

معصومية الجسد

الدكتور حمدي عبد الرحمن

استاذ القانون المدني

وكيل كلية الحقوق - جامعة عين شمس

تمهيد :

ترتبت على التطورات العلمية آثار بالغة الأهمية في نواح الحياة المختلفة . ويصدق هذا القول على الفترة التي عاصرتها الثورة الصناعية في العالم الغربي ، ولكنها أيضاً أكثر صدقاً بالنسبة « للثورات الصناعية » - إن صح التعبير - المتعددة التي شهدتها النصف الثاني من القرن العشرين ، حيث حدثت طفرات طائلة في عالم التقنية الحديثة ، فكل شيء تغير أو هو ذاهب حتماً في طريق التغيير .

وفي إطار هذا التحول المستمر أصبح القدر المعلى في حياة البشر للعلوم الطبيعية . كما أُرذلك في ترتيب العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والانسانية المختلفة .

وقد كان لزاماً على العلوم الانسانية أن تلتحق بالتطورات العلمية المتعددة وأن تعدل ، باستمرار ، أوضاعها وأفكارها بما يسمح للانسان أن يستفيد من التقدم العلمي على أوسع نطاق ممكن .

ومن الملاحظ في هذا الشأن أن العلوم الطبيعية تسبق ، في كثير من الأحيان ، العلوم الانسانية ، مما يخلف قدراً من الصراع بين القيم والمبادئ التي يعيشها المجتمع . فلكل مجتمع قيمه وتراثه وتقاليده . ولكل مجتمع نظامه القانوني الذي يستند إلى تلك القيم والتقاليد في صورة مجموعة من القواعد المستقرة والآمرة وعدد ثابت من المبادئ العامة .

وفي ظل التفاوت بين التقدم العلمي والتطور الفكري والثقافي يجد المجتمع نفسه في بعض مراحل تطوره ، أمام اختيارات صعبة بين قيم متعارضة (قديم وجديد) ومبادئ متنافرة . ويتعين على المجتمع أن يرجح قيمة على أخرى أو مبدأ على مبدأ .

وينطبق مجمل ماسبق على تطور العلوم الحديثة وتأثيرها على الانسان - وعلى جسمه أيضاً - بوصفه مركز التنظيم الاجتماعي وغاياته
وقد كان الانسان دائماً محلاً لاهتمام القانون ولكن وفقاً لوجهات نظر متفاوتة تختلف باختلاف العصور والظروف وتتعدد وفق تطور العلوم المختلفة .

ففي ظل القانون الروماني القديم لم يكفل القانون حماية كافية لشخص الإنسان أو جسده . فقد كان قانون الألواح الإثني عشر يجيز للدائن المحكوم له ، إذا لم يقيم المدين المحكوم عليه بتنفيذ الحكم ، ولم يتقدم أحد لكفاله ، أن يلقى القبض على المدين وأن يحتفظ به لمدة ستين يوماً ، وإن يصططحه ثلاث مرات إلى السوق حيث يعرضه موثماً بالأغلال مع بيان المبلغ المحكوم به عليه . وقد كان الهدف من هذا الإجراء هو البحث عن فرصة يتقدم فيها أحد الأقارب أو أحد المواطنين بدفع المبلغ إنفاذاً للمدين . فإذا لم يتقدم أحد بعد العرض الثالث جاز للدائن أن يقتل المدين أو يبيعه أو أن يسترقه . (١)

ومن ناحية أخرى فإن نظام الرق ذاته يتضمن إعتبار الرقيق شيئاً يدخل في مكونات الذمة المالية ، وبالتالي يرد التعامل عليه رغم صفته الإنسانية موضوعياً . كما أن نظام القانون كان يحد ، في القانون الروماني ، من حرية أعضاء الأسرة واستقلالهم فقد كان هذا القانون يسند الرئاسة والشخصية القانونية وحرية التصرف الكاملة ، لرب العائلة دون سائر أعضائها ، خاصة في ظل المجتمع الزراعي المغلق . وعموماً فلم يكن لدى قدماء الرومان نظام للأشخاص يختلف عن نظام الأشياء (٢) . غير أن تطور المجتمع الإنساني قد انتهى إلى إلغاء مظاهر العبودية والرق (٣) ، فاستقرت للإنسان شخصيته القانونية الكاملة ، واستقر معها مبدأ معصومية جسده على نحو لم يعد فيه كثير جدل .

(١) راجع محمود سلام زفاني ، تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية ، الجزء الثاني ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ .

(٢) راجع Perret : وجيز القانون الروماني ١٩٢٧ ، ص ٢٩ .

(٣) بدأ استقرار الشخصية القانونية للإنسان مع تطور المجتمع الروماني ذاته . عندما انتقل من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري ، ومع ذلك فإن نظام الرق لم يختفي في فرنسا إلا سنة ١٨٤٨ ، ولم يبلغ نظام الموت المدني إلا بقانون صدر في ٣١ ماي سنة ١٨٥٤ .

ولكن تقدم العلوم الطبية قد جعل من موضوع معصومية الجسد مادة للبحث المتجدد . فقد أدى هذا التطور إلى إقتراب مشرط الجراح ، أو أجهزة الفحص الطبي والعلمي ، من جسد الإنسان أكثر فأكثر .

وقد اقتضيت هذا الإقتراب المشار إليه ، إما مقتضيات العلاج منذ وقت مبكر وإما ، في وقت حديث ، مقتضيات عمليات زرع الأعضاء في الجسم البشري .

لذلك ، أثار التطور المذكور العديد من المشكلات القانونية والإنسانية التي لم تكن معروفة من قبل .

بل لقد وصلت سرعة التطور في عالم الطب إلى حد أن عاماً لا يمر دون أن تحدث مفاجأة جديدة تهتز لها مشاعر الناس ، وتثير الجديده والعديد من المشكلات القانونية . فبدأ من زراعة الكلى ، مروراً بزراعة القلوب ، ووصولاً إلى أطفال الأنابيب ، ثارت مشاكل وظهرت احتمالات عديدة .

وتعود دقة هذه المشاكل إلى سببين رئيسيين :

السبب الأول : هو أن جسم الإنسان هو ذلك المهبط المادى للحياة ذاتها ، فهو عبارة عن مجموعة من الأعضاء التي تتولى الوظائف الحيوية بالنسبة لبقاء الإنسان ، سواء كانت هذه الوظائف من ذلك النوع الفسيولوجى أو من النوع العقلى والنفسى . وبالتالي فإن أوجه ممارسة الحياة ، في صورتها المثالية ، يقتضى كمال ممارسة الجسد لوظائفه على النحو التام ، فإذا تعطل عضو من الأعضاء « إشتكى » عضو آخر ، أو أكثر في قليل أو كثير . لذلك تتضمن حماية الجسد الحياة ذاتها ، وأى مساس أو إعتداء يهدد الحد الأدنى اللازم لاستمرار الحياة يقع تحت طائلة القوانين الجنائية والمدنية كما أن أى مساس يعرقل الوظائف المادية ، أو العقلية ، أو النفسية للإنسان ، يتعين حظره (٤) . وبالتالي فإن مبدأ المعصومية إنما يستهدف الحياة فضلاً عن تدعيم الصحة الفردية للشخص .

(٤) راجع نجيب حسنى : الحق في سلامة الجسد ، مقال في مجلة القانون والإقتصاد ، سبتمبر

١٩٥٩ - العدد الثالث - ص ٥٢٧ وما بعدها .

السبب الثاني : إن إقرار مبدأ المعصومية يتعين أن يتفق مع الهدف السابق الإشارة إليه . وهنا يلوح الأساس المقنع لتجوز المساس بالجسد لإعتبارات صحية . وبالتالي يفتح الباب أمام أوجه العلاج المختلفة ، سواء تمثلت في إعطاء العقاقير الطبية المتنوعة أو في إجراء الجراحة بأنواعها المختلفة ، ودرجات خطورتها المتفاوتة .

ومن هذا المنطلق أيضاً كان الشك حول مشروعية عمليات نقل الأعضاء وزرعها فيما بين الأفراد ، وأخيراً كان ترجيح حظر أى تدخل طبي لمجرد إجراء تجارب علمية ، أو لمجرد الحصول على دليل للإثبات .

ونعرض لمشكلات معصومية الجسد في فصول أربعة :

الفصل الأول : معصومية الجسد ومشكلات المسئولية الطبية .

الفصل الثاني : رفض المريض قبول العلاج وأثره على حقه في التعويض

الفصل الثالث : عماليات نقل الأعضاء .

الفصل الرابع : معصومية الجسد ومقتضيات الإثبات .

الفصل الأول

معصومية الجسد ومشكلات المسؤولية الطبية

لم يكن أمر المسؤولية الطبية ، منذ أن وجدت ، بالأمر اليسير . فهي ترتبط بالمساس بجسم الإنسان ، وجسم الإنسان لا ينفصل عن عواطفه ومشاعره . بل أن المساس بالجسم لا يستقل عن وجهة نظر خاصة يضعها كل إنسان لنفسه ، يقدرها تقديراً ذاتياً ، وقد لا يقبل في ظروف معينة ، تقديراً آخر سوى هذا التقدير . ويزيد هذا الاعتبار الأخير المشكلات القانونية للمساس الطبي بالجسد تعقيداً . فالفرد في ظروف الخطر قد يختار تقديره للأمور عن تقدير طبيبه ، دون أن نستطيع إخضاع تقدير المريض لمعيار موضوعي هاسم .

ومن ناحية أخرى فإن مشكلة العلاقة بين الطبيب والمريض هي مشكلة العلاقة الإنسانية ، قبل أن تكون مشكلة الرابطة القانونية . لذلك قيل بحق أن المسؤولية الأخلاقية للطبيب تبدأ قبل أن تبدأ مسئوليته القانونية ومن هنا ليس بغريب أن يستشعر الأطباء قدرراً من الإحساس بالظلم حين تطبق على علاقاتهم بمرضاهم القواعد العامة للمسئولية المدنية .

ولكن القضاء ، ولحسن حظ المرضى ، كان دائماً على حرصه في تحقيق أكبر قدر من الأمن بالنسبة لهم ، خاصة حين يضع المريض نفسه تحت مبيض الجراح .

ومع ذلك ، ولحسن حظ الأطباء هذه المرة ، فإن دعاوى المسؤولية عن أخطاء الأطباء وأعمالهم ليست بكثيرة العدد إذا أخذنا في الاعتبار العدد الهائل من صور العلاج والعمليات الجراحية التي تتم كل يوم ، بل وكل دقيقة ، على مستوى العالم . ولكن هذه الملاحظة الأخيرة لا تتعارض مع ملاحظة أخرى مفادها أن عدد دعاوى المسؤولية ضد الأطباء قد بدأ في الزيادة النسبية ، وتعود هذه الزيادة إلى سببين رئيسيين :

السبب الأول : هو الزيادة المطردة في تطبيق نظم التأمين الصحي في عدد كبير من الدول . فمع هذا النظام يقع العبء الهائل للمسئولية ، غالباً ، على عاتق جهة وليس على عاتق الطبيب . وبالعكس هذا الإعتبار الجانب الأخلاقي في علاقة الطبيب بمرضيه . ولا شك أن أحجام عدد من المرضى عن رفع دعاوى على أطباؤهم إنما يعود إلى هذا القدر من الصلة الأدبية بين الطرفين . ولذلك فحين يقع عبء المسئولية على جهة أخرى ، غير الطبيب المعالج ، ترفع الدعوى بغير حرج .

السبب الثاني : أن المجتمع الحديث بضمخامته وتطور وسائله التقنية قد أدى إلى تراخي الصلة الشخصية ، في كثير من الحالات ، خاصة في المدن الكبيرة بين الطبيب وعملائه . ذلك الحاجز الذي كان - وما زال في بعض القطاعات - حائلاً دون الإلتجاء إلى القضاء .

ويضاف إلى هذا الإعتبار إتجاه الأطباء ، خاصة في العواصم والمدن الكبيرة إلى زيادة أجورهم ، وهو ما يولد الإعتقاد بأن دخل الطبيب قد أصبح على قدر من الضخامة بحيث لا تؤثر فيه دعوى مسئولية من مريض أو آخر . كما أن اعتبار غلاء الأجر يخلق ، على حد قول البعض ، إحساساً بالتأثر من الطبيب حين ينتهي أمر العلاج بخيبة أمل المريض في تحقيق الشفاء على النحو الذي كان يرجوه (٥) .

(٥) راجع H. Anrys المسئولية الطبية ، بروكسل ١٩٧٢ ص ٢٥ : ٢٦ .

المبحث الأول

تطور مشكلات المسؤولية الطبية

(تأكيد مبدأ المعصومية)

تطورت مشكلات المسؤولية الطبية ، من حيث موضوعها ، ومن حيث الفن القانوني الذي يلازمها ، تطوراً قضاياً ملموساً في العصر الحديث . وقد اتجه هذا التطور ، أو حاول دائماً على الأقل ، إلى تحقيق أكبر قدر من الأمن بالنسبة للمريض في صدد سلامته البدنية والصحية ، فالمرضى هو الأكثر ضعفاً في مواجهة الطبيب وهو الذي لا يملك شيئاً في مواجهة إحتكار الطبيب لمهنته ، فالمرضى لا يملك إلا أن يسلم زمام جسده ، وصحته ، لطيبه وأن يضع فيه ثقته الكاملة . إذا لاحظنا أن أغلب القضاء يضع أمن المريض في المقام الأول . ويجد التشدد تجاه الطبيب ما يبرره نسبياً في ذلك التزايد في إستخدام وسائل علمية متقدمة ، سواء في صورة أدوية حديثة ومتقدمة أو في صورة آلات للجراحة أو الفحص الطبي . ويتقضى كل هذا التأكيد على إلتزام الطبيب في العناية بمرضاه .

وفي القانون المصري - وكذلك الحال في القانون الفرنسي - لم يتضمن القانون المدني أو القانون الجنائي نصوصاً خاصة بمسئولية الأطباء .

لذلك يخضع الطبيب ، في نطاق المسؤولية الجنائية ، للنصوص الخاصة بجرائم القتل والجرح بطريق الخطأ .

وفي نطاق المسؤولية المدنية يخضع الأطباء للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية مواد ١٦٣ وما بعدها من القانون المدني ، ولأحكام المسؤولية العقدية حيث يكون المساس بجسد المريض أو بصحته ناشئاً عن إخلال الطبيب بإلتزام مصدره عقد طبي مبرم بينه وبين مريضه .

المطلب الأول

معصومية الجسد بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية :

بدأت مشكلات المسؤولية الطبية تأخذ شكلاً جاداً وهاماً مع بداية القرن التاسع عشر . فقد صدر أول حكم هام ومنشور في الموضوع سنة ١٨٣٥ من محكمة النقض الفرنسية . وقد أقامت محكمة النقض مسؤولية الطبيب قبل مريضه على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في المواد ١٣٨٢ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي . فقد قضت المحكمة المذكورة بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لزراعة نتيجة للإهمال في العناية به إنما يقع تحت طائلة المادة ١٣٨٢ و١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي . وقد أخذ هذا الحكم بوجهة نظر المحام العام أمام محكمة النقض الفرنسية (٦) في هذا الصدد ، كما أعتبر الحكم فتحاً جديداً في عالم المسؤولية ، نظراً لما كان سائداً في ظل القانون الفرنسي القديم من عدم مسؤولية الأطباء عما يترتب على ممارسة مهنتهم .

وفي سنة ١٨٥٠ قضت محكمة كلومار (٧) في نفس المعنى ، وكذلك فعلت محكمة ميتز سنة ١٨٦١ (٨) . وقد استخدمت هذه المحاكم تعبيرات الإهمال وعدم الإلتزام بأصول التصرف الحسن وعدم الإحتياط ، في إسنادها للمسؤولية إلى الطبيب المعالج . وفي سنة ١٨٦٨ تأكد ذات الإتجاه في حكم لمحكمة ديجون (٩) حيث أضافت أن أخطاء الطبيب التي تخرج عن نطاق المسائل المهنية البحتة - التي هي بطبيعتها مجال للخلاف والشك - تكون موضوعاً لمسؤولية الطبيب فيما تحدته من أضرار تترتب على الرعاية وعدم الإحتياط ، أو الجهل الفاضح ...

(٦) Dupin المحام العام .

(٧) Clomar حكم في ١٠ يوليو سنة ١٨٥٠ دالوز ١٨٥٢ - ٢ - ١٩٦ .

(٨) Metz حكم في ٢٠ يوليو سنة ١٨٦١ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ١١٠ .

(٩) Dijon حكم في ١٤ مايو سنة ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩ - ٢ - ١٩٦ .

ومنذ صدور هذه الأحكام الرائدة في الموضوع إستمر القضاء حتى سنة ١٩٣٥ يقيم المسؤولية على ذات الأساس ويستخدم في تبريرها ذات التعبيرات الخاصة بالخطأ والإهمال والرعونة (١٠) .

ولكن حصر مسؤولية الطبيب في نطاق المسؤولية التقصيرية قد أثار بعض الصعوبات والمساوئ بالنسبة للمريض فهو يلقي على عاتق المريض عبء إثبات الخطأ، ويؤدي من ناحية أخرى إلى تقادم دعوى المسؤولية بمضي ثلاث سنوات تالية لوقوع الفعل الضار ، حيث يتعلق الأمر بمساس بالجسم يكون جريمة جنائية .

وأخيراً كان من المتعذر مساءلة الطبيب ، في ظل المفهوم السابق ، عن الأضرار التي تحدث نتيجة لموقف سلبي من جانب الطبيب . وقد أثارت هذه الاعتبارات مناقشات حادة حول الموضوع برمته حتى سنة ١٩٣٦ (١١) . .

ففي سنة ١٩٣٦ أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً ضمته مبدأ هاماً جديداً ، عدلت به عن الاتجاهات القضائية السابقة .

وتتحصل الوقائع في أن سيدة ، كانت تعاني من مرض في الأنف ، اتجهت إلى أحد الأطباء لعلاجها . وقد تولى الطبيب علاج السيدة عن طريق استخدام أشعة أكس ، مما أدى إلى أصابتها بمرض في عضلات وجهها نتيجة لاستخدام الأشعة المذكورة . وقد قدرت المصابة أن المرض الجديد هو نتيجة مباشرة لاستخدام الأشعة ، فرفعت دعوى على الطبيب تطالبه بالتعويض ، غير أن هذه الدعوى لم ترفع إلا بعد مضي ثلاث سنوات من انتهاء العلاج .

(١٠) راجع : Kornprobst ، مسؤولية الطبيب ١٩٥٧ ، ص ١٠٨ و ١٠٩ ، مازو ، ملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٥٧ ، ص ٢٣١ .

(١١) راجع : كورنبرويست ، المرجع السابق ؛ راجع محمد علي عمران ، الألتزام بضمان السلامة محاضرات على طلبة الدكتوراه ١٩٧٧٪ ١٩٧٨ ، ص ٦٧ ؛ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية ، القاهرة ١٩٧٨ ؛ نقض فرنسي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٨٨ .

(٩)

(٥)

وفي ١٦ يوليو سنة ١٩٣١ قضت محكمة أكس Aix بعدم تطبيق التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٦٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية ، على الدعوى المنظورة أمامها . وقد أسست المحكمة هذا المذهب الجديد بأن الدعوى المدنية التي رفعها المضرر لا تجرد أساسها في جنحة الاصابة الخطأ المدعى بارتكابها من جانب الطبيب ، ولكنها تجد أساسها في العقد الطبي الذي قام بين الطرفين . ويفرض هذا العقد على الطبيب التزاماً تعاقدياً بتقديم الرعاية والعلاج الطبيين على قدر من اليقظة والحرص .

وعندما عرض الأمر على محكمة النقض أيدت المبدأ السابق في حكمها السابق الاشارة إليه . وقد قررت المحكمة أن عقد يقوم بين الطبيب والمريض يضع على عاتق الطبيب التزاماً أن لم يكن بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يقدم له العناية الواجبة والحريصة مع الأخذ في الاعتبار الظروف الاستثنائية - التي تتفق مع المعطيات المستقرة للعلم . والإخلال بهذا الالتزام ، ولو عن غير عمد ، يجد جزاءه في مسئولية من ذات الطبيعة ، أي الطبيعة التعاقدية . وتتميز الدعوى المدنية ، التي تتحقق بها مثل هذه المسئولية ، في مصدرها عن الواقعة المكونة للمخالفة الجنائية ، ولا تخضع بالتالي للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٦٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية .

وفي مصر أخذت محكمة النقض المصرية بالطبيعة العقدية للمسئولية الطبية بدءاً من حكمها الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٦٩ (الطعن رقم ١١١ س ٣٥ ص ٦٥ . وراجع : محمد كمال عبد العزيز ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء ، التعليق على المادة ١٦٣ مدني) .

المطلب الثاني

معصومية الجسد بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة ، والالتزام
بالسلامة

من التقسيمات المستقرة في فقه القانون المدني تقسيم الالتزام بحسب محله إلى التزام ببذل عناية والتزام بتحقيق نتيجة (١٢) . وفي الحالة الأولى يقتصر التزام المدين على بذل العناية اللازمة في صدد تنفيذ ما التزم به . ولا تتحقق مسؤولية المدين في هذه الحالة إلا إذا أقام الدائن الدليل على تقصيره وأهماله .

أما الحالة الثانية ، حالة الالتزام بتحقيق نتيجة ، فأن مسؤولية المدين تتحقق بمجرد تخلف النتيجة المقصودة من الاتفاق ، ويقع على عاتقه هو ، إذا أراد التخلص من مسؤوليته ، أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي الذي لا يدل له فيه .

والأصل في مسؤولية الطبيب أنها تبدأ من مفهوم الالتزام ببذل عناية . وبالتالي يقع عبء إثبات التقصير أو الإهمال على عاتق المريض إذا أراد أن يثير مسؤولية الطبيب .

ويستند هذا الأصل إلى عدة اعتبارات : منها أن شفاء المريض مسألة تخرج عن نطاق إمكانية الطبيب في حدها النهائي . فالطبيب يعالج ثم « ما قدر يكون » . ويضاف إلى ذلك أن الطبيب يجب أن يتمتع بجرية كبيرة في ممارسته لمهنته ، خاصة وأن ممارسة هذه المهنة ترتبط باعتباررات علمية دقيقة ، قد تختلف فيها آراء العلماء وكبار المتخصصين (١٣) وإزاء كل ذلك لا يجوز أن يطلب من الطبيب ألا أن يبذل ما في وسعه من عناية وفقاً لمعيار البقظة والحرص العاديين .

(١٢) راجع : السهوري ، الوسيط ، جزء أول ، مصادر الالتزام ١٩٥٢ ، ص ٦٥٩ ،
(١٣) راجع تقرير الأستاذ Matter ، دالوز ١٩٣٦ ، السابق الإشارة إليه ، سافاييه ،
طبيعة المسؤولية الطبية ، جازيت دي باليه عدد ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ ، راجع في الموضوع :
عمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، رقم ٥٣ ، ص ٣٧٠ وما بعدها .

ومع ذلك فقد بدأ القضاء يستظهر بعض ملامح لتغيير الاتجاه السابق ، بمعنى الكشف عن حالات معينة فيها يتحول التزام الطبيب إلى التزام بتحقيق نتيجة .

ففي حكم لمحكمة مارسيليا (١٤) قضى بأنه يتعين أن تؤخذ في الاعتبار الظروف التي تمارس في ظلها العمليات . فالمرضى ، حين يخضع للتخدير ، يفقد وعيه ، ويفقد كل وسيلة لرقابة العمل الطبي . فضلا عن أن ظروف الجراحة تفرض أن يتعد عنه أقرب أقرباءه . ولذلك فإن الطبيب يلتزم في مواجهة مريضه ليس ببذل العناية اليقظة وفقاً للأصول العلمية فحسب ، بل يلتزم فضلاً عن ذلك أن يؤمن ، بصفة عامة ، سلامته . وبالتالي وحتى في حالة عدم وجود خطأ ثابت محدد في جانب الطبيب ، فإن هذا الأخير يلتزم بتعويض الأضرار التي تلحق بالمرضى من جراء العملية الجراحية . ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض باعتبار أن الضرر لا يرتبط بالمرض الذي يعالجه منه المريض ، ولكنه يجد مصدره في الوقائع التي تطرأ أثناء الجراحة وفي الاحتمالات التي لم يكن يعلم بها المريض سلفاً . ويتعين على الطبيب ، وفقاً لمحكمة مارسيليا ، لكي يتخلص من مسؤوليته ، أن يثبت أن الضرر يعود إلى سبب أجنبي عن الطبيب ، لا يمكنه دفعه .

والملاحظ أن هذا الحكم قد انتهى إلى ما يقرب من الالتزام بتحقيق نتيجة . غير أن المحكمة قد صاغت الأمر في إطار ما سمته « المخاطر الكامنة في كل عمل طبي » . وقد اعتبر الأستاذ سافاتييه أن هذا المذهب قد تجاوز الحدود المعقولة وخلق مسؤولية طبية على عاتق الجراحين « عامة وعمياء » ، ولا يمكن الدفاع عنها (١٥) .

وفي حكم آخر أضافت محكمة السين (١٦) وجهة نظر جديدة لتدعيم الاتجاه المشار إليه ، فقد قضت المحكمة بأن النظام العام يقتضى الربط منطقياً بين التزايد المستمر في إمكانيات الأطباء وسلطاتهم على المرضى والمسؤولية الطبية وإن للالتزام بتحقيق أمن المريض ينشأ عن العقد الطبي ، وأن هذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق

(١٤) محكمة مارسيليا في ٣ مارس ١٩٥٩ منشور في . G.C.P. ١٩٥٩ - ١ - ١١٨ وانتقادات الأستاذ ر . سافاتييه .

(١٥) راجع : رينيه سافاتييه ، التعليق المشار إليه .

(١٦) محكمة السين في ٣ مارس ١٩٦٥ دالوز ١٩٦٥ . مختصر ص ٧١ .

نتيجة يجد جزاءه في المادة ١١٤٧ (مدنى فرنسى) . غير أن أهم تطبيقات فكرة الأمن بالنسبة للمريض تظهر في حالتين :

البند الأول

مسئولية الأطباء عن الأجهزة والآلات المستخدمة في العلاج

أدى التقدم في الفنون الطبية إلى تزايد عدد الأجهزة والآلات الحديثة والمعقدة التي تستخدم في العلاج . وقد أثبتت التجربة أن هذه الآلات والأجهزة تلحق ، وخاصة في بداية إستخدامها بالمرضى أضراراً بالغة ، في كثير من الحالات . خاصة وأن أسباب الضرر تظل أحياناً مجهولة حتى على الخبرة المتخصصة . ومن هنا بدت مشكلة حماية المريض ملحة على نحو قد لا تصلح فيه المسئولية العقدية القائمة على الالتزام ببذل عناية (١٧) .

وقد كان من الطبيعى أن يلتزم بعض الفقه بالإتجاه التقليدى (١٨) في حصر مسئولية الطبيب في الحدود التي يقوم فيها الدليل على تخلفه عن بذل العناية الكافية وكان رائد هذا الإتجاه هو التخفيف عن كاهل الأطباء بحجة خلق المناخ المناسب والبعيد عن التشدد في المسئولية حتى يتسنى لهم أداء واجبهم في جو من الثقة والطمأنينة وينتهى هذا الرأى إلى إستبعاد تطبيق نظام المسئولية عن الأشياء ، القائمة على الحراسة ، من نطاق المسئولية الطبية .

غير أن إتجاهاً حديثاً قد عدل عن الرأى السابق ، على أساس أن العقد الطبي ينشئ على عاتق الطبيب إلتزاماً بضمان حسن الإستخدام الفنى للآلات المستخدمة في العلاج وهو ما يمثل إلتزاماً محدداً بسلامة المريض ومفاد ذلك تحول الطبيب في هذا الشأن من إلتزام ببذل عناية إلى إلتزام بتحقيق نتيجة (١٩) .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية المعنى السابق في حكم لها سنة ١٩٦٠ (٢٠) . وكانت دعوى التعويض قد رفعت من جانب المريض نظراً لما أصابه من ضرر

(١٧) راجع : جمال الدين زكى ؛ المرجع السابق ؛ ٣٨٢ وما بعدها

(١٨) راجع : كازانوف ، المسئولية الطبية (باريس ١٩٤٦) رقم ٣٨ وما بعدها ، كوتبروست

نطاق وحدود المسئولية ، باريس ١٩٦٦ ، ص ١٣٨ وما بعدها .

(١٩) محكمة السين في حكمها في ٣ مارس ١٩٦٥ السابق الإشارة اليه .

(٢٠) نقض مدنى ٢٨ يونيو سنة ١٩٦٨ الأسبوع القانونى ١٩٦٠ - ٢ - ١١٧٨ وتعليق الأستاذ سافاتييه .

نتيجة لإستخدام أشعة اكس في العلاج. وقد أقامت محكمة الموضوع حكمها بالتعويض على أساس خطأ مفترض في استخدام جهاز الأشعة. وقد لاحظت محكمة النقض أن أى احتمال يسند القصور والإهمال إلى الطبيب يكفي لانعقاد مسؤوليته، وأن كل الاحتمالات قائمة بما يكون خطأ شخصياً في جانبه. وأن هذا الخطأ المفترض يمثل إخلالاً بالالتزام بالسلامة.

ويترتب على منطق الإنجاء المتشدد السابق أن الطبيب لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي يتمثل في القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو خطأ المريض (٢١).

كما ترتب على هذا الإنجاء أيضاً إستقرار تفرقة جديدة بين الأضرار الناشئة عن العمل الطبي وهي أضرار ذات طبيعة علمية بحتة، والأضرار المستقلة عن المرض، وبالتالي عن الأعمال الطبية، وترجع غالباً إلى عيوب في الأدوات والأجهزة المستخدمة في العلاج (٢٢).

وفي الحالة الأولى - أضرار العمل الطبي العلمى - ينحصر إلتزام الطبيب في بذل العناية اللازمة، وبالتالي لاتنقذ مسؤوليته إلا إذا أقام المضرور الدليل على تقصيره وعدم يقظته. وهو ما يتفق مع التصور التقليدى للمسئولية الطبية.

أما في الحالة الثانية: وهي حالة الأضرار الناتجة عن الأجهزة والأدوات المستخدمة في العلاج، نتيجة عيوب ذاتية فيها. ففي هذا الفرض يعد إلتزام الطبيب إلتزاماً بتحقيق نتيجة، وبالتالي تنقذ مسؤوليته إبتداءً، حتى لو كان العيب خفياً لا يمكن كشفه، إلى أن يثبت سبباً أجنبياً لا ينسب إليه (٢٣)، (٢٤).

(٢١) راجع: محكمة روان في ٤ يوليو سنة ١٩٦٦ في الأسبوع القانونى ١٩٦٧-٢-١٥٢٧٢ وتعليق الأستاذ سافاييه.

(٢٢) راجع: محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٨٥ وما بعدها.

(٢٣) ملاحظات الأستاذ تونك Tunc في المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٦١ ص ١١٢ وما بعدها، رقم ١٨.

(٢٤) راجع وقارن ملاحظات الأستاذة مازو، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٩ ص ٥٣٦

وما بعدها و ١٩٥٧ ص ٢٢٤. رقم ٠١١ ملاحظاته على حكم النقض ١٨ ديسمبر ١٩٥٦ دالوز

١٩٥٧ - قضاء - ٢٣١.

والأصل أن هذا النوع من المسؤولية يقتصر على الأضرار الناشئة عن الأجهزة ذاتها ولا تمتد إلى الأضرار الناشئة عن استخدام الأجهزة . فبالنسبة لهذه الأضرار الأخيرة يظل محل الإلتزام في حدود بذل العناية الواجبة .

ومع ذلك فإن بعض أحكام محاكم الموضوع في فرنسا قد ذهبت إلى بسط الإلتزام بتحقيق نتيجة إلى الأضرار التي تنشأ عن استخدام الأجهزة والآلات . وقد بررت بعض هذه الأحكام إتجاهها المتشدد بأن الأضرار التي لحقت بالمريض ، في الفروض التي عرضت لها ، قد بلغت حداً كبيراً من الجسامه لم يكن يتوقعه المريض ، وأنها تعتبر مستقلة عن العلاج . واستناداً إلى هذين الإعتبارين يكون الأمر إخلالاً بالإلتزام بسلامة المريض (٢٥) .

وتطبيقاً لذلك لذكى قضى بمسئولية طبيب الأسنان عن تهتك لسان المريض، وتمزق الغشاء الداخلى لفته، نتيجة لتحطم الآلات التي كان يستخدمها في العلاج . فرغم أن هذه الإصابة ترتبط بالعمل الطبي إلا أنها تبلغ حداً من الجسامه تخل بالإلتزام الطبيب بسلامة مريضه (٢٦) ، كما قضى بمسئولية الطبيب عن إصابة المريض بمرض عضوى نتيجة الوضع الذي ترك عليه أثناء إجراء الجراحة ، على نحو يخالف قواعد الفن الطبي ، ولأن الضرر الناشئ عن ذلك يخرج عن نطاق الإحتمال الذي يحيط بالجراحة التي أجريت له (٢٧) .

البند الثاني نقل الدم

الأصل أن تدخل عمليات نقل الدم في إطار العلاج في مجمله ، وبالتالي يخضع للقواعد العامة في المسئولية الطبية . وبالتالي لا تتوافر أية قرينة على مسئولية الطبيب

(٢٥) وقارن نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٦٨ السابق الإشارة اليه .

(٢٦) راجع محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ٣٨٩ و ٣٩٠ ، والأحكام العديدة التي أشار إليها .

(٢٧) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ ، والأحكام والمراجع التي أشار إليها .

وقد قضت محكمة باريس سنة ١٩٤٥ (٢٨) بأن الطبيب ارتكب خطأ لنقله إلى المريض دمًا ملوثًا بمرض الزهري . غير أن المحكمة في توصلها إلى هذه النتيجة إلتزمت بمنطق القاعدة العامة في المسؤولية الطبية ، أي أنها تقوم على إلتزام ببذل العناية . وبالتالي لا يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة . وقد كشفت المحكمة ، في خصوص وقائع القضية التي عرضت عليها ، عن مسؤولية الطبيب عن تلوث الدم الذي تم نقله إلى المريض على أساس أنه كان في استطاعته أن يستظهر هذا الأمر لو أنه اتبع الأصول العلمية التي تقتضيها اليقظة والعناية اللازمين . أما فيما هو أكثر من هذه الحدود فإن الطبيب غير ملزم ، من حيث المبدأ ، بالالتزام مطلق بتحقيق نتيجة نقل الدم النقي ، وذلك إذا كان التحقق من هذا النقاء يخرج عن نطاق الإمكانيات والفحوص المتوافرة .

غير أن اتجاهها آخر ، يحقق للمريض قدرًا أوفى من الحماية ، ذهب إلى أن مبدأ الإلتزام ببذل العناية ، في نطاق المسؤولية الطبية ، لا يتعارض مع إقرار إلتزام بالسلامة في صدد عمليات نقل الدم . فبالنسبة لهذه العمليات يتحول إلتزام الطبيب إلى التزم بتحقيق ، بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل للمريض دمًا نقيًا خاليًا من الجراثيم ، متفقًا مع فصيلة دمه (٢٩) وإن أخل بهذه المقتضيات أو بأحد ها قامت مسؤوليته دون حاجة إلى إثبات إهماله أو رعونته ، وإلى أن يقيم هو ، أي الطبيب ، الدليل على وجود سبب أجنبي غير منسوب إليه . فالعقد الطبي يقتضي ، في حالة نقل الدم ، سلامة المريض في نهاية المطاف ، وليس مجرد بدل العناية وصولاً إلى شفائه (٣٠) .

ويثور التساؤل حول كيفية ترتيب أوضاع المسؤولية الطبية ، في فرض نقل الدم ، إذا كان الطبيب المعالج قد إلتجأ إلى جهة أخرى متخصصة ، كبنك الدم ، للحصول على الكمية المطلوبة .

(٢٨) باريس ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ دالوز - قضاء - ١٩٤٦ ص ١٩١ وتعليق الأستاذ تنك ، ومحمد علي عمران ، المرجع السابق ، ص ٧٦ .
 (٢٩) راجع : ملاحظات الأستاذة مازو ، في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٦٠ ص ٢٩٨ .
 (٣٠) راجع : محكمة تولوز ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٩ في الأسبوع القانوني ١٩٦٠-٢-١١٤٠٢ .
 تعليق الأستاذ سافاتييه .

ففي هذه الحالة يتوافر مستويان للمسئولية ، المستوى الأول هو مستوى العلاقة بين الطبيب والمريض . والمستوى الثاني هو مستوى العلاقة بين الطبيب المعالج ومركز أو بنك الدم .

ولا شك إبتداءً أن للمريض أن يقيم المسئولية عن الدم الملوث على طبيبه المعالج ذلك أن هذا الطبيب هو الذي يرتبط به بعلاقة تعاقدية تفرض عليه إلتزاماً بأن ينقل للمريض دمماً يتفق مع فصيلته ، وخالياً من التلوث (٣١) .

أما بالنسبة للمستوى الثاني ، وهو مستوى علاقة المريض بمركز الدم فإن الأمر يقف في إطار المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات حيث لا تتوافر علاقة تعاقدية بين المريض وذلك المركز . غير أن محكمة النقض الفرنسية قد أجازت للمريض أن يرجع على مركز الدم بمقتضى قواعد المسئولية العقدية ، وذلك على اعتبار أن العقد المبرم بين الطبيب المعالج وبين مركز الدم يتضمن إشتراطاً لمصلحة المريض . ويترتب على هذا المنطق الجديد أن المريض يستطيع أن يرفع دعوى المسئولية على مركز الدم دون حاجة إلى إثبات خطئه . فالمركز المذكور يلتزم ، في صدد ما يقدمه من دماء ، بتحقيق نتيجة ، وهي سلامة المرضى (٣٢) .

وقد طبق القضاء الفرنسي التصوير السابق على التحاليل المختلفة ولكن في حدود التفرقة بين نوعين من التحاليل .

النوع الأول : يشمل التحاليل ذات الطابع العلمي المتعمق والتي يجوز أن تختلف فيها الآراء العلمية ، كما يجوز في صدها أن تكون النتائج محل شك . وفي هذا الفرض الأول يقتصر إلتزام الطبيب على بذل العناية اللازمة . فإن أوفى بها - والفرض أنه كذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس - فلا مسئولية عليه فيما يتوصل إليه من نتائج غير حقيقية ، تلحق بالمريض ضرراً معيناً .

(٣١) راجع : محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ٣٧٨ ، وتعليق الأستاذ سافاتييه السابق الإشارة إليه .

(٣٢) راجع : نقض فرنسي ١٧ ديسمبر ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ - قضاء - ٢٦٩ وتعليق الأستاذ روديير ، وراجع : تعليق الأستاذ سافاتييه في J.C.P ١٩٥٥ - ٢ - ٨٤٩ .

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضى بعدم مسئولية الطبيب الذي انتهى في تحليله إلى وجود أورام سرطانية ، مما استدعى علاج المريض بأشعة الكوبالت ، ثم تبين أن نتائج التحليل كانت خاطئة (٣٣) ، كما قضى بعدم مسئولية طبيب التحليل عن خطأ ما توصل إليه من وجود مواد سامة في أحشاء المريض حين كلف بفحصها (٣٤) .

أما النوع الثاني من التحاليل فيشمل التحاليل الدارجة التي استقرت علمياً ولا مجال للتعلم فيها أو الشك من نتائجها من وجهة النظر العلمية والتزام الطبيب في هذا الفرض الثاني هو الالتزام بتحقيق نتيجة ، وليس مجرد بذل عناية ، وبالتالي تتحقق مسئولية طبيب التحليل بمجرد تخلف النتيجة ، دون حاجة إلى إثبات خطئه ، وإذا أراد هو أن يتخلص من هذه المسئولية فعليه أن يثبت السبب الأجنبي (٣٥) .

المطلب الثالث

مصومية الجسد والخطأ الطبي

ذهب رأى في الفقه ، قديم نسبياً ، إلى وجوب التفرقة بين نوعين من أخطاء الأطباء ، الأخطاء المادية والأخطاء المهنية (٣٦) . النوع الأول : يشمل أخطاء تسمى الأخطاء المادية ، وهي تخرج بطبيعتها عن مهنة الطب ، ويقع فيها الطبيب كغيره من آحاد الناس ، وذلك حين لا يلتزم بمقتضى الحرص المفروض على كافة الناس . ومن أمثلة هذا الخطأ أن يجري الطبيب الجراحة في العضو السليم بدلاً من العضو المصاب ، أو ان يترك المريض يقع من فوق منضدة العمليات لأنه وضع في غير الموضع الصحيح ، أو إجراء عملية جراحية بيد مرتعشة أو وهو في حالة سكر أو ترك قطعة من الشاش أو أداة في بطن المريض ، أو إخراج المريض من المستشفى قبل استكمال مدة علاجه .

- (٣٣) راجع : نقض ٤ يناير سنة ١٩٧٤ دالوز ١٩٧٤ مختصر ص ٧٩ ، وراجع ملاحظات الأستاذ ديوي في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٧٤ ص ٨٢٢ .
- (٣٤) محكمة Nimes أول يوليو سنة ١٩٥٨ J.C.P. ١٩٩٥ - ٢ - ١١٣٧٤ .
- (٣٥) راجع : ملاحظات الأستاذة مازوني في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٦٠ ص ٢٩٨ ، حكم محكمة تولوز ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٩ السابق الإشارة إليه ، محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص ٣٨١ .
- (٣٦) راجع في الموضوع ، مازودتلك ، مطول المسئولية المدنية ، الجزء الأول الطبعة السادسة ، رقم ٥٠٩ ، ص ٥٧٧ وما بعدها .

وفي نطاق هذا النوع الأول من الأخطاء يسأل الطبيب عن خطأه أياً كان - قدره ، جسدياً أو يسيراً . ولا يحتاج القاضي ، في تقديره لتوافر الخطأ ، في هذه الحالة ، إلى ندب خبير متخصص .

وقد عبرت عن هذا المعنى السابق في مصر محكمة الجيزة في حكم لها سنة ١٩٣٥ (٣٧) حيث قدرت أن مسئولية الطبيب لها وجهان : أحدهما متعلق بصناعته ، وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة ، وثانيها ليس متعلقاً بذلك ولا شأن له بالفن في ذاته . وخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالة الجهل الفاضح . والوجه الثاني لا يخضع لسلطان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفاً بذلك القواعد المقررة طبيياً فهو مسئول عنه . وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسئولية العامة شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر .

والنوع الثاني : هو الأكثر دقة حيث يشمل الأخطاء المهنية ، بمعنى الأخطاء التي يقع فيها الطبيب عندما يخالف أصول القواعد الفنية والعلمية التي يقتضيها علم الطب .

وهذا النوع الثاني من الأخطاء لا يستطيع القاضي أن يقدره إلا إذا استعان بالخبيرة الطبية .

وفي هذا النطاق لا يسأل الطبيب إلا عن أخطائه الجسيمة (٣٨) . ويستند هذا المبدأ إلى اعتبارات محددة يتعين مراعاتها في جانب الطبيب . فالمسائل العلمية هي ، بطبيعتها ، بعيدة في كثير من الحالات عن اليقين ، خاصة في مجال الطب ، فنجاح الجراحة ، أو العلاج ، يخضع لقدرة من الاحتمالات والظروف التي لا يمكن التحكم فيها . كما أن هذا النجاح قد يتوقف ، في بعض الحالات ، على حالة المريض الجسدية والعصبية ومدى تقبله للعلاج (٣٩) .

(٣٧) ٢٦ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة س ١٥ - ٢ رقم ٢١٦ أشار إليه عبد المهيم بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ١٩٧٧ ، ص ٦٤٧ ، في الهامش .

(٣٨) راجع في الموضوع : مازدوتنك ، مطول المسئولية المدنية ، الجزء الأول ، رقم ٥٠٨ وما بعدها ص ٥٧٥ وما بعدها ، والمراجع والآراء التي أشار إليها .

(٣٩) راجع : زكي الإبراشي ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها .

وفي مثل هذا المناخ لا يصبح أن يسلب سيف المسؤولية على الطبيب بسبب هفوات أو أخطاء يسيرة (٤٠) ذلك أن على القضاء ، في نطاق المسؤولية الطبية ، أن يضع القواعد الكفيلة بطمأننة الطبيب بحيث يؤدي واجبه في هدوء وثقة كاملتين . وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض الفرنسية في حكم لها سنة ١٩٣٧ (٤١) أن المسؤولية الطبية لا تترتب بالضرورة على خطأ يقف على حدود الإهمال أو عدم الانتباه أو الرعونة . كما قضى بأن المسؤولية لا تقوم إذا كان سبب الضرر هو عدم خبرة الطبيب .^١ تحديث التخرج (٤٢) .

غير أن هذا الاتجاه الذي يفرق بين نوعي الخطأ السابقين ، ويشترط في النوع الثاني أن يكون على قدر من الجسامة ، قد تعرض لكثير من النقد .

فالتمييز بين نوعي الخطأ أمر غير متيسر في جميع الحالات .

صحيح أن هناك حالات يعتبر فيها الخطأ مادياً ، كما في حالة اجراء الطبيب عملية جراحية وهو في حالة سكر ، أو وهو في حالة صحية تعجزه عن الحركة اللازمة . ففي مثل هذه الظروف لاشك أن الطبيب يسأل عن خطئه كما يسأل أى شخص آخر .

وفي حالات أخرى يكون الخطأ مهنيًا ، ولا يقوم شك في صفته تلك . ومن هذا القبيل الخطأ في التشخيص ..

ولكن هناك حالات أخرى كثيرة تفتح الباب أمام التأمل والشك حول طبيعة الخطأ.

فمثلا عدم نقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب ، أو إخراج المريض من المستشفى قبل الوقت المناسب ... هل تعتبر هذه الأخطاء عادية أم مهنية ؟ لاشك أن هذين الأمرين يقتضيان قدرًا من التقدير المستند إلى العلم الطبي وأصول المهنة

(٤٠) راجع وقارن : عرائض ١٢ يوليو سنة ١٨٦٢ سيري ١٨٦٢ - ١ - ٨١٨ ، وراجع في

الموضوع مازوتتك ، مطول المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، رقم ٥١٠ ، ص ٥٧٩ .

(٤١) مدن ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٥٥٤٩ .

(٤٢) حكم محكمة ميتز Metz ٢١ مايو ١٨٦٧ دالوز ١٨٦٧ - ١١٠٢ ، وراجع في الموضوع :

سافاتيه ، مطول المسؤولية المدنية ، الطبعة الثانية ١٩٥١ ، الجزء الثاني ، رقم ٧٧٧ ، ص ٣٧٩ ، رقم

٧٩٠ ، ص ٣٩٦ .

وبالتالى ، ومن هذه الزاوية كان يتعين اعتبارها دائماً من الأخطاء المهنية ، ومع ذلك فان محكمة نانسى (٤٣) قد قضت بأن عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب يعد خطأ عادياً (٤٤) .

كذلك الحال بالنسبة لعدم وضع المريض على نحو سليم أثناء إجراء الجراحة قد يعتبر خطأ عادياً فى بعض الحالات ، رغم أنه فى حالات أخرى قد يرتبط بأصول المهنة وعلومها .

ومن ناحية ثانية ، فإن التفرقة السابقة لاسند لها من القانون (٤٥) سواء فى مصر أم فى فرنسا . فقد جاءت نصوص المسئولية عامة لتمييز بين الأطباء وغيرهم ، فكيف يمكن استثناء الأطباء من المسئولية عن أخطائهم السيرة فى نطاق أعمالهم الفنية ؟ (٤٦) .

ومن ناحية ثالثة فان اعتبارات الملائمة لانتهاض لمساندة الرأى السابق . فالمسئولية الطبية انما قامت أساساً لحماية الفرد فى مواجهة طبيبه ، أى لحماية طرف ضعيف فى مواجهة طرف قوى . ولاشك أن هذا المنطق يؤدى إلى وجوب ترجيح اعتبار طمأننة المريض على مقتضى طمأننة الطبيب (٤٧) .

(٤٣) نانسى فى ١٩/١/١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٨ - ١ - ٤١٠ .

(٤٤) راجع وقارن : محكمة اميان حيث أعتبرت أن ترك آلة فى بطن المريض يعد خطأ مادياً يسأل عنه الطبيب : ١٦ يوليو سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١ - ٢ - ٧٧٢ ، وعلى العكس أعتبرت محكمة بيزانسون (١١ يوليو سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٢٩٤) أن مثل هذا الحادث هو خطأ فى بسط لا يستوجب المسئولية .

(٤٥) راجع مازوتتك ، مطول المسئولية المدنية ، الجزء الأول ، رقم ٥٠٩ ، ص ٥٧٧ ومابعدها .

(٤٦) راجع : مصطفى مرعى ، المسئولية المدنية ، رقم ٧١ .

(٤٧) راجع : مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، رقم ٧١ ، عبد المهين بكر المرجع السابق ، ص ٦١٦ هامش ١ .

لذلك ينتهى الرأى فى القضاء الحديث إلى إقرار مسؤولية الطبيب عن أخطائه أيضاً كانت درجة جسامتها . فالطبيب يسأل عن خطئه اليسير كما يسأل عن خطئه الجسيم .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية (٤٨) فى المعنى السابق بأن مجرد الخطأ من جانب الطبيب تنعقد به المسؤولية دون تطلب أن تبلغ من الجسامة حداً معيناً . وقد صدر هذا الحكم فى صدد خطأ مهين . فقد أصيب مريض بشلل جزئى نتيجة لحقنة أعطاها له الطبيب بطريقة خاطئة . وعند عرض أمر المسؤولية على محكمة ليموج قضت فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٧ بمسئولية الطبيب عن الخطأ المشار إليه . غير أن الطبيب ، طعن فى الحكم أمام محكمة استئناف ليوج ، حيث أمرت بنذب خبير لفحص حالة المريض وكيفية إصابته ، وقد أسست حكمها على اعتبار ان المسؤولية الطبية لا تنعقد إلا فى حالة الأخطاء الجسيمة . ولكن محكمة النقض اهدرت هذا المعنى السابق بحكمها الذى اشرنا إليه والذى رفض فكرة الخطأ الجسيم (٤٩) .

ومع ذلك فان استعراض أحكام القضاء الفرنسى يفيد ، من ناحية ، أن هذه الأحكام تستخدم ، فى صدد المسؤولية الطبية ، بعض تعبيرات تتفق مع الطبيعة الخاصة بالنشاط الطبي ، فالأحكام تشير إلى وجوب أن يرتكب الطبيب خطأ محدداً أو أن يخل بإخلاصاً مؤكداً بواجباته المهنية ، أو أن يقعد عن تقديم الرعاية اليقظة المتفقتة مع الأصول العلمية (٥٠) .

ومن ناحية اخرى فان المشكلات الفنية للطب تستدعى أن يعين القضاء خبيراً لتقديم تقرير يحدد وجود الخطأ علمياً أو انتفاءه . غير أن القاضى يملك ، فى هذا الصدد ، سلطة التقدير التى تمكنه ، على ضوء ملابسات الوضع المعروض ، أن ينتهى إلى نتيجة تختلف مع ما انتهى إليه رأى الخبراء .

(٤٨) نقض ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٦٣ دالوز ١٩٦٤ - ١ - ٨١ .

(٤٩) راجع فى الموضوع : مازوتنك ، المرجع السابق ، رقم ٥١١ ، ص ٥٨١ وما بعدها .

(٥٠) راجع مثلاً : نقض ١٢ مايو سنة ١٩٦٤ فى الأسبوع القانونى ١٩٦٤ - ٢ - ٢٦٧ .

ومن ناحية ثالثة فإن الطبيب لا يرتكب خطأ في صدد المسائل التي يختلف فيها العلم ولا أهمية ، في هذا الصدد ، لكون الطبيب قد أخذ برأى راجح أو تبنى ، على العكس ، الرأى المرجوح (٥١) .

وإنفاقاً مع هذه المعاني السابقة قضى بعدم مسئولية الطبيب عن خطأ يعد مغتفراً بالنظر لحالة العلوم الطبية وقت وقوع الحادث (٥٢) .

المطلب الرابع

المعصومية والتعويض عن فوات فرصة الحياة (٥٣)

إذ أقيم الدليل على خطأ الطبيب تعين إقامة الدليل أيضاً على أن الضرر الذى لحق بالمريض كان نتيجة مباشرة لذلك الخطأ . بمعنى أن المسئولية لا تنعقد إلا إذا توافرت عناصر المسئولية وفقاً للتصور التقليدى لها والقائم على ثلاثية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

وقد ظل القضاء « أميناً » (٥٤) على هذا المنهج حتى سنة ١٩٦٥ . فنذ هذا التاريخ إنتهى الحرص على مصلحة المريض ، وتدعيم موقفه في مواجهة الطبيب ، إلى تحول مثير في نظام المسئولية الطبية ، تحول اعتبره الأستاذ سافاتييه - بحق - « ثورة » في هذا النطاق .

فقد بدأ القضاء الفرنسى يلزم الطبيب بتعويض المريض عن ضرر لم تثبت علاقة السببية بينه وبين خطأ الطبيب على نحو مؤكد . وقد تبلور هذا الإتجاه الجديد في القول بأن الطبيب يسأل عن ضياع بعض فرص العلاج ، مما انتهى إلى ضياع فرصة بقاء المريض على قيد الحياة ، أو فرصة بقائه بكامل سلامته الجسدية . والمثير في هذا الإتجاه الجديد أنه يقرر التعويض وفقاً لمبدأ الإحتمال ، فحين لا يتخذ الطبيب

(٥١) راجع : مصطفى مرعى ، المرجع السابق ، رقم ٧٢ .

(٥٢) محكمة ميتر ٢١ مايو سنة ١٩٦٧ دالوز ، محكمة السين في ٢٣ فبراير ١٩١٤ جازيت دى باليه

١٩١٥ - ٢٤٢ .

(٥٣) أو فوات فرصة السلامة الجسدية .

(٥٤) راجع : محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٢ ، الهامش .

الاحتياجات اللازمة ، عملياً وعلمياً ، فإن وفاة المريض أو عجزه الجسماني ، يحتمل أن تكون قد نتجت عن الإهمال المسند إلى الطبيب . ولا يشترط أن تكون السببية مؤكدة تماماً بين خطأ الطبيب ومالئق المريض من أضرار . فالقاضي يمارس سلطة تقديرية في صدد قيام هذه الرابطة ، ويستطيع أن ينتهي إلى توافرها على أساس الإحتمال إذا قام لديه شك جدي في إسناد الضرر إلى الخطأ ..

ونظراً لخطورة هذا التحليل الجديد فإننا نعرض بشيء من التفصيل لبعض أحكام القضاء الفرنسي التي صدرت في هذا الخصوص .

حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (٥٥) :

وهو باكورة الأحكام التي تبنت الإتجاه السابق الإشارة إليه . وتحصل وقائع الموضوع أن طبيباً تولى علاج طفل من كسر أصيب به نتيجة سقوطه ، وقد أخطأ الطبيب في التشخيص وبالتالي في العلاج . وقد تبين هذا الأمر بعد عرض الطفل المريض على عدة أطباء آخرين ، . وعند النظر في دعوى المسئولية التي رفعت ضد الطبيب المعالج أحالت محكمة أول درجة الأمر إلى خبير . وقد خلصت المحكمة بعد استعراض تقرير الخبير إلى أن الطبيب قد ارتكب خطأ في التشخيص أدى إلى خطأ في العلاج الواجب الإلتباع . ولكن المحكمة انتهت إلى رفض دعوى التعويض على أساس عدم قيام رابطة سببية مؤكدة بين أخطاء الطبيب والضرر الذي أصاب الطفل .

وعند إستئناف هذا الحكم أمام محكمة إستئناف باريس قضت هذه المحكمة في ٧ يوليو سنة ١٩٦٤ أن هناك قرآن على قدر من البينة والتحديد والترابط تكفي للقول بأن إصابة الطفل ترجع إلى الخطأ المنسوب إلى الطبيب .

وقد طعن الطبيب في الحكم السابق أمام محكمة النقض وقد بنى طعنه على أساس أنه لا سبيل إلى إدانته إلا إذا قام دليل على وجود رابطة سببية مؤكدة بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي لحق بالطفل . وأنه لا يكفي في هذا الصدد توافر مجرد

(٥٥) منشور في الأسبوع القانوني ١٩٦٦ - ١٤٧٥٣ .

قرآن ذات طبيعة إفتراضية (على النحو الذى أشار إليه تقرير الخبير) . كما أضاف الطاعن أن حكم محكمة الإستئناف قد انطوى على تناقض يتمثل فيما قرره من أن أخطاء الطبيب كان من نتائجها حرمان الطفل من « فرصة الشفاء » وفى ذات الوقت قضى بتعويض كامل عن نتائج العجز الذى أصاب هذا الطفل . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن محكمة الإستئناف ، بعد أن استعرضت بدقة آراء الخبراء ، وذكرت أن أخطاء الطبيب قد ثبتت بصفة نهائية ، استخلصت من الوثائق المقدمة إليها ، والتي تستقل بسلطة تقديرها ، وجود قرآن على قدر من البينة والتحديد والترابط تكفى للقول بأن العجز ، الذى أصيب به الطفل ، هو نتيجة للخطأ المنسوب إلى الطبيب .

وقد أضافت محكمة النقض بأن محكمة الإستئناف لم تناقض تقرير الخبراء الذين أبدوا وجود بعض الشك حول العملية التى أخذ على الطبيب أنه لم يقم بها .

حكم محكمة استئناف باريس فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٦ (٥٦) :

بتاريخ ٤ أبريل سنة ١٩٥٨ توفيت إحدى السيدات عقب ولادتها فى إحدى المستشفيات الخاصة . وقد رفع الزوج دعوى مطالباً بالتعويض ضد الطبيب المعالج مستنداً فى ذلك إلى أن الوفاة قد حدثت نتيجة عدم كفاية وتأخر العناية التى قدمت لمواجهة حالة نزيف الرحم التى أعقبت الولادة وقد عينت محكمة أول درجة عدد من الخبراء لتقديم تقرير عن الموضوع . وقد قدم الخبراء تقريرهم فى ٥ يوليو سنة ١٩٦٢ انتهى إلى أنه لا يمكن نسبة أى خطأ مهني إلى الطبيب المعالج من الناحية العلمية والفنية ، وهى ظاهرة نادرة فى حالات الولادة العادية، وأن نسبة تراوح ما بين ١٥٪ ، ٢٠٪ من المرضى يموتون فى هذه الحالة، أياً كان العلاج المقدم لهم فى سنة

(٥٦) منشور فى الأسبوع القانوني ١٩٦٦ - ٢ - ١٦٤٢٦ ، وراجع أيضاً حكم محكمة إستئناف باريس فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٦٧ منشور فى الأسبوع القانوني ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٦٢٥ حيث قضت بمسئولية الجراح بالرغم من عدم التأكد من توافر علاقة السببية بين خطئه ووفاة المريض ، وذلك فى البقاء على قيد الحياة ، وبالتالي يتعين الحكم بالتعويض عن فوات هذه الفرصة ، وفى ذات المعنى راجع : محكمة أورليان ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٩ ، فى الأسبوع القانوني سنة ١٩٦٩ - ٤ - ٢٤٢ ، وإستئناف ليون فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٤ منشور فى دالوز ١٩٧٥ مختصر ص ١٠٠ ، وإستئناف مونتيليبه فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٧٤ منشور فى جازيت دى باليه ١٩٧٥ - ١ - ٢٠٦ وتعليق دول Doll .

(٢٥)

(٦م - علوم قانونية)

١٩٥٨ . ومع ذلك فقد استظهرت المحكمة بعض الأخطاء التي ارتكبها الطبيب ، وهي أنه ترك غرفة الولادة عقب بدء التزيف بوقت قصير ، وأنه لم يتم بالفحص المعمل للدم في الوقت المناسب . ورغم كل هذا لم تحكم المحكمة بالتعويض لأن الدليل لم يثبت على وجود رابطة يقينية بين أخطاء الطبيب (إخلاله بإلتزاماته العقدية) وبين حالة الوفاة .

وعند عرض النزاع على محكمة الإستئناف أقرت ، ابتداء ، وجهة محكمة أول درجة في إستظهارها لأوجه الخطأ المتعددة المنسوبة إلى الطبيب . ولكن محكمة الإستئناف رأيت أن هذه الأخطاء تعني أن السيدة المتوفاة قد حرمت من العناية اليقظة التي كان من حقها أن تتلقاها من الطبيب الذي أودعته ثقتها الكاملة . كما أقرت محكمة الإستئناف أن المدعى لم يثبت الدليل على وجود رابطة سببية بطريقة قاطعة . ومع ذلك فإن هذه المحكمة قدرت بأن تقصير الطبيب في الوفاة بإلتزاماته بالعناية قد أضاع على المتوفاة فرصة للشفاء . وبناء عليه حكمت المحكمة بالتعويض (٥٧).

حكم محكمة النقض في ١٨ مارس سنة ١٩٦٩ (٥٨) :

وتحصل وقائع الموضوع في أن طبيباً قام بإجراء عملية إستئصال الزائدة لإحدى السيدات ، ولكنه ما لبث أن اكتشف بعد إجراء العملية وجود إنسداد معوي لدى المريضة . وقد تم نقل المريضة ، على أثر ذلك ، إلى إحدى المستشفيات المتخصصة . غير أن المريضة توفيت عقب ذلك بفترة وجيزة . قضت محكمة إستئناف اكس بمسئولية الطبيب الجراح ، على أساس أنه أجرى الجراحة الأولى (إستئصال الزائدة) دون أن يجري الفحوص التمهيدية اللازمة في مثل هذه الحالة . وقد استخلصت المحكمة من ذلك أن الطبيب لم يقدم لمريضه العناية اليقظة التي كان ينتظرها منه بوصفه المهني المتخصص .

(٥٧) راجع : تعليق الأستاذ سافاتييه عن هذا الحكم ، الذي يلاحظ أن مهة الخبير لا بد ، بالتالي ، أن تمدد ، بحيث لا نطلب منه تحديد العناصر المتعلقة بالخطأ وما إذا كان من الممكن إعتبره سبباً للضرر أم لا ، بل تقتضى منه أيضاً أن يقدر فرص السببية ، وما إذا كانت إحتمالات السببية جدية من عدمه (٥٨) منشور في الأسبوع القانوني ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٤٢٢ و تعليق الأستاذ Rabu

وقد أوضحت المحكمة أنه لم يثبت أن هذا الخطأ هو الذى سبب الوفاة ومع ذلك فإن المريض قد فقد بسببه - أى بسبب الخطأ - فرصة فى البقاء على قيد الحياة . وعند الطعن فى هذا الحكم بالنقض رفضت المحكمة العليا الطعن وأيدت الحكم .

حكم محكمة النقض فى ٢٧ يناير سنة ١٩٧٠ (٥٩) :

وتتحصل الوقائع فى أن طبيباً أجرى لمريضته عملية جراحية تحت مخدر موضعى . وفى نهاية العملية أصيبت المريضة بحالة إغماء انتهت بوفاتها رغم ما قدم لها من عناية .

قدرت محكمة باريس أن الطبيب بعلمه أن مثل هذا العارض يمكن أن يحدث بعد تخدير موضعى ، كان يتعين عليه أن يستعين بطبيب متخصص فى التخدير ، ثم قضت المحكمة بمسئولية الطبيب جزئياً عن الوفاة ، رغم أنه ليس من المؤكد أن الوفاة يمكن تفاديها ، ذلك أن الطبيب قد فوت ، على الأقل ، على مريضه فرصة فى الحياة .

وقد أيدت محكمة النقض الحكم السابق على أساس أن التعويض يمكن أن يستحق على أساس أن فرصة كانت قائمة وضاعت (٦٠) .

حكم محكمة النقض فى ٢٥ مايو سنة ١٩٧١ (٦١) :

وضعت السيدة « ب » طفلها الثامن فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٢ ، وقد أصيبت بعد الوضع بنزيف حاد . استطاعت الحكمة المشرفة أن توقف النزيف بعد أن تلقت تعليقات بالتليفون من الطبيب المعالج . وقد غادرت السيدة المذكورة المستشفى فى أول يناير سنة ١٩٦٣ إلى منزلها ، حيث كانت حالة الأنيميا ، والتلوث ، قد بدت فى التراجع إلى حد بعيد . غير أن حالتها تدهورت فجأة ، ثم توفيت فى الثالث من فبراير من العام المذكور .

(٥٩) منشور فى الأسبوع القانونى ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٤٢٢ .

(٦٠) راجع : تعليق للأستاذ Rabut تحت الحكم المشار إليه .

(٦١) منشور فى الأسبوع القانونى ١٩٧١ - ٢ - ١٦٨٥٩ .

وقد كشفت محكمة الموضوع عن خطأ الطبيب الذي تمثل في عدم إدارة وملاحظة العلاج بطريقة مباشرة وفي الوقت المناسب . ومع ذلك فلم يتم دليل على توافر علاقة سببية بين هذا الخطأ وتلك الوفاة ، لأن الوفاة حدثت في وقت كانت الأنيميا والتلوث في طريقهما إلى الإخفاء . إلا أن المحكمة قد انتهت إلى الحكم بالتعويض لأن خطأ الطبيب قد فوت على المريضة فرصة في الشفاء .

وقد أبدت محكمة النقض الحكم السابق في حكمها المشار إليه .

وواضح من ظروف الوفاة عدم التأكد من وجود رابطة سببية بين الوفاة والخطأ الذي ارتكبه الطبيب . فقد غادرت السيدة المستشفى في حالة جيدة ، ومن المتصور أن يكون مرجع تدهور حالتها أسباب تتعلق بما بعد وصولها إلى المنزل . ومع ذلك فإن احتمالاً مازال قائماً في أن يكون سبب التدهور هو عدم تقديم العناية اللازمة من جانب الطبيب في بداية الأمر ، بالإضافة إلى التصريح لها بمغادرة المستشفى في وقت مبكر نسبياً .

وقد كان هذا الشك ، القائم على مجرد الإحتمال ، سبباً كافياً للقضاء بالمسئولية .

حكم محكمة النقض في ٢٥ مايو سنة ١٩٧١ (٦٢) :

أصيب طفل بحالة إختناق معوى بعد ولادته مباشرة ، وقد أجريت له عملية جراحية في اليوم التالي للولادة . وضع الطفل مع والدته ، مساء يوم إجراء العملية ، في إحدى غرف قسم الجراحة تحت إشراف طبيب متخصص في التخدير والإنعاش . أصيب الطفل في حوالي الساعة السادسة مساءً بأزمة نتيجة لنقص الأوكسجين في الدم ، استدعى الطبيب فوراً حيث حضر متأخراً ، في حوالي الساعة العاشرة والنصف ليلاً ، وقام الطبيب بإجراء الإسعافات اللازمة . استدعى الطبيب مرة أخرى حوالي الساعة الرابعة صباحاً حيث كان الطفل في حالة غيبوبة ، وبعد محاولات لإنقاذ الطفل ، توقف قلبه خلالها مرتين ، حدثت الوفاة .

(٦٢) منشور في الأسبوع القانوني ، ذات العدد السابق ، في ذات الموضوع ١٩٧١ - ٢ - ١٦٨٥٩

رفع والد الطفل دعوى على الطبيب يطالبه بالتعويض ، مستنداً إليه أنه لم يأمر ، بعد إجراء الجراحة ، برقابة طبية مستمرة على الطفل تتولاها على الأقل ممرضة مؤهلة . وأن هذا القصور في الرعاية قد حرم الطفل من فرصته في إستمرار الحياة .

غير أن محكمة الموضوع رفضت الحكم بالتعويض على أساس أن الدليل لم يتوافر على أن الوفاة ترجع إلى عدم العناية بالمريض ، ذلك أنه لم يكن مؤكداً أن فرصة في الحياة قد توافرت للطفل عند إصابته بالغيوبية . كما أنه ليس من المستبعد أن تكون مقدمات الوفاة قد بدأت ثم تتابعت قبل ذلك . وقد أيدت محكمة النقض هذا المنطق .

ورغم رفض المحكمة الحكم بالتعويض ، على النحو السابق، فإن المبدأ قد أصبح مستقراً ، وهو إمكان الحكم بالتعويض إذا ثبت أن خطأ المدعى عليه قد فوت فرصة في الحياة ، ولكن وقائع الموضوع قد أظهرت أن الطفل قد ولد في ظروف تراجعت فيها هذه الفرصة منذ ولادته .

تقسيم وتعقيب :

استقر القضاء في فرنسا (٦٣) ، وذهبت بعض الأحكام في مصر (٦٤) إلى أن تفويت الفرصة يعتبر ضرراً محققاً ، وحالاً ، ويتعين على المدعى أن يعرض عنه الدائن .

(٦٣) راجع : أحكام عديدة منها نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١٤٩١ ، نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٦١ جازيت دي باليه ١٩٦١ - ١ - ٤٠٠ ، محكمة رين ١٥ ديسمبر ١٩٦١ ، وراجع مقال للأستاذ سافاتييه بعنوان الخطأ وهل يمكن أن تتحقق معه مسئولية عن ضرر لم يحدثه : دالوز ١٩٧٠ ص ١٢٣ وما بعدها ، ومقال للأستاذ شابا Chabas مقال بعنوان : حصيلة بعض السنوات القضائية في موضوع السببية ، دالوز ١٩٧٠ ص ١١٣ وما بعدها ، ومقال آخر بعنوان : نحو تحول لطبيعة الالتزام الطبي في الأسبوع القانوني ١٩٧٣ - ٢٥٤١ ، ومقال للأستاذ بوريه عن التعويض عن فوات الفرصة ، الأسبوع القانوني ١٩٧٤ - ١ - ٢٦٢٠ . والأحكام المشار إليها .

(٦٤) راجع : الأحكام التي أشار إليها : محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في نظرية الالتزام ، ١٩٧٨ ص ٥٥١ هامش ١٧ ، ٥٥٢ هامش ١٩ وما بعده : نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، ومجموعة أحكام النقض ج ٤ ص ١٠٧ ، ١٢ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض ج ٥ ص ٣٧٨ .

والأمثلة على فوات الفرصة عديدة ومتنوعة ، منها فوات فرصة الدخول في مسابقة نتيجة لإخلال الناقل بنقل المسافر إلى مكان الوصول في الوقت المتفق عليه ، وفوات فرصة إستئناف الحكم نتيجة لعدم قيام المحامي بإيداع صحيفة الإستئناف في الموعد القانوني ، فوات فرصة فتاة في الإلتحاق بشركة طيران نتيجة لإصابها في حادث

ففي مثل هذه الحالات يجوز للمضرور أن يطلب تعويضاً عن الفرصة الضائعة .

وعلى ذات النهج السابق – أو هكذا يبدو للوهلة الأولى – صدرت الأحكام في صدد المسؤولية الطبية ، في تعويض المريض عن فوات فرصة الشفاء ، أو عن فوات فرصة البقاء حياً ، وذلك في حالة توافر خطأ في جانب الطبيب .

غير أن جانباً من الفقه يرى أن الأمر في صدد المسؤولية الطبية يختلف عنه في صدد الأمثلة التقليدية السابق عرضها . وفي هذا يقرر العميد سافاتييه أنه في الأمثلة التقليدية تتميز الفرصة التي فاتت نتيجة للخطأ عن الخطأ في ذاته . فبالنسبة للفتاة التي تفقد فرصة الإلتحاق بعمل نتيجة لحادث ، يمكن ، إستقلالاً عن الخطأ، حساب الفرص التي كانت تنتظرها ، والتي فاتت فعلاً بسبب الحادث .

أما في نطاق المسؤولية الطبية فإن الطبيب عندما يرتكب خطأ في التشخيص ، أو في العلاج ، فإن الفرصة التي تفوت على المريض تنصب مباشرة على نجاح العمل الطبي الذي أسند إليه أن يتولاه . وبالتالي فهذه الفرصة ليس لها – في رأى الأستاذ سافاتييه – قيمة مستقلة في ذاتها عن الفعل الضار . ولذلك لا توجد ، بالمعنى الصحيح فرصة مستقبلية فاتت ، بل توجد حادثة وقعت في الماضي ، ترتب عليها فعلاً وفاة أو عجز . ومن هنا كان الأمر يتعلق بمشكلة التعويض عن إحتمال التسبب في وقوع الضرر . ولهذا أيضاً فإن التعويض يقدر لاحسب قيمة الفرصة ، أو إحتمال تحققها ، فهذا أمر غير وارد ، بل وفقاً لنسبة إحتمالات تدخل الخطأ ومساهمته في تحقق الضرر (٦٥) .

(٦٥) سافاتييه ، تعليق في الأسبوع القانوني - ٢ - ١٤٧٥٣ .

أما الأستاذ شابا Chabas (٦٦) فيرى أنه حيث يكون الخطأ والضرر قد ثبتا فإن محكمة النقض الفرنسية تميل إلى التخلي عن رابطة السببية .

ويلاحظ أن الطب يتطور سريعاً ، ويتعين على القانون أن يلحق بهذا التطور ، ويضيف الأستاذ شابا أنه في نطاق المسؤولية الطبية فإن الخطأ يرتب المسؤولية عن ضرر لم يحدثه .

ويتساءل الكاتب حول ما إذا كان هذا القضاء يعني أن قرينة السببية تقوم على عاتق الطبيب ، إذا توافر الخطأ ، عن كل ضرر يحدث ؟ ويضيف أن هذا الأمر ، لو تأكد ، لكان مفاده تحول في إلتزام الطبيب نحو الإلتزام بتحقيق نتيجة ، بما يعنى أن الطبيب لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

ويرى الأستاذ شابا ، رغم ، إعتراضه (٦٧) ، على هذا الإتجاه أن له مبررات عديدة .

فمن ناحية يتعرض المريض لخطر كبير ، وغير عادى ، عندما يخضع للتدخل الجراحى . ومن ناحية أخرى فأطراف العلاقة الطبية ليسوا على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية ، فالطبيب مؤمن عليه دائماً ، والمريض ، ضعيف مالياً ، رغم اشتراكه فى التأمينات الاجتماعية . ومن ناحية ثالثة فإن عناصر الإثبات فيما يتعلق بأخطاء العمليات الجراحية لا تكون دائماً متوافرة أو محددة ، وهو ما يلقى على عاتق المريض عبء إثبات يصعب الوفاء بمقتضياته : فالمريض خاضع للتخدير عادة ، بعيد عن بصر ذوى قرواه ، تجرى له العملية فى حضور مجموعة من الأطباء المساعدين تربطهم ببعض روابط الزمالة والصدقة ، وأحياناً الرئاسة الادارية والفنية (٦٨) .

(٦٦) مقال : تحول الإلتزام الطبى : السابق الإشارة إليه ، وتعليق فى دالوز ١٩٧١ - ٦٣٧ .
 (٦٧) حيث أن الأستاذ شابا ينتهى إلى وجوب العودة عن هذا الإتجاه إلى الفكرة التقليدية التى تقتضى أن يتوافر الخطأ وأن تتوافر علاقة السببية بينه وبين الضرر .
 (٦٨) راجع وقارن : مازوتنك ، المرجع السابق ، رقم ٥١٠ ، ص ٥٧٩ ، دىرى ، ملاحظات فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٧٢ ص ٤٠٨ ، وتنك ، ملاحظات فى ذات المجلة ١٩٦٣ ص ٣٣٤ .

ويضاف إلى ماسبق أن الأخطاء الفنية وعلاقتها بالضرر الذي حاق بالمريض يستعان في صدددها ، عادة ، بآراء الخبراء ، وهم من أهل المهنة . والملاحظ أن تقارير هؤلاء الخبراء (٦٩) غالباً ما تنتهي إلى عدم وجود رابطة سببية بين الوفاة أو العجز ، وبين خطأ الطبيب .

لكل ذلك وجد القضاء بديلاً يحقق التوازن بين مصالح الطرفين وهذا البديل هو التعويض عن فوات الفرصة على النحو الذي عرضنا له .

ونعتقد أن هذا القضاء ، على ضوء الظروف التي عرضناها ، يعتبر مناسباً ، ويستحق التأييد ، بل ويعتبر ضرورياً ، لتحقيق ما يمكن أن نسميه « سياسة الردع القانوني » أمام تلك الوسائل الخطيرة التي يملكها الطب الحديث ، في مواجهة مرضى لا يملكون إلا أن يسلموا للأطباء زمام سلامتهم الصحية ، وبتعبير آخر فإن هذا القضاء يطلب من الطبيب أن يؤدي واجبه المهني على أكمل وجه ، فإن تقاعس تمت مساءلته عما يصيب المريض من أضرار دون أن يسمح له بأن يحتج بشكوك حول رابطة السببية . .

المبحث الثاني

التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على موافقته

تعتبر هذه المسألة من المسائل الهامة التي أثارت عديداً من المشكلات العلمية في مجال المسؤولية الطبية . وهي تثير من جديد مشكلة التعارض بين مفهوم معين للإنسان وحرية من ناحية ، وما يقتضيه هذا المفهوم من ضرورة الإقرار للإنسان بأن يكون سيد نفسه ، يعلم مقدماً بكل أبعاد ما يراد لجسده ، وصحته ، وبين ذلك التعقيد والتقدم الهائلين في العلوم الطبية ، وما قد يقتضيه ذلك ، أو يعتقد ، على الأقل ، أنه يقتضيه من إعطاء الطبيب قدرأ كبيراً من الحرية في التصرف في المريض

(٦٩) راجع ملاحظات الأستاذ دبري ، المجلة الفصلية للقانون المدني ، ١٩٧٢ ، ص ٤٠٨ ، الذي يلاحظ أن من السهل على الأطباء الإحتياج خلف الاعتبارات العلمية غير المقطوع بها .

جسده ، وصحته . وتأسيساً على مايلحق بهذا المقتضى الأخير من ثقة وأمانة يتعين التسليم بهما للطبيب على أساس أنه يتصرف في حدود علمه وأمانته العلمية .

لذلك كان من الطبيعي أن يدور البحث في مدى التزام الطبيب بتبصير المريض على ضوء محوري التفكير السابقين والمعارضين . وكان من الطبيعي أيضاً أن ينجح الأطباء إلى التمسك بمقتضيات الثقة والأمانة العلمية وبالتالي عدم التقيد بتبصير المريض . أما على الجانب الآخر ، والمعارض لوجهة النظر تلك ، فإننا نجد أغلب رجال القانون وأحكام القضاء، وذلك ترجيحاً لمعان قانونية تقليدية وثابتة، تدور في جوهرها حول احترام حرية الانسان وقدرته على الاختيار بحيث لايجوز لإجراء أى تدخل طبي دون أن يسبق ذلك إفصاح واف بكل مايرتب على التدخل من مساوئ ، وما ينتظر آتامه من احتمالات قريبة أو بعيدة .

المطلب الأول

مذاهب رجال الطب ورجال القانون

الراى الأول : عدم الالتزام بالتبصير : ويمثله الأستاذ بورت(٧٠)

يقف في هذا الجانب رأى الأطباء عموماً ، وهو يمثل دفاعهم عما يعتبرونه حقاً لهم . فقد أدى تطور العلوم الحديثة إلى أن أصبح تأثير الانسان (الطبيب) على الانسان (المريض) أمراً طبيعياً جداً ، لا بد أن نتقبله وأن نتقبل آثاره بصدر رحب وفي هذا الإطار يجب أن توضع مسألة تبصير المريض ، والحصول على رضاه . صحيح أن كلاهما أمر لازم ، ولكن يجب علينا أن نحدد ماذا نعني بهذه الأمور على ضوء مفهوم يأخذ في الاعتبار طبيعة العمل الطبي بوصفه عملاً علمياً له أبعاد متعددة لايستقل بتقديرها مجرد الدفاع الشكلى عن المرضى . ومن ناحية أخرى فإن هناك الكثير من العوامل النفسية المؤثرة في الموضوع لا بد من أخذها في الاعتبار .

(٧٠) راجع في الموضوع : حسام الأهواني ، المسائل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء (١٩٧٥) ص ٨٨ ومابعدها ؛ والأستاذ بورت كان من أعلام رجال الطب في فرنسا .

وقد عبر عن وجهة النظر السابقة أحد أساتذة الطب المشهورين في فرنسا وهو الأستاذ بورت ، وتتلخص وجهة نظره فيما يلي (٧١) :

١ - أن المريض بوصفه كذلك لا يصل إلى المضمون الواضح لمرضه في أية لحظة من اللحظات . فالأمراض تختلف من حالة إلى أخرى ومن مريض إلى آخر . فالمرض هو الظاهرة العلمية المعقدة التي يركز عليها الطبيب فحصه في مواجهة مريض ، تعد قدرته على الاستيعاب من هذه الزاوية محدودة إلى حد كبير . ويضاف إلى ذلك أن حرية المريض تتحدد في لحظات محددة وقصيرة ، لا بد أن يسلم فيها القياد لرحمة الله سبحانه وتعالى .

٢ - أن الطبيب ، بوصفه من أهل العلم ، هو أساساً ذلك المهني الذي لا يجوز لأية مشاعر ، حتى مشاعر الشفقة ، أن تؤثر في عمله ، وعلى رؤيته العقلانية . وأكبر الأطباء ، وأقدرهم ، هو الذي ينظر إلى المرض في حقيقته بأكبر قدر من الموضوعية وهو في هذا المجال ، أستاذ تيسر له فرص الشفاء ، أو لا بد أن نسلم على الأقل أن هذه الفرصة تتحقق إلى جانبه .

لذلك فإن من مصلحة المريض ، أن يسلم بعدم قدرته على تقدير الأمور تقديراً سليماً ، في صدد صحته ومصير حياته ، وأن يسلم أمرها إلى طبيبه الذي يمسك بأصول العلم والطب ، ويتصرف عن طريقها لمصلحة المريض .

٣ - أن أية اعتبارات قانونية ، أو إجتماعية ، أو عقائدية ، لا يجوز أن تحجب عدم المساواة القائمة في مراكز الطرفين (الطبيب والمريض) . وتعود هذه اللامساواة (٧٢) إلى عدة أسباب : منها التفاوت العلمي ، في صدد المرض ، بين

(٧١) راجع : Port : أشار إلى هذا الرأي بالتفصيل : أخلاق المهنة ، باريس ١٩٥٦ ، للأستاذ Baglin ، كما أشار لبعض من هذا الرأي : سافاتييه وآخرون ، مطول المسئولية الطبية ، ص ٢٢ (٧٢) قرب من وجهة نظر الأستاذ فور Faure وهو من أساتذة الطب في فرنسا دافع عن وجهة النظر المشار إليها دفاعاً حماسياً حيث يرى أن إرادة الطبيب يجب أن تجب إرادة المريض ، فالمرضى غير قادر على تقدير عواقب رفضه . وفي بعض الحالات تكون ضرورة الجراحة على قدر من الوضوح لا يحتاج =

كل من الطرفين ، ثم التفاوت الواقعي الذي يعكسه استخدام التخدير في العمليات العلاجية والجراحية ، وهو ما يجعل من المريض كياناً بلا حراك ، بدأ طريق العلاج ولا بد أن يتمه وفقاً للأصول العلمية . ولذلك فلا يتصور ، لو سلمنا بضرورة التبصير والموافقة حتماً ، أن نوافق على ضرورة إستمرارهما أثناء العلاج أياً كانت مدته . وأياً كانت مفاجآته . كما تتأكد هذه الملاحظة في صدد الطب النفسي والعصبي ، ففي هذه الحالات يصبح المريض بلا إرادة أو بإرادة مشوشة ومعيبة ، بحيث « يوكل » أمر نفسه لكامل سلطة طبيبه . كما أن الطبيب يمارس ، في هذا النوع الأخير من الأمراض ، تأثيراً هاماً في التكوين العقلي والنفسي للمريض عن طريق ما يستخدمه من وسائل علاج حديثة ، كالأنسولين ، والصدمات الكهربائية والتحليل النفسي .

لكل ذلك فإن مسائل التبصير والرضاء لايجوز إلا أن تكون مظاهر ثقة لا بد أن تتوافر في شخص الطبيب يمارسها وفقاً لضميره .

٤ - أن من واجب الطبيب أن يدير العلاج من خلال الحفاظ على نفسية المريض وإدخال الطمأنينة في قلبه . ففي كثير من الحالات لو علم المريض بكل آثار مرضه وأبعاده ، لترتب على ذلك ردود فعل سيئة بالنسبة للعلاج . فضلاً عن أن الطبيب ذاته لا يستطيع أن يلم مقدماً بكافة توقعات العلاج أو الجراحة . فكيف بنا نسأله عن عدم الإفصاح عن نتائج قد لا تكون دائماً في الحسبان .

وأكثر من ذلك فإن بعض المرضى لو أفصح لهم عن كافة التوقعات المعروفة

= إلى نقاش . ويجب أن تباح للجراح أن يجربها في كامل هدوه وبغير إزعاج- ومن الأمثلة الواضحة على ذلك « الفتق المزدوج » فالجراحة في هذه الحالة لازمة ويجب أن تكون فورية ، وأي تردد أو تأخير لابد أن ينتهي بالوفاة ، وهو ما لايجوز السباح به . لذلك فإن من واجب الطبيب أن يجرى الجراحة حتى ضد إرادة المريض . ذلك أن من مقتضى مسؤولية الطبيب مهنيّاً أنه يتعرض في كل لحظة لإتخاذ قرار في صدد حياة الأفراد ، وهي مسؤولية على قدر من الجسامه لاتسمح أن تجيز ، في اللحظات الحرجة ، أن نقم أموراً تعرقل أداء الطبيب لمهمته ، وتعرقل إتخاذ قراراته في هدوء كامل.. أما أن يترك المريض ليموت ، فأسهله من أمر ، ولكنه يتناقى مع الواجب الأخلاق للمهنة : راجع : كورنبرويست ، مسؤولية الطبيب ، ص ٢٥٤ ومابعدها ، والآراء المتعددة التي أشار إليها .

والمستقبله فإن ذلك قد يدفعهم إلى رفض العلاج كله . ويعكس هذا الاعتبار الأخير قدراً من « الوصاية » لابد أن تتوافر للطبيب على مريضه .

وقد أيد بعض رجال القانون وجهة النظر السابقة مع بعض التحفظ . فقد ذهب الأستاذ كورنبرو بست إلى أنه رغم إعتقاده في ضرورة رضاء المريض ، إلا أنه يرى أن هذا الرضاء ليس بلازم في جميع الحالات . ولكن الأستاذ المذكور قد عمم صياغته للأمر على نحو لا يقطع فيه برأى ، فهو يرى أنه في كل حالة يجب أن نتأكد بأن مصلحة المريض غير مهددة ، بأن نضحى بها (٧٣) .

الراى الثانى : يشدد على الالتزام بالتبصير :

وينطلق هذا الراى الثانى من مطلق فردى متشدد ، فكما يقول الأستاذ ميشوفان جميع المكثات التى تسند للفرد هى جوهر فكرة القانون (٧٤) .

واستناداً إلى هذه الفكرة الفلسفية من حق المريض أن يكون سيد نفسه وبالتالي لا يجوز إجراء أى تدخل علاجى ، من حيث المبدأ ، إلا بعد تبصير المريض تبصيراً كاملاً ، والحصول ، نتيجة لذلك ، على موافقته . وأى إخفاء للحقيقة عن المريض يكون خطأ طبيياً يستوجب المسئولية . ويقول الأستاذ بوسك Bosc (٧٥) ، تدعيماً لهذا المعنى ، إن عدم التبصير الكامل هو إمتهان للإنسان ، لأنه يعنى حرمان المريض من معرفة الحقيقة في أدق لحظات حياته ، حيث يكون أحياناً على شفا الموت .

ويستند هذا الراى ، فلسفياً ، وكما سبقت الإشارة ، على مبدأ الحرمة الكاملة لجسد الإنسان ، وإتصال هذه الحرمة بكيانه المعنوى ، فالكذب على المريض هو عدوان على حريته في الإختيار ، وسلطات الطبيب إنها منحت له لكونه يساعد المريض لا لكي يستعبده (٧٦) .

(٧٣) راجع : كورنبروست ، المرجع السابق ، خاصة ص ٢٦٢ .

(٧٤) راجع : عرض الأستاذ كورنبروست ، السابق ، ص ٢٥٢ وما بعدها ، وراجع مقال

الأستاذ دول ؛ في جازيت ؛ دى باليه ١٩٦٢ ؛ السابق الإشارة إليه ؛ ومقال الأستاذ سافاتييه ، الإستثمار الطبى في نطاق القانون ، دالوز ١٩٥٢ ، ص ١٥٧ وما بعدها .

(٧٥) أشار إليه الأستاذ دول في مقاله السابق الإشارة إليه (ص ٤٣٠) .

(٧٦) راجع ، حسام الأهوانى ، السابق ، ص ٩٢ .

يضاف إلى ذلك أن الثقة التي يتمسك الأطباء بضرورة الإقرار بوجودها ، تقتضى قدرأ من التعاون المتبادل ، والكذب أو إخفاء الحقيقة ، لايتفقان مع الثقة المطلوبة (٧٧) .

الراى الثالث : التبصير فى حدود :

وهو رأى وسط ، يقوم على إدراك واع لحقيقتين : الأولى : أن إنسان العصر الحديث ، بما أوتى من إدراك لحقوقه ، وإحترام لذاته ، لم يعد يقبل أن يخضع لوصاية طبية ، فيما يتعلق بجرية اختياره ، وسلامة جسده ، حتى ولو كان ذلك الخضوع تحت شعار مصلحة العلاج . فى الماضى البعيد ، كان الطب على قدر من البساطة ، وكان إتخاذ القرار الطبى ، بدوره ، متفقاً مع هذه البساطة من حيث أن المرضى لم يكونوا متمسكين بما نعتبره اليوم « مسلمات للحرية الشخصية » (٧٨) غير أن هذه البساطة قد اختفت ، نظراً للتطور الهائل فى أجهزة العلاج والجراحة ، ونظراً لظهور كثير من الأجهزة الخطرة والأدوية ذات الآثار الضارة . ومن هنا أصبح القرار الطبى محوطاً - أو يجب ، على الأقل ، أن يكون - بكثير من أوجه الحذر والترقب . لكل ذلك لا بد أن نسلم - وفقاً لهذا الرأى الثانى - الذى نعتقد فى سلامته - للمريض بقدر أوسع من حرية الإختيار . فلا بد أن نسلم ، إبتداءً ، أن على الطبيب إلتزاماً بأن يفصح ، قبل أى تدخل علاجى ، خاصة التدخل الجراحى عن المساوىء والآثار والنتائج المرتقبة . ونعتقد أن من الحقوق المشروعة للمريض أن يعرف الحقيقة من طبيبه المعالج .

ولكن السؤال الهام هو مدى حق المريض فى المعرفة ، وهل من حقه أن يعرف الحقيقة مجردة وبغير تحفظ ، أياً كانت خطورة هذه المعرفة على حسن سير العلاج؟ أم أن الأمر يقف عند حدود المعرفة المقيدة - إن صح هذا التعبير ؟

(٧٧) راجع تعليق : Gervsie فى دالوز ١٩٥٣ ، ص ٢٥٣ ومابعدها ، خاصة ص ٢٥٦
 (٧٨) راجع دبرائى ، المرجع السابق ، وراجع تعليق للأستاذ سافاتيبه فى دالوز ١٩٥٥ - ٢٤٩
 حيث يقرر أنه مهما يكن الطبيب كبيراً فلا يمكن أن نسلم له بأن يضع مبدأ يفيد أن المريض غير أهل لفهم العمل الطبى ..

نعتقد أن ما يتعين تبصير المريض به هو الحقيقة التي تساعد على المساهمة في حسن سير العلاج . وهو أمر يخضع لظروف كل حالة على حدة ، ويجب أن نهتدى في شأنه بما يضعه القضاء من معايير متعددة .

ويدافع الأستاذ سافاتييه عن مثل هذا الرأي ، حيث يرى أن الطبيب لا يمكن أن يكون « سيد المريض » وإلا انقلب الحوار بينهما إلى حديث ذاتي « مونولوج » يؤدي إلى آثار سيئة وضارة (٧٩) .

ذلك أننا لو لاحظنا خلافاً في المساواة الفعلية بين طرفي العلاقة الطبية ، فلا بد أن يصحح هذا الخلل بقدر أوفى من المساواة القانونية فالطبيب وجد لكي يساعد المرضى لا لكي يستعبدهم (٨٠) .

ويصل بنا هذا التحليل إلى الحقيقة الثانية : وتمثل في مجموعة من الاعتبارات المتعلقة بالطب والأطباء . فمن حق الأطباء أن يتمتعوا بقدر من نتائج الثقة المشروعة بينهم وبين مرضاهم . كما أن التقدم الحديث في الفنون الطبية ووصولها إلى حد بعيد من التقدم لا بد أن يؤدي إعفاء الأطباء من الإفصاح عن بعض التفاصيل التي قد تؤثر على المريض ، والتي لا يسمح تكوينه الفكري أو استعداداته الثقافي بفهمها .

وخلاصة الأمر أن على كل من الطرفين أن ينزل على مقتضى الثقة المتبادلة . وعلى حد قول البعض « ليس مطلوباً من الطبيب أن يلقي محاضرة علمية على مريضه ،

(٧٩) راجع : سافاتييه ، وآخرون ، المرجع السابق ، ص ٢٢ .

(٨٠) راجع : سافاتييه ، الإستعمار الطبي ، السابق ، وقارن : دبراي الطبيب ومريضه ، ص ١٧٥ حيث يلاحظ أن الأستاذ سافاتييه قد بالغ في استخدام كلمة « إستعباد » فالطبيب لا يقبل أن يستعبد مريضه ، ولا مصلحة له في ذلك ، كما أن الأمر لا يرد على خاطر المريض على هذا النحو . ويرى الأستاذ دبراي أنه يتعين البحث عن نقطة توازن إذ من الصعب ، في رأيه ، أن نفصل الظروف الأخلاقية عن النطاق القانوني ، في مجال ممارسة العمل الطبي . ومن الأفضل مواصلة الحوار بين رجال القانون ورجال الطب لتوضيح نقاط الخلاف وسوء الفهم فالنظر إلى ما يمد من حسن الخلق في اتجاه واحد هو أمر مريب ، وكذلك التعميم بغير سند . والمطلوب من الطبيب أن يتحمل من أجل مريضه وأن يتطور باستمرار ، في تنفيذ مهامه ، لتطويع السلوك النفسي للمريض الذي يكون ، غالباً ، صعب المراس .

ولكن عليه أن يقدم له كل العناصر الموجودة تحت تصرفه والتي تسمح للمريض أن يوافق على العلاج . « (٨١)

ويترتب على منطق القول السابق بعض النتائج التي نعتبرها مبدئية وهي (٨٢) :

- أن يلتزم الطبيب لا بالحصول على موافقة المريض على أوجه العلاج المختلفة فحسب ، بل يتعين عليه أن يحصل على رضاه المتبصر والمستنير .
- أنه لا يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه بغير ضرورة ملجئة .
- أنه لا يجوز للطبيب أن يوقع مريضه في غلط في صدد نتائج التحاليل الطبية التي يجريها له ، بل ويتعين عليه أن يحيطه علماً بأى خطأ شخصي يكون قد ارتكبه أثناء العلاج ، حتى يتسنى للمريض أن يسعى إلى علاج جديد .
- أنه لا يجوز للطبيب أن يببالغ في التخفيف من آثار العلاج أو العمليات التي تمثل قدراً هاماً من الخطورة .

المطلب الثاني

موقف القضاء

من المهم أن نحدد المعيار الذي يمكن الالتزام به في صدد واجب الطبيب في تبصير مريضه بحيث تكون الموافقة ، على التدخل العلاجي ، مستنيرة ؟

وقد أصدر القضاء الفرنسي عدة أحكام هامة يمكن عن طريقها بيان الحدود المعقولة للمسئولية الطبية في هذا الصدد . ونعرض فيما يلي لبعض النماذج القضائية لتوضيح المبدأ وتحديثاته :

(٨١) راجع مونزن Monzen ، مسئولية الأطباء ، باريس ١٩٧٥ ، ص ١٥٠ الذي يشير إلى أن لجنة شكلت في الولايات المتحدة الأمريكية لدراسة مشكلة الأخطاء الطبية ، وقد وضعت اللجنة تقريراً ضمماً ورد فيه أن أهم الأسباب العملية لسوء الفهم القانوني بين الأطباء والمرضى هو عدم وجود إتصال كاف بين الطرفين ، فدعاوى المسئولية ترفع بعد إحساس بخيبة الأمل من جانب المريض - أو أهله - في نتيجة العلاج . وقد أوصت اللجنة بإنشاء تنظيم يسمح بالإحتكاك المباشر بين المريض ، أو أهله ، وبين الطبيب قبل وصول الأمور إلى ساحة القضاء ، وذلك بهدف تسوية الأمور ودياً . وقد لاحظ التقرير أخيراً أن معظم القضايا أقتصرت على جانب المسئولية المدنية .

(٨٢) راجع : موقف القضاء في المطلب التالي .

مبدأ ضرورة الالتزام بالتبصير :

حكم محكمة دوى Douai ١٩٤٦ (٨٣)

وهو حكم قاطع في شأن ضرورة الموافقة المستنيرة . وتتحصل الوقائع في أن مريضاً توجه سنة ١٩٤٢ إلى احد الأطباء لفحص ورم في أعلى زراعه الأيسر وجد منذ عدة سنوات لم يعن المريض خلالها بعلاجه . بعد الفحص والتشخيص أوصى الطبيب مريضه باجراء عملية جراحية قدر أنها بسيطة ، وبغير عواقب سيئة . وقد اطمن المريض إلى هذا التأكيد وقبل اجراء العملية التي تمت فعلا في ٧ أغسطس سنة ١٩٤٢ وأثناء إجراء الجراحة اكتشف الطبيب وجود تعقيدات مرضية لم يكن قد تبينها عند الفحص المبدئي ، فتولى إجراء جراحة أخرى - غير المتفق عليها بغير إخطار المريض ودون الحصول بالتالي على موافقته .

وبعد تمام العملية علم المريض بما حدث ، كما علم بالنتائج الخطيرة التي ترتبت على الجراحة ، التي لم يوافق عليها ، والمتمثلة في شبه شلل في زراعه الأيسر . وقد عاب المريض على طبيبه هذا المسلك ، وقام برفع دعوى ضده أمام محكمة دوى . والهام في هذه القضية ، في تقديرنا ، أن وقائعها تبرز ابتداء أهمية التبصير والرضاء المستنير . ذلك أن المريض قد قبل الجراحة على تقدير بساطتها ، وفي صدد حالة مرضية كان يعيش بها منذ سنوات . لذلك فقد دخل غرفة العمليات ليستأصل ورماً بسيطاً لا يعوق حركة زراعه ، ثم خرج بعاهة مستديمة .

وقد قضت المحكمة المذكورة بأن على عاتق الطبيب التزاماً بتبصير المريض . والحصول على رضاه قبل التدخل الجراحي . وأن هذا الالتزام يستند إلى احترام الحرية الشخصية . ويتعين على الطبيب أن يحظر المريض ، وأن يحذره بمخاطر :

(٨٣) منشور في الأسبوع القانوني ١٩٤٦ - ٢ - ٢ - ٣٣٧٤ ، ومن الأحكام
الحديثة نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٧٣ ، الأسبوع القانوني ١٩٧٥ - ٢ -
١٧٩٥٥ ، ٥ مارس سنة ١٩٧٤ ، الأسبوع القانوني ١٩٧٤ - ٤ -
١٤٧ ، ٨ أكتوبر سنة ١٩٧٤ ، الأسبوع القانوني ١٩٧٥ - ٢ -
١٧٩٥٥ .

(٤٠)

العلاج المقترح (فيما عدا حالة الضرورة وحالة الاستعجال القسوى) فإذا ظهرت اثناء إجراء جراحة معينة حاجة إلى تدخل جراحى آخر فإن الطبيب يلتزم بأن يتمتع عن إجراءه إلى أن يعيد عرض الموضوع على مريضه وأن يحصل من جديد على موافقته بعد أن يفصح له عن المخاطر المحتملة التى يمكن أن تؤدى إليها الجراحة الجديدة .

وقدرت المحكمة أن إجراء عملية جراحية بغير موافقة المريض يعد فى ذاته خطأ يستوجب المساءلة ، بغض النظر عن عدم ارتكاب الطبيب لأى خطأ طبي بالمعنى الفنى . وعند وصول الأمر إلى محكمة النقض (٨٤) أيدت المذهب السابق فى حكم لها سنة ١٩٥٣ ، حيث قدرت أن حالة الضرورة لم تتوافر فى صدد تجاوز الطبيب عن الحصول على موافقة مريضه .

التحديدات التى ترد على مبدأ الالتزام بالتبصير :

التحديد الأول : الطبيب لا يلتزم بتبصير المريض الا فى الحدود المعقولة التى تسمح له بان يمارس اختياراً معقولاً (٨٥) :

ومفاد هذا التحديد أن الطبيب لايسأل عن عدم الإفصاح عن الاحتمالات الاستثنائية وغير المتوقعة للعلاج. فواجب الطبيب هو أن يفصح عن المخاطر المتوقعة عادة [١].

وفى هذا المعنى السابق قضت محكمة نيم Nimes سنة ١٩٦٤ (٨٦) فى قضية تتلخص وقائعها فى أن سيدة توفيت على أثر حقنها بمصل "Intrabili Guerbet" فرفع ورثتها دعوى مطالبين بالتعويض، رفضت المحكمة الاستجابة لهذا الطلب على أساس أن حوادث الوفاة نتيجة لتعاطى المصل المذكور هى بنسبة حادثة إلى كل ٣٠٠,٠٠٠ ألف حالة ، وأن هذا الاحتمال بالتالى ، نادر الحدوث ، ولا يلتزم الطبيب بالإفصاح عنه .

(٨٤) نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٥٣ ، دالوز ١٩٥٣ - ٦٥٨ .

(٨٥) راجع : مازونتك، الجزء الأول ، رقم ٥٥١ ، وراجع : دول ، المقال السابق الإشارة إليه

(٨٦) حكم فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ ، جازيت دى باليه سنة ١٩٦٥ - ١ - ٨٠ .

التحديد الثاني: تقتضيه خطورة العلاج: التشديد على ضرورة التبصير حتى بالنسبة للأخطار قليلة الحثوت، إذا كانت وسيلة العلاج خطيرة:

حكم محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٥٥ (٨٧):

وتنحصر الوقائع في أن أنسة بالغة لسن الرشد، أصيبت بحالة انهيار عصبي توجهت إلى طبيب متخصص لعلاجها وقد صحبها والدتها. قرر الطبيب أن يعالج المريضة بالصدمات الكهربائية. ودون أن يحصل على موافقة المريضة أو والدتها قام بالتنفيذ مباشرة، وقد ترتب على العلاج إصابات بالغة في رأس المريضة.

وقد قضت محكمة ليون - في إطار صياغة هامة - أن الطبيب يلتزم - في غير حالة الضرورة - بالحصول على الرضاء المستنير والمتبصر للمريض قبل إجراء التدخل العلاجي. وأن الندرة النسبية للأخطار المترتبة على العلاج، لا تجعل منها أخطاراً غير متوقعة، ولا تجيز للطبيب أن يخفى احتمالاتها عن المريض (٨٨).

وقد أيدت محكمة النقض في حكمها السابق الإشارة إليه حكم محكمة ليون، وقد أكدت في حكمها على مبدأ التزام الطبيب بالحصول على الموافقة المستنيرة قبل التدخل العلاجي، فإذا لم يتيسر الحصول على موافقة المريض تعين الحصول على موافقة وليه الشرعي (٨٩).

التحديد الثالث: يقضى بوجوب أن يفصح الطبيب عما ارتكبه فعلا من أخطاء في العلاج: التبصير اللاحق:

وقد قضت في هذا الموضوع محكمة باريس سنة ١٩٥٦ (٩٠) وتنحصر الوقائع في أن جراحاً أجرى عملية استئصال الزائدة لأحد مرضاه. وبعد إجراء العملية بمدة أصيب المريض بأزمة صحية فتوجه إلى طبيب آخر حيث تبين بعد الفحص أن الطبيب الأول قد ترك جزءاً من الزائدة بغير استئصال. وقد تولى الطبيب الثاني إجراء العملية المطلوبة.

(٨٧) حكم في ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥، الاسبوع القانوني ١٩٥٥ - ٢ - ٩٠١٤ وتعليق هام للأستاذ سافاتييه.

(٨٨) حكم محكمة استئناف ليون في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢ في دالوز ١٩٥٣ - قضاء - ص ٢٥٣ وما بعدها وتعليق جيز فيزي.

(٨٩) راجع تعليق الأستاذ سافاتييه السابق الإشارة إليه: حيث يلاحظ أن الجانب الإنساني هو حجر الزاوية في منطوق الحكم المعلق عليه.

(٩٠) ٢٥ مايو سنة ١٩٥٦ منشور في Bull. Giv. ١٩٥٦ - ١٣٢.

(٤٢)

وقد رفع المريض دعوى على طبيبه الأول ، نسب إليه أنه سكت عن الظروف التي صاحبت الجراحة الأولى ، مما اضطر المريض إلى إجراء جراحة أخرى أكثر شمولاً وخطورة من الأولى .

وقد قدرت محكمة باريس أن الطبيب الأول لم يرتكب خطأ من الناحية الفنية في تركه لجزء من الزائدة ، ولكن الخطأ يتمثل في أنه لم يفصح للمريض عن أخطار الوضع ، وأنه يمكن أن يستدعى تدخلاً جراحياً جديداً في المستقبل .

التحديد الرابع : هل تجوز التفرقة بين الجراحة الاستكشافية والجراحة العلاجية : حكم محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٦٦ (٩١) :

وتتحصل وقائع الموضوع أن طبيباً أجرى عملية جراحية لإحدى السيدات وقد انتهى أمر الجراحة بوفاة المريض . رفض الزوج أن يدفع أنعاب الطبيب على أساس أن العائلة لم توافق إلا على جراحة استكشاف ، وأنه لم توافق على الجراحة العلاجية التي أجراها الطبيب فعلاً . وأن الطبيب يكون بذلك قد خالف واجباته المهنية التي تلزمه باحترام الحرية الفردية . وأمام محكمة الموضوع لم ينازع الطبيب في أنه أجرى جراحة علاجية ، ولم ينازع المدعون في أن العملية كانت ضرورية وقد قضت المحكمة بأن الطبيب يستحق أنعابه ، وأنه لم يخل بالتزامه المهني والقانوني :

وقد أيدت محكمة النقض الحكم السابق ، وأضافت بذلك توضيحاً لحدود الالتزام بالحصول على الرضا المستنير للمريض ، مفاده أن موافقة العائلة على إجراء التشخيص عن طريق جراحة استكشافية يتضمن الموافقة على الجراحة العلاجية إذا بدت هذه الجراحة ضرورية .

التحديد الخامس : وتقتضيه الطبيعة الكمالية للتداخل الجراحي : (عمليات التجميل) :

تطورت عمليات التجميل في العصر الحديث تطوراً هاماً ، بحيث أصبح طب التجميل من الفروع التي شاع استخدامها في العصر الحديث . وتتميز هذه العمليات بأنها لا تستهدف العلاج ولكنها تستهدف فقط مجرد تخليص المريض من بعض العيوب

(٩١) نقض مدني في ١٥ مارس سنة ١٩٦٦ في الأسبوع القانوني ١٩٦٦ - ٤٦٧ .

الجسمانية التي تسيء إلى الشخص أو تعرقل نشاطه - أحياناً - من الناحية المظهرية ، وبالتالي فإن العيوب التي تستهدف الجراحة إزالتها تسبب قدراً من الألم النفسي في كثير من الحالات .

ومن ناحية أخرى فإن عمليات التجميل قد اتخذت أهمية كبيرة عقب الحروب ، التي تخلف عنها مأس متعددة بالنسبة للمقاتلين والمدنيين . وقد برزت هذه الظاهرة عقب الحرب العالمية الثانية في كثير من الدول ، وفي مصر عقب حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ .

ومن هنا لم يعد من السهل أن نقرر أن جراحة التجميل ما زالت ترفيحية دائماً . وقد أقر القضاء مشروعية عمليات التجميل منذ وقت مبكر ، حيث قضى بأن مسؤولية الطبيب لا تقوم ، في صدها ، إلا إذا أسند إليه خطأ محدد أدى إلى ضرر لحق بمن أجريت له . وأن مجرد إجراء عملية جراحية في عضو سليم من الجسد ، بقصد التجميل ، لا يكون في حد ذاته خطأ (٩٢) .

غير أن أمر إباحة التجميل لم يمر بدون صعوبة في القضاء فقد قاومته بعض المحاكم . ومن الأحكام الهامة ، والمثيرة ، التي صدرت في هذا الموضوع حكم شهير لمحكمة السين قررت فيه أن مجرد إجراء جراحة تتضمن أخطاراً حقيقية وجسيمة على عضو سليم ، ومجرد تصحيح خطأ جمالي ، دون أن تفرض هذه الجراحة ضرورة علاجية ، ودون أن تتمثل فيها أية فائدة للصحة ، يكون في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤولية الجراح . ولا حاجة لاستظهار خطأ مهني في حق الطبيب (٩٣) .

وقد أثار حكم السين المذكور ثورة في الأوساط الطبية في فرنسا حيث قرر أحد كبار الأطباء Frumuson تعليقاً على الحكم أنه يطوى صفحة في صفحات الطب الحديث ، ويعاقب الطبيب ، على أساس خطأ مجرد ، « لأنه استجاب لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة ، الذي يترتب عليه ، غالباً ، مساوئ تتساوى مع مساوئ الأمراض الصحية ، بل تفوقها أحياناً » وذكر الطبيب المشار إليه ، سوجهاً خطابه إلى الأطباء : ها هو المجتمع ، يجردكم ، على لسان قضائه ، من سلاحكم .

(٩٢) مثلاً : محكمة باريس ١٢ مارس ١٩٣١ - دالوز ٩٣١ في ١٤١ وما بعدها وتعليق لو Loup

(٩٣) السين في ١٩٢٩/٢/٥ ، دالوز ١٩٣١ السابق الإشارة إليه .

علينا أن نسجل تقدم العلم بغير أمل في الإستفادة منه ، فالقضاء يريد من الناس أن يعيشوا بتشوهاهم » (٩٤) .

وعند الطعن في حكم محكمة السين المشار إليه نقلت محكمة إستئناف باريس (٩٥) وبذلكاء - الموضوع إلى بساط آخر ، هو بساط الرضاء المستنير : فقد قضت بأن الطبيب قد ارتكب خطأين . الأول : هو أن الطبيب لم يجر كافة التحليلات اللازمة والثاني ، وهو ما يهمننا في هذا المقام بدرجة كبيرة ، أن على الطبيب تبصير المريض بكافة الأخطار التي تتضمنها العملية الجراحية . وأن الإفصاح الدقيق ، ثم موافقة المريض المتبصرة - وهو على علم كامل - تعتبر شروطاً لازمة إذا كانت العملية لا تستهدف شفاء مرض بل مجرد إخفاء - تخفيف - تشوه جسماني . وبالتالي يكون خطأ الطبيب من هذه الزاوية كاف لإنعقاد مسئوليته ، دون حاجة إلى الإستعانة بأية خبرة طبية .

وقد اتجه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه الاتجاه السابق الذي يتشدد في تطبيق مقتضى التزام الطبيب بالحصول على الرضاء المتبصر للمريض في عمليات التجميل . وفي هذا الصدد تبدو المعايير النسبية عند المقارنة بما سبق بيانه عن العمليات الجراحية . لذلك فإن القضاء يفرض على الطبيب الإفصاح الكامل والدقيق حتى عن الأخطار النادرة ، ومن قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٦٩ « من حيث أن الحكم المطعون فيه قد قرر ، بحق ، أنه إذا كانت المخاطر تتحقق نادراً ، إلا أن ذلك لا يقلل من خطورتها ، ومعها يلتزم الطبيب بأن يخطر مريضه بإحتمالاتها ، لكي يصبح هذا الأخير (المريض) في وضع يمكنه من إتخاذ قرار بالموافقة عن علم كامل . وإن هذا الإلتزام هو أكثر إلحاحاً في القضية المعروضة ، لأن الأمر لا يتعلق بتقديم العلاج لمريض ، بل يتعلق بإصلاح عيوب جسمانية خفيفة لدى سيدة في السادسة والستين من عمرها » (٩٦) .

(٩٤) مشار إليه في تعليق « لو » السابق الإشارة إليه .

(٩٥) محكمة باريس ١٢ مارس ١٩٣١ السابق الإشارة إليه .

(٩٦) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٩ ، الأسبوع القانوني ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٥٠٧ وتعليق

سافاتييه والأحكام العديدة التي أشار إليها ، وراجع ، ماليرب ، الطب والقانون الحديث ، باريس ١٩٦٨ ، ص ٨٨ وما بعدها ، وراجع : دول ، المقال السابق الإشارة إليه ص ٤٣٠ ، ويفلو ، المسئولية المدنية للأطباء ، ١٩٣٧ ، ص ١١٠ وما بعدها .

اثبات حصول الرضاء والتبصير :

إذا ثار نزاع بين الطبيب والمريض في صدد توافر الرضاء والتبصير ، فعلى من يقع عبء الإثبات ؟

قبل سنة ١٩٥١ ذهبت بعض الأحكام إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب . ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة أنجيه Angers في سنة ١٩٤٧ (٩٧) من أن الطبيب هو المسئول عن تدخله العلاجي ، وأنه يلتزم بالتالي بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ نتيجة عدم حصوله على موافقة المريض قبل مباشرة العلاج . وقد أوضحت المحكمة أن الطبيب لم يثبت ولم يبدى استعداداه لإثبات ذلك .

غير أن محكمة النقض الفرنسية (٩٨) وضعت مبدأ عكسياً ، مفاده أن العقد الطبي المبرم بين الطبيب والمريض يلزم الأول ، من حيث المبدأ ، بالألا يجري عملاً جراحياً يعتقد في فائدته للمريض ، إلا بعد الحصول على موافقته المستنيرة مقدماً . ويقع على عاتق المريض عبء إثبات أن الطبيب قد أحل بالالتزام المذكور ، أى أن يثبت أنه لم يبصره بحقيقة طبيعة العملية الجراحية ولم يحصل على موافقته عليها .

وفي سنة ١٩٦٦ أعادت محكمة النقض التأكيد على ذات المبدأ السابق (٩٩) و(١٠٠) ، ومفاد هذا الاتجاه أن رضاء المريض مفترض طالما أن العلاقة التعاقدية قد قامت بين المريض وطيبه وأن على من يدعى عدم حصوله أن يقيم الدليل . ولا شك أن هذا المنطق يضع على عاتق المريض عبئاً ثقيلاً في الإثبات ، ذلك أن ما يطلب من المريض هو أن يقيم الدليل على واقعة سلبية هي : عدم حصول الرضاء المتبصر .

(٩٧) محكمة أنجيه في ٤ مارس ١٩٤٧ - دالوز ١٩٤٨ - ٢٩٨ .

(٩٨) نقض مدني ٢٩ مايو سنة ١٩٥١ - دالوز ١٩٥٢ - ٥٣ تعليق سافاتييه ، ومنشور أيضاً في الأسبوع القانوني ١٩٥١ - ٢ - ٦٤٢١ وتعليق بيرو .

(٩٩) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٦٦ دالوز ١٩٦٦ - ٣٦٦ ، وراجع أيضاً ١١ مايو سنة

١٩٦٦ دالوز ١٩٦٦ - ٦٢ ، ٧ يوليو ١٩٦٤ دالوز ١٩٦٤ - ٦٢٥ .

(١٠٠) راجع : دول ، المقال السابق ، كورنبروست ، المرجع السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها ، ماليرب ؛ السابق ، ص ١١٨ .

المبحث الثالث

حظر اجراء التجارب الطبية

مع بداية التقدم الصناعى فى العصر الحديث بدأ الطب فى استخدام وسائل جديدة فى علاج الأمراض ، وتوالى الاكتشافات الطبية سريعة ومتلاحقة .
غير أن استخدام الأجهزة والأدوية الحديثة ، لم يلبث أن كشف عن بعض المخاطر بالنسبة للمرضى .

ويلاحظ فى بداية الأمر ، أنه لا يمكن حصر استخدام الأجهزة الحديثة ، على غير الإنسان ، وبصفة مطلقة ، لأن القول بهذا يؤدي حتماً ، إلى جمود العلم وعدم تطوره . فلا بد فى وقت معين من أن يستخدم جديد العلم فى معالجة الإنسان نفسه .
غير أن تشجيع الطب وتقدمه لابد وأن يحاط بقدر أوفى من ضمانات حماية الإنسان وسلامته البدنية .

لذلك يجب أن نحدد المقصود بالتجربة الطبية المباحة والتجربة المحظورة .

التجربة المرفوضة ، هى تلك التى تعنى أن وسيلة علمية ، أو فنية معينة ، مازالت فى طور التجربة ، بالمعنى الكامل . بمعنى أن الاحتمالات السيئة ، أو غير المجدية ، مازالت غير محكمة . والصورة الواضحة ، بطبيعة الحال ، للتجارب المرفوضة ، هى تلك التى لم يثبت نجاحها بعد .

ونلاحظ فى هذا المقام أيضاً ، أن رضاء المريض لإجراء تجربة غير مأمونة العواقب ، لا يصلح بذاته سبباً لإعفاء الطبيب من المسئولية ، وهو حكم يتسق مع الاتجاه العام ، الذى كشفنا عنه فى كافة مشكلات المساس بالجسد (١٠١) .

(١٠١) ولكن يتعين على الطبيب أن يفصح للمريض عن كافة ظروف التجربة وأخطارها بحيث يصدر عنه رضاه حر ومتبصر على نحو كامل . والتبصير ، والرضاء المستنير ، يبدو أكثر إلحاحاً فى مجال التجارب عنها فى مجال العلاج العادى . راجع : ديبوا ، تعليق فى دالوز ١٩٣٦ - ٢ - ص ١١١٠ .

أما التجارب المفيدة والتي يقر القضاء ، بالتالي ، مشروعيتها فإنها تتقيد بقيود متعددة .

القيود الأولى : أن يكون الهدف هو شفاء المريض :

لا يجوز لأي طبيب أن يطبق على شخص أسلوباً جديداً للعلاج لمجرد التجربة . فقصده شفاء شخص مريض ، هو الشرط الأساسي للعمل الطبي . ويقوم هذا المبدأ على فكرة جوهرية مؤداها أن الإنسان ليس حقلاً للتجارب العلمية والطبية . الطبيب الذي يخالف هذه القاعدة يرتكب خطأ جسيماً يستوجب مسئوليته الجنائية والمدنية (١٠٢) . ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أى اتفاق يتضمن المعنى السابق (١٠٣) .

غير أن إنصراف قصد الطبيب إلى العلاج لا يكفي في حد ذاته ، بل لا بد أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لعدم إيذاء المريض . ولذلك فإن استخدام أجهزة حديثة ، ثبت أن حوادث قاتلة ترتبت على استخدامها ، يعد خطأً من جانب الطبيب ، رغم توافر قصد العلاج لديه (١٠٤) .

ومن القرأن القوية على خروج الطبيب عن سلامة القصد أن تكون الوسائل العلاجية العادية كافية لشفاء المريض ، ومع ذلك استخدام وسائل حديثة ما زالت غير مؤكدة النتائج ، أو يترتب على استخدامها مخاطر عديدة (١٠٥) .

ففي حالة كفاية وسائل العلاج القائمة ، تعد التجربة غير ضرورية . وفي هذا قضت محكمة السين في حكم لها سنة ١٩٣٥ (١٠٦) « أن الطبيب الذي يمارس

(١٠٢) راجع أحكام صدرت منذ رقت بعيد : حكم محكمة أكس في ٢٢ أكتوبر ١٩٠٦ ، دالوز الدورى ١٩٠٧-٢-٤١ ، ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٥٩ دالوز الدورى ١٨٥٩-٣-٨٧ .

(١٠٣) محكمة باريس ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٩-٢-٧٥ ، حيث قضت بأن رضاه المريض بوضع نفسه تحت التجربة يعد باطلاً ومخالفاً للنظام العام .

(١٠٤) راجع تعليق : ديويو ، دالوز ١٩٣٦-٢-٩ وما بعدها .

(١٠٥) راجع تعليق : لالو ، دالوز ١٩١٤-٢-٧٣ وما بعدها ، وراجع : كورنبروست ، مسئولية الأطباء ، ص ٥١٦ .

(١٠٦) السين في ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٦-٢-٩ .

تجربة طبية بغير ضرورة بالنسبة للمريض (١٠٧) يرتكب خطأ مهنيًا مؤكدًا .

القيد الثاني : أن يكون للتجربة حظ من النجاح :

ويقتضى هذا الشرط عدم تطبيق التجارب الخطرة وغير مؤكدة النتائج على المرضى (١٠٨) . ويرتب على هذا الشرط وجوب الالتزام بقدر من التناسب بين خطورة المرض وبين احتمالات نجاح أو فشل التجربة الطبية (١٠٩) .

ولذلك فإن في وسع الطبيب أن يستخدم أسلوباً جديداً ، وأن كان غير مأمون العاقبة ، إذا كانت حالة المريض ميئوساً منها . أما إذا كان المرض بسيطاً ، فلا داعي للمخاطرة باستخدام وسائل غير مؤكدة الأثر (١١٠) .

القيد الثالث : كفاءة الطبيب القائم بالتجربة :

نظراً لخطورة التجارب العلمية ، يتعين أن يكون القائم بها ، إذا توافرت الشروط الأخرى ، على قدر من الكفاءة العلمية والخبرة .

وقد قضت محكمة ليون بما يفيد هذا المعنى سنة ١٨٥٩ (١١١) في قضية — تتحصل وقائعها في أن طفلاً في العاشرة كان قد أصيب بقراع ، أدخل على أثره إلى مستشفى ليون العام . وقد تولى علاجه طالب بكلية الطب تحت إشراف أحد الأطباء . وقد أجريت على الطفل تجربة علمية كانت محلاً للجدل ، في ذلك الوقت . وقد وصل أمر التجربة ، والطفل المريض ، إلى الصحف حيث نشرت الموضوع بتفاصيله ، وقد تحركت النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية وقدمت

(١٠٧) راجع : كورونبروست ، مسئولية الطبيب ، ص ٥٠٨ ، وقارن حكم موتيلبييه في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٥-٧٦٥ وتعليق كاربونييه .
(١٠٨) راجع : سافاتييه ، مطول المسئولية المدنية ، ١٩٥١ ، الجزء الثاني ، رقم ٧٨٧ ، ص ٣٩٢ ، ومطول المسئولية الطبية ، رقم ٢٧٤ مكرر ص ٢٤٩ وما بعدها .
(١٠٩) راجع تعليق ميرنباك في دالوز ١٩٠٧ ، ص ٤١ وما بعدها .
(١١٠) وقت طبق القضاء المعيار المشار إليه على استخدام الأشعة في المراحل الأولى لتطورها في عالم الطب ، حيث يتعين على الطبيب أن يوازن بين فوائد العلاج بهذا الأسلوب ومخاطره ، باريس ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ السابق الإشارة إليه .
(١١١) سبقت الإشارة إليه .

المستولين عن التجربة للمحاكمة . وكان من أسانيد الاتهام الإخلال بشروط إجراء التجارب الطبية ، ومنها عدم كفاءة القائم بها من الناحية العلمية (١١٢) ، وقد دافع المتهمان عن نفسيهما بالقول بعدم توافر سوء القصد ، لأن هدفهما لم يكن هو التجربة ، بل كان شفاء المريض ، وأن حالة المريض قد تحسنت فعلا على نحو ملحوظ . .

ومع ذلك فقد قضت المحكمة بالإدانة على أساس أن المساس بسلامة الجسد يستوجب في ذاته المساءلة ، بغض النظر عن سوء القصد . وقد ثبت للمحكمة أن شفاء المريض كان هدفاً عرضياً بالنسبة للتجربة الطبية التي تعرض الطفل لها .

ويرتبط بشرط الكفاءة العلمية للقائم بالتجربة شرط أن تتم التجربة وفقاً للأصول العلمية الصحيحة ، وقد أُلحنا إلى هذا المعنى سلفاً . ونضيف أن في هذا التحديد جانب في يتوقف على ضمير الطبيب ومدى التزامه بأخلاق المهنة ، إذ أن من اختصاصه وحده أن يختار وسيلة دون أخرى ، أو أن يفضل أسلوباً على آخر (١١٣) .

وقد وضعت أكاديمية الطب في فرنسا مبدأ يتعلق بالأصول الواجب اتباعها في التجارب الطبية ، مفاد أن هذه التجارب لا بد أن تمر بمرحلتين الأولى هي التجربة على الحيوانات ، ثم في مرحلة لاحقة تطبق التجربة على الكائن البشري . وبالتالي لا يجوز أن يطبق على الإنسان تجربة لأول مرة ، لأن ذلك يعنى تعريضه للصدف وضربات الحظ . وهذا الشرط الأخير واجب الاتباع ، حتى ولو كان المريض على حافة موت مؤكد (١١٤) .

(١١٢) راجع : حكم محكمة الجزائر ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سري ١٩٠٩ - ٢ - ٣٢١ .

(١١٣) راجع : مايرب ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

(١١٤) راجع : كورنبروست ، المرجع السابق ، ص ١٨ .

الفصل الثاني

رفض المريض قبول العلاج واثاره على حقه في التعويض

اختلفت الآراء في هذا الموضوع بين رأى يطلق القول بمعصومية الجسد في إطار الحرية الكاملة لقبول أو رفض أية عملية جراحية ، دون مساس بحق صاحب الشأن في التعويض في حالة الرفض ، والرأى الثانى يذهب مذهباً مختلفاً .

المبحث الأول

مذاهب الفقه والقضاء

الرأى الأول :

ويرى أن معصومية الجسد مبدأ مطلق وأن الاعتراف به يحول دون إجبار المريض على إجراء عملية جراحية ، أو الضغط على إرادته ، بقصد قسره على ذلك ، تحت تهديد تخفيض التعويض . ويستند هذا الرأى إلى حجج متعددة :

١ - معصومية الجسد هى احدى مظاهر الحرية الشخصية ، فحرية الإنسان تقتضى احترام إرادته في شأن كيانه المادى . ويذهب الأستاذ كاربونه تأييداً لهذا المعنى إلى تعذر فرض عملية جراحية حتى ولو كانت العملية بسيطة في آلامها محدودة في مخاطرها . فن غير المهم أن يكون هناك بتر أو أن تقف العملية عند مجرد الجرح البسيط ، ذلك أننا في هذا المقام لانحى جسد الإنسان الذى يتمثل في لحمه وعظامه ولكننا نحى مشاعره ، وهى مظهر أساسى من مظاهر حرته . ولاشك في أن التدخل الجراحى المرتقب ، أياً كانت طبيعته ، يمس مشاعر الانسان وبالتالي يهدر حرته . كما أن مسألة المعصومية تمس النظام العام الذى لايرد تخفيف في صرامته (١١٥) .

(١١٥) كاربونه ، تعليق في دالوز ١٩٤٧ ص ٥٠٧ .

٢- أن إجبار الشخص على الخضوع للعملية الجراحية، بقصد تخفيض التعويض يرجح كفة شركات التأمين ، أو صاحب العمل ، على حساب حرية العامل في التمتع بمعصومية جسده (١١٦) ، كما أن رفض المريض إجراء عملية جراحية ، يعد من المخاطر التي يتعين أن يتحملها المسئول عن الفعل الضار (١١٧) . يضاف إلى ذلك اعتبار أدبي لا بد أن يؤخذ في الاعتبار وهو أن المسئول عن الفعل الضار قد يرتكب عمله عمداً وبقصد الانتقام من المعتدى عليه ، وفي مثل هذا القرض لو سمحنا له بأن يفرض على غريمه إجراء عملية جراحية (وإلا تخم تخفيض التعويض) فإن ذلك سيعيد من قبيل مكافأته على نواياه السيئة (١١٨) .

٣- أن العمليات الجراحية تتضمن مخاطر متعددة ، فهي تسبب دائماً آلاماً للمريض تتفاوت من حالة إلى أخرى ، كما أنها قد تقتضي إنقطاعه عن عمله طوال فترة العلاج والنقاهة ، وتلك أمور من حق المريض أن يرفضها (١١٩) .

ويضاف إلى ذلك ما تتضمنه العملية الجراحية من احتمالات تهدد الحياة ذاتها ، إذ يرتبط بالتدخل الجراحي احتمالات الصدمة العصبية ، الاضطرابات العضوية ، التيتانوس ، الفرغرينا ، الاستعدادات المرضية لدى المريض كإصابته بمرض السكر كل ذلك في إطار عدم التأكد من النتائج بصفة عامة . كما أن التخدير في حد ذاته يمثل خطراً ثابتاً وجسيماً في جميع الحالات (١٢٠) .

وقد أخذت بالمذهب السابق كثير من المحاكم الفرنسية ، كما أخذت به محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية) في حكم حديث نسبياً في ٣ يوليو سنة ١٩٦٩ (١٢١). وتتحصل وقائع الموضوع في أن شخصاً يعمل في حراسة إحدى الشركات

(١١٦) راجع : كورنبرويست ، مسئولية الأطباء ١٩٥٧ ، ص ٢٧٠ .

(١١٧) Malherbe, Medecine en Dr. moderne(1969)P. 181

(١١٨) Doll مقال بعنوان : الآثار المالية لرفض المضور الخضوع لعملية جراحية J.C.P.

١٩٧٠-٢-٣٥١ ، رقم ١٥ .

(١١٩) ديجون ٢٦ يوليو سنة ١٩٣٢ D. H. ١٩٣٢ - ٥٣١ .

(١٢٠) راجع : دول المقال السابق رقم ١٠ .

(١٢١) الأسبوع القانوني ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٤٤٧ وتعليق سافاتييه .

أصيب في حادث سيارة أثناء قيامه بعمله . وقد ادعى المصاب أنه أصيب بعجز جزئي مستديم نتيجة لإصابته قدره الخبير الذي انتدبته محكمة أول درجة بـ ٥٥٪ . وقد ادعى المسئول عن الحادث أن العجز المذكور يمكن تخفيفه إذا حدث تدخل جراحي (١٢٢) ، وطلب من المحكمة أن تنتدب خبيراً لتحديد قدر العجز الذي يبقى بعد إجراء الجراحة المشار إليها وقد قرر الخبير المنتدب أنه إذا أجريت الجراحة فإنه يتوقع عدم قدرة المريض على الحركة لمدة أربعة أشهر فقط . لذلك انتهت المحكمة إلى تخفيض التعويض المطلوب .

وعند الطعن في الحكم بالاستئناف أمام محكمة استئناف جرينوبل عدلت الحكم السابق ، وقد أشارت في حكمها إلى التفرقة بين خطورة العملية المقترحة وعدم خطورتها ، وهل النتائج الحسنة غير مؤكدة أم مؤكدة ، ثم انتهت إلى أن لإخطار جديدي يمكن توقعها نتيجة للعملية الجراحية المقترحة ، حتى أن طبيب شركة التأمين (وهو في جانب المسئول) قد أشار إلى مخاطر متعددة مثل مخاطر التخدير ، وعدم إلتئام العظام ، والتلوث ، لذلك رفضت محكمة الاستئناف الطلب الإضافي بتعيين خبير وقضت بتعويض يشمل نفقات العلاج والتجميل ، وقد طعن المحكوم عليه بالنقض في هذا الحكم واستند في طعنه إلى حجتي أساسيتين :

الحجة الأولى : أن محكمة الاستئناف قد أخذت برأى الخبراء في صدد حالة المريض عند الفصل في الدعوى ، وأنها قابلة للتدهور ، إلا أنها استبعدت ماذكره تقرير الخبرة عن النتائج الحسنة لإجراء العملية الجراحية . وقد ردت محكمة النقض على هذا الوجه من وجوه الطعن بأن تقرير الخبير هو أحد العناصر التي يستند إليها القاضى في تكوين عقيدته والتي تخضع لتقدير المحكمة ، فالمحكمة لا تلتزم برأى الخبير ، ولها ، بل ومن واجبا ، أن تستكمل أوجه الإقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للمناقشة .

الحجة الثانية : أن العملية الجراحية المقترحة لا تمثل أى خطورة ، وأن عدم

Osteotomie destiné a corriger é angulation du femur droit (١٢٢)

أى قطع جزء من العظام لعلاج تشوه في التكوين أصاب عظام الفخذ الأيمن .

الحركة التي قد تترتب عليها لاخطورة فيها ، كما أن مصاب الحادث لا يجوز له أن يرفض تدخلا جراحياً إذا كان من شأن هذا التدخل أن يؤدي إلى تخفيف الأضرار التي لحقت به .

وقد ردت محكمة النقض على هذا الوجه بأنه ليس للقضاة سلطة في أن يفرضوا على المضرور إجراء عملية جراحية يرفض الخضوع لها . وقد ورد هذا المنطق من جانب محكمة النقض ، في إطار صيغة لم تفرق بين العمليات الجراحية بحسب خطورتها فقد قررت المحكمة بوضوح أنه لا اختصاص للقاضي في صدد فرض إجراء عملية جراحية ، سواء قلت مخاطرها أو تزايدت ، ودون أن يؤثر الرفض في حق صاحب الشأن في الحصول على التعويض كاملاً .

الراى الثانى :

ويتحصل في التفرقة بين العمليات الجراحية الخطرة والعمليات غير الخطرة فن حق المريض أن يرفض عملية جراحية تحتمل أخطاراً محددة ، أو يترتب على إجرائها آلاماً مبرحة . ويعتبر الرفض في هذه الحالة مؤسساً أو قائماً على مبررات مقبولة .

غير أن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا في صدد معيار الخطورة المشار إليها . فقد ذهب الأساتذة مازو وتنك إلى أن العملية تحتمل المخاطر طالما أنها تجرى تحت تأثير التخدير الكلى ، ولا تعد العملية الجراحية غير خطيرة إذا لم تقتضى سوى استخدام التخدير الموضعى عن طريق استخدام كلور الأثير . (تعد العملية خطيرة أيضاً إذا تم التخدير الموضعى بإعطاء حقن الكوكايين ومشتقاته) .

ومن ناحية الآلام ، يحق للمريض رفض كل جراحة تسبب له آلاماً تتجاوز طاقة الفرد العادى .

فإذا لم يتوافر شيء مما سبق (الخطورة أو الآلام) ، فإن رفض إجرائها يعد خطأ يقطع علاقة السببية بين السبب الأصلي للضرر واستمرار ذلك الضرر (١٢٣) .

(١٢٣) مازو وتنك ، مطول ، الطبعة الخامسة ، الجزء الثانى ، رقم ١٤٧٤ - ٢ - ص ٤٧٠ .

والحق أننا لانستطيع الموافقة على رأى الأساتذة الأفاضل ، المشار إليه ، ذلك أننا بصدد فرض تحقق فيه الضرر فعلاً وبقدر معين ، فكيف يكون الامتناع عن إجراء العملية قاطعاً لرابطة السببية بين الفعل الأصلي محدث الضرر واستمرار هذا الضرر . ذلك أن منطق الفرض المعروض أن العملية الجراحية المقترحة إنما تهدف لإزالة جزء من الضرر وليس مجرد وقف استمراره . قد نفهم أن تعالج المسألة في إطار نظرية التعسف ، إذا تيسر استخدامها في مجال معصومية الجسد . ولكننا لانفهم أن توضع المسألة في إطار فكرة السببية على النحو السابق .

ويذهب الأستاذ ل روى Le Roy (١٢٤) مذهباً يقرب من فكرة الأساتذة مازو وتك ، فيفرق بين الرفض الذى يستند إلى مبررات مقبولة والرفض الذى لا يستند إلى شيء من ذلك . ويقترح الأستاذ لروا الأخذ بمعيار الرجل العادى Le eritère du bon père de famille فإذا كان رفض المريض يتفق مع مسلك الرجل العادى فلا أثر لرفضه على إحققه فى التعويض Standard ordinaire " de l'homme normal" ، فإذا كان الرجل العادى يقبل مثل العملية المقترحة فإن الرفض يعد تعسفياً ويكون المجال متاحاً لتخفيض التعويض .

والمعيار السابق مرفوض بدوره ، إذ كيف يمكن أن نأخذ بمعيار الرجل العادى فى مقام معصومية الجسد . قد نأخذ بهذا المعيار فى مجريات الأمور العادية ، لنقدر وفقاً له ، هل أخطأ الشخص أم أنه قد التزم جادة الصواب ؟ أما فى مقام معصومية الجسد ، فإن أمر المعيار السابق الإشارة إليه ، يعد فى تقديرنا ، غير ملائم أساساً ذلك أن المساس بالجسد ليس كالمساس بالمال ، فالأول يصب فى مشاعر الإنسان وإحساساته ، فى حين يقف الثانى عند حدود الذمة المالية . لذلك فإننا نعتقد أن المساس بالجسد لا يمكن أن يقاس وفق معيار متوسط الناس ، حيث أننا فى صدد أمر يختلف كل فرد فيه عن الأفراد الآخرين ، بل أن كل إنسان يكون ، بالنسبة للمساس بالجسد ، وفى تقديرنا ، عالماً مستقلاً لا يمكن إخضاعه لهذا ال Standard المقترح .

(١٢٤) تعليقه على حكم محكمة Laval فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨ ص ٣٩ .

وقد أخذت بالرأى السابق - الذى نعترض عليه - بعض أحكام القضاء الفرنسى (١٢٥) كما أخذ به أيضاً مشروع تعديل القانون المدنى الفرنسى حيث نصت المادة ١٥٣ منه على أنه يجوز للشخص أن يرفض دائماً الخضوع للفحص أو العلاج أو الجراحه إلا إذا كان ملزماً بذلك وفقاً لنص فى قانون أو لائحة . غير أنه إذا كان الفحص أو العلاج ، الذى يطلب منه الخضوع له ، لا يمثل أى خطورة غير عادية ، فإنه يفقد ، فى حالة الرفض ، الحق فى التمسك بالمرض أو العجز الذى كان يمكن أن يزول ، أو يقل ، لو أجرى العلاج :

“Une personne peut toujours refuser de se soumettre à un examen ou à un traitement medical ou churgical, à moins qu'elle n'ait été tenue en vertu d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique. Mais si l'examen ou le traitement auquel on lui demande de se soumettre ne présente aucun risque anormal elle perd en cas de refus le droit de se prevaloir de la maladie ou de l'infirmité que le traitement aurait pu empêcher, supprimer ou atténuer.

(١٢٥) منها حكم محكمة Douai فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠٥ D.P. ١٩١١ - ٢٠٦ ، فى صدد إصابة عمل ، حيث قضى بأن إصابة العمل يمكن أن تنخفض من ١٥٪ عجز إلى ٧,٥٪ إذا أجريت عملية جراحية فى سبابة اليد اليمنى ، جرينيل ١٥ أبريل سنة ١٩٠٥ D.P. ١٩١١ ص ٢٠٦ ، حيث قدرت الإصابة فى صدد التعويض بنسبة ١٥٪ بدلا من ٣٠٪ لأن العامل رفض إجراء عملية جراحية فى أحد أصابعه ، حكم Douai فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٦ ، أشار اليه دول Doll فى مقاله السابق ، حيث قضى بأن من حق العامل المصاب أن يرفض إجراء عملية جراحية خطيرة ، ولكن الحال غير ذلك إذا كانت العملية بسيطة يمكن إجراؤها باستخدام التخدير الموضوعى ، وفى نفس المعنى باريس ٢٠ يوليو سنة ١٩٠٩ D. P. ١٩١١ - ٣٠٢ ، وعرائض ١٥ فبراير سنة ١٩١٠ الذى أيد الحكم السابق (منشور فى ذات الموضوع) حيث أيدت ما قضت به محكمة الاستئناف من رفض طلب العامل زيادة التعويض مستندة فى ذلك إلى أن العامل رفض إجراء عملية لإزالة بروز فى أسفل القدم رغم تفاهة العملية، محكمة Nanc ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى جازيت دى باليه ١٩١٢ - ٢ - ٦٥٧ ، محكمة Hazebrouk فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٢ ، جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ - ٦٧٦ حيث اعتبرت رفض الجراحة (إزالة فتق Herrnie) مبرراً لما ثبت لديها من أن العملية ليست خلوها من المخاطر وأن نتائجها ليست مؤكدة (فى ذلك الوقت) محكمة لافال Laval فى ١٣ فبراير سنة ١٩٦٧ ج ١٩٦٨ - ٣٩ تعليق سافاتييه حيث قضت بأن المريض الذى يرفض إجراء جراحة من شأنها تخفيض نسبة العجز بعد شظناً وعليه وحده أن يتحمل نتيجة هذا الخطأ فى صورة تخفيض التعويض ، وأنه لا يستحق تعويضاً ، بالتالى ، إلا فى حدود العجز الذى كان يمكن أن يتخلف بعد إجراء العملية المقترحة (أصيب المضرور بعجز يقدر بـ ١٨٪ يمكن خفضه إلى نسبة ٥٪ لو أجريت العملية الجراحية) .

المبحث الثاني وضع المشكلة على ضوء عمليات نقل الدم

أثيرت هذه المسألة في بعض الأحكام الحديثة للقضاء الفرنسي بمناسبة عمليات نقل الدم ، وقد أعادت إثارتها وضع مشكلة رفض المريض التدخل العلاجي وأثره على حقه في التعويض . ذلك أن نقل الدم لا يسبب للمريض آلاماً تذكر ، كما أنه في بعض الفروض يبدو أمراً جوهرياً تتوقف على إجرائه حياة المريض (المضروب) . ولا شك أن قدر الضرر يختلف حال بقاءه على قيد الحياة عنه في حالة وفاته . وقد عرض هذا الأمر على محكمة النقض الفرنسية ، حيث قضت في شأنه في حكم هام لها (١٢٦) .

وتتحصل وقائع الموضوع في أن السيد D. قد أصيب في حادثة مرور نتيجة لحادث وقع من السيد T. نقل المضروب إلى المستشفى، حيث تبين أنه أصيب بتزيف داخلي حاد يستدعي ضرورة إخضاعه لعملية نقل دم قدر الأطباء أنه لا بدليل لها لإنقاذ حياته . غير أن المضروب رفض نقل الدم بإصرار ، وانتهى به الأمر إلى الوفاة بعد ذلك بعدة أيام . وكان المضروب قد استند في رفضه نقل الدم إلى عقيدته الدينية ، حيث كان ينتمي إلى جماعة يهودية تعتقد في تحريم هذه العملية .

عند نظر دعوى التعويض - المرفوعة من خلفاء المتوفى - أمام محكمة أول درجة - تمسك المدعى عليه (المستول T.) بوجود تخفيض التعويض، وعدم مساءلته عن واقعة الوفاة ، استناداً إلى أن المضروب قد فوت على نفسه ، برفضه عملية نقل الدم ، فرصة جادة لاستمرار حياته .

وقد وافقت المحكمة على هذا المنطق الأخير قائلة: « إنه ليس من المؤكد أن المصير المحتوم للمضروب كان من الممكن تفاديه لو أنه قبل الخضوع للعلاج والعناية التي اقتضتها حالته ، ومع ذلك فإنه يكون قد حرم نفسه - بنخطه - من فرصة البقاء حياً » .

(١٢٦) نقض ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٧٤ منشور في جازيت دي باليه سنة ١٩٧٥ - ١ - ٦٧

(٥٧)

(م ٨ - ممصومية الجسد)

وبذلك تكون محكمة أول درجة قد قدرت أن المريض الذى يرفض الخضوع للتدخل العلاجى ، الذى تستلزمه حالته يرتكب خطأ قد يؤدي إلى فوات فرصة هو المسئول عنها دون غيره وبالتالي يتعين على ضوء ذلك ، وفى فرضنا المعروض ، تخفيض التعويض .

وعند عرض الموضوع على محكمة الاستئناف (١٢٧) خالفت النظر السابق وقررت إعطاء ورثة المتوفى التعويض كاملاً ذلك أنه لا أهمية للبحث فيما إذا كان سلوك المضرور يكون خطأ من عدمه ، ذلك أن مثل هذا الخطأ لا يؤخذ فى الاعتبار إلا إذا أثر بطريقة مؤكدة على التطور الحتمى لمصير المضرور . لذلك فإن أحداً لا يستطيع أن يؤكد أن المضرور لم يكن ليتوفى على أية حال .

وقد طعن المحكوم عليه فى الحكم المذكور بالنقض . ولم توافق المحكمة المذكورة على وجهة نظر محكمة الاستئناف حيث أخذت عليها أنها رفضت أن تبحث فيما إذا كان المضرور الذى يرفض العناية التى اقتضتها حالته قد أخطأ بجرمان نفسه من فرصة تحسين حالته أو بقاءه على قيد الحياة . وأن هذا الخطأ إذا توافر من جانب المريض ، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تقرير التعويض متى ساهم الرفض فى تحقيق الضرر . لذلك نقضت المحكمة الحكم وأحالت القضية إلى محكمة ليون Lyon التى قضت فيها على النحو الذى يتفق مع وجهة نظر محكمة النقض (١٢٨) .

وبذلك انحسر مصير هذه القضية عن اتجاهين متعارضين :

اتجاه أول لمحكمة استئناف بيزانسون ومفاده أن المريض لا يسأل عن رفضه إجراء تدخل علاجى (نقل الدم) ، وبالتالي يحق له أو لورثته عند الوفاة ، أن يحصل على تعويضه كاملاً ، ذلك أن رفض العملية لا ينقص الحق فى التعويض إلا إذا أثر على زيادة الضرر بطريقة قاطعة .

أما الاتجاه الثانى فهو ما ذهب إليه محكمة أول درجة وأقرته محكمة النقض ومفاده أن المريض يسأل عن رفض التدخل العلاجى ، ويتعين بالتالى تخفيض التعويض

(١٢٧) بيزانسون Besançon فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٧٣ .

(١٢٨) راجع دبرى Durry المجلد الفصلية للقانون المبنى ١٩٧٥ ص ٧١٢ .



المستحق له ، إذا كان قد فوت على نفسه فرصة تحسين حالته أو فرصة بقاءه حياً .
وقد رأى بعض الفقه في قضاء النقص ، المشار إليه ، اتجاهات عامماً (١٢٩)
مقتضاه أنه إذا قدر القاضي أن فرصة كبيرة لتفادي قدر من الضرر كان يمكن أن
تتحقق ، بالتخاذ موقف معين من جانب المريض ، ولكنه رفض اتخاذه ، فإن المحكمة
تستطيع أن تلتقي على عاتق هذا الأخير عبء تعويض فوات تلك الفرصة .
ويؤيد هذا الرأي ، عند أنصاره ، أن الطبيب الذي يرتكب خطأ لا يستطيع
أن يحتج - لكي يخفف من التزامه بالتعويض - بأن المريض كان سيتوفى على
أية حال ، حيث أن ذات الموقف يقتضى بأن المريض الذي يرفض علاجاً لا يستطيع
أن يتمسك ، هو أو ورثته ، بالتعويض كاملاً ، بحجة أن حالة المريض كان
مصيرها حتماً إلى السوء (١٣٠) .

وأخيراً فإن المريض الذي يرفض نقل الدم يجعل من موقفه السبب الوحيد لذلك
الجزء من الضرر الذي نشأ عن هذا الموقف . وينبئ على هذه الفكرة أنه إذا تأكد
القاضي من أن نقل الدم كان سيمنع الوفاة حتماً ، جاز له أن يقرر أن الوفاة لم تقع
بفعل المتسبب في الحادث الأصلي . وبتعبير آخر فإن رفض قبول نقل الدم يقطع
علاقة السببية بين هذا الحادث وواقعة الوفاة . وعلى هذا الأساس يمكن أن يخفف
التعويض أو أن يستبعد نهائياً (١٣١) .

المبحث الثالث

تحليل للاتجاهات التي تقيّد حرية المريض

اتضح من العرض السابق أن الاتجاهات التي تعتد برفض المريض وترتب
عليه أثراً قانونياً تعتمد على فكرتين . الفكرة الأولى هو اعتبار مسلك المريض خطأً
يستوجب تحميل قدر من المسؤولية ، يعنى المسئول الأصلي عن الضرر بما يعادها .
والفكرة الثانية هي فكرة السببية ، حيث قيل أن موقف المريض يقطع علاقة السببية -

(١٢٩) راجع دبرى ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٥ ص ٧١٣ .

(١٣٠) راجع دبرى ، السابق ، وقرب من Borre مقال بعنوان التعويض عن فوات الفرصة

في الأسبوع القانوني ١٩٧٤ رقم ٢٦٢٠ فقرة ٣٤ .

(١٣١) راجع دبرى المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٧٥ ، ص ١٨٤ .

في حالة الوفاة - بين الفعل الضار الأصلي وبين النتيجة النهائية ، وبالتالي يجب أن يخفص التعويض أو يبتنى كليا . وناقش فيما يلي هذا الاتجاه لدحضه في أربعة مطالب .

المطلب الأول

مدى توافر الخطأ في مسلك المريض (المضروب)

من المسلمات القانونية أن للخطأ ركنين الأول هو الركن المادى والثانى هو الركن المعنوى .

ومفاد الأول أن الخطأ انحراف عن سلوك الرجل العادى . ويقاس هذا الأمر وفقاً لمعيار موضوعى مجرد ، بمعنى أننا نتجاوز ، فى صده ، الظروف الشخصية الداخلية الخاصة بالمدين (كالفطنة والذكاء ومدى سلامة الأعصاب وقوة الإبصار) ثم ننظر إلى متوسط الناس ، إذا وجد فى مثل ظروف المدين الخارجية : كيف يكون سلوكه ؟ لذلك قيل أن الخطأ هو موقف يستحق اللوم أخلاقياً (١٣٢) ، أو هو خطأ فى السلوك لا يأتيه ، عادة الشخص الحصيف ، إذا وجد فى ذات الظروف الخارجية والواقعية (١٣٣) .

هل يمكن أن نقرر ، على ضوء هذا المعيار ، أن المريض الذى يرفض بتر ساقه أو ذراعه ، مثلا ، أو يرفض نقل الدم إنقاذاً لحياته ، يرتكب خطأ يسأل عنه ، وبمعنى آخر هل هذا الشخص ينحرف عن سلوك الرجل العادى ؟ لانستطيع أن نسلم بهذه النتيجة .

ذلك أن معيار الرجل العادى ، كما تصورته نظرية الالتزامات ، إنما يفترض سلوكاً يتخذه الشخص قبل الآخرين ، أى يمس بهؤلاء الأشخاص ، بأجسامهم أو بمشاعرهم أو بأموالهم . ويكون عدلا فى هذا النطاق أن تقتضى من كل فرد أن يلتزم بحدود السلوك العادى والمألوف ، بغير انحراف ، وألا تعرض للمسئولية .

(١٣٢) راجع : السهورى ، مصادر الالتزام ، رقم ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ص ٧٧٩ وما بعدها .

(١٣٣) سنارك الالتزامات رقم ٣٧٠ ، ص ١١٦

أما في صدد رفض المريض إجراء العملية الجراحية ، فإن سلوكه لا يتجه أصلاً إلى الغير ، إنما هو سلوك ذاتي ينبثق عن تصور المريض (المضروب) لمصيره ، وعن اعتقاده فيما يحقق أمنه الشخصي الذي لا يشاركه فيه غيره .

ومن ناحية ثانية ففي فرض بتر أحد أعضاء الجسد ، كالساق مثلاً ، هل نستطيع أن نقرر ، بأمانة كاملة ، أن من يرفض بتر ساقه ينحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي ؟ هل غيره ، لو وجد في مثل ظروفه ، كان من المؤكد أن يقبل ، أو حتى هل من الراجح مطلقاً أن يقبل هذا الإجراء ؟

أعتقد أنه في صدد التعرض للجسد لا يمكن الإجابة عن هذا السؤال بإجابة يقينية واحدة . ونضيف ، مع التجريد الكامل للمسألة ، أنه ليس من حق المسئول عن الضرر الأصلي أن يفرض على المضروب (المريض) أن يعيش على الصورة التي ترضيه هو ولجرد تحقيق مصالحه المالية (التمثلة في تخفيض التعويض) . بل إننا نعتقد ، على العكس من ذلك ، أن من حق المريض أن يتمسك بالحياة سليماً وفقاً للصورة التي ترضيه ، وأن يرفضها — إن صح التعبير — بساق واحدة .

أما في فرض نقل الدم ، والذي تعرضت له محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق عرضه ، فإن أمر العقيدة الدينية للمريض يحول دون وصف مسلك المريض بالانحراف ، فالمريض كان يهودياً ينتمي إلى طائفة تحرم نقل الدم ، فكيف بنا نطلب منه ، وهو على أعتاب لقاء ربه ، أن يرتكب جرماً دينياً ، ثم نصف رفضه بأنه انحراف يستوجب المسؤولية .

كل ذلك مع أن احتمال الحياة ، في جميع الفروض التي عرضنا لها غير مؤكد بعد التدخل الطبي ، أي كانت بساطة هذا التدخل .

أما بالنسبة للركن المعنوي في الخطأ ، فإنه يفترض الإخلال بواجب كان في الوسع تبينه ، أي أن يكون من ينسب إليه الخطأ مدركاً . ويقول الأستاذ السنهوري (١٣٤) أن مفاد هذا التحديد هو « أن الشخص الذي لا يدرك ما يصدر

(١٣٤) السنهوري ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، رقم ٥٣٦ ص ٧٩٨ .

عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، مادامت المسؤولية تقوم على الخطأ ، وهذا هو فضل النظرية الشخصية ، فهي تربط المسؤولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز فتشبع في المسؤولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه ، إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرم .

ورغم إدراكنا للمقصود تقليدياً بعنصر الإدراك إلا أننا نريد أن نستبق من قول الأستاذ السهوري العنصر الذاتي في قياس الخطأ ، بالإضافة إلى المعنى الأدبي في أساس المسؤولية ، ثم نستعين ، مجرد استعانة ، بجوهر هاتين الفكرتين لتقدير موقف المريض في رفضه لإجراء التدخل الجراحي أو العلاجي .

فنحن نتغاضى ، في صدد قياس الخطأ ، عن ضعف إبصار المسئول وعن ضعف حركته المادية ، ونعتد فقط بالظروف الخارجية . غير أن كل هذا يقوم على مفترض أساسي هو سلامة الإرادة والإدراك ، بحيث كان يمكن القول بأنه كان يتعين عليه أن يتخذ من إرادته وإدراكه السليمتين سبيلاً للإمام بالظروف التي تفرض عليه مزيداً من اليقظة ، ليصل إلى ما كان يجب عليه أن يلتزم به ، وفقاً لمعيار الرجل العادي .

وهذا المعنى الأخير لا يستقيم تطلبه في فرض المساس بالجسد أو بالصحة . وهنا تبدو أهمية الجانب الأدبي في أساس المسؤولية (١٣٥) . والسؤال هو هل يتوافر للمريض القدر الكافي من حرية الاختيار حين يطلب منه الموافقة على بتر ساقه أو ذراعه « إنقاذاً لحياته » ، أو حين يطلب منه قبول نقل الدم خلافاً لمقتضى عقيدته الدينية ؟ وهل يمكن أن نقرر أن رفض المريض لما طلب منه كان عن إدراك كاف ، وأنه يختار بين الموت والحياة (مع أن الاختيار ليس مأمون العاقبة) ؟

لاشك أننا في مواجهة مريض اختلت ، نسبياً ، سلامة إرادته واختل ميزان اختياره (وإلا فمن منا يرفض إختيار الحياة أو السلامة البدنية) ؟ . وبتعبير

(١٣٥) راجع : سنارك القانون المدني ، الالتزامات رقم ٢٨٦ ، ص ١٢١ الذي يلاحظ أن تقدير الخطأ إنما يستند إلى مبدأ أخلاق وفلسفي هو إمكانية الاختيار بين الخير والشر بحيث يستطيع الشخص أن يستجيب للاختيار السليم ، أي كان في إمكانه أن يتصرف وفق السلوك المألوف ولكنه انحرف .

آخراً لقد وصل المريض ، في موقفه المذكور ، إلى حالة من عدم الانضباط العصبي بحيث أنه أساء (جدلاً) ، بالرفض ، الاختيار في مسألة مصير حياته .

فإذا وضعنا كل هذا التحليل في إطار أن اضطراب الإرادة والحيدة عن الاختيار السليم ، إنما هو – في نهاية الأمر – حصيلة للحادث الأصلي ، أي أن إرادته لم تنتقص بفعله بل بفعل الحادث ، مصدر الضرر في جملته ، فإننا لا بد أن ننتهي إلى تعذر إسناد خطأ ما لمثل هذا المضرور .

المطلب الثاني

موقف المريض وفكرة الدفاع الشرعي

يجوز لنا أن نستعين ، بالإضافة إلى ما سبق ، بفكرة الدفاع الشرعي ، للقول بعدم مسئولية المريض عن رفضه تقبل التدخل العلاجي . فالمادة ١٦٦ من القانون المدني تنص على أن « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول » (١٣٦) .

ومفاد هذا النص أنه لو فرضنا توافر وصف التعدي بالنسبة لفعل معين ، فإن هذا الوصف ينتفي إذا توافرت شروط الدفاع الشرعي .

وفي توافر حالة الدفاع الشرعي قضت محكمة النقض المصرية (مدني) بأنه لا يشترط أن يقع اعتداء فعلاً على النفس أو المال بل يكفي مجرد خشية وقوع الاعتداء التي تستند إلى أسباب معقولة .

وتنص المادة ٢٤٥ من قانون العقوبات على أنه « لاعتقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . ومن المقرر في فقه القانون الجنائي وقضاائه أن الدفاع الشرعي يتحقق ولو كان الخطر وهمياً – (يلاحظ أننا نذكر قاعدة القانون الجنائي للاستعانة بالفكرة ذاتها فحسب) – بشرط أن يكون المدافع قد بنى اعتقاده في

(١٣٦) راجع : السهري ، مصادر الالتزام ، رقم ٥٣٢ ، ص ٧٨٦ و ٧٨٧ والهامش .

حاول الخطر على أسباب معقولة (١٣٧)، أى يكفى أن يكون الخطر حقيقياً في اعتقاد المتهم ، ويعتد في ذلك بحالة المتهم والظروف التي أحاطت بالموقف (١٣٨) .

ونريد في هذا المقام أن نستند إلى فلسفة الدفاع الشرعى لتبرير موقف المضرور من رفض التدخل العلاجي وجعله بمنأى عن المسؤولية ، حيث نعتقد أن فكرة الدفاع الشرعى تنطبق في مقام موضوعنا بدرجة أوضح .

فلا شك أن المضرور حين يرفض التدخل إنما يرفضه وفقاً لتصوره لأمنه الشخصى ، كما سبقت الإشارة ، فهو في الحقيقة يدافع عن نفسه في إطار هذا التصور ، ودفاعه يبنى على أسس معقولة ، إذا أخذنا في الاعتبار أن التدخل العلاجي قد يفشل فلا يبقى للمريض إلا آلامه ، وقد ينمى بأن تزداد حالته سوء ، وقد يفضى في النهاية إلى وفاته .

ولا يجدى في هذا المقام أن نواجه المريض بالحسابات العلمية والطبية المتفائلة (وإلا لأمكن أن نفرض عليه التدخل الجراحي رغم أنه ، وهو ما لم يقل به أحد) وإذا كانت مجرد الحشية تجيز الدفاع الشرعى في القانون المدنى ، ومجرد الخطر الوهمى يجيزه في القانون الجنائى، فلا يتفق مع مضمون هذه الفكرة أن تجيز للمريض أن يرفض المساس بجسده ، دون تعقيب ، لاعتقاده في خطورة هذا المساس ، وسواء كان الاعتقاد وهمياً أو حقيقة ، وهو على أية حال ليس وهمياً مطلقاً في أغلب الحالات .

ومن ناحية ثالثة فإن الدفاع الشرعى في تطبيقاته العادية أخطر منه في فرضنا المعروض . ففي التطبيقات العادية يتحقق الدفاع الشرعى بالاعتداء على مال الغير أو نفسه ، ويتحقق في حالتنا المعروضة بمجرد رفض يتعلق بشخص المضرور ولا يتعداه إلى غيره . أما ما يدعيه الغير (المسؤول) من أن التدخل الجراحي ، مثلاً قد يؤدي إلى تخفيض التعويض ، فهو مجرد نتيجة عرضية لتمسك المضرور بمعصومية

(١٣٧) نقض جنائى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد الجزء الثانى رقم ٣٨١ .

(١٣٨) نقض جنائى ٦ مارس ١٩٥٠ ، مجموعة الأحكام س ١ ص ٣٨ . راجع على راشد ،

القانون الجنائى ، المدخل وأصوله النظرية العامة ، ١٩٧٠ (ط٧) ص ٥٦٦ .

جسده ، فضلا عن أن تخفيض التعويض هو مجرد احتمال يتوقف على تحسن حالة المريض فعلا .

وعلى ضوء ما سبق فإننا نقرر أخيراً أنه إذا كان من المحتم أن يتمسك بمحدث الضرر الأصلي بأن موقف المضرور في رفض التدخل العلاجي يصيبه بضرر (يتمثل في عدم تخفيض التعويض) ، فإننا نرى لزاماً القول بأن من حق المضرور أن يلحق بمحدث الضرر الأصلي هذا القدر من الضرر وذلك إن صح هذا التعبير .

المطلب الثالث

موقف المريض وفكرة الخطأ قبل الذات (١٣٩)

نضيف إلى ما سبق بعض الحجج التي يمكن استخلاصها من فكرة خطأ الشخص تجاه نفسه ، وهل يرتب في ذمته أمراً ؟ ذلك أن رفض المريض لإجراء التدخل العلاجي ، ولو افترضنا جدلاً أنه من قبيل الخطأ هو خطأ قبل الذات .

فقد صاغت محكمة النقض الفرنسية أمر رفض نقل الدم بالقول بأن المريض قد حرم نفسه بخطئه من فرصة البقاء حياً . يرتب على هذا المنطق أن الإنسان لم يعد حراً في التصرف في ذاته ، بل ويصبح الانتحار أو الموت نتيجة لرفض تقبل العلاج ، من الأخطاء المدنية الموجبة للمسئولية المدنية ، وهذه النتيجة غير مقبولة لأنها تتعارض مع مبدأ عدم مسئولية الشخص عن أخطائه في حق نفسه ، سواء في مواجهة أقاربه ، عما يلحق بهم من ضرر نتيجة للوفاة أو العجز ، سواء قبل الغير .

فمن ينتحر أو يرفض إجراء جراحة ، أو نقل دم ، بما يؤدي إلى وفاته ، لا يسأل قبل من سبق أن تعاقد معهم : كصاحب عمل ، أو متعهد حفلات فنية . . ولا تقوم المسئولية في مثل هذه الظروف رغم أن من الممكن أن يقال أن المنتحر أو المتوفى وفقاً للأنماط التي تتحقق معها المسئولية ، قد تسبب في استحالة

(١٣٩) Faute envers soi meme ، راجع في هذا الموضوع عموماً : مقال للأستاذ دايان في منوعات Malanges جان برت دي جريسلي ص ١٤١ وما بعدها .

التنفيذ بفعله الإرادى ، وبالتالي كان من الممكن القول بمسئوليته عن الاضرار (المالية والأدبية) التى سببتها الوفاة ، سواء بالنسبة للأقارب أو لغير الأقارب .

ومع ذلك فإن القضاء لم يحكم بمثل هذه المسئولية ، بل قضى على العكس بأن تركه الشخص لا تسأل عن الأضرار المترتبة عن حادث ذهب المتوفى ضحيته ، وكان يعود ، كلياً أو جزئياً ، إلى خطئه(١٤٠) . صحيح أن الحادث هو من عوارض الحياة التى يتعرض لها الإنسان . ولكن الأمر ذاته يتوافر بالنسبة لرفض الجراحة أو نقل الدم . ففى جميع الحالات تكون فى مواجهة واقعة مادية ، تدخلت فيها الإرادة أم لم تدخل .

لذلك يبدو مرفوضاً ما ذهب إليه محكمة النقض فى حكمها فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٧٤

ولكن إذا لم تفلح محاولة اسناد الخطأ إلى المريض فهل يمكن تخفيض التعويض المستحق له على أساس « فعل المضرور » (وليس خطئه) .

نادى بعض الفقه بهذه الفكرة(١٤١) . ويلاحظ ابتداءً أن فعل المضرور كسبب للإعفاء ، أو للتخفيف من المسئولية ، لم تنشأ إلا مع تطور المسئولية عن فعل الأشياء والقائمة على الحراسة . فقد استقر القضاء الفرنسى ، فى هذا النطاق ، على أن فعل المضرور إذا ساهم فى أحداث الضرر فإنه يستوجب التخفيف من المسئولية بقدر هذه المساهمة(١٤٢) .

ولكن القضاء بقى على مذهبه فى اشتراط خطأ المضرور فى صدد المسئولية

(١٤٠) نقض مدنى ١٢ يوليو سنة ١٩٧١ جازيت دى باليه ١٩٧٢ - ١ - ٧٥ .
(١٤١) راجع : مورجين ، تعليق على حكم النقض ٣٠ أكتوبر ١٩٧٤ فى الأسبوع القانونى ١٩٧٥ - ١ - ١٨٠٣٩ .
(١٤٢) نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٦٥ جازيت دى باليه ١٩٦٥ - ٢ - ١١٦ ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٥ جازيت دى باليه ١٩٦٦ - ١ - ١٤٩ ، ٩ يونيو سنة ١٩٧١ جازيت دى باليه ١٩٧١ ملخص ص ١١٤ ، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٧٣ جازيت دى باليه ١٩٧٧ - ٢ - ملخص ص ٢٦١ .

القائمة على الخطأ الواجب الإثبات (١٤٣) وينتقد الأستاذ مورجين هذه التفرقة بين نوعي المسؤولية ، ويرى أنها غير منطقية ، إذ يتعين في جميع الحالات أن يكون فعل المضرور ، وليس خطئه ، سبباً للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها .

ولا نعتقد في صحة هذا الرأي السابق ، ذلك أن الفعل غير الخاطئ للمضرور لا يجوز أن يجرمه من قدر من التعويض المستحق له . وإذا كان القضاء قد اعتد بالفعل غير الخاطئ في نطاق المسؤولية عن الأشياء فإن مرد ذلك هو أن هذه المسؤولية قد قامت ، عند نشأتها ، على خلاف القاعدة العامة ، حيث تترتب مجرد الحراسة دون حاجة إلى اثبات خطأ الحارس . ولذلك بحث القضاء عن أسباب لتخفيف عبئها ، فتوصل إلى الاكتفاء بفعل المضرور ، وصولاً إلى هذا التخفيف .

ومن ناحية أخرى ، فإننا لو سلمنا بمقتضى ماذهب إليه الرأي السابق ، الذي ننتقده ، فإننا قد ننهي إلى أن فعل المضرور هو السبب الوحيد للضرر ، حيث يمكن أن يقال ، في حالة رفض المريض نقل الدم ، أن هذا الرفض هو سبب الوفاة الوحيد ، وبالتالي لا يقف الأمر عند تخفيض التعويض بل إلى انتفائه كلياً . وهل هناك ما هو أسوأ من ذلك من زاوية السياسة القانونية ؟

وأخيراً فإن جانباً فنياً هاماً يجب أن نأخذه في الاعتبار ، وهو أن فعل المضرور كسبب للإعفاء أو للتخفيف هو ذلك الفعل الذي ورد على مصدر الضرر ابتداءً ، أما فعل المريض (الرفض) فإنه حدث طارئ ، ورد بعد أن تحقق المسار الطبيعي للضرر في جوهره .

المطلب الرابع

موقف المريض ورابطة السببية

أشرنا فيما سبق إلى أن الرأي القائل بجرحان المريض من كل أو بعض تعويضه ، إذا رفض التدخل الجراحي ، إنما يستند إلى أن الرفض يساهم في تحقيق الضرر النهائي الذي حاق بالمريض .

(١٤٣) راجع مثلاً : نقض ٣١ يناير سنة ١٩٧٣ جازيت دي باليه ١٩٧٣ - ١ - ملخص ٦١ .

وقد صيغ هذا الأمر على أساس أن المريض قد فوت على نفسه فرصة الشفاء و فرصة السلامة الجسدية، فقد نقل القضاء الفرنسي مسألة التعويض عن فوات الفرصة وطبقها في مجال رفض المريض تقبل العلاج ، وقد كانت قضية اليهودى الذى رفض نقل الدم من القضايا المثيرة في هذا الصدد .

وقد رأى بعض الفقه أن من الممكن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على موقف المريض (١٤٤) ولازى ، من جانبنا وجه صواب لهذا الرأى .

فن ناحية أولى، لسنا بصدد حق بالمعنى الدقيق حتى يمكن أن نطبق على استعماله نظرية التعسف . ولكننا بصدد ممارسة إحدى الحريات المرتبطة بمعصومية الجسد . وحتى لو افترضنا أن من المتصور إدخال فكرة التعسف ، في هذا المقام ، فإن رفض المريض ، لا يمكن أن يدخل ضمن حالات التعسف التى أوردتها المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى . فالمضروور لم يرفض مجرد قصد الإضرار فهو يتخذ موقفاً تجاه ذاته ، ينظر إلى نفسه فحسب . كما لا يجوز أن يوصف موقف المريض بأنه يحقق له من الفوائد ما لا يتناسب مع ما يلحق الغير من ضرر، فلا وجه للمقارنة بين أضرار محتملة ، تلحق بصحة المضروور الراض ، وأضرار مالية تلحق بذمة المسئول عن التعويض ، وأخيراً فلا يتصور أن نصف أهداف المريض ، من وراء رفضه ، بأنها غير مشروعة .

أما الفكرة الثانية التى أثارها الأستاذ دبرى فهى فكرة السببية . فرفض المريض يصبح السبب الوحيد من ذلك الجزء من الضرر الذى ينشأ عن هذا الموقف . وإذا تأكد أن نقل الدم كان يمنع الوفاة ، فإن في إمكان القاضى أن يقرر « أن هذه الوفاة لم تحدث بفعل المتسبب في الحادث الأسمى . وبعبارة أخرى ، فإن قرار رفض نقل الدم ، مثلاً ، يقع في إطار تعويض من تسبب فيه ، ولكن ليس لأن قرار رفض العلاج يمثل خطأ في ذاته ، ولكن لأنه يقطع علاقة السببية (١٤٥) .

(١٤٤) نشير هنا إلى هذه الجزئية الخاصة بالتعسف استكمالاً لعرض رأى الأستاذ دبرى بوصفه من أشد المتحمسين لتخفيض التعويض المستحق للمريض ، استناداً إلى تحليل رابطة السببية : المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٧٢ ، ص ٤٠٨ - ١٩٧٥ ص ١٠٧ ، ٣١٤ ، ٧١٣ .
(١٤٥) دبرى ، المجلة الفصلية ١٩٧٥ ، ص ٣١٤ .

ونعتقد أن هذا الاتجاه معيب من عدة نواح :

أولاً : أننا لا نستطيع أن نتخذ من حالة نقل الدم منطلقاً للتعميم والقول بمسئولية المريض قبل من تسبب في الإضرار به . ذلك أن مثل هذا القول لا يمكن مناقشته إلا من خلال تصور مبدئي ، وهو أن المريض حين يرفض إنما يتخذ موقفاً تجاه نفسه ، وهو موقف لا يمكن ، كما أشرنا سلفاً ، إخضاعه للمعايير العادية للسلوك .
ثانياً : إن احتمالات السببية قد أخذ بها في إطار الرابطة بين خطأ المتسبب في الضرر وبين ما يسببه من أضرار تمثلت في فوات فرصة على ذات المضرور . أما أن ننقلها إلى نطاق رفض المضرور لتقييم رابطة بين هذا الرفض وجزء من الضرر الذي لحق بالمضرور ذاته ، فهو قياس مع الفارق الشديد . لأن الفعل الضار في الحالة الأولى يعامل من منطلق الأمن الفردي ، فنحمل صاحبه تبعه كل ما يترتب عليه ، لصالح المضرور ، بما في ذلك الفرص الضائعة .

أما في الحالة الثانية (رفض المريض) فإن وضع الأمر في إطار السببية يبدو غريباً ، لأنه يقحم على السببية الأصلية واقعة عارضة تتعلق بسلوك المضرور استعمالاً منه لحريته في التصرف في جسده وصحته وفقاً لتصوره الشخصي لأمنه .

ثم أننا لو أخذنا بهذا الرأي المنتقد ، فإننا لا بد أن ننتهي - كما يقول الأستاذ بيسون - « أما أن نقل الدم ، الذي رفضه المضرور ، كان ينقذ حياته ، ولا يترتب ، من ثم على الحادثة وفاته ، التي ترجع حينئذ إلى رفضه وحده ، فلا يكون لورثته أى حق في التعويض ، وأما أن نقل الدم ما كان يؤدي إلا إلى تأخير وفاته ، التي تكون ، حالئذ ، نتيجة مباشرة للحادث ، ولا يكون لرفض الضحية أية صلة بوفاته ويستحق الورثة - من ثم - تعويضاً كاملاً » (١٤٦) .

ومن ناحية أخرى فإن إقحام موقف المريض على رابطة السببية غير واقعي وغير عادل . ذلك أن الوفاة التي حدثت في وقت لاحق على موقف المضرور ، كانت في الحقيقة ، نتيجة مباشرة للفعل الضار الأصلي ، وموقف المريض هو أقرب إلى الموقف السلبي .

(١٤٦) عن محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية ، ص ٣٧٥ في الهامش .

وبتعبير آخر فإن الوفاة كانت واردة في إطار التسلسل الطبيعي والمتتابع لآثار الفعل الضار . والقول بأن المريض قد قطع برفضه علاقة السببية ، يقتضى القول بأن موقفه هو السبب الوحيد أو الغالب . وهذا غير حقيقى ، كما أشرنا ولو شئنا الدقة ، في صياغة هذا الأمر ، لقلنا أن موقف المضرور هو امتناع عن المساهمة في وقف أثر السببية القائمة ، بمعنى أنه على أقصى الفروض ، فقد ترك الفعل الأصلي يصل إلى منتهاه في صدد نتائجه الأصلية والحتمية .

لذلك لا يجوز حتى مجرد القول بأن المريض لم يبذل « الجهد المعقول » (١٤٧) لتوقى الضرر . لأن مسألة الجهد المعقول غير واردة في نطاق يكون فيه لكل إنسان عالمه المستقل الذى لا يشترك معه فيه غيره .

(١٤٧) خاصة وأن واقعة اليهودى الذى رفض نقل الدم استندت إلى اعتقاد دينى لا ينفرد به المريض بل يشترك فيه غيره من أفراد طائفته .

الفصل الثالث

عمليات نقل الأعضاء

تعرضنا في الأجزاء السابقة من هذا البحث لمشكلات عديدة للمساس بالجسد، ومن أوضحها ، المساس بالجسد لأغراض العلاج . والمبدأ مستقر منذ وقت بعيد منذ وجد الطب ، ولكن المشكلة هي في ضبطه ، كما عرضنا ، في الحدود التي تحقق الهدف العلاجي ، وبغير إخلال بجزية الشخص في أن يمارس اختياره وفقاً لتصوراته لأمنه . وأشرنا في صدد الإثبات إلى ترجيح لمبدأ الحرية ، والسلامة البدنية ، ترجيح يقوم على تغليب جانب حماية الشخصية على ما عداه .

غير أن العصر الحديث لم يقف بالمجتمعات عند حد الاختيارات السابقة ، وها هو من جديد ، يضعنا بتطور علومه ، أمام اختيار جديد وحاسم في صورة شرعية المساس بالجسد في إطار عمليات نقل الأعضاء ، وزرعها . وكما يقول سافاتييه^(١٤٨) ، هناك مجال جديد « للمقارنة ولتدرج القيم » يحتاج إلى من يتخذ في صددتها قراراً .

وتبدو المشكلة حساسة حين يتعلق الأمر بنقل عضو من جسد شخص حي وسليم إلى جسد شخص مريض مهدد بخطر الموت . وترجع الحساسية إلى وجود الاعتبارات المتناقضة التي تحكم الموضوع .

فن ناحية هناك مبدأ مستقر هو مبدأ المعصومية ، وقد اقتضى أن جسم الإنسان يخرج عن نطاق المعاملات سواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل . فكيف تجيز أن يبيع شخص ، أو أن يهب ، جزء من جسده ، وهو في الأصل ممنوع عليه .

(١٤٨) سافاتييه ، مشاكل نقل الأعضاء ، الأسبوع القانوني ١٩٦٩ ، ٢٢٤٧ .

والناحية الثانية هي جانب جديد لبعض الاعتبارات الإنسانية ومفهوم يعتبره البعض جديداً للعلاقات الاجتماعية . ماذا لو أمكن أن يعيش شخص بغير كامل أعضاء جسده إذا ترتب على هذه التصحية إنقاذ شخص آخر من موت محقق .

وليس أكثر مثاراً للاضطراب ، في عالم القانون ، من دخول الاعتبارات الإنسانية ، ومقتضيات الشفقة ، وذلك حين تصدم بمبادئ قانونية تقليدية وثابتة .

والمبدأ هو في المعصومية على أقصى صورته ، ومع ذلك فإن مظاهر التخفيف تبدو ملحّة ، خاصة في الحالات التي لا يلحق بالشخص من جرائها ضرر على قدر من الأهمية .

ويرتب على ذلك أنه لا يجوز للإنسان أن يتصرف في عضو يهدد الاستغناء عنه، حياته بخظر . كما لا يجوز ، ومن باب أولى، أن يتنازل الشخص عن عضو لازم لأداء الجسم لوظائفه الحيوية : فالنصرف في القلب، أيا كانت مبرراته (الأب لأبنته مثلاً) أو النصرف في الكبد ، كلها تصرفات محظورة ، وتقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، وتعرض الطيب القائم بها للمسئولية المدنية والجنائية ، وذلك أن النصرف في مثل هذه الأعضاء هو تنازل عن الحياة ذاتها ، وبالتالي يحظر مطلقاً ، ولا أهمية لرضاء صاحب الشأن .

أما النصرف في أجزاء من الجسم ، لا تتعرض معها الحياة للخطر ، فقد خضع لتطور هام ، بدأ من الحظر ، واتجه نحو الإباحة بقيود ، فقد أصبح من الجائز المساس بالجسد لاعتبارات مصلحة تتضمن ضرورة مشروعة .

ومن المسائل التي أصبحت شبه مسلم بها عمليات نقل الدم ، فقد أدى التطور العلمي إلى بيان عدم خطورتها بالنسبة لمن يعطى دمه في حدود معينة وفقاً لضوابط محددة ، ولا شبهة في تجويز نقل الأعضاء من جزء من جسد المريض إلى جزء آخر من جسد ذات الشخص . كعمليات نقل الأوردة ، أو نقل الجلد ، أو العظام كما لا خلاف في جواز النصرف في الأجزاء التي تنفصل من جسم الإنسان كالأسنان

المخلوعة ، أو الشعر المجزوز . ففي هذه الحالات ، لا يتعرض مبدأ المعصومية لأي استثناء حقيقي .

أما فيما يجاوز هذا القدر المحدود فإن أمر مشروعيته محل خلاف في فرنسا وفي مصر .

المبحث الأول

مشروعية نقل الأعضاء في القانون الفرنسي

يلاحظ لإبتداء أن مجرد رضا المتبرع ، أو البائع ، لا يكفي لتجوز تصرفه في أحد أعضاء جسده .

فمن يقبل التبرع بإحدى كليتيه ، لا يبيع ، بموافقة فعل الطبيب الذي يمارس عمارة النقل . ويقدم لنا القانون الجنائي إتجاهاً في التفكير ، خاصة بسبب الإرتباط القائم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية . فرضا المريض لا يعفى الطبيب من تحمل عبء المسؤولية عن جريمة القتل أو الإصابة الخطأ . وكذلك الحال لو كان المساس بفعل واحد من جمهور الناس .

وتبرير هذا المبدأ سهل ، وهو أن جسد الإنسان يخرج عن نطاق الإتفاقات والعقود . والطبيب لا يتحصن ضد المسؤولية إلا بممارسة المهنة وفقاً للتصورات التي يضعها النظام القانوني واللائحي في الدولة (١٤٩) . فهذا النظام هو الذي يسند إليه الإختصاص بممارسة المهنة ، وهو أمر يستقل عن رضا المريض .

غير أن رضا المريض ، يدخل ، كما سبق أن عرضنا ، ضمن عناصر تخلف المسؤولية ، ولكنه لا يكفي بمفرده ، إذ يتعين أن تتوافر ، إلى جانبه ، شروط وضمانات أخرى . ويضاف إلى ماسبق ، شرط يقتضيه المنطق ، وهو أن الطبيب لا يمارس عمله على جسد المريض وصحته إلا في حدود الهدف الذي يرسمه له القانون :

والهدف ، الذي لانتقاش في شأنه ، بالنسبة لمهنة الطب ، هو السعي إلى الحفاظ على صحة المريض وحياته (١٥٠) .

(١٤٩) فيدال وماجنول ، محاضرات في القانون الجنائي ، ط ٧ ، ص ٢٣٦ .
(١٥٠) راجع وقارن : محكمة السين في ٢٥ فبراير ١٩٢٩ السابق الإشارة إليه .

وما يهمننا في هذا المقام ، بالتالي ، هو توضيح أن مجرد الرضاء لا يجوز أن يغير من مضمون القاعدة السابقة، أو أن يغير ، بالتالي، من هدف العمليات الطبية (١٥١). وكذلك أيضاً لا يجوز الخلط بين هذه المسألة ومشكلة نقل الأعضاء، في جوهرها.

الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء :

من الملاحظ أن مشكلة نقل الأعضاء قد بدأت من خلال المعطى الواقعي ، فكما سبق أن أشرنا، فإن العلم، الطب في هذا المقام، يسبق القانون . بل أن الطب قد فرض رأيه ، نسبياً ، من خلال ما قدمه من وسائل تقنية متطورة ، وناجحة ، لنقل عضو جسم بشري من شخص إلى آخر . وعلى سبيل المثال ، فقد أصبحت عمليات نقل الكلى على قدر كبير من الأهمية، وتحدث بنسب متزايدة . ومع ذلك فإن مشكلة المشروعية تبقى على قدر كبير من الأهمية . فنقل الأعضاء ، هو أكثر خطورة من العمليات الجراحية الجارية ، وإذا كان أصحاب الشأن ، يجمعون ، غالباً ، عن رفع دعاوى المسؤولية على الأطباء ، فلأن الأمر يتم عادة مجاناً ، ولمصلحة قريب قرابة مباشرة لمن وهب أحد أعضاء جسمه .

ولأن الواقع قد سبق القانون في هذا النطاق فإن آراء الفقه في تبرير المشروعية ، جاءت غير واضحة إلى حد كبير . وسنحاول أن نعرض فيما يلي لمحاولات ثلاث قيل بها في هذا المجال .

الأساس الأول : حالة الضرورة :

يمكن أن توضع مشكلة نقل الأعضاء ، وفقاً لبعض الفقه ، في إطار نظرية الضرورة . فعلى ضوء شروط هذه النظرية يستطيع القضاء أن يرتب الشروط والأوضاع الخاصة بالمسؤولية عن نقل الأعضاء فيما بين الأحياء .

ويعرف الأستاذ سافاتييه حالة الضرورة ، في هذا المقام ، بأنها موقف يظهر فيه بوضوح أن الوسيلة الوحيدة لتفادي ضرر كبير هي إحداث ضرر أقل . وأنها

(١٥١) راجع : مازوتنك ، مطول المسؤولية ، الجزء الثاني ، الطبعة الخامسة ، رقم ١٤٩٣ .

تقتضى بالتالى وجود خطر مباشر وحال على حياة شخص يفرض التضحية ، بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر (١٥٢) .

وهى ذات الفكرة المطبقة فى إطار القانون الجنائى (١٥٣) وفى القانون المدنى بصفة عامة . ولذلك فإن توافرت شروطها عند نقل أحد أعضاء جسم شخص سليم إلى جسم شخص مريض ، لإنقاذاً لحياته ، فلا مسئولية على الطبيب . لامن الناحية الجنائية ، ولا من الناحية المدنية (١٥٤) .

ووفقاً لهذا المذهب ، يتعين على الطبيب أن يجرى حساباً دقيقاً للإحتمالات الخاصة بالمخاطر ، والمزايا ، التى تترتب على العملية ، ثم يقدرها فى جانب كل من طرفى العلاقة ، لكى يرجح مزايا العملية فيجرى الجراحين ، أو يرجح ، على العكس ، مضارها فيمتنع عن إجرائها .

وقد طبقت الفكرة السابقة فى فرنسا ونحن فى حدود اختصاص النيابة العامة . فقد قام طبيب بنقل إحدى كليتي شاب سليم إلى شقيقه التوأم الذى كان يعانى من فشل كلوى مزمن وقاتل ، وعند إثارة الموضوع جنائياً أمر النائب العام بحفظ الدعوى على أساس أن الطبيب ، الذى أجرى العملية ، كان تحت ضغط أدبى ، نشأ عن حالة الضرورة ، التى دفعته إلى ارتكاب فعل معاقب عليه ، أصلاً من الناحية الجنائية (١٥٥) .

ونلاحظ ، من جانبنا ، أن رضاء « المعطى » ليس عنصراً فى حالة الضرورة المشار إليها ، ولكن هذا الرضاء هو الذى يمكن الطبيب من استخدام ظروف الضرورة . والطبيب حين يفعل ذلك إنما يأتيه على مسئوليته الخاصة ، أى يتعين عليه أن يتحقق من توافر الشروط القانونية . فلا تتحقق حالة الضرورة ، مثلاً ، حتى مع موافقة طرفى نقل الأعضاء ، إذا أستأصل الطبيب إحدى كليتي شخص سليم آخر

(١٥٢) راجع ، سافايته ، المقال السابق ، محمود مصطفى ، القانون الجنائى فى البلاد العربية ، (ط أولى) ص ٤٣ .

(١٥٣) راجع : نقض جنائى ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ - ٦٩٣ .

(١٥٤) راجع : أحمد شرف الدين ، الرسالة السابقة ص ٤٤ .

(١٥٥) راجع : أحمد شرف الدين ، السابق ، ص ٤٦ .

كان يعيش بكلية واحدة . ففي مثل هذا الفرض ، يعتبر الطبيب مرتكباً لجريمة الجرح المفضى إلى العاهة المستديمة ، أو جريمة القتل (إذا توفى المريض) (١٥٦) .
ورغم أن هذا المذهب يعتبر الأكثر شيوعاً في فرنسا ، فإن أمره لا يخلو من بعض الانتقادات :

فاستخدام حالة الضرورة ، للتخلص من عبء المسؤولية المدنية أو الجنائية ، إنما يفترض ظروفاً يتعرض فيها الشخص لخطر معين فيدفعه بإلحاق ضرر أقل بالغير . ومن الصعب أن يتوافر هذا المنطلق بالنسبة للطبيب في ممارسته لعمليات نقل الأعضاء . فالطبيب ، كهنئ ، يمارس عمله في حدود الأصول القانونية ، ولا يجوز له أن يدعى التعرض لضغط أخلاقي أو أدبي ولدته ضرورة إنقاذ مريض يشرف على الموت ، على حساب صحة شخص سليم . ولا يهم في هذا المقام أن تثير بساطة التضحية في جانب ، وضخامة الفائدة في الجانب الآخر ، لأن المسألة هي جواز المبدأ في ذاته : خاصة وأنه يتصل بوجود الإنسان (١٥٧) .

فالوضع الطبيعي هو أن الطبيب حين يمارس مهنة الطب إنما يمارسها وهو في كامل حرية اختياره (١٥٨) .

الأساس الثاني : المصلحة الاجتماعية :

ويقوم هذا الأساس الثاني على الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له من يحتاج إلى عضو ينقذ حياته ، والمخاطر التي يتعرض لها من يقدم هذا العضو . والموازنة ينظر إليها من زاوية المصلحة الاجتماعية . فالأمر كله يتم تقديره من خلال منظور تلك المصلحة . فحين يتقدم شخص لإعطاء إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يهدده بموت مؤكد ، فإن النفع الاجتماعي يزيد في مجمله عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلى ، فقد إنتقص من المعطى بقدر محدود ، وزاد النفع الاجتماعي لمن أنقذت حياته على نحو واضح وغير عادي . إذن الحصلة النهائية هو فائدة اجتماعية محققة .

(١٥٦) للمزلف ، فكرة الحق ١٩٧٩ ، ص ٤٩ .

(١٥٧) راجع : شافان ، وجهة نظر قانونية ، مجلة الطب الشرعي ، ليون ١٩٦٧ ، ص ٣٢ .

(١٥٨) راجع وقارن : مارتق ورينو ، القانون المدني ، الجزء الثاني ١٩٦٢ ، رقم ٥٠٧ ص ٥٤٩ .

صحيح أن هناك مخاطر ترتب على العملية بالنسبة لمن يقوم بالعطاء ، ولكن هذه المخاطر وهي محدودة ، تستحق أن يتحملها باسم التضامن الإنساني والإجتماعي (١٥٩)

وهذه التبريرات السابقة غير مقبولة بدورها . ففكرة المصلحة الإجتماعية ، على النحو الذى قدمت به ، هي فكرة غامضة وخطرة . وإن صحت فإنها يمكن ، فى رأينا ، أن تقدم أساساً ، فى المستقبل ، لعمليات نقل للأعضاء تم عنوة ، وهو أمر غير مستبعد فى الأنظمة الشمولية ذات الطابع الإستبدادى . كما أنها ، تأكيداً للمعنى السابق ، تحمل فى طياتها بذور ما يمكن أن نسميه « الشيوع فى الصحة العامة ! » حيث نأخذ من صحة زيد لنضيف إلى صحة عمرو ، بحجة أن الحصيلة النهائية ، إجتماعياً ، إيجابية .

ومن ناحية ثانية ، فإن رأى المعارض ، يتجاهل مشاكل وآثار الجراحة على المستوى الفردى . فن يعطى يتعرض ، إبتداءً ، لعملية جراحية ، وهذه فى حد ذاتها ، تمثل خطورة على شخص سليم وبكامل صحته . يضاف أن عملية التبرع بعضو ، هام من الجسد ، هي مسألة لا تخلو من الخطورة فى المستقبل ، خاصة وأن العلم ، يفاجئنا كل يوم بجديد يمثل ، فى كثير من الحالات عدولاً عن أفكار ظننا الناس ، فى وقت من الأوقات ، قطعية ومستقرة .

أما أن نقرر أن النفع الإجتماعى ، بالنسبة للطرفين ، قد زاد عنه قبل إجراء العملية ، فقول مرفوض لأنه يتجاهل التقدير الشخصى الذى يجب أن يحمله كل منا لذاته .

الأساس الثالث : جواز العامل فى جسم الإنسان :

ويستند هذا الإتجاه إلى أن بعض حقوق الشخصية قد أصبحت داخلية فى نطاق التعامل . ففى فرنسا يجوز الإتفاق فى صدد حضانة الطفل أو تعليمه . وعقود العمل ، تمثل إتفاقات تقيد من حرية الشخص ونشاطه ، وتفرض عليه ، فى بعض الحالات ،

(١٥٩) راجع : بوزا وبناتيل ، مطول القانون الجنائى ١٩٧٠ - الجزء الأول رقم ٢٤٧ ص ٣٦٨ ، وراجع فى الموضوع : أحمد شرف الدين ، الرسالة السابقة ، ص ٤٨ ، حسام الأهوانى ، السابق ص ٥٤ وما بعدها .

الإقامة في مكان معين (١٦٠)، كما أن هنالك كثيراً من الإتفاقات التي تتضمن قبولاً لمخاطر كبيرة بالنسبة لسلامة الإنسان الجسدية .
لذلك لا يجوز أن يتقرر مبدأ المعصومية على نحو مطلق ، بل علينا أن نكتفي بأن نقيّد التعامل الذي يمس الجسد ، بتوافر شروط معينة .

ففي مقام المعصومية ، قد تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة أفراد المجتمع الآخرين ، وهذا التعارض لا ينتفي إلا إذا نظرنا للأمر من منطلق التضامن الإجتماعي ، ويسمح هذا التضامن بتجوز الإتفاقات التي تمثل مساساً بجسم الإنسان في حالات كثيرة .

وينقل بعض الفقه الموضوع من نطاق عدم مشروعية المحل إلى نطاق مشروعية الهدف . ولذلك من المتصور أن نناقش عمليتين من ذات النوع فنقر مشروعية إحداهما ، وننتهي إلى عدم مشروعية الأخرى . لذلك يصح القول بأن الإتفاق لا يرد على الجسد ولكنه يرد على العملية الجراحية (١٦١) .

ويضيف البعض توضيحاً للرأى السابق أنه إذا كان الأصل هو عدم جواز المساس بجسم الإنسان ، فإن هذا الأصل يستهدف حظر المساس المفيد دون الضار ، فإذا تجاوزنا حد الضرر تعين أن نبيح المساس المفيد والضروري ، كما أجبنا من قبل العمليات الجراحية بقصد العلاج . وللوصول إلى هذه النتيجة لا بد من النظر إلى العمل في ذاته ، وما يسعى إليه من هدف ، وهل هو للقضاء على عضو تالف ، أم أنه لفائدة الغير ، أم أنه لمجرد التجارب الطبية . وبالتالي تصبح المسألة معيارية ، تقوم على الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والمصلحة التي تترتب على هذا المساس (١٦٣) .

(١٦٠) راجع في الموضوع ، ديكوك ، رسالة عن النظرية العامة لحقوق على الشخص . بريس ١٩٦٠ ، ص ٥٣ وما بعدها .

(١٦١) راجع : أندريه جاك ، الاتفاقات المتعلقة بالجسد ، مقال في المجلة الإنتقادية ١٩٣٣ ، ص ٢٦٢ وما بعدها ، خاصة ص رقم ٩ ، وراجع : حسام الأهواني ، السابق ، ص ٣٨ وما بعدها .

(١٦٢) راجع : ديكوك ، السابق ، ص ٥٧ ، جاك ، السابق ، رقم ٥ .

(١٦٣) راجع : حسام الأهواني ، السابق ، ص ٤٠ .

والتحليل السابق ، بدوره ، غير مقنع . فلا يجوز قياس المساس بالجسد عموماً على بعض صور التعامل في حقوق الشخصية . فقياس المساس المذكور على مسائل الحضانة والتعليم هو قياس مع الفارق .

أما مسألة تقدير الهدف أو الباعث ، فإنها تستند إلى مفهوم خاطئ ، وضعت المسألة في إطاره . قد نفهم أن يتبرع شخص بأحد أعضائه إذا لم يترتب على الإستئصال أية أضرار ، أما أن توضع المسألة في إطار الموازنة بين ما يلحق المعطى من ضرر وما يصيب الآخذ من فائدة ، فهو منطق مرفوض (١٦٤) .

المبحث الثاني

نقل الأعضاء في القانون المصري

لا يوجد في مصر ، حتى الآن ، تنظيم قانوني شامل لمسألة نقل الأعضاء . وبالتالي يظل الباب مفتوحاً ، في شأنها ، للخلاف .

ومع ذلك فهناك بعض نصوص القوانين المتفرقة والخاصة بمسائل معينة . ومن هذه القوانين القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ الخاص بتنظيم بنوك الدم . حيث تقوم هذه البنوك على الحصول على الدم من بعض الأفراد لنقله إلى أفراد آخرين يحتاجون إليه في ظروف صحية معينة . وقد نظم القانون المذكور عمليات جمع الدم وتخزينه وكذلك توزيعه ، حيث ، صدر تنفيذاً له ، القرار الوزاري رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ من وزير الصحة .

ويحصل البنك المذكور على الدم عن طريق التبرع ، أو عن طريق الشراء ، بمقابل رمزي تقريباً .

ونظراً لما يدفع من مقابل ، فقد ذهب البعض إلى أن المشرع يبيح بذلك التعامل في جزء من الجسد . « ولا يقدر في وجود عقد البيع ضالة المقابل نسبياً لقيمة المبيع . ف شراء رغيف العيش في مصر بأقل من ثمن تكلفته لا يمنع من أن العيش يباع ويشترى . فيكفي لوجود البيع عدم تفاهة الثمن (١٦٥) .

(١٦٤) راجع للمؤلف ، فكرة الحق ، ص ٤٩ .

(١٦٥) حسام الأهواني ، السابق ، ص ١٣٨ .

ولكن القانون الأكثر خطورة هو القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ والخاص
ببنك العيون .

القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢

صدر أول قانون لتنظيم مسألة الإحتفاظ بالعيون والإستفادة منها سنة ١٩٥٩
(القانون رقم ٢٧٤) وقد ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ .

وقد نص القانون الأول (الملغى) فى المادة الثانية منه على أن بنك العيون يتلقى
رصيده عن طريق العيون التى « يوصى » الأفراد « أن يتبرعوا بها » .

والنص سئ الصياغة لأنه جمع بين الوصية والتبرع فى دائرة واحدة ، ولكن
القانون مع ذلك يفيد ، بهذه الصياغة ، أن مسألة الحصول على العيون من الأحياء
أثناء حياتهم هو أمر غير وارد ، فالأمر يقتصر على الوصية . وإذا كان النص قد
أضاف وصف التبرع فإن مقصوده هو التأكيد على مسألة إنتفاء المقابل المالى .

أما القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فقد نص على أن بنك العيون يتلقى رصيده
من مصدرين :

١ - عيون الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها .

٢ - عيون الأشخاص التى يتقرر إستئصالها .

ونبدأ بالحالة الثانية . وهى حالة العيون التى يتقرر طبيياً عدم صلاحيتها ،
ويتقرر ، بالتالى ، إستئصالها . فلا شبهة فى جواز الحصول على هذه العيون ، حيث
يمكن استخدام الأجزاء التى مازالت صالحة منها لإجراء عمليات الترقيع لمصلحة
المرضى .

وتخرج هذه المسألة من نطاق مشكلات المساس بالجسد ، بالمعنى الصحيح .

أما الحالة الثانية فهى تثير الجدل : « يوصون » أو « يتبرعون » . فهل يجوز لشخص
سليم العينين أن يتبرع بإحدهما لمرضى أعمى أو مهتد بالعمى . يذهب رأى الأستاذ
الدكتور حسام الأهوانى إلى جواز ذلك (١٦٦) فنص القانون (المادة الثانية) ، فى تقدير

(١٦٦) حسام الأهوانى ، السابق ، ص ٦٦ وما بعدها .

هذا الرأى إستخدم تعبير « يوصون أو يتبرعون بها » . والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، والهبة تصرف حال الحياة . والمشرع قصد الهبة حين أضاف تعبير « أو يتبرعون بها » بعد أن تعرض للوصية . وبالتالي فلا يمكن ، عند هذا الرأى ، تفسير عبارة النص إلا على أساس أنها يجيز التبرع بالعين حال الحياة . (١٦٧) .

وتبدو أهمية هذا الرأى فى أنه يتخذ من التفسير السابق منطلقاً لإجازة عمليات نقل الأعضاء ، فى القانون المصرى ، فى تقديره يقرر القانون المذكور سبباً من أسباب الإباحة ، ويجوز ، بالتالى ، القياس عليه (١٦٨) . « والحكمة » التى تجيز القياس هى « المصلحة الإنسانية المؤكدة التى تعود على الغير من إستبدال العضو التالف ، بالعضو الصالح ، والتضامن الإنسانى يفرض على البشر التعاون من أجل مصلحة البشرية . فالحكمة من السماح بالتبرع بالعين تتوافر أيضاً فى حالة التنازل عن إحدى الكليتين أو إحدى الرئتين (١٦٩) .

ويضيف الأستاذ الدكتور حسام الأهوانى أن العين من أهم أجزاء الجسم ، وإذا كان المشرع يسمح بإستئصالها – (يلاحظ أن المشرع لم يسمح بإستئصال العين ، إنما عرض للعيون التى « يتقرر إستئصالها ») – فإنه يسمح من باب أولى بإستئصال الأعضاء الأخرى الأقل أهمية (١٧٠) .

ومن مظاهر تأييد هذا المعنى ، عند الرأى المشار إليه ، أن الدستور فى المادة ٤٣ أجاز إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان بشرط الحصول على موافقته . والمصلحة فى التجارب الطبية لإحتمالية ، أما فى زرع الأعضاء فإن المصلحة مؤكدة من الناحية العملية ، ولذلك فلامانع من إباحتها بل يكون ذلك من باب أولى (١٧١) . ويضيف الرأى السابق ، أخيراً ، أن محل التصرف ، فى جزء من أجزاء الجسد .

(١٦٧) حسام الأهوانى ، الموضع السابق .

(١٦٨) حسام الأهوانى ، السابق ، ص ٧٩ وما بعدها .

(١٦٩) حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

(١٧٠) حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

(١٧١) حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ٦٧ .

يمكن إعتباره، بالتالى ، مشروعا. وحتى البيع لن يغير من طبيعة الإنسان، ولن يهدر من كرامته(١٧٢). « وطالما أن المحل مشروع فلا معنى للفرقة بين البيع والتبرع » .

مناقشة الراى السابق :

نعتقد أن الراى السابق غير مقنع فى أساسه ولا فى النتائج التى توصل لىها .
بدأ الراى من منطلق تفسير القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى مادته الثانية ،
وأن نص المادة المذكورة قد استخدم تعبير « أو يتبرعون بها » بعد أن استخدم
تعبير الوصية .

وتعبير التبرع هو ، من ناحية المصطلح القانونى ، وصف يلحق بالتصرفات
القانونية ، وليس ، فى ذاته تصرفاً ، بالمعنى الفنى .

لذلك فإن بعض التصرفات توصف بأنها تصرفات تبرعية ، وهى الوصية
والهبة ، فكلاهما يتم بغير مقابل . إذن القانون لا يعرف تصرفاً محددأ يسمى
بالتبرع . ومادام النص قد استخدم كلمة « أو يتبرعون بها » بعد أن استخدم تعبير
الوصية ، فإن صياغته تثير شكأ حول حقيقة المقصود بتعبير التبرع ، وبالتالى نعتقد
أن بالنص غموضاً يسمح بالإجتهد . يؤكد هذا الغموض البحث فى تاريخ النص.
فقد جرت صياغته سنة ١٩٥٧ على النحو التالى: « العيون التى يوصون أن يتبرعوا بها ».

ورغم سوء صياغة هذا النص ، بدوره ، فقد كان مفهوماً أن المشرع يؤكد
بالجمع بين لفظ الوصية ولفظ التبرع ، على فكرة إنتقاء المقابل فحسب . إلا أنه
حين عدل النص سنة ١٩٦٢ جاءت صياغته أكثر سوءاً ، وأكثر غموضاً ، وبالتالى
مثاراً للشك ، من سابقه ، ولذلك لانعتقد أن تعديلا قصد فيما يتعلق بمضمون الحكم .

ومن ناحية أخرى فإن العين هى جزء حيوى من الجسد ، فإذا كانت سليمة فإن
أى تصرف يرد عليها يعد مخالفاً للنظام العام . خاصة وأن القانون المذكور ينظم
حصول البنك على العيون لكى يحافظ عليها ويحتفظ بها لمدة معينة ، إلى حين

(١٧٢) حسام الأهواني ، المرجع السابق ، ص ١٤١ .

الحاجة إلى زرعها لشخص مريض ، . ولو صح الرأى السابق الذى نعترض عليه ،
لكان معنى ذلك جواز التبرع بعين سليمة للبنك دون أن يكون هناك مريض فى
حاجة إليها ! وهى نتيجة غريبة وخطيرة ، ولا يجوز ، بالتالى أن نسلم بها .

يؤكد المعنى الذى نذهب إليه أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢
تفرض على الطبيب الذى يجرى الإستئصال أن يحدد سببه . والمقصود بالسبب ، فى
هذا المقام ، هو السبب الطبى ، وليس السبب القانونى (لأن السبب بالمعنى القانونى
هو نية التبرع) . ومعنى ذلك أن المشرع يفترض أن هناك سبباً طبيياً للإستئصال ،
وبالتالى يفترض أن عيون الأحياء لا يجوز أخذها إلا فى حدود عدم صلاحيتها طبيياً .

ومن ناحية ثالثة فإن الفقرة الثانية من المادة الثانية سالفه الذكر تتعرض للعيون
التي تقرر إستئصالها ، فى حين تعرض الفقرة الأولى للعيون التي يوصى أو يتبرع
بها . ولو فهمنا أن المقصود بالفقرة الأولى الهبة (أى التصرف حال الحياة) ، لما
كان من اللازم أن تضاف الفقرة الثانية أصلاً . لأن من يملك التبرع بعين
سليمة حال حياته ، يملك ، من باب أولى ، أن يتبرع بعين غير صالحة ومتعين
لإنتزاعها . وفى إطار هذه الحججة تعد الفقرة الثانية تزيد لاداع له .

وأخيراً يضيف الرأى السابق الإشارة إليه حججتين تقومان على القياس .

القياس الأول ورد على نص المادة ٤٣ من الدستور التي تعرضت لإجراء
التجارب الطبية ووضعت لإباحتها شرطاً مبدئياً هو شرط الموافقة . ولكن هذا
الشرط لا يفتى عن شروط وضمانات أخرى لابد من مراعاتها من وجهة النظر الطبية
والقانونية (١٧٣) وشرط الموافقة المسبقة هو مجرد تأكيد على حرمة الكيان المعنوى
للإنسان . وبالتالى يكون القياس فى غير محله .

أما القياس الثانى فقد استند إلى أن القانون ١٠٣ يقرر سبباً من أسباب الإباحة .
وأسباب الإباحة يجوز القياس عليها .

(١٧٣) راجع : للمؤلف ، فكرة الحق ، ص ٥٤ .

ونعتقد إبتداءً أن القانون رقم ١٠٣ لا ينشئ سبب إباحة ، بل يقرر مجرد مانع مسئولية .
ولنا أن نتساءل ، في هذا المقام ، عن ماهو الأصل وماهو الإستثناء في مسائل المساس بالجسد .

هنا يتميز المساس بالجسد عن الأفعال والتصرفات الدارجة للأشخاص . فالأصل في أفعال الإنسان الدارجة هو الإباحة ، إلى أن يوجد نص يحظر أحدها فعلاً أو يجرمه . ولكن بالنسبة لمعصومية الجسد ، فإن الأصل ، هو ، على العكس ، الحظر . وبالتالي فإن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ حين يميز المساس بالجسد حال الحياة – على فرض صحة الرأي الذى ناقشه – فإنه يقرر إستثناء على أصل الحظر ، وليس رجوعاً إلى أصل المشروعية .

ومادامنا ننتهى أن هذا القانون قد ورد على سبيل الإستثناء ، فلا يجوز أن يقاس غيره عليه ، كما لا يجوز التوسع في تفسيره .

المبحث الثالث

نقل الأعضاء من جثث الموتى

أشرنا فيما سبق إلى أن جسم الإنسان يخرج عن دائرة المعاملات وبالتالي لا يجوز من حيث المبدأ ، التصرف فيه . غير أن هذا المبدأ ينصرف إلى الإنسان حياً . وكما قلنا ، ينصرف إلى حماية ذلك الوعاء المادى ، لكل ماتعنيه الحياة من احساس ومشاعر وقديسية .

ومن هنا كان السؤال الجديد ، هل تتمتع جثة المتوفى بذات الحرمة (١٧٤)

(١٧٤) من مظاهر حماية جثة الإنسان ماتذهب إليه بعض الأحكام من التمويض عن الضرر الأدبى نتيجة لعرض جثة شخص عزيز بطريقة غير لائقة وفى هذا المعنى حكمت المحكمة الإدارية فى باريس بتعويض سيدة عما لحق بها من أضرار أدبية نتيجة عرض جثة زوجها بعد تشرحه بطريقة غير لائقة ، حيث عرضت بغير غطاء كامل . باريس ١١ يناير ١٩٦٢ منشور فى جازيت دى باليه ١٩٦٢ - ١ - ٣٠٥ ، وأن الإدارة تسأل عن الإضطراب والصدمة التى نشأت نتيجة الواقعة المذكورة .

التي يتمتع بها الجسد حين كانت تدب فيه الحياة ، أم أن إختلاف الموقف ،
جوهرياً ، لا بد أن يؤدي إلى إختلاف النتيجة ؟

والحق أن هناك ما يدعو إلى معاملة الجثة معاملة تختلف عن معاملة الجسد .
ذلك أن معنى هاماً قد غاب عنها فأصبحت مجرد كيان مادي أقرب إلى الأشياء ؛
وما قد يلحق بها من حماية إنما يعود إرتباطها السابق بالكيان المعنوي .

لذلك لم يكن غريباً أن يذهب البعض إلى دخول الجثة في دائرة المعاملات ،
بحيث يمكن بيعها لأغراض طبية مثلاً (١٧٥) .

ولا يذهب البعض الآخر ، إلى الحد السابق ، ويكتفى بإجازة هبة الجثة
للمعاهد العلمية فقط ، وإن مثل هذه الهبة لاتعارض مع كرامة الإنسان ، أو ،
بتعبير أدق ، مابقي منه :

ويعكس هذا الإختلاف في الرأي مظاهر للخلاف حول مدى سلطة الإنسان
في التصرف في جثته ، بأن يتنازل ، مقدماً ، أى قبل الوفاة ، عنها أو عن جزء منها ،
وماهى حدود هذه السلطة . وتأتى بعض فض هذه المسألة الأولية (١٧٦) ، مسألة
أخرى مترتبة عليها ، وهى متى تنتهى الحياة ، فيتحول الجسد إلى جثة ، ويتنقل ،
بالتالى من نظام قانونى معين إلى نظام آخر .

المطلب الأول

حق الانسان على الجثة

انتهى الفقه الحديث ، فى أغلبه ، إلى الإعتراف بحقوق الإنسان على جثته ،
فالإنسان « سيد جسده ، حتى فيما وراء الحياة (١٧٧) ولذلك فإن من حق الفرد
أن يرتب أوضاع ما بعد مماته ، حسب ماتمليه عليه رغباته ، بل ومصالحه .

(١٧٥) راجع فى الموضوع : أحمد شرف الدين ، الرسالة السابقة ، ص ٥٠٢ .

(١٧٦) سافاتييه ، مشكلات أخذ الأعضاء من الجثة ، دالوز ١٩٦٨ - ١٨ .

(١٧٧) راجع فى الموضوع : سافاتييه ، نقل الأعضاء ، مشاكل قانونية ، أشار إليه ديكوك

ص ٤٥ ، وراجع : أحمد شرف الدين ، الرسالة السابقة ، ص ٥٠١ وما بعدها .

ولذلك فإن من حق الإنسان أن يوصى بجهته ، كما سبقت الإشارة ، لمعهد علمي ، وله أن يوصى بعيونه لبنك العيون ، وبقلبه ، أو بأي عضو آخر من أعضاء جثته ، لأغراض علاج عن طريق عمليات نقل الأعضاء . فإن فعل جاز تنفيذ ما أوصى به بغير إعتراض من أحد .

غير أن تحفظاً يرد على القاعدة السابقة مفاده عدم تجويز بيع الجثة ، حيث يرى البعض أن التنازل عن الجثة يبيعها ، يعد أمراً منافياً للآداب العامة (١٧٨) .

فإذا توفى الشخص دون أن يوصى بالتصرف في جثته أو جزء منها ، فإن حق الدفاع عن الجثة ، وكذلك حق التصرف فيها ، ينتقل إلى ورثته .

ويترتب على هذا المبدأ الأخير أنه لا يجوز المساس بالجثة بغير موافقة الأسرة ، فإذا تم الحصول على جزء منها بغير هذه الموافقة ، تعرض المخالف للمسئولية . ويعتبر الأستاذ سافاتيه أن الأمر ، في هذه الحالة ، يعد من قبيل خيانة الأمانة (١٧٩) من جانب الطبيب أو المستشفى .

غير أن الحصول على الموافقة المشار إليها ، يثير بعض المشكلات من الناحية العملية . والمشكلة الأولى ، أنه يتعين الحصول عليها في وقت سريع ومناسب ، حتى لا يتلف العضو الذي يرغب الأطباء من الاستفادة منه . والمسألة الثانية تتعلق بتحديد صاحب الصفة من أفراد الأسرة ، الذي يتعين الحصول على موافقته . وهل يلزم أن يتحصن الطبيب بموافقة مكتوبة أم يكفي أن يحصل على الموافقة شفاهة ؟ كلها أسئلة تثير الكثير من الإضطراب ، وتعود في مجملها إلى عدم إمكان التجاوز عن قبول الأسرة للمساس بالجثة (١٨٠) . وأكثر الحلول إتساقاً مع القانون هو أن يختص بإعطاء الموافقة أقرب الناس إلى المتوفى من حيث درجة القرابة ، فإن تعددوا وجب الحصول على موافقتهم جميعاً .

(١٧٨) راجع في الموضوع : أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ٥٠١ ، ديكوك ، السابق ، ص ٤٨ ، ديركز ، الحقوق على الجسد وعلى الجثة ، باريس ١٩٦٦ ، ص ١٥٠ .
(١٧٩) راجع : سافاتيه ، مشكلات نقل الأعضاء من الجثة .
(١٨٠) راجع : ماليرب ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ، ٤٩ .

وفي مصر تبحث مسألة المساس بالجثة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية من ناحية ، وعلى ضوء أحكام القانون الوضعي ، من ناحية أخرى .

وللجنة في الشريعة الإسلامية ، شأن الأديان السماوية جميعها (١٨١) ، حرمة . غير أن هذه الحرمة تنصرف ، من حيث المبدأ ، إلى تأييم إنتهاك حرمة الأموات في صورة الإعتداء على جثثهم . ومن مظاهر المنطق السابق ماورد في حديث شريف مفاده أن كسر عظام الميت ككسر عظام الحي ، كما أن من مظاهره التأييم سرقة كفن الميت ، أو قذفه أو نبش قبره ... إلخ :

غير أن الشريعة الإسلامية تضع مبدأعاماً بأن الضرورات تبيح المحظورات ، ومن خلال هذا المبدأ اجيز في بعض المذاهب (١٨٢) للمضطر أن يأكل لحم الآدمي الميت ، وفق بعض الشروط . ونعتقد أن مثل هذا التحليل يمكن أن يبرر اخذ اعضاء الجثة ، في حالة الضرورة ، لإنقاذ مريض من الهلاك .

فإذا كان يجوز للمضطر أن يأكل لحم الإنسان الميت ، فإن تجوز اخذ اعضاءه لزرعها للمريض في حالة خطرة يعد أمراً ميسوراً يسهل تبريره . وقد عرض هذا الأمر على مفتي الديار المصرية ، فأخذ فيه رأياً يتفق مع الفكرة السابقة : على أساس « أن قواعد الدين الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر . فإذا كان أخذ عين الميت لترقيع قرنية المكفوف يحقق مصلحة ترجح مصلحة المحافظة على الميت جاز ذلك شرعاً لأن الضرر الذي يلحق بالحي المضطر لهذا العلاج أشد من الضرر الذي يلحق بالميت بعد وفاته . وليس في هذا ابتداء للميت ولا اعتداء على حرمة المنهى عنها شرعاً لأن النهي يكون إذا كان التعدي لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة ماسة » .

غير أن الفتوى المذكورة قصرت أمر تجوز المساس بالجثة ، على النحو السابق على حالة الميت الذي لأهل له . « أما الأموات الذين لهم أهل فإن امر الاستيلاء

(١٨١) راجع : ديكوك ، السابق ، ص ٤١ وما بعدها .

(١٨٢) المذهب الشافعي .

على عيون موتاهم يكون بيدهم وبإذنهم وحدهم» (١٨٣) (فتوى رقم ١٨٨ فى ١٣ من محرم سنة ١٣٩٤ هجرية ، الموافق ٥ فبراير سنة ١٩٧٤) .

وينبى على الفتوى السابقة أن المساس بالجنة يجوز لأغراض علاجية(١٨٤) وبغير اذن من أحد ، أن كان المتوفى لأهل له ، أما إذا كان له أهل فلا بد من الحصول على موافقتهم .

أما فى ظل أحكام القانون الوضعى المصرى فلا توجد نصوص تحظر المساس بالجنة ، وعلى العكس توجد بعض النصوص التى تبيح ذلك . ومن هذا القبيل مانص عليه القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ من جواز الحصول على عيون الموتى وقتلى الحوادث الذين يتم تشريح جثثهم .

ومع ذلك فإننا نعتقد ، بعد صدور الفتوى الدينية السابقة ، فى جواز المساس بالجنة فى الحدود التى بيئتها الفتوى . وهى حدود معقولة ، وتتفق مع احترام ارادة المتوفى واحترام ارادة أهله . ونظراً لأن اعتراضات المساس بالجنة تأتي من جانب المعانى الدينية بصفة أساسية ، فإن الأمر أصبح ميسوراً ، إلى حد كبير ، بعد صدور الفتوى المذكورة ، حيث رفعت ماقد يكون هناك من حرج دينى .

وخلاصة القول أن حرمة الجنة لا تنقيد إلا بعدم الإساءة إلى ذكرى المتوفى ، بالاعتداء على رفاقته ، كما أنها تنقيد بإرادة صاحب الشأن أو إرادة أهله(١٨٥) وفيما عدا ذلك تجوز الوصية بالجنة كلها ، أو بعضها ، تحقيقاً لمنفعة الناس ، وتحقيقاً للصالح العام العلمى .

(١٨٣) أشار إلى الفتوى حسام الأهوانى ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ وما بعدها .
(١٨٤) كما يجوز وفقاً للفتوى المشار إليها بقصد تزويد كلية الطب بمخت المرقى لسد حاجات التشريح التى تتطلبها المصلحة العامة .
(١٨٥) راجع : نص المادة ٢٦ من قانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الذى يجيز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للإحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوى الشأن من أقارب المتوفى .

المطلب الثاني

تحديد لحظة الموت

يفترض التعرض لمشكلات المساس بالجثة أو الاذن بالمساس بها أن الوفاة قد أصبحت مؤكدة ومن هنا كانت مشكلة تحديد معنى يقينى للوفاة .

وفي القوانين الفرنسية والمصرية لا توجد نصوص تحدد الأساليب العلمية بتقرير حالة الوفاة . فشهادة الطبيب هي التي تحدد ذلك ، دون التزام باتباع وسائل معينة .

وفي الماضي البعيد نسبياً ، وقبل تطور العلوم الطبية الحديثة ، لم يكن الموت يثير اشكالات تذكر . فقد كان الطبيب يقرر الوفاة بعد التأكد من توقف القلب عن العمل ، أو حدوث عطب بالمدخ لايرجى اصلاحه .

غير أن عاملين حديثين جعلوا من مشكلة لحظة الموت مشكلة حيوية . العامل الأول : هو شيوع الأجهزة الحديثة التي تطيل الحياة ظاهرياً ، فقد يصل الإنسان إلى مرحلة يوصف فيها أنه « ميت حي » . وهو ما يحدث عندما تستطيل الحياة بفعل أجهزة التنفس الصناعي مثلاً . فإن رفعت هذه الأجهزة من المريض ، فقد الحياة فوراً . أما العامل الثاني : فهو تطور عمليات نقل الأعضاء ، وشيوع التفكير في امكانية الحصول عليها من جثث حديثي (١٨٦) الوفاة .

وبالرابط بين العامل الثاني والأول تنقلب مشكلة نقل الأعضاء إلى مشكلة - حساسة أخلاقياً وطيباً وقانونياً . ففي حالة استئصال الحياة صناعياً ، يكون من المفيد أن يحصل الطبيب على عضو المتوفى قبل توقف الدورة الدموية ، وإلاهدد العضو المطلوب بالعطب وفي نفس الوقت يقف أهل المريض ، على الأقل معترضين على مثل هذا الاحتمال ، الذي يعتبرونه غير إنساني .

(١٨٦) راجع : موزن ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ ، وراجع ريموندس ، المشاكل القانونية لتحديد الموت ، المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٩ ، ص ٣١ وما بعدها ، أحمد شرف الدين ، الرسالة السابقة ، ص ٥٠٨ وما بعدها .

(٨٩)

(١٠٢ - علوم قانونية)

ويترتب على ماسبق صعوبة الاختيار (١٨٧) في موقف صعب ليس من السهل ترجيح أحد جوانبه على الجانب الآخر . فالمرضى مهدد بالموت ينتظر عضواً من جثة شخص قد يعتبر ميتاً من الناحية العلمية ، ولكنه غير ذلك من الناحية المظهرية التي يعرفها الناس ، خاصة ، أهله .

يضاف إلى هذا الجانب جانب صعوبة تحديد الوفاة في بعض الحالات . ومن هنا كان لزاماً أن نحى المريض وهو في سكرة الموت . فهذا الأخير ، وهو تحت جهاز التنفس الصناعي ، لا يجوز أن ترقبه عين طبيب متعجل لإجراء عملية نقل الأعضاء ، طبيب قد تدفعه إلى هذه العملية حميته العلمية ، وقد يقف خلف رغبته صلة قرابة ، أو صداقة ، بالمريض الذي ينتظر إنقاذ حياته .

لذلك يتعين أن نضع ضمانات محددة يسمح للأطباء في ظلها أن يوقفوا أجهزة الحياة الصناعية ويقرروا ألا طائل من وراء هذه الحياة . ثم ينتقلون بعد ذلك إلى أخذ أعضاء الميت إذا سمحت لهم الأسرة ، أو كان المتوفى قد أوصى بذلك .

وقد رأى المجلس القومى للأطباء في فرنسا أن يأخذ رأى أكاديمية الطب في شأن تحديد لحظة الوفاة (١٨٨) ، وطلب من وزير الشؤون الإجتماعية أن يساهم في وضع تحديد قانوني لهذا الأمر . وقد انتهت هذه المحاولة بصدر منشور من الوزير المذكور يوجه الأطباء إلى مجموعة من الوسائل التي يتعين إتباعها للتأكد من حالة الوفاة وهذه الوسائل هي (١٨٩) .

– التحليل العلمي للظروف التي وقعت فيها الحادثة .

– الطابع الصناعي الكامل للتنفس .

– إسترخاء العضلات ، وعدم وجود رد فعل عصبي ، وتختلف كافة ردود

الفعل التلقائية .

(١٨٧) راجع : ماليرب ، المرجع السابق ، ص ٤٣ وما بعدها

(١٨٨) راجع : ماليرب ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ، ٤٤ .

(١٨٩) راجع : ماليرب ، المرجع السابق .

– توقف المخ عن إعطاء أية إشارات أو دلائل على وجود الحياة .
وإذا توافرت المظاهر السابقة ، مجتمعة ، أمكن القول بوفاة المريض علمياً ،
وأمكن بالتالى إيقاف وسائل الإنعاش والتنفس الصناعيين .
ويقع إقرار الوفاة بشهادة طبيين متخصصين بالمستشفى ، إحداهما رئيس قسم
(أو نائبه) (١٩٠) .

(١٩٠) راجع : ماليرب ، المرجع السابق .

(٩١)

الفصل الرابع

معصومية الجسد ومقتضيات الإثبات

تعد هذه المسألة من الإنعكاسات الهامة للتقدم العلمي خاصة في مجال الفحوص الطبية .

ففي بعض الحالات قد يقتضى أمر الإثبات في خصومة قضائية قائمة المساس بجسد أحد الخصوم ، فإن رفض ، فهل يجوز جبره على القبول إخلالاً بمبدأ معصومية الجسد ، أو على الأقل هل يجوز أن يتخذ من الرفض دليلاً على وهن ادعاءاته أمام القضاء .

ومن الواضح ابتداء أن تعارضاً يقوم بين حقوق متقابلة لكل من طرفي الخصومة القضائية ، ويتعين على القاضى أن ينتهى إلى حل هذا التعارض بترجيح مصلحة أحد الجانبين ، إذا لم يتسنى له التوفيق بينهما .

غير أن التعارض ، في مقام المسألة التي نعرض لها ، هو تعارض على قدر كبير من الحساسية والدقة . ذلك أنه يقوم على مقابلة بين مبادئ على قدر من الخطورة والأهمية من وجهة النظر الإجتماعية والقانونية .

ففي مقام « الإثبات والجسد » لا بد أن نبدأ من تصور معين للإنسان . وهل يقوم هذا التصور على أساس أن الإنسان كفرد هو غاية التنظيم القانوني والإجتماعي ، وبالتالي فإن قيمته الذاتية يجب أن تكون فوق كل إعتبار ، أم أن الإنسان بحكم ضرورة معيشتة في جماعة فإنه يعيش لهذه الجماعة ، ويخضع بالتالي لقدر أكبر من الواجبات تجاهها .

ووفقاً للتصور الأول تكون للإنسان حقوق أكثر ، ويترتب على مركزه الممتاز في المجتمع ، نتائج قانونية هامة على كافة مستويات التنظيم الإجتماعي .

ووفقاً للتصور الثاني لا بد أن تختلف النتائج والحلول انطلاقاً من مبدأ ترجيح كفة الجماعة على كفة الفرد .

وفي جميع الحالات إذن فإننا نجد أنفسنا أمام جمع من المبادئ يتحتم علينا أن نستند إلى فلسفتها في فض النزاع بين المصالح والحقوق المتعارضة . والحلول المتصورة في النظم ذات الاتجاه الفردي تختلف ، يقيناً ، عن تلك التي تفرضها النظم الشمولية .

وقد يتدخل المشرع ، في بعض الفروض ، ويتولى ، بنصوص صريحة ، إقرار حق ويرسم له حدود ممارسته في مواجهة الحقوق الأخرى ، وبتعبير آخر قد يتدخل المشرع ليقرر - أولوية لأحد الحقوق ، يقدر أنه جدير بالترجيح (١٩١) أو أن يقره مع تحديد علاقة التوازن بينه وبين غيره من الحقوق التي قد تتعارض معه .

غير أن هذا الأسلوب الأخير هو في الحقيقة نادر الوجود في موضوعنا الذي نعرض له . صحيح أن بعض التشريعات قد تدخلت بنصوص صريحة ، في بعض الحالات ، (القانون الفرنسي) ولكن أمر هذا التدخل مازال في حدود الاستثناءات الضيقة النطاق .

ومن هنا تبدو الصعوبة التي تواجه القضاء في مواجهة التعارض بين مقتضيات الإثبات ومقتضيات معصومية الجسد . فأمام التقدم العلمي الذي قد يقدم له ، في بعض الفروض إثباتاً أقرب إلى اليقين (أو هكذا قد يتصور بعض القضاة) ، يصطدم القاضى بمبدأ المعصومية في ثوب قدسيته التقليدي ، الذي تأكد منذ وقت لم يكن فيه التقدم العلمي قد وصل إلى ما وصل إليه في عصرنا الحديث . وعلى التناهي في بحثه أن يحدد الأهمية الخاصة بكل مصلحة ، من المصالح المتعارضة ، على ضوء المبادئ العامة التي تحكم هذه المصالح والأغراض التي تسعى تلك المصالح إلى تحقيقها ، ثم ينتهي إلى إضفاء الحماية القانونية على المصلحة التي تبدو جديرة بها من حصيلة تحليلية (١٩٢) .

(١٩١) راجع جيني ، أصول التفسير ، الجزء الأول ، رقم ٥٧ ، ٥٨ .

(١٩٢) راجع : جيني : المرجع السابق ص ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

ويقول جيني ، في هذا المعنى ، أن عمل القاضي هو تعبير عن حصيلة توازن المصالح ، وأن موضع التنظيم القانوني الوضعي هو تحقيق الاشباع المناسب للمتطلبات المتنافسة حيث يصبح من تحقيق التوفيق العادل بينها تحقيقاً للأغراض الاجتماعية الإنسانية . والوسيلة العامة للوصول إلى هذه النتيجة تتمثل في الاعتراف بالمصالح القائمة ، وتقييم أهميتها ، ووزنها بميزان العدل ، لكي تتحقق الغاية الأكثر الأهمية وفقاً للمعيار الاجتماعي وفي نهاية المطاف لتحقيق التوازن المطلوب (١٩٣) .

وإذا طبقنا هذا التحليل السابق على موضوع « الجسد والاثبات » فإننا نجد ابتداءً أن هناك حقاً لا شبهة في حمايته وهو الحق في سلامة الجسد . فهو من مسلمات النظام القانوني ، حتى وان لم ينص عليه صراحة في نص قانوني محدد .

ويقابل هذا الحق في سلامة الجسد الحق في الاثبات . وهو بغير شك حق قائم ومعترف به (١٩٤) ، ولعل أبرز مظاهر قيامه وإقراره يتمثل في ما يسمى بالدعوى الوقائية التي تجيز للفرد أن يرفع دعوى للحصول على دليل في نزاع مستقبل ومتمثل الوقوع . ومن قبيلها رفع دعوى لسع شهادة شاهد على وشك الهجرة الهائية أو يحوم حوله شيخ موت غالب الحدوث ، ودعوى اثبات حالة واقعة يخشى أن تتغير معالمها ، أو أنكار بنوة ابن لم ينسب إلى المدعى بعد ، ولكن يخشى أن ينسب إليه بعد وفاته .

والاعتراف بالحق في الاثبات ، في الفروض السابقة ، هو اعتراف واضح ، حيث لا يجوز أن نسمح بالغاية دون أن نقر الوسيلة اللازمة لبلوغها .

وعلى هذا النحو السابق يصبح وضع المشكلة واضحاً . فمن حق أي شخص أن يرفع دعوى إلى القضاء أن يستعين بكافة عناصر الإثبات التي تعاونه في إثبات ما يدعيه . فهل يقابل هذا الحق التزام على عاتق خصمه بالتعاون معه لإظهار الحقيقة ؟ حتى ولو كان التعاون من خلال الجسد ؟ وما هو جزاء رفض المساس بالجسد ؟

(١٩٣) راجع : جيني ، المرجع السابق ص ٥٣٩ .

(١٩٤) راجع تعليق في الأسبوع القانوني ١٩٣٩ - ٢ - ١٢١٥ .

المبحث الأول

موقف القضاء

دراسة تحليلية وانتقادية

اختلف القضاء الفرنسي (١٩٥) في شأن إمكان المساس بالجسد تحقيقاً لمقتضيات الإثبات ، وقد صدرت كثير من الأحكام القضائية في خصوصيات تتعلق بإثبات النسب أو نفيه وكان مثار النزاع هو جواز أخذ عينة من دم أحد الخصوم لتحليلها ، توسلاً إلى تقديم دليل علمي في النزاع (١٩٦) .

وبهنا في هذا المقام موقف القضاء الذي أجاز الالتجاء إلى هذه الوسيلة ، فمثل هذا القضاء هو الذي خرج على مفهوم تقليدي ثابت ، وبالتالي أثار الجدل حول جمع من المبادئ الأساسية في عالم القانون .

ومن أهم الأحكام التي صدرت في هذا الشأن حكم لمحكمة ليل سنة ١٩٤٧ (١٩٧)

وقد ثار النزاع بين زوج وزوجته في شأن بنوة ابن لها . فقد طلب الزوج إحالة الأمر إلى خبير لفحص عينة من دم الأم ودمه ودم الطفل للتحقق من نسبه الطفل إليه . وقد رفضت الزوجة الطلب المذكور ، وودعت بمخالفة لمقتضى الحرية الشخصية ومعصومية الجسد .

(١٩٥) راجع : أحكام أمرت بتحليل الدم بقصد الحصول على دليل للإثبات : محكمة نيس ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ص ٧٩ مارسيليا ٦ مايو سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٨ ص ٤٩٤ ، ربي ١٩٣٩ في J.C.P. ١٩٣٩ - ٢ - ١٢١٥ ، نقض مدني في ٢٩ يونيو ١٩٦٥ ص ٢١ ، نقض ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٧ ص ٥٠ .

(١٩٦) وأحكام رفضت بسبب عدم جدوى التحليل علمياً: السين ٧ نوفمبر ١٩٣٨ في G. C. P. ١٩٣٩ - ٢ - ١٢١٥ ، أنجيه ٦ ديسمبر ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٩ ملخص ٢٢ ، باريس ٢٣ يناير ١٩٤١ دالوز الإنتقادي ١٩٤٣ ص ٩٢ وأحكام ضد المبدأ من أساسه : السين ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ دالوز الدوري ١٩٣٦ - ٢ - ٤١ ، فالنس ٣١ مايو ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨ ص ٧٤ .

(١٩٧) محكمة ليل Lille في ١٨ مارس ١٩٤٧ في J.C.P. ١١٩٤٧ - ٢ - ٣٧٣٧ ، دالوز ١٩٤٧ - ٥٠٧ وما بعدها وتعليق كاربوتيه وراجع حكم محكمة مونتيليبه في ١٥ ديسمبر ١٩٤٨ حيث قررت أنه يتعين على الخصم أن يكون على استعداد للمعاونة في إظهار الحقيقة ، ولكنها أضافت « حتى لا يتخذ رفضه مظهراً للشك في حسن نواياه » .

وقد أمرت محكمة ليل باجراء الفحص المطلوب وقد بررت حكمها بحجج هامة تتلخص فيما يلي :

أن التطور الحالى للعلوم الطبية أثبت تنوع دم الإنسان إلى مجموعات متعددة لكل منها خصائص محددة . وأنه بالفحص يمكن القطع بانتفاء علاقة البنية بين شخصين معينين . يضاف إلى ذلك أن للقاضي ، فى الحدود القانونية المرسومة له ، أن يلجأ ، لتكوين عقيدته ، إلى استخدام الوسائل التى تبدو له مناسبة لظهار الحقيقة وأنه فى حالة انكار البنية يجوز له أن يلجأ ، تحقيقاً للغرض المنشود ، إلى وسيلة علمية لا تدانها أية وسيلة أخرى من وسائل الاثبات .

أما ما دفع به (دفع الزوجة) من أن القانون لا يسمح بإثبات أو نفي البنية إلا بطرق الإثبات غير المباشر فلا ينطبق ، من وجهة نظر محكمة ليل ، على الغرض المعروف ؛ ذلك أن تحليل الدم ، ومقارنته ، لا يقدم أثباتاً مباشراً لنفي البنية ، بل أنه يدخل فى نطاق القرائن التى يترك القانون أمر تقديرها لفتنة القاضي . لذلك يبدو غريباً ، فى رأى محكمة ليل ، أن يستبعد تحليل الدم رغم أنه يقدم يقيناً فى مجال لا تقدم فيه الوسائل الأخرى سوى مجرد احتمالات .

ومن ناحية أخرى فإن دفاع الزوجة بوجوب احترام الحرية الفردية ، وبمقتضى ملكية الجسد الإنسانى . فالرد عليه يتمثل فى أن مسائل الحالة هى من المسائل التى تمس النظام العام . وفى مثل هذه الأمور لا يستطيع أحد الخصوم ، بحجج يثيرها ، أن يعرقل حرية الخصم الآخر فى أن يطلب أدلة يسمح بها القانون ، أو أن يعرقل سلطة القاضي فى أن يسمح باستخدام هذه الأدلة .

وأخيراً تضيف محكمة ليل أن أخذ عينة من دم الأم تعد عملية بسيطة ، وأن المحاكم تأمر ، فى مثل هذه المسائل ، بعمليات خبرة تقتضى من الأطباء أموراً أكثر خصوصية وأكثر حساسية .

وانتهت محكمة ليل بالأمر بالخبرة المطلوبة .

تحليل ونقد لهذا الاتجاه :

استند حكم محكمة ليل السابق الإشارة إليه إلى عدة اعتبارات أهمها أربعة :

- ١ - أن تطور العلوم الطبية قد أثبتت أن فصائل دم الإنسان تتنوع وأن لكل منها خصائص مما يسمح علمياً في بعض الحالات بالتحقيق من انتفاء البنية .
 - ٢ - أن للقاضي أن يستخدم الوسائل التي يعتقد في مناسبتها لإظهار الحقيقة ومنها وسيلة الفحص العلمي التي لاتدانيها غيرها في قوة الإثبات . وأن هذا الفحص يظل في إطار الإثبات غير المباشر لأنه يقدم قرائن يترك تقديرها لسلطة القاضي . كما أنه لايجوز للمدعى عليه أن يعترض وأن يعرقل هذه المهمة .
 - ٣ - أنه لاوجه للتحدى بمسألة الحرية الفردية أو معصومية الجسد لأن مسائل الحالة هي من مسائل النظام العام .
 - ٤ - إن أخذ عينة الدم هي من العمليات البسيطة، التي لاخطورة فيها ، إذا ماقورنت بعمليات أخرى يأذن القضاء في إجرائها .
- وفيا يلي نعرض لتحليل كل من هذه الاعتبارات :

أولاً : بالنسبة للأهمية العلمية للفحص الطبي :

الملاحظ أن المحكمة قد وضعت تحليل الدم بأنه وسيلة للإثبات اليقيني ليس من حق المدعى عليه أن يرفض الإستجابة لها . ويجب علينا ابتداءً أن نضع هذه المقولة في حدودها الصحية ، حتى لانجاوز هذه الحدود في استخلاص نتائج غير حقيقية . لقد أثبتت التجارب الطبية (١٩٨) أن الإثبات المباشر في مسائل البنية هو في حكم المستحيل ، وغاية ما توصل إليه تقدم البحث العلمي هو الوصول إلى قدر من الاحتمالات القوية في اتجاه أو في آخر . أما مسألة اليقين فهي غير واردة أصلاً ، من الوجهة العلمية . وحتى احتمالات الوصول إلى نتيجة مؤكدة لوجودها

(١٩٨) راجع : تعليق الأستاذ Rouast ، منشور في دالوز ١٩٦٦ تحت حكم نقض ٢٩ يونيو سنة ١٩٦٥ .

إلا في مجال نبي البنية ، وفي هذا المجال الأخير لم يتوصل العلم إلى هذه النتائج إلا في حالات محدد (١٩٩).

ثانيا : معصومية الجسد والحق في الإثبات :

أشارت محكمة ليل إلى أن المدعى عليه لا يجوز له أن يعرقل مسير العدالة في مسألة الإثبات . وهذه الإشارة في معرض الوقائع التي أثرت في القضية ، تفيد أن على عاتق الخصم واجبا في المساعدة في الوصول إلى الحقيقة (٢٠٠).

وهنا تفتتح المحكمة نطاقاً آخر هو في صلب فلسفة قانون المرافعات وقواعد الإثبات . ذلك أن لكل نظام قانوني فلسفته التي يستند إليها أو كما أشرنا في بداية هذا الموضوع تتحدد الحلول على ضوء تلك الفلسفة .

ولاشك أن قانون المرافعات في كل من مصر وفرنسا مازال قائماً على فلسفة ترجح فيها الفلسفة الفردية على سواها (٢٠١) . فالخصومة المدنية مازالت إلى حد كبير ، مشكلة أطرافها ، أكثر منها مشكلة تهم النظام العام . ومن نتائج هذا التصور أن القاضى يظل في حلبة الصراع القضائي حكماً محايداً ، لا يتدخل (وإن جاز له التدخل فهو في أضيق الحدود) في مسألة الإثبات وتقديم الأدلة ، فهذه الأشياء متروكة « لأصحاب » القضية أنفسهم دون مبادرة شخصية ، من حيث المبدأ ، من جانب القاضى (٢٠٢) . يضاف إلى ذلك أنه لا يجوز إجبار الخصم على تقديم مستند تحت يده لمصلحة خصمه إلا في حالات إستثنائية بحتة (٢٠٣) تستند إلى مبررات مقبولة عقلا . وهنا يحق لنا أن نتساءل عما إذا كان المبدأ المقرر بالنسبة للمستندات

(١٩٩) راجع : كورنبريست مسئولية الأطباء أمام القانون والقضاء الفرنسيين ص ٤١١ وما بعدها .

(٢٠٠) راجع وقارن : تعليق للأستاذ سافاتييه ، دالوز ١٩٣٦ - ٢ - ٤٢ ، وتعايق آخر

بتوقيع B.D. في J.C.P. ١٩٣٩ - ٢ - ١٢١٥ .

(٢٠١) راجع جلاسون وتسييه ، مطول المرافعات ، الطبعة الثالثة ، الجزء الثاني رقم ٦٠٦ .

(٢٠٢) راجع : على راشد ، اقتناع القاضى (بالفرنسية) رسالة من بارييس ١٩٤٢ ، خاصة

ص ١٥٧ وما بعدها .

(٢٠٣) راجع : موريل ، مطول المرافعات ، رقم ٤٧٩ .

الورقية أولى بالإلتباع بالنسبة إلى جسد الخصم ؟ والإجابة لا تحتاج إلى كثير تأمل .

ويدعم هذا المنطق السابق أن فكرة « ملكية » (٢٠٤) الخصومة المدنية لأصحابها ومبدأ حياد القاضى قد انتهى إلى نتيجة هامة على مستوى تصور حجية الأحكام القضائية .

فالأحكام القضائية لا تستهدف الحقيقة العلمية (٢٠٥) بالمعنى الصحيح ولكنها تستهدف فقط « حقيقة قضائية » . والفارق كبير بين المسألتين . فالأولى تترك المجال مفتوحاً أمام التغيير والتبديل ، فى العلم يجد كل يوم جديد ، وبالتالي لا مجال للتسليم باستقرار مستمر . وهى نتيجة غير مرغوب فيها على مستوى التنظيم الإجتماعى وقد تؤدي إلى زعزعة سيئة وضارة .

أما الحقيقة القضائية فإن صياغتها فى إطار حجية الأمر المقتضى (٢٠٦) يمثل آخر كلمة للنظام القانونى ، ونهايتها مقصودة لذاتها بغض النظر عن تعبيرها عن يقين ليس من الميسور التوصل إليه فى جميع الحالات . لذلك تبدو فكرتى الإستقرار وإنهاء المنازعات هى الخلفيات المنطقية للحقيقة القضائية .

لذلك يبدو حقاً ما أشار إليه الأستاذ كار بونيه من أن الخصومة القضائية فى مسائل الحالة يجب أن تتجرد عن الإستناد إلى جسد الإنسان ، فالحالة كما يتصورها القانون لا تنحصر فى مجرد الحقيقة البيولوجية .. فكل بنوة قانونية تتضمن جزءاً من التبنى ،

(٢٠٤) مع التجاوز فى التعبير .

(٢٠٥) راجع : تعليق H. R. فى سرى ١٩٣٩-٢-١٦ تحت حكم محكمة السين فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ . الذى يلاحظ أن المحكمة فاتها أن هدف الدعوى ليس هو كشف الحقيقة على ذات المستوى الذى تكون فيه الحرب وسيلة لنصرة الحق . فنحن نعلن الحرب لنصرة السلام .. وترفع الدعوى لتنتهى القضية إلى حجية الأمر المقتضى . أما نصرة الحق المطلقة فأمره متروك لعلام الغيوب ، ومهمة القضاء هى أكثر بساطة .. فهى على مقياس قوة البشر .. تتحصل فى كشف الحقيقة القضائية فى حدود الألتزام بأحكام القانون . راجع وقارن سافاتييه ، تعليق فى دالوز ١٩٣٦-٢-٤١ .

(٢٠٦) راجع وقارن : على راشد ، المرجع السابق ، ص ١٣٩ وما بعدها .

فهى علاقة دم ، هذا حق ، ولكنها أيضاً علاقة تعود ومشاعر ، وعقيدة خاصة بأصحاب الشأن ، إذن نفسية المتقاضى وليس جسده ، هى التى تمثل محور القضية (٢٠٧) .

ثالثاً: الحرية الفردية ، معصومية الجسد والنظام العام :

وفقاً للقضاء الذى يجيز المساس بالجسد لا وجه للتحدى بالحرية الفردية عندما يكون الأمر متعلقاً بالنظام العام .

وقد قدرت محكمة ليل أن إنهاء وجه النزاع فى مسألة الحالة (مشكلة البنية) . هى من ضروريات النظام العام التى يمكن نزولاً على مقتضاها المساس بجسد خصم المدعى عليه .

والمبدأ على هذا النحو شديد الخطورة خاصة إذا تم تعميمه ، وهو ما تميل إليه صياغة حكم محكمة ليل السابق عرضه . لذلك يجوز نقده من نواح عدة .

فن ناحية أولى لا يجوز وضع المصلحة فى تحقيق الخصومات القضائية أياً كان موضوعها ، على ذات مستوى الأهمية الذى تمثله معصومية الجسد . فهذه الأخيرة تكون قيمة أساسية فلسفياً واجتماعياً . كما أن حمايتها هى أحد الأسس الثابتة فى النظام القانونى (٢٠٨) .

فن الناحية الفلسفية فإن حماية الجسد هى حماية لروح الإنسان ، فالجسد وعاء للروح بما يرتبط بها من كيان معنوى ، والعنصران ، بالتالى ، مرتبطان على نحو لا يجوز فصله .

ومن الناحية القانونية ليس من المقبول أن نقابل قيمتين ليستا على ذات المستوى من الأهمية . فعصومية الجسد تمثل حرية أولية وأساسية ، فى حين أن « الحق » فى الإثبات هو مجرد مكنة عامة تسمح للشخص أن يستخدم الوسائل التى تجيزها له الحياة الاجتماعية والقانونية دفاعاً عن ادعاءاته أمام القضاء .

(٢٠٧) راجع : كاربونية ، التعليق السابق .

(٢٠٨) راجع : فردية ، التعليق السابق فى J.C.P. ١٩٣٩ - ٢ - ١٢١٥ .

ومن ناحية ثانية أقرت محكمة ليل بمعصومية الجسد من حيث المبدأ ولكنها قيدتها بحجة مقتضيات النظام العام (٢٠٩). وهنا يمكن الخطورة بالنسبة لهذا الاتجاه . ففكرة النظام هي فكرة غير منضبطة إنضباطاً كاملاً أو بالتالي تستطيع أية محكمة أن تستر وراءها للقضاء بما تراه ، الأمر الذي يمثل خطورة على حريات الأفراد وضماناتهم . وفي حالة غياب النصوص القانونية التي تميز المساس بالجسد فإن النظام العام هو الذي يمنعه فكيف به يهدر مبدأ المعصومية تحت شعار حماية مصلحة أخرى ؟

عدم خطورة المساس بالجسد وبساطته :

وبالنسبة لعدم خطورة المساس بالجسد وبساطته فإن الأمر يبدو وقد وضع على نحو خاطئ . فكما أشرنا من قبل تختلط في هذه المسائل الإعتبارات المادية الخاصة بالمساس بالجسد ، بالإعتبارات المعنوية ، الخاصة بالكيان المعنوي والمشاعر والأحاسيس . فالمساس بالجسد يصب يقيناً في أغلب حالاته في وعاء الكيان المعنوي للإنسان . وبالتالي تصبح المشكلة على غير مستوى البساطة التي أشارت إليها محكمة ليل .

وقد أشارت المحكمة في هذا المجال إلى أن القضاء يميز المساس بالجسد في حالات أكثر خطورة وحساسية وهذه الإشارة غير دقيقة على إطلاقها . ففي نطاق القانون الجنائي ، وهو أكثر القوانين إجازة للتعرض للشخص ، لاجمال للمساس بحرية الشخص أو جسده ، قبل الحكم عليه ، إلا في نطاق الحبس الاحتياطي والتفتيش الذاتي ، وفي الأحوال التي يميزها القانون . أما ما هو أكثر من ذلك كتجليل الدم مثلاً ، فلا مجال له إلا أن وجد نص صريح بإباحته (٢١٠) .

وفي نطاق القانون المدني توجد حالات في التعرض لشخص الانسان ، ولكن أغلب هذه الحالات تم بناء على طلب صاحب الشأن نفسه أو طلب ذويه ، وهي تتبع أيضاً لمصلحته : ومن قبيل ذلك فحص الشخص لاثبات خلل في

(٢٠٩) راجع : كاربونييه ، التعليق السابق .

(٢١٠) كاربونييه ، التعليق السابق ، جلاسون وتسييه ، المرجع السابق جزء .

قواه العقلية لأقرار عدم مسئوليته جنائياً ، أو فحص شخص لتقدير مدى الضرر الذى لحق بجسمه ، أو فحص بكاراة أنثى لاثبات عدم معاشره زوجها لها كسند لطلب الحكم بالتطليق .

أما فى غير هذه الحالات فإزال الأمر على النحو الذى نتمسك به ، وهو بقاء مبدأ المعصومية على أوسع مدى ممكن .

لذلك كانت محكمة النقض المصرية موفقة حين قضت سنة ١٩٥٦ (٢١١) بأنه لا يجوز إلزام انسان بتقديم دليل ضد نفسه عن طريق الاعتداء على حرته الشخصية . وتطبيقاً لذلك يكون من غير المقبول طلب إجراء الكشف الطبى على انثى كرهاً عنها رغبة فى اثبات حالتها الجنسية ، بعد أن صرحت بامتناعها عن إجراء هذا الكشف ، لأن هذا العمل فضلاً عما فيه من إهدار لآدميتها فإنه اعتداء شاذ تأباه الكرامة الانسانية ويتنافى مع الحرية الشخصية .

المبحث الثانى

جزء رفض المساس بالجسد لأغراض الإثبات

تبقى صعوبة أخيرة فى مذهب القضاء المؤيد للمساس بالجسد وهى كيفية تنفيذ الأمر بهذا المساس ؟ .

يذهب الفقيه الفرنسى ديمولب (٢١٢) إلى أن المدعى عليه غالباً ما يرفض فحصه بواسطة الخبير بأعتبار أن الفحص ، خاصة فى مسائل إثبات العجز الجنسى لأحد الزوجين ، مهين لكرامته ومساس بشعوره . ومع ذلك فإن هذا الفقيه الكبير لا يرى مانعاً من استخدام القوة لاتخاذ الاجراء المطلوب .

وحججه فى هذا المذهب متعددة :

فمن ناحية يتعين فى تقديره أن تنفذ أوامر القضاء فى كل حالة يكون فيها ذلك ممكناً فليس المطلوب هو اتخاذ موقف ايجابى من جانب المدعى عليه بل يتعلق الأمر بموقف

(٢١١) نقض ٢١ يونيو سنة ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٧ - ص ٧٣٧ .
(٢١٢) ديمولوب تقنين نابليون ، مطول الزواج ، (الجزء الثالث) ١٨٦٥ ، رقم ٢٥٤ ، ص ٤٢٤ وما بعدها ، خاصة ص ٤٢٧ وما بعدها .

سلبى يتمثل فى الأمتناع عن الخضوع للفحص الطبى ، والمطلوب بالتالى هودفعه للاستسلام لهذا الأمر .

ومن ناحية ثانية فإن أمثلة متعددة لمثل هذا الأمر تم فى نطاق القانون الجنائى ، فى جرائم الأغتصاب تأمر المحكمة بفحص المتهم ، خاصة حين تكون جريمة الأغتصاب قد أدت إلى انتقال مرض معد إلى المجنى عليها . كما أن اجراءات ماسة بالجسد يتم اتخاذها أيضاً فى نطاق التفتيش الجمركى أو البحث عن الأسلحة .

ولذلك ينتهى ديمولب إلى أنه ليس من حق المدعى عليه أن يعوق تنفيذ أمر قضائى بفحص حالته ، ويعرقل بالتالى سير التحقيق والعدالة .

ولم يفى الفقيه ديمولب أن ينبه فى النهاية إلى أن رأيه ، المشار اليه ، فريد فى نوعه ، ولايشاركة فيه غيره (٢١٣) .

والحجج السابقة غير مقنعة ، فالأمثلة التى قدمها الأستاذ ديمولب انما تبررها المصلحة العامة المرتبطة بجرائم جنائية ، وهى لذلك توجهه إلى متهمين فى جرائم محددة فى نطاق الأغتصاب أو فى نطاق الرسوم الجمركية أو حمل السلاح . وبالتالى فلا يجوز أن يقاس على هذه الحالات غيرها ، خاصة واننا فى صدد الاثبات فى نطاق المسائل المدنية .

أما الأستاذ كاربونييه فيلاحظ أن جزاء الأمتناع عن الخضوع لأجراء التحقيق فى مذهب محكمة ليل عن طريق المساس بالجسد ، انما هو جزاء غير مباشر . حيث يمكن اعتبار الأمتناع بمثابة الاقرار الضمنى بادعاءات الخصم ويتوافر نموذج هذا الجزاء فى كل حالة يتعذر فيها العمل المباشر على جسم الانسان (٢١٤) .

وحصيلة هذا الرأى أن القانون يدفع الفرد إلى تحقيق هدف الاستجابة لمقتضيات التحقيق والاثبات ولكن دون المساس بأشخاصهم مادياً . ومن التطبيقات

(٢١٣) راجع ديمولب ، المرجع السابق ، ص ٥٠٩ .

(٢١٤) كاربونييه ، التعليق السابق ، ص ٤١٨ .

المتعددة لهذه الفكرة أن امتناع الخصم عن الحضور في خصومة قائمة يجيز للمحكمة أن تستخلص من عدم حضوره قرينة ضد مصالحه وادعاءاته (٢١٥).

والمنطق السابق هو ما استلهمته محكمة ليل عندما أشارت إلى أن تحليل الدم يمثل مساساً أقل خطورة من حالات أخرى يعرفها النظام القانوني .

ورغم ذلك فأنا لانستطيع - بغير نص تشريعي - أن نستخلص من رفض المساس بالجسد دليلاً ضد من يحتوى مبدأ المعصومية . ذلك أن كل ما يملكه القاضى هو أن يستخلص قرينة من الرفض ، و لكن هذه القرينة لا يجوز أن تكون دليلاً كاملاً . وغاية الأمر أنها ترجح ، في يقين القاضى ، أمراً يحتمل الحكم فيه أحد وجهين لكل منهما أسانيد الأخرى وأدلته (٢١٦) .

ومصدقاً لهذه الملاحظة الأخيرة فأنا لانتصور أن يتخذ رفض الأم ، مثلاً أخذ عينة الدم منها ، لتحليلها ، دليلاً على نفي بنوة ابنها لزوجها (٢١٧) . وإلا كيف يتخذ الرفض ، كوقف سلبى أساساً لدليل إيجابى في الاثبات . وبالمقابل لذلك حين ترفع الدعوى من أم لطفل غير شرعى على من تدعى أنه والده ، فإن رفض الأب تحليل عينة من دمه لا يجوز بحال أن يتخذ أساساً لاثبات ابوته لذلك الأبن (٢١٨) .

وهو ما يمثل ضغطاً على ارادته (٢١٩) في اتجاه الانصياع لأوامر المحكمة ، بل أن القانون الفرنسى يجيز للقاضى أن يعتبر الامتناع عن الحضور بمثابة مبدأ ثبوت

(٢١٥) راجع : Holleaux ، تعليق في دالوز ١٩٥٢ ص ٤٠١ تحت حكم لمحكمة باريس في ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٢ .

(٢١٦) راجع وقارن : هرو ، تعليق على قانون ٥٣ مايو سنة ١٩٤٢ المعدل للمادة ٣٢٤ من قانون المرافعات الفرنسى منشور في دالوز الانتقائى ١٩٤٣ - ١٠ وما بعدها (قسم التشريع L) . (٢١٧) راجع في الموضوع : ماليوب ، الطب والقانون الحديث ، باريس ١٩٦٨ ، خاصة ص ١٦٣ وما بعدها .

(٢١٨) راجع : روست ، التعليق السابق الإشارة اليه .

(٢١٩) راجع : موتلسكى ، تقرير مقدم للمؤتمر الرابع للقانون المقارن ١٩٥٤ حول دور القاضى والخصوم ، منشور في : دراسات القانون المعاصر باريس ١٩٥٩ .

بالكتابة(٢٢٠) ، بحيث يجوز لصاحب المصلحة أن يثبت ادعاءاته بالقرائن وشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة(٢٢١) .

ويتحقق ذات المفهوم فيما نص عليه قانون التأمين الاجتماعي الفرنسي من ، الزام العامل باتباع تعليمات العلاج وإلتعرض لجزاءات مالية تتحصل في تخفيض مستحقته لدى هيئة التأمين الاجتماعي . كذلك الحال في حوادث العمل حين يرفض الورثة تشريح جثة العامل المتوفى أثر الحادث ، حيث ينقلب عبء الاثبات ، نتيجة لذلك الرفض، فيلقى على عاتق الورثة عبء اقامة الدليل على رابطة السببية بين الوفاة والحادثة(٢٢٢) .

ففي جميع الفروض السابقة إما أن يقبل صاحب المصلحة المساس بالجسد وإما أن يقبل مايرتبه القانون ، أو القضاء ، من أثر رفضه ، وهو أثر في غير مصلحة صالحه بطبيعة الحال .

(٢٢٠) راجع نص المادة ٣٢٤ من قانون المرافعات الفرنسي (معدلة بقانون صدر في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٢ التي نص على أن للقاء أن يأمر بحضور أحد الخصوم فأن امتنع عن الحضور أو حضر ورفض الإجابة جاز للمحكمة أن تستخلص من ذلك ما تراه من نتائج وأن تعتبر من عدم حضوره أو عدم إجابته على الأسئلة مبدأ للثبوت بالكتابة .
(٢٢١) كاربونييه ، التعليق السابق .
(٢٢٢) راجع كاربونييه ، التعليق السابق ، وراجع في الموضوع : مالرب الطب والقانون الحديث ، باريس ١٩٦٨ ، ص ١٥٩ وما بعدها .

الخاتمة

تبين من الفصول السابقة مدى خطورة الموضوع الذي عرضنا لدراسته ، ومدى ثراء المشاكل القانونية ، التي لازمتها . ورغم وحدة العنوان « معصومية الجسد » إلا أن البحث صب في نواح متعددة يربطها خيط واحد وهو أن ما يثيره من مشاكل هي مشاكل المساس بجسم الانسان .

ومن أبرز النتائج التي يمكن استخلاصها في هذا النطاق هو ذلك الارتباط الوثيق بين حماية جسم الانسان ، وتدعيم حرمة الشخصية ، والحفاظ على كثير من الجوانب المعنوية كمشاعره وكرامته . « فالبنى والمعنى » وجهان لكيان واحد هو الانسان . وقد كان واضحاً أن هذا الارتباط الوثيق بين الشقين قد امتد بتأثيره إلى ما بعد انقضاء الحياة ؛ ليضع مفهوماً ، مازال قائماً لاحترام جثة الانسان ، وجعل التصرف فيها ، إذا أجزى ، منوطاً بإرادة الفرد ذاته أو أفراد أسرته .

وقد اقتضى الارتباط الذي لا انفصام له بين جسم الانسان وكيانه المعنوي أن تبلورت كل مشاكل المساس بالجسد في إطار المقابلة بين مبادئ حماية الشخصية والحرية الفردية من جانب ، مقتضيات طارئة ، فرضتها اعتبارات تطور العلاقات الاجتماعية أو تطور العلوم الطبية من جهة أخرى .

ففي كل مشكلة كان أمامنا أن نختار بين الانسان كفكرة أو مفهوم فلسفي وبين مقتضى العلاج ، أو نقل الأعضاء ، أو الاثبات ... الخ .

وقد التزمنا بجانب ترجيح الجانب الأول على ماعدها ، ولكن هذا الترجيح كان وفق مستويات متعددة . المستوى الواضح فيها هو أن نطاق مشروعية المساس يتسع كلما كان الهدف مصلحة الانسان نفسه وفي حدود هذه المصلحة . وتقدم احكام المسئولية الطبية نموذجاً واضحاً لهذا الاتجاه ، ومع ذلك فهي تضيف معنى لتوازن العلاقة بين الطبيب ومريضه ترجيحاً لحرية هذا الأخير في الاختيار الدائم ، في

كل موقف يقتضى وجوب الحصول على رضاه . ومن هنا كان إرجيح قدر من التشدد في ضرورة الالتزام بمقتضى تبصير المريض والحصول على رضاه ، والاكتفاء بالخطأ أياً كان قدره لأعمال مسئولية الطبيب . وقد رأينا السياسة القضائية ، في هذا النطاق دعوة للأطباء بأن يلتزموا جانب الحذر ، وأن يؤدي كل منهم ماتفرضه عليه اليقظة الواجبة وإلا تمت مؤاخذته على خطئه الذى لا ينتج بالضرورة ، الضرر في حق المريض .

كما أن من مظاهر المفهوم الخاص لشخص الانسان وحرمة كيانه مظهر من اتجاهات في الفقه والقضاء حول حصر مشروعية المساس به في أضيق الحدود من ناحية ، واستناداً إلى باعث مشروع متفق مع النظام والأداب العامة من ناحية أخرى . ومن الأحكام الحديثة نسبياً والتي تتفق مع هذا المعنى ما قضت به محكمة باريس سنة ١٩٦٩ (٢٢٣) ببطلان شرط ، في اتفاق ، يقضى بأن يقف شاب عارى أمام احدى الكاميرات ، لتصوير فيلم ، يقوم فيه أحد الأطباء برسم « وشم » على جزء من جلده ، عن طريق احداث حروق في جسمه . وقد اعتبرت المحكمة أن مثل هذا الاتفاق باطل لمخالفته للأداب العامة والنظام العام .

وفي اطار الحفاظ على المعنى في الانسان أيضاً ، جاء قانون الصحة العامة ، في فرنسا (٢٢٤) ، وكذلك قانون بنك الدم في مصر ، ليشير إلى تعويض أو مكافأة من يقدم دمه ، ولم يتعرض لبيع أو شراء .

أما بالنسبة لمشكلات نقل الاعضاء ، فقد أشرنا إلى أن الواقع في شأنها قد سبق القانون . ومع ذلك فإن النظام القانوني ؛ في رأينا ، لا يسمح بإقرار مشروعيتها ، في وضعه الراهن . وهو أدعى لحماية الناس في مثل هذه الحالات الخطرة .

ونعتقد أنه لا بد أن يصدر قانون ينظم الموضوع ذلك أنه بحكم خطورته يستأهل قدراً أكبر من الانضباط يتجاوز حتى ماتقتضيه في ظروف العمليات الجراحية

(٢٢٣) باريس في ٣ يونيو سنة ١٩٦٩ جازيت دي باليه سنة ١٩٦٩ - ٢ - ٥٧ .

(٢٢٤) قانون صادر في ١١ يوليو سنة ١٩٥٢ .

العادية . ويتعين ابتداء أن يناط إجراء هذه العمليات بمستشفيات متخصصة (جامعية) يتولى القانون تنظيمها وكيفية عملها .

ومن ناحية ثانية يجب أن يكون نقل الأعضاء بغير مقابل وذلك حتى لا يتحول الأمر إلى تجارة في غير موضعها ، وحتى تبقى الدوافع إليها ، وتقدير مبرراتها في إطار إنساني . وعلى أية حال فإن الطابع المجاني ، هو ما يلوح ، كما سبق القول في القوانين التي تنظم الحصول على الدم (٢٢٥) .

واتفاقاً مع هذا المعنى قدم في فرنسا مشروع لتكظيم نقل الأعضاء سنة ١٩٧٤ ، وقد جاء في هذا المشروع أن من يعطى أحد أعضائه يعوض عن مصاريف الانتقال والعيادة ، مع عوض على الأيام التي بقي فيها بغير عمل . وواضح مافي هذا المشروع من اصرار على هذا المعنى الاجتماعي ، الذي يريد التأكيد عليه . يضاف إلى ذلك أنه في غياب القانون المنظم لعملية نقل الأعضاء ، تكونت في فرنسا جمعيات بهدف تشجيع أخذ الأعضاء والمحافظة عليها ، وقد تكونت هذه الجمعيات وفقاً لقانون سنة ١٩٥١ الذي يرفض الطابع المجاني على نشاط مثل هذه الجمعيات .

ومن ناحية ثالثة فإن عمليات نقل الأعضاء لا بد أن تجد حداً عاماً في إطار المشروعية الأخلاقية (٢٢٦) .

(٢٢٥) راجع : ديكوك ، المرجع السابق ، رقم ٨٨ وما بعدها .

(٢٢٦) من المظاهر التي تقتضى الحذر في هذا الموضوع الجمعيات التي تكونت لتتخزين السائل المنوي بقصد الاستفادة منه في التلقيح الصناعي . ذلك أن هذه المسألة محل نقاش من أساسها ، وتثير العديد من المشكلات القانونية ، فهل الحصول على الحيوان المنوي من غير الزوج يعد زناً أم لا ، هل يجيز الطلاق في القوانين التي تقيدته ؟ وهو ما يقدم الحذر الذي الإلتزامه في صدد مشروعية نقل الأعضاء : راجع : دون نظام زرع الأعضاء ، باريس ١٩٧٠ ، ص ١١٧ ، ديركنز ، الرسالة السابق الإشارة إليها ، ص ٦٦ . وقد قضت محكمة بوردو في حكم قديم بعدم مشروعية مثل هذه العملية في ٢٥ أغسطس ١٨٨٣ ، أشار اليه ديركنز ، الوضع السابق ، كما قضت في ذلك المعنى محكمة ليون في ٢٨ مايو سنة ١٩٥٦ دالوز ١٩٥٦ - ٦٤٦ وتعليق بريتون ، ولم يميز هذا الحكم بين ما إذا كان من تطلع بالسائل المنوي هو الزوج أم شخص اجنبي .

فالأداب العامة تضع قيوداً (٢٢٧) على حرية الشخص في التصرف في جسده في الحدود التي يجوز له فيها ذلك . وقد كشف العمل عن ضرورة أن يراعى أى تشريع يصدر في هذه المسألة قدراً اوفى من الوضوح والحسم . وقد عرضت على القضاء الفرنسى حالات تثير هذه الملاحظة (٢٢٨) .

ومن ناحية رابعة يتعين أن يراعى هذا القانون الخطورة التي تترتب على نزع عضو من شخص إلى آخر ، ومدى التضحية التي يتعرض لها المعطى . كما يجب أن يوضع لهذا الأمر تنظيم طبي محدد ، يتولاه أطباء متخصصون وعلى سبيل المثال يجب أن يحظر اجراء عملية نقل الأعضاء على سبيل التجربة حظراً مطلقاً . ذلك أنه إذا كانت التجربة مقبولة ، وفق بعض القيود ، في صدد أوجه العلاج العادى فإن أمرها في نطاق نقل الأعضاء ليس له ما يبرره بتاتاً .

وأخيراً نعتقد أن مسألة نقل الأعضاء لا بد أن تنحصر من حيث المبدأ بين الأقارب حتى درجة معينة ، وهو ادعى ؛ طبيياً ، لانتاحة أكبر فرصة للنجاح ، حيث تقل احتمالات رفض جسم المريض (القريب) للعضو الذي تلقاه من أحد ذوى قرابه (٢٢٩) .

(٢٢٧) راجع : توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦ ، رقم ٢٨٥ ، ص ٤٧٣ ومابعدها .

(٢٢٨) راجع ماورد ذكره في الهامش السابق .

(٢٢٩) يلاحظ أن هذه الشروط التي عرضنا لها لا تخل بشرط عام في جميع حالات المساس بالجسد وهو شرط الحصول على الرضاء المستنير لمن أعطى ولمن أخذ . غاية الأمر أنه يتعين أن يكون التبصير في هذا المقام تفصيلاً ، يتضمن ، خاصة بالنسبة للمعطى ، بيان كافة الاحتمالات التي تتعرض لها صحته نتيجة لفقد العضو الذي يتنازل عنه .

