جامعة بابل

كلية القانون

رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية
- دراسة مقارنة -

رسالة تقدمت بها

سميرة حسين محيسن الطائي

إلى

مجلس كلية القانون بجامعة بابل

وهي جزء من

متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بأشراف

الدكتور عباس علي محمد الحسيني

أستاذ القانون المدني المساعد

١٤٢٦ هـ

٢٠٠٦ م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

((..... ولولا دفع الله الناس
بعضهم ببعض لفسدت
الأرض ولكن الله ذو فضل
على العالمين))

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة آية (٢٥١)

قائمة المحتويات

المحتويات	الصفحة
المقدمة	٢
الفصل الأول / ماهية الرضا الصادر من المريض	٦
المبحث الأول : مفهوم رضا المريض وأساسه	٨-٢١
المطلب الأول : مفهوم رضا المريض بالعمل الطبي	٨
المطلب الثاني : أساس الرضا بالعمل الطبي	١٢
الفرع الأول : الأساس الأخلاقي	١٢
الفرع الثاني : الأساس القانوني	١٦
المبحث الثاني : مدلول الرضا بالعمل الطبي	٢٢-٥٢
المطلب الأول : صدور الرضا من المريض	٢٢

إلـــى مـــن أخـــذ بيـــدي لإكمـــال مشـــواري

..... زوجي

الفرع الأول : وجوب تبصير المريض	٢٣
الفرع الثاني : شروط صحة الرضا الصادر من المريض	٢٣
المطلب الثاني : صدور الرضا من الممثل القانوني	٣٥
الفرع الأول : فقدان الأهلية بسبب الصغر	٤٠
الفرع الثاني : فقدان الأهلية لعارض بعد البلوغ	٤٧
المبحث الثالث : نطاق الحصول على رضا المريض	٥٣-٧٢
المطلب الأول : المعيار الزمني	٥٣
المطلب الثاني : المعيار الموضوعي	٦٤
الفصل الثاني :أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب	٧٣
المبحث الأول : في نطاق الأعمال الطبية العلاجية	٧٥-٨٩
المطلب الأول : - مفهوم الأعمال الطبية العلاجية	٧٥

المحتويات	الصفحة
المطلب الثاني : أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية العلاجية	٨٦
المبحث الثاني : في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية	٩٠-١٠٠
المطلب الأول : مفهوم الأعمال الطبية غير العلاجية	٩٠
المطلب الثاني : أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية	٩٦
المبحث الثالث : في نطاق الأعمال الطبية في حالات الاستعجال	١٠١-١١٠
المطلب الأول : مفهوم حالة الاستعجال في العمل الطبي	١٠١

المطلب الثاني : أثر رضا المريض في حالة الاستعجال على مسؤولية الطبيب	١٠٤
المبحث الرابع : في نطاق الأعمال الطبية الإجبارية	١١١
المطلب الأول : مفهوم الأعمال الطبية الإجبارية	١١١
المطلب الثاني : أثر رضا المريض في الأعمال الطبية الإجبارية على مسؤولية الطبيب	١١٥
المحتويات	الصفحة
الخاتمة	١٢٠
المصادر	١٢٦
المصادر باللغة العربية	١٢٧
المصادر باللغة الأجنبية	١٣٨
ملخص الرسالة باللغة الإنكليزية	A-B

.

المقدمة :

موضوع البحث :

أن الكيان البشري الذي كرمه الله بذلك الجسد وتلك الروح وخصه بعنايته ، وبعد أن خلقه في أحسن تقويم يحتم على من أنعم الله عليهم بالعلم والمعرفة من أهل التخصص والخبرة في المجال الطبي الذين يهتمون بسلامة الجسد والكيان البشري أن يرتقوا بأداء متميز يعكس تلك العناية الألهية وينسجم مع التقدم العلمي من خلال اعتماد أصول فنية في مزاولة المهنة .

وبدون شك نجد أن ممارسة العمل الطبي يستند لأصول مستقرة تعمل على تقديم خدمات فعالة للمريض بغية الوصول إلى الشفاء ومن هذه الأصول احترام حياة الإنسان والمبادئ الطبية .

ولكي يكون تدخل الطبيب مشروعا لممارسة العمل الطبي كلاً حسب تخصصه لابد من شروط لا تقل أهمية إحداها عن الأخرى لأضفاء صفة المشروعية لمزاوله هذا العمل وإباحة هذا التدخل .

ومن هذه الشروط هو شرط يتعلق بالمريض نفسه في قبول العلاج أو رفضه ، وهو شرط الرضا الذي يجب صدوره من المريض نفسه في حالة سلامته العقلية تابعة عن فيض من علمه أو سعة خبرته ورحابة صدره من ممثله القانوني عند فقدان أهلية المريض بسبب الصغر أو لعارض قد اصابه بعد بلوغه .

أن وجود هذا الشرط من شأنه أن يجعل الطبيب في مأمن من المساءلة القانونية عند عدم ارتكابه أي خطأ يتعلق بعمله الطبي . فعليه واجب الحصول على رضا المريض بالعلاج وأن يكون المريض على بينه واختيار في أبداء رضاه ، إلا بما تفرضه حالة الاستعجال أو ما توجبه المصلحة العامة كالوقاية من الأوبئة والامراض التي تفتك بالمجتمع الإنساني . التي تجعل من الرضا بعد أن كان شرطا للعمل الطبي يفقد أهميته كشرط في مباشرة هذا النوع من الاعمال الطبية . فما هو الرضا بالعمل الطبي ؟ وما هو الرضا المعتبر من الناحية القانونية ؟ وما هي مفاهيم الرضا الذي يبرئ ذمة الطبيب ؟ وما هي عناصر الرضا المستنير ؟ وما هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه ؟ وما هي الاستثناءات التي ترد على الرضا ؟ وما هي الآثار المترتبة على تخلف الرضا ؟ وما هي الآثار المترتبة على تخلف الرضا ؟ وما هي الآثار المترتبة على تخلف الرضا ؟

شكر وتقدير :

الحمد لله الذي كان لي خير عون ومجيب ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أما بعد فلا يسعني إلا أن أتقدم بخالص شكري وتقديري وعظيم امتناني إلى استاذي الفاضل عباس علي محمد الحسيني لما قدمه لي من توجيهات وإرشادات علمية نابعة عن فيض من علمه وسعة خبرته ورحابة صدره ، فكان له الفضل العظيم والأثر الكبير في انجاز هذه الرسالة بهذه الصورة متمنيا له التوفيق والعمر المديد .

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى جميع اساتذة كلية القانون جامعة بابل والخص بالذكر منهم الدكتور عادل عزاوي والدكتور ضاحي عبود كاظم والدكتور عدنان عاجل والدكتور حكمت عبد الرزاق ، والدكتور حسن حنتوش ، والدكتور ميري كاظم عبد ، والاستاذ منصور حاتم ، والدكتور محمد علي سالم ، والدكتورة اسراء محمد علي سالم ، والدكتور اسماعيل صعصاع على ما قدموه ليه من

أم أنه يجعل من الأخلاق اساسا له ؟ وما هو نطاق الحصول على رضا المريض ، فهل يتحدد بمعيار معين ؟ وما هو أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب ، فهل يعد شرطا لجميع ما يقوم به الطبيب من أعمال ، كل هذه الأسئلة الرئيسة التي يثيرها موضوع دراستنا والتي نأمل ان نتوصل في إيجاد الإجابة عليها وذلك من خلال هذا البحث .

أهمية البحث :

قد يتصور البعض أن المريض ليس حرا في الخضوع للعمل الطبي وأنه ملزم بل ومجبر للاستسلام للطبيب انتظارا رحمته في الشفاء أو الموت والتي يحمل الأطباء الكثير من الأخطاء الطبية على لفظ القضاء والقدر للتخلص من المسؤولية القائمة مستغلاً جهل الكثير ممن يضعوا اجسادهم للفحص والاختبار والتجربة التي قد يكون الهدف منها نفعاً مادياً أو تطورا علميا على حساب هذا الكائن الذي يكون حينها مسلوب الإرادة .

فكان لا بد من البحث والخوض في صميم هذا العمل الإنساني الذي غايته الشفاء من المرض والتخلص من الألام . إضافة إلى هذه الاسباب فلابد من بيان مسؤولية الطبيب التي تشددت بعض القوانين في فرضها على الأطباء عند قيامهم بهذا العمل دون الحصول على رضا المريض أو ممثله القانوني لذلك حاولت الخوض والتعمق في هذه المسؤولية من خلال جزء منها وهو شرط الرضا الذي لابد من توفره لنفي هذه المسؤولية إلا عند أرتكابه خطا متعلقا بهذا العمل .

ولعل من الاسباب التي تبرز أهمية هذا البحث والتي يمكن تلخيصها في نقاط متعددة :-

أولا : لم تحظ مسؤولية الطبيب عند عدم أخذه رضا المريض بدراسة وافية من قبل المختصين من رجال القانون مثلما أثيرت هذه المسؤولية عن بعض أخطائهم المادية والفنية التي قد تبرز في العمل الطبي مما يتطلب هذا بذل الجهد لبحث أحكام هذه المسؤولية .

ثانيا : نظراً لما للدور البارز لرضا المريض ولما يحمله خصوصية متعلقة بحياة الإنسان وسلامة جسده كان لابد من الإشارة إلى موقف الفقه والتشريع والقضاء المقارن من هذا الرضا وبيان أثره في انتفاء أو قيام مسؤولية الطبيب عند وجوده أو تخلفه .

ثالثا : برغم كثرة الحوادث الناجمة عن تجاوز الطبيب لرضا المريض أو رضا ممثله القانوني إلا أننا نجد ندرة الأحكام القضائية التي تصدر بهذا الخصوص ، إضافة إلى توقف سير هذا النوع من القضايا حد المساءلة الانضباطية او التأديبية وقلة ما تصل منها للمساءلة المدنية . إضافة لجهل الأفراد وإهمالهم في المطالبة بحقوقهم مما يؤدي إلى ضياعها وتجاوز الكثير من الأطباء لرضا المريض أو ممثله القانوني في إجراء العلاج الطبي والذي قد يصل حد التدخل الجراحي .

خطة البحث :

سنحاول بيان رضا المريض في الأعمال الطبية وأثره في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) من خلال فصلين ، سنخصص الفصل الأول لماهية الرضا الصادر من المريض ، والذي يتضمن ثلاثة مباحث ، سنتناول في الأول مفهوم رضا المريض وأساسه ، والمبحث الثاني سنتناول فيه ممن يصدر الرضا بالعمل الطبي والذي سنبحث من خلاله صدور الرضا من المريض وصدور الرضا من الممثل القانوني وذلك في مطلبين متتابعين . أما المبحث الثالث فسنبين فيه نطاق الحصول على رضا المريض من خلال مطلبين الاول ، المعيار الزمني والثاني سنوضح فيه المعيار الموضوعي .

أما الفصل الثاني وهو أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب فسنتناول فيه القاعدة العامة لأثر رضا المريض واستثناءاتها من خلال أربعة مباحث ، يتضمن المبحث الأول وهو في نطاق الاعمال الطبية من خلال مطلبين يتضمن المطلب الاول مفهوم الأعمال الطبية العلاجية ونخصص المطلب الثاني لأثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية العلاجية .

أما المبحث الثاني فسنتناول فيه نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية من خلال مطلبين يتضمن الأول ، مفهوم الأعمال الطبية غير العلاجية والثاني لأثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية .

أما المبحث الثالث والذي سنخصصه لنطاق الأعمال الطبية في حالات الاستعجال والذي سنبحث فيه مفهوم حالة الاستعجال في العمل الطبي وأثر رضا المريض في حالة الاستعجال على مسؤولية الطبيب وذلك من خلال مطلبين متتابعين ، أما المبحث الرابع فسنتناول فيه نطاق الأعمال الطبية الاجبارية في مطلبين مستقلين نخصص الأول ، لمفهوم الأعمال الطبية الأجبارية والثاني ، لأثر رضا المريض في الأعمال الطبية الإجبارية على مسؤولية الطبيب .

الفصل الاول
ماهية الرضا الصادر من المريض

تمهيد وتقسيم :

أن تحديد مفهوم الرضا يتوقف على تحديد الرضا بالعمل الطبي وهو الرضا الصادر من المريض ، كما أن هذا الرضا بالعلاج قد يصدر من المريض نفسه أو قد يصدر من ممثله القانوني إذا كان فاقدا لأهليته لصغر سنه أو لعارض قد أصابه بعد بلوغه عند عدم استطاعته التعبير عن أرادته ، كما أنه لابد من نطاق للطبيب لكي يلتزم به للحصول على رضا المريض وقد يتحدد هذا النطاق بمعيار معين كالمعيار الزمني أو المعيار الموضوعي أو يلتزم بكلا المعيارين في تحديد هذا النطاق ، هذا ما سنحاول التعرف عليه في هذا الفصل وذلك من خلال ثلاثة مباحث نخصص المبحث الأول لمفهوم رضا المريض وأساسه أما المبحث الثاني فسنتناول فيه ممن يصدر الرضا بالعمل الطبي ، أما تحديد نطاق الحصول على رضا المريض فسنتناوله في المبحث الثالث من هذا الفصل .

المبحث الأول : مفهوم رضا المريض وأساسه

أحياناً لا يستطيع الطبيب مباشرة عمله الطبي إلا بعد الحصول على رضاً من نوع خاص يتعلق بحياة الأشخاص وسلامة كيانهم وهذا الرضا له من الأهمية قد ينفي أو ينهض مسؤولية الطبيب عند عدم الحصول عليه من قبل المريض ، كما أن ألتزام الطبيب بالحصول على هذا الرضا قد يستمد وجوده من الأساس الاخلاقي الذي تتميز به مهنة الطب والأساس القانوني وهو ما نصت عليه التشريعات المقارنة بضرورة الحصول على رضا المريض عندما تستوجب حالته ذلك ، وهذا ما سنحاول بحثه من خلال مطلبين نخصص النوع الأول منه لمفهوم رضا المريض بالعمل الطبي ، وسنبحث في الثاني أساس الرضا بالعمل الطبي .

المطلب الأول :مفهوم رضا المريض بالعمل الطبي

أن بيان العمل الطبي له من الأهمية ، لما لهذا العمل من مساس مباشر بحياة الأفراد ومن ثم المجتمع .

فالإنسان لا يملك التصرف في حياته ولا في سلامة جسده ، لأن ذلك متعلق بالنظام العام والآداب العامة ، وهذا يعني أن الرضا الصادر من الإنسان للمساس بحقه في الحياة وسلامة جسده يكون باطلا كقاعدة عامة . ولكن قد يكون هذا المساس في بعض الأحيان ضروريا لحفظ حياته أو لصيانة صحته ، ولكي يمكن اعتبار الرضا مشروعا ، فأن ما يقوم به الاطباء ومن في حكمهم كلاً في مجال اختصاصه من أعمال طبية قد تتضمن إجراء عمليات جراحية وأعطاء الأدوية والعقاقير التي قد تسبب الالماً جسدية ونفسية للمريض أو قد تصيبه بجروح قد تصل حد استئصال عضواً من إعضاء جسمه [١] . فلا بد من الحصول على رضا المريض شخصياً أو من يمثله قانونا بمباشرة العمل الطبي كشرط لازم لمشروعية هذه الأعمال [٢].

ولكن في الوقت نفسه فأن الرضا ليس دليلاً كافياً كما يعتقد لأول وهله ليعطي الطبيب الحق بأن يفعل ما يشاء بأجساد المرضى رغم أن هذه الأعمال تساعد على علاج المرضى إذا دعوا إلى ذلك بأرادتهم وبهذا يذهب الفقه إلى تعريف الرضا بالعمل الطبي إلى أنه " رضا الشخص أو قبوله أو قبول من هو ممثل عنه بأن يجري له جملة من الأعمال الطبية العلاجية والجراحية التي يراد منها حفظ الصحة أو استردادها " [٣].أو هو " مجموعة من الأعمال التي تساعد على التخلص من الالم والمعاناة عن طريق الرضا الصادر من المرضى وبأستخدام الوسائل الطبية لحفظ الصحة وسلامة الجسد [٤] .

أما عن شكل الرضا في العمل الطبي ، فيكون التعبير عنه بعده اشكال ، فقد يكون الرضا صريحا أو يكون ضمنياً ، والرضا الصريح يمكن أن يكون كتابة أو مشافهة أو بالإشارة ، إذا كانت الإشارة متعارفاً عليها بمعنى معين ، وقد يكون الرضا بحسب موضوعه مطلقاً يشمل كل ما يخضع له من علاج أو تداخل جراحي أو يكون مقيداً بنوع معين من العلاج أو الجراحة ، كأن يكون رضا المريض يتطلب تدخلاً جراحياً معيناً أو على مرحلة علاجية معينة أو نوعاً خاصاً من الأدوية أو حتى خضوعه لعملية جراحية مكملة لغرض العلاج [٥].

---

(١) د . ضاري خليل محمود : الأساس القانوني لأباحة النشاط الطبي ، مقال منشور في مجلة العدالة ، مجلة تصدرها وزارة العدل ، بغداد ، العدد (٤) السنة الرابعة ، ١٩٧٨ ، ص٥٦٧ .

(٢) د.علي حسين الخلف : المبادئ العامة في قانون العقوبات ، بدون مكان طبع ، ١٩٩٠ ،ص ٣٤٣ . حسين عامر : المسؤولية المدنية ، التقصيرية والعقدية ، الطبعة الاولى ، مصر ، ١٩٥٦ . فوزية عبد الستار : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص٦٦ . عامر قاسم أحمد : المسؤولية المدنية المترتبة على التلقيح الصناعي (دراسة مقارنة) بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ص٣٥ . حسين عامر : المسؤولية المدنية ، التقصيرية والعقدية ، الطبعة الأولى ، مصر ، ١٩٥٦ ، ص١٠٥ .

(٣) د . هاني الجبير : الاذن في العمل الطبي ، السعودية ، جدة ، ٢٠٠٤ ، ص١٥ .

(٤) د. مجدي حسن خليل : مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص١٠ .

(٥) سمير عبد السميع الأون : مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعيهم (مدنيا ، جنائياً ، وأدرايا) منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٢٢.

أما عن الرضا الضمني في العمل الطبي ، فأن ذهاب المريض لأحدى العيادات التي تخص أحد الأطباء بعد عرض اختصاصهم ومؤهلاتهم العلمية بأحدى وسائل الاعلام المختلفة يعدهذا قبولاً أو رضا ضمنياً من المريض تجاه الطبيب ، فبمجرد اختيار المريض لطبيب معين عالماً باختصاصه يكون هذا رضا ابتدائياً بالعمل الطبي .

وبالرغم من هذه الصور المتعددة لصدور الرضا ، إلا أن شكل الرضا في العمل الطبي يكون شفويا كأصل على اعتبار أن العقد الطبي الذي ينشأ بين الطبيب والمريض هو من العقود التي تبنى على أساس الثقة المتبادلة لكلا الطرفين ، فأن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هو عدم افراغ رضا المريض في محرر مكتوب ، أي أن رضا المريض المكتوب والموقع من قبله ليس لازما في جميع الاحوال فهو يعتمد على ما تفرضه الضرورة العلاجية والأهمية من وراء العمل أو التداخل الجراحي (٦).

وعلى ذلك فإذا كان علاج المريض بسيطا ولا ينطوي على خطر ما على حياته أو سلامة جسده فأن رضا المريض يمكن الحصول عليه من قبل الطبيب شفاها من دون حاجة إلى أقرار خطي أو محرر كتابي ، فليس من المعقول بأن يطالب الطبيب مريضه عند كل علاج أو جراحة ما يؤيد رضائه ليباشر عمله الطبي ، بل في هذا النوع من عقود الثقة تكون المطالبة بالرضا التحريري في كل مرحلة من مراحل العلاج مانعا أدبيا يحول دون قيام الطبيب بالمطالبة به (٧).

إلا أنه إذا كانت القاعدة هي أن رضا المريض يكون شفهياً ، فأن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان العلاج يتطلب تدخلا جراحياً اكثر مما لو كان هذا التدخل يقتصر على العمل العلاجي فقط كما لو كان الأمر يتعلق بوصف علاج محدد للمرض الذي يعاني منه المريض . وهذا يعني أن وصف العلاج للمريض والذي قد يقتصر على وصفه دوائية معينة لا تتطلب شكلاً معيناً لصدور الرضا كما هو الحال في العمل الجراحي .

فالعمل الجراحي يتطلب من الجراح اليقظة والحذر تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من خطر ، وكما تتسم هذه الأعمال بخطورة تتعلق بسلامة الجسد البشري وعدم المساس به فنجد أن القانون قد تشدد في كيفية الحصول على رضا المريض في هذا النوع من الأعمال ، واشترطت الرضا المدون أو المكتوب كشرط للقيام بالعلاج الجراحي أو الجراحة لغير أغراض العلاج كالقيام بالابحاث الطبية أو عمليات زرع الإعضاء البشرية (٨).

نلاحظ من ذلك أنه وبالرغم مما يتميز به رضا المريض من خصوصية متقلقة بجسم الإنسان وسلامة كيانه البشري واحترام ما تتميز به حياته من قدسية إلا أنه كمبدأ عام يتطلب وجوده لأنشاء التصرف ومشروعيته أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة ، بوصفه شرطاً لازماً لكل تصرف إلا أنه لا يعفي المسؤول من المسؤولية عند ارتكابه خطأ فلا يعول على الرضا وحده لأنتفاء المسؤولية وهذا ما وجدناه برضا المريض في العمل الطبي ، فعدم الحصول على رضا المريض للقيام بالعمل الطبي ، فإن المسؤولية المترتبة عليه مستقلة تماما عن ما ارتكبه القائم بالعمل من خطأ (٩).

المطلب الثاني : أساس الرضا بالعمل الطبي

---

(٦) جابر مهنا شبل :مدى مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ص١١٢ .

(٧) د. عبد السلام عبد الرحيم السكري : نقل وزرع الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي ، الطبعة الاولى ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٨ ، ص٢٣٠ وما بعدها .أحمد ابراهيم : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، الجزء التاسع ، العدد ١٩ ، يدون سنة طبع ، ص٩٠٦ .

(٨) تطبيقاً لذلك نصت المادة (الثانية) من قانون زرع الاعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ والتي نصت " يتم الحصول على الأعضاء لأجل أجراء عمليات الزرع من أ-من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة أن يكون التبرع كامل الأهلية والايصاء بإقرار كتابي ب- المريض المصاب بموت الدماغ وبموافقة احد اقاربه الراشدين من الدرجة الأولى أو الدرجة الثانية على أن لا يكون من بينهم الطبيب المعالج ولا الطبيب المنفذ للعملية " .

(٩) سمير أورفلي : مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجملية ، مجلة رابطة القضاء المغربية ، لسنة(٢٠) ، ٩٨٤ ، ص٣٠ وما بعدها .

أن مهنة الطب وما تتميز به من اعتبارات إنسانية قد تدفع الطبيب في كثير من الاحيان لأداء وظيفته بكل ما تحمل هذه المهنة من أصول أخلاقية خاصة إذا كان الشخص أمام خطر يهدد حياته ، وهذا يتمثل بالأساس الأخلاقي ، إضافة إلى النصوص القانونية التي أقرتها معظم التشريعات التي تنظم العمل الطبي وهو ما يسمى بالأساس القانوني ، وهو ما سنحاول بيانه من خلال أساسي الرضا بمعناه الخاص وهما الأساس الأخلاقي والأساس القانوني .

الفرع الأول : الأساس الأخلاقي

ويقوم هذا الأساس على أن التزام الطبيب هو ألتزام أخلاقي ذو غاية إنسانية ، وأن العمل الذي يقوم به الطبيب وفق هذه المهنة هو عمل الهدف منه تخليص المرضى من مما يعانون من عذاب الألم . فلابد أن تكون العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة أساسها الثقة المتبادلة بينهما [١٠] .

لقد اختلف الفقه في الأخذ بهذا الأساس بسبب اختلاف النظريات التي طرحت بهذا الشأن والتي تتمثل في النظرية " التقليدية " والنظرية " الحديثة " [١١] .

وبرغم اختلاف المبادئ ، والأسس التي جاءت بها هاتان النظريتان إلا أن لكل منها دوراً في بيان المبادئ التي قامت عليها علاقة الطبيب بالمريض ودور أرادة المريض في كل منهما .

---

(١٠) د . حسام الدين كامل : الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، بدون سنة طبع، ص١٥٥ .

(١١) د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص(٨-٩) .

١- نظرية التقليدية (١٢).

تؤكد هذه النظرية على أن عمل الطبيب قائم على أساس علاقة بين طرفين ، الأول . عالم بالعمل الطبي وهو الطبيب والثاني ، جاهل بهذا العمل وهو المريض بين شخص سليم وأخر مريض ، وبهذه الحالة فأن الطبيب بما يملك من هذه الميزات يسمو على الطرف الأخر وهو المريض الذي يتميز بضعف مزدوج وهو الجهل والمرض ، وهذا يجعله عاجزا أمام الطبيب عن التعبير عن إرادته ، مما يجب عليه أن يعطي ثقة عمياء مع من يتعامل معه ويتفوق عليه عقليا وبدنيا [١٣].

ووفقاً لما تقضي به هذه النظرية فأنه لا قيمة للرضا الصادر من المريض المشكوك في قدراته العقلية والعضوية . فلا توجد ضرورة تحتم على الطبيب أن يحصل على رضا المريض قبل مباشرة عمله الطبي على جسد المريض . ومن هذا فأن المريض في حالة خضوع دائم للطرف المتسلط وهو الطبيب دون أن يكون له الحق في الرفض أو القبول .

وتؤكد هذه النظرية على ان القرار بالعلاج يعود للطبيب وحده على أساس أن الطبيب هو الأقدر على تفهم ما يعانيه المريض من ألم وهو من يملك المكنة العلمية التي تؤهله للقيام بهذا العمل دون الأخذ بعين الاعتبار ان المريض هو صاحب الجسد وله الحق في قبول العلاج الذي يقرره الطبيب أو رفضه. فيبقى المريض ذلك الطرف المسلوب الإرادة أمام الطرف القوي المتسلط وهو الطبيب [١٤].

---

(١٢) Portes Louis , ala reacherch dure ethique medicale masson
- وتسمى أيضا (التسليطة الطبية) أو (الوصاية الطبية) لكونها تعطي الدور الكبير للطبيب دون المريض في التسلط على جسده والوصاية عليه .

(١٣) حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٨ ، ص ٧ . حيث يقول " أن المريض هو الأكثر ضعفا في مواجهة الطبيب ، وهو الذي لا يملك شيئا في احتكار الطبيب لمهنته و لا يملك زمام جسده فيجب أن يضع ثقته الكاملة في الطبيب " .

(١٤) عادل عبد أبراهيم : حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون السياسية ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٩٢ .

٢ـ النظرية الحديثة

بعد الانتقادات التي وجهت إلى النظرية التقليدية على أساس أنها قد سلبت من المريض كل ما يملكه من إراده وحرية في اختياره للخضوع لعمل الطبيب ، وجعلت من المريض أنساناً لا يملك حق الرفض أو القبول لما يقوم به الطبيب من عمل على جسده لذلك ظهرت النظرية الحديثة كرد فعل على النظرية التقليدية ، فهي تتجه إلى أعطاء المريض حق قبول او رفض العلاج المقترح من قبل الطبيب استناداً إلى الأصول الطبية ، رغم تطوره بمرور الزمن إلا ان له درجة طبية قد تضيق وتتسع من مرض إلى مرض ومن مريض إلى أخر ، فنجد غالبا عدم التأكد من فعالية ونجاح العلاج مع مريض دون أخر فلكل منهما طبيعة جسدية تختلف عن الأخر ، لذلك لا بد أن يكون للمريض الكلمة الأخيرة في رفض العلاج أو قبوله لأنه هو الذي سيتحمل المخاطر والضرر الناتج عن العلاج ، إضافة إلى ذلك فأن هذه النظرية تؤكد على ان الطبيب عندما يتعامل مع المريض يجب أن لا ينسى أبداً أنه يتعامل مع إنسان له حريته الفردية وسلامته الجسدية اللتان يجب عليه احترامهما .

والحقيقة ان من أهم المبادئ التي استندت أليها النظرية الحديثة هما مبدأ الحرية الفردية ومبدأ معصومية الجسد البشري [١٥].

أما مبدأ الحرية الفردية فهو يعطي لكل فرد الحق في أن يكون حراً ، ومن مظاهر هذه الحرية هي الحرية التعاقدية . فلكل مريض أذن الحرية في أن يختار طبيه وأن يتعاقد معه على علاجه ثم له الحرية في قبول هذا العلاج أو رفضه ، وهذا ما سنحاول توضيحه وبيانه في المطلب الأول من المبحث الثاني المخصص للرضا الصادر من المريض شخصياً .

أما مبدأ معصومية الجسد البشري ، فهو يوفر قدسية لجسد الإنسان تحول دون الاعتداء عليه أياً كان شكل هذا الاعتداء ولو كان أحد مظاهره اخضاع المريض للفحص الطبي أو العلاج عموماً [١٦].

والواقع ان هذه النظرية جاءت لتبين أن للإنسان حرية قبول ما شاء من التصرفات وخاصة فيما يتعلق بحياته ولكن هذه الحرية مشروطة بعدم التعارض مع المصلحة العامة والنظام العام اللذين ترفض وجودهما النظرية التقليدية السالفة الذكر .

فالفقه المدني الفرنسي أكد على ضرورة الحصول رضا المريض لمزاولة العمل الطبي وأن مسؤولية الطبيب الناشئة عن خطئه في عدم أخذ رضا المريض بالعمل الطبي سواء كان علاجياً أو جراحياً لغير العلاج ، مستقلة تماماً عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في العلاج [١٧].

أما الفقه المصري فقد أشار بأن الرضا لا يقصد به مجرد القبول الصادر من المريض والذي بتطابقه مع أيجاب الطبيب يتكون العقد الطبي بينهما إنما هو رضا خاص تتطلبه قواعد الأخلاق متى أراد الطبيب مباشرة العلاج ، ولهذا استقر الفقه المصري على ضرورة أخذ رضا المريض في غير حالة الضرورة العاجلة أو ما تسمى حالة الاستعجال عن كل عمل طبي أو جراحي ينطوي على قدر معين من الخطورة ، وأن أساس هذا الرأي مبني على أن الإنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه ، ولهذا لا بد أن يرضى المريض بالعلاج دون أن يعترض على ذلك الطبيب [١٨].

---

(١٥) Maingsuet genevieve , le Consentement du Malade al,acte medical , these , Paris , ١٩٥٧ , P : ١٤ .
أشار أليه :
- د. حسام الدين كامل الأهواني : المصدر السابق ، ص٨٥ .

(١٦) عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص١٣١ . محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص١٠٥ .

(١٧) Rene savatier , traite de la responsabillite civil en droit francais tom , ١ , Paris , douxieme edition ١٩٥١ , P : ٢٤٠ .

(١٨) د. حسن زكي الأبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٥١ ، ص٣٠٧ وما بعدها . د. محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ،

أما الفقه العراقي فاخذ بما جاء به الفقه المقارن حيث أشار إلى ضرورة مراعاة حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده وأن ذلك يقتضي عدم المساس بهذا الجسد إلا بعد الحصول على رضا المريض ولو كان هذا المساس من اجل العلاج .

فالإنسان حر له كامل الحرية على كيانه وهو صاحب الحق الأول على هذا الجسد [١٩].

وبذلك نلاحظ ما انتهى أليه الفقه وهو ضرورة احترام الطبيب لإرادة المريض بما يفرض على الطبيب الحصول على رضا المريض على اساس اخلاقي وإنساني باعتبار أن المريض له كامل الحق في التصرف بجسده شريطة أن لا يخالف النظام العام والآداب العامة .

الفرع الثاني : الأساس القانوني

رغم أن ألتزام الطبيب بالحصول على رضا المريض ليس محل خلاف في الوقت الحاضر إلا أن هذا الإلتزام وفقاً لهذا الأساس لا يقتصر عن كونه مجرد التزام أخلاقي فحسب ، وإنما التزام قانوني خاصة بعد أن تدخل المشرع ونص على التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض في الكثير من النصوص القانونية ، بل بعض هذه النصوص شددت على ضرورة أخذ رضا المريض .

ففي فرنسا نجد الأساس القانوني واضحاً في العديد من نصوص قانون أداب المهنة التي أوجبت على الطبيب ضرورة الحصول على رضا المريض بالعلاج [٢٠].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد أكد المشرع على ضرورة قبول المريض بمباشرة الأعمال الطبية دون أن يقتصر هذا القبول على مرحلة من مراحل العمل الطبي وإنما يجب أن يتوافر في كل مرحلة من مراحل العلاج [٢١].

أما في التشريع المصري فلم نجد نصاً صريحاً يشير إلى ضرورة أخذ رضا المريض عند قيام الطبيب بالعمل الطبي وإنما يستفاد هذا الشرط ضمناً من القواعد العامة سواء تلك التي وردت في القانون المدني او في القانون الجنائي [٢٢].

١٩٥١ ، ص٩٠ وما بعدها . محمد عبد الغريب : التجارب الطبية والعلمية ، مطبعة أبناء وهبه ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص٤٥ وما بعدها .

(١٩) د. منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص٨ وما بعدها . ١٨ . د. ضاري خليل محمود : رضا المجني عليه في القانون الجنائي المقارن ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ ص١٥ .

(٢٠).Code de deontologie medicale , Decret du ٦/sep , ١٩٥٥ .

حيث نصت المادة (٢٨) من قانون أداب المهنة الفرنسي " ضرورة الحصول على رضا المريض بالعلاج " كما نصت المادة (٢٩) من القانون نفسه على أن " على الطبيب أن يحصل مقدما على رضا المريض بالعلاج وخاصة إذا كانت حياة المريض في خطر " . ونصت المادة (٣٦) من التقنين ذاته على أنه " رضا المريض يجب أن يكون محل اعتبار في جميع الحالات " .

(٢١) Cermain crisez Joseph Boyle life and death with libert and Justice . ١٩٧٩ , P :٨٦ .

واشار أليه :-

- شعبان أبو عجيلة : المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، (رسالة ماجستير) ، (دراسة مقارنة) ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص٢٥ .

(٢٢) المادة (٦٠) من قانون العقوبات المصري ١٩٦٣ والتي تنص على " لا تسري احكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر " . ويستلزم تطبيق هذا النص توفر ثلاثة شروط :

الشرط الأول :- وجود ترخيص بمباشرة مهنة الطب .

الشرط الثاني :- رضا المريض بالعلاج أما صراحة أو ضمناً .

أما في التشريع العراقي فبالرغم من عدم وجود نص في قانون نقابة الأطباء العراقي رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ يبين أهمية الحصول على رضا المريض ، إلا أن تعليمات السلوك المهني التي صدرت بموجب هذا القانون بينت المبادئ الأساسية في ممارسة العمل الطبي " أن كل عمل طبي يجب ان يكون لمصلحة المريض المطلقة ويجب أن يتم برضائه " وأضافت هذه التعليمات بخصوص مسؤولية الطبيب عن رضا المريض " لا مناصا من رضا المريض عندما يكون في حالة يتمكن من تقديمه وليس بوسع الطبيب أن يتحدى رغبة المريض " وهو بالإضافة إلى وجود قوانين خاصة نصت على ذلك [٢٣].

وعلى صعيد القضاء المقارن ، نلاحظ أن القضاء الفرنسي قد شدد على ضرورة أخذ رضا المريض استناداً إلى نصوص القوانين المهنية ، إذ جاء في أحد قرارات محاكمه والتي أشارت فيه إلى أنه لابد للطبيب قبل أجراء أي تدخل جراحي من الحصول على رضا المريض أو من يمثله بكتابة ولا سيما إذا كان يتوقع أن تؤدي العملية إلى نتائج خطرة وغير مأمونة [٢٤] .

أما القضاء العربي فأنه لم يختلف عن القضاء الفرنسي في اعتبار صدور الرضا من المريض ما ينفي مسؤولية الطبيب وهذا ما جاء في حكم لمحكمة الجزائر عند قيامها بتبرئة الطبيب من أي مسؤولية بعد أن رأت أن رضا المريض أو ممثله الشرعي هو الأساس في اعتبار عمل الطبيب مشروعاً [٢٥] .

وفي القضاء المصري نلاحظ أنه قد جعل من الرضا سبباً لأنتفاء المسؤولية حتى بالنسبة لغير الأطباء مستنداً إلى أن قيام الشخص بهذا العمل قائم على مبدأ حسن النية دون قصد الأضرار بالغير معززاً برضا المريض . وهذا ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية بعدم مسؤولية شخص لم يكن طبيبا ولا يحمل أي صفة طبية عند قيامه بعلاج أحد المرضى [٢٦].

الشرط الثالث :- مراعة أصول وقواعد المهنة وعدم ارتكاب أي خطأ

فعدم موافقة المريض على العلاج يهدم شرطاً اساسياً ولازماً لأنطباق نص المادة (٦٠) ع.م.

ولمزيد من التفصيل أنظر :-

- محمود ابراهيم اسماعيل : شرح قانون العقوبات المصري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ص ١٦٥ . ،

(٢٣) قانون مصارف العيون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ ، مادة (٣) والتي اشترطت " رضا الشخص المتبرع وأن يكون بأقرار كتابي " .

وكذلك راجع على قانون زرع الأعضاء البشرية رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ والذي اشترط أيضا أن يكون التبرع برضا الشخص وبإقرار كتابي ، المادة (الثانية) منه .

(٢٤) حكم محكمة (Douai) رقم (٦٥) في ١٩٣١/٩/١٧ . في قضية تتلخص وقائعها " أن شخصاً عرض نفسه على طبيب بالعيادة الخارجية لأمراض العيون لوجود نقطة بيضاء على عينه . فقامت المستشفى بتسليمه بطاقة كتب عليها (صالة العمليات) .

وفي الموعد المحدد أجريت له عملية جراحية لم يعرف فحواها إلا عند خروجه ، بعد أن تسلم عينا صناعية بدل عينه التي تم استئصالها ، وعند عرض القضية أمام القضاء قضت محكمة السين الابتدائية برد الدعوى على أساس أن المريض بذهابه إلى المستشفى قد قبل مقدما بكل ما يلزم علاجه ، غير أن محكمة استئناف (Douai) قضت بعد أن قام المدعي المريض باستئناف الحكم أمامها بمسؤولية الطبيب على عدم أخذه رضا المريض قبل أجراء العملية وأن ذهاب المريض إلى المستشفى لا يعتبر قرينة على قبوله أجراء العملية .

أشار أليه ، جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ١٩٧٧ ، ص٢٤٠ .

(٢٥) قرار محكمة استئناف الجزائر في ١٧/مارس /١٨٩٤ في قضية تتلخص وقائعها " بأن طبيباً قد أجرى عملية جراحية لطفل مصاب بورم ، فرفع والدي الطفل دعوى للقضاء بتهمة أن الطبيب قام بالعمل الجراحي بمساعدة فتاة غير مجازة بمزاولة الطب أو التمريض أضافة إلى القتل الخطأ ، إلا أن المحكمة برأت الطبيب ومساعدته ، ولعدم قناعة والد الطفل بالحكم استئنافه وادعى أنه لم يسمح بأجراء الجراحة لولده ، فقدم الطبيب وثيقة مثبتاً فيها رضا والد الطفل بالجراحة ، الأمر الذي حدا بمحكمة الاستئناف إلى تاييد الحكم المستأنف .

أشار أليه :-

-د.محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٩٢ .

وفي قضية أخرى للقضاء المصري ، قد حكمت محكمة جنايات الاسكندرية عرضت أمام القضاء المصري وجاء الحكم فيها مؤكد على نفس المبدأ إذ قضت المحكمة المذكورة " أنه إذا كان من المسلم به فقهاً وقضاءً أنه لا يجوز للطبيب في قيامه بوظيفته المرخص له بها فأن ذلك مشروط برضا المريض " (٢٧).

أما في العراق فعلى الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية سواء في العلاج البسيط أو في عمليات الجراحة العامة ، ومحاولة نقابة الأطباء أو وزارة الصحة بوصفها من القضايا السرية مما يلزم عدم البوح والإعلان عنها ، إلا أن المحاكم العراقية قد أخذت بما أخذ به القضاء المقارن وذلك في إحدى القضايا التي رفعت إلى المحاكم العراقية ، فحملت المحكمة المسؤولية على الطبيب الذي قام بالعمل الطبي ودون اخذ رضا المريض (٢٨).

ومن ذلك نجد أن رضا المريض وضرورة الحصول عليه من قبل الطبيب باستثناء حالات الاستعجال ، لم يستمد أساسه من النصوص التي اقرتها معظم التشريعات المقارنة فقط ، وإنما يتمثل أيضاً في الأساس الأخلاقي الذي تتسم به مهنة الطب ، على اعتبار أن الطبيب يتعامل مع كائن بشري له حقوق مقدسة على جسده ولابد من احترامها وحمايتها .

---

(٢٦) حكم محكمة النقض المصرية رقم (٤) لسنة ١٩٥٤ في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضا قد لجأ إلى أحد الاشخاص ممن يقومون بعلاج المرضى بالطرق البدائية ، بعد أن عجز من أخذ الأدوية والعلاج الكيميائي . وبعد أن كيا هذا الشخص مكان ما يعانيه المريض من ألم وبناء على طلبه ورضاه قد ساءت حالة المريض فرفع دعواه للقضاء مستنداً في ذلك إلى أن الشخص ليس من ذوي المهن الطبية . إلا أن المحكمة استندت في براءة المتهم إلى رضا المريض وطلبه للقيام بهذا العمل .
أشار أليه . محمد صبحي نجم : رضا المجنى عليه وأثره في المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٢٢٥ .
(٢٧) قرار محكمة جنايات الاسكندرية في القضية المرقمة ٢٣٤٠ بتاريخ ١٩٤١/٢/٢٥ قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا عرض زوجته على أحد الأطباء وعند عدم موافقتها ، هددها بالطلاق وبعد قيام الطبيب بأعطائها المخدر واجراء العلاج افهمت أن الطبيب أجهضها ، وقد جاء الحكم ، حيث ان الدكتور ..... أجرى الكشف على المجني عليها دون الحصول على رضاها أو على الأقل تحت تأثير أكراه زوجها بالطلاق وهو بهذا التصرف يعد خارجاً عن قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب بضرورة أخذ رضا المريض وأن يكون رضاه حراً دون أي أكراه .
أشار أليه :-
د. عبد السلام التونجي : المسؤولية المدنية الطبية في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي ، حلب ، ١٩٥٦ . د.حسن زكي الأبراشي : المصدر السابق ، ص٣١٧ .
(٢٨) قرار محكمة التمييز رقم ٨٧/٣٦٧ –٨٨ في ١٩٨٧/١١/٧ في قضية تتلخص وقائعها (أن المدعية (م) أدعت لدى محكمة بداءة الكرادة بأنها زوجة الدكتور (خ) والذي اتفق مع الدكتور (ع) على اجهاضها دون رضاها بحجة تناولها حبوب لسلامة الجنين والتي لا تؤثر على شكله ، وتخطيطا من زوجها الدكتور (خ) للتخلص من الجنين وايقاع الطلاق وطلبت الحكم لها بالتعويض ، إلا أن محكمة البداءة ردت الدعوى فنقضت محكمة التمييز هذا الرد وجاء في قرارها بالحكم بمسؤولية الأطباء (خ) ، (ع) لقيامهم بهذا العمل دون الحصول على موافقة المريضة .
أشار أليه :-
د.منذر الفضل : المصدر السابق ، ص٧٨ .

المبحث الثاني : ممن يصدر الرضا بالعمل الطبي

لكي يصدر الرضا من المريض ولكي يكون رضاه حراً دون تدخل أي شخص حتى من الطبيب نفسه فلابد أن يكون المريض كامل الأهلية ليكون رضاه صحيحاً غير معيب ، ولكي يحصل الطبيب على هذا الرضا لابد من تبصير المريض بحالته الصحية وما ستؤول أليه صحته بعد أجراء العلاج .

وإذا كان القول السابق يخص كامل الأهلية عارفا بخطورة العمل الطبي الذي يقدم عليه الطبيب ، فما هو حكم من كان فاقد الأهلية لصغر في سنه أو لعارض قد اصابه بعد بلوغه ، هل يمكن تصور صدور الرضا منه ؟ أو هل يجوز أبداء هذا الرضا نيابة عنه ؟ ولكي نجيب على هذه التساؤلات فأننا سنبحث هذا الموضوع في مطلبين ، يخصص الأول منهما لصدور الرضا من المريض وهو عندما يكون المريض كامل الاهلية ونبحث في ثانيهما صدور الرضا من الممثل القانوني وهو الذي يصدر من الشخص الذي ينوب عن المريض في حالات معينة .

المطلب الأول : صدور الرضا من المريض

الواقع أن رضا المريض بالعمل الطبي إنما هو في جوهره تعبير عن الإرادة ، وبما أن المريض هو إنسان حر فهو القادر وحده على الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي وبين المساس بسلامة جسمه ، وإذا كان المريض يعد في مواجهة الأطباء والجراحين شخصا غير قادر على تقدير الأمور تقديراً سليماً ، إلا أنه يظل الحكم الوحيد الذي يقدر ضرورة التضحية بسلامة جسمه . طالما أنه يملك حرية الاختيار ، فلا يستطيع الطبيب أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الطبية والجراحية ، وحتى لو صدر من المريض هذا الرضا إلا أنه لابد أن يكون صحيحاً غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة التي تجعل رضاه معيبا ، وغالبا ما يكون المريض جاهلا بالأصول الطبية والأساليب العلمية التي تساعده على التخلص من المرض ، فهو لا يستطيع تقدير الأمور التي تتعلق بصحته تقديراً سليما فلابد من تبصيره لكي يصدر رضاه متبصراً بحقيقة مرضه وعلاجه وهذا ما سنحاول بحثه في وجوب تبصير المريض ، وشروط صحة الرضا الصادر من المريض وذلك في فرعين متتابعين :-

الفرع الأول : وجوب تبصير المريض

صدور رضا المريض بالعمل الطبي لابد أن يكون من المريض ذاته ودون أي تدخل من قبل الطبيب لكي لا يكون رضاه معيباً ، فأن ذلك سيصبح واجباً على الطبيب أن يلتزم به ليتم صدور هذا القبول بحرية كاملة عن فهم وإدراك لحقيقة وضعه الصحي والعلاجي ، ويعد بنفس الوقت حقاً للمريض لكي يصدر رضاه عن فهم وأدراك لحقيقة وضعه الصحي ، وهذا ما يسمى (بحق التبصر) . والسؤال الذي يطرح نفسه ، هو هل يكون واجباً على الطبيب أن يفضي إلى المريض بكل المعلومات أوالبيانات، أم أن هذا الواجب يكون مقتصراً على نوع معين منها بما يخدم حالة المريض الصحية والنفسية ؟

وللأجابة على هذا السؤال لابد من معرفة أن تبصير المريض في مجال العمل الطبي قد اثار جدلاً فقهياً واسعاً ، ويمكن التمييز بين ثلاثة اتجاهات مختلفة بهذا الصدد "-

*الاتجاه الأول :- ضرورة الالتزام بتبصير المريض [٢٩]:-

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن على الطبيب التزاماً مهما وهو ضرورة تبصير المريض بطبيعة التدخل الجراحي ونوعه ومخاطر العلاج المقترح ، وأن أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المريض يعد من قبيل الخطأ الطبي المستوجب للمسؤولية . ذلك أن المريض لا يستطيع أن يقبل أو يرفض تحمل المخاطر الناجمة عن التدخل الجراحي إلا بعد تبصيره بحقيقة هذا التدخل ويقع على عاتق الطبيب الالتزام بتبصير المريض بالحقيقة حتى يصدر رضاؤه عن بينه وتبصير وعلم كامل بحقيقة الأمور ، وهذا الالتزام

---

(٢٩) د. محسن عبد الحميد ابراهيم : نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، مطبعة الجلاء ، المنصورة ، ١٩٩٣ ، ص١٨٥ .
د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث (دراسة تحليلية مقارنة) لمشروع نقل وزرع الأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص١٠٦ .

يستند إلى مبدأ حرمة جسم الإنسان واحترام حريته الشخصية ، فالمريض إنسان يتمتع بحرية الاختيار ، وله حق على جسمه . فلا يجوز للطبيب المساس بهذا الحق إلا بعد الحصول على رضائه المتبصر المستنير ، وهو وحده الذي يملك المفاضلة بين المزايا التي ستعود عليه من التدخل الجراحي والمساس بجسمه وبين المخاطر التي تترتب على ذلك (٣٠).

هذا بالإضافة ان علاقة الطبيب بالمريض تقوم على اساس من الثقة والتعاون المتبادل ، ولهذا يقع على الطبيب تبصير المريض ونوع العمل الجراحي ومخاطر العلاج المقترح ، وأن أي أخفاء أو كذب من قبل الطبيب في هذا الشأن يجعل رضاه معيباً (٣١).

*الاتجاه الثاني : عدم الالتزام بتبصير المريض :-

ذهب أنصار هذا الرأي ، إلى أنه وأن كان على الطبيب أن ينبه المريض إلى المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي ، إلا أن هذا الالتزام ليس مطلقاً ، لأن المريض غالبا ما يكون جاهلاً بالمسائل الطبية والإساليب العلمية التي أدت إلى هذا التدخل ، فهو لا يستطيع تقدير الأمور تقديراً سليماً فيما يتعلق بصحته وحياته .هذا فضلا على أن مصلحة المريض نفسه توجب على الطبيب عدم أعلامه بكل المخاطر التي يتعرض لها والتي من شأنها أن تسيء إلى حالة المريض النفسية وأن تؤثر على روحه المعنوية (٣٢).

فيجب على المريض أن يضع كل ثقته في طبيبه وأن يترك له حرية اختيار العلاج الذي يراه مناسباً لحالته الصحية دون ضرورة تلزم الطبيب بإطلاعه على نتائج هذا العلاج ، ولهذا يتعين أن يوضع المريض تحت وصاية الطبيب ، فهو وحده الذي يملك اتخاذ القرار الطبي أو الجراحي ، وهو وحده الذي يستطيع أن يفرض العلاج الذي يراه مناسباً لحالة المريض الصحية (٣٣).

*الاتجاه الثالث : الالتزام بتبصير المريض في حدود :-

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن على الطبيب واجب الالتزام بتبصير المريض إلا أنه يجوز للطبيب في الوقت نفسه أن يكذب على مريضه في حدود معينة وأن يخفي عنه حقيقة مرضه ، طالما أن ذلك في مصلحة المريض .

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه إذا كان يجوز للطبيب أن يخفي على المريض حول بعض البيانات أو المعلومات إلا أنه يجب أن لا يصل حداً يجعل من إرادة المريض في اختيار العلاج معيباً ، لذا ميز هذا الجانب بين الكذب المتشائم وهو الكذب الممنوع والكذب المتفائل وهو الكذب المسموح به ، فالكذب المتشائم هو الكذب الممنوع والذي ينطوي على اخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المريض وحمله على الاعتقاد بأن هناك علامات أو عواقب أكثر خطورة مما أظهرته الفحوص والتحاليل الطبية ، وهذا الكذب لا يوجد ما يبرره لأنه بالتأكيد في غير مصلحة المريض (٣٤).

أما الكذب المتفائل وهو المسموح به ، فهو قيام الطبيب باخفاء حقيقة المرض وعواقبه الوخيمة على المريض طالما أن ذكر الحقيقة لن يكون له إلا أثراً سلبياً على حالته النفسية ولن يفيد في علاجه ، وهذا يعني أنه يجب النظر إلى الهدف والوسيلة من

---

(٣٠) عبد الرحمن محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٢٩ . د. نزيه المهدي : الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالمعلومات ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص١٢ وما بعدها .

(٣١) د. محمود نجيب حسني : أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٢ ، ص٩٥ . د. منير رياض الخاني : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٨٧ .

(٣٢) د . حسن أبو النجا : مسؤولية الصيدلي المدنية عن تنفيذ التذكرة الطبية ، (طبيعة المسؤولية وحالاتها) ، مجلة المحامي ، جمعية المحامين الكويتية ، ١٩٨٩ ، ص٥٠ وما بعدها

(٣٣) د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٨٨ .

(٣٤) د. مصطفى العوجي : المسؤولية الجنائية ، القانون الجنائي العام ، الجزء الثاني ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٥ ، ص٤١٦-٤١٧ . د. عبد حومد : المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، ١٩٨١ ،ص١٩٤ .

وراء هذا الكذب ، فالكذب لا يكون خطأ إذا كان في مصلحة المريض ، فلا يعد الطبيب مخطئاً إذا قام بشفاء المريض عن طريق الكذب ، أما إذا ترتب على اصابة المريض بأضرار من وراء الكذب وتدهور حالته الصحية والنفسية ، فأن مسؤولية الطبيب قائمة حتى لو كان حسن النية ويقع على الطبيب أثبات أن الكذب وأخفاء الحقيقة على المريض هو الحل الأمثل لعلاجه وشفائه . وأن ما يبرر أيضا الكذب المتفائل ان المريض في كثير من الأحيان يجهل الفن الطبي وما يتطلبه علاج المريض من وسائل فنية تستخدم في تنفيذ العمل العلاجي وخاصة أذا كان جراحياً ، إضافة إلى وجوب مراعاة حالة المريض النفسية [٣٥].

ويعلل أصحاب الاتجاه رأيهم هذا بالقول أن الطبيب لا يستطيع ان يكشف للمريض جميع الأسباب الفنية للتشخيص والاخطار الاستثنائية الناجمة عن العلاج وكيفية تنفيذه ، لأن في الغالب لا يستطيع المريض فهم ما تدل عليه المصطلحات الطبية التي تكون غريبة عنه .

ولهذا لا بد أن يقوم الطبيب بإيضاح ذلك بصورة تقريبية تتفق مع ذهنية المريض وثقافته ، وهذا بطبيعة الحال يختلف عن قيام الطبيب بالحصول على رضا المريض عن طريق أعطائه معلومات تنطوي على الغش والكذب ، فالطبيب يكون مسؤولا إذا اعطى للمريض معلومات غير صحيحة ليتمكن من الحصول على الرضا ، لأن الطبيب عليه أن يفكر دائما بأن المريض هو كائن بشري ، وهو مصدر التضامن الاجتماعي والصحة الاجتماعية ، وأن عدم معرفة المريض بالتفاصيل لا يمنع من أن يخبر بجملة الأخطار التي يتضمنها العلاج [٣٦].

أما عن الحالة النفسية بوصفها إحدى الصعوبات التي تواجه الطبيب عند الحصول على رضا المريض ، فمن المعلوم أن المرضى يختلفون من حيث العمر والثقافة وإدراكهم للمخاطر . فمنهم من يحمل قدراً من الوعي والثقافة يستطيع من خلالها إدراك حقيقة مرضه ومنهم من يكون بخلاف ذلك عصبي المزاج لا يستطيع فهم ضرورة العلاج في أنقاذ حياته ، إضافة إلى ذلك فأن الخوف والذعر من مرضه ومن نتيجة العملية قد يترتب عليه الضرر بالمرض ولهذا " يجب على الطبيب أن يراعي حالة المريض النفسية ، فلا يشرح له من أخطار العملية ما قد يهبط بحالته النفسية ويجعلها أكثر استهدافاً لمضاعفاتها . ولا سيما إذا كانت العملية هي الأمل الوحيد في إنقاذ حياته ، فعلى الطبيب واجب إنساني يحتم عليه أن يدخل الثقة في نفس المريض ويمحو من ذهنه المخاوف التي ليس من شأنها إلا أن تزيد مخاوفه من الخضوع لمخاطر العلاج [٣٧].

وعلى القضاة أن يقدروا ظروف كل حالة على حده ليوازنوا بين حق المريض في ان لا يمس جسمه إلا برضاه وبين واجب الطبيب في أن يحافظ على حالته المعنوية ليساعده على مقاومة المرض [٣٨].

مما تقدم نلاحظ رغم الخلاف الفقهي في اهمية التزام الطبيب بتبصير المريض إلا أن الرأي الغالب منهم قد أكد على ضرورة تبصير المريض ولكن في حدود معقولة لكي يصدر رضاه حراً مستقلاً بظروف وضعه والصحي العلاجي .

أما التشريعات المقارنة فقد أكدت في نصوصها على ضرورة الحصول على رضا المريض بعد تبصيره ، ولكن دون أن تحتم على الطبيب استخدام المصطلحات الطبية أو الأمور الفنية العلاجية التي لا علم للمريض بها ، لكي يشارك المريض قيام الطبيب بإعطاء الخدمة الطبية على اتم وجه باعتبار أن هدفهما واحد هو القضاء على المرض والتخلص من المعاناة .

---

(٣٥) د. منصور مصطفى منصور : حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، العدد الثاني ، ١٩٨١ ، ص٢١ وما بعدها . -د.منذر الفضل : المصدر السابق ، ص٥٧ . د.محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٥١ .

(٣٦) د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٤٢ .

ولعل اختلاف العمليات الجراحية من حيث نوعها ومدى تأثيرها على حياة الشخص قد تجعل من الأهمية في بعضها أن يخبر الطبيب بالتفاصيل الدقيقة لهذا النوع من العمليات كعمليات التلقيح الصناعي فلا بد أن يبذل الطبيب ما بوسعه لأيصال المعلومة عن كيفية الجراحة الحاصلة والوسيلة المستخدمة ومدى نسبة نجاحها المحتملة ، وبعبارات واضحة .

أنظر في ذلك احمد شوقي عمر أبو خطوة : المصدر السابق ، ص١١٣ .

(٣٧) علي حسن نجيده : التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص٢٥ .

(٣٨) أواز سليمان دزه بي : الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص١٨٧ وما بعدها .

وقد أكد المشرع الفرنسي هذا النهج في قانون آداب المهنة حيث نصت المادة الخامسة والثلاثون في فقرتها الأولى منه على أنه " يجب على الطبيب أعلام المريض الذي يفحصه أو يعتني به أو ينصحه أعلاماً صادقاً ، واضحاً وأن يكون الفحص والعلاج المقترح للمريض ملائماً لحالته أو طوال مدة المرض يجب على الطبيب أن يراعي شخصية المريض في تفسيراته وفي فهمه (١).

أما التشريع المصري فلم يختلف عن ما جاء في التشريع الفرنسي بضرورة الحصول على رضا المريض وتبصيره بحالته إلا في حالة الأمراض الخطرة كالإيدز وما شابه ، فلا يقوم بأعلام المريض لاستقرار حالة المريض الصحية والنفسية التي قد تساعد على علاجه وهذا ما شار أليه قانون أخلاقيات المهنة المصري حول ضرورة الحصول على رضا المريض وتبصيره بحقيقة ما يحيط به من ظروف (٢).

واشار المشرع الأردني في القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ والخاص بنقل الأعضاء البشرية وزرعها إلى ضرورة أطلاع المتبرع عن كل الظروف المتعلقة بالعملية ونتائجها والحصول على موافقة المتبرع على ضوء علمه بهذه الظروف وإدراكه الكامل لمخاطرها .

وفي سوريا أكد القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ والخاص بنقل وغرس أعضاء جسم الإنسان إلى ضرورة تبصير المتبرع تبصيراً كاملا بجميع المخاطر الجراحية المترتبة عن عملية الاستئصال الحالية والمستقبلية على أن يكون واع مدرك للنتائج التي تحصل نتيجة هذه العملية (٤١).

أما في العراق فقد تطرقت تعليمات السلوك المهني في العراق لهذا الموضوع تحت عنوان " حق المريض في معرفة حقيقة مرضه " فنصت على أن " للمريض الحق في معرفة حقيقة مرضه وهو الأساس في احلال التعاون بين الطبيب ومريضه " يستثنى (٣). المرض المميت الذي يتجنب فيه الطبيب اخبار مريضه فيلجأ إلى اخبار أقرب المقربين اليه والمسؤولين عنه إلا إذا لم يتوفر هؤلاء وكان المريض في حالة نفسية وعقلية سليمة فيحتم الواجب اخباره مع الاحتياطات المناسبة التي يقتضيها الموقف والظروف إذ لابد للمريض من معرفة الحقيقة لكي يتسنى له تصفية شؤونه وعلاقاته الحياتية (٤٢).

أما في مجال القضاء فقد كتب الاستاذ Malherbe وهو من الفقه الفرنسي ما يجعلنا على بينه من موقف القضاء الفرنسي بشكل واف حيث يقول " لقد اتجه القضاء إلى أنه على الطبيب أن يبين للمريض منافع العلاج أو التداخل الطبي ومضارهما وأخطارهما دون أن يركز على الأخطاء الاستثنائية ، فيكفي أن يعطي للمريض فكره معقولة عن حالته وما تقتضيه من علاج بحيث تسمح للمريض ان يحكم على الموضوع حكماً معقولاً " (٤٣).

وبهذا قد قضت محكمة النقض الفرنسية " بأنه يجوز لقضاة الموضوع أن يستنتجوا خطأ الطبيب من عدم تنفيذه لألتزامه المهني الذي يتضمن بصورة عامة اخبار المريض عن النتائج الخطيرة للعملية وأن يحصل على قبوله بكل وضوح " (٤٤).

---

(١) ولمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر :-
RICOEUR P . , les trois niveaux du sugement medical Revue Es . Prit , december ١٩٩٦ , P:٢١ .

(٢) نقلا عن :-
د. عمر فاروق الفحل : زراعة الأعضاء والقانون ، بحث منشور في مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين ، سوريا ، السنة(٥٣) ، العدد(٧ ، ٨ ، ٩) ، ص٦٢٤ .

(٣) أنظر هذه القوانين ، جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص٥٢ .

(٤٢) تعليمات السلوك المهني : المصدر السابق ، ص١٥ .

(٤٣) أشار أليه : عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان : مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة) نظرية وعلمية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦، ص٣٤٨ .

(٤٤) قرار رقم ٦٥٨ في ٢٧/اكتوبر/١٩٥٣ في قضية تتلخص وقائعها بأن أحد المرضى ذهب إلى طبيب للعلاج في يده وبعد الكشف والمعاينة وجد الطبيب أن المريض يحتاج لعملية استئصال ورم خبيث من شأنها أن تحدث عاهة مستديمة للمريض ، ولكن صورت العملية للمريض من قبل الطبيب بأنها بسيطة ودون حدوث أي اضطرابات وظيفية ، ومع هذا نتج عنها فقدان كامل لاستعمال يده ، وأخذت المحكمة على الطبيب أن تدخله لم يكن ضروريا ولا مستعجلا ، وأن المريض لو أخبر بالحقيقة وأخذ رأيه

كذلك وضع القضاء الفرنسي ما يجب توافره من شروط في رضا المريض إذ جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦١ مفاده " أن المريض الذي يخبر الجراح بضرورة أجراء جراحة له في الجيوب الانفية يكون قد احاطه بقدر كاف من العلم بحالته حتى لو أجريت له العملية الجراحية التي كانت تستلزمها حالته في جبهته متى ثبت بأن الجراح قد اظهر المريض بخطورة حالته والنتائج الاحتمالية للجراحة حتى ولو اخفي عن المريض موضع الجراحة الحقيقية بقصد التهوين عليه وعدم أزعاجه" (٤٥).

وفي قضية أخرى والتي بموجبها يمكن اعفاء الطبيب من المسؤولية فقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر عام ١٩٥٤ أن خطأ الطبيب قد ترتب عليه رضا المريض بعلاج الكهرباء وأن هذا العلاج نتجت عنه اضرار ، ولذلك فأن الرابطة السببية قائمة بين خطأ الطبيب ، والضرر الذي أصاب المريض (٤٦).

ومن التطبيقات القضائية في القضاء العربي المقارن ما جاء في أحد احكام القضاء اللبناني والذي بموجبه طلب المريض الحكم به بالتعويض على أحد الأطباء لعدم تبصيره بالمعلومات الكافية عن العملية الجراحية المزمع أجراؤها ، ذلك لأن الطبيب قام بتضليله عن طريق تزويده بمعلومات ليست ذات أهمية بالنسبة لما يعانيه وما تتطلب حالته من علاج جراحي (٤٧).

أما في العراق فقد أخذ بما جاء به القضاء المقارن بالمسؤولية عند عدم تبصير المريض بحالته الصحية وما ستؤول أليه بعد أجراء العمل الجراحي وما يرافقه من مخاطر ونتائج محتملة ، وذلك بالحكم على إحدى الطبيبات بتحمل كامل المسؤولية عن

بوضوح لكان قادر على فهم الحقيقة ويستطيع أن يختار أجراء العملية او عدم اجرائها . إضافة إلى ان مكان ما يشكو منه هو ما بين الخنصر والبنصر وليس كل ذراعه ، وبذلك وجدت المحكمة الطبيب مسؤولا وهو ملزم بتعويض الضرر .

أشار أليه :-

عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان : مصدر سابق ، ص٣٤٩ .

(٤٥) وصفي أبو الذهب : تعليقات على الاحكام الاجنبية ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ، السنة السابعة ، العدد ٢ ، ١٩٦٣ ، ص٦٢ .

(٤٦) قد جاء الحكم في قضية تتلخص وقائعها بأن أحد الجراحين اخفى على أحد مرضاه حقيقة كونه مصاب بالسرطان وذكر له بأن التحليلات كانت نتائجها إيجابية والحقيقة خلاف ذلك .

وقد ترتب على ذلك حدوث مضاعفات خطيرة للمريض اقتضت أجراء عملية جراحية له فاقرت المحكمة مسؤولية الطبيب عن تعويض هذه الأضرار رغم ان الطبيب قد دفع بانقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

منشور في مجلة أدارة قضايا الحكومة ، تصدر عن إدارة قضايا الحكومة لنشر البحوث القانونية والاحكام والوثائق ، العدد الأول ، ١٩٥٨ ، ص٩٥٥ .

(٤٧) حكم محكمة بيروت رقم (١١٩) بتاريخ ١٩٩٤/٣/٢٢ في قضية تتلخص وقائعها " بأنه أدخل أحد الشباب المهجرين والبالغ من العمر الثالثة والعشرين من عمره لغرض العلاج ، وأثناء ذلك تقدم منه أحد الأطباء العاملين بالمستشفى ، واستفسر منه عما إذا كان يقبل العلاج الجراحي لما يعانيه من ألم وبما أن المريض كان يعاني العوز والفقر فاقترح عليه الطبيب ببيع أحدى كليتيه لتمام علاجه بالمبلغ الذي يحصل عليه وأن العملية لا تنم عنها أي مخاطر مستقبلية . وبعد أجراء العملية . تعرض الشاب لمضاعفات مرضية ونفسيه ابعدته حتى عن عائلته والمجتمع الذي يعيش فيه لما يعانيه من ألم . فتقدم إلى المحكمة= =مدعيا أنه ولعدم تبصيره بحقيقة مرضه وجهله لما ستؤول أليه حالته بعد أجراء العملية الجراحية وأخفاء الطبيب المعلومات المهمة عن ما ستؤول أليه حالته الصحية ، إضافة ذلك أنه قد تقاضى مبلغ زهيد جداً لا يتناسب مع ما فقده من جسده فحكمت المحكمة بمسؤولية الطبيب القائم بالعمل وتعويض الضرر

أشار أليه :-

-سميرة عايد الديات : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، رسالة دكتوراه ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٩٦ .

الضرر الذي أصاب إحدى المريضات نتيجة خطأ الطبيبة بعدم تبصير المريضة وأعلامها بحقيقة العملية الجراحية وتوافر العلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر المؤكد (٤٨).

نستخلص من ذلك أن التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض على اساس أن المريض إنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه ، وكل اعتداء على حرية المريض وحقوقه يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب متى كان في استطاعته أن يحصل على رضاه ، فلا شك أن تدخل الطبيب دون الحصول على رضا المريض المبدئي بالعلاج أو الجراحةدون ضرورة تستوجب الاستثناء ، تحمل الطبيب تبعة المخاطر التي قد ترافق العلاج حتى وأن لم يرتكب أي خطأ . يستوجب المسؤولية لذا يتحمل الطبيب تبعة جميع الاضرار المترتبة على هذا العمل ، حتى لو لم يخطأ الطبيب في العلاج نفسه ، وذلك لعدم حصوله على رضا المريض ذلك أن هذه المسؤولية مستقلة تماماً عن المسؤولية التي تنشا بسبب خطأ المريض ، إضافة إلى ذلك وكما أشرنا سلفا أن هذا الرضا لكي يصدر من المريض رضا صحيحاً غير معيب وصادر عن أدراك ووعي فلابد أن يجري تبصير المريض وأعلامه بالحقائق المتعلقة بمرضه وعلاجه ليستطيع المريض عمل الموازنة بين المخاطر المحتملة والفائدة المتحققة ليقرر بعدها قبوله أو رفضه للعلاج على اساس من الوعي والإدراك ودون التعرض لأي ضغط أيا كان نوعه .

ولكن ما هو حكم من كان قاصراً فهل يعتد برضائه ؟ وما هو حال من كان فاقد الأهلية لعارض قد أصابه بعد بلوغه كحالة الغيبوبة فهل يعتد برضا هؤلاء أم برضا من يمثلهم قانوناً ، وهل يستطيع من يمثل المريض أعطاء هذا الرضا نيابة عنه ؟ وهذا ما سنحاول بحثه من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث .

الفرع الثاني : شروط صحة الرضا الصادر من المريض

على الطبيب بحسب الأصل عدم القيام بعلاج المريض أو المساس بجسمه دون الحصول على رضاه سلفا ، إذ لكل إنسان حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه ، ولكي يصدر هذا الرضا صحيحاً لابد أن يكون وكما بينا ذلك مبنيا على العلم والتبصير بطبيعة ونوعية ومخاطر العلاج والنتائج المحتملة للعمل الطبي الذي ينصرف أليه رضاه لتنشأ العلاقة بين الطبيب والمريض على اساس من الثقة والتوازن بدل الخضوع والاستسلام ، أضافة لذلك لابد أن يصدر هذا الرضا دون أن تصاب أرادة المريض بأي عيب من عيوب الرادة كالإكراه ، الغلط ، التغرير مع الغبن ، والاستغلال) .

فالإكراه هو أحد العيوب التي تجعل المريض مجبراً على الخضوع لإرادة الطبيب . ذلك لأن حرية المريض في اختيار العلاج يجب أن يتضمن أمرين الأول هو : العلم التام بالظروف التي تحيط بالمريض من حيث المرض ومن حيث العلاج لكي يتمكن من الاختيار بترويه وتعقل ، أما الأمر الثاني هو عدم شعور المريض بأنه مجبر بشكل غير مشروع على قبول العلاج ، حيث لا يوجد أي شيء يتدخل بحريته ، أي أن يكون حراً في أبداء رضاه لتلقي العلاج والخضوع له ، وأيا كانت الدوافع التي تجعل الطبيب يجبر المريض للاستسلام لإرادته سواء كانت إنسانية أو تحقيق الشهرة أو التقدم العلمي ، فأن هذا يعيب الرضا ويجعل عمل الطبيب موقوفا على إرادة المريض (٤٩).

---

(٤٨) حكم محكمة بداءة الديوانية رقم (٥٠٥/ب) بتاريخ ٢٠٠٢/٣/٦ والمصدق عليه من قبل محكمة التمييز بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٥ (غير منشور) في قضية تتلخص وقائعها أن أحدى المريضات قد دخلت مستشفى الولادة في الديوانية ، وقد أجريت لها أحدى الطبيبات عملية الولادة القيصرية ونتيجة التقصير في الاجراءات العلاجية أدى إلى حدوث نزيف رحمي شديد بعد الولادة مباشرة مما أدى إلى أجراء العملية الجراحية ثانية واستئصال الرحم والمبايض دون أعلام المريضة أو ذويها بحالتها الصحية وما قامت به من عملية استئصال رحمي التي تسبب الشيخوخة المبكرة إضافة إلى حرمان المريضة من فرص الأنجاب ثانية خاصة وهي في مقتبل العمر .
فقضت المحكمة بمسؤولية الطبيب وتعويض المريض عن الضرر الحاصل خاصة بعد ترشيح لجنة طبية للتأكد من أن العمل الجراحي بالاستئصال كان غير مستعجل وغير ضروري في الوقت الحاضر ودون الحصول على رضا المريضه أو ذويها بأجراء العملية .

(٤٩) د. أبراهيم الصياد : حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ١٩٨١ ، ص٣١ .
أنظر كذلك :

ولعل هذا الأمر نجده بارزاً في العلاج الجراحي كعمليات زرع الأعضاء البشرية والذي ينطوي على المجازفة والخطورة . أو يلاحظ أيضاً في حقل التجارب الطبية التي يهدف الطبيب من ورائها إلى تحقيق الشهرة والتقدم العلمي ، وللتأكد من أن إرادة المريض سليمة وغير معيبة فأن بعض التشريعات تنص على ضرورة أن يكون من يقدم على التبرع بإعضائه في وضع نفسي واعٍ وحالة عقلية سليمة [٥٠].

ومن قبيل هذا الإكراه الضعف الاقتصادي الذي يجبر بعض المرضى على الاستمرار في البقاء كنزلاء في بعض المستشفيات الجامعية [٥١]. ليتمكن طلاب الطب من اقامة بعض الدراسات عليهم مقابل نفع مادي .

وما يعيب الرضا أيضا هو الغلط [٥٢] . ولعل هذا العيب نادراً ما نجده في العمل الطبي وخاصة العمليات الجراحية فليس له أن يدعي أنه كان واقعا تحت تأثير الاعتقاد الخاطئ بخصوص طبيعة العملية الجراحية أو المخاطر المحتملة لهذه العملية خاصة بعد التأكيد على التزام الطبيب بإطلاع وتبصير المريض بالمعلومات والبيانات قدر المستطاع ليكون المريض على علم بحقيقة مرضه وطريقة العلاج .

- د. عبد المجيد الحكيم : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٣١٥ .
- لقد عرفت المادة (١١٢/ف أ) من القانون المدني العراقي بأن " الإكراه هو أجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه " .

(٥٠) لقد أشارت إلى ذلك الفقرة (الأولى) من المادة (الأولى) من المرسوم الفرنسي رقم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨ بقولها " أن يكون المعطي في حالة نفسية وعقلية تتيح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة . أشار أليه د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٤١ . كما أشارت لذلك الفقرة (٣) من التعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٩ الصادرة بموجب المادة (٦) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ . نشرت التعليمات في جريدة الوقائع العراقية ، العدد (٣٢٤١) في ١٩٨٩/١٣٨٢ .

(٥١) وهو أن تخصص بعض أقسام المستشفيات للدراسة من قبل طلاب كليات الطب وبذلك يخضع مرضى هذه الأقسام للبحوث الطبية ، والإطلاع على حالتهم المرضية وفي العراق تخصص المستشفيات الحكومية قسما خاصا للدراسة من قبل طلاب كلية الطب لأجراء الفحوصات الدورية على المرضى بقصد البحث العلمي .

- أنظر في ذلك : مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٧٥ .

(٥٢) قد أشار القانون المدني العراقي إلى الغلط وذلك في نص المادة (١١٨) والتي نصت في فقراتها إلى الاحوال التي يكون فيها الغلط جوهرياً وهي :-

١- إذا وقع الغلط في صفة للشيء وتكون هذه الصفة جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية .

٢- إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

٣- إذا وقع الغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط أن يعتبرها عناصر ضرورية المتعاقد .

كذلك نص المادة (١١٩) من القانون ذاته على أنه(لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده) .

وقد عرف الدكتور السنهوري الغلط بأنه " حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع " .

أنظر مؤلفه : الوسيط ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، فقرة (١٦٢) ، ص٢٨٩ .

إلا أنه في بعض الإحيان قد يقع المريض في غلط ناشئ من مراجعة أحد الأطباء الذي تم اختياره لتشابه في الأسماء والاختصاص ، وهذا يحصل في كثير من الاحيان إذا كان غرض المريض من الذهاب إلى أحد الأطباء هو لغرض العلاج البسيط وليس للغرض الجراحي [٥٣].

أو قد يقع المريض تحت طرق احتيالية توقعه في غلط يدفعه إلى التعاقد فقد يلجأ الطبيب إلى استعمال هذه الطرق للحصول على رضا المريض ، كما لو بين له تفاهة العلاج خاصة إذا كان ينطوي على عمل جراحي وأن بالإمكان تجاوز هذه المرحلة مع ما تتضمنه من خطورة واضحة ، وهذا العيب الذي يجعل إرادة المريض معيبة هو ما يدعى بالتغرير [٥٤]. كما لو أخفى الطبيب البيانات المهمة والضرورية على المريض فيما يخص حقيقة مرضه أو علاجه .

وقد تستغل حاجة المريض للنفع المادي أو طيشه أو ضعف وعدم ادراك أحد المرضى للعمل الطبي وما يعانيه من مرض لتحقيق غاية أخرى غير ما يتصور المريض تحقيقها كما لو استغل الطبيب الهوى الجامح لدى فنانه لأجراء عملية تجميلية لأخفاء بعض العيوب الخلقية تشوه مظهرها فيشترط عليها أجوراً باهظة لا تتناسب مع ما بذله من جهد ، او أن يستغل الطبيب حاجة المريض للعلاج فيضع المريض نفسه مستسلما لإرادة الطبيب دون علمه بنوع العمل العلاجي والجراحي الذي من الممكن أن يقوم به وهذا العيب هو الاستغلال

المطلب الثاني : صدور الرضا من الممثل القانوني

أن فقدان الأهلية من وجهة النظر القانونية يشمل طائفتين من الأشخاص ، وهم القصر بسبب صغر السن ، والراشدون الذي فقدوا أهليتهم بسبب عارض قد أصابهم بعد بلوغهم .

فكيف يمكن لهؤلاء بسبب أنعدام اهليتهم أو نقصانها أن يعبروا عن رضاهم في قبول العلاج أو التدخل الجراحي الذي قد يفرضه الطبيب ، ولاشك أن دور من يمثل هؤلاء قانوناً يظهر بشكل واضح للتعبير عن الرضا في الحدود التي نصت عليها التشريعات إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا – ما المقصود بالممثل القانوني وكيف عبرت عنه التشريعات الخاصة ، لكي يعتد برضاه بدلا عن رضا عديم الأهلية ؟

لقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد الممثل القانوني الذي ينوب عن الصغير أو فاقد الاهلية بحسب ما كان يتفق مع المبادئ التي تحدد طبيعة التصرف القانوني المراد الإنابة فيه .

وفيما يخص موضوعنا وهو الرضا الصادر من المريض ، نلاحظ أن هذا الاختلاف بدأ واضحا لتعلق هذا التصرف بسلامة جسد وحياة المريض .

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي والخاص بنقل وزرع الأعضاء البشرية رقم (١١٨١) لسنة (١٩٧١) والمؤكد بالمرسوم رقم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨ ، نجد أنه قد اشترط موافقة الممثل القانوني في حالتي الصغر وفقدان الأهلية إلا أنه جاء على لفظ الممثل القانوني بشكل مطلق دون تحديد معين .

---

(٥٣) سهير منتصر : المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية ، دار النهضة العربية ، بدون مكان طبع ، ١٩٩٠ ، ص٣٥ .

(٥٤) لا يعتبر المشرع العراقي في القانون المدني ، التغرير سببا من اسباب توقف العقد إلا إذا اجتمع معه الغبن الفاحش وهذا ما جاء في نص المادة (١/١٢١) ، (١٢٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت المادة (١/١٢١) على " إذا غرر أحد المتعاقدين بالأخر وتحقق أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على أجازة العاقد المغبون فإذا مات من غرر بغبن فاحش تنتقل دعوى التغرير لوارثه " والمادة (١٢٢) " إذا صدر التغرير من غير المتعاقدين فلا يتوقف العقد إلا إذا ثبت للعاقد المغبون أن العاقد الأخر كان يعلم أو كان من السهل عليه أن يعلم بهذا التغرير وقت أبرام العقد .

إلا أن الفقرة الثالثة من المادة السابعة والثلاثين من قانون آداب المهنة الفرنسي قد حصر لفظ الممثل القانوني بأهل المريض دون أشارة إلى درجة قرابة أخرى [٥٥].

أما التشريعات العربية المقارنة فقد اختلفت أيضا في تحديد الممثل القانوني في مثل هذه الحالات ومنها القانون المصري الذي أشترط في القانون الخاص بنقل العيون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم (١٣٧) لسنة ١٩٥٨ الخاص بالمهن الطبية والمعدل بالقانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٩ وكذلك القانون الخاص بمكافحة الأمراض الزهرية رقم (١٥٨) لسنة ١٩٥٠ قد جاءت هذه القوانين على أشتراط موافقة الولي او المؤسسة التي يعمل فيها المريض في مثل هذه الحالات [٥٦].

أما القانون السوري الخاص بنقل وغرس أعضاء جسم الإنسان رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ ف (٤/ب) من المادة (٢) فقد اشترطت موافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي .

أما التشريع العراقي فقد جاء أشتراطه موافقة الولي في العمل الجراحي والخاص بنقل الأعضاء البشرية وزرعها رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ [٥٧].

ولكن من هو الولي الذي يحق له أبداء رضاه نيابة عن المريض ؟

بالرجوع إلى القانون المدني العراقي والذي أشار إلى الولي في نص المادة (١٠٢) منه وهو " ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة " .

في حين أشار قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ في المادة (٢٧) على أن " ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة " .

والعبرة بالنص الوارد في قانون رعاية القاصرين باعتبار أنه قانون خاص بالنسبة إلى القانون المدني وعلى أساس أن قانون رعاية القاصرين قد صدر عام ١٩٨٠ أي بعد صدور القانون المدني العراقي الذي صدر عام ١٩٥١ ، لذلك قانون رعاية القاصرين هو المعول عليه في تحديد ولي الصغير .

ولكن هل هي الولاية على النفس أم الولاية على المال التي يدخل ضمن نطاقها العمل الطبي ؟

للأجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة ما هو المقصود بالولاية على المال . وما هو المقصود بالولاية على النفس .

أولا : الولاية على المال

وتخص هذه الولاية التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية كالصغير ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه [٥٨] .

وهذا يعني ان نطاق هذه الولاية هو كل ما يتعلق بمال الصغير حتى المال الذي أل أليه بطريق التبرع إلا إذا أشترط المتبرع غير ذلك .

فإذا أشترط عدم شمول الولاية لهذا المال المتبرع فأن الولاية لا تشمله ذلك أن للمتبرع ان يشترط ذلك . كما له أن يضع الشروط من حيث كيفية أدائه المال المتبرع به أو التصرف فيه وهذه الشروط مرعية ما دام المتبرع على قيد الحياة [٥٩].

---

(٥٥) أشار لهذه القوانين د. منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، الطبعة الأولى ، بغداد ،١٩٩٠ . سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٠٥ .
(٥٦) أشار أليه ، جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص١٣٥ .
(٥٧) قانون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ والخاص بترقيع قرنيات العيون .
(٥٨) أحمد المصري : الأحوال الشخصية ، القاهرة ، مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٩٦٨ ، ص٧٥ .
-محسن ناجي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ص١٠٥ .
(٥٩) محمد كامل حمدي : الولاية على المال ، الجزء الأول ، الاحكام الموضوعية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٥٤٤-٥٤٥ .

ثانيا : الولاية على النفس

هي سلطة قانونية لشخص على أخر بمقتضاه يقوم الولي بالأشراف على مصالح المولى عليه ، فيما يخص نفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه ويدخل في نطاقها ولايات ثلاث هي :-

١- ولاية الحفظ والرعاية وتسمى بالحضانة .
٢- ولاية التربية والتأديب والتهذيب .
٣- ولاية التزويج (٦٠).

والإنسان منذ ولادته يكون تحت أشراف الولي والحاضنة يتعاونان في المحافظة على جسمه ودفع الأذى عنه وإذا تخطى الصغير مرحلة الحضانة اصبح تحت رقابة الولي مباشرة ورعايته وأشرافه وهنا يجب على الولي أن ينهض بأعباء جديدة تتناسب مع سن المولى عليه يتمثل بملازمة أكثر ومراقبة أشد للمولى عليه حتى يتخطى مراحل من عمره تعد في بعض خطره (٦١).

ولو نظرنا إلى نطاق الولاية على النفس نلاحظ أنها لم تكن مقصورة على هذه الولايات الثلاث وإنما ادخلتها ضمن نطاقها ، ولم تتحدد بها وهذا يعني أن مجال نطاقها واسعاً . فكل ما يتعلق بالصغير من الولادة حتى بلوغه وتزويجه ، فعند خضوع الصغير للعلاج أولى بهذه الولاية على اساس تعلقها بحياته وسلامة جسده ، وتعرض الصغير للخطر من خلال ما يعانيه من مرض أجدر بالرعاية وأساس ديمومة مصالحه الأخرى فيدخل علاج الصغير والولاية عنه بإصدار القبول والرضا بالعلاج نجده يدخل ضمن نطاق الولاية على النفس .

أما تعليمات السلوك المهني قد اشارت إلى الحالات التي يمكن للولي أبداء قبوله عن المريض وذلك في حالتي فقدان الوعي أو إذا كان المريض غير بالغ ، فقد نصت " ويكون الطبيب مسؤولاً ..... عن عدم الحصول على موافقة المريض في المدخلات الجراحية وعن عدم أيضاح مخاطر العملية يستثنى من ذلك إذا كان المريض في حالة فقدان الوعي أو غير راشد وفي حالة ينوب الأهل لأعطاء الموافقة في حالة وجودهم " (٦٢).

نلاحظ مما تقدم من عرض لبعض النصوص أنها لم تحدد المقصود بالممثل القانوني وأن كان الراجح فيها قد أشارت إلى الولي وعندها لا مناص من اللجوء إلى القواعد العامة في هذا الخصوص لمعرفة الولي كما بينا في الولاية على النفس ولهذا لا نرى أمكانية أن يعبر الوكيل نيابة عن موكله في أبداء الرضا وأن كنا نرى إمكانية ان يعبر الوصي أو القيم عن هذا الرضا في الحدود التي تحقق مصلحة القاصر ، ولهذا فأن ما جاء به قانون آداب المهنة الفرنسي في مادته السابعة والثلاثين . والقانون السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ ، حين أشترطا موافقة الوالدين كلاهما أو أحدهما للنيابة عن المريض ، كان أفضل ما جاءت به التشريعات المقارنة من تحديد معنى للممثل القانوني على اساس أن الوالدين هما الأقدر على تقدير مصلحة المريض عند تقرير أجراء العمل الجراحي أو عدم أجرائه وفق ما تتطلبه حالته الصحية والنفسية تباعاً ، وهو ما ندعوا المشرع العراقي إلى تبنيه والنص عليه بعد توحيد النصوص القانونية الخاصة بالعمل الطبي وخاصة الجراحي لما له مساس مباشر متعلق بمصلحة الفرد والعائلة ، وبعد هذه المقدمة لتحديد المقصود بالممثل القانوني نقول أن فقدان الأهلية أما يعود إلى سبب الصغر أو لعارض بعد البلوغ وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتين :-

الفرع الأول : فقدان الأهلية بسبب الصغر

---

(٦٠) صالح جمعة حسن الجبوري : الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون ،(بحث مقارن)، الطبعة الأولى ، بيروت ، ١٩٧٦ ، ص٩ .

(٦١) ساهرة حسين كاظم : التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص١٣ . د. أحمد ابراهيم : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، تصدر عن جامعة الأزهر ، المجلد العشرون ، مطبعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص٨٥ . د. جابر محجوب علي : الرضا عن الغير في مجال الاعمال الطبية ، (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٣٦ .

(٦٢) تعليمات السلوك المهني : المصدر السابق ، ص٣ .

أن الإنسان منذ الولادة وحتى وفاته يمر بأدوار طبيعية ثلاثة ، وهي دور عديم التميز ، ودور التميز ، ودور البلوغ وكمال الأهلية . ولعل الدور الثالث من حياة الإنسان وهو دور البلوغ وكمال الأهلية لا يثير أي شك في جميع تصرفاته صحيحة نافذة إذا لم يصيب باي عارض من عوارض الأهلية ، وهذا ما لا نجده في الدور الأول والثاني وهو ما يتعلق بموضوع بحثنا ، فالدور الأول وهو الذي يكون فيها الشخص عديم الإدراك والتميز ، ويبدأ هذا الدور منذ الولادة وحتى السابعة من العمر ، فيكون فاقداً للتميز ومن ثم تكون تصرفاته باطلة لأنه عديم الأهلية ، فلا تنعقد أجازته ولا بيعه وهكذا سائر عقوده وتصرفاته وأن أذن وليه بذلك [٦٣].

أما الدور الثاني ، وهو الذي يمتد من بلوغه سن التميز وحتى بلوغه سن الرشد ، وهذا لا يعني أن تمييزه كامل وإنما يقصد به قد توفرت له بعض أسباب التمييز ، فهو ما زال ناقص العقل ولذلك يكون ناقص الأهلية ، فتصرفاته صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفه على أجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو أجارة القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

وفي هذه المرحلة قد يكون الصغير ماذوناً لأجراء بعض التصرفات المالية إذا أكمل الخامسة عشر من العمر وحصل على أذن من المحكمة بالتصرف بجزء من ماله تجربة له [٦٤].

ولقد ظهرت في العمل الطبي ثلاثة اتجاهات للاعتداد برضا القاصر أو رضا وليه أو ممثله القانوني وكانت بين مؤيد ومعارض ومن حاول التوفيق بين هذين الاتجاهين ، وسنبحث هذه الاتجاهات في الفقرات الآتية :-

أولا : الاتجاه الأول :- الاعتداد بالرضا الصادر من القاصر

ويرى اصحاب هذا الاتجاه ضرورة الحصول على الرضا من القاصر سواء كان العمل الطبي علاجاً بسيطاً او جراحياً وقد يبرز هذا الاتجاه بشكل خاص في عمليات زرع الأعضاء البشرية .

وقد علل أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بالحالة النفسية للقاصر التي قد يتعرض لها فيما لو لم يتمكن من التبرع باحد أعضاء جسده خاصة إذا كان الاستئصال لصالح أحد افراد عائلته كأحد أشقائه ، فقد يتعرض القاصر إلى حدوث صدمة نفسية وعصبية فيما لو فشل الأطباء ، في أنقاذ حياة شقيقه من الموت وبعد علمه أن كان السبيل الوحيد لأنقاذ حياته [٦٥].

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه ولكن بقيود ، التشريع الفرنسي في القرار رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦ والخاص بعمليات زرع الأعضاء البشرية والمؤكد بالمرسوم (٥٠١) لسنة ١٩٧٨ فقد أشار إلى الاعتداد برضا القاصر ولكن بشروط محددة وهي :-

أولا : يشترط رضا القاصر أن يكون مقصوراً على معالجة أحد أفراد عائلته كأحد أشقائه .

---

(٦٣) نص المادة (٩٦/د) من القانون المدني العراقي والذي أشار للصغير غير المميز من خلال هذه المادة . " تصرفات الصغير غير المميز باطلة وأن إذن له وليه " وهذا يعني لابد أن يتولى إدارة شؤونه وتصرفاته وليه أو وصيه في الحدود التي رسمها القانون .

(٦٤) المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى الصغير المأذون " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربةً له ويكون الأذن مطلقا أو مقيدا " .

كما نصت المادة (٩٩) من القانون ذاته " للصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الأذن بمنزلة البالغ سن الرشد " .

يضاف إلى ذلك المادة (٣ /ف١) من قانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ ، حين أشار إلى القاصر المتزوج هو من أكمل الخامسة عشر من عمره وكان متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه وتزوج بأذن المحكمة فيكون كاملا الأهلية .

(٦٥) د. منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، مصدر سابق ، ص١٠٤ .د. محمد نعيم ياسين : حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية ، مجلة الحقوق الكويتية ، نقابة المحامين الكويتية ، السنة ١٢ ، العدد ٣ ، ١٩٨٨ ، ص٢٥ . الأبراشي : المصدر السابق ، ص٣١٠ .

ثانياً : أن يتم أقرار رضا القاصر عن طريق لجنة مشكلة من فريق طبي خبير ، وتكون مهمة اللجنة الاستماع إلى أقوال القاصر للتأكد من إدراكه للعملية ومخاطرها وفحص النتائج المحتملة عن عملية الاستئصال من الناحية النفسية .

ثالثاً : في حالة رفض القاصر القيام بهذا التبرع فلابد من احترام رأيه (٦٦).

ومن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أشترط أن يكون التبرع لغرض العلاج ، وأن يكون التبرع لأحد أشقاء القاصر أو أحدى شقيقاته ، وفي جميع الأحوال يجب أن تستحصل موافقة اللجنة الطبية المشكلة (١). التأكد من قبول القاصر وإدراكه لمخاطر العملية .

وقد جاء هذا الاتجاه تطبيق له في بعض أحكام المحاكم الأمريكية إذ قضت محكمة ولاية تكساس في قضية عرضت أمامه تتعلق بتبرع قاصر بأحد أعضائه ، إذ جاء في هذا القرار " أن القاصر الذي يبلغ سن الرابعة عشر يحق له التبرع ، على أن يكون التبرع إلى أحد أشقائه تجنبا لما قد يعانيه القاصر من أثار نفسية ومستقبلية فيما لو منع هذا التبرع " (٦٧).

ولكن لم يسلم أصحاب هذا الاتجاه وقضاء هذه المحكمة من الانتقادات ، فمن الصعب أعطاء الحق للقاصر وهو في سن الرابعة عشرة في أبداء رضاه ، فهو في هذه السن لم يبلغ الإدراك والنضوج الكافيين لفهم المخاطر والاحتمالات واستيعاب النتائج التي قد تترتب على هذه الجراحة ، كما أنتقدت فكرة العلاج النفسي التي اعتمدتها المحكمة لتبرير قبول القاصر بوصفها فكرة غير مستساغة [illegible] يوجد تناسب بين الصدمة النفسية التي قد يتعرض لها القاصر فيما لو منع من التبرع لأحد أفراد عائلته ووسيلة العلاج ا (٢). تئصال عضو من جسده ، فهو في سن لا يدرك ما هو مقدم عليه ، وقد يكون الضرر النفسي أكبر فيما بعد لو أدرك العجز الجسدي الذي وقع فيه . ففكرة العلاج النفسي يمكن أن يكون مبرراً لأجراء عمليات التجميل وليس هكذا نوع من العمل الطبي . فهدف العلاج هو تحقيق المنفعة العلاجية في جميع الاحوال للمريض والتي لا يمكن أن تكون لمريض على حساب شخص أخر (٦٨).

ثانياً : الاتجاه الثاني : عدم جواز الاعتداد برضا القاصر

بالنظر لما تعرض له الاتجاه الأول من الانتقادات في عدم أمكان الحصول على رضا القاصر وحده ظهر اتجاه ثانٍ حيث يرى اصحاب هذا الاتجاه ضرورة عدم الاعتداد برضا القاصر ، لما يمثل رضاؤه من خطر يهدد حياته ، ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل أن من ذهب إلى تأييد هذا الاتجاه سعى إلى تقييد سلطة الممثل القانوني في التعبير عن الرضا بديلا عن القاصر باعتبار أن كلا منهما لا يملك حق التصرف في جسد القاصر وخاصة عند تعلق الأمر بالعلاج الجراحي ، مستندين في رأيهم هذا إلى أن أعطاء هذا الحق لممثله القانوني سوف يخوله التصرف بحياة القاصر وحتى بعد مماته ، خاصة إذا كان الأبوان من يمثلان القاصر لأنه يتناقض مع ما للسلطة الأبوية من حماية القاصر ورعاية مصالحه فلابد أن يكون الرضا الصادر من الممثل القانوني مشروطاً بأن يكون صدوره مدعوما بحكم قضائي ومستنداً إلى نص قانوني لتلافي المخاطر المحتملة وتعزيز الفائدة المتحققة من هذا العلاج أو تلك الجراحة (٦٩).

ويرى البروفسور (Skegy) وهو من الفقه الأنكليزي أنه من المهم التحري عن أمكانية وجود قواعد في القانون تجيز للقاصر أعطاء رضا فعال للمساس بجسمه بسبب غياب النصوص التشريعية الخاصة ويقول " أن غياب تلك النصوص سيجعل القاصرين بوضعية تختلف تماماً عن البالغين في هذا الشأن ولهذا فأن قواعد القانون المدني التي تعده غير مؤهل أو غير قادر على

---

(١) سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٠٤ .
(٢) الحكم الصادر عن محكمة تكساس في قضية فتاة أجازت المحكمة لها نقل كلية إلى شقيقها القاصر الذي يعاني من مرض في الكليتين ، بالإضافة إلى أصابته بمرض عقلي وكان عمر الفتاة (١٤) سنة .
وهذا الاتجاه استقرت عليه المحاكم العليا للولايات المتحدة الأمريكية في عدة قرارات وهي :

- Masden V. Harrison , June ١٢ , ١٩٥٧ .
- Huskey V . Harrison , Aug ٣٠ , ١٩٥٧ .
- Foster V. Harrison Nov . ٢٠ , ١٩٥٧ .
- Litle , V . ٥٧٦ , Tex . Civ app , ١٩٧٩ .

أشار ألى هذه الأحكام ، سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص٤٩ ، وما بعدها .
(٦٨) جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص٢٣٠ .
(٦٩) عمر فاروق الفحل : المصدر السابق ، ص٤٣٥ .

إعطاء الرضا في أي تصرف من شأنه أن يضره لا يقتصر تأثيرها فقط على المساس غير المشروع بالجسم ن وإنما أي تصرف في نطاق القانون المدني [٧٠].

كقاعدة عامة أن هذا الاتجاه قد أكد على ضرورة أخذ الرضا من المريض إذا كان بالغاً رشيداً ، أما إذا كان قاصراً فلا يعتد برضاه وإنما برضا ممثله القانوني بشرط أن يكون معززاً بنص قانون أو حكم قضائي وهذا الرضا لابد أن يكون بإقرار تحريري من الممثل القانوني. ويبدو أن القانون الإنكليزي الخاص بزرع الأعضاء البشرية لسنة ١٩٦١ يتفق مع هذا الاتجاه ، فقد جعل القانون سن الرشد ثمان عشرة سنة ليستطيع التعبير عن إرادته وليعطي موافقته بالإجراءات الطبية وخاصة الجراحية دون حاجة إلى رضا والديه أو ممثله القانوني وإذا كان دون هذه السن المقررة قانوناً فلابد من رضا ممثليه القانونين والمعزز بحكم قضائي يؤيد ذلك إضافة لذلك ان تهدف تلك الإجراءات إلى تحقيق منفعة علاجية خالصة له [٧١].

وقد اخذ بهذا الاتجاه أيضاً القانون المصري ، فقد أجاز للولي أبداء الرضا نيابة عن القاصر خاصة فيما يتعلق بالعمليات الجراحية كقانون بنك العيون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ [٧٢].

وكذلك القانون السوري الخاص بنقل وغرس اعضاء جسم الإنسان رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ ف (٤/ب) من المادة الثانية [٧٣]. فقد نصت على ضرورة أن يصدر الرضا من المريض نفسه إذا كان كامل الأهلية أما إذا كان المريض قاصراً فلابد من أن يقترن قبوله بموافقة الوالدين في حالة وجودهما أو أحدهما أو الولي الشرعي .

أما التشريع العراقي فقد واكب التطورات التي حصلت في ميدان زرع الاعضاء البشرية ونقلها في عام ١٩٧٠ ، فقد صدر القانون رقم (١١٣) لعام ١٩٧٠ ، والذي خصص لنوع واحد من الأعضاء البشرية ترقيع قرينات العيون ، فقد أشار هذا القانون إلى ضرورة توافر الرضا من المتبرع أو الوصي ، ولابد أن يكون هذا الرضا مدوناً إضافة لذلك أشترط أن يتم الحصول على رضا الممثل القانوني في حالة إذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية [٧٤].

ومن المحاكم التي سايرت هذا الاتجاه هي محكمة كولورادو الأمريكية في قضية هارت ، حيث أيدت هذه المحكمة موافقة الوالدين على نقل الكلى إذا أن ذلك سيحقق مصلحة مؤكدة للمتلقي القاصر بالنظر إلى الإضرار البسيطة التي قد تلحق بالمعطي القاصر وهي شقيقتها التوأم .

لأن الحفاظ على الترابط الأسري والألفة بين الأختين يشكل في ذاته مصلحة مؤكدة حتى بالنسبة للأخت التي لا تعاني أية متاعب صحية [٧٥].

---

(٧٠) P . D . G Skegg ; Consent to Medical procedures on minors . The modern law Rev , Vol . ٣٦ . No ٤ , July , ١٩٧٣ . P : ٣٧٤ .

(٧١) J (٨) : ١ of Family law re form act ١٩٦٩ . P.D.G skegg ; op . cit , P:٣٧٧ .
أشار أليه ، جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص٩٠ .

(٧٢) أشار أليه ، محمد أبو زهرة : الولاية على النفس ، معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص٢٦ .

(٧٣) سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٤٥ .

(٧٤) قانون مصارف العيون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ والذي نصت المادة الثالثة على ضرورة الحصول على أقرار تحريري من المتبرع أو الموصين وهم كاملوا الأهلية .
أما الفقرة (الثانية) من المادة ذاتها فقد نصت " أن الشخص إذا كان قاصراً أو ناقص الأهلية فيجب الحصول على اقرار تحريري من وليه ولا يشترط موافقة أحد في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة .

(٧٥) Hart V . Brown ٢٩ comm supp . ٣٦٨ . A ٢ d ٣٨٦ . ١٩٧٢ .
في قضية تتلخص وقائعها أن طفلة عمرها (٨) سنوات أصيبت بمرض في الكليتين واشار الاطباء بسرعة نقل أحدى كليتين شقيقتها التوأم حفاظا على حياتها ، وقد رفض الأطباء أجراء الجراحة رغم موافقة الوالدين على اعتبار أن موافقة القاصر لا تكفي بذاتها من عضو من أعضاء جسمه وعندما رفع الأمر لمحكمة كولولادو أقرت بحق الاخت في أعطاء شقيقتها أحدى كليتيها السليمتين وأمرت بأجراء العملية بسرعة بعد تأيد موافقة الوالدين . نقلا عن سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٤٩ .

ثالثا : الاتجاه الثالث :- ضرورة التمييز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز

ظهر اتجاه ثالث وصف بأنه اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين ، ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على ضرورة التفرقة بين القاصر القادر على فهم العمل العلاجي من دونه وذلك من خلال اعتماد سن معينة للتميز يستطيع القاصر من خلالها إذ بلغ هذه السن أن يعبر عن رضاه بهذا العمل والمخاطر التي قد تنشأ منه ، وما قد ستؤول أليه حالته الصحية والنفسية بعد ذلك ، وهذا يعني أن هذا الاتجاه قد أكد على ضرورة اقتران السن بالفهم والإدراك لكي يكون بالوسع الاعتداد بالرضا ودون أن يؤخذ رضا وليه إلا على سبيل الاحتياط [٧٦] .

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه هو القانون الدنماركي للأطباء في مادته (الأولى) من القانون رقم ٢٤٦ في ١٩٦٧/٦/٩ [٧٧].

أما في مجال القضاء فأن هذا الاتجاه تمثل في حكم لمحكمة كنتاكي الأمريكية في عام ١٩٦٩ في قضية ستراك والتي تتلخص وقائعها في أن أماً قد تقدمت بطلب إلى هذه المحكمة تروم فيه الحصول على الموافقة لنقل أحدى كليتي أبنها البالغ (٢٧) عاما والمصاب بتخلف عقلي منذ الصغر إلى شقيقه المصاب بفشل كلوي مزمن وقاتل . وقد اجابت المحكمة طلبها على اساس أن موافقة الأم تكفي لأجراء العملية الجراحية لفقدان أبنها الإدراك والتمييز برغم هذه السن [٧٨].

نلاحظ ومن خلال استعراض الاتجاهات الفقهية للاعتداد برضا القاصر أو رضا ممثله القانوني نجد أن الاتجاه الثاني وهو عدم الاعتداد برضا القاصر هو أكثر الاتجاهات توفيقاً ، عند اشتراطه سناً معينه لبلوغ الشخص الذي يحق له أبداء رضاه أما إذا كان قاصراً فلا يعتد برضاه وإنما برضا ممثله القانوني ولكن بشرط أقترانه بحكم قضائي ومستنداً لنص قانوني وهذا من شأنه أن يوفر الحماية القانونية والضمان الأكيدة من مخاطر العمل الطبي للمريض والطبيب .

كما ترى أن التشريعات [٧٩]. التي نظمت هذا النوع من العمل الطبي الذي ينطوي على العمليات الجراحية خاصة عمليات زرع الأعضاء البشرية ، وقد جاء التشريع العراقي موافقا لها [٨٠]. كانت موفقة في تبنيها هذا الاتجاه ، لأن القاصر وبحكم سنه ومهما كان إدراكه لطبيعة الأمور إلا انه اغلب الاحيان يكون عاجزاً على إدراك العمل الجراحي المقدم عليه .

الفرع الثاني : فقدان الأهلية لعارض بعد البلوغ

قد تقوم لدى الشخص كامل الأهلية بعض الأمراض والعوارض أو الصفات التي من شأنها أن تجعل الإنسان غير كامل الأهلية ، وذلك أن الاهلية كما تتأثر بالسن كالصغير الذي لم يبلغ سن السابعة ويكون عديم الإرادة ، فأنها تتأثر بسلامة العقل وحسن التدبير ، ومن العوارض التي قد تعدم الأهلية فينعدم تميز المريض وإدراكه ، بحيث لا يعتد باقواله وافعاله هو الجنون المطبق ، إذ

---

(٧٦) حسام الدين كامل الأهواني : المصدر السابق ، ص١٢٧ .

(٧٧) تنص المادة (الأولى) من القانون الدنماركي على أنه يصدر الرضا من كل شخص بلغ سن (٢١) سنة وإذا وجدت أسباباً خاصة فأن التدخل الجراحي يمكن القيام به بناء على رضا الصادر ممن هو أقل من(٢١) سنة بشرط موافقة الولي أو الوصي على هذا الرضا . أشار أليه سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٥٠ وما بعدها .

(٧٨) Struk V . struk . ٤٤٥ S.W.٢d ١٤٥ . ١٩٦٩ .
أشار أليه جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص٤٧ .

(٧٩) القانون الأيطالي لعمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٣٢٥ في ٢٠ /١٠/١٩٦٠ والقانون الأردني للانتفاع بأعضاء جسم الأنسان رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٠ . أشار أليه د. حسن عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٥ ، ص٣٤ .

(٨٠) القانون العراقي الخاص بمصارف العيون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ .

يتعذر عليه القيام بأي تصرف لأنه عديم الأهلية ، وأن قام فلا يعتد به ، وفي الوقت نفسه نجد هذا العارض لا يؤثر أطلاقا على اهلية الشخص حين الافاقة وهو ما يسمى بالجنون غير المطبق فيصبح شخصا عاقلاً كامل الأهلية [٨١].

ومن العوارض التي لا تؤدي إلى زوال الأهلية تماماً وإنما تجعلها ناقصة وحكمه حكم الصغير المميز أي تقبل تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ويمتنع عليه التصرفات الضارة ضرراً محضاً أما تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فتبقى معلقة على موافقة الولي أو الوصي وهذه العوارض (السفه ، والعته ، وذو الغفله) [٨٢]. ومن هنا نلاحظ أن من هذه العوارض ما يعدم أهلية الشخص ومنها ما يجعلها ناقصة ، ولابد من الممثل القانوني لأجازة هذا التصرف أو أجراءه نيابة عن الشخص فما هو حال من كان عديم الأهلية أو ناقصا لعارض بعد البلوغ فهل يعتد برضاه أم برضا ممثله القانوني عند أصابته بأحد الأمراض التي تفقده الوعي والإدراك ؟

إذا كان الشخص ناقص الأهلية كالسفيه او المعتوه وذي الغفلة فأن حكم تصرفاته حكم الصغير المميز ، وهذا يعني أن أصدار قبوله أو رضاه يتوقف على ما إذا كان ماذوناً أو غير مأذون ، فأذا كان مأذوناً يكون سيداً على جسمه ومن ثم له أن يصدر الرضا الخاص بعلاجه ، وأتخاذ القرارات التي لها علاقة بصحته . أما إذا كان غير مأذون فيجب الحصول على رضا من له الولاية عليه [٨٣].

وفي جميع الاحوال ولكي يتخلص الطبيب من المسؤولية التي ممكن أن تثار لعدم حصوله على رضا المريض فلابد أن يقوم باثبات رفض المريض للعلاج والجراحة كتابة [٨٤].

ولقد استقر الفقه على أمكانية القيام بالعمل الطبي دون الحاجة لرضا المريض عندما يكون فيها المريض في وضع لا يسمح له بابداء الرضا كأن يكون عديم الأهلية لعارض قد اصابه كحالة فقده الإدراك لغيبوبة أصابته بعد البلوغ فيحق لممثله القانوني أو أقربائه المقربين أبداء الرضا نيابة عنه ، هذا في حالة عدم وجود الخطر الحال الجسيم ولم يكن يوجد معه من يرضى بالنيابة عن المريض فمن الممكن عدّها من الحالات العاجلة التي يلزم القانون بالتدخل السريع لإنقاذ حياة المريض [٨٥]. وفي هذه الحالة يرى جانب من الفقه أن الطبيب يمكن أن يتدخل لإنقاذ المريض عند عدم وجود الممثل القانوني بشرط أن تكون حالة المريض في خطر محقق . وهذا ينطبق على حالة المريض المجنون جنوناً مطبقاً ، أما في حالة إذا كان جنونه متقطع وكان يرفض العلاج عند أفاقته ، يعد كامل الأهلية ، ولابد من احترام إرادته عند أفاقته ويعامل معاملة الرشيد العاقل عند أخذ رضاه [٨٦].

---

(٨١) عبد الباقي البكري ، علي محمد بدير ، زهير البشير : المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص٣٢١ . د. عصمت عبد المجيد بكر: الاحكام القانونية لرعاية القاصرين ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٥٤ .

(٨٢) شامل رشيد الشيخلي : عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص٢٧٥ . د. عبد القادر الفار : مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، ١٩٩٨ ، ص٦٦ وما بعدها .

(٨٣) د. منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، المصدر السابق ، ص٧٦ .

(٨٤) هدى سالم الاطرقجي : مسؤولية الطبيب الجزائية ، دراسة مقارنة ن رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ ، ص١٨٢ . د . حسن زكي الأبراشي : المصدر السابق ، ص٢٠١ . د. أحمد جلال : موسوعة الفقه والقضاء في الطب الشرعي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ،ص٢٨٨ .

(٨٥) Maingsuet Geneviere . op . cit , P: ١٣٠

- Portos lous . op , cit , P : ٢٧٨ .

- محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص١٠٥ .د. حسن على الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، جامعة بغداد ،٢٠٠١ ، ص٢٠٤ . منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعة ، مكتبة النهضة ، ١٩٨٩ ، ص٩٠ .

(٨٦) قاسم رضا علق : مسؤولية الطبيب عن خطئه جزئياً ، المعهد القضائي ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٦٤ .

- د. محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٨٧ .

أما في التشريعات المقارنة فنجدها قد أكدت على ضرورة الحصول على رضا الممثل القانوني للمريض عندما يكون فاقد الإدراك لعارض أصابه ، إلا في حالة الضرورة والاستعجال ، وهذا ما جاء في نص المادة (٣/٣٦) من قانون آداب المهنة الفرنسي على انه " إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته ، فأن الطبيب لا يستطيع التدخل إلا بعد تبصير وأعلام أهل المريض ، باستثناء حالة الطوارئ والاستحالة " [٨٧].

أما المشرع المصري فلم يخرج عن حدود القواعد السابقة ، ففي القانون رقم (١٣٧) لسنة ١٩٥٨ والخاص بالمهن الطبية والمعدل بالقانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٩ قد جاء في المادة (الرابعة) " أن لابد من الحصول على رضا الممثل القانوني عند عدم استطاعة المريض التعبير عن إرادته ، وفي القانون الخاص بمكافحة الأمراض الزهرية رقم (١٥٨) لسنة ١٩٥٠ فقد نصت المادة (السادس) من على انه " إذا كان المريض حدثا دون سن الخامسة عشر أو معتوها أو فاقداً للإدراك يقع التكليف بمعالجته على والديه أو وليه أو رئيس المؤسسة التي يوجد فيها " ، وبهذا يؤكد المشرع المصري على ضرورة الحصول على رضا الممثل القانوني عند تعذر الحصول على رضا المريض نفسه ولم يقتصر على القاصر في ذلك وإنما حالة المعتوه وما يتدرج على شاكلته من فاقدي الإدراك ، كالمجنون أو فاقد الوعي كحالة الغيبوبة لعارض أصابة [٨٨].

أما في العراق فقد نصت تعليمات السلوك المهني عند تنظيمها لموضوع " المسؤولية ورضا المريض " بأنه " لا حاجة للطبيب لاستحصال الرضا في وقائع العوارض التي يفقد فيها المريض وعيه وإرادته وتتطلب اسعافا مستعجلا بوسع الطبيب ان يقوم بمعالجة المجانين حتى مع استعمال القوة " .

وكذلك نصت التعليمات المذكورة على تحمل الطبيب المسؤولية عند عدم الحصول على موافقة المريض على العلاج أو التدخل الجراحي وعدم أعلام المريض بمخاطر العملية على أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذ كان المريض في حالة غيبوبة أو غير كامل الأهلية لصغر في سنه في هذه الحالة ينوب الأهل لأعطاء الموافقة عند تواجدهم [٨٩].

اما في مجال القضاء فلم نجد القضاء المقارن قد ابتعد عن الاتجاه الفقهي والتشريعي فالقضاء الفرنسي ميز في حالة فقدان الوعي بين ما إذا كانت حالته غير مستعجلة ، وفيها يمكن الانتظار لحين أفاقته حتى لو كان بأمكان الحصول على قبول عائلة المريض أو زوجته أو أقربائه لأن قبول الآخرين للعملية غير كاف مادامت حالته غير مستعجلة . وبين ما إذا كانت العملية مستعجلة ولا تتحمل أي تأخير ، كما لو كان المريض في حالة غيبوبة مستمرة وكان أرجاء العملية إلى حين أفاقة المريض لاستحصال رضاه يتضمن خطر على حياته أو يفقده الأمل في الشفاء ، فيحق للطبيب أن يباشر بالعملية دون أخذ موافقة المريض أو ذويه[٩٠] . "

---

(٨٧) وقد نص المشرع الفرنسي أيضا في قانون اخلاقيات مهنة الطب ، المادة (٧) على ضرورة أحترام إرادة المريض ، كلما أمكن ذلك ، في حال عدم تمكن المريض من التعبير عن إرادته يجب أخذ موافقة اقاربه في حالة الاستعجال والضرورة .
أشار أليه :-
-عبد الرحمن محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٢٩ .
(٨٨) خلود سامي ال معجون : النظرية العامة لاباحة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٢٢١ .
(٨٩) تعليمات السلوك المهني : المصدر السابق ، ص٢١ .
(٩٠) حكم لمحكمة استئناف باريس في ٢٨/يونيو /١٩٢٣ في قضية " مريضه كانت تشكو من آلام شديدة في الحوض منعتها من مزاولة عملها ، فاضطرت إلى الذهاب إلى المستشفى لعلاج هذه الحالة ، حيث ظلت تحت الملاحظة أثنى عشر يوما ، وانتهى فحصها بتشخيص آخر لا علاقة له بالفحص الأول وبما أنها في حالة غيبوبة فقد اجريت لها عملية جراحية لهذا الغرض وعلى أثر هذه العملية برحت المريضة المستشفى وقد ذهبت الالام الشديدة التي كانت تعانيها ولم تعد تحس إلا ببعض الألام الخفيفة ، ولكنها رفعت دعوى على الطبيب تطالبه بالتعويض على اعتبار أنه قد أجرى لها عملية بغير رضا منها ولا من زوجها ، عملية جراحية لا داعي لها ، وكان من شأنها أن تفقدها الأمل في أن تصبح أما في يوم ما . ورأت المحكمة أن الطبيب الذي أجرى العملية له من المقام العلمي ما يسمح بالاطمئنان إلى رأيه في لزوم الجراحة التي اجراها وأنه لم يجر العملية إلا لصالح المريضة نفسها ، ولم يستطيع بعد أن تبين وجود اورام في رحمها أن يتوقف عن أداء العملية في انتظار افاقتها للحصول منها على أذن لأن ذلك

أما القضاء العراقي فانه اجاز للطبيب في هذه الحالة أن يتجاوز رضا المريض ، وهذا الرأي بني على اساس الرضا المفترض فلو كان الشخص في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء والرغبة في التخلص من المرض إلى الرضا بتدخل الطبيب ، فيكون من حق الطبيب بل واجباً عليه أن يقوم بالعمل الطبي سواء كان علاجياً أو جراحياً مع ما فيه قدر من الخطورة دون رضا المريض أو ذويه بل أن قيامه بهذا العمل يعد واجباً عليه ، وعلى هذا الأساس قد افتى ديوان التدوين القانوني " بالنسبة لمريضه فاقدة الوعي ولم يكن أحد من أقاربها أو المسؤول عنها شرعاً موجوداً وتحتاج إلى تدخل جراحي فوري لأنقاذ حياتها ، فأن هذه الحالة تعد من الحالات العاجلة التي تبيح للطبيب أن يتدخل جراحيا أداءً لواجبه المقرر بمقتضى القانون دون حاجة الحصول على رضا المريضة أو ممثلها الشرعي [٩١].

وبذلك سايرت هذه الفتوى ما جاء به القضاء المقارن فيما يخص رضا المريض في حالة فقدان الأهلية بسبب حالة الغيبوبة أو ما شابها من الحالات .

نستخلص من ذلك أن الرضا شرط ضروري لانتفاء مسؤولية الطبيب سواء كان صادراً من المريض نفسه أو من ممثله القانوني إلا في حالات الاستعجال . ولكي يكون الرضا صادراً من ذوي المريض صحيحا ومنتجا لأثره القانوني في فتح الطريق أمام الطبيب لممارسة العمل الطبي ، فأنه لابد أن يكون فقدان الأهلية لأي من الأسباب التي ذكرت سلفاً أمر واقعياً حقيقياً وليس وهمياً من أهل المريض أو الطبيب لتحقيق هدف ما بعيداً عن ما تحمله هذه المهنة الإنسانية من أخلاقيات أسمى من أن يستخدم الغش والخداع للقيام بهذه الوظيفة الأخلاقية .

[١].

يتعارض مع سلامتها . وقد اقر هذه العملية أبرز الاطباء وقرروا أن الأورام من الامراض الخطيرة التي تؤدي إلى =الموت وأنه يجب ازالتها حالة التحقق من وجودها . وأن النجاح في العملية وفائدتها توقفان على سرعة اجرائها . ولذلك قضت المحكمة برفض الدعوى

Paris ٢٨ Juin , ١٩٢٣ , D.P .

أشار أليه :-

- د. عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان : المصدر السابق ، ص٣٣٩ .

(١) فتوى ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ .مجلة ديوان التدوين القانوني وزارة العدل ، العراق ، ١٩٧٣ .

علماً أن هذا الديوان قد إلغي وحل محله قانون أنضباط موظفي الدولة رقم (٦٩) لسنة ١٩٣٦ ، وبعد الغاء القانون الاخير حل محله قانون مجلس شورى الدولة النافذ رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

المبحث الثالث : نطاق الحصول على رضا المريض

في الحقيقة أن تحديد نطاق الحصول على رضا المريض يفرض علينا رسم حدود هذا النطاق وبيان مجاله ، فقد طرح الفقه معيارين لهذا الغرض ، يقوم الأول على اساس المعيار الزمني ، ويقوم الثاني على أساس المعيار الموضوعي . فما المقصود بذلك ؟ وإذا تم تحديد هذا الأساس فأن السؤال الذي يطرح بعد ذلك هو ، هل أن الرضا الذي تم تحديده يقتصر دوره على إنشاء العقد في الحالات التي تكون العلاقة بين الطبيب والمريض عقدية أم أن هناك رضا لاحق لما يستجد من أعمال طبية أخرى تالية لهذا الرضا .

ولغرض الوقوف على ما ذكرناه سنقسم هذا المبحث – على مطلبين ، نخصص الأول منهما للمعيار الزمني ونكرس الثاني للمعيار الموضوعي .

المطلب الأول : المعيار الزمني

أن مقتضى المعيار الزمني للرضا هو الوقوف على الوقت الذي يتحدد في ضوئه التزام الطبيب بأخذ الرضا من المريض [٩٢]، في حالتي كون الرضا الصادر من المريض نتيجة التزام عقدي بين الطبيب والمريض أو عدم وجود أي رابطة سابقة . فهذا الرضا قد يتحدد بمرة واحدة وهو وقت أنشاء العقد الطبي الذي يربط الطبيب بالمريض أو قد يكون الطبيب ملزماً كذلك بالحصول من المريض نفسه على رضا جديد بحسب العلاج الذي يمارسه الطبيب على جسد المريض [٩٣].

أي أن هناك ما يسمى الرضا الأساس بأنشاء العقد الطبي أو بمعنى أصح (الرضا السابق) ، والرضا اللاحق بالأعمال الطبية . فالرضا الأول من المريض هو ركن في تكوين العقد الطبي . وأن العقد الطبي هو كأي عقد أخر يلزم لأنعقاده أركان محددة ومن هذه الأركان هو ركن الرضا ، وهذا الرضا الأساسي لانشاء العقد الطبي لابد أن يكون رضاءً حراً متبصراً ومستنيراً من المريض إذا كان بالغاً عاقلا ومن ممثله إذا كان فاقد الأهلية لصغر في سنه أو لعارض قد أصابه كما بيناً ذلك سابقاً [٩٤].

وأن المسؤولية الناتجة عن عدم أخذ الطبيب لرضا المريض هي مسؤولية مستقلة تماماً عما يرتكبه الطبيب من خطأ أثناء أدائه لوظيفته الإنسانية ، والذي قد يتخذ هذا الخطأ صور متعددة تختلف باختلاف العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض ومن هذه الأخطاء هي حالة امتناع الطبيب عن معالجة المريض قبل أبداء رضاه عند حاجته للتدخل الفوري للعلاج أو تركه بعد أبداء رضاه ونشوء الالتزام التعاقدي بينهما [٩٥]. فيمكن تعريف الخطأ في العمل الطبي " بأنه أهمال الطبيب الواجبات التي تفرضها عليه القوانين والقواعد الطبية المتعارف عليها [٩٦].

وتختلف مسؤولية الطبيب عن هذا الخطأ تبعاً إذا كانت علاقته بالمريض علاقة تعاقدية أم غير تعاقدية وهذا عادة ما نلاحظه في المستشفيات الحكومية ، والطبيب الذي يقدم خدماته مجاناً ، فقيام الطبيب بفتح عيادته للمرضى بعد أعلانه عن طريق اللوحات الطبية التي تبين أختصاصه ومؤهلاته العلمية وبأجرة محددة يعد أيجابا دائما موجه إلى الجمهور كما هو الحال في البائع عندما يعرض السلعة بثمن محدد فأن ذلك يعد أيجابا كما أن قيام الطبيب بعرض خدماته مجاناً يعد دعوة للتفاوض [٩٧].

وعلى ذلك فأن دخول المريض إلى عيادة الطبيب وأبداء رضاه وقبوله بأجرة الكشف وقبوله الخضوع للعلاج أو التداخل الجراحي تطابقه مع أيجاب الطبيب ، تنشأ العلاقة التعاقدية بين الطرفين وهو ما يسمى بالعقد الطبي ، خاصة إذا نشأ العقد صحيحاً وغير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة السالفة الذكر فأن العقد الطبي ينتج جميع أثاره القانونية . ومسؤولية الطبيب التي تنشأ عند ارتكاب خطأ الأهمال وامتناعه عن تقدم العلاج الطبي أو أجراء التداخل الجراحي للمريض بعد انشاء العقد بينهما هي مسؤولية

---

(٩٢) علي حسين نجيدة : المصدر السابق ، ص١٨٥ .
(٩٣) مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص١٨ .
(٩٤) أنظر صفحة ( ) وما بعدها .
(٩٥) د. حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٥٧ .
(٩٦) د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٣٦٥ .
(٩٧) رمضان أبو السعود : الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص٤١٠ .

عقدية [٩٨]. فالطبيب لا يلتزم بمقتضى العقد بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بنتيجة وإنما التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب [٩٩].

ومن الجدير بالذكر أننا نكون أمام مسؤولية تعاقدية حتى ولو كان الشخص الذي تعاقد مع الطبيب قد أبرم العقد الطبي اشتراطاً لمصلحة الغير ، كأن يكون المتعاقد أحد أفراد اسرة المريض أو أحد أصدقائه أو صاحب عمل يعمل المريض عنده . فالطبيب الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب العمل لعلاج العاملين . وامتنع عن معالجتهم ، فأن ذلك يكون سبباً لقيام مسئوليته التعاقدية التي لا مناص منها [١٠٠]. على أساس أن العقد الذي يفترض الاشتراط وجوده هو بين الطبيب واصحاب المصنع أو المحل أو المستشفى الخاص .

أما ألتجاء المريض إلى المستشفى الحكومي (العام) لغرض المعاينة والعلاج فهذا النوع من المستشفيات تكون محكومة بالأنظمة والتعليمات [١٠١].

ومن ثم فلا يمكن مساءلة طبيب المستشفى الحكومي إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض اختار الطبيب لعلاجه حتى ينشأ العقد بينهما ، كما أن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية . ومن هذا فلا توجد أي علاقة بين المريض والطبيب [١٠٢]. بل العلاقة تنشأ بطريق مباشر بين المريض والدولة المتمثلة بالمرفق العام وهو المستشفى الحكومي[١٠٣] .

ومن خلال توضيح نوع العلاقة التي تربط المريض بالطبيب والمسؤولية المترتبة على كل منهما . فهل يعد امتناع الطبيب عن مساعدة المريض عند أبداه الرضا خطأ يوجب المسؤولية ؟

أن المقصود بالامتناع هو " رفض الطبيب الدخول مع المراجع (المريض) في علاقة تعاقدية أوالامتناع عن تقديم الخدمات الطبية لاولئك الذين تستدعي حالتهم تلقي هذه الخدمات [١٠٤].

لقد ذهب جانب من الفقه إلى ان الطب مهنة حرة مثل باقي المهن والطبيب يملك من الحرية في مزاولة عمله ما يجعله حراً في التعاقد مع أي زبون أو مريض وله كامل الحرية في قبول علاج هذا المريض ورفض علاج مريض أخر .

فليس بمقدور الطبيب أن يستجيب لطلب كل مريض أياً كانت حالته وليس عليه الزام مطلق بذلك وإلا بقي الطبيب في حالة من الاستعداد والعبودية تسلبه الراحة الذهنية والجدية معا وبالنتيجة فأن المتضرر هو المريض .

---

(٩٨) مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية في القانون المصري ، الطبعة الثانية ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٤ ، ص١١٨ .
(٩٩) عبد الرشيد مامون : المصدر السابق ، ص٨٥ .
(١٠٠) عبد الحميد عثمان عبد المجيد : التطور وازمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء ، مجلة العدالة ، تصدر عن وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف ، أبو ظبي ، العدد (١٧) ، ١٩٧٨ ، ص٢١٢.
(١٠١) د. شاب توما منصور : القانون الأداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار العراق للطباعة والنشر ، ١٩٧٩ ، ١٩٨٠ ، ص٢٦٧ .
(١٠٢) إذا كان الطبيب موظفا وعند ارتكابه خطأ طبيا فلا يمكن أحالته إلى المحاكم المختصة إلا بعد قرار من وزير الصحة أو من اللجنة الانضباطية في نقابة الأطباء عند أحالة الامر أليها وغالبا ما يتعرض للتنبيه أو الأنذار وهذا ما نص عليه قانون نقابة الأطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ المادة (٢٥) منه . فالعقوبات الانضباطية التي يتعرض لها الطبيب إذا أخطأ في عمله وهي (التنبيه والأنذار والغرامة بمبلغ لا يتجاوز الف دينار وعند عدم الدفع منعه من الممارسة الخاصة مدة لا تتجاوز سنة واحدة أو منع الممارسة (الخاصة) لمدة لا تتجاوز سنتين أو الغرامة والمنع من الممارسة في حالة تكرار) .
كما نصت المادة (٢٦) من القانون ذاته على أن " إذا وجدت لجنة الانضباط أن الفعل المنسوب إلى العضو يشكل جريمة فعليها أن تحيل القضية إلى المحكمة المختصة مع أوراق القضية ولا يمنع الحكم بالبراءة بعد ذلك من اتخاذ الإجراءات الانضباطية ضده وفق أحكام هذا القانون " .
(١٠٣) د. راجي التكريتي : السلوك المهني للأطباء ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص١٤٥ .
(١٠٤) حسن علي الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية (الخطأ) ، المصدر السابق ، ص٥٥٢ .

وفي هذا المعنى يقول الاستاذ (سافاتيبه) " لا يمكن الزام الطبيب بتلبية كل الطلبات التي تطلب منه أو بتقديم الخدمة الطبية لكل مريض أي كانت صفة المريض أو طبيعة مرضه فليس الطبيب عبداً لأحد " [١٠٥].

أما الجانب الأخر من الفقهاء فقد ذهب إلى أمكانية مساءلة الطبيب الممتنع عن عدم قيامه بمساعدة المريض سواء كان لغرض الفحص أو العلاج النهائي ، وقالوا في تبرير رأيهم هذا أن مجرد قيام الطبيب بفتح عيادته لأستقبال المرضى ، لابد أن يكون في حالة استعداد دائم لمساعدة من هو بحاجة أليه . وبعد حصوله على المؤهل العلمي والمعزز بالترخيص القانوني لممارسة هذه الاعمال وهذا يعني أنه في حالة أيجاب دائم موجه إلى من هم بحاجة أليه ، ولا ينقص هذا الإيجاب لكي يصبح ملزما غير اقترانه بقبول المريض وكما بينا أن مجرد دخول المريض إلى العيادة على أساس اختياره الحر للطبيب المعالج يكون بمثابة تعبيراً أو أعلاناً عن هذا القبول [١٠٦].

أضافة لذلك فأن الفكرة الأخلاقية التي توجب على الأطباء الاستجابة للمرضى الذين يقصدونهم ، إذ أن هؤلاء الأطباء قد حصلوا على المؤهلات الدراسية بقصد خدمة الفرد ومن ثم المجتمع لا بقصد الربح والاحتكار ، وهذا الواجب الأخلاقي يفرض على الأطباء ومن اصحاب المهن الإنسانية احترام القواعد الأساسية في المجتمع والحفاظ على تماسكه عن طريق القيام بالوظيفة الاجتماعية الملقاة على عاتقه ، وأن التهرب من هذه الوظيفة كأن يكون عن طريق أمتناع الطبيب عن القيام بوظيفته الإنسانية في مساعدة من هم بحاجة أليه لا بد من عدّ ذلك خطأ موجبا للمسؤولية [١٠٧].

فهذا الجانب قد عدّ أهمال الطبيب لمريضه والامتناع عن مساعدته خطأ يوجب المسؤولية حيث عرف الخطأ بأنه " تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص واحد في الظروف الخارجية نفسها التي احاطت بالمسؤول " وهذا هو تعريف عام يشمل المسؤولية العقدية والتقصيرية في آن واحد [١٠٨].

أما التشريعات المدنية فقد اكدت على عدّ الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية وما يترتب عليه من التزام بالتعويض .

فقد أشارت لذلك المادة (١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي إلى أن كل شخص أن يلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن فعله أو إهماله وعدم تبصره [١٠٩].

وهذا يعني أن امتناع الطبيب عن مساعدة المريض واتمام علاجه حسب ما تقتضيه اصول مهنته خطأ يوجبه المسؤولية ، فجاءت هذه المادة بنص عام دون استثناء لتعويض الضرر عند قيام المسؤولية .

واشارت لذلك المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري إلى " أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، وهي بذلك تضع مبدءاً عاما من حيث مفهوم الخطأ الوارد فيها بتناول الفعل العمد أو مجرد الأهمال [١١٠].

---

(١٠٥) Rene Savatier , op , cit , P:٣١٨ .

(١٠٦) د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٢٤٢ .

(١٠٧) عبد السلام التونجي : المصدر السابق ، ص٢٣٣ .

(١٠٨) سيد أمين محمد : المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٦٤ .

(١٠٩) نص المادة (١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي " كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ، لا يفعله فحسب بل أيضا بأهماله أو بعدم تبصره " .
أشار أليه :-
-د. عباس علي محمد : مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٣٩ .

(١١٠)مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الثاني ، ص٣٥٤ .
وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني السوري ، والمادة (١٤٩) من القانون المدني السوداني والمادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني وأيضا الفصل (٨٣) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية ، والفصل (٧٨) من قانون

إلا أن نص المادة (١٥) من القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٤ والخاص بشرف المهنة للطب البشري ، قد أشار إلى جواز أن يعتذر الطبيب عن معالجة المريض ابتداً ، إلا في الحالات العاجلة وعند عدم وجود اختصاص غيره [١١١].

وهذا يعني أنه وبموجب هذا القانون قد أعطى للطبيب حرية التعاقد أو عدم التعاقد مع المريض ، فعند تعاقده لا يجوز له الامتناع عن علاجه أو تركه وعدم الأشراف عليه وأهماله . إضافة لذلك فليس للطبيب حرية الاختيار في عدم علاج المريض في الحالات العاجلة والطارئة خاصة إذا لم يوجد اختصاص غيره .

أما التشريع العراقي فقد أشار إلى الأعمال غير المشروعة الواقعة على المال والنفس بحكم مشترك والتي عدّها من قبيل الخطأ الموجب للتعويض ما جاء في المادة (٢٠٤) من القانون المدني والتي قضت بالتعويض عن كل تعمد يصيب الغير بأي ضرر من الإضرار ، وطبقا لما تقدم فأن الطبيب يعد مخطئاً عند عدم قيامه بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه أصول مهنته ، ولهذا فعمل الطبيب لابد أن يكون مطابقا للأصول العلمية المقررة فإذا أخل في اتباع هذه الأصول أو خالف ما يوجبه عليه العقد من التزام حقت عليه المسؤولية [١١٢].

ومن هذا نلاحظ أن امتناع الطبيب من علاج المريض خاصة إذا كان هناك التزام عقدي فالطبيب ملزم بتعويض المريض عن ما لحقه من ضرر .

أما تعليمات السلوك المهني فقد اشارت إلى أن " للطبيب حق الخيار في تقديم خدماته لمن يريد لأسباب مهنية أو اسباب شخصية إلا في حالة الطوارئ أو حالة الاسعجال وفي حالة ارتباطه بالعناية لمريض فأن عليه أن لا يهمله إلا إذا اعفى من الاستمرار بها ولا ينقطع عن العناية إلا بعد اشعار مناسب يتسع معه للمريض مجال اختيار من يحل محله " [١١٣].

وهذا يعني أنه لا يجوز للطبيب أن يمتنع عن العناية بالمريض بعد أن تقوم العلاقة التعاقدية بينهما وفي جميع الاحوال لا يحق له الامتناع في حالة الضرورة العاجلة .

أما في مجال القضاء المقارن والعراقي فقد أشارت التطبيقات القضائية إلى حالة امتناع الطبيب عن مساعدة المريض وتركه بعد قبوله بذلك .

فقد أكد القضاء الفرنسي على ضرورة التزام الطبيب بتقديم المساعدة في حالة قيام المريض بمراجعة الطبيب للعلاج أو بعد قيام الطبيب بقبول القيام بعلاجه ثم قام بتركه دون أتمام علاجه ، وعلى ذلك فلا بد أن يكون الطبيب مستعداً لأنقاذ حياة المرضى

الالتزامات والعقود المغربي اللذين عرفا الخطأ بأنه " عبارة عن أهمال ما يجب أو أثبات ما يجب الامتناع عنه دون قصد الاضرار " ومفهوم الخطأ هنا قد اقتصر على الأهمال دون العمد .

(١١١) نص المادة (١٥) من القانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٤ من ميثاق شرف المهنة للطب البشري " يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أي مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة ، أما في الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس العام الاعتذار ، كما لا يجوز للطبيب الاختصاصي رفض معالجة مريض إذا استدعاه لذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود اختصاصي غيره " .

د.عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية ، الجنائية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص١١٩ .

(١١٢) نصت المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي على " كل تعد يصيب الغير بأي ضرر أخر ..... يستوجب التعويض " .

إضافة لذلك فقد أشار قانون العقوبات العراقي في نص المادة (١/٣٧) إلى " يعاقب بالحبس .... وبغرامة ..... كل كل من امتنع أو توانى من دون عذر عن تقديم معونة طلبها موظف أو مكلف بخدمة عامة مختص عند حصول حريق أو غرق أو كارثة أخرى ، ويعاقب بالعقوبة ذاتها من امتنع أو توانى بدون عذر عن اغاثة ملهوف في كارثة أو مجنى عليه في جريمة " .=

= وجاءت المادة (٣٧١) لتؤكد المعنى نفسه بقولها " يعاقب بالحبس .... وبغرامة ..... كل من كان مكلفا قانوناً أو اتفاقا برعاية شخص عاجز بسبب صغر سنه أو شيخوخته أو بسبب حالته الصحية أو النفسية أو العقلية فامتنع بدون عذر من القيام بواجبه " .

(١١٣) تعليمات السلوك المهني ، مصدر سابق . ص٢٥ .

كأن يقوم بتركيب أجهزة الانعاش الصناعي أو أجهزة لفحص والتشخيص التي تساعد على علاج المريض وانقاذه من خطر الموت في حالة الاستعجال والضرورة .

فقد جاء في حكم لمحكمة مارسيليا في سنة ١٩٠٩ ، أن الطبيب الذي يشرع في معالجة مريض ثم يتركه أو يمتنع عن تقديم المساعدة له فأنه قد ارتكب أهمالاً يعرضه لفقد اتعابه وقيام مسؤوليته ، لأنه طالما أن المريض في حاجة أليه . لا يصح له أن ينقطع عن علاجه [١١٤] .

وكما يذهب القضاء المدني الفرنسي إلى تطبيق نظرية (تفويت الفرصة) في نطاق المسؤولية المدنية وبمقتضى هذه النظرية يسأل الطبيب عن تفويت فرصة شفاء المريض أو استمرار حالته ، ولا يحكم بالتعويض إلا عن تفويت الفرصة وليس عن الموت نفسه أو الضرر الجسدي ، لأن تفويت الفرصة يعد ضرراً في حد ذاته ، فيجب التعويض عنه ويقدر بقدر الفرصة التي حرم منها المريض[١١٥] .

إلا أن التعويض الذي يقضي به القضاء في مثل هذه الحالة يكون جزئيا وليس كاملا. وهذا ما أخذ به القضاء المصري [١١٦].

وعلى هذا المنوال تجري أحكام المحاكم العراقية ، فقد قضت محكمة التمييز بوجوب التعويض عن (فوات الفرصة) في بعض القضايا التي عرضت أمامها [١١٧].

أما في مجال العمل الطبي فقد جاء في أحد قرارات محكمة استئناف بغداد " .... ولكن الأخير إذا تراضى بالقيام بما تفرضه عليه واجبات وظيفته ولم يدخل العمليات إلا بعد عشر دقائق إلى خمس عشر دقيق ولم يتمكن من أنقاذ المريض ..... كل ذلك حصل نتيجة اخلال المدانين أخلالاً جسيما لما تفرضه عليه أصول وظيفتهم كأطباء ..... " [١١٨].

في حكم أخر حكمت المحكمة في أحد قراراتها على طبيبة بسبب أهمالها وتقصيرها بالأصول العلمية الثابتة عن طريق امتناعها عن مساعدة أحدى المريضات وتركها لطبيب أخر حديث التخرج وقد جاء في أحد قراراتها " كان يجب بقاؤها في صالة العمليات وعدم ترك المريض لمساعدة المخدر حديث التخرج .... " [١١٩].

---

(١١٤) أشار أليه د. حسن علي الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول (الضرر) ، شركة التايمس للطباعة والنشر والمساهمة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص١٦٤ .

(١١٥) د. شاب توما منصور : المصدر السابق ، ص٩٥ .

(١١٦) حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٥٨/١١/١٣ ، فقد جاء حكم لمحكمة النقض المصرية بأن القانون لا يمنع من أن يحسب من الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه مادام لهذا الأمل أسباب معقولة ومن ثم فأن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب أحالته إلى المعاش بغير حق وهو في درجته عنصر من عناصر الضرر الذي يجب النظر في تعويض الموظف عنها فالقول بأن الضرر الذي يصدر في هذه الحالة مرده إلى مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذا لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة مردودة بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فأن تفويتها أمراً محققً ، منشور في مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المصرية ، السنة ٩ ، ص٦٨٤ .

(١١٧) حكم محكمة تمييز العراق في ١٩٧٣/٦/٢ ، حيث جاء في حيثيات الحكم الذي اصدرته " ولدى عطف النظر على موضوع الدعوى وجد أن المحكمة جنحت لأخذ بالخرائط التي قدمها المدعي وما سيقيمه من أبنية بموجبها في حين أن هذه الأبنية لم تبرز إلى حيز الوجود فليس للمدعي أن يطلب التعويض من الامتناع من أبنية غير موجودة وإنما يستحق التعويض عن تفويت الفرصة من الامتناع إذا= =ثبت تعسف أمانة العاصمة في عدم منحه أجازة البناء، منشور في النشرة القضائية ،السنة الرابعة ، العدد ٢ ، ص٧٨ .

(١١٨) حكم محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٢٠١ /جنح /١٩٩٨ في ١٩٩٨/١١/١٧ وذلك في قضية تتلخص وقائعها كانت طبيبة التخدير قد تراخت عن الحلول محل زميلها الطبيب المخدر وامتناعها عن الحضور لصالة العمليات فاعتبرت المحكمة ذلك اخلالاً بالأصول الأمر الذي يجعل نطاق المسؤولية شاملاً لها . (غير منشور) .

نلاحظ أن مجرد قبول المريض الدخول مع الطبيب في علاقة تعاقدية عن طريق أبداء رضاه بالخضوع للعلاج فأن هذا ينشأ العقد الطبي بين طرفي العقد والذي يلزم الطبيب بموجبه بذل العناية اللازمة لمعالجة وشفاء المريض وأن امتناعه بعد انشاء العقد عن تقديم المساعدة والاشراف يكون سبباً يؤدي إلى مساءلة الطبيب ويكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن أي ضرر يصيب المريض على أساس المسؤولية العقدية .

أما في حالة عدم وجود الالتزام العقدي بين الطبيب والمريض فلا تنشأ مسؤولية الطبيب العقدية على أساس حرية الطبيب في التعاقد أو عدم التعاقد ، إلا أن حرية الطبيب في قبول علاج المريض أو رفضه علاجه والامتناع عن مساعدته قد تحدد بحالات عديدة كأن يكون هو الطبيب الوحيد في المكان أو في مكان بعيد ولا يوجد طبيب غيره ، فإذا دعي إلى علاج أحدى الحالات الضرورية والمستعجلة فلا يحق له الامتناع ، وكذلك في حالة الظروف الاستثنائية كحالة الحرب فأن امتناعه يكون سبباً موجباً لقيام المسؤولية [١٢٠]. ولكن هناك حالات يعفى فيها الطبيب من المسؤولية وهي إذا كان لديه مبرر قوي للامتناع عن علاج أحد المرضى أو الأشراف عليه وهي [١٢١]:-

أولا : إذا كان يعالج حالة أهم من الحالة التي دعي لعلاجها فلا مسؤولية عليه .

ثانيا : إذ كان يعمل في مستشفى أي كان موظفاً فيه ودعي إلى علاج مريض أخر ولم يستطع ترك مرضاه في المستشفى .

ثالثا : إذا استحال عليه بسبب مرضه أن يقوم بزيارة أحد المرضى .

رابعا: إذا كان باستطاعة أهل المريض طلب طبيب أخر للحضور .

فإذا وقع أي من هذه الأسباب فأن الطبيب يعفى من المسؤولية ، وفي جميع الأحوال فان ما تتسم به مهنة الطب من أعتبارات إنسانية وأخلاقية هدفها سمو المصلحة العامة والرقي بالنظام الاجتماعي نحو مجتمع صحيح ، يتحتم على الطبيب أن يراعي التزامه الإنساني في تقديم يد العون والمساعدة رغم عدم وجود الالتزام القانوني كالعقد لتقديمها ، وهذا يعني عند أصابة أحد المرضى بالضرر وكان بأمكان الطبيب علاجه والأشراف عليه إلا أنه امتنع عن ذلك فأن مسؤولية الطبيب قائمة على أساس المسؤولية التقصيرية ، فالخطأ هنا هو عدم التزام الطبيب بأصول مهنته والقيم والمبادئ التي تتسم بها [١٢٢].

وهذا الالتزام الإنساني غالبا ما نجده في قيام الطبيب بعلاج المريض بالمجان فلابد من معرفة نية كل من الطرفين لتحديد إذا كان التزام الطبيب التزام عقدي أي كان قصده من وراء العلاج أنشاء العقد الطبي بعد رضا المريض .

---

(١١٩) حكم محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٨٠/جنح/١٩٩٧ في ١٩٩٧/٧/٢٤ . غير منشور

في قضية تتلخص وقائعها أن الدكتوره (ن) وهي طبيبة تخدير في أحدى المستشفيات الحكومية قد تركت أحدى المريضات المهيئة لأجراء عملية جراحية مما يستدعي تخديرها من قبل هذه الطبيبة ، إلا أنها لم تقوم بمباشرة عملها بنفسها وأوكلت إلى أحد أطباء التخدير الحديثي التخرج للقيام بعملية التخدير ولعدم خبرته ودرايته العلمية أدى عمله إلى وفاة المريضة أثناء العمل الجراحي فحكمت المحكمة بمسؤولية الطبيبة .

(١٢٠) أيناس طارق عباس النقيب : المسؤولية الجنائية للمستشفيات الأهلية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص٩٧ .

(١٢١) قانون نقابة الأطباء ، قانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨٥ والذي حدد بموجبه الأسباب التي تعفي الطبيب من المسؤولية عند امتناعه عن علاج والأشراف على المرضى .

(١٢٢) د. حسن علي الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني (الخطأ) ، المصدر السابق ، ص٥٥٣ . أبراهيم حمادي الحلبوس :الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٢ .حسن عكوش : المصدر السابق ، ص٦٤ .

ففي هذه الحالة فأن أخلال الطبيب بالتزامه العقدي يسأل على أساس المسؤولية العقدية عند امتناعه عن علاج المريض ، أما في حالة عدم أنصراف نيتهما لأنشاء الالتزام فتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية عند عدم علاج المريض والامتناع عن الأشراف والمتابعة لحالته المرضية خاصة إذا كانت حالة المريض تستوجب التدخل السريع [١٢٣].

المطلب الثاني : المعيار الموضوعي

لا يكفي أن يحصل الطبيب من المريض على الرضا المبدئي أو الأساسي لأنشاء العقد الطبي بينهما ، فالمعروف أن العمل الطبي لا ينتهي عند مرحلة معينة بل هو من الأعمال التي تأخذ صفة الاستمرارية والتجدد بحسب ما تقتضيه حالة المريض الجسدية والصحية .

فبعد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب المختار من قبله والذي يعد هذا بحد ذاته رضا ابتدائي لأنشاء العقد الطبي ، تأتي المرحلة المهمة والتي تحدد طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض وهي مرحلة التشخيص ومن ثم مرحلة العلاج التي تتفاوت من مريض إلى أخر بحسب تشخيص الأمراض وليس المرضى ، فالعلاج لا ينتهي بمجرد رؤية الطبيب وإنما لابد أن تسبقه مرحلة مهمة وهي تشخيص المرض وبالتأكيد الخضوع للتشخيص يحتاج إلى رضا خاص به ومن ثم يحدد العلاج إذا كان عملاً بسيطاً أو يتطلب تدخلاً جراحيا وهذا أيضا يتطلب رضا خاص به .

فما المقصود بأعمال التشخيص ؟ وهل يكفي الرضا بهذه الأعمال للقيام بأعمال العلاج ؟

يقصد بأعمال التشخيص (Actes diagnostic) الأعمال النظرية والتطبيقية التي يجريها الطبيب على جسد المريض بقصد تحديد المرض الذي يعتري الشخص مع بيان اعراضه وأسبابه ، أو حتى بقصد نفي أصابة هذا الشخص بأي مرض " [١٢٤].

أما أعمال التشخيص النظرية فيقصد بها " أصغاء الطبيب لأقوال المريض بشان بياناته الشخصية كالسن ، والجنس وتاريخ المراجعات السابقة ، ثم بشأن أعراض المرض الذي يعانيه كارتفاع درجة الحرارة او انخفاضها وحالة الضغط وغير ذلك من أعراض قد تعتري المريض [١٢٥] .

فأن لم يتيسر لسبب ما استطاعه المريض بيان هذه المعلومات للطبيب فعليه الحصول عليها من المقربين والمقيمين مع المريض للوقوف على حقيقة مرضه مبدئياً .

أما أعمال التشخيص التطبيقية فيقصد بها " الإجراءات الفنية التي يجريها الطبيب على جسد المريض بقصد التشخيص مثل الكشف على حالة الصدر بالسماعة الطبية ، وتسجيل ضغط الدم والفحص الظاهري للمريض ، والتحليل المختبري [١٢٦] .

والواقع أن التشخيص التطبيقي يعتمد غالبا على التشخيص النظري لتحديد مدى حاجة المريض إلى معرفة حقيقة مرضه عن طريق الفحوصات المختبرية أو السونار والأشعة الضوئية التي تعد من الأفعال التطبيقية ، وبالرغم من تشابه العديد من الأمراض في أعراضها مما يدفع المريض إلى الخلط في هذه الأمور .

فلابد من التمييز بين الفحوص المبدئية (النظرية) التي يخضع لها المريض عند رضاه المبدئي ، وبين الفحوص الأخرى التي قد يطلبها الطبيب من المريض .

فالأولى وهي النظرية لا تحتاج في أجرائها إلا رضا المريض المبدئي والذي قد يتحقق بمجرد دخول المريض إلى عيادة الطبيب أو المستشفى العام أو الخاص ، أما بالنسبة للفحوصات التطبيقية التكميلية فلا يصح للطبيب أن يجريها على المريض إلا بعد

---

(١٢٣) عصام أحمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، دار الطباعة الحديثة ، الجزء الثاني ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٩٨٣ . حسن زكي الأبراشي : المصدر السابق ، ص٢٩١ . مجدي حسن خليل ، المصدر السابق ، ص٧٦ .

(١٢٤) عبد الرشيد مأمون : المصدر السابق ، ص١٥٢ . محمد السيد رشدي : المصدر السابق ، ص١٢٧ . حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٢٥٦ .

(١٢٥) مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٢١ .

(١٢٦) حسن على الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني (الخطأ) ، مصدر سابق ، ص٥٣٥ . ابراهيم علي حمادي الحلبوسي : المصدر السابق ، ص١٠٣ .

أن يعلمه بشأنها وبمخاطرها المحتملة وذلك حتى يتمكن المريض من تحديد موقفه من التشخيص بإبداء الرفض أو القبول ، فالطبيب الذي يشك فيما يعانيه المريض ويطلب إجراء قسطرة على القلب يتعين قبل إجراء هذا النوع من الفحوص الاستكشافية أن يبصر به المريض ويلفت نظره إلى المخاطر التي يمكن أن تنجم عن إجرائه ، ولا يستطيع الطبيب أن يباشر هذا الفحص إلا إذا أبدى المريض رضاء جديداً بهذا الفحص (١٢٧).

ولكن كيف يمكن التمييز بين الفحوص المبدئية والتي لا تحتاج إلى ممارستها إلى الرضا السابق للعلاج وبين الفحوص التكميلية والتي تحتاج ممارستها إلى رضا جديد ولاحق للرضا السابق من المريض ؟

للأجابة على هذا التساؤل لابد أن يدرك الطبيب طبيعة عمله الطبي والمتعلق بالفحص المبدئي أولا ليكون على بينه من المسؤولية الناشئة عند عدم اخذه الرضا في الفحص التكميلي (١٢٨).

١- أن الفحص المبدئي هو فحص لا يمكن الاغفال عنه من قبل أي من الأطباء فهو من الفحوصات المتعارف عليها في الممارسات الطبية والذي لابد منه للوصول إلى تشخيص حالة المريض الصحية لتحديد سبل العلاج لما يعانيه من مرض كقياس حالة الضغط أو اللجوء للسماعة الطبية لتشخيص حالة القلب المبدئية .
٢- أن الفحص المبدئي هو فحص مألوف بمعيار كل عصر وما يشهده من تقدم وتطور في العلوم الطبية ، فما قد عرف فحصاً مبدئياً في زمن ما قد لا يكون كذلك في يومنا هذا ، فرسم القلب بالنسبة لطبيب اليوم هو فحص مبدئي للقلب بعكس طبيب الأمس .

وعلى هذا الأساس فلابد أن يكون الطبيب دائما على دراية وعلم تأميين بما يستجد من العلوم الطبية ليتجنب الوقوع في الخطأ الطبي الذي قد يعرضه للمسؤولية .

فالمعيار الذي يتبعه الطبيب لوصف الفحص بأنه مبدئي أو تكاملي هو معيار موضوعي لا شخصي ، أي تشخيص المرض نفسه وليس على شخص حامل المرض ، فالطبيب لابد أن يكون واعياً ومنتبهاً إلى عمله ، فلا يشخص بطريقة سطحية قد تؤدي إلى الإضرار بالمريض أكثر من الفائدة التي يرجوها المريض من الطبيب ، أو يتجاهل الأساليب العلمية المعروفة في الفن الطبي . وإلا عد الطبيب مسؤولاً عن الخطر الذي قد يتعرض له المريض وممن يلجاؤن اليه للمساعدة (١٢٩).

أما أعمال العلاج وغالبا ما تكون هي الغاية من أعمال التشخيص ، فالمقصود بالعلاج هو " هو كل وصفه دوائية أو عملية جراحية تنصب على جسم المريض ، بقصد الوقاية أو الشفاء من المرض ، أو مجرد التعامل مع أثاره بقصد التخفيف من الامه " (١٣٠).

وفي الواقع أن المريض عند قبوله لعلاج الطبيب ، فأن ينشد من العلاج التخفيف من ألامه التي يعاني منها ، فلابد أن يكون الطبيب يقظاً وحذراً وفي الوقت نفسه أن يكون علاجه مطابقا للتطور العلمي للفن الطبي .

ولكن ما هو مدى رضا المريض بالعلاج ؟ وبمعنى أخر هل يعني ضرورة رضا المريض بالعلاج مسبقاً قبل مباشرته ؟

مما لا يقبل الشك أن الرد بالإيجاب على هذا التساؤل سيصور لنا أن المريض كما لو كان قد وضع نفسه في حالة استسلام كامل ، أي أنه قبل أن يسلم نفسه للطبيب روحاً وجسداً بشأن العلاج المقترح ، وهذا بلا شك يعود بنا إلى نظرية التسلطية الطبية التي ترى أن يخضع المريض للطبيب بمجرد قبوله ورضاه وأن للطبيب كامل الحرية بإجراء ما شاء من العلاجات الطبية وهذا ما كان مرفوضاً كما بيننا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل .

فلا يمكن القول أن القبول أو الرضا الأساسي من المريض هو بمثابة ترخيص من المريض للطبيب بممارسة العمل الطبي – تشخيصا وعلاجاً – والذي يكون الطبيب أقدر الأشخاص على تقدير فائدتها للمريض (١٣١).

---

(١٢٧) عبد الرحمن الطحان : المصدر السابق ، ص١٠ .
(١٢٨) غسان جميل الوسواسي : حدود مسؤولية الأطباء عن أخطائهم في الشريعة والقانون ، مجلة العدالة ، وزارة العدل ، العدد الأول ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٧١ .
(١٢٩) أبراهيم حمادى الحلبوسي : المصدر السابق ، ص٨٤ .
(١٣٠) مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٧١ .
(١٣١) مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٣٢ .د.محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٢٥٠ . جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص٦٥ .عادل عبد ابراهيم : المصدر السابق ، ص٤٣ .

فنلاحظ أن ما يصدر من المريض من رضا بالعلاج لا يمكن وصفه بالعمومية التي تغطي كل مراحل العلاج أو كل ما يستجد من علاج ، إنما هو رضا خاص بكل علاج على حده ، فإذا ما وجد الطبيب أن يستبدل علاج المريض من دواء وما شابه فلابد أن يحصل على رضا جديد ليكمل ما بدئه مع الطبيب المعالج ، فلا يكفي الرضا السابق بالعلاج القديم .

وهو ما يعاني منه الأطباء الجراحين دون غيرهم وبشكل خاص ، فالطبيب الجراح يتعامل مع المريض في أكثر الاحيان وهو في حالة فقدان الوعي بسبب التخدير ، ففي اكثر الأحيان يباشر الطبيب عمله أثناء تخدير المريض ثم يتبين له أن المريض بحاجة إلى علاج تكميلي قد تصل حد الجراحة الجديدة بجانب الجراحة الأصلية ، فيجد الطبيب نفسه بين أمرين فأما أن يحترم الطبيعة الخاصة لرضاء المريض ويوقف العملية الأصلية ، وأما ان يباشر الطبيب عمله التكميلي ويتجاهل رضا المريض ومن ثم ينتظر حتى يفيق المريض ويطلعه على المستجد في علاجه ملتمساً منه الرضا بالعملية الجديدة .

فمن الناحية الطبية ، فأن الحل الأول هو أكثر أنسانية ورحمة فكل مريض يخضع لعملية جراحية ليس من دواعي الرحمة أن يخضع لعملية ثانية في نفس الوقت إذا كان بإمكان الطبيب أن ينتظر حتى يفيق المريض ولم تكن هناك ضرورة ملحة تستدعي ذلك .

أما من الناحية القانونية فأن حالة الضرورة هي التي تبرر عمل الطبيب ، خاصة إذا كانت العملية الجديدة مختلفة تماماً عن الأولى ، وتمثل أكثر خطورة فيما لو أنتظر أفاقة المريض للحصول على رضائه من جديد .

ولعل الحل الإجدر بالاعتماد هو حالة المريض التي تبرر التدخل الجراحي اللاحق فإذا كانت حالته مستعجلة ولا تتحمل التأخير فتدخل الطبيب يكون ضرورياً وله ما يبرره حفاظاً على حياة المريض ، في حين إذا كانت حالته لا تستوجب التدخل السريع فيجدر بالطبيب الانتظار حين أفاقته والحصول على رضاه بما تتطلب حالته بعد تبصيره بوضعه الصحي فيما لو امتنع عن أبداء رضاه بهذا التدخل [١٣٢].

نستنتج أن أعمال العلاج هي الغاية المقصودة من التشخيص ، فلابد أن يحصل الطبيب من المريض على رضا كامل بالعلاج الذي يجده مناسباً لمثل حالة المريض ، فلا يصح للطبيب أن يكتفي بالرضا الأساسي الذي حصل عليه من المريض ، كما لا يجوز للطبيب أن يكتفي بالرضا اللاحق بأعمال التشخيص سواء كان تشخيصاً نظرياً أم تطبيقياً ، فلا بد له أن يأخذ الرضا بالعلاج من المريض مستقلاً تماماً عما سبقه من رضا .

فالمريض قد لا يقصد برضاه الخضوع للتشخيص أنه مستعد لتلقي العلاج على وفق ما يقترحه الطبيب ، فقد يرغب المريض في اللجوء للطبيب من أجل التشخيص أثبات حالته الصحية (السليمة أو المرضية) في شهادة طبية مطلوبة منه لغرض معين ، فالشخص المعوق عند خضوعه للتشخيص يكون هدفه أثبات عجزه وعوقه على وفق ما يتطلبه القانون لتحديد نسبة عجزه ليستحق قدراً من التعويض أو بعض الحقوق التأمينية من خلال هذه الشهادة ليقدم بها إلى الهيئات التأمينية للحصول على حقوقه المالية ، أو الشخص الذي يخضع لتشخيص طبيب العيون من اجل أثبات حسن النظر الذي يتمتع به وليتقدم بها لإدارة المرور ليحصل على رخصة قيادة سيارات طالما نسبة نظره ضمن ما يحدده القانون [١٣٣].

وأخيرا نلاحظ أن التشخيص حالة تختلف وتستقل تماماً عن العلاج ، فمن التشخيص مالا يقصد به العلاج ، ومنه ما يكون غايته العلاج لتحديد الوضع الصحي والحالة المرضية لتقدير مدى خطورتها لمباشرة الطبيب المختص العلاج .

وفي بعض الاحيان أن رضا المريض بالتشخيص لا ينفي مسؤولية الطبيب عن أهماله في التشخيص أو ارتكابه الخطأ عند التشخيص

فمن المعلوم ولكي يقوم الطبيب المختص بتشخيص المرض لابد أن يستخدم الأجهزة والأدوات الحديثة والقيام بالمشاورة الطبية لتشخيص المرض ووصف العلاج المناسب له يعد مما يتطلبه عمل الطبيب لتطبيق القواعد والأصول المهنية وهذا ما أشار

---

(١٣٢) د.مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص١٢٤ وما بعدها .

(١٣٣) عمر عبد المجيد : المسؤولية الجنائية للطبيب عن خطئه في التشخيص ، (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص٨٧ . مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٣٤ .

أليه وبصورة ضمنية القانون الفرنسي في المادة (٦٣) من قانون اخلاقيات مهنة الطب بقوله " إن الطبيب يجب دائماً ان يضع تشخيصه بعانية أكثر وان يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصاً ودقة ووضوحاً " (١٣٤).

وبذلك قد أكد القانون الفرنسي على أن التشخيص هو من الأصول المهنية الطبية وأن مثل هذه الأصول يجب التقيد بها ومراعاتها في كل زمان ومكان وأن مخالفتها توجب مسائلة الطبيب .

وجاء في تعليمات السلوك المهني في العراق أنه " لا مسؤولية في الخطأ في التشخيص إذا ثبت استعانة الطبيب بجميع الوسائل الممكنة والمتوفرة لديه أو في منطقته وأنه مسؤول عما يقع منه من الخطأ نتيجة إهمال نتائج الفحص الشعاعي أو الفحص الباثولوجي " (١٣٥).

ومن التطبيقات القضائية في هذا الموضوع يمكن الأشارة إلى أحدى القضايا التي عرضت أمام القضاء الفرنسي عام ١٩٣٢ والتي أوضحت بشكل كبير مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص (١٣٦).

أما في القضاء المصري فقد قضت أحد المحاكم هناك بأنه " وأن كان الطبيب قرر أمام الطبيب الشرعي وأمام النيابة العامة أنه كان لديه شك بسيط في احتمال أن يكون الورم (انوريزميا) قبل أجراء العملية ، إلا أنه بعد أن سئل بعد الوفاة ببضعة ايام قرر ما يفهم منه أنه كان يعتقد أنه ورم بسيط حيث ذكر أن الفحص الظاهري لم يجد أي تعفن أو اتصال بين الورم والوريد الفخذي وأن الحالة التي كان عليها المريض صعبة التشخيص ، وأن الطبيب لم يقم بمشاورة طبيب مثله حتى لا يقال عنه لم يتمكن من تشخيص المرض جيداً ، فحكمت المحكمة بمسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً لعدم مشاورة زملائه من الأطباء للتأكد من حالة المريض وترجيح رأي علمي على آخر (١٣٧).

نلاحظ أن القضاء المصري لم يعول على خطأ الطبيب في الخطأ في التشخيص طالما لديه من الخبرة واتباعه الأصول العلمية للفن الطبي ، وأن خضوع المريض للتشخيص كان برضاه ودون ضغط من الطبيب .

أما في العراق نلاحظ ندرة القرارات الصادرة عن المحاكم العراقية بخصوص مسؤولية الأطباء بشكل عام بعد متابعة بعض المشاكل التي أثيرت بهذا الخصوص ، خاصة وقوف سير ما يثيره المتضرر عند المجالس التحقيقية في دائرة الصحة العامة للمحافظات أو عند نقابة الأطباء بعد اجراء التعويض البسيط والمصالحة لأنهاء المشكلة .

وبالرغم من ذلك فقد احيلت الطبيبتان (ب) ، (ج) إلى لجنة الانضباط وقد قررت هذه اللجنة أن فعلهما يعد خطأً جسيماً في تشخيص حالة كانت نتيجتها أن أودت بحياة شابه بريئة بعد فحصها وإعداد التقرير الطبي بخصوص حالتها والذي كان هذا التقرير سبباً لقيام أهل الفتاة بقتلها غسلاً للعار ، وبعد شك أحد الأطباء بتشخيص حالة الفتاة قامت لجنة من الأطباء بأخراج جثة الفتاة وبعد الفحص والمعاينة تقرر سلامة الفتاة مما كان قد قرر على اساس التشخيص الأول ، وهكذا أحيلت القضية إلى المحاكم لأجراء المحاكمة .

---

(١٣٤) أشار أليه أيناس طارق النقيب : المصدر السابق ، ص٩٥ .
(١٣٥) تعليمات السلوك المهني : المصدر السابق ، ص٢٠ .
(١٣٦) حكم محكمة السين الابتدائية ، فرنسا ، ١٩٣٢، في قضية تتلخص وقائعها أن امرأة شكت لأحد الأطباء ألاما حاده في البطن وبعد فحصها قرر الطبيب أن لدى المرأه ورماً ، وبعد إجراء العملية الجراحية تبين للطبيب أن المرأة حامل وقد اخرج الطفل حيا ، وفي مساء ذلك اليوم حدثت مضاعفات للوالدة مما أدى إلى وفاتها . وبالرغم من قيام المرأة قبل وفاتها بالأدلاء بمعلومات كاذبة مما تعانيه ، فقد حكمت المحكمة بمسؤولية الطبيب عن اغفاله في استخدام كافة الوسائل والأجهزة للوصول إلى التشخيص الصحيح ، فكان الأجدر به بعد أن اصبح أمام حالة محققة لا تحتمل الشك أو اللبس وكان عليه أن يقرر بسرعة ويخيط الجرح بدلا من أجراء العملية القيصرية من غير حاجة لذلك ، أشار أليه د. عبد السلام التوينجي ، المصدر السابق ، ص٣٥٩ .
(١٣٧) حكم محكمة العطارين الجزائية ، في ١٩٢٩/٤/٩ أشار أليه عامر قاسم احمد ، المصدر السابق ، ص٧٥ .

وبعد صدور الحكم بمسؤولية الطبيبتان عن موت الفتاة نتيجة التشخيص الخاطئ ، استئناف الحكم من قبلهما ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد بأنه صحيح وغير مخالف للقانون ، وذلك أن الثابت من تقرير الأطباء أن الفتاة سليمة فأكدت الحكم بمسؤولية كل من الطبيبتان (١٣٨).

نخلص إلى القول أن القانون لا يسمح للطبيب بتشخيص المرض برعونة أو أهمال أو طيش ، ولابد أن تقرر للمريض الضمانات الكافية ومن هذه الضمانات هو رضا المريض بالتشخيص وهذا الرضا لا بد أن يكون منه إذا كان عاقلاً مدركاً ومن ممثله القانوني إذا كان فاقداً لأهليته ولا ينفي مسؤولية الطبيب عند ارتكاب الخطأ في ممارسة تخصصه وهو التشخيص الذي يسبق علاج المريض .

الفصل الثاني
أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب

تمهيد وتقسيم :

قد يتبادر إلى الذهن أحيانا ان رضا المريض لاباحة العمل الطبي شرطاً لجميع ما يقوم به الطبيب من أعمال أياً كان الغرض منها ، إلا أن الواقع الطبي قد يستثنى أخذ رضا المريض أو ممثله القانوني في بعض الحالات لما تتمتع بها من خصوصية ، كحالات الاستعجال أو حالة إجراءات الوقاية الصحية كالتطعيم الإجباري . أي لا يعتد بالرضا في هذا النوع من العمل الطبي .

وهذا ما سنحاول إيضاحه للوقوف على أثر رضا المريض في هذه الأنواع من الأعمال الطبية وذلك من خلال أربعة مباحث سنتناول في المبحث الأول في نطاق الأعمال الطبية العلاجية أما المبحث الثاني فسنخصصه في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية أما المبح الثالث فسنتناول فيه نطاق الأعمال الطبية في حالات الاستعجال وصولا إلى المبحث الرابع وهو في نطاق الأعمال الطبية الإجبارية كالإجراءات الوقائية الصحية والتطعيمات الإجبارية .

---

(١٣٨) قرار لجنة انضباط موظفي وزارة الصحة في بغداد رقم (١٠) في ١٩٨٣/١٠/٢ غير منشور .

المبحث الأول : في نطاق الأعمال الطبية العلاجية

أن من شروط أباحة العمل الطبي هو شرط الرضا أي حصول الطبيب على إذن المريض وموافقته أو من يقوم مقامه في حالة تعذر حصوله من المريض مباشرة ، على أن يكون ذلك قبل أي تدخل طبي أو جراحي ، إذ يتعين على الطبيب قبل أن يباشر العلاج أو أن يجري أي عمل جراحي أن يحصل على قبول صريح من المريض . وتزداد أهمية هذا الرضا إذا كان من المحتمل أن يؤدي العلاج إلى نتائج خطيرة أو من العمليات المستحدثة في الطب والجراحة والتي تنطوي على قدراً من المجازفة في نجاح العملية أو فشلها .

وهذا الرضا الذي يبيح تدخل الطبيب لابد أن يكون مسبقاً كشرط لإضفاء المشروعية والذي يعد قاعدة عامة ، والتي سنتعرض لها في هذا المبحث وذلك من خلال مطلبين ، يتضمن الأول مفهوم الأعمال الطبية العلاجية وكمثال بارز على ذلك سنتناول عمليات زرع الأعضاء البشرية لبيان أثر رضا المريض على هذا النوع من الأعمال .

أما المطلب الثاني فسنبين فيه أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية العلاجية .

المطلب الأول : مفهوم الأعمال الطبية العلاجية

أن العمل الطبي العلاجي الذي يهدف الطبيب من ورائه إلى شفاء المريض لابد أن يستقر ابتداً على وسيلة علاجية معينة تتناسب مع حالة المريض وصولا إلى أفضل نتيجة، وفي الوقت نفسه لا تكون محلاً لأثارة المسؤولية الطبية ولتحقيق هذه النتيجة قد يقتصر عمل الطبيب على علاج معين لا ينطوي على أي نوع من الخطورة والمجازفة أو قد يتقرر أن لا سبيل لشفاء المريض إلا عن طريق التدخل الجراحي ، وهذان هما نوعا العمل الطبي وهما العمل الطبي بالمعنى الواسع والعمل الطبي بالمعنى الضيق .

أولا : العمل الطبي بالمعنى الواسع

يقصد بالأعمال الطبية في معناه الواسع بأنها " الاعمال التي يكون غرضها المساس بجسد المريض بنية اصلاح ما فيه خلل بما يعيد هذا الجسد إلى سابق أدائه وفعاليته دون أن يصل هذا المساس حد التدخل الجراحي " (١٣٩) .

وعلى وفق هذا التعريف نجد أن هذه الأعمال تأخذ مجالاً واسعاً في العمل الطبي تحت ما ينطوي على قصد العلاج والتي تختلف باختلاف طبيعة الأمراض ولكن تكون الغاية منها مقتصرة على علاج المرض والتخلص من الألم قد لا يصل حد التدخل الجراحي .

والحقيقة أن الرضا في هذا النوع من الاعمال الطبية العلاجية إنما يلعب دورين مهمين :-

أولا : أن الطبيب ملزم في الحصول مقدما على رضا المريض ، هو أن المريض إنسان حر له حقوق مقدسة على جسده لا يجوز المساس بها بغير رضاه ، وكل اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه حتى إذا كان الدافع أليه هو مصلحة المريض فأنه يثير مسؤولية من قام به متى كأن في استطاعته أن يحصل على هذا الرضا .

ثانيا : أن الطبيب لا يعفى من الأخطاء المهنية التي قد تصاحب العمل العلاجي إذا قام هذا الأخير بعمله على وفق ما تمليه عليه أصول العلم الطبي واخلاقيات المهنة (١٤٠).

وبالرغم من اقتصار العمل العلاجي بالمعنى الواسع على حالات العلاج البسيطة التي لا تصل حد التدخل الجراحي ، إلا أنه مع ذلك فأن الطبيب يبقى ملزم بابداء توضيحات ولو بشكل مبسط عن ماهية العلاج الذي يحتاج أليه وطريقة الاستعمال وماهي المضاعفات والعوارض الجانبية التي قد تصاحب أخذ العلاج (١٤١) .

وعلى هذا لا بد أن يبذل الطبيب المعالج قدراً من الحيطة والحذر أثناء قيامه بعلاج المريض ، فقد تكون هناك حالات معينة من الأمراض يعد عدم لجوء الطبيب فيها إلى التحليلات المختبرية أو إلى فحص الدم خطأً يستوجب قيام مسؤولية الطبيب عن وصف الدواء دون أجراء معاينة وفي جميع الاحوال فأن حر في اختيار طريقة العلاج التي يراها ، فهو لا يتعرض لأية مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى ، أو إذا رأى أن الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض ولمزاج المريض ، كما أن له أن يطبق علاجاً شخصياً خاصاً به ، بشرط أن يكون ما اختاره الطبيب من وسائل علاجية مبنياً على أسس علمية صحيحة ، لأن الحالات المرضية لا تتطابق تمام المطابقة ، ويجب أن يترك للطبيب جانب من الحرية في التصرف بحسب مهارته الشخصية وتجاربه(١٤٢) .

ورغم أن رضا المريض في هذا النوع من العمل الطبي هو في الاصل شفوياً إلا أن ذلك لا يعفي الطبيب من المسؤولية عن عدم أخذه رضا المريض .

كما أن الطبيب لا يسأل عن الآلام التي يمكن أن تترتب على العلاج طالما أن العلاج قد روعيت فيه مقتضيات الفن الطبي ، كما أنه لا يسأل عن المضاعفات التي يمكن أن تترتب على اخذ العلاج بجرعة أكبر من المحدد من قبل الطبيب ، طالما أن الطبيب قد اعطى المريض قدراً من المعلومات عن الدواء وكيفية اتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وأنه قد بين للمريض النظام الذي يجب عليه أن يتبعه في مرضه من حيث الطعام والشراب وما إلى ذلك ، وإذا وجد أن حالته لا تسمح بمعالجته في المنزل فأنه يجب على الطبيب أن ينصحه بالعلاج في المستشفى وكل هذه الأعمال الطبية مقرونة برضا المريض لأتمام العلاج والمتابعة(١٤٣) .

---

(١٣٩) د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٧٧ . د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٣٠٤ .

(١٤٠) د.حسن صادق المرصفاوي : الأجهاض في نظر المشرع الجنائي ، المجلة الجنائية المصرية ، المجلد الأول ، العدد الثالث ١٩٩٥ ، ص١٨٦ .

(١٤١) د.عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني (الحق) ، مطبعة جامعة الكويت ، ١٩٧٠ ، ص٤٢٧ .

(١٤٢) عصام احمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، دار الطباعة الحديثة ، الجزء الثاني ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص٩٦٨ .

(١٤٣) فرج صالح الهريش : موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والأعلان ، مهرانة ،ليبيا ، ١٩٩٦ ، ص٢٧ .

إلا أننا نجد أن الرضا في العمل الطبي الذي ينطوي على التدخل الجراحي ولما يسببه هذا التدخل من خطر ومجازفة بحياة المريض وهو العمل الطبي بالمعنى الضيق أكثر بروزاً عن العمل الطبي بالمعنى الواسع .

ثانيا : العمل الطبي بالمعنى الضيق

" ويراد بها الاعمال التي تهدف إلى علاج خلل ما في جسد الإنسان أو إصلاحه عن طريق التدخل الجراحي والذي يتضمن قدراً من المخاطر التي تتعلق بحياة المريض " (١٤٤) .

وهذا يعني أن هذا النوع من العمل الطبي وأن مس جسم المريض بما ينطوي هذا المساس على قدراً من المجازفة والمخاطرة إلا أن ذلك من أجل صيانته وحمايته والحفاظ عليه وليس أهداراً لمصلحته وايذائه وهذا التدخل لا يتم إلا بعد اليأس من الوسائل العلاجية التقليدية في الوصول لشفائه ، وبهذا تكون حياة المريض مهددة عند عدم أجراء التدخل الجراحي ، وهنا لابد من رضا المريض فهو صاحب الحق في رفض هذا التدخل أو قبوله، فلابد أن يكون له العلم بطبيعة العملية الجراحية التي ستجرى له والمخاطر التي قد تصاحب هذا التدخل الجراحي . إضافة إلى النتائج الأكيدة والمحتملة عن هذا التدخل فلابد أن يكون قرار المريض بالموافقة أو الرفض ناشئاً عن تبصره ، لأنه المريض يتحمل جزءاً من المسؤولية لأنه يشارك الجراح في الاختيار وفي اتخاذ القرار ، وهذا يعني وجوب التوافق بين احترام أرادة وحريته المريض وبين المحافظة على صحته .

ويدخل ضمن هذه الطائفة من الأعمال ، عمليات زرع الأعضاء البشرية ، وعمليات نقل الدم ، وعمليات التلقيح الصناعي وغيرها من الأعمال وسنكتفي بالتعرض لشرح عمليات زرع الأعضاء البشرية للقيام بها على نطاق واسع في وقتنا الحاضر وكمثال واضح لدور رضا المريض في أضفاء صفة المشروعية على العمل الطبي للمساس بجسد الإنسان

فقد عدّت هذه العمليات نموذجا فريداً لمشاكل المسؤولية الطبية التي تثيرها التطبيقات الجديدة والمستقبلية للبيولوجيا(١٤٥)

وفي الواقع نجد أن الكثير من المؤلفات العلمية والطبية والمؤتمرات القانونية تؤكد على تنظيم هذا النوع من العمل الطبي بعد أن كان وما زال جسم الإنسان سواء في حياته أو بعد مماته مصدراً للأعضاء والأنسجة والمنتجات البشرية ، بحيث اصبح من الضروري أن تحاط بضمانات قانونية محددة وواضحة ، ذلك أن أجراء تلك العمليات يمس حقوق اكثر من إنسان (١٤٦).

وإذا كان من المستقر وفقاً لمبادئ مهنة الطب ولما تحمله من معاني أخلاقية وأنسانية ، أن مصلحة الشخص نفسه قد تبرر استقطاع جزء من جسمه ، إلا أن استقطاع هذا الجزء لمصلحة شخص أخر يؤدي إلى نتائج قانونية جديدة . هذه النتائج تؤكد على ضرورة أعادة النظر في الهيكل الطبي الاجتماعي والقانوني القديم للعلاقات الناشئة عن ممارسة الطب والجراحة (١٤٧) .

وكل الصعوبات والمشاكل التي تثار بخصوص هكذا مسألة ذات الطابع المدني تقتضي في بادئ الأمر تحديد مدى سلطة الإنسان على جسمه وذلك من خلال تحديد المبادئ التي تعتبر من النظام العام والتي تتلخص في :-

---

(١٤٤) د. محمد علي النجار : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، المجلد ٢٠ ، القاهرة ، ١٩٤٨ ، ص٥١ .

(١٤٥) البيولوجيا (Biology) يتعامل هذا العلم مع الأشياء التي لها صفة الحياة ومع كل انواع مظاهر الحياة ، وهذا يعني علم الحياة علم واسع ضخم فتعريفه غالبا ما يكون غير دقيق بسبب عدم وجود تعريف محدد للحياة نفسها حيث من السهل التمييز بين حيوان معروف ونبات معروف ولكن الاختلاف بين الكائنات الحية لا يمكن تميزها لعدم وضوحها .
د. حامد الزيادي : الاحياء النظري ، الجزء الأول ، بغداد ، ، بدون سنة طبع ، ص٥ .

(١٤٦) د. أحمد شرف الدين : الضوابط القانونية لمشروعية زرع الأعضاء البشرية ، مجلة المحامي ، تصدر عن نقابة المحامين الكويتية ، السنة الرابعة ، العددان السادس والسابع ، ١٩٧٩ ، ص٤٥ .

(١٤٧) د. حسن عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، دراسة مقارنة ، مكتبة الثقافة والنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص٥٣ .

أولا : ضرورة حماية الحياة والتكامل الجسدي للأفراد وحماية الكرامة الإنسانية بحيث لا يمكن أعتبار هذه العمليات مشروعة إلا في حدود المنفعة والفائدة الاجتماعية الاكيدة ، ورفض المتاجرة في الجسد البشري ومنع كل نشاط يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق تلك العمليات .

ثانياً : ضرورة أقامة مرفق عام يقتصر دوره على تنظيم تلك العمليات ، وهذه بداية المبادئ تعد في الوقت نفسه قيوداً على التصرفات التي من الممكن أن تقام على الجسد البشري لما لهذا الجسد من حرمة وقدسية[١٤٨] .

ولعل من السهل ملاحظة ان تدخل جسم الإنسان في التصرفات القانونية بات من الحقائق الثابتة التي لا يمكن الأغفال عنها ، ذلك أن التصرف القانوني هو مظهر للإرادة يصدر عن صاحب الجسد ويعبر عنها بواسطته[١٤٩] .

أن الأعضاء أو الأجزاء التي يراد غرسها في الجسم البشري تتعدد أنواعها بحسب مصادرها ، فأما أن تكون طبيعية وذلك عن طريق شخص حي او ميت أو قد تكون اصطناعية بواسطة الأجهزة الطبية التي تؤدي وظيفة العضو المستبدل كجهاز الكلى الصناعية [١٥٠] .

وكل من هذه الحالات تثير الكثير من المشاكل القانونية والفنية من الناحية الطبية خاصة إذا كان هذا التصرف يتعلق بجثث الموتى ، كما أن الحصول على هذه الأعضاء من جسم الإنسان الحي تحتاج إلى الكثير من الإجراءات التي قد تعترضها الصعوبات القانونية كونها تتعلق بأشخاص على قيد الحياة .

وتعد عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها من الأعمال الطبية التي ساهمت في أنقاذ العديد من المرضى في الوقت الحاضر .

وقد انقسم الفقه في اتجاهين بالنسبة لأباحة هذه العمليات ، فالاتجاة الأول ، يذهب إلى أعتبار حالة الضرورة سبباً لأجازة نقل عضو من جسد إنسان حي لزرعه في جسد إنسان أخر وهو المريض أو المتلقي الذي غالبا ما يكون في وضع صحي خطر وشيك الوقوع ، ولا سبيل لتفاديه إلا بالقيام بعملية النقل والزرع عن طريق هذا النوع من العمل الجراحي ، خاصة أذا توافرات شروط حالة الضرورة التي تبرر القيام بمثل هذا العمل وفي هذه الحالة فلا مسؤولية على الطبيب لا من الناحية المدنية ولا من الناحية الجنائية .

وتقوم حالة الضرورة في عمليات النقل والزرع على المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والإضرار التي وقعت بالفعل . وذلك أن هذا النوع من العمليات التي تتم باستئصال جزء من جسد شخص سليم لزرعه في جسد مريض ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمعطي ، إلا أن الخطر الذي قد يتعرض له الشخص السليم عند نقل العضو منه أقل من المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها الشخص المريض فيما لو لم ينقل له هذا العضو ، فالطبيب عندما يقوم باستئصال عضو يسبب ضرراً للمتنازل ليتفادى ضرراً أكبر محققاً للمريض وهو انقاذه من الموت [١٥١] .

أما الأتجاه الثاني فقد استند إلى المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية نقل الأعضاء وزرعها . والتي تقوم فكرة المصلحة الاجتماعية على أن الحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون ، فكل فرد من أفراد المجتمع له الحق في الحفاظ على جسده لكي تؤدي وظائف هذا الجسد أداءً طبيعياً وأن يحتفظ بسلامة كيانه عن طريق تحريره من الآلام البدنية التي قد تعتري جسده من المرض الذي ألم به ، وكل من يحاول التجاوز على هذا الحق ليحيد بالفرد عن مساره العادي والطبيعي لأحدى وظائف الجسم هو مساس بالحق الذي يحميه القانون ، أضافة لذلك فأن حق الإنسان في سلامة جسده له جانب أجتماعي وهو أن النظام الاجتماعي يقتضي ان يقوم كل فرد في المجتمع بوظيفته الاجتماعية على أساس أن لكل فرد من افراد هذا المجتمع التزامات

---

(١٤٨) فرج صالح الهريش : المصدر السابق ، ص٥٠ .
(١٤٩) د. حسين محمد الجدع : رضا المجني عليه وأثاره القانونية (دراسة مقارنة) ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص٣٨٠ .
(١٥٠) د. حسام الدين كامل الاهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، مطبعة جامعة عين شمس ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٥ ، ص١٧٥ .
(١٥١) د . ذنون أحمد الرجبو : النظرية العامة للأكراه والضرورة ، مطبعة مخيمر ، مصر ، ١٩٦٨ ، ص٢٠١ . سميرة عايد الديات : المصدر السابق ، ص١٩١ .محمد سعيد رمضان البوطي : انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حياً أو ميتاً ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثالث ، الجزء الأول ، ١٩٨٨ ،ص٢٠٨ .

ملزم القيام بها وحقوق واجب حمايتها ، وعلى ذلك فلابد أن يفي كل فرد بالتزاماته من خلال المحافظة على حياته وهو ما تتطلبه الوظيفة الاجتماعية من الافراد [١٥٢] .

أما في القوانين الوضعية وبعد التطور الذي حصل في الميدان الطبي وخاصة عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها كان لزاما على التشريعات أن تتخذ موقفاً إيجابياً يتمثل في أجازة هذا النوع من الأعمال الطبية عن طريق تنظيمه وأقراره .

فأجاز القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦ عمليات زرع الأعضاء البشرية إلا أنه قد وضع شروطاً معينة كأن تكون هذه العمليات لقصد العلاج فقط وان لا يتم الاستقطاع والزرع إلا لأحد افراد العائلة إضافة لذلك لابد ان يكون قرار الاستقطاع مصدقاً من قبل لجنة طبية مختصة بهذا الشأن [١٥٣] .

أما القوانين العربية فلم تكن على وتيرة واحدة بخصوص عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها بين الأحياء . فبعض التشريعات عالجت هذا النوع من الاعمال الطبية بنظام قانوني متكامل ، في حين اجازت تشريعات أخرى نقل بعض الأعضاء دون سواها .

ومن بين الدول التي وضعت نظاماً متكاملاً لهذه الأعمال القانون الأردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ والمسمى بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان والمعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠ ، فأكد هذا القانون في نص المادة الرابعة منه على عدم جواز أن تكون الأعضاء البشرية محلاً للمعاملات المالية [١٥٤] .

وهذا ما جاء به القانون السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ حيث نظم هذا القانون عمليات الزرع برمتها من حيث التبرع الذي يحصل منه على الأعضاء ومن حيث الأنواع المختلفة لعمليات الزرع [١٥٥] .

أما التشريعات التي لم تنظم عملية نقل الأعضاء البشرية بشكل كامل بل أجازت انتقال أعضاء معينة فقط دون أخرى ومنها التشريع المصري ، فقد صدر في مصر قانون تنظيم عمليات نقل الدم رقم (١٨٧) لسنة ١٩٦٠ والقانون رقم (١٠٢) لسنة ١٩٦٢ والخاص بتنظيم العيون والاستفادة منها [١٥٦] .

---

(١٥٢) د . وجيه خاطر : نقل وزرع أعضاء الجسم البشري ، مجلة المحامون ، نقابة المحامون السورية ، العدد (٧ ، ٨ ، ٩ ،) ، ١٩٥٣ ، ص٦٥ . د.حسن على الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، (الضرر) المصدر السابق ، ص٥٥٩ .د. حسن عودة زعال : المصدر السابق ،ص٣٣ .

(١٥٣) وهذا ما نصت عليه المادة (الأولى) من القانون الفرنسي رقم (١١٨١) لسنة ١٩٧٦ والخاص بنقل وزرع الاعضاء البشرية على أنه " ١- ان زرع الأعضاء لا يكون إلا بقصد العلاج ولا يجرى القطع إلا على حي رشيد متمتع بقواه العقلية وبرضائه الحر الصريح ، أما أذا كان المعطي قاصراً فالقطع لا يمكن أن ينفذ إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيق أو شقيقة ، وفي هذه الحالة لا يجري إلا برضا ممثله القانوني ويعد موافقة لجنة من الأطباء والمؤلفة من ثلاثة خبراء على الأقل " .

أشار اليه د. عمر فاروق الفحل : المصدر السابق ، ص٦٢٤ .

(١٥٤) المادة الرابعة فقرة (ب) من القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ والخاص بقانون الانتفاع باعضاء جسم الإنسان فقد نصت على أنه " لا يجوز أن يتم التبرع بالعضو البشري مقابل بدل مادي أو بقصد الربح) .

أشار اليه د. حسن عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية ، المصدر السابق ، ص٣٤ .

(١٥٥) المادة الأولى من القانون السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ والخاص بنقل وغرس أعضاء جسم الإنسان حيث نصت " يجوز لرؤساء الأقسام في المشافي والمؤسسات الصحية التي تحددها وزارة الصحة القيام بنقل أي عضو ما وأحشاء أو جزء منها كالعين والكلية وغرسه أو تصنيعه لمريض اخر يحتاج اليه " .

(١٥٦) قد نظم القانون رقم (١٨٧) لسنة ١٩٦٠ والخاص بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته والذي جاء فيه " يجوز هذا القانون لبنوك الدم الحصول عليه عن طريق التبرع وهذا هو المصدر الأساس ، او عن طريق الشراء بمقابل ، وتقوم هذه البنوك ببيع الدم بمقابل مادي إلى الجمهور ،

كذلك الحال في الكويت ، فقد صدر القانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٣ الخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى ، والذي أجاز نقل الأعضاء ، علماً أن هذا القانون عند صدوره قد استند إلى الفتوى التي صدرت عن وزارة الأوقاف برقم (١٣٢) / ١٩٧٩ [١٥٧] .

أما موقف القانون العراقي فقد نظم عمليات نقل الأعضاء البشرية وزراعتها في قانونين أولهما ، قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ وثانيهما ، قانون زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ . ولنا أن نتساءل هل أن القانون الثاني يستوعب القانون الأول ، الأمر الذي يؤدي إلى أعمال الثاني ، باعتبار أن الأول يدخل من ضمنه ، حيث أن العيون هي نوع من الأعضاء البشرية ؟ لو تلمسنا قانون زرع الأعضاء البشرية نلاحظ بأن هذا القانون لم يلغي صراحة إلا قانون عمليات زرع الكلى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨١ ولو اراد ذلك لألغى قانون مصارف العيون . أضافة إلى ذلك نرى بأن قانون مصارف العيون لم يلغى لخصوصية العيون وكيفية الحصول عليها ، حيث أن مصادرها هي ليست ذات المصادر التي يحصل على الأعضاء البشرية الأخرى عن طريقها .

فالقانون الأول والذي خصص لنوع واحد من الأعضاء البشرية وهو ترقيع قرنيات العيون ، عالج هذا القانون عمليات الزرع هذه ولكن بشروط منها أن تتم هذه العمليات في المستشفيات الحكومية ولابد أن تتم على يد طبيب مختص بهذا الشأن إضافة لذلك فقد حدد هذا القانون مصادر الحصول على العيون البشرية ، وهي عيون الأشخاص الذين يوصونٍ بها أو يتبرعون بها وعيون الأشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبياً [١٥٨] .

أما القانون الثاني والخاص بعمليات زرع الأعضاء البشرية أشار هذا القانون إلى أن عمليات الزرع لابد أن تتم لغرض العلاج فقط ومن قبل طبيب مختص على أن لا تتم المتاجرة بهذه الأعضاء [١٥٩] .

اما في مجال القضاء فقد عالجت المحاكم هذا النوع من الأعمال الطبية ضمن أحكام المسؤولية الطبية عند قيام الطبيب بالعمل الطبي سواء كان لغرض العلاج والذي يقتصر على نوع معين من الوصفات الطبية أو العلاج الجراحي وخاصة عمليات نقل الأعضاء البشرية ، ذلك ان جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل الحق في سلامة الجسم . وهذا الحق

اما القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ فقد حدد التبرع بالعيون البشرية فقط ونظم كيفية الحصول عليها ومجال هذه العيون واهداف الاستئصال ..

أشار اليه د. حسام الدين كامل : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، المصدر السابق ، ص٦٤ وما بعدها .

(١٥٧) الفتوى التي صدرت عن وزارة الأوقاف برقم ١٩٧٩/١٣٢ والتي جاء فيها " إذا كان المنقول فيه حياً وكان الجزء المنقول يفضي إلى موته كالقلب والرئتين ، أو فيه تعطيل عن واجب كاليدين والرجلين معا . فأن النقل يكون حراماً مطلقاً سواء أذن أم لم ياذن ، اما نقل أحدى الكليتين أو العينين أو أحد الأسنان أو بعض الدم فهو جائز بشرط الحصول على اذن المنقول منه " .

أشار اليه د. أحمد شرف الدين : المصدر السابق ، ص٢١٥ .

(١٥٨) فالمادة الأولى من قانون مصارف العيون العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ قد أشارت إلى المستشفيات التي يجوز لها استئصال العيون بها هي " كل من المستشفى الجمهوري (دائرة مدينة الطب حالياً) ، ومستشفى الرمد في بغداد (مستشفى أبن الهيثم حالياً) ، إضافة على أمكانية انشاء مصارف= =جديدة في مستشفيات العراق الأخرى بقرار من وزير الصحة وعليه فأن أجراء عمليات الاستئصال لا يجوز القيام بها إلا من قبل طبيب مخول يعمل في المستشفيات التي حددت لهذا الغرض " .

أما المادة الثانية من هذا القانون فقد نصت على أنه " تحصل هذه المصارف على العيون الصالحة من المصادر الآتية :-

أ- عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها .

ب- عيون الأشخاص الذين يتقرر استئصال عيونهم طبياً .....) "

(١٥٩) المادة الأولى من القانون رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ والتي نصت على أنه " يجوز أجراء عمليات زرع الأعضاء للمرضى بهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة لهم تقتضيها المحافظة على حياتهم من قبل الطبيب الجراح الاختصاصي في المركز الطبي المخول رسمياً الذي يعمل فيه شريطه أن يكون هذا المركز معداً لأجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية " .

الذي للإنسان على جسده هو من الحقوق الشخصية اللصيقة والتي يحميها المجتمع من كل اعتداء ، فعمليات زرع الأعضاء البشرية تمس بالضرورة هذا الحق فنقل عضو من جسم سليم (المتنازل) إلى جسم شخص أخر وهو المريض (المتلقي) بالضرورة يكون من خلال المساس بسلامة وتكامل الكائن البشري [١٦٠] .

المطلب الثاني : أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية العلاجية

إذا كان رضا المريض يعد ألتزاماً تفرضه القواعد العامة في القانون الطبي فان الحصول على هذا الرضا يعد أمراً ضرورياً لا غنى عنه في مجال زرع الأعضاء البشرية لان عمليات النقل والزرع تعد من العمليات الجراحية الخطيرة لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلاً ، ولهذا السبب فليس صحيحاً القول بأن مجرد دخول المريض إلى المستشفى لأجراء هذا النوع من العمليات يعد قبولاً مقدما بكل أنواع التدخل الجراحي لأجراء عملية النقل والزرع [١٦١] .

ويشترط لصحة رضا الشخص الذي صرح باستئصال عضوه أن يصدر عن أرادة حرة أي عن شخص يتمتع بملكات ذهنية ونفسية سليمة حتى يستطيع أن يكون رأياً صحيحاً عن طبيعة هذا التدخل الجراحي وعن المخاطر المحتملة التي قد يتعرض لها ، وينبغي أن يكون الدافع عن التنازل هو الحب والتضامن الإنساني في أسمى صوره وليس المقابل المادي [١٦٢] .

وتحرير الرضا كتابة من شأنه ان يضمن سلامة رضا المعطي ، كما يحمي الطبيب الجراح الذي يجري عملية الاستئصال ويجنبه المسؤولية المدنية والجنائية .

ومن هذا نلاحظ أن القوانين الوضعية قد شددت في شكلية صدور الرضا فمعظم التشريعات التي عالجت هذه الأعمال أكدت على ضرورة أن يكون الرضا الصادر عن الاستقطاع والزرع بأقرار كتابي . وهذا ما اشار أليه القانون الفرنسي رقم (١١٨١) في ١٩٧٦ والخاص بزرع الأعضاء البشرية مؤكداً على الشكل الذي يجب أن يفرغ به الرضا من خلال اشتراطه أن يكون الرضا بإقرار كتابي وموقعاً من قبل القاضي والمعطي ، ثم يحال على مدير المستشفى التي تجرى فيها بتر العضو [١٦٣].

وهذا ما أخذ به القانون الإيطالي الخاص بنقل الكلية بين الأحياء بالقانون رقم (٤٥٨) لسنة ١٩٦٧ ، وكذلك القانون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ والخاص بنقل قرنيات العيون [١٦٤] .

---

(١٦٠) أنظر الأحكام القضائية حول هذا النوع من العمليات في الأساس القانوني لرضا المريض ، الفرع الثاني ، المطلب الثاني ، المبحث الأول ، الفصل الأول ، ص ( ) وما بعدها من هذه الرسالة .

(١٦١) د. أحمد محمد إبراهيم سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص١٠٥ . جابر مهنا شبل : المصدر السابق ، ص١٥٠ .

(١٦٢) د. أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب وإرادة المرفق الصحي العام ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وفي القضاء الكويتي والمصري والفرنسي ، الكويت ، ١٩٨٣ ، ص٧٥ .د. علي عبيد الجيلاوي : رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٨٨ .

(١٦٣) نص المادة الثالثة من القانون الفرنسي رقم (١١٨١) والخاص بزرع الأعضاء البشرية على (توافر رضا الولي أو الممثل الشرعي وأن يكون هذا الرضا مكتوباً وصريحاً إضافة إلى الشروط التي تتطلبها أو الواجب توافرها عند التعامل بالأعضاء بالنسبة للشخص الراشد) .
- أشار اليه د. حسن عودة زعال : المصدر السابق ، ص٣٧ .

(١٦٤) نصت المادة (الثالثة) من القانون الإيطالي رقم (٤٥٨) لسنة ١٩٦٧ " على المعطي البالغ الراشد الكامل الأهلية أن يصرح بتبرعه بورقه خطية تقدم للقاضي " . أشار أليه عمر فاروق الفحل ، المصدر السابق ، ص١١١ .

وكذلك القانون السوري بالقانون رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٦ والخاص بنقل وغرس أعضاء جسم الإنسان ، والقانون الأردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠ [١٦٥] .

اما في العراق فقد أكد المشرع في حالة وجود وصية تتعلق بنقل العين أن تكون هناك موافقة تحريرية من قبل الموصي أثناء حياته أو من أقاربه بعد وفاته في القانون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ والخاص بقرنيات العيون[١٦٦] . ومن هذا النص نلاحظ أن المشرع العراقي قد اشترط أن تكون هناك وصية أثناء حياته لأن هذا الحق لا يثبت ولا ينتقل إلا بعد وفاة الشخص على اعتبار أن الإنسان كما اوضحنا سابقاً يكون سيداً على نفسه أثناء حياته ، أما في حالة عدم وجود الوصية وبمعنى أخر عند حدوث الموت المفاجئ فقد ذهب المشرع العراقي إلى ضرورة موافقة أحد أقرباء المتوفي من الدرجة الأولى أو الثانية للقيام بعملية النقل [١٦٧] .

وكذلك ما جاء في قانون زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ من أشارة واضحة إلى أجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية بين الاحياء لا يتم إلا عن طريق واحد وهو التبرع من قبل الأشخاص الذين يتبرعون بهذه الأعضاء ولابد أن يكون هذا التبرع محاطاً بضمانات ومنها أن يكون الرضا الصادر من المتبرع مدوناً بإقرار كتابي [١٦٨] .

وإذا كان المريض يترك للطبيب حرية اختيار الوسائل العلاجية اللازمة لأجراء النقل إلا أنه يجب أن يلتزم بتبصيره بالحقيقة الظاهرة عن طبيعة التدخل ومخاطر العلاج والنتائج المحتملة وأنه لا سبيل لأنقاذ حياته سوى باستخدام وسائل علاجية جديدة حتى يتفهم المريض طبيعة العلاج المقترح وفوائده ولكي يستطيع المتبرع أن يختار ويقرر قبول أو رفض عملية النقل والزرع [١٦٩] .

والجراح الذي يجري عملية الاستئصال دون الحصول على رضا المريض أي إذا تخلف هذا الرضا في حالة ما إذا كان المريض بالغاً عاقلا مدركاً لحقيقة وضعه الصحي أو رضا ممثله القانوني إذا كان غير قادر على التعبير عن إرادته ، فهذا من شأنه أن يعرض المريض للضرر الأدبي الذي يتمثل في أعتداء الطبيب على حرية المريض وشعوره وكرامته الأنسانية ، وبذلك يخضع الطبيب للمسائلة القانونية نتيجة هذا الضرر إضافة إلى الضرر المادي الذي ينشأ عن فشل العملية [١٧٠] .

نص المادة الرابعة من القانون المصري رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ والخاص بنقل قرنيات العيون " ضرورة أن يكون رضا المتبرع خطياً عن إرادة حرة ومتبصرة " .

(١٦٥) نص المادة الثانية من القانون السوري رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ فقرة (ب) " أن لا يتم نقل العضو من المتبرع إلا بعد الحصول منه على موافقة خطية صريحة حرة غير مشوبه شريطة أن يكون المتبرع متمتعاً بكامل أهليته " . ونص المادة الثانية من القانون الأردني رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٧ فقرة (٣) " أن يوافق المتبرع خطياً وهو بكامل إرادته وأهليته على نقل العضو من جسمه وذلك قبل أجراء عملية النقل " .

أشار اليه . هيثم حامد خليل المصاروه : عمليات زرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة في القانون المدني) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٩ ، ص١٢١ .

(١٦٦) نص المادة (الثالثة) من القانون العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ والخاص بنقل قرنيات العيون " يشترط في الحالات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة السابقة الحصول على أقرار تحريري من المتبرعين أو الموصين وهم كاملوا الأهلية ويسري هذا الحكم على الحالات الواردة في الفقرة (ب) فإذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيجب الحصول على أقرار تحريري من وليه ولا يشترط موافقة أحد في الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة السابقة " .

(١٦٧) أشار أليه . د. حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، مصدر سابق ، ص١٦٤ .

(١٦٨) نص المادة الثانية فقرة (أ) من القانون العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ والخاص بزرع الإعضاء البشرية " يتم الحصول على الأعضاء لأجل أجراء عمليات الزرع من :-

أ- من يتبرع بها أو يوصي بها حال حياته شريطة أن يكون كامل الأهلية عند التبرع أو الأيصاء وبإقرار كتابي " .

(١٦٩) د. منذر الفضل : المصدر السابق ، ص١٠٣ .

(١٧٠) د. حسن عودة زعال : المصدر السابق ، ص٦٥ .

لكن في نفس الوقت فأن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة أن صاحب عمله الطبي بعض الأخطاء المهنية ، ذلك أن المسؤولية المترتبة عن عدم حصول الطبيب على رضا المريض مقدما بعملية الزرع مستقلة تماماً عن الخطأ الذي قد ينجم عن الجراحة والعلاج ، وإذا كان من الضروري الحصول على رضا المريض أو ممثله القانوني فأن لرفض المريض أثره القانوني في أعفاء الطبيب من المسؤولية الناتجة عن رفض عملية الزرع وعلى الطبيب أن يثبت رفض المريض كتابة [١٧١] .

(١٧١) د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٢٠٥ .

المبحث الثاني : في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية

أن شرط الرضا الواجب الحصول عليه لمباشرة العمل الطبي قد لا يقتصر على الأعمال الطبية العلاجية وإنما يستلزم توفره في بعض الأعمال غير العلاجية لما تنطوي عليه هذه الأعمال من خطورة بارزة وكمثال لتلك الأعمال غير العلاجية هي التجربة الطبية والتي سنتناول من خلالها مفهوم الأعمال الطبية غير العلاجية ، وأثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية في مطلبين متتابعين .

المطلب الأول : مفهوم الأعمال الطبية غير العلاجية

أن الأعمال الطبية غير العلاجية وكما عرفها البعض " بأنها الأعمال الطبية التي تتم لأغراض اجتماعية أو أقتصادية أو علمية فحسب ، فلا يمكن الأدعاء بشأنها أنها تجرى لأغراض علاجية " (١٧٢) .

ولعل افتقاد هذا النوع من الأعمال إلى القصد العلاجي والغاية الأساسية من العمل الطبي هو الذي يميز هذه الأعمال عن الأعمال الطبية العلاجية والتي غرضها وهدفها الأساسي هو شفاء المريض وتخليصه من الآلام حتى لو كان القيام بهذا العمل بأسلوب علمي بحت إذا كانت الغاية النهائية هو شفاء المريض .

فمهما سما غرضها والغاية المنشودة منها إلا أنه لا يجوز التضحية بصحة شخص أو حياته لبلوغ أكتشاف قد ينفع غيره من بعده (١٧٣) . أو يخاطر بحياته دون التوصل لشيء لذلك فرض المشرع على هذه الأعمال تنظيماً قانونيا صارماً ، ومن هذه الأعمال التجربة الطبية .

فالمقصود من التجربة الطبية تلك التي يلجأ أليها الأطباء إذا اصطدموا بحالة تحتار في علاجها الأصول العلمية الثابتة ، لأن الطبيب يتمتع في هذه الحالة بقدر من الحرية ، فيكون من حقه أن يجرب علاجا جديداً قد يكون فيه الأمل الأخير لأنقاذ المريض ، فلا شك أن العمل الطبي الجراحي والعلاجي يهدف إلى شفاء المريض وما عمل الطبيب في أجراء هذا النوع من التجربة الطبية على المريض إلا للاستقرار على وسيلة علاجية معينة أكثر تناسباً مع حالته وصولاً إلى أفضل النتائج وهي خطوة مشروعة ولا تكون محلاً لأثارة المسؤولية الطبية ما دام أنه اتبع في ذلك مسلك الطبيب المماثل له لا سيما أن المجال الطبي العلمي على درجة من الاتساع والتغير الذي يقتضي المحاولة والتجربة المستمرة حتى يتقدم ويتلاءم مع الحالات المتطورة(١٧٤) .وهذا النوع من العمل الطبي هو ما يدعى بالتجارب العلاجية والتي يكون غرضها الوحيد علاج المريض .

أما التجارب الطبية غير العلاجية فقد عرفها جانب من الفقه بأنها " هي تلك التجارب العلمية والفنية التي تعمل دون ضرورة تمليها حالة المريض ذاته بغرض اشباع شهوة علمية أو حتى لخدمة علم الطب أو لخدمة الإنسانية المعذبة " (١٧٥) .

في حين عرفها جانب أخر " بأنها تلك التجارب التي تجري على إنسان سليم أو على مريض دون ضرورة تمليها حالة الشخص ، بغرض البحث والفضول العلمي "(١٧٦) .

ومن خلال هذين التعريفين نلاحظ أن التجربة الطبية لا يقصد بها قيام الطبيب أنقاذ حياة الشخص الذي يخضع لهذه التجربة أو أن توجد ضرورة علاجية على الطبيب والشخص للقيام بها .

---

(١٧٢) د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٨٩ .
(١٧٣) د. حسام الدين كامل الاهواني : المصدر السابق ، ص١٧٥ .
(١٧٤) د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٢٨٦ .
(١٧٥) د. علي عبيد الجيلاوي : المصدر السابق ، ص٦٩ .د. حسن عودة زعال : الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية ، مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، العدد السادس ، ١٩٨٩ ، ص٩٣ .
(١٧٦) Xavier ryckmans . meert . van du put : les droits et les obligations des edecins , T . I ٢edit . , ١٩٧٠ , P : ٤٦٣.
نقلا عن
احمد شوقي عمر ابو خطوة : المصدر السابق ، ص٩٢ .

لكن هدفها هو اشباع حاجة علمية في نفس الطبيب من أجل أن يحقق هدف معين حتى لو كان هذا الهدف في مصلحة المجتمع .

فلا يمكن للطبيب أن يستخدم علمه وخبرته الفنية في تعريض حياة شخص ما للخطر بحجة المصلحة العامة .

ولقد جرى البحث في مشروعية المساس بجسد الإنسان عن طريق هذا النوع من الاعمال الطبية ، فاختلف الفقه في هذه المشروعية أخذاً بنظر الاعتبار الغرض والهدف من هذه التجارب .

فذهب جانب من الفقه إلى أنه " إذا كان الأصل وجوب أن تكون جهود الطبيب موجهة إلى شفاء المريض وعلاجه فان هذا النوع من التجارب يعد أمراً ضرورياً للمريض إذا ارتضى أن يكون محلاً لهذه التجارب وهو على بينة مما يتعرض له من أخطار " .

وهذا ما يعبر عنه بقصد الشفاء وهو ضروري لأعفاء الطبيب من المسؤولية إذا لم يصاحب عمله الطبي الأخطاء التي قد ترافق هذا العمل ، ويجب على الطبيب وبصفة خاصة الجراح أن لا يطبق علمه وفنه إلا لتحقيق هذا الغرض [١٧٧] .

في حين ذهب جانب أخر من الفقه إلى انه " إذا كان هدف الطبيب لا يقتصر على شفاء المريض أو تحسين حالته الصحية ولكن هدفه أيضاً هو أجراء تجارب علمية وبقصد الفضول العلمي ودون ضرورة ملحة . فلا تنهض مسؤولية المدنية بل والجنائية حتى لو كان عمل الطبيب قام على اساس رضا المريض وقبوله أو حتى بطلبه بل الأبعد من ذلك يذهب هذا الجانب الفقهي إلى أن واجب الطبيب أن يجري التجربة العلمية حتى إذا كانت لا تتناسب مع المنفعة المرجوة منها ، مؤكداً على مشروعية تلك الأعمال لأن بالنهاية هدفها هو تحقيق مصلحة علاجية وأن كان هذا يمثل غرضها البعيد ، فالمهم هو تحقيق المنفعة العلمية [١٧٨] .

في حين ذهب أتجاه ثالث ولغرض الخروج من هذا الحرج ، إلى القول أنه من الممكن أن تجرى هذه التجارب على الأشخاص المحكومين بالأعدام ، وذلك بأخذ موافقتهم بعد أعطائهم فرصة في تخفيف العقوبة حال نجاح التجربة ، أما إذا أدى الأمر إلى وفاة المحكوم فأن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً طالما ان الشخص هو محكوم عليه بالأعدام . وبذلك يمنح هذا الشخص فرصة عند نجاح التجربة كبقائه على قيد الحياة بدل عقوبة الموت[١٧٩] .

إلا أننا نجد ان الحكمة من عقوبة الإعدام هو زجر الجاني وردع غيره من محترفي الأجرام ، وأجتثاث مجرم خطر من المجتمع ، وأن أعطاء هذا المجرم فرصة أخرى عند نجاح التجربة أو فشلها ، فهذا يعد بحد ذاته خرقاً فاضحاً للقانون ، فعند نجاح التجربة فقد تخفف عقوبة المجرم وحينها قد يعود إلى المجتمع وهو محمل بسخط جديد يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة الاجتماعية علاوة على ذلك فأن أجراء هذه التجارب قد يكون دون رضا المحكوم عليهم أو حصول الرضا ولكن يكون مشوب بعيوب الاستغلال وهو حاجة المحكوم عليهم للتخلص من عقوبة الإعدام .

وعلى صعيد التشريع المقارن والعراقي فنجد أنها قد أختلفت في تنظيمها لهذا النوع من الأعمال الطبية فمنها من أقرها ولكن بشروط معينة ومنها من منع القيام بها لأنها تتنافى مع مبادئ الاخلاق التي هي أساس مهنة الطب كونها مهنة إنسانية .

ففي التشريع المهني الإلماني قد اشار إلى هذا النوع من الأعمال الطبية في القانون رقم (٢٦) والصادر سنة ١٩٣٣ والذي أكد على ضرورة ان تجرى هذا النوع من العمليات في مركز طبي مجاز رسمياً إضافة إلى أعلام المريض بشأن التجربة الطبية من خلال البيانات التي تدرج في اللوحة الخاصة بالمريض[١٨٠] .

---

(١٧٧) د. حسن زكي الأبراشي : المصدر السابق ، ص٢٨٧ .
(١٧٨) د. محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٣٠٢ ، د. حسن عودة زعال : المصدر السابق ، ص٩٥ .
(١٧٩) سهير منتصر : المصدر السابق ، ص١٠٤ . د. محمد صبحي نجم : المصدر السابق ، ص٢٣٥ .
(١٨٠) نصت المادة (الرابعة) من التشريع المهني الالماني رقم (٢٦) والصادر سنة ١٩٣٣ على " وجوب أجراء هذه الأبحاث والتجارب بواسطة رئيس العيادة أو المستشفى ذاته وأن بدون في اللوحة الخاصة بالمريض جميع البيانات الخاصة بالتجربة ونتائجها " .
اشار اليه :

يبدوا أن المشرع الالماني منع أجراء هذه العمليات إلا وفق ضوابط معينة مستثنياً من ذلك رضا المريض واقتصر على موافقة رئيس العيادة أو المستشفى .

أما تقنين آداب المهنة الفرنسي ، قد اشار إلى أنه يجب أن يكون الهدف من العمل الطبي هو أنقاذ المريض وتخفيف الامه ، ولا يجوز للطبيب أن يجعل مريضه موضوعاً لتجاربه وابحاثه لأجل تحقيق هدف علمي على حساب حياة شخص ليس له صله بهذه الأبحاث [١٨١] .

أما في مصر فقد حظي هذا الموضوع بتنظيم على صعيد التشريع الدستوري إذ أجاز أجراء التجربة الطبية على الجسم البشري إذ قبل بها وكان رضا الشخص حراً ومتبصراً ، ويقوم رضا الولي أو الوصي عن المريض القاصر وفاقد الوعي في التعبير عن إرادته بالقبول[١٨٢] .

وإلى جانب هذه النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من العمل الطبي فأن هناك قواعد أدبية يمكن أن يستفيد منها المشرع في صياغة بعض النصوص المتعلقة في هذا الموضوع . ومن أبرز هذه القواعد ما يسمى بمقررات هلسنكي لعام ١٩٦٤ . إذا أنها اشترطت لاجازة هذا النوع من الأعمال الطبية هو " أن تجرى التجربة الطبية أولا على الحيوانات ثم على الإنسان أي أن لا تتم أولا على جسد الإنسان ما لم تكن قد خضعت للفحوص المختبرية بعد تجربتها على الحيوانات وظهور فرص الشفاء بصورة واضحة وأن تجرى على المريض لا على صحيح البدن[١٨٣] .

وهذا يعني ان هذه المقررات قد منعت المساس بجسد المريض لأي سبب كان بحجة أنقاذ حياته وتخفيف الآمه إلا بعد أجرائها على الحيوان قبل أن تكون على الإنسان وهذا ما يتفق مع اخلاقيات هذه المهنة الإنسانية .

وفي الوقت الذي نجد فيه أن المشرع العراقي لم يورد في الدستور لعام ١٩٧٠ أي نص يشير إلى حماية الحق في الحياة وسلامة الكيان البشري وحظر أجراء التجارب الطبية على الجسم مهما كانت الأسباب ، مما يجعل الدستور العراقي قد أغفل الأشارة إلى هذا الموضوع الحيوي إضافة لذلك قد أغفل القانون المدني العراقي ضمن أحكام الشخص الطبيعي في القانون المدني الأشارة إلى منع الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسده ومنع أجراء التجربة الطبية إلا وفقا لما يقرره القانون ، فلا شك أن النص في الدستور والتشريع على منع التجربة الطبية على الجسم البشري إنما هو تأكيد لمبدأ التكامل الجسدي ودليل على اهمية حق الإنسان في الحياة وفي سلامة بدنه وهو أهتمام واضح من المشرع على حماية هذه الحقوق .

وإذا كان نص الدستور والقانون المدني لم يعالج موضوع التجربة الطبية إذ جاءت خالية من النص عليه ، إلا أن تعليمات السلوك المهني لسنة ١٩٨٥ الصادرة عن مجلس نقابة الأطباء ، نصت على شروط ممارسة التجارب الطبية إذ نصت على " تعد التجارب عمل جنائي إلا إذا أجريت لأغراض علمية بحتة وفي مركز بحث علمي أو معاهد علمية تعليمية " [١٨٤] .

د.محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٣٠٢ . د. حسن عودة زعال :الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية،المصدر السابق ، ص٩٧وما بعدها .

(١٨١) أشار اليه د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٧٥ .

(١٨٢) نص المادة (٢) من الدستور المصري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ " لا يجوز أجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه " وقد ورد هذا النص في الباب الثالث والخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة والهدف من ذلك هو تأكيد حماية جسد الإنسان في مواجهة صور معينة من صور المساس به وهي صورة التجارب الطبية .

(١٨٣) أشار اليه د. منذر الفضل : التجربة الطبية على الجسم البشري ، مجلة العلوم القانونية ، تصدر عن كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد الثامن ، العدد (١ ، ٢) ، ١٩٨٩ ، ص٩٠ ، وما بعدها . علما أن اتحاد الأطباء العالمي في عام ١٩٦٤ قد وضع القواعد الأدبية لأجراء التجارب الطبية على الإنسان والتي عرفت بمقررات هلسنكي . أنظر في ذلك . د. حسن عودة زعال : الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية ، مصدر سابق ، ص٦٤ .

(١٨٤) تعليمات السلوك المهني لعام ١٩٨٥ : مصدر سابق ، نلاحظ أن هذه التعليمات قد جاءت متناقضة مع مقررات هلنسكي لعام ١٩٦٤ التي اشترطت ان تجري التجارب الطبية أولا على الحيوانات ثم على الإنسان أي لا تتم أولا على جسد الإنسان ما لم تكن قد خضعت للفحوص المختبرية بعد تجربتها على الحيوانات وظهور فرص الشفاء واضحة وأن تجري على المريض لا على صحيح البدن .

المطلب الثاني : أثر رضا المريض على مسؤولية الطبيب في نطاق الأعمال الطبية غير العلاجية

ان اثر الرضا في هذا النوع من الأعمال الطبية يتوقف على الهدف من أجراء التجربة الطبية ، فالتجارب التي يجريها الأطباء على جسم الإنسان قد تكون لأغراض علاجية أو قد تكون لأغراض علمية فنية [١٨٥] .

فالتجارب العلاجية التي يلجأ لها الأطباء لغرض الوصول إلى علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج ناجح لها ، فلا شك أن عدم أجازة هذا النوع من التجارب يؤدي بالنتيجة إلى جمود العلوم الطبية وركودها ويقضي على روح الابتكار لدى الأطباء والعلماء ويحرم الإنسانية من علاجات جديدة قد تكون الأمل الأخير لأنقاذ المرضى ولهذه الاعتبارات أقر هذا النوع من التجارب ولكن بتوفر شروط معينة ولعل من أهمها وأخطرها هو ضرورة الحصول على رضا المريض بأجراء التجربة العلاجية عليه[١٨٦] ، وأن يكون هذا الرضا حراً وصحيحا متبصراً بخطورة المرض وبين احتمالات نجاح أو فشل التجربة العلاجية ، فلابد أن تتوفر في الطبيب قدراً من الكفاءة والخبرة الطبية حتى يتسنى له أجراء هذا النوع من التجارب ، فقيام الطبيب بهذا النوع من التجارب دون الحصول على رضا المريض حتى لو تمت هذه العملية بنجاح ودون ضرر ، فلا يضفي هذا العمل صفة المشروعية على عمل الطبيب لعدم حصوله على رضا المريض ، لذا كان لابد من وضع شروط أساسية يلزم اتباعها للقيام بالتجربة الطبية على الجسم البشري وهي بمثابة التنظيم القانوني لممارسة التجربة على جسم الإنسان ولغرض العلاج فقط وهي [١٨٧] :-

أولا : أن يكون الغرض من أجراء التجربة الطبية هو علاج المريض وانقاذه مما يعانيه من ألم بعد اليأس من العلاج المتعارف عليه ، وهذا يؤدي بالنهاية إلى كسب علمي لصالح الإنسان وتقدم علم الطب .

ثانيا : حصول الطبيب على رضا المريض بعد أطلاعه على أخطار التجربة والهدف منها فالموافقة الحرة الكاملة للشخص المعالج أو للولي أو الوصي أو من له علاقة مباشرة ضرورية قبل أجراء التجربة الطبية على الجسم البشري .

ثالثا : للمريض أو الأقارب حق الرجوع عن الرضا ومنع القائم بالتجربة من القيام بها أو الاستمرار فيها .

رابعا : ان تكون الموافقة من المريض أو ممثله القانوني مكتوبة ، أي يتخذ الرضا في صيغة شكلية كتابية .

خامسا : أن تكون الوسائل المستخدمة في التجربة الطبية أقل خطراً عل حياة الشخص وسلامة بدنه .

في حين أن اجراء التجارب الطبية لمجرد الفضول العلمي ودون أي ضرورة تستدعيها حالة المريض ، ولكي يستند الطبيب على حساب مريضه في دراسته الخاصة وأبحاثه العلمية فأن مجرد القيام بها يعد خطأً يوجب المسؤولية ، ولا يمكن أن يكون رضا المريض بل وطلبه في أجراء هذا النوع من العمل الطبي سبباً لإعفاء الطبيب من المسؤولية[١٨٨] .

حتى لو أتبع الطبيب كافة الأصول العلمية والقواعد الفنية في أجراءها ، فلا يبرر رضا المريض المساس بسلامة جسمه ، وأن الحق في الحياة والسلامة البدنية حق ثابت لا يجوز ان يكون محلاً للتصرفات إذا لا يباح هذا المساس إلا لضرورة مصلحة الإنسان ذاته . فرضا المريض هو رضا ليس بمحله ، لتعارضه مع النظام العام ومصلحة المجتمع [١٨٩]. إضافة إلى أن عمل الطبيب يعد خرقاً لواجبه المهني والأخلاقي الذي لا يستطيع التحلل منه إلا لمصلحة المريض ولهذا لا يباح له أن يتخذ من رضا المريض مبرراً لأجراء تجارب خطرة لا فائدة منها لصحة المريض وذلك بزعم أنها ترمي إلى بحث علمي يهدف على تطوير العلاج وسلوك طريقة غير مضمونة للوصول إلى غرضه .

---

(١٨٥) د. محمود محمود مصطفى : المصدر السابق ، ص٢٨٩ .
(١٨٦) د . أحمد شوقي عمر : المصدر السابق ، ص٩٠ .
(١٨٧) د. منذر الفضل : التجربة الطبية على الجسم البشري ، المصدر السابق ، ص٨٩ ، وما بعدها ، د.حسن زكي الابرشي : المصدر السابق ، ص٢٩١ ، د. محمد حسين منصور : المصدر السابق ، ص٥١ .
(١٨٨) د. حسن عودة زعال : الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية ، المصدر السابق ، ص٨٠ .
(١٨٩) د. عادل عبد إبراهيم : المصدر السابق ، ص١٢٣ .

وإذا أنتقلنا إلى القضاء المقارن نجد أن بعض المحاكم قد عدتها أعمالاً غير مشروعة إذ كان غرضها البحث العلمي دون تحقيق غاية علاجية ضرورية كالقضاء الفرنسي ، في حين هناك من أجاز هذا النوع من الأعمال الطبية حتى لو لم يكن غرضها علاج المريض أي للإغراض العلمية فقط كالقضاء الألماني .

ففي القضاء الفرنسي ، تقرر عدم مشروعية تلك الأعمال ، وخضوع الطبيب القائم بهذا العمل للمسؤولية ، وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة ليون الفرنسية على طبيبين في أحدى المستشفيات بالمسؤولية لأنهما إرادا أن يتعرفا على نسبة العدوى بمرض الزهري العارض ، فأوصلا مجموعة من ميكروباته إلى صبي في المستشفى فأصيب به[١٩٠] .

وفي حكم أخر لمحكمة السين الفرنسية ، فقد قضت فيه أن التجربة الطبية من المسائل الطبية غير الممنوعة ولكنه يجب ان يصدر عن ذمة خالصة وأن تكون الغرض الأساس والوحيد منه شفاء المريض وليس غرضاً أخر وأن يتم برضا المريض وعلمه [١٩١] .

أما القضاء الألماني فأنه أباح أجراء التجارب الطبية سواء كانت لغرض علاجي أو لأي غرض علمي أخر مادامت تنصب في مصلحة الكل وليس في مصلحة فرد معين ، ولكن الشرط الأساسي الواجب توفره هو رضا الشخص لأي غرض كان [١٩٢] .

وعلى صعيد القضاء العربي فنجد أن الأحكام التي أشارت إلى هذا النوع من الأعمال الطبية قد أشترطت أن يقتصر هذا العمل للأغراض العلاجية وأن يكون عمل الطبيب مطابقاً لقواعد وأصول مهنة الطب مضافة إلى رضا المريض للخضوع للتجربة الطبية وهذا ما جاء في أحد أحكام محكمة الجزائر في ١٨٩٧ [١٩٣] .

وعلى صعيد القضاء العراقي لم نجد أحكاماً قضائية تعالج هذا النوع من الأعمال الطبية لذا أدعو القضاء إلى تبني ما أخذ به القضاء الفرنسي بعدم مشروعية تلك الأعمال إلا إذا كان الغرض الرئيس والأكيد منها هو علاج المريض وانقاذه من ما يعانيه من مرض بعد أن يعجز عن استخدام الوسائل العلاجية المتوفرة والمتعارف عليها في الوسط الطبي ، إضافة لذلك لابد أن تجري على الحيوانات أولاً ثم على الإنسان رغم أن ذلك ليس ممكناً دائما ، فجسم الإنسان في جوانب منه يختلف عن جسم الحيوان ، وما يؤثر في جسم الحيوان قد لا يؤثر التأثير نفسه في الجسد الإنساني إلا أنه في جميع الأحوال أفضل بكثير من أن يكون الإنسان أبتداً حقلاً لهذه التجارب حال اكتشافها ، ومن هذا لابد من وضع تنظيم قانوني لممارسة هذا النوع من التجارب . كالنص في الدستور العراقي الجديد على منع أجراء التجربة الطبية إلا إذا توفرت الشروط التالية :-

---

(١٩٠) حكم محكمة ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ أشار اليه محمود محمود مصطفى : المصدر السابق ، ص٢٩٠ .

(١٩١) حكم محكمة السين في ٥ يناير ١٩٣٥ ، أشار اليه د. محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٣٠٧ .

(١٩٢) حكم محكمة فون في ١٤ أغسطس ، ١٩٤٣ . فقد حكم بمسؤولية طبيب لأنه حقن ثماني فتيات صغيرات بمادة من مريض بالزهري ، كان قد حفظها بضعة أسابيع وعقمها ، ولكن بالرغم من ذلك أصيبت اربع من هؤلاء الفتيات بالزهري نتيجة هذه التجربة .نلاحظ أن القضاء الألماني قد اشترط رضا المريض أو الشخص السليم أياً كان الغرض من أجراء التجربة ، ولأفتقار عمل الطبيب لهذا الشرط فقد حكم بمسؤوليته عن ما قام به من عمل . أنظر في تفصيل هذا الحكم ، جندي عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، الجزء الرابع ، بدون مكان طبع ، ١٩٥٠ ، ص٨٣٣

(١٩٣) حكم محكمة الجزائر في ٩ تشرين الثاني (نوفمبر) سنة ١٨٩٧. في قضية تتلخص وقائعها في قيام طبيب بمعالجة سيدة من مرض في الأنف وهو ما يسمى بمرض (الخشم) فحقنها كنوع من العلاج والتجربة بمصل الدفتريا ، فساءت حالتها حتى أنها فيما بعد رفعت دعوى على الطبيب بحجة أنه قد ارتكب خطأً بإعطائها مثل هذه الحقن ، وقد قرر الطبيب الذي انتدبته المحكمة أن مرض الخشم من الأمراض المستعصية على العلاج وبذلك لم تجد المحكمة سعيا لمساءلة الطبيب لأن سلوكه جاء متطابقا مع معيار الشخص المعتاد بعد أن استندت المحكمة إلى تقرير مجموعة من الأطباء وأن الطبيب المعالج لم يتجاوز القواعد التي تخص الفن الطبي ، وأنه قصد شفاء المريض دون غرض أخر ، ومادامت لم تتعرض لأي نوع من الخطر من جراء تجربة هذا النوع من العلاج وقد تم برضاها فلا مسؤولية عليه ، أشار اليه ريم بن يوسف : جريمة القتل بدافع الرحمة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص١٧ .

١- لا بد أن يستند في أجراء التجربة الطبية إلى أشخاص أكفاء علمياً وتحت رقابة طبية كفوء .
٢- لا بد من التحقق والتأكد من أهمية الهدف من وراء أجراء هذه التجارب والذي لابد أن يكون الهدف متناسباً مع المخاطر التي قد يتعرض لها الإنسان .
٣- أن تتم التجربة على الحيوان ابتدأً ومن ثم على الإنسان بعد أجراء الفحوص المختبرية وفق معطيات علمية ثابتة .
٤- لا يجوز أن يخضع الشخص السليم وصحيح البدن للتجربة الطبية حتى لو كان عمل الطبيب تحت ضغط المريض ورضاه .

المبحث الثالث : في نطاق الأعمال الطبية في حالات الاستعجال

هناك حالات معينة يمكن للطبيب فيها أن يتجاوز رضا المريض ، والتي تكون بالتأكيد لصالح المريض أو لصالح عام عندما ترد مثل هذه الحالات في نص قانوني عام أو خاص .

فقد يتطلب في بعض الأحيان عمل الطبيب الحماية القانونية برغم تجاوز ما للمريض من حق في ابداء رضاه ، وقبوله في تلقي العلاج أو رفضه ، ومن ذلك إذا كان المريض في حالة من الخطورة تبرر ما يجري لانقاذ حياته ولو كان ذلك رغما عنه .

وهذا ما سنحاول بحثه من خلال مطلبين نخصص الأول منه لمفهوم حالة الاستعجال والثاني سنتناول فيه أثر رضا المريض في حالة الاستعجال على مسؤولية الطبيب ولكل منهما مطلب مستقل .

المطلب الأول : مفهوم حالة الاستعجال في العمل الطبي

ولعل ما ينطوي عليه المجال الطبي من عمل في بعض الأحيان نجده صورة بارزة لحالات الاستعجال فالمحافظة على الوجود البشري وصيانته مما قد يتعرض له كان من الضروري . أن يتوفر العلاج الطبي لما قد يعتريه من امراض على مدى سنوات حياته . وهذه الضرورة الطبية يكون في غنى عنها عندما يتمتع الإنسان بكامل قواه الجسدية والعقلية ، أما في حالة أن يوجد شخص أمام خطر وشيك الوقوع ، ولا سبيل لتفادي حالة الخطر إلا بالقيام بعمل قد يكون غير مشروع في الظرف العادي طبقاً لأحكام القانون[١٩٤] .

ولكي يكون عمل الطبيب خاضعا لحالة الاستعجال لا بد أن يقوم بعمل مقارنة بين الخطر الذي يحدق بالمريض والأمل في شفائه ، وتتسم هذه المقارنة بقدر من الاحتمال أو عدم التأكد ، على أساس المقارنة والموازنة بين الأمل في نجاح العلاج وشفاء المريض وبين الخطر ، لذلك يجب ان تقدر خطورة العمل على اساس المتوسط العام لنجاح العمل أو فشله فمسؤولية الطبيب لا يجب أن تنعقد على حالة معينة فقط ، لأنه قد تتغلب احتمالات الفشل على احتمالات النجاح ، فالطبيب حين ممارسته عمله على جسم الإنسان ، لا يقتصر عمله على مجرد أعطاء أدوية للمريض أو وقايته من الأمراض وإنما قد يمتد هذا العمل إلى تدخل جراحي قد يصل إلى مرحلة استئصال عضو من جسم إنسان حي أو بعد وفاته إلى إنسان أخر كما عرفنا ذلك في عمليات نقل الأعضاء البشرية وزرعها أي المساس بالتكامل الجسدي للإنسان .

ومن هذا يمكن تعريف حالة الاستعجال في العمل الطبي " هي ان يصل الإنسان في حالة يغلب الظن فيها أنه معرض للموت والهلاك ، أو أن يعيش مدة غير قصيرة تحت الألم والمرض الطويل [١٩٥] .

أما عن شروط حالة الاستعجال في العمل الطبي فهي [١٩٦]: "

أولا : أن يكون الخطر الذي تعرض له المريض طارئاً يهدد سلامته ويستدعي التدخل الفوري ، والعبرة في ذلك بما يعتقده الطبيب بطبيعة الحال ، فإذا اعتقد الطبيب بأن الحالة من الضرورة بحيث تبرر تدخله كان له التدخل ولا مسؤولية عليه عند ذلك .

ثانيا :- أن تكون المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها المريض عند أجراء العلاج أقل وطأة من الخطر نفسه الذي يهدد حياة المريض .

وهذا يتم من خلال المقارنة والموازنة بين المخاطر المراد تفاديها والإضرار التي وقعت بالفعل ، فلا تتحقق حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر المراد تفاديه أكثر جسامة من الضرر الذي قد يتعرض له [١٩٧] .

---

(١٩٤) د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للطبيب عن افشاء سر المهنة (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ، ١٩٨٧ ، ص٦٠ .

(١٩٥) موفق على عبيد : المسؤولية الجزائية للأطباء في أفشاء السر المهني ، مكتبة دار الثقافة والنشر ، عمان ، ١٩٨٨ ، ص٣٧ .

(١٩٦) د. عبد القادر العاني : زراعة ونقل الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية ، مجلة (سلسة المائدة الحرة) ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٩ ،ص٤٩ .- عادل عبد إبراهيم : المصدر السابق ، ص٤٧ .

ثالثا :- أن يكون العمل الطبي هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض ويستدعي التدخل الفوري .

أي أن مجازفة الطبيب عند قيامه بهذا العمل هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياة المريض ولا يمكن الانتظار والتأني في إيجاد وسيلة أخرى بديلة لما يقوم به من عمل قد يصل حد التدخل الجراحي .

وإذا ما توفرت هذه الشروط السالف ذكرها فأن ما يقوم به الطبيب من علاج فوري يكمن أن يضفي صفة المشروعية على ما يقوم به من تدخلات علاجية أو جراحية على جسد المريض [١٩٨] .

وهذه المشروعية تعتمد على ان الحق في الحياة هو الارجح على غيره من الحقوق كالحق في معصومية الجسد[١٩٩] . ففي اللحظة التي تكون فيها حياة المريض وصحته معرضة لخطر محقق فأنها تعد لحظة العمل الفوري والتلقائي للطبيب دون أنتظار التفكير بعمل أخر لتفادي هذا الخطر .

وبالرغم من أن الفقه قد اكد على هذا الجانب من الأعمال الطبية وأعطاؤها صفة المشروعية ، إلا أن جانباً منهم[٢٠٠] . وقد استند إلى اعفاء الطبيب من المسؤولية حتى عند الحوادث العادية التي تنجم عن مزاولة مهنته ، إنما يرجع إلى حالات الاستعجال حتى لو ترتب على علاجه فقد منفعة للمريض كفقد عضو من أعضاء جسمه ، فالهدف من العلاج هو إنقاذ حياته مهما كانت التضحيات ، ولأن ما قام به الطبيب قد جنبه احتمالا كبيراً لضرر أفدح . ويلاحظ في هذا الصدد بأنه غالبا ما يضرب شراح القانون الأمثلة على ذلك هو حالة الإجهاض الضروري الذي يقوم به الطبيب إنقاذ لحياة الأم يعد حالة من حالات الإجهاض الضروري ، فموت الجنين حفاظاً على حياة الأم من ما كان يهددها والحفاظ على مصلحتها في الحياة كانت هي الغالبة على مصلحة الجنين .

أما الجانب الأخر فأنه أكد على أن الاستناد إلى حالات الاستعجال لا يعفي الطبيب من المسؤولية إلا إذا توفرت شروطها مستجمعة في الحالة أو الواقعة التي تستوجب التدخل السريع لتلافي الخطر الذي يهدد المريض ومن الممكن أن يعفى حتى غير الأطباء من المسؤولية عن الأعمال التي ترغمه حالة الضرورة على القيام بها . ومن الأمثلة على ذلك ما لو قام احد مساعدي الأطباء بأجراء عملية ولادة عسره بغير مساعدة الطبيب في ظروف استثنائية يعد معذوراً على الرغم من أن هذا الشخص غير مرخص له بأجراء هذا النوع من العمليات ، أو قيام الزوج بتوليد زوجته عند حدوث الوضع المفاجئ والذي يضع المرأة الحامل في حالة خطره[٢٠١] .

المطلب الثاني :- أثر رضا المريض في حالة الاستعجال على مسؤولية الطبيب

إذا كان الأصل في العمل الطبي والذي يبيح التدخل الجراحي أحياناً هو الحصول على رضا المريض أو رضا ممثله القانوني ، إلا ان حالة الاستعجال قد سمحت بالتجاوز على مبدأ وجود هذا الرضا في الاحوال التي تكون حالة المريض على درجة من الخطورة بحيث يجد الطبيب نفسه مختاراً بين العمل الطبي الذي قد ينطوي على تدخلاً جراحياً خطرا وبين الموت . أو على الأقل خطرا جسيما يوشك على أن يحد بالمصاب إذا لم يبادر إلى علاجه . بعد أن يقوم بالموازنة والمقارنة بين المخاطر التي يتعرض لها المريض والنتائج التي من المحتمل الحصول عليها . كما في حالة المصاب في حادث ، فالمصاب يخضع لأرادة الطبيب فيما يفرضه من علاج وفق ما تستدعيه حالته من اجراءات كالعلاج بالموجات الكهربائية وتصوير الأشعة والتحاليل المختبرية العاجلة ، بل وما قد يستلزمه الأمر من كشف على موضع الأصابة والآلم والتداخل الجراحي السريع ، فأن مثل هذه الأعمال هي في

---

(١٩٧) د. وجيه الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مكتبة الفارابي ، دمشق ، سوريا ، ١٩٦٩ ، ص٦٤ وما بعدها .

(١٩٨) إبراهيم زكي أخنوخ: حالة الضرورة في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص١٠٤ .

(١٩٩) حسام الدين كامل الأهواني : المصدر السابق ، ص٢٠٣ .

(٢٠٠) د. محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص٢٥٨ . د. ضاري خليل محمود : المصدر السابق ، ص٣٦٨ . د. عمر أبو خطوة : المصدر السابق ، ص٣٢ .

(٢٠١) د. ذنون أحمد الرجبو : النظرية العامة للأكراه والضرورة ، مطبعة مخيمر ، مصر ، ١٩٦٨ ، ص٢٢٧ . د. عبد الحميد الشواربي : المصدر السابق ، ص١٨٥ .

الأصل غير جائزة إلا بعد الحصول على رضا المريض . ولكن الظروف الخاصة التي وقعت فيها تعدل طبيعتها ليست فقط أعمالا جائزة بل أعمالا واجب القيام بها[٢٠٢] .

فالطبيب يمكنه أن يتجاوز عن رضا المريض بغير أن يفكر في المسؤولية ، بل أن حالة الضرورة تخلي الطبيب من المسؤولية عن التجاوز عن رضا المريض إذا اتضح له أن التأخير يقلل فرص النجاح للعملية إذا كانت تستوجب عملية ثانية في الوقت نفسه أي كانت خطورتها وبأية أداة[٢٠٣] .

والعبرة في ذلك أن للطبيب السلطة التقديرية في تقرير حالة المريض ومدى توفر شروط حالة الضرورة ليبرر عمله الطبي وخاصة إذا كان جراحياً . ولكن من الأفضل في هذه الحالة أن يسترشد الطبيب برأي زملاء له أثناء أجراء العلاج حال وجودهم ففي غير ذلك فهو صاحب القرار [٢٠٤].

ومن ذلك نجد أن حالة الاستعجال إذا بررت بعض الأعمال الضرورية التي يقوم بها الطبيب أو الجراح ، فأنها لا تبرر عدم أخذ رضا المريض في العمليات التي تجرى لمجرد الاحتياط ضد خطر مستقبل ممكن ، كعملية استئصال الزائدة الدودية التي تجرى للمريض عادة وهو في حالة عادية من الصحة . ولكن قد تتطور حالته مستقبلا فيما لو اهمل علاجه . ففي هذه الحالة فان مسؤولية الطبيب قائمة ولا تبرر حالته بحالة الضرورة العلاجية التي تنفي مسؤوليته المدنية حتى لو يرافق عمله أي خطأ طبياً[٢٠٥] .

لهذا يمكن القول أن حرية الطبيب في أجراء العلاج الفوري تتحدد في الواقع بحالة الاستعجال وما يسمى بالحالة الطارئة فقط ، إذ لا يملك الأطباء سلطة ألزام على الأشخاص على تقبل العلاج أياً كان نوعه كفحص أبتدائي أو عمل جراحي لأن ذلك يتنافى مع حريتهم وحقوقهم على اجسامهم وحالة الاستعجال ترفع عن الجراح ليس فقط المسؤولية المدنية بل المسؤولية الجنائية أيضاً وهذا ما أشار اليه تقنين آداب المهنة الفرنسي في مادته التاسعة والتي أشارت إلى انه " كل طبيب يواجه مريضاً أو جريحاً في خطر ، أو يخطر ان مريضاً أو جريحاً في خطر ، عليه أن يقدم له المساعدة أو يتحقق من أنه تلقى العناية الضرورية "[٢٠٦] . أما من التشريعات العربية ، فقد اشارت المادة (١٥) من الميثاق المصري لشرف المهنة للطب البشري لسنة ١٩٧٤[٢٠٧] . إلى ضرورة أن يقوم الطبيب بمعالجة المريض خاصة إذا كانت حالته مستعجلة فلا يجوز له الاعتذار عن ذلك إلا لسبب مشروع . وكذلك ما جاء في المادة السادسة من قانون المسؤولية الطبية الليبي[٢٠٨] . والتي بينت حالات التي بموجبها يمكن للطبيب أن يتجاوز فيها رضا

---

(٢٠٢) د. وفاء حلمي أبو جميل : الخطأ الطبي ، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص١٢٠ .

(٢٠٣) د. بسام محتسب بالله : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ، دار الأيمان ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٣٤٢ .

(٢٠٤) د. محمد الخولي : المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الاساليب الحديثة في الطب والجراحة ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٧ ، ص٢١ . وأشار أليه د. سمير عبد السميع الأوذن،المصدر السابق ، ص١٨٧ .

(٢٠٥) د. شريف الطباخ ، د. احمد جلال : موسوعة الفقه والقضاء في الطب الشرعي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ن المركز القومي للأصدارات القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٢٨٧ وما بعدها .

(٢٠٦) أشار اليه د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص١٠٧ .

(٢٠٧) المادة (١٥) من ميثاق شرف المهنة للطب البشري لسنة ١٩٧٤ والتي جاء فيها لا يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة المريض في الحالات المستعجلة فلا يجوز للممارس الاعتذار كما لا يجوز للطبيب الأخصائي رفض معالجة مريض إذا استدعاه ذلك الممارس العام ولم يتيسر وجود اخصائي غيره .

(٢٠٨) المادة (٦) من قانون المسؤولية الطبية الليبي والتي تنص على " أنه يحظر على الطبيب ما يأتي ، معالجة المريض دون رضاه إلا إذا كانت حالته لا تسمح بالتعبير عن ارادته أو كان مرضه مهدداً للسلامة العامة أو معدياً " . أشار أليه د. عبد المنعم داود ، المسؤولية القانونية للطبيب ، دار النشر والثقافة ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص١٠٢ .

المريض وهي حالة الضرورة وحالة السلامة العامة ، أما المشرع العراقي فقد نص على حالة الضرورة في العمل الطبي في المادة (٢/٤١) من قانون العقوبات العراقي[٢٠٩] .

أما في مجال القضاء المقارن فنلاحظ أن غالبية أحكام المحاكم قد صدرت لتلقي المسؤولية على كل شخص وخاصة الأطباء لما يحملون من صفة طبية تؤهلهم للقيام بعملهم وخاصة عند قيامهم بالعمل الطبي الطارئ لانتفاء حالة الضرورة .

ففي القضاء الفرنسي حكمت محكمة (داوي) الفرنسية بالتعويض لأحد المرضى بعد أن أقرت المسؤولية المدنية للطبيب عما أصاب المريض من ضرر وتبين أن حالته لم تكن عاجلة وهي أحد الشروط المهمة التي لابد ان تتوفر عند حالة الضرورة ليقوم الطبيب بواجبه[٢١٠] .

أما القضاء المصري فقد جعل حالات الاستعجال سبباً لإنتفاء المسؤولية حتى لو كان القائم بالعمل من غير الأطباء كالصيادلة مثلا . فقد نصت أحدى المحاكم المصرية بعدم مسؤولية الصيدلي ، على أنه شخص قد حصل على قسط وافر من الثقافة الصحية والعملية من الناحية الطبية إضافة لذلك فأن عمل الصيدلي كان مطابقاً للقانون ، إذ كانت الحالة تستوجب التدخل السريع والاسعاف الفوري ، وأنه يجوز له قانوناً أن يقوم بهذا الأسعاف [٢١١].

وفي حكم أخر لمحكمة النقض المصرية قررت المحكمة فيه أعفاء الطبيب او الجراح من المسؤولية إذا ما أضطر وهو يزاول عمله ، إلى التعرض لأجسام المرضى من اية مسؤولية مادام يقصد من عمله أنقاذ المريض وشفاؤه وهو في وضع لا يستطيع معها إلا أن يتدارك حالة المريض باستخدام أية وسيلة علاجية لتفادي الخطر الواقع على المريض[٢١٢] .

بل أن القضاء اللبناني قد طبق حالات الاستعجال حتى بالنسبة للمصاب بجنون المعالج في مستشفى العصفورية عندما انتابته النزلة الصدرية ، فاتبرى الطبيب لمعالجة هذا المريض دون موافقة ذوي المريض[٢١٣] .

---

(٢٠٩) المادة (٢/٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على حالة الضرورة بقولها " ويعتبر استعمالا للحق .... ١- عمليات الجراحة والعلاج متى أجريت برضا المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاه أيهما في الحالات العاجلة " وهذا يعني أنه لا مسؤولية إذ وقع الفعل استعملا لحق بمقتضى القانون .

(٢١٠) حكم محكمة (داوي) في ١٩٤٦/٧/١٠ ، في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي " راجع السيد (س) أحد الأطباء في مدينة ليل ، حيث كان يشكو من ورم طفيف في الثلث الأعلى من ذراعه الأيسر ، شخص الطبيب المرض بأنه ورم عضلي عادي يضغط على اعصاب المرفق فيؤدي إلى الألم الذي يعاني المريض منه . ونصح المريض بأجراء عملية بسيطة . أكد له بنجاحها ، تبين عند أجراء العملية أن الورم هو ورم خبيث (سرطان) فقام الطبيب باستئصال فوراً دون أخطار المريض أو اخذ موافقته وعندما عرف المريض ما جرى وعلم أن ذراعه أصبحت عاطلة اشتد الغضب به ورفع دعوى التعويض على الطبيب " فقضت محكمة استئناف (داوي) على أن على الطبيب الحصول على رضا مريضه قبل أجراء العملية وهذا التزام تحتمه ضرورة احترام حرية الإنسان وسلامته . وحيث أنه لم تكن هناك ضرورة عاجلة (وحالة مستعجلة تعفيه من المسؤولية ، فأنه يكون قد اقترف خطأ يجعله مسؤولا عن تعويض ما حدث من الضرر) .
أشار اليه د. حسن على الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني (الخطأ) ، مصدر سابق ، ص٥٣٣ .

(٢١١) حكم محكمة جنايات مصر قضية ٤٧٤-١٩٤٥ ، جلسة ١٩٤٧/١١/١١ في قضية تتلخص وقائعها " أن طفلة أصيبت بمرض فعرضت على الطبيب الذي وصف لها الدواء وهو حقن الكالسيوم ، وحدث أن اصيبت الطفلة بنوبه في غير موعد الحقنة فحملها والدها إلى الطبيب فلم يجدوه ، فأخذها إلى أحد الصيالدة =وطلب منه أن يعطيها الحقنة ، وشاء القدر أن تحركت الطفلة في أثناء الحقنة فكسرت الأبرة في جسدها وتوفيت بعد ان فشلت العملية الجراحية في انقاذها " .
أشار اليه :-

- د. عباس علي محمد الحسيني : مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص٥١ . د. محمد فائق الجوهري : المصدر السابق ، ص١٥٣ .

(٢١٢) حكم محكمة النقض المصرية رقم ٣٥ في ١٩٤٤ ، أشار اليه د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص١٠٩ .

أما في العراق فأن القضاء العراقي لم تختلف أحكامه عن الذي جاء به القضاء المقارن من اعتبار حالات الاستعجال سبباً لانتفاء مسؤولية الطبيب بعد حكمها الصادر في أحدى القضايا والتي بموجبها عدت الطبيب مقصراً في أداء واجبه لعدم إجرائه العملية الجراحية لأحد المرضى تداركاً للحالة السيئة وأنقاذاً لحياته فتقرر مسئوليته[٢١٤] .

وفي الوقت الحاضر قد اتسع مجال العمل الطبي بإجراء مختلف العمليات الجراحية وأدقها فلابد للطبيب أن تكون موازنته في العمليات الجراحية الخطرة موازنة غير عادية بما تحقق افضل النتائج للمريض والتي أهمها هو إنقاذ من خطر الموت . ولكن ما هو الحكم لو أجبر المريض الطبيب على أجراء التدخل الجراحي والتي لا تستوجب ذلك ؟

أن رضا المريض لا يغير من طبيعة فعل الطبيب أو صفته فلا يزيل عنه صفة الخطأ إذا كان نتيجة هذا العمل ، أي تبقى لفعل الطبيب صفته الأصلية كما لو لم يكن لرضا المريض وجود . فإذا لم يكن قد رافق عمل الطبيب خطئاً طبياً فلا مجال للحكم على الطبيب بالمسؤولية ، فلا مسؤولية على الطبيب الجراح إذا قام بأجراء عملية جراحية خطرة لم تكلل بالنجاح وأدت إلى موت المريض ، متى كان هذا الطبيب قد اتبع في أجرائها الأصول الفنية التي تقتضي على الطبيب مراعاتها ، أما إذا كان الفعل خاطئاً بحد ذاته ، فأن رضا المريض بإجراء العملية وقبوله مقدماً بالمخاطر التي قد تترتب عليها لا يزيل عن الجراح الصفة الخاطئة التي قد تثبت ، بل أن هذا الخطأ يستمر حتى لو كان المريض قد الح وأجبر الطبيب على إجراء هذا التدخل الجراحي[٢١٥] .

ومن هذا نلاحظ أن الطبيب لا يمكن أن يتخلص من المسؤولية أذا كان عمله الطبي بناءاً على طلب المريض والحاحه على إعطائه علاجاً معيناً أو القيام بعملية جراحية ، مادام المريض غير خاضع لحالة الضرورة التي تستوجب ذلك . فإذا لم يوازن الطبيب بين حالة المريض والخطورة التي يتعرض لها والمنفعة التي من الممكن ان تتحقق حتى لو كان تحقيقها عملاً مؤكداً إلا أن حالته الصحية تسمح بالتريث في إجراء العمل الطبي ، فلا يمكن للطبيب أن يتبع في علاجه ما يقرره المريض من ملاحظات حتى لو كان المريض يعاني من أحد الأمراض المزمنة والتي قد تجعل المريض على دراية ولو بالقليل عن طريقة علاجه . فالطبيب لابد أن يجري بالموازنة الدقيقة ليشخص حالة المريض هل هي من الحالات الملحة والتي تستوجب تدخلاً سريعاً أم لا . ومن هذا يتضح ان حالة الضرورة أن توفرت شروطها من شأنها ان تدفع المسؤولية عن الطبيب في حالة عدم اخذه رضا المريض لقيامه بعمله الطبي سواء كان علاجاً بسيطاً أو تدخلاً جراحياً .

---

(٢١٣) حكم محكمة التمييز اللبنانية في ١٩٥٥/١٢/١٦ ، أشار اليه عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان : المصدر السابق ، ص٣٣٥ .

(٢١٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٧) في ١٩٨١ . في قضية تتلخص وقائعها " أن الطبيب (س) لم يتم باسعاف المريض (م) وإنقاذ حياته عند عدم قيامه بإجراء تدخل جراحي سريع ومستعجل لفتح القصبة الهوائية للمريض ، فصرف وقتاً ضائعاً يقارب الساعتين والنصف في جدل مع الإدارة واهمال المريض ، حيث توفي المريض في نهاية الأمر دون تقديم العلاج في الوقت المناسب .
- القرار غير منشور .

(٢١٥) د . حسن الذنون : المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني (الخطأ) ، المصدر السابق ، ص٥٢٨ وما بعدها . د. علي عبيد الجيلاوي : المصدر السابق ، ص٢٠٩ ، وما بعدها .

المبحث الرابع : في نطاق الأعمال الطبية الإجبارية

ان ممارسة حق الإنسان على جسده لابد ان يكون في إطار من احترام المصلحة العامة والنظام العام بكل ما يتضمن من قيم ومبادئ راسخة .

فلا يمكن أن يعطى الفرد السلطة المطلقة في أن يخضع للعلاج أو لا يخضع له ، وقتما أراد وكيفما أراد ، فالفرد لا يعيش منعزلاً عن الآخرين فلابد أن ترجح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لكي تسبغ على بعض الأعمال الطبية صفة المشروعية رغم تخلف رضا المريض ومن هذه الاعمال هي الأعمال الطبية الأجبارية كاجراءات الوقاية الصحية والتطعيمات الإجبارية وهذا ما سنتناوله في مطلبين ، نخصص الأول لبيان مفهوم الأعمال الطبية الإجبارية ،أما المطلب الثاني فسنتناول فيه اثر رضا المريض في الأعمال الطبية الإجبارية على مسؤولية الطبيب .

المطلب الأول : مفهوم الأعمال الطبية الإجبارية

المبدأ السائد في أي نظام قانوني أن من واجب الهيئة الاجتماعية أن تعنى بحماية الناس من التعرض لما يخل بالمصلحة الاجتماعية ، لا سيما في المجالات الصحية لما لها من تأثير مباشر على المجتمع ، لذا وجدنا في كثير من الأعمال الطبية التي يهدر فيها مبدأ رضا المريض تحقيقاً للمصلحة العامة ، واتقاء الامراض والأوبئة تفوق كل مصلحة خاصة للفرد في عدم الخضوع للتدخل الطبي . ولعل من مظاهر هذه الأعمال والتي تعد من إجراءات الوقاية الصحية هي فحوصات تقصي الأمراض المبكرة والتي من خلالها يمكن تلافي الأمراض الفتاكة والتي قد تبدأ بفرد أو مجموعة أفراد لتنتهي بوباء قد يقضي على المجتمع . كذلك حالة التطعيم الإجباري التي تكون فيها الوقاية منها اقل تكلفة من علاجها ، كالتطعيم ضد مرض الدفتريا وشلل الأطفال والجدري ، أو القيام بهذه الأعمال على فئة معينة من الأشخاص يكونون أكثر من غيرهم عرضة لنوع معين من الأمراض والأوبئة . ومن ذلك مثلاً رجال الجيش الذين يخضعون ألزاماً لفحص السلامة الجسدية والتثبيت من صحة البدن وخلوها من الأمراض المعدية كالإيدز أو الكوليرا غيرها[٢١٦] .

بل والأكثر من ذلك فأن انخراطهم في سلك الجندية يفقدون مالهم من حقوق على اجسادهم بحيث يصبح رضاهم غير لازم فيما تتطلبه حالتهم من أنواع العلاج والتضحية بالحياة فالحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة والمجتمع من خطر الأعداء وحماية الوطن[٢١٧] .

ولعل من أهم هذه الإجراءات هو الطب المدرسي والفحوصات التي تسبق الزواج ، إضافة إلى الفحوصات التي تشترط على المتقديمن للعمل في بعض المؤسسات فالطب المدرسي أهم وظائفه هو تلافي نوعاً معيناً من الأمراض التي قد تنتشر بين التلاميذ في المدارس ، فقد يكون الطلاب من بيئات مختلفة ، قد تفتقر أحداها الى الخدمات الصحية الوقائية الحديثة أو بعدها عن مراكز المدن مما يساعد على أن تكون بيئة خصبة لأنتشار الأمراض المعدية ، فالطب المدرسي وسيلة الغرض منها هو استقصاء الأمراض مبكراً قبل ظهور اعراضها على التلاميذ والوقاية من تفشي الأوبئة والخطر القائم بين أفراد تجمع من التجمعات ، وإلى ذلك أشار قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ حين أكد على ضرورة إجراء الفحوصات الوقائية للطلاب في المدارس وللمتقدمين لها في أية مرحلة إضافة للمسوحات الطبية الدورية[٢١٨] .

---

(٢١٦) د. حسن مجدي خليل : المصدر السابق ، ص١١٣ .

(٢١٧) د. حسن زكي الابراشي : المصدر السابق ، ص٣٠٧ ، د . منذر الفضل : المصدر السابق ، ص١٢٣ .

(٢١٨) نصت المادة (٩) الفقرة (٢) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ على " تقديم خدمات صحية وقائية للأطفال والتلامذة والطلبة والعاملين معهم "

- المادة (١٠) فقرة ٢/أ) والتي نصت " إجراء الفحوص الطبية للمتقدمين إلى دور الحضانة ورياض الأطفال والمدراس والمعاهد والكليات " .
- المادة (١٠) فقرة (٢/ب) " إجراء التلقيحات الابتدائية لمن لم يلقح سابقاً والتنشيطية في دور الحضانة ورياض الأطفال والمدارس والمعاهد والكليات " .
- المادة (١٠) فقرة (٣) " إجراء الفحوص والمسوحات الدورية للتأكد من سلامة التلامذة والعاملين معهم وخلوهم من الأمراض " .

أما شهادة قبل الزواج فهي شهادة يتطلبها القانون[٢١٩] . فلا بد أن يرفق بالبيان المقدم من قبل المقدمين على الزواج تقريراً طبياً يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية وذلك للقضاء على الأمراض المعدية التي قد تنتقل فيما بعد الى ذريتهما والتي كانت هذه الأمراض فيما مضى سبباً لأصابة الكثير من الأزواج واطفالهما بهذه أمراض الفتاكة والخطرة ، ولم يشترط في هذا التقرير الطبي خلو الزوجين من أمراض معينة وسلامتهما منها أو على سبيل الحصر لأن ما يكتشف كل يوم من الأمراض المعدية ما يجعل هذا التقرير شاملا لكل هذه الأنواع والتي قد تكون في حينها غير معروفة كمرض (الإيدز) الذي اصبح أشد خطراً وفتكاً بالناس من السرطان رغم خطورته .وأخيرا ما اشترطته بعض القوانين على المتقدمين للعمل في بعض المؤسسات من فحوصات طبية تصدر من جهات مختصة تؤيد سلامتهم وخلوهم من الامراض . وهذا ما جاء في قانون العمل العراقي لسنة ١٩٨٧[٢٢٠] .

وعلى هذا لابد أن تجري هذه الفحوصات بطريقة جدية وبعيدة عن التحايل عليها وتطبيقها شكلياً[٢٢١] .

فالمشرع العراقي قد أعتبر إجراء مثل هذه الفحوصات الطبية الوقائية من الشروط الواجب مراعاتها عند تقديم بيان الزواج للمحكمة لغرض التسجيل وعلى هذا فلا يمكن أن تسجل معاملة الزواج إذا كانت تفتقر إلى هذا الشرط أي عند رفض الزوجين الخضوع لهذا النوع من الفحص الطبي[٢٢٢] .

كذلك وحرصاً من بعض الدول التي تستقبل العديد من الاجانب للعمل أو السياحة أو لأقامة الشعائر الدينية ، أن تفرض هذه الدول بعض الإجراءات الوقائية والتي تكون أجبارية كالتطعيمات على القادمين أليها حرصاً على عدم انتشار بعض الأوبئة الفتاكة والتي قد تكون متوطئة في دولهم ومن ثم أثبات هذا التطعيم في شهادة صحية عند خلوه . وقد اشار إلى هذا قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ ، والقانون المصري الخاص بالاحتياطات الوقائية من الامراض المعدية رقم (١٢٧) لسنة ١٩٥٠[٢٢٣] .

---

(٢١٩) نصت المادة (١٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ " يرفق البيان بتقرير طبي يؤكد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون " . وقد بينت التعليمات الصادرة بموجب تقرير وزارة الصحة الصادرة في١٩٦٠/٨/٧ .

أ-الموانع الصحية الواردة في المادة (العاشرة) من القانون المذكور وهي :-
١- الأمراض التناسلية السارية
٢- الجذام .
٣- التدرن الرئوي في حالته الفعالة .

ب-العقلية :-
١- تشمل الأمراض والعاهات العقلية .
٢- على جميع الأطباء أتباع ما جاء في هذه التعليمات .

(٢٢٠) نص المادة (٩١) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٧٠ " يشترط لتشغيل الحدث ثبوت لياقته البدنية وقدرته الصحية بموجب شهادة طبية صادرة عن جهة مختصة .

(٢٢١) د. أحمد الكبيسي : الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، الزوج والطلاق واثارهما ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص٥٧ وما بعدها .

(٢٢٢) د. احمد الكبيسي : المصدر السابق ، ص٥٨١ .

(٢٢٣) نص المادة (٣١) من قانون الصحة العامة العراقي رقم (٨٩) لسنة١٩٨١ " على معهد الأمراض المتوطنة والمديريات التابعة له فحص الوافدين إلى القطر للعمل ، للتأكد من خلوهم من الأمراض الانتقالية والأمراض المتوطنة في القطر وتزويدهم بشهادات تثبت سلامتهم .

- نص المادة (٥١) للجهة الصحية بموافقة الوزير أو من يخوله ، عند علمها بوجود أي مرض انتقالي أو متوطن أو الاشتباه بوجوده ، الحق في دخول دور السكن والمحلات العامة أو أي مكان أخر لغرض التفتيش الصحي والكشف على الأشخاص للتأكد من خلوهم من المرض ولها الحق في أخذ نماذج للتحليل المختبري من الملامسين للمريض أو المشته بهم ورش مبيدات الآفات والمواد الكيمياوية بأنواعها داخل الدور والشقق والعمارات السكنية .... " .

المطلب الثاني : أثر رضا المريض في الأعمال الطبية الإجبارية على مسؤولية الطبيب

بعد أن اوضحنا أن هذه الأعمال تتصف بالمشروعية بوصفها نوعاً من الإجراءات الوقائية الغاية منها تحصين المجتمع ضد أي من الأمراض والأوبئة وفي هذه الاعمال لا يكون للرضا أي قيمة قانونية في ممارسة هذا العمل الطبي ، وذلك استجابة لمقتضيات المصلحة العامة .

فان المشروعية التي اتصف بها جعل من الرضا الذي هو شرط للقيام بالعمل الطبي حال توفره او تخلفه عديم الأثر فهذا العمل والمتمثل بالإجراءات الصحية والوقائية واجبة التطبيق وواجبة الخضوع له من قبل الأفراد . خاصة بعد تأكيد القوانين على ضرورة التأكيد من صلاحية المواد الطبية المستخدمة كاللقاحات والمواد االكميائية المختبرية وكيفية صناعتها . إذا كانت من المواد التي تجهز من داخل البلد أو إذا كانت من المواد المستوردة ، والأشراف على خزن هذه المواد وتجهيزها بعد خضوعها للفحص من قبل المختبرات المركزية ومراكز السيطرة النوعية[٢٢٤] .

وأن ما معمول به في العراق هو تخصيص مراكز مختبرية خاصة تكون تابعة لوزارة الصحة وعن طريق لجان طبية متخصصة تقوم بفحص اللقاحات المستوردة للعراق وبعد التأكد من صلاحيتها توزع إلى مراكز الوقائية في المحافظات والتابعة لدوائر الصحة العامة وتقوم هذه المراكز إيضاً وعن طريق لجان متخصصة التأكد من مدى مطابقة هذه اللقاحات للمواصفات المطلوبة من قبلها ثم القيام بتخزينها بطريقة علمية من شأنها أن تحافظ على صلاحيتها للغرض المطلوب[٢٢٥] .

ولكن ما هو الحكم لو أخطأ الطبيب المحلل في تحليل دم أحد الزوجين أو كلاهما لغرض أكمال معاملة الزواج ؟ وما هو الحكم لو رفض الزوجان الخضوع إلى هذا النوع من الفحوصات ؟

أن التزام الطبيب المحلل يدخل في إطار تحقيق النتيجة وهي ان يقدم تقريراً واضحاً يبين سلامة التحليل ودقته من خلال بيان النتائج التي توصل أليها عن طريق استخدام الأجهزة المختبرية والمواد الكيميائية المعدة لهذا الغرض . فتقوم مسئولية الطبيب

- نص المادة (٥٢) : عند الاشتباه بأي شخص كونه حاملاً لمسبب مرض أو انه في دور حضانة أحد الأمراض الانتقالية بما فيها الأمراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية فاللجهة الصحية الحق في اتخاذ التدابير الكفيلة لمراقبته أو عزله او حجره لغرض فحصه للتأكد من خلوه من الميكروبات المرضية ومعالجته عند ثبوت كونه حاملاً لهذه الميكروبات أو مصاباً بالمرض لحين سلامته منه " .
- كما اشار لذلك ، القانون المصري والخاص بالاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض المعدية رقم (١٢٧) لسنة ١٩٥٠ ، والذي نص في هذه المادة " على القيام بالإجراءات الوقائية دون رضا المريض واخبار السلطات والجهات الصحية بذلك " .
- المادة (٤٤) من القانون ذاته " ضرورة حجر المصابين بالأمراض العقلية دون رضاه " . =

=أشار اليه د. عبد الحميد الشواربي : المصدر السابق ، ص٢٥٥ .

(٢٢٤) المادة (٢٧) من قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ والتي نصت " لمديرية الوقاية الصحية الموافقة استثناءً على اخراج المواد الخاضعة للفحص المختبري من حوزة الكمارك قبل منح اصحابها الشهادة الصحية المنصوص عليها في المادة (٢٦) من هذا القانون بكفالة مصدقة من الكاتب العدل بعدم التصرف بها ويتم خزنها بأشراف مباشر من الجهة المختصة ويختم محل الخزن بالشمع الأحمر لحين ظهور نتيجة الفحص المختبري " .

(٢٢٥) بعد الاستفسار عن المركز الوقائي الانتقالية والتابع لدائرة صحة الديوانية تم التأكد من عدم وجود أي حالة مرضيه عارضة نتيجة وجود اللقاح الفاسد لدقة الإجراءات المتبعة لأستلام هذه المواد والتأكد من صلاحيتها ، إلا حالة واحدة لعام ١٩٨٢ وهو قيام شركة فرنسية بتجهيز المختبرات التابعة لوزارة الصحة الرئيسي باللقاحات كانت تحتوي على نوع من الفايروسات التي تؤدي إلى اصابة الأشخاص بمرض الإيدز ، وبعد كشف هذا اللقاح ابتدأ عند الفحص الأولي من قبل المختبرات الرئيسية تم رفع دعوى قضائية على هذه الشركة لقيام مسؤوليتها والمطالبة بالتعويض ، ولتعذر الحصول على رقم الدعوى من قبل وزارة الصحة تمت الأشارة البسيطة إلى هذا الموضوع .

المحلل بمجرد ثبوت خطأ في التحليل من شأنه أن يؤدي إلى الضرر بالمريض مستقبلاً ، خاصة إذا ثبت أن هذا الخطأ نتيجة عدم سيطرة ودراية الطبيب الكافية بكيفية استخدام الأجهزة الحديثة وكيفية تركيب المادة الكيميائية التي تظهر نتيجة التحليل[٢٢٦] .

فالتحليل قد يحدد مصير كثير من الأشخاص المعرضين لأكتساب الأمراض أو الأشخاص المصابين بالمرض ، ومن ثم ينطوي على خطورة أكيدة للشخص المقدم على الزواج ، فلا يجوز أن يقوم به إلا طبيب متخصص ومتمرس في كيفية استخدام الأجهزة الحديثة أو شخص قد حصل على احدى الشهادات الطبية التي تمكنه من ممارسة هذا النوع من الأعمال الطبية ولديه أجازة رسمية قانونية بفتح المختبر الطبي لأجراء التحاليل المختبرية[٢٢٧] .

ومن هذا نلاحظ أن المحلل يسأل عن خطئه وكذلك عن الإضرار التي لحقت بالمريض ، لأن كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض ، فيجب على الطبيب أن يتوخى الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة ، فأن قصر أو اهمل في هذه الأصول والقواعد المتفق عليها وترتب على ذلك خطأ في عمله القائم به يكون مسؤولاً عن خطئه ويندرج عمل تحت نصوص المسؤولية الواردة في القوانين والأنظمة الخاصة وهذا ما اشار اليه القانون الفرنسي الخاص باخلاقيات المهنة في المادة (٦٣) منه[٢٢٨] .وما جاء في القانون الليبي الخاص لمسؤولية الطبية لسنة ١٩٨٦[٢٢٩] . أما المشرع العراقي فأنه لم يشر إلى المقصود بالأصول المهنية لمهنة الطب وما يندرج تحتها من اعمال طبية لتحديد المسؤولية عند مخالفة هذه الأصول إلا أنه أشار إلى ان الطبيب ملزم بعدم الخروج عن القواعد الطبية المتعارف عليها في الوسط المهني فإذا ما خرج عنها وأظهر جهلاً باصول فن الطب وأهمل أهمالاً من غير المألوف صدوره عن طبيب استحقت مسئوليته ، وهذا ما اشار اليه قانون نقابة الأطباء لعام ١٩٨٤[٢٣٠] . أما في حالة رفض الزوجين الخضوع إلى هذا النوع من الفحص الطبي فلا يمكن أن يستوفي عقد الزوج الشروط الشكلية كاملة وبذلك لا يمكن ان يسجل هذا العقد من قبل المحكمة المختصة لافتقاره لهذا الشرط . خاصة إذا كان القانون قد اشترط التسجيل وفقا لشروط محددة من ضمنها الفحص الطبي[٢٣١] . أما في حالة قيام الزوجين بالخضوع بالفحص الطبي وتبين بعد الفحص

---

(٢٢٦) عمر عبد المجيد مصبح : المصدر السابق ، ص١٤٥ .د. سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، المصدر السابق ، ص٤٠٠ .

(٢٢٧) د. مجدي حسن خليل : المصدر السابق ، ص٨٥ .

(٢٢٨) جاء في المادة (٦٣) من قانون اخلاقيات مهنة الطب الفرنسي مفاده (أن الطبيب يجب دائما أن يخضع تشخيصه بعناية أكثر وأن يستخدم في ذلك الطرق العلمية الأكثر تخصصاً ودقة ووضوحاً) .

(٢٢٩) القانون الليبي رقم (١٧) لسنة ١٩٨٦ الخاص بالمسؤولية الطبية والتي نصت على ما يلي " توخي الدقة والالتزام بالاصول العلمية الثابتة المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة .

أنظر تفصيل ذلك :-

- عمر عبد المجيد مصبح : المصدر السابق ، ص٧٤ ، وما بعدها .

(٢٣٠) اعتبر قانون الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ في الفقرة (١) من المادة (٢٢) مخالفة القوانين والأنظمة والتعليمات والأوامر وقواعد السلوك المهني أعمالا ممنوعة تعرض الطبيب المخالف إلى العقوبات الواردة فيه أو أحالته إلى المحاكم المختصة من قبل لجنة الانضباط إذ كون فعله جريمة . =

=كما نصت المادة (٤١١) فقرة (٢) من قانون العقوبات العراقي لسنة ١٩٦٩ على (تكون العقوبة بالحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على خمسمائة أو بأحدى هاتين العقوبتين إذ وقعت جريمة نتيجة أخلال الجاني إخلالا جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته .....) .

ونصت المادة (٤١٦) فقرة (١) من القانون ذاته على " كل من أحدث بخطئه أذى أو مرضاً باخر بأن كان ذلك ناشئاً عن أهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسين دينارا أو باحدى هاتين العقوبتين ..... " .

(٢٣١) د. أحمد الكبيسي : المصدر السابق ، ص٥٥ ، وما بعدها .

- أشار قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى الشروط التي لابد من استيفائها لتسجيل عقد الزواج في المحكمة في المادة (١٠/م) منه " يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم خاص وفقا للشروط الآتية : يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون " .

اصابة أحدهما باحد الامراض المعدية ، فلا بد أن يخض للفحص والعلاج الدوري ، وفي حالة امتناعه للخضوع للعلاج أو خالف تعليمات الطبيب المعالج أو انقطع عن العلاج وهو لا يزال في حالة تجعله قابلا لأن ينقل المرض للغير ، فأنه يجب على الطبيب أن يخطر الجهات الصحية ، وهذه بدورها تنذر المريض بضرورة معالجة نفسه وأن يقدم لها شهادة بتمام الشفاء فإذا لم يفعل جاز لها ان تتولى فحصه على الرغم منه وأن تحجزه إذا استدعى الامر في مستشفى يعالج فيه[٢٣٢] .

ومن هذا نلاحظ أنه وبرغم مشروعية هذه الأعمال عند عدم توفر رضا المريض إلا ان الطبيب المحلل لا يعفى من المسؤولية عند وجود الخطأ والذي قد ينتج عنه ضرر لأن فحص الدم المختبري هو ألتزام بنتيجة وليس التزاماً بعناية ، فأن مجرد ظهور نتيجة التحليل وبفصيلة مغايرة للفصيلة الحقيقية للشخص يعد هذا بحد ذاته خطأ يستوجب المسؤولية .

المصادر

المصادر باللغة العربية :

القرآن الكريم

أولا : الكتب والمؤلفات :

١- إبراهيم زكي أخنوخ: حالة الضرورة في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
٢- د. أحمد الكبيسي : الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، الزواج والطلاق واثارهما ، الجزء الأول ، بغداد ، ١٩٩٠ .
٣- أحمد المصري : الأحوال الشخصية ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٤- د.أحمد جلال ، شريف الطباخ : موسوعة الفقه والقضاء في الطب الشرعي ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠٠٥ .
٥- د. أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب وإرادة المرفق الصحي العام ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وفي القضاء الكويتي والمصري والفرنسي ، الكويت ، ١٩٨٣ .
٦- أسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ، بدون مكان طبع ، ١٩٦٦ .
٧- بسام محتسب بالله : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ، دار الأيمان ، بيروت ، ١٩٨٤ .
٨- د. جابر محجوب علي : الرضا عن الغير في الأعمال الطبية ، (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٩- د. حامد الزيادي : الاحياء (النظرية) ، الجزء الأول ، بغداد ، ، بدون سنة طبع .
١٠- د. حسام الدين كامل الأهواني : الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، بدون مكان وسنة طبع .
١١- حسن عكوش : المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
١٢- د. حسن علي الذنون :-
-المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، بغداد ، ١٩٩١ .

-المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الثاني ، الخطأ ، بغداد ، ٢٠٠١ .

١٣- د. حسن عودة زعال : التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ، (دراسة مقارنة) ، مكتبة الثقافة والنشر ، عمان ، ٢٠٠١ .
١٤- د. حسيب محمد الجدع : رضا المجني عليه وأثاره القانونية (دراسة مقارنة) ، القاهرة ، ١٩٨٣ .
١٥- حسين عامر : المسؤولية المدنية ، التقصيرية والعقدية ، الطبعة الأولى ، مصر ، ١٩٥٦ .
١٦- د. حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ، بدون مكان طبع ، ١٩٧٨ .
١٧- د. ذنون أحمد الرجبو : النظرية العامة للأكراه والضرورة ، مطبعة مخيمر ، مصر ، ١٩٦٨ .
١٨- د. راجي التكريتي : السلوك المهني للأطباء ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٠ .
١٩- د. رمسيس بهنام :-
-النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشأة المعارف الطبعة الثانية ، الاسكندرية ، ١٩٧١ .

---

(٢٣٢) د. محمد فائق الجوهري ، المصدر السابق ، ص٢٦٦ .

٢٠- د. رمضان أبو السعود : الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني ، الدار الجامعة للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة طبع .
٢١- د. رؤوف عبيد :
-مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٦٢ .

-السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الرابعة ، القاهرة ، ١٩٦٧ .

٢٢- د. سلمان مرقس :الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ، المجلد الثاني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٢٣- سمير عبد السميع الأون : مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعيهم (مدنيا ، جنائياً ، وأدرايا) منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٢٤- د. شاب توما منصور : القانون الأداري ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة دار العراق للطباعة والنشر ، ١٩٧٩ ، ١٩٨٠ .
٢٥- شامل رشيد الشيخلي : عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٤ .
٢٦- صالح جمعة حسن الجبوري : الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون ، (بحث مقارن) ، الطبعة الأولى ، بيروت ، ١٩٧٦ .
٢٧- د. عباس علي محمد : مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، عمان ، ١٩٩٩ .
٢٨- عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، (الحق) ، مطبعة جامعة الكويت ، ١٩٧٠ .
٢٩- د. عبد الرزاق السنهوري :الوسيط ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ .
٣٠- عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٣١- عبد السلام التونجي : المسؤولية المدنية الطبية في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي ، حلب ، ١٩٥٦ .
٣٢- عبد القادر الفار : مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) ، كلية الحقوق ، جامعة العلوم التطبيقية ، ١٩٩٨ .
٣٣- عبد المجيد الحكيم : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، جامعة بغداد ، ١٩٨٦ .
٣٤- د. عبد المنعم محمد داود : المسؤولية القانونية للطبيب ن دار النشر والثقافة ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٣٥- عصام أحمد محمد : النظرية العامة للحق في سلامة الجسم ، دار الطباعة الحديثة ، الجزء الثاني ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٣٦- د. عصمت عبد المجيد بكر : الاحكام القانونية لرعاية القاصرين ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٣٧- د. علي حسين الخلف : الوسيط في شرح العقوبات النظرية العامة ، الطبعة الأولى ، بغداد ، ١٩٦٨ .
٣٨- علي حسين نجيده : ألتزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
٣٩- د. فرج صالح الهريش : موقف القانون من التطبيقات الحديثة ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، محرانة ، ليبيا ، ١٩٩٦ .
٤٠- د. فوزية عبد الستار : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
٤١- نزيه المهدي : الالتزام قبل التعاقدي بالأدلاء بالمعلومات ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
٤٢- مجدي حسن خليل : مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٤٣- د. محسن عبد الحميد ابراهيم : نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، مطبعة الجلاء ، المنصورة ، ١٩٩٣ .
٤٤- محسن ناجي : شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ .
٤٥- محمد أبو زهرة : الولاية على النفس ، معهد الدراسات العربية العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٤٦- د. محمد الخولي : المسؤولية القانونية للطبيب ، دار النشر والثقافة ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٤٧- محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
٤٨- محمد عبد الغريب : التجارب الطبية والعلمية ، مطبعة أبناء وهبه ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
٤٩- محمد كامل حمدي : الولاية على المال ، الجزء الأول ، الاحكام الموضوعية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٥٠- محمود أبراهيم اسماعيل : شرح قانون العقوبات المصري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
٥١- د. محمود نجيب حسني : أسباب الإباحة في التشريعات العربية ، معهد الدراسات العربية ، ١٩٦٢ .
٥٢- د. مصطفى العوجي : المسؤولية الجنائية ، القانون الجنائي العام ، الجزء الثاني ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٥ .
٥٣- مصطفى مرعي : المسؤولية المدنية في القانون المصري ، الطبعة الثانية ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٤ .
٥٤- د. منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠٠٠ .
٥٥- منير رياض الخاني : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٩ .
٥٦- منير رياض حنا : المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة ، دار المطبوعات الجامعة ، مكتبة النهضة ،الاسكندرية ، ١٩٨٩ .

٥٧- موفق على عبيد : المسؤولية الجزائية للأطباء في أفشاء السر المهني ، مكتبة دار الثقافة والنشر ، عمان ، ١٩٨٨ .
٥٨- د. وجيه الزحيلي : نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي ، مكتبة الفارابي ، دمشق ، سوريا ، ١٩٦٩ .
٥٩- د. وفاء حلمي ابو جميل : الخطأ الطبي ، دراسة تحليلية فقهية وقضائية ، في كل من مصر وفرنسا ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

ثانياً :- الرسائل والبحوث القانونية

١- أبراهيم حمادي الحلبوسي :الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، (دراسة قانونية مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٢ .
٢- د. أبراهيم الصياد : حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ١٩٨١ .
٣- د. أحمد ابراهيم : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، تصدر عن جامعة الأزهر ، المجلد العشرون ، مطبعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٤٨ .
٤- د. أحمد شرف الدين : الضوابط القانونية لمشروعية زرع الأعضاء البشرية ، مجلة المحامي ، تصدر عن نقابة المحامين الكويتين ، السنة الرابعة ، العددان السادس والسابع ، ١٩٧٩ .
٥- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث (دراسة تحليلية مقارنة) لمشروع نقل وزرع الأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٩ .
٦- أحمد محمود سعد : مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٣ .
٧- د. أسامة قايد : المسؤولية الجنائية للطبيب عن افشاء سر المهنة (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ، ١٩٨٧ .
٨- أواز سليمان دزه بي : الالتزام بالإدلاء بالمعلومات عند التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
٩- إيناس طارق عباس النقيب : المسؤولية الجنائية للمستشفيات الأهلية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
١٠- جابر مهنا شبل :مدى مشروعية نقل وزرع الاعضاء البشرية ، دراسة قانونية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ .
١١- د. جسام علي سالم : نقل الأعضاء البشرية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الأول والثاني ، جامعة الاسكندرية ، ١٩٩٥ .
١٢- د . حسن أبو النجا : مسؤولية الصيدلي المدنية عن تنفيذ التذكرة الطبية ، (طبيعة المسؤولية وحالاتها) ، مجلة المحامي ، جمعية المحامين الكويتية ، ١٩٨٩ .
١٣- حسن المرصفاوي : الأجهاض في نظر المشرع الجنائي ، بحث منشور في المجلة الجنائية ، المجلد الأول ، العدد الثالث ، الاسكندرية ، ١٩٥٨ .
١٤- د. حسن زكي الأبراشي : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٥١ .
١٥- د. حسن عودة زعال : الحماية الجنائية للإنسان من التجارب الطبية ، مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، كلية القانون ، العدد السادس ، ١٩٨٩ .
١٦- خلود سامي ال معجون : النظرية العامة لأباحة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٤ .
١٧- ريم بن يوسف : جريمة القتل بدافع الرحمة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
١٨- د. سعيد عبده : القتل بدافع الرحمة ، مجلة العربي ، عمان ، العدد (٢١١) ، ١٩٧١ .
١٩- سمير أورفلي : مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجملية ، مجلة رابطة القضاء المغربية ، لسنة(٢٠) ، ١٩٨٤ .
٢٠- سميرة عايد الديات : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، رسالة دكتوراه ، عمان ، ١٩٩٩ .
٢١- شعبان أبو عجيلة : المسؤولية الجنائية للطبيب عن استخدام الاساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، رسالة ماجستير ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .
٢٢- د . ضاري خليل محمود :-
أ-رضا المجنى عليه في القانون الجنائي المقارن ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ .

ب-الأساس القانوني لأباحة النشاط الطبي ، مقال منشور في مجلة العدالة ، مجلة تصدرها وزارة العدل ، بغداد ، العدد (٤) السنة الرابعة ، ١٩٧٨ .

٢٣- عادل عبد أبراهيم : حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٧ .
٢٤- عامر قاسم أحمد : المسؤولية المدنية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٤ .
٢٥- عبد الحميد عثمان عبد المجيد : التطور وازمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء ، مجلة العدالة ، تصدر عن وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف ، أبو ظبي ، العدد (١٧) ، ١٩٧٨ .
٢٦- عبد الرحمن عبد الرزاق داود الطحان : مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية دراسة مقارنة نظرية وعلمية ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ .
٢٧- عبد الرحمن محمد هاشم : المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ .
٢٨- د. عبد القادر العاني : زراعة ونقل الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية ، مجلة سلسة المائدة الحرة ، بيت الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٩ .
٢٩- د. عبد حومد : المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، ١٩٨١ .
٣٠- د. علي عبيد الجيلاوي : رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية ، رسالة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد ، ١٩٨٨ .
٣١- عمر عبد المجيد : المسؤولية الجنائية للطبيب عن خطئه في التشخيص ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .
٣٢- د. عمر فاروق الفحل : زراعة الأعضاء والقانون ، بحث منشور في مجلة المحامون ، تصدرها نقابة المحامين ، سوريا ، السنة(٥٣) ، العدد(٧،٨،٩) ، ١٩٥٣ .
٣٣- غسان جميل الوسواسي : حدود مسؤولية الأطباء عن أخطائهم في الشريعة والقانون ، مجلة العدالة ، العدد الأول ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٩٠ .
٣٤- قاسم رضا علق : مسؤولية الطبيب عن خطئه جزئياً ، المعهد القضائي ، بغداد ، ١٩٩٢ .
٣٥- محمد سعيد رمضان البوطي : انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان أخر حياً أو ميتاً ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثالث ، الجزء الأول ، ١٩٨٨ .
٣٦- د. محمد صبحي نجم : رضا المجنى عليه وأثره على المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠١ .
٣٧- محمد علي النجار : مسؤولية الأطباء ، مجلة الأزهر ، جامعة الأزهر ، المجلد ٢٠ ، القاهرة ، ١٩٤٨ .
٣٨- د. محمد نعيم ياسين : حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية ، مجلة الحقوق الكويتية ، نقابة المحامين الكويتية ، السنة ١٢ ، العدد ٣ ، ١٩٨٨ .
٣٩- د. محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٥١ .
٤٠- منصور مصطفى منصور : حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق والشريعة ، العدد الثاني ، بدون مكان طبع ، ١٩٨١ .
٤١- د. هاني الجبير : الأذن في العمل الطبي ، جده ، السعودية ، ٢٠٠٤ .
٤٢- هدى سالم الاطرقجي : مسؤولية الطبيب الجزائية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠١ .
٤٣- هيثم حامد خليل المصاروه : عمليات زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة في القانون المدني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ١٩٩٩ .
٤٤- د . وجيه خاطر : نقل وزرع أعضاء الجسم البشري ، مجلة المحامون ، نقابة المحامون السورية ، العدد (٧ ، ٨ ، ٩ ،) ، ١٩٥٣ .
٤٥- وصفي أبو الذهب : تعليقات على الاحكام الاجنبية ، مجلة أدارة قضايا الحكومة ،تصدر عن أدارة قضايا الحكومة لنشر البحوث القانونية والاحكام والوثائق ، السنة السابعة ، العدد ٢ ، ١٩٧٤ .

ثالثاً " القوانين والتعليمات

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .
٣- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .
٤- قانون العقوبات العسكري العراقي لسنة ١٩٤٠ المعدل .
٥- الدستور العراقي المؤقت ١٩٧٠ . (الملغى) .
٦- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ .
٧- قانون مصارف العيون العراقي رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ .

٨- قانون زرع الأعضاء البشرية العراقي رقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ .
٩- قانون الصحة العامة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ .
١٠- قانون العمل العراقي رقم (٧٤) لسنة ١٩٨٧ .
١١- قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ .
١٢- قانون نقابة الأطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٥ .
١٣- قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لسنة ١٩٣٣ .
١٤- تعليمات السلوك المهني للأطباء من قانون رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ .
١٥- الدستور المصري لسنة ١٩٧١ .
١٦- القانون المصري الخاص ببنك العيون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦٢ .
١٧- ميثاق شرف المهنة للطب البشري المصري لسنة ١٩٧٤ .
١٨- القانون السوري الخاص بنقل وغرس أعضاء جسم الإنسان رقم (٣١) لسنة ١٩٧٢ .

رابعاً :- مراجع القرارات القضائية

١- مجلة إدارة قضايا الحكومة : تعليمات على الأحكام الأجنبية ، السنة السابعة ، العدد (١) ،١٩٥٨، العدد الثاني (٢) ، ١٩٦٣ .
٢- قرارات محكمة تمييز العراق ، المكتب القانوني ، ٢٠٠٠ .
٣- مجموعة الأحكام النقض ، جنائي ، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية ، السنة (٩) .
٤- النشرة القضائية العراقية ، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تميز العراق ، العدد (٢) ، السنة الرابعة .
٥- الموسوعة الجنائية ، الجزء الرابع ، ١٩٥٠ .
٦- مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض المصري ، السنة (٩) .
٧- مجلة ديوان التدوين القانوني ، تصدر عن ديوان التدوين القانوني ، وزارة العدل ، العراق ، رقم ١٧٥ ، لسنة ١٩٧٣ .

خامساً : القرارات غير المنشورة

١- حكم محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية رقم ١٢٠١ /جنح /١٩٩٨ .
٢- حكم محكمة بداءة الديوانية رقم (٥٠٥/ب) في ٢٠٠٢ والمصدق عليه من قبل محكمة التمييز في ٢٠٠٢/١٢/٥ .
٣- حكم محكمة استئناف بغداد بصفتها التميزية رقم ١٨٠/جنح/١٩٩٧ .

سادساً : مصادر متفرقة

١- جريدة الوقائع العراقية : العدد (٢٢٤١) في ١٩٨٩/٢/١٣ .
٢- تقرير وزارة الصحة الصادر في ١٩٦٠/٨/٧ .

المصادر الأجنبية :-

١- Portes Louis , ala reacherch dure ethique medicale masson et Puf , ١٩٦٤ .

٢- John G fleming , the law of torts , ١٩٨٦ Crose and jones . An interodustion to criminal law .

٣- Rene savatier , traite de la responsabillite civil en droit francais tom , ١ , Paris , douxieme edition ١٩٥١ .

٤- P . D . G Skegg ; Consent to Medical procedures on minors . The modern law Rev , Vol . ٣٦ . No ٤ , July , ١٩٧٣ .

٥- Code de deontologie medical , Decert du / sep , ١٩٥٥ .

٦- Ricoeur P. , les troies niveaux de sugement medical revue Es . Prit , December ١٩٩٦ .

الخاتمة :

بعد أن انتهينا بعون الله من كتابة فصلي الرسالة ، ظهرت جملة من النتائج التي لابد من ذكرها في هذه الخاتمة ، إضافة لذلك سوف نورد أهم التوصيات التي قد تكون مناسبة لما استنتجناه لنصل إلى الهدف من بحث هذا الموضوع .

أولا : النتائج

١-من المبادئ المسلم بها فقها وقانونا أن الكيان البشري يتمتع بمعصومية الجسد تحول دون محاولة المساس به ولو لغرض العلاج ، ألا بعد الحصول على رضا المريض وهو الرضا بالعمل الطبي والذي بواسطته يسمح للطبيب بتنفيذ الأعمال الطبية التي تمثل مساساً بتكامله الجسدي .

٢-أن رضا المريض يعد عن إرادة المريض مهما كان نوع هذا العمل (علاجياً أو جراحياً) ، فلابد أن يتصف هذا الرضا بمواصفات خاصة تجعله ذا فعالية لاضفاء صفة المشروعية على هذه الأعمال فلابد أن يكون رضا المريض حراً ومتبصراً وغير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة .

٣-أن الرضا الصادر من المريض يقتضي أن يكون صادراً عن وعي وادراك تمكنه من استيعاب حقيقة مرضه ، كما تمكنه من إدراك ما يدلي به الطبيب من معلومات عن وضعه الصحي لكي يصدر رضاه مستنيرا مدركاً لما ستؤول اليه حالته بعد العلاج ، أما إذا كان المريض لا يتمتع بالوعي والإدراك الكافي كأن يكون صغير السن أو مصابا بعارض بعد بلوغه ، فيتعين عندئذ أن يقام شخص أخر مقامه ويصدر الرضا نيابة عنه .

٤-أن نطاق الحصول على الرضا يكشف بوضوح أن رضا المريض لا يكفي أن يتم الحصول عند أبرام العقد الطبي ، بل يتطلب وجوده لكل مرحلة من مراحل هذا العمل وهو ما يسمى بالمعيار الزمني . إضافة لذلك فأن الوصول لعلاج المريض وشفائه تسبقه أعمال طبية أخرى قد تطول وقد تقصر حسب نوع المرض كالمعاينة والفحص والتشخيص وهذا هو المعيار الموضوعي للحصول على رضا المريض .

٥- أن الرضا الصادر من المريض اللازم لأضفاء صفة لمشروعية على العمل الطبي هو في الأصل شفوياً وهو ما نجده غالباً في الأعمال الطبية العلاجية التي لا تنطوي على خطورة واضحة ومجازفة اكيدة ، إلا أن المشرع ولأهمية بعض الأعمال ولما تتصف به من خطورة بينة ومساس واضح بحياة المرضى اشترط أن يكون الرضا مدوناً ومكتوباً وهذا ما لاحظناه في عمليات زرع الأعضاء البشرية .

٦- قد تستغل بعض الأعمال الطبية من قبل ذوي المهن الطبية للأبتعاد بها عن غرضها الرئسي وهو الغرض العلاجي ، دفع بعض التشريعات المقارنة إلى التشديد بشأن كيفية الحصول على رضا المريض واستلزام قواعد خاصة وصارمة لتنظيمها ومن هذه الأعمال التجربة الطبية وعمليات الإجهاض .

٧- أغفل القانون المدني العراقي النص ضمن أحكام الشخص الطبيعي في القانون المدني يمنع بموجبه الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسده ومنع أجراء التجربة الطبية إلا وفق ما يقرره القانون .

٨- أن تعليمات السلوك المهني لعام ١٩٨٥ والصادرة بموجب قانون نقابة الأطباء لم تؤكد على ما جاء في قواعد هلنسكي لعام ١٩٦٤ الخاصة بأجراء التجربة الطبية ، حيث أوجبت هذه القواعد أجراء التجربة الطبية في مراكز بحث علمية خاصة لهذا النوع من الأعمال الطبية ، اشترطت هذه القواعد أن تجري التجارب الطبية على الحيوان ثم على الإنسان ولم تجز أجراء هذه التجارب على إنسان صحيح البدن لأول مرة بينما أشارت تعليمات السلوك المهني إلى أجراء هذه التجارب لأغراض علمية بحتة وفي مركز بحث علمي أو معاهد علمية تعليمية دون شروط أخرى .

٩- أن بعض الأعمال الطبية رغم تخلف رضا المريض عنها تظل مع ذلك مشروعة لأنها مطابقة لمبادئ وقيم راسخة في النظام القانوني للمجتمع ، والتي تقوم على المصلحة العامة أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة وهذا ما لاحظناه في حالة الضرورة ، والأعمال الطبية الأجبارية كحالة التطعيم الأجباري والوقاية الوبائية .

١٠- غالبا ما يجهل الأفراد كيفية الحصول على حقوقهم عند تعرضهم للضرر نتيجة خطأ أحد الأطباء ، مما يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق ، ففي العراق على الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية سواء في مجال العلاج البسيط أو في مجال الجراحة العادية ، إلا أن نقابة الاطباء أو وزارة الصحة عدتها من القضايا السرية مما يلزم عدم البوح أو الأعلان عنها

١١- في العراق وعند قيام أحد الأطباء والموظف في المؤسسات الحكومية خاصة في المستشفيات بإرتكاب أحد الاخطاء الطبية لابد أن يصدر قرار بأدانته من لجنة انضباط وزارته وفق أحكام انضباط موظفي الدولة ومن ثم يتم رفع الدعوى أمام المحاكم الاعتيادية ، أما إذا كان غير الموظف فبقرار من اللجنة الطبية وفق أحكام المادة الثالثة من قانون ممارسة الطب في العراق ثم بعد الإدانة يرفع القرار إلى القضاء إذا لم يكن هناك نوع من السرية في أخفاء هكذا موضوع عن القضاء .

ثانيا : التوصيات

١- الحد من تصرفات القاصر المأذون بأجراء التصرفات الطبية والمساس بجسده فلا يمكن اعتبار أعطاء الأذن للقاصر بالتصرف بجزء من أمواله قياسا ليكون له الحق بالتصرف بجسده وحياته لأنه يظل ناقص الأهلية حتى بلوغه سن الرشد .فلا بد ان يشار إلى هذا التقييد في قانوني ، القانون المدني العراقي وقانون رعاية القاصرين باعتبارهما قد عرفا القاصر المأذون في نص المادتين (٩٩) من ق .م.ع و.م (٣) من ق. رعاية القاصرين .

٢- ضرورة أن تعدل تعليمات السلوك المهني الصادرة بموجب قانون نقابة الأطباء الصادرة لعام ١٩٨٥ ، لكي تكون متفقة مع مقررات هلنسكي لعام ١٩٦٤ بضرورة أن يكون أجراء هذه التجارب الطبية على الحيوان ومن ثم على الإنسان وأن لا تجري على الإنسان الصحيح ابتداً .

٣- تنظيم المسؤولية الطبية في القانون المدني من حيث مدى الالتزام بأصول مهنته وواجباته الطبية وتنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض أو قانون خاص يكون شاملا لجميع التشريعات والتعليمات واللوائح الطبية كما هو قانون اخلاقيات مهنة الطب الفرنسي والمصري .وذلك من خلال استحداث قانون جديد يسمى (قانون المهن الطبية) أو (قانون الأطباء وذوي المهن الطبية) .

٤- ضرورة الوقوف على أخطاء الأطباء ومحاولة متابعة هذه الأخطاء عن طريق أناطة الفصل في الدعاوى المقامة على الأطباء وكل من يحمل الصفة الطبية إلى المحاكم الاعتيادية بعيداً عن لجان الانضباط التي غالبا ما تجعل هذه الأخطاء من الأمور السرية محاباة لهؤلاء الأطباء أو اقناع المتضرر بتعويض بسيط لا يتناسب مع مقدار الضرر الواجب التعويض .

٥- لابد من وضع تنظيم قانوني صارم لممارسة التجارب الطبية كالنص في الدستور العراقي الجديد على منع أجراء هذا النوع من العمل الطبي إلا إذا توفرت الشروط التالية :-

١- لابد ان يستند في أجراء التجربة الطبية إلى أشخاص أكفاء علمياً وتحت رقابة طبية كفوء .

٢- أن تتم التجربة على الحيوان ابتداً ومن ثم على الإنسان بعد الاستناد إلى فحوص مختبرية ووفق معطيات علمية ثابتة .

٣- لابد من التحقيق والتأكد من أهمية الهدف من وراء أجراء هذه التجارب ولابد أن يكون الهدف متناسباً مع المخاطر التي قد يتعرض لها الإنسان .

٤- لا يجوز ان يخضع السليم وصحيح البدن للتجربة الطبية حتى لو كان عمل الطبيب تحت ضغط المريض ورضاه .