن لأي شخص كان مباشرة التدخلات الطبية إلا بعد حصوله على ترخيص يميز له ذلك ، هذا ما إتفقت عليه جل التشريعات ، وأشارت إليه صراحة في نصوصها القانونية ، كما أشارت إلى الجهات المخولة بتسليم الرخصة وكذا الشروط اللازم توافرها في مستلم الرخصة .

و يقصد بالترخيص القانوني "حصول الشخص على الترخيص الإداري لممارسة الطب إعمالاً بالقوانين المنظمة لهذه المهنة"¹.

والترخيص قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً كما تمت الإشارة إليه من قبل ، ويكون عاماً بالنسبة للأطباء والأطباء الإختصاصيين ، ويكون خاصاً بالنسبة للقابلات والمساعدين الطبيين ، فإذا باشر أحدهم تدخلاً طبياً بدون حصوله على ترخيص أو تجاوز فيه نطاق الترخيص اعتبر فعله مجرماً.²

وقد أخذ القضاء بضرورة توافر الترخيص القانوني للقائم بالتدخلات الطبية وإلا اعتبر تدخله غير مشروع، وذلك من خلال بعض أحكامه ، فقد أدان القضاء الفرنسي طبيباً لا يحمل دبلوم في الطب قام بفتح مركز لمكافحة التدخين.³ إضافة إلى الأحكام التي تمت الإشارة إليها في البند الأول من الفرع الأول بالمطلب الأول من هذا المبحث .

وذهب التشريع هو الآخر لضرورة الحصول على الترخيص كشرط لمباشرة التدخل الطبي فالمشروع الفرنسي نص صراحة على ضرورة الحصول على الترخيص لمزاولة مهنة التطبيب ، في قانون الصحة العامة . حيث نصت المادة 356 من النص القديم منه على أنه يجب أن يكون التدخل الطبي من شخص حاصل على الترخيص القانوني الذي يبين صلاحيته في مزاولة الأعمال الطبية.⁴ أما في نصه الجديد فقد نص على الترخيص في الفقرة الأولى من المادة 2-4111.⁵

ونص المشرع المصري هو الآخر على ضرورة الحصول على الترخيص لمباشرة التدخلات الطبية من قبل الأطباء وذلك في نص المادة 01 من القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب حيث جاء فيها : " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ

¹ - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 40 .

² - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 42 .

³ أشار إليه ؛ محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية مسؤولية ، Cass.Crim.,6Nov.1996 ;Alberola ;juris-Data No 005166. المنشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003 ، ص 94 .

⁴ - ذكرته ؛ نبيلة غضبان ، المسؤولية الجنائية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة ميلود معمري ، تيزي وزو ، 2009 ص 56 .

⁵ - تنص الفقرة الثانية من المادة 2-4111 من ق ص ع ف نص جديد على أنه :

" Le ministre chargé de la santé peut, après avis d'une commission comprenant notamment des délégués des conseils nationaux des ordres et des organisations nationales des professions intéressées , choisit par ces organismes, autoriser individuellement à exercer les personnes titulaires d'un diplôme, certificat ou autre titre permettant l'exercice de la profession de médecin, chirurgien-dentiste ou sage-femme dans le pays d'obtention de ce diplôme, certificat ou titre"

عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعلمي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاوله مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصريا أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاوله مهنة الطب بها وكان إسمه مقيدا بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية وبجدول نقابة الأطباء البشريين ".

وذهب المشرع الجزائري هو الآخر إلى إعتبار الترخيص شرطا لممارسة التدخلات الطبية وأشار إلى ذلك صراحة في تشريعاته المتعلقة بالصحة حيث نصت المادة 197 من ق ح ص ت على أنه : " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة ... ".

ومن خلال النصوص القانونية السالفة الذكر لكل من التشريع الفرنسي والمصري والجزائري ، يتبين أن منح الترخيص موكول لوزير الصحة ، ومنه تتضح مكانة الطب و الطبيب ومكانة الممارسات الطبية وخطورتها من جهة ، ومكانة المريض والصحة العامة من جهة أخرى ، حينما وضع الترخيص بيد أعلى سلطة تشرف على الصحة.

وقد وضعت هذه التشريعات جملة من الشروط لطالب الرخصة ، وإعتبرتها أساس منح الترخيص ، ومن بين أهم هذه الشروط ، المؤهل العلمي ، التسجيل في سجل أو نقابة أو مجلس الأطباء ، والتمتع بجنسية البلد .

فالمؤهل العلمي هو أول شرط يجب توافره في طالب الرخصة ، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى هذا الشرط وعلق تسليم الرخصة على ضرورة الحصول على دبلوم الدولة الفرنسي للدكتوراه في الطب بالنسبة للمواطنين الفرنسيين وعلى شهادة معادلة بالنسبة للأجانب مرفقة بشهادة القيام بالتدريب ممنوحة من الجهات المختصة بالنسبة لرعايا الدول المسموح لهم بمزاولة مهنة التطبيق على أراضي الجمهورية الفرنسية وذلك ما أشارت إليه المادة 1-4131¹ من قانون الصحة العامة الفرنسي .

¹ - تنص المادة 1-4131 من ق ح ص ع ف على أنه :

"Les titres de formation exigés en application du 1° de l'article L. 4111-1 sont pour l'exercice profession de médecin :

1° Soit le diplôme français d'Etat de docteur en médecine ;

Lorsque ce diplôme a été obtenu dans les conditions définies à l'article L. 632-4 du code de l'éducation, il est complété par le document mentionné au deuxième alinéa dudit article.

2° Soit, si l'intéressé est ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen :

a) Les titres de formation de médecin délivrés par l'un de ces Etats conformément aux obligations communautaires et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés de l'enseignement supérieur et de la santé ... ".

وأشار المشرع المصري إلى شرط المؤهل العلمي لطالب الترخيص لمزاولة التطبيب في قانون مزاولة مهنة الطب ، بضرورة الحصول على البكالوريوس في الطب والجراحة من الجامعة المصرية أو دبلوم معادل لها مع ضرورة إجتياز الإمتحان المعد لذلك بنجاح . وذلك في نص المادة الثانية (2) ¹ منه .

وإعتبر المشرع الجزائري هو الآخر المؤهل العلمي شرطا أساسيا للحصول على الترخيص لمزاولة مهنة الطب، وأشار إلى ذلك بشكل واضح في الفقرة الأولى ² من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها . حين نصت على أن يكون طالب الترخيص متحصل على شهادة الدكتوراه في الطب أو ما يعادلها من شهادة أجنبية . ويتضح من خلال ما تقدم من نصوص تشريعية أن مجرد الحصول على المؤهل العلمي وحده لا يكفي لإباحة التدخلات الطبية ما لم يتوج بترخيص من وزارة الصحة . وإذا غاب الترخيص عن القائم بالتدخل الطبي أعتبرت تدخلاته غير مشروعة .

وعليه يسأل جنائيا كل من أجرى عملية جراحية على جسم المريض مهما بلغت درجاته الجامعية المتحصل عليها في الطب والجراحة ، ما لم يكن متحصلا على ترخيص يميز له ذلك . ³ ويعتبر في هذه الحالة معتديا على أساس العمد سواء تحقق شفاء المريض أو لم يتحقق . ⁴

ويدعوا جانب من الفقه إلى عدم الخلط " بين الدرجة أو الاجازة العلمية ، والترخيص القانوني اللازم لمزاولة مهنة الطب ، والذي تقتصر الغاية منه على مجرد التأكد مقدما من إستيفاء الطبيب أو الجراح لكل الشروط التنظيمية اللازمة لذلك ، ومخالفته لا تشكل سوى جريمة تنظيمية وليس له أثر على إباحة العمل الطبي شرط أن يكون الطبيب مزودا بالدرجة العلمية المؤهلة له من حيث الواقع والحقيقة " . ⁵

¹ - تنص المادة الثانية من ق م ط م السالف الذكر على أنه : " يقيد بسجل وزارة الصحة العمومية من كان حاصلا على درجة بكالوريوس في الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية ، أو من كان حاصلا على درجة أو دبلوم أجنبي معادلا لها وجاز بنجاح الإمتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة (3) . "

² - تنص الفقرة الأولى من المادة 197 من ق ح ص ت ج على أن : " يكون طالب الرخصة حائزا ، حسب الحالة ، إحدى الشهادات الجزائرية : دكتور في الطب أو جراح أسنان ، أو صيدلي ، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها . "

³ - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 269 .

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 43 .

⁵ - أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 46 .

التسجيل في سجل أو نقابة أو مجلس الأطباء يعتبر هو الآخر شرط من شروط الحصول على رخصة ممارسة الطب .وقد أشار المشرع الفرنسي إلى ضرورة التسجيل في سجل الأطباء في فرنسا لطالب الرخصة وذلك في ق ص ع ف في نص الفقرة الثالثة (3) ¹ من المادة 1-4111.L.

ونص المشرع المصري كذلك على ضرورة التسجيل بسجل الأطباء وجدول نقابة الأطباء البشريين لطالب الترخيص وذلك في المادة 1 من القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب السالفة الذكر والتي جاء فيها: "... وكان إسمه مقيدا بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية وبجدول نقابة الأطباء البشريين...". ونصت المادة 2 من ذات القانون على أنه : " يقيد بسجل وزارة الصحة العمومية من كان حاصلا على درجة بكالوريوس في الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية أو من كان حاصلا على درجة أو دبلوم أجنبي معادلا لها و اجتاز بنجاح الإمتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة " .

وذهب المشرع الجزائري هو الآخر إلى إعتبار التسجيل لدى المجلس الجهوي للطب شرط لطالب الحصول على الترخيص لمزاولة مهنة الطب وذلك في المادة 199 من ق ح ص ت المعدلة بموجب قانون 90-17 ² والتي أصبحت تنص على أنه : " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه . ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليمها المنصوص عليها في هذا القانون ...". كما أشارت المادة 204 ³ من م ا ط ج على ضرورة التسجيل في قائمة الإعتماد لكل من يطلب الترخيص بمزاولة التطبيب وأستنتت من ذلك الأطباء والجراحين العاملين بقطاع الصحة العسكرية والأطباء الذين لا يمارسون المهنة بشكل فعلي .

التمتع بالجنسية . لقد ذهبت جل التشريعات إلى تحديد جنسية القائمين بالأعمال أو التدخلات الطبية على أراضيها ، فمعظمها إقتصرته على مواطنيها وبعض رعايا دول أخرى بحكم الإتفاقيات المبرمة بينهما.

¹ - تنص الفقرة 3 من المادة 1-4111.L من ق ص ع ف على أنه : " Inscrit à un tableau de l'ordre des médecins, à un tableau de l'ordre des chirurgiens-dentistes ou à un tableau de l'ordre des sages-femmes, sous réserve des dispositions des articles L. 4112-6 et L. 4112-7."

² - القانون رقم 17/90 المؤرخ في 9 محرم عام 1411 الموافق لـ 31 يوليو سنة 1990 المعدل والمتمم لقانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، الجريدة الرسمية عدد 35 ، الصادرة بتاريخ الاربعاء 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 غشت سنة 1990 .

³ - تنص المادة 204 من م ا ط ج على أنه : " لا يجوز لأي أحد غير مسجل في قائمة الإعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي ، تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون . غير أن هذا الإجراء لا يهم الأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة العاملين في قطاع الصحة العسكري وكذلك من لا يمارس منهم الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة ممارسة فعلية " .

فالمشروع الفرنسي إشتراط أن يكون طالب الترخيص من مواطنيه يحمل الجنسية الفرنسية ، أو من رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ، أو رعايا الدول الأطراف في إتفاقية المنطقة الاقتصادية الأوربية ، أو من رعايا الدولتين المغاربيتين تونس والمغرب ، وأشار إلى ذلك صراحة في الفقرة الثانية (2)¹ من المادة 1-4111 L السالفة الذكر.

وإقتصر المشروع المصري في طلب الترخيص لمزاولة مهنة الطب على مواطنيه الذين يحملون الجنسية المصرية، ورعايا البلدان الذي تجيز هي الأخرى قوانينها للمصريين مزاولة الطب بها ، وكأنه عمل بمبدأ المعاملة بالمثل ، ونص على ذلك في القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب في المادة 1 السالفة الذكر والتي جاء فيها : " ... وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصريا أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها ... ويستثنى من شرط الجنسية الأجانب الذين إلتحقوا بإحدى الجامعات المصرية قبل العمل بأحكام القانون رقم 142 لسنة 1948 " .

وأخذ المشروع الجزائري هو الآخر بشرط الجنسية بالنسبة لطالب الترخيص ، حيث أقر بأن يكون طالب الترخيص يحمل الجنسية الجزائرية ، أو من رعايا الدول التي أبرمت معها الجزائر إتفاقيات ومعاهدات في هذا الشأن ، وأشار إلى ذلك صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 197.² ولم يفرق المشروع الجزائري بين الجنسية الأصلية أو المكتسبة بل يكفي وجودها يوم إيداع طلب الترخيص.³

ولم تكتف التشريعات ، بالمؤهل العلمي ، أو القيد في سجل أو نقابة أو مجلس خاص بالأطباء ، أو التمتع بالجنسية كشرط كافية لطلب الترخيص ، بل أضافت شروط أخرى لا تقل أهمية عن الشروط التي سلف ذكرها، فمثلا المشروع الفرنسي أضاف شرط التحكم في اللغة الفرنسية لكل من يطلب الترخيص بمزاولة مهنة الطب ، وأشار إلى ذلك في الفقرة الثانية (2)⁴ من المادة 2-4111 L من قانون الصحة الفرنسي ، كما

¹ - تنص الفقرة (2) من المادة 1-4111 L من قانون ص ع ف على أنه : "De nationalité française, de citoyenneté andorrane ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord l'Espace économique européen, du Maroc ou de la Tunisie "

² - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 197 من ق ح ص ت ج على أنه يجب على طالب الترخيص : " أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن إستثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة " .

³ - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 103 .

⁴ - تنص الفقرة 2 من المادة 2-4111 L من ق ح ص ع ف على أنه : "Ces personnes doivent avoir satisfait à des épreuves anonymes de vérification des connaissances, organisées par profession, discipline ou spécialité, et justifier d'un niveau suffisant de maîtrise de la langue français "

إشترط المشرع المصري على كل من يريد الحصول على إذن بممارسة الطب من الأجانب إجراء إمتحان باللغة العربية أو أي لغة أخرى يحددها وزير الصحة وجاء ذلك في المادة الثالثة (3)¹ من القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب .

وأضاف المشرع الجزائري هو الآخر إلى الشروط السابقة ، شروط أخرى يجب توافرها في طالب الترخيص، وتمثلت هذه الشروط في شرط القدرة والإستطاعة على ممارسة مهنة التطبيب ، وكذا شرط عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف ، وشرط أداء اليمين .

وذكر المشرع الجزائري شرط القدرة على ممارسة الطب في الفقرة الثانية (2)² من المادة 197 من ق ح ص ت السالف الذكر . فالصحة والعافية وسلامة جميع الأعضاء والحواس تمكن الطبيب بالقيام بعمله على أحسن وجه . فلا يمكن للأعمى أو الابكم اللذان تحصلا على شهادات جامعية قبل إصابتها بمهده العاهة أو بعدها أن يمارسا الطب كطبيبا جراحا بالنسبة للشخص الأعمى أو طبيبا نفسانيا بالنسبة للشخص الأبكم .³

وأشار المشرع الجزائري إلى شرط عدم تعرض طالب الرخصة لفعل أو لعقوبة ماسة بالشرف التي قد تسيء للمهنة وممتنيتها كما قد تقضي على عنصر الثقة بين الطبيب والمريض ، وذلك في المادة 197 من ذات القانون والتي نصت في الفقرة الثالثة منها على أنه يجب على طالب الترخيص : " أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف " . وإذا حصل الطبيب على الترخيص قبل تعرضه لعقوبة مخلة بالشرف جاز تجريده من الترخيص .⁴

وإعتبر المشرع الجزائري أداء اليمين شرطا ضروريا يؤدي بعد الترخيص مباشرة قبل المزاولة الفعلية للمهنة لكل من يريد ممارسة مهنة التطبيب في الجزائر ، وذلك من خلال نص المادة الثالثة⁵ السالفة الذكر من القانون رقم 17/90 والتي جاءت معدلة للمادة 199 من ق ح ص ت .

1 - تنص المادة 3 من ق م ط م على أنه : " يكون إمتحان الحاصلين على الدرجات أو الدبلومات الأجنبية... و يؤدي الإمتحان باللغة العربية و يجوز تأديته بلغة أجنبية يوافق عليها وزير الصحة العمومية فإذا رسب الطالب في الإمتحان لا يجوز له أن يتقدم إليه أكثر من ثلاث مرات أخرى خلال سنتين و تعطى وزارة الصحة العمومية من جاز الإمتحان بنجاح شهادة بذلك " .

2 - تنص الفقرة الثانية من المادة 197 من ق ح ص ت ج أنه يجب على طالب الترخيص : " أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية للممارسة المهنة " .

3 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 102 .

4 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 103 .

5 - تنص المادة الثالثة من القانون رقم 17/90 ، السالف الذكر على أنه : " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه . ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل لدى المجلس الجهوي للاداب الطبية المختص إقليمها المنصوص عليها في هذا القانون ، وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم " .

و **القسم الطبي** أو اليمين الطبي عرف مند القدم عند أهل الطب وجرت العادة على تأديته من قبل الأطباء إلى اليوم عند حصولهم على الترخيص ، و وضع الطبيب الإغريقي الشهير أبي قراط أولى صيغ القسم الطبي ، والذي مازال يحمل إسمه لغاية اليوم ، وفي اليمين يلتزم الأطباء بممارسة المهنة بأمانة وصدق ، وأن ينصحوا مرضاهم وأن يكونوا قدوة حسنة لهم . وإنعكست البيئة الوثنية على قسم أبي قراط حيث جاء محملا بالمعاني الوثنية مما دفع بكثير من دول العالم إلى تحريره بما يتناسب مع ثقافتهم ودينهم .¹

ويشمل القسم الجزائري العبارات والجمل التالية : " أقسم بالله العلي العظيم أن أؤدي عملي بكل أمانة وإخلاص وأن أراعي في كل الأحوال الواجبات التي يفرضها علي القانون وأحافظ على أسرار مهنتي " .² ومن الملاحظ أن هذا النص بقي قائما على الورق فقط ، إذ لا يأخذ به الأطباء من الناحية العملية ، و يكتبون بالإمضاء على وثيقة تتضمن أنهم اطلعوا على ما جاء في مدونة أخلاقيات الطب ويلتزمون بها .³ ويتميز هذا اليمين عن يمين أبي قراط أنه قصير وعباراته عامة في حين كان يمين أبي قراط واسع وطويل .⁴

إن جميع الشروط التي تطلبها التشريعات الصحية في طالب الترخيص تعد ضرورية ولا يمكن الإستغناء عنها ، ولا الحصول على ترخيص بدون توافرها ، إلا أن بعض هذه التشريعات حددت حالات إستثنائية تخلت فيها عن توافر بعض هذه الشروط لمدة مؤقتة ، كحالة تفشي الأوبئة والأخطار أو حالة التدفق السكاني أو حالة إحتياجات المصلحة العامة وقيام حالة الضرورة القصوى ، حيث أجازت أن يؤذن لطلبة الطب الذين أنهوا الدورة الثانية من الدراسات الطبية بممارسة التدخلات الطبية ، وكذلك الأطباء الأجانب بممارسة وظائف التدريس والبحث وممارسة الأعمال الطبية في مستشفى الجامعة و القيام بالتدريب في حالة تسجيل نقص في المدرسين ، وقيدت هذه الحالات الإستثنائية هي الأخرى بشروط ، وأشار المشرع الفرنسي لهذه الحالات الإستثنائية في قانون الصحة العامة الفرنسي .⁵

ونص المشرع المصري هو الآخر على إمكانية الترخيص للأطباء الذين لا تتوافر فيهم بعض شروط الترخيص بممارسة التدخلات الطبية في حالات معينة ولمدة معينة تتوقف على مدى زوال الشيء الذي منح الترخيص لأجله ، ومن الحالات التي أشار إليها المشرع المصري في القانون المتعلق بمزاولة مهنة الطب ، حالة

1 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 784 .

2 - أشار إليه ؛ حسين طاهري ، المرجع السابق ، ص 369 .

3 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الهامش 1 ، ص 105

4 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 105

5 - أنظر المواد 2-4131، 4-4131L من ق ص ع ف.

تفشي الأوبئة و الأخطار العامة ، حالة تعين طبيب أخصائي مشهود له بالتفوق في فرع من فروع الطب و لا تتوافر فيه شروط في جهة معينة بمصر لمدة معينة غير قابلة للتجديد ، يرخص له لتأدية ما تكلفه به الحكومة لمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة ، وحالة كون الأطباء معينين كأساتذة أو أساتذة مساعدين في إحدى كليات الطب ، فيرخص لهم بمزاولة مهنة الطب طيلة ممارستهم التدريس كأساتذة¹.

والمشروع الجزائري بدوره أشار إلى إمكانية الترخيص لطلاب الطب أو جراحة الأسنان أو الطلبة الصيادلة بممارسة المهنة ، ويستفاد ذلك من نص المادة 2 من م ا ط . والتي نصت على أنه: " 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 "

لقد أولت التشريعات للتخصيص قيمة كبرى واعتبرته شرط ضروري لممارسة التدخلات الطبية في أي حالة من الأحوال ، وغياب الترخيص لدى الطبيب المتدخل يعني قيام مسؤوليته بغض النظر عن نتيجة تدخله إيجابية كانت أو سلبية .

ويجوز للطبيب الذي لا يجوز على ترخيص أو أوقف حقه في ممارسة التطبيب أن يتدخل في حالة واحدة، وهي حالة تقديم الإسعافات الأولية عند الضرورة القصوى التي تتطلب العلاج المستعجل.²

وتكمن غاية المشروع في إشتراط الترخيص لممارسة التدخلات الطبية حسب رأي بعض الفقهاء ، في أنه (المشروع) لا يثق في غير من رخص لهم بممارسة مهنة الطب ، لأنه حسب تقديره يرى فيهم القدرة على القيام بالتدخلات الطبية التي تتجه إلى شفاء المريض وبشكل يتطابق مع الأصول العلمية المتعارف عليها إضافة لما يملكون من دراية علمية وخبرة عملية من جهة ، وتأكدته من إستيفاءهم للشروط التنظيمية لذلك من جهة أخرى.³ إضافة إلى حماية هذه المهنة الإنسانية من أعمال الدخلاء كأمثال المشعوذين والدجالين.⁴

1 - أنظر المادة 9 من ق م م ط م .

2 - أنظر المادة 205 من ق ح ص ت ج .

3 - أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 43 .

4 - أحمد عبد الكريم موسى الصراير ، المرجع السابق ، ص 54 .

وقد اعتبرت جل التشريعات أن كل ممارسة للطب بدون ترخيص بأنها ممارسة غير قانونية تتوج بجزاءات عقابية . وهو ما أشارت إليه التشريعات الصحية لكل من فرنسا¹ ، ومصر² و الجزائر³

وحتى يبقى الطبيب في منأى عن الممارسة غير الشرعية للطب وبعيدا عن المساءلة ، فعليه أن يعمل وفق للقاعدة العامة التي تقول : " لا جريمة فيما يأتيه الطبيب أو الجراح من أفعال تدخل في حدود الحق المرسوم له ضمن دائرة أعماله شريطة أن لا يتجاوز الغاية منه " .⁴

وقد سبقت **الشريعة الإسلامية** التشريعات الوضعية بإقرارها الإذن (الترخيص) كأحد الشروط الضرورية لمشروعية التدخل الطبي ، وإنعدامه يجعل من التدخل تعديا يستوجب الضمان عليه .

وعليه ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول : بأنه على " كل من يريد مزاوله المهنة الحصول على رخصة من صاحب الرعية المختص " .⁵ وقد تولى المحتسب إضافة إلى مراقبة مرافق الدولة منح إجازة الممارسة للأطباء بعد إختبارهم وبعد أداء القسم الطبي أمامه .⁶

وقد إتفق الائمة الأربعة على إيجاب الضمان على من طب بغير إذن ، أي بدون ترخيص بممارسة مهنة الطب .⁷

¹ - تنص المادة 5-4161L من ق ص ع ف على أنه : "l'exercice illégal de la profession de médecin de chirurgien-dentiste ou de sage-femme est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Les personnes physiques encourent également les peines complémentaires suivantes :

A) l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal ;

B) La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, conformément à l'article 131-21 du code pénal ;..."

² - تنص المادة 10 من ق م ط م على أنه : " يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين و بغرامة لا تزيد على مائتي جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زاول مهنة الطب على وجه يخالف أحكام هذا القانون و في حالة العود يحكم بالعقوبتين معا ، و في جميع الأحوال يأمر القاضي بإغلاق العيادة مع نزع اللوحات و اللافتات و مصادرة الأشياء المتعلقة بالمهنة و يأمر كذلك بنشر الحكم مرة أو أكثر من مرة في جريدتين يعينهما على نفقة المحكوم عليه "

³ - تنص المادة 214 من ق ح ص ت ج على أنه : " كل شخص لا تتوفر فيه الشروط المحددة في المادتين 197 و 198 من هذا القانون ، يشارك عادة بأجر أو دون أجر ولو بحضور طبيب أو جراح أسنان في إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو تتعلق بطب الأسنان ، وراثية كانت أو مكتسبة ، حقيقية كانت أو مفترضة ، من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية أو عن طريق أي أسلوب آخر كيفما كان نوعه . كل شخص يمارس المهنة في هيكل صحي عمومي أو خاص ، دون أن يخصص له بمقرر الوزير المكلف بالصحة . كل من يقدم مساعدته للأشخاص المذكورين في الفقرتين السابقتين أو يتوطأ معهم ولو كان حائز الشهادة المطلوبة "

⁴ - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 49 .

⁵ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 98 .

⁶ - عادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 33 .

⁷ - أشارت إليه ؛ عادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 30 .

وقال الإمام مالك في هذا الشأن ، أن إذن الحاكم شرط لإباحة ومشروعية التدخل الطبي ، ويضيف المالكية أيضا ضرورة توافر إذن المريض ومطابقة التدخل للأصول العلمية .¹

ويشترط فقهاء الشريعة في ممارسي مهنة الطب " أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة " .² أي غير جاهلين بأمور الطب والتي يؤدي الجهل بها إلى الحاق الضرر بصحة الناس ، وهذا ما يتطابق مع حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك ، فهو ضامن " .³ ويقصد بالحذق معرفة في علاج الأبدان ويقصد بالبصارة المؤهل الطبي الذي يسمح للشخص معرفة العلة ودوائها وكيفية علاجها " .⁴ كما إشتراط فقهاء الشريعة في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا من أهل الأمانة والثقة يأمنون على العورات ويحرصون على كتمان أسرار مرضاهم .⁵ وأن يكونوا صالحين متخلقين بالأخلاق الكريمة والآداب العالية والتي ينعكس أثرها على المرضى ، وبالتالي يستطيع أن يحقق بها غايات طبية ونتائج مفيدة لمرضاه .⁶ وأضاف الطبيب علي بن رضوان إلى هذه الصفات أو الخصال التي يجب توافرها في ممتنهن التطبيب ، أن يكون صحيح الأعضاء ، حسن الذكاء ، جيد الرواية ...⁷

وإشتراط الأطباء المسلمون كذلك أداء القسم الطبي للتخفيف بممارسة المهنة ، وعرف هذا القسم أيام قيام الدولة العباسية جاء في مطلعته " أقسم بالله رب الحياة والموت ، واهب الصحة وخالق الشفاء وكل علاج ، و أشهد أولياء الله من الرجال والنساء جميعا على أي في هذه اليمين وهذا الشرط... " .⁸ وقد وضع المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي قسم طبي أقره الدستور الإسلامي للمهنة الطبية جاء نصه كما يلي : " أقسم بالله العظيم أن أراقب الله في مهنتي ، وأن أصون حياة الإنسان في كافة أدوارها ، في كل الظروف والأحوال ، باذلا وسعي في إستنقاذها من الموت والمرض والألم والقلق ، و أن أحفظ للناس كرامتهم ، وأستر عوراتهم ، وأكتم أسرارهم . وأن أكون على الدوام من وسائل رحمة الله تعالى ، باذلا رعايتي الطبية للقريب والبعيد والصالح والخاطيء والصديق والعدو ، وأن أثابر على طلب العلم و أن أسخره لنفع الإنسان لا لإدائه ، وأن أوقر

1 - أشار إليه ؛ منصور عمر المعاينة ، المرجع السابق ، ص 22 .
 2 - أشار إليه ؛ عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 32 .
 3 - حديث شريف سبق تخريجه ، هامش رقم 4 ، ص 56 من المذكرة .
 4 - محمد رابيس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الهامش 2 و 3 ، ص 98 .
 5 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 197 .
 6 - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 324 .
 7 - أشارت إليه ؛ نادية ماني سعادة ، حفريات طب الرازي ، ب ط ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، ب ب ن ، ب ت ن ، ص 94 .
 8 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 784

من علمني ، وأعلم من يصغري ، وأكون أخا لكل زميل في المهنة الطبية في نطاق من البر والتقوى ، وأن تكون حياتي مصداق إيماني في سري وعلايتي نقية مما يشينها تجاه الله ورسوله والمؤمنين والله على ما أقول شهيد " ¹ .

ونلاحظ أن هذا القسم قد شمل شروط منح الترخيص بصفة خاصة ، وشروط مشروعية العمل الطبي بصفة عامة ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك عندما عرج على علاقة الإحترام بين الكبير والصغير وبين المعلم والتلميذ وبين الزميلين ، إضافة إلى إستحضار رقابة المولى عز وجل .

إن الترخيص عند فقهاء الشريعة شرط أساسي لممارسة العمل الطبي ، ولا يسلم الترخيص إلا بتوافر الشروط التي تمت الإشارة إليها سلفا ، وعلى رأسها الكفاءة (المؤهل الطبي) . وغياب الترخيص بصفة عامة في التدخلات الطبية يجعل منها تعديا يوجب الضمان ، " فالطبيب وما أشبه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة " ² .

وهكذا فإن فقهاء الشريعة الإسلامية إتفقوا مع فقهاء القانون الوضعي ، في إعتبار الترخيص شرط من الشروط الضرورية لمشروعية العمل الطبي ، كما إتفقوا كذلك في الشروط الواجب توافرها في طالب الترخيص . وإتفقوا كذلك حول قيام الضمان (المسؤولية) على كل من قام بتدخل طبي ، دون أن يكون حاصلا على رخصة تجيز له ذلك .

البند الثاني

إتباع الاصول العلمية

لقد إعتبر الفقه والقضاء والتشريع ، أن إتباع الأصول العلمية الثابتة في الطب ، شرط من الشروط الضرورية لمباشرة التدخل الطبي .

¹ - أشار إليه ؛ أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 785 .
² - أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 231 .

ويعرف الفقه الأصول العلمية الثابتة بأنها: "الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم أو فنهم".¹

ويعرفها كذلك بأنها: "تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء، ويجب الامام بها حال مباشرة الأعمال الطبية"².

وإتباع الأصول العلاجية أو إتباع أصول الصنعة الطبية "هو ما لا يتسامح في الجهل به ولا يقبل الإعتذار بجهله عند أهل الطب وعلمائه".³

وإتباع الأصول العلمية الطبية الثابتة يتطلب إحترام نوعين من القواعد، يتمثل النوع الأول في القواعد العامة التي تشمل واجب الحيطة والحذر والذي يلتزم به كافة أفراد المجتمع قصد تنظيم الحياة الإجتماعية، والضرر الناتج عن الإخلال بهذه القواعد يقيم المسؤولية، كأن يقوم الجراح بإجراء عملية جراحية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة، وقد يكون السبب متعلق بشخصه كأن يقدم الطبيب أو الجراح على تدخل طبي وهو في حالة لا تسمح له بذلك كحالة وجوده تحت تأثير السكر، ويطلق القانون على هذا النوع من الأخطاء الخطأ المادي. أما النوع الثاني، فيشمل القواعد والأصول التي إستقرت عليها الممارسات اليومية لأهل الطب حسب كل تخصص، والإخلال بها يشكل خطأ يطلق عليه أهل القانون الخطأ الفني أو المهني.⁴ كما أن الأصول العلمية الطبية الثابتة تتجسد في حالتين، حالة نظرية، وحالة عملية، فالحالة النظرية أن يتفق أهل فن التطبيب على تحديد طريقة علاج معينة لمرض معين، كأن يحددوا علاج مرض ما بالعقاقير، ومرض ما آخر عن طريق التدخل الجراحي. أما الحالة العملية فهي أن يتفق الأطباء على أمور تطبيقية عامة كتحديد طريقة إجراء العمليات الجراحية، ومن خلال هذا التعريف يظهر أن الأصول العلمية تحوي نوعين من المعارف، علوم ثابتة أقرها علماء الطب في مختلف فروع الطب وعلوم مستجدة حديثة الإكتشاف، لم تثبت بعد.⁵ وحتى تصبح هذه العلوم أو النظريات ضمن الأصول العلمية الطبية الثابتة حسب رأي الفقهاء يجب أن تتحقق فيها الشروط التالية:

1 - أشار إليه؛ ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 61.
 2 - أشار إليه؛ نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 269.
 3 - أشار إليه؛ محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 109.
 4 - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 43-44.
 5 - رأفت محمد أحمد حماد، مسؤولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" ب ط، ب دن، مصر 2005، ص 913.

" 1- أن يعلن عن النظرية أو الأسلوب العلمي من قبل جهة طبية معترف بها وأن يكون ذلك مسبوقا بإجراء تجارب ناجحة .

2- يجب أن يمضي وقت كاف لإثبات كفاءة النظرية .

3- تسجيل النظرية أو الأسلوب العلمي قبل إستخدامه ."¹

وفي حالة وجود نظرية أو وسيلة علمية محل خلاف بين مؤيد ومعارض ، أو حالة وجود رأي راجح ورأي ضعيف في مجال الكشف عن الأمراض ، ففي هذه الحالتين لا يمكن القول بأن الطبيب قد خالف الأصول العلمية المستقرة إذا أخذ بالنظرية محل الخلاف في الحالة الأولى ، أو إذا أخذ بالرأي المرجوح (الضعيف) في الحالة الثانية .²

وتشمل فكرة الأصول العلمية الطبية الثابتة جميع التدخلات الطبية في كفياتها وفي جميع مراحل العلاج ، كأن يكون التشخيص سليما مبني على الفحوصات المخبرية والشعاعية والسريرية ، ودراسة الأعراض الظاهرة والوصول إلى ماهية المرض ، و كأن يكون العلاج ووصفه سليما ، بتحرير الوصفة الطبية وإختيار العلاج اللازم ، ومراعاة ما تتطلبه القوانين والأنظمة لممارسة مهنة الطب كالحصول على ترخيص ، وإذا حصل عكس ذلك ، ولم يتبع الطبيب الأصول العلمية في الطب فسيكون عرضة للمساءلة القانونية ."³ وتمتد فكرة الأصول العلمية الطبية الثابتة إلى متابعة المرض في منبعه كما هو الحال بالنسبة لتشخيص المرض قبل الولادة ، كما يعتبر التهور والإهمال وعدم الإنتباه من الصور المخالفة لفكرة الأصول العلمية الطبية الثابتة .⁴

وقد أخذ القضاء بضرورة مراعاة الأصول العلمية الطبية الثابتة كشرط لمشروعية التدخلات الطبية ويظهر ذلك من خلال أحكامه الكثيرة والمتنوعة في هذا الشأن .

فالقضاء الفرنسي أدان طبيبا لعدم إستيفائه من حقيقة الدواء والمتمثل في حقنة لم يكن قد أعترف بها في فرنسا ، أعطاهم لراقصة أثناء معالجتها لتكبير ثدييها بناء على طلبها ، إلا أن المريضة شعرت بالآلام في صدرها مما دفع بعائلتها للإتصال بالطبيب الذي لم يحمل الأمر على محمل الجد ، ونتج عن ذلك حدوث مضاعفات

1 - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 113 .

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 58 .

3 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايهر ، المرجع السابق ، ص 61-62 .

4 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 114-115 .

للمريضة من جراء أثر الدواء ونقلت للمستشفى بطلب منها لإجراء الإسعافات اللازمة لها ولكن لم تفلح الإسعافات وماتت المريضة.¹

وأدان القضاء المصري طبيبا استعمل آلة الجفت في توليد المجني عليها بالرغم من علمه المسبق بوجود تمزق في رحمها ، إضافة إلى أنه لم يكن لديه الإستعدادات الكافية لمجابهة ما يستلزم علاج تلك الحالة وفي الأخير سمح للمجني عليها بالإصراف دون أن يكلف نفسه إصلاح التهتك لوقف النزيف مما أدى إلى إستئصال رحمها وإصابتها بعاهة مستديمة.² كما إعتبر القضاء المصري أنه يعد مخالفا للأصول والقواعد الطبية ، إتباع الطبيب في تدخله الطبي نظرية مهجورة أو حديثة لم يستقر العمل بها.³

كما حكم مجلس الدولة الجزائري بالتعويض ، نتيجة لخطأ ناتج عن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوان المستشفى ، مما أدى إلى إستعمالها بشكل معيب في تدخل جراحي ، ونتج عنها إصابة المريض بعدوى جرثومية.⁴

وسايرت التشريعات الوضعية أحكام القضاء ونصت على ضرورة مراعاة الأصول العلمية الطبية الثابتة في كل تدخل طبي ، وبذلك جعلت منه شرطا لمشروعية التدخلات الطبية .

فأشار المشرع الفرنسي إلى ضرورة مراعاة الأصول العلمية الطبية في كل تدخل طبي وجاء ذلك ضمينا في نص المادة 36 من ق ا م ط ف والتي نصت على : " إن الطبيب - الجراح - يجب أن يضع دائما تشخيصه بعناية أكثر ، وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تطورا وتخصصا ، ودقة ووضوحا ".⁵

وجاءت النصوص التشريعية المصرية الخاصة بالصحة ،نصوص قانون مزاوله الطب وأدبياته خالية من أي بيان لماهية الأصول العلمية الثابتة ، حيث ترك ذلك لإجتهد الفقه والقضاء.⁶

¹ - أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، في المرجع السابق ، ص 58-59 .
² - نقض جنائي رقم 25133 ، جاسة 1992/11/8 . أشار إليه ، ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 63-64 .
³ - حكم محكمة الجيزة الصادر في 26 جانفي 1935 . أشار إليه ؛ نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 270 .
⁴ - قرار مجلس الدولة 11 مارس 2003 ، قضية م ج ضد مستشفى بجاية . أشار إليه ؛ عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن ، ص 337 .
⁵ - رأفت محمد أحمد حماد ، المرجع السابق ، ص 912-913 .
⁶ - رأفت محمد أحمد حماد ، المرجع السابق ، ص 912

أما المشرع الجزائري فقد أشار بشكل مباشر وصريح جدا على إتباع الأصول العلمية الطبية في كل تدخل طبي بصيغ توحى إصراره على إعتبره شرطا ضروريا لا غنى عنه لمباشرة التدخلات الطبية وذلك في نصوص كثيرة من مدونة أخلاقيات الطب أحد التشريعات القانونية المتعلقة بالصحة في بلادنا.

فنصت المادة 45 من م ا ط ج على أنه : " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمنان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة عند الضرورة ، بالزملاء المختصين والمؤهلين " وأشار المشرع كذلك صراحة إلى بعض الممارسات المنافية للأصول العلمية الطبية الثابتة ومن بينها. ممارسة الطب بھوية غير حقيقية وتسليم الوثائق خالية من إسم الطبيب وتوقيعه.¹ عدم ملائمة محل التطبيق و إنعدام التجهيزات الطبية والوسائل التقنية به.² تجاوز الإختصاص في العلاج وتقديم الوصفات الطبية.³ تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال الفحص أو العلاج.⁴ إستعمال علاج جديد قبل إجراء الدراسات وقبل التأكد من فائدته.⁵ إفشاء وبدون تحفظ طريقة جديدة وغير مؤكدة للتشخيص أو العلاج داخل الأوساط الطبية وخارجها.⁶ إقتراح طريقة وهمية أو غير مؤكدة أو ممارسة الشعوذة.⁷ الشعوذة.

إن مراعاة الطبيب للأصول العلمية الطبية الثابتة حسب الفقه والقضاء والتشريع أمر ضروري يضفي على تدخلاته صفة المشروعية ، أما إذا لم يراعى هذه الأصول أعتبر تدخله غير مشروع ومجرم يقيم مسؤوليته .

و مراعاة الأصول العلمية الطبية الثابتة لم يؤخذ بها على الإطلاق في التدخلات الطبية ، بل هناك ظروف قد تدفع الطبيب إلى الخروج عن قاعدة مراعاة الأصول العلمية الطبية الثابتة حالة تحققت ، وأطلق عليها الفقه والقانون الظروف الإستثنائية .

1 - تنص المادة 13 من م ا ط ج على أن : " الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ، ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية ، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها إسمه وتوقيعه " .
2 - تنص المادة 14 من م ا ط ج على أنه : " يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته ، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة ، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان ، بأي حال من الأحوال ، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية " .
3 - تنص المادة 16 من م ا ط ج على أنه : " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز إختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الإستثنائية " .
4 - تنص المادة 17 من م ا ط ج على أنه : " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه " .
5 - تنص المادة 18 من م ا ط ج على أنه : " لا يجوز النظر في إستعمال علاج جديد للمريض ، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة ، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض " .
6 - تنص المادة 30 من م ا ط ج على أنه : " يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية " .
7 - تنص المادة 31 من م ا ط ج على أنه : " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو لا خطر فيه ، وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة " .

وتعرف الظروف الإستثنائية بأنها : " تدخل في مفهوم ما يسمى بالظروف الخارجية وهي التي تحيط بالجراح عند قيامه بعمله والتي أحاطت بمسلكه والتي أثرت حتما فيه سواء من حيث المكان أو الزمان الذي يجري فيه الجراح جراحته للمريض وهي تختلف عن الظروف الداخلية المتعلقة بالجراح والتي تكون لصيقة بشخصيته ، والمتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدبية " ¹ وما يقال عن الجراح يقال عن الطبيب في هذا الشأن . ومن بين الظروف الإستثنائية ، الحالة المرضية النادرة التي يختار أمامها الطبيب اليقظ ، ففي هذه الحالة للطبيب الخروج عن هذه الأصول بشرط بذل جهود صادقة وخالصة لمريضه وأن لا يعرضه لخطر لا يتناسب مع الفائدة المنتظرة .²

إن إثبات إتباع الأصول العلمية الطبية في التدخل الطبي يقع على عاتق الطبيب ، الذي عليه أن يثبت عدم خروجه عن هذه الأصول الثابتة ، وعدم إهماله أثناء تأدية عمله وأنه كان حاذقا في عمله ورعى فيه الحيطة والحرص والحذر ، وحسن التقدير ، و أحترم ما تمليه القوانين واللوائح المنظمة للمهنة ، وكان بعيدا كل البعد عن الإهمال أو عدم الإكتراث .³

إن الأصول العلمية الطبية الثابتة لا يعرفها إلا أهل العلم في الطب والأطباء ، ولهذا فإن القاضي قبل أن يفصل في دعوى مسؤولية الطبيب ، عليه أن يعرف إن كان الطبيب قد رعى المعطيات العلمية في عمله أو أهملها ، ولأجل ذلك يقوم بتعيين خبير من أهل المهنة والذي تتوقف مهمته في مساعدة القاضي على إستجلاء الوقائع وييدي رأيه في المسائل الفنية ، وللقاضي وحده حق تكييف سلوك الطبيب .⁴

أما الشريعة الإسلامية فكانت السباقة في إعتبار الأصول العلمية الطبية الثابتة شرط من شروط مشروعية التدخلات الطبية ، وإشترط فقهاءها في من يقوم بمهنة التطبيب أن يكون ذا مهارة في صنعته ، عارفا وبصيرا بها، يقوم بعمله وفق الرسم والقواعد المعتادة لأهل صنعة الطب.⁵ فالطبيب الذي لا يملك دراية وتجربة في الطب لا يجوز له مزاوله مهنة الطب . ويقول ابن قدامة أنه " لا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم " ⁶ وقد أشار ابن قدامة هنا إلى الجانب العلمي النظري للطب والجانب التطبيقي له ، فعبر عن الأول بحق الصنعة وعبر عن الجانب الثاني بقوله لم تجن أيديهم . ويفهم من

1 - رأفت محمد أحمد حماد ، المرجع السابق ، ص 922 .

2 - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 65 .

3 - عبد الكريم موسى الصرايبره ، المرجع السابق ، ص 60 .

4 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 112 .

5 - أشار إليه ؛ رأفت محمد أحمد حماد ، المرجع السابق ، ص 927 .

6 - أشار إليه ؛ مازن مصباح صباح و نائل محمد يحيى ، المرجع السابق ، ص 124-125 .

كل هذا أنه يجب على الطبيب أن يكون على علم كبير بأصل صنعته ، و أن يبذل جاهدا كل ما في وسعه من عناية في ممارستها بعيدا عن كل إهمال أو تقصير . كما جاء في حاشية الدسوقي أن الطبيب يضمن إذا خالف الأصول و الأعراف الطبية وهو ما عبر عنه بقوله (شهد العرف بالتلف) أي أن يقر أهل المعرفة بالطب بأن الفعل أو التدخل الذي قام به الطبيب ينشأ عنه التلف . ويضمن كذلك الجاهل بعلم الطب إذا عالج مريضا فمات المريض بسبب معالجته وهو ما عبر عنه بقوله (إذا جهل علم الطب في الواقع)¹.

وقال الأطباء العرب المسلمون بأنه يجب على من يمتحن صناعة الطب أن يكون على معرفة بعلومها ودراية بأصولها وله خبرة بفنونها عالما برسالاته ملما بالتشريح ووظائف الأعضاء خبيرا بالنبض وتبدل البول .²

وأشار فقهاء الشريعة إلى بعض الممارسات الطبية التي تتنافى مع الأصول العلمية الطبية الثابتة ومنها، القتل الرحيم لتخليص المريض من آلامه الشديدة ، إهمال قاعدة طبية ، عدم إستعمال وسيلة متقدمة حديثة ، عدم تعقيم أدوات الجراحة أو نسيان بعضها في بطن المريض ، تعطيل القدرة الجنسية عند الرجل أو قدرة الإنجاب عند المرأة .³

وأختلف فقهاء الشريعة كما أشرنا سابقا في حديثنا عن مرحلتي التشخيص والعلاج ، حول مسؤولية الطبيب الذي يجتهد ويخالف آراء زملائه في علاج المريض ، فذهب البعض إلى القول بعدم مسؤوليته متى كان رأيه يقوم على أساس سليم ، وقال البعض الأخر بمسؤوليته إذا وقع ضرر للمريض وتكون الدية على عاقلته أو على بيت المال .⁴

أما إذا أخطأ الطبيب خطأ فاحش لا تفره أصول فن الطب ولا أهل العلم بفن الطب وجب عليه الضمان وحدده جمهور الفقهاء كالأتي : " إذا كان التعويض أقل من ثلث الدية فهو من مال الطبيب ، أما إذا كان الثلث أو أكثر فيجب على عاقلة الطبيب . و إن لم تكن للطبيب عاقلة فهو من بيت المال (ويقابله التأمين ونقابة الأطباء في الوقت الحاضر) حيث للعلماء قولان في ذلك .⁵

1 - شمس الدين محمد عرفه الدسوقي ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 355 .

2 - أشارت إليه ؛ نادية ماني سعادة ، المرجع السابق ، ص 88 .

3 - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 327 .

4 - أشار إليه ؛ عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 35 .

5 - أشارت إليه ؛ غادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 31-32 .

وقال بعض الفقهاء بضرورة الحجر على الطبيب الجاهل حتى لا يختلط بالناس ويضرهم بسوء طبه، والحجر يشمل ثلاثة أشخاص، المفتي الماجن، والطبيب الجاهل والماكرئ المفلس.¹

الفرع الثاني

رضا المريض وقصد العلاج

حتى يكون التدخل الطبي صحيحا ومشروعا يجب أن يتم بإذن ورضا المريض، وأن تكون الغاية منه شفاء المريض، فإذا تم التدخل الطبي بدون رضا المريض أو بدون قصد الشفاء أو بدونهما معا، فقد التدخل مشروعيته ودخل دائرة التجريم، وجاء إشتراط الرضا وقصد العلاج في مباشرة التدخلات الطبية لمصلحة المريض وحمايته، وستتطرق لرضا المريض وقصد العلاج بشكل منفصل في البندين الآتيين:

البند الأول

رضا المريض

توقف القوانين صحة وجواز ومشروعية جميع المعاملات ومباشرتها بين الأفراد بصفة عامة على عنصر الرضا وصحته، وكذلك هو الشأن في التدخلات الطبية، فلا تكون مباشرتها مشروعة إلا إذا توافر الرضا الصحيح للمريض، نظرا لما تشكله الأخيرة من أخطار قد تفتك بأعز ما يملكه الإنسان من حياة للنفس أو سلامة للجسم.

وعليه لا يكون التدخل الطبي مشروعا إلا إذا وفق عليه المريض، بناء على القاعدة العامة التي تقول: "لا يجوز إرغام المريض على علاج معين أيا كانت نتائجه وأيا كانت درجة خطورة حالة الفرد الصحية"² ويستثنى طبعاً من هذه القاعدة بعض الحالات التي يكون فيها المريض مصاب بمرض خطير متنقل قد ينتقل إلى أفراد المجتمع ويهدد الصحة العامة، كإنتشار الأوبئة والأمراض المعدية، فهنا تتم التدخلات الطبية ليس بناء على

¹ - أشار إليه؛ نصر الدين مروك، المرجع السابق، ص 281.

² - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 44.

رغبة المريض وموافقته وإنما بناء على حالة الضرورة وحالة أداء الواجب ، حفاظا على الصحة العامة ، وكذلك في حالة وجود المريض في خطر لا يسمح بالإنتظار لإنقاذ حياته وتعذر أخذ إذنه لكونه في حالة غيبوبة وتعذر أخذ الإذن ممن ينوب عنه نظرا لغيابهم في هذه اللحظة ، وهذه الحالة غالبا ما تكون في الحوادث والكوارث الطبيعية .

وموافقة المريض على العلاج قد تكون صريحة ، كما قد تكون ضمنية ، فتكون الأولى بالكتابة أو التصريح الشفوي ، وتكون الثانية بقيام المريض بتصرف أو سلوك يوحي بقبوله وخضوعه لما تقرر له من طريقة علاج كأن يمد المريض يده وييسطها لأخذ الحقنة ، إلا أنه في حالة إتسام العلاج بنوع من الخطورة يجذب أن تكون الموافقة بشكل صريح .¹

وقد أخذ القضاء بضرورة توافر رضا المريض في التدخلات الطبية وذلك من خلال بعض أحكامه ، والتي تمت الإشارة إليها في البند الثاني من الفرع الأول بالمطلب الأول من هذا المبحث .

ونظرا لمكانة عنصر الرضا في مشروعية الأعمال الطبية ، ذهبت جل التشريعات العالمية إلى النص على ضرورة توافره بمناسبة كل تدخل طبي في تشريعاتها الصحية كما فعل المشرع الفرنسي حين نص في الفقرة الأولى من المادة L1111-4 من قانون الصحة الفرنسي على أنه :

"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 tout traitement met sa vie en ou danger...".

وأشار المشرع الجزائري إلى ذلك في الفقرة الثانية من المادة 154 من ق ح ص ت والتي نصت على أنه : " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك " ، في حين تركها نظيرهما المصري لأحكام القواعد العامة .

¹ - جمعية الطب العالمية ، كتاب الأخلاقيات الطبية ، تحرير جون ويليامز ، ترجمة محمد الصالح بن عمار ، راجعه عبد السلام بن عمار ، ب ط ، ب د ن ، فرنسا ، 2005 ، ص 18 .

وذهب الفقهاء إلى القول بأنه يجب أن يكون رضا المريض إختياريا ، وأن يكون الإختيار بحرية كاملة، كما يجب إعلامه بكل ما يعاني منه وينتظره بشكل كاف وواضح وصريح.¹

إن العلوم الطبية تتجدد وتتطور باستمرار قد يعجز أحيانا ذوو الثقافة الطبية العامة مواكبتها ، فما بالك بأفراد المجتمع الذين لا يعرفون عن هذا النوع من الثقافة شيئا ، ونتيجة لخطورة هذه الأعمال أقر الفقه والقضاء لمشروعيتها وجوب رضا المريض متى كان راشدا أو قاصرا مأذون له ، أو رضا من ينوب عنه شرعا متى كان غير كامل الأهلية .² أو كان فاقدها كالمجنون والمعتوه مثلا .

وإذا كانت القوانين قد إشتطت توافر عنصر الرضا لمباشرة التدخلات الطبية ، فإنها كذلك قد حددت شروط صحة لهذا الأخير (الرضاء) ، حتى يكون سليما ومعتد به ، ومن جملة هذه الشروط ما يلي:

أن يصدر الرضاء من المريض كامل الأهلية أو ممن ينوب عنه قانونا . إن الرضا المعتد به في التدخلات الطبية يجب أن يصدر من ذي صفة ومصالحة وهو المريض ، أو ممن ينوب عنه قانونا.

فيعتد برضا المريض في التدخلات الطبية مادام كامل الأهلية قانونا ، ويتمتع بصلاحيه مباشرة التصرفات القانونية على وجه يعتد به قانونا (أهلية الإداء) ، أما إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها ، فإن تصرفاته في مجال التدخلات الطبية أثارت آراء مختلفة لدى رجال الفقه والقانون حيال ذلك ، إلا أن الشائع منها ، أن تصرفات المجنون لا يعتد بها ويتطلب الأمر موافقة ممثله القانوني ، أما تصرفات السفهيه وذو الغفلة يعتد بها فقط إذا كانت نافعة لهما .³

وأشار المشرع الفرنسي صراحة على ضرورة إحترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك ، و إن تعذر عليه التعبير عن موافقته يؤخذ بموافقة أقاربه أو ممثليه بإستثناء حالة الإستعجال والضرورة ، و جاء ذلك في قانون أخلاقيات الطب الصادر في 1969/06/28 .⁴

كما أشار المشرع المدني الفرنسي إلى الإنابة عن القصر في الرضاء بالأعمال الطبية للسلطة الأبوية في المادة 1-371 من ق م ف والتي نصت على أنه :

1 - أشار إليه ؛ يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 186-187 .
 2 - أشار إليه ؛ ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 58 .
 3 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 54 .
 4 - أشارت إليه ؛ نبيلة غضبان ، المرجع السابق ، ص 65 .

" L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement, dans respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité " .

وأشار المشرع المصري إلى ضرورة أخذ رضا المريض أو من يمثله قانونا إذا كان فاقدا للعقل أو ناقص الأهلية إلا في حالة الضرورة التي تستهدف إنقاذ حياته ، وذلك ما يفهم ضمنا من نص المادة 18 من لائحة آداب مهنة الطب الصادرة سنة 1974 والتي نصت على أنه يجب : " على الطبيب الذي يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطرة أن يبذل ما في متناوله يده لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على موافقة وليه أو الوصي أو القيم عليه ، كما يجب عليه ألا يتنحى عن معالجته إلا إذا زال الخطر أو أصبح الإستمرار في العلاج غير مجد أو عهد بالمريض إلى طبيب آخر " ¹.

وذهب المشرع الجزائري هو الآخر إلى ضرورة الأخذ بموافقة المريض ، أو موافقة من يمثله قانونا بالنسبة للقصر أو العاجزين عن التمييز ، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ، وإذا تعذر الحصول على رضا من يمثله قانونا في الوقت المناسب فعلى الطبيب أن يقوم تحت مسؤوليته بالعلاج المستعجل لإنقاذ حياتهم وذلك في المادة 154 من ق ح ص ت .

ونص المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 34 منه عن أهلية القصر والسفهاء وذوي الغفلة بقولها : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، و كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ². وحدد المشرع الأشخاص الذين يمثلون ناقصي الأهلية وفاقديها في المادة الموالية (44) من ذات القانون والتي نصت على أنه : " يخضع فاقدوا الأهلية ، وناقصوها بحسب الأحوال ، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " .

¹ - أشار إليه ؛ أسامة رمضان الغمري ، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء ، ب ط ، دار الكتب القانونية للنشر ، مصر 2009 ، ص 20 .

² - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الموافق لـ 20 رمضان 1395 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج ر عدد 78

أن يكون الرضاء حرا . وحتى يكون رضا المريض حرا يجب أن تسلم إرادته من كل عيب قد يشوبها كالإكراه ، والتدليس ، والغلط ، والإستغلال ، غير أن من هذه العيوب ما يصعب تصوره في مجال العمل الطبي كالغلط مثلا ، ومنها ما هو نادر الوقوع كالإكراه ، ومنها ما هو قابل للحصول كالتدليس والإستغلال ، فقد يتمتع الطبيب عن الإجابة عن أسئلة المريض موهما بذلك إياه أن حالته خطيرة تستوجب التدخل الجراحي أو التردد على عيادته . أو كتمان الحقيقة عليه حتى يضمن الطبيب موافقته على العلاج وهذا نوع من التدليس كثير الحصول في الوقت الحاضر.¹

أن يكون الرضاء متبصرا . ويتطلب كذلك لصحة الرضاء أن يكون مبني على أساس من العلم الواضح والكامل بطبيعة المرض الذي يعاني منه ، وكذا نوعية التدخل الطبي المراد إجراؤه سواء تعلق الأمر بالتشخيص أو العلاج أو التدخل الجراحي ، وطريقة تنفيذه والنتائج المتوقعة تحققها والمضاعفات المحتملة ، وعندما يتمكن الطبيب بوضع صورة للمريض تتضمن حالته الحالية وحالته المتوقعة بعد التدخل ، يستطيع الأخير المفاضلة بين الحالتين و إختيار ما يراه في صالحه.² وعليه لا يمكن القول بوجود الرضاء من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب ، بل يكون الرضاء بقبول العلاج بدافع ثقة المريض في الطبيب ، لأن هذه الثقة هي جوهر العلاقة بينهما وسر نجاحها .³ ورضا المريض يقتصر على الطبيب الذي إتفق معه أن يجري عليه التدخل الجراحي ، فإذا قام طبيب آخر بذلك دون الحصول على إرادة المريض مجددا أعتبر متعديا ويسأل عن ذلك .⁴

ويقول الدكتور رمسيس بھنام في شأن التبصير في التدخلات الطبية أنه : " يجب على الطبيب أن يبصر المريض بكافة العواقب المحتملة للعمل الطبي ، كما في الجراحة المنظوية على أخطار لكن ليس عليه أن يذكر للمريض كل النتائج الممكنة ولو كانت بعيدة الإحتمال ، و إلا كان في ذلك ما يثني المريض ، على الإقدام على العلاج " .⁵

1 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 53- 54 .
 2 - يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 193 .
 3 - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص 272 .
 4 - يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 194-195 .
 5 - أشار إليه ، ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 52 .

وتبدو أهمية الرضاء وتزداد قيمته في مراحل العلاج التي تشكل خطورة كمرحلة التدخل الجراحي التي تكون مصحوبة بقدر كبير من الخطورة ، وعلى الطبيب أخذ الموافقة في كل مرحلة من مراحل العلاج ، ولا يجوز له تعديله بإرادته المنفردة متى تحصل عليه .¹

ويجوز العدول عن الرضاء في التدخل الطبي متى تم الشعور بخطورته كحال المتبرع في عملية نقل وزرع الأعضاء .²

وأشار المشرع الفرنسي إلى ضرورة تبصير المريض بالعلاج في الفقرة الثالثة من المادة

4 - L1111 من ق ص ع ف والتي نصت على أنه :

"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".

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى ذلك في المادة 44 من م ا ط والتي نصت على أنه : " يخضع كل عمل طبي ، يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته " .

ويبقى رضا المريض بصفة عامة مطلب أخلاقي و قانوني و شرط ضروري لمشروعية التدخلات الطبية، ولا يمكن الإستغناء عنه إلا في حالتين .

حالة الضرورة ، وهي الحالة التي تحكمها ظروف الإستعجال التي تتطلب سرعة مباشرة التدخلات الطبية ولا تستدعي التأخير للحصول على الرضاء ، وذلك لإنقاذ حياة المريض من الخطر الذي يواجهه .³ كحالات الإصابات الناتجة عن الحوادث والحروب والتي يكون فيها المصاب فاقد الوعي ، مع غياب من يخوله القانون الموافقة عنه .

1 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايبره ، المرجع السابق ، ص 56 .
2 - تنص الفقرة الثاني من المادة 162 من ق ح ص ت ج على أنه " ..لا يجوز للمتبرع أن يعبر على موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنزاع ، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة " .
3 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 423 .

حالة إستعمال السلطة أو تنفيذ القانون ، وتشمل هذه الحالة حالة إنتشار الأوبئة والأمراض المعدية، فيقوم الطبيب بعملية التحصين والتلقيح أو إعطاء الأمصال مؤذيا بذلك واجبه دون مراعاة لإذن المريض.¹

أما إثبات رضا المريض ، فقد كان في البداية يخضع لقواعد الإثبات بصفة عامة ، حيث كان عبء الإثبات يقع على المريض كونه المدعي والطبيب مدعى عليه حسب محكمة النقض الفرنسية ، ومنه فإن إتفاق الطبيب مع المريض على إجراء عملية معينة ، ثم يقوم الطبيب بإجراء عملية أخرى لا يشملها رضا المريض ولا تستدعيها الضرورة يشكل خطأ طبيا يقع عبء إثباته على المريض.² وتخلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا الإتجاه حديثا ، حيث قررت أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب وذلك في حكمين شهيرين.³

وإعتبرت الشريعة الإسلامية هي الأخرى كذلك رضا المريض كشرط ضروري لمشروعية التدخلات الطبية، حيث قال فقهاء المذهبين الحنبلي والشافعي بأن الطبيب يباشر تدخله الطبي الذي يتغى فيه شفاء المريض بإذن المريض مباشرة ، وما على الطبيب إلا أن يكون تدخله متوافق مع الأصول المعروفة في علم الطب.⁴ واشترط فقهاء الشريعة أن يكون الإذن صادرا من المريض نفسه وفي حالة إنعدام أهليته يؤخذ الإذن ممن يقوم مقامه كوليّه أو من له الولاية العامة كالحاكم ، و أن يكون الإذن مختارا لا مكرها عليه.⁵ ويرى فقهاء الشريعة أن الإذن ينتقل إلى الولي على حسب الترتيب المعترف في الإرث المبني على قوة القرابة ، " والأبناء أحق القرابة كما هو معلوم من أصول الشرع ، ويليهم الولدان ، والأب أقوى ولاية من الأم ، ويقوم مقام الأب الجد وإن علا، ثم الإخوة الأشقاء ، ثم الإخوة لأب ، ثم بنو الإخوة الأشقاء ، ثم بنو الإخوة لأب ، ثم الأعمام الأشقاء، ثم الأعمام لأب".⁶

ونظرا لمكانة رضا المريض في مشروعية التدخلات الطبية ، ذهب بعض الفقهاء إلى حد إعتبار الطبيب الحاذق الذي أعطى للصنعة حقها ضامنا إذا قطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون ، أو ختن صبيًا فتلف ، في حالة عدم أخذ إذن من الرجل ، أو إذن من ولي الصبي أو المجنون ، بحكم القيام بفعل غير مأذون فيه . في حين

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 51 .

أشار إليه ؛ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 56

² - Civ.29 mai.1951.D.1952.53.

³ - Cass.1^{er} civ:25/02/1997,Gaz.Pal1997, ets. Cass.1^{er} civ:14/10/1997, J.S.P,1997 , II22942, ets. Cass.1^{er} civ:27/05/1998.J.S.P,1998,IV,2626. المرجع السابق ، ص 428 .

⁴ - أشار إليه ، نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، ص 263 .

⁵ - أشار إليه ، محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 252-253 .

⁶ - أشار إليه ، أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 53 .

ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى عدم ضمان الطبيب في هذه الحالة¹. وجاء في حاشية الدسوقي أن الطبيب يضمن ما تلف كذلك إذا بنى تدخله على إذن غير معتبر شرعا كأن يداوي صبيا بناء على طلبه أو أن يجري لعبد مملوك حمامة أو ختان وقوفا عند طلبه ، فأذن الإثنين غير معتبر شرعا.²

وأتفقت التشريعات الوضعية مع الشريعة الإسلامية في الإستثناءات الواردة على ضرورة أخذ رضا المريض في التدخلات الطبية. فأجاز فقهاء الشريعة الإسلامية مباشرة التدخل الطبي بدون رضا المريض المهتد بالموت أو بتلف عضو من أعضائه ، وهذا التدخل يتناسب مع أصول الشرع التي دعت إلى إحياء الأنفس بتعاطي الأسباب الموجبة لإنقاذها من الهلاك والتلف ، وكذلك في حالة الأمراض الوبائية المعدية التي يخشى من إنتشارها داخل المجتمع ، و إمكانية الضرر بالغير، ومن قواعد الفقه الإسلامي أن الضرر يزال.³

البند الثاني

قصد العلاج

إن من الشروط الضرورية لمباشرة التدخل الطبي أن يتم التدخل بغاية العلاج ، وهذه الغاية هي التي أخرجته من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة والمشروعية.

لا يكفي لمباشرة التدخلات الطبية بشكل صحيح ومشروع أن تتم بإذني القانون و المريض وأن تأتي متوافقة مع أصول الفن ، بل لا بد من توافر الغاية العلاجية فيها ، وإلا علقت صحة مباشرتها ومشروعيتها .

والغاية العلاجية في مفهومها البسيط تعني : " شفاء المريض من كل علة جسمانية أو نفسية أو تخفيفها والحد منها ".⁴

1 - ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 181 .

2 - شمس الدين محمد عرفه السوقي ، المرجع السابق ، 355 .

3 - أشار إليه ، محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 262-265 .

4 - يوسف جمعة يوسف الحداد ، المرجع السابق ، ص 202 .

ويجمع الفقهاء أن غاية الشفاء أو رعاية المصلحة المشروعة هو ما يتوخى كل طبيب تحقيقه بحسن نية في كل تدخل طبي ، ولأجلها رخص له الشارع بممارسة عمله ، وإذا حاد الطبيب في تدخله عن غاية العلاج إلى غاية أخرى قامت مسؤوليته .¹ فغاية الشفاء هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة.²

" فالعلاج أو الشفاء هو الغاية القصوى التي يجب أن تتوافر لدى الطبيب ، ويخرج ما وراء ذلك عن نطاق التبرير الممنوح له " ³

فقصد العلاج هو الذي يدفع الطبيب لإستعمال حقه في مباشرة التدخلات الطبية ، وتشترب بعض التشريعات الجنائية حسن النية في الأعمال التي تباشر بدافع إستعمال حق مقرر ، والطبيب وهو يستعمل حقه في ممارسة التدخلات الطبية فيشترب أن تكون نيته حسنة تتجه إلى غرض شفاء المريض ، أما إذا لم تكن كذلك وكان الغرض منها شيء آخر كالإضرار بالمريض ، أو لتسهيل تعاويه المخدرات ، أو لتخليصه من أداء واجب الخدمة الوطنية ، أو بدافع الإشفاق عليه ، أو بقصد إجراء تجربة علمية .⁴ أو أن يقتل مريضه وينهي حياته لتخليصه من الألام المبرحة التي يعاني منها ، أو أن يجهض امرأة بقصد إعانتها على منع النسل بدون وجود ضرورة تهدد حياة الأم .⁵ أو أن يعرض الطبيب مريضه أثناء علاجه لخطر لا مبرر له .⁶ فإن الطبيب في كل هذه الحالات يسأل عن عمله جنائيا لأنه إستعمل حقه المقرر له بسوء نية.

إن عملية الإجهاض العلاجي والتي تستدعيها ضرورة إنقاذ حياة الأم أو ضرورة المحافظة على صحتها لا يسأل عنها الطبيب .⁷ لأن الإجهاض العلاجي مشروع ومبرر بإجماع الفقه والقضاء . في حين ثار خلاف في الفقه والقضاء حول توافر أسباب التبرير أو إنعدامها في كل من عمليات " التجميل ونقل الدم وزرع الأعضاء والتعقيم والإجهاض و الإتجاه الغالب في كل هذه العمليات كلها أنها من أسباب التبرير إذا تمت بقصد العلاج وتخرج عنها إذا أهدرت مصلحة الجسم أو تمت لغايات غير علاجية " ⁸

1 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 116 .

2 - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 65 .

3 - رنا إبراهيم العطور ، المرجع السابق ، ص 181 .

4 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 58 .

5 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 51- 52 .

6 - عبد الكريم مامون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 42 .

7 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 116 .

8 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 56 .

وقد أخذ القضاء والتشريع بقصد العلاج كشرط ضروري لمشروعية التدخلات الطبية ، ويظهر ذلك جليا من خلال الأحكام القضائية والنصوص التشريعية التي تمت الإشارة إليها سلفا في البند الثالث من الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا المبحث .

و فقهاء الشريعة الإسلامية هم كذلك إعتبروا قصد العلاج شرطا ضروريا لمشروعية التدخلات الطبية، فإذا غاب شرط قصد العلاج أصبح الفعل غير مشروع . ويرون أن الجراحة الطبية " شرعت لمصلحة الأجساد ودفع ضرر الأسقام عنها ، فإذا إنتفت تلك المصالح وشكلت ضررا محضا فإنه حينئذ ينتفي السبب الموجب للترخيص بفعلها شرعا ، وتبقى على الأصل المقتضي لحرمتها للقاعدة الشرعية التي تقول : ما جاز لعذر بطل بزواله " ¹.

وإذا كانت غاية الطبيب لا تصب في تحقيق الشفاء للمريض ، فإنه يؤثم فعله ، كأن تكون غايته من بتره عضو لأحد الأشخاص تكمن في مساعدته على التهرب من الخروج للجهاد في سبيل الله ، أو لغرض إجراء تجربة على مريضه ².

و أشار فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إمكانية توافر قصد العلاج في عمليتي التجميل ونقل وزراعة الأعضاء، ويتوافر قصد العلاج في الأولى إذا كانت الجراحة التجميلية هي السبيل الوحيد لإزالة التأثيرات على حالته النفسية التي إنعكس تأثيرها على صحته العامة ، ويتوافر في الثانية في حالة عدم تعرض حياة المتبرع للخطر ³. في حين ذهبوا إلى عدم توافر قصد العلاج في عملية جراحة التغيير الجنسي وجراحة زيادة الحسن والتي والتي يكون الغرض منها إشباع الشهوات والعبث بخلق الله ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في البند الثالث من الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا المبحث .

وقد إتفقت القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في إعتبرهما قصد العلاج شرطا ضروريا لمباشرة التدخلات الطبية ، كونه يهدف إلى شفاء المريض ورعاية مصلحته ، وإنعدام قصد العلاج في التدخلات الطبية يجعل منها أفعال آثمة ومجرمة .

¹ - أشار إليه ، محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 122-123 .
² - مرعي منصور عبد الرحيم بدر ، المرجع السابق ، ص 28 .
³ - أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 43 .

خلاصة الفصل الأول:

تطرقنا في هذا الفصل إجمالاً للتدخل الطبي كإستثناء يرد على قاعدة عدم المساس بالجسم البشري . ولتحديد طبيعة وبيان نشاط التدخل الطبي الذي يملك هذه الرخصة . فقد عرجنا على تعريف التدخل الطبي لدى كل من رجال الفقه والقضاء والتشريع ، وعرفنا من خلاله كيف أن مفهوم التدخل الطبي كان ضيقاً يشمل مرحلة العلاج فقط ، ليتوسع بمرور الزمن وتطور العلوم الطبية ليشمل مراحل أخرى بداية من الفحص والتشخيص مروراً بمرحلة العلاج وصولاً إلى مرحلة مراقبة العلاج ومرحلة الوقاية من الأمراض . و أن الطبيب تقوم مسؤوليته في جميع هذه المراحل متى صدر منه إهمال أو تقصير .

كما توقفنا عند أساس مشروعيته وشروط مباشرته والتي تجعل منه تدخلاً طبياً مشروعاً يجوز له المساس بالجسم البشري .

فأشرنا إلى ضرورة توفر الإذن (إذن القانون وإذن المريض) ، والضرورة العلاجية ، و إنتفاء القصد الجنائي كأسس مشروعية ، لو تخلفت جميعها أو واحد منها زالت صفة المشروعية عن هذا التدخل ويصبح فعلاً مجرماً يعاقب عليه القانون .

كما بينا ضرورة حصول القائم بالتدخل الطبي (الطبيب) على التأهيل العلمي والترخيص القانوني ، وبفضلهما تثبت كفاءته وقدرته وحقه في مزاوله التطبيب ، إضافة إلى ضرورة الحصول على رضا القائم عليه التدخل الطبي (المريض) كذلك ، فجسم الإنسان ملك له وسلامته من حقه ولا يجوز المساس به بدون رضائه . وأن يكون كذلك التدخل الطبي قصد العلاج أي من أجل تحقيق الشفاء من الامراض أو التخفيف من آلامها ، وهذه الشروط كلها سواء المتعلقة منها بالقائم بالتدخل أو بالمقام عليه التدخل أو بالتدخل نفسه ، تعتبر شروط مباشرة للتدخل الطبي ، فمتى بوشر التدخل الطبي بدون تأهيل وترخيص قانوني ، أو بدون رضا المريض أو بقصد جرمي غير علاجي ، أعتبر القائم به متعدياً وتثار مسؤوليته على هذا الأساس ، سواء كان طبيباً أو شخصاً آخر لا يملك صفة الطبيب .

وحرصنا في كل ما سبقت الإشارة إليه على إظهار موقف الشريعة الإسلامية منه .

الفصل الثاني

طبيعة التزام الطبيب في تدخلاته الطبية

يقصد بطبيعة التزام الطبيب في تدخلاته الطبية ، تحديد التزام الطبيب ما إذا كان التزاما ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة جراء كل تدخل طبي يباشره ؛ فأرتينا أنه قبل الخوض في كل ذلك أن نعرّج في عجالة على تعريف الالتزام بوجه عام ، وصولاً إلى بيان مفهوم كل من الإلتزامين (الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة) كأحد وجهي تنفيذ الإلتزام الذي يكون محله القيام بعمل ، وتبيان نطاق كل منهما في مجال التدخلات الطبية.

عرف فقهاء القانون الإلتزام بوجه عام بتعاريف متعددة ، فعرفه الفقيه بوتيه بأنه: " رابطة قانونية تجبرنا نحو شخص آخر على أن نعطي شيئاً ، أو نقوم بعمل ، أو نمتنع عن عمل"¹

وعرفه الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأنه: " حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"². وسنقتصر على الإلتزام الذي يكون محله القيام بعمل كونه المشمول في موضوع دراستنا .

والإلتزام بعمل هو ذلك الإلتزام الذي يلتزم فيه المدين بعمل متعلق بشيء معين ، أو يلتزم بعمل قائما بذاته ، فالإلتزام الأول كإلتزام المدين بالمحافظة على الشيء أو الإلتزام بتسليمه ، والإلتزام الثاني كإلتزام الطبيب بعلاج المريض وإلتزام المدرس بإعطاء دروس والمقاوم بإقامة بناء.³

وذهب الفقه الحديث وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي ديموج إلى تقسيم الإلتزام الذي يكون محله القيام بعمل إلى قسمين وذلك على أساس ما يتعهد به المدين للدائن في القيام بعمله ، فقد يتعهد المدين بتحقيق غرض معين أو نتيجة محددة ، وقد يتعهد فقط ببذل جهد وعناية دون مراعاة لتحقيق النتيجة أو عدم تحققها.⁴

1 - أشار إليه ؛ لاشين محمد الغاياتي ، دروس في مصادر الإلتزام ، ب ط ، ب د ن ، ب ب ن ، 2004 ، ص 5 .
2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام -مصادر الإلتزام ، ب ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ب ت ن ، ص 114 .
3 - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الإلتزامات ، م الرابع ، أحكام الإلتزام ، ط الثانية ، دار الكتب القانونية ، القاهرة - مصر 1992 ، ص 27 .
4 - أشار إليه ؛ علي فيلاي ، الإلتزامات - النظرية العامة للعقد - ، ط الثالثة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الرغاية - الجزائر ، 2013 ص 42 .

ويطلق على التعهد أو الالتزام الأول الالتزام بتحقيق نتيجة ، ويطلق على الثاني الالتزام ببذل عناية . وبالتالي فإن التمييز بينهما يتوقف على أساس كل من معياري الإرادة و الإحتمال¹ .

وجاء تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للالتزام بمعناه العام متوافقا مع تعريف فقهاء القانون حيث عرفوه (الالتزام بالمعنى العام) بأنه : " إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما بإختياره وإرادته من تلقاء نفسه ، وإما بإلزام الشرع إياه فيلتزمه لأن الشرع ألزمه به ، إمتثالا وطاعة لأمر الشرع " ² . وعرف كذلك بأنه : " ترتيب الشارع شغل ذمة الإنسان بما يجب اداؤه بناء على سبب إرادي أو غير إرادي " ³ .

وأطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على الالتزام الذي يكون محله تقديم منفعة بمقابل مادي بالإجارة وتعرف الاجارة شرعا بأنها : " عقد على المنافع بعوض " ⁴ . وعرفها الجمهور كذلك بأنها : " عقد وارد على تمليك منفعة سواء كانت للأعيان ، أم للأشخاص " ⁵ . ومنه فإن الإجارة نوعان إجارة على الأعيان و إجارة على عمل الأشخاص . أي أن المنفعة قد تكون منفعة عين وقد تكون منفعة عمل ، فالمنفعة الأولى قد تتمثل في سكن الدار أو ركوب السيارة ، والمنفعة الثانية كعمل المهندس والبناء والنساج ، وقد تكون منفعة الشخص الذي يبذل جهده ، كالخدم والعمال .⁶

ويطلق جمهور الفقهاء لفظ الإجارة على الإجارة بنوعيها (الإجارة على الأعيان والإجارة على عمل الأشخاص) في حين خص بها (لفظ الإجارة) فقهاء المالكية ، الإجارة على عمل الأشخاص و أقتصره عليها وعبروا على الإجارة الواردة على الأعيان بمصطلح الكراء ، فالإجارة عندهم ترد على منافع من يعقل ، والكراء يرد على من لا يعقل .⁷

¹ - معيار الإرادة يقوم عندما يشترط الدائن تحقيق نتيجة ، ومعيار الإحتمال يتعلق بمدى تحقق النتيجة . أشار إليه ؛ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة" ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان 2007 ، ص 48 .

² - أشار إليه ؛ أحمد ابراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، الإلتزامات في الشرع الإسلامي ، ط الأولى ، المكتبة الأزهرية للتراث - الجزيرة للنشر والتوزيع ، القاهرة - مصر ، 1434 هـ - 2013 م ، ص 21 .

³ - أشار إليه ؛ عبد الله ميروك النجار ، مصادر الإلتزام الإرادية وغير الإرادية ، ط الثانية ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر ، 2001-2002 ص 11 .

⁴ - السيد سابق ، فقه السنة ، ج الثالث ، ط خاصة ، دار مصر للطباعة -الفتح للإعلام العربي ، القاهرة - مصر ، ب ت ن ، ص 138 .

⁵ - أشار إليه ؛ علي محي الدين القره داغي ، الإجارة على منافع الأشخاص ، بحث مقدم للدورة الثامنة عشر للمجلس الأوربي للافتاء والبحوث ، جمادى الثانية 1429 هـ الموافق ل يوليو 2008 م . ص 5 .

⁶ - السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 138-139 .

⁷ - أشار إليه ؛ علي محي الدين القره داغي ، المرجع السابق ، ص 4 .

ومن خلال كتب الفقه نجد أن الفقهاء إستعملوا عدة مصطلحات للتعبير عن الإجارة على عمل الأشخاص ، ومنها عقد الإجارة على الأشخاص - عقد إجارة الأشخاص - عقد الإجارة على خدمات - عقد إجارة على العمل - وهذا النوع من الإجارة هو الذي يدخل ضمن موضوع دراستنا .

إن المراد بعقد الإجارة على عمل الأشخاص عند فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك الالتزام الصادر عن العقد الذي يرد على منفعة شخص في مقابل أجر معلوم . ومن بعض تطبيقاته في وقتنا المعاصر تقديم الخدمات الطبية، والتعليمية ونحوهما.¹

وللعقد إصطلاحاً معنيان ، عام ، وخاص . ومعناه العام " هو كل تعهد يلتزم به الإنسان سواء كان له مقابل أم لا وسواء كان التزاماً دينوياً أم دينياً ، وهذا ما فسر به قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ - الآية 1 من سورة المائدة - أي العهود والواجبات كلها . أما معناه الخاص فهو الالتزام الناشئ عن إرتباط الإيجاب بالقبول " .²

والمنفعة مفرد منافع والنفع هو الخير وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه ومبتغاه جراء التعاقد ، والعمل هو الفعل الصادر من الإنسان سواء عن طريق اللسان أو أعمال الجوارح ، ويشمل كذلك العمل الذهني والفكري الذي يترجم إلى دائرة القول أو الكتابة . والأشخاص جمع شخص واحد وهو الإنسان ، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية والجامع الفقهية سايروا القوانين المعاصرة وإعترفوا بالشخصية الاعتبارية للشركات والمؤسسات وبذمتها المالية المستقلة عن ذمم الشركاء والمسؤولين وبالتالي فالمقصود بالأشخاص هم الأشخاص الطبيعيون والمعنويون (الإعتباريون).³

و الإجارة على عمل الأشخاص قد يقضى بها شرعاً في حالة إنعدام العقد إذا كان العمل الذي قام به الأجير مثله يؤخذ عليه الأجر عادة .⁴

وتستمد الإجارة على عمل الأشخاص مشروعيتها من الكتاب الكريم والسنة المطهرة ، حيث وردت أدلة نقلية كثيرة تجيزها سنقتصر على ذكر دليلين إثنين منها، الأول من كتاب الله عز وجل والثاني من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم .

1 - أشار إليه ؛ علي محي الدين القره داغي ، المرجع السابق ، ص 6 .

2 - علي محي الدين القره داغي ، المرجع السابق ، ص 5 .

3 - علي محي الدين القره داغي ، المرجع السابق ، ص 5-6 .

4 - الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق ، ج الرابع ، ص 2 .

يقول الله عز وجل في محكم تنزيله : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَّي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجْلَيْنِ فَصَيِّتُ فَلَا عُدُونَ عَلَيَّ وَاللَّهُ عَلَيَّ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾¹ . ومن مشكاة السنة المطهرة قوله صلى الله عليه وسلم : " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ² وفي هذا الحديث بيان لمشروعية الإجارة وكذا جواز أخذ الأجرة عليها .

وتنقسم الإجارة على عمل الأشخاص بإعتبار طبيعة الأجير إلى نوعين ، أجير خاص وأجير عام (مشترك) . فالأجير الخاص هو الذي يستأجر مستأجر واحد ويسلم نفسه له ولمدة معلومة يعمل فيها ، وأثناء هذه المدة المتعاقد عليها لا يجوز له (الأجير) أن يعمل مستأجر آخر ومثال الأجير الخاص الوكيل .³

أما الأجير العام - المشترك- هو الأجير الذي لا يكون خاص بمستأجر واحد ولا يسلم نفسه له لأن العقد وارد على العمل لا على الشخص ، ويزاول عمله في محله ويتقبل الأعمال من الآخرين ويكمن التزامه فقط في إتمام وإكمال العمل الذي طلب منه .⁴ كما أنه يعمل مستقلا عن صاحب العمل⁵ المستأجر . ومثال الأجير المشترك الطبيب لأنه يتقبل في وقت واحد أعمالا لإثنين أو ثلاثة أو أكثر فيشتركون في الحصول على منفعته وإستحقاقها ، وسمي أجيرا مشتركا لإشراكهم في منفعته .⁶

أما من ناحية الضمان⁷ ، فإن الضمان عند فقهاء الشريعة يكون على وجهين الوجه الأول في حالة التعدي أما الوجه الثاني يتعلق بمكانة المصلحة وحفظ الأموال .⁸

إن الإجارة على عمل الأشخاص هي السائدة في جميع المهن التي يلتزم فيها المهني بأداء منفعة أو عمل للمتعاقد (المستأجر) ، ويكون ذلك على حالتين إثنين ، إما إجارة خاصة أو إجارة عامة (مشتركة) .

1 - سورة القصص ، الآيات 25-28 .

2 - أخرجه أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني ، المرجع السابق ، ج 3 ، تحت رقم 2443 ، ص 511 .

3 - السيد سابق ، المرجع السابق ، ص 146 .

4 - علي محي الدين القره داغي ، المرجع السابق ، ص 13 .

5 - إبراهيم شاشو ، المرجع السابق ، ص 748 .

6 - إيمان سمير البيج ، مصطلحات إقتصادية من الفقه الإسلامي - مصطلح الإجارة ، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية ، ماي 2015

7 - الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية ذكره ؛ إبراهيم شاشو في عقد المقابلة في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية ، المجلد 26 ، العدد الثاني ، 2010 ص 759 .

أما الضمان اصطلاحا فقد وصفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء بأنه التزام مالي عن ضرر للغير . أشار إليه ؛ محمد أمحمد بوزيان ، مبادئ حماية المستهلك في التشريع الإسلامي وتطبيقاته من خلال فقه المعاملات المالية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، عدد خاص ، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس ، ص 109 .

8 - أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، المرجع السابق ، ج الثاني ، ص 229 .

غير أن هناك حالتين لا يمكن تصورها إلا في ممارسة الطب وهما ، حالة المشاركة على البرء ، وحالة إشتراط السلامة . والحالة الأولى (حالة المشاركة) على البرء يقابلها في القانون الجمع بين إصطلاحى بذل عناية (لو لم يبرأ) وتحقيق غاية (الشفاء أو البرء من المرض) .¹

ينشأ عن العلاقة بين الطبيب والمريض بمناسبة مباشرة التدخل الطبي إلتزامات لطرفين ، يكون مرجعها للعقد أو للوائح التنظيمية حالة وجودهما² ، و لقواعد مهنة التطبيب حالة إنعدامهما³ ، فإذا كان التزام المريض واضح يتمثل في دفع مقابل مادي جراء ما يتلقى من علاج ، فإن التزام الطبيب بتقديم العلاج بالعكس منه يثير بعض الإشكال حول طبيعته ، إلا أن غالبية الفقه والقضاء أجمعا على أن التزام الطبيب في تدخلاته الطبية هو في الأصل إلتزام بالحرص و العناية كمبدأ عام⁴ ، إلا أنه وردت بعض الإستثناءات على هذا المبدأ في ظل المستجدات العلمية والتطورات التكنولوجية والطبية التي أزلت فكرة الإحتمال عن بعض التدخلات من جهة ، إضافة إلى دخول المعدات والأجهزة مجال التدخلات الطبية إلى جانب الطبيب مما زاد من مخاطرها من جهة أخرى ، وبذلك أعتبر إلتزام الطبيب في بعض الحالات إلتزام بتحقيق نتيجة⁵ . وأضاف الفقه والقضاء حديثا ضرورة سلامة المريض إلى إلتزامات الطبيب . وسنحاول تبيان طبيعة إلتزام الطبيب في تدخلاته الطبية من خلال المبحثين التاليين ، نخصص المبحث الأول لإلتزام الطبيب ببذل عناية والمبحث الثاني لإلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة وكذا سلامة المريض .

¹ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 340 .
² - أمال بكوش ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية "دراسة في القانون الجزائري والمقارن " ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية الإسكندرية - مصر ، 2011 ، ص 45 .
³ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية -الجراح - طبيب الأسنان- الصيدلي التمريض - العيادة والمستشفى- الأجهزة الطبية ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية -الإسكندرية - مصر ، 2011 ، ص 231 .
⁴ - أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 47 .
⁵ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، مجلة دراسات قانونية ، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 03 ، 2006 ، ص 130 .

المبحث الأول

التزام الطبيب ببذل عناية

الإلتزام ببذل عناية هو أحد أوجه النتائج المتعلقة بالإلتزام الذي يكون محله القيام بالعمل . فالمدين الذي تحمل على عاتقه القيام بعمل يكون قد نفذ إلتزامه إذا قام ببذل العناية اللازمة في سبيل تنفيذ عمله بغض النظر عن وصوله لتحقيق النتيجة المنشودة من عدمها¹. فالطبيب وهو يباشر تدخله الطبي العلاجي غير ملزم حسب قواعد مهنة الطب وقوانينها بشفاء المريض أو ضمان عدم إستفحال المرض فيه ، وإنما هو ملزم ببذل قدرا معيناً من العناية في علاج مريضه فمتى بذل ذلك القدر من العناية المطلوبة برئت ذمته ولو لم يشف المريض². و الشفاء يتوقف على عوامل وإعتبارات عديدة كالإستعدادات الفطرية والعوامل الوراثية ... وكل هذا لا يخضع دائماً لسلطان الطبيب³. كما أن الشفاء ليس بيديه ولا تحت سيطرته ، فالشفاء بيد الله وحده⁴. وما على الطبيب إلا بتقديم العلاج على قدر كبير من العناية لمحاولة الوصول للشفاء ، وسنحاول التطرق إلى مفهوم الإلتزام ببذل عناية وكذا بيان ضوابطه في المطلبين التاليين :

1 - رمضان أبو السعود ، أحكام الإلتزام ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2004 ، ص 30 .
2 - أحمد حسن عباس الحباري ، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، ب ط دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، 2005 ، ص 44 .
3 - أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 48 .
4 - قال تعالى : ﴿ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴾ ، سورة الشعراء ، الآية 80

المطلب الأول

مفهوم الالتزام ببذل عناية

يقصد بمفهوم الالتزام ببذل عناية والذي لا يمكن تصوره إلا في الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل معين كما سبقت الإشارة إليه والذي تكون نتيجته متوقفة و مبنية في تحققها على الإحتمال . بأنه يكفي قيام المدين ببذل كل ما في وسعه من عناية ورعاية من أجل الوصول إلى تحقيق النتيجة مستعملا في ذلك كل ما تحت يديه من وسائل وأجهزة ، فمتى بذل المدين القدر الكافي من العناية المطلوبة أعتبر قد وفى بإلتزامه وبرئت ذمته سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق . وحتى نقف على مفهوم الإلتزام ببذل عناية بشكل واضح ، سنحاول التطرق إلى تعريفه بوجه عام من جهة ، وإلى مضمونه وأساسه القانوني بشكل خاص في الأعمال أو التدخلات الطبية من جهة أخرى ، وذلك على التوالي في الفروع الثلاثة الآتية :

الفرع الأول

تعريف الإلتزام ببذل عناية

الإلتزام ببذل عناية هو : " ذلك الإلتزام الذي لا يهدف إلى تحقيق غاية معينة ، وإنما يتعهد فيه المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض سواء اتحقق هذا الغرض أو لم يتحقق " .¹

وهو كذلك : " ذلك الإلتزام الذي لا يتطابق فيه مضمون إلتزام المدين والهدف الذي يصبو الدائن إلى تحقيقه من خلال إلتزامه " .²

¹ - أشار إليه ؛ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 30 .
² - أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، الهامش 1، ص 46 .

ويقصد به كذلك : أنه ذلك الإلتزام " الذي لا يلتزم فيه المدين سوى ببذل عناية تتفق وعناية رب العائلة الحريص (le bon père de famille) " ¹ ، وفي المقابل عليه (المدين) أن يلتزم فقط بأخذ الحيطة والحذر و قدرا من الهمة في تنفيذه لإلتزامه. ²

وهو كذلك إلتزام بعمل لا يوجب فيه على المدين تحقيق نتيجة معينة بل يوجب عليه بذل نوعا من الجهد ومقدار من العناية في سبيل تنفيذه والوصول إلى الغرض منه ، سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق. ³

وقد نصت جل التشريعات على الإلتزام ببذل عناية في تشريعاتها المتعلقة بتنظيم العلاقة بين الأفراد فيما بينهم ، وذلك في الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل أو بحفظ شيء معين la conservation

فأشار المشرع الفرنسي إلى الإلتزام ببذل عناية في المادة 1137 ⁴ من تشريعه المدني .

ونص المشرع المصري كذلك على الإلتزام ببذل عناية في المادة 211 ⁵ من تقنينه المدني.

وسلك نظيرهما المشرع الجزائري هو الآخر مسلكهما ونص على الإلتزام ببذل عناية في الإلتزامات التي يكون محلها القيام بعمل أو المحافظة على الشيء أو إدارته ، وذلك في المادة 172 ⁶ من تقنينه المدني. والتي جاءت تقريبا صورة طبق الأصل للنص المصري .

¹ - أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، الهامش 3، ص 47 .

² - أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 47 .

³ - عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 657 .

⁴ - تنص المادة 1137 من ق م ف على أنه :

"L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent".

⁵ - تنص المادة 211 من ق م م على أنه : " في الإلتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدراته أو يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك . وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " .

⁶ - تنص المادة 172 ق م ج على أنه : " في الإلتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدراته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك . وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم " .

ويلاحظ أن كل هذه النصوص سواء النص الفرنسي أو المصري أو الجزائري نصت على الإلتزام ببذل عناية بشكل عام ، بالنسبة للأعمال التي يكون محلها القيام بعمل أو المحافظة على الشيء أو إدارته . في حين نرى من وجهة نظرنا أن التدخلات الطبية تختلف عن بقية هذه الأعمال من حيث عظمة محلها ، إذ أنها ترد على جسم الإنسان مما يعني الحياة أو الموت وبالتالي لا يمكن مقارنتها بالأعمال الأخرى . فكان على المشرعين أن يفردوا لها نص خاص بها .

الفرع الثاني

مضمون الإلتزام ببذل عناية في التدخل الطبي

إن إجماع الفقه والقضاء يكاد ينعقد على أن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام بالحرص والعناية ، مهما كان المعيار المتبع لتحديد طبيعة الإلتزام من حيث غايته ، وسواء كان مصدره القانون أو العقد .¹

و يكمن مضمون الإلتزام ببذل عناية في التدخل الطبي بأن الطبيب ملزم بـ "بذل الجهود الصادقة اليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية ، وأي إخلال بهذا الإلتزام يعتبر خطأ يترتب عليه مسؤولية الطبيب"² . وهذا ما ذهبت إليه قوانين المهنة وقواعدها حيث لم تضع على عاتق الطبيب إلتزام بشفاء المريض ، ولا حتى ضمان عدم إستفحال المرض أو الحد منه ، بل ألزمته ببذل قدرا معينا من العناية في معالجة المريض ، و متى بذل ذلك القدر منها برئت ذمته ولو لم يشفى المريض .³ ويجب أن تكون العناية المقدمة من الطبيب لمريضه متأنية ، تتصف بالذمة والضمير ، ومشروطة بأن تكون يقظة ، صادقة ، ومتفقة مع الأصول العلمية الثابتة .⁴ وأن يستخدم في سبيل شفاء مريضه جميع الوسائل الممكنة وأن يكون يقظا وحذرا في ممارسة مهنته .⁵ فواجب الحذر واليقظة هو إلتزام عام يخص جميع المهنيين من أطباء ومهندسين ومحاسبين وغيرهم في علاقتهم وتعاملاتهم مع مختلف زبائنهم .⁶ فالطبيب عليه أن يأخذ الحيطة

¹ - أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 123 .

² - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 217 .

³ - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحباري ، المرجع السابق ، ص 44 .

⁴ - أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 50 .

⁵ - أشار إليه ؛ فواز صالح ، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، م الأول ، العدد الأول ، 2006 ، ص 135 .

⁶ - أشار إليه ؛ ساسي سقايش ، المسؤولية المهنية للمهنيين القانونيين ، المحضر القضائي الجزائري ، دراسة حالة ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، جامعة غرداية ، العدد 9 ، 2010 ، ص 214 .

والحذر ويتحلى باليقظة وهو يباشر تدخله الطبي وذلك في جميع مراحل العلاج . فإهماله للأصول العلمية والفنية المستقرة أو التفريط فيها أو الخروج عنها جهلا ، تجعل منه مخطئا وتقوم مسؤوليته¹ .

وينبغي عما سبقت الإشارة إليه أن الطبيب إذا بذل كل ما في وسعه من جهد معقول وسعي صادق ، متحليا باليقظة والحيطه والحذر ، مستعملا كل الأجهزة الممكنة محترما وعاملا بالقواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة في تدخله الطبي من أجل شفاء مريضه يكون بذلك قد قدم الرعاية لمريضه وأدى العناية المطلوبة التي تفيء بالتزامه بغض النظر عن شفاء مريضه من عدمه .

فالتبيب مهما أوتي من علم فإنه لا يستطيع أن يضمن الشفاء لمريضه ، أو أن يلتزم بعدم تفاقم المرض وتطوره ، أو أن يلتزم بمنع تدهور صحة مريضه ، أو أن لا تخلق له عاهة بالغة ، أو أن يلتزم بمنع الموت عنه² . بل يلتزم الطبيب فقط بأن يقدم العناية الكافية لمريضه بغية شفاؤه ، وذلك بأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه³ .

ولا يعتبر الطبيب مخطئا ولا مخلا بالتزامه إذا لم يشف المريض ، لأن الشفاء ليس بيد الطبيب ولا بإرادته ، فالشفاء بيد الله ، فالتبيب يعالج والله يشفي كلمة قالها وبحق الأستاذ اومبروازياريه متحدثا عن نفسه : " أنا أعلاجه والله يشفيه " .⁴

فضلا عن كل ذلك فإن نتيجة الشفاء لا تخضع دائما لسلطان الطبيب ، بل تتوقف على عوامل وإعتبارات عديدة ، كالعوامل والصفات الوراثية للمريض ، والإستعدادات الفطرية كمناعة جسم المريض ، وحالة العلوم والفنون الطبية التي لم يفصل في حقيقتها اليقينية المطلقة⁵ . وكذا تأثير البيئة والمناخ في نتيجة العلاج⁶ .

وفي حالة ما إذا خاب العلاج أو ساءت حالة المريض لا يعد الطبيب مخلا بالتزامه ، بل يجب إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو تقصيره في بذل العناية⁷ .

1 - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحباري ، المرجع السابق ، ص 46 .
2 - منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 126 . وكذلك ؛ كريم عشوش ، العقد الطبي ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2007 ، ص 94 .
3 - محمد حسين ، منصور ، المرجع السابق ، 230 .
4 - أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، الهامش I ، ص 85 .
5 - أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 48 .
6 - أسعد عبد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1430 هـ 2009 م ، ص 224 .
7 - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 94 .

و يرجع تأسيس مبدأ الالتزام ببذل عناية في التدخلات الطبية لقرار محكمة النقض الفرنسية الشهير المؤرخ في 1936/5/20 وذلك بمناسبة فصلها في قضية مرسية¹.

والذي تبنت فيه بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية لا تقصيرية². حيث جاء في القرار أنه : " ينشأ بين المريض وطبيبه عقد حقيقي لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض حتما ، وإنما يلتزم بأن يبذل جهودا صادقة ومخلصة مصدرها الضمير ومؤداها اليقظة والإنتباه وهذه الجهود يقتضي أن تكون مطابقة - في غير الأحوال الإستثنائية - للأصول العلمية الثابتة "³ وحسب هذا القرار فإن العناية المطلوبة يجب أن تتفق والضمير الإنساني والمهني من جهة ، والأصول العلمية الثابتة من جهة أخرى .

وبذلك فإن معيار الإلتزام ببذل عناية يركز ويقوم على عنصران كما قال الدكتور باتريس جورداين patrice jourdain وهما :

- الإلتزام باليقظة ونباهة الضمير : أي أن الطبيب ملزم بمراعاة الواجبات الانسانية الطبية كالإلتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه وكنمان سره وغيرها من الواجبات الأخلاقية والإنسانية.

- الإلتزام بالعلم : أي أن الطبيب يكون مقيد بما وصلت إليه التطورات العلمية الطبية المستجدة وملزم بمتابعتها وفق الحقائق العلمية المكتسبة .⁴

كما تعود مبررات الأخذ بمبدأ الإلتزام ببذل عناية في التدخلات الطبية إلى عدة أسباب أبرزها عنصر أو فكرة الاحتمال ، حيث أن التدخل الطبي يحوي نسبة كبيرة من الحدس والتخمين وبذلك فإن نتيجته تبقى معلقة على الإحتمال ، فتحقيق النتيجة تحكمها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرة الطبيب .⁵ ويستند الفقه

¹ - تتلخص وقائع قضية مرسية في أن : " سيدة لجأت لطبيب مختص بالتشخيص بالأشعة (radiologue) ، جراء معاناتها من مرض بالأنف (affection nasal) ، مما جعله يخضعها سنة 1925 لعلاج بأشعة (x) أصيبت على إثرها بثلم في الأنسجة الجلدية للغشاء المخاطي للوجه (une radiodermite des muqueuses de la face)

باشرت المدعية دعوى المسؤولية أمام محكمة إيكس (Aix) ضد الطبيب المعالج لإرتباط الضرر الواقع لها بالعلاج الذي أخضعها له ، وأثناء نظر الدعوى ثار جدل حول طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه ، وهو ما حسمته المحكمة بتقرير أن التقادم الذي يطبق في هذه الحالة هو التقادم العقدي ، وأن العقد الطبي المبرم بين الطرفين لا يتضمن التزاما بضمان الحوادث للإرادية المحتمل وقوعها وهو ما عبرت عنه بقولها:

" lidit contrat saurai comporter une assurance contre tout accident involontairement "

كما قررت بأن الطبيب ملزم - في مواجهة مريضه - ببذل عناية مستمرة (assidus) ، مستنيرة (éclairés) ، ويقظة (prudente) . وقد طعن الطبيب بالنقض في هذا الحكم تأسيسا على القصور في التسبب الذي إعتراه على أساس أن مسؤولية الطبيب تقصيرية ، وأنه حتى في حال قيام المسؤولية على الأساس العقدي فإن هذا لا يعني إنعقاد مسؤوليته عن الحوادث غير الإرادية ، وهو الطرح الذي رفضته محكمة النقض مؤيدة لقرار محكمة إيكس (Aix) . أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 51-52 .

² - أشار إليه ؛ أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 223 .

³ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية ، مجلة دراسات قانونية ، صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان ، العدد 07 ، 2010 ، ص 313 .

⁴ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 358 .

⁵ - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 126 .

الفقه إلى فكرة أو معيار الإحتمال في تحديد الإلتزام فإذا كانت الغاية من الإلتزام غير محققة الوقوع أو إحتتمالية يكون، الإلتزام ببذل العناية الممكنة.¹

و قد تتحدد طبيعة إلتزام الطبيب عن طريق إرادة الطرفين ، فإذا إلتزم الطبيب ببذل عناية فما عليه سوى ببذل جهود صادقة في تحقيقها ، أما إذا إلتزم بتحقيق نتيجة سواء بإرادته أو بمقتضى القانون فوجب عليه تحقيقها ؛ وتؤثر مساهمة المريض في تحقيق الإلتزام هي الأخرى على مضمون إلتزام الطبيب ، فلا يكون إلتزام الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان تحققها رهين إرادة المريض و متوقف على قدر مساهمته.²

ولم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية عن فقهاء القانون الوضعي في إعتبارهم أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، حيث ذهبوا إلى القول بعدم التقيد بشرط السلامة في العمل الطبي -أي عدم الإلتزام بتحقيق نتيجة - فتحقيق نتيجة الشفاء ليست في مكنة وإستطاعة الطبيب المعالج ، وإنما يلتزم الطبيب المعالج ببذل العناية المعتادة ممن مثله عند ممارسته للعلاج ، وهو بذلك يقوم بأداء واجبه ، والقاعدة تقضي بأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة.³

فالتبيب معالج مقو للطبيعة بما يقابل الداء ، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية الداء فالبرء لا يقدر عليه إلا الله تعالى ".⁴

كما أن عقد إشتراط السلامة في العمل الطبي و الذي يقضي بأن يكون عمل الطبيب سالما من السراية (المضاعفات) إتجاه مريضه هو إتفاق باطل تبعا للقاعدة الفقهية القائلة : ضمان الأدمي يجب بالجناية لا بالعقد.⁵

ويبقى إلتزام الطبيب إلتزام أصلي ببذل عناية حتى ولو التزم الطبيب بنتيجة الشفاء ، لأن تحقيق نتيجة الشفاء ليست في وسعه ومقدوره ، كما أنه لا يمكنه التحرز منها وبالتالي لا يمكن أن تكون نتيجة الشفاء محلا للإلتزام يسأل عن تخلفها الطبيب طبقا للقاعدة الفقهية القائلة : ما لا يمكن التحرز عنه لا ضمان فيه.⁶

فالتبيب أو الجراح إذا قام بالعلاج أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا

1 - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحباري ، المرجع السابق ، ص 43 .

2 - أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 50-51 .

3 - أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 88 .

4 - منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 118 .

5 - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 340 .

6 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 107 .

إهمال، فإنه لا يضمن التلف الحاصل بسرّيان الفعل إلى الهلاك، لأنه عادة لا يمكن التحرز عن حدوث مضاعفات غير متوقعة.¹ كما أن الفعل المأذون به شرعاً أو الفعل الناتج عن ممارسة الشخص لحقه بدون تعسف منه لا يوجب الضمان بناء على القاعدة الشرعية الجواز الشرعي ينافي الضمان.²

وإذا كان إجماع فقهاء الشريعة قائماً حول عدم جواز إشتراط السلامة في العمل الطبي، فإنهم إختلفوا حول المشاركة على البرء - إشتراط البرء - ما بين مجيز وغير مجيز، فالذين أجازوه (جمهور الفقهاء من المالكية، والحنابلة، ورواية للزيدية من مذهب الإمامية والإباضية) إعتبروه من باب الجعل ونظروا فيه بذلك، أما الذين لم يجيزوه (مذهب الحنفية، والشافعية، وراية للحنابلة، والظاهرية والاقرب لمذهب الزيدية ورواية للإمامية) إعتبروه من عمل الإجارة.³

وأستدل الموجزين له (إشتراط البرء)⁴ بما رواه أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: " إنطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فأستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعله يكون عند بعضهم شيء فأتوهم فقالوا: يا أيها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شيء؟ فقال أحدهم: نعم والله إني لأرقي ولكن والله لقد أستضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم فانطلق يتفل عليه ويقراً فاتحة الكتاب (الحمد لله رب العالمين) فكأتما نشط من عقال فانطلق يمشي وما به قلبه، قال فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه فقال بعضهم، إقسموا. فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان فننظر ما يأمرنا. فقدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له الذي كان. قال: (وما يدريك أنها رقية) ثم قال: (قد أصبتم اقسما واضربوا لي معكم سهما) فضحك الرسول صلى الله عليه وسلم.⁵

1 - محمد محمود دوجان العموش، المرجع السابق، ص 29.

2 - أشار إليه؛ محمد محمود دوجان العموش، المرجع السابق، ص 28.

3 - أشارت إليه؛ منى محمود محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 115.

4 - أشارت إليه؛ منى محمود محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 118.

5 - أخرجه أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، تحت رقم 2276، ص 408.

وأستدل القائلين بعدم جواز مشاركة الطبيب على البرء ، بقولهم أن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة فلا يصح إشتراطها على العامل كلبن الحائط ، كما أن الشفاء بيد الله تعالى وحده ، كما أنه يجب دفع أجرة المستأجر إذا وفي بالعمل الذي تعاقد عليه حتى وإن لم يحصل الغرض".¹

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن غالبية كل من الفقه القانوني والشرعي إستقروا على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ، جوهرها ومضمونها بذل الجهود الصادقة والمخلصة مع التحلي باليقظة والإنتباه، والحرص على مطابقة الأصول العلمية الثابتة .

أما القضاء فهو الآخر قد أسس إلى أن الالتزام ببذل عناية هو الأصل في التزام الطبيب وذلك من خلال أحكامه وقراراته ، ويعتبر حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في 1936/05/20 فيما يعرف بقضية مرسيه أول حكم قضائي يقضي بأن مسؤولية الطبيب عقدية وأن مضمون التزامه هو التزام ببذل عناية.² و أن العناية التي يلتزم بها الطبيب ليست أية عناية ، وإنما هي عناية تقتضي منه بذل جهود صادقة ويقظة تتفق مع الأصول المستقرة لعلم الطب في غير الظروف الإستثنائية.³ أي أن العقد الذي يتم بين الطبيب ومريضه يلزم الأول (الطبيب) ببذل جهود صادقة يقظة متفقة مع ظروف المريض ومطابقة للأصول العلمية الثابتة.⁴ أو المكتسبة.⁵ وذلك في غير الظروف الإستثنائية.⁶ وفي قرار آخر حديث نسبيا ، قررت المحكمة " أن مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا إذا ثبت أنه أحل بأحد التزاماته الفنية أو أنه إقترب خطأ يودي إلى قيام مسؤوليته".⁷

وأستمرت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها محاولة تحديد نطاق أكثر انضباطا للعناية الواجبة على الطبيب ، فقد قررت المحكمة في حكمها الصادر في 28 يونيو 1960 " بأن يكون التزام الطبيب موضوع البحث مطابقا للمعطيات المعاصرة للعلم".⁸ ويلاحظ أن القضاء قد إستعمل مصطلح المعطيات العلمية "المكتسبة" تارة و" المكتسبة والحالية المعاصرة" تارة أخرى . ولم يدم الأمر طويلا حتى تخلت محكمة النقض

1 - أشارت إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 118 .
2 - حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ : 1936/05/20 أشار إليه ؛ إبراهيم علي حمادي الطبوسي في المرجع السابق ، ص 51-52 .
3 - ربيعة خلافي ، الإشكالات القانونية التي تثيرها عملية التصرف الواردة على جسم الإنسان ، مجلة الحجة ، الصادرة عن منظمة المحامين ناحية تلمسان ، الجزائر العدد 3 ، 2012 ، ص 145 .
4 - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 94 .
5 - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 151 .
6 - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 127 .
7 - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 26 يناير 1970 ، دالوز 1970 ، أشار إليه ؛ أسعد عبد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 223 .
8 - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 28 يونيو 1960 أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 127 .

الفرنسية عن مصطلح المعطيات العلمية المكتسبة والحالية واعتبرته مفهوم مغلوطة ، وذلك في قرار لها مؤرخ في 2000/06/06 ، وأستعملت في مقابل ذلك عبارة عناية مطابقة لمعطيات الطب والعلم .¹ ولم يستقر القضاء الفرنسي على ذلك حتى تراجع عن هذا القرار وعاد من جديد إلى مصطلح المعطيات العلمية المكتسبة والمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة وذلك في قرار جديد لمحكمة النقض مؤرخ في 2010/10/14 جاء فيه "... حق كل شخص من تلقي العلاجات الأكثر ملائمة لسنه وحالته ، الموافقة للمعطيات العلمية المكتسبة والتي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة مقارنة بالفائدة المرجوة ، فإن هذا الطبيب قد قصر في التزامه العقدي ببذل عناية،...".² والواضح من هذا أن المعطيات العلمية التي يستوجب على الطبيب الإلمام بها يبقى مفهومها متحرك متحرك مما يستدعي أن تكون مفهوم العناية الواجبة على الطبيب إتجاه مريضه متحركة هي الأخرى كذلك ويجعل منها أكثر اتساعا . وتأكيدا على أن طبيعة التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية قررت محكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 2011/01/06 بأن "... طبيعة العقد الذي ينشأ بين الطبيب ومريضه يضع على عاتق الطبيب التزام ببذل عناية " ³

وقد سار القضاء المصري على طريق القضاء الفرنسي ولو بعد فترة من الزمن في إعتبار إلتزام الطبيب التزام ببذل عناية ، حيث قررت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض وإنما هو ملزم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفاء المريض .⁴ كما قضت في حكم آخر كذلك بأن " التزام الطبيب لا يمكن أن يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة ، هي شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، ولكن على الطبيب لكي يقدم العناية المطلوبة ، أن يبذل جهودا صادقة يقظة في معالجة المريض ، بما يتفق مع الأصول الطبية المستقرة ومن ثم يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني ، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب القائم بالعلاج " .⁵

أما القضاء الجزائري فهو الآخر انتهج نهج القضاء الفرنسي والمصري معتبرا أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية ، ولم يعبر القضاء عن ذلك مباشرة وصراحة بل يفهم ذلك من خلال أحكامه وقراراته التي حمل فيها

¹ - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 06 جوان 2000 أشارت إليه ؛ نسيمه بن دشاش ، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ، جامعة ألكلي محند او لحاج ، البويرة ، 2013 ، ص 18
² - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 14 أكتوبر 2010 أشار إليه ؛ كمال فريجة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع "قانون المسؤولية المهنية " ، جامعة ميلود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2012 ، ص 127 .
³ - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 06 جانفي 2011 أشار إليه ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 128 .
⁴ - نقض مدني مصري ، 02 مارس 1966 . أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 101 . وكذلك ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ص 48 .
⁵ - نقض مصري ، 21 ديسمبر 1971 . أشار إليه ؛ اسعد عبد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 223 - 224 . وكذلك ؛ احمد حسن الحيارى ، المرجع السابق ، ص 46 .

الطبيب أو المستشفى المسؤولة جراء إنعدام العناية اللازمة ، وقد قررت المحكمة العليا في غرفتها الإدارية. " وحيث أن الفريق (ك) أجاب بعريضة مؤرخة في 1991/01/01 مذكرين أن وفاة مورثهم (ك . م) في اليوم التالي لدخول مستشفى سطيف للأمراض العقلية ، كان بسبب إهمال لعدم إنارة الغرفة التي كان بها المريض ، وما دام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض فيكونوا قد ارتكبوا خطأ كبير يتحمل المستشفى تبعته " ¹.

إذا كان كل من الفقه والقضاء إعتبروا التزام الطبيب ببدل عناية كأصل عام وأسس كل منهما لذلك. فإن التشريع هو الآخر سار على خطاهما وإعتبر أن الإلتزام ببدل عناية هو الإلتزام الأصلي للطبيب في ممارسة عمله الطبي ، وذهب إلى تكريس ذلك عن طريق نصوص تشريعية وزعها على قوانين الصحة ، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في الفرع الآتي :

الفرع الثالث

الأساس القانوني لالتزام الطبيب ببدل عناية

لم يكتف التشريع بترك إلتزام الطبيب ببدل عناية يستمد ويستشف شرعيته من تشريعاته العامة ، بل حذا حذو الفقه والقضاء وعمد إلى تكريس مبدأ الإلتزام ببدل عناية في العمل الطبي ، في القوانين المتعلقة بالصحة .

فالمشروع الفرنسي كرس الإلتزام ببدل عناية بشكل ضمني في كل من قانون الصحة العامة وكذا مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية ، حيث نص على أن التزام الطبيب يكمن في تقديم علاجات يقظة متفكرة مع المعطيات العلمية ، المكتسبة تارة ، والحالية (المعاصرة) تارة أخرى . فنصت المادة R 4322-53 من ق ص ع ف على أن يلتزم الطبيب بتقديم علاج يتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة وذلك بنصها على أنه :

¹ - المحكمة العليا الجزائرية ملف رقم 75670 ، قرار بتاريخ 1991/01/13 . أشار إليه ؛ مراد بن صغير في مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية ، المرجع السابق ، ص 313 - 314 . وكذلك ؛ أحمد حسن عباس الحياوي ، المرجع السابق ، ص 46 .

" Le pédicure -podologue qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige :

1° A lui prodiguer des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science soit personnellement , soit, lorsque sa conscience le lui commande, en faisant appel à un autre pédicure-podologue ou à un autre professionnel de santé " .

كما نصت المادة 80- 4321 R من القانون نفسه على ضرورة أن يكون العلاج وفق المعطيات العلمية الحالية بنصها على أنه :

"Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande le masseur-kinésithérapeute s'engage personnellement à assurer au patient des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données actuelles de la science " .

ونصت كذلك المادة 32- 4127 R من م ا ط ف على أن تكون الرعاية الطبية والعلاج المقدم للمريض من قبل الطبيب متوافق مع البيانات والمعطيات التي حصل وتوصل إليها العلم وذلك بقولها :

" Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande :

le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents " .

ومن خلال هذه النصوص القانونية يلاحظ أن المشرع الفرنسي وفي سبيل إقراره لإلتزام الطبيب بأنه التزم ببذل عناية قد إستعمل مصطلح المعطيات العلمية "المكتسبة" تارة ، و" المكتسبة والحالية المعاصرة " تارة أخرى ، و بذلك قد تماثل مع قضاء بلده الذي إستعمل مصطلح المعطيات العلمية المكتسبة ، والحالية المعاصرة كذلك ، في بعض أحكامه وقراراته ، ومنها ما تمت الإشارة اليه سلفا والتي قضت بأن التزم الطبيب هو التزم ببذل عناية .

وإقرار التزام الطبيب ببذل عناية كأصل هو حماية له من المساءلة جراء تخلف نتيجة الشفاء في علاج مرض معين بذل في سبيل تحقيقه (الشفاء) كل ما في وسعه من جهد وعناية صادقة ، كما أنه في نفس الوقت حماية للمهنة من الهجر . أما إضافة المعطيات العلمية الحالية إلى المعطيات العلمية المكتسبة من قبل القضاء والمشرع كانت من أجل التوسيع من مفهوم العناية الواجبة على الطبيب ، حيث تقضي و تدفع بالطبيب إلى تحيين وتجديد معارفه خدمة للإنسانية ولمهنة الطب النبيلة ، وبالتالي تكون حماية نوعية للمريض .

أما المشرع المصري فقد جاءت تشريعاته الصحية خالية من أي نص صريح يكرس مبدأ إلتزام الطبيب ببذل عناية في العمل الطبي ، بل جاء التكريس ضمناً في نص المادة 20 من لائحة آداب الطب والتي نصت على أنه : " على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم وأن يحسن معاملتهم وأن يساوي بينهم في الرعاية دون تمييز "

وأما المشرع الجزائري فهو الآخر جاء تكريسه لمبدأ الإلتزام ببذل عناية في التدخل الطبي ضمناً في تشريعاته الصحية ، حيث نصت المادة 45 من م ا ط على أنه : " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمناً تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة ، عند الضرورة ، بالزملاء المختصين المؤهلين "

فإذا كان التشريع الوضعي قد كرس من خلال تشريعاته الصحية بأن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية كأصل عام ، فإن التشريع السماوي قد سبقه إلى ذلك بكثير حين أعلن صراحة بأن الشفاء بيد الله ، حيث جاء في القرآن الكريم على لسان سيدنا إبراهيم قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ ﴾¹ . ومنه فإن تحقيق الشفاء بيد الله وحده ولا يملكه أي أحد كان لنفسه أو غيره . وما الطبيب إلا مقوي للطبيعة بما يقابل الداء كما سلف ذكره . وبالتالي فإلتزامه هو التزام ببذل عناية ، وذلك بأن يبذل الجهد المعتاد من أمثاله في علاج مريضه وفق الأصول الفنية لمهنة الطب . ومتى بذل الطبيب هذا الجهد لا يعتبر مخطئاً حتى ولو فشل العلاج ، وقد ورد عن ابن الأخوة محمد بن احمد القرشي أنه قال : " إذا عالج الطبيب المريض وقام بفحصه وتشخيصه وكتب وصفة له فعالجه ، فإن برى يأخذ أجره وإن توفي فيذهب ذوو المريض إلى الحكيم المشهور ، وتعرض عليه الوصفة التي كتبها

¹ - سورة الشعراء ، الآية 80 .

الطبيب، فإن رآها على مقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير قال : هذا بفروغ أجله، وإن رأى خلاف ذلك، قال خذوا دية صاحبكم من الطبيب، فإنه هو الذي قتله بسوء صناعة الطب وتفريطه".¹

وإذا كان فقهاء الشريعة قد إتفقوا على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة والمتمثلة في تحقيق الشفاء، إلا أنهم اختلفوا في حالة ما إذا وجد هناك إتفاق مسبق يشترط تحقيق الشفاء أو ما يعرف في الفقه الاسلامي المشاركة على البرء .

ذهب بعض جمهور الفقهاء إلى القول بجواز هذا النوع من الإتفاق مستدلين في ذلك بحادثة وقعت في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم - تمت الإشارة إليها - بأن معالجا إشتراط على رئيس قبيلة لدغته أفعى، علاجاً بالفاحة بمقابل قطع غنم، وأقر الرسول هذا التصرف ولم ينكره. في حين ذهب البعض الأخر من الفقهاء إلى منع المشاركة على البرء لما فيها من الجهالة لأن البرء غير معلوم الحصول.²

ويعود سبب إختلاف الفقهاء حول مشاركة الطبيب على البرء، هو إختلافهم حول كونها (المشاركة على البرء) جعلاً أم إجارتاً، فمن إعتبرها "جعلاً"³ قال بجوازها ومن قال أنها إجارة قال بعدم جوازها⁴. والذين يرونها جعلاً أجازوها بحكم أنها ضرورية وأن برء العليل غير معروف المدة.⁵

ويلاحظ مما سبق أن غالبية الفقه والقضاء إستقروا على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، أي أن الطبيب ملزم ببذل قدر من العناية في علاج مريضه، ومتى بذل هذا القدر منها أعتبر قد وفى بالتزامه سوى شفى المريض أو لم يشفى لأن الشفاء ليس بيد الطبيب ولا تحت سيطرته وإنما بيد الله سبحانه وتعالى، وما على الطبيب إلا أن يقدم لمريضه العناية الكافية المتفقة مع الأصول الطبية، ولا يعد مخالفاً بالتزامه إلا اذا أقيم الدليل على تقصيره في عنايته الطبية بمريضه.⁶ كما أنهم خصوا هذه العناية الطبية بضوابط خاصة تضبط حدودها ومقدارها، وعلى أساسها يتم تحديد مدى العناية التي بذلها الطبيب إتجاه مريضه. فما هي هذه الضوابط التي أوجدها الفقه والقضاء للإلتزام ببذل عناية في التدخل الطبي؟ وهذا ما سنحاول التطرق إليه في المطلب التالي :

¹ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 107 .

² - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 340 .

³ - الجعالة من الجعل ، والجعل هو " عقد معاوضة على عمل ادمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه " .

ذكر هذا التعريف عبد الوهاب البغدادي ، المرجع السابق ، م الثاني ، الهامش 1 ، ص 808 .

⁴ - وأشار إليه ؛ عبد الوهاب البغدادي ، المرجع السابق ، م الثاني ، ص 809 .

⁵ - أشار إليه ؛ منى محمود محمد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 116 .

⁶ - أشار إليه ؛ عبد الوهاب البغدادي ، المرجع السابق ، م الثاني ، ص 809 .

⁶ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 109 .

المطلب الثاني

ضوابط الالتزام ببذل عناية في التدخل الطبي

كما سلف القول أن التزام الطبيب إتجاه مريضه هو التزام ببذل عناية كأصل عام وهذا ما أستقر عليه رأي غالبية رجال الفقه والقضاء وكذا التشريع ، غير أن الإلتزام ببذل عناية في العمل الطبي تحدده وتحكمه عدة ضوابط ، بواسطتها يتم تحديد مدى العناية التي التزم بها الطبيب إتجاه مريضه . وهذه الضوابط أو العوامل منها ما هو مهني وما هو انساني وما هو متعلق بالتطورات العلمية الطبية . فعناية الطبيب لا تلزمه البتة بشفاء المريض بل تلزمه بإحترام هذه الضوابط . والتي على أساسها تتحدد مدى العناية المبذولة من الطبيب . وسنحاول التطرق لهذه الضوابط بشيء من التفصيل في الفروع الآتية :

الفرع الأول

مراعاة القواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة

لا يلتزم الطبيب إتجاه مريضه بما تعاقدنا عليه فقط ، بل هو ملزم كذلك بما تقره قواعد مهنة التطبيب وما تمليه التشريعات الصحية النافذة ، إضافة إلى ما أستقرت عليه الأصول العلمية الطبية . فعدم مراعاة الطبيب لهذه الضوابط إما إهمالا أو تقصيرا أو جهلا تجعل منه مخلا بالتزامه وتثير مسؤوليته أمام مريضه متى أقيم دليل على ذلك . وتعتبر مراعاة القواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة من أهم الضوابط التي يتركز عليها في تحديد مدى العناية التي بذلها الطبيب إتجاه مريضه وستتطرق لكل منهما على حده في البندين الآتيين :

البند الأول

مراعاة القواعد المهنية

تلزم جميع المهن ممتنيتها بالالتزام بقواعدها وإحترامها ، حفاظا على كرامتها من جهة وشرف و سمعة ممتنيتها من جهة أخرى ، ومهنة التطبيب إحدى هذه المهن التي ألزمت الأطباء بإحترام قواعدها بل وشددت على ذلك كون العمل الطبي يتعلق بجسم الإنسان . " فإلتزامات الطبيب بوجه عام مناطها القواعد المهنية التي تحدد وتبين مداها ، والمخالفة الواضحة للمبادئ المسلم بها في الفن الطبي هي وحدها التي يمكن أن تحرك مسؤولية الطبيب الذي لا يسأل إلا عن خطأ ثابت محقق " ¹.

والقواعد المهنية الطبية هي تلك القواعد التي تفرضها المهنة على الطبيب وما جرت عليه عادة الأطباء في الظروف نفسها . ²

وتلزم قواعد مهنة الطب من يمارس مهنة الطب أن يكون على دراية خاصة بهذا الفن وأن يحيط بأصوله وقواعد علمه حتى يتمكن من مباشرته ومتى كان جاهلا لكل ذلك أعتبر مخطئا . ³ وفي المقابل فإنه من المسلم به بوجه عام أن القواعد المهنية وقوانين الطب كما تمت الإشارة سابقا لا تفرض على الطبيب إلتزاما بشفاء مريضه ، ولا ضمان عدم إستفحال المرض فيه ، وإنما تلزمه ببذل قدر من العناية في علاجه ، ومتى بذل هذا القدر من العناية يكون قد وفى بالتزامه وبرئت ذمته .

كما تلزم القواعد المهنية والإنسانية الطبيب في الظروف العادية ، أن تكون عنايته المبذولة تتفق والضمير الإنساني والمهني في جميع مراحل العلاج ، بداية من الدقة في فحص المريض ووصف العلاج وتطبيقه إلى متابعة علاجه كلما لزم الأمر . ⁴ وفي حالة قيام التعارض ما بين الإعتبارات الإنسانية والقواعد المهنية ، ويحدث هذا غالبا في أوقات السرعة والإستعجال ، ففي هذه الحالة الأمر لا يعدو أن يكون حالة من حالات الضرورة تقدم فيه الإعتبارات الإنسانية على القواعد التي تفرضها مهنة الطب . ⁵

¹ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق ، ص 355. وكذلك ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 234 .
² - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 231 .
³ - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 149 .
⁴ - أنظر بتفصيل أكثر ، منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 130-139 .
⁵ - علي حسين نجيبه ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 332 .

وخلاصة القول أن القواعد المهنية التي تفرضها مهنة الطب على الطبيب هي التي تحدد التزامات هذا الأخير في الظروف العادية ، وبمراعاته لها في جميع مراحل تدخله يكون قد وفى بالتزاماته بغض النظر عن تحقق نتيجة الشفاء من عدمها . " لأن القواعد المهنية لا تفرض عليه التزام محدد بضمان شفاء المريض ، إذ أن الأمر يتوقف على عوامل وإعتبارات لا تخضع لسلطان الطبيب ، كمناعة الجسم ، وحالته من حيث الوراثة ، وإصابته بأمراض أخرى ، وقصور العلوم الطبية ، التي قد تقف عاجزة عن علاج كثير من الأمراض ، حيث أنه في العديد من الحالات لا يفعل الطبيب أكثر من تخفيف الألم أو تأجيل المصير المحتوم " ¹.

البند الثاني

مراعاة الأصول العلمية الثابتة

لا يتحدد مدى إلتزام الطبيب ببذل عناية في العمل الطبي بمراعاته للقواعد المهنية الطبية فحسب ، بل يتعداه لمراعاته إلى جانب ذلك للأصول العلمية الثابتة . بحيث تكون المجهودات التي يبذلها متفقة مع ما توصلت وأستقرت عليه العلوم الطبية . فعلم الطب كسائر العلوم والفنون الأخرى يشمل أصولاً تعتبر ثابتة ومسلم بها، يعرفها أهل مهنة الطب ولا يتسامحون مع من يجهلها من ممارسي التطبيق.

ويقصد بالأصول الطبية حسب ما يرى الدكتور رزق الرشدان بأنها : " القواعد العلمية الطبية الثابتة والسائدة في الطب والمتعارف عليها بين الأطباء ... وحتى يعتبر الأسلوب العلمي من الأصول يجب أن يعلن عنه من قبل مدرسة طبية معترف بها ، وعلى الطبيب أن يلم بهذه الأصول العلمية وقت قيامه بالعمل الطبي وعلى الطبيب أن يلتزم بأن يبذل للمريض عناية خاصة ، وجهوداً صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، و الطبيب غير ملزم بشفاء المريض " ².

وتستلزم العناية الواجبة على الطبيب أن يولي إهتماماً بمتابعة جديد العلوم والفنون الطبية حتى يتمكن من إقتناء الأصول العلمية المستقرة من جهة وتقديم أحسن عناية للمريض من جهة أخرى ³ . فإبتعاد الطبيب في جهوده التي يبذلها في جميع مراحل تدخله الطبي عن الأصول العلمية يشكل خطأ يثير مسؤوليته ، كما لا يجوز له

¹ - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 110 .

² - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحيارى ، المرجع السابق ، ص 44 .

³ - منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 141 .

أن يعتمد في جهوده على النظريات التي هجرها الطب بسبب مرور الزمان وتطور العلم أو طرق العلاج التي أجمع على فشلها ، وقد أدان القضاء الفرنسي الأطباء الذين لجئوا في التوليد لطريقة اعتبرها الخبراء طريقة مهجورة وتشكل خطورة على الجنين أثناء التوليد ، كما أدان الذين إستعملوا طريقة تعتمد على محض الصدفة في عمليات التشخيص بدل الطرق التقليدية المعروفة في العلاج .¹

وعليه فإنه " لا يعقل إستعمال الطبيب لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث ، فهو وإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه اللجوء إلى تلك التي أستقر عليها الطب الحديث ، وله الإجتهد في إختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض والإمكانيات المتاحة وإستعمالها بحيث تتفق وظروفه الخاصة " .² ولا مسؤولية على الطبيب متى إستخدم في علاجه طريقة مرت بمرحلة التجربة العلمية ، وأدرجت في الميدان العلمي ، وفي هذا الشأن قضي بعدم خطأ الطبيب الجراح نتيجة حصول إضطرابات جنسية أو عصبية إثر إجراء عملية تخدير ، لأن الطبيب حر في إختيار طريقة التخدير ما دامت الطريقة قد أدرجت في الميدان العلمي بعدما جاوزت حالة التجربة.³ لأن الطبيب يتمتع بإستقلال مهني وبحرية في إختيار العلاج المناسب لمريضه وهذا ما أكده القضاء في بعض أحكامه والتشريعات الصحية في بعض نصوصها وقد تطرقنا لبعض هذه الأحكام والنصوص سابقا .⁴

ويرى البعض أن قرار محكمة النقض الفرنسية القاضي بوجوب التزام الطبيب بتقديم عناية تتفق مع الأصول العلمية الثابتة لمريضه لا تقصد منه " أن يفرض على الأطباء الجمود والجبين في مزاولتهم لمهنتهم ، وإلا لبقيت تلك الأصول ثابتة أبد الدهر ، رهينة بوسائل علاجية عفا عليها الزمن ، مع أنه ما من علم قبر له من النظريات ، وولد له منها كعلم الطب " .⁵

أما فيما يتعلق بتصرف وجهود الطبيب في أعماله الطبية بإتباع الأصول الفنية التي لا تزال محلا للجدل العلمي ولم يقطع ويستقر العلم حول صحتها ، أو التي تكون الآراء الفنية حولها مختلفة ما بين مقر ومنكر لها، فإن الطبيب في هذه الحالة يكون في حل من المسؤولية مادام هذا العمل أو الطريقة محل نزاع بين التعاليم

¹ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 114 . وكذلك ؛ إبراهيم علي حمادي الطبوسي ، المرجع السابق ، ص 52-53 . وكذلك ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية الطبيب، المرجع السابق ، ص 232-233 .

² - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، ص 356 . وكذلك ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 232 .

³ - حكم محكمة مونبلييه الصادر بتاريخ 1 فيفري 1935 . أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 144 .

⁴ - انظر ، ص 30-31 من المنكرة .

⁵ - منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 143 .

الطبية المختلفة ، ويتمتع الطبيب في هذه الحالة بميزة الشفاعة من المسؤولية مادام وجود آراء تؤيد تصرفه ولو قلت، بل يعفى من المسؤولية إذا إعتد في تصرفه على مرجع يصح الإعتماد عليه ، حتى لو ثبت أن هذا المرجع كان بعيدا عن الحقيقة والصواب فيما بعد . وفي هذا الشأن قضت إحدى المحاكم الفرنسية " ببراءة طبيب من القتل في تهمة نشأت عن أن كمية المخدر التي أعطاها للمريض كانت أكثر من الكمية الجائز إعطاؤها، وقد إستند قرار البراءة إلى أن الطبيب قد رجع عند تحديد كمية المخدر إلى رأي أحد علماء الطب في كتاب مطبوع " .¹

وفي حالة إثارة مسؤولية الطبيب بسبب الخروج عن الأصول العلمية الفنية للمهنة ، فإن لقاضي الموضوع التحقق من الأفعال المنسوبة للطبيب إن كانت تنطوي على خطأ فني يستوجب مسؤوليته ، وعليه أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة من الأطباء كونه لا يملك المعرفة الكافية بالمسائل الطبية ، مع الإحتفاظ بحقه في تقدير الخبرة والأخذ بها وفقا للمبادئ العامة ، فلا يعترف بوجود الخطأ إلا إذا ثبت ثبوتا قاطعا أن الطبيب خالف بشكل لا يدع مجالاً للشك الأصول الفنية الثابتة وأساسيات قواعد العلم سواء عن جهل أو تهاون .²

وخلاصة القول مما تقدم أن الطبيب إذا رعى القواعد المهنية و الأصول العلمية المستقرة أثناء تدخلاته الطبية يكون قد أدى العناية الواجبة والمطلوبة ، ولا يعتبر مخطئا إذا لم يشفى المريض أو ساءت حالته ما دام قد بذل عناية تتفق والمعطيات العلمية المسلم بها ، ووصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه .

ومع كل ذلك فالقضاء يحتفظ بحقه في مراقبة عمل الطبيب والعادات الطبية ، وأن يقرر مسؤولية الطبيب متى تبين أنه لم يتحلى باليقظة أو لم يحتاط أو يحذر في العلاج الذي قام به ، أو قام بعلاج حالة معينة بطريقة مخالفة لما استقر عليه رأي جمهور الأطباء .³

¹ - قرار محكمة ليون الفرنسية ، الصادر بتاريخ 1904/11/8 . أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 115 .

² - أحمد حسن عباس الحيازي ، المرجع السابق ، ص 45 .

³ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 116-117 .

الفرع الثاني

مراعاة الظروف المحيطة بالتدخل الطبي

لا يقل ضابط أو عامل الظروف المحيطة بالتدخل الطبي أهمية عن ضابطي أو عملي القواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة ، في تحديد مدى العناية الواجبة على الطبيب بذلها في معالجة مريضه ، والظروف المحيطة بالتدخل الطبي نوعان ، داخلية ، وخارجية . سنحاول التطرق لكل منهما على حده في البندين التاليين :

البند الأول

مراعاة الظروف الداخلية

تعرف الظروف الداخلية حسب تعبير الفقيه - مازو - بأنها : " تلك الأحوال اللصيقة بشخص المسؤول المتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدبية ، وكل ما عداها فهو من قبيل الأحوال والظروف الخارجية " ¹ .
تلعب الظروف الداخلية دورا كبيرا في تحديد مدى العناية الواجبة على الطبيب بذلها في معالجة مريضه ، وتمثل الظروف الداخلية في المستوى المهني للطبيب ، وهو كل ما يعرف عنه من علم أو خبرة أو تخصص . والمستوى المهني للأطباء حسب الفن الطبي أنواع ، أطباء عامون ، وأطباء مختصون ، وأطباء أساتذة ، ولا يستوي الثلاثة في الالتزامات الملقاة على عاتقهم ولا في العناية الواجبة على كل واحد منهم بذلها ، فمثلا العناية المطلوبة من الطبيب العام ليست هي العناية المطلوبة من الطبيب الأخصائي ، حيث أن هذا الأخير يفترض فيه بذل جهد أكبر في عنايته بمريضه ، وغالبا ما يتشدد القضاء في تقدير الخطأ المنسوب إليه ، كونه مطالب بدقة التشخيص وعدم الإهمال وتوفير أكبر عناية في معالجة مريضه تتفق ومستواه المهني .

و أضيفت إلى الظروف الداخلية إلى جانب مستوى الطبيب وتخصصه ، الحالة الاجتماعية و الصحية والنفسية للطبيب ، وكذا سنه وجنسه. ² ويرى البعض أن هذه الظروف التي تمت إضافتها (السن ،الجنس...)

¹ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 159 .
² - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 160 .

هي ظروف شخصية محضة لا يجوز قياسها بالمستوى المهني الذي يبلغه الطبيب لأنه يرتبط إرتباطا وثيقا بمهنته، وعلى المستوى وحده يستند المرضى في لجوءهم للطبيب.¹

وتعتبر من الظروف الداخلية الظروف الظاهرة، والتي يكون المستوى المهني للطبيب فيها ظاهرا ومعروفا للناس، مما يجعلهم يثقون كل الثقة بأن الطبيب سيبدل إلتجاههم جهودا صادقة وقدرًا كافيًا من العناية على قدر يتفق مع مستواه المهني الظاهر والمعروف عنه، وعلى أساس ذلك تقاس واجبات الطبيب الناشئ بمسلك طبيب ناشئ مثله، وواجبات الطبيب غير الإختصاصي بسلوك زميله غير الأخصائي، وواجبات الطبيب الإختصاصي بسلوك نظيره الإختصاصي، والتزامات أستاذ الطب بسلوك أستاذ الطب من صنفه وهكذا.²

وعليه فإنه متى بذل الطبيب في تدخله الطبي العناية التي يبذلها طبيب وسط من مستواه وفي الظروف الخارجية نفسها، يكون بذلك قد رعى الظروف الداخلية المحيطة بتدخله وأذى العناية الواجبة منه. سواء شفي المريض أو لم يشفى.

وقضت محكمة لياج الفرنسية بأن الطبيب غير ملزم بأن يبذل من العناية للمريض إلا بقدر طاقته بالنظر إلى مؤهلاته الطبيعية والثقافية وتجاربه الشخصية.³

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في مسألة الغلط في التقدير " بأنه لا يمثل بذاته خطأ، إلا إذا لم يبذل الطبيب الممارس العناية اللازمة لطبيب ممارس وسط من نفس تخصصه، مع الأخذ في الإعتبار حال بذله لتلك العناية المعطيات العلمية المكتسبة منها و الحالة.⁴

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في تحديد التزامات الطبيب ومدى العناية الواجب عليه بذلها إلتجاه مريضه، بأن يكون بمقارنة مسلك طبيب عادي إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة، أو بمقارنة مسلك طبيب مختص مثله إذا وجد في مثل هذه الظروف، لأن المختص أو الأخصائي محل ثقة خاصة...⁵

¹ - محمد حسن قاسم، اثبات الخطأ في المجال الطبي، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازرطية-الاسكندرية - مصر، 2006، ص 211-212.

² - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 222.

³ - قرار محكمة لياج الفرنسية 30 الصادر بتاريخ 1890/07، أشار إليه؛ طلال عجاج، المرجع السابق، الهامش 02، ص 219.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1984/02/27، أشار إليه؛ طلال عجاج، المرجع السابق، ص 224.

⁵ - مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية 2-591-66، أشار إليها؛ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائي، المرجع السابق، ص 155.

و قضت محكمة إستئناف مصر كذلك بشأن التشديد على الطبيب المختص ، " بأن الطبيب المولد يكون مسئولاً عن إستعماله العنف في جذب الجنين رغم كبر حجم رأسه وضيق الحوض ، استناداً إلى أنه يستبعد على طبيب متمرن مختص بالولادة جذب الرأس حتى يفصل عن العنق ، رغم أنه من الجائز أن يحصل ذلك من طبيب غير أخصائي يعالج كل الأمراض " ¹.

و خلاصة القول أنه في الالتزام ببذل عناية في العمل الطبي ، وفي تحديد مدى العناية الواجب على الطبيب بذلها ، لا بد من مراعاة ضابط أو عامل الظروف الداخلية المحيطة بالتدخل الطبي والمتعلقة بالطبيب ، وذلك بمقارنتها بعناية طبيب مثله يتمتع بالظروف الداخلية نفسها ، من مستوى مهني و الحالة الاجتماعية و الصحية وغيرها . وكلما كانت العناية التي بذلها الطبيب هي العناية نفسها التي يبذلها طبيب آخر من مستواه المهني ، أعتبر قد أدى العناية المطلوبة منه ولو لم يشفى المريض ، لأن تحقيق نتيجة الشفاء ليست بيد الطبيب بل قد تتحكم فيها عوامل أخرى لا تخضع لسלטانه . كضعف مناعة جسم المريض و درجة تحمله للعلاج وغيرها .

وإذا علا ما فعله الطبيب المعالج على ما سيفعله طبيب من طائفته متوسط الصفات أعتبر ذلك العلو غنماً ، وإذا نزل عنه كان نزوله غرماً ².

البند الثاني

مراعاة الظروف الخارجية

إلى جانب الظروف الداخلية هناك ظروف خارجية هي الأخرى لا تقل أهمية في تحديد مدى العناية الواجب على الطبيب بذلها في سبيل علاج مريضه ، وتتعلق الظروف الخارجية بالمكان والزمان و الإمكانيات المتاحة ساعة مباشرة التدخل الطبي ، أي الظروف التي يوجد فيها الطبيب و يباشر من خلالها تدخله الطبي وهي الظروف التي تستقل عن شخصية الطبيب ، كوجوب التدخل وأداء العمل بسرعة معينة ، أو كون التدخل أو

¹ - إستئناف مصر الصادر بتاريخ 1936/01/2 أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 231 .
² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، المرجع السابق ، ص 52 .

العمل بعيدا عن المستشفيات والأدوات العلاجية اللازمة ، وكذا معونة الزملاء والمرضى ، وغيرها من ظروف الزمان والمكان التي تؤثر في كيفية أداء الطبيب لعمله .¹

فالتبيب الذي يستدعى للتدخل في مكان لا يتوافر فيه ما يلزم من معدات وأدوات ووسائل علاجية، كما لو استدعى لإنقاذ مريض مسافر معه في قطار أو سيارة.² أو إستدعاء طبيب ريفي بإمكانياته المحدودة ، فالعناية الواجبة على الطبيبين في هذه الحالة ليست هي العناية نفسها الواجبة على طبيب يعمل في مستشفى تخصصي أو جامعي .³ حيث تتوفر الآلات والمخترعات ووسائل العلاج المتطورة للتحليل والأشعة والمخبرات. ويراعى كذلك في العناية الواجبة عنصر السرعة والإستعجال كأن تكون حالة المريض في درجة من الخطورة تقتضي إجراء تدخل جراحي فوري في مكان وجوده دون إنتظار نقله إلى مستشفى أو عيادة .⁴

وقضت محكمة ليون الفرنسية بأن المريض الذي يتوجه إلى طبيب عجوز طاعن في السن يمارس مهنته في قرية نائية بعيدة عن الحضر منذ فترة طويلة ، وهو بعيد عن التطورات العلمية الحديثة التي توصل إليها علم الطب، فلا يحق للمريض أن يجد في هذا الطبيب عناية ذلك الطبيب المسير لتطورات الطب ونتائجه الحديثة، كما لا يمكن أن يلومه على إستعمال الأدوات والوسائل القديمة التي إستعملها في تدخله العلاجي .⁵

وقضت محكمة Besanoon الفرنسية كذلك في قرار له طابع إستثنائي ، قضت فيه " بعدم مسؤولية طبيب ترك قطعة شاش في جسم المريضة ، حيث إعتبرت المحكمة الحادث من ظروف العملية ، ولا ضمان على الطبيب .

وجاء القرار هكذا لأن العملية كانت تحمل ظرفا وطابعا خاصا بها ، وبمرور الوقت عدل القضاء الفرنسي عن هذه التفرقة ما بين العمليات الجراحية البسيطة وغير المستعجلة وبين العمليات الجراحية الدقيقة والمستعجلة، وقرر أن " ترك أي جسم غريب في جسد المريض ، يشكل من حيث المبدأ خطأ طبيًا ، وبغض النظر عن حالة الإستعجال ، أو المشاكل الإستثنائية ، أو الظروف المؤثرة التي تجرى فيها العملية الجراحية " .⁶

1 - محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، المرجع السابق ، ص 209 .
2 - مصطفى الجمال ، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، ج الأول المسؤولية الطبية ، ط الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2004 ، ص 104 .
3 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 223 .
4 - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية للطبيب ، المرجع السابق ، ص 232 .
5 - قرار محكمة ليون 17 الصادر بتاريخ 1904/11/ ، أشار إليه ؛ طلال عجاج في المرجع السابق ، ص 223 . وكذلك ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 160 .
6 - أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 197 .

وتوجب التعاليم الطبية على الطبيب بأن " يقوم بإحصاء الأدوات والأشياء التي تستعمل في العملية قبل وبعد إنتهاء العملية الجراحية ، وهو الأمر الذي لا يعذر فيه الطبيب إن ترك شيئاً منها " ¹.

وخلاصة القول أنه في تحديد مدى العناية الواجبة على الطبيب بذلها في علاج مريضه لا بد من مراعاة الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب عند مباشرة تدخله الطبي ، كالمكان والزمان والإمكانات المتاحة ، حيث لا يستوي الأمر في أن يكون العلاج في مستشفى مزود بأحدث الآلات ووسائل العلاج الطبية الأخرى ، وأن يكون في جهة نائية منعزلة حيث لا وجود لمثل هذه الامكانيات ، كما لا يستوي الأمر كذلك في حالة تدهور صحة المريض وخطورة المرض حيث يتطلب المريض السرعة والإستعجال ، وحالة إستقرار صحة المريض وإنتفاء أي خطورة للمرض ، فإذا كانت حالة المريض وصحته متدهورة تشكل درجة من الخطورة ، فإن الأمر يقتضي إجراء التدخل الجراحي وبشكل سريع دون الإنتظار إلى نقله لمستشفى أو عيادة .

إن التزام الطبيب في العمل الطبي هو في الأصل التزام ببذل عناية كما سلف ذكره لا يلتزم فيه الطبيب أمام مريضه في المجرى العادي للأمور ، سوى ببذل عناية يقظة ومتبصرة متفكرة مع القواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة ومسلك ممن في مستواه المهني في الظروف الخارجية نفسها .

وقد إعترفت قوانين المهنة للطبيب بحريته الكاملة في إختيار العلاج ، غير أن هذه الحرية ليست طليقة من أية قيود ، فالقضاء في الواقع يدين إختيار هذا العلاج أو ذاك ، طالما يكشف هذا الإختيار عن جهل مؤكد من جانب الطبيب في واجبه المهني ، أو العلمي ، أو القانوني ².

والطبيب في الإلتزام ببذل عناية لا يسأل عن تحقق نتيجة الشفاء وإنما يسأل عن كل خطأ ثابت ومحقق ، ويعرف الخطأ المهني بأنه : " الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم والأصول الطبية المستقرة " ³ ويعتبر خطأ طبياً " إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة " ⁴ . فيا ترى ما هو المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ ؟ وعلى عاتق من يقع عبء إثباته ؟

سنحاول الإجابة على هذين السؤالين بشكل موجز قبل أن ننهي الحديث عن الإلتزام ببذل عناية كالتزام أصلي في التدخلات الطبية .

1 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 112 .

2 - أشار إليه ؛ منير رضا حنا ، المرجع السابق ، ص 145 .

3 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 12 .

4 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق ، ص 60 .

- معيار الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية : المعيار العام الذي يقاس عليه الخطأ في الالتزام ببذل عناية هو معيار موضوعي قوامه السلوك المألوف للشخص العادي ، وهو الشخص الوسط الذي يمثل سواد الناس ، فهو شخص يقظ ومتبصر ونشط ، ليس بخارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا بمحدود الفطنة حامل المهمة فينزل إلى الحضيض ، وعرف في القانون الروماني برب الأسرة العاقل ، وعلى أساس السلوك المألوف لهذا الشخص يقاس سلوك الشخص المخطئ ، مع ضرورة مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به ، فإذا انحرف سلوكه عن سلوك الشخص أو الرجل العادي أعتبر مخطئاً تثار مسؤوليته¹.

وفي العمل الطبي حتى يتسنى معرفة العناية المطلوب من الطبيب بذلها ، أو بصيغة أخرى المعيار الذي يقاس به مسلك الطبيب و تقدير خطئه ، لا بد من إستعاضة معيار الرجل العادي بمعيار المهني الصالح ، وهو الشخص الوسط واليقظ ممن يمارس المهنة نفسها.² وفي الظروف الخارجية نفسها كذلك ، وهذا ما إتفق عليه جميع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا حول تحديد المعيار العملي المعتمد في ذلك ، هل هو المعيار الشخصي (الواقعي) ؟ أو الموضوعي (المجرد) ؟

1 - المعيار الشخصي (الواقعي) : يستلزم المعيار الشخصي النظر إلى الشخص المتعدي نفسه ، بذل التعدي في ذاته³ . أي النظر إلى الطبيب المخطئ لا إلى الخطأ الطبي المقترف في حد ذاته⁴ . ويقصد به أن يلتزم الشخص بما إعتاد على بذله في عنايته من يقظة وتبصر ، فإذا اتضح أنه كان بإمكانه أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه وتكونت لديه وخزت ضمير تؤنبه على عدم تفاديه أعتبر مخطئاً⁵.

ويرى الفقهاء⁶ من أتباع هذا المعيار (الشخصي) بأنه لا يوجد أحد يلزم نفسه بأن يبذل من العناية أكثر مما تقوى على تحمله طبيعته ، وثقافته ، وخبرته الشخصية . وحسبهم فإن طبيعة الأشخاص ودرجة ثقافتهم وخبرتهم الشخصية في مجال أدائهم لعملهم تختلف من شخص لآخر ، مما ينتج عنه تفاوت في مقدار العناية المبذولة من كل واحد منهم أثناء مباشرتهم لعملهم . وعلى هذا الأساس أخذوا بالمعيار الشخصي لقياس مسلك الطبيب وتقدير خطئه .

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ج الأول ، ص 781 .

2 - محمد رابح ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 154 .

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ج الأول ، ص 779 .

4 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق ، ص 100 .

5 - عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 118 .

6 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 219 .

وقد أخذ القضاء¹ هو الآخر بهذا المعيار في قياس مسلك الطبيب و تقدير خطئه .

وقد لقي هذا المعيار نقدا لاذعا ، حيث أعيب عليه صعوبة التطبيق لأنه يتطلب تتبع حركات وتصرفات كل شخص على حده ، كما أنه يكافئ من إعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره ، كون التقصير من عادته، في حين يعاقب من اعتاد اليقظة على أقل هفواته ، لأن عادته التبصر وحسن التدبير.² وكأنه بذلك يشجع الشخص المقصر على التمادي في التقصير و إرتكاب الأخطاء ، و يترصد للشخص الحريص الجاد اليقظ ليلحق به العقاب على أقل هفوة ينحرف فيها عن سلوكه المعتاد . ونظرا لهذه العيوب أختار الجانب الآخر من الفقه الأخذ بالمعيار الموضوعي (المجرد) .

ب - المعيار الموضوعي (المجرد) : ويقصد بالمعيار الموضوعي (المجرد) مقارنة سلوك الشخص بالسلوك المألوف عند باقي الناس ، فإذا انحرف عنه أعتبر مخطئا ، ويستوي في ذلك أن يكون الانحراف من شخص فطن ذكي ، أو وسط عادي ، أو غبي خامل ، ويصبح بذلك الخطأ واحدا لجميع الناس وبذلك يكون شيئا إجتماعيا لا ظاهرة نفسية ، مما يدفع إلى إستقرار الأوضاع وضبط الروابط القانونية.³ ويعني كل ذلك إلتزام الشخص بالمستوى الذي كان يبذله الشخص المجرد الذي له من اليقظة ما يتطلبه حسن التصرف وحاجات التعامل والمصالح المشتركة بين الناس .⁴ مع ضرورة الأخذ في الإعتبار " وجوب أن يتجرد هذا الشخص من الظروف الذاتية والداخلية والإقتصار على الظروف الخارجية " .⁵

أما إذا تعلق الأمر بالخطأ المهني فإن تقديره يكون بمقارنة سلوك المهني الذي أسند إليه الخطأ و إرتكاب الضرر ، بالسلوك المألوف لشخص وسط يزاول المهنة نفسها ، ومن مستواه نفسه ، وجد في الظروف الخارجية نفسها التي أحاطت بمرتكب الفعل أثناء مباشرته لعمله .⁶

¹ - قرار محكمة لبيج الفرنسية الصادر بتاريخ 1890/07/30 ، السالف الذكر ، والتي قضت فيه بأن " الطبيب غير ملزم بأن يبذل للمريض من

العناية إلا بقدر طاقته ، بالنظر إلى مؤهلاته الطبيعية والثقافية وتجاربه الشخصية " .

² - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 219 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ج الأول ، ص 781 .

⁴ - عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 118 .

⁵ - محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 158 . وكذلك ؛

NOUR-EDDIN TERKI, Responsabilite civil et regime generale , les obligations , office des publication universitaires dalger , alger , 1982 , p 37 .

⁶ - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 219 .

وقياسا على ذلك في المجال الطبي ، فإن سلوك الطبيب في عمله الفني يقاس بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه ، وجد في الظروف الخارجية نفسها التي أحاطت به أثناء مباشرته لعمله .¹

وساير القضاء الفرنسي² الفقه في الأخذ بهذا المعيار الذي يستلزم مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بمباشرة التدخل الطبي في قياس مسلك الطبيب و تقدير خطئه .

وبالرغم من أن هذا المعيار قال به جل الفقهاء كونه إعتد في قياس مسلك الطبيب وتقدير خطئه على الصفات العامة التي تتوافر في جميع الاشخاص ، إلا أنه لم يسلم من النقد هو الآخر .

حيث أعيب عليه أنه " أغفل الظروف الداخلية أو البعض منها في تقدير سلوك الطبيب ، بالرغم من أن منها ما له صلة وثيقة بمهنة الطبيب ومركزه فيها ، كالتخصص في فرع من فروعها أو التواجد على رأس مستشفى أو التدريس في الجامعة ... وغيرها من الإعتبارات التي يراعيها المريض في إختياره الطبيب المعالج ، ويبنى عليها أماله الكبيرة في العلاج ، كأن يعلق أماله على أخصائي مشهور علا صيته في الخارج ، فيسافر إليه من أجل إجراء عملية جراحية دقيقة منتظرا منه كفاءة عالية وعناية فائقة ، تتفق وما أوحته إليه شهرة هذا الطبيب، فهل يعقل ويستساغ أن يتذرع هذا الأخصائي في الأخير ليتنصل من مسؤوليته بأنه ليس ملزما بأكثر من عناية الرجل العادي ، بحجة أن مستواه المهني ما هو إلا ظرف داخلي خاص لا يقيم له وزن في تحديد مدى إلتزامه .

وعلى هذا الأساس إنتقد فريق من الشراح هذا المعيار لكونه يقوم على التمييز بين الظروف الخارجية والداخلية ، وإقتروا معيارا آخر يعتمد على التفرقة بين الظروف الظاهرة وغير الظاهرة .ويقضي هذا المعيار بضرورة الأخذ بالظروف الظاهرة في تقدير خطأ الطبيب حتى ولو كان ظرفا شخصيا .

وأساس هذا المعيار يرجع إلى مدى وضوح وظهور الظرف للمريض ، فإذا كان كذلك (واضحا ظاهرا) فيجب مراعاته أثناء التقدير، فالثقة التي يبعثها مساعد الطبيب في النفس ليست هي الثقة التي يبعثها الطبيب (العام أو العادي) والثقة التي يبعثها هذا الأخير في النفس ليست هي الثقة التي يبعثها الطبيب الأخصائي .

¹ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 105 .
² - قرار محكمة ليون الفرنسية الصادر بتاريخ 17 / 11 / 1904 ، السالف الذكر ، والتي قضت فيه بأن المريض الذي يتوجه إلى طبيب عجوز طاعن في السن يمارس مهنته في قرية نائية بعيدة عن الحضر منذ فترة طويلة ، وهو بعيد عن التطورات العلمية الحديثة التي توصل إليها علم الطب فلا يحق للمريض أن يجد في هذا الطبيب عناية ذلك الطبيب المسامر لتطورات الطب ونتائجه الحديثة ، كما لا يمكن أن يلومه على إستعمال الأدوات والوسائل القديمة التي في تدخله العلاجي .

فهذا المعيار يستوجب الإعتداد بالظروف الظاهرة للمريض المضروب سواء تعلقته هذه الظروف بالزمان أو المكان أو تعلقته بصفة أو مكانة خاصة بالمسؤول .

لم ينجح هذا المعيار ولم تشفع له تعديلاته التي جاء بها في كبح الإنتقادات الموجهة له بل طال الإنتقاد التعديلات نفسها ، حيث أعيب عليه أنه يخلط بين تقدير سلوك الطبيب مرتكب الفعل وسلوك المريض المضروب . فالبحت هنا يتعلق بمعرفة سلوك الشخص مرتكب الفعل إن كان وافق سلوك الشخص المعتاد أو انحراف عنه ، ولا دخل هنا لأمر الشخص إن كان ظاهرا للمضروب أم غير ظاهر ، ومسألة الظهور مسألة خاصة بالحكم على المضروب وما إذا كان في إمكانه تجنب الضرر أم لا ¹ .

وأمام كل هذه الإنتقادات الموجهة للمعيار الشخصي والمعيار الموضوعي وتعديلاته ، لجأ الفقه إلى إعتناق المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيارين السابقين كأساس لقياس مسلك الطبيب وتقدير خطئه .

ج - المعيار المختلط : نظرا للإنتقادات الكثيرة التي وجهت للمعيارين السابقين - الشخصي والموضوعي - لجأ رأي من الفقه إلى إعتناق المعيار المختلط كأساس لتقدير الخطأ الطبي ² . فالمعيار المختلط جمع ووافق بين المعيارين في تقدير خطأ الطبيب .

وأعتمد أنصاره في تأسيسهم له على ثلاثة إعتبارات ، إعتبار علمي ، نظري ، قانوني . فالإعتبار العلمي يتلخص فيما يلاقيه الباحثون والقضاة من صعوبات في التمييز ما بين الأخطاء الجسيمة والأخطاء اليسيرة ، أما الإعتبار النظري فيتجسد في حماية المريض من الأخطار الجسيمة التي تحدثها الوسائل الطبية المتطورة ، أما الإعتبار القانوني فإنه يراعي ضرورة إلتزام الطبيب بقواعد مهنته من جهة وبقواعد الحيطة والحذر واليقظة العامة من جهة أخرى ³ .

ويستلزم هذا المعيار ضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي أثناء تقدير خطأ الطبيب مع مراعاة بعض الملابسات والظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب وكذا ظروف الزمان والمكان وكل هذا قد يؤثر حتما في

¹ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 107-108 .
² - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 165 . وكذلك ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 109 .
³ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 165-166 .

سلوكه، وأن يقاس سلوكه بما كان يفعله طبيب يقظ وجد في ذات الظروف، كما يقدر خطأ الطبيب وفقا لكفاءته والوسائل التي يستعملها في أداء عمله وبذلك يساير التطورات الاجتماعية والتطور العلمي.¹

إن معيار الخطأ الطبي في الأساس معيار موضوعي لأنه عند تحديد مدى التزام الطبيب بالقواعد والأصول الطبية . يتم الرجوع إلى ما يلتزمه طبيب وسط من نفس فئته ومستواه، وما إذا كان طبيبا عاما يعالج مختلف الأمراض أم أخصائيا يختص بمعالجة نوع واحد أو أنواع محصورة منها، أم طبيبا عالما يرجع إليه في الحالات المستعصية؟ فلكل واحد من هؤلاء مكانته، ولكل مستواه المهني، ولكل أجزائه، وبالتالي لكل معياره الفني.² ومقارنة مسلك الطبيب بمسلك طبيب من مستواه المهني في تقدير الخطأ لا يخل بالمعيار الموضوعي.³

وقد أخذ القضاء بهذا المعيار فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية، في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته عمله ".⁴ و قضت كذلك في حكم آخر لها بمساءلة الطبيب " عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ".⁵

و خلاصة القول حول معيار تحديد الخطأ الطبي، تدفعنا إلى القول بأنه بالرغم مما أعتمده كل من المعيارين (الشخصي والموضوعي) من كفاءات وطرق وأساليب لقياس مسلك الطبيب وتقدير خطئه فيبقى المعيار المختلط هو الأنسب في نظرنا لذلك، لأنه أخذ بإيجابيات كل من المعيارين الشخصي والموضوعي وتجاوز في الوقت نفسه الإنتقادات الموجهة لكليهما .

أما الشريعة الإسلامية فكانت السبابة إلى وضع معيار لقياس مسلك الطبيب وتقدير خطئه (تعديه)، غير أن فقهاءها لم يسموه ولم ينصوا عليه بشكل صريح كمعيار للتعدي، بل تعرضوا لفكرته بعبارات ذات مضمون واحد يفهم منها ضمنا ملامح المعيار الذي يقاس به سلوك الطبيب كقولهم: تجاوز الحد المعلوم في الطب، فعل غير المعتاد، خلاف العادة، الخروج عن الرسم المعتاد... الخ⁶ ويرى فقهاء الشريعة أنه يجب على الطبيب أن يكون عالما بقواعد فن الطب وفق الرسم المعتاد وموافقا للقواعد التي يتبعها أهل الطب في مهنة

1 - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 109.
2 - مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة "، المرجع السابق، ص 212.
3 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 212.
4 - نقض مدني الصادر بتاريخ 1922/03/22. أشار إليه؛ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 212.
5 - نقض مدني الصادر بتاريخ 1971/12/21، أشار إليه؛ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 212.
6 - أشار إليه؛ رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق، ص 926. وكذلك؛ مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق، ص 111.

التطبيب ، ولذا فإن فعل المعالج ما لا يفعله مثله ممن أراد العلاج و الصلاح كان ضامنا لما نتج عن ذلك من سرية إن كان المريض لا يعلم بجهله ¹ . ويقول الإمام الشافعي رحمه الله " أمره الرجل أن يحجمه أو أن يختن غلامه أو أن يبطر دابته فتلفوا من فعله ، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه ، وإن كان فعل ما لا يفعله مثله ممن أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن " ويرى بعض الفقهاء أن هذه العبارة تصلح لأن تكون أساسا لمعيار الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي ² .

وإذا كان قياس مسلك الطبيب وخطئه في الالتزام ببذل عناية يقوم على أساس موضوعي فعلى من يقع عبء إثباته (الخطأ) ؟.

إثبات الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية : قال فقهاء القانون في شأن الإثبات بأن : " الإثبات يجبي الحق ويجعله مفيدا " ³ .

ويعرف الإثبات بأنه : " إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يترتب آثاره " ⁴

ويقع الإثبات على عاتق المدعي حسب القاعدة العامة القائلة بأن " البينة على المدعي " وهذا ما تؤكدته المادة 323 من ق م ج بقولها " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " . و تقابلها المادة 1315 ⁵ في ق م ف و المادة ⁶1 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري .

وعملا بالقواعد العامة في دعوى المسؤولية فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض كمدعي ، بأن يثبت خطأ الطبيب أو إهماله أو تقصيره .

وبالنظر إلى طبيعة المسؤولية المدنية الطبية فهي نوعان ، عقدية و تقصيرية ، ففي الأولى يقع على عاتق المريض إثبات وجود الرباط العقدي بينه وبين الطبيب ، ولا يدفعها الأخير إلا بإثبات تنفيذ التزامه العقدي أو السبب الأجنبي ، وفي الثانية (المسؤولية التقصيرية) يقع الإثبات على عاتق المريض بإثبات خطأ الطبيب أثناء

1 - أشار إليه ؛ رأفت محمد أحمد حماد ، المرجع السابق ، ص 926

2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق ، ص 113 .

3 - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 282 .

4 - أشار إليه ؛ كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 128 .

5 - تنص المادة 1315 من ق م ف على انه : "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

6 - تنص المادة 01 من القانون رقم 68-25 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الصادر في 30 ماي 1968 ، الجريدة الرسمية عدد 22 . المعدل والمتمم . على أنه : " على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

المعالجة وأنه لم يبذل العناية الواجبة في تنفيذ إلتزامه ، ولم يعد الفقه الحديث يأخذ بهذه النظرة فقد تجاوزها، لأنها مهما كانت طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية فهي لا تؤثر في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات بالقدر الذي تؤثره طبيعة الإلتزام الذي أحل به الطبيب . حيث أنه من المعلوم بوجه عام أن كيفية إثبات الخطأ تتوقف على تحديد مضمون الإلتزام ما إذا كان إلتزام بتحقيق نتيجة أو إلتزاما ببذل عناية ، ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يكون الخطأ مفترضا بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة وعلى المدين إثبات السبب الأجنبي للتخلص منها ، أما إذا تعلق الأمر بالتزام ببذل عناية فعلى الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير أو الإهمال في بذل العناية اللازمة .¹

عبء الإثبات في الإلتزام ببذل عناية يقع على عاتق المريض ، حيث أن الغالب في إلتزام الطبيب

هو الإلتزام ببذل عناية وهو الأصل ، و مضمون هذا الإلتزام أن يبذل الطبيب العناية الواجبة عليه من أجل شفاء مريضه . فإنه يقع على المريض عبء إثبات الخطأ الطبي .² ولا يختلف في ذلك ما إذا كان إرتباط الطبيب بمريضه ناتج عن عقد علاجي ، أو عن طريق تأدية العلاج بمقتضى اللوائح ، إذ على المريض أن يثبت بأن الطبيب لم ينفذ إلتزامه ببذل العناية المطلوبة منه وذلك بإقامة الدليل على إهماله أو إنحرافه عن قواعد الفن الطبي وأصوله المستقرة.³ " والإهمال .مسألة مادية يتعين على الدائن المريض إقامة الدليل على هذا الإهمال بطرق الإثبات كافة بما في ذلك القرائن التي توفر قدرا كافيا من الترجيح والإحتمال في ثبوت الخطأ من جانب الطبيب المدعى عليه " .⁴

إن إخلال الطبيب بإلتزامه أو خطئه غالبا ما يتعلق بالقواعد المهنية أو الفنية أو الخلقية ، فوسيلة الإثبات الغالبة في شأنه تتمثل في تقارير الخبرة ، وعادة ما يقدم المضرور تقارير فنية تؤكد ما ينسبه للطبيب من وقائع تمثل وقوعه في خطأ ، وللقاضى سلطة التحقق من هذه الوقائع ومدى إنطباق وصف الخطأ أو الإخلال أو الإهمال عليها ، وقد يستعين القاضي بخبرة محايدة يندبها لهذا الغرض.⁵ وللقاضى حسب تقديره دائما الأخذ بما إقتنع به به من التقارير المقدمة وطرح ما لم يقتنع به منها جانبا

1 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 229 - 230 .
2 - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 284 .
3 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 551-552 .
4 - أشار إليه ؛ أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 221 .
5 - مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص 108 .

والقضاء هو الآخر ذهب إلى أن عبء الإثبات في الإلتزام ببذل عناية يقع على المريض الذي يدعي وقوع الخطأ ، ففي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في قضية مرسية " بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام ، سوى الإلتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة ، وإذا أدعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ هذا الإلتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك " ¹ .
وفي حكم آخر لها قضت ذات المحكمة بأنه " لما كان العقد الطبي لا يولد التزاما بتحقيق غاية إنما فقط التزاما ببذل عناية فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب " ² .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان التزام الطبيب ببذل عناية ، فإنه يكفي المريض إثبات واقعة ترجح إهمال الطبيب ³ .

وهكذا فقد أجمع غالبية الفقه والقضاء على أن عبء الإثبات في الإلتزام ببذل عناية يقع على عاتق المريض وما على هذا الأخير سوى أن يثبت خطأ الطبيب الناتج عن إنحراف أو إخلال أو إهمال أو تقصير و أن الضرر الذي لحق به كان بسبب خطأ الطبيب .

أما في الشريعة الإسلامية فقد سبقت القانون الوضعي في إرساء أصول وقواعد الإثبات ، والإثبات عند فقهاء الشريعة يقع على عاتق المدعي ، عملا بقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وهذه القاعدة مقررة في الفقه الإسلامي إستنبطها فقهاء الشريعة من مشكاة السنة الشريفة ، من قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " ⁴ . فالبينة على مدعي الحق واليمين على المدعى عليه ناكرا الحق .

والمدعي هو من يرفع الدعوى على الغير لمطالبته بحق معين ، وسواء كان ذلك المريض أو الطبيب فهو مدعي في دعواه هذه وعليه يقع عبء إثبات ما يدعيه ، وليس من الضروري أن يكون المدعي هو من يرفع

¹ - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 20 ماي 1936 أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 552 .

² - نقض فرنسي صادر بتاريخ : 13 جويلية 1949 أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 233 . وكذلك ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " ، دراسة تأصيلية مقارنة " المرجع السابق ، ص 553 .

³ - نقض مصري أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 234 .

⁴ - أخرجه الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري . المرجع السابق ، تحت رقم 1711 ، ص 1336 . وكذلك ؛ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المرجع السابق ، تحت رقم 4552 ، ص 843 .

الدعوى دائما ، فقد يدفعها (الدعوى) المدعى عليه بدفع صحيح فيصبح مدعيا في هذا الدفع ويقع عليه عبء الإثبات ، لذلك يمكن القول أن عبء الإثبات يقع على المدعي في دعواه والمدعى عليه في الدفع.¹

المبحث الثاني

التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض

إذا كان التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية نظرا لأن نتيجة التدخل الطبي تسيطر عليها فكرة الإحتمال التي تتحكم فيها عدة عوامل لا سلطان للطبيب عليها كما سبق القول .

إلا أنه بفضل التطور العلمي الهائل الذي شهدته العلوم الطبية من نظريات وأساليب علاجية وكذا دخول الأجهزة والمعدات التكنولوجية المتطورة مجال الخدمة الطبية ، والتي بفضلها تم الوصول إلى نتائج مؤكدة في بعض التدخلات الطبية وزالت فكرة الإحتمال فيها وباتت تقنياً بيد الطبيب ، فأصبح الطبيب وما يستعمله من أجهزة ومعدات في تدخله الطبي ملزم بتحقيق نتيجة من جهة ، وسلامة المريض من أي تهديد لسلامته البدنية من جهة أخرى.

وبذلك خرجت هذه التدخلات الطبية التي أصبح إلتزام الطبيب فيها التزام بتحقيق نتيجة عن الأصل العام لإلتزام الطبيب (الإلتزام ببذل عناية) لإمكانية التنبؤ بنتائجها و زوال عنصر الإحتمال فيها من جهة ، ولحماية المريض من أخطار ما يستعمله الطبيب من أجهزة ومعدات في علاجه من جهة أخرى.

ويبقى إلتزام الطبيب في تدخلاته الطبية التزاما عاما ببذل عناية ، إلا في بعض الحالات الإستثنائية من التدخلات الطبية التي يتكفل التطور العلمي الطبي بتحديددها بإماطة فكرة الإحتمال عنها ، يكون إلتزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة وسلامة المريض .

فما هو الإلتزام بتحقيق نتيجة ؟ والإلتزام بسلامة المريض ؟ وما هي الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ؟ والحالات التي يلتزم فيها بسلامة المريض ؟

¹ - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 129 .

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات قدر الإمكان في المطلبين التاليين :

المطلب الاول

التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

إذ كان إلتزام الطبيب إتجاه مريضه في الإلتزام ببذل عناية يتوقف على مجرد بذل الطبيب قدر من العناية الواجبة في سبيل شفاؤه ، ومتى بذل هذا القدر من العناية يعد قد نفذ التزامه بغض النظر عن تحقق نتيجة الشفاء من عدمها ، فإن الأمر ليس كذلك في التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ، إذ في حالات عديدة يلتزم الطبيب فيها أمام مريضه بتحقيق نتيجة ، أي النتيجة التي كان من أجلها تدخله الطبي .

إن هذا الإلتزام (الإلتزام بتحقيق نتيجة) هو إستثناء يرد على الأصل العام لإلتزام الطبيب وهو الإلتزام ببذل عناية ، و الحالات المستثناة من الأصل لا يمكن حصرها بشكل نهائي نظرا للتطور العلمي المستمر في مجال العلوم الطبية، ولتوضيح أكثر يتعين علينا التطرق إلى مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة أولا وإلى بعض الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ثانيا في الفرعين المواليين :

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة

خلافا للإلتزام ببذل عناية الذي لا يمكن تصوره إلا في الإلتزامات التي يكون محلها عملا معيناً ، والذي لا يلتزم فيه المدين سوى ببذل قدر من العناية الواجبة ومتى بذل هذا القدر من العناية يعد قد نفذ إلتزامه بغض النظر عن تحقق النتيجة المرجوة من الدائن أو عدم تحققها .

فإن الإلتزام بتحقيق نتيجة مجاله أوسع حيث يمكن تصوره في الإلتزام بنقل حق عيني أو الإلتزام بعمل معين أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل معين كل هذه الإلتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة وتنفيذها لا يكون إلا

بتحقيق هذه الغاية.¹ وبذلك فإن إلتزامات المدين في الإلتزام بتحقيق نتيجة هي أكثر بكثير من إلتزامات المدين في الإلتزام ببذل عناية حيث يلتزم المدين بتحقيق نتيجة محددة ومعينة . كأن يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري أو عمل شيء كبناء مدرسة أو مستشفى أو إمتناع عن عمل كإلتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر وفي هذه الحالة يشترط أن يكون الأداء ماليا (يمكن تقديره بالمال) وإلا أصبح الأمر واجبا قانونيا مثل تأدية الخدمة العسكرية ورعاية الأطفال.²

فالإلتزام بتحقيق نتيجة تنفيذه متوقف على مدى تحقق النتيجة المعينة والمحددة التي وعد بها المدين، ومنه يتضح أن مضمون الإلتزام يظهر في النتيجة نفسها .

وبالتالي يمكن القول أن الإلتزام بتحقيق نتيجة ما هو إلا تحقيقا للنتيجة التي وعد بها المدين . وإذا تخلف تحقق النتيجة المتفق عليها بين الدائن والمدين اعتبر المدين بأنه لم ينفذ إلتزامه وتقام مسؤوليته على ذلك .

ويستمد الإلتزام بتحقيق نتيجة سنده القانوني من قواعد القانون المدني ، فتتص المادة 176 من ق م ج على أنه " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه " . وتقابلها المادة 215³ من ق م م والمادة 1147⁴ من ق م ف .

وحتى يتسنى لنا الوقوف على مفهوم الإلتزام بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي لابد من الوقوف أولا على تعريف الإلتزام بتحقيق نتيجة بشكل عام ثم تحديد مضمونه في العمل الطبي بشكل خاص ، وذلك في البندين الآتيين :

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ج الأول ، ص 656-657 .

² - أشار إليه ؛ لاشين محمد الغاياتي ، المرجع السابق ، ص 8 .

³ - تتص المادة 215 من ق م م على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض لعدم الوفاء بالإلتزامه ، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الإلتزامه " .

⁴-Article 1147 du code civil français stipule que : "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."

البند الأول

تعريف الالتزام بتحقيق نتيجة

يعرف الإلتزام بتحقيق نتيجة بأنه : " الإلتزام الذي يجب على المدين فيه أن يحقق نتيجة معينة، فمضمون الأداء الذي يلتزم به المدين هو بذاته الغاية أو الهدف الذي يسعى إليه الدائن " ¹.

وعرف كذلك بأنه : " ذلك الإلتزام الذي يحدث فيه التطابق والإلتحام بين مضمون إلتزام المدين وهدف الدائن الذي يرمي إلى تحقيقه " ².

وعرف كذلك بأنه : " ذلك الإلتزام الذي يكون فيه المدين ملزماً بتحقيق نتيجة معينة بغض النظر عن الوسائل التي تؤدي إلى هذه النتيجة " ³.

البند الثاني

مضمون الالتزام بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي

إذا كان مضمون الإلتزام بتحقيق نتيجة بصفة عامة يكمن في تحقيق النتيجة المعينة التي توعد المدين بتحقيقها ، فإنه قياساً على ذلك فإن الإلتزام بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي مؤداه " أن الطبيب ملزم بتحقيق تلك النتيجة التي من أجلها كان تدخله الطبي وإلا أعتبر مسؤولاً عن مجرد عدم تحقيقها ، إذ هو ليس ملزم فقط ببذل العناية اللازمة وإنما بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في نجاح ذلك التدخل و نجاحته " ⁴ ولا يمكن تصور هذا إلا في الأعمال الطبية التي تلاشت فيها فكرة الإحتمال .

ولا يعني البتة أن إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في العمل الطبي هو التزام بشفاء المريض ، فقد يكون التدخل الطبي موفقاً ومحققاً للنتيجة التي تم من أجلها التدخل ، إلا أن الصحة العامة للمريض تبقى متدهورة كون نتيجة الشفاء لا تتوقف على هذا التدخل وحده .

¹ - أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية - مصر ، 2006 ، ص 22 .

² - أشار إليه ؛ رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 29 .

³ - أشار إليه ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، 69 .

⁴ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 132 .

ومثال ذلك كأن يقوم طبيب بنقل دم لمريض وينجح في تحقيق ذلك بأن نقل له دما سليما بجميع مواصفاته الطبية ، لكنه غير ملزم بشفاء المريض بمجرد نقل الدم ، كون الحالة الصحية للمريض ليست كلها متوقفة على مجرد كمية معينة من الدم السليم .¹

وقد إنقسمت الآراء² في فرنسا حول أساس تأصيل إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة إلى ثلاثة إتجاهات .

فذهب الإتجاه الأول إلى أن تأصيل الإلتزام بتحقيق نتيجة يقوم على أساس الإحتمالات غير الكافية والخطيرة ، وطبيعة تفويت الفرصة ، في حين ذهب الإتجاه الثاني إلى أنه قام على أساس تطور الأحكام القضائية المتعلقة بواجب الإعلام الملقى على عاتق الطبيب ، أما الإتجاه الثالث فتركه على أساس ضرورة تأكيد الإلتزام بتحقيق نتيجة .

ونخلص مما سبق أن إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في العمل الطبي لا يعني شفاء المريض ، بل بالأحرى يعرضه لأي أدى من جراء ما يقدمه من أدوية وما يستعمله من أدوات وأجهزة مما يجعله يفشل في الوصول إلى النتيجة المحددة التي تدخل من أجل تحقيقها ، وذلك في التدخلات أو الفروع الطبية التي تجاوزت مرحلة التجربة وتلاشت فيها فكرة الإحتمال وأصبحت نتائجها يقينية . وستعرض لبعض هذه الأعمال أو الحالات التي يلتزم فيها الطبيب التزام بتحقيق نتيجة كإستثناء من الأصل في الفرع الآتي .

الفرع الثاني

حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في تدخلاته الطبية

إن الحالات المشمولة بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي ، هي تلك الحالات من الأعمال أو التدخلات الطبية التي أصبح فيها التدخل الطبي مؤكداً النتائج وبات نجاحه وتحقيقه بيد الطبيب ، وهذه الأعمال تتعدد طبائعها ، منها ما هو ذو طبيعة أخلاقية وإنسانية ، ومنها ما هو ذو طبيعة فنية ومنها ما هو ذو طبيعة تقنية، وستتطرق لهذه الحالات كل منها على حده في البنود الثلاثة الآتية :

¹ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 362 .
² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 131-132 .

البند الأول

الحالات ذات الطابع الاخلاقي والإنساني

يندرج تحت الحالات ذات الطابع الاخلاقي والإنساني والذي يلتزم فيه الطبيب بتحقيق نتيجة واجب إعلام المريض بطبيعة ونتائج العمل الطبي المزمع إجراؤه ، وضرورة حفظ السر المهني للمريض ومتابعة علاجه وستتناولها بشكل منفصل في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى

إعلام المريض

مما لاشك فيه أن الطبيب والمريض لا يستويان في العلم والمعرفة التي تخص التدخل الطبي ، فالطبيب له به دراية كبيرة كونه مجال تخصصه وعمله ، في حين أن المريض يجمله وهمه الوحيد الشفاء من مرضه واضعا بذلك كامل ثقته في الطبيب ، وعلى الطبيب إحترام حق المريض في سلامة جسمه وهنا تتجلى الإنسانية الطبية حيث على الطبيب أن يحيط مريضه الذي وثق فيه بكامل المعلومات التي تخص التدخل الطبي .

وإلتزام الطبيب بإعلام المريض يكون قبل التعاقد وبعده ، فقبل التعاقد يلتزم الطبيب بأن يدلي للمريض بالمعلومات والبيانات المتعلقة بحالته المرضية حتى يكون رضاه على العلاج صحيحا وسليما .

وعرف بعض الفقهاء الإعلام قبل التعاقد بأنه : " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ماء ، أو عنصر ما ، من عناصر التعاقد المزمع ، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد " ¹.

فالإعلام قبل التعاقد يتعلق بإبرام العقد الطبي ووجود الرضاء الحر الواعي بنوعية العلاج وطريقته بصفة عامة كأحد أركان العقد . أما الإعلام بعد التعاقد فيلتزم الطبيب بتبصير المريض أثناء سريان العقد وبداية العلاج وذلك بإعطائه معلومات خاصة بصدد كل علاج أو تدخل طبي ينفذ عليه في جميع مراحل العلاج خطوة بخطوة ، بإعلامه و تبصيره بمزايا وخطورة كل علاج أو تدخل طبي حتى يحصل على تصريح منه

¹ - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 173 .

بذلك.¹ ولذلك يقول البعض بأن الإلتزام بالإعلام الواقع على عاتق الطبيب ، هو واجب تحذير وليس واجب إقناع.²

ويرجع البعض أساس الإلتزام بالتبصير إلى أنه إلتزام تبعي يسمح بتنفيذ الإلتزامات القانونية الأصلية على أحسن وجه ، ويرجعه البعض الأخر من الفقه إلى واجب التعاون والمشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد و إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.³ ويعد التبصير في عقود المهنيين بصفة عامة وسيلة لإقامة التوازن بين طرفي العقد أي بين من يعلم ومن لا يعلم.⁴

إن الإعلام قبل التعاقد والذي على أساسه يتكون رضا المريض بالعلاج كركن من أركان العقد الطبي، قد تم التطرق إليه سابقا بنوع من التفصيل في كلامنا عن أساس مشروعية العمل الطبي وشروط مباشرته. وتفاديا للتكرار سنكتفي بما تمت الإشارة إليه سلفا ونقتصر في حديثنا هنا عن الإعلام بعد التعاقد.

إن الإعلام بعد التعاقد (إعلام المريض وتبصيره) هو إمتداد للإعلام قبل التعاقد (رضا المريض)، حيث لا يكفي رضا المريض الأولي بالعمل الطبي ، بأن يمارس عليه أي نوع من أنواع العلاج أو أي تدخل طبي دون أن يبصر بنتائجه ومخاطره ، حيث للمريض الحق في إختيار وتحديد نوع العلاج . كما أن موافقة المريض على نوع العلاج أو طريقتة لا تعني البتة قبوله ورضاه على المخاطر الناتجة عن إهمال الطبيب ، إذ يبقى الأخير مسؤول عن إهماله.⁵

ويقصد بالرضا المتبصر بوجه عام : " أن يكون المريض عالما بحالته المرضية وبنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له ، وما تنطوي عليه هذه الأعمال من نتائج ومخاطر " .⁶

¹ - علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، 1992 ، ص 10 - 14 .

² - NATHALIE ALBERT , obligation d'information medicale et responsabilite, revue française de droit administratif ; no2mars-avril , D , paris , france , 2003,p355.

³ - أشار إليه ؛ علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 14 .
⁴ - أكرم محمود حسين و زينة غانم العبيدي ، تبصير المريض في العقد الطبي ، مجلة الرافدين للحقوق ، م 8 ، العدد 30 ، 2006 ، ص 2 .

⁵ - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 128 .

⁶ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 133 .

وعرفته (الإعلام) الأستاذة جاكلين باز بأنه : " الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب إتخاذها في حالة المريض ، ومن أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه ، وقررت بأن الطبيب يقع في الخطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح " ¹.

ويجد الإلتزام بالإعلام مصدره إضافة إلى العقد ، في القانون حيث نصت التشريعات الصحية على ضرورة التزام الطبيب بإعلام وتبصير مريضه وسنشير لبعض هذه النصوص التشريعية لاحقا .

وبذلك فإن إرجاع مصدر الإلتزام بالإعلام إلى العقد الطبي وحده يعتبر أمرا مبالغ فيه ، لأن الإلتزام بالإعلام التزم قانوني مهني تفرضه قوانين وقواعد المهنة وهو بذلك يتجاوز حدود العقد ² . وبالتالي فإن الطبيب يلتزم بإعلام المريض وتبصيره أيا كان الإطار الذي يباشر من خلاله مهنته ، سواء في إطار الممارسة الحرة والتي تحكمها العلاقة العقدية أو في إطار المستشفى العام الذي تحكمه العلاقة التنظيمية أو ألائحية .

و الإلتزام بالإعلام يلزم العلاقة الطبية في جميع مراحلها المختلفة بداية من الفحص والتشخيص مروراً بالعلاج وصولاً إلى المرحلة اللاحقة للعلاج ، ففي التشخيص ومع تطور أدواته وأسالبيه وإزدياد مخاطرها ، فعلى الطبيب إعلام المريض بطريقة التشخيص التي ينوي إخضاعه لها ويعلمه كذلك بمخاطرها . أما في مرحلة العلاج فإن الطبيب بعد التشخيص سيقترح نوعاً من العلاج ، إما علاجاً دوائياً - علاجياً كيميائياً - أو تدخلاً علاجياً جراحياً ، وعلى الطبيب أن يعلم المريض بنوع العلاج المتبع (العلاج الدوائي أو العملية الجراحية) وبالنتائج الإيجابية المنتظر تحقيقها من العلاج المتبع وإعلامه كذلك بمخاطره ، ويعلمه كذلك بتعدد طرق العلاج ويظهر له تفضيله لطريقة على أخرى ، فإن خالف إختيار المريض ما فضله وأختاره الطبيب يتوقف الأخير عن العلاج ، فإذا كان المريض حر في رفض العلاج دون أن يرغم على طريقة من طرقه ، فإن الطبيب هو الآخر غير مجبر على إتباع طريقة علاج يرى أنها غير مجدية ، وفي مرحلة ما بعد العلاج يعلم الطبيب مريضه بنتيجة العلاج أي مدى نجاح أو فشل العلاج أو العملية الجراحية ، وكذلك بالإحتياجات التي يجب على المريض إتخاذها ومراعاتها لتجنب أي تعقيدات مستقبلية ³ .

¹ - أشار إليه ، مراد بن صغير ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض " دراسة مقارنة " ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد خاص ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2008 ، ص 174 .

² - مراد بن صغير ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض " دراسة مقارنة " المرجع السابق ، ص 121 .

³ - كمال فريخة ، المرجع السابق ، ص 80-82 .

و أكد الفقه على ضرورة إلتزام الطبيب بإعلام المريض ، وأن حق المريض في الإعلام يندرج ضمن حقوقه الشخصية ، و يستند في وجوده إلى حقين آخرين ، يتمثل الأول منهما في عدم جواز المساس بجسده ، ويتمثل الحق الثاني في إحترام كرامته الإنسانية .¹

فالقضاء أقر بضرورة إلتزام الطبيب بتبصير المريض حيث قضت محكمة باريس الفرنسية في 11 مارس 1966 " بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية جزئية لمريض دون أن يعلمه مسبقا بأن العملية يعقبها بالضرورة عملية جراحية أخرى أكبر وأشد خطورة ، إذ كان أمام المريض عرض آخر للعلاج من قبل طبيب ثان إقترح عليه إجراء عملية جراحية واحدة " .² وقضى القضاء الفرنسي كذلك بأن الطبيب الذي يجري عمليات طبية دون تبصير المريض وبدون أخذ رضائه يعد مسؤولا عن النتائج الضارة الناتجة عن عمله ولو لم يخطأ .³ كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 15/12/1993 بأنه يجب على الطبيب أن يقدم للمريض معلومات كافية حول مخاطر التدخل الطبي العادية منها دون الإستثنائية ، حتى يتحصل على رضا حر ومستنير وواعي من قبل المريض .⁴ وقضت كذلك بأن الطبيب يتحمل على عاتقه إحاطة مريضه علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية .⁵ وفي قرار هردي المؤرخ في 25/02/1997 ألزم الطبيب بضرورة إعلام المريض كما حمله تنفيذه والقيام به .⁶ وللقضاء الفرنسي أحكام كثيرة في هذا الشأن ، سنكتفي بهذا القدر منها .

وذهب القضاء المصري هو الآخر إلى ضرورة إلتزام الطبيب بإعلام مريضه وأن يكون رضا الأخير حرا سليما خالي من الشوائب والعيوب ، وذلك في نظره لقضية تتلخص وقائعها في أن امرأة كانت تعاني من الآم حادة في رحمها فذهبت برفقة زوجها إلى عيادة طبية وحين وصل دورها في الفحص وجدت طبيب وليس طبية فأبت أن يفحصها الطبيب أو يكشف عنها ، فحلف زوجها اليمين الشرعي ، وأفهمها الطبيب بأنه سيعطيها حقنة فقط ، فقبلت تحت هذا التأثير فأعطاها الطبيب حقنة مخدرة وكشف عليها بمنظار وهي نائمة تحت تأثير المخدر ولما أستفاقت وجدت الدم يسيل من رحمها ، نقلت بسببه إلى المستشفى وظلت فيه زمنا حتى أجريت لها فيه عملية تفرغ الرحم ، فقررت محكمة جنايات الإسكندرية بأنه " إذا كان من المسلم به فقها وقضاء أنه يجوز

¹ - أشار إليه ، محمد حسن قاسم ، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان " دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام " ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية- الإسكندرية - مصر ، 2012 ، ص 36 .

² - حكم محكمة باريس الفرنسية الصادر بتاريخ : 11 مارس 1966 أشار إليه ، كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 144 .
³ - أشار إليه محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق . 1953-653-D.1953-27 oct. Cass.Civ. ص133.

⁴ - أشار إليه محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها . Arret n 1953 inedit . 15 decembre 1993 . Cass.Civ. المرجع السابق ، ص 185 .

⁵ - أشار إليه ؛ كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 143 .
⁶ - نقض فرنسي مؤرخ في 25 فيفري 1977 أشار إليه ؛ حسين طاهري ، المرجع السابق ، ص 75 .

للطبيب في قيامه بوظيفته المرخص له بها ، وفي سبيل المحافظة على صحة الناس إتخاذ ما يلزم من وسائل الطب بقصد العلاج ، فإن ذلك مشروط بأن يرضى المريض بذلك رضاء غير مشوب وأن يمارس الطبيب عمله في حدود قواعد المهنة الطبية ، فإذا خالف هذه السنن فقد خرج على قواعد المهنة الطبية ، وواجباته كطبيب ، ووجبت مساءلته عن الأضرار التي يسببها للمريض ¹.

وكرست التشريعات هي الأخرى التزام الطبيب بإعلام وتبصير المريض ، فالمشرع الفرنسي نص على ضرورة الإلتزام بإعلام المريض في قانون الصحة العامة في المادة 1111-2² وعدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 2005-370 بتاريخ 2005/4/22 في المادة 3 منه و أصبح نصها يجري على النحو التالي :

"Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix.

وتضيف : *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement éclairé et libre de la personne...*³

أما المشرع المصري في بادئ الأمر لم ينص بشكل صريح وعام على التزام الطبيب بإعلام المريض ، بل جاء ذلك يستخلص من خلال تتبع القواعد العامة ، كما جاء يفهم ضمناً من نص المادة 27⁴ إلا أنه أعلن عنه صراحة بعد ذلك بمناسبة صدور قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية الصادر حديثاً حيث نصت المادة 7 من هذا القانون على أنه : " لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي - إذا كان مدركا - بواسطة اللجنة الثلاثية ، المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون بطبيعة عملية النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب والبعيد ، والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي ...".⁵

¹ - جنايات الاسكندرية ، قضية رقم 340 لسنة 1938 ، جلسة 25 فبراير 1941 . أشار إليها ؛ كمال فريحة ، المرجع السابق ، ص 195 - 196 .
² - تنص المادة 1111-2 من ق ص ع ف على أنه :

"Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations , traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver...".

³ - La loi a été promulguée le 22 avril 2005 et a été publiée au Journal officiel du 23 avril 2005. Un rectificatif a été publié au Journal officiel du 20 mai 2005.; <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁴ - تنص المادة 27 من ل م ع ف على أنه : " على الطبيب أن ينبه المريض ومرافقيه إلى إتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم مما يمكن أن يترتب على عدم مراعاتها ، ويجوز له طلب توقيعهم على إقرار كتابي منهم بمعرفتهم بذلك في بعض الحالات التي تستدعي ذلك " .

⁵ - قانون رقم (5) لسنة 2010 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية ، الجريدة الرسمية ، العدد 9 مكرر ، الصادرة في 2010/03/02 .

أما المشرع الجزائري فقد نص بشكل صريح على إلتزام الطبيب بإعلام المريض في تشريعاته الصحية، فنصت المادة 43 من م ا ط على أنه : " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ". وشددت المادة الموالية لها 44¹ من المدونة على ضرورة الإلتزام بإعلام المريض بمناسبة كل تدخل طبي يشكل خطرا عليه ، كما نص على ضرورة إعلام المتبرع في عملية إنتزاع أعضاء الإنسان وزرعها في المادة 2/162² من ق ح ص ت . كما نص على ضرورة إعلام المستقبل في عملية نزع وزرع الأعضاء في المادة 5/166³ من ذات القانون . كما أقر المشرع الجزائري نصوص قانونية بوجوب الإعلام الطبي ، فيما يخص المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري ، ويلتزم بالإعلام الطبي زيادة على الأطباء صانعو المنتجات الصيدلانية، ومستوردها ، والشركات المتخصصة في الترويج الطبي، كما يمكن أن تتولى هذه المهمة المؤسسات العمومية التي ترتبط رسالتها بالصحة العمومية والتكوين والبحث العلمي في ميدان الصحة ، وكذا الجمعيات ذات الطابع العلمي ، وذات الطابع الإجتماعي ، ولا سيما جمعيات الدفاع عن المستهلكين.⁴

وإلتزام الطبيب بإعلام المريض في التدخلات الطبية لم يبق أمرا داخليا تقره التشريعات و القضاء الوطنيين، بل أصبح مدها دوليا حيث كرسه المواثيق والعهود والإتفاقيات الإقليمية و الدولية . و يرجع كل ذلك للبعد الإنساني والأخلاقي الذي يرمي إليه هذا الإلتزام.

فقد جاء في المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966 بحظر تعذيب أي إنسان أو معاملته أو معاقبته بشكل قاسي يتنافى مع الإنسانية ويهين كرامته، كما حضرت إجراء تجربة طبية أو علمية على الإنسان بغير رضائه الحر. كما جاء في الفقرة الثانية من البند الأول لإعلان تدعيم حقوق المرضى في أوروبا الصادر سنة 1994 بأمستردام ، أن للمرضى الحق في العلم التام بشأن حالتهم الصحية ، والمتطلبات الطبية المتعلقة بها ، والأعمال الطبية المقترحة ، وما تحمله من فوائد ومخاطر والبدائل العلاجية الممكنة بالإضافة إلى آثار عدم العلاج أو التشخيص ، وكذلك التوقعات وتطورات العلاج . وتطرت كذلك المادة الخامسة في

¹ - تنص المادة 43 من م ا ط ج على أنه : " يخضع كل عمل طبي ، يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر غير قادر على الإدلاء بموافقته " .

² - تنص الفقرة الثانية من المادة 162 من ق ح ص ت على أنه : " لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع ، ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة " .

³ - تنص الفقرة الخامسة من المادة 5/166 من ق ح ص ت على أنه : " 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 " .

⁴ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 هـ الموافق لـ 06 يوليوس سنة 1992 م ، المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري ، الجريدة الرسمية رقم 53 ، سنة 1992 ، ص 1472-1473-1474-1475 .

الفصل الثاني من إتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي الصادرة بتاريخ 1997/04/04 بإسبانيا لحماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري في مواجهة تطبيقات البيولوجيا والطب على ضرورة وجوب رضا المريض الحر والمستنير قبل أي تدخل طبي ، وضرورة حصول الأخير مسبقاً على المعلومات الملائمة لطبيعة وهدف هذا التدخل ، ونتائجه ومخاطره وتؤكد الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان حظر إجراء التجارب الطبية في أي لحظة . كما تناولت كذلك المادة السادسة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان حظر إجراء التجارب الطبية أو العلمية أو إستغلال أعضائه من دون رضائه الحر وإدراكه الكامل للمضاعفات التي قد تنتج عنها .¹

ومن خلال تتبع ما سبق من الآراء الفقهية والأحكام القضائية ونصوص التشريعات الوطنية وكذا العهود والمواثيق والإتفاقيات الإقليمية والدولية نلاحظ أنهم أجمعوا على ضرورة إعلام وتبصير المريض بشأن كل تدخل طبي يقدم عليه وأخذ رضائه ، إلا أنهم اختلفوا حول كم ومضمون وعناصر المعلومات التي يلتزم بها الطبيب في تبصير مريضه من جهة ، وحدود ونطاق هذا الإعلام من جهة أخرى . و على أساس مراعاتهما جميعاً يتوقف مدى وفاء الطبيب بالتزامه في إعلام وتبصير مريضه .

فمن حيث كم ومضمون وعناصر المعلومات التي يلتزم الطبيب بتقديمها إلى مريضه ، فإنها تشمل حسب ما سبق من آراء فقهية وأحكام قضائية ونصوص تشريعية عدة عناصر أبرزها طبيعة المخاطر العلاجية وحول نوعية المخاطر التي يلتزم فيها الطبيب بتبصير وإعلام مريضه ، إنقسم الفقه إلى رأيين .

رأي ذهب إلى أن على الطبيب واجب إعلام وتبصير مريضه بكل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها سواء المتوقعة أو غير المتوقعة ومهما كانت خطورتها ، وأنه على الطبيب أن يفصح لمريضه بحقيقة حالته مهما بلغت مرارتها ، لأن ذلك من حق المريض في إعتقادهم ولا يجب أن يجرم منه بأية حجة .² ووصل بأحدهم القول : " أنه يعد من قبيل الحرمان ذلك الذي تفرضه على المريض ، أتم تحرمونه من الإقتراب من الموت، الذي يمكن أن يكون الشيء الأكثر أهمية في حياته " .³

1 - أنظر محمد حسن قاسم ، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان المرجع السابق ، ص 19-22 .
2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 407 .
3 - أشار إليه ؛ علي حسين نجيد ، المرجع السابق ، ص 29-30 .

أما الرأي الآخر¹ والذي يقره غالبية الفقه ذهب إلى أن التزام الطبيب بإعلام وتبصير مريضه يشمل فقط الأخطار المتوقعة دون غيرها و أن الطبيب لا يلتزم بلفت نظر المريض إلى المخاطر التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة - الشاذة النادرة الحصول - . فلا يطلب مثلا من الطبيب الذي يشرف على ولادة سيدة أن يخبرها أن إثنين من الألف يمتن أثناء الولادة ، أو يخبر المريض الذي يقدم على إزالة الزائدة الدودية أن كل تخدير يحتمل الإغماء المميت ، إذ يكفي أن يعلم المريض ويصبره بالمخاطر المتوقعة عادة² . وأيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه حيث قضت محكمة³ النقض الفرنسية في أحد أحكامها إلى وجوب التنبيه إلى المخاطر الحقيقية وأستثنت الحديث عن المخاطر الإستثنائية وحددت الخطر الإستثنائي بالخطر الذي تقل نسبة تحققه عن 2 بالمائة .

وفي حالة تبصير الطبيب مريضه بالمخاطر المتوقعة عادة وقبل المريض بذلك وكان الأمر يتعلق بتدخل جراحي ، وأثناء الجراحة فوجئ الطبيب بوجود مرض أخطر من ذلك الذي كشف عنه ، ففي هذه الحالة هل يوقف الجراحة ، وينتظر حتى يبصر المريض بوضعه الجديد ؟ فالرأي الراجح من الفقه⁴ يرى بأنه على الطبيب أن يتخذ القرار بنفسه ويواجه الظرف الجديد ويتم عمله دون حاجته إلى تصريح جديد من المريض ، إذا رأى ذلك في مصلحته . وأيد القضاء⁵ الفرنسي هذا الرأي عندما قبل قيام جراح أثناء إستئصاله الزائدة الدودية لسيدة ، بإزالة مبايضها عندما وجدها ملتهبة وفي حالة سيئة .

ولا يتوقف الأمر في تحديد كم ومضمون وعناصر الإعلام عند المعلومات التي يقدمها الطبيب بشأن المخاطر العلاجية أو الجراحية ، المتوقعة منها وغير المتوقعة . بل يجب أن يعرض عليه كذلك الحلول أو البدائل العلاجية الممكنة والمتاحة ، مبينا ميزات ومخاطر كل طريقة ، بطريقة مفهومة بعيدة عن التعقيدات

¹ - أشار إليه ؛ عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان ، 2004-2005 ، ص 80 .

² - علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 21-28 .
أشار إليه ، عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة - Cass.1^{er} civ.5 mai 1981 er 3 jan.1991 .
مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 85

⁴ - أشار إليه ؛ علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 28 .
أشار إليه ؛ علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 28 .

⁵ - Cass. Civ. 1^{er} 15Mars 1966 j.c.p.1966-iv-67.

والمصطلحات الفنية.¹ وهذا ما كرسه التشريع الفرنسي في نص المادة 1111-2 السالف ذكرها من ق ص ع ف بقولها : " ainsi que sur les autre solutions possibles..... "

وكان القضاء² الفرنسي قد أخذ بذلك و قضى بضرورة تبصير المريض وإعلامه عن كل بديل علاجي ممكن .

وذهب رأي³ آخر إلى الإعتقاد بترك المخاطر والمسؤولية للطبيب في إختيار الوسيلة الفنية على ضوء ما تعرض له من معطيات فردية ، ويكون ذلك في الحالات المعقدة بوجه خاص ، لأنه من الطبيعي أن تكون للطبيب حرية اختيار الوسائل حين يدعى بثقة من عميله لتدخل جراحي خطير ، وفي هذا الشأن قضت محكمة باريس بأن " إختيار طريقة العلاج متروك لحیطة الطبيب المعالج ".⁴

ويدخل في تحديد كم ومضمون وعناصر الإعلام التي يقدمها الطبيب لمريضه كذلك ، تحديد طريقة التشخيص المرض ، وطبيعة العلاج المقترح ، وأثار رفض العلاج. فتشخيص المرض قد يتطلب في بعض الأحيان إستعمال أجهزة معينة للفحص أو تحاليل طبية أو جراحة إستكشافية ، فعلى الطبيب أن يشرح لمريضه التدخل الطبي الذي يكون الغرض منه التشخيص والتدخل الطبي الذي يكون الغرض منه العلاج ، وعملية التشخيص قد تتجاوز الفحص الطبي الخارجي وبذلك تشكل مساس بجسم الإنسان ، فعلى الطبيب إخطار مريضه بطبيعة الفحص وكذا الأخطار المرتبطة به . وبما أن التدخل الطبي يأخذ عدة أشكال علاج كيميائي- أو جراحي - أو عن طريق الأشعة ، فعلى الطبيب كذلك أن يوضح للمريض شكل العلاج المتبع ومخاطره.⁵ كما أن الطبيب ملزم كذلك بأن يبين للمريض الأثار السلبية والنتائج الضارة التي تترتب عن رفضه العلاج أو البقاء بدونه ، وفي حالة ما إذا أصر المريض على رفض العلاج بعد إفادته بكل هذه

¹ - علي حسين نجيبه ، المرجع السابق ، ص 34 .

² - حكم محكمة نيس الإبتدائية الصادر 1954/01/16 . في قضية تتلخص وقائعها أن طبيبا كان يعالج مريضا من إصابة في عصب الوجه ، والذي كان مخيرا بين عدة حلول علاجية ، كان يجب عليه تبصير المريض بوجود هذه الخيارات ، وبمخاطر الطريقة التي إختارها ، خاصة وأن أي حادث في تطبيق العلاج يعني بالنسبة للمريض المحروم من نور إحدى العينين إصابته بالعمى ، وأنتهت المحكمة إلى أن هذا الحادث إذا وقع فعلا ، طريقه تضمن نسبة من المخاطر تصل إلى 24.6 بالمائة في حين كانت طريقة أخرى لا تزيد المخاطر فيها عن 3 بالمائة دون أن يعلم المريض بتوفرها وتفضيله لها " . أشار إليه ، كمال فريجة ، المرجع السابق ، هامش 5 ص 81 - 82 .

³ - أشار إليه ؛ علي حسين نجيبه ، المرجع السابق ، ص 35

⁴ - أشار إليه ؛ علي حسين نجيبه ، المرجع السابق ، ص 35 . وكذلك ؛ عبد الكريم مأمون . 98.Somm.1964 D.1964 Paris 13 avril 1964 - 4

⁵ - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 82 .

⁵ - عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 79 .

المعلومات، وجب عليه أن يقدم تصريحاً كتابياً بشأن هذا الرفض وهذا ما أقرته الكثير من التشريعات.¹ ومن بينها التشريع الجزائري في المادة 49² من م ا ط ب .

أما من حيث نطاق وحدود إلتزام الطبيب بالإعلام فهو يتوقف على مراعاة مجموعة من العوامل أو الضوابط وتتمثل في طبيعة المخاطر ، والحالة النفسية للمريض ، ومدى توافر حالة الإستعجال والضرورة .

فالمخاطر تلعب دور كبير في تحديد نطاق وحدود إلتزام الطبيب بالإعلام . فالقضاء الفرنسي ساد عنده ولفترة من الزمن أن الطبيب لا يسأل عن إعلام مريضه إلا عن المخاطر المتوقعة فيما عدى عمليات الجراحة التجميلية.³

إلا أنه في الأونة الأخيرة مع نهاية القرن الماضي عرف القضاء الفرنسي تحولاً هاماً فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي التي يتعين على الطبيب إعلام وتبصير مريضه بها ، حيث أوجب القضاء على ضرورة إعلام المريض بجميع المخاطر المرتبطة بجميع مراحل العلاج حتى ولو كانت هذه المخاطر ضئيلة ولا تتحقق إلا بشكل إستثنائي . وكان ذلك بمقتضى قرارين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 أكتوبر 1998 قضت فيهما بأنه : " فيما عدا حالة الإستعجال أو الإستحالة أو رفض المريض الإعلام ، فإن الطبيب يكون ملزماً بأن يقدم له معلومات أمينة وملائمة من المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح ، ولا يعفى الطبيب من هذا الإلتزام مجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل إستثنائي " .⁴

ورافق التشريع الفرنسي القضاء في تكريس ذلك من خلال ق ص ع ف حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 1111 السالف ذكرها على أن يحاط المريض علماً بالمخاطر المتكررة الحدوث ، والمخاطر الجسيمة المتوقعة وذلك بنصها على أنه :

"... les risques fréquents ou graves normalement prévisibles..."

¹ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 410 .
² - تنص المادة 49 من م ا ط ج على أنه: " يشترط من المريض ، إذا رفض العلاج الطبي ، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن " .
³ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 411 .
⁴ - أشار إليهما ؛ مراد بن صغير ، أحكام . 291.D.1999. Et Bul.civ .i.no.291.D.1999. Pourvoi No : 97-10267. Cass.civ 1^{er} ch .07/10/1998. وكذا ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 88 . ويتعلق القرار الأول منهما بسيدة تعرضت لكسر في الفقرة الثانية من العمود الفقري على إثر سقوطها بتاريخ 3 ابريل 1985 وخضعت لعملية جراحية بالعمود الفقري نتج عنها فقد إبصار العين اليسرى ، ولم يكن الطبيب قد أحاط المريضة علماً بهذا الخطر قبل إجراء العملية ، رفضت محكمة الإستئناف ليون دعوى التعويض التي رفعتها المريضة إستناداً إلى أن الخطر الذي تحقق نادر الحدوث ولم يكن على الطبيب بالتالي الإلتزام بإخبارها به غير أن محكمة النقض ألغت قرار الإستئناف وأصدرت قرارها المذكور .

إلا أن هذا النطاق المبني على المخاطر المتوقعة كأصل والمخاطر المتكررة الحدوث ، ترد عليه بعض الإستثناءات يتوجب فيها على الطبيب إعلام مريضه إعلاما كاملا يشمل جميع المخاطر بما فيها النادرة قليلة الحدوث أو الإستثنائية ، وتتصدر هذه الحالات جراحة التجميل والتي تتميز بأنها لا تستهدف العلاج ولكن مجرد التخلص من بعض العيوب والتشوهات الجسمانية التي قد ينتج عنها ألم نفسي وليس عضوي أو جسماني .¹

و كذلك حالات نقل الأعضاء البشرية ، وحالات الوقف الإرادي للحمل ، والأبحاث الطبية .²

وحالة المريض الصحية والنفسية هي الأخرى لها دور في تحديد نطاق الإعلام والتبصير الذي يلتزم به الطبيب أمام مريضه . إذ أن ذكر الطبيب للنتائج الضارة للمريض وهو يقوم بواجب الإعلام والتبصير قد يؤثر على معنويات المريض مما يدفع بالطبيب إلى إخفاء بعضها أو التهوين في سردها .³ وذهب بعض الرأي إلى إباحة الكذب التفاؤلي من الطبيب لمريضه إذا كان ذلك يستهدف مصلحة المريض وتحسين حالته الصحية والنفسية ، وفي المقابل رفضوا مطلقا الكذب التشاؤمي الذي يخفي كل ما هو حسن وجيد من نتائج وعلامات على المريض .⁴ والحقيقة التي يجب أن يبصر بها المريض هي تلك الحقيقة التي تساهم في التسيير الحسن للعلاج وهو أمر يختلف حسب ظروف كل حالة ويقول العميد سافاتييه في هذا ، أنه لا يمكن أن يؤدي تبصير المريض إلى آثار سيئة وضارة ، وليس على الطبيب أن يلقي على مريضه محاضرة لا يفهم منها الأخير شيئا ، بل عليه أن يقدم له العناصر الموجودة تحت تصرفه ويحاول أن ينقل اليه معلومات واضحة ومفهومة تسمح للمريض بالموافقة على العلاج .⁵ ويبقى من واجب الطبيب أن يباشر العلاج ويديره من خلال طمأننة المريض و الحفاظ على نفسيته .⁶

كما أن حالة الإستعجال والضرورة تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق الإعلام والتبصير الذي يلتزم به الطبيب أمام مريضه إذ تعد من الإستثناءات الوارد على هذا الإلتزام ، فمتى توفرت تقلص وسقط واجب الإعلام والتبصير على عاتق الطبيب إتجاه مريضه . فكلما كان العلاج ضروريا ومستعجلا ضاق نطاق واجب التبصير

¹ - JEAN PENNEAU, la responsabilité du médecin , 2eme éd , D, paris , france , 1996

² - كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 87 .

³ - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 144 .

⁴ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 134 .

⁵ - RENE SAVATIER , la responsabilité médicale , éd p.lethielleux , france , 1948 p p 13-14

⁶ - RENE VILLEY, déontologie médicale, éd -Masson, paris , france , 1982 page 59

الملقى على عاتق الطبيب ، وكلما كان الغرض من التدخل لا يرد منه سوى تحسين حالة المريض بصفة عامة فإن واجب التبصير يتشدد ، كما هو الحال في جراحة التجميل والتجارب العلاجية ...¹ .

وفي حالة قيام الطوارئ لمواجهة مرض معدي فيجب توفير طبيب لأداء واجب الإعلام .²

وحتى لا نطيل في هذه الحالة ونتجنب التكرار نقول ، أنه ما يقال عن حالة الإستعجال والضرورة في تبصير المريض هو نفسه ما قيل عن حالة الإستعجال والضرورة في واجب أخذ رضاء المريض (الرضاء المتعلق بإبرام العقد - الإعلام قبل التعاقد -) في مناسبة كلامنا عن أساس مشروعية العمل الطبي وشروط مباشرته، وذلك من حيث توضيح الحالات الإستثنائية والمتمثلة أساسا في حالات الضرورة والاستعجال و أوامر القانون التي تهدف لحماية الصحة العامة و كذلك ، من ناحية الأشخاص الواجب إعلامهم وتبصيرهم (الأشخاص محل الإعلام) بالتدخل الطبي ، حيث هم الأشخاص أنفسهم الذين يجب إعلامهم وتبصيرهم وأخذ موافقتهم على التدخل الطبي ، والذين أشرنا إليهم في خضم حديثنا عن الرضا كشرط من شروط التدخل الطبي .

حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام والتبصير ، إذا تنازل المريض عن حقه في الإعلام ، تاركا مهمة علاجه للطبيب بحكم الثقة التي يضعها في الطبيب ، فإن الطبيب في هذه الحالة يكون معفى من إلتزام إعلام وتبصير مريضه ، ويكون ذلك بأن يسلم المريض نفسه للطبيب للقيام بما يراه ضروريا لحالته ، أو أن يرفض المريض إعلامه من قبل الطبيب المعالج ، وفي هذه الحالة يتوجب على الطبيب إقامة الدليل والبرهان على أن المريض رفض قبول التبصر أو إبداء الرضاء ، وذلك بعد تنبيهه أن هذا الرفض يسمح للطبيب بإجراء ما يراه مناسبا من أعمال دون الرجوع إليه .³

ويقع عبء الإثبات في الإلتزام بالإعلام والتبصير على عاتق الطبيب ، وهذا بعد التحول الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 1997/02/20 مستندة إلى نص المادة 1315 من التقنين المدني ، منتقلة من الفقرة الأولى لهذه المادة والتي تقضي بأنه على من يطالب بتنفيذ الإلتزام أن يثبته ، وبذلك كان عبء الإثبات في الإعلام يقع على عاتق المريض بإثبات ما يدعيه من خطأ في مواجهة

¹ - علي حسين نجيد ، المرجع السابق ، ص 37 .

² - ABDELKADER KHADIR ,la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du Droit ,ed Houma , alger, 2014, p 145 .

³ - أشار إليه ؛ بلعيد بو خرس ، المرجع السابق ، ص 68 .

الطبيب - وقد قضى القضاء¹ الفرنسي بذلك قبل صدور حكم سنة 1997 - إلى الفقرة الثانية من ذات المادة والتي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك ، حيث قررت المحكمة² أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه إلتزام خاص بالإعلام إتجاه مريضه فإنه يتعين عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الإلتزام .

والتعاليم الإسلامية هي الأخرى حثت على ضرورة تبصير المريض بطبيعة مرضه ، حيث تؤكد على ضرورة تحلي الطبيب بالأمانة ، وأن يقدم لمريضه كل ما يحقق له المصلحة والنفع وأن لا يخونه ولا يجنبى عنه دواء يعلمه وأن يتقن تشخيص مرضه وفحصه وأن يختار العلاج الأنسب والأسرع والحاسم لمريضه وأن لا يقسوا عليه بالكلام أو يزرع فيه التشاؤم وفقد الأمل في الشفاء ويبقى إخباره بعلته متروك لحكمة الطبيب وبأسلوب لطيف ، ولا يخل عليه بنصائحه المفيدة كضرورة تعاطي العلاج وعدد مرات تناول الجرعات ...³ .

كما تراعي التعاليم الإسلامية كيفية تعريف المريض بمرضه وذلك بالرفق به ومراعاة حالته النفسية والثقافية وذلك بمخاطبته على قدر عقله و معارفه كما يجب إظهار التفاؤل أمام المريض و تطمينه ورفع معنوياته وعدم البوح له بخطورة مرضه والإكتفاء ببوحها إلى ذويه الأقربين . فالطمأنينة والسكينة التي يبعثهما الطبيب في نفس مريضه ، تشدان من عزيمة المريض ، وترفعان من روحه المعنوية مما تساعدان في الأخير على سرعة براء المريض من مرضه ، فالإسلام في شأن إعلام وتبصير المريض طلب من الطبيب الإتصاف والتحلي بالحكمة ، وأن يتعامل مع كل حالة بحسب ما تتطلبه ، و الإسلام هنا لم يضع حدودا ضيقة ، ولم يقف مواقف صلبة أمام إلتزام الطبيب بإعلام وتبصير المريض .⁴

وأختلف فقهاء الشريعة إلى قولين في القول بضمان الطبيب على إخلاله بالتزامه في تبصير المريض ، والذي يكون نتيجة لعدم وجود إذن المريض أو وليه ، أو وجوده ولكن بشكل ناقص أو غير صحيح فذهب القول الأول والذي قال به كل من مذهب الحنفية ، المالكية ، الشافعية والحنابلة ، بأن الطبيب ملزم بضمان الضرر المترتب عن الإخلال بالإعلام . وهذا القول رجحه بعض الفقهاء المعاصرين . أما القول الثاني فهو القول الذي قال به الإمام ابن حزم الظاهري ، وبعض فقهاء الحنابلة ، بأن الطبيب لا يضمن .⁵

¹ - أشار إليه ؛ عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية Cass.civ 25 Mai 1951.II.6421.note .perrot

" دراسة مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 182 .

² - Cass.civ 1^{er} 25 fev 1997.Bull . civ.no 75. أشار إليه ؛ محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، المرجع السابق ، ص 76 .

³ - وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 322 - 325 .

⁴ - عادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 38-39 .

⁵ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 417 .

الفقرة الثانية

الحفاظ على السر المهني

يعتبر الحفاظ على السر إحدى أكبر مظاهر إحترام الحياة الخاصة للأفراد وبه يسان شرفهم وكرامتهم، ويعدو بذلك أمرا إنسانيا وأخلاقيا. مما يستدعي مراعاته في جميع المعاملات القائمة بين الأشخاص.

ويعرف السر لغة بأنه : " ما يكتمه الإنسان في نفسه أو يسر به إلى غيره " ¹.

أما إصطلاحا : " ما يفضي به شخص إلى شخص آخر مستكتما أياه ، ويدخل فيه كل أمر تدل القرائن على طلب كتمانته ، أو كان العرف يقضي بكتمانه ، كما يدخل في الشؤون الشخصية والعيوب التي يكره صاحبها أن يطلع عليها الناس ،...".

أما السر المهني فيعرفه البعض بأنه : " كل ما يعهد به إلى ذي مهنة على سبيل السر . أو هو كل أمر عهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة " إلا أن هذا التعريف لا يلقي قبولا عند بعض الفقهاء الذين يرون أن السر هو النبأ الذي يجب إخفاؤه حتى ولو كان مشرفا لمن يريد كتمانته ، ولا يلحق إفشاؤه ضرر بسمعته وكرامته . ²

ويعرفه الأستاذ محمود نجيب حسني بأنه : " واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص ، إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصورا في ذلك النطاق " ³.

وإن كانت تعاريف الفقهاء للسر المهني قد تعددت واختلفت ، فإن التشريعات قد ناءت بنفسها كالعادة في الخوض في مسألة التعاريف وتركت ذلك لرجال الفقه والقضاء ، وقد استحسن البعض فعلها وبررروه بأن تحديد السر يختلف باختلاف الظروف والأزمنة ، فما يعد سرا لشخص قد لا يعد كذلك لشخص آخر ، وما يعد سرا اليوم قد لا يعد سرا في زمن آخر. ⁴ وأمام هذه الصعوبات التي تقف أمام المشرع إذ هو حاول تحديد السر المهني يقول الفقيه الفرنسي شارمنتير (Charmantier) : " إن سر المهنة يعد من الموضوعات بالغة

1 - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، هامش رقم 3 ، ص 201 .

2 - أشار إليه ؛ ثائر شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 134 .

3 - أشار إليه ؛ ثائر شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 135 .

4 - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 201-202 ..

التعقيد ، وتشير مشكلات يتسع مداها من الناحيتين القانونية والعلمية ، حتى أن أكاديمية العلوم السياسية والأخلاقية الفرنسية عام 1925 رصدت جائزة مالية للبحث في هذا الموضوع¹.

ورغم كل ذلك فإن كل من المشرع الفرنسي² والمصري³ والجزائري⁴ ، حددوا مشمولات السر الطبي أو ما يعد ويعتبر سرا طبيا ، في تشريعاتهم الصحية .

و إنطلاقا من تعريف الفقهاء للسر المهني بوجه عام عرف السر الطبي بأنه : " كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها والتي تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته"⁵.

وعرف كذلك بأنه : كل واقعة أو أمر وصل إلى علم الطبيب سواء أفضى به اليه المريض أو الغير ، أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها ، وكان المريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانها⁶.

والثقة التي يوليها الجانب البشري هي أساس السرية الطبية ، فلا يوجد طب بدون ثقة ، ولا ثقة بدون ثقة ولا ثقة بدون سر⁷ . والعقد الطبي عقد شخصي وعلى أساس الثقة يختار المريض طبيبه الذي سيتولى معالجته⁸.

وبذلك تعد مهنة التطبيب من إحدى المهن إذ لم نقل أكبرها إرتباطا وإطلاعا على الحياة الخاصة بالأشخاص وذلك عن طريق التدخلات الطبية والتي بواسطتها يتم الإطلاع على الأبدان ، وكشف العورات ، وكسب ثقة المرضى للبوح بأسرارهم ، وبذلك تعد مستودعا لأسرار المرضى ، مما دفع بالفقه والقضاء

¹ - أشار إليه ؛ ثائر شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 133 - 134 .

² - article article r.4127-4 du code de la sante publique stipule que : " le secret professionnel, institue dans l'interet des patients, s'impose a tout medecin dans les conditions etablies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu a la connaissance du medecin dans l'exercice de sa profession, c'est-a-dire non seulement ce qui lui a ete confie, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris."

³ - تنص المادة 30 من ل ا م م على أنه : " لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته..."

⁴ - تنص المادة 37 من م ا ط ج على أنه : " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته "

⁵ - أشار إليه ؛ كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 147 .

⁶ - أشار إليه ؛ عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات ، ب ط ، منشأة المعارف ، الاسكندرية - مصر ، 2000 ، ص 300 .

⁷ - ABDELKADER KHADIR , opcit , p 190.

⁸ - M.M HANNOUZ et A.R. HAKEM , Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit Office des publications universitaires , Ben -aknoun, Alger , 1992, p 34

والتشريع والعهود والمواثيق الدولية إلى الإقرار بضرورة التزام أهل مهنة الطب بإحترام الحياة الخاصة للمرضى وذلك بعدم إفشاء أسرارهم .

ويقصد بإفشاء السر: " كشف السر وإطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانته أو الكشف عن بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده " ¹. وبذلك يعتبر إفشاء السر الطبي البوح أو إطلاع الغير على السر أو على جزء منه بطريقة أو بأخرى سواء شفها أو كتابيا أو بالإشارة ². أو بالنشر في الصحف والمجلات ، أو إعطاء شهادة طبية للغير ³ ، أو ذكر إسم الدواء الموصوف ، أو نوع العملية أو ذكر إسم المستشفى الذي أقام به المريض ⁴. أو تسريب البطاقات السريية للمرضى أو وثائقهم الموجودة بين يدي الطبيب وكذا بيان هوية صاحبها في الأبحاث العلمية المقدمة للدورات العلمية التي غالبا ما تكون لمصلحة العلم وتطوير الأبحاث ⁵.

والقضاء هو الآخر ذهب إلى ضرورة التزام الطبيب بإحترام حق المريض في حياته الخاصة وعدم كشف اسراره بأي طريقة كانت وهو ما حكم به القضاء الفرنسي عن طريق محكمة النقض التي قضت بأن " مجرد ذكر إسم مريضة دخلت مستشفى الولادة ، يعتبر من قبيل إفشاء سر المهنة ، وأنه يحق لمدير المستشفى أن يمتنع عن الإدلاء بالشهادة في هذا الصدد ⁶.

وكان المحتسب هو الآخر في عصر بروز الدولة الإسلامية يأخذ على الطبيب عهدا بأن لا يعطي لأحد دواء ضار وأن يغض بصره عن المحارم وأن لا يفشي سرا أو يهتك ستارا ⁷.

والتشريعات هي الأخرى أخذت بضرورة التزام الطبيب بالحفاظ على أسرار المرضى ، فالتشريع الفرنسي نص على ذلك في المادة ⁸ 4-1110. L من ق ص ع . بأن لكل شخص الحق في إحترام حياته الخاصة وسرية المعلومات المتعلقة به أمام أي جهة صحية يعالج فيها .

1 - أشار إليه ؛ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 301 .

2 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 136 - .

3 - كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 105 .

4 - نبيلة غضبان ، المرجع السابق ، ص 123 .

5 - أنظر المادتين ، 39 و 40 من م ا ط ج .

6 - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 14/03/1895 ، أشار إليه ؛ طلال عجاج المرجع السابق ، ص 136-137 .

7 - أشار إليه ؛ ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 136 .

8 - تنص المادة 4-1110. L من ق ص ع ف على أنه :

"Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.

أما المشرع المصري فنص على ذلك في المادة 30¹ من ل م ا م .

أما نظيرهما الجزائري فهو الآخر نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 206 من ق ح ص ت والمعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها نصت على : " أن احترام شرف المريض وحماية شخصيته مضمون بكتمان السر المهني ، الذي يلزم به كافة الأطباء و جراحو الأسنان والصيدالة " . كما نص على ذلك في المادة 36² من م ا ط .

والشريعة الإسلامية هي الأخرى قضت بواجب كتمان السر بل كانت السبابة إلى ذلك ، حين حرمت إفشائه، لما له من عواقب تمس كرامة الإنسان وشرفه . وجاء ذلك واضحا في كتاب الله الكريم وسنة رسوله الأمين، فقد قال تعالى في محكم تنزيله : ﴿ وَإِذْ أَسْرَ النَّبِيُّ إِلَىٰ بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا فَلَمَّا نَبَّأَتْ بِهِ وَأَظْهَرَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ عَرَفَ بَعْضُهُ وَأَعْرَضَ عَنْ بَعْضٍ فَلَمَّا نَبَّأَهَا بِهِ قَالَتْ مَنْ أَنْبَأَكَ هَذَا قَالَ نَبَّأَنِيَ الْعَلِيمُ الْخَبِيرُ ﴾³ . وقال سبحانه وتعالى كذلك : ﴿ وَإِنْ تَجَهَّرَ بِالْقَوْلِ فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى ﴾⁴ . وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : " إذا ، حدث الرجل بالحديث ثم إنفتت فهي أمانة " .⁵ وقال أنس بن مالك أسر إلي النبي صلى الله عليه وسلم سرا فما أخبرت به أحدا بعده ، ولقد سألتني أم سليم فما أخبرت بها به .⁶

وعبر فقهاء الشريعة عن إفشاء السر وسوءه بقولهم : " إظهار الرجل سر غيره أفبح من إظهار سر نفسه

لأنه ينوء بإحدى وصمتين : الخيانة إن كان مؤتمنا أو النميمة إن كان مستودعا وكلاهما مذموم " .⁷

=Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé " .

1 - تنص المادة 30 من ل م ا م على أنه : " لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي أطلع عليها بحكم مهنته إلا إذا كان ذلك بناء على قرار قضائي أو في حالة إمكان وقوع ضرر جسيم ومنتيقن يصيب الغير أو في الحالات الأخرى يحددها القانون " .
2 - تنص المادة 36 من م ا ط ج على أنه : " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك " .

3 - سورة التحريم ، الآية 3 .

4 - سورة طه ، الآية 7 .

5 - أخرجه الامام الحافظ ابي داود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني ، المرجع السابق ، ج السابع ، تحت رقم 4868 ، ص 231 ..

6 - أخرجه ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، المرجع السابق ، تحت رقم 6289 ، ص 1186 .

7 - أشار إليه ؛ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 289 .

وفي شأن السر الطبي يقول الرازي ناصحا أحد تلامذته : " وأعلم يا بني أنه ينبغي للطبيب أن يكون رفيقا بالناس حافظا لغيبيهم كتوما لأسرارهم ، سيما أسرار مخدمه ..."¹.

أما فيما يخص ضوابط السر ، فحتى يمكن القول أننا أمام سر لا ينبغي على الطبيب إفشاؤه أو القول بعكس ذلك يجب مراعاة الضوابط التالية :

- أن تتجه إرادة المريض إلى إبقاء ما أفضى به للطبيب سرا بينهما وعبر عن ذلك بشكل صريح

- أن تكون الوقائع غير معلومة للناس ، حيث إن كانت معلومة لا تعتبر سرا .

- أن يكون السر يمس بشعور وطمأنينة المريض وشرفه وعائلته .²

أما فيما يخص أركان جريمة إفشاء السر الطبي فهي تقوم على أربعة أركان :

- السر الطبي

- الإفشاء ، وهو الركن المادي

- أن يكون المفشي آمينا، أي أن يكون من الأطباء أو الصيادلة أو القوابل وكل ما يتصل عمله بالمهنة

- الركن المعنوي³

وفيما يخص أساس الإلتزام بالسر الطبي فقد ظهر هناك إلتجاهان ، الأول يرجع أساسه إلى المصلحة

العامة التي تستند على فكرة النظام العام ، والإلتجاه الثاني يرجعه إلى المصلحة الخاصة التي تستند إلى العقد .

فالإلتجاه الأول ذهب إلى أن أساس التزام الطبيب بالسر المهني هي المصلحة العامة وبأن الطبيب يلتزم

بعدم إفشاء سر المهنة بصفة مطلقة إستنادا إلى فكرة النظام العام التي تجبر الطبيب على مراعاة كل الظروف

خلال ممارسة مهنته ، الإلتزام بالسرية .⁴

1 - أشارت إليه ؛ عادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص 39-40

2 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 137 .

3 - أشار إليه ؛ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 300 .

4 - أشار إليه ؛ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 137-138 .

وأستندت فكرة النظام العام في الإلتزام بالسرية على النصوص القانونية الجنائية ، والتي تنص على عدم الإضرار بالعميل عن طريق إفشاء سره .¹ وفي الحقيقة هذا ما أقرته جل التشريعات لتؤكد بذلك أن حفظ السر المهني مصلحة إجتماعية عامة وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 126-13² من قانونه الجنائي الجديد لعام 1994 بمعاقة كل شخص أفشى معلومة أو ثمن عليها بواسطة وظيفته .

و المشرع المصري هو الآخر جرم إفشاء السر وعاقب عليه وذلك في المادة 310³ من قانونه الجنائي والتي أشار فيها بشكل صريح للأطباء .

أما المشرع الجزائري فنص على ذلك في المادة 301⁴ من قانونه الجنائي وهو الآخر أشار فيها بشكل صريح للأطباء .

وبهذا عزز أصحاب هذا الإتجاه موقفهم بضرورة إلتزام الطبيب بالسرية التي يقرها القانون لصالح النظام العام وبذلك لا يجوز مخالفته بإفشاء الأسرار الطبية .

وذهب البعض إلى القول بأن هذه المواد " لا تفرض على الطبيب إلتزاما بالصمت المطبق ، بل هي تضمن للمريض حقه على سره ، ومن ثم فالنص لا يعاقب واجب الصمت ، بل يضمن حق المريض فيه " .⁵

¹ - محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ، ص 218 .

² - تنص المادة 126-13 من ق ع ف الجديد على أنه :

" La révélation d'une information à caractère secret par :

une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende".

³ - تنص المادة 310 من ق ع م على أنه : " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصي أو ثمن عليه فأفشاه في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري ...".

⁴ - تنص المادة 301 من ق ع ج على أنه : " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص الموثمين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك .

ومع ذلك لا يعاقب الأشخاص المبيئون أعلاه ، رغم عدم إلتزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بممارسة مهنتهم ، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها ، فإذا دعوا إلى المثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر الطبي " .

⁵ - علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 255 .

وأخذ القضاء بهذا الرأي ، فكان للقضاء الفرنسي في أول الأمر عدة أحكام اعتنق فيها الصفة العامة المطلقة للسر الطبي ، حيث أكدت محكمة النقض هذا الرأي مرارا عندما قضت في أحكامها أن واجب المحافظة على السر المهني واجبا عاما .¹

ولم يسلم أصحاب هذا الرأي من النقد حيث أعيب عليهم أنهم إعتبروا إلتزام المهني بالمحافظة على السر بأنه هو إلتزام بإمتناع عن عمل ، وهذا الأخير يقتضي في حالة الإخلال به في المواد المدنية ليس فقط مجرد التعويض ، بل إزالة الضرر ذاته ، وهو محل استحيل تجسيده في الواقع .²

أما الإتجاه الثاني يرى أن أساس التزام الطبيب بالسر المهني هو الإتفاق الذي يبرم بين الطبيب والمريض (العقد) ، ويعني هذا أن الإرادة المشتركة للطرفين هي التي توجد السر الطبي وتحدد نطاق الإلتزام به ، ويترتب عن ذلك أن إلتزام الطبيب بالسر المهني لا يكون بشكل مطلق ، بل بإمكان الطبيب أن يقوم بإفشاء السر في حالات معينة عندما يكون الإفشاء في مصلحة المريض حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز سماع شهادة الطبيب وأن يقدم المعلومات المطلوبة دون أن يخرج على قواعد سر المهنة.³

وأخيرا وبلا شك فإن الأساس الذي يقوم عليه الإلتزام بالسر الطبي ، هما العقد والقانون ، ففي العقد يختار المريض مريضه ويبرم معه العقد ويوحد له بسره أو يطلع الطبيب على ما يوجب الكتمان ، وسواء نص العقد بينهما صراحة أو لم ينص على الإلتزام بحفظ السر ، فإن الإلتزام به ينشأ من العقد ، لأنه مرتبط ومتلازم معه كما أنه من مقتضيات العلاج ، حيث لا يقتصر مضمون العقد على ما ورد فيه ، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته حسب العرف والعدالة وطبيعة الإلتزام ، وفي حالة غياب العقد كما لو كلف الطبيب بالكشف عن مريض لا يعرفه أو بمعالجة ناقص الأهلية أو عديمها ، ورأى أو سمع ما يوجب الكتمان فإن الإلتزام هنا ينشأ من مبدأ إلتزام الشخصية الإنسانية والذي يعد التقيد به من النظام العام وبذلك يكون إفشائه جريمة جنائية بعد أن كان جريمة مدنية وقبلهما جريمة خلقية .⁴

أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية لأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 219
1- Trib.Corr .Paris -19 mars 1974-J.C.P.1974-1-377.
2- محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 219.
3- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 يوليو 1936 . أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 138-139 .
4- مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 432 .

أما فيما يخص نطاق الإلتزام بالسّر الطبي ، فقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار فكرة السّر الطبي مبدأ مطلق ، و أن الطبيب يلتزم بعدم إفشاء سر المهنة بصفة مطلقة إستنادا إلى فكرة النظام العام التي تجبر الطبيب على مراعاة كل الظروف خلال ممارسة مهنته ، الإلتزام بالسرية¹.

وأعتنق القضاء هذه الفكرة حيث اعتمدها القضاء الفرنسي أول الأمر في حكمه الشهير في قضية Dr. Watelet والتي تتلخص وقائعها ، أنه في سنة 1883 دعي الدكتور فاتيليه Dr. Watelet لفحص الرسام الفرنسي المشهور بستيان لوباج ونتج عن الفحص إكتشاف خراج في الخصية اليسرى ، فقررا كل من الطبيب مارشانو والأستاذ فورنيه ، إستئصاله والذي اتضح أنه ورم سرطاني فنححت العملية وأرسل المريض لتمضية فترة النقاهة في الجزائر حيث توفي هناك ، وعلى إثر ذلك نشرت جريدة الصباح الفرنسية مقال إتهمت فيه فاتيليه بأنه أرسل مريضه للجزائر ليموت هناك هروبا من المسؤولية ، ودفاعا عن نفسه كتب فاتيليه مقالة بالجريدة نفسها برر فيها مسلكه وشرح المرض الذي كان يعاني منه عميله ، وعندما عرض الأمر على محكمة النقض وبناء على تقرير المستشار Tanton أصدرت حكمها الهام الذي قالت فيه " لما كان نص المادة 378 عقوبات يتضمن حكما عاما ومطلقا إذ يفرض على بعض الأشخاص التزاما بالسّر ، كواجب يتعلق بمهنتهم ، فإن المشرع قد هدف من ذلك أن يضمن الثقة المفروضة في ممارسة بعض المهن ، وأن يضمن راحة الأسر التي قد تجد أسرارها قد أنتهكت نتيجة الإخلال بهذه الثقة الضرورية ".² وحسب هذه النظرية فإن الطبيب ملزم بكتم السّر حتى ولو أذن له المريض بذلك أو أرغمه القاضي على ذلك.

وقد وجهت عدة إنتقادات لأصحاب هذا الرأي أو النظرية ومنها أن النظام العام نسبي من حيث المكان والزمان ، يختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروفها الإجتماعية والثقافية والدينية والإقتصادية بل يختلف داخل الدولة الواحدة من زمن لآخر . وهذا ما يجعل الإعتقاد عليه صعبا وخاصة في شيء حساس كفترة التدخل الطبي إضافة إلى أن هذه النظرية لم تحدد بوضوح ما إذا كان النظام العام الذي تقصده مطلقا لا يمكن الخروج عنه ، أو نسبي ترد عليه إستثناءات لإعتبارات ومصالح إجتماعية.³

وعلى أساس إعتبار فكرة السّر الطبي مبدأ مطلق يلتزم الطبيب بعدم إفشاءه نظرح التساؤلين التاليين :

¹ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 137-138 .
أشار إليه ؛ علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 241-242 .
² - Paris 5 mai 1885.s.1885-2-121 note villey .
³ - علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 245 .

إذا كان إلتزام الطبيب بحفظ السر المهني مطلقا ، أفلا يوجد سببا أو ضرورة أو مصلحة تحلل الطبيب من إلتزامه المطلق هذا ؟

إذا كان أساس السر الطبي إقتضته ضرورة حماية المصلحة الخاصة من جهة ، وضرورة حماية المصلحة العامة من جهة أخرى ، أفلا يرجع البوح به كذلك لأسباب تقتضيها المصلحتين نفسيهما (المصلحة الخاصة والعامة) .؟

ولالإجابة عنهما نقول أن فكرة السر الطبي ليست على الإطلاق بل ترد عليها إستثناءات بعضها مقرر لفائدة الأشخاص والبعض الأخر للمصلحة العامة .

أولا - أسباب الاباحة المقررة لفائدة الاشخاص : وتتمثل في الحالات التي يباح فيها إفشاء السر الطبي من قبل الأشخاص المرتبطين به .

1- حالة رضا المريض بإفشاء السر: ففي هذه الحالة لا يمكن للطبيب أن يتقيد بفكرة السر الطبي إذا طلب منه المريض ذلك ، فإذا كان من حق الأخير على الطبيب كتمان سره فمن حقه كذلك أن يحله منه .
كما لا يمكن للطبيب أن يرفض طلب المريض المتعلق بمعلومات متعلقة بمرضه كما لا يمكنه كذلك رفض طلب تسليمه شهادة طبية بمرضه بدافع أنه يحافظ أو يتمسك بالسر الطبي¹ .

وذهب رأي من الفقه إلى القول بأن السر الطبي ملك للمريض ، وله أن يفشيه بنفسه ، وله أن يسمح للطبيب ويأذن له بإفشائه ، كأن يصاب شخص بمرض معد ووجد حرج في إخبار ذويه بذلك وأذن بذلك للطبيب ، فلا مسؤولية على الطبيب في هذه الحالة إذا أبلغ ذوي المريض لأن سماح المريض بالإفشاء قد رفع عنه واجب الكتمان² .

و حسب هذا المبدأ فإنه لا يجوز كذلك للطبيب أن يحتج في مواجهة مريضه بفكرة السر الطبي ، إذا طلب منه معلومات متعلقة بمرضه ، وهو في حاجة ماسة إليها من أجل العلاج أو من أجل إثبات الحقوق³ .

¹ - LOUIS MELENNEC, la responsabilité pénal du médecin , t 3, Ed -maloine, paris , france , 1984 , P 83

² - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 145 .

³ - زينب أحلوش بولحبال ، رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2001، ص 72

وقد أخذ القضاء المصري بهذا المبدأ فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يعد الطبيب قد أفشى السر الطبي الخاص بمريضه ، إذا طلب منه مريضه شهادة طبية عن طريق زوجته وقام بتسليمها لها .¹

وأقر المشرع الجزائري هذا المبدأ و نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 206 من ق ح ص ت ج والمعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 13 جويلية 1990 حيث نصت على أنه : " ما عدا الترخيص القانوني يكون الإلتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة إنعدام رخصة المريض ، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته ."

وعلق البعض على هذا الرأي بالقول بأن رضا صاحب السر ليس سببا لإباحة الإفشاء بالسر ، لأن الجريمة المترتبة عن إفشائه لا تقع عليه وحده بل على المجتمع كذلك ، كما أن المريض قد يجهل بعض جزئيات المرض الواقع محل السر ، لو علمها ما كان ليجرؤ على الترخيص لطبيبه بإفشاء ذلك السر.²

أما في مواجهة الغير من الأطباء وذوي الحقوق للمريض فعلى الطبيب التمسك بفكرة السر الطبي ، ويمتنع عن إخبار طبيب آخر أو زميل له إلا في حالة لجوء مريضه إلى طبيب آخر فعلى الأول إخبار الأخير لتمكينه من العلاج ، ويمتنع عن إخبار أي فرد من ذوي حقوق المريض إلا إذا كان الإخبار والبوح به لا يخالف إرادة المريض المتوفى .³ وكان الهدف منه إحقاق الحقوق . فمن حق ورثة المريض البائع الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب رضاء مورثهم وقت صدور التصرف الصادر منه كعقد البيع مثلا .⁴

وقد أخذ القضاء الفرنسي بعدم الإحتجاج بالسر الطبي أمام ورثة المتوفى حينما يتعلق الأمر بالحفاظ على ذاكرة مريضهم الذي ترك لهم مهمة الدفاع عن شخصه .⁵ كما قضى بعدم الإحتجاج أمامهم كذلك في حالة الدفاع أمام القضاء عن مصالحهم في الحقوق التي أراد مورثهم نقلها إليهم .⁶

1 - قرار محكمة النقض المصرية 9 الصادر بتاريخ 12/1940 ، أشار إليه ؛ علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، هامش 3 ص 196 .

2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 436 .

3 - أشار إليه ؛ كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 148-149 .

4 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 437 .

5 - أشار إليه ؛ كريم عشوش في المرجع السابق ، ص 149 .

6 - أشار إليه ، كريم عشوش في المرجع السابق ، ص 149 .

وأقر المشرع الجزائري كذلك ضرورة الالتزام بالسر الطبي في حالة وفاة المريض ، ولا يمكن التحلل منه إلا إذا كان ذلك من أجل إحقاق الحقوق وذلك في نص المادة 41 من م ا ط ج والتي جاء نصها كما يلي : " لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق " .

والشريعة الإسلامية هي الأخرى أقرت ما ذهب إليه المشرع الجزائري ، حيث أجاز مجلس مجمع الفقه الإسلامي إفشاء السر الطبي بعد وفاة المريض متى كانت هناك مصلحة ترجح على مضرة كتمانها بناء على قاعدة إرتكاب أهون الضررين لتفويت أشدهما ، وذلك في دورة مؤتمره الثامن المنعقدة بسلطنة بروناي دار السلام بتاريخ 21-27 يونيو 1993 بشأن السر في المهن الطبية .¹

2- حالة إفشاء الطبيب للسر دفاعا عن نفسه أمام المحاكم : حسب رأي أصحاب هذا الإتجاه أن فكرة إلتزام الطبيب بالسر إتجاه الوقائع والمعلومات التي إطلع عليها الطبيب في ممارسة مهنته أو بمناسبةها ، يقف إعتبارها سرا وتفقد حصانتها في الحماية من الوهلة الأولى التي يطرحها المريض في ساحة القضاء ضد طبيبه .

ويرون أنه من حق الطبيب كشف السر دفاعا للمسؤولية في إطار حقه في الدفاع عن النفس ، عندما يكون متهما بإرتكاب جريمة جنائية كالإجهاض أو إرتكاب خطأ في التحاليل أو غيرها ، فكشفه السر عن طريق تقديم الوثائق والأوراق الطبية يعد من حقه وذلك لإثبات أن إصابة المريض بمرض يحول دون إرتكاب الطبيب للجريمة أو الخطأ الطبي .²

وذهب القضاء الفرنسي عن طريق حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 18 أكتوبر 1993 ، يقضي بعدم رفض حق الدفاع عن النفس حتى ولو تطلب الأمر الإفشاء عن السر المهني .³

أما أصحاب النظرية التقليدية فذهبوا إلى أن دفاع الطبيب عن نفسه لا يجيز له إفشاء سر مريضه ، لأن السر مقرر لحماية المريض فلا يجب أن يستغله الطبيب لتحقيق غاياته أو مصالحه ، وأتخذ القضاء نفس الموقف في حكم صادر عن محكمة جرونوبل بتاريخ 22 ماي 1957 يقضي بأنه ليس للطبيب الحق في أن يدافع عن

¹ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 437 .

² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 438 .
³ أشارت إليه ؛ زينب أحلوش بولجال ، المرجع السابق ، ص 69 . -Cass crim 18 octobre 1993 J.c.p.-20-1998-20

نفسه بالكشف عن معلومات وبيانات يغطيها السر المهني ، حتى ولو كان الإلتزام الموجه إليه إتهاما ظلما . غير أن هذه الوجهة لم تصمد طويلا .¹

وأضاف بعض الفقهاء إلى أسباب الإباحة المقررة لفائدة الأشخاص حالة **الضرورة** حيث يجوز للطبيب إفشاء السر الطبي متى كانت هناك ضرورة و أن فكرة السر الطبي يأمر بها القانون في حالة عدم وجود سبب أو مسوغ شرعي يبيح الإفشاء به ، ففي حالة وجود المسوغ الشرعي متمثلا في الضرورة فلا مانع من إفشاء السر الطبي . وأخذ القضاء الفرنسي بهذا حيث قضى ببراءة الطبيب الذي أفشى سر مريضه لصاحب الحمام الذي يستحم فيه وذلك بعد أن رأى مريضه الذي كان يعالجه من مرض قرحة زهرية يدخل للحمام للإستحمام فحاول منعه من ذلك إلا أنه لم يفلح في ذلك ، مما اضطر إلى إبلاغ مدير الحمام الذي أخرج هذا الشاب على الفور من الحمام ، فرفع الشاب دعوى على الطبيب لإفشائه سر مرضه ، إلا أن المحكمة قضت ببراءته ، وجاء ضمن تسيبها لحكمها أن الطبيب فعل ذلك من أجل المصلحة العامة ولم يكن في خياره وإستطاعته فعل غير ذلك ، إلا أن البعض الآخر من الفقهاء عارض الرأي القائل بفكرة الضرورة وذهب إلى القول بأن عموم النصوص القانونية جاءت مطلقة ولا يرد عليها أي قيد ، ومنه فلا يجوز للطبيب مخالفة ذلك ويتمسك بحالة الضرورة لينجو من المسؤولية ، وقد حكم القضاء الفرنسي بهذا إذ إعتبر أن الطبيب الذي يكشف لوالدي الفتاة مرض خطيبها ، فيفسد الزواج بينهما جراء ذلك ، يعتبر مفشيا للسر المهني وتقوم مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالمريض .²

ثانيا - أسباب الإباحة المقررة لفائدة المصلحة العامة : ويتمثل وجه المصلحة العامة فيما يباح

للأطباء في بعض الأحيان وما يجب عليهم في أحيان أخرى من الإبلاغ عن الجرائم التي وقعت أو توشك أن تقع أو الإبلاغ عن الأمراض المعدية أو الإبلاغ عن المواليد والوفيات والإفشاء الذي تقتضيه الضرورة كالإقرار بشهادة بالنسبة للمجانين أو القصر من أجل المساعدة القضائية³ ، وعليه فإن أسباب الإباحة المقررة للمصلحة العامة تشمل حالات الإفشاء الوجوبي بأمر من القانون وحالات الإفشاء الجوازي بإذن أو ترخيص من القضاء .

¹ - حكم محكمة جرونوبل بتاريخ 22 ماي 1957 . أشارت إليه ؛ زينب أحلوش بولحبال ، المرجع السابق ، ص 68 .

² - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 141-142 .

³ - ABDELKRIM SOUKEHAL . Module médecine légale pour les étudiants de l'école nationale d'administration alger , 1994 p 25.

1- حالات الإفشاء الوجداني بأمر من القانون وهي مجموعة من الحالات يتخلى فيها الطبيب من فكرة السر الطبي بمقتضى نص قانوني وهي نصوص متفرقة على شتى أنواع القوانين ، وستتطرق لهذه الحالات حالة بعد حالة .

1- حالة الإبلاغ عن جريمة : لقد ألزمت جل التشريعات الوطنية في قوانينها الجنائية أو الصحية الأطباء بالإدلاء لدى السلطات المختصة عن كل ما وصل إلى علمهم أثناء ممارستهم لنشاطهم الطبي من وقائع أو معلومات متعلقة بجرائم وقعت .

فالمشروع الفرنسي قد أمر الأطباء بعدم التمسك بفكرة السر الطبي في جرائم الإعتداء التي تصل إلى علمهم كسوء المعاملة وجرائم الإعتداءات الجنسية على القصر و ذلك في المادة 226-14¹ من تقنينه الجنائي .

كما أمر المشروع المصري هو الآخر الأطباء بالإبلاغ عن الحوادث والإصابات ذات الشبهة الجنائية وذلك في المادة 33² من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري لسنة 2003 . وكذلك في نص المادتين 25 و 26 من ق ا ج م .³

¹ - l'article - 226-14 /13 de Code pénal français stipule que : " n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ; 2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ; 3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une. Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire "

² - تنص المادة 33 من ل ا م م على أنه : " يجب على الطبيب إبلاغ الجهات المختصة عن الإصابات والحوادث ذات الشبهة الجنائية مثل حالات الإصابات بأعبيرة نارية أو جروح نافذة أو قطعية أو غيرها مع كتابة تقرير طبي مفصل عن الحالة وقت عرضها عليه ويمكن للطبيب دعوة زميل آخر للمشاركة في مناظرة الحالة وكتابة التقرير "

³ - تنص المادة 25 من القانون رقم 150 - 50 المؤرخ في 30 ذي القعدة سنة 1329 هـ الموافق لـ 3 سبتمبر سنة 1950 م المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل والمتمم على أنه : " لكل من علم بوقوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عنها " ؛ وتنص المادة 26 من ذات القانون على أنه : " يجب على كل من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأديته عمله أو بسبب تأديته بوقوع جريمة من الجرائم يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ فوراً النيابة العامة أو أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي " .

أما المشرع الجزائري هو الآخر ذهب إلى أمر الأطباء بعدم التمسك بفكرة السر الطبي أمام الجرائم التي وصلت إلى علمهم بمناسبة مباشرتهم لعملهم والتبليغ عنها أمام الجهات المختصة ، بل ذهب إلى أكثر من ذلك حين وضع جزاءات عقابية لمن لم يقيم بالتبليغ عنها .

وفي هذا الاتجاه ترك المشرع للأطباء إمكانية التبليغ أو الإدلاء بشهادتهم في جرائم الإجهاض التي وصلت إلى علمهم بمناسبة ممارستهم لعملهم الطبي وعدم التقييد في ذلك بفكرة السر الطبي ، فهم غير ملزمون بالتبليغ عنها ، وإذا فعلوا فلا يعتبر ذلك إفشاء للسر، وهذا ما نص عليه في الفقرة 2¹ من المادة 301 من تقنينه الجنائي .

والشريعة الإسلامية هي الأخرى قد رفعت الستار عن فكرة السر في مواجهة الجرائم وهذا ما يفهم من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " المجالس بالأمانة إلا ثلاث سفك دم حرام ، أو فرج حرام أو اقتطاع مال الغير " .² وبهذا تخرج جرائم القتل و الزنا و التعدي على المال من فكرة التمسك بالسر .

ب- حالة الإبلاغ عن مرض معد : للحيلولة دون تفشي الأمراض المعدية داخل المجتمع أمر القانون الأطباء بالتبليغ عن أي مرض معدٍ وقفوا عليه أثناء إجرائهم للفحوصات والتشخيصات الطبية ، لفائدة الجهات المعنية والمختصة دون الإكتراث لفكرة السر المهني لأن الأمر يتعلق بحماية المصلحة العامة. وحتى يتسنى للجهات القائمة على الصحة العمومية إتخاذ الإجراءات الوقائية من هذا المرض ومكافحته والتدابير المناسبة للقضاء عليه وعلى أسبابه من أصلها.

لقد الزم المشرع الفرنسي الأطباء بالتبليغ عن الأمراض المعدية وذلك في القانون المؤرخ في 1892/11/30 الذي تم قانون مارس 1822 ونظم مهنة الطب وفي نص المادة 15 منه ، الزم الأطباء والقابلات بالتبليغ عن كل حالة مرض معد يصادفونها أثناء عملهم .³

كما ذهب المشرع المصري إلى التخلي عن فكرة السر الطبي عندما يتعلق الأمر بالأوبئة والأمراض المعدية والزم الاطباء بالتبليغ عنها وذلك في المادة 5 من لائحة آداب المهنة والتي نصت بأنه : " على الطبيب أن يبلغ السلطات الصحية المختصة عند الإشتباه في مرض وبائي حتى تتخذ الإجراءات الوقائية لحماية المجتمع " .

¹ - تنص الفقرة 2 من المادة 301 من ق ع ج السالفة الذكر على ما يلي : "...ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة ، إذ هم أبلغوا بها فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقييد بالسر المهني "

² - أخرجه الامام الحافظ ابي داود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني ، المرجع السابق ، ج السابع ، تحت رقم 4869 ، ص 232.

³ - أشار إليه ، محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، هامش 2 ، ص 226 .

أما المشرع الجزائري فهو الآخر ذهب إلى ضرورة التخلي عن فكرة السر الطبي والزم الأطباء بالتبليغ عن أي مرض معدي يكتشفونه أثناء ممارستهم لعملهم وشدد على ذلك حين وضع عقوبات إدارية وجزائية لمن لم يمثل لذلك . حيث نص في المادة 54 من ق ح ص ت ج على أنه : " يجب على كل طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية " .

إضافة إلى الأمراض المعدية أشار المشرع الجزائري إلى بعض الحالات الأخرى والتي يتعين على الطبيب تحرير شهادات فيها وتوجيهها إلى الجهات المختصة دون التقييد بفكرة السر الطبي ، وذلك من أجل الحفاظ على الصحة العامة أو الصحة الشخصية للأشخاص والتي تنعكس نتائجها لا محال على المصلحة العامة . ومن بين هذه الحالات ، حالة المصابين بمرض عقلي حيث يتعين على الطبيب تحرير شهادة طبية يبين فيها الإضطرابات العقلية التي يعاني منها المريض ، وكذا الخطر المتوقع من تطور ردود أفعاله ¹ . إضافة إلى حالة علاج إزالة التسمم وذلك في إطار محاربة الإدمان على الكحول والمخدرات بشتى أنواعها ، فالقانون هنا قد أعفى الطبيب من التمسك بفكرة السر الطبي حماية للمصلحة الإجتماعية ² .

ونلاحظ من خلال هذه النصوص السالفة الذكر لكل من المشرعين الفرنسي والمصري والجزائري أنهم ركزوا على تحديد الجهات التي يتم فيها التبليغ وذلك بإستعمالهم مصطلحات المعنية أو المختصة ، ويفهم من هذا أنه إذا تم التبليغ لغير الجهات المحددة يعتبر التبليغ إفشاء للسر يقيم مسؤولية الطبيب .

وذهبت الشريعة الإسلامية هي الأخرى إلى عدم التمسك بفكرة السر الطبي أمام الأمراض المعدية وذلك حينما أخذت بفكرة الحجر الصحي والتي بدت واضحة في تحذير الرسول من وباء الطاعون ، فعن أسامة بن زيد رضي الله عنهما ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إن هذا الوبع - أو السقم - رجز عذب به بعض الأمم قبلكم ، ثم بقي بعد بالأرض ، فيذهب المرة ويأتي الأخرى ، فمن سمع به بأرض ؛ فلا يقدم عليه ، ومن وقع بأرض وهو بها ؛ فلا يخرجنه الفرار منه " ³ . فهذا الحديث يميز للطبيب التخلي عن فكرة السر الطبي، حتى يحمي الناس من هذا المرض ولا يكون ذلك إلا بعد الإخبار عنه حتى يسمع.

¹ - تنص المادة 133 من ق ح ص ت ج على أنه : " إذا فر مريض خاضع للإستشفاء الإجباري من المؤسسة التي يعالج فيها ، وجب على طبيب الأمراض العقلية فيها أن يعلم الوالي فوراً ويرسل إليه شهادة خاصة بوضعية هذا المريض ، تبين مدى الأخطار المحتملة ، الحقيقية منها أو المفترضة المتولدة عن تطور ردود أفعاله " .

² - تنص المادة 253 من ق ح ص ت ج على أنه : " يجري علاج إزالة التسمم المنصوص عليها في المواد السابقة ، في مؤسسة متخصصة أو خارجياً تحت متابعة طبية . يعلم الطبيب المعالج السلطة القضائية بسير العلاج ونتائجه ... " .

³ - زكي الدين عبد العظيم المنذري ، المرجع السابق ، تحت رقم 1484 ، ص 385 .

وبرر الفقهاء هذا الموقف على حجتين ، الأولى أن لا يصابوا بالعدوى فيمرضوا نتيجة إستئناقهم للهواء الذي تعفن وفسد ، والثانية في أن لا يتضاعف عليهم البلاء نتيجة مجاورتهم ومخالطتهم للمرضى الذين أصيبوا بالداء وهذا من باب الطب .¹

ج- حالة الإبلاغ عن سوء معاملة القصر والسجناء : لقد لزم القانون الأطباء بضرورة التبليغ عن الأضرار التي تلحق بالأطفال والقصر ومسلوبي الحرية الناتجة عن سوء المعاملة أو التعذيب ، كما ألزمهم بعدم المشاركة أو المساعدة أو حتى الحضور في مثل هكذا أعمال .

فالمشرع المصري قد أشار إلى الأشخاص المقيدة حريتهم والزم الأطباء على ضرورة رعايتهم بالمستوى نفسه، الذي يراعوا به غيرهم من طليقي الحرية ، ومنع عليهم القيام أو المشاركة أو التواطؤ أو التحريض على عمليات التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة القاسية و اللإنسانية دون الإشارة بصريح العبارة إلى إلزامهم بالتبليغ عن الأضرار اللاحقة بهم ، وذلك في المادة 35 من لائحة آداب الطب . والتي نصت على أنه : " على الطبيب الكاف بالرعاية الطبية للمقيدة حريتهم أن يوفر لهم رعاية صحية من نفس النوعية والمستوى المتاحين لغير المقيدة حريتهم ، ويحظر عليه القيام بطريقة إيجابية أو سلبية بأية أفعال تشكل مشاركة في عمليات التعذيب وغيرها من ضروب المعاملة القاسية أو اللإنسانية أو التواطؤ أو التحريض على هذه الأفعال ، وكذلك يحظر عليه إستخدام معلوماته ومهاراته المهنية للمساعدة في إستحواب المقيدة حريتهم على نحو يضر بالصحة البدنية أو العقلية لهم ، أو المشاركة في أي إجراء لتقييد حركة المقيد حريتهم إلا إذا تقرر ذلك وفقا لمعايير طبية محضة لحماية الصحة البدنية أو العقلية للمقيدة حريتهم " .

وذهب المشرع الجزائري هو الآخر إلى إلزام الأطباء عن التخلي عن فكرة السر المهني إذا ما تعلق الأمر بالإضرار الحاصلة على الأطفال القصر ومسلوبي الحرية والناتجة عن سوء المعاملة وذلك بنص صريح جدا في الفقرة الثالثة من المادة 206 المعدلة بقانون رقم 90-17 المعدل والمتمم ل ق ح ص ت و التي نصت على أنه : " يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم " . كما أشار إلى ذلك في المادة 12² من م ا ط .

¹ - محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 227 .
² - تنص المادة 12 من م ا ط ج على أنه : " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان ، المدعو لفحص سليب الحرية أن يساعد أو يعض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك لمجرد حضوره ، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة ، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شيء آخر من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة مهما تكن الحجج ، وهذا في كل الحالات والظروف بما في ذلك

د- حالة الإبلاغ عن المواليد والوفيات : غالبا ما يتحمل أحد الوالدين مهمة تسجيل مواليدهم ، إلا أنه في بعض الأحيان يتعذر عليهم القيام بذلك لسبب أو لآخر ، وحتى لا تحمل عملية التسجيل أمر القانون الطبيب أو القابلة وكلفهم بمهمة التسجيل وجوبا ، دون مراعاة فكرة السر الطبي . نظرا للسرعة التي تتطلبها عملية تسجيل عقود الميلاد .

وقد أخذ بذلك المشرع الفرنسي عندما الزم الأطباء و الجراحون و القابلات بضرورة الإبلاغ عن المواليد الذين أشرفوا على ولادتهم وذلك في نص المادة¹56 من تقنينه المدني.

وذهب المشرع المصري كذلك إلى إلزام الأطباء بالتبليغ عن الوفيات التي تمت في أماكن عملهم للجهات المختصة وذلك في نص المادة²32 من لائحة آداب المهنة وبذلك حررهم من التمسك بفكرة السر الطبي في التبليغ عن الوفيات.

والمشرع الجزائري هو الآخر تخلى عن فكرة السر الطبي بالنسبة للطبيب أو القابلة فيما يتعلق بالتصريح بالمواليد والإبلاغ عن الوفيات ، فالزمهم في حالة تعذر تسجيل المولود من قبل أحد والديه أن يقوم بالتصريح بالولادة وذلك من خلال المادة 62 من قانون الحالة المدنية والتي نصت على أنه : " يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم ، وإلا فالأطباء والقابلات ...".³ كما ألزمهم بالتبليغ عن الوفيات وذلك بموجب المادة 81 فقرة 2 من ذات القانون والتي نصت على أنه : " وفي حالة حدوث الوفاة في المستشفيات أو التشكيلات الصحية أو المستشفيات البحرية أو المدنية أو غيرها من المؤسسات العمومية يجب على المديرين المسيرين لهذه المستشفيات أو المؤسسات أن يعلموا بذلك في 24 ساعة ضابط الحالة المدنية أو الذي يقوم مقامه ... ". وقد يكون المدير أو أحد المسيرين من الأطباء ، وتقابلها الفقرة 2 من المادة⁴80 من القانون المدني الفرنسي .

=النزاع المدني أو المسلح ، ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته ومهارته أو قدرته لتسهيل إستعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء ذلك "
¹ - تنص المادة 56 من ق م ف على أنه :

"La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.
L'acte de naissance sera rédigé immédiatement "

² - تنص المادة 32 من ل م م على أنه : " إذا توفى المريض داخل المنشأة الطبية الخاصة يقوم الطبيب المسؤول بإبلاغ الجهات المختصة بإعتباره مبلغا "

³ - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 م، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد 21 .
⁴ - Art.80-2du Code civil stipule que : " En cas de décès dans les établissements de santé et dans

ويتعلق السر الطبي في هذه الحالة فقط بالمرض الذي مات بسببه الشخص وعليه يجب أن تحوي شهادة الوفاة ، سبب الموت وتاريخه .¹

وقد أخذ القضاء الفرنسي بضرورة التزام الطبيب بالتبليغ عن الوفيات ، حيث أدانت محكمة النقض طبيبا لم يبلغ عن الولادة ، حيث قضت بأن وفاة الطفل أثناء الولادة لا يعفي الطبيب من واجب التبليغ .² والشيء نفسه ذهبت إليه محكمة باريس في حكمها على أم قتلت مولودها بمجرد ولادته .³

ه- حالة الإبلاغ عن حوادث العمل وبعض الأمراض المهنية لطب العمل يلزم الطبيب بالإبلاغ
عن بعض الأمراض المهنية قصد التعويض عنها كالتهاب الكبد والرئتين الخ ، فتوجه وثيقة إلى صندوق الضمان الإجتماعي ووثيقة ثانية إلى مفتش العمل والثالثة تسلم للمعني بالأمر ، فكل مرض يشك الطبيب بأن مصدره مهني وجب أن يكون محل تصريح لمفتشية العمل .⁴ وهذا من أجل الحفاظ على الحقوق الشخصية للأشخاص.

2- حالات الإفضاء الجوازي بإذن أو ترخيص من القضاء : إن القضاء وهو يباشر مهامه بالنظر في خصومات الأفراد ، والتي قد يكون أحد طرفيها مريضا أو قد سبق له أن تابع علاجا ، أو أن تكون الخصومة متعلقة بموضوع يحكمه الطب كمسألة الجروح ، وهنا يمكن للقاضي إستدعاء الطبيب من أجل الشهادة ، أو القيام بخبرة طبية لأحد المتخاصمين أو كلاهما ، ففي هذه الحالة على الطبيب أن يتعاون بواجب خدمة حسن سير العدالة وأن يتخلى على الإلتزام بالسر المهني خدمة للمصلحة العامة ، والمصلحة العامة تعلق على المصلحة الشخصية .

=Les établissements sociaux et médico-sociaux qui accueillent des personnes âgées, les directeurs en donnent avis, par tous moyens, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil. Dans ces établissements, un registre est tenu sur lequel sont inscrits les déclarations et renseignements portés à la connaissance de l'officier de l'état civil."

¹ - علي حسين نجيدة ، المرجع السابق ، ص 217-218 .
أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 229 .

² - Cass.-02aout 1984 – Sirey -1984-1-671
³ - Trib . Paris – 22 jan.1983-D.1983-1-151. المرجع السابق ، ص 229 .

⁴ - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 151 .

1- حالة الإدلاء بالشهادة أمام القضاء : وهي أن يدي الطبيب بما رآه أو سمعه أو بما توصل إليه أثناء ممارسته لمهنته من معلومات ونتائج تخص المريض وهذا بعد أداء اليمين أمام القاضي ،وأداء الشهادة أمام القضاء واجب على كل فرد ، خدمة للعدالة وإعلاء لصوت الحق .¹

وفي ظل غياب نص عام بشأن شهادة المهنيين ، فإن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يقضي بمعاقبة الشاهد الممتنع عن أداء الشهادة بغرامة مالية .²

وهو ما كان ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية القديم في الفقرة الثانية من المادة 67 بقولها : " ويجوز الحكم على الشهود الذين يتخلفون عن الحضور بغرامة مدنية لا تتجاوز خمسين دينارا مع النفاذ المعجل رغم المعارضة أو الإستئناف . ويجوز إعادة تبليغهم وتحميلهم المصاريف ، وإذا تخلف الشهود الذين أعيد تبليغهم يحكم عليهم بغرامة مدنية لا تتجاوز مائة دينار . ومع ذلك فإذا أبدى الشاهد أعذار مقبولة عن عدم إمكانه الحضور جاز للمحكمة إعفاؤه من الغرامات المحكوم بها عليه مع سماع شهادته " ³

وقد تخلى عن ذلك (تغريم الشهود) في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد وذهب في المادتين 148⁴ و 150⁵ منه . على صلاحية القاضي في الإستماع لشهادة أي شخص .

من خلال إستعراضنا للنصوص المتعلقة بضرورة التزام الطبيب بحفظ السر الطبي لمريضه حفاظا على كرامته وسمعته من جهة ، وإعتبار الشهادة أمرا واجبا على كل فرد من أجل إحقاق العدالة ، فإن الطبيب بذلك يكون أشبه بالواقع بين المطرقة و السندان . وبالتالي لا محالة من التضحية بأحدهما على الآخر .

فذهب رأي في فرنسا إلى ضرورة تغليب الالتزام بالشهادة كواجب على كل فرد ، لأن إعفاء البعض منها يعني إعدام الأدلة لبعض الجرائم وأن الطبيب ملزم بأداء الشهادة حتى ولو إنصبت على سر من أسرار مهنته، وذهب رأي آخر إلى القول بأن القانون أباح للطبيب الإمتناع عن الشهادة ، وفي الوقت نفسه لا يعاقبه

¹ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 234 .

² - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 237 .

³ - أمر رقم 154-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى بالقانون رقم 09-08 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 م ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج . ر عدد 21 ، صادرة بتاريخ 2008/04/23

⁴ - تنص المادة 148 م ق ا ج على أنه : " يمكن للقاضي أثناء تنقله ، سماع أي شخص ، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأى في ذلك ضرورة ، كما يجوز له في نفس الوقت سماع الخصوم " .

⁵ - تنص المادة 150 م ق ا ج على أنه : " يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ، ويكون التحقيق فيها جانزا ومفيدا للقضية " .

إذا قام بأدائها لأن القانون الفرنسي يمنع ويعاقب الطبيب على الإفشاء التلقائي ، أما الإفشاء عن طريق الشهادة في المحكمة فهو يستند إلى الإكراه المعنوي وعليه يستند الطبيب للإفلات من العقاب .¹

أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى التوفيق بين الالتزام بكتمان السر الطبي لمصلحة المريض وبين واجب أداء الشهادة خدمة لحسن سير العدالة وتحقيقا للمصلحة العامة ويظهر ذلك من خلال إستنطاق نص المادة 206 الفقرة 4 من قانون 90-17 المعدل والمتمم لقانون ح ص ت . والتي نصت على أنه : " لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي ، سواء كان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه ، بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته . ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته ، تحت طائلة إرتكاب مخالفة إفشاء السر المهني . لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني ، إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك " .

من خلال التمعن في نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري ذهب إلى تغليب الالتزام بالسر على الشهادة أمام القضاء حين منع الأطباء بالإدلاء بالشهادة وبذلك يكون قد منع وحضر الشهادة في الشرط الثاني من نص المادة .

إلا أنه في الشرط الأول قد غلب الشهادة أمام القضاء على فكرة الالتزام بالسر الطبي حينما ألزم الأطباء بعدم الالتزام بالسر المهني فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته و الإكتفاء فقط في شهادته ومعاينته بالإجابة عن الأسئلة المطروحة عليه .

وحسن في نظرنا فعل المشرع الجزائري عندما منع وحضر الشهادة أمام القضاء رغم أن المنع والحضر ليس مطلقا بل مقيد ، وذلك من أجل حماية المصلحة الخاصة للمريض و بأن لا يلحقه إلا القليل من الضرر ، كما تتحقق بذلك المصلحة العامة بإعطاء كل ذي حق حقه .

وتكون الشهادة أمام القضاء مطلقة غير مقيدة كإستثناء فقط ، في جريمة الإجهاض . وذلك وفقا لنص المادة 301² من قانون العقوبات الجزائري .

¹ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، 146 .

² - لقد تم الإشارة إليها ؛ هامش رقم 1 ، ص 176 . من المذكرة

أما الشريعة الإسلامية فإن من أهم مبادئها الكبرى إقامة العدل بين الناس في أمور دنياهم ، و الشهادة هي أكبر ركيزة يرتكز عليها في إلحاق الحقوق بأصحابها ، وإقامة العدل بين الناس ، ولذلك أمرنا الله سبحانه وتعالى بعدم كتم الشهادة حيث جاء في محكم تنزيهه : ﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾¹ .

ب- حالة الإنتداب للخبرة الطبية : في المنازعات المتعلقة بالمسائل الفنية والعلمية والتقنية والتي غالبا ما يكون القاضي غير ملم بها ، فإنه يلجأ بناء على رغبته أو على طلب أحد الخصوم إلى الاستعانة بخبير مختص ، فعندما يكون النزاع متعلق بمسألة طبية فيمكن للقاضي أن يستعين بطبيب لإجراء خبرة ، سواء من تلقاء نفسه أو نزولا عند رغبة أحد المتنازعين .

وذلك عملا بنص المادة 126 ق.ا.م 1 التي تنص على : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم ، تعيين خبيرا أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة " .

والخبير في إصطلاح المحاكم : هو شخص صاحب خبرة تعينه المحكمة للتدقيق في مختلف الأمور التي تتعلق بشتى القضايا² .

فالطبيب الذي إنتدبته المحكمة لعمل خبرة لا يعتبر مفشيا للسر حينما يقدم تقريرا للمحكمة متضمنا ما توصل إليه عن حالة الشخص المرضية ، بشرط أن يقدم التقرير للمحكمة وحدها وأن يكون عمله قد تم داخل الحدود التي حددتها المحكمة ، وعلة الإعفاء من القول بمخالفة إفشاء السر الطبي ، أن الطبيب الخبير يكون ممثلا للمحكمة ، وعمله جزء لا يتجزأ من عملها ، فإذا أفضى بالسر إلى المحكمة فهو بذلك يفضي به إلى نفسه لا إلى الغير³ . ولا يجوز له - الطبيب الخبير- أن يحتج بالمهمة الموكلة إليه للوصول مباشرة للملف الطبي للمريض ، ذلك أنه شخص فني يتعاون عرضا مع جهاز العدالة⁴ .

¹ - سورة البقرة ، الآية 283 .

² - طلال عجاج ، المرجع السابق ، 147 .

³ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 440- 441 .
⁴ - SYLVIE WELSCH, Responsabilité du médecin , 2ème éd , éd juris-classeur Paris, france 2003, P 124.

أما عن علاقة الطبيب الخبير بالقاضي إستقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن الطبيب الخبير يعد ملتزما بإفشاء ما استدعي من أجله من مسائل والمعلومات الخاصة بها ، ولا يعد ملتزما بالبوح عما يخرج عن نطاق وظيفته .¹

فإذا تضمن تقرير الخبير معلومة خارج حدود المهمة المكلف بها ، كأن ينتدب طبيب من قبل المحكمة لفحص الحالة العقلية لأحد المتهمين ، وبدل أن يركز الطبيب الخبير على هذه المهمة فقط ، ذهب إلى الإشارة في تقريره أن المتهم قام بجريمة قتل ، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب قد تجاوز حدود مهمته ، وأفشى سرا أطلع عليه بحكم عمله .²

وسار المشرع الجزائري على طريق الفقه والقضاء الفرنسيين حينما نص على أن إلتزام الطبيب الخبير يقتصر فقط في تقريره على المعايينات المتعلقة بالمسائل الفنية المطروحة عليه والتي من أجلها طلب تدخله . وذلك في نص المادة 206 فقرة اربعة من ق ح ص ت السالفة الذكر والتي نصت على أنه : " ... لا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاینات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته ، تحت طائلة إرتكاب مخالفة إفشاء السر المهني " .

وعلى الطبيب أن يقوم بدوره ويقدم تقريراً إلى الجهة القضائية التي كلفته بذلك . ولا يراعي إهتماماً للسر المهني كونه أمام تحقيق الحق وخدمة العدالة ، وأنه قد أدى اليمين في سبيل ذلك .

ج- حالة تسليم الملفات الطبية : تعرف الملفات الطبية بأنها : " هي مجموعة الوثائق و الأوراق ، والتقارير ، وصور الراديو الخاصة بالمريض ، والتي يؤشر عليها الطبيب ، ويدون فيها ملاحظاته و النتائج المتوصل إليها والعلاج المقترح بشأن المريض ، وطريقة متابعة حالته ، و التطورات الحاصلة عليها " .³

ويتولد عن حفظ الملفات الطبية فوائد كثيرة ، حيث يرجع لها في العلاجات المستقبلية للمريض ، كما أن تتبع هذه الملفات يساعد على فهم طبيعة الكثير من الأمراض ، كما مكنت متابعتها إكتشاف الكثير من الأمراض ، كما أن كثير من الدول ترجع لها في تحديد المشكلات الصحية وإستخلاص الوضع الصحي العام فيها

¹ - أشارت إليه ؛ نبيلة غضبان ، المرجع السابق ، ص 131 .

² - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 148 .

³ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 245 .

ونظرا لهذه الفوائد فإن أنظمة ممارسة الطب في شتى العالم تلزم الطبيب بفتح ملفات طبية لمرضاه ، بهدف الرجوع إليها عند الحاجة ¹.

ومن خلال ذلك يمكن القول أن الملفات الطبية ما هي إلى أسرار مكتوبة أو مصورة ، تخص حالة المريض، تكون تحت يد طبيب أو إدارة المستشفى ، وبالتالي تسليمها لأي شخص أو جهة كانت يعد إفشاء للسر الطبي .

وقد أوجب القانون على الأطباء العناية ببطاقات المرض ، وملفاتهم ، ومواقعهم على البريد الإلكتروني من أي فضولي يرغب في التطلع عليها ، لأنها تحوي أسرارهم ².

وقد أكد المشرع الجزائري ذلك من خلال م ا ط ، حيث نصت المادة 39 منها على أنه : " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية و وثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول ".

إلا أن القوانين وضعت على هذا المبدأ إستثناء يتمثل في حالة صدور أمر قضائي بالتفتيش حيث أجازت للطبيب في هذه الحالة تسليم الملفات دون الإحتجاج بفكرة السر الطبي .

ونص المشرع الجزائري على ذلك في قانون رقم قانون 90 - 17 حيث نصت المادة 206 في فقرتها الثانية على أنه : " ... كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية ما عدا في حالة إصدار أمر قضائي بالتفتيش " .

وإنطلاقا من هذا النص فإنه لا يمكن للطبيب أو إدارة المستشفى أن يمتنع عن تقديم الملفات تحت ستار التمسك بفكرة السر الطبي ، في ظل وجود أمر أو حكم قضائي يقضي بذلك ، لأن واجب تطبيق الأوامر والأحكام القضائية أولى بالرعاية والإهتمام من واجب فكرة التمسك بالسر الطبي ، ما دامت الأحكام تصدر بإسم الشعب ، الذي هو مصدر كل سلطة ³.

¹ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 865-866 .

² - محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 246 .

³ - محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 245 .

وبالتالي فإن تسليم الملفات من قبل الطبيب أو إدارة المستشفى في حالة وجود قرار بالتفتيش لا يعتبر إفشاء للسر ، ويعد كذلك في حالة التسليم التلقائي من قبل الطبيب أو إدارة المستشفى .

وخلاصة القول أن فكرة السر الطبي أقرتها القوانين لحماية الحياة الشخصية للأفراد ، وهذه الفكرة ليست وليدة القوانين الحديثة ، بل عرفت منذ القدم ، فقد وردت في كتب الطب الهندية القديمة (الرجفيدا والأجريفدا)¹. كما كان (المحوت) في مصر القديمة يأخذ العهد والقسم على طلابه ألا يذيعوا لمريض سرا²، كما ورد عن شيشرون أن مبدأ التزام الأطباء بسر المهنة كان سائد في الحضارة الرومانية³ ثم جاء قسم ابيقراط ونص على ذلك وجاءت الشريعة الإسلامية متممة ومرسخة لهذا الخلق النبيل الذي يحمي كرامة الناس وشرفهم ، وبعدها توالى القوانين الوطنية والقوانين والمواثيق والعهد الدولية على الزام الأطباء بفكرة السر الطبي.

ويترتب عن الإخلال بالسر المهني عقوبات تأديبية وجنائية ، وقد أشار المشرع الفرنسي إلى العقوبات الجنائية في المادة 13/126⁴ من تقنينه الجنائي الجديد .

وأشار إليها المشرع المصري في المادة 310⁵ من تقنينه الجنائي . أما المشرع الجزائري فقد أشار لها في المادة 301⁶ من قانونه الجنائي والتي جاءت تطبيقا لنص المادة 235 من ق ح ص ت ، والتي نصت على أنه : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206 و 226 من هذا القانون " . أما العقوبات التأديبية فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 217 من م ا ط بقوله : " يمكن للمجلس الجهوي أن يتخذ العقوبات التأديبية التالية : - الإنذار التوبيخ . كما يمكنه أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة ، منع ممارسة المهنة" وذلك تطبيقا لنص المادة 211⁷ من ذات المدونة .

1 - ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 137 .

2 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 557 .

3 - محمد رايس ، مسؤولية الأطباء المهنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25 ، العدد الأول ، 2009 ، ص 249 .

4 - تمت الإشارة إليها ، هامش رقم 8 ، ص 165

5 - تمت الإشارة إليها ، هامش رقم 1 ، ص 166

6 - تمت الإشارة إليها ، هامش رقم 2 ، ص 166

7 - تنص المادة 211 من م ا ط ج على أنه : " يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص ، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه . ويعين الفرع النظامي الوطني الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء الفرع النظامي الجوي ، وإذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن ، يبعد هذا العضو ولا يحضر جلسات لجنة التأديب "

أما الشريعة الإسلامية فقد وضعت له (الإخلال بالسرمهني) عقوبة تعزيرية لكونه من المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة ، ويعزر بالعقوبة التي يحددها الإمام ،¹ والعقوبة التعزيرية تشمل ألتشهير ، الجلد ، الحبس التوبيخ كشف الرأس وإهانته ، وللحاكم أن يحكم بما يراه مناسباً منها لكون هذه العقوبات غير مقدره شرعاً .² و في ختام كلامنا عن التزام الطبيب بالسرمهني ، نشير إلى أن هذا الالتزام ولد من رحم الأعراف والتقاليد وكان التزاماً أخلاقياً ودينياً ، وأصبح الآن التزاماً قانونياً يترتب على عدم المحافظة عليه مسؤولية قانونية .

الفقرة الثالثة

الالتزام بمتابعة علاج المريض

إن هجر الطبيب لمريضه وتركه يعاني الآم المرض وويلاته فعل يتنافى مع ما تقتضيه مهنة الطب النبيلة، كما أنه تصرف غير أخلاقي ولا يمت للإنسانية بصلة ، التي تقضي بإحترام الناس ومراعاة شعورهم وظروفهم ، وبضرورة تقديم المساعدة والتعاون بين الناس بأن يمسك كبيرهم بيد صغيرهم وقويهم بيد ضعيفهم وصحيحهم بيد عليهم .

وبما أن العقد الطبي عقد شخصي³ وعقد مستمر⁴ في الوقت ذاته ، فإنه يتعين على الطبيب الالتزام شخصياً بمتابعة ومواصلة علاج مريضه حتى نهاية العلاج .

و يعد التزام الطبيب بمتابعة علاج مريضه من أكبر الالتزامات أهمية ومكانة في التدخل الطبي ، إلا أنه أقلها حظاً في إهتمام الفقه ، إلى درجة أن غالبية الناس يجهلون هذا الالتزام الملقى على عاتق الطبيب ، ويعتقدون في المقابل أن من حقه ترك المريض في أي مرحلة من مراحل العلاج شاء ، و على المريض البحث عن طبيب

1 - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 230 .
2 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 444 .
3 - أي أن المريض يقبل على التعاقد بناء على الثقة التي يطرحها في شخص الطبيب .
4 - تنفيذه يتطلب مدة معينة من الزمن ، فهو لا ينفذ دفعة واحدة وبشكل فوري فتتطلب عدة جلسات علاجية قد يقصر عددها أو يطول .

آخر غيره¹. وهذا ما كان سائد في ظل المذهب الفردي إذ أن للطبيب الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، لأنه كباقي الناس له الحرية المطلقة في ممارسة مهنته متى وكيفما شاء².

ولكن الأمر لم يدم طويلاً - لأصحاب البزة البيضاء - والذين ظلوا يعتقدون ولفترة من الزمن أنهم أحرار في ممارسة مهنتهم وأنهم فوق المساءلة ولا يسألون إلا بوصفهم أشخاص عادين، حيث تدخل القضاء وقيد من هذه الحرية المطلقة وأوجد لهم الإلتزام بمتابعة علاج المريض³.

وقضى القضاء الفرنسي بوجوب إلتزام الطبيب بمتابعة علاج مريضه، وعدم التخلي عنه وذلك في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في قضية " توريه نوروي " حيث قضت بأن الحكم المطعون فيه كان على حق فيما نسبته للطبيب من إهمال وخطأ جسيم، وعلى الأخص عندما تخلى إختيارياً عن علاج المريض وأبى أن يتابع علاجه وأن يزوره عندما طلب منه ذلك في حين أن حياة المريض كانت معرضة للخطر بسبب هذا التردد⁴.

إن إنقطاع الطبيب عن معالجة مريضه بشكل غير مبرر وفي ظروف غير مناسبة، يعتبر وبحق خطأ يترتب مسؤوليته⁵.

وذهب المشرع المصري إلى وجوب متابعة الطبيب لعلاج مريض في الحالات العاجلة ونص على ذلك في المادة 24 من لائحة آداب مهنة الطب البشري بقوله: " في الحالات غير العاجلة يجوز للطبيب الإعتذار عن علاج أي مريض ابتداءً أو في أي مرحلة لأسباب شخصية أو متعلقة بالمهنة، أما في الحالات العاجلة فلا يجوز للطبيب الإعتذار "

أما المشرع الجزائري فذهب هو الآخر إلى أنه لا يمكن للطبيب أن يتخلى عن إلتزامه بمتابعة مريضه إلا إذا ضمن مواصلة علاجه كأن يستخلف بطبيب آخر وهذا ما يفهم من نص المادة 50 من م ا ط ج والتي نصت على أنه: " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن تضمن مواصلة علاج المريض "

و للطرفين الطبيب والمريض الحق في حل العلاقة العقدية بينهما بكل حرية وذلك بشرط العلم المسبق، فإذا إكتشف الطبيب أن حالة المريض لا تدخل ضمن نطاق إختصاصه، أو خبرته فله الحق في

¹ - علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 266-267.

² - مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة "، المرجع السابق، ص 394.

³ - علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 267.

⁴ - قرار محكمة النقض الفرنسية 23 يونيو 1835، أشار إليه؛ طلال عجاج، المرجع السابق، ص 149.

⁵ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 149.

الإنسحاب، بشرط أن لا يكون الإنسحاب مبني على أسباب عرقية أو دينية أو مبنية على أصل المريض وتوجهاته المختلفة ، أو لكون أن حالته المرضية لا يرجى شفاؤها . كما يمكن للطبيب التخلي عن متابعة علاج مريضه إذا امتنع الأخير عن دفع الأجر في المواعيد المتفق عليها ، أو لم يمثل لتعليمات الطبيب ، أو في حالة الإستعانة خفية بطبيب آخر وهو أمر يمس بسمعة وكرامة الطبيب ، ففي كل هذه الحالات يجوز للطبيب أن يتخلى عن التزام متابعة المريض ، بشرط أن يختار الظروف اللائقة لذلك ، لأنه لو قام بتخليه في ظروف غير مناسبة قامت مسؤوليته عن الأضرار الناتجة عن تخليه على التزام متابعة علاج المريض ؛ وقضت محكمة السين الفرنسية بأحقية الطبيب في التخلي عن الإلتزام بمتابعة علاج مريضه ، في قضية رفض فيها الطبيب توليد امرأة كان يعالجها في مدة الحمل فقط لأن أسرتها أصرت على إحضار ممرضة لا يعرفها ، والتي لم يكن في مقدورها أن تقدم الضمان من العدوى الذي تقدمه له الممرضة التي أختارها ، فذهبت المحكمة بأن الطبيب تصرف بما تمليه عليه الأمانة ، وقضت على الزوج بأن يدفع له الأتعاب المناسبة عن العلاج الذي قام به طيلة فترة الحمل.¹

البند الثاني

الحالات ذات الطابع الفني

إضافة إلى الحالات ذات الطابع الإنساني والأخلاقي ، هناك حالات ذات طابع فني يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة كإستثناء من المبدأ العام ، وذلك لزوال عنصر الإحتمال فيها من جهة ، ودخول الأجهزة والمعدات مجال الخدمة الطبية والمساهمة في ترتيب نتائجها المؤكدة من جهة أخرى . ومن بين هذه الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة نتائجها ، سلامة الأدوية العلاجية وعمليات التلقيح، وسلامة التحاليل الطبية وعمليات نقل الدم ، وستعرض لهذه الحالات في الفقرات التالية:

¹ - محكمة السين الفرنسية ، أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 151 - 152 .

الفقرة الأولى

سلامة الأدوية وعملية التلقيح

سنتطرق لالتزام الطبيب بسلامة الأدوية العلاجية أولاً وبسلامة عمليات التلقيح ثانياً .

أولاً - التزام الطبيب بسلامة الأدوية العلاجية

من الواضح أن الطبيب بعد إجراء عملية الفحص والتشخيص يقوم الطبيب بمباشرة مرحلة العلاج لمريضه عن طريق تقديم الدواء مباشرة من عيادته أو وصفه في الوصفة الطبية والتي يتعين على المريض صرفها من الصيدلية .

ويعرف الدواء¹ بأنه : كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خصائص علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية ، و التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان قصد القيام بالتشخيص الطبي، وإستعادة وظائفها العضوية أو تصحيحها أو تعديلها . أو كل مادة تحوي مواد سامة أو مواد مفيدة للصحة البشرية، وكل ما يحضر مسبقاً ويقدم حسب توضيب خاص ، ويميز بتسمية خاصة ، يوصف بأنه " اختصاص صيدلي " وكذلك الأجهزة الطبية التقنية المستعملة في الفحوص والعلاجات الطبية ، و الأعمال المتعلقة بأجهزة وترميم الأسنان و تقويم الأعضاء والمعينات البصرية و السمعية وكذلك المساعدة على التحرك.²

ففي حالة تقديم الطبيب وصفة طبية إلى مريضه تتضمن الأدوية العلاجية ، فإنه يتحمل هو أو الصيدلي أو الصانع أو الثلاثة مجتمعين مسؤولية الأضرار التي تلحق المريض بسبب تعاطيه الدواء ، فعلى الطبيب عند كتابة الوصفة الطبية أن يبذل كامل العناية في أن يكون العلاج ناجحاً دون الإلتزام بشفاء المريض.³

أما في حالة ما إذا قدم الطبيب مباشرة الدواء للمريض من عيادته فإنه يقع على عاتقه الإلتزام بسلامة الأدوية المقدمة ، بغض النظر عن الإلتزام العام ، وذلك بأن لا تكون هذه الأدوية فاسدة أو ضارة وأن تؤدي بطبيعتها وخصائصها المعهودة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها.⁴

¹ - قد أثار مفهوم الدواء جدلاً كبيراً، حول ما يعتبر دواء وما لا يعتبر كذلك وهذا ما نشاهده في الواقع ، فبعض المواد والأجهزة تعرض في الصيدليات وتعرض في محال تجارية ، كمحال مواد التجميل ومحال بيع المواد الغذائية ومحال بيع الأجهزة والمعدات الرياضية .

² - أنظر المواد 170-172-173 من ق ح ص ت ج

³ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 246-247 .

⁴ - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 222 .

فالتبيب ملزم بتحقيق نتيجة في الأدوية التي يقدمها لمرضاه ، وهذا ليس من باب فعالية الدواء أو شفاء المريض ولكن من باب سلامة الأدوية من الأضرار التي يمكن أن تلحقها بالمريض ، كأن يصف الطبيب لمريضه دواء خاطئ أو دواء منتهي الصلاحية ، أو دواء فاسد ، أو دواء تم سحبه نهائيا و أوقف إستعماله ، أو يكتب الدواء بطريقة غير مفهومة ، أو يزيد خطأ في مقدار الجرعة ، أو يصفه بطريقة إستعمال خاطئة ، أو وصف دواء سام دون إرشادات لطريقة الإستعمال. وبالتالي فإن الطبيب مسؤول عن ما تلحقه الأدوية من أضرار لا مبرر لها بالمريض.¹

ويسأل الطبيب عن إخلاله بإلتزام سلامة الأدوية العلاجية المقدمة لمريضه ما لم يقم الدليل على وجود سبب أجنبي غير منسوب إليه .²

وقد أخذ القضاء الفرنسي بمبدأ التزم الطبيب بسلامة الأدوية المقدمة لمرضاه وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن الحقنة التي نتج عنها صعوبة حركة عضلات المريض بمرض جلدي ، بغض النظر لمن يرجع سبب الحادث سواء كان السبب راجع للممرضة بخلطها بين الحقن ، أو للصانع في غلظه لتكوين الحقنة ، أو لفساد المصل ، نتيجة عدم كفاية التعقيم أو لدخول الهواء الملوث إلى الأنبوبة التي تحتويه .³ كما أدانت محكمة رين الفرنسية طبيبا بالقتل الخطأ . لأنه وصف للمريض دواء مرتفع التركيز من مادة سامة مما أدى إلى وفاته مباشرة بعد تجرعه أول جرعة منه ، رغم أن الصيدلي قد اعترض على صرف هذا الدواء للمريض .⁴

والقضاء المصري هو الآخر ذهب إلى وجوب التزم الطبيب بتحقيق نتيجة في سلامة الأدوية المقدمة لمرضاه وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه " إذا قام الطبيب بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه به ، فإنه يكون قد أخطأ سواء وقع في هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه، وبالتالي وجبت مساءلته في الحالتين لأن الخطأ المشترك لا يجب مسؤولية أي من المشاركين فيه ولأن إستيثاق الطبيب من كونه الدواء الذي يتناوله المريض ، أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفائه ، وبالتالي فإن

¹ - محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 159 .

² - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 247 .

³ - أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 222 . وكذلك ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام .. Civ.4Fev1959 R.T.D.1959.317 - 247 - المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 163 . وكذلك ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 247 - 248 .

⁴ - حكم محكمة رين الفرنسية الصادر بتاريخ 1842/12/07 . أشار إليه ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 164 .

تقاعسه عن تحريه ، و التحرز فيه ، والإحتياط له يعد إهمالا يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره " 1 .

أما الصيدلي والمنتج فإلتزامهما حسب القاعدة العامة هو التزام بتحقيق نتيجة ، محددة بتقديم أو بيع أدوية صالحة وسليمة ولا تشكل بطبيعتها خطرا على حياة من يتعاطونها من المرضى .² فإذا قام الصيدلي بتكوين دواء بنسب معينة ، فإنه يسأل عن أضراره أو تسمماته التي تلحق بالمريض نتيجة وجود خلل في تركيبه أو في فساد عناصره ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن إباحة عمل الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة ، فمخالفتها أو التفريط فيها من أحدهما يجعله مسؤولا بحسب تعمده الفعل ونتيجته ، أو تقصيره وعدم تحرزه ، فخطأ الصيدلي في تحضيره لمحلول البونتوكاين كمخدر موضعي بنسبة 1 بالمائة وهي تزيد على النسبة المسموح بها طبييا يوجب مسؤوليته جنائيا ومدنيا .³

ثانيا - سلامة عملية التلقيح (التحصين)

التلقيح هو عملية تحفيز النظام المناعي الطبيعي لجسم الإنسان الذي يهاجم أية بكتيريا أو فيروس يغزو جسمه ، وهذا بعد التعرف عليها ومهاجمتها عن طريق إنتاج بعض الأجسام المضادة التي تدمر وتوقف نشاط هذه البكتيريا أو الفيروسات . وتكون عملية التلقيح عن طريق المكروب أو البكتيريا المسببة للمرض أو بجزء منها ، وذلك بعد إضعافها أو قتلها ، وتؤدي اللقاحات مفعولها في تكوين الأجسام المضادة بعد عدة شهور ويدوم مفعولها لفترة طويلة ، قد تكون مدى الحياة ، وغالبا ما يكون التلقيح لإكتساب مناعة ضد الإصابة ببعض الأمراض الفتاكة والمستعصية ، كالسل، الحصبة ، التيتانوس وغيرها من الأمراض . وتتم عملية التلقيح من هذه الأمراض في أعمار معينة .⁴

فالتبيب يلتزم بتحقيق نتيجة أثناء عملية التلقيح وذلك بسلامة المصل وطريقة التلقيح وهذا لا يعني أن تكون عملية التلقيح فاعلة وشفافية بل أن لا تكون محلا لأضرار أخرى تلحق المريض كالعديوى مثلا .فالتبيب مسؤول عن نتائج التلقيحات التي يجريها متى ألحقت ضررا بأخذ التلقيح .⁵

1 - نقض جنائي مصري صادر بتاريخ 20 ابريل 1970 . أشار إليه ، محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 248 . وكذلك ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 223 .

2 - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 591 .

3 - نقض جنائي فرنسي صادر بتاريخ : 1959/01/27 ، أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق ، ص 249-251 .

4- <http://www.qalqilia.edu.ps/loqah.htm>

5 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، 165 .

ونظرا لأهمية التلقيح في الحفاظ على الصحة العامة للمجتمع . قد حددت بعض التشريعات ومنذ مدة من الزمن مجموعة من التلقيحات الإجبارية ضد بعض الأمراض المعدية والخطيرة كالتلقيح ضد الجدري ، السل الدفتيريا ، الطيطانوس ، وشلل الأطفال¹ . وذلك من أجل حماية مواطنيها من جميع الأمراض و الأوبئة المعدية التي قد تطالهم . و بذلك أصبحت غالبية التحصينات إجبارية تقوم به الدولة .

وذهب المشرع الفرنسي في قانون 25 ماي 1975 إلى إقامة مسؤولية الدولة على الالتزام بتحقيق نتيجة² ، و في مصر تعين الأخذ بمسؤولية الدولة كذلك أسوة بما يجري به العمل في فرنسا . فالدولة المصرية تسأل على الالتزام بتحقيق نتيجة على أساس كونها متبوعة تتحمل أخطاء تابعيها الذين هم دائما تابعين لوزارة الصحة³ .

أما المشرع الجزائري فقد سلك هو الآخر مسلك نظريه الفرنسي والمصري حيث نص على التلقيح الإجباري في المادة 55 من ق ح ص ت حيث نصت الفقرة الأولى منها على أنه : " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية " . وحددت المادة الأولى من المرسوم رقم 85-282 والتي عدلت المادة الأولى من مرسوم 69-88 المؤرخ في 17 يونيو 1969 على بعض الأمراض التي تقتضي التلقيح الإجباري وذلك بقولها " تكون حماية الطفل الصحية عن طريق التلقيح من السل ، والخناق ، والكزاز والشهق ، وشلل الأطفال ، والحصاء ، إجبارية " .⁴

وفي هذه الحالة تسأل الدولة وحدها عن الأضرار والحوادث التي تنتج عن عملية التلقيح كونها متبوع والطبيب تابع⁵ .

وأكد القضاء هو الآخر أن إلتزام الطبيب في عملية التحصين هو إلتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض من الأضرار الناتجة عن هذه العملية . وذلك عندما أدان القضاء الفرنسي عن طريق محكمة النقض الطبيب الذي حصن طفلا ضد مرض معين ، وذلك بحقنه حقنتين متتاليتين ، فأعطى الطبيب الحقنة الثانية للمريض بالرغم من أن الطفل قد ظهرت عليه أعراض مميزة خاصة بالمرض نفسه ، بعد إعطائه الحقنة

¹ - مسعود شيهوب ، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري ، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر ، 2000 ص 218 .

² - أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 255 .

³ - أشار إليه ؛ أحمد حسن الحياوي ، المرجع السابق ، ص 51 .

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 85-282 ، المؤرخ في 29 صفر عام 1406 هـ الموافق 12 نوفمبر سنة 1985 م ، المتضمن بعض أنواع التطعيم الإجباري ، المؤرخ في 12 نوفمبر 1985 ج . ر عدد 47 لسنة 1985 . ص 1730 .

⁵ - رشيد خلوفي . قانون المسؤولية الإدارية . ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1995 ص 35 .

الأولى¹. كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى إقامة مسؤولية الدولة في مجال التلقيحات الإجبارية عندما أثار فكرة المخاطر الخاصة².

وقد دأب القضاء على اشتراط كون المصل نظيفاً ، ويعني ذلك إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في تهيئة المصل ، وتكمن النتيجة في تسليم مصل لا ينجم عن تعاطيه إلحاق أذى إضافي بالمتلقي . ففي إحدى القضايا قضت محكمة الإستئناف بمسؤولية العيادة عن الضرر الذي لحق المريض على إثر زرقه نتجت عن إعطائه المصل والذي أرجع الخبراء سببه إما لفساد المصل ، أو لخطأ في صناعته أو في إختيار القنينة ، فأدانت المحكمة العيادة دون أن تكلف نفسها البحث عن أي من هذه الأسباب كانت سببا في الضرر ، لأن المحكمة ترى بأن العيادة تلتزم بأن تقدم سائلا موافقا في طبيعته وخصائصه للهدف المقصود³.

الفقرة الثانية

سلامة التحاليل الطبية وعملية نقل الدم

يلتزم الطبيب إستثناءً من المبدأ العام التزم بتحقيق نتيجة ، فيما يخص سلامة التحاليل الطبية وعملية نقل الدم ، فيجب أن تكون تحاليله دقيقة و أن يكون الدم الذي ينقله للمريض سليما وستتطرق للألتزامين كل منهما على حده فيما يأتي :

أولا - سلامة التحاليل الطبية

تعتبر عملية التحاليل الطبية حسب الفقه والقضاء ، من بين العمليات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ، وذلك نظرا لدور التطور العلمي في هذا المجال والذي أزاح عنصر الإحتمال عن الكثير منها وأصبحت نتائجها مؤكدة ، إضافة إلى كونها الركيزة الأولى في بناء العلاج .

¹ - نقض جنائي فرنسي صادر في 31 يناير عام 1956 - دالوز سنة 1956 ، أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 220
² - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1958 . لقد جاء في حيثيات هذا القرار الصادر عن القسم الإجتماعي لمجلس الدولة ما يلي : " ... أنه قد يحدث في بعض الحالات أن تسبب التلقيحات حوادث خطيرة دون أن يكون بالإمكان إثبات خطأ المرفق أو خطأ الضحية . وأنه في مثل هذه الحالات ، فإن القانون يجعل التلقيح الزاميا لأسباب تتعلق بالنظافة وبالصحة العامة ، وخاصة من أجل منع إنتشار العدوى ، يكون قد أنشأ مخاطر خاصة تتحملها الضحية من أجل الصالح العام ، وهو ما يستتبع إمكانية الزام السلطة العامة بإصلاح العواقب الضارة لهذه الحوادث ... " أشار إليه ؛ مسعود شيهوب في المرجع السابق ، ص 220 .
³ - نقض جنائي فرنسي أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 165-166 .

والتحاليل الطبية هي عملية الفحص والكشف المخبرية على بعض السوائل بجسم الإنسان و التي يجريها الطبيب أو يأمر بإجرائها ، كتحاليل الدم أو البول أو البراز أو الصديد أو المني ، أو غيرها،¹ وذلك للتعرف على المرض أو تشخيصه أو تقديم علاج له أو بمناسبة مباشرة تدخل جراحي .

وبذلك تعد التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا ، لا تنطوي على قدر من الإحتمال والمخاطر كغيرها من الأعمال الطبية ، ولا تحمل صعوبات خاصة بالنسبة للطبيب ، لذلك هو ملزم بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة التحاليل ودقتها.²

ويسأل الطبيب إذا لم تتحقق هذه النتيجة محل الإتفاق ما لم يثبت أن إخلاله بهذا الالتزام راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .³

وقد ذهب القضاء إلى أن إلتزام الطبيب في التحاليل الطبية العادية إلتزام بتحقيق نتيجة تكمن في سلامة النتائج ودقتها ، فقضت محكمة تولوز الفرنسية في هذا الشأن بأنه كلما كان عمل الطبيب يتعلق بأعمال المختبر التي لا تتضمن بحسب الأصول العلمية السليمة أية صدفة وأية إحتمال ، فإنه مطالب بنتيجة في هذا العمل المحدد ، وهكذا يكون الأمر عند تحليل الدم ، لأنه من الثابت علميا أن تعين فئة الدم (RH+) يكون أكيد إذا ما تمت عملية التحليل بصورة صحيحة ، لأن هذا العمل يخضع لقواعد دقيقة وثابتة ويجب أن يصل فيها القائم على التحليل إلى حل صحيح ؛ وتتلخص وقائع القضية موضوع القرار أن مريض تقدم إلى مختبر لتحليل دمه لكونه على وشك إجراء عملية جراحية ، إلا أن إهمال الطبيب حال دون تحديد فصيلة دم المريض بشكل صحيح ، فعندما يقول الطبيب أن فصيلة دم المريض سلبية في حين أنها من فصيلة إيجابية ، فإن هذا الطبيب يكون مسؤولا عن الأضرار التي لحقت بالمريض ، ما لم يثبت أن الأمر عائد إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .⁴

فإذا كان إلتزام الطبيب في التحاليل الطبية العادية والمألوفة والتي تجري بشكل يومي في المعامل من مستشفيات وعيادات التزام بتحقيق نتيجة . فإنه تجدر الإشارة إلى أن هناك تحاليل طبية دقيقة ومعقدة وصعبة تخرج عن المألوف فيما تجريه المختبرات يوميا .

¹ - <http://tahleel.mam9.com/t1-to>

² - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 257 .

³ - إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، ص 56 .

⁴ - قرار محكمة إستئناف تولوز الفرنسية الصادر بتاريخ : 14 ديسمبر 1959 ، أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 154 .

فهذا النوع من التحاليل يتميز بدرجة كبيرة من الدقة ويصعب الكشف فيه عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة ، ويختلف فيها التفسير والإجتهاد ، فيقتصر إلتزام الطبيب فيها على بذل عناية واليقظة الواجبة.¹

وقد إعتترف القضاء الفرنسي بهذا النوع من التحاليل وذهب إلى أن إلتزام الطبيب فيه يتوقف على بدل عناية واليقظة الواجبة . وذلك عندما قضى بأن الطبيب الذي إنتهى في تحليله إلى وجود أورام سرطانية مما دفعه إلى إستعمال أشعة الكوبالت في معالجة مريضه ، إلا أنه تبين فيما بعد أن نتائج التحاليل كانت خاطئة ، فإن الطبيب لا يسأل ، لا سيما إذا كانت نتيجة تلك التحاليل محل إختلاف بين رجال الفن ، و أن الخطأ في التحليل لا يعد موجبا للمسئولية .²

ويبدو أن هذا المعيار قد أعيد النظر فيه من قبل القضاء الفرنسي حيث أصبح الطبيب المخبري ملزم بتحقيق نتيجة حتى ولو كانت التحاليل التي يجريها دقيقة ومعقدة وصعبة ، فبالرغم من كون عملية إكتشاف فيروس مرض فقدان المناعة المكتسبة « VHI » معقدة وصعبة ، فقد ذهبت محكمة كولمار الفرنسية بتاريخ 25 أكتوبر 1989 إلى الحكم بأن عملية الكشف عن فيروس « VHI » توقع على عاتق الطبيب المخبري التزم بتحقيق نتيجة .³

ثانيا - سلامة عملية نقل الدم

الدم : هو ذلك " السائل الأحمر الذي يجري في العروق الدموية ، من شرايين وأوردة وشعيرات دموية، والمصنع الأساسي للدم هو نقي العظام الذي ينتج أكثر من 8 ملايين خلية في الثانية " .⁴ ويتكون الدم من ثلاثة عناصر ، أولها الكريات الحمراء والتي تختص بنقل الأوكسجين إلى الأنسجة وثانيها الكريات البيضاء والتي يكمن دورها الأساسي في مواجهة الميكروبات والتفاعلات المناعية كردة فعل الجسم قبل التأثير التحسسي لبعض الأدوية ، وثالثها صفائح الدم التي تعمل على تجلط الدم وبذلك يتوقف النزيف وتلتئم الجروح ،⁵ ويشكل

¹ - عبد القادر تيزي ، التزم الطبيب بتحقيق نتيجة ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس - الجزائر ، العدد التاسع (9)، 2012 ، ص 152-153 .

² - Trib.civ.Nimes .1/7/1958.J.C.P.1959.2.11374

أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 219 .

³ - حكم محكمة كولمار الفرنسية الصادر بتاريخ : 15 أكتوبر 1989 أشار إليه ؛ عبد الكريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 101 .

⁴ - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 462 .

⁵ - أمين مصطفى محمد ، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز و الإلتهاب الكبدي الوبائي ، ب ط ، ب دن ، ب ب ن ، 1999 ، ص 12 .

الدم نحو 7 بالمائة من وزن الإنسان ، فإذا فقد الإنسان دمه أو كمية كبيرة منه فإنه يتعرض للموت كونه (الدم) ينقل إلى الخلايا عنصر الحياة الأول وهو الأكسجين ولهذا يعبر الفقهاء عن القتل بإراقة الدم.¹

قد يتطلب علاج المريض أحيانا نقل الدم إليه بضخه في شرايينه ، فيتوجب على الطبيب في هذه العملية أن يراعي ويحرص بآلا ينقل للمريض دما من فصيلة غير فصيلة دمه ، وبأن لا ينقل إليه كذلك دما ملوثا بجراثيم أمراض معدية ، وذلك كله لتجنب المريض الإصابة بالأضرار الجسيمة ، أو الأمراض المعدية.² فالالتزام الطبيب في عملية نقل الدم التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في خلو الدم من الجراثيم وتوافق فئة الدم مع فئة دم المريض .

كانت تعد عملية التبرع بالدم ونقله قديما من الأمور قبيل المحظورة ، لإعتبارها تنقص من قدرات جسم الإنسان ، وكذا مخاطرها على حياة وسلامة المتبرع ، إضافة إلى الفشل الذي منيت به عمليات نقل الدم في محاولات عديدة ، نظرا للجهل بخباياها والتي أكتشفت فيما بعد وأصبحت تعد من مفاخر الطب الحديث .

ففي فرنسا قد صدر قانون عام 1697 يحرم ويجرم عملية نقل الدم ويضع مرتكبها تحت طائلة المسؤولية إلا أن تطور التقنيات الطبية الحديثة وشيوع هذا النوع من العمليات ، وإستقرار قواعدها وقدره العدد الكبير من الأطباء على إنجاح هذه العملية ، أدى إلى صدور أول قانون فرنسي عام 1818 يبيح إجراء عملية نقل الدم والذي أعقبه صدور القانون الذي ينظم عملية نقل الدم في 1952/7/21 ، أما المشرع المصري فقد نظم التبرع بالدم بالقانون رقم 187 لسنة 1960.³

كما رخص المشرع المصري لبنوك الدم وحدها دون غيرها من الجهات جمع وتخزين الدم ومركباته ويتم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي ، لتقوم هي الأخرى بدورها بتوزيعه أو بيعه للمريض بمقابل رمزي أيضا ، مخالفا بذلك الفقه الفرنسي الذي رفض فكرة بيع الدم والأعضاء البشرية وفي ذلك يقول سفاتييه : " إن جسم الإنسان ليس مجالا للتجارة ، ولا محلا للبيع أو التجزئة ، فالقيم الإنسانية تسمو على المال ، ويمكن أن يتنازل الإنسان عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس بدافع المال " .⁴

أما المشرع الجزائري فقد نظم عملية جمع الدم ونقله في ق ح ص ت حيث نص في المادة 158 منه على أنه : " تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصال الدم

1 - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 462 .

2 - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 210 .

3 - أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 213 .

4 - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحيارى ، المرجع السابق ، ص 49 .

البلازما - ومشتقاته والمحافظة على ذلك ، يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم وتحصين المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم - البلازما فيريز - وكذلك العلاج بواسطة الدم ومصله - البلازما - ومشتقاته . يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض إستغلالية " . كما نص على إنشاء وكالة وطنية متخصصة في حقن الدم تحت وصاية وزير الصحة مقرها بالجزائر العاصمة ويمكن نقله إلى أي مكان من التراب الجزائري . وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 95-105 .¹

إن إلتزام الطبيب بنقل الدم في بادئ أمره كان إلتزام ببذل عناية شأنه شأن باقي إلتزاماته في بعض التدخلات الطبية الأخرى ، وكان هذا أمرا طبيعيا في ضوء غياب الأجهزة الطبية الأكثر تطورا ، والتي أصبحنا نألّفها في العصر الحديث . وفي هذا السياق يمكن القول أن مرض السفيليه وفي مرحلته الصامتة والتي ثبت علميا تواجدها ، يمكن فيها أن تنتقل عدوى المرض من المتبرع إلى المريض الذي تم نقل بعض الدم إليه ، فيمكن القول في هذه الحالة بأن مسؤولية الطبيب لا تتعدّد لأن فحص دم المتبرع أبان تلك الفترة كان سلبيا .²

إلا أنه بمرور الأيام وتطور العلوم بصفة عامة والعلوم الطبية بصفة خاصة ، والتي جعلت من بعض الأعمال مؤكدة النتائج ولم يعد فيها مجال للإحتمال ومن بينها عمليات نقل الدم ، والتي ذهب الفقه والقضاء لإعتبار التزام الطبيب فيها التزام بتحقيق نتيجة محددة وهي نقل دم سليم إلى المريض . وأن أي إهمال أو تقصير من الطبيب في فحص فصيلة الدم أو في التأكد من سلامة الدم المنقول يقيم مسؤوليته .

وليس المقصود من سلامة الدم المنقول إلى المريض شفاء المريض من العلة التي يعاني منها ، وإنما أن لا يصاب المريض من جراء ذلك النقل بعلّة جديدة بسبب دم ملوث نقل إليه .³

وذهب الفقه والقضاء إلى إعتبار الطبيب مخلا بإلتزامه إذا نقل دما غير مناسباً لمريضه أو دما ملوثا بالجرائيم ، خاصة مرض الإيدز الذي ظهر مؤخرا والذي يتوقف إحتمال الإصابة به على مجرد وخز الجلد .⁴

¹ - تنص المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 19 ذي القعدة عام 1415 هـ الموافق لـ 9 ابريل سنة 1995 م المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها ، على أنه : " تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري ووجهة علمية وتقنية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي ، تسمى " الوكالة الوطنية للدم ، وتدعى في صلب النص الوكالة " ؛ ونصت المادة 2 من ذات المرسوم على أنه : " توضع الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة " ؛ ونصت المادة 3 من المرسوم نفسه على أنه " يكون مقر الوكالة في مدينة الجزائر ويمكن نقله إلى أي مكان آخر من التراب الوطني بمرسوم بناء على إقتراح الوزير المكلف بالصحة " .

² - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 210 .

³ - عبد القادر تيزي ، المرجع السابق ، ص 150-151 .

⁴ - أشار إليه ؛ عبد الكريم عيشوش ، المرجع السابق ، ص 98 .

فأدان القضاء الفرنسي مركز نقل الدم عن الأضرار التي لحقت بالمريض جراء نقل دم معيب ، من شخص حاملا لمرض معين ¹.

وتواصلت إداة القضاء الفرنسي لمراكز نقل الدم بقرارات بعضها صادرة عن محكمة النقض الفرنسية والبعض الآخر عن مجلس الدولة الفرنسي ، ومن بين ما صدر عن الأخير القرار المؤرخ في 26/05/1995 م والذي تتلخص وقائعه في ان السيد Guyen أصيب بفيروس (VHI) على اثر نقل عملية دم إليه بواسطة مركز نقل الدم متواجد بمستشفى عمومي ، وحاكم له بالتعويض على أساس أن المستشفى يكون مسؤولا حتى في حالة غياب الخطأ ².

وقضت محكمة تولوز الفرنسية بمسؤولية الطبيب الذي يتولى تحليل دم المريض لتحديد فصيلة الدم ، ويغلط في تحديد فصيلة الدم ، لأن التزامه في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة ، كون تحديد فصيلة الدم يجري فينا ووفقا لقواعد دقيقة ثابتة تؤدي حتما إلى نتيجة صحيحة ³.

أما القضاء ⁴ المصري فهو الآخر ذهب إلى أن التزام الطبيب في عملية نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة في حكم لمحكمة المنصورة الابتدائية .

و نتيجة لتطور العلوم الطبية وظهور التخصصات في الأعمال الطبية ، كالتبيب المتخصص ، ومخابر التحليل ، ومراكز نقل الدم ، وبنوك الدم ، فإن عملية تحليل الدم أصبحت في الغالب من نصيب هذه المخابر

¹ أشار إليه ؛ محمد رابيس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 250 .
² - قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في : 26 ماي 1995 أشارت إليه ؛ هواري سعاد ، مسؤولية المرافق العمومية على أساس المخاطر ، مجلة الحجة الصادرة عم منظمة المحامين لناحية تلمسان - الجزائر - العدد 3 2012 ، ص 85-86 .
³ - قرار محكمة إستئناف تولوز الصادر بتاريخ 14/12/1959 ، أشارت إليه ؛ هواري سعاد ، المرجع السابق ، ص 86
⁴ - محكمة المنصورة الابتدائية ، الدعوى رقم 7564 لسنة 1984 . وجاء ملخص وقائع القضية وتسبب الحكم كما يلي " لما كان الثابت من المستندات المقدمة من المدعي عن نفسه وبصفته ، وهي صورة التذكرة الخاصة بالمريضة المتوفاة (مورثة المدعي) ، والتي أثبت بها تقرير الدكتورة ... أن مورثة المدعي احتاجت إلى نقل دم ، ولم توجد طبية بنك الدم بالمستشفى ، فتوجه أحد الأطباء ، وهو- المدعى عليه الرابع - لعمل الفصيلة ، وأحضر كيس دم وتم تركيبه للمريضة . وهذا الدم من فصيلة (B) فحدث إنخفاض مفاجئ في ضغط الدم ، فطلبت طبية التخدير كيسا آخر ، وأحضر لها المدعى عليه الرابع كيسا آخر ، ولم تتحسن حالة المريضة ، فتوجهت الدكتورة ... - المدعى عليها الثالثة - لبنك الدم لإحضار كيس آخر ، وقامت بعمل الفصيلة ، فوجدتها (A) ، فتم إستدعاء رئيس قسم الدم الذي قام بعمل الفصيلة ، ووجدها (A) . وقد توفيت المريضة نتيجة صدمة عصبية شديدة ، وهبوط حاد غير مرتجع بالضغط . وأيضا ثابت ببلاغ الوفاة الخاص بمورثة المدعي ، أنه نتيجة أخذ عدد 2 كيس دم من فصيلة غير فصيلة المريضة ، ومن ثم فإن المدعى عليه الرابع يكون قد أخطأ خطأ يرتب مسؤوليته ، إذ كان يتعين عليه أن ينقل الدم الى مورثة المدعي من فصيلة تتفق مع فصيلة دمها . وهو التزام محدد محله تقديم دم مناسب وسليم . أيضا فقد أخطأ في تحديد فصيلة دم المذكورة على نحو دقيق ، ومن ثم فإنه يكون مخلا بالتزامه ، وتقوم مسؤوليته العقابية عن الضرر الذي ألحقه بمورثة المدعي على نحو ما سلف البيان " . أشارت إليه ؛ هواري سعاد ، المرجع السابق ، ص 212 .

والمراكز المتخصصة ولم يعد يقوم بها الطبيب المعالج إلا نادرا حيث يكتفي بأخذ الدم من هذه المراكز والبنوك لعلاج مرضاه ، وفي هذه الحالة من يتحمل مسؤولية الدم الملوث ؟ أو بصيغة أخرى على من يرفع المريض المتضرر من عملية نقل الدم دعواه ؟ على الطبيب المعالج ناقل الدم أم على الطبيب المتخصص أو مركز أو بنك الدم كموردين للدم ؟

رغم إنعدام العلاقة أو الرابطة القانونية بين المريض ومراكز وبنوك نقل الدم ، إلا أن الفقه والقضاء أجازوا للمريض الرجوع مباشرة على هذه المراكز بالتعويض .

فذهب الفقه الفرنسي إلى القول بتطبيق أحكام الإشتراط لمصلحة الغير في هذا المجال ، وأنه من حق المريض الاستفادة من الرابطة العقدية المبرمة بين طبيبه المعالج والطبيب المتخصص أو بنك الدم بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد وهو تاريخ قيام الإشتراط .¹

وأيد القضاء هذا الرأي حيث قضت محكمة النقض في حكم سبقت الإشارة إليه² ، أن للمريض المتضرر الحق في الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم الذي قدم له دما ملوثا مستندا في ذلك إلى وجود إشتراط لمصلحته في العقد المبرم بين طبيبه المعالج والمركز ، وهو ما يمنحه الحق في مطالبة المركز بالتعويض عن إخلاله بالتزامه الناشئ عن هذا العقد ، بدون حاجة إلى إثبات خطئه وانتهت في حكمها بمسؤولية مركز الدم عن تعويض الأضرار التي لحقت بالمريض بسبب نقل دم ملوث إليه.

وقررت محكمة إستئناف باريس بأن مركز الدم في عقد نقل الدم يكون مسؤولا عن تقديم دم خال من أي عيب والتزامه في ذلك التزم بتحقيق نتيجة . سواء تعلق ذلك بنقل دم طبيعي أو أحد مشتقاته أو مكونات المعالجة الصناعية على أن لا يثبت مركز الدم السبب الأجنبي .³

وخلاصة القول مما سبق أن للمريض الحق في الحصول على دم سليم خالي من أي عيب وإذا لحقه ضرر من عملية نقل دم ملوث فله الخيار في توجيهه والرجوع بدعواه ، فله أن يرجع على طبيبه المعالج بدعوى المسؤولية نتيجة إخلاله بتقديم دم سليم ، أو على الطبيب المختص أو مركز أو بنك الدم إستنادا لوجود إشتراط لمصلحته في العقد الذي أبرمه طبيبه المعالج .

¹ - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحياوي ، المرجع السابق ، ص 50 .
² - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1954/12/17 . اشير إليه ؛ هامش 3 ، ص 197 .
³ - قرار محكمة إستئناف باريس الصادر بتاريخ 1991/11/28 أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحياوي ، المرجع السابق ، ص 50 .

وقبل أن ننهي الحديث عن التزام الطبيب بسلامة الدم المنقول لمريضه تجدر بنا الإشارة إلى أن السوائل الأخرى غير الدم والتي يحتاجها المريض في علاجه و يقوم الطبيب المعالج بإعطائها له كالمصل والجلوكوز وغيرها، فشأنها شأن نقل الدم يلتزم الطبيب المعالج فيها كذلك بتحقيق نتيجة تتمثل في صلاحيتها وسلامتها وقابلية الجسم لها.¹

وفي هذا الشأن أقام القضاء الفرنسي مسؤولية إحدى العيادات عن حقن المريض بمصل فاسد ، حتى ولو ظل أصل الفساد غير معروف.²

وذهب فقهاء الشريعة الإسلامية هم الآخرون إلى إجازة الإنتفاع بالدم ونقله إلى إنسان آخر كدواء وعلاج في حالة انعدام دواء آخر من المباحات وذلك تطبيقاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات أو من باب إعتبره الحاجة نزلت منزلة الضرورة.³

إلا أنهم اشتهروا بأن لا يلحق المتبرع ضرر يؤدي به إلى الهلاك أو العجز ، بل يجب أن يكون أخف من الضرر الذي سيتم إزالته ودفعه عن المريض بناءً على قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف...⁴

وقد ذهب الفقهاء إلى أن بيع الدم المسفوح باطل ومحرم ، ويرخص بنقله عند الضرورة لإنقاذ مريض أو جريح ، بمقابل هدية أو قيمة غذائية ، أما ثمنه فهو محرم ، أما الموجود في مراكز تجميع الدم وليس معيناً من فرد محدد ، فيباح دفع المقابل المادي باعتباره أجر حفظ أو جمع الدم لا على أنه ثمن . كما ذهب فقهاء الشريعة كذلك إلى عدم جواز إكراه الإنسان على التبرع بجزء من دمه حتى ولو تعين عليه ذلك ، ويكون أئماً إذا لم يوجد مانع حسي أو طبي أو نفسي.⁵

وخلاصة رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في العلاج بنقل الدم ، بأنه يجوز العلاج بنقل الدم بشرط أن لا يلحق ذلك بالمتبرع ضرر فاحش يفوق الضرر الذي يعاني منه المريض ، أو لا يتناسب مع النفع الذي سيحنيه المريض .

¹ - كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 99 .

² - أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 217 . J.C.P.1959 .2.11046 .153 n Esmein .Civ 4 fev.1959 D.1959 .

³ - أشار إليه ؛ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، المرجع السابق ، ص 452 .

⁴ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 159 .

⁵ - أشار إليه ؛ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي ، المرجع السابق ، ص 452 - 453 .

البند الثالث

الحالات ذات الطابع التقني

لا يتوقف عمل الطبيب على الجانب الفني بل يتعداه إلى الجانب التقني ، وذلك نتيجة للتقدم العلمي ودخول الأجهزة والأدوات مجال التدخلات والعلاجات الطبية بشكل ظاهر ومباشر، وحتى يتم حماية المريض من مخاطر الجانب التقني لعمل الطبيب فيما يستعمله من أجهزة وأدوات في علاجه ، فقد حدد الفقه والقضاء حالات يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ، وسنتطرق لحالة حسن إستخدام الأجهزة والأدوات المستعملة في العلاج وسلامة المريض منها في الفقرة الأولى، وحالة إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في سلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المقدمة لمريضه في الفقرة الثانية .

الفقرة الأولى

حسن إستخدام الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة في العلاج وسلامة المريض منها

بفضل التطور العلمي في المجال الطبي أصبحت الأجهزة والمعدات الحديثة بوابة العبور نحو العلاج الأمثل، وإذا كان الطبيب يسأل في حالة إهماله وعدم إستعماله في عمليتي التشخيص والعلاج للأجهزة الطبية المستعملة حديثا ، فإنه يسأل كذلك عن ما تحدثه هذه الأجهزة من أضرار للمريض جراء سوء إستعمالها في العلاج .

والأدوات الطبية لا تنحصر أساسا في الأجهزة الطبية وإنما تشمل جميع التجهيزات الأولية لإستقبال المرضى وعلاجهم ورعايتهم ، كأجهزة التحاليل وعملية التشخيص الأولية ،والحقن والأدوية ، وأدوات الجراحة ومستلزماتها...¹

وعليه فإن هذه الأجهزة والأدوات منها ما يستعمل في التشخيص ومنها ما يستعمل في العلاج ومنها ما يستعمل أثناء التدخل الجراحي.

¹ - عبد القادر تيزي ، المرجع السابق ، ص 144 .

ومن أكبر أجهزة التشخيص شيوعاً أجهزة الأشعة ، والتي تعمل بالأشعة السينية وأشعة اكس . وظهر حديثاً بعض الأجهزة تعمل بالأشعة المغناطيسية والصوتية وهي أقل ضرراً من سابقتها ، ومن الأضرار الناتجة عن هذه الأجهزة فإنها قد تؤدي إلى بعض الأضرار الجانبية نتيجة لسوء التعامل معها، أو لطريقة إستعمالها الخاطئة، أو لوجود خلل فيها ، مما يترتب عنه تسرب إشعاعات تؤدي إلى حرق جسم المريض. أما الأجهزة المستعملة في العلاج فهناك جهاز تصفية الكلى ، وجهاز تنظيم ضربات القلب... الخ .

ولقد سلم كل من الفقه والقضاء الحديث بأن إلتزام الطبيب في إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، تتمثل في حسن إستخدام الأجهزة والأدوات المستعملة في العلاج وسلامة المريض من الأضرار الناتجة عنها ، والأضرار المقصودة هنا هي الأضرار المستقلة عن المرض الذي لوجيء إلى الطبيب من أجله ، و التي تنتج عن عيب أو عطل بالجهاز الطبي أو لسوء إستعماله ، فعلى الطبيب إستعمال أجهزة وأدوات سليمة وبطريقة صحيحة ، فمسؤولية الطبيب تقوم عند إستعماله لجهاز معيب حتى ولو كان العيب يرجع لخلل في صنع الجهاز ولا تدرأ مسؤوليته إلا بإثباته أن الأضرار الحاصلة تعود لسبب أجنبي لا يد له فيه .¹

وقد ذهب القضاء إلى أن إلتزام الطبيب فيما يستعمل من أجهزة وأدوات هو إلتزام بتحقيق نتيجة محددة وهي سلامة المريض من أضرارها . حينما قضت محكمة موفيل الابتدائية بمسؤولية طبيب الأسنان الذي تسبب بعدم سيطرته على جهاز العلاج أثناء إستعماله ، إلى تمزيق لسان مريضه وأغشية فمه ، وهذه الأعمال حتى ولو كانت ترجع إلى الأعمال الطبية في ذاتها ، فنظراً لجسامتها فإنها تخرج عن نطاق حوادث العلاج ، ويلتزم الطبيب بإزائها بتحقيق نتيجة وسلامة المريض منها .²

كما قضت محكمة مارسيليا الفرنسية كذلك بمسؤولية الطبيب عن إصابة مريض بحروق ، نتيجة لهب خرج من المشربط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير من جانبه.³

¹ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 155 .
² - حكم محكمة موفيل الابتدائية الصادر بتاريخ: 1961/12/13 . أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 206-207 .
³ - قرار محكمة مارسيليا الفرنسية ، الصادر بتاريخ: 1959/3/3 ، أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 238 . وكذلك ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 156 . وكذلك ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 146 .

و قضت كذلك محكمة السين الفرنسية¹ في هذا المجال بمسؤولية الطبيب عن وفاة مريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار جهاز التحدير بسبب تسرب الغاز منه و اشتعاله بشراة تطايرت من الجهاز نفسه .

وقضي كذلك بمسؤولية طبيب عن كسر حقنة في عضلات مريضه².

ويجفل القضاء الفرنسي بأحكام كثيرة في هذا المجال ، وهذا يعكس مدى دور الأجهزة والأدوات الطبية في العمل الطبي من جهة ، والأخطار والأضرار المترتبة عن إستعمالها بدون مراقبة أو بطريقة غير صحيحة من جهة أخرى .

وقد أيد الفقه ما ذهب إليه القضاء في أحكامه السابقة والتي أقام فيها مسؤولية الطبيب على أساس عقدي وليس تقصيري ، لعدم جواز الجمع أو الخيار بين المسؤوليتين ، وتستبعد المسؤولية التقصيرية من المجال العقدي³ . والمدين في الإلتزام التعاقدية يسأل عن الأشياء التي يستعملها في تنفيذه للعقد ، سواء كان التزمه محددا ، أو التزمه عاما باليقظة والإنتباه⁴ . إضافة إلى الإعتبارات العملية والإنسانية التي تحمي المريض وتجنه عناء وصعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب ، خاصة أمام التعقيدات الفنية للأجهزة الطبية المستعملة⁵ .

غير أن القضاء الفرنسي قد أجاز إستعمال المادة 1384-1⁶ من ق م ف - والتي تقابلها المادة 178⁷ من القانون المدني المصري والمادة 138⁸ القانون المدني الجزائري . والمتعلقة بحراسة الأشياء ، في حالات قيام العقد الطبي حيث قضى بالتعويض لأقرباء المضرور بصفتهم الشخصية على أساس المسؤولية التقصيرية كونهم ليسوا طرفا في العقد الطبي ، و كذلك للطبيب المساعد الذي أصيبت عينه بشظية إبرة

¹ - قرار محكمة السين الفرنسية ، الصادر بتاريخ: 1965/3/3 ، أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ص 239 وكذلك ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 156 . وكذلك ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق، ص 146.

² - أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 239 .
³ - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 157 .
⁴ - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، 207 .
⁵ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 241 .

⁶ - Article 1384/1 du code civil stipule que : " On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde."

⁷ - تنص المادة 178 من ق م ف على أنه : " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة الآلات ميكانيكية يكون مسئول عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة " .

⁸ - تنص المادة 138 من ق م ج على أنه : " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الإستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة " .

إنكسرت في يد الطبيب الجراح ، وقضت كذلك للمريضة التي رفعت دعواها على شريك الطبيب المعالج والذي ليس طرفا في العقد الطبي ، إستنادا لكونه هو الحارس للمنضدة التي إصطدمت بها في عيادته .¹

وكمبدأ عام تخضع كل الأشياء التي تحت الحراسة لمسؤولية حارسها دون التمييز ما بين الأشياء المنقولة والعقارية وبين الأشياء المعيبة وغير المعيبة وبينما هو خطر وغير خطر .² وبذلك فإن المسؤولية الشيئية تراحم المسؤولية الطبية في مجال المسؤولية عن الأدوات والمعدات المستعملة في التدخلات الطبية .

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت وعدلت عن حكمها المتعلق بتمسك الورثة بالمسؤولية التقصيرية في التعويض عن الأضرار الناتجة عن موت مورثهم والتي تمت الإشارة إليه أنفا ، ورأت أن الورثة عندما يطالبون بالتعويض عن ما أصابهم من ضرر شخصي بسبب موت مورثهم فإنهم لا يستطيعون التمسك بالمسؤولية التقصيرية ، بل يتقيدون فقط بما أبرمه المريض مع الطبيب في عقد العلاج .³

الفقرة الثانية

التزام الطبيب بسلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المقدمة لمريضه

لقد أدى التطور العلمي في المجال الطبي إلى وضع حد لمعاناة الكثيرين من الأفراد المعاقين والمرضى ، الذين أصيبت أعضائهم بالعجز لسبب مرضي أو فقدوها نتيجة لإصابة عمل ، أو حرب ، أو حادث سير أو كارثة طبيعية - كالزلازل مثلا - ؛ فقد توصل الطب إلى إمكانية تعويض كل هؤلاء عن ما فقدوه من أعضاء طبيعية بأعضاء إصطناعية تمكنهم من مواصلة حياتهم بشكل طبيعي والإعتماد على أنفسهم في قضاء شؤونهم . وتتمثل هذه الأعضاء في الأطراف الصناعية وطواقم الأسنان ، وتعتبر الأخيرة - تركيب طواقم الأسنان - الأكثر إشكالا وجدلا وطرحا أمام القضاء ، ويظهر ذلك من خلال كثرة الأحكام القضائية المنشورة بشأن تركيب أطقم الأسنان .

¹ - Civ .1Avr.1968 D. 1968 D. 1968 D. 653 et؛ Civ .7 Juin.1968J.C.P. 1968.2.15628.+ Civ .29 Des.1947 أشار إليهما ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 240-241 .

² - عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 144 .

³ - قرار محكمة النقض الفرنسية ، الصادر بتاريخ 1971/05/25 . أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، هامش رقم 3 ، ص 157 .

لقد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ أحكامه حول طبيعة عقد التركيبات الصناعية وتركيبات أطقم الأسنان بالخصوص ، إلى إعتبار طبيب الأسنان بائعا للأسنان الصناعية ، وهو بذلك ملزم بضمان العيوب الخفية ، وأن هذا البيع يكون مشروطا بشرط التجربة ، وبالتالي يكون معلق على شرط واقف وهو قبول الأسنان بعد تجربتها ، وإذا تخلف الشرط أعتبر العقد كأن لم يكن¹.

ووجه الفقه الفرنسي إنتقادا للقضاء في حكمه هذا معينا عليه خطئه في تحليل العقد وتكييفه والذي جاء مجافيا لواقع العمل والتدخل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان². كما أنه لا يجوز أن يكون العقد معلقا على شرط التجربة ، ولا يجوز أيضا تجزئته والإعتماد في تكييفه على بعض عناصره فقط³.

ونتيجة لهذا الإنتقاد اضطرت أحكام المحاكم الفرنسية وأستقرت على أن عملية تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية لا يخرج عن وصفه كعقد طبي ، يحوي جانبيين من الأعمال ، جانب طبي وجانب صناعي في .

فالجانب الطبي يتضمن مدى إتقان وفعالية العضو الإصطناعي وتوافقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه⁴.

أما الجانب الفني فيتضمن مدى صلاحية وسلامة العضو الصناعي وجودته ودقته⁵.

والجانب الطبي يلتزم فيه الطبيب ببذل عناية كأى عمل طبي . فيبذل جهده المطلوب لإختيار العضو الصناعي الأنسب لمريضه ، والعمل على تهيئته بالطريقة والشكل الذي يلائم حالته ، وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه ، ولا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا ثبت تقصير من جانبه . أما الجانب الفني ذو الطبيعة التقنية يلتزم فيه الطبيب بتحقيق نتيجة ، تتمثل في ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ، وكذا دقته ومناسبته لجسم مريضه ، ومن ثم لو تخلفت النتيجة كأن يكون العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع قياس جسم المريض، أو سبب أضرارا له ، قامت مسؤولية الطبيب⁶.

أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 227. Metz .13 des 1951.J.C.P.1952.6909.note WEILL.

2 - أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 243 .

3 - أحمد حسن عباس الحيارى ، المرجع السابق ، ص 53 .

أشار إليه ؛ كريم عشوش ، المرجع السابق ، ص 100 . Cass.Civ-12juin 1990.D1991-358.note penneau.

5 - أشار إليه ؛ أحمد حسن عباس الحيارى ، المرجع السابق ، ص 52 .

6 - منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 224 .

ومن خلال ما سبق يتضح أن عمل الطبيب في تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المقدمة لمريضه يحوي جانبين من العمل، - طبي و تقني صناعي - كما يوجب عليه إلتزامين مختلفين ، - إلتزام ببذل عناية - في تركيب الأعضاء و الأجهزة الإصطناعية - وإلتزام بتحقيق نتيجة - . تتحدد في سلامة الجهاز وجودته ومناسبته للمريض . وسنتطرق لإلتزام الطبيب ببذل عناية في تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية أولاً وإلتزامه بتحقيق نتيجة في سلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المركبة لمريضه ثانياً .

أولاً - إلتزام الطبيب ببذل عناية في تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية

إن إلتزام الطبيب بالتركيبات الإصطناعية هو إلتزام ببذل عناية صادقة ومتبصرة ، وفق الطرق العلمية الحديثة والمستقرة ، شأنه في ذلك شأن العلاج والتشخيص . وأن هذه العملية ما هي إلا نوع من أنواع العلاج يكون إلتزام الطبيب فيها إلتزاماً بوسيلة .

وهذا ما أستقر عليه الفقه والقضاء . حين إعتبروا أن إلتزام الطبيب في تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية وتثبيتها هو إلتزام ببذل عناية . وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن " بأن إلتزام الطبيب يعد إلتزاماً بوسيلة طبقاً للقواعد العامة ، حتى ولو تعلق الأمر بتركيب جهاز ، أو تركيبات صناعية أخرى كالأسنان الصناعية ، مادام لا يمكنه أن يتعهد بنجاح هذه التركيبات ولا يضمن نتائجها ، لأنها لا تخرج عن كونها نوعاً من العلاج " .¹

وفي حكم حديث لمحكمة برفو الفرنسية قضت بحق عميل إمتنع عن مواصلة العلاج و عن دفع الأتعاب لطبيب ، بعد أن لجأ إليه لعمل اللازم لفمه وتثبيتته قصد وضع تركيبية بين بعض الأسنان - جسر بين الأسنان - « Bridge » ، وذلك بسبب عدم إرتياحه للعناية التي يبذلها الطبيب ، حيث قرر قاضي الموضوع بأن الطبيب لا يستحق الأتعاب لأنه لم يقدّم ببذل العناية التي تتطلبها أسنان مريضه .²

¹ أشار إليه؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام . Trib.paris-22 avr 1980-D.1980-I.R-251 :30 juin 1982-D.1983-I.R-.376eme esp . المرجع السابق ، ص 188 .

² أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 245 . وكذلك ؛ طلال . Pourvoi louveirs 8 Nov.1979 . عجاج ، المرجع السابق ، ص 172 .

ولكن محكمة النقض عابت على هذا الحكم عدم بيانه لوجه الخطأ في مسلك الطبيب ، وكيف أن هذا الأخير لم يقيم ببذل العناية اليقظة والأمانة المتفككة مع أصول المهنة .¹

كما قضت محكمة كمبر² الفرنسية أن طبيب الأسنان يلتزم ببذل العناية والجهود اليقظة في إعداد وتهيئة فم مريضه ، لأنه عمل علاجي تشوبه فكرة الإحتمال .

ثانيا - التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في سلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المركبة لمريضه

إذا كان التزام الطبيب في تركيب الأعضاء والأجهزة الإصطناعية التزام ببذل عناية ، فإن التزامه بسلامتها من العيوب، ودقتها و ملاءمتها لجسم مريضه وجودت مادتها الصناعية وضمنان جميع أضرارها ، وأداء العضو أو الجهاز الدور المنوط به ، التزام بتحقيق نتيجة .

وذهب الفقه والقضاء إلى أن مسؤولية الطبيب تقوم في حالة ما نتج عن هذا العضو أو الجهاز أضرارا أخرى للمريض ، أو في حالة عجز العضو أو الجهاز عن القيام بدوره الذي صنع وركب لأجله. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه نظرا لأن الطبيب لم يحترم التزامه المتمثل في تسليم أسنان صناعية مرضية لعميله وخالية من أعيوب ، فإنه لا يمكن توجيه اللوم لقاضي الموضوع لحكمه بفسخ العقد بسبب عدم وفاء الطبيب بالتزامه في تحقيق النتيجة المرجوة لمريضه ، حتى ولو رفض الأخير العودة لإجراء محاولة رابعة ، ورفض كذلك تحمل الطاقم لمدة كافية حتى يتعود عليه ، فتطور صناعة الأسنان ، جعل من تقديمها أمرا يجب أن لا يتضمن أي إحتمال ، فيما يخص سلامة الأسنان الصناعية وخلوها من العيوب ، بحيث إذا تم تركيب هذا الطاقم ووضع في فم العميل ، وجب أن يؤدي الغرض المرجو منه ."³

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 28 /04/ 1981 . ؛ أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 245.

² - TGI – Quimper – 7oct 1982 – H.C.P 1983-IV -218 . Il comprend la décision du tribunal ce qui suit : " Si l'obligation de moyens revele le caractere aleatoire de l'acte medical.le prothesiste technicien professionnel doit etre tenu dune obligation de resultat. il convient de dessocier la prescription et la et la pose dun appareil dentaire acte de soins dune part et dautre part sa confection " . المرجع السابق ، ص 100-101.

³ - نقض مدني فرنسي ، الصادر بتاريخ: 15/11/1972- دالوز 1973 . أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 226 . وكذلك ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 244 ؛ وكذلك ؛ محمد رايس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 191 . وكذلك ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 170 .

وأصدرت محكمة النقض كذلك قراراً قضت فيه بأن المريض الذي امتنع عن دفع أتعاب أخصائي الأسنان وطالبه بتخفيضها كان محقاً، لأن القواعد المطبقة في هذا الشأن تقضي بالتزام الطبيب بتركيب الطاقم الملائم للمريض ، هذا ما لم يثبت قيام عوامل خارجية عن إرادة الطبيب وغير متوقعة منعه من الوفاء بالتزامه.¹

كما قضت محكمة "ديجون" بأن العقد المبرم بين طبيب الأسنان والعميل لتركيب طاقم أسنان ، يفرض على الأول التزاماً بعناية محله بذل الجهود الأمنية ، واليقظة في وضع وصيانة الأسنان الصناعية، ويفرض عليه كذلك التزاماً بتحقيق نتيجة ، محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية ، فإذا أخل الطبيب من غير قصد بهذا الالتزام ، ثارت مسؤوليته العقدية ، ويلتزم بتعويض المريض ، إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة بالثة . وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحاً ، إذا ما تبين أن المريض يتمتع بضم طبيعي ، وأنه قام بتبنيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان " .²

وخلاصة القول في التزام الطبيب بتركيب الأعضاء والأجهزة الاصطناعية ، أن تركيبها وتجهيئها وكل ما يتعلق بالجانب الطبي العلاجي فيها ، يكون إلتزام الطبيب إلتزاماً ببذل عناية ، أما من حيث سلامتها وملاءمتها وجودتها وأداء دورها ، يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة. وفي حالة وجود عيب من هذه العيوب أو عيب في التصنيع تقوم مسؤولية الطبيب في التعويض عن الضرر الذي لحق مريضه منها.

ومن خلال حديثنا في كل ما سبق عن الحالات التي يلتزم الطبيب فيها بتحقيق نتيجة كإستثناء من المبدأ العام ، نلاحظ أن رجال الفقه والقضاء قد ارتكزوا في تحديدهم لهذه الحالات ، على مراعاة الحالات التي تتعلق بالحياة الشخصية للفرد ، والحالات التي زالت عنها فكرة الاحتمال وأصبحت نتائجها مؤكدة بفضل تطور العلوم الطبية وأساليبها ووسائلها ؛ غير أن بعضهم ذهبوا إلى إدراج ضمن هذه الحالات ، الحالات ذات الطابع غير العلاجي ، ومن أبرزها الجراحة التجميلية والتي أثار جدلاً كبيراً لدى رجال الفقه والقضاء .

ويعرف الفعل الجراحي بأنه : " إجراء جراحي ، بقصد إصلاح عاهة أو رتق تمزق أو عصب ، أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر ، أو لإستئصال عضو مريض أو شاد " .³

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 17/02/1971 . أشار إليه ؛ محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ، ص 244 .

أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 227 .

³ - أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 34 .

وتعرف جراحة التجميل بأنها : " عملية من العمليات اللصيقة بجسم الإنسان، الغرض منها إصلاح عيب خلقي أو طارئ وقع على الجسم البشري، فلا يقصد منها شفاء المريض من علة من العلل".¹

وعرفت كذلك بأنها: " ذلك النوع من الجراحة الذي لا يقصد به شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر".²

من خلال المقارنة ما بين تعريف الفعل الجراحي العلاجي وتعريف الجراحة التجميلية، يظهر لنا أن هذه الأخيرة هي بعيدة كل البعد عن العمل العلاجي، الذي يستهدف إزالة علة من العلل، كما أنه لا مكانة فيها لعنصري الضرورة والإستعجال فهي لا تعدو أن تكون عملية تزيينية ترفيحية.

ويعتبر العلاج كما أشرنا له سلفاً بأنه هو المبرر أو الرخصة الوحيدة التي بمقتضاها يباح للطبيب التدخل جراحياً في جسم الإنسان، أما تدخل الطبيب في إجراء جراحة تجميلية فلا مبرر علاجي له، كما أنه غير ضروري ولا مستعجل، فتدخله في هذه الحالة يكون محدد بعمل معين، يتوقف على إضفاء صورة جمالية أو تزيينية.

وعلى أساس إنعدام قصد العلاج في الجراحة التجميلية ذهب البعض في بداية الأمر إلى رفض وإنكار هذا النوع من العمليات وإعتبروا القيام بها خطأ بذاته، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في حكم محكمة باريس المؤرخ في 1931/01/22 التي اعتبرت فيه، أن مجرد إقدام الجراح على إجراء عملية لا يقصد منها إلا تجميل من أجريت له العملية، يكون خطأ في حد ذاته يتحمل الطبيب الجراح كل الأضرار التي تنشأ عن تدخله الجراحي. ولا أهمية بعد ذلك إن كانت مباشرة العلاج قد تمت وفق قواعد العلم الصحيحة.³ وهو ما قضت به كذلك (محكمة باريس الابتدائية)⁴ ومحكمة السين⁵ عام 1929.

1 - أشار إليه؛ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 202.

2 - أشار إليه؛ كمال فريحة، المرجع السابق، ص 147.

3 - حكم محكمة باريس المؤرخ في 1931/01/22. ويمكن ملخص القضية، في أن فتاة كانت تعاني من شعر نمت على دقنها، فأرادت التخلص من هذا البلاء باللجوء إلى العلاج عن طريق الأشعة، فكان لها ما أرادت، غير أنها أصيبت بمرض جلدي خبيث. وكانت تقارير الخبراء تفيد أن الطبيب لم يخطئ، بل التزم قواعد الفن ومبادئ العلم في عمله، ومع ذلك قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب لكون العلاج لم يكن يقصد الشفاء من المرض بل كان يقصد إزالة عيب طبيعي. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ. أشار إليه؛ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 203.

4 - محكمة باريس الابتدائية عام 1929. أشار إليه؛ كمال فريحة، المرجع السابق، ص 149.

5 - محكمة السين 1929 G.P- 1929-424-1. ويمكن ملخص القضية، في أن أحد الأطباء قام بإجراء عملية مجانية من أجل إصلاح ساق مريضة ونجحت العملية ثم أصيبت الرجل بمرض خبيث فتم قطعها، وقالت المحكمة أن إجراء عملية جراحية خطيرة على عضو سليم من أجل إصلاح شكله فقط دون قصد الشفاء من مرض أو لفائدة تعود على الصحة، يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب المسؤولية. أشار إليه؛ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 204.

وكذلك محكمة ليون¹ الفرنسية عام 1913.

وأيدت محكمة إستئناف باريس² هذا الحكم إلا أنها عدلته من حيث المبدأ ، نظرا للإحتجاج الذي عم الأوساط الطبية بعد صدور حكم محكمة باريس ، وقررت أنه لا يجوز للمحاكم أن تقضي على أساس إفتراض خطأ لم ينص عليه المشرع ، ويجب أن يخضع هذا النوع من الجراحة للقواعد العامة ، مع إشتراط أن يقوم الجراح بتنبيه من يريد إجراء عملية التجميل إلى جميع المخاطر التي يتعرض لها في ذلك والحصول منه على قبول صريح، مع لزوم وجود تناسب بين النتيجة المرجوة من الجراحة ، والمخاطر المترتبة عن العملية ، ويقدر هذا التناسب بشكل إنفرادي طبقا لظروف كل قضية .

وهكذا رفع القضاء الحضر على جراحة التجميل بإعتبارها خطأ في حد ذاتها ، بينما شدد على ضرورة تنبيه وإعلام³ من يريد إجراء العملية بجميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها ، وأن تتناسب النتيجة المرجوة منها مع المخاطر⁴ المترتبة عنها ، وأن يمتنع عن إجرائها في حالة عدم التناسب الواضح بين المخاطر المتوقعة والفوائد المتظرة⁵ مميذا بذلك الجراحة التجميلية عن الجراحات الأخرى ، كونها لا تهدف إلى العلاج، كما أنها غير مستعجلة وغير ضرورية .

ومع تطور الجراحة التجميلية ذهب جل الفقهاء إلى التمييز بين حالتين فيها، الجراحة التجميلية المحضة، وهي تلك العمليات التي يخضع لها الشخص كلما كان غير راض عن شكله أو مظهره الخارجي والجراحة الإصلاحية وهي التي يخضع لها الشخص بهدف إصلاح تشوه خلقي أو مستحدث ناجم عن حادث عمل أو حادث سير ، ويكون التزام الطبيب في كلتا الحالتين التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة كما يعتقد البعض وقد تم تكييف التزام الطبيب على أنه التزام ببذل عناية كبيرة⁶.

¹ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع . Trib.Lyon-27 juil.1913-G.P.1913-II-506 - السابق ، ص 203 .

² - محكمة إستئناف باريس 1931/03/12 . أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 205 . وكذلك ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 150 .

³ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 207 . Trib.paris.16juin 1995 - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية

⁴ - Trib.Aix-En -provence -16 avr.1981-J.C.P.1983-1992-Note-F.CHabas . أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 208 .

⁵ - حكم محكمة إستئناف باريس المؤرخ في 1959/01/13 . أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 212 .

⁶ - أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 206-208 .

وتماشيا مع هذا التشديد في العناية الواجبة على جراح التجميل ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى درجة القول بأن: " التزام جراح التجميل والتجميل هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث يسأل عن فشل العملية ".¹

وقد تمسك القضاء بمبدأ التشديد في بذل العناية الواجبة على الجراح في الجراحة التجميلية وهو ما قضت به محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 12 مارس 1931 والذي سبقته الإشارة إليه أعلاه على أنه: " إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة بل مجرد إصلاح تشويهه في جسمه ، وجب على الجراح إستعمال منتهى الحيطة واليقظة في الفحص قبل إجراء العملية وتقدير المخاطر التي يتعرض لها من ستعمل له العملية وإعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر ، و إلا كان مسؤولا ".

وذهب القضاء المصري هو الآخر لتأكيد هذا المبدأ حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها جاء في منطوقه: " وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى ، إعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويهه لا يعرض حياته لأي خطر ".²

أما فيما يتعلق بطبيعة إلتزام الطبيب في مواجهة مريضه ، فهي الأخرى تأثرت بالتطورات السابقة، فذهب البعض إلى القول: " أنه مادام الغرض من هذه العمليات هو مجرد الظهور بمظهر حسن ، ولا تفرضها ضرورة علاجية ، فيجب أن تتمثل في أعمال فنية محددة ، تكاد تتلاشى معها إحتتمالات الفشل وإلا فيجب أن يمتنع الطبيب عن القيام بها . ولذلك يقع على جراح التجميل التزام بتحقيق نتيجة مما يوفر للمريض قرينة على خطأ الطبيب بحيث يسأل هذا الأخير عن فشل العملية ، ما لم ينف علاقة السببية بين فعله والضرر الحادث ، أي فشل العملية ".³

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها السابق (1969/07/26) إذ ذهبت إلى أن المريض إذا أثبت واقعة ترجح إهمال الطبيب، كأن يثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح قد نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه، ما كان ليقع لو كان تدخل الجراح وفقا لما يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وللأصول الطبية المستقرة فيها ، وبهذا يكون المريض قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه ، فنقل

¹ - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب المدنية - عن أخطائه المهنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - قانون خاص ، كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2003 ، ص 111 - 112 .

² - نقض مصري ، صادر بتاريخ 1969/07/26 ، أشار إليه ؛ محمد رابح ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 211 . وكذلك ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 154 .

³ - أشار إليه ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 152

عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، وما على الأخير حتى يدرأ المسؤولية عن نفسه ، إلا أن يقوم بإثبات حالة الضرورة التي إقتضت التصرف والتي بواسطتها يمكن أن ينفي المسؤولية عن نفسه .¹

ورغم كل ذلك التشديد من القضاء في مسؤولية الطبيب جراح التجميل ، فإن الرأي الراجح فقها وقضاء يعتبر إلتزامه - إلتزام الطبيب جراح التجميل - مجرد التزام ببذل عناية .²

ويبررون ذلك بأن جراحة التجميل تتضمن عنصر الإحتمال شأنها شأن الجراحات العادية ، لأن ردة فعل جسم الإنسان على إثر العملية الجراحية التجميلية يعد من الأمور التي لا يمكن توقعها كما هو الحال في أنواع الجراحات العادية .³

ويرجع سبب تطرقنا إلى جراحة التجميل وتصنيفها ضمن الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة إلى كونها تجرى بغير دوافع علاجية كما أنها غير إستعجالية ولا ضرورية وتتطلب عناية كبيرة ومشددة تكاد تكون مصحوبة بنتيجة ، وهي عناية خاصة مقارنة بالجراحات الأخرى . إضافة إلى أن إثباتها يتوقف على مجرد قرينة بسيطة من المريض يحول بواسطتها عبء الإثبات إلى عاتق الطبيب ، وهذا الأخير لا يمكنه درأ مسؤوليته إلا بإثبات ضرورة تدخله من جهة و السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه من جهة أخرى . وتعتبر سهولة تحويل عبء الإثبات من على عاتق المريض إلى عاتق الطبيب هي أحد أكبر الأسباب التي رجحت لدينا معالجة عملية التجميل ضمن حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة .

أما الشريعة الإسلامية فإن فقهاءها⁴ هم كذلك فرقوا بين حالتين من الجراحة التجميلية ، جراحة تجميلية حاجية ، وجراحة تجميلية تحسينية .

فالجراحة التجميلية الحاجية هي : " جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص ، أو تلف ، أو تشوه " .⁵

فالجراحة التجميلية الضرورية توصف كذلك لمكانة الحاجة الداعية لفعالها ، وتعتبر هذه العملية ضرورية أو حاجية بالنسبة لدواعيها الموجبة لفعالها ، وتجميلية بالنسبة لأثارها ونتائجها ، وهذا النوع من العمليات من

1 - نقض مصري ، صادر بتاريخ 1969/07/26 أشار إليه ؛ محمد رابح ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 211 . وكذلك ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 154 .

2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 112 .

3 - أشار إليه ؛ كمال فريجة ، المرجع السابق ، ص 152 .

4 - أشار إليه ؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 182 .

5 - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 182 .

النوع المحتاج لفعله¹. فهو يرمي إلى تصحيح التشوهات الخلقية ، كقلع الأصبع الزائدة أو السن الزائدة ، أو تعديل شكل الأعضاء المشوهة كتعديل الحنك المشقوق أو الشفة المشقوقة وهو ما يعرف عند العامة بشفة الأرنب ، أو تعديل صيوان الأذن ونحوه ، كما قد تجرى هذه العملية لتصحيح التشوهات الناتجة عن الحوادث المختلفة كالحروق والجروح... والجراحة التجميلية الحاجية الضرورية جائزة إجمالاً².

أما جراحة التجميل التحسينية فتظهر في حالتين ، حالة جراحة تحسين المظهر ، وحالة جراحة تجديد الشباب . " والمراد بتحسين المظهر تحقيق الشكل الأفضل ، والصورة الأجل ، دون وجود دوافع ضرورية أو حاجية تستلزم فعل الجراحة . وأما تجديد الشباب فالمراد به إزالة الشيخوخة ، فيبدو المسن بعدها وكأنه في عهد الصبا ، وعنقوان الشباب في شكله وصورته"³.

فهذا النوع من الجراحات التجميلية التي تجرى لمجرد إتباع الهواء وتحصيل المزيد من الحسن ، مثل عمليات شد الجلد وما شابهه من عمليات لزيادة الحسن ومحى آثار الشيخوخة وإعادة مظهر الشباب فهذا النوع من الجراحة لا يشتمل على دوافع ضرورية ولا حاجية لهذا لا يجوز فعله لأنه تغيير للخلقية وعبث بما وابتاع للهوى والشيطان ، - لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَ لَأْمُرْتَهُمْ فَلْيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ ﴾⁴ . وحجة الذين يلجأون لمثل هذه العمليات بأنها تزيدهم ثقة في النفس ، ماهي إلى حجة واهية ، لأن هذه العملية لا تغير من شخصية الإنسان تغييراً ملحوظاً ، كما أن بلوغ هدف معين في الحياة لا يتوقف كثيراً على مظهر الشخص ، وبذلك فالمشكلة أعمق بكثير ، ولعل خير وسيلة لعلاج مثل هذه الأوهام والوساوس هي غرس الإيمان في القلوب وزرع الرضا عن قسمة الله تعالى فيما قسمه من الجمال والصورة ، كما أن المظاهر ليست هي الوسيلة لبلوغ الأهداف النبيلة ، وإنما يدرك ذلك بتوفيق من الله تعالى وبالتزام شرعه والتخلق بالآداب ومكارم الأخلاق⁵ . وذهب فقهاء الشريعة إلى أن هذه العمليات تترتب عنها مسؤولية الطبيب ، بحيث يكون ضامناً سواء نجم عن ذلك ضرر أو لم ينجم ضرر ، فمجرد الإقدام على عمليات التجميل بقصد الزينة والجمال فقط لا غير يثار ضمان الطبيب ومسؤوليته⁶.

¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 182-183 .

² - أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 237 .

³ - CYRIL CLEMENT, la responsabilité du fait de la mission de soins des établissements publics et privés de santé, les études hospitalières, , france, 2001, P57. وكذلك ؛ محمد بن محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق ، ص 191 .

⁴ - سورة النساء الآية 119

⁵ - أشار إليه ؛ أحمد محمد كنعان ، المرجع السابق ، ص 238-239 .

⁶ - أشار إليه ؛ محمد رابح ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 214 .

وتعتبر جراحة نقل وزرع الأعضاء هي الأخرى من العمليات التي أثير بشأنها جدلا فقهيها حول طبيعة التزام الطبيب الجراح القائم بها ، فذهب البعض إلى أن إلتزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة إتجاه المتبرع بالعضو محل النقل ، إستنادا لمشروعية هذا النوع من الجراحة والتي تتوقف على شرط إنتفاء أي تهديد لحياة المتبرع أو تعريض سلامته للخطر ، وإذا ما لحق بالمتبرع ضرر أثناء نقل العضو أو بعد نقله منه ، يفترض خطأ الطبيب الجراح وتقوم مسؤوليته ، وليس على المتبرع المضور إثبات خطأ الجراح ، بل على الأخير إذا ما أراد أن يتخلص من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي الذي يرجع إليه الضرر .¹

وذهب فقهاء الشريعة من المجوزون للتبرع بالأعضاء هم الآخرون إلى أن التزام الطبيب الجراح إتجاه المتبرع في عملية نقل الأعضاء هو التزام بتحقيق نتيجة . تتحدد في أن لا يلحق بالمتبرع بالعضو ضررا يخل بحياته العادية نتيجة أخذ العضو منه ، إستنادا للقاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه .²

ويقع عبء الإثبات في الإلتزام بتحقيق نتيجة بشكل عام على عاتق الطبيب ، وما على المريض إلا إثبات وجود إلتزام الطبيب ومضمونه ، وعدم تحقق النتيجة المأمولة أو المرجوة منه ، فلم يعد المريض مطالب بإثبات خطأ الطبيب - كما هو الأمر في الإلتزام ببذل عناية - بل بإثبات وقائع أخرى أسهل من حيث إثباتها، ويؤدي إثباتها إلى إفتراض خطأ الطبيب .³

المطلب الثاني

الإلتزام بسلامة المريض

مقارنة بالإلتزامين السابقين - الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق نتيجة - في مجال تنفيذ العقود التي محلها القيام بعمل معين لفائدة الأشخاص ، فإن الإلتزام بسلامة يعد إلتزاما حديثا نسبيا في هذا المجال يهدف إلى ضمان حماية أكبر للدائن وسلامته من الأخطار التي تهدد سلامته الجسدية .

¹ - أشار إليه ؛ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 113-114 .

² - أشار إليه ؛ عبد الحق حميش ، المرجع السابق ، ص 232 .

³ - أشار إليه ؛ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 114-115 .

ظهر الإلتزام بالسلامة في القرن التاسع عشر على يد القضاء الفرنسي ، وذلك في قرار لمحكمة النقض الفرنسية في عام 1911¹ الخاص بنظرها في قضية تتعلق بعقد نقل الأشخاص . وأستند القضاء في ذلك لسلطة القاضي في تفسير العقد والتي من خلالها يمكنه إضافة إلتزامات للعقد .

ومنذ ذلك الحين حاول القضاء توسيع مبدأ الإلتزام بالسلامة ليشمل عقود أخرى ، ومن بينها العقود الطبية ، وستتطرق لمفهوم هذا المبدأ بصفة عامة ، وإلى مجالاته وبعض تطبيقاته في الأعمال أو التدخلات الطبية بصفة خاصة في الفرعين التاليين :

الفرع الأول

مفهوم الإلتزام بالسلامة

حتى يتسنى لنا الوقوف على مفهوم الإلتزام بالسلامة ومضمونه في التدخلات الطبية بشكل واضح، إرتأينا أن نعرف هذا الإلتزام بصفة عامة ، و مضمونه في التدخل الطبي بصفة خاصة وذلك في البندين الآتيين :

البند الأول

تعريف الإلتزام بالسلامة

تعرف السلامة لغة : بأنها النجاة²، كالقول "عاد المسافر سالما " أي نجى من أي أذى أو ضرر كان قد يصيبه ، ومنه فإن الإلتزام بالسلامة يعني عدم إلحاق الأذى أو الأضرار بالآخرين (الأشخاص) ، ويقابل

¹ - يقضي قرار محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1911 ، بأن مسؤولية الناقل هي مسؤولية عقدية ، وبأنه مسؤول تجاه المسافر عما يصيب هذا الأخير من ضرر أثناء عملية النقل ، بل ذهب المحكمة في قرارها إلى أكثر من ذلك حين قضت بأن الناقل يلتزم بضمان سلامة المسافر مما يعني وصوله سليما إلى نقطة أو جهة الوصول . أشار إليه ؛ نبيل صالح العرباوي ، الإلتزام بضمان سلامة المسافر في عقد نقل الأشخاص البري مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس ، العدد السابع ، 2005، ص 157 .

² - مسعود جبران ، قاموس الرائد " عربي عربي " ط الأولى ، دار العلم ، ب ب ن ، 2007 ، ص 284 .

مصطلح الإلتزام بالسلامة في اللغة الفرنسية : " Obligation de Sécurité " ، ويعني ضمان أمن الأشخاص بعدم تقديم أشياء تضر بهم¹.

أما إصطلاحاً فقد عرفه - الإلتزام بالسلامة - جانب من الفقه من خلال بيان شروطه بأنه : " أن يتجه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر ، من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة ، وأن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج ، وأن يكون الملتزم بتقديم الخدمة مهنياً أو محترفاً .

غير أن هذا التعريف تعرض لنقد شديد على أساس أنه لم ينصب على المعرف ، بل على شروطه وأثاره وبذلك لم يصل إلى ماهية الإلتزام بضمان السلامة بشكل واضح ودقيق².

وعرف جانب آخر من الفقه الإلتزام بالسلامة أو ضمان السلامة بالنظر لذاتيته ، بأنه : " ممارسة المدين (الملتزم) سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة ، وهو الإلتزام بتحقيق غاية ونتيجة وليس بذل عناية³ .

وعرف كذلك بأنه : " إلتزام محله تحقيق نتيجة ، يلزم المدين به ، بتعويض المضرور عما أصابه أو لحقه من ضرر ، فضلاً عن إعفاء الأخير - المضرور - من إثبات خطأ المدين⁴ .

وعرف كذلك بأنه : إلتزام يحمي السلامة الجسدية للأشخاص والتعويض عما يصيبها أو يلحقها من أضرار ، سواء كان الفعل أو النشاط المحدث للضرر مشروعاً أو غير مشروع⁵ .

وبذلك فإن الإلتزام بالسلامة هو إلتزام لا يتصور عادة إلا في العقود التي يكون فيها الدائن معرضاً لخطر جسماني محدد بفعل تنفيذ المدين لإلتزاماته الأساسية في العقد ، كما لا يمكن تصوره كذلك إلا في الإلتزامات المتعلقة بالأشخاص ، بحيث لا وجود لمثل هذا الإلتزام في الإلتزامات المتعلقة بالأشياء⁶ .

¹-G SERVAN. Dictionnaire le mout kan, dar El Rateb, 2007, p.376.

² - أحمد مواقي بناني ، الإلتزام بضمان السلامة (المفهوم ، المضمون ، اساس المسؤولية) ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر - باتنة ، العدد العاشر ، ص 414-415 .

³ - أشار إليه ؛ أحمد مواقي بناني ، المرجع السابق ، ص 415 .

⁴ - أشار إليه ؛ محمود التلثي ، النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس - كلية الحقوق - مصر 1988 ، ص 295 .

⁵ - أشار إليه ؛ محمود التلثي ، المرجع السابق ، ص 219 .

⁶ - سعاد بختاوي ، المسؤولية المدنية للمهني المدين ، مذكرة لنيل درجة الماجستير - تخصص مسؤولية المهنيين - كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2012 ، ص 99 .

إن الإلتزام بالسلامة " ما هو إلا صيغة قانونية بمبدأ أخلاقي أساسه يتمثل في المحافظة على الحياة (الصلاحية) Lintegrite الجسدية للأشخاص ".¹ وهو " إلتزام تبعية لإلتزام رئيسي يستوجب على المهني المدين عدم الإضرار بالغير ".² أي أن المدين يكون ملزماً على أداء الخدمة الموعود بها للدائن إضافة إلى الحفاظ على سلامته الجسدية من أخطار ووسائل الخدمة التي يباشرها.

والجسد هو ذلك الكيان الذي يباشر به الإنسان وظائف الحياة ، عن طريق ما يحوي من سوائل كالدّم والنخاع ، و مجموعة الأعضاء الجامدة ، وهو بذلك يشمل مادة الجسم بأجزائها ويشمل النفس أيضاً . ومنه فالكائن الإنساني يتركب من عنصرين ، عنصر مادي وهو البناء الجسدي ، وعنصر معنوي هو الروح .³

البند الثاني

مضمون الإلتزام بسلامة المريض في التدخل الطبي

إذا كان مضمون الإلتزام بالسلامة بوجه عام وبصفة مبسطة يقضي بتحقيق نتيجة محلها سلامة الأشخاص من الأضرار ، و إلتزام المدين به بتعويض المضرور حالة إصابته بالضرر و بدون أن يكلف نفسه عبء إثبات الخطأ الذي نتج عنه الضرر .

وإذا كان كذلك إلتزام الطبيب كأصل عام هو إلتزام ببذل عناية ، نظراً لفكرة الإحتمال الطاغية على التدخل الطبي والتي أشرنا لها سابقاً ، حيث أن نتيجة الشفاء ليست بيد الطبيب ولا تحت سيطرته ، بل هي بيد الله سبحانه وتعالى وحده . إلا أنه بفضل التطور العلمي في المجال الطبي و الذي مس أساليبه ووسائله، أصبحت بعض الحالات في التدخل الطبي ذات نتائج مؤكدة .

ومن خلال كل ذلك يمكن القول بأنه " في كل حالة من حالات العقد الطبي تنتفي فيها أو تضعف فكرة الإحتمال، يعود الإلتزام بالسلامة إلى حجمه الطبيعي ليضفي حمايته وضمانه على المضرور جسدياً بالنسبة لهذه الحالات فقط وليس الشفاء ، لأنه بيد الله وحده ".⁴

1 - مراد بن صغير، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 135 .
2 - سعاد بختاوي ، المرجع السابق ، ص 98 .
3 - ميرفت منصور حسن ، المرجع السابق ، ص 76-77 .
4 - محمود التلثي ، المرجع السابق ، ص 295 .

وبذلك فإن مضمون الالتزام بسلامة المريض في العمل الطبي يكمن في أن لا يعرض الطبيب أو المستشفى مريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة أو ما يناوله من أدوية وأن لا يتسبب في نقل مرض أحر إليه بسبب العدوى ، الناشئة عن عدم تعقيم الأدوات أو تلوث المكان ، أو عن طريق نقل الدم أو سوائل أخرى .¹

وبالتالي فإن الإلتزام بضمان سلامة المريض هو إلتزام متعلق بالحق في السلامة الجسدية للمريض يوجب على الطبيب بأن لا يكون سببا في إلحاق المزيد من الأضرار بمريضه أثناء علاجه .

وتجدر الإشارة هنا إلى الفرق بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام بالسلامة ، فإذا كان كلا الإلتزامان يلتقيان في كونهما لا يعنيان بالضرورة شفاء المريض ، إلا أنهما يفترقان في هدفهما فالأول - الإلتزام بتحقيق نتيجة - يهدف إلى تحقيق النتيجة التي من أجلها كان التدخل الطبي أما الثاني - الإلتزام بالسلامة - فيهدف لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين ، فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية ، ونظرا لهذا التداخل الكبير بينهما إلى حد الصعوبة في التمييز بينهما ذهب الكثير من الباحثين إلى الإتياء بمفهوم وسط وهو الإلتزام بسلامة النتيجة². *Obligation de sécurité de resultat* ، ويطلق عليه البعض كذلك مسمى " الإلتزام بالطمأنينة و الأمان " .³

و الإلتزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة حيث يلزم الطبيب أو المستشفى ضمان سلامة المرضى في التدخلات الطبية التي لا علاقة لها بالتدخل العلاجي أو الجراحي مثل خدمات التغذية أو إعطاء الأمصال وغيرها من الخدمات الأخرى التي لا علاقة لها بالتدخل الطبي بمفهومه الضيق .⁴ ولا تتضمن عنصر الإحتمال كتثبيت الطبيب الجراح مريضه على طاولة العمليات ،⁵ وحسن سير التنظيم الإداري وتوفر مستلزمات السلامة العامة داخل المستشفيات .⁶ فالطبيب مسؤول على سلامة جسم المريض من الأضرار التي قد تطاله مدة إقامته بإقامته بالمستشفى ، ما لم يثبت أن هاته الأضرار كانت من عوارض المرض الذي دخل المستشفى وهو مصاب به ، أو أنه يرجع لحادث فجائي أو لقوة قاهرة .⁷

1 - أشار إليه ؛ طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 173 .

2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 102 .

3 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 173 .

4 - أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 226 .

5 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 174 .

6 - أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 226 .

7 - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 175 .

وتتحقق مسؤولية الطبيب المدنية على أساس إلتزامه بضمان سلامة المريض بمجرد حصول الضرر الناتج عن التدخل العلاجي أو الجراحي ولا سبيل لفيها (المسؤولية) إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة.¹

ولم يكتف القضاء في توجهه لحماية المرضى وسلامتهم من الأضرار بالتشديد في مسؤولية الطبيب والمستشفيات عن طريق فرض مبدأ الإلتزام بالسلامة فحسب ، بل تعداه إلى الأخذ بفكرة الخطأ المضمّر، والذي يظهر من خلال إستنتاجه (القضاء) لخطأ الطبيب أو تقصيره من خلال وقوع الضرر ، وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه .² ولم يتوقف القضاء عند الأخذ بفكرة الخطأ المضمّر - المقدر - المفترض - بل تعداه إلى عدم إشتراط توافر العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، حيث رتب مسؤولية الطبيب بالرغم من عدم ثبوت العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي لحق مريضه ، على أساس أن هذا الخطأ قد أضعاف وفوت على المريض فرصة الحياة، أو فرصة الشفاء ، أو بصفة عامة فرصة تجنب الضرر الذي لحقه .³

وليس من المعقول والمقبول أن يتعاقد مريض مع طبيب من أجل علاجه من مرض ما ويخرج وهو محمل بإصابات وأمراض أخرى ، نتيجة لإهمال طبي أو خلل في التنظيم الإداري للمستشفى ، ولذلك يقع على عاتق الطبيب والمستشفى إلتزام بضمان سلامة المريض محله تحقيق نتيجة تتمثل في أن لا يلحق بالمريض إصابات وأضرار أخرى غير التي جاء للعلاج من أجلها .⁴

إن مبدأ الإلتزام بضمان السلامة يقف إلى جانب المريض ويحمي سلامته الجسدية ويبعث في روحه الطمأنينة والأمان من مخاطر وأضرار العمل الطبي .

إلا أنه في المقابل زاد من عناء الأطباء وأثقل كاهلهم . ولكون أن الأطباء يقدمون خدمات جليلة للإنسان المريض حيث يقومون بعمل ملائكي في كثير من الأحيان ، كما أنهم رجال فنيون يمسون زمام العلم ووسائل التخفيف من عناء البشرية ، وجب إعطاءهم هم الآخرين نوعاً من الحرية والأمان والطمأنينة ولا يتأتى هذا إلى عن طريق تطوير وتوسيع التأمينات الطبية وعلى رأسها التأمين الصحي والتأمين على الحوادث

¹ - أشار إليه ؛ عبد الجليل مختاري ، الطبيعة القانونية للإلتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء ، مجلة دراسات قانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد التاسع ، 2011 ، ص 79 .

² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 379 .

³ - أشار إليه ؛ محمود التلثي ، المرجع السابق ، ص 332 .

⁴ - أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص 226 .

الطبية والعجز الذي تخلفه ، وذلك بتوسيع وتطوير دائرة التأمينات لأصحاب المهن الحرة ومنهم الأطباء وجعلها إجبارية .¹

و تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالسلامة الطبية يواجه مشاكل وصعوبات في تعميمه نظرا لكونه لازال في بدايته وفي خطواته الأولى ، وهذا الواقع جعل إلتزام الطبيب به يصطدم بعقبتين أساسيتين ، الأولى إقتصادية تتمثل في إرتفاع أسعار الضمان ، وهذا ما نتج عنه عدة مشاكل كإختفاء العلاج بالجحان وإضطراب الأطباء وخاصة الأخصائيين منهم إلى تقاضي الأجور الباهظة لتغطية النفقات المتولدة عن إزدياد أفساط التأمين ، وظهور شركات التأمين المتخصصة وتنافسها في تغطية الأطباء لدى ممارستهم لمهنتهم . أما العقبة الثانية فهي تقنية تقوم في حدود مجال أي إلتزام وبالتالي فإنه لتخفيض قليلا من مجال الإلتزام بالسلامة فإنه في الإمكان إضافة معيار نابع من الفعل الضار يتطلب أن يكون قابل للإقتطاع ماديا ومعنويا في النشاط الطبي العادي .

وإذا كان تجاوز هذه الصعوبات قد وقف حائلا دون تنفيذ إلتزام الطبيب بالسلامة ، فإنه من المحقق طبيعيا أن إقرار قانون ما ، سيكون الوسيلة الأفضل لتحسين وضعية ضحايا الحوادث الطبية .²

وهو ما ذهبت إليه بعض من دول العالم حيث فرضت إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية ، ومنها الدولة العربية ليبيا التي أقرت قوانينها إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية .³

ويعرف الفقيه الفرنسي "هيمار" التأمين بأنه : " عملية يحصل بموجبها أحد الأطراف وهو المؤمن له، نظير دفع قسط من المال على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الأخر، وهو المؤمن تعهد يدفع بموجبه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين ، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينها وفقا لقوانين الإحصاء " .⁴

أما الشريعة الإسلامية فإن فقهاءها قد سبقوا القوانين الوضعية في الإقرار بالتأمين عن مسؤولية الطبيب على جناية خطئه ، وذهبوا إلى أن التأمين يكون على عاتق عاقلة الطبيب أو على بيت مال المسلمين .⁵

1 - محمد رابح ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها ، المرجع السابق ، ص 196 .
2 - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة تأصيلية مقارنة" ، المرجع السابق ، ص 381-382 .
3 - أشار إليه ؛ أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 20 .
4 - ذكره ؛ أحمد عبد الكريم موسى الصرايره ، المرجع السابق ، ص 16 .
5 - ابن قيم الجوزية ، الطب النبوي ، المرجع السابق ، ص 108 .

وذهب بعض من فقهاء الشريعة إلى تشبيه التأمين من المسؤولية المدنية بعقد المولاة الذي قال بصحته كبار فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم ، ويتمثل عقد المولاة في " أن يتعاقد شخص مجهول النسب مع آخر ، فيعرض عليه أن يكون مولاه ، يرثه إذا مات ، ويعقل عنه إذا جنى جناية من جنایات القصاص (أي يدفع الدية عنه) فيقبل بذلك المعروض عليه وينعقد العقد بينهما ويسمى عقد مولاة " وذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى القول بأنه عقد يتفق ويشبه عقد التأمين شبها كبيرا .¹

البند الثالث

شروط وضوابط الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي

حتى يقوم مبدأ الإلتزام بضمان السلامة في العمل الطبي - على عاتق الطبيب - حسب رجال الفقه لا بد من توافر الشروط التالية :

أولا - أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا (طيبيا) : ويرجع ذلك لما يجوز عليه هذا الشخص من خبرة ومعرفة بأصول وقواعد مهنته ، وبذلك فإن المدين في العمل الطبي والذي يقع على عاتقه الإلتزام بالسلامة هو الطبيب والذي يستوجب عليه أن يكون عارفا بالأصول العلمية والخبرات الفنية لمهنة الطب وله دراية كافية بما ، مما يمكنه من أدائها على أحسن وأتم وجه ، حتى يكون في موضع الثقة التي يوليها له عملاؤه.²

ثانيا - وجود خطر يهدد السلامة الجسمية للمتعاقد طالب هذه الخدمة³ (المريض) : إن الإلتزام بالسلامة يهدف إلى ضمان حماية الدائن من الأخطار التي تهدد سلامته الجسمية ، فهذا النوع من الإلتزام لا يوجد إلا في العقود التي تشكل خطرا على سلامة أحد المتعاقدين ، فالإلتزام بضمان السلامة مرتبط بوجود الخطر ، وفي العقد الطبي يكون المريض هو المتعاقد الدائن الطالب لخدمة العلاج ، وهذه الأخيرة (خدمة العلاج) تنطوي على أخطار كبيرة وخاصة بعدما تعددت أساليبها ودخلت الأجهزة والمعدات الطبية الحديثة مجال الخدمات الطبية .

¹ - أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، ص 224 .
² - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 381 .
³ - جاء في تعريف بعض الفقهاء للالتزام بضمان السلامة من خلال بيان شروطه والذي تمت الإشارة إليه ، بأنه " ... وأن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج ... " ، ذكره ؛ أحمد موافي بناني ، المرجع السابق ، 114 .

ثالثاً - أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولاً للمتعاقد الآخر :

وهو أن يتجه أحد المتعاقدين إلى توكيل سلامته الجسدية للمتعاقد الآخر. وفي العمل الطبي يلجأ المريض إلى الطبيب موكلاً إياه سلامته الجسدية وقت القيام بعملية العلاج .

" وليس المراد من ذلك أن يكون المتعاقد في حالة خضوع كلي ، بحيث يفقد سيطرته تماماً على سلامته الجسدية كما هو الحال بالنسبة للمريض الذي يعهد بسلامته أثناء العملية الجراحية للطبيب بل يراد منه أي نوع من الخضوع ، سواء كان من الناحية الحركية أو الناحية الفنية أو الإقتصادية " .¹

وعبء إثبات الالتزام بضمان سلامة النتيجة يقع على عاتق الطبيب ، وتترتب مسؤوليته متى لم تتحقق النتيجة - ولحق ضرر بالمريض - ولا يمكنه التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي ، كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو فعل الغير .²

فإذا كان سبب الضرر قوة القاهرة فعلى الطبيب أن يثبت أن الحدث الذي أدى إلى الضرر غير ممكن توقعه ولا دفع نتائجه . وبذلك تستبعد مسؤوليته .

أما بالنسبة لفعل الغير فإذا بلغ خصائص القوة القاهرة وكان السبب الوحيد في حادث الضرر تستبعد مسؤولية الطبيب ، أما إذا كان فعل الغير لم يستجمع خصائص القوة القاهرة ولم يكن السبب الوحيد في الحادث ، بل مساهماً مع التدخل الطبي في وقوع الضرر ، فيسأل الطبيب عن تعويض الأضرار وذلك مجرد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأنه في حالة تعدد المسؤولين عن ضرر واحد ، كانوا متضامنين في الإلتزام بالتعويض تجاه المضرور .³

أما بالنسبة لخطأ المريض المضرور ، فإذا كان الضرر ناتج عن إهمال المريض لتعليمات وإرشادات الطبيب أو نتيجة لإخفائه عليه حقيقة مرضه ودواعيه فإن ذلك يقطع العلاقة السببية بين الضرر الحادث له وخطأ المستشفى أو الطبيب ، وإذا كان خطأ المريض هو السبب الوحيد في إحداث الضرر له ، فإن ذلك ينفي رابطة السببية و تنتفي معها مسؤولية المستشفى - الطبيب - وهذا بإستثناء المريض مرضاً عقلياً ، أما إذا كان خطأ

¹ - مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 381 .

² - عبد الحميد ثروت ، المرجع السابق ، ص 141 .

³ - عبد الحميد ثروت ، المرجع السابق ، ص 142 .

المريض قد ساهم مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة تخفف مسؤولية المستشفى - الطبيب - ولا ترفع ، وذلك بإنقاص التعويض المحكوم به عليها بقدر نسبة خطأ المريض.¹

الفرع الثاني

مجالات وتطبيقات الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية

لقد شمل مبدأ الالتزام بالسلامة مجالات متعددة من التدخلات الطبية ، ويتعلق الأمر بالتدخلات الطبية الواقعة ضمن المفهوم الواسع للعمل الطبي و التي تلاشت فيها فكرة الإحتمال و باتت نتائجها مؤكدة ، وتلك التي يظل فيها عنصر الخطر قائما ، حيث يلتزم فيها الطبيب بضمان سلامة المريض ومحلها تحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض من كل الأضرار والأخطار الناتجة عن التدخل الطبي ووسائله ؛ وأكد القضاء على هذا المبدأ حيث قضى به في حالات مختلفة من التدخلات الطبية ، وسوف نتطرق لمجالات الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي في البند الأول وبعض تطبيقاته القضائية في البند الثاني :

البند الأول

مجالات الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي

يجد الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي مجاله في عدة أنشطة طبية ، حيث يكون الطبيب فيها ملزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض ، وفي الوقت نفسه يكون مسؤولا عن تعويض مريضه حالة تخلف النتيجة ولحاق الضرر به ، وسنتطرق لهذه الأنشطة أو الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بسلامة المريض ونوردها على سبيل المثال لا الحصر ، لأن مبدأ الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية يمس الأنشطة الطبية التي زالت عنها فكرة الاحتمال من جهة ، والتي يكون فيها عنصر الخطر قائما من جهة أخرى ، وبذلك يبقى التطور العلمي في المجال الطبي وحده بمرور الزمن كفيل بإزالة فكرة الإحتمال عن أنشطة طبية أخرى ، وإظهار مخاطر لأنشطة طبية أخرى خاصة مع إستمرار تدخل الأجهزة والمعدات الطبية المتطورة مجال التدخلات الطبية ، فالنشاط الطبي

¹ - مراد بن صغير ، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن اعمال (اخطاء) اطباء المستشفيات العمومية ، المرجع السابق ، ص 317 .

المبنية نتيجه على الإحتمال اليوم قد تصبح نتيجه مؤكدة غدا ، كما أن النشاط الطبي الذي لا يشكل خطرا اليوم في ظروف ووضع معين ، قد يصبح أكثر خطرا في وقت معين ، وعليه فالإلتزام بضمان السلامة في التدخل الطبي يتوسع من نشاط طبي إلى آخر ، يوم بعد يوم .

وسنورد الأنشطة والمجالات الطبية التي يطالها الإلتزام بضمان سلامة المريض حسب ما توصل اليه الفقه والقضاء على صرح تطورات العلوم الطبية في الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى

مجال الأدوية العلاجية وعمليات نقل الدم والسلامة من العدوى

أولا - مجال الأدوية العلاجية : يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض من خلال الأدوية المقدمة أو الموصوفة له ومحله تحقيق نتيجة تتحدد في أن يقدم الطبيب لمريضه دواء مناسب لمريضه وغير ضار بصحته . وفي حالة ما إذا لحق المريض ضررا نتيجة الدواء المقدم إليه أعتبر قد أحل بالتزامه بسلامة المريض وتقوم مسؤوليته ولا يستطيع دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي الخارج عن إرادته والذي لا يد له فيه .¹

ثانيا - مجال عمليات نقل الدم : يلتزم الطبيب في عملية نقل الدم بضمان السلامة الشخصية لكل من المتبرع والمتلقي ومحله تحقيق نتيجة ، مضمونها عدم إصابتهم بالضرر . وضمان السلامة الشخصية للمتبرع تتمثل في وجوب التأكد من قابلية جسمه لإنتزاع الدم منه دون أن يلحق ذلك ضررا بسلامة جسمه ، أما المتلقي فبضمان سلامته تكمن في أن لا يلحق به أذى أو علة أو مرض يسببها الدم الذي نقل له ، وتعتبر الإصابة بالعدوى بأمراض يستحيل أو يصعب شفاؤها كمرض الإيدز أو فيروس الكبد والملاريا والزهري والحمى المالطية منبع الخطورة في هذه العملية ، وهو الأمر الذي يدعو إلى التشديد في عمليات فحص الدم قبل نقله .²

ثالثا - مجال السلامة من العدوى : يلتزم الطبيب بسلامة المريض من عدوى المستشفيات ، سواء كان المستشفى خاص أو عام ومحله الإلتزام بتحقيق نتيجة ، تتحدد في أن لا ينتقل إلى المريض عدوى مرضية من

¹ - محمد التلتي ، المرجع السابق ، ص 316 .
² - طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 176-177 .

المستشفى أثناء العلاج ، وفي حالة إخلال المستشفى بالتزامه تقوم مسؤوليته وليس له وسيلة لدفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي¹.

الفقرة الثانية

مجال استعمال الأجهزة والأدوات الطبية والتركيبات الاصطناعية

أولا - مجال استعمال الأجهزة و الأدوات الطبية : يلتزم الطبيب بضمان سلامة النتيجة في استعمال الأجهزة والأدوات الطبية في علاج مريضه والتي تتحدد في سلامة صحة المريض من أضرارها . والتزام الطبيب بضمان سلامة المريض من الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة في العلاج يكون في ثلاثة صور .

فالصورة الأولى تتعلق بالأضرار الناتجة عن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة (غير المعيبة) في التدخل الطبي بمفهومه الضيق ، ففي هذه الحالة يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض أو سلامة النتيجة ومحله عدم إلحاقه بالمريض أضرار إستثنائية ذات جسامه غير متوقعة و لا صلة لها بالمرض الذي يعالج منه ، أي أن لا يلحق به الطبيب مرض جديد .

والصورة الثانية تتعلق بالإصابات الناتجة عن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة في تنفيذ التدخل الطبي ذاته وبمفهومه الضيق ، ففي هذه الحالة كذلك يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض من كل الإصابات التي لا صلة لها بالعلاج وذات جسامه إستثنائية لم يتوقعها المريض ، ومحله تحقيق نتيجة تتحدد في أن لا يعرض مريضه للإصابات الناتجة عن إستعمالها تنفيذا للعمل الطبي ذاته ، ولقد إستحيا القضاء القول بهذا صراحة مخافة نقض الأحكام .

أما إذا أستعمل الطبيب أجهزة وأدوات سليمة في التدخل الطبي بمفهومه الضيق ، فقد ذهب الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، إلى القول بأن التدخلات الطبية بالمعنى الدقيق هي ذات طابع علمي فقد يستعين الطبيب بأجهزة وأدوات طبية وغالبا ما يفعل ذلك ، وأن مسؤوليته عن هذه الأشياء تستعير طبيعتها من مسؤوليته الأصلية عن تدخله الطبي بالمعنى الدقيق ، نظرا لأن عمل الطبيب يستغرق فعل أجهزته وأدواته

¹ - أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 191-192 .

الطبية، وبذلك يبقى مضمون إلتزام الطبيب بسلامة المريض والمنبثق عن هذه المسؤولية المزدوجة عن العمل الطبي، وعن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة المستعملة فيه كالوجهين للعملة الواحدة ، قيمتها بذل العناية بالمستوى المطلوب في المسؤولية الطبية ، فلا تنعقد في هذه الحالة مسؤولية الطبيب بإخلاله بإلتزام ضمان السلامة، وكذلك الحال فيما إذا لحقت بالمريض إصابة نتيجة إستعمال جهاز أو آلة طبية سليمة فإن مضمون إلتزام الطبيب يبقى إلتزام ببذل عناية مما يقع على عاتق المريض عبء إثبات تقصير الطبيب .

أما الصورة الثالثة تتعلق بإلتزام الطبيب بضمان سلامة المريض من إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية المعيبة (غير السليمة) ، وهي بدورها تحوي حالتين .

فالحالة الأولى تخص الأضرار الناتجة عنها (الأجهزة والأدوات الطبية المعيبة) و التي لا صلة لها بالمرض الذي يعالج منه المريض ، ولا بالتدخل الطبي بمفهومه الضيق ففي هذه الحالة يقع على عاتق الطبيب إلتزام ضمان سلامة المريض ومحل تحقيق نتيجة مضمونها إستعمال أجهزة وأدوات طبية سليمة لا تلحق ضرر بالمريض، ويبقى هذا الإلتزام قائما حتى ولو كان عيب الجهاز أو الآلة المستعملة عيبا خفيا في صنعها لا يمكن كشفه ، ولا يمكن للطبيب دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه .

أما الحالة الثانية فهي تخص الأضرار الناتجة عنها والمرتبطة بالتدخل الطبي فيقع على عاتق الطبيب إلتزام بضمان سلامة المريض محل تحقيق نتيجة تتحدد في إستعمال أدوات سليمة لا تلحق ضرر بالمريض كما هو الحال في الحالة الأولى ، ولا يمكن للطبيب التذرع بأنه إستعملها في إطار عمله الطبي بالمعنى الدقيق، والذي يلتزم فيه ببذل عناية ، وهذه الأخيرة تقوم في الأعمال الطبية على أساس غلبة عنصر الإحتمال.¹

أما الشريعة الإسلامية فهي الأخرى ترتب الضمان عن الأضرار الناتجة عن الأجهزة والآلات على من كانت تحت يده ، مما يجعل من الطبيب ضامنا إذ ما هو إستعملها وألحقت ضررا بالمريض ، وليس ضروريا أن يتحقق التعدي من طرفه ، حيث يعتبر متعديا كذلك لو أهمل في حفظ جهاز أو آلة ونتج عن ذلك الإهمال ضرر، فالآلة ليس لها من حركة إلا بتحريك صاحبها . وبالتالي فإن الضرر الناتج عن تحريك الآلة يعد ضررا مباشرا ، والضرر المباشر لا يشترط فيه التعدي على خلاف الضرر غير المباشر وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.²

¹ - أشار إليه ؛ محمود التلثي ، المرجع السابق ، ص 324 - 328 .
² - أشار إليه ؛ محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 190 .

وتكمن أخطار الأجهزة والأدوات الطبية في التدخل الطبي ، في الإصابات الحسيمة التي تلحقها بجسم المريض كالحروق مثلا بسبب سوء إستعمالها أو لعطب فيها أو لعب في تصنيعها ، أو لوضعها وحفظها في مكان غير مناسب كأن تكون قريبة جدا من المريض يلامسها في أقل حركة ، وكذلك في العدوى التي قد تنقلها للمريض نتيجة لعدم تعقيمها. لدى يجب على الطبيب التأكد من سلامة الأجهزة والأدوات قبل إستعمالها وتعقيمها بعد كل إستعمال ، وحفظها في مكان مناسب بعيدا عن مرضاه .

ثانيا - مجال التركيبات الإصطناعية : يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض في التركيبات الإصطناعية المقدمة لمريضه ومحلها تحقيق نتيجة تتحدد في أن لا تلحق هذه التركيبات أضرارا بالمريض نتيجة لعب فيها أو لعدم ملاءمتها لجسم المريض ، وفي حالة ما إذا لم تتحقق هذه النتيجة ولحق ضرر بالمريض فالطبيب يكون مسؤولا على ذلك ما لم يثبت أن تخلف النتيجة والضرر الحاصل راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه . ومرد ذلك إلى أن عملية التركيبات الإصطناعية ليست عملا طبيا يخضع لفكرة الإحتمال بل هو نشاط ملحق بالعمل الطبي ومستقل عنه ، ولا يقتصر على الأطباء وحدهم بل قد يكون من إختصاص صناع تعلموا هذه الصناعة وتخصصوا فيها ، كما هو الشأن بالنسبة لصناع أطعم الأسنان الذين يزاولون هذا العمل بصفة علنية وعلى مرآى من جميع السلطات ، كما هي كثيرة المؤسسات التي تخصصت في صناعة الأعضاء الصناعية ، وليست لها صفة العيادة الطبية.¹ وصناعة الأعضاء تنتفي فيها فكرة الإحتمال فإذا قام طبيب بصناعة عضو أو بتركيبه يلتزم بضمان سلامته من العيوب من جهة وبأن لا يلحق بالمريض المركب أو المقدم إليه ضرر من جهة أخرى .

وفي الأخير يمكن القول أن القضاء قد وفق إلى حد بعيد في تحقيق الحماية والسلامة الجسدية للأشخاص عامة وللمرضى خاصة بفضل إقراره فكرة الالتزام بضمان السلامة في التدخلات الطبية ، وتحديد مجالاتها تماشيا والتطورات العلمية في المجال الطبي ، ولم يكن هذا شأن القضاء العادي وحده ، فنظيره الإداري هو الآخر سعى من أجل حماية المرضى . وضمان سلامتهم من أضرار النشاط المرفقي الطبي . واهتدى في سبيل تحقيق ذلك إلى المسؤولية بدون خطأ ، والخطأ المضمّر وصولا إلى فكرة المخاطر.

وظهر ذلك جليا عندما أخذ بداية بالمسؤولية بدون خطأ في النشاط الطبي ، وذلك فيما يخص إستخدام العلاجات الجديدة غير معلومة نتائجها الخطرة ، إلا أنه واجه صعوبة في تحديد الأساليب الجديدة وتلك القديمة

¹ - محمد رابيس ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، المرجع السابق ، ص 190 .

مما اضطره إلى إعادة النظر في ذلك حيث توصل إلى إقامة المسؤولية بدون خطأ على إستعمال أي علاج طبي معلوم نتائجه الخطرة ، سواء كان العلاج تقليدي أو غير تقليدي ، قديماً أو جديداً ، مادام يتسم بالخطورة.¹

وتعتبر قضيتي قوماز "GOMEZ"² وبيانشي "BIANCHI"³ أشهر القضايا التي بدأ فيها القضاء الإداري الفرنسي التخلي عن فكرة الخطأ في إقامة المسؤولية الطبية ، وأستمر القضاء في تطوير أحكامه من أجل حماية أكبر لحياة المريض حتى وصل إلى فكرة المخاطر من أجل حماية السلامة الجسدية للمرضى حينما أقر بحماية المرضى من مخاطر العلاج ، وحدد مجالات هذه المخاطر ، والتي شملت مخاطر العدوى الناشئة عن نقل الدم ، ومخاطر المنتجات والأجهزة الطبية المعيبة ، ومخاطر التطعيم الإجباري .⁴

البند الثاني

تطبيقات الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي

إن الإلتزام بالسلامة مولود قضائي ، ولذلك توجد له تطبيقات قضائية كثيرة في المجال الطبي خاصة في مكان مولده فرنسا ، وستتطرق لبعض هذه التطبيقات ، بصورة مختلطة ما بين قضاء عادي وإداري ، وموزعة على كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري وفي تدخلات طبية متنوعة ، تشمل السلامة

¹ - عبد الحفيظ علي الشيمي ، تطور المسؤولية الإدارية الطبية "دراسة مقارنة" ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 ، ص 61-64 .
² - C.A.A.Lyon ; 21/12/1990 , J.C.P.1991-II-21698.

وتتلخص وقائع هذه القضية في " أن الطفل Serg Gomez البالغ من العمر خمسة عشر عاماً أدخل في العام 1983 إحدى المستشفيات المتخصصة في عمليات تقويم العمود الفقري بقصد إجراء عملية جراحية له باستخدام طريقة علاجية جديدة تدعى methode de luque غير معروفة النتائج بشكل كامل .ظهرت إثر العملية مضاعفات جسيمة ، إنتهت بعد ستة وثلاثون ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى رفضت المحكمة الإدارية في ليون طلب التعويض الذي تقدمت به عائلة Gomez عن الضرر اللاحق بابنها Serge ، إستناداً إلى ما جاء في تقرير الخبيرين المكلفين من عدم وجود أي خطأ مرتكب من قبل الأطباء . إستأنفت عائلة Gomez هذا الحكم أمام محكمة الإستئناف الإدارية بليون ، فأستجابت لطلباتهم قاضية بمسؤولية المرفق الطبي العام وحق الضرر في التعويض .وجاء في حكمها " إن إستعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطراً للمرضى الذين يخضعون له ، عندما لم تكن نتائجه معلومة بعد ، وأن إستخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها يؤدي إلى مسؤولية المرفق الطبي عن المضاعفات الإستثنائية والبالغة الجسام التي أصابت المريض ، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ " وبهذا القرار يكون القضاء الإداري قد أقر لأول مرة المسؤولية دون خطأ عن عمل المرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته ، مع حصر مجال هذه المسؤولية في حالة إستخدام تقنيات جديدة غير معروفة النتائج ، بالإضافة إلى أنها لم تكن الطريقة الوحيدة المتاحة لإجراء تلك العملية ، كما لم يكن التدخل الجراحي مستعجلاً أو تفرضه حالة الضرورة "

أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 597-598 .
³ - C.E.09/04/1993 , J.C.P.1993-II-22061.

تتلخص وقائع هذه القضية في " أن السيد Bianchi أدخل إلى أحد المراكز الطبية في مرسيليا Marseille إثر معاناته من إنخفاض مستمر في الضغط ونوبات أعصاب ولا سيما في الشق الأيمن من وجهه ، حيث أجريت له فحوصات بالأشعة لشرابين العمود الفقري تحت التخدير . أصيب الرجل على إثر ذلك بالشلل ، حيث ثبت أن هذه الحادثة وفقاً لرأي الخبراء لم تكن نتيجة أي خطأ ، وإنما نتيجة ما أستخدم من أدوات لإجراء هذا الفحص أو نتيجة الأدوية التي حقن بها المريض واللازمة لإجراء هذا النوع من الأشعة . قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض للسيد Bianchi بمبلغ يفوق المليون فرنك فرنسي ، وأقام حكمه على أساس أن تنفيذ العمل الطبي هو الذي أدى إلى حدوث الضرر ، رغم أنه قد تم تنفيذ العمل المذكور بشكل صحيح ودون أي خطأ " . أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 599 .

⁴ - أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 174 - 184 .

الدوائية، والسلامة من أخطار الأدوات والأجهزة الطبية، والسلامة من العدوي، وذلك في البنود الثلاثة التالية:

الفقرة الأولى

تطبيقات في الالتزام بالسلامة الدوائية

بعد أن يفحص الطبيب مريضه ويشخص مرضه، يقوم بتقديم الدواء له أو يصفه له إذا كانت حالته المرضية تتوقف على مجرد العلاج الدوائي، وفي هذه الحالة يلتزم الطبيب بسلامة الأدوية المقدمة لمريضه، ويسأل عن أي ضرر يلحق بمريضه نتيجة ما قدم له من دواء.

ففي فرنسا أدان القضاء في حكم صادر بتاريخ 04 فيفري 1959 طبيبا وحمله المسؤولية بسبب إعطائه حقنة لمريضه نتج عنها صعوبة في حركة عضلات المريض، وهذا الحكم تمت الإشارة إليه سابقا.¹

كما أدانت محكمة النقض عيادة طبية وحملت المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة لتقديمها مادة مطهرة لطبيب إستعملها الأخير في علاج مريضه مما تسبب له في حروق من الدرجة الأولى والثانية، وذلك لأن عقد العلاج الذي تم اسعاف المريض بموجبه من قبل هذه المؤسسة الطبية الخاصة، يلقي على عاتقها التزاما بتحقيق نتيجة وسلامة ما يتعلق بالمنتجات الطبية كالأدوية التي تقدمها.²

وفي مصر فقد أدان القضاء في حكم صادر عن محكمة الجنائية بتاريخ 20 ابريل 1970 طبيبا لخطئه في مزج دواء، حيث قام بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدل أن يخلطه بالماء المقطر، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم.³

أما في الجزائر فقد أيدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/05/30 الحكم الصادر عن مجلس قضاء بسكرة بتاريخ 1993/03/02 والذي أدين فيه طبيبا بستة (6) أشهر حبس غير نافذة وألفين (2000) دج غرامة نافذة بسبب أمره لمريضته بتجرع دواء غير لائق بالحالة المرضية لها، حيث لم يأخذ

¹ - تمت الإشارة إليه، ص 191.

أشار إليه؛ مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية 07/11/2000, no 42, IR, D2001, no 7 - Cass. 1^{er} civ.

"دراسة تأصيلية مقارنة"، المرجع السابق، ص 344.

³ - تمت الإشارة إليه، ص 191-192 من المنكرة.

الطبيب في إعتباره المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل ، وبعد أن عرضت القضية على المحكمة العليا بعد طعن الطبيب ، قضت المحكمة بتاريخ 1995/05/30 بقبول الطعن بالنقض شكلا وبرفضه موضوعا .¹

وفي حالات كثيرة يتطلب علاج المريض كمية من الدم تنقل إليه ، وفي هذه الحالة يلتزم الطبيب بأن ينقل لمريضه دم سليم ومناسب لزمرة دم مريضه ، وخالي من الشوائب والعيوب ، ويعتبر فيروز فقدان المناعة أكبر الأضرار المسجلة في عملية نقل الدم . حيث جعل منها (عمليات نقل الدم) من أكبر و أشهر و أهم التطبيقات للالتزام بالسلامة في مجال التدخلات الطبية .

ففي فرنسا أدانت محكمة فرساي بمسؤولية الطبيب الجراح عن نقله دم ملوث بفيروس السيدا لمريضه، وقضت لورثته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب موت مورثهم بعد إصابته بمرض السيدا جراء نقل دم حامل للفيروس إليه.²

كما أدانت محكمة النقض الفرنسية مراكز نقل الدم عن الأضرار التي لحقت بالمرضى من جراء نقل دم معيب ، من أشخاص مصابون بفيروس (VHI) على إعتبار أنه يقع عليهم التزام نقل دم خال من العيوب، وذلك بموجب قرارين صادقين بتاريخ 1995/04/12 ، أعقبهما بثلاثة قرارات أخرى بتاريخ 1996/07/09 جاء فيهما ما يلي :

" Les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir au receveurs des produits exempts de vices ...ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée ...".³

وسلك مجلس الدولة الفرنسي المسار نفسه وحمل المستشفى المسؤولية عن نقل دم ملوث بفيروس (VHI) بواسطة مركز نقل الدم المتواجد بها ، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1995/05/26 .⁴

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/05/30 ، رقم الملف 118720 ، قضية (ك.خ) ضد (ب.ا) . أشار إليه ؛ عيد القادر خضير ، المرجع السابق ، ص 29-30 .

² - حكم محكمة فرساي الصادر في 1989/03/30 أشار إليه ؛ محمد رايس ، المسؤولية المدني للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، هامش 4 ، ص 257 .

³ - قرارات محكمة النقض الفرنسية المؤرخة في 1996/07/09 . أشارت إليهما ؛ سعاد هواري ، المرجع السابق ، ص 85 .
تتلخص وقائع هذا القرار في أن السيد

⁴ - C.E . 26/05/1995 , Consort n , guyen , R.F.D.A .II 4 Juillet , Aout 1995 .
Guyen أصيب بفيروس (VHI) على إثر عملية نقل دم إليه ، بواسطة مركز دم متواجد بمستشفى عمومي ، وقد حكم له بتعويض على أساس أن المستشفى يكون مسؤولا حتى في حالة غياب الخطأ . أشارت إليه ، سعاد هواري ، المرجع السابق ، ص 85-86 .

وهو ما قضت به سابقا كذلك محكمة مارسييليا الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ 11 يونيو 1991.¹

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن إصابة مريضه بمرض الزهري نتيجة نقل دم حمل بجراثيم هذا المرض إليه وأعتبرت أن الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة ، تتمثل في تقديم دم سليم ، ويتفق في فصلته مع فصيلة دم المريض.²

وقضت محكمة باريس الدائرة الأولى بمسؤولية أخصائي الدم عن إصابة مريضه بمرض السفليس (Sphlis) ، في قضية تتلخص وقائعها في أن أخصائي الدم قام بنقل دم من شخص مصاب بمرض السفليس إلى مريضه ، مما نتج عنه إصابة هذا الأخير بهذا المرض ، مما دفعه إلى المطالبة أمام القضاء بالتعويض عن ما لحقه من ضرر ، فدفع أخصائي الدم بأن التحليل لم يكشف عن وجود هذا المرض في المتطوعين خلال الكشف الدوري الذي يجرى لهم كل ثلاثة أشهر ، وأن جرثومة هذا المرض كانت كامنة في فترة نقل الدم ، وبالتالي لا تظهر في الفحص والتحليل ، لكن المحكمة رفضت هذا الدفع وقضت بمسؤوليته.³

وقضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية مركز نقل الدم عن إصابة أحد المرضى بفيروس التهاب الكبد الوبائي (VHC) نقل إليه عن طريق دم يحمل هذا الفيروس.⁴

أما في مصر فقد قضت محكمة المنصورة بمسؤولية طبيب وأزمته بالتعويض نتيجة نقل دم خاطئ لمريضته وذلك في حكمها الصادر سنة 1984 وقد تمت الإشارة إليه سابقا.⁵

¹ - T.A de Marseille.11 j1991 .L.P.A.1991

تتلخص وقائع هذا القرار في أن " السيد (Nothelfer) الذي سبق وأن أدخل قسم الطوارئ بالمركز الطبي العام (Fon pre de toulon) بهدف إجراء تدخل جراحي ، أخضع خلاله لنقل كمية من الدم ومشتقاته ، كما خضع في وقت لاحق لنقل دم أثناء إقامته بمستشفى (Sain Marguerit) =بمرسليا ، قد إكتشف على إثر إجرائه فحصا طبيا سابقا للزواج إصابته بعدوى فيروس الإيدز ، وبناء على ذلك قام برفع دعواه مطالبا بالحكم على الإدارة العامة بالتعويض عن الضرر الذي تعرض له جراء نقل الدم الملوث إليه أثناء إقامته بمستشفى (Sain Marguerit) بالإضافة إلى الحكم على المركز الطبي (Fon pre de toulon) بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء نقل الدم الملوث الذي خضع له أثناء إقامته به . وقد أكدت تقارير الخبراء أن العدوى التي أصابت المضرور قد حدثت أثناء الفترة التي تلقى فيها العلاج ، وتعزى إلى نقل الدم الملوث الذي تلقاه أثناء فترة إقامته بهاتين المؤسساتين العلاجيتين ، وذهبت المحكمة إلى أن إستحالة تحديد ما إذا كانت إحدى أو عدة نقلات دم ملوثة هي سبب العدوى دون الأخرى ، لا يمكن أن يؤدي إلى إحضار قيام رابطة سببية بين نقل الدم وإصابة المضرور بالإيدز .وانتهت المحكمة إلى أن مخاطر الإصابة بعدوى الإيدز عن طريق نقل الدم ومشتقاته هي مخاطر معروفة وواضحة ، وبذلك تكون المرافق الطبية القائمة على نقل الدم للمرضى قد جعلتهم عرضة لخطر العدوى الذي يتجاوز التبعات الناجمة في الوضع المألوف عن حدود الأنشطة التي تمارسها ، وأن هذه المخاطر من شأنها أن تقيم مسؤولية هذه المرافق بصرف النظر عن ارتكابها لأي خطأ من عدمه " . أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 179-180 .

² - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1954/12/17 .دالوز 1954 ، أشار إليه ؛ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 211 .

³ - حكم محكمة باريس الصادر بتاريخ 25 أبريل سنة 1945 ، أشار إليه ؛ محمد التلتي ، المرجع السابق ، هامش رقم 7 ، ص 307 .

⁴ - C.E.29/03/2000,dalloz. أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، ص 182

⁵ - تمت الإشارة إليه ، هامش رقم 4 ، ص 199 من المذكرة .

وفي أحيانا كثيرة يكون العلاج وقائيا وإستباقيا فيقع على القائم بالتحصين إلتزام بضمان سلامة الشخص المحصن ، والتحصين أمر إجباري تقوم به الدولة غالبا لحماية مواطنيها من الأوبئة والأمراض المعدية، وهي بذلك ملزمة بضمان سلامة مواطنيها وأول تكريس قضائي في ذلك ما قضت به محكمة بورديو الإدارية الفرنسية بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة عن التحصين الإجباري والزامها بالتعويض عنه على أساس فكرة المخاطر ، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 29 فيفري 1956 ، بمناسبة النظر في قضية الطفل ديجو والتي تتلخص وقائعها في أن المركز الصحي المدرسي أجرى تلقيح إجباري ضد الدفتيريا والتيتانوس للطفل ديجو وستة آخرين من زملائه ، ونتج عن ذلك أضرار نتيجة ظهور خراج درني في موضع الحقن ، وعلى إثره رفع أولياء الأطفال السبعة دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض ، فكان حكمها كذلك .¹

الفقرة الثانية

تطبيقات في الإلتزام بالسلامة من أخطار الأدوات والأجهزة الطبية

بفضل تطور العلوم الطبية أصبحت الأدوات والأجهزة الطبية من وسائل العلاج أو جزء منه ، وعلى الطبيب أن يلتزم بسلامة مريضه من أخطار ما يستعمله من أدوات وأجهزة ، أو ما يقدم منها لمريضه كعلاج أو كجزء منه ، ويعتبر إلتزام الطبيب بسلامة مريضه من أخطار الأدوات والأجهزة الطبية هو الأخر من التطبيقات الشائعة للإلتزام بالسلامة في التدخلات الطبية .

ففي فرنسا أيدت محكمة النقض الفرنسية محكمة الموضوع في حكمها الذي أدانت فيه جراح أسنان والزمته ومؤمنه بالتضامن وتعويض والدي الطفل عما لحقهما من ضرر ، وذلك في قضية تتلخص وقائعها أن جراح أسنان باشر علاجه لطفل يبلغ من العمر ثماني سنوات عن طريق التركيب المؤقت لجهاز جذب من صنع أمريكي ، مكون من قطعتين من المعدن ، كل منهما على شكل نصف دائرة ، يرتبطان معا برباط مطاطي مثبت في مؤخرة الرأس ، وبعد عدة شهور من العلاج ، شرع الطفل في إحدى الأمسيات في نزع الجهاز دون فك الأربطة المطاطية ، فأرتد الجهاز في وجهه بشدة ، وأنغرست الأطراف المقوسة في عينه وفقد الإبصار بها .²

¹ - حكم محكمة بورديو الإدارية الصادر بتاريخ : 29 فيفري 1956 أشارت إليه ؛ كريمة عباشي ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ميلود معمري - تيزي وزو - ، 2011 ، ص 73 .

² - نقض مندي فرنسي ، صادر عن الدائرة الأولى بتاريخ 22 نوفمبر 1994 أشار إليه ؛ عبد الحميد ثروت ، المرجع السابق ، ص 138-139 .

وذهب مجلس الدولة هو الآخر إلى إدانة المستشفى معتمدا المسؤولية بدون خطأ في حكمه الصادر بتاريخ 9 يوليو 2003 والمتعلق بالسيد مرزوق الذي لقي حتفه في المستشفى نتيجة تعرضه لسكتة قلبية بسبب نقص في الأكسوجين ، يعزى للأداء المعيب لجهاز التنفس الصناعي ، وهو ما أفترضت معه محكمة الإستئناف قرينة وجود خطأ في تسيير المركز الطبي ، إلا أن مجلس الدولة رفض الأعمال بهذه القرينة مقررًا المسؤولية دون خطأ للمركز الطبي وقد جاء في منطوق حكمه ما يلي : " يعتبر المرفق العام مسؤولًا عن الأثار الضارة التي تحيق بالمنتفعين بخدماته ، من جراء عيوب المنتجات والأجهزة الصحية التي يستخدمها ، حتى مع عدم وجود خطأ من جانبه " .¹

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 12/12/1992 بمسؤولية الطبيب - المدرس المساعد - والمرضة المساعدة وحكم على كل منهما بغرامة مائة من الجنيهات والزامهما بتعويض مؤقت مقداره مائة جنيه وواحد للمدعي بالحق المدني ، وذلك في قضية تتلخص وقائعها أن سيدة دخلت مستشفى الدمرداش لإستقبال الولادة عن طريق عملية قيصرية ، وتمت الولادة بنجاح ، إلا أنها ظلت تعاني ولمدة أسبوع بعد العملية من إرتفاع في درجة حرارتها مجهول السبب ، وبعد خروجها من المستشفى إزدادت حالتها سوءًا مما اضطرها للجوء إلى طبيب خاص أجرى لها أشعة تبيين من خلالها وجود جسم غريب في بطنها ، فقامت بإبلاغ النيابة العامة التي أجرت تحقيقًا في الموضوع وأحالت المريضة إلى مستشفى الزهراء حيث تم عمل إستكشاف في الجانب الأعلى والأيسر من بطنها ، وتم العثور على فوطة بطن من الشاش مما يستعمل في التنشيف في عمليات فتح البطن .²

وقضت كذلك محكمة إستئناف مصر بمسؤولية طبيب عن خطئه في إستعمال جهاز وذلك من حيث وضع المرشح ، وتقريب المسافة بين الأنبوبة والجلد ، أدى إلى إصابة المريض بقرحه في عنقه ، كما أن وجود القرحه لدى المريض عند البدء في العلاج بالأشعة كانت تقتضي تأجيله ، مع مجاوزة عدد الجلسات .³

وفي الجزائر قضى مجلس الدولة الجزائري هو الآخر بمسؤولية المستشفى في قرار له صادر بتاريخ 2003/03/11 بمناسبة النظر في قضية تتلخص وقائعها في أن أحد المواطنين أجريت له عملية جراحية

أشارت إليه ؛ أمال بكوش ، المرجع السابق ، المرجع السابق ، ص 182 .
1 - C.E 9/7/2003.AJDA.2003.
2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1992/12/12 . أشار إليه ؛ عبد الحفيظ علي الشيمي ، المرجع السابق ، ص 91-92 .
3 - إستئناف مختلط صادر في 2 يناير سنة 1933 . أشار إليه ؛ ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 146 .

بمستشفى مدينة بجاية على مستوى عظم الفخذ ، و تطلب الأمر وضع صفيحة لولبية على العظم لتقويم الرجل، لكن المريض تعرض لإصابة ميكروبية بعد يومين من إجراء العملية ، كما تسببت الصفيحة في إلتان مقاوم للعلاج ، وعلى إثرها قرر الأطباء نزع الصفيحة بعد مرور شهر من العملية ، وقد جاء في قرار مجلس الدولة ما يلي : " حيث يتضح أن العمليات الجراحية المتعددة التي أجريت على المستأنف ، ما هي سوى إلا نتيجة للعملية الجراحية الأولى التي أجريت بمستشفى بجاية في 1995/10/31 وأن (الصفيحة اللولبية المصابة بـ إلتان) أدت إلى تعفن عظم الفخذ . إن العلاقة السببية بين العمل الجراحي الأول ، أي وضع الصفيحة ونتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى ثابتة . حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن يسبق أي عملية جراحية، فحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية . حيث أن المستأنف عليه أحل بواجبه المتمثل في أخذ الإحتياطات اللازمة ، من أجل المحافظة على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته ، وأن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام . وأنه بالنتيجة بما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة الآلات الجراحية المستعملة أثناء العملية الطبية ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمستأنف " ¹.

وقضت المحكمة العليا الجزائرية - الغرفة الإدارية بمسؤولية المستشفى العام في قرار لها صادر بتاريخ 1993/10/10 ². وقضى كذلك مجلس قضاء قسنطينة بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة في قضية وفاة مريض سقط من على سرير متحرك ³.

¹ - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2003/03/11 ، أشار إليه ؛ أحمد مواقي بناني ، المرجع السابق ، ص 418 . وكذلك ؛ عبد القادر خضير ص 84-85 .

² - قرار المحكمة العليا الجزائرية الغرفة الإدارية رقم 106721 الصادر بتاريخ 1993/10/10 . قضية بين مدير القطاع الصحي بسكيكدة ضد ن- ف ، تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيدة ن - ف دخلت المستشفى في بداية شهر جوان 1991 لتضع مولودها وأجريت لها عملية جراحية وغادرت المستشفى في اليوم نسه بعد طمانتها على حالتها ، وبعد مدة بدأت تشنكي من الام حادة مما اضطرها إلى دخول المستشفى ثانية بتاريخ 1991/07/09 ، وبعد فحصها تم إكتشاف شئ غريب في رحما إستدعى إجراء عملية جراحية ثانية إتضح بعدها أنها قطعة قماش نسيت من العملية الأولى ، وعلى إثرها لجأت المريضة إلى مقاضاة القطاع الصحي بسكيكدة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء هذا الأخير الذي قضى بمسؤولية المستشفى والزمه بالتعويض ، وبعد طعن الأخير بالإستئناف أمام الغرفة الإدارية للمحكمة ، صدر القرار المذكور بتأييد القرار المطعون فيه . أشار إليه ؛ عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، هامش 1، ص 141 .

³ - حكم محكمة قسنطينة الصادر بتاريخ 1981/05/20 . أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 379 .

الفقرة الثالثة

تطبيقات في الالتزام بالسلامة من العدوى

غالباً ما توجد في الأماكن التي يقبع فيها المرضى ، والأجهزة والأدوات المستعملة في علاجهم بقايا من البكتريا والفيروسات المتنقلة والمعدية ، ولذلك يقع على الطبيب و المستشفى سواء كان عاماً أو خاصاً التزاماً بضمان سلامة المريض من العدوى ، والعدوى قد تمس المريض أو أحد العاملين بالمستشفى من أطباء وممرضين، و حتى الزائرين ، وقد أقام مجلس قضاء باريس بتاريخ 26 فبراير 1999 بمسؤولية عيادة بسبب إصابة مريض بعدوى بكتيرية (Mycobacterie Xenopi) من جراء إجراءاته لعملية لمعالجة فتق القرص (Hernie Discale) ، وهذا بعد إجراءاته للخبرة والتي أكدت بأن البكتيريا كانت موجودة في الماء الذي تعقم به الأجهزة ، كما إكتشف المجلس تسعة مرضى آخرين مصابين بهذه العدوى ، أصيبوا بها في المرحلة نفسها التي كان يتابع فيها المريض المدعي العلاج ، ولنفس العملية .¹

وقضت محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ 21 ماي 1996 بمسؤولية العيادة الخاصة عن العدوى التي أصابت المريض بغرفة عمليات العيادة أثناء القيام بعملية جراحية .²

وقضت كذلك المحكمة الإدارية بباريس بمسؤولية المستشفى ، في حكمها المؤرخ في 19/10/1965 وذلك بمناسبة نظرها في قضية تتلخص وقائعها ، في أن سيدة من السيدات العاملات بالمستشفى بمصلحة الأمراض المعدية ، كانت حاملاً وأصيبت بعدوى الحصبة الألمانية (Le Rubeole) وحيث كانت في بداية حملها فقد أصيب جنينها بآثار خطيرة ، فرفعت الأم دعوى ضد المستشفى العاملة به مطالبة بالتعويض لها وللجنين .³

¹ - حكم محكمة باريس المؤرخ في : 26 فبراير 1999 أشار إليه ؛ سعاد هواري ، المرجع السابق ، 82 .

² - أشار إليه ؛ مراد بن صغير ، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة " ، 1997 ، Gaz. bal . 21/05/1996 Cass . civ - تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 566 .

³ أشارت إليه ؛ سعاد هواري المرجع السابق ، ص 89 . ، R.D.P.1966 ,no 5 . ، 19/10/1965 .-tribunaladministratif

كما أدانت محكمة النقض الفرنسية طبيبا وحملته المسؤولية عن أضرار الإخماج - الإنتان - الذي لحق مريضه ، وأعتبرت أن إلتزام الطبيب في مثل هذه الحالة إلتزاما بالسلامة لا ضرورة فيه للخطأ¹. كما أدانت ذات المحكمة عيادة وحملتها المسؤولية عن أضرار التعفن التي لحقت المريض من غرفة العمليات².

أشار إليه ؛ مراد بن صغير أحكام 10138 ,G.II,no 1999 ,J.C.P.1999 ,no s1268 et 1269 .deux arrêts .29/06/1999 .Cass.1^{er} civ . الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة " ، المرجع السابق ، ص 341 .

أشار إليه ؛ حسين طاهري ، المرجع السابق ، ص 75 .
2- Cass., civ .21/05/1996 .

خلاصة الفصل الثاني :

تطرقنا في هذا الفصل إلى تحديد طبيعة إلتزام الطبيب في تدخلاته الطبية ، فوقفنا على أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية كأصل عام حسبما ذهب إليه وأجمع عليه جل رجال الفقه والقضاء ، فعرّفنا الإلتزام ببذل عناية بصفة عامة ومضمونه في التدخل الطبي بصفة خاصة ، على أن الطبيب ليس ملزم بشفاء المريض ، وإنما ملزم ببذل قدر من العناية تكمن في بذل ما في وسعه من جهود صادقة ، تتفق والظروف القائمة و الأصول المهنية و العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية ، وأنه متى بذل هذا القدر من العناية المطلوبة متحملاً باليقظة والحيطه والحذر برئت ذمته ، ولو لم يشفى المريض ، لأن تحقيق الشفاء يخضع لعوامل كثيرة ليست بيد الطبيب ولا تحت سلطته وأن الشفاء أولاً وأخيراً بيد الله سبحانه وتعالى وحده .

وتعرفنا كذلك على الأساس القانوني للإلتزام ببذل عناية في كل من التشريع (الفرنسي والمصري والجزائري) والذي جاء مسائرا و مؤكدا لما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بمناسبة نظرها في قضية مرسية الشهيرة والذي من بين ما تضمنه (القرار) أن إلتزام الطبيب إلتزام ببذل عناية .

ووقفنا على أن الطبيب في الإلتزام ببذل عناية لا يسأل إلى عن خطأ ثابت ومحقق ، نتج عن تقصيره أو إهماله في تنفيذ إلتزامه ، وعليه ذهبنا من جهة إلى تحديد ضوابط الإلتزام ببذل عناية والمتمثلة في ضرورة مراعاة القواعد المهنية والأصول العلمية والظروف المحيطة بالتدخل الطبي الداخلية منها والخارجية ، وإلى تحديد المعيار الموضوعي كأساس لقياس الخطأ الطبي في الإلتزام ببذل عناية من جهة أخرى . ووقفنا على إختلاف الفقهاء حول المعيار العملي الذي يقاس عليه خطأ الطبيب ، فذهب البعض إلى المعيار الشخصي (الواقعي) ، وذهب البعض إلى المعيار الموضوعي (المجرد) ، وذهب البعض الأخر إلى المعيار المختلط الذي يوفق بين المعيارين الشخصي و الموضوعي .

كما أشرنا إلى أن عبء الإثبات في الإلتزام ببذل عناية يقع على عاتق المريض والذي عليه أن يثبت بأن الطبيب لم ينفذ إلتزامه ببذل العناية المطلوبة منه وذلك بإقامة الدليل على إهماله أو إنحرافه عن قواعد الفن الطبي وأصوله المستقرة أو أنه لم يفعل ما يفعله من في مستواه وفي الظروف نفسها .

وبينا كذلك أن إلتزام الطبيب في حالات إستثنائية يخرج عن الأصل العام ويكون إلتزامه في تدخله الطبي إلتزام بتحقيق نتيجة ، فقمنا بتعريف الإلتزام بتحقيق نتيجة بوجه عام وإلى مضمونه في التدخل الطبي بوجه خاص

والذي لا يعني البتة تحقيق نتيجة شفاء وإنما تحقيق النتيجة التي كان من أجلها التدخل الطبي ، وعرضنا الأسباب التي جعلت من هذه الحالات في التدخلات الطبية تخرج عن المبدأ العام والأصلي لإلتزام الطبيب ، والمتمثلة أساسا في قيام فكرة المخاطر فيها وزوال فكرة الإحتمال عنها ، وأوردنا بعض هذه الحالات من التدخلات الطبية التي يكون فيها إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة إتباعا على حسب ما أستقر عليه الفقه والقضاء والتشريع بناء على ما توصلت إليه تطورات العلوم الطبية من جهة ، والتي أكدت نتائج كثير من الأعمال الطبية ، وأبتكرت أساليب ووسائل علاجية جديدة ، أكثر خطورة على سلامة المرضى ؛ وما وصل إليه تقدم العلوم الإنسانية من جهة أخرى ، والتي حفظت الحقوق الشخصية للناس بصفة عامة والمرضى بصفة خاصة ، ولذلك قمنا بتعداد وتصنيف الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة حسب طواعيها ، ذات الطابع الإنساني وذات الطابع الفني وكذا التقني .

وأشرنا كذلك أن عبء الإثبات في الإلتزام بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي يقع على عاتق الطبيب، وذلك بإثباته أن تخلف تحقيق النتيجة التي تدخل من أجلها يرجع إلى سبب أجنبي لا طاقة له بدفعه .

وتعرضنا في هذا الفصل إلى إلتزام جديد نسبيا يقع على عاتق الطبيب مقارنة بالإلتزامين السابقين وهو الإلتزام بالسلامة ، وهو يمس جميع المهنيين والحرفيين ، ظهر أولا في مجال النقل ثم أخذ في التوسع ليشمل مجالات أخرى ومن بينها الطب ، فتطور العلوم الطبية ووسائلها وأساليبها والتي قابلها تطور العلوم الإنسانية جعل من هذا الإلتزام يكبر يوما بعد يوم في مجال الطب ، وفي معالجتنا لذلك قمنا بتعريف الإلتزام بالسلامة بوجه عام والذي يعني ضمان سلامة الأشخاص من أي شيء يضرهم ، وبمضمونه في العمل الطبي بشكل خاص والذي لا يعني شفاء المريض ، بل بأن لا يعرض المريض لضرر آخر جراء التدخل الطبي نتيجة لما يقدم إليه من دواء أو ما يستعمل من أدوات وأجهزة في علاجه ، ويكون الطبيب مسؤولا عن كل ضرر يلحقه بمريضه ولا يدفع بمسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي .

كما قمنا بتحديد ضوابط الإلتزام بالسلامة وكذا مجالاته في التدخل الطبية وفي الأخير أوردنا بعض التطبيقات عن الإلتزام بالسلامة في التدخل الطبي فيما يخص السلامة الدوائية والسلامة من أخطار الأدوات والأجهزة الطبية والسلامة من الإصابة بالعدوى .

خاتمة

من خلال دراستنا المتواضعة لهذا الموضوع توصلنا إلى أن لتحديد طبيعة الالتزام في التدخلات الطبية دور كبير في الحفاظ على سمعة وكرامة مهنة التطبيب وحماية طرفيها ، حيث بتحديد نوع الالتزام في كل تدخل طبي، تتحدد معه واجبات وحقوق كل من طرفيه وهذا ما يبعث الإرتياح والثقة في نفسيهما ، ففي أي تدخل طبي يحدد فيه التزام الطبيب على أنه التزام ببذل عناية يسمح للطبيب بممارسة تدخله الطبي بكل حرية وراحة وطمأنينة في بذله قدرا من الجهد الكافي من أجل شفاء المريض مستعملا في سبيل تحقيق ذلك كل ما توصلت إليه العلوم الطبية من نظريات وأساليب ووسائل في حدود واجباته التي تفرضها عليه قواعد مهنته وأصولها وكل ما تستدعيه طبيعة هذا الالتزام من تبصر ويقظة وحذر ، في مقابل أن يحتفظ المريض في أي تدخل طبي يتحدد فيه التزام الطبيب على أنه التزام بتحقيق نتيجة وسلامة المريض ، بحقه في الحصول على أحسن نتيجة علاج توصلت إليها العلوم الطبية والتي كان من أجلها التدخل الطبي ، وكذا ضمان سلامته من أي ضرر قد ينتج عن هذا التدخل وفقا لما تقتضيه طبيعة هذا الالتزام .

كما أن تحديد طبيعة الالتزام في التدخلات الطبية ، ما إن كان التزام ببذل عناية ، أو التزام بتحقيق نتيجة، يساهم بشكل كبير في تحديد المسؤولية الطبية ومن يتحمل عبء إثباتها ، ففي الالتزام ببذل عناية تتحقق مسؤولية الطبيب بمجرد إهماله أو تقصيره في بذل العناية المطلوبة ، ويتعين على المريض إثبات هذا التقصير أو الإهمال ، أما في الالتزام بتحقيق نتيجة فإن مسؤولية الطبيب تتحقق بمجرد تخلف النتيجة التي كان من أجلها تدخله الطبي ، أو متى نتج عن تدخله ضرر مس بصحة المريض وسلامته ، فيتعين على الطبيب في هذه الحالة إذا ما أورد دفع مسؤوليته أن يثبت أن تخلف النتيجة راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ولا قدرة له على دفعه ، في مقابل أن يكتفي المريض بإظهار قيام العلاقة بينه وبين طبيبه وحصول التدخل الطبي الذي يستدعي بطبيعته مثل هذا الالتزام ، ويكفيه إظهار قرينة بسيطة تبرز تخلف نتيجة التدخل الطبي .

إن تحديد طبيعة التزام الطبيب في التدخلات الطبية يبدوا كحل لما قد يقع من إشكالات بين المريض والطبيب في تحديد المسؤولية من جهة ، والتخفيف من الأخطاء والأضرار الناجمة عن هذه التدخلات عن طريق إحترام الطبيب لواجباته والتزاماته وحسن تنفيذها من جهة أخرى .

إلا أن الواقع المعاش في بلادنا يظهر عكس ذلك ، إذ بقيت التزامات الطبيب محصورة فقط في ميدانها النظري ، أما في الميدان العملي والتطبيقي فلا وجود لها بذلك القدر ، خاصة بعد إتساع مجالات التدخلات الطبية وتعدد فروعها وإختصاصاتها ، وإستعمال الأدوات والأجهزة الطبية المتطورة التي أصبحت جزءا من عمل الطبيب في تنفيذها. حيث كثرت ضحايا التدخلات الطبية من المرضى ، نتيجة لأخطاء الأطباء الناتجة عن إهمالهم وتهورهم ولا مبالاتهم ، مما تسبب في حصول تشوهات وعاهات وإعاقات ووفيات في صفوف المرضى ، وهذا ما أصبح يتداول بشكل شبه يومي في وسائل الإعلام بجميع أنواعها المقروءة منها والمسموعة والمرئية. وعبرت إحدى الجرائد عن تفاقم هذه الظاهرة في رسوماتها الكاريكاتورية الساخرة ، برسم مستشفى يفتح بابه الخلفي على مقبرة ، يدخله المرضى راجلين ويخرجون منه محمولين .

ومن بين الأسباب المؤدية إلى ذلك عدم إهتمام الأطباء بالتزاماتهم وخاصة الإنسانية والأخلاقية منها أو جهلها أصلا ، والإكتفاء بالتزاماتهم الفنية فقط ، إضافة إلى إفلاتهم من القضاء نظرا لندرة الملاحقات القضائية للأطباء المخطئين والمهملين مما قد يردعهم عن إهمالهم وتقصيرهم وعدم مراعاة و إحترام إلتزاماتهم إتجاه مرضاهم، وذلك لغياب الشكاوى والدعاوى المقدمة من المرضى المتضررين أمام القضاء نتيجة لقلة وعيهم و جهلهم لحقوقهم على أطباءهم ، أو لعدم معرفتهم بطريقة وكيفية مباشرة الدعوى والجهة المختصة بذلك ، أو لعدم تحملهم لطول إجراءات التقاضي ومللهم من الذهاب والإياب لأروقة المحاكم خاصة إذا كانت أوضاعهم الصحية لا تسمح بذلك .

ولتقليل من الأضرار التي تلحق المرضى من التدخلات الطبية جراء أخطاء الأطباء الناجمة عن الإهمال والتقصير في إلتزاماتهم والتعويض عنها ، نرى من وجهة نظرنا أنه يجب :

- التثقيف من تدريس الإلتزامات الإنسانية والأخلاقية والقانونية لطلبة الطب جنبا إلى جنب لإلتزاماتهم الفنية والتشديد عليها .
- ضرورة مساندة التشريع للتطورات الطبية ورصد الأعمال الطبية الحديثة وإحاطتها بأحكام قانونية وتنظيمية محكمة وإبراز نوع التزام الطبيب فيها بشكل صريح ، إذ غالبا ما تصطدم و تختلط المبادئ الإنسانية والقيم الأخلاقية بالإفرازات العلمية الطبية التي قد لا تراعي مبدأ الإنسانية في التدخلات الطبية .

- تدريس مقياس خاص بالقضايا الطبية المعاصرة وأحكامها الشرعية حتى يتكون لدى طالب الطب خلفية شرعية يمكن أن يبني تدخله الطبي عليها حالة غياب نص قانوني ، كون الشريعة مصدرا ثانيا للتشريع ، غير أنها وبحق أكبر بكثير من أن تكون مصدر ثان للتشريع .
- تشديد العقوبات في حق الأطباء المخطئين المهملين لإلتزاماتهم والمقصرين فيها وذلك بأن تتناسب العقوبة مع جسامة الضرر لا مع جسامة الخطأ .
- إنشاء لجان طبية حقوقية ، جهوية ، تراقب مدى إحترام الأطباء لإلتزاماتهم المهنية والقانونية .
- التشديد على التأمين من المسؤولية وتطوير دائرة التأمينات وتفعيل جزاء عدم التأمين من المسؤولية برفع الغرامة وعقوبة الحبس .
- إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الحوادث الطبية مدعما من قبل الدولة .
- تسخير وسائل الإعلام في تعريف المرضى بحقوقهم وكيفية المحافظة عليها وطريقة إفتكاكها بذلك القدر أو يزيد الذي تنشر وتتحدث فيه عن مخلفات الأخطاء الطبية ، لأن ذلك لا يجدي نفعا ما دام الناس عامة والمرضى خاصة لا يعرفون حقوقهم ولا كيفية الحصول عليها .
- إمكانية خلق غرفة طبية داخل المحاكم أو إنشاء محكمة طبية تختص بالنظر في الدعاوى الطبية ولما لا والأمر يتعلق بحياة الإنسان وسلامة جسمه ، وسلامة الدولة وقوتها من سلامة أفرادها .

- تم بعون من الله وفضله -

- وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين -

قائمة المصادر والمراجع

• - القرآن الكريم

• - أولا : باللغة العربية

I : المراجع العامة

- 1- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي : بداية أجتهد ونهاية المقتصد ب ط ، دار شريفة للنشر والتوزيع ، ب ب د ، ب ت ن .
- 2- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري : صحيح مسلم ، ط الأولى ، دار الحديث ، القاهرة ، 1412 هـ -1991 م .
- 3- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني : سنن أبي داود ، ط خاصة ، دار الرسالة العالمية ، دمشق سوريا ، 1430 هـ 2009 م .
- 4- أبي عبد الله بن محمد بن إسماعيل البخاري : صحيح البخاري ، ب ط ، دار البصائر للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن .
- 5- أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني : السنن ، ط الأولى ، دار الرسالة العالمية ، سوريا ، 1430 هـ -2009 م .
- 6- أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي : الجامع الكبير ، ط الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، 1996 .
- 7- ابن قيم الجوزية : زاد المعاد في هدي خير العباد ، ط الثانية ، دار الامام مالك ، باب الوادي - الجزائر ، 2012 .
- 8- أحمد إبراهيم بك و واصل علاء الدين أحمد إبراهيم : الالتزامات في الشرع الإسلامي ، ط الأولى ، المكتبة الأزهرية للتراث - الجزيرة للنشر والتوزيع ، القاهرة - مصر ، 1434 هـ 2013 م .
- 9- أحمد بن محمد بن حنبل : المسند ، ط الأولى ، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1416 هـ 1995 م .

- 10- السيد سابق : فقه السنة ، ط خاصة ، دار مصر للطباعة الفتح للإعلام العربي ، القاهرة - مصر ، ب ت ن .
- 11- إسماعيل ابن عمر بن كثير القرشي الدمشقي : تفسير القرآن العظيم ، ب ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 1435 هـ 2014 م .
- 12- وهبة الزحيلي : قضايا الفقه والفكر المعاصر ، الإعادة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، 1428 هـ 2007 م .
- 13- زكي الدين عبد العظيم المنذري : مختصر صحيح مسلم ، ط الأولى ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت- لبنان ، 1424 هـ - 2003 م .
- 14- لاشين محمد الغاياتي : دروس في مصادر الالتزام ، ب ط ، ب د ن ، ب ب ن ، 2004 .
- 15- مالك بن أنس : الموطأ ، ط الأولى ، الألفية الثالثة للنشر والتوزيع ، وهران - الجزائر ، ب ت ن .
- 16- مولود ديدان : مدونة القوانين والأحكام الخاصة ، ب ط ، مطبعة دار السجلات - دار بلقيس للنشر ، الجزائر ، 2012 .
- 17- مولود ديدان : موثيق دولية - ميثاق الأمم المتحدة - النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، ب ط ، دار بلقيس ، الدار البيضاء - الجزائر ، ب ت ن .
- 18- محمد الطاهر بن عاشور : تحقيق ودراسة محمد الطاهر الميساوي ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط الثانية ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1421 هـ 2001 م .
- 19- محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - مصر ، 2006 .
- 20- محمد محمود دوجان العموش : موانع الضمان في الفقه الإسلامي ط الاولى ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الاردن ، 1430 هـ 2010 م .
- 21- محمد راتب النابلسي : الإعجاز العلمي في القرآن والسنة - آيات الله في الإنسان ، ط الأولى ، مؤسسة الفرسان للنشر والتوزيع ، الاردن - عمان ، 1434 هـ 2013 م .

- 22- منى محمود محمد مصطفى : مسؤولية أصحاب المهن والحرف في الشريعة الإسلامية ، ط الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية للنشر ، الإسكندرية - مصر ، 2011 .
- 23- مسعود شيهوب : المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري ، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون - الجزائر ، 2000 .
- 24- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني - الالتزامات - ، أحكام الالتزام ، ط الثانية ، ب د ن ، القاهرة - مصر ، 1992 .
- 25- عبد الوهاب البغدادي : تحقيق ودراسة ، حميش عبد الحق ، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس ، ط الثانية ، دار الفضيلة - دار الرسالة - مكتبة مصطفى الباز للنشر ، المملكة العربية السعودية ، 1429 هـ 2008 م .
- 26- عبد الحق حميش : قضايا فقهية معاصرة ، ط الأولى ، دار قرطبة للنشر والتوزيع ، المحمدية - الجزائر ، 1432 هـ - 2011 م .
- 27- عبد الله مبروك النجار : مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ، ط الثانية ، دار النهضة العربية للنشر ، القاهرة - مصر ، 2002 .
- 28- عبد القادر عدو : المنازعات الإدارية ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن .
- 29- عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ط الأولى ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دمشق - سوريا ، 1426 هـ 2005 م .
- 30- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - ، ب ط ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ب ت ن .
- 31- علي بن عمر الدارقطني : سنن الدارقطني ، ط الأولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت - لبنان ، 1422 هـ 2001 م .
- 32- علي فيلاي : الإلتزامات - النظرية العامة للعقد ، ط الثالثة ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر .2013

33- رمضان أبو السعود : أحكام الإلتزام ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزراطية الإسكندرية - مصر ، 2004 .

34- رشيد خلوفي : قانون المسؤولية الإدارية ، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1995 .

35- شمس الدين محمد عرفه الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، تقارير العلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عlish ، ب ط ، دار إحياء الكتب العربية ، مصر ، ب ت ن .

II : المراجع المتخصصة

1- أبي علي الحسين بن علي بن سينا : القانون في الطب ، ط الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، 1999 .

2- ابن قيم الجوزية : الطب النبوي ، ط الثانية ، دار ابن الحوزي ، القاهرة ، 1434 هـ 2013 م .

3- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي : الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2007 .

4- أحمد زكي عويس : مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ب ط ، مكتبة جامعة طنطا ، ب ب ن ، 1990 .

5- أحمد حسن عباس الحيارى : المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الاردني والنظام القانوني الجزائري ، ب ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان - الاردن ، 2005 .

6- أحمد محمد كنعان : الموسوعة الطبية ، تقديم محمد هيثم الخياط ، ط الأولى ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1420 هـ 2000 م .

7- أحمد عبد الكريم موسى الصرايره : التأمين عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2012 .

- 8- **العربي بلحاج** : الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري " دراسة مقارنة " ، ب ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011 .
- 9- **أمال بكوش** : نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية " دراسة في القانون الجزائري والمقارن " ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2011 .
- 10- **أمين مصطفى محمد** : الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز و الإلتهاب الكبدي الوبائي ، ب ط ، ب د ن ، ب ب ن ، 1999 .
- 11- **أسامة رمضان الغمري** : لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء ، ب ط ، دار الكتب القانونية للنشر، مصر، 2009 .
- 12- **أسعد عيب الجميلي** : الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1430 هـ 2009 م .
- 13- **جمعية الطب العالمية** : كتاب الأخلاقيات الطبية ، تحرير جون ويليامز ، ترجمة محمد الصالح بن عمار ، ب ط ، ب د ن ، فرنسا ، 2005 .
- 14- **حسين طاهري** : الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 .
- 15- **طلال عجاج** : المسؤولية المدنية للطبيب "دراسة مقارنة" ، ط الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس - لبنان ، ب ت ن .
- 16- **يوسف جمعة يوسف الحداد** : المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة" ، ب ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003 .
- 17- **كمال محمد السعيد عبد القوي عون** : الضوابط القانونية للإستنساخ "دراسة مقارنة" ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطة - مصر ، 2013 .
- 18- **كريم عشوش** : العقد الطبي ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .
- 19- **مهند صلاح احمد فتحي العزة** : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزراطية - الاسكندرية - مصر ، 2002 .
- 20- **محمد بن محمد المختار الشنقيطي** : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ط الثانية ، مكتبة الصحابة ، جدة الشرقية ، 1415 هـ 1994 م .
- 21- **محمد حسين منصور** : المسؤولية الطبية - الطبيب - الجراح - طبيب الأسنان الصيدلي - التمريض العيادة و المستشفى - الأجهزة الطبية ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الاسكندرية مصر ، 2011 .

- 22- **محمد حسن قاسم** : الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان " دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام " ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2012 .
- 23- **محمد حسن قاسم** : إثبات الخطأ في المجال الطبي، ب ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2006 .
- 24- **محمد يوسف ياسين** : المسؤولية الطبية ، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين ، قانونا - فقها- إجتهادا ، ب ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003
- 25- **محمد ريس** : المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 .
- 26- **محمد ريس** : نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ب ت ن .
- 27- **محمود القبلاوي** : المسؤولية الجنائية للطبيب ، ب ط ، دار الفكر الجامعي ، الأزراطية - الاسكندرية مصر، 2004 .
- 28- **ميرفت منصور حسن** : التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي نقل وزراعة الأعضاء البشرية - الإستنساخ - الخلايا الجذعية " دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الاسكندرية - مصر ، 2013 .
- 29- **منير رضا حنا** : المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري ، ط الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر، 2008 .
- 30- **منصور عمر المعاينة** : المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، ط الأولى ، ب د ن ، الرياض 2004 .
- 31- **مصطفى محمد مصطفى عرجاوي** : أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقهاء الإسلامي ، ط الثانية ، دار المنار ، القاهرة ، 1993 .
- 32- **مراد بن صغير**: أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، ط الأولى ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الاردن - عمان ، 1436 هـ 2015 م .
- 33- **مرعي منصور عبد الرحيم بدر** : الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الأزراطية - الإسكندرية - مصر ، 2011 .
- 34- **نادية ماني سعادة** : حفريات طب الرازي ، ب ط ، دار الغرب للنشر و التوزيع ، ب ب د ، ب ت ن .

- 35- نصر الدين مروك : الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة " ، ط الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، 2003 .
- 36- عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات ، ب ط ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - مصر ، 2000 .
- 37- عبد الحفيظ علي الشيمي : تطور المسؤولية الإدارية الطبية "دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2008 .
- 38- عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية - مصر ، 2006 .
- 39- عبد الفتاح بيومي حجازي : المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء ، ط الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية - مصر ، 2008 .
- 40- عبد القادر خضير : قرارات قضائية في المسؤولية الطبية ، ج الأول ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2014 .
- 41- عز الدين حروري : المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن " دراسة مقارنة " ، ب ط ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، ب ت ن .
- 42- علي حسين نجيده : التزامات الطبيب في العمل الطبي ، ب ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1992 .
- 43- عصام أحمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسد " دراسة جنائية مقارنة " ، ط الثانية ، ب د ن ، القاهرة ، 1988 .
- 44- رأفت محمد أحمد حماد : مسؤولية الجراح عن العمليات الجراحية في القانون المدني " دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي " ، ب ط ، ب د ن ، مصر ، 2005 .
- 45- ثائر جمعة شهاب العاني : المسؤولية الجزائية للأطباء ، ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2013 .

46- غادة فؤاد مجيد المختار : حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني " دراسة مقارنة " ط الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2011 .

III: القواميس

- مسعود جبران : قاموس الرائد " عربي عربي " ط الأولى ، دار العلم ، ب ب ن ، 2007 .

IV: الرسائل و المذكرات

1- محمود التلثي : النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس - كلية الحقوق - مصر 1988 .

2- مراد بن صغير: الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية "دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان ، 2010-2011

3- عبد الكريم مأمون : رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية " دراسة مقارنة " ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الطبي ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان ، 2004-2005

4- بلعيد بوخرس : خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق ، جامعة ميلود معمري - تيزي وزو ، 2011 .

5- زينب أحلوش بولحبال : رضا المريض في التصرفات الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2001 .

6- كمال فريحة : المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع "قانون المسؤولية المهنية " ، كلية الحقوق جامعة ميلود معمري - تيزي وزو ، 2012 .

7- كريمة عباشي : الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ميلود معمري - تيزي وزو ، 2011 .

8- مراد بن صغير : مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - قانون خاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، 2003 .

9- نبيلة غضبان : المسؤولية الجنائية للطبيب ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة ميلود معمري - تيزي وزو ، 2009 .

11- نسيمة بن دشاش : المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة اكلي محند او لحاج - البويرة ، 2013 .

V: المقالات و البحوث والندوات

1- إبراهيم شاشو : عقد المفاوضة في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، م 26 ، العدد 02 ، 2010 .

2- أحمد موافي بناني : الالتزام بضمان السلامة (المفهوم ، المضمون ، اساس المسؤولية)، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر- باتنة ، العدد 10.

3- إيمان سمير البيج : مصطلحات إقتصادية من الفقه الإسلامي - مصطلح الإجارة ، مجلة الإقتصاد الإسلامي العالمية ، ماي 2015 .

4- أكرم محمود حسين و زينة غانم العبيدي : تبصير المريض في العقد الطبي ، مجلة الرافدين للحقوق ، العدد 30 ، 2006 .

5- العيرج بورويس : المسؤولية الجنائية للأطباء ،الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، يومي 23 و 24 جانفي 2008 .

6- مازن مصباح صباح و نائل محمد يحيى : المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيق دراسة مقارنة ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية ، م العشرون ، العدد الثاني ، 2012 .

7- محمد أمحمد بوزيان : مبادئ حماية المستهلك في التشريع الإسلامي وتطبيقاته من خلال فقه المعاملات المالية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس ، عدد خاص .

- 8- محمد ريس : مسؤولية الأطباء المهنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، م 25 ، العدد الأول ، 2009.
- 9- مصطفى الجمال : المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين : ج الأول ، المسؤولية الطبية ، ط الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2004 .
- 10- مراد بن صغير : تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، دراسات قانونية صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان ، العدد 03 ، 2006.
- 11- مراد بن صغير: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية ، مجلة دراسات قانونية صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أوبوكر بلقايد - تلمسان ، العدد 07 ، 2010.
- 12- مراد بن صغير: مدى التزام الطبيب بإعلام المريض ، دراسة مقارنة ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، عدد خاص ، 2008 .
- 13- نبيل صالح العرباوي : الالتزام بضمان سلامة المسافر في عقد نقل الأشخاص البري ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس ، العدد السابع ، 2005 .
- 14- ساسي سقاش : المسؤولية المهنية للمهنيين القانونيين، المحضر القضائي الجزائري ، دراسة حالة ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ، جامعة غرداية ، العدد 9 ، 2010 .
- 15- سعاد هوارى : مسؤولية المرافق العمومية على أساس المخاطر ، مجلة الحجّة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تلمسان - الجزائر - العدد 3 ، 2012.
- 16- عبد الجليل مختاري : الطبيعة القانونية للالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء ، مجلة دراسات قانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد التاسع ، 2011 .
- 17- عبد القادر تيزي : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيلالي ليابس ، يدي بلعباس ، العدد التاسع ، 2012 .
- 18- علي محي الدين القره داغي : الإجارة على منافع الأشخاص ، الدورة الثامنة عشر للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث ، جمادى الثانية 1429 هـ يوليو 2008 م.
- 19- فواز صالح : المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، م الأول ، العدد الأول ، 2006 .

20- فضيلة ملهاق : مسؤولية الطبيب الجنائية عن الوصفة الطبية في التشريع الجزائري ، ن ق ، مديرية الدراسات القانونية والوثائق ، العدد 58 ، الجزائر ، 2006 .

21- ربيعة خلافي : الإشكالات القانونية التي تثيرها عملية التصرف الواردة على جسم الإنسان ، مجلة الحجة الصادرة عن منظمة المحامين ناحية تلمسان ، العدد 3 ، 2012 .

22- رنا إبراهيم العطور : دور القانون في إباحة التجريم ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد الخمسون 2012 .

VI: القوانين

1 : الدساتير

أ - الدستور الجزائري

- الدستور الجزائري 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 ، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28 ، ج . ر عدد 76 ، صادر بتاريخ 1996/12/08 ، المعدل والمتمم .

ب - الدستور المصري

- دستور جمهورية مصر العربية الصادر في 11 سبتمبر 1971 الموافق لـ 21 رجب 1391 هـ والمعدل في 22 مايو 1980 ، و في 25 مايو 2005 وبإستفتاء 26 مارس 2007 ، المعدل والمتمم .

ج - الدستور الفرنسي

- الدستور الفرنسي " دستور الجمهورية الخامسة " ، الصادر بتلريخ 4 أكتوبر عام 1958 ، المعدل والمتمم .

2 : النصوص التشريعية

1 - النصوص التشريعية الجزائرية

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج ر ، عدد 78.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم ، ج ر ، عدد 49.
- أمر رقم 76-79 ، المؤرخ في 29 شوال عام 1396 هـ ، الموافق لـ 23 أكتوبر سنة 1976 م ، المتضمن قانون الصحة العمومية الملغى ، ج ر عدد 101.
- أمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فبراير سنة 1970 م ، المتعلق بالحالة المدنية ، المعدل والمتمم ، ج ر ، عدد 21 .
- قانون رقم 85-05 ، المؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1405 هـ ، الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 م المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، المعدل والمتمم ، ج ر ، عدد 08.
- القانون رقم 90/17 المؤرخ في 9 محرم عام 1411 هـ الموافق لـ 31 يوليو سنة 1990 م ، المعدل والمتمم لقانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، ج ر ، عدد 35 ، الصادرة بتاريخ الاربعاء 24 محرم 1411 الموافق لـ 15 غشت سنة 1990
- القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 م ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ، عدد 21 ، صادرة بتاريخ 2008/04/23 .
- أمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري (قانون قديم) عوض بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ب- النصوص التشريعية الأجنبية

- القانون رقم 131 لسنة 1948، المؤرخ في 1948/07/29 المتضمن القانون المدني المصري . المعدل والمتمم .
- القانون رقم 58 لسنة 1937 ، المؤرخ في 23 جمادى الأولى سنة 1356 هـ الموافق لـ 31 يولييه سنة 1937 المتضمن قانون العقوبات المصري ، المعدل والمتمم .
- القانون رقم 150 - 50 المؤرخ في 30 ذي القعدة سنة 1329 هـ الموافق لـ 3 سبتمبر سنة 1950 م المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل والمتمم
- القانون رقم 68-25، المؤرخ في 30 ماي 1968 المتضمن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، المعدل والمتمم ، ج ر، عدد 22 .
- قانون رقم 415 لعام 1954 ، المؤرخ في 22 ذي القعدة عام 1373 الموافق لـ 22 يوليو 1954 في شأن مزاوله مهنة الطب في مصر.
- قانون رقم (5) لسنة 2010 ، المؤرخ في 2010/03/02 المتعلق بتنظيم زرع الأعضاء البشرية ، ج ر ، العدد 9 مكرر ، الصادرة في 2010/03/02 . جمهورية مصر العربية
- قانون العقوبات الفرنسي القديم الصادر بتاريخ 15 فيفري 1810 ملغى <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 01 مارس 1994 <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1804 . <http://www.legifrance.gouv.fr>
- قانون مزاوله مهنة الطب الفرنسي الصادر بتاريخ : 1892/11/30، الملغى <http://www.legifrance.gouv.fr>
- قانون الصحة العامة الفرنسي الصادر بتاريخ : 1945/09/24 ، المعدل والمتمم <http://www.legifrance.gouv.fr>
- قانون رقم 1169 - 47 الصادر بتاريخ 1947/06/27 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب الفرنسي المعدل والمتمم.

- قانون رقم 303-02 الصادر بتاريخ : 2002/03/04 ، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة المعدل والمتمم.

- قانون رقم 806-04 الصادر بتاريخ : 2004/08/09 ، المتعلق بسياسة الصحة العامة في فرنسا

3 : النصوص التنظيمية

أ - النصوص التنظيمية الجزائرية

- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 هـ الموافق ل 6 يوليو سنة 1992 م، المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب ، ج ر ، عدد 52

- المرسوم التنفيذي رقم 91 - 106 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 ابريل سنة 1991 م ، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية ، ج ر ، عدد 22 .

- المرسوم التنفيذي رقم 85-282 ، المؤرخ في 29 صفر عام 1406 هـ الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1985 م ، المتضمن بعض أنواع التطعيم الإجباري ، المؤرخ في 12 نوفمبر 1985 ج ر ، عدد 47.

- المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 هـ الموافق ل 06 يوليو سنة 1992 م المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري ، ج ر ، عدد 53 سنة 1992 .

- المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 19 ذي القعدة عام 1415 هـ الموافق ل 9 ابريل سنة 1995 م المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها ، ج ر ، عدد 21 ، عام 1995

ب - النصوص التنظيمية الاجنبية

- قرار معالي وزير الصحة والسكان ، رقم 2003/238 ، المتضمن لائحة آداب المهنة الصادر بتاريخ 05 سبتمبر 2003 ، مصر.

- المرسوم رقم 506-79 الصادر بتاريخ : 1979/02/28 المتعلق بالسلوك الطبي ،ملغى .
<http://www.legifrance.gouv.fr>

- المرسوم رقم 1000-95 الصادر بتاريخ : 1995/09/06 المتعلق بالسلوك الطبي ،ملغى.
<http://www.legifrance.gouv.fr>

- المرسوم رقم 694-2012 الصادر بتاريخ : 2012/05/07 المتعلق بآداب مهنة الطب الفرنسي .

● - ثانيا : باللغة الفرنسية :

I: Ouvrages généraux

- (N) **TERKI** : Responsabilité civil et régime générale,les obligations
office des publication universitaires dalger,Alger ,1982.

II: ouvrages spécialisés

1- (A) **KHADIR** : la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de
la médecine et du Droit, Éd Houma , alger, 2014.

2-(A)**NATHALIE**:obligation d'information médicale et responsabilité,
revue française de droit administratif ;no2mars-avril ,D paris - France,
2003.

3- (A) **SOUKEHAL** : Module médecine légale pour les étudiants de
l'école nationale d'administration , alger, 1994.

4- (C) **CLEMENT** : la responsabilité du fait de la mission de soins des
établissements publics et privés de santé, les étudeshosptalières, France
2001.

5- (J) **PENNEAU** : la responsabilité du médecin, 2eme éd,D, paris
France , 1996.

- 6- (L) **MELENNEC**, la responsabilité pénal du médecin , t 3, Ed - maloine, paris , France , 1984.
- 7- (M) **HANNOUZ** et (A) **HAKEM** : Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit , Office des publications universitaires, Ben -aknoun, Alger , 1992.
- 8- (R) **SAVATIER** : la responsabilité médicale, éd - P. Lethielleux France , 1948
- 9- (R) **VILLEY** : déontologie médicale, éd - masson , paris - France 1982.
- 10-(S) **WELSCH** : Responsabilité du médecin , 2ème éd , éd juris- classeur, Paris- France 2003.

III: Dictionnaires

- (G) **SERYAN** : Dictionnaire le mout kan, dar El Rateb,2007.

VI : Sites Web

- 1- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 2- [www. Fr.jurispedia.org](http://www.Fr.jurispedia.org)
- 3- www.giem.info/article/details/ID/132
- 4- <http://www.iugaza.edu.ps/ar/periodical/>
- 5- www.sehha.com/diseases/id/vaccine/vaccine.htm
- 6- <https://clinicalanalysis.wordpress.com>
- 7- <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/>

فهرس

الصفحة	فهرس الموضوعات
01	مقدمة
07	الفصل الأول : ماهية التدخل الطبي
11	المبحث الأول : مفهوم التدخل الطبي ومراحله
11	المطلب الأول : تعريف التدخل الطبي
12	الفرع الأول : التعريف الفقهي و القضائي
12	البند الأول : تعريف الفقه القانوني
12	أولاً : التعريف الضيق للتدخل الطبي
13	ثانياً : التعريف الموسع للتدخل الطبي
15	البند الثاني : تعريف الفقه الشرعي
17	البند الثالث : التعريف القضائي
19	الفرع الثاني : التعريف التشريعي
19	البند الأول : تعريف التشريع الفرنسي
20	البند الثاني : تعريف التشريع المصري
22	البند الثالث تعريف التشريع الجزائري
24	المطلب الثاني : مراحل التدخل الطبي
24	الفرع الأول : مرحلة الفحص والتشخيص
24	أ مرحلة الفحص
25	الفحص التمهيدي
25	الفحوص التكميلية
26	ب مرحلة التشخيص
27	الفرق بين الخطأ في التشخيص والغلط في التشخيص

- 29..... الفرع الثاني : مرحلة العلاج
- 31 الوصفة الطبية
- 35 العلاج الجراحي
- 36..... مرحلة العلاج عند فقهاء الشريعة الإسلامية
- 42 الفرع الثالث : مرحلة مراقبة العلاج
- 45..... الفرع الرابع : مرحلة الوقاية من الأمراض
- 47..... المبحث الثاني : أساس مشروعية التدخل الطبي وشروط مباشرته
- تحریم المساس بالجسم البشري في التشريعات الوضعية والتشريع السماوي وإستثناء التدخلات الطبية
- 47
- 52 المطلب الأول: أساس مشروعية التدخل الطبي
- 52..... الفرع الأول : الإذن بمباشرة التدخل الطبي
- 53..... البند الأول : إذن القانون
- 58..... البند الثاني : إذن المريض
- 64..... الفرع الثاني : الضرورة وانتفاء القصد الجنائي
- 64..... البند الأول : الضرورة العلاجية
- 70..... البند الثاني : ضرورة حماية المصلحة الإجتماعية
- 73..... البند الثالث : إنتفاء القصد الجنائي
- 79..... المطلب الثاني : شروط مباشرة التدخل الطبي
- 79..... الفرع الأول : الترخيص والتأهيل القانوني ومراعاة الأصول العلمية الثابتة
- 79 البند الأول : الترخيص والتأهيل القانوني
- 81..... المؤهل العلمي
- 83..... التسجيل في سجل أو نقابة أو مجلس الأطباء
- 83..... التمتع بالجنسية
- 86..... أداء اليمين (القسم الطبي)
- 88 الترخيص عند فقهاء الشريعة الإسلامية

90	البند الثاني : إتباع الأصول العلمية الثابتة
91	الإستثناءات الواردة على قاعدة إتباع الأصول العلمية الثابتة
95	إثبات إتباع الأصول العلمية الثابتة
95	إتباع الأصول العلمية الثابتة عند فقهاء الشريعة
97	- الفرع الثاني : رضا المريض وقصد العلاج
97	- البند الأول : رضا المريض
99	أن يصدر الرضاء من المريض كامل الأهلية أو ممن ينوب عنه
101	أن يكون الرضاء حرا
101	أن يكون الرضاء متبصرا
102	حالات إستغناء الطبيب عن أخذ إذن المريض
103	إثبات رضا المريض
103	رضا المريض عند فقهاء الشريعة الإسلامية
104	- البند الثاني : قصد العلاج
107	خلاصة الفصل الأول
108	الفصل الثاني : طبيعة التزام الطبيب في تدخلاته الطبية
108	تعريف الالتزام بوجه عام
108	تعريف الالتزام بأداء عمل
		تعريف الالتزام عند فقهاء الشريعة الإسلامية وإطلاق مصطلح الإجارة على الالتزام الذي يكون محله تقديم
109	منفعة بمقابل مادي
112	الالتزام الناشئ عن العلاقة بين الطبيب والمريض
113	- المبحث الأول : التزام الطبيب ببذل عناية
114	- المطلب الاول : مفهوم الالتزام ببذل عناية
114	- الفرع الأول : تعريف الالتزام ببذل عناية
116	- الفرع الثاني : مضمون الالتزام ببذل عناية في التدخل الطبي
118	تأسيس مبدأ الالتزام ببذل عناية في التدخلات الطبية

- 118 عناصر الالتزام ببذل عناية
- 118 مبررات الأخذ بمبدأ الالتزام ببذل عناية في التدخلات الطبية
- 119..... إجماع رجال الفقه والقضاء وفقهاء الشريعة على أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية
- 123..... - **الفرع الثالث : الأساس القانوني لالتزام الطبيب ببذل عناية**
- 124..... في التشريع الفرنسي
- 125..... في التشريع المصري
125. في التشريع الجزائري
- 125..... في التشريع السماوي
- 127..... - **المطلب الثاني : ضوابط الالتزام ببذل عناية**
- 127..... - **الفرع الأول: مراعاة القواعد المهنية والأصول العلمية الثابتة**
- 128..... - **البند الأول : مراعاة القواعد المهنية**
- 129..... - **البند الثاني : مراعاة الأصول العلمية الثابتة**
- 132..... - **الفرع الثاني : مراعاة الظروف المحيطة بالتدخل الطبي**
- 132..... - **البند الأول : مراعاة الظروف الداخلية**
- 134 - **البند الثاني : مراعاة الظروف الخارجية**
- 137 - **الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية**
- 137..... معيار الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية
- 137..... المعيار الشخصي (الواقعي)
- 138 المعيار الموضوعي (المجرد)
- 140..... المعيار المختلط
- 142..... إثبات الخطأ الطبي في الالتزام ببذل عناية
- 145..... - **المبحث الثاني : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وسلامة المريض**
- 146..... - **المطلب الأول : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة**
- 146..... **الفرع الأول : مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة**
- 148..... - **البند الأول : تعريف الالتزام بتحقيق نتيجة**

- البند الثاني : مضمون الالتزام بتحقيق نتيجة في التدخل الطبي.....148
- الفرع الثاني : حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة.....149
- البند الأول : الحالات ذات الطابع الأخلاقي والإنساني150
- الفقرة الأولى : إعلام المريض وتبصيره150
- كم ومضمون الالتزام بالإعلام156
- نطاق وحدود الالتزام بالإعلام159
- الحالات التي يسقط فيها واجب الإعلام على الطبيب160
- حالة المريض الصحية والنفسية الصعبة.....160
- حالة الإستعجال والضرورة160
- حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام والتبصير161
- إثبات الالتزام بواجب الإعلام في التدخل الطبي161
- الالتزام بالإعلام عند فقهاء الشريعة.....162
- الفقرة الثانية : الحفاظ على السر المهني163
- تعريف السر المهني163
- تعريف السر الطبي164
- المقصود بإفشاء السر الطبي165
- التزام الطبيب بالمحافظة على سر المريض عند رجال الفقه والقضاء والتشريع165
- ضوابط السر الطبي167
- أركان جريمة إفشاء السر المهني الطبي.....167
- أساس الالتزام بالسر المهني الطبي.....167
- المصلحة العامة كأساس للالتزام بالسر المهني الطبي167
- العقد - الإتفاق بين الطرفين (الطبيب والمريض) كأساس للالتزام بالسر المهني الطبي.....170
- نطاق الالتزام بالسر المهني الطبي170
- الإستثناءات الواردة على التمسك بفكرة السر الطبي171
- أولا : أسباب الإباحة المقررة لفائدة الأشخاص171

171.....	حالة رضا المريض بإفشاء السر
173	حالة إفشاء الطبيب للسر دفاعا عن نفسه في المحاكم
173.....	حالة الضرورة.....
174	- ثانيا : أسباب الإباحة المقررة لفائدة المصلحة العامة.....
175.....	1 - حالات الإفشاء الوجوبي بأمر من القانون
175.....	حالة الإبلاغ عن جريمة
176.....	حالة الإبلاغ عن مرض معد.....
178.....	حالة الإبلاغ عن سوء معاملة القصر والسجناء
179.....	حالة الإبلاغ عن المواليذ والوفيات
180	حالة الإبلاغ عن حوادث العمل وبعض الأمراض المهنية
180.....	2 - حالات الإفشاء الجوازي بإذن أو ترخيص من القضاء
181.....	حالة الإدلاء بالشهادة أمام القضاء.....
183.....	حالة الإنتداب لإجراء الخبرة الطبية.....
184.....	حالة التفتيش وتسليم الملفات الطبية.....
186.....	الجزاء المترتب عن الإخلال بالسر المهني الطبي.....
187.....	- الفقرة الثالثة : الالتزام بمتابعة علاج المريض.....
189	- البند الثاني : الحالات ذات الطابع الفني
190.....	- الفقرة الاولى : سلامة الأدوية وعملية التلقيح.....
190.....	- أولا : الالتزام بسلامة الأدوية العلاجية
192.....	- ثانيا : الالتزام بسلامة عملية التلقيح (التحصين)
194.....	- الفقرة الثانية : سلامة التحاليل وعملية نقل الدم
194.....	- أولا : الالتزام بسلامة التحاليل الطبية.....
196.....	- ثانيا : الالتزام بسلامة عملية نقل الدم
202.....	- البند الثالث : الحالات ذات الطابع التقني

- الفقرة الأولى : حسن إستخدام الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة في العلاج وسلامة المريض منها
202.....
- الفقرة الثانية : التزام الطبيب بسلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المقدمة لمريضه
205.....
- أولا : التزام الطبيب ببذل عناية في تركيب الاعضاء والأجهزة الإصطناعية لمريضه
207.....
- ثانيا : التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في سلامة الأعضاء والأجهزة الإصطناعية المقدمة لمريضه
208
- حالات ذات طابع غير علاجي
209.....
- جراحة التجميل
209.....
- بالنسبة للمتبرع في جراحة نقل وزرع الأعضاء
215
- الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة
215.....
- المطلب الثاني : الالتزام بسلامة المريض
215.....
- الفرع الأول : مفهوم الالتزام بالسلامة
216.....
- البند الأول : تعريف الالتزام بالسلامة
216.....
- البند الثاني : مضمون الالتزام بسلامة المريض في التدخل الطبي
218.....
- البند الثالث : شروط وضوابط الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي
222.....
- أن يكون المدين بالالتزام مهنيا - طبييا -
222.....
- وجود خطر يهدد السلامة الجسمية للمتعاقد طالب هذه الخدمة - المريض -
222
- أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسمية لأحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الأخر.....
223.....
- إثبات الالتزام بضمان السلامة في العمل الطبي
223.
- الفرع الثاني : مجالات وتطبيقات الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية
224.....
- البند الأول : مجالات الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية
224.....
- الفقرة الأولى : مجال الأدوية العلاجية وعمليات نقل الدم والسلامة من العدوى
225.....
- أولا : مجال الأدوية العلاجية
225
- ثانيا : مجال عمليات نقل الدم
225.....
- ثالثا : مجال السلامة من الإصابة بالعدوى
225.....

- الفقرة الثانية : مجال إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية والتركيبات الإصطناعية 226
- أولا : مجال إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية 226
- ثانيا : مجال التركيبات الإصطناعية 228
- البند الثاني : تطبيقات عن الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية 230
- الفقرة الأولى : تطبيقات في السلامة الدوائية 230
- الفقرة الثانية : تطبيقات في السلامة من أخطار الأدوات والأجهزة الطبية 233
- الفقرة الثالثة : تطبيقات في السلامة من العدوى 236
- خلاصة الفصل الثاني 238
- خاتمة : 240
- قائمة المصادر و المراجع : 243
- فهرس : 259

تعد التدخلات الطبية إستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بحرمة المساس بالجسم البشري ومعصوميته ، يبشرها طبيب مؤهل ومرخص له قانوناً بذلك بعد أخذ رضا المريض في الحالات غير المستعجلة . ونظراً للدور الكبير الذي يلعبه تحديد نوع الالتزام في تحقيق المسؤولية ذهب كل من الفقه والقضاء متبوعان بالتشريع إلى أن التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية ، ومتى بذل ذلك القدر الواجب منها (العناية) أعتبر قد وفى بالتزامه ، ولا تقوم مسؤوليته إلا عن خطأ ثابت ومحقق يقع عبء إثباته على عاتق المريض . إلا أنهم وضعوا إستثناء على هذا الأصل العام تمثل في الالتزام بتحقيق نتيجة وسلامة المريض ويشمل هذا الإستثناء الحالات التي زالت عنها فكرة الإحتمال وباتت نتائجها مؤكدة بفضل تطور العلوم الطبية وأساليبها ووسائلها ، والتي آذت في الوقت نفسه إلى زيادة المخاطر نتيجة دخول الأجهزة و الأدوات الطبية المتطورة مجال الخدمات الطبية ، وفي هذه الحالات تتحقق مسؤولية الطبيب بمجرد تخلف النتيجة التي كان من أجلها تدخله الطبي ، و كذلك متى الحق ضرر بسلامة المريض جراء ما يقدمه من علاج أو ما يستعمله من أجهزة و أدوات ولا يمكنه دفعها (المسؤولية) إلا بإثبات السبب الأجنبي .

الكلمات المفتاحية :

- التدخل الطبي - طبيعة التدخل الطبي - مفهوم التدخل الطبي - مشروعية التدخل الطبي - شروط مباشرة التدخلات الطبية
- التزامات الطبيب - التزام ببذل عناية - التزام بتحقيق نتيجة - التزام بالسلامة (التزام بسلامة النتيجة)

Résumé en français :

Les interventions médicales sont une exception de la règle générale de compromettre la sainteté du corps humain et son infailibilité, un médecin qualifié et autorisé légalement prend des mesures à le faire après avoir l'accord du patient dans les cas non urgents. Étant donné le grand rôle joué par la détermination du type de l'engagement dans la réalisation de la responsabilité, la jurisprudence ainsi que la magistrature suivis par la législation réalisent que l'engagement du médecin comme un atout est une obligation d'exercer soins conduite, et dès qu'il exerce cette partie de ce droit d'eux (les soins) peut être déclaré alors digne de son engagement, et la responsabilité n'est fondée que sur une erreur constante et réalisée, dont la charge est la responsabilité du patient.. Cependant, ils ont mis une exception à ce principe général qui a été l'engagement de parvenir à réaliser le résultat et la sécurité du patient et cette exception comprend les cas qui ont échappés à l'idée de la probabilité, et que leurs résultats sont devenus confirmés grâce au développement des sciences médicales et de ses méthodes et ses moyens, et qui ont mené en même temps à l'augmentation des risques en raison de l'introduction des dispositifs et des instruments médicaux avancés dans le secteur des services médicaux, et dans ces cas, la responsabilité du médecin se réalise dès que l'échec du résultat pour était son intervention médicale, ainsi que dès qu'il marque un dommage à la santé du patient suite au traitement qu'il fourni, ou par les appareils et les instruments qui utilise, comme il ne peut pas la pousser (la responsabilité) que par prouver la cause étrangère.

Mots clés

-L'intervention médicale - un naturel intervention médical - le concept d'intervention médicale - la légitimité de l'intervention médicale - Conditions de l'exercice des interventions médicales

- Les obligations du médecin - Obligation de Moyens - Obligation de Résultat - Obligation de Sécurité (L ,Obligation de Sécurité - Résultat)

Summary in English :

Medical interventions are an exception to the general rule of compromising the sanctity of the human body and infallibility he can do so in not –wgent cases after it carries by a qualified and licensed doctor the agree went of the patient . given the large role played by determining commitment in achieving responsibility each of jurisprudence, the judiciary, followed, by legislation went to that commitment, a doctor, in general, is a commitment, in where the sharpol care, and when he do that, it will considered as caring and his responsibility it can not be only for fixed error, that reason for it goes to patient it self .

However, they have put an exception to this general principle, represents the commitment of result and the safety of the patient. To achieve a result and the safety of the patient, this exception includes cases that remain about the idea of probability, and has become uncertain, thanks to the development of medical science, and methods and means, which sought refuge at the same time to increase the risk, as a result, the entry devices and advanced medical instruments, medical services, results In such cases, the responsibility of the doctor fails to materialize as soon as the result was created medical intervention, as well as when the right is damaging the safety of the patient as a result of the treatment is provided or used by the devices, instruments and he can not, push it, (responsibility) but to prove foreign cause.

key words :

- Medical intervention - the natural of the medical intervention - the concept of medical intervention - the legitimacy of medical intervention - Conditions for the exercise of medical interventions

-The doctor's obligations - Obligation Means - Obligation Results - Obligation Security (L Obligation Security - Result)