١٤١٥

ضوابط الجراحة المشروعة
في
القانون المدني

(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

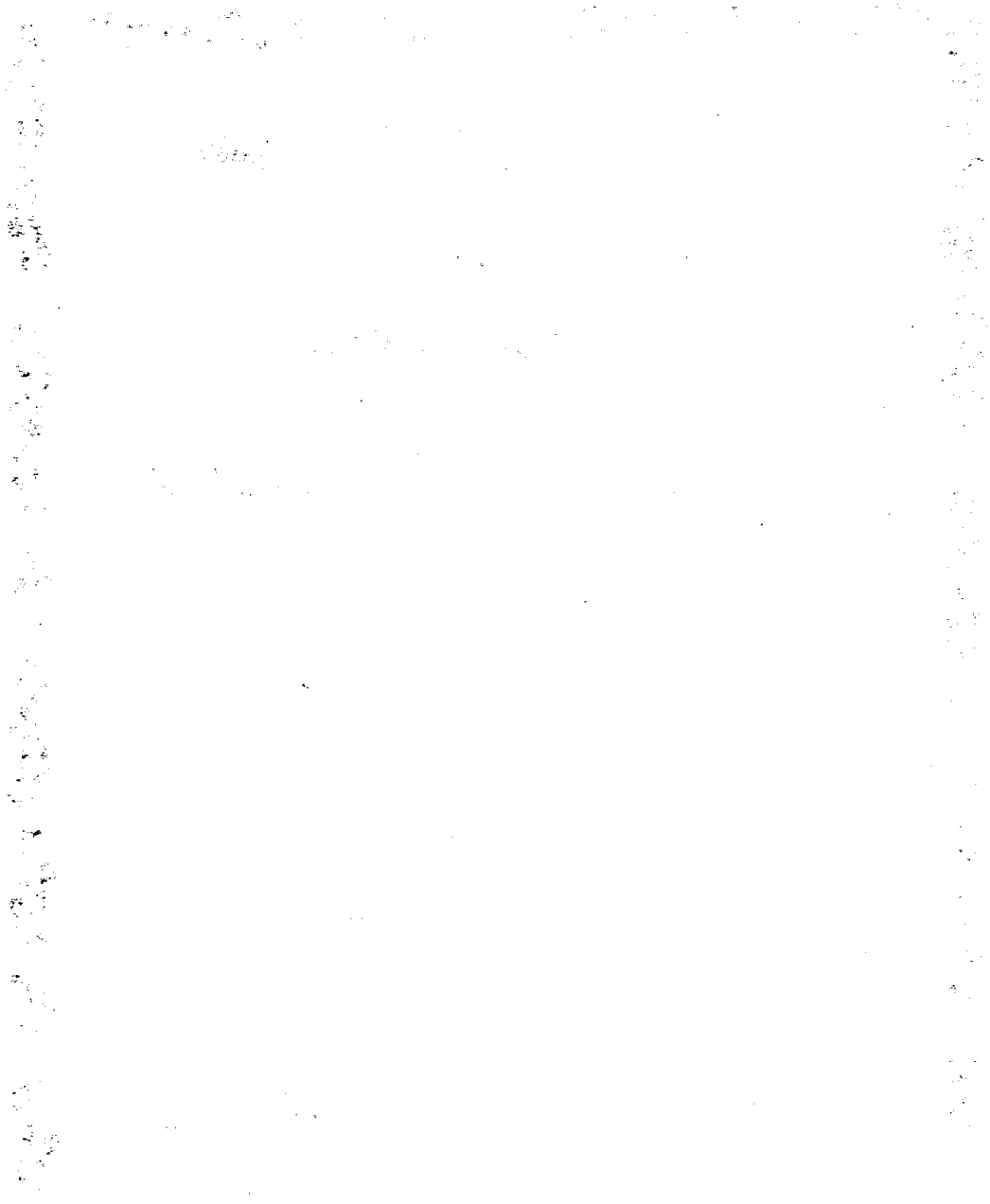
تأليف

أ.د/ رأفت محمد أحمد حماد

أستاذ القانون المدني

وعميد كلية الشريعة والقانون (سابقًا)

جامعة الأزهر – فرع دمنهور



ضوابط الجراحة المشروعة
في القانون المدني

تمهيد:

- إن المشرع المصري لم يتدخل بنصوص تشريعية ليوضح لنا ماهية وأحكام الجراحة المشروعة، والجراحات غير المشروعة، ولكنه نص فقط على تجريم بعض العمليات الجراحية إذا ما ارتكبها الجراح ، ولذا فان المرجع في بيان الجراحات المشروعة وغير المشروعة والتي تتحقق معها مسئولية الجراح المدنية والجنائية هي القواعد العامة في القانون المدني .

فالقاعدة العامة : أن الأصل هو الإباحة أي إباحة التعاقد. والاستثناء هو الحظر أو المنع، ولذا فان كل الجراحات مشروعة يحق للجراح أن يتعاقد مع مريضه على إجرائها إلا ما ورد نص تجريمها أي بمنع القيام بها ، والتي بمقتضى النص على المنع لا يحق للجراح التعاقد مع المريض على إجرائها، وإلا وقع الجراح في نطاق المسئولية أيا كان نوعها وبالتالي فان إباحة العمل الجراحي بواسطة الجراح يكمن في إذن المشرع ، وذلك من خلال عدم تدخله بنصوص تحظر القيام بالعملية الجراحية، فهذا الإذن المساس بالكيان الجسدي للإنسان، وبالتالي فنرى أن إذن الشارع وفقا لمفهوم القواعد العامة ، والتي تنص على أن عدم تدخل المشرع بنص يمنع من ارتكاب الجراحة يعتبر إذنا بمشروعية إجراء العملية الجراحية. بواسطة الجراح ، فإذن المشرع هو الذي انشأ سبب الإباحة من الناحية التجريدية [1].

ولكن نرى أن ترك تحديد الجراحات المشروعة والمحرمة إلى القواعد العامة والتي تنص على أن الأصل هو الإباحة. والاستثناء هو المنع أي لا يكون إلا بوجود نص من المشرع، وبالتالي إباحة العمل الجراحي أيا كان نوعه يحتاج إلى تدخل المشرع بوضع ضوابط لتدخل الجراح جراحيا نظرا لكون العملية الجراحية تتضمن الكثير من المخاطر والأضرار التي قد تؤدى بحياة المريض،

---

(١) د/ أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص٤٢ - الكويت ١٩٨٣م .

ولذا فان الحكم بجوازها أو عدم جوازها يحتاج إلى وضع ضوابط تساعد على الحكم بمشروعية الجراحة، وذلك حتى لا يؤدي الأمر في ظل غياب هذه الضوابط إلى انتهاك حرمة الكيان الجسدي للإنسان، والذي يحرم عليه التصرف فيه، فان الكيان الجسدي للإنسان خارج دائرة التعامل، ولذا نرى انه يجب أن يتدخل المشرع لوضع ضوابط إجراء الجراح للعملية الجراحية، وعدم ترك الأمر هنا للسلطة التقديرية سواء للقاضي أو لغيره من اللجان الفنية، فيجب أن تبدى اللجان الفنية رأيها فيما يتعلق بمشروعية العملية الجراحية في ظل هذه الضوابط لأن الكيان الجسدي للإنسان يتمتع بحرمه يجب أن يكون هناك تشددا في المساس بها من قبل الجراح .

ويذهب الفقه [١] : إلى القول بأن علة الإباحة تتوافر في الحالات التي تنتفي فيها علة التجريم بحيث يكون الفعل في هذه الحالة لا يشكل مساسا بحق أو مصلحة جديرة بالحماية والعقاب، وانتفاء علة التجريم تتحقق في حالتين:

الأولى : إذا ما ثبت أن الفعل الذي كان الأصل فيه أن يهدد حقا قد أحاطت به وقت ارتكابه ظروف من شأنها دائما تعفيه وتجرده تماما من كل معنى من معاني العدوان وتتحقق هذه الحالة في ممارسة الجراح لعمله الجراحي أو ممارسة الأطباء لأعمالهم الطبية فقوام هذه الأعمال تنال من السلامة الجسدية لمرضاهم، بيد أن مقارنتها في ظروف قصد منها شفائهم ، واستنادا إلى ترخيص القانون ، ورضا المريض يجعل هذه الجراحات مشروعة، ومباحة لتجردها من مفهوم سلامة الجسد [٢].

والثانية : انه إذا ما ثبت أن الفعل لا يزال ينتج الاعتداء، ولكن في الوقت نفسه يصون حقا أجدر بالرعاية، فتتحقق هذه الصورة في أفعال التأديب التي

---

(١) انظر د/ حسن محمد ربيع ، المسئولية الجنائية في مهنة التوليد ، دراسة مقارنة ص١٨/١٩ – دار النهضة العربية ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، دورية كلية الحقوق بني سويف – السنة السادسة ، والسابعة عام ١٩٩٢م.

(٢) د/ حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص١٩/٢٠ .

يباشرها الوالد على الصغير فرغم أن الفعل فيه مساس بسلامة جسم الصغير ، ويعد في كل الأحوال منتجا للاعتداء الماس بحق الصغير في سلامة جسمه ، إلا أن هذا الفعل يصون حقا أجدر بالرعاية، وهو مصلحة الأسرة في تأديب الصغير ليكون نواة لرجل صالح في المجتمع، ومن ثم تزول علة التحريم وتبعية الإباحة [١].

وأرى : أن ضوابط العملية الجراحية المشروعة منها ما يتعلق بالعملية الجراحية نفسها، ومنها ما يتعلق بالجراح ومنها ما يتعلق بالمريض ، وسوف نناقش هذه الضوابط لعلها تكون دافعا لتدخل المشرع بوضع أحكام العمليات الجراحية المشروعة ، والتي على ضوئها تتحدد مسئولية الجراح إذا ما أخل بضابط منها. هذا وسنوضح أحكام الجراحة المشروعة في القانون المدني من خلال بيان وشرح ضوابط الجراحة المشروعة سواء المتعلقة بالعملية الجراحية ذاتها ، والمتعلقة بالجراح ، والمتعلقة بالمريض وذلك في مباحث على الوجه الآتي :

---

(١) انظر نقض ١٩٣٨/٣/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ج٤ ص١٨٤ .

المبحث الأول
ضوابط الجراحة المشروعة
المتعلقة بالعملية الجراحية

- إن الجراحة المشروعة يجب أن تتوافر فيها مجموعة من الضوابط لكي نكون بصدد جراحة مشروعية ويمكن أن نتناولها بالتفصيل على الوجه الآتي :

- أولا : يجب أن يغلب الظن على نجاح العملية الجراحية:

فلكي تكون أمام جراحة مشروعة يحق للجراح بمقتضاها أن يبرم عقد الجراح مع المريض لإجراء العملية الجراحية، يجب أن تكون نسبة النجاح العملية اكبر من نسبة فشلها وهذا الأمر يكون من خلال نجاح العمليات المماثلة بنسبة أكبر من فشلها [1].

وعلة هذا الشرط: مراعاة لحرمة النفس فلا يجوز تعريضها للتلف والهلاك. فالإقدام على إجراء الجراحة مع كون نسبة النجاح قليلة يعتبر مغامرة محظورة ، فإجراء العملية الجراحية بواسطة الجراح لا يخلو من ثلاثة احتمالات:

الأول : أن يكون في أجرائها خطورة على المريض وليس في تركها ضرر:

والحكم في هذه الحالة : هو عدم مشروعية إجراء العملية الجراحية ، لان الواجب في حق المريض عدم تعريض نفسه للهلاك ، فإذا ما أقدم الجراح على إجراء العملية الجراحية في هذه الحالة وحدث الضرر كان مسئولا مسئولية مدنية وجنائية عن إجرائها .

الثاني : أن يكون في ترك إجرائها خطورة (غالبة- محضة) على المريض وليس في إجرائها ضرر.

والحكم : هو مشروعية تدخل الجراح لإجراء العملية الجراحية، ولذا يجب علية التدخل لإجرائها، والامتناع عن إجرائها يوجب مسئوليته المدنية ، لأن

---

(١) د/ محمد الشنقيطي ، أحكام العمليات الجراحية في الفقه الإسلامي ، ص١١٠ .

الحظر هنا يختص بعدم إجراء العملية الجراحية، وليس هناك أدنى ضرر(ويقصد الضرر هنا الضرر غير المعتاد أو الطبيعي ككون الرجل يتألم بعدم إحساسه بالجرح) .

الثالث : أن تستوي الخطورة في إجراء الجراحة وتركها: بمعنى أن الخطورة بالنسبة للمريض لا تتغير مع إجراء الجراحة فتكون بنفس الدرجة بعد إجراء الجراحة، كما كانت بنفس الدرجة قبل إجرائها.

والراجح من وجهة نظري: هو عدم مشروعية الجراحة في هذه الحالة ، لأن الأصل هو عدم الاعتداء على جسد الإنسان ، لان الله سبحانه وتعالى كرمه لقوله تعالى :﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ ﴾[1] وبالتالي فلا يجوز المغامرة بإجراء العملية الجراحية إن لم تكن نسبة النجاح فيها راجحة.

ويمكن للمريض متابعة العلاج ، فإذا ساءت حالته حسب ما قررته اللجنة الطبية، فانه يباح تدخل الجراح بالعمل الجراحي، وإذا حدث العكس أي تحسنت حالته فلا يشرع له بالتدخل الجراحي ، فإذا ما تدخل في هذه الحالة تحققت مسئوليته تجاه المريض .

- ثانيا : ألا يوجد بديل أخف ضررا من العملية الجراحية :

وأرى أنه يشترط لإجراء العملية الجراحية ، وبالتالي عدم تحقق مسئولية الجراح تجاه المريض ألا يوجد بديل ممكن عن العملية الجراحية كالعلاج بالعقاقير الطبية ، إذ يجب أن يبدأ الجراح بالعلاج الأسهل ثم الأصعب، أي يجب علية أن يتدرج بالعلاج ، فلا يحق للجراح أن يتدخل جراحيا قبل قيامه بتجربة العلاج الأسهل أولا لأن الضرورة تقدر بقدرها.

- ثالثا : أن تترتب المصلحة الراجحة و المشروعة على إجراء العملية الجراحية :

إذا ترتب على إجراء العملية الجراحية مصلحة راجحة جاز فعلها، أما إذا

---

(١) سورة الإسراء آية ٧٠ .

ترتب على فعلها ضرر محض أو ضرر راجح فلا يجوز إجرائها ، لأن الغرض من الجراحة حفظ الصحة، ودفع المرض فإذا انتفيا هذان الغرضان، انتفى السبب الموجب للترخيص بإجرائها . ومثال المصلحة المبنية على الهوى والشهوة:

المصلحة المترتبة على جراحة تغيير الجنس، والمصلحة المترتبة على جراحة تهدف إلى قطع العضو سليم من شخص حتى يعفى من الخدمة العسكرية.

فمثل هذه المصلحة لا اعتبار لها [١]. وبالتالي إذا ما تدخل الجراح جراحيا لإجراء العملية استنادا إلى مثل تلك المصالح تحققت مسئوليته المدنية والجنائية أيضاً .

رابعا : ألا يوجد نص من المشرع يجرم إجراء العملية الجراحية:

فإذا ما وجد نص يحرم إجراء العملية الجراحية ، فإذا تدخل الجراح هنا يكون تدخلا غير مشروع لأن العمل الجراحي غير مشروع ، لأن سبب إباحة عمل الجراح يكمن في إذن المشرع الذي ينشئ له رخصة استثناءا من المحظور[٢]. وبالتالي فإذا خالف الجراح إرادة المشرع في منع إجراء بعض العمليات الجراحية، وقام بإجراء العمليات الجراحية التي حرم المشرع على الجراح القيام بها فانه يكون مسئولا مسئولية مدنية وجنائية.

---

(١) د/ محمد الشنقيطي ، أحكام العمليات الجراحية ص١١٦ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ص٤٢ – الكويت ١٩٨٣م .

المبحث الثاني
ضوابط الجراحة المشروعة
المتعلقة بالجراح

يشترط لجواز قيام الجراح بالعمل الجراحي أن يكون هذا الجراح أهلا للقيام بهذ العمل الجراحي ، والمقصود بالأهلية هنا أن يكون ذا علم بالمهمة الجراحية المطلوبة ، وأن يكون قادرا ومتمكنا من التطبيق والأداء على الوجه المطلوب ، أي يكون بصيرا بالطب وهو ما يطلق عليه شروط ممارسة مهنة الطب ، والتي تناولها الفقه والقضاء تحت ما يسمى بالشروط الشكلية والموضوعية. سنتناولها بالتفصيل فيما بعد في هذا الفرع ولكن يجدر بنا أن نشير إلى شروط ممارسة العمل الجراحي لا تكفى بذاته لكي يصبح ممارسة العمل الجراحي مباحا بالنسبة الجراح بل لابد من توافر ضابط هام آخر لدى الجراح. وهو ضابط القصد الجراحي المشروع لدى الجراح . فهذا الضابط لابد من توافره لدى الجراح عند تدخله الجراحي وذلك بأن يكون قصد الجراح من التدخل الجراحي لدى المريض هو العلاج والشفاء، وليس القصد من الجراحة مجرد التجربة لإشباع شهوة علمية لدى الجراح أو يقصد منع النسل لمصلحة يتوخاها ، فان العمل الجراحي يكون غير مشروع ولو كان برضاء المريض (المجني عليه) ، لأن سلامة جسم الإنسان لا يباح المساس بها إلا بفائدة الإنسان نفسه ،وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة [١].

هذا ونشير إلى هذا الضابط أولا موضحين موقف المشرع و القضاء من ضرورة توافر هذا الضابط ، على أن نعقب ذلك يتناول الشروط اللازم توافرها لدى الجراح حتى يكون مؤهلا لممارسة العمل الجراحي المشروع وذلك في فرعين على الوجه الآتي :

---

(١) Savatier (R) : Traié de Ia resposibilité siv. . II, No. 787.

المطلب الأول

قصد العلاج أوالشفاء

- إن القصد من هذا الضابط أن يكون غرض الجراح من إجراء الجراحة إما حفظ الصحة الموجودة أو رد الصحة المفقودة بقدر الإمكان ، أو إزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان ، أو تحمل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما أو تفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما ، وكل هذا ينصب في قصد الجراح ، وهو أن يكون الهدف النهائي من إجراء الجراحة العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان .

- وهذا الضابط قد أشار إليه المشرع المصري ، وذلك بالنص في المادة٦٠ من قانون العقوبات [١] بقوله " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة ". فالجراح عند إجراء الجراحة يجب أن يتوافر لديه حسن النية حتى يضفى على عمله المشروعية [٢]. وتستلزم حسن النية أن يكون قصده من الجراحة هو العلاج أو الشفاء إن أمكن ، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت النصوص القانونية تعطى للجراح الحق في إجراء العملية الجراحية، فيجب أن يكون استهدافه من إجراء العملية الجراحية هو تحقيق العلاج للمريض ، ولا يجب أن يكون قصده تحقيق غاية أخرى كإجراء عملية ، فليس له أن يحتج بالحق الذي منحه القانون طالما أنه سيء النية[٣].

كما تناولت هذا الضابط لائحة أدبيات مهنة الطب في مادتها الرابعة عشر بقولها " يجب على الطبيب بذل كل ما في وسعه نحو مرضاه ، وأن يعمل على تخفيف آلام المرضى ".

---

(١) القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧م .

(٢) انظر د/ عثمان سعيد عثمان ، استعمال الحق كسبب للإباحة ، رسالة دكتوراه ص٣٦٦ سنة ١٩٦٨م .

(٣) انظر نقض مدني ٨ مارس ١٩٨٣م ، مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ١٨١ ص١٦٩ . أشار إليه د/ أسامة فايد في مرجعه السابق ص١٨١ .

والنص السابق ينص صراحة على ضرورة توافر ضابط قصد العلاج لدى الجراح حتى تضفى على الجراحة صفة المشروعية، ولا يكفي فقط أن ينص القانون على إباحة العمل الجراحي ، بل لابد أن تتوافر معها قصد العلاج لدى الجراح أثناء مزاولة العمل الجراحي ، وأن تكون غايته علاج مريضه وتخفيف آلامه ، وإلا كان سيء النية إذا قصد شيئا آخر، وبالتالي يقع تحت طائلة المسئولية.

- وأما المشرع الفرنسي :

فقد نص صراحة على ضرورة توافر هذا الضابط حتى يضفى على العمل الجراحي صفة المشروعية وذلك في المادة الثامنة عشر من قانون أخلاقيات مهنة الطب بقوله" يجب على الطبيب (ومثله الجراح) أن يمتنع عن إجراء أبحاثه أو فحوصه أو وصف علاج يترتب علية أخطار للمريض لا مبرر لها". وأكد ذلك في المادة الثانية والعشرين بقوله " لا يجب إجراء بدون توافر غرض طبي جاد ، عدا حالات الاستعجال والضرورة ، وبعد إعلام المريض أو من ينوب عنه شرعا والحصول على الرضا الصريح ، وعدم جواز اقتطاع الأعضاء لزرعها إلا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في القانون ".

ومما سبق نجد أن المشرع الفرنسي ذهب أكثر من المشرع المصري من النص صراحة على ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراح كضابط هام لاعتبار العمل الجراحي الذي يقوم به مشروعا ، فيجب أن تكون غايته من عمله تحقيق مصلحة للمريض لا الإضرار به ، وذلك كله يفرض حماية المرضى ومنعا من انحراف الجراحين أو تعسفهم في استخدام حقهم في ممارسة مهنة الجراحة تحقيقا لمصلحة علمية أو شهرة شخصية [١].

---

(١) د/ أسامة قايد ، مرجع سابق ، ص١٨٠ .

- هذا وقد أيدت محكمة النقض المصرية ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراحين حيث قضت[١] بأن " للطبيب أن يصف المخدر للمريض إذا كان لازما لعلاجه ، وهذه الإجازة مرجعها سبب الإباحة المبنى على حق الطبيب في مزاولة المهنة بوصف الدواء ،مهما كان نوعه، ومباشرة إعطائه للمريض ، ولكن هذا الحق يزول وينعدم قانونا بزوال علته ، وانعدام أساسه فالطبيب الذي يسئ استعمال حقه في وصف المخدر فلا يرمى من وراء ذلك إلى علاج طبي صحيح ، بل يكون قصده تسهيل تعاطى المخدرات لمدمنيها ويجرى عليهم حكم القانون أسوة بسائر الناس ".

ومن الحكم السابق نجد أن محكمة النقض المصرية ذهبت إلى ضرورة توافر ضابط قصد العلاج لدى الجراح ولا يكفى أن تكون العملية الجراحية من العمليات المشروعة بل أن انتفاء قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح ، وتجاوزه حدود الحق أو الغاية التي من أجلها رخص له المشرع في القيام بالعملية الجراحية ينفى عن أعماله صفة المشروعية ، ويجعل عمله من قبيل الجرائم التي يعاقب عليها غيره من عامة الناس ، ويجعله مسئولا عن إتيانها مدنيا وجنائيا [٢] حتى ولو كان قيامه بالعمل الجراحي بناء على رغبة أو رضاء المريض لتحقيق مصلحة خاصة به كقيامه بقطع احد الأطراف للتهرب من أداء الخدمة العسكرية مثلا .

وذلك لأن رضا المريض لا يعفى الجراح من المسئولية في حالة عدم

---

(١) نقض مدني ١٩٤٥/٦/٤م مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٥٨٨ ص٧٢٥ ، وجاء في نقض ١٩٣٥/١٢/٦م ، مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٤١٤ ص٥٢٤ " بأن الطبيب الذي يسيء استعمال حقه في وصف المخدرات فلا يرمي من وراء وصفها إلى علاج طبي صحيح – بل يقصد أن يسهل للمدمنين تعاطي المخدرات أسوة بغيرهم من عامة الناس ، ولا يجد به أن للأطباء قانوناً خاصاً هو قانون مزاولة مهنة الطب " .

(٢) يخضع في ذلك لنصوص قانون العقوبات الخاصة بالجرائم العملية (م ٢٤٠ – ٢٤٤ عقوبات مصري) .

توافر قصد العلاج لديه ، لأن الأصل وجوب أن تكون جهود الجراح موجهة إلى شفاء المريض ، ولذا فقبول المريض الذي أجريت له العملية بدون قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح ، وإنما أجراها بهدف أخر كالتجربة علية مثلا لا يعفيه من المسئولية إذا هو رجع علية ليطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر [١]. لأن رضاء المريض لا يطهر عمل الجراح ولا يعفيه من المسئولية في حالة عدم وجود ضابط قصد العلاج لدى الجراح، فرضاء المجني عليه لا يمنع بذاته من عقاب الجراح على جريمة الجرح أو القتل عمدًا المواد (٢٣٦، ٢٤٠) عقوبات مصري ، فليس الرضا سببا من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان ، لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه مصلحة المجتمع [٢].

- **أما القضاء الفرنسي** : فقد ذهب إلى ما أخذ به القضاء المصري من ضرورة توافر ضابط قصد العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان لدى الجراح. وقد قضى في أحكام[٣]. بأن الجراح يجب أن يتوافر لديه قصد الشفاء أو توافر الضرورة العلاجية ، وإلا كان مرتكباً لجريمة عمدية ويعاقب عليها بنصوص المواد ٣٠٩-

---

(١) ليون إدريس في التعليق على باريس ١٩١٣/١/٢٢م داللوز ١٩١٩ - ٢ - ٧٣ ديفلو ص١٢١ ، ٩٥ .

(٢) انظر د/ حسن زكي الإبراشي ، مسئولية الأطباء والجراحين ص٢٨٨/٢٨٩ - د/ أحمد محمد إبراهيم مسئولية الأطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون المقارن - مجلة الأزهر ١٩ سنة ١٣٦٧هـ ص٨٣٠ .

(٣) قضت محكمة Chateauraux في حكمها الصادر في ١٩٤٩/١٢/٢١م ، الأسبوع القانوني ١٩٥ - ١١ - ٥٤٠٨ ، بإدانة الطبيب الذي يجري إجهاضاً لامرأة دون أن يتوافر لديه قصد العلاج أو توافر الضرورة العلاجية .
كما جاء في نقض ١٩٣٧/٧/١م سيري ٣٨ - ١ - ١٩٣ وتعليق R.Toralt واللوز الأسبوعي ١٩٣٧ ص٥٣٧ " بأن الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة لامرأة يستأصل منها مبيض التناسل بناء على طلبها يكون مرتكباً لجريمة عمدية " . نقض ١٩٦٣/٢/٧م جانيت دي باليه ١٩٦٣ -٢- ٣٨٣ وتنظر بليون ١٨٥٩/١٢/١٥-٣-٨٧ .

٣١١ عقوبات فرنسي. كما قضت المحاكم الفرنسية أيضاً في شأن ضرورة توافر قصد العلاج لدى الجراح ، بأن إخضاع الجراح مريضه لفحوص وأبحاث طبية أو جراحية لم يكن الدافع منها مصلحة المريض، وإنما القصد منها تحقيق مصلحة علمية، يعد مرتكباً لخطأ مهني يستوجب تحقيق مسئوليته الجنائية والمدنية.

- ومن استعراض موقف المشرع والقضاء المصري والفرنسي نجد أنهم أجمعوا على ضرورة توافر ضابط قصد العلاج أو الشفاء بقدر الإمكان لدى الجراح وحتى مع إباحة العملية الجراحية فلا يكفى أن تكون العملية الجراحية من العمليات المشروعة وغير المحرمة حتى يحق للجراح القيام بها بل لابد وأن يتوافر لدى الجراح قصد العلاج أو الشفاء ، حتى تنتفي الصفة الإجرامية عن عمل الجراح ، ولا يحق له أن يجعل من العمليات الجراحية مجالاً لتحقيق أغراض غير العلاج أو الشفاء حتى ولو كان برضاء المريض نفسه سواء لتحقيق مصلحة علمية للجراح أو للمريض ، وإلا كان واقعاً تحت طائلة المسئولية المدنية والجنائية .

أما فيما يتعلق بكيفية تحقيق قصد العلاج لدى الجراح فيمكن الرجوع إلى نية الجراح لمعرفة مدى توافره من عدمه فإذا كانت جهوده خالصة لمصلحة المريض فلا مسئولية علية لتوافر قصد العلاج مع توافر باقي الشروط الأخرى وهى المتعلقة بالعملية الجراحية أو بالجراح نفسه أو بالمريض والتي سنشير إليها فيما بعد لأنه لم يحد عن حدود مهنته، ولم يخرج عن الأغراض التي بسببها أباح المشرع له العمل الجراحي ، وأما إذا كان قصده إجراء تجربة عملية بقصد ملاحظة نتائجها مثلاً والإفادة منها ، فإنه في هذه الحالة ينتفي لديه قصد العلاج أو الشفاء للمريض وبالتالي يكون مسئولاً لأن المشرع عندما أعفى الجراح من مسئولية الجرح العمد أو الضرب المفضي إلى الموت أنما كان بسبب مراعاة ما في تدخلهم من فائدة المريض نفسه، فسلامة جسم الإنسان لا يجوز المساس بها إلا لضرورة فائدته وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة [1].

---

(١) سافاتييه ، مرجع سابق ، ص٧٨٧ - انظر د/حسن الإبراشي ، مرجع سابق ص٢٩٠.

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها لدى الجراح لممارسة العمل الجراحي

- لكي يمارس الجراح العمل الجراحي ، ويكن مشروعاً بالنسبة له، يجب أن تتوافر لديه شروط مزاولة المهنة سواء تعلقت هذه الشروط بالناحية الشكلية أو بالناحية الموضوعية (ضرورة الالتزام بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة من ممارسة العمل الجراحي) أي ضرورة إتباع الأصول العلمية في العمل الجراحي وسنتناول بإيضاح هذه الشروط بالتفصيل على الوجه الآتي :

(أ) الشروط الشكلية :

- لقد أجملها المشرع المصري في المادة الأولى والثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ م في شأن مزاولة مهنة الطب على الوجه الآتي :

المادة الأولى: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي المعملي بأية طريقة كانت أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها، وكان اسمه مقيداً بسجل الأطباء بوزارة الصحة العمومية ، وبجدول نقابة الأطباء البشريين ، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد [1].

ويستثنى من شرط الجنسية الأجانب الذين التحقوا بإحدى الجامعات المصرية قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٨ م".

---

(١) القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤م في شأن مزاولة مهنة التوليد والمادة الرابعة من القانون ١٤٠ سنة ١٩٨١م تنص على أنه " يستدل بعبارات المولدة والمولدات والقابلة والقابلات الواردة في القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤م المشار إليه عبارة المرخص لها أولهن بمزاولة مهنة التوليد وذلك حسب الأحوال " لذا لزم التنويه .

المادة الثانية: " يقيد بسجل وزارة الصحة من كان حاصلاً على درجة بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية [١]. وأمضى التدريب الإجباري المقرر .

ويتم التدريب الإجباري بأن يقضى الخريجون سنة شمسية في مزاولة مهنة الطب بصفة مؤقتة في المستشفيات الجامعية والمستشفيات والوحدات التدريبية التي تقرها الجامعات وذلك تحت إشراف هيئة التدريس بكليات الطب أو من تندبهم مجالس الكليات لهذا الغرض من أطباء المستشفيات والوحدات المذكورة ، ويكون ذلك وفقا للنظم التي يصدر بها قرار من وزير التعليم العالي بالاتفاق مع وزير الصحة .

كما يقيد بالسجل المشار إليه من كان حاصلاً على درجة أو دبلوم أجنبي يعادل لدرجة البكالوريوس التي تمنحها جامعات مصر وأمضى بعد حصوله على هذا المؤهل تدريباً لمدة سنة معادلاً للتدريب الإجباري ، وبشرط أن يجتاز بنجاح الامتحان المنصوص عليه في المادة الثالثة من هذا القانون .

ويصدر بهذه المعادلات قرار من لجنة مكونة من أربعة من الأطباء البشريين يعينهم وزير الصحة على أن يكون اثنان منهم على الأقل من عمداء كليات الطب " .

- ومما سبق يمكن أن نستخلص الشروط التي يجب توافرها لدى الجراح باعتباره طبيباً لممارسة مهمة الجراحة وهى:

١) المؤهل العلمي :

لكي يمارس الجراح مهنة الجراحة يجب أن يكون حاصلاً على بكالوريوس الطب والجراحة من إحدى الجامعات المصرية ، ويلزمه أن يتم التدريب الإجباري ومدته سنه شمسية أي ميلادية وذلك حتى يكون له الحق في ممارسة مهنة الطب أي " ممارسة عام"، ويستلزم أيضاً بالإضافة إلى ذلك لكي

---

(١) ذكر في النص " عن إحدى الجامعات بالجمهورية العربية المتحدة " ولذا لزم التصحيح بعد تعديل الاسم الأصلي وهو جمهورية مصر العربية . لذا لزم التنويه .

يمارس مهنة الجراحة أن يكون حاصلاً على دبلوم التخصص في الجراحة العامة أو في الجراحة التخصصية التي يرغب في التخصص فيها ، ولذا إذا قام الطبيب الممارس بإجراء العمليات الجراحية التخصصية دون أن يكون مؤهلاً لذلك بحصوله على دبلوم التخصص كان مسئولاً عن الإضرار التي تلحق بالمريض حتى ولو كانت العملية الجراحية من العمليات الجراحية المشروعة ، فيجب أن يمارس إجراء العمليات الجراحية طبيب متخصص في الجراحة أي يجب أن يكون حاصلاً على دبلوم التخصص في الجراحة على الأقل وذلك حتى يكون على دراية علمية بالجراحة التي يجريها .

ولقد أخذ بذلك المشرع الفرنسي عندما اشترط بالنسبة للجراح ضرورة الحصول على دبلوم التخصص لمزاولة الجراحة حيث نص على ذلك في المادة ٣٧٢ فقرة ٤ من قانون الصحة الفرنسي.

وإذا كان المشرع المصري قد اكتفى بشرط الحصول على بكالوريوس الطب والجراحة في المادة الثانية من قانون مزاولة مهنة الطب إلا أنني أرى أن ذلك لا يتعارض مع ضرورة حصول الجراح على دبلوم التخصص حتى يصرح له بممارسة مهنة الجراحة، وذلك حتى يكون على دراية علمية بالجراحة، ويجربها وفقاً للأصول العلمية أي وفقاً للمعطيات العلمية المكتسبة - وهو الشرط الموضوعي الذي يجب توافره في الجراح - وسنشير إليه فيما بعد في ثانياً من هذا الفرع - وإلا كان مسئولاً أي ممارساً عملاً خارج تخصصه ، لأن بكالوريوس الطب والجراحة لا يسمح له إلا بالممارسة العامة لمهنة الطب فقط أي بالكشف الظاهري فقط ، ولا يعطى له حق أجراء الجراحة إلا إذا حصل على ترخيص بذلك وهو حصوله على دبلوم التخصص في الجراحة .

وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية [1] حيث نصت بأنه " يلزم حصول الطبيب على الإجازة العلمية حتى يمكن ممارسة المهنة ومفهوم الإجازة العلمية لا يقصد به بكالوريوس الطب والجراحة فقط ، بل يشمل أيضا دبلوم الدراسات

---

(١) نقض مدني في ١٩٦٨/٢/٢٠م - مجموعة أحكام النقض س١٩ رقم ٤٦ ص٢٥٤ .

التخصصية في نطاق مهنة الطب"، وهي تقضى بالنسبة للجراح الذي يمارس مهنة الجراحة دبلوم الجراحة العامة على الأقل.

كما قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية حيث نصت على " ضرورة حصول الجراح على دبلوم التخصص حتى يمارس العمليات الجراحية ، وإلا عد مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة المنصوص عليها في المادة ٣٧٢ من قانون الصحة العامة" (١).

أما بالنسبة للحاصلين على دبلوم أجنبي أو درجة البكالوريوس المعادلة، فقدا أشارت المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ م إلى أحقية من مضى منهم التدريب الإجباري ومدته سنة معادلاً للتدريب الإجباري

في مصر، مع اجتيازه لامتحان أمام لجنة مشكلة من أطباء يختارهم وزير الصحة من بين من ترشحهم مجالس كليات الطب المصرية.

٢) الجنسية:

هي الرابطة التي تقوم بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها ، والتي بمقتضاها يعد من رعاياها ومكونا لشعبها، فهي الصلة التي بها ينتسب الفرد إلى الدولة ، ولذا فهي علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً في شعب الدولة.

ولقد نصت المادة الأولى في القانون السابق فيمن يمارس مهنة الطب والجراحة في مصر أن يكون متمتعاً بالجنسية المصرية سواء ثبتت له لحظة الميلاد من أب مصري أو أبوين مصريين ، أو ثبتت له في وقت لاحق للميلاد واستنادا إلى واقعة استجدت بعد الميلاد كالزواج أو التجنس .

والعلة في توافر هذا الشرط:أن مزاولة مهنة الطب والجراحة تقتضى القيام بأعمال تعد من قبيل المساس بسلامة الجسد ، كما تسمح له أن يطلع على أسرار مريضه الخاصة ، الأمر الذي يستلزم أن يكون من يمارس الجراحة مصرياً داخل مصر.

---

(١) Crim 7 – 1 – 1970 Som p.78. Crim 26 – 11 – 1971 .

وقد أشارت المادة السابقة إلى استثناء من شرط الجنسية ، خاص بالأجانب الذين التحقوا بإحدى الجامعات المصرية قبل العمل بأحكام القانون رقم١٤٢ لسنة ١٩٤٨م الخاص بممارسة مهنة الطب في مصر المعدل بالقانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ م . والنص السابق يتسم بالغموض فهل يقصد الأجانب الذين التحقوا بإحدى كليات الطب في إحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون أم المقصود به الالتحاق بأي كلية بإحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون ، وبالتالي إذا ما عاد التحق الأجنبي بإحدى كليات الطب بعد صدور القانون يحق له أن يمارس مهنة الطب على اعتبار أن النص العام اشترط فقط الالتحاق بإحدى الكليات بالجامعات المصرية قبل صدور القانون المذكور دون الإشارة إلى كلية بعينها . والراجح من وجهة نظري أنه يجب أن يفسر النص على أن المقصود الالتحاق بإحدى كليات الطب بإحدى الجامعات المصرية قبل صدور القانون لأن ذلك التفسير هو الذي يتفق وغرض المشرع من وضع النص.

٣) التسجيل:

لقد تطلب المشرع ضرورة قيام الطبيب الجراح بضرورة تسجيل المؤهل العلمي الحاصل علية وهو البكالوريوس الطب والجراحة وكذلك دبلوم التخصص في الجراحة في السجل المعد لذلك بوزارة الصحة وذلك كشرط لمزاولة مهنة الجراحة في مصر.

ولكن المشرع أعطى استثناءاً لوزير الصحة بالتصريح لبعض الأطباء بممارسة مهنة الطب لمدة محدودة حتى ولو لم تتوافر فيهم بعض الشروط السابقة وذلك في حالات محددة وهى:

أولاً : في حالة انتشار الأوبئة في البلاد حيث يحق للوزير وبصفة استثنائية وللمدة اللازمة لمكافحة الأوبئة أن يصرح لأطباء لا تتوافر فيهم بعض الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى والثانية من القانون المذكور.

ثانياً : إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. وترك النص تقدير المصلحة العامة هنا للوزير المختص.

ثالثاً: يجوز للوزير أن يرخص للأطباء الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين في إحدى كليات الطب المصرية في مزاولة مهنة الطب مدة خدمتهم- ولو لم تتوافر فيهم بعض الشروط المطلوبة - وعلى سبيل المثال : الأساتذة الأجانب ذو الخبرات النادرة وذلك للاستفادة من خبراتهم في علاج الأمراض باستخدام الأساليب العلمية الحديثة في مجال الطب.

٤) القيد:

ويشترط القانون أيضاً أن يقيد الطبيب الجراح بنقابة الأطباء البشريين بعد تسجيل الشهادة في وزارة الصحة بالسجل المعد لذلك.

(ب) التزام الجراح بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة:

- لا يكفى أن تتوافر الشروط السابقة أي الشكلية لدى الجراح حتى يمارس العمل الجراحي المشروع ، وبالتالي يعفى من المسئولية، ولكن يجب عليه أن يلتزم عند إجراء الجراحة بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة [١]. أي يجرى العمل الجراحي في حدود القواعد والأصول الطبية التي يعرفه عالم الطب والجراحة[٢].

---

(١) انظر د/ السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية طبعة ١٩٩٢م - مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية - ص٤١ وما بعدها، بند ٢٤ وما بعده.

(٢) انظر : حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٨/١/٨م - مجموعة أحكام النقض لسنة ١٩ رقم ١٤١ ص٢١ حيث قضت : بأنه من المقرر إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة ، فإذا ما فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمده ونتيجة تقصيره ، وعدم تحرزه في أداء عمله ، انظر أيضاً حكم محكمة مصر الابتدائية في ١٩٣٥/٥/٢م - المجموعة الرسمية س٩ رقم ١١ ص٢٠ ، حكم محكمة الجيزة الابتدائية في ١٩٣٥/١/٢٦م - المحاماة س١٥ رقم ٢١٦ ص٤٧١ .

ويقصد بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة ((القواعد والأصول الطبية)) تلك الأصول التي يتعارف عليها أهل العلم في مجال الطب الجراحي ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسبون إلى علمهم وفقههم (١)..

كما عرف الفقه (٢).. الأصول العلمية الطبية بأنها :: الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا بين الأطباء والتي يجب أن يلم كل طبيب وجراح بها وقت قيامه بالعمل الطبي أو الجراحي ..

فإذا كان قصد الجراح كما ذكرنا سابقا هو شفاء المريض من بتدخله الجراحي فيجب أن يتعين عليه عند إجراء الجراحة ألا يخرج في إجرائها عن الأصول العلمية الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ، أي يجب عليه ألا يخرج عن المعطيات العلمية المكتسبة في إجراء العملية والجراح عند إجرائه الجراحة يكفيه أن يتبع في إجرائها إحدى الطرق المعترف بها طالما أن الطريقة التي يطبقها في إجراء الجراحة تتفق مع القواعد الطبية المعروفة ، وطالما أنها ترتكز على المعطيات العلمية المكتسبة ، ولذا فإن الجراح لا يسأل عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة لإتباع هذه الطريقة في إجراء الجراحة طالما أنها تمت وفقاً للأصول العلمية (٣).. ولكن تقوم مسئوليته ،

Dr Louis et Jean A'' La responsibilité – Civivl du médecins '' ,, 19778. GGP 50 ers – J. Poulleity .. "" intervention a la table rond sur la responsibilité medical '' Concours medical. 1970 p.593 ..

(١) انظر حكم محكمة مصر الإبتدائية ٣/١٠/١٩٤٢ – المحاماة س ٢٣ رقم ٥٥ ص ١١٣٦ ..

(٢) انظر د/ أسامة فايد ، مرجع سابق ، ص ١١٦٠ – وانظر في الفقه الفرنسي ::

Akida (M) "La responsibilité pénal de médecins du chef dhomicide et de blessures par imprudence '' Lyon .. 1981 p. 109 ers ..

(٣) نقض فرنسي ١٨/١٠/١٩٣٧ مجموعة دالوز الأسبوعي ١١٩٣٧ – ٥٤٩ ..

ذا ثبت وجود خطأ من جانب الجراح [١] وهذا الخطأ يستنتج غادة من الإهمال الذي حدث من جانب الجراح عند قيامه بالعملية الجراحية [٢].

والخلاصة أنه يجب على الجراح إذا ما قام بتشخيص المرض لمريضه ، وقرر إجراء الجراحة أن يؤكد ذلك باتباعه الأصول العلمية المرعية والمستقرة في إجرائها وقد أقر ذلك قضاء النقض صراحة سواء المصري [٣]. أو الفرنسي [٤].

---

(١) حكم محكمة السين ٣/١٠/١٩٣٩م SOMM داللوز الأسبوعي ١٩٣٩ ٢٤ - ٢٥ حيث جاء فيه :

" Le fair pour un m édecin davoir soigné un enfant avec des pilules de judlart, au bien dinsuline, ne saurait constituet une faute a la charge de ce parcticie, alors, dune part, quaucun element nest pruduet pour demontrer que lemploe de ce mode de traiement consitue une faute " .

وقد أشار إلى الحكم أيضاً د/ السيد محمد عمران ، مرجع سابق ص٤٢ .

(٢) نقض مصري في ٨/١/١٩٦٨م - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٩ رقم ١٤١ ص٢١ ، سبق الإشارة إليه .

(٣) انظر نقض مصري في ٢١/١٢/١٩٧١م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٢ رقم ٧٩ ص١٠٦٢ ، وانظر حكم محكمة مصر الابتدائية في ٣/١٠/١٩٤٢ - المحاماة س٢٦ رقم٥٥ ص١٣١ .

(٤) انظر نقض فرنسي ٢٠/٥/١٩٣٦م - داللوز ٩٣٦ - ١ - ٨٨ .

المبحث الثالث

ضوابط الجراحة المروعة المتعلقة بالمريض

رضا المريض وأحكامه :

- إن أهم الضوابط المتعلقة بالمريض تتعلق بضرورة الحصول على رضائه بإجراء الجراحة المشروعة ، فرضاء المريض : يقصد به تعبيره عن إرادته تعبيراً صحيحاً بما يفيد موافقته على تدخل الجراح لإجراء الجراحة اللازمة له ، وقد يتم هذا التعبير شخصيا إذا كان رشيداً بالغاً ، أو بواسطة من ينوب عنه قانوناً ، ولا يقصد بهذا الرضا مجرد قبول العرض الذي قدمه له الجراح لإجراء الجراحة ، بل المقصود برضاء المريض هنا هو الرضا من نوع خاص يتطلبه الفقه والقضاء والذي سنوضحه فيما بعد .

- وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم ضرورة موافقة المريض على قيام الجراح لإجراء الجراحة على اعتبار أن الجراح أقدر منه على تقدير الحالة فنياً ، فالجراح له الحق بصفة دائمة في أن يرفض الاستماع إلى رغبة المريض ، وأن يقوم بإجراء العملية الجراحية ضد إرادته إذ أن إرادة الجراح تجب إرادة المريض لأن الأخير لا يقدر مدى خطورة حياته . ولا المخاطر المترتبة على رفض إجراء الجراحة[1]. كما إن إلزام الجراح بأخذ رضاء المريض ما هو إلا تحكم من القضاء لا سند له من القانون .

---

(١) Fraon (Hicham): La responsibilité civile du médein en droit francais "These lausunne 1961, p.3.
Garroud labored lacoste : " le role du la volonté de médecin et du patint quant au traitement medical et a l'intervention chirurgicale. Rerue générale do droit ". 1962p. 129 – 153 , 193 – 252 .=

=انظر د/ جان لويس فور في نيجر ص١٠٣ وفي تعليق جان لو في داللوز ١٩٣١ – ٢ – ١٤١ ومشار إليه في رسالة د/ حسن زكي الإبراشي ، مرجع سابق ، ص٣٠٦ .

-ولكن غالبية الفقه [١] والقضاء [٢] المصري والفرنسي انتقدوا الرأي السابق ، وذهبوا إلى أن رضاء المريض على إجراء العمل الجراحي شرط ضروري لإباحة العمل الجراحي ، وبالتالي لا يحق للجراح إجراء الجراحة دون موافقة المريض ، وإلا كانت الجراحة غير مشروعة ، وعلة ذلك : أن المريض له حق مطلق يتعلق بحماية كيانه الجسدي ، ولا يمكن المساس به من غير موافقته ورضاه ، وكل اعتداء على حرية المريض أو حقوقه على جسمه - حتى مع وجود العناية الكاملة والهدف المشروع إلى استعادة المريض لصحته - يرتب مسئوليته على من ارتكبه متى كان في استطاعته أن يحصل على ذلك الرضا [٣]

---

(١) Mazeaud : lecon de droit civile, T.1.1955 – 1956. p.631.

Mainguet (G) :le consentement du patient a l'acet medical, Thése Paris 1957 .
Dactylographiée, pommerola (A) : la resposibilité medical, advent les tribumaux these lillte 1931 .p. 14 et s.
Panneua (J) : faute et erreur en maliere de résponsibilité medical these Paris 1973. p.13.
Crepeau (P) : La résponsibilité civile du médecin et l'etablissment hospitalier''. Thése Paris 1955 p.32.
انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، مرجع سابق ، ص٣٠٤ وما بعدها – د/ عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق ص١٥ وما بعدها طبعة ١٩٨٦م – د/ محمود مصطفى ، مسئولية الأطباء والجراحين ، مجلة القانون والاقتصاد س١٨ – القسم الثاني ص٢٨٦ – د/ محسن البيه – نظرة مدنية إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية طبعة ١٩٩٠م ص١٨٢ وما بعدها بند ١٠٩ وما بعده – الناشر مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة .

(٢) Douai, 10 Juil, 1946. Dalloz, 1946 p.301 – civ 8-11-1955 j.c.p 1955 9014 obs R.Svatier – civ 9-1-1966 Dalloz 1966, 266 .
Civ 17 – 11 – 1969 D 1970-85- Aix 16-4-1981 D. 1982 information 174 – 175 – Civ 22-9-1981 Bull. Civ. No. 268 p. 233, Lyon 18-1-1981 D. 1982 inf. 274 .

(٣) V.Able (B) : La résponsibilté civile dec medicines Théses Mnacy 1936. p. 111.
M. Puis Muller : Les droits person du malade boses et limites de la

لأن عدم رضاء المريض بالجراحة مقدماً يؤدى إلى أن يتحمل الجراح كل الأضرار الناشئة عن الجراحة سواء كانت تلك الأضرار ناشئة عن خطأ الجراح أو كانت غير ناشئة عن أي خطأ ارتكبه الجراح ، فعدم رضاء المريض بالجراحة يحمل الجراح تبعة كل الأخطار التي لا يسأل عنها الجراح قانوناً في العلاج[١]. لأن الجراح يكون في هذه الحالة قد أخطأ حتما في عدم حصوله على رضاء المريض بالجراحة مقدماً ولذا يصبح عمله غير مشروع فيسأل عن جميع الأضرار التي تنشأ عنه، حتى وإن لم يخطئ في العلاج ذاته [٢].

هذا وتضيف في معرض الرد على الرأي المعارض أن اطراد قضاء المحاكم في ضرورة أخذ الجراح لرضا المريض قبل الجراحة يعتبر بمثابة قاعدة قانونية يتحتم احترامها ، لأن اضطراد قضاء المحاكم في معنى معين ينشئ بذاته القاعدة القانونية التي يجب احترامها.

-هذا وقد أيد المشرع الفرنسي أيضاً موقف الفقه حيث نص في المادة ٧ من قانون أخلاقيات مهنة الطب على ضرورة احترام الجراح أو الطبيب لإرادة المريض ، كما نص في المادة ٤٣ من القانون ذاته على ضرورة قيام الجراح بأخذ رأى ولى أمر المريض القاصر أو ممن ينوب عنه قانوناً وشرعاً ، كما أنه يجب على الجراح أو الطبيب أن يحترم رأى القاصر إذا كان يمكنه التعبير عن رأيه ، وذلك في الحدود الممكنة [٣].

---

parteque medical (Açtes le cengrés – int. morale méd 1955. p.177)

(١) انظر د/ محسن البيه ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية ، في ظل القواعد القانونية التقليدية ، ص١٩٠/١٩١ – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة طبعة ١٩٩٠م .

(٢) Savatier : Traite de la responsibilité civil 20 éd. T.2 1951. No. 785. p.390

(٣) Art 7 " La volonté du malade droit toujours etre respectée dans toute la mesure du possible.
Lorsqe le malade est hors d'exprimer . Volonté ses porches doivent ssauf urgence ou impossibilite etre prévenue et informe "
Art 43 " un médecin applé á donner des soins á un mineur ou á un

وفوق ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه توجد بعض النصوص الخاصة الأخرى التي تنشئ هذا الالتزام على الجراح- أي الحصول على رضاء المريض بالجراحة-ومنها المادة ٣٤ من قانون الواجبات الطبية رقم ٥٥-١٥٩١ الصادر ١٩٥٥/١١/٢٨ (١) والتي يستفاد منها بمفهوم المخالفة ، قيام هذا الالتزام في غير حالات المخاطر الجسيمة .

- أما المشرع المصري فقد أكتفي بالاعتماد على ما جاء من القواعد العامة في القانون التي تحمى الكيان الجسدي للإنسان ، وتجعل منه حقاً من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان ولذا كان المساس به من قبل الجراح دون رضاه يشكل جريمة توجب المساءلة المدنية والجنائية ، حيث يتحمل الجراح تبعة المخاطر الناشئة عن ذلك العلاج حتى إذا كان سلوكه لم تشبه من الخطأ شائبة(٢). ولذا نجد المشرع المصري لم يرى حاجه إلى التدخل بنصوص خاصة تلزم الجراح أو الطبيب بضرورة الحصول مسبقاً على رضاء المريض أو من ينوب عنه: حتى تصبح الجراحة مشروعة ويعفى من طائلة المسئولية المدنية والجنائية.

- وبعد أن استعرضنا موقف الفقه والقضاء بشأن ضرورة حصول الجراح على رضاء المريض قبل أجراء الجراحة ، فهل هذا الرضا واجب في جميع الحالات؟.

---

incapable majeur doit s'efforcer de prevenir les parents au le rebresentant legal et d'obtenir leur consentment. En Cas d'urgence, uo si ceux – ci ne peuvent etre joints, le médecin doit donner les soins néces – saire si l'incapable peut emettre un avis, le médecin en tenir compt dans toute de possible'' .

(١) Art 34 ''Un volonté pronostic grave peut légitimenent etre dissimulé au malade, un prognostic fatal ne peut lui etre revélé qu' avecla plus extreme circonspection, mais il droit l'etre générale ment á safamille á moins que le malade ait preablement inter dite cette revelation ou designee les tiers auxguels elle doit etre faite''.

مشار إليه في بحث د/ محسن البيه ، مرجع سابق ، ص١٧٣ هامش (٣) .

(٢) جوسوان – داللوز الأسبوعي ١٩٣٢ ص١ – أندريه جاك ، الاتفاقات الخاصة بجسم الإنسان ، المجلة الانتقادية ١٩٣٣ ص٣٦٢ .

إن الإجابة على هذا التساؤل تستلزم التفرقة بين حالتين:

الأولى : وهى التي يكون فيها المريض بحالة تسمح له التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً.

الثانية: وهى التي لا يكون فيها المريض بحالة تسمح لـــه بـــالتعبير عـــن إرادته " حالة الضرورة" وسوف نوضح الأحكام المتعلقة بتلك الحالتين بالتفصيل في فرعين على الوجه الآتي:

المطلب الأول

كون المريض بحالة تسمح له بالتعبير عن إرادته (رضاه) تعبيراً صحيحاً.

- يجب على الجراح الحصول على رضاء المريض إذا كان في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً حيث استقر الفقه المصري والفرنسي كما ذكرنا سابقاً على ضرورة قيام الجراح بالحصول على رضائه بالجراحة حتى يكون عمله الجراحي مشروعًا ، وإذا لم يلتزم بذلك تحققت في جانبه المسئولية المدنية ، وبالتالي يتحمل الجراح كل الأضرار الناشئة عن تلك الجراحة سواء أكانت تلك الأضرار ناشئة عن خطأ الجراح في الجراحة- وهي حالة المسئولية الطبية التي يتحملها الجراح المخطئ في كل الأحوال- أو كانت غير ناشئة عن أي خطأ ارتكبه الجراح ، فعدم رضاء المريض بالجراحة يحمل الجراح تبعة كل الأخطار التي لا يسأل عنها الجراح قانوناً في العلاج [١]. لأن الجراح لا يستطيع أن يفرض إرادته على المريض إذا هو رفض الجراحة،لأن الجراح الذي لا يحترم رغبة مريضه القادر على تقدير ظروفه ، ويجرى له الجراحة رغم إرادته يعتبر مخطئاً [٢]. وبالتالي يصبح عمله غير مشروع، فيسأل عن جميع الأضرار التي تنشأ عنه، حتى إذا لم يخطىء في العلاج ذاته [٣]. حيث تقوم قرينه على أن هذه الأضرار التي أصابت المريض ، إنما ترجع إلى المبادرة التي اتخذها الجراح من تلقاء نفسه بعلاج المريض دون موافقته أو موافقة من يمثله [٤].

الشروط الواجب توافرها في رضاء المريض:

---

(١) انظر د/ محسن البيه ، مرجع سابق ص١٩٠/١٩١ .

(٢) انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، مرجع سابق ص٣٠٧ .

(٣) Savatier : le résponsibilité civil N:785 P790

(٤) Civ. 27 Oct. 1953 Dalloz 1953. 685 – civ 8 Nov. 1955 J.C.P. 1955 – 9014 note savatier.
Montpellier 5 Juill 1949 Dalloz 1950 – 11 – Bordeaux 8 mars 1963 .

-يتطلب الفقه والقضاء أن يكون رضاء المريض رضاء خاصاً، أي يلزم أن تتوافر فيه شروط معينة نتناولها بالشرح التفصيلي على الوجه الآتي:

الشرط الأول: صدور رضاء المريض عن بينه تامة واختيار مطلق:

- يقصد بأن يكون رضاء المريض بالجراحة عن بينه تامة أن يكون قد صدر بعد إعلامه بحقيقة مرضه وطبيعة الجراحة الطبية التي ينصرف إليها رضاؤه

والمخاطر المترتبة على الجراحة والآثار التي قد تنتج من عدم إجرائها ، وهو ما يطلق علية التزام الجراح بإعلام المريض وهو ما سنوضحه على الوجه الآتي:

التزام الجراح بإعلام المريض:

- يلتزم الجراح قبل قيامه بالحصول على رضاء المريض بالتدخل الجراحي أن يبين للمريض طبيعة مرضه وطبيعة الجراحة التي يقترح إجراؤها للمريض ، والمخاطر التي يمكن أن تحدث عادة في مثل هذه الأمور ، ومخاطر عدم القيام بالعملية الجراحية [1].

- أما مصدر التزام الجراح بإعلام المريض فقد يكون مرجعه القانون أو العقد المبرم بينه وبين المريض حيث نجد أن المبدأ العام يقتضى دائماً مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات ، ومن منطلق هذا المبدأ- الذي يرتكز على مبدأ أخلاقي لا يعفى منه الجراح - نجد أن الجراح يقع عليه التزام بضرورة إعلام المريض قبل الحصول على موافقته بإجراء الجراحة.

هذا ويقرر الفقه الفرنسي أن مصدر التزام الجراح بإعلام المريض بطبيعة

---

(١) انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ وما بعدها - د/ حمدي عبد الرحمن ، معصومية الجسد ١٩٧٩م ص٤١ وما بعدها - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص٢٩ وما بعدها - د/ وديع فرج ، مسئولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ ص ٣٨١ ، وما بعدها .

Savatier (R) : La résponsibilité médicale p.113.

مرضه والعلاج المقترح والآثار المتوقعة من الجراحة ، وكذا الآثار التي يمكن أن تحدث من عدم التدخل الجراحي مصدره نصوص قانونية ولائحيه ، حيث يرى أنه توجد بعض النصوص القانونية التي نصت على هذا الالتزام ، فالمادة ٤١ من المرسوم الصادر في ١٩٧٤/١/١٤م ، والمتعلقة بتحديد القواعد المهنية للمستشفى العام في فرنسا ، حيث نصت على أن " الطبيب رئيس قسم الخدمة يجب عليه أن يعلم المريض في الحالات المحددة في قانون المهن الطبية بحالته ، وبكل إجراء ممكن للعلاج أو العناية بطريقة سهلة أو مفهومة ، كما يجب أن يتم ذلك من جانب الطبيب الذي يقوم بالعلاج " (١).

كما يرى الفقه الفرنسي أن المادة ٣٤ من قانون الواجبات الطبية يستفاد منها بمفهوم المخالفة قيام هذا الالتزام في غير الحالات الخطرة والجسيمة .

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه ، واستقر في أحكامه منذ حكم النقض الفرنسي الصادر في ١٩٤٦/٥/٢٠م ، والذي أقر بمقتضاه وجود عقد العلاج ، بين الطبيب الخاص أو الجراح والمريض ، وبمقتضاه يلتزم الطبيب أو الجراح بإعلام المريض بطبيعة مرضه ، والعلاج وآثاره المتوقعة حتى يكون رضاء المريض حراً ومستنيراً ، فيقبل أو يرفض عن بينة من أمره ، وقضت محكمة ROAN في حكمها الصادر في ١٩٦٦/٢/٢٦م " بالتزام الجراحيين بالحصول على رضاء صريح وحر من المريض أو أسرته ، قبل إجراء العملية ، وإلا كانوا مرتكبين لجريمة الجرح غير العمد المنصوص عليها في المادة ٣١٩ ، ٣٢٠ من قانون العقوبات"(٢).

أما فيما يتعلق بموقف القانون المصري من التزام الجراحين بإعلام المريض حتى يكون رضاؤه عن بينة ، لم نجد أن المشرع المصري نص على ذلك صراحة ، ولكنه رد هذا الالتزام إلى القواعد العامة في القانون ، والتي

---

(١) Gombaut (A) : " consentement écloire et résponsibilité professionelle " Rev concours medical 4 – 3 – 1972p. 177 – 178 .

(٢) الأسبوع القضائي ١٩٧١ – ١٦٨٤٩ . مشار إليه في بحث د/ أسامة فايد ، مرجع سابق ، ص١٧١ .

تقضي أن يكون أساس تنفيذ الالتزام هو حسن النية في المعاملات الأمر الـذي يفرض على الجراح أن ينفذ التزامه بحسن نية الأمر الذي يلزمه بضرورة إعلام المريض بحالته ووسيلة العلاج المقترحة ، والآثار المترتبة عليها ، وكذا الآثـار التي قد تنتج عن تخلف التدخل الجراحي ، وذلك حتى يكون رضاء المريض عن بينة واختيار حر فله أن يقبل أو يرفض وأيضاً ما استقر عليه الفقه والقضاء من مبادئ تقرر حرية الإنسان في التعبير عن إرادته [١].

ولكن لنا أن نتساءل عن مضمون التزام الجراح بإعلام المريض؟.

أي ما هي المخاطر التي يلتزم بها الجراح بإظهارها للمريض ؟ هل يخبره بالنتائج التي تحدث عادة في مثل حالته ، أم انه يلتزم أيضاً بأن يظهر له النتائج غير المتوقعة والتي تحدث في أحوال نادرة ؟ إن الإجابة عن تلـك التسـاؤلات تستلزم أن نوضح موقف الفقه والقضاء منها ، حيث نجد ان الفقه والقضاء قـد اتجها في الإجابة عنها إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب إلى القول بأن الجراح عليه الالتزام بإعلام المريض بالمخاطر العادية والمخاطر الاستثنائية [٢].

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى بعض أحكام القضاء الفرنسي، ومنهـا حكم محكمة ليون الصادر في ١٩٥٢/١١/١٧م والت نصت فيه بأنه " يجب على الطبيب أو الجراح أن يظهر للمريض لاحتمالية الحوادث غير المنتظمة ، قبل بدء العلاج بالأشعة الكهربائية ، إذ إنها ليست من قبل الحوادث غير المتوقعة [٣].

---

(١) د/ أسامة فايد ، مرجع سابق ، ص١٧١ .

(٢) Savatier : La résponsibilité civile No. 782p. 348.
حيث يرى أن هذا الالتزام يصبح أكثر شدة كلما كانت مخاطر العـلاج أو الجراحـة جسيمة في الوقت الذي لا يكون فيه هذا العلاج أو تلك الجراحة أموراً ملحة .
Gombaut (A) : " consentement écloire et résponsibilité professionelle " Rev concours medical 4 – 3 – 1972p. 1894 et s.

(٣) Lyon 17 Nov. 1452 – Dalloz. 1953,253, note Garvesi.
حيث جاء في الحكم :
" La ratretérelative des fractures ne le rend pas imprévisibles et n'aulorise

وقد استخلص أصحاب هذا الرأي أنه بموجب هذا الحكم يلتزم الجراح بأن يعلم المريض بالمخاطر العادية المتوقع حدوثها ، وكذلك إعلامه بالمخاطر الاستثنائية قبل هذه الجراحة.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ ٤//٥//١٩٧٠م ، يفهم منه تأييدها لهذا الاتجاه حيث قام أحد أطباء الأشعة ، بفحص مريض بالأشعة بغرض العلاج ، وقد نشأ عن هذا العمل عجز جزئي دائم للمريض .. ادعى هذا الأخير أمام محكمة الموضوع بأن الطبيب لم يخبره بالمخاطر الجسيمة التي تترتب على هذا العلاج " وقد رفضت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف ؛ لأنه لم يرد على هذا الادعاء ، وبالتالي فيستفاد من حكم محكمة النقض أن الطبيب أو الجراح يقع عليه الالتزام بإعلام المريض .. ليس فقط بالمخاطر العادية المتوقعة ، ولكن أيضاً بكافة المخاطر الاستثنائية حتى ولو كانت نادرة الحدوث ..

ولكننا نرى أن الأخذ بهذا الاتجاه سيترتب عليه تجريد الجراح من عنصر جوهري ومؤثر في نجاح العمليات الجراحية ، وهي الحالة النفسية للمريض ومعنوياته ، فإذا ألزمنا الجراح بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية بالإضافة إلى المخاطر العادية سيترتب على ذلك ضعف الروح المعنوية لدى المريض ، نظراً لتجسيم مخاطر الجراحة أمامه .. وبالتالي سيضعف أيضاً لدى المريض الثقة في الجراحة وفي جدواها .. ولذ يجب أن نفرق في إعلام المريض بين معنى المخاطر المتوقعة ، ومعنى المخاطر الاستثنائية ..

فالأولى :: قد تكون بسيطة أي عادية ، وقد تكون جسيمة ويلتزم فيها الجراح بإعلام المريض بها ، أي أنه يلتزم بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة سواء كانت جسيمة أو عادية بسيطة ..

أما بالنسبة للثانية :: أي المخاطر الاستثنائية غير المتوقعة أي النادرة الحدوث فنرى أن الجراح لا يلتزم بإعلام المريض بها ؛ حفاظاً على روحه

---

pas le médecin á dissumuler au malade leur évenlualite ".

المعنوية التي تعتبر عنصراً هاماً بالنسبة لنجاح العملية الجراحية وبالتالي العلاج.

أما الاتجاه الثاني :

فذهب إلى التأكيد على ضرورة قيام الجراح ، بإعلام المريض قبل الجراحة بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بفهم طبيعة مرضه، وكذلك وسيلة الجراحة اللازمة والمخاطر المتوقعة بمقارنتها بالآثار التي قد تترتب نتيجة عدم التدخل الجراحي ، حتى يكون المريض على بينة من حالته ، ويقرر بإرادته الحرة الموافقة على التدخل الجراحي أو رفضه [١].

والأخذ بهذا الاتجاه يساعد الجراح على أن يؤدي عمله بنجاح ، لأن المبالغة في إلزام الجراح بإعلام المريض بالتفاصيل الكاملة والدقيقة لما قد يقع من المخاطر ، وفقاً للاتجاه الأول قد يؤدي إلى إعاقته عن عمله ، وخاصة إذا كان مقدماً على عملية جراحية ، أو علاج خطير على درجة كبيرة من الأهمية فقد يؤدي ذلك إلى قيام بعض العقبات المعنوية والمادية [٢].

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ضرورة التفرقة بين المخاطر المتوقعة (سواء كانت جسيمة أو عادية) وهي التي يلتزم فيها الجراح بإعلام المريض ، وبين المخاطر غير المتوقعة أو الاستثنائية وهي التي لا يلتزم فيها الجراح بالإعلام عنها للمريض ، إلا أن القضاء الفرنسي [٣]. أورد حالات استثنائية يلتزم فيها الجراح بضرورة إعلام المريض بالمخاطر غير المتوقعة أي الاستثنائية ، بالإضافة إلى إعلامه بالمخاطر المتوقعة سواء كانت جسيمة أم عادية ، أي يلتزم فيها الجراح

---

(١) انظر د/ محسن البيه ، مرجع سابق ص١٧٤ ، بند ١٠٤ .

(٢) Anne Dorsner et Annie scemama : Médecine et information du mamlade G.p. 1977,2, Doct. 433.
Penneau (J) : La résponsibilité medical. Ed sirg., 1977, N.52.p.65.
" La régle est donc la suivante : le médecin doit fournir une information chaire, exactemais limitée á l'evolution ou aux resques normalement pevisi bles en fonstion de l'exsperience hbituelle et des donnéss statiatique" .

(٣) lyon 8 Jany 1981 J.c.p. 1981,11, 1966 obs F.chabas.

بإعلام المريض إعلاماً كاملاً بكل المخاطر حتى ولو كانت استثنائية وهي :

(أ) عمليات استئصال الأعضاء : حيث يلتزم الجراح بأن يحيط المتبرع بكل التفصيلات الدقيقة ، والمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة . وقد نص على ذلك المشرع الفرنسي في القانون رقم ٧٨ - ٥٠١ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٣/٣١م [١].

(ب) جراحة التجميل التحسينية [٢] : حيث قضت محكمة ليون في حكم لها بأن الجراح يلتزم بإعلام المريض الراغب في الجراحة بكافة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة ، التي قد تنتج عن التدخل الجراحي ، وإلا كان الجراح مخطئاً ؛ لأنه لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية تماماً والتي يمكن أن تحدث من جراحة التجميل [٣].

(ج)عمليات الإجهاض الإرادي [٤] : ينص القانون الفرنسي على التزام الجراح بضرورة الإعلام التام والكامل بالمخاطر المتوقعة وغير المتوقعة ، للمريضة في مجال عمليات الإجهاض ، فعلى الجراح

---

(١) Loin. 78-501du 31 mars 1978, Dalloz, 1973,245.

(٢) سنتناول في هذا البحث بيان حكم جراحات التجميل التحسينية فيما بعد ، انظر ص١٦٥ وما بعدها بند ١٤٤ وما بعده .

(٣) Civ. 17 Nov. 1969 Dalloz 1970, 85, G.p.1970,1, 49.
Paris 13 jany 1959 j.c.p. 1959,11,11142 note R. Savatier .

(٤) أصدر المشرع الفرنسي في عام ١٩٧٥م قانوناً لتنظيم ووضع قواعد للإجهاض .
Lai No. 75 – 17 Du 17 Janvier 1975.j.o. 18 Janv. 1975- Lai No. 79-1204 du 31 déc 1979 –jo le jany 1980.p.3.
أما المشرع المصري : فقد جرّم الإسقاط الإرادي للحوامل بالنسبة للطبيب والجراح فنص في المادة ٢٦٣ عقوبات على أنه " إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابله يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة . ولا يعتبر رضا المرأة بالإسقاط من أسباب تدخل الجراح بالإسقاط في التشريع المصري حيث نص المشرع في المادة ٢٦١ عقوبات على عقاب من يسقط امرأة حامل حتى ولو كان ذلك برضاها – كما عاقب المرأة الحامل – مادة ٢٦٢ عقوبات – إذا أسقطت نفسها باستعمال أدوية أو وسائل أخرى من شأنها تحقيق ذلك .

الالتزام بإخطار المريضة بكل الأخطار الطبية التي تحيط بالعملية ، وبجسامة النتائج الحيوية للتدخل الجراحي ، كل هذا إذا كان الإجهاض لأسباب إرادية، أي بمحض إرادة المريضة التي ترغب في إجهاض نفسها أما إذا كان الإجهاض لأسباب طبية فلا يطبق هذا الاستثناء عليها حيث يلتزم فيها الجراح فقط بإعلام مريضته بالمخاطر المتوقعة (سواء كانت جسيمة أم بسيطة أي عادية) فقط [١].

هذا وقد أيدت معظم التطبيقات القضائية هذا الاتجاه الأخير ومنها ما قررته محكمة النقض الفرنسي في حكمها الصادر في ١٣/٥/١٩٥٩م بقولها : " إن الجراح لا يلتزم بإعلام المريض مسبقاً بمخاطر الشلل النهائي للعصب ، التي قد تنشأ عن التخدير بالطريق المحجري للعصب الفكي الأعلى ، خلال عملية علاج التهاب الجيوب بالفم حيث أن هذه المخاطر لم تكن متوقعة [٢].

ونرى أن الاتجاه الثاني لهو الراجح من وجهة نظرنا ؛ لأن التزام الجراح بإعلام المريض يجب أن يكون مقيداً بقيدين :

الأول : جهل المريض بأصول الفن الطبي ، الأمر الذي لا يمكنه من فهم التفصيلات الفنية للجراحة ، وبالتالي يكفي أن يوضح الجراح له الغرض من الجراحة ، والنتائج المتوقعة سواء كانت عادية أو جسيمة ، أما النتائج الاستثنائية

---

(١) PENNEAU : note sous : civ. 25 Mai, 1971, Dalloz, 1971 No 660.p.43.

(٢) Civ 13 Mai. 1959, G.p. TQ 1960 v medicine.

Civ 6 Mars 1979, Dalloz 1980 inf rap 170, obs penneau.
حيث قضت به " بأن الطبيب لا يكون مخطئاً إذا لم يخطر المريض باحتمال إصابته بشلل الوجه ، وعقد العلاج من الصمم لأن هذا الاحتمال كان ضعيفاً ، والعملية كانت ضرورية " .

Civ. 23 Mai 1973 (2 arr ets) J.c.p. 1957,11.17955, note savatier .
Civ G.p. 1973,2,885,note Doll .
Civ R.T., 1974, 618 abs Durry comp.
Civ 8 Oct. 1974 J.c.p. 1975, 11, 17955.

غير المتوقعة فلا يلتزم الجراح بإعلام المريض بها .

والثاني : مراعاة حالة المريض النفسية ، وعلى الجراح واجب إنساني يفرض عليه ان يدخل الثقة في نفس المريض ، وعدم إحاطته بما قد يهبط بروحه المعنوية ، بل يجب عليه أن يرفع من روحه المعنوية ؛ لزيادة فرص الشفاء بعد إجراء الجراحة .

إن مخالفة الجراح للالتزام الواقع عليه بإعلام المريض وفقاً للضوابط السابقة ، والتي تناولها أصحاب الاتجاه الثاني ، يحقق في جانبه المسئولية المدنية ، أما فيما يتعلق بمسئوليته الجنائية ، فنجد أن المحاكم الفرنسية قد انقسمت حول اعتبار مخالفة هذا الالتزام خطأ جنائياً أم لا ، فبينما رأته بعض المحاكم أنه جنائي [١] ، نجد أن محكمة النقض الفرنسية ، الدائرة الجنائية قد اعتبرته مدنياً [٢] ورفضت اعتباره جنائياً .

هذا وبعد أن استعرضنا مضمون التزام الجراح ، بإعلام المريض حتى يكون رضاؤه عن بينة تامة ويكون للمريض مطلق الحرية في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه ، وذلك بعد إعلامه بحقيقة مرضه ، وحقيقة التدخل الجراحي المقترح ، والمخاطر المتوقعة منه ، والأثر المترتب على عدم التدخل الجراحي ، فهنا يكون للمريض مطلق الحرية في أن يقبل التدخل الجراحي أو يرفضه ؛ لأن المريض له حق على جسده وصحته ، فالمساس بهما من غير رضائه يُكوّن المسئولية المدنية والجنائية ، ولكن هل يمكن التدخل الجراحي دون إرادة المريض وموافقته ، إذا تعلق الأمر بالمصلحة العامة ؟

يرى البعض أن القانون يستثني من شرط الرضا الحر للمريض ، حالات التطعيم الإجباري ، ومقاومة الأوبئة والأمراض المعدية [٣].

ولكننا لا نوافق أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه ؛ لأن المشرع لا

---

(١) Rouen 26 fevr 1969 J.c.p. 1970 somm.p.75.

(٢) Crim : 17 Nov, 1969 G.p. 1970, 1,49.

(٣) انظر في هذا الرأي د/ أسامة فايد ، مرجع سابق ، ص١٧٠ .

يلغي إرادة المريض الحرة ، في الموافقة على العلاج في حالة التطعيم الإجباري ، وإنما كل ما في الأمر : أن المريض إذا رفض العلاج توقع عليه غرامة فقط ، وهو الجزاء الذي رتبه القانون إن هو خالفه ، وبالتالي لا يحق لطبيب أو الجراح ، أن يتدخل دون موافقته لإجراء التطعيم ، وإلا تحققت في جانبه المسئولية المدنية والجنائية [١].

وخلاصة القول :

أن الجراح يقع عليه التزام بإعلام المريض قبل حصوله على موافقته بإجراء الجراحة ، حتى يكون رضاؤه بناء على بينة واختيار مطلق ، إلا أن مضمون هذا الالتزام ، يقتصر على بيان الأخطار المتوقعة من التدخل الجراحي ، سواء كانت هذه الأخطار جسيمة أو عادية ، أم الأخطار غير المتوقعة والتي تكون نتائجها قليلة الاحتمال ، والتي يندر وقوعها في العمل ، والتي قد تنشأ عن خلقية خاصة بالمريض ، ويندر وجودها عند عامة الناس ، ويصعب توقعها طبقاً للمعطيات العلمية القائمة [٢]. فلا يلزم الجراح بإيضاحها للمريض إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع ، أو أقرتها المحاكم ، مثل جراحة التجميل ، أو قطع أو نقل الأعضاء البشرية ، والإجهاض الإرادي ؛ لأننا يجب أن نقدر التزام الجراح بإعلام المريض في ضوء الحالة النفسية للمريض ، لأن إحاطته بكافة النتائج غير المحتملة قد يؤثر على معنوياته ، ولذا نجد أن المحاكم الفرنسية أعفت الجراح الذي يهون عن المريض النتائج الضارة والمحتملة لتدخله الجراحي، وخاصة عندما يعرضها بطريقة عامة ، ودون الدخول في التفصيلات

---

(١) Savatier : le responsibilité civile No. 785.p.402.

وانظر عكس ذلك :

Delbet, Revue de Paris ler mars, 1917.p.40 et suivantes.

حيث يرى ديلبت : أن الجراح له أحياناً أن يجري عملية – رغم إرادة المريض إذا رأى أن فيها إنقاذاً لحياته بشرط ألا تتضمن العملية بتر عضو من أعضائه إذ من حق كل فرد أن يفضل الموت على أم يعيش بعاهة مستديمة .

(٢) Lyon 6 Nov. 1961 Dalloz 1962-55 .

الدقيقة والفنية التي لا يستطيع استيعابها علمياً سواء فيما يتعلق بنوع المرض أو طرق الجراحة المستخدمة ، وذلك مراعاة لحالة المريض النفسية [١]، لأن التزام الجراح بإعلام المريض مقيد بقيدين – كما سبق الذكر – وهما جهل المريض بأصول فن الطب ، ومراعاة حالته النفسية .

عبء الإثبات بإعلام المريض :

يجب أن نوضح أولاً أنه فيما يتعلق بعبء إثبات رضاء المريض وموافقته على إجراء الجراحة ، إنما يقع على الجراح ولا خلاف في ذلك حيث يلتزم الجراح بإثبات رضاء المريض وموافقته على إجراء الجراحة [٢] وإنما الخلاف

---

(١) Grénoble 5 jan. 1949.1.216.c.
Civ 21 fev 1961 Dalloz 196-531–1, civ 14 avr 1961 Dalloz 1961– 108.
Civ 7 juill 1964 B.c in. 373. civ8 nov 1956 Dalloz 1956-3, Burdeau 26 fev 1964 G.p. 1964-204, Nimes 19 Oct 1964 Dalloz 1956-31.

(٢) انظر د/ محسن البيه ، ص١٣١ بند ١١٠ حيث يرى " أن التزام الطبيب والجراح بالحصول على رضاء المريض بتنوع بين ثلاث درجات .
في الأولى : يتحتم على الجراح والطبيب المعالج تقديم دليل كتابي على رضاء المريض سواء من المريض نفسه أو من يمثله قانوناً ومن أمثلة هذه الحالات حالة نزع وزراعة الأعضاء (القانون الفرنسي المادة ١/٢ من القانون رقم ٧٨ – ٥٠١ الصادر في ١٩٧٨/٣/٣١م وقد سبق الإشارة إليه) ما حالة الإجهاض الإرادي ، جراحة التجميل (يبق الإشارة إلى الحالات الثلاثة في هذا البحث ص١٢٠/١٢١ بند ١٠٠) .
أما الثانية : فيلتزم فيها الجراح بالحصول على موافقة المريض على العمل الجراحي والاكتفاء في الغالب بالحصول على رضاء أو موافقة شفهية ، وذلك بسبب ما يجب أن يقوم بين الطرفين من ثقة وخاصة من جانب المريض في الطبيب : PENNEAU (J) (La ré sponsabilité medical éd siry 1977,p.43.) وفي هذه الحالة يمكن للجراح أن يثبت هذه الموافقة بكافة طرق الإثبات .
والحالة الثالثة : وهي التي يعفى فيها الجراح من التزامه بالحصول على موافقة المريض أو ممثله القانوني وهي ما يطلق عليها حالة الضرورة وسنتناولها بالبحث التفصيلي فيما بعد ص١٣٥ وما بعدها .

قد حدث عندما يتعلق الأمر بإثبات أن الرضا الصادر من المريض عن بينة واختيار مطلق حيث تثور هذه المسألة عندما يدعي المريض أن رضاءه بإجراء العملية الجراحية لم يكن عن بينة واختيار حيث لم يقم الجراح بتنفيذ التزامه بإعلام المريض بالأخطار المتوقعة سواء كانت جسيمة أم عادية ، فهنا نتساءل هل يقع عبء الإثبات بإعلان المريض على الجراح عبء إثبات أن الرضا الصادر من المريض إنما تم بعد قيامه بتنفيذ التزامه بإعلامه بحقيقة مرضه والنتائج المترتبة على الجراحة والآثار التي قد تحدث لعدم التدخل الجراحي ؟ أم على المريض إذ عليه في هذه الحالة أن يثبت أن الجراح لم يقم بتنفيذ التزامه بإعلامه بالأخطار المتوقعة من الجراحة أي أنه قصر في التزامه العقدي .

بداية يجب أن نوضح أن فكرة الرضا الصادر عن بينة واختيار ، إنما هي من ابتكار القضاء الذي شاء أن يدخل علاقة الجراح بالمريض ضمن نطاق عقد العلاج الطبي ، ويخضعها لقواعده ، ولكنه أغفل بذلك الطبيعة الخاصة للعقد الطبي ، ولكن القضاء لمس أن التطبيق الجامد لقواعد القانون المدني تؤدي إلى وجود خطر على سير المهنة الطبية فحورها بما يتفق وضرورات المهنة ، ثم عمد القضاء إلى تخفيف عبء الإثبات على الأطباء [١].

ولذا نجد أن محكمة النقض الفرنسية في سبيل هذا التخفيف قد اتجهت إلى القول بأن عبء إثبات الرضا لم يكن عن بينة واختيار مطلق يقع على المريض ، أي على المريض أن يثبت أن الجراح قد قصر التزامه العقدي ، ولم يخبره بمخاطر الجراحة [٢] حيث اعتبرت أن عقد العلاج الطبي يعني وجود قرينة على الرضاء بالعلاج

---

(١) انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، المسئولية الطبية ، ص٣٢٥ .

(٢) Civ 8 Oct 1974. Bulletin. Civil. No. 255.p.218"la prevue de sa non information pése sur la malade"
Civ 1-6-1973 siey Recueil de jurispuden ce générale -1937-1-270.
Lyon 16 aver 1956 Dalloz 1956-693.
Civ 7 juil 1964 Dalloz. 1964-625.
Civ 21 fev 1961 J.C.P. (juris classeur périodiques, semaine juridique) 196 1,11,12129, note savatier- Dalloz-1961,531 .
Civ 11 jany
1966 Dalloz 1966,266.

لصالح الجراح أو الطبيب ، وأن المريض عليه أن يثبت عكس هذه القرينة [١].

ولكننا نرى أن اتجاه محكمة النقض السابق إلى تحميل المريض عبء الإثبات بعدم الإعلام من قبل الجراح إنما هو اتجاه منتقد للأسباب الآتية :

(أ) إن هذا الاتجاه يخالف القواعد العامة في الإثبات ومنها القاعدة التي تنص على " أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " فالالتزام بإعلام المريض إنما يقع على الجراح ، وبالتالي إذا ادعى أنه قام بتنفيذه فعليه عبء إثبات ذلك وفقاً للقاعدة العامة.

(ب) إن التزام الجراح بإعلام المريض ، إنما هو التزام بتحقيق نتيجة ، وليس التزام ببذل عناية .

وبالتالي فإن الجراح يقوم بإثبات واقعة إيجابية ، وليست واقعة سلبية ، وهذا أمر ميسور بالنسبة للجراح ، بعكس المريض إذا ما وقع عليه عبء إثبات عدم قيام الجراح بالإعلام فعليه هنا أن يثبت وقعة سلبية وهذا أمر صعب بالنسبة للمريض ، علاوة على أن الثقة التي يجب أن تسود بين المريض والجراح والتي كثيراً ما تمنعه من إعداد دليل كتابي أو شهود على محتوى علاقته بالجراح [٢].

(ج) على العكس من المريض الذي قد يمنعه طابع الثقة بينه وبين الجراح من إعداد الدليل الكتابي ، نجد أن الجراح الذي يتمتع بمكانة عالية تجعله ما يكون حريصاً عليها ، وما لديه من خبرة وحنكة الأمر الذي يدفعه دائماً إلى الاحتياط للمحافظة على تلك المكانة ، وبالتالي إعداده الدليل الذي يثبت قيامه بتنفيذ التزامه بإعلام المريض وإخباره بطبيعة مرضه والأخطار المتوقعة من الجراحة وفقاً لمضمون الالتزام بالإعلام الذي سبق ذكره ، وذلك حتى لا تهدده المسئولية المدنية في هذا الشأن .

---

(١) انظر د/ عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، ص٤٨ بند ٤٥ .

(٢) Savatier (R) securité humaine et résponsibilité civil de medicine Dalloz 1961 chro.p.37.
"Ce la tient d'abord a la nature confidentielle de ses rapports avec lex maladies, en l'absence novmale de temoine, et d'ecrits

وعلى ذلك نرى أن عبء إثبات إعلام المريض يقع على جانب الجـراح وليس كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، ولا يعفى الجراح من المسئولية بسبب إخلاله بالالتزام بإعلان المريض إلا إذا كان هذا الإخلال راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه أدى إلى عدم تمكنه من إعلام المريض بمخاطر الجراحة ومن أمثلة ذلك حالة الاستعجال أوالضرورة المطلقة [١]، والحالة الصحية المتردية للمريض [٢] ، حيث يجب أن يراعي الجراح حالة المريض الصحية وظروفه ، فإذا كانت ظروف المريض الصحية تمنع من إعلامه بمخاطر الجراحة فإن الجراح عليـه التزام بإعلام ممن له سلطة قانونية عليه كوالديه أو أبنائه أو أقاربه [٣] وكذلك إذا ما قام المريض بالكذب على الجراح ، ونتيجة لذلك لم يخبره الجراح بمخـاطر العلاج ، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية [٤] بحكم لهـا فـي ١٩٦٧/٢/٢١م

---

(١) Civ 30 juin 1958. Bulletin Civil, 1.No.276.

حيث مثلت محكمة النقض الفرنسية حالة الاستعجال ، كسبب لإعفـاء الطبيـب مـن الالتزام بتنوير المريض قبل إجراء الجراحة ، حيث كان هذا الأخير مصاب بثقبين في عظام الجمجمة يوصلان إلى المخ ، لدرجة كانت حياته معها مهدد ما لم تتم الجراحـة بأقصى سرعة ممكنة ، بالعكس : عندما تكتشف تعقيدات خلال عملية جراحية ، فـإن المحاكم ترى وجوب أن يوقف الجراح التدخل الجراحي ما لم يحل دون ذلـك سـبب طبي أو فني ، من اجل استشارة المريض حول ما يجب عمله :

مشار إليه في بحث / محسن البيـه ، ص١٨١ هـامش (١) Civ 27 Oct, 1953 Gazelle de palais 1954,1,148.

(٢) Civ 2 nov 1955, Dalloz 1956.3-Tribseine 15mars 1937 Gazelle de palais 1937,2,379.

(٣) Civ 14 févr 1973, Bulletin civil,1, No55 p.5 v. en meme sens. Art 31 code de la déontologie .F.''un prognostic grave peut toujours légi limement etre dissimulé au malade ''

(٤) Civ 21 fevr 1967, Bulletin civil,1, No.74,p.55.

حيث قضت المحكمة في هذا الحكم بعدم مسـئولية الطبيـب

رغم عدم إخباره للمريض بهذه المخاطر لأن المريض كان قد كذب على الطبيب عندما سأله عما إذا كان قد عولج بهذه الطريقة من قبل أم لا ، حيث كان المـريض مصـاباً بمرض النقرس على إثر محاولة سابقة للعلاج بالأشعة الأمر الذي كان يجب إخبـار

أيدت فيه إعفاء الجراح من المسئولية المدنية لعدم إخبار المريض بمخاطر الجراحة بسبب راجع إلى كذب المريض .

ومما سبق نرى مع ما ذهب إليه الفقه [١] والقضاء [٢] من أن عبء الإثبات فيما يتعلق بإعلام المريض من عدمه يقع على الجراح ، وله في إثبات ذلك أن يلجأ إلى كافة وسائل الإثبات فله أن يستفيد من ظروف الأحوال والقرائن ، وللمحاكم أن تستخلص ذلك من القرائن والظروف المحيطة بالقضية المعروضة كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي معين فذلك يعني ضمناً قبوله لتدخل هذا الاخير وعلاجه [٣].

وللمحاكم أيضاً الحق في أن تستعين بخبير يلقي الضوء على ظروف التدخل الجراحي [٤].

ولكن لا يعتبر مجرد طلب المريض الدخول إلى المستشفى أو الذهاب للجراح أو الطبيب رضاء بكافة أنواع العلاج أو الجراحة التي يراها الجراح لازمة لحالته [٥].

الشرط الثاني : أهلية المريض وسلامة الرضا :

الطبيب المعالج به ، قبل الشروع في العلاج الجديد ، وإلا سيعرض المريض لأخطار حقيقية .

(١) انظر د/ محسن البيه ، مرجع سابق ، ص١٨٣ وما بعده – د/ عبد الرشيد مامون مرجع سابق ، ص٤٩ بند ٤٦ وما بعده – د/ محمد حسين منصور – مرجع سابق ، ص٣١ – د/ حسن ذكي الإبراشي مرجع سابق ، ص٣٢٣ وما بعدها .

(٢) Lyon 6 jun 1937 – D.1938, 11- savatier, le d'operer, Dalloz 952.157.حيث ذهب إلى أن عبء الإثبات يقع على الطبيب حتى يبرر مشروعية تدخله فعليه واجب إقامة الدليل على رضاء المريض بتدخله وعلاجه .

(٣) Req. 31 Oct, 1933 Dalloz. 1933-537.

(٤) Seine 6 fev 1962 Dalloz 1962.62.

(٥) Lyon 2 juill Dalloz 1952, 647.

يجب أن يكون الرضا بإجراء الجراحة صادراً من مريض لديه أهلية لصدور هذه الموافقة ، كما يجب أن يكون الرضا صحيحاً خالياً من العيوب التي تشوبه كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس ، وسنتناول بيان مضمون الشرط بالمناقشة والإيضاح على الوجه التالي:

أولاً : أهلية المريض لصدور الرضا منه بإجراء الجراحة :

أنه وفقاً للقاعدة العامة في التصرفات يشترط للاعتداد بالتصرف قانوناً أن يكون صادراً من شخص لديه أهلية التصرف أي يكون كامل الأهلية أي بالغاً لسن ٢١ سنة وعاقلاً أي لم يعترضه مانع أو عارض من عوارض الأهلية ، ولذا فإن الرضا الذي يصدر من المريض الكامل الأهلية يكون صحيحاً ويعتد به .

ولكن هل يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية بصفة دائمة حتى يعتد برضائه ؟

ذهب جانب من الفقه [١] في معرض الإجابة عن هذا التساؤل إلى القول : أنه بالنسبة للمريض القاصر يجب أن نفرق بين القاصر المأذون له بأعمال الإدارة [٢] والقاصر غير المأذون له ، حيث يرى هذا الجانب أن الإذن بالإدارة يضع نهاية لحالة القصر بخصوص أعمال الإدارة فقط دون السماح له بالقيام بأعمال التصرف ، وبالتالي فإن الرضا الذي يصدر منه بالموافقة على إجراء الجراحة أو العلاج يكون صحيحاً ويعتد به أما دور القيم أو الولي أو الوصي فإنه يقتصر على التوجيه والنصيحة والموافقة على الجانب المالي من عقد العلاج الطبي . أما القاصر غير المأذون له بأعمال الإدارة فلا يعتد برضائه على إجراء

---

(١) انظر : Maty (G) : droit civil 1950, T,1.p.1101
Mazeaud (V) : Lecon de droit civil op cit T, 1,p. 1280,1281.
انظر د/ عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، ص٤٢ بند٣٩ .

(٢) نصت المادة ١١٢ مدني ، م٤٥و٥٥ من قانون الولاية على المال بخصوص القاصر قابل الأهمية أنه عند بلوغه سن ثمانية عشر عاماً يحق للولي أو المحكمة بناء على طلب الوصي أن تأذن له بتسليم كل أمواله أو بعضها لإدارتها ، وعندئذ يجوز له أن يقوم بأعمال الإدارة التي يقصد بها استثمار أمواله واستغلالها .

الجراحة أو العلاج ويلزم موافقة من له الولاية عليه أو الوصاية .

ولكننا نرى : خلافاً للرأي السابق أنه بخصوص رضاء القاصر بالجراحة أو العلاج يجب أن تفرق بين أهليته الجنائية والمدنية ، لقد اكتفى المشرع بصدد تحقق المسئولية الجنائية في جانب القاصر بأن تتوافر لديه القدرة على التمييز بين الخير والشر قبل أن يكون في استطاعته تقدير أهمية التصرف القانوني الذي يجريه ، فإذا ما توافرت لديه القدرة على إدراك خطورة العمل الذي أجراه تحققت في جانبه المسئولية الجنائية ، حيث حدد المشرع الأهلية الجنائية بسن ١٥ سنة ، ولذلك نرى أن المريض لكي يكون رضاؤه صحيحاً ويعتد به يكفي أن تتوافر لديه الأهلية الجنائية أي أن تكون لديه القدرة على إدراك ظروفه والمخاطر التي سيتعرض لها من جراء المرض ، ومن جراء الجراحة ولا أهمية لكونه ناقص الأهلية في نظر القانون [١]. ويتحقق ذلك في جانبه إذا بلغ الأهلية الجنائية أي ببلوغه سن ١٥ سنة ، حيث تقتصر موافقته على الرضاء بالجراحة أو العلاج دون الجانب المالي من عقد العلاج حيث يستلزم موافقة الولي أو الوصي أو القيم عليه .

أما إذا كان القاصر عديم التمييز أو لم يبلغ سن الأهلية الجنائية : (سن ١٥ سنة) فإنه في هذه السن لا يُقدِّر خطورة حالته أو أهمية الجراحة بالنسبة له ، وبالتالي فلا يعتد برضائه بالجراحة ويستلزم الأمر موافقة وليه أو وصيه [٢]. وكذلك المريض الذي أصيب بحالة جنون متصل يعامل كما لو كان عديم التمييز (أي إذا لم يبلغ السابعة وتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً) فيلزم موافقة القيم على إجراء الجراحة ، أما إذا كانت حالة الجنون متقطعة فإنه يلزم أخذ موافقة المريض في حالة إفاقته ، أما في الفترات التي يكون فيها تحت تأثير النوبة

---

(١) انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، مرجع سابق ص٣١٤ .
Liyon 15 – 12 – 1859 – siry 1909 – 2 – 321 .

(٢) انظر جارو .. مقاله " دور إرادة الطبيب والمريض في إجراء العلاج أو التدخل الجراحي ص١٣٩ وما بعدها .

الجنونية فيؤخذ رأي القيم عليه [١].

أما السفيه وذو الغفلة : فإن حكم تصرفاته كحكم تصرفات القاصر ، فإذا كانت نافعة له نفعاً محضاً كانت صحيحة ، أما إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً فإنها تكون باطلة كتصرفات عديم التمييز أما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للبطلان لمصلحته ، وإن كنت أرى أن حكم الفقه الإسلامي بالنسبة له هو الأصح حيث اعتبر تصرفاته موقوفة النفاذ على إجازة الولي أو الوصي أو ممن له حق الإجازة شرعاً لأن القول بنفاذ تصرفاته مع كونها قابلة للبطلان قد يترتب عليها عدم التمكن من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد الحكم ببطلان التصرف .

أما القول بوقف نفاذ التصرفات فيمكن تلافي حالة عدم التمكن من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد .

تلك هي حكم تصرفات السفيه وذوي الغفلة فهل تنطبق هذه الأحكام على المريض السفيه أو ذي الغفلة بخصوص صحة رضائه بإجراء الجراحة أو العلاج ؟

نحن نعلم أن السفيه وذوي الغفلة يحتفظان بأهليتهما بصفة عامة ، وأن الحجر عليهما إنما يكون فيما يتعلق بالتصرفات المالية ، وموافقة المريض السفيه أو ذي الغفلة على عقد العلاج إنما تكون موافقة محلها تصرفات دائرة بين النفع والضر ولها جانبان .

الأول : يتعلق بقدرته على إدراك ظروفه والمخاطر التي يتعرض لها من جراء المرض ومن جراء الجراحة أو العلاج وهذا الجانب لا يعتبر من التصرفات المالية ، ولذا بها ، فإذا وافق على العلاج أو الجراحة فإن موافقته تكون صحيحة يعتد بها ويعتبر رضاؤه صحيحاً بالجراحة ، أما الجانب الآخر : وهو المالي وهو الذي يتعلق بالتصرفات المالية فإنه يأخذ حكم القاصر أي تكون قابلة للبطلان على رأي القانون أو تكون موقوفة النفاذ على إجازة القيم على رأي

---

(١) انظر د/ حسن ذكي الإبراشي ، مرجع سابق ، ص٣١٥ .

الفقه الإسلامي .

أما بالنسبة لرضاء الزوجة : يجب أن تفرق بين حالتين حالة إذا كانت الزوجة كاملة الأهلية ، فهنا يعتد برضائها على الجراحة دون الحاجة إلى موافقة من الغير لأن الرضا بالعلاج أو الجراحة حق طبيعي للزوجة فلها الحق في المحافظة على صحتها ، ولا يعتد هنا بمعارضة الزوج ، خاصة في المسائل المرتبطة بالإجهاض اللاإرادي أي الطبي [١].

ثانياً : سلامة الرضا لدى المريض :

أما فيما يتعلق بسلامة رضاء المريض بالجراحة - " الرضا الحر بالجراحة " فيستلزم ذلك أن يكون رضاء المريض خالياً من العيوب التي تمس سلامته كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الاستغلال وذلك حتى يكون الرضا صحيحاً وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة مما يؤثر على صحته ويجعل عقد العلاج قابلاً للبطلان لمصلحة المريض، وهذا الأمر يستلزم من الجراح أن يلتزم بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة من العملية الجراحية سواء كانت جسيمة أو عادية وكذلك بالآثار التي قد تحدث إذا تخلف عن إجراء الجراحة وذلك كما ذكرنا من قبل [٢] - فإن لم يلتزم الجراح بإعلام المريض وحصل على رضائه بالجراحة كان هذا الرضاء مشوباً بغلط دافع إن لم يكن بالغش الأمر الذي يجعل الرضاء معيباً ، ويحق للمريض طلب إبطاله ، وعدم الاعتداد به ، وبالتالي تتحقق المسئولية المدنية في جانب الجراح ،لأن حصوله على رضاء مشوب بالغلط ليس بأكثر قيمة من إغفاله أخذ رضاء المريض كلية [٣].

وقد يلجأ الجراح إلى استعمال طرق احتيالية للحصول على رضاء المريض بإجراء الجراحة سواء كانت هذه الطرق إيجابية بأن يدعي بأنه يجري له أشعة وهو في الحقيقة يقوم بتجاربه الطبية أو كانت الطريقة سلبية بأن يكتم عن المريض حقيقة مرضه فالكتمان يعد تدليساً في مجال العقد الطبي الأمر الذي

---

(١) Savaiter (R) La responsibilite medicale , Paris 1948 N. 785-p. 402.

(٢) انظر في هذا البحث التزام الجراح بإعلام المريض ص١١٥ وما بعدها ٩٦ وما بعده .

(٣) Paris 21 – 3 – 1931 – siry 931 – 2 – 129 .

يجعل العقد قابلاً للبطلان أيضاً [١] وبالتالي تتحقق في جانب الجراح نتيجة للحكم ببطلان العقد المسئولية المدنية في مواجهة المريض.

أما إذا وقع إكراه من جانب الجراح على المريض للحصول على رضائه بإجراء الجراحة كان رضاؤه معيباً ، ويجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً فإذا ما حكم ببطلانه تحققت أيضاً مسئولية الجراح المدنية تجاه المريض [٢].

الشرط الثالث : أن يكون رضاء المريض محله مشروعاً :

يشترط في رضاء المريض لكي يعتد به أن يكون المحل الواقع عليه مشروعاً ويكون المحل مشروعًا إذا كان الشيء أو العمل المعقود عليه مما يجيزه القانون ، وعندئذ يرد عليه التعامل بين الأشخاص كالأرض والتجارة ، اما إذا كان الشيء أو العمل المعقود عليه مما يخرج عن دائرة التعامل فلا يكون المحل مشروعاً ويبطل العقد [٣].

وفي حالة رضاء المريض بالجراحة لا يمكن اعتبار رضاؤه صحيحاً ومشروعاً إلا إذا كان التدخل الجراحي بقصد تحقيق شفاء المريض أو المحافظة على حياته ويجب ألا يخالف العمل الجراحي النظام العام أو الآداب حيث نصت المادة ١٣٥ مدني مصري على أنه " وإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام كان العقد باطلاً " ومن الأعمال المخالفة للنظام العام رضاء المريض بإجراء الجراحة لبتر أحد أطرافه تهرباً من أداء الخدمة العسكرية مثلاً ولقد قضت

---

(١) Paris 7-3-1952 Dalloz 1952 – "que a moins de circumstances toyta fait exceptionnelles, le mensonge est inexcusable s'il consiste a dissimuler un element favorable pour fair croire au client que son mal est plus grave qu'il ne semble l''e tre en réalite''e

مشار إليه في بحث د/ عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، ص٣٦ .

(٢) انظر حكم جنايات الأسكندرية الصادر بجلسة ١٩٤١/١٢/٢٥م في القضية رقم ٢٣٤٠ لسنة ١٩٨٣م .

(٣) انظر د/ عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ز ص٦٨ بند ٣٥ طبعة ١٩٩٠م الناشر مؤسسة الباساني للطباعة – حدائق القبة – القاهرة .

محكمة النقض الفرنسية أن الرضاء لا ينفي الصفة غير المشروعة للعمل [١].

وعلى ذلك لا يعتد بالرضاء بالجراحة بهدف الانتحار [٢] أو للتخلص مـن أداء الواجب العسكري [٣].

---

(١) Crim. 1 – 7 – 1937 – siry 1938 – 1 – 193 .

(٢) civ. 21 -8 – 1851 – siry 1852 – 1 – 286 .

(٣) civ. 2-7- 1835. siry 1835 – 1 – 467.

المطلب الأول

كون المريض بحالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته

" حالة الضرورة "

إن أخذ رضاء المريض بالعلاج ليس لازماً في جميع الظروف ، فقد يكون المريض في حالة لا تسمح له بالإعراب عن رضائه بالعلاج وكانت هناك ضرورة تدعوا إلى سرعة القيام بالجراحة . كأن يصاب المريض في حادثة فقد معها وعيه ، ويكون الإسراع بالجراحة هو الأمل الوحيد لإنقاذ حياته ، فهنا يكون من حق الجراح أن يتجاوز عن أخذ رضاء المريض [١] لأن المريض لو كان في وعيه لدفعته غريزة حب البقاء إلى الرضاء بما يقدم عليه الجراح من جراحة [٢].

ومثال ذلك أيضاً إذا ظهر للجراح أثناء مباشرة عملية جراحية رضي بها المريض ما يدعوه إلى عملية أخرى رأى ضرورة إجرائها وكان في إرجاء عملها حتى يفيق المريض ويحصل على رضائه خطر على حياته [٣].

ولذا فإن رضاء المريض بالجراحة ليس لازماً في كل الحالات وإنما هو التزام ليتقيد بما تفرضه الضرورة وتوجيه مصلحة المريض من عدم تعريضه لأخطار لا يعرف مداها .

أما بالنسبة لعامل المدة في العقد ، فقد انقسم الفقه والقضاء العربيان بشأنه إلى ثلاثة مذاهب ، مذهب يضيق من مجال تطبيق النظرية ، ويحصرها في العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ . أما المذهب الثاني فيرى تطبيق النظرية على

---

(١) Civ. Paris 28/6/1923 Dalloz 1924 – 2 – 2116 .

(٢) انظر د/ حسن الإبراشي ، مرجع سابق ، ص٣٢١ – ٣٢٢ .

(٣) لانيول ١٩٣٢/١٢/٩ م جاسبت باليه ١٩٣٣ – ١ – ٣٣٩ . في قضية نلخص ظروفها في أن جراحاً أثناء إجراء عملية استئصال ورم بسيط ظهر له أنه سرطاني مما يقتضي إجراء جراحة أخطر فأجراها الجراح ، وقضت المحكمة بأنه إذا كان على الجراح أن يحصل على رضاء المريض بالعلاج فلم يكن ذلك ممكناً بالنظر إلى ملابسات الحالة .

العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ ، ورأينا أن هذا المذهب يحظى بتأييد ، فإن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية في شكل نظرية عامة كما هو الشأن في القانون المدني .

والسبب في ذلك كما يقول الدكتور عبد الرازق السنهوري : (أن الفقه الإسلامي لم يألف وضع النظريات العامة ، وإنما يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولاً عملية يمكن أن يصاغ منها نظرية يسودها منطق قانوني سليم) [١].

هذا من جهة ومن جهة أخرى " أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للظروف الطارئة ؛ لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة ، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفيف تحت تأثير التضامن الاجتماعي ، أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد ، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد ، دون أن يرى الفقهاء داعياً وضع نظريه يرجع إليها في تبرير ذلك ، ما دامت مقتضيات العادلة هي التي يلجأ إليها عادة في التبرير " [٢].

---

(١) د/ عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ٦/٩٠ .

(٢) المصدر السابق ، نفس الموضع .

الخاتمة

النتائج المستخلصة بالنسبة للجراحات المشروعة :

(أ) استخلصنا من الدراسة لأحكام الجراحة المشروعة في القانون المدني أن المشرع لم يتدخل بنصوص تشريعية خاصة ليوضح ماهية وأحكام الجراحات المشروعة وضوابطها ، بل اكتفى فقط بتحريم بعض العمليات الجراحية إذا ما ارتكبها الجراح ، وبالتالي أصبحت القاعدة العامة هي : إباحة التدخل الجراحي ، والاستثناء هو الحظر أو المنع ، وبالتالي أصبحت كل الجراحات مشروعة بحسب الأصل ، وذلك بلا ضوابط الأمر الذي أوجد مخاطر كثيرة أدت إلى المساس بالكيان الجسدي للإنسان وانتهاك حرمته ، ومن خلال الدراسة اقترحنا بعض الضوابط للجراحة المشروعة لمعالجة هذا النقص التشريعي ، ولتلافي آثاره السيئة على حرمة الكيان الجسدي [١]. ولعلها تكون أمام المشرع عند تدخله لوضع ضوابط صريحة لإجراء الجراحة ولكي تكون مشروعة وحتى لا تتحقق مسئولية الجراح إلا عند الإخلال بها .

وهي : يجب لكي تكون الجراحة مشروعة أن يغلب الظن على نجاح العملية الجراحية ، ألا يوجد بديل أخفف ضرراً من العملية الجراحية ، أن تترتب المصلحة الراجحة والمشروعة على إجراء العملية الجراحية ، ألا يوجد نص من المشرع يجرم إجراء العملية الجراحية ، مع ضرورة توافر قصد العلاج أو الشفاء لدى الجراح ، وأن يكون الجراح أهلاً لإجراء العملية مع التزامه عند إجرائها بالمعطيات العلمية الطبية المكتسبة في مجال الجراحة ، وضرورة حصول الجراح على موافقة المريض الصريحة بعد إعلامه أو من وليه أو أحد أقاربه [٢].

---

(١) انظر بالتفصيل في هذا البحث : ضوابط الجراحة المشروعة المتعلقة بالعملية الجراحية ص٩٠ وما بعدها بند ٧٢ وما بعدها .

(٢) انظر بالتفصيل في هذا البحث : ضوابط الجراحة المتعلقة بالمريض (رضاء المريض وأحكامه ص١١٠ وما بعدها بند ٨٨ وما بعده) .

(ب)من نتائج الدراسة أن الجراح يلتزم بضرورة إعلام المريض بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بفهم طبيعة مرضه ، والمخاطر المتوقعة حتى يكون المريض على بينة من حالته ويقرر بإرادته الحرة القابلة للدوام والاستمرار كما ذكرنا سابقاً وقد اعترض البعض [١]. بأن الفريق الطبي (الجراحي) لا يتمتع بذمة مالية خاصة به ، ومستقلة عن ذمة أعضائه أي انه يتجرد من ذمة مالية خاصة به بما يعني أن التعويض الذي سوف يحكم به للمضرور على هذا التجمع ، سوف تتحمله الذمم المالية الخاصة لمكونيه .

ويمكن الرد على ذلك : أن الذمة المالية المستقلة للشخص المعنوي ما هي إلا نتيجة لاكتساب الشخصية المعنوية ، وليست شرطاً في اكتساب الشخصية المعنوية.

(ج) علاوة على أنه يمكن القول بأن ذمة الفريق الجراحي ، إنما هي امتداد أعضاؤه ، وهو ما يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي ، حيث لا يتمتع الشخص المعنوي بذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه ، لأن الذمة في الفقه الإسلامي لا تكون إلا للإنسان الحي فقط لأنه يترتب عليها أهلية الانشغال بالواجبات الدينية والدنيوية على السواء ، ولذا عرفت الذمة بأنها " وصف شرعي يكون به الإنسان أهلاً لما يجب له ، ولما يجب عليه " [٢]. ويترتب على ذلك أن الذمة لا يتصور وجودها للشخص المعنوي المعروف في القانون إذ لا يتطلب منه واجب ديني ، ولا يتصور ذلك منه ، فالشخص المعنوي ليس له ذمة خاصة به ، وذمته منحصرة في ذمة أعضائه ، وما يترتب من ديون نتيجة تصرف أحد الأعضاء في الفريق الجراحي لا يتوقف وفاؤه على رأس مال الفريق الطبي بل يتجاوزه إلى أموال أعضاء الفريق الجراحي الخاصة الخارجة عن عقد إنشائه ، وذلك لأن الدين عند ثبوته في ذمة أحد أعضاء الفريق الجراحي قد ثبت باعتباره مباشراً للعقد بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن الباقي .

---

(١) انظر د/ محمد شكري سرور ، مرجع سابق ص١٠٨ .

(٢) انظر الفروق للقرافي ج١ ص٢٥٢ .

(د) بالنسبة لرضاء المريض القاصر : أظهرت الدراسة أنه يجب التفرقة بين أهليته الجنائية وأهليته المدنية ، ولذا يكفي بأن تتوافر لديه الأهلية الجنائية (سن ١٥ سنة) حتى يكون رضاؤه صحيحاً بإجراء الجراحة ويعتد به ، أي يكفي أن تكون لديه القدرة على إدراك ظروفه ، والمخاطر التي سيتعرض لها من جراء المرض ، ومن جراء الجراحة ، وإلا فلزم موافقة وليه أو وصيه .

(ه) هذا وقد استخلصنا من مقارنة أحكام الجراحة المشروعة وضوابطها المقترحة ، بأحكام الجراحة المشروعة تتفق مع ما ذكره الفقه الإسلامي (١). وأن ما اقترحناه من ضوابط للجراحة المشروعة تتفق مع ما ذكره الفقه الإسلامي في مسائله المتعددة والمتعلقة بأحكام الجراحات المشروعة.

---

(١) انظر بالتفصيل في هذا البحث : أحكام الجراحة المشروعة في ضوابطها في الفقه الإسلامي ص١٣٨ وما بعدها بند١١٥ وما بعده .

المراجع الفقهية

أولاً : القرآن :

الجامع لأحكام القرآن : للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي – دار الكتب المصرية – القاهرة ١٣٥٦هـ .

ثانياً : الأحاديث :

(١) الأشباه والنظائر : لابن نجيم الحنفي ، طبع بمصر سنة ١٩١٨م.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي : مطبعة البابي الحلبي سنة ١٩٣٨م .

(٣) سنن أبي داود : للحافظ أبي داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني ط مطبعة البابي بمصر ١٣٧١هـ .

(٤) سنن الترمذي : للحافظ أبي عيسى ابن سورة الترمذي ط ثانية مطبعة البابي بمصر ١٣٩٨هـ - ١٣٧٨هـ .

(٥) سنن ابن ماجة : للحافظ أبي داود عبد الله بن زيد بن ماجه القزويني – مطبعة البابي بمصر ١٣٧٢هـ .

(٦) صحيح البخاري : للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .

(٧) صحيح الإمام مسلم : الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوي – مطبعة البابي بمصر ١٢٦١هـ .

ثالثاً : اللغة :

(١) المعجم الوسيط : ج٢ الطبعة الثانية تأليف مجموعة من أساتذة اللغة سنة ١٣٧٢هـ .

(٢) لسان العرب : للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي ج٢ دار الصادر / بيروت سنة ١٩٥٥م – ١٣٨٥ – دار المعارف .

رابعاً : المراجع الفقهية :

(١) الإمام أبي إسحاق بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي :

الموافقات ج٢ طبعة المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة ١٩٣٤م تحقيق الشيخ عبد الله دراز.

(٢) الإمام أبي إسحاق بن موسى اللخمى الغرناطي المعروف بالشاطبي:

الجموع شرح المهذب-إدارة الطباعة المنيرية بمصر.

(٣) الإمام أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي:المغنى شرح مختصر الخرقى ج٧- مع الشرح الكبير على متن المقنع لمؤلفه الشيخ / عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي - طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٣٧٤هـ .

(٤) أبي البركات أحمد الدردير : الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج١ - طبعة دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤م .

(٥) الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي : روضة الطالبين ج٧ الطبعة الثانية - المكتبة الإسلامية .

(٦) أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج١ الطبعة الأولى مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٣٩هـ .

(٧) د/ إبراهيم مصطفى إدي : أحكام التداوي والتطبيب في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المعهد العالي للقضاء .

(٨) الإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري : المحلي

، الطبعة الأولى بالمطبعة المنيرية بمصر سنة ١٣٥١ هـ .

(٩) العلامة : أبي اسحق برهان الدين بن إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح : المبدع في شرح المقنع – الطبعة الاولى ، المكتب الإسلامي ببيروت سنة ١٣٩٩هـ / ١٩٩٠م .

(١٠) الإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر : الإجماع – طبع دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان .

(١١) شيخ الإسلام / أحمد بن تيمية : مجموعة الفتاوي ج٢ تصوير الطبعة الأولى – بدار العربية للطباعة والنشر سنة ١٣٩٨هـ .

(١٢) الشيخ / أحمد الصاوي : لغة المسالك لأقرب المسالك – دار إحياء الكتب العربية – مصطفى البابلي الحلبي – القاهرة .

(١٣) د/ أحمد محمد إبراهيم : مسئولية الاطباء في الشريعة الإسلامية وفي القانون – مجلة الازهر مجلد ١٩ سنة ١٣٧٦هـ .

(١٤) الإمام / بدر الدين بن محمد بهادر الزركشي : المنثور في القواعد – ط الأولى سنة ١٤٠٢ مؤسسة الغلية – الكويت بتحقيق محمد حامد الفقي .

(١٥) الإمام / برهان الدين أبي الوفاء بن محمد بن فرحون المالكي : تبصرة الاحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام – المطبعة العامرة بمصر سنة ١٣٠١ وبهامشه العقد المنظم للأحكام لابن سلمون .

(١٦) الشيخ / جاد الحق علي جاد الحق : قضايا إسلامية معاصرة : الفقه الإسلامي مرونته وتطوره – طبعة روزاليوسف سنة ١٩٨٧م .

(١٧) الشيخ / سليمان البجيرمي : حاشية البجيرمي على شرح الخطيب – دار المعرفة بيروت .

(١٨) د/ سعد جبالي عبد الرحيم : حكم التطبيب والخطأ فيه في الفقه الإسلامي – طبعة ١٩٩٣م – دار النهضة العربية – القاهرة .

(١٩) الإمام / شمس الائمة أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٠هـ .

(٢٠) الإمام/ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الرملي : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج – مطبعة الباب الحلب – سنة ١٩٦٧م .

(٢١) الإمام / شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية: تحفة المودود – دار الكتب العلمية –بيروت.

(٢٢) الإمام/علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني:بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ-١٩١٠م المطبعة الجمالية بمصر .

(٢٣) د/ عبد السلام عبد الرحيم السكري : نقل وزراعة الأعضاء البشرية من منظور إسلامي – دراسة مقارنة – دار المنار طبعة ١٩٨٨م .

(٢٤) الفقيه / عبد الله بن سليمان الحلبي المعروف بداماد أفندي سمجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر طبعة١٣١٦-دار إحياء التراث العربي .

(٢٥) أ/ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي – دار إحياء التراث – بيروت ١٤٠٥هـ / ١٩٨٥م .

(٢٦) د/ علي داود الجفال : المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامي منها – رسالة دكتوراه – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٨٥م.

(٢٧) د/ محمد محمد المختار الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي – مكتبة الصديق – الطائف .

(٢٨) الشيخ / محمد أحمد الشربيني الخطيب : مغني المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج ج١ طبعة مصطفى البالي الحلبي .

(٢٩) العلامة / محمد بن عابدين : حاشية ابن عابدين المسماة . رد المحتار على الدر المختار – طبع القاهرة ١٣٢٣هـ .

(٣٠) الشيخ / محمد بن عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على شرح أحمد الدردير لمختصر خليل – المطبعة العامرة بمصر سنة ١٢٨٧هـ .

(٣١) محمد ناظم النسيمي : أحكام التداوي بالمحرمات ، الطبعة الأولى سنة ١٣٩١هـ – ١٩٧٢م – مكتبة البلاغة – حلب .

(٣٢) الشيخ / منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي : كشاف القناع – مكتبة النصر – الرياض .

(٣٣) الشيخ / محمد بن حسين بن علي الطوري : تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق الطبعة الأولى – المطبعة العلمية بمصر سنة ١٣١١هـ .

(٣٤) الشيخ / نظام جماعة من علماء الهند الأعلام : الفتاوى الهندية – طبعة دار إحياء التراث – بيروت .

المراجع القانونية

(١) د/ أسامة فايد : المسئولية الجنائية للأطباء " دراسة مقارنة " ط٢ سنة ١٩٩٠م -دار النهضة العربية .

(٢) د/ أحمد محمود سعد : مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – رسالة دكتوراه – سنة ١٩٨٣م جامعة عين شمس .

(٣) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : مسئولية المتبوع باعتباره حارساً ، المنصورة طبعة ١٩٧٦م .

(٤) د/ أحمد سلامة : نظرية الحق – طبعة ١٩٧٤م .

(٥) د/ أحمد شرف الدين : الأحكام الشرعية للأعمال الطبية .

(٦) د/ السيد محمد السيد عمران : التزام الطبيب بإعطاء المعطيات العلمية – طبعة ١٩٩٢م مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية .

(٧) د/ حسن زكي الإبراشي : مسئولية الاطباء والجراحين المدنية ، رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة .

(٨) د/ حسن أبو النجا : المسئولية العقدية عن فعل الغير ، أساسها وشروطها " دراسة مقارنة " طبعة ١٩٨٩م ، مكتبة دار الثقافة الجامعية.

(٩) د/ حمدي عبد الرحمن : نظرية الحق – طبعة ١٩٧٩م .

(١٠) د/ حسام الأهواني : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية – طبعة ١٩٧٥م .

(١١) د/ حسن محمد ربيع : المسئولية الجنائية في مهنة التوليد – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية ، ومنشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصاد – دورية كلية الحقوق بني سويف – السنة السادسة والسابعة عام ١٩٩٢م .

(١٢) د/ رأفت محمد حماد : مسئولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٠م .

(١٣) د/ سليمان مرقس : مسئولية الطبيب ، وكيفية تقدير خطئه ، مجلة القانون والاقتصاد س٦٧ ص٦٤ .

بحوث وتعليقات على الأحكام في المسئولية المدنية طبعة ١٩٨٧م جمع وتنسيق هدى النمير .

(١٤) د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج الطبي – دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٦م .

(١٥) مستشار : عز الدين الدناصوري – وعبد الحميد الشواربي : المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء .

(١٦) د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق – دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٦م .

(١٧) د/ عبد الناصر العطار : مصادر الالتزام – مؤسسة البستاني للطبعة ١٩٩٠م .

(١٨) د/ علي حسين نجيده : مشكلة تغيير الجنس ، والتلقيح الصناعي وتغيير الجنس طبعة ١٩٩٠/١٩٩١م.

(١٩) د/ عبد الوهاب جومد : المسئولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت – السنة الخامسة ، العدد الثاني يونية ١٩٨١م .

(٢٠) د/ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ج٣ المجلد الأول – الطبعة الثانية ١٩٨٣م.

(٢١) د/ عثمان سعيد عثمان : استعمال الحق كسبب للإباحة – رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٨م .

(٢٢) د/ محسن البيه : نظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية

المدنية ، الناشر مكتبة الجلاء المنصورة طبعة ١٩٩٠م .

التضامن والتضام في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارنة بالقضاء المصري والفرنسي طبعة مكتبة الجلاء – المنصورة سنة ١٩٩٠م .

(٢٣) د/ محمد حسين منصور : المسئولية الطبية – الناشر : منشأة المعارف – الإسكندرية بدون سنة طبع .

(٢٤) د/ محمد عادل عبد الرحمن : المسئولية للأطباء وتطبيقاتها " في طب التجميل والطب العقلي والنفسي وطب التخدير " رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس .

(٢٥) د/ محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسئولية المدنية – طبعة سنة ١٩٧٨م.

(٢٦) د/ محمود نجيب حسني : الحق في سلامة الجسد ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد س٢٩- ١٩٥٩م ص٥٢٩ – ٦٢٢ .

(٢٧) د/ محمود مصطفى : مسئولية الأطباء والجراحين ، مجلة القانون والاقتصاد س١٨ – القسم الثاني .

(٢٨) د/ محمد شكري سرور : مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص – دار الفكر العربي سنة ١٩٨٣م .

(٢٩) د/ محمد بهجت عبد الله فايد : القانون التجاري – الطبعة الأولى ١٩٩٠/١٩٩١م – دار النهضة العربية .

(٣٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج٢/٠ .

(٣١) د/ وفاء حلمي : الخطأ الطبي – دار النهضة العربية – طبعة ١٤١١هـ ١٩٩١م .

(٣٢) د/ وديع فرج : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية – مجلة القانون

والاقتصاد س١٢ ، القسم الأول ص٣٨١ .

(٣٣) الدوريات ومجموعة الاحكام :

١. مجلة المحاماة المصرية .

٢. مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية (م.م.ق) .

٣. مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية (الدائرة المدنية) محمود عمر .

المراجع القانونية

(١) تعريف التخدير الجراحي د/ شفيق الأيوبي .

(٢) التخدير الموضعي – د/ شفيق الأيوبي – الطبعة الرابعة – مطبعة جامعة دمشق سنة ١٣٩٣هـ .

(٣) تاريخ الطبيب أدبه وفقهه د/السباعي والبار – دار العلم والدار الشامية – الطبعة الأولى .

(٤) جراحة التجميل – من بحوث ندوة الرؤية الإسلامية – ثبت بالندوة د/ ماجد طهبوب .

(٥) الجراحة البولية ، والجراحة التناسلية د/ رياض جودت .

(٦) السلوك المهني للأطباء د/ راجي عباس التكريتي طبعة ثانية – دار الأندلس للطباعة والنشر ١٤٠٢هـ .

(٧) الشفاء بالجراحة د/ محمود قاعود – دار العلم للملايين – الطبعة الأولى ١٩٨٦م .

(٨) الطب النبوي ، للإمام محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية – طب البابي الحلبي ١٣٧٧هـ .

(٩) العمدة في الجراحة لأبي الفرج بن موفق الديتن يعقوب بن اسحاق الكركي - ج١ - طبع دار المعارف العثمانية بحيدر / أباد الدكن سنة ١٣٥٦هـ .

(١٠) العمليات الجراحية وجراحة التجميل د/ محمد رفعت - اشترك في تأليفه عدد من أساتذة الطب في مصر الطبعة الرابعة سنة ١٤٠٥هـ دار المعرفة والطباعة والنشر - بيروت .

(١١) فن جراحة التجميل - د/ حسن القزويني - شركة مونمارتز للطبع والنشر بباريس .

(١٢) الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة الأطباء ، طبعة ٢ سنة ١٩٧٠م.

المراجع الفرنسية

(1) . Akida (Mohamed) : La resbonsibilite penal de medecins du chef d"homicide et de blessures par imprudence" These lyon 1981 .

(2) Anne Dorsner et anniescemama : " Medecine et information du malade G.p.1977 .

(3) Aberkane (Hessen) : " Du dommage cause par une personne indeterminee dans un groupe determine "R.T.1958 .

(4) Crepeau (P) : La responsibilite civile du medecin et l`erablissment hospitaliar " These Paris, 1955 .

(5) Chevallier : Droit civil 1967 .

(6) Carbonnier (Jean) : "Droit civil" T.l.1971 .

(7) Doctylographiee, pommerol (A) : "La resposibilite medicale devant les tribumaux' . These lillte 1931 .

(8) Doll (P.J) : La discipline des greffes des transplantation et des aytres de dispositen concentnant les corpshumaine Paris1970. "Transplantaion d`organs" Rev des droits de l`home, 1974 .

(9) Froge : Anesthesie et resposibilite 1972 .

(10) Fley marie : Anesthesie et responsibilite civile des medecins en clientele privee J.C.P. 1974 DOC. 2630 .

(11) Fraon (Hicham) : La responsibilite civile du medecin en droit francais. These laurunne 1961 .

(12) Fchabas : " remarques sur l`obligation "in s`olidum" R.T. 1967 .

(13) Garroud Laborde Lacoste : "Le role du la volonte de medecin et du patient quant au traitment medical et a l`intervention chirugicale, revde generale du dyoit' 1962 .

(14) Gombaut (A) : " Concentment ecloire et responsibilite professionelle" Rev concourse medical. 1972 .

(15) Goergen (A) : "Les droits d`home sur son corps" Th Mancy 1970 .

(16) J. pauletty : " intervention a latablerond sur la resposibilite medicale". Concours medical 1970 .

(17) Louis et Jean : La resposibilite civile du medicine 1978 .

(18) Josserand (Lauis) : Cours de droit civil positif francais' .

(19) J.Mazen : La responsibilite medical. 1934 .

(20) Louis et sicard : La responsibilite civil du mrdicin 1978.

(21) L.Linossier : "la transsexualisme, esquisse pourum profi culturel et juridique" D. 1981 .

(22) Mazeaud (H.L. et J) : Lecon de drail civil 1,2,1re vol 6e 1978 par F. chabas .

(23) Mail , AJack : Les conventions relatives a la personne physique (Revue critique de legislation et de jurisprudence, 1933) . Les droits extra purtrimoniqux, These luon. 1919 .

(24) Mainguet (G) : Le consentement du palient a l`acte medical, These Paris 1957.

(25) M.Puis Maller : Les droites personnels du malade boses et limites de la pratique medicale (actes le congres – int – morale med 1955) .

(26) Memeteau, Gerard : These " Essai sur la liberte Theraulique de medecin etude de droit francais postif paitirs" 1937 .

(27) M. Francine saubiran : Quelques reflexions suscitecs par l`exeercic de la medicine ay sein d`un groupe au d`une equipe". .J.C.P. 1976 .

(28) Panneau (J) : Faute et erreur en maliere de responsibilite medicale". These Paris 1973. " La responsibilite medicale", siry 1977 .

(29) Panneau (J) : La responsibilite medicale", ed siry, 1977 .

(30) Planiol (M) et Ripert (G) : "Traite bratique de droit civil francais". T.l xlv, Paris 1925 .

(31) rene Martian : La faute professionelle precianent des les profession liberals .

(32) Rauziaux (J.M) : "Les essays des nauveaux medicaments chez l`home problemes juridiques et ethiques" coll-de med-leg- et de Tox-med Masson Paris 1978 .

(33) Savatier (R) : les greffes devants les droit" Cahiers laennec, mars 1966.

- Traite de la resposibilite civ.ll.
- De sanauine jus. D.1954 chr XXV .
- "Securite humaine et responsibilite civile de medicine" . Dalloz 1961 .
- "La responsibilite medical" Paris 1948 .
- "L`evolution de la responsibilite du medicine anesthesiste" chaiers laennec. Juin 1938 .

(34) Vilar (R) : L`evolution des responsibilite du chirurgien et de l`anesthesiste, R.T. 1974 .

(35) V.Abel (B) : "La responsibilite civile des medicines " These mancy 1936 .

(36) Visenet : "Faute evidente ou caracterisee" Paris 1934 .

(37) Walnie (M) : "Traite elementaire de droit administrative" 1952 .

(٢) تعليقات على الأحكام

(38) Chabas (F) : note sous : T.G.l Montpellier, 21 déc, 1971,D. 1971.637.

(39) Doll, : obs au : ciy 23 mai 1973, R.T.1974, 618, R.T. 1980 .

(40) Penneau : note sous : civ,25 mai 1971.D. 1971,534.

(41) Savatire : nots sous : Paris 14 féver, 1958, J.C.P. 1958,11,10533.

(42) civ : 18 oct 1960 J.C.P. 1960. 11846.

(43) Civ. 8 juin 1956 D. 1957. 493.

(44) Civ. 29 oct 1968 J.C.P. 1968, 11.15799.

(45) Rouen : 17 dec 1970. D. 1971, 152.

(46) Civ. 30 oct 1963 d. 1964,81.

(47) Vienne : note sous : Aix 23 féver 1949 J.C.P. 1949,2,5025 .

(٣) الدوريات الفرنسية ورموزها :

(48) D. : Dalloz . 6-S siry.

(49) D.H. : Dalloz hébdomadaire.

(50) D.p : Dalloz périoclique.

(51) J.C.P> : Juris classeur périoclique (semaine juridique).

(52) G.P. : Gazette de palais.

(53) S. : siry.

(54) R.T. : Reuve trimeptrielle de droit civil.