الرضا عن القاصر في العقد الطبي (دراسة مقارنة)

بن النوي خالد.
أستاذ مساعد قسم أ
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة عباس لغرور خنشلة.

ملخص:

الأصل أن الرضاء في العقد الطبي يصدر من المريض نفسه وعليه فالطبيب يلتزم باحترام إرادة المريض نفسه، ويلتزم بتبصره بمخاطر العمل الطبي، إلاّ أنه يمكن أن يكون المريض عديم الأهلية ومن ثم غير قادر على التعبير عن إرادته، وهو ما يستلزم وجود ممثل قانوني يحل محله في ابرام التصرفات القانونية الذي يمثل العقد الطبي واحد منها.

وهذا الوضع يتحقق عندما يكون المريض صغيرا غير مميز، أو مجنونا أومعتوها لا يعتد القانون بإرادته. ولكن يلاحظ أنه في حالات عديدة يكون التدخل على قاصر، ولكنه مميز وله درجة من الوعي والادراك لما يعانيه من مرض، ودرجة خطورته. ولذلك فإن حلول ارادة الممثل القانوني محل ارادة المريض تدفعنا للتساؤل حول حدود هذه النيابة، فهل هي مطلقة، بحيث يعتد بإرادة النائب وحده؟ أم يجب احترام ارادة الصغير أيضا؟.

وهناك بعض الحالات تستدعي تدخل طبي ضروري أو استعجالي من طرف الطبيب، ولكنه يلقى هذا الأخير تعارض من طرف الممثل القانوني، فما هو الحل في هذه الحالة؟ فهل يتصرف الطبيب بنفسه؟ أم يجب أن يلجأ لجهة معينة ادارية أو قضائية للحصول على اذن بالتدخل؟

Résumé: Le principe de base est que la satisfaction dans le contrat médical délivré par le patient lui-même et le médecin est engagée à respecter propre volonté du patient, et est déterminé les dangers du travail médical, mais il peut être patient inapte et est incapable d'exprimer sa volonté, qui nécessite la présence d'un représentant légal résoudre Il a été remplacé à la conclusion d'actes juridiques qui représente le contrat médical et l'un d'entre eux. Cette situation est atteint lorsque le patient est faible. Mais notez que dans de nombreux cas l'intervention d'un mineur, mais il est particulière et possède un degré de prise de conscience et la compréhension de la souffrance de la maladie, et le degré de gravité. Par conséquent, le représentant légal remplacera la volonté du patient nous amène à interroger sur les limites de cette poursuite Solutions, il est un absolu, de sorte que la volonté du

procureur significative seul? Ou devrait respecter la volonté de la petite aussi? Il ya quelques situations appeler en cas d'urgence ou d'une intervention médicale nécessaire par un médecin, mais il jeté ce dernier opposée au représentant légal de la partie, ce qui est la solution dans ce cas? Est ce que le médecin lui-même agit? Ou il doit recourir à certaine main administrative ou judiciaire pour obtenir la permission d'intervenir

المقدمة:

من المبادئ المتفق عليها أنّ الإرادة هي أساس التصرفات القانونية بصفة عامة، والإرادة المشتركة هي أساس العقد، أو ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الإرادة، فالتعبير عن الإرادة عن طريق الإيجاب أو القبول يجعل من صدرت منه طرفا في العقد أو في التصرف القانوني، هذه القاعدة تطبق في مجال التصرفات المالية وتطبق أيضا في خصوص التصرفات القانونية المتعلقة بجسم الإنسان، هذه التصرفات تتمثل في العقد الطبي الذي ينعقد من حيث الأصل بإرادة كل من الطبيب والمريض اللذان تنصرف إليهما آثار هذا العقد.

إن المبدأ العام في ترتيب الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة في حق من صدر منه هذا التعبير، لا ينفي وجود فروض يجوز فيها بمقتضى القانون أو الاتفاق، أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص ويرتب أثره في مال شخص آخر. نتيجة لضرورات اقتصادية واجتماعية، فضرورات إدارة أموال القصر وعديمي الأهلية، والرغبة في عدم ترك هذه الأموال نهبا لكل طامع أملت إقامة نظام للولاية على المال تحل فيه إرادة شخص – هو بحسب الأحوال الولي أو الوصي أو القيم- محل إرادة القاصر أو المحجور عليه، بحيث يصدر التعبير عن الإرادة من شخص وينتج أثره في مال شخص آخر.

وإذا كان القانون قد أقر هذا الخروج على المبدأ في مجال التصرفات المالية، فهل يمكن اقراره في مجال التصرفات الواردة على جسم الإنسان؟.

فالأصل أن الطبيب يلتزم باحترام إرادة المريض نفسه، ويلتزم بتبصره بمخاطر العمل الطبي، وكذلك يتعين الحصول على رضاء مباشر من طرف المريض، إلاّ أنه يمكن أن يكون المريض عديم الأهلية ومن ثم غير قادر على التعبير عن إرادته، وهو ما يلتزم وجود ممثل قانوني يحل محله في ابرام التصرفات القانونية الذي يمثل العقد الطبي واحد منها.

وهذا الوضع يتحقق عندما يكون المريض صغيرا غير مميز، أو مجنونا أومعتوها لا يعتد القانون بإرادته. ولكن يلاحظ أنه في حالات عديدة يكون التدخل على قاصر، ولكنه مميز وله درجة من الوعي والادراك لما يعانيه من مرض، ودرجة خطورته. ولذلك فإن حلول ارادة الممثل القانوني محل

ارادة المريض تدفعنا للتساؤل حول حدود هذه النيابة، فهل هي مطلقة، بحيث يعتد بإرادة النائب وحده؟ أم يجب احترام ارادة الصغير أيضا؟.

وهناك بعض الحالات تستدعي تدخل طبي ضروري أو استعجالي من طرف الطبيب، ولكنه يلقى هذا الأخير تعارض من طرف الممثل القانوني، فما هو الحل في هذه الحالة؟ فهل يتصرف الطبيب بنفسه؟ أم يجب أن يلجأ لجهة معينة ادارية أو قضائية للحصول على اذن بالتدخل؟

هذه الفرضيات وغيرها تدفعنا للبحث في هذا الموضوع من خلال طرح عدة أسئلة أهمها:

ما هو دور الأقارب في الرضاء بالأعمال الطبية على المريض القاصر؟.

هل الرضاء عن القاصر يدخل في نطاق الولاية على المال، أم الولاية عن النفس؟.

هل يمكن أن نضع سنا محددة للأهلية في مجال الرضا بالتدخلات الطبية؟ خاصة وأن درجة الفهم والادراك تختلف من شخص لآخر؟.

هل الطبيب ملزم بالحصول على موافقة من ينوب عن الصغير وحده؟ أم يجب احترام ارادة الصغير أيضا؟.

وما هو الحال في حالة تعارض ارادة الطبيب مع ارادة الأقارب؟.

وسنحاول الاجابة عن هذه الأسئلة وغيرها في هذا البحث، من خلال التطرق أولا لدور الأقارب في الرضاء بالأعمال الطبية عن المريض القاصر (المبحث الأول) في القانون الفرنسي والجزائري والمصري، وثانيا التطرق لحدود تدخل أقارب المريض (المبحث الثاني)، ومدى احترام ارادة المريض.

المبحث الأول: دور الأقارب في الرضاء بالأعمال الطبية عن المريض القاصر.

سوف نتكلم في هذا المبحث عن الرضاء عن القاصر في القانون الفرنسي، باعتباره القانون الذي تناول هذه المسألة بنوع من التفصيل، ونتكلم كذلك عن الرضاء عن القاصر في القانونين الجزائري والمصري من خلال البحث عن نطاق الاذن في التعامل في جسم الإنسان هل يدخل في نطاق أهلية المال (الولاية على المال)، أم في نطاق أهلية النفس (الولاية على النفس).

المطلب الأول: الرضا عن القاصر في القانون الفرنسي

ميز القانون رقم 459 لسنة 1970 [1] بين الحماية القانونية للذمة المالية للقاصر عن طريق نظام الأموال، وبين حماية شخص القاصر والتي تتم عن طريق سلطة الوالدين، هذه الأخيرة هي التي تعنينا وحدها في المجال الطبي، إذ أنّ صلة الأعمال الطبية بالذمة المالية هي صلة محدودة.

الفرع الأول: كيفية ممارسة السلطة فيما يتعلق بالرضاء بالأعمال الطبية:

تميز نصوص القانون المدني المتعلقة بالسلطة على شخص القاصر بحسب وضع الوالدين وما إذا كان متزوجين أم مطلقين أم يمران بمرحلة الانفصال الجسماني وبحسب ما إذا كانت الأبوة شرعية أم طبيعية. والوضع الطبيعي طبقا للنصوص والواقع العملي أن يمارس السلطة على الصغير بواسطة الوالدين معا، ولكن هناك فروضا تباشر فيها السلطة بواسطة واحد منهما فقط.

أولا: ممارسة السلطة بواسطة الوالدين معا.

هذا هو وضع الوالدين اللذين تجمعهما رابطة زوجية قائمة وليس بينهما انفصال جسماني، ففي هذه الحالة يباشر الوالدان السلطة بصورة مشتركة، ومن ثم يستطيعان أن يقبلا نيابة عن الصغير التدخل الطبي الذي يراد إخضاع هذا الأخير له، ولا تختلف طريقة مباشرة السلطة على الصغير بحسب ما إذا كان هذا الأخير ولدا شرعيا أم ولدا بالتبني، فالسلطة تباشر في الحالتين بطريقة واحدة. (2)

وكمبدأ عام، فإنّ الطلاق أو الانفصال الجسماني لا يحول دون مباشرة السلطة على الصغير بصورة مشتركة ولا يجوز العدول عن ذلك إلاّ إذا كانت مصلحة الصغير تتطلبه، حيث يعهد القاضي إلى أحد الوالدين بممارسة السلطة وحده، (3) والسلطة على الطفل الطبيعي يمكن أيضا أن تمارس بالاشتراك بين الوالدين ويكفي أن يعلن الوالدان رغبتهما في ذلك أمام قاضي الشؤون الأسرية بعد أن يكونا قد اعترفا معا ببنوة الصغير. (4)

ثانيا: ممارسة السلطة بواسطة أحد الوالدين

قد يباشر أحد الوالدين السلطة تحت رقابة الوالد الآخر، وقد ينفرد أحد الوالدين بمباشرة السلطة وحده.

1- ممارسة السلطة بواسطة أحد الطرفين تحت رقابة الطرف الآخر:

هذه السلطة تمارس في حالة الوالدين المطلقين أو المنفصلين جسديا، عندما تقرر أحدهما دون الآخر السلطة على الصغار، فالوالد الذي لم يمنح هذه السلطة تكون له مع ذلك رقابة على تربية أولاده، ويجب أن يحاط علما بالاختيارات الهامة المؤثرة في حياة هؤلاء (5) بما في ذلك الرضاء بأي عمل يمس جسم الصغير.

ويمكن أن يتضمن الاتفاق على الطلاق أو الانفصال الجسماني شرطا بمقتضاه لا يجوز إخضاع الطفل لأي عملية جراحية إلاّ بعد الحصول على رضاء الطرفين معا، عندئذ فإنّ كلا منهما يلتزم ـــــــــ تنفيذا للعقد ـــــــــــــ باحترام هذا الشرط أثناء حضانته للصغير، ولكن مع ملاحظة أن الطبيب أو إدارة المستشفى يعد غيرا بالنسبة للعقد، ولا علم له بمثل هذا الشرط، وبالتالي فإنّه لا يمكن ضمان تطبيقه له إلاّ إذا تمسك به من يعترض على العمل الطبي قبل شروع الأطباء في تنفيذه. (6)

وأخيرا فإنّه يتعين ملاحظة أن الوالد الذي لا يباشر السلطة على الصغير يستطيع دائما اللجوء إلى قاضي الأطفال للاعتراض على تصرفات من يباشر هذه السلطة، إذا كان من شأنها تعريض صحة الصغير. (7)

2-انفراد أحد الوالدين بممارسة السلطة:

في حالة موت أحد الوالدين، فإنّ السلطة على الصغير، ومن ثم الرضاء بأي عمل يتضمن مساسا بجسمه، تنتقل إلى الوالد الآخر يباشر وحده، ونفس الشيء يقال في حالة فقد أحد الوالدين أهليته، أو غيابه أو بعده، وكذلك في حالة تفويض أحد الوالدين الآخر في ممارسة السلطة على الصغير، أو في حالة تجريد أحد الطرفين من حقه في مباشرة السلطة، وفي حالة إدانة أحد الطرفين في جريمة هجر الأسرة، فإنه يفقد سلطته على الصغير طالما لم يستأنف مباشرة التزاماته خلال ستة أشهر. (8)

وبالنسبة للولد الطبيعي، تكون السلطة للوالد الذي اعترف به، إذا لم يصدر الاعتراف إلاّ من أحدهما، أمّا إذا اعترف به الوالدان، فإنّ السلطة عليه تظل مع ذلك للأم وحدها طالما لم يتم اتخاذ أي إجراء أمام قاضي الشؤون الأسرية للمطالبة بتقرير السلطة المشتركة. (9)

المطلب الثاني: الرضاء عن القاصر في القانون الجزائري.

ان الرضاء عن القاصر فيما يخص التعامل في جسمه لا يدخل في نطاق أهلية المال، فالولاية على المال تكون بالقدرة على التصرفات التي تتعلق بالمال كالبيع والإيجاز، والرهن وغيرها من التصرفات المالية.

وأهلية المال مرتبطة بأهلية الأداء والتي مناطها هو التمييز، فإذا كان الشخص فاقد التمييز تماما تكون أهليته معدومة، وإذا كان غير مستكمل التمييز يكون ناقص الأهلية ولا يكون كامل الأهلية إلاّ إذا استكمل جميع عناصر التمييز والتقدير. وأهلية الاداء في القانون الجزائري هي 19 عشر

سنة ميلادية كاملة، طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والمادة 86 من قانون الأسرة، وسن التمييز هو عشر سنة طبقا للمادة 42 ق م، وما دون ذلك فهو صبي غير مميز بحيث تعتبر تصرفاته باطلة طبقا لنص المادة 82 قانون الأسرة.

وفاقد الأهلية أو ناقصها ينوب عنه في إبرام التصرفات القانونية ولي أو وصي أو مقدم طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة. فطبقا لنص المادة 87 من هذا القانون يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل محله الأم في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

أمّا الرضاء بإجراء الأعمال الطبية على جسم القاصر في القانون الجزائري فيرتبط بمسألة الولاية على النفس، أي أن يكون الولي على النفس هو المختص بإصدار هذا الإذن. ونظام الولاية على النفس يعطي للولي نوعين من السلطة.

أولا: القيام على شؤون هذا المخلوق الضعيف، **وثانيا:** ولاية التزويج.

فالعمل الأول الذي يهدف القيام على شؤون الصغير يطلق عليه ولاية الحفظ التي تتناول ثلاث أعمال: الأول: ولاية التأديب والتعليم والتهذيب، والثاني: حفظ نفسه والثالث: منعه من الاعتداء على الآخرين.

فبالنسبة لحفظ الصغير وصيانته، فالولي يحافظ على جسمه بعدم تعرضه للتهلكة ويسقط حقه في الولاية إذا ترتب عليها مضرة، لأنّ هذه الولاية شرعت للمصلحة، وبالجملة: الولي على النفس هو المسؤول عن كل شيء يتعلق بنفس الصغير جسما وعقلا وروحا [10] وأصحاب الحق في الولاية على النفس العصبة من الذكور، وهم أربعة جهات:

الجهة الأولى البنوة، والثانية الأبوة والثالثة الأخوة والرابعة العمومة. [11]

فإنّ كان الولي العاصب واحدا فقط فتكون الولاية له وحده من غير شريك له في ذلك، وإن تعدد الأولياء كانت الولاية لأقربهم جهة، فإن وجد الابن والأب قدم الابن على الأب، وإن وجد الاب والأخ قدم الاب، وإن وجد الأخ والعم قدم الأخ على العم، وإذا تعدد الأولياء وكانت الجهة واحدة قدم الأقرب منهم في الدرجة، فالابن أولى من ابن الابن والأب أولى من الجد والأخ لأب أولى من ابن الأخ الشقيق وهكذا، فإن اتحد الأولياء في الدرجة مع اتحادهم في جهة القرابة قدم الأقوى منهم قرابة إلى الصغير، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، ويقدم العم الشقيق على العم

وهكذا، فإذا اتحد الأولياء في الدرجة وجهة القرابة وقوتها كانت الولاية لهم جميعا، ويحكم القاضي بضم الطفل للأصلح منهم حسب تقديره. (12)

والخاضع لولاية النفس قد يكون في حضانة الوالدين اللذين تجمعهما علاقة زوجية قائمة. هنا يكون أمر علاجه بيد الولي على نفسه وهو الأب خاصة عندما يتعلق الأمر بعلاج خطير، فقد نصت المادة 166 من القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل والمتمم، المتعلق بحمايه الصحة وترقيتها، فيما يخص رضا القاصر المستقبل في زرع الأنسجة أو الاعضاء البشرية، أنّها من صلاحية الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي. إلاّ أنّنا نرى انه في هذه الحالة لا يجوز الاكتفاء برضاء الأب مطلقا وانما يتعين أيضا سماع رأي الأم، لأنّ الصغير جزء منها، وهو امتداد لها وشفقتها عليه لا تقل عن شفقة الأب، ولذلك فنحن نعتقد وجوب الحصول على رضائهما معا، أمّا إذا تعلق الأمر بمرض بسيط، فيمكن للأم أن تقوم به من نفسهما اعتمادا على وجود موافقة ضمنية من الأب طالما أن العلاج يحقق مصلحة الصغير، وهناك بعض الأعمال الطبية التي تقوم بها الأم دون حاجة إلى استطلاع رأي الأب بشأنها، بمعنى أنّ الأم تستطيع القيام بها ولو كانت هناك معارضة من الأب، كالتطعيمات الإجبارية التي يجب أن تعطى للطفل لأنّ القيام بها، فوق كونه يحقق مصلحة مطلقة للصغير، فهو يعد تنفيذا لواجب قانوني، لما يحققه التطعيم من مصلحة للمجتمع في الوقاية من الأمراض. (13)

إلاّ أنّه في الحالة الاولى أي عندما يتعلق الأمر بعمل طبي خطير، ولا يحقق مصلحة شخصية للصغير (كاستقطاع عضو من جسمه أو إخضاعه لتجربة طبية غير علاجية) فلا يمكن الاعتداد بموافقة الوالدين، لأنّ هذه الأعمال ممنوعة على القصر حتى وإن كانت بموافقة الوالدين. فقد نصت المادة 185 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالف الذكر في فقرتها الثالثة على أنّه:" يمنع القيام بجمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية".

كذلك نصت المادة 163 من نفس القانون، على أنّه يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل.

وإذا كان الصغير في حضانة غير الأب أي الأم* فإن للأب ومن يقوم مقامه من الرجال حق النظر في شأن المحضون والاطمئنان عليه، من تأديب وتعليم مناسب ونحو ذلك، لأنّ نفقته وصيانته واجبة عليه بالإجماع (14) ولذلك يكون للأم الحاضنة القيام وحدها بالأعمال الطبية البسيطة التي تحقق مصلحة الصغير، وهذا يدخل ضمن الرعاية الواجبة على عاتق الحاضنة المنصوص عليها في

المادة 62 من قانون الأسرة. أما الأعمال الطبية الخطيرة فلابد الحصول بشأنها على رضاء ولي النفس أي الأب ومن يقوم مقامه .بمشاركة الأم برضائها.

أمّا إذا انتهت الحضانة ببلوغ السن التي حددها القانون أو بالزواج، فإنّ الصغير يكون غالبا قد بلغ درجة من الإدراك والتمييز تمكنه من أن يقدر بنفسه مخاطر العمل الطبي الذي يراد إجراءه له، وعلى ذلك:

- إذا اطمئن الطبيب إلى فهم الصغير للمخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الطبي وأنّه أهل لفهم أهمية هذا التدخل بالنسبة له، فلا يجوز أن يكتفي برضاء ولي النفس عليه، وإنّما يجب أن يحصل على رضاء الصغير أيضا خاصة اذا تعلق الأمر بعمل طبي على قدر من الخطورة كاستقطاع عضو مثلا.
- أمّا إذا تبين الطبيب أن المريض القاصر في حالة لا يستطيع معها التعبير عن إرادته لعدم تمتعه بقدر كاف عن الإدراك أو الفهم، ولعدم استطاعته تقدير خطورة حالته، فإنّه لا يجوز الاعتداد بالرضاء الصادر منه، وإنّما يتعين الحصول على رضاء ممثلة القانوني، أي من له الولاية على النفس. (15)

المبحث الثاني: حدود تدخل أقارب المريض.

إنّ الاقارب ليسوا مؤهلين دائما لاتخاذ أفضل القرارات بالنسبة للمريض، فهناك حالات تستدعي الاعتداد بإرادة الطبيب لأسباب فنية، كذلك إنّ معيار الأهلية هو أن يستطيع القاصر فهم طبيعة ما يرضى به، وتقدير آثار ذلك، لكن مسالة فهم وتقدير هذه الآثار تختلف من شخص لآخر، وبذلك فالمشكلة التي تثار بالنسبة للقاصر –خاصة القاصر المميز– هي هل يعتد برضاه دون التقيد بسن معينة؟ أم يلزم تحديد المشرع لسن معينة؟.

هناك بعض التشريعات حددت سن معينة للاعتداد برضاء القاصر، ومن بينها تشريع كيوبيك الكندية (16) إلاّ أنّ الكثير من القوانين لم تسلك هذا الاتجاه على غرار التشريع الجزائري. فإرادة المريض ولو كان قاصرا أو فاقد الأهلية جديرة بالاحترام وإرادة الطبيب إذا تعارضت مع إرادة ممثل المريض تثير مشكلة يجب حلها.

المطلب الأوّل: ضرورة احترام إرادة المريض.

قد يكون تدخل الطبيب على مريض قاصر لكنه واع ومدرك تماما لما يعانيه، بحيث لا يجد تدخل الأقارب مبررا له، ولهذا فإنّ الطبيب يلتزم باحترام شخصية المريض وإرادته متى كانت لديه القدرة للتعبير عنها.

وقد حضي هذا الموضوع بالدراسة لأنّ الأهلية ليست ثابتة، وإنّما هي متطورة، فالطفل يتجه نحو اكتمال العقل والادراك، والتمييز يتقدم بتقدم السن، بحيث يبدو من غير المعقول التمسك بمبدأ انعدام الأهلية على إطلاقه، وحرمان القاصر من أي مشاركة بإرادته بالنسبة للأعمال التي تمثل مساسا بتكامله البدني، فسلطة الوالدين المطلقة تبدو منطقية تماما بالنسبة لطفل صغير غير قادر على الفهم والإدراك، ولكن حدها يجب أن تخف بالنسبة لصبي على درجة من النضج والإدراك. (17)

فكما يسمح القانون بتدرج الأهلية في المسائل المالية، وترشيد القاصر كما جاء في المادة 5 من القانون التجاري الجزائري، فيكون منطقيا أن يتبنى هذا التدرج من باب أولى بالنسبة للمسائل المتعلقة بالمساس بالجسم. والاعتداد بإرادة القاصر، يقتضي من ناحية أن يبصره بالمعلومات المتعلقة بحالته، وأن يسعى من ناحية أخرى للحصول على رضائه بالعمل الطبي الذي يريد القيام به.

الفرع الأول: الالتزام بتبصير المريض نفسه.

متى كان المريض واعيا مدركا فإنّ الطبيب يجب أن يبصره – بصورة تتفق مع قدراته العقلية- بالمعلومات المتعلقة بحالته، وقد أكّدت نقابة الأطباء في فرنسا على هذا الواجب، حيث قررت أن "الطبيب لا يمكنه أن يهمل تقديم الايضاحات إلى مريضه الصغير، وذلك في حدود قدرته على فهمها". *

وعلى هذا الاساس يلتزم الطبيب سواء تدخل في إطار عقد أم لا، بأن يفصح للمريض عن حالته الصحية، وعن طبيعة العلاج الذي يزمع تطبيقه طالما كان المريض قادرا على فهم واستيعاب هذه المعلومات. ولكن ما هو العمر الذي يمكن معه اعتبار الصغير قد اكتسب درجة من التمييز تكفي لالزام الطبيب بتبصير المريض، والحصول على رأيه في العلاج المزمع تطبيقه؟.

الواقع أنّ الرأي مختلف في تحديده، ولكنه يتراوح باختلاف النظرة بين الأطباء ما بين ثمان (08) سنوات، واثنتا عشرة (12) سنة، أمّا إذا كان الطفل مصابا بتأخر في قدراته العقلية يؤثر على فهمه وإدراكه، فإنّه يتعين الاعتداد ليس بسنه، وإنّما بمستواه العقلي. (18)

جملة القول أنّ الصغير الذي بلغ درجة من التمييز يجب النظر إليه باعتباره طرفا في الحوار مع الطبيب، قادرا على طرح الأسئلة وفهم ما يتلقاه من إجابات ومن ثم يجب أن تقدم له الايضاحات اللازمة عن طبيعة العلاج –مزاياه ومخاطره- ومضمون المخاطر ودرجة احتمال تحققها.

الفرع الثاني: الالتزام بالحصول على رضاء المريض.

رأينا أنّه عندما يكون المريض قاصرا فإنّ رضاه وحده لا يكفي، وإنّما يجب على الطبيب أن يحصل على رضاء ممثله القانوني. وهنا يثار السؤال حول ما إذا كان رضاء الممثل القانوني يغني عنه رضاء القاصر، على وجه يمكن منه للطبيب أن يكتفي برضاء الأول. ويستغني عن رضاء الثاني. هذا السؤال تبدو أهميته على وجه الخصوص عندما يتعلق الأمر بقاصر بلغ سنا أصبح معها قريبا من سن الرشد. وخاصة وأن المشرع في مجال التصرف في الأموال أعطى للقاضي سلطة الإذن للصبي المميز في التصرف جزئيا أو كليا في امواله طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك المادة 5 من القانون التجاري والتي ترشد القاصر ولذلك فقد حاول الشراح اقتراح حلول لهذه المشكلة تكفل التوفيق بين سلطة الوالدين من ناحية، وبين احترام القاصر وإرادته من ناحية أخرى.

فالاعتداد بإرادة ناقص الأهلية وعديمها يعتبر واجبا مهنيا تؤكده كتابات الفقه ونصوص التشريع. ويجد هذا الواجب مصدره في قواعد أخلاقيات المهنة، وفي توصيات المجلس الأوربي وفي الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل.

ففيما يخص لائحة آداب المهنة للنقابة العامة لأطباء مصر، الصادرة بقرار وزير الصحة رقم 238 لسنة 2003، نصت على هذا المبدأ صراحة في المادة 43 حيث نصت في فقرتها الثانية على أنّه "إذا كان عديم الأهلية، قادرا على التعبير عن رأيه فإنّ الطبيب يجب أن يعتد بهذا الرأي في أقصى الحدود الممكنة".

أمّا نص المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، الصادرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-286 بتاريخ 1992/07/06، فتكلمت عن هذا المبدأ لكن تكلمت عن البالغ العاجز وعن كيفية التعبير عن إرادته، حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه "ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم، أن يقدم العلاج الضروري للمريض، وعلى الطبيب أو جراح الاسنان أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار إذا كان قادرا على إبداء رأيه".

وكذلك نصت على هذا المبدأ المادة 671 من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 872 الصادر بتاريخ 1990/09/27 المعدل بالقانون رقم 654 الصادر في 1994/07/29 الخاص باستقطاع الأعضاء في فقرتها الخامسة على أنّه "...كما يجب على اللجنة أن تتحقق من أن القاصر قد تم تبصيره بعملية الاستقطاع التي يراد إخضاعه لها ليعبر عن إرادته، متى كان أهلا لذلك، والرفض الصادر من القاصر يمنع إجراء الاستقطاع". يتضح من هذا أنّ المشرع الفرنسي يجعل تبصير القاصر، والأخذ برأيه بخصوص استقطاع العضو من جسمه أمرا إلزاميا.

– وفي مجال التجارب الطبية كذلك نصت المادة 209 مكرر 10 في فقرتها الأخيرة على أنّه "عندما يكون القاصر أو عديم الأهلية قادرا على التعبير عن إرادته، فإنه يجب الحصول على رضائه أيضا، ولا يجوز صرف النظر عن رفض أي منهما (مجلس الأسرة) أو عن رجوعه في رضائه".

– أمّا المجلس الاوربي فقد أصدر في 26 مارس 1985 توصية تحمل رقم3، تتعلق بالواجبات القانونية للأطباء تجاه مرضاهم، جاء في المادة السادسة منها ما يلي "يكون رضاء الممثل القانوني مطلوبا عندما يكون المريض قاصرا، فإذا كان قادرا على التمييز فإنه يجب الحصول على رأيه، ويتعين الاعتداد به لأقصى حد ممكن".[19]

– أمّا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، الصادرة عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة، فهي تقرر أن رأي الطفل يجب أخذه في الاعتبار بالنظر إلى عمره ودرجة نضجه.

-**وفيما يخص الفقه:** فقد ذهب الرأي السائد بين الشراح إلى أنّ القاصر الذي بلغ درجة من النضج والإدراك يجب أن يكون طرفا في القرارات المتعلقة بصحته، فمن الواجب اشراكه في كل علاج يمكن أن يتضمن توابع خطيرة على صحته ومستقبله. ولكن لا يوجد اتفاق حول طريقة مشاركة القاصر.[20]

واستشهد البعض منهم بحق المؤلف كدليل على ضرورة مشاركة القاصر في مسألة الإذن فيما يتعلق بالتدخل الطبي على جسمه، فالمادة 53 من القانون الفرنسي الصادر في 11 مارس 1957 تنص على ضرورة الحصول على موافقة القاصر عند إبرامه لعقد النشر، وذلك الى جانب موافقة نائبه القانوني، والصلة وثيقة بين حق المؤلف والحق في المحافظة على الكيان المادي للجسد البشري. فكلاهما يتعلقان بالحياة الخاصة للإنسان، ولا يعقل أن يكون للشخص حق المشاركة في الموافقة على عقد النشر دون ان يكون له حق المشاركة في الإذن الصادر بخصوص التعامل في جسده.[21]

ويرى البعض أنه يجب اللجوء إلى معيار مرن في تحديد اهلية القاصر بالنسبة للمسائل المتعلقة بجسده إذا كان لا يملك إصدار رضا يعتد به، فعلى الاقل يملك الاعتراض على إجرائها، فهو قاصر بالنسبة للرضا وبالغ بالنسبة للرفض.[22]

المطلب الثاني: التعارض بين إرادة الأقارب وإرادة الطبيب.

الفرض أنّنا بصدد مريض لا يستطيع التعبير عن إرادته بنفسه لأنه صغير السن جدا. ويريد الطبيب إخضاعه لعمل علاجي يراه ضروريا، ولكن الأقارب يرفضون هذا العمل والسؤال هل يجب الاعتداد بإرادة الطبيب أم بإرادة أقارب المريض؟.

لا جدال أنّ الرفض الصادر عن الأقارب لا تمليه دائما مصلحة المريض. فالأقارب قد يرفضون العلاج نتيجة خوف غير مبرر على المريض، أو لأسباب مالية كعدم القدرة على تحمل نفقات العلاج. أو إلى جهل طبيعة العمل الطبي وأثره، أو إلى أعراف أو معتقدات دينية، لأنّه هناك بعض الطوائف الدينية يرفضون تطعيم أولادهم وهناك طوائف أخرى يعارضون عمليات نقل الدم. ففي هذه الحالات كيف يتصرف الطبيب؟

ذهبت النقابة العامة للأطباء في فرنسا إلى ضرورة لجوء الطبيب الى الإقناع، إضافة إلى الحوار الصبور الذي يظهر في آن واحد الاحترام والحزم. وفي تدخل آخر قررت أن لكل طبيب أن يقرر الحل الذي يراه وفقا لما يمليه عليه ضميره. إذن نحن بصدد احتمالين: أن يتصرف الطبيب بنفسه، وأن يرفع الأمر إلى القضاء.

الفرع الأول: تصرف الطبيب بنفسه.

يتعين على الطبيب أي يميز ــــــــ وفقا لظروف الحالة ــــــــــــــ بين ما إذا كان العلاج المرفوض يمكن تجنبه أو تأجيله، أو أنه ضروري لا سبيل للاستغناء عنه.

– **ففي الفرض الأول:** فمعارضة الوالدين لهذا العمل لا يمكن إدانتها عن حيث المبدأ، ومن ثم فإنّه يجب على الطبيب أن يحترم سلطة الوالدين ويذعن لرفضهما. وإذا وجدت وسائل أخرى تؤدي نفس الغاية، ولو كانت أكثر تكلفة ومشقة، فإنّه يتعيّن على الطبيب إحلالها محل العلاج المرفوض، كذلك يتعين استبعاد هذا العلاج إذا كان مجرد وسيلة لتحسين حالة المريض و لم يكن ضرورة لإنقاذ حياته أو سلامته البدنية. (23)

– **أمّا في الفرض الثاني:** فإذا أصبح العلاج المقترح ضروري فإنّه يكون من حق الطبيب، بل ومن واجبه أن يتحدى معارضة الوالدين، فعندما تكون المسألة متعلقة بحياة الصغير أو موته فإن هذه المعارضة تصبح عديمة القيمة والتأثير. وقد نصت على هذا المبدأ صراحة المادة 166 عن قانون حماية الصحة الجزائري في فقرته السادسة على أنّه: "يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية، أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين".

إذن هذا التدخل هو وسيلة لحماية صحة الصغير وسلامته، فإذا تحولت هذه السلطة من خلال الانحراف في الممارسة إلى وسيلة للإضرار بالصغير، فإنّ الطبيب يجب أن يضرب صفحا عنها. ويجب على الطبيب أن يكون حريصا في خروجه على إرادة الوالدين، بحيث ألا يفعل ذلك إلاّ في حالة الاستعجال أي لا سبيل لإنقاذ الصغير إلا بإجراء العمل الطبي اللازم.

الفرع الثاني: الاستعانة بالقضاء.

إذا كان العمل الطبي، على ضرورته وحيويته بالنسبة للصغير يحتمل التأجيل لبعض الوقت فإن الطبيب قد يجد مصلحته في اخطار النائب العام حتى يحصل على سند قانوني لتدخله. بل أنّه حتى في حالات الاستعجال فإن بعض الأطباء يترددون في مباشرة عمل طبي له خطورته ويدفعهم الحذر إلى رفع الأمر إلى النيابة العامة، وربما يجد هذا التصرف مبرر له في تجنب نقابة الأطباء بفرنسا تحديد مسلك واضح يتعين على الطبيب الالتزام به حيث تنص المادة 2 من الأمر الصادر في جوان 1969 على: "على الطبيب – وفقا لما تذهب إليه النقابة– أن يتصرف وفقا لما يمليه عليه ضميره، وهو ليس مجرد من الوسائل....إذا يستطيع أن يتصل تلفونيا بالنائب العام". (24)

ويمكن كذلك استخلاص هذا الواجب من خلال المادة 54 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري عندما نصت على أنّه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر، أو بشخص معوق إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ ذلك السلطات المختصة".

وهناك عدة تشريعات مقارنة عالجت هذا الموضوع صراحة من خلال قواعد ترمي إلى حماية القصر ضد رفض من له السلطة عليهم قبول العلاج، ففي ألمانيا تسمح المادة 1666من التقنين المدني للطبيب بأن يطلب عند معارضة الوالدين للعلاج، تصريحا من المدعي العام يسمح له بالتدخل لإجراء العلاج اللازم. (25)

وفي مقاطعة كيوبيك الكندية، تنص المادة 15 ف1 من قانون حماية الشباب الصادر في سنة 1964 على أن القاضي يمكنه أن يجرد الوالدين بصورة مؤقتة سلطة القرار لكي يباشرها بنفسه أو يعهد بها لجهة أخرى تقوم باصدار الرضاء، أو مباشرة العلاج دون الاعتداد برفض الوالدين".

وتنص المادة 16 من القانون المدني للمقاطعة على أنّ ترخيص المحكمة يكون ضروريا في حالة قيام عائق أو في حالة الرفض غير المبرر للعلاج الذي تتطلبه الحالة الصعبة للقاصر أو عديم الأهلية، من جانب الشخص الذي يمكنه اصدار هذا الرضاء". (26)

- أمّا الوضع في القانون الجزائري فلا يوجد تشريع يعالج هذه المسألة ما عدى المادة 54 والتي يمكن استخلاص ذلك بطريقة غير مباشرة، لأنّها مادة جاءت عامة غير محددة لطبيعة المعاملة، هل يدخل ضمنها رفض الوالدين من جهة، ومن جهة أخرى لما نصت على إبلاغ السلطات المختصة، كذلك لم تحدد نوع هذه السلطات، هل تقصد السلطات الإدارية أم السلطات القضائية.

الخاتمـــة:

إنّ مبدأ حرمة جسم الإنسان يتجسد في الواقع من خلال صورتين: الأولى منع الغير من الاعتداء عليه، والثانية حظر التصرف في جسم الإنسان ولو لغرض علاجه، إلا بعد الحصول على رضاء صاحبه، ولا شك أنّ الرضاء بالعمل الطبي يجب أن يصدر من المريض نفسه.

ولكن صدور الرضاء بالعمل الطبي من المريض يقتضي أن يكون هذا الأخير على درجة من الوعي والإدراك تمكنه من استيعاب حقيقة موقفه. إلاّ أنّ مسألة الإدراك هي مسألة شخصية وتزيد أهمية إذا ما تعلقت بجسم الإنسان، ولذلك فهي تختلف عن الإدراك في المسائل المالية، وعليه نصل إلى القول بضرورة وضع نظام خاص لأهلية التعامل في جسم الإنسان، وذلك على اعتبار أن هذا الجسم هو أساس الوجود الإنساني في هذا الكون ويجب أن تخضع لقواعد مختلفة عن تلك القواعد المتعلقة بالتصرف في المال وعليه يجب التأكيد على أنّ سن الرشد في تلك المسائل يجب أن يختلف عن سن الرشد في المعاملات المالية، وذلك لأنّ الإنسان قد يصل فهمه وإدراكه الى مستوى مقبول فيما يخص التعامل في جسمه وصحته، بعكس تلك المسائل المتعلقة بإدارة أمواله، فيجب عندها الأخذ برأيه سواء توافق هذا الرأي مع وليه أو كان مخالفا له.

وبعبارة موجزة يجب أن يقام نظام خاص بالأهلية في مجال الحقوق اللصيقة بالشخصية يتناسب مع طبيعتها، سواء من حيث السن، أو من حيث إدراك الشخص في القرار، فلا يستقل به غيره، كما يجب عدم إغفال مسألة خضوع هذا الأمر لرقابة القضاء أو اذنه مسبقا[27]

إنّ مبدأ حرمة جسم الإنسان يتجسد في الواقع من خلال صورتين: الأولى منع الغير من الاعتداء عليه، والثانية حظر التصرف في جسم الإنسان ولو لغرض علاجه، إلا بعد الحصول على رضاء صاحبه، ولا شك أنّ الرضاء بالعمل الطبي يجب أن يصدر من المريض نفسه.

ولكن صدور الرضاء بالعمل الطبي من المريض يقتضي أن يكون هذا الأخير على درجة من الوعي والإدراك تمكنه من استيعاب حقيقة موقفه. إلاّأنّ مسألة الإدراك هي مسألة شخصية وتزيد أهمية إذا ما تعلقت بجسم الإنسان، ولذلك فهي تختلف عن الإدراك في المسائل المالية، وعليه نصل إلى

القول بضرورة وضع نظام خاص لأهليةالتعامل في جسم الإنسان، وذلك على اعتبار أن هذا الجسم هو أساس الوجود الإنساني في هذا الكون ويجب أن تخضع لقواعد مختلفة عن تلك القواعد المتعلقة بالتصرف في المال وعليه يجب التأكيد على أنّ سن الرشد في تلك المسائل يجب أن يختلف عن سن الرشد في المعاملات المالية، وذلك لأنّ الإنسان قد يصل فهمه وإدراكه الى مستوى مقبول فيما يخص التعامل في جسمه وصحته، بعكس تلك المسائل المتعلقة بإدارة أمواله، فيجب عندها الأخذ برأيه سواء توافق هذا الرأي مع وليه أو كان مخالفا له.

وبعبارة موجزة يجب أن يقام نظام خاص بالأهلية في مجال الحقوق اللصيقة بالشخصية يتناسب مع طبيعتها، سواء من حيث السن، أو من حيث إدراك الشخص في القرار، فلا يستقل به غيره، كما يجب عدم إغفال مسألة خضوع هذا الأمر لرقابة القضاء أو اذنه مسبقا.

قائمة المراجع :

(1)– القانون المدني الفرنسي، قانون 5 جوان 1970، المعدل بموجب قانون 8 جانفي 1993.

(2)– جابر محجوب علي، الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، د ت، ص 14.

(1)- V.DOMITILLE DUVAL-ARNOLD , le corps de l'enfant sous le regard du droit, L.G.D.d. 1994.préface G. cornu. p 17.

(4)– المادة 374 من القانون المدني الفرنسي، قانون 8 يناير 1993.

(5)–المادة 288 من القانون المدني الفرنسي، قانون 8 يناير 1993.

(6)– جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 26.

(5) –V.DOMITILLE DUVAL-ARNOLD ,OP. cit p 24.

(8)– المادة 373 قانون مدني فرنسي.

(9)– جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 28.

(10)–الإمام محمد أبو زهرة، الولاية عن النفس، القاهرة، دار الفكر العربي، 1994، ص22.

(11)–الإمام محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 24.

(12)–حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعة الإمارات العربية، 2006، ص 396.

(13)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص41.

* تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري ، قانون رقم 85-09 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 على "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج ، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون ".

وفي مصر تنص المادة 03 من القانون رقم 100 لسنة 1985 "وينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن (12) سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن (15) والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر إذا تبين أنّ مصلحتها تقتضي ذلك ".

(14)–أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، بيروت ، الدار الجامعية ، 1991، ص278.

(15)– جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 43.

(16)–بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة سطيف2، 2013، ص 99.

(17)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 70.

(18)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 73.

(19)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 77.

(20)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 78.

(21)–حسام الدين كامل الأهواني، الحق في الحياة الخاصة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1978، ص 227.

(22)–حسام الدين كامل، الأهواني، نفس المرجع، ص 366.

(23)–جابر محجوب علي ، نفس المرجع، ص106.

(24)–جابر محجوب علي، نفس المرجع، ص113.

(25)- V.DOMITILLE DUVAL-ARNOLD ,OP. cit p 40.

(26)–جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص121.