جامعـــة ابن خلـــدون – تيارت–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: القانون الجنائي

الموضـــوع:

حماية خصوصيات المريض في ظل القانون الطبي

من إعداد الطالبة:
– كعوش فاطمـــة

إشـــراف الأستاذة:
– بطاهـــر أمـــال

أعضاء لجنة المناقشة

أعضاء اللجنة	الرتبة	الصفة
د. طفياني مختارية	أستاذة محاضرة "أ"	رئـــيـــســـا
أ. بطاهر أمـــــال	أستاذة مساعدة "أ"	مشرفـــا مقررا
أ. عيشوبة فاطمة	أستاذة مساعدة "ا"	عضوا منـــاقشا

السنة الجامعية: 2016م/ 2017م

قال الله تعالى:﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾. (الآية **19** من سورة **النمل**).

نشكر الله عز وجل الذي وفقنا في انجاز هذا العمل سبحانه عليه توكلنا وهو رب العرش العظيم.

نشكر من ساعدنا في انجاز هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد، ونخص بالذكر الأستاذة المشرفة "بطاهر أمال" التي لم تبخل بنصائحها وإرشاداتها، أطال الله في عمرها.

كما نشكر عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية الدكتور "عليان بوزيان"، ورئيس قسم الحقوق الأستاذ "معمر خالد".

و الشكر موصول للأساتذة الكرام الذين مدوا لنا يد العون لانجاز هذه المذكرة ونخص بالذكر الدكتور" بلاق محمـــد" والدكتور " بلجيلالي خالد"، و الأستاذ " كعوش خالد" من كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، وموظفي مكتبة مالك بن نبي وإلى كل عمال مكتبة الطالب.

ونتقدم بالشكر إلى كل من ساعدنا ولو بدعاء أو توجيه أو ابتسامة مشجعة.

إهداء

باسم الله نبتدئ وبعظمته نختتم هذا المشوار الدراسي، أهدي ثمرة عملي هذا إلى التي أحاطتني بالحب والرعاية وسقتني بالحنان دون نهاية، التي سهرت الليالي من أجل راحتي وعملت على تربيتي واستقامتي وأعانتني بدعواتها التي وضع الله الجنة تحت أقدامها " أمي الغالية" أطال الله في عمرها.

كما أهدي ثمرة جهدي هذه إلى مثالي وقدوتي وسندي في الحياة إلى من وضع نجاحي وتوفيقي " والدي العزيز" أطال الله في عمره.

إلى أختي الوحيدة "رقية" وإخوتي " عبد القادر، عيسى، بن شهرة، محمد وزوجته وأولاده، أعمر وزوجته وبناته، مصطفى وزوجته وولده فارس ، وعمتي وعائلتها، وإلى خالي وعائلته ، وكل من يحمل لقب "كعوش وقبلية ومصطفى".

إلى كل أصدقاء الدراسة وبالأخص سهام، هجيرة وخديجة و إلى كل زملاء العمل ببلدية تيدة وخاصة دنية، بختة، زوليخة، رشيدة، مريم، يوسف، مراد، توهامي، حميدة وطيب.

إلى جميع طلبة الحقوق خاصة طلبة السنة الثانية ماستر تخصص علوم جنائية.

فاطمة كعوش

مُقَدِّمَةٌ

مقدمـــــة:

ارتبط الحق في الخصوصية بحق الإنسان في الحرية، فلا يتطفل عليه متطفل فيما يود الإحتفاظ به لنفسه، لذلك يفرض القانون واجبا على الغير مقتضاه عدم انتهاك كل ما يريد إطاحته بهالة مـــن السرية والكتمان ذلك ما عبر عنه الفقيه الأمريكي"Aalan"- بحق- أن" الخصوصية هي قلب الحرية في الدولة الحديثة".

وإن فكرة الخصوصية أو الحياة الخاصة صعبة التحديد، لما يكتنفها من أفكار نسبية تتسم بالمرونـــة وفقا للعادات والتقاليد السائدة في المجتمع، فضلا عما يشوب هذه الفكرة من غموض يجعل الفصل بينـــها وبين الحياة العامة أمرا عسيرا، فوضع تعريف دقيق وجلي للحق في الخصوصية يعد أمرا صعبا وهذا ما يظهر في كثير من التشريعات، وكلمة الخصوصية ملازمة لكلمة الحق وتعرف بأنها حق الفرد في أن يعيش حياتـــه بمنأى عن الأفعال الآتية: التدخل في حياته الأسرية أو المترلية، والتدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حريتـــه الأخلاقية أو العقلية، والاعتداء على شرفه أو سمعته ووضعه تحت الأضواء الكاذبة وإذاعة وقائع تتصل بحياته الخاصة وإستعمال إسمه أو صورته والتجسس والتلصص والملاحظة، والتدخل في المراسلات وسوء إستخدام وسائل الاتصال الخاصة المكتوبة أو الشفوية وإفشاء المعلومات المحصلة بحكم الثقة والمهنة.

إن المشرع لم يقدم تعريفا للحق في حرمة الحياة الخاصة وإكتفى بسرد ما يمكن حمايته من إعتـــداء واقع على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص وترك ذلك للإجتهاد القضائي[1]، فنص عليها في المـــادة 34 مـــن دستور 1996 (تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان)، والمادة 39 منه التي نصت على أنـــه (لا يجـــوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه، ويحميها القانون)، وأيضا المادة 40 منه (تضمن الدولـــة عدم إنتهاك حرمة المسكن) وأضاف المشرع في تعديله للدستور بموجب القانون 01/16 في المادة 46 منه أن حماية الأشخاص الطبيعيين في معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقـــب على إنتهاكه، كما جرم المشرع في قانون العقوبات المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت

[1]- تجدر الإشارة أن المواد المتعلقة بحرمة الحياة الخاصة لم تتعرض للتعديل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 2002/04/10، الجريدة الرسمية رقم 25 الصادرة بتاريخ 2002/04/14، وبموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 2008/11/15، الجريدة الرسمية رقم 63، إلا أن المشرع تدارك ذلك في تعديله للدستور سنة 2016 بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06، الجريدة الرسمية رقم 14 الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

وفقا للمادة 303 مكرر من قانون العقوبات[1] وأعطى للمعتدى عليه في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، الحق في طلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر وفق هذا الإعتداء طبقا لنص المادة 47 مـــن القـــانون المدني.

ولقد إعتبر البعض من الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي"إدلمان Edelman" أن الحق في الخصوصـــية من قبيل حق الملكية[2]، فالشخص الطبيعي مالكا لجسده فله سلطات المالك علـــى الشـــيء في التصـــرف والإستغلال والإستعمال فله أن يبيع شكله وأن يغير من ملامحه، والبعض الآخر من الفقه والقضاء الفرنسي الحديث يعتبره من الحقوق الشخصية [3] التي ترتبط بالمظهر المادي للشخص كتلك التي تســـتهدف الكيـــان المادي للإنسان كالحق في الحياة وسلامة الجسم، كما ينطوي على تلك الحقوق التي ترتبط بالكيان المعنوي للإنسان مثل حق الإنسان في السمعة والشرف والإعتبار والمشاعر والرغبات والمعتقدات[4]، ولقـــد إعتـــبره المشرع من الحقوق الملازمة للشخصية ويطلق عليها كذلك الحقوق العامـــة أو الحريـــات العامـــة droit publics، وهي الحقوق التي تثبت للشخص بمولده بصفته آدميا وتلازمه وتظل تحميه حتى موته، فهي تثبت للجميع دون تفرقة في السن أو الجنس أو الدين أو العرق.

كمبدأ عام إن الحق في الخصوصية هو حق فردي ينتمي إلى الحقوق اللصيقة بالشخصية ويترتـــب عليه أن الشخص المعنوي له الحق في الحياة الخاصة مثله مثل الشخص الطبيعي، فليس هناك ما يمنع من تمتع الشخص المعنوي بهذا الحق، فيجب التفرقة بين الحياة الخاصة وألفة الحياة الخاصة، فـــإذا كانـــت الحمايـــة الجزائية أو الإجراءات الوقائية ترتبط بألفة الحياة الخاصة فإن الحماية القانونية بصفة عامة تشـــمل الحيـــاة

[1]- أضيفت هذه المادة وفقا لتعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، الجريدة الرسمية العدد 84 الصادرة بتاريخ 2006/12/24.

[2] - حق الملكية le droit de propriètè: هو أوسع الحقوق العينية نطاقا، فهو يرد على شيء من الأشياء ويخول لصاحبه الإستئثار بسلطة إستعمال وإستغلال والتصرف في الشيء، في حدود القانون.

[3]- حقوق الشخصية droits de la personnalitè: ويقصد بها تلك الحقوق التي تثبت للخص بمولده وتلازمه وتظل تحميه حتى يموت، وهذه الحقوق تستمد أصلها من الشخصية، وهي ليست بسلطات تقدر للشخص التصرف في نفسه كيف ما يشاء، بل هي موجهة إلى الغير بقصد الإعتراف بوجود هذا الشخص وبحماية هذا الوجود ويطلق عليها أيضا بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو الملازمة للشخصية.

[4]- أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، بدون دار النشر، دون طبعة، سنة 1988، ص 29 ومابعدها.

الخاصة كلها، وعليه إن لم يكن للشخص المعنوي ألفة، إلا أنه له حياة تشمل سرية الأعمال التي تشـــملها الحماية المدنية لحق الخصوصية[1].

إن عدم ضبط نطاق الحق في الخصوصية والضمانات المقدمة لحمايته بشكل محدد ودقيـــق نظـــرا لنسبيته وإختلافه من مجتمع لآخر، جعل دور المشرع يتوقف على وضع الحدود العامة لنطاق الحق في الحياة الخاصة ويبقى الدور الأساسي في رسم هذه الحدود في الدولة هو القضاء والفقه، فنص على بعض الصـــور التي تعد أساسية ومحل إهتمام جل التشريعات أو ما يعرف بالصور المتفق عليها لأنها تـــدخل في صـــلب أو نطاق أو منطقة الحق في الحياة الخاصة وتتمثل في حرمة المسكن، سرية المراسلات والإتصـــالات الخاصـــة، حرمة الشرف والإعتبار، إفشاء الأسرار وإلتقاط الصور.

أما في المجال الطبي فتتمثل الحياة الخاصة أساسا في احترام شخص المريض في عدة صور أهمهـــا: حقه في عدم إفشاء أسراره دون علمه، وهذا الحق يقابله التزام على الطبيب، وهو حفظ السر المهـــني حتى بعد انتهاء العلاج، كما للمريض حرية اختيار الطبيب الذي سيعالجه، ويجب أن يتلقـــى العنايـــة اللازمة لشفائه، ولا يجوز أيضا أخذ صورة للشخص أثناء مرضه، ونشرها دون رضاه، كما يتمثـــل احترام الحياة الخاصة للمريض أيضا في حقه بالتبصير بمرضه وسلامة جسمه، والعلاجات المقترحة لـــه، ومدى نجاعتها، بأسلوب مبسط حسب مستوى فهم المريض، بالإضافة إلى ضرورة أخذ رضا المريض في كل إجراء طبي إن وافق على العلاج، وأما إذا رفض العلاج فلا يجوز إجبار المريض على الخضـــوع للعلاج رغما عنه، وفي حالة إنتهاك هذه الخصوصيات يتعرض الطبيب ومن في حكمه للمساءلة الجزائية إلا في حالات إستثنائية سنبينها لاحقا.

والممارسة الأخلاقية للمهن الطبية هي عامل أساسي لعلاقة الطبيب بالمريض وثقة هذا الأخير، وبهذا تتحدد مسبقًا التزامات الطبيب المهنية التي تقتضي منه أن يكون في خدمة المريض مع احترام حياته وشخصه، باعتبار المريض هو محور العلاقة التي تقوم عليها المهنة الطبية، وذلك يعني أن الطبيب أثنـــاء ممارسة مهنته يهدف إلى تحقيق غاية هي شفاء المريض و إزالة الألم عليه أو على الأقل التخفيف مـــن حدة مرضه، وهذه هي رسالة الطبيب التي جاءت بها المادة 7 من المرسوم التنفيـــذي رقـــم 92- 276

[1]- علي أحمد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2006، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 154 و155.

المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[1] التي جاء فيها: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عـــن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنســـانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرف والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب" .

وتظهر أهمية الموضوع مابين إرتباطه بالجسم البشري وتعلقه بالشؤون الطبية، فيجب الإعتـــراف بحقيقة مهمة وهي أن هذا الكيان العظيم الذي وصفه الخالق عز وجل بأنه خلقه في أحسن تقويم يجـــب أن يحترم، فهو مناط الحماية والمسؤولية.

كما تتجلى أهمية هذه الدراسة في معرفة مدى مسايرة المشرع الجزائري للتطور الذي يلازم علم الطب وكذا التطبيقات القضائية التي ظهرت بشأنه، وأنه من أهم الأغراض المرجوة كذلك، العمل على توعية الضحايا حول حقوقهم وحمايتهم لكون عبء إثبات وقوع الخطأ الطبي يقع عليهم، ومن ثم وجوب تنويرهم حول معرفة خصوصياتهم في المجال الطبي وكذا حقوقهم طيلة مراحل العلاج أو بعده.

بالإضافة إلى أنه نتيجة زيادة الأعمال الطبية والبيولوجية التي لها مساس مباشر مع جسم الإنســـان وإقتراب الأجهزة الطبية المتعددة والمتطورة من هذا الجسم، أضحى موضوع الإعتداء علـــى خصوصـــيات المريض حديث الصحف أحيانا وحديث المجالس وأروقة المحاكم أحيانا أخرى، مما جعل من موضوع الحـــق في الحياة الخاصة للمريض مشكلة مجتمعية تحوز على أهمية خاصة لدى جميع فئات وشرائح المجتمع، ولم تعد مشكلة مهنية محصورة ضمن كوادرها الطبية فقط. من هنا كان لابد من الإهتمام بطرفي المعادلة في المجـــال الطبي، حماية التطور والتقدم الطبي لخدمة المريض والبشرية من جانب وحماية الإنسان المريض من مخاطر هذا التطور وخاصة في حالة الإعتداء على خصوصياته بمختلف الطرق.

أما فيما يخص الهدف من هذه الدراسة فهي رسالة للمشرع الجزائري نقول فيها أنه لابد من وضع قواعد قانونية نحمي بها خصوصيات المريض، فاليوم كان من الواضح أن نضع مبدأ دستوري يحمـــي هـــذه الخصوصيات في ظل ظهور قاعدة البيانات الموجودة على مستوى المستشفيات العامة والخاصـــة وفي وزارة الصحة، بالإضافة إلى التأكيد على وجوب الابتعاد عن الترجمة الحرفية للقوانين الغربية لأنها تعبر عن مجتمـــع

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06 يوليو 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 08 يوليو 1992.

غير مجتمعنا وثقافة غير ثقافتنا، وبالتالي ضرورة إيجاد قواعد قانونية في المجال الطبي خاصة نابعة من المجتمـــع الجزائري الذي تتسم تركيبته البشرية بالميل إلى الحفاظ على خصوصياته.

ولأجل الوصول إلى هذه الأهداف تم التصدي لبعض الصعوبات وتتمثل في فهم بعـــض المســـائل العلمية حتى يفهم القارئ طرق إنتهاكها لحرمة الحياة الخاصة للمريض وكيفية تعامل المشرع معها، بالإضافة إلى أنه رغم وجود دراسات سابقة في المجال الطبي والأخطاء الطبية إلا أنه هناك صعوبات تتمثـــل في جمـــع جزئيات الموضوع في التشريع الجزائري لأنها لم تذكر في باب مستقل، بل لابد من مراجعة مجموعـــة مـــن القوانين والإجتهادات القضائية لتوضيح الفكرة المراد الوصول إليها لدى القارئ.

وفيما يخص الدراسات السابقة في هذا البحث تم التوصل إلى دراسات في جزئيات هذا الموضـــوع وخاصة في مجال السر الطبي ومنها كتاب المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة للدكتور "محـــــمد أسامة قايد" الذي تناول بعض المفاهيم الخاصة بالسر الطبي والحماية الجنائية المقررة له والحالات التي تنتفي فيها المسؤولية عند إفشاءه من طرف الطبيب، وأيضا كتاب إفشاء السر الطبي وأثره في الفقـــه الإســـلامي للدكتور "علي محـــمد علي أحمد" والذي يرى من خلال دراسته أن من أبرز الآداب التي يجب على المسلم التحلي بها والمحافظة عليها كتمان أسرار المسلمين، وهذا ما جعل العديد من الفقهاء المسلمين يعتـــبرون أن صفة كتمان السر من مقومات الطبيب التي تفصح عن تكامل شخصيته، بالإضافة إلى الدراسات العامة في حقوق الإنسان التي إكتفت بالإشارة إلى الحق في الخصوصية دون تفصيل في المجال الطبي مثل كتاب حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية للدكتور "عصام أحمد البهجي"، إلا أنـــه فيما يخص المقالات المنشورة فإنه تم العثور على مقالة تتناول حماية الحق في الحياة الخاصة في المجـــال الطـــبي للأستاذة "خليفي أسماء" وهي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حيث تطرقـــت إلى إحترام خصوصية المريض في الشريعة الإسلامية وذلك بإحترام المريض وإستقلاله وضمان خصوصياته، أمـــا في القانون فتناولت الحق في الخصوصية للمريض بضمان عدم إفشاء أسراره وعدم تصويره ونشر صوره في حالة مرضه وضرورة الحصول على رضاه قبل إجراء أي عمل طبي عليه.

ويمكن القول أن السبب الذي أدى بنا إلى إختيار موضوع "حماية خصوصيات المـــريض في ظـــل القانون الطبي" راجع لحداثته من جهة، وعدم تطرق المشرع والفقهاء إليه بصفة معمقة، بالإضافة إلى أنـــه يعتبر تكملة لثمرة البحث في المجال الطبي من خلال مذكـــــرة تخـــــرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم

القانونية والإداريـــــة للسنة الجامعية 2008/2007 بجامعة ابن خلدون تيارت تحت عنـــوان "المســـؤولية المدنية والجنائية عن الأعمال الطبية" تحت إشراف الأستاذ ويس فتحي.

إن موضوع الدراسة يتلائم مع المنهج الوصفي من خلال إبراز أهم خصوصيات المريض، ويتناسق أيضا مع المنهج الإستقرائي التحليلي الذي يعتمد على جمع المادة العلمية وبيان الحقائق والمعارف التفصـــيلية المتفرعة عنه وتحليلها، وهو المنهج القانوني الذي يعتمد على بيان الأحكام القانونية وتحليلها بالإعتماد علـــى الآراء الفقهية والأحكام القضائية التي تؤازره في القانون المقارن وبالخصوص الفرنسي بإعتباره الســـباق في مجال التقنين ، وإعتمدنا على المقاربة بين نصوص القوانين وأحكام القضاء للوقوف على الإختلاف بينـــهما في معالجة الموضوع مع التركيز على القانون الجزائري وما يوفره من حماية جنائية للمـــريض مـــن ناحيـــة السلامة المعنوية والسلامة الجسدية له بإعتبارهما من خصوصيات المريض.

ونظرا لحساسية المجال الطبي بسبب التقدم الهائل الذي يشهده هذا العصر في مختلف الميـــادين خاصة في مجال الأنترنت ومجال الإعلام والمعلوماتية والمجال الطبي، بل أصبحت الخطورة متعلقة بالأنظمة المعلوماتية وبنوك المعلومات[1]، ونتيجة لذلك كان لابد من وضع ضوابط لحماية هذا الحق في ظل تنامي هذا التطور حيث جاءت أغلب التشريعات إلى حماية حق الحياة الخاصة في المجال الطبي على غـــرار المشرع الجزائري، وذلك بمنح المريض حقوقا تحميه أثناء مرضه، وتضمن له حقه في الخصوصية، فقـــد يتعرض المريض لإنتهاكات عديدة أثناء مرضه ما كان ليتعرض لها لو كان في كامل صحته، فـــالمرض يضعف الإنسان ويجعله أكثر حساسية، ومرهف الشعور، وترسخ في ذاكرته عبارة ' الصحة تـــاج فـــوق رؤوس الأصحاء لا يراها إلا المريض'، فلذلك كان لابد من أن تضـــاعف حمايتـــه، **فمـــا هـــي أهـــم خصوصيات المريض؟ وكيف تتم حمايتها ؟ وما هي ضمانات هذه الحماية؟**

وينطوي تحت هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية أهمها:

– إن الحق في الخصوصية يقتضي ألا تكون الشؤون الخاصة للمريض محلا للإفشاء والإعلام بها إلى الغير، فممارسة الطب تعد من أهم المهن التي يلتزم ممارسوها بكتمان أسرار عملائهم، فما هو السر الطـــبي الذي يوجب المسؤولية الجنائية في حالة إفشائه؟

[1]– بنوك المعلومات (المعلوماتية الإسمية): تعني تكوين قاعدة بيانات تفيد موضوعا معينا وتهدف لخدمة غرض معين، ومعالجتها بواسطة أجهزة الحسابات الإلكترونية لإخراجها في صورة معلومات تفيد مستخدمين مختلفين في أغراض متعددة.

– أحيانا ينتج عن إصابة الشخص بالمرض إعتزاله عن الحياة العامة والبعد عن الأقارب والجـــيران والأهل وخاصة في حالة الأمراض الميؤوس من شفائها، فيتم تصويره وتنشر صوره علـــى مختلـــف مواقـــع التواصل الإجتماعي، فهل يعتبر ذلك إنتهاك لحقه في الحياة الخاصة؟

– نتيجة التطور العلمي في المجال الطبي أدى إلى تطوير البحث مما شمل جسم الإنســـان وذلـــك بإجراء تجارب طبية عليه، فهل أعطى المشرع الجزائري الحماية الكافية للكيـــان البشـــري في ظـــل هـــذه التطورات؟ أم أنه أصبح لعبة في يد أهل الإختصاص لتحقيق أهدافهم ونتائجهم العلمية؟

– إن الحالة الصحية للأم تستدعي الوقوف برهة للحفاظ على صحتها وذلك بإسقاط الجنين قبل تمام نموه وولادته حيا، فهل المشرع الجزائري أباح الإجهاض بصفة عامة أم راعى في ذلك الأسباب المؤدية للجوء إليه؟

ومن أجل الإلمام بالموضوع إعتمدنا التقسيم الثنائي فقسمنا موضوع هذه المـــذكرة إلى فصـــلين، بحيث خصصنا الفصل الأول لمحور الحق في السلامة المعنوية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها، وذلـــك بدراسة عنصرين للحق في خصوصية المريض من جانب السلامة المعنوية وهما خصوصية عدم إفشاء الســـر الطبي وخصوصية عدم نشر صور المريض في حاله مرضه ويظهر ذلك جليا من خلال المبحث الأول، أمـــا المبحث الثاني فتمت الإشارة فيه إلى الحماية الجنائية للسر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه.

وعلى غرار الفصل الأول خصصنا الفصل الثاني لمحور الحق في السلامة الجسدية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها، من خلال التطرق إلى خصوصية رضا وسلامة المريض في التصرفات الطبية وهذا ما هـــو مبين في المبحث الأول، أما المبحث الثاني تم فيه تبيان الحماية الجنائية في حالة التعدي على جسم المـــريض، وتناولنا من خلال هذا المبحث بعض الجرائم المرتكبة على جسم المريض، فذكرها هنا جاء على سبيل المثال لا الحصر.

الفصل الأول

الحق في السلامة المعنوية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

الفصل الأول: الحق في السلامة المعنوية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

يشكل الجانب الصحي في حياة الإنسان جانبا مهما ومظهرا من مظاهر الحياة الخاصة التي وجب احترامها، ويتمثل أساسا في التزام الطبيب ومن في حكمه بعدم إفشاء أسرار المريض وتصويره ونشر صوره في حالة المرض، لأن إفشاء أسرار المريض ونشر صوره يعتبر من أبرز صور التعدي على حرمة الحياة الخاصة للأفراد.

وهنا خصص المبحث الأول لخصوصية عدم إفشاء السر الطبي ونشر صور المريض في حالة المرض، وأدرج في المبحث الثاني الحماية الجنائية للسر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه بإعتبار ذلك يعد من صور الإعتداء على الحق في السلامة المعنوية للمريض.

المبحث الأول: خصوصية عدم إفشاء السر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه

ممّا لا شك فيه أن لكل إنسان أسراره الخاصة ومن حقه كتمانها عن الآخرين تحقيقًا لمصالحه الشخصية، لذلك أوجبت الشريعة الإسلامية حفظ الأسرار حتى ولو كان السر خاصا بصاحبه[1].

و واجب كتمان الأسرار هو واجب عام يلتزم به كل من علم بأسرار غيره، سواء لأن هذا الأخير قد أسربها إليه أم لأنه قد عرفها بحكم وظيفته أو مهنته كالطبيب والمحامي والصحفي وغيرهم...، فالحق في الخصوصية يقتضي ألا تكون الشؤون الخاصة للفرد محلا للحق في الإعلام بالنسبة لغيره، وفي تعبير آخر هو حق كل إنسان في التعامل مع حياته الخاصة بما يراه مناسبا به.

والخصوصية بهذا المعنى تقترب من السر ولكنها لا ترادفه، فالسر بوجه عام هو ما يكتمه الإنسان في نفسه فهو بذلك يفترض الكتمان التام، أمّا الخصوصية فقد تتوافر بالرغم من عدم وجود السرية، وبناءًا على ذلك إذا كان الاعتراف بالحق في الخصوصية يغطي نطاقاً كبيرا من أمور الحياة الخاصة إلاّ أنّه لا يكفي لتغطية بعض صور الاعتداء على الحق في السرية [2].

---

[1] – د/عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، الطبعة الأولى، 2008، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 130.

[2] – د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دراسة مقارنة، طبعة 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص8.

وتنبع أهمية الحق في السرية من أن هناك حالات تستدعي إحاطة حقوق الشخص والتزاماته أو أية أمور أخرى تهمه بسياج من السرية التامة، فالمريض الذي يلجأ إلى الطبيب ليعرض عليه حالته كثيراً ما تكون له مصلحة في ألاّ يعرف أحد شيئاً عن المرض الذي يعالج منه وكثيراً ما يكشف للطبيب عن أمور لا يعرفها أحد عنه، فالطبيب مؤتمن على مصالح وأسرار المرضى ووسيلة حماية هذه المصالح والأسرار هي أن تبقى في طي الكتمان.

وفي إطار دراسة السرية المهنية، فالسر المهني أو الوظيفي يقتضي تطلب صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر وممارسة المهنة أو الوظيفة، فلكي يلتزم المهني أو الموظف بواجب السرية يجب أن يكون من طبيعة مهنته أو وظيفته الاطلاع على تلك الأسرار، فإذا كان المهني أو الموظف اطلع على أسرار الغير بصفته الشخصية فإنه لا يعد مؤتمنا على الأسرار، فالالتزام بالسرية والكتمان لا يشمل الوقائع التي علم بها المهني أو الموظف بغير طريق ممارسة مهنته أو وظيفته، ويتحدد البيان القانوني والفني للواقعة السرية المهنية بتوافر الشروط التالية: [1]

- ارتباط الواقعة السرية بالمهنة أو الوظيفة .
- عدم شيوع الواقعة السرية للكافة .
- تعلق السر بواقعة ذات دلالة، لصاحبها مصلحة في الكتمان.

والحقيقة أنه مع التقدم العلمي في مجال تقنيات التصوير والاتصال وثورة المعلومات والشبكات العالمية المرتبطة مع بعضها البعض، أصبحت خصوصية الإنسان في غير مأمن من انتهاكها في جزء من الثانية، وما أن تكتمل الثانية حتى تصبح صورته قد وصلت لكل أجهزة الحواسيب في المعمورة، ورأها كل عين، وسمعت بها كل أذن.

بالإضافة إلى تسابق المصورين الصحفيين على التقاط صور المشاهير رجالاً ونساءً وعرضها للبيع دون إذنهم طمعاً في الكسب المادي من وراء السبق الصحفي، أو كشف حياتهم الخاصة للجمهور المتعطش لمعرفتها، كما أنها قد تستغل لتشويه شخصية الإنسان وظهوره بمظهر لا يرغب أن يراه الناس عليه وخاصة في حالة مرضه.

وإزاء هذا الخطر المحدق بالحياة الخاصة وحرمتها عموماً وبالحق في السر الطبي والصورة خصوصاً، تدخل المشرع الجزائري مؤخراً لينص على حماية هذا الحق بشكل صريح، ويوفر له الحماية الجنائية اللازمة له.

[1] – د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص20.

المطلب الأول: خصوصية عدم إفشاء السر الطبي

وردت كلمة السر في القرآن الكريم اثنتين وثلاثين مرة بالصيغ المختلفة، وجاءت من الآيات مُقابلة السر بالجهر ومُقابلته بالعلن، كما ذكر السر مقابلا بعدم الإبداء وعبّر عنه بالإخفاء ومنها قوله تعالى: " **الذين ينفقون أموالهم بالليل والنهار سراً وعلانية** " [1]، وقوله تعالى : "**إني دعوتهم جهارًا، ثمّ إنّي أعلنت لهم وأسررتُ لهم إسرارا**" [2] .

والسر في اللغة العربية هو: الذي يُكتم، وجمع أسرار وهو ما يكتمه الإنسان في نفسه أو ما يكتمه ويخفيه المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها، قال الله تعالى في كتابه العزيز: "**والله يعلم ما تسرّون وما تعلنون**" [3]، أما في اللغة الفرنسية فالسر هو: ما يجب كتمانه « Ce qui doit être tenu»

والطب لغة: هو علاج الجسم والنفس.

هذا عن تعريف كلمة السر و الطب لغة، وبجمع هاتين الكلمتين نتحصل على كلمة مركبة هي: السر الطبي" "Secret medical" "Medical secret" [4].

والسر الطبي يُعتبر من الأمور الغامضة التي لا يمكن تحديد مفهومها، فهو مسألة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث، فقد يكون أمراً ما سرًا في زمان ولا يكون سرًا في زمان آخر، وقد يكون سرًا في مكان ولا يكون سرًا في مكان آخر، وقد يكون سرًا بالنسبة لأشخاص ولا يكون سرًا بالنسبة لأشخاص آخرين[5].

الفرع الأول: ماهية وشروط السر الطبي

ونتعرض هنا لماهية السر الطبي بالتطرق إلى تعريفه من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية وبعدها نعرج على الشروط الواجب توفرها في السر حتى يتم تصنيفه ضمن الأسرار الطبية.

[1] – سورة البقرة، الآية رقم: 274.

[2] – سورة نوح، الآية رقم : 8 و9.

[3] – سورة النحل، الآية رقم: 19.

[4]– عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2001، ص11.

[5]– عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص12.

أولا : ماهية السر الطبي

وفي هذا الصدد نشير إلى التعريف الفقهي والقانوني والقضائي للسر الطبي.

1 – التعريف الفقهي: عرف رأي في الفقه السر الطبي بأنه: ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته، وكان في إفشائه ضرر للشخص أو لعائلته إما لطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع.

يُؤخذ على هذا الرأي أن السر لا يشترط فيه أن يعهد صاحب السر به إلى المؤتمن عليه، ويعد سرا كل أمر بطبيعته أو وفقا للظروف الملابسة الذي يقف عنده الطبيب.

بينما ذهب رأي آخر من الفقه في تعريفه إلى التفرقة بين السر الطبي والتزام الطبيب بحفظ السر، فعُرف السر الطبي بأنه:" كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها"، في حين عرف التزام الطبيب بحفظ السر بأنه التزام الطبيب بحفظ السر والصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر [1].

ويرى بعض الفقه أن السر الطبي هو: الأمر الذي إذا أذيع وأضر بسمعة صاحبه أو كرامته، غير أنه أخذ على أصحاب هذا الرأي أن السر قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانه، ومع ذلك يُعتبر سرا[2]، ويرى البعض أن السر الطبي هو كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواءً أفضي إليه بها المريض أو غيره أو علم بها الطبيب نتيجة لممارسة المهنة وكان هذا السر يدخل ضمن الأمور الصحية أو الاجتماعية [3].

بالنظر إلى التعريفات السابقة للسر الطبي يُلاحظ أن هناك صعوبة في وضع تعريف دقيق خاص، ذلك نظراً لأن السر يختلف باختلاف الظروف والأزمنة، غير أن التعريف الراجح الذي استقر عليه الفقه هو: "السر الطبي هو كل ما يصل إليه الطبيب أثناء قيامه بعمله أو بسببه وكان في إفشاءه ضرر بالمريض أو عائلته مع مراعاة الظروف والأحوال التي أحاطت بالموضوع" [4].

2 – التعريف التشريعي: لقد أحجمت معظم النصوص التشريعية على تعريف السر الطبي واكتفت بذكر الطائفة المعينة بالسر الطبي وبالمحافظة عليه، مثلاً المشرع الفرنسي في المادة 378 قديماً

---

[1] – د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، طبعة سنة 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 58.

[2] – جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ص47.

[3] – د/محمد أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، طبعة سنة 1987، دار النهضة، عمان – الأردن، ص6.

[4] – علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، طبعة 2007، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص161.

وحديثاً في المادة 13/226، المشرع المصري في المادة 310، المشرع التونسي في المادة 254 من قانون العقوبات...إلخ.

حتى أن المشرع الجزائري سار على نفس المنوال في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، لكن لنا في مدونة أخلاقيات مهنة الطب السبيل في الاقتداء فيما يخص ما يشمل عليه السر الطبي، حيث نصت المادة 37 منه : "يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته".

3 – التعريف القضائي: اختلفت أحكام القضاء في تحديد مفهوم السر الطبي وخاصة الفرنسي منها، ففي بادئ الأمر ذهب القضاء في تعريفه للسر: "بأن سر المهنة هو كل ما يعهد به على أنه سر"، ثم غيرت محكمة النقض اتجاهها وجاءت بتعريف آخر مفاده أن السر الطبي هو كل ما يقف عليه الطبيب بوصفه سراً وتقتضيه مصلحة المريض[1].

ثانيا: شروط تحقق السر الطبي

لا يشترط لقيام السر أن تكون الواقعة قد أفضى بها من أؤتمن عليها، إفضاء، أي أن يكون المجني عليه هو الذي تكلم بالسر، وطلب إلى الأمين صراحة كتمانه، فلا تقتصر الأسرار على ما يعهد به صراحة إلى الأمناء عليه، وبالتالي يكفي لقيام السر أن تكون الواقعة قد وصلت إلى علم الأمين بطريق الصدفة، أو بطريق الخبرة الفنية حتى ولو لم يعلم بها صاحبها، فالطبيب الذي يكتشف أن مريضه مصاب بمرض الزهري ملزم بكتمان السر ولو كان المريض نفسه يجهل المرض، والمحامي الذي يفهم من خلال حديث موكله أنه إرتكب جريمة، مطالب أيضا بالمحافظة على السر، ولو لم يفض الموكل صراحة إلى المحامي بذلك [2].

ولذلك لابد من توافر ثلاثة شروط حتى يتحقق السر الطبي وتتمثل فيما يلي[3]:

[1] – د/مروك نصر الدين، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني تحت عنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الجزء الأول، الملف: المسؤولية الطبية، دار الهلال، الجزائر ص8 و9.

[2] – د/هشام اليوسفي، الحماية الجنائية للسر المهني، الطبعة الأولى لسنة 2015، دار الوليد للنشر والتوزيع، ص 14 و 15.

[3] – علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص116.

1- أن يكون الطبيب قد وقف على الواقعة والمعلومة بسبب مهنته: إلتزام الطبيب بكتمان السر الطبي لا يتوقف على ما أفضى به المريض إليه، بل يشمل كل ما حصل عليه أثناء مباشرته لمهنته أو بسببها ، أي يكون من شأن طبيعة المهنة تمكين الطبيب من الاطلاع والكشف عنها.

2- أن يكون للمريض مصلحة في إبقاء الأمر سرا: يُشترط في السر الطبي المراد حفظه أن يكون للمريض مصلحة لجعله سراً، ولا يشترط أن تكون هذه المصلحة من طبيعة معينة، فقد تكون مصلحة مادية أو أدبية المهم لها علاقة بحياته الشخصية.

3- أن تكون المعلومة أو الوقائع ذات صلة به كطبيب أو من في حكمه: يجب أن تكون المعلومة التي وقف عليها الطبيب لها علاقة به كطبيب أو من في حكمه، ومن ثم لا تعد المعلومة التي وصلت إلى علم الطبيب والتي لا علاقة له بصفته أسرار طبية.

الفرع الثاني : معيار ووسائل العلم ونطاق الإلتزام بالسر الطبي

ونتناول أولا المعيار المتبع في تحديد سرية المعلومات الطبية ثم إلى وسائل العلم ونطاق الإلتزام بالسر الطبي.

أولا: معيار تحديد وصف السرية للمعلومات الطبية

لابد من الوقوف على المعيار الذي يستخدم في سبيل تحديد وصف السرية، وفي هذا الصدد انقسم الفقه والقضاء إلى اتجاهين، فبينما ذهب البعض إلى تفضيل المعيار الشخصي فضل البعض الآخر المعيار الموضوعي.

1 – المعيار الشخصي: وفقاً لهذا المعيار يتم تحديد وصف السرية عن طريق صاحب السر نفسه، فصاحب المهنة أو الوظيفة لا يلتزم إلا بما عهد إليه صاحب السر طواعية، هذا المعيار تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 26 جويلية 1945 جاء فيه[1] **:** "إن السر الطبي هو ما يعهد به المريض بمحض إرادته إلى طبيب على أنه سر وعلى الطبيب ألا يمتنع عن الشهادة بحجة السرية".

يُعاب على هذا المعيار أنه لا يُوفر حماية كبيرة للأسرار الطبية، ويحصرها في صاحب السر نفسه لهذا عدل الفقه والقضاء عن الأخذ به وعُوض بمعيار آخر هو المعيار الموضوعي.

[1] – د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص22.

2 – المعيار الموضوعي: وفقا لهذا المعيار لا تسبغ السرية على الواقعة بالنظر إلى تقدير صاحب السر وظروفه، وإنما يتم تقدير هذا الوصف بالنظر إلى الظروف والأحوال الموضوعية التي أحاطت بالواقعة، وعليه تعتبر الوقائع والمعلومات سرية دون طلب صريح من المودع ويحدث ذلك عندما تكون الأمور سرية بطبيعتها، ولصاحب السر مصلحة في إخفاءه [1].

3 – موقف المشرع الجزائري: يظهر أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموضوعي وهذا ما نستنتجه من خلال المادة 37 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي جاء فيها: "يشمل السر المهني كل ما يراه طبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يُؤتمن عليه خلال أداءه لمهنته" .

و السبب الذي جعل المشرع يتبنى المعيار الموضوعي هذا لكونه يوفر أكبر قدر ممكن من الحماية للأسرار الطبية.

ثانيا : وسائل العلم ونطاق الإلتزام بالسر الطبي

1 – وسائل العلم بالسر الطبي: تنحصر وسائل العلم بالسر الطبي في وسيلتين إحداهما مباشرة والأخرى غير مباشرة.

أ – الوسيلة المباشرة: تتمثل في إفضاء صاحب السر بنفسه للمعلومات أو للوقائع المتعلقة بحالته الصحية إلى الطبيب بكل صراحة، على أنها سر وهذا لثقته فيه حتى يعالجه من الأمراض التي يعاني منها.

ب – الوسيلة غير المباشرة: تتمثل في المعلومات التي يستخلصها الطبيب من خلال ممارسة مهنته وتسمى معلومات بطبيعتها وتمتد إلى كل ما يشاهده الطبيب أو يسمعه أو يستنتجه أو يفهمه أثناء ممارسة المهنة.

2 – نطاق الإلتزام بالسر الطبي: ذهب جانب من الفقه وسانده في ذلك القضاء أحيانا على اعتبار أن فكرة السر الطبي مبدأ مطلقاً لا يخضع لأي استثناء، ويؤكّد أصحاب هذا الرأي أن مفهوم الالتزام المطلق بالسر المهني وعدم خضوعه لأي استثناء هو الذي يلزم الطبيب بعدم الإفشاء بأي سر من الأسرار وتحت أي ظرف من ظروف الحال، أي الإلتزام بالسرية[2].

---

[1] – د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص 23.

[2] – مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنة "، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2010 – 2011 ، ص137و 138.

هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 18 ماي 1947 واعتبرت أن تقديم الطبيب لتقرير يعتبر مخالفاً لمبدأ السرية المطلقة للسر الطبي [1].

وفي المقابل ذهب رأي في الفقه والقضاء إلى أن الحفاظ على السر الطبي تبرره حماية المصلحة الشخصية للعميل الذي يبُوح لطبيبه بهذه الأسرار، فهذا المبدأ أوجده المشرع حماية للصالح الخاص وحماية المصلحة الخاصة تُحقق في نفس الوقت مصلحة عامة، هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 01 مارس 1972 لا يمكن التمسك بفكرة السر الطبي في مواجهة المريض صاحب الشأن لأن هذا الالتزام مقرر لمصلحته [2].

إلا أن الرأي الراجح هو السر الطبي حمايته تحقق مصلحة عامة ومصلحة خاصة في نفس الوقت.

المطلب الثاني: خصوصية عدم تصوير المريض ونشر صوره في حالة المرض

صنف الأستاذ "مايزو" الحق في الصورة ضمن الحق في السلامة المعنوية الذي هو حق من حقوق الشخصية إضافة إلى الحق في السلامة الجسدية و الحق في العمل...الخ.

وهنا نتطرق في الفرع الأول لماهية الحق في الصورة وعلاقتها بالحق في الخصوصية للمريض ونتناول في الفرع الثاني ضمان عدم تصوير المريض ونشر صورته في حالة المرض.

الفرع الأول: ماهية الحق في الصورة وعلاقتها بالحق في الخصوصية للمريض

فالصورة هي الشكل والتمثال، وصورة الشيء: ماهيته المجردة ، قال تعالى: "**الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك**"[3]، وقال تعالى: "**هو الذي يصوركم في الأرحام كيف يشاء**"[4].

والحق في الصورة هو: ذلك الاستئثار الذي يتيح للشخص منع غيره من أن يرسمه أو يلتقط له صورة دون إذن منه صريح أو ضمني، وما يستتبع ذلك من حقه في الاعتراض على نشر صورته على الجمهور[5].

---

[1] – د/عادل جبري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهني أو الوظيفي، المرجع السابق، ص34.

[2] – د/عادل جبري محمد حبيب، المرجع نفسه، ص 38.

[3] – سورة الإنفطار الآية: 8.

[4] – سورة آل عمران الآية: 6.

[5] – د/فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، دون سنة ،ص 204.

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الصورة على أنها: الاعتداء الضوئي على جسم الإنسان، فهي تشير إلى شخصية صاحبها، كما تعرف في علم البصريات على أنها: تشابه أو تطابق للجسم ناجم عن انعكاس الأشعة الضوئية المنبعثة منه على عدسة أو مرآة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي إنقسم في شأن تحديد العلاقة بين الصورة والخصوصية إلى إتجاهين، يذهب الإتجاه الأول إلى أن الحق في الصورة يستقل عن الحق في الخصوصية ويذهب الإتجاه الثاني إلى أن الصورة عنصر من عناصر الحق في الخصوصية[2].

أولا: إستقلال الحق في الصورة عن الخصوصية

ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن الحق في الصورة يمكن أن يكون محلا للإعتداء أثناء ممارسة الإنسان لحياته العامة دون أي مساس بحياته الخاصة.

وفي تاريخ لاحق ذهبت محكمة باريس إلى أنه لكل إنسان حق خاص على صورته يستطيع بمقتضاه أن يعترض على نشرها حتى لو كان النشر لا يمثل أي إعتداء على حياته الخاصة.

ويفهم من هذه الأحكام إستقلال الحق في الخصوصية عن الحق في الصورة وبهذا يكون للشخص الإعتراض على تصويره أثناء حياته العامة ولو كان هناك عدوان على الخصوصية.

ولقد وجد هذا الإتجاه من المحاكم جانبا من الفقه الفرنسي من يتبناه ويدافع عنه بإعتبار أن الصورة تحمي الجانب الجسدي أو المادي في شخص الإنسان في حين أن الحق في الخصوصية يحمي الجانب المعنوي للإنسان.

ويذهب Xavier Agostinelli إلى أن الصورة تشغل في الغالب وضع ممتاز في حماية الحياة الخاصة ويضيف بأن الفقه إنقسم حول إعتبار الحق في الصورة حقا مستقلا أم مرتبطا بالحق في إحترام الحياة و إعتبار الصورة للوجه من محتويات وعناصر الخصوصية[3].

[1] – أ/ شنة زواوي، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، مقال منشور في مجلة السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد 13، جوان 2015، ص 362.

[2] – د/عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، طبعة2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – مصر، ص 213 و 214.

[3] – د/عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 214

ويدلل أنصار هذا الإتجاه على وجهة نظرهم بقولهم عند حدود رضا أحد الأشخاص بتصويره أثناء حياته العامة فلا يعني الرضا إستعمال الصورة، إذ ينبغي أن يكون الإستعمال للصورة في حدود ونطاق الرضا أي بما لا يسيء للشخص أو يحط من كرامته وليس على حياته الخاصة لأن هذه الأخيرة لن يلحقها أذى في هذه الحالة.

ثانيا: الصورة عنصر من عناصر الحياة الخاصة :

يذهب الفقيه Lindon إلى أن الحق في الصورة يعد أحد عناصر الحق في الحياة الخاصة بل وأهم عناصر الحياة الخاصة و يؤيده الأستاذ Bandinter.

كما يذهب البعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الحق في الصورة يستهدف بصفة دائمة حماية الحياة الخاصة إذا تعلقت الصورة بالحياة الخاصة وإنما أيضا في الحالة التي ترسم فيها الصورة ملامح الشخص لأن هذه الملامح تكشف عن شخصية الإنسان، ويذهب هؤلاء إلى أن أساس هذا الإتجاه الفكري هو أن الصلة وثيقة للغاية بين الحق في الصورة والحق في إحترام الحياة الخاصة، فقسمات الشكل والملامح تعتبر من أهم عناصر الحياة الخاصة كما تعبر عن الشخصية الفيزيقية وتعبر أيضا عن الشخصية المعنوية بالقدر الذي تتم فيه حركة جسم الإنسان وتعبيرات الوجه عن الأفكار والمشاعر.

ويذهب الأستاذ Lindon إلى أن المساس بالحق في الصورة لا ينطوي غالبا على مساس بالحق في إحترام الحياة الخاصة فقط بل هو الذي يجعل المساس بالحياة الخاصة غير محتمل، ويدلل على رأيه بما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث إلى أن الحاكم له الحق في إحترام خصوصياته مثل أي شخص عادي وبالتالي لا يجوز نشر صورته طالما لم تكن أثناء ممارسة حياته العامة[1].

والجدير بالذكر أن الصورة تشكل مظهرا هاما من مظاهر الحياة الخاصة وبالتالي لا يمكن القول بأنها من عناصر الحياة الخاصة، حيث أن العنصر جزء من ماهية الشيء والصورة ليست جزءا من ماهية الحياة الخاصة بل هي أحد وأهم مظاهر الحياة الخاصة، حيث أن عناصرها هي المحل الذي يرد عليه الحق وصاحب الحق والحماية وبهذا تصبح الصورة من مظاهر الحياة الخاصة التي يجوز التنازل عنها[2].

[1] – د/ عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، المرجع السابق السابق، ص 215 و 216.

[2] – د/ عصام أحمد البهجي، المرجع ، ص 217

الفرع الثاني: ضمان عدم تصوير المريض ونشر صورته في حالة المرض

الحالة الصحية هي كل ما يتعلق بالأمراض التي تصيب الشخص وتلقيه العلاج، ومما لا شك فيه أن حالة الفرد الصحية والرعاية الطبية وتلقيه العلاج تعد من أدق الأمور الخاصة به، وأحيانا ينتج عن الإصابة بالأمراض اعتزال الحياة العامة، والبعد عن الأهل والأقارب والجيران، وللمريض الحق في ذلك، فقد يصاب بآلام شديدة نتيجة لمشاهدة الغير له حال صراعه مع الأمراض، وفي حالات كثيرة يؤدي حجب المعلومات المتعلقة بالحالة الصحية للأفراد -لاسيما المشاهير منهم- إلى سرعة التماثل للشفاء، وهو الأمر الذي عد معه النشر آنذاك جريمة مؤثمة قانونا، باعتبار أن ذلك يشكل اعتداء على الحق في الخصوصية للشخص، وتطبيقا لهذا قضت إحدى المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية بتعويض للمدعية التي كانت تعاني من المرض، وكان وزنها يتناقص باستمرار، وجرى تصويرها خلسة وهي على فراش المرض بالمستشفى بالرغم من كونها اعترضت على هذا، وتم نشر الصورة تحت عنوان مثير، فالحالة الصحية تعد من عناصر الحق في الحياة الخاصة، فلا يجوز تصوير فنان مريض أثناء نقله للعلاج خارج البلاد لأن ذلك يشكل انتهاكا لحقه في الخصوصية، ومثال ذلك في مصر عندما نشرت جريدة الأهرام خبرا يتعلق بسفر الفنانة المصرية شريهان للعلاج في باريس وقد رفضت الفنانة تصويرها أو نشر أخبار مرضها لأنه انتهاك لحرمة حياتها الخاصة، وقد أكدت المحاكم الفرنسية عدم جواز نشر الأخبار المتعلقة بالأمراض التي تصيب الشخص وكذا حظر تصويره وهو على فراش المرض أو نشر هذه الصور،كما قضي أيضا بأن المريض له الحق في الحصول على الرعاية الصحية وتلقي العلاج دون أن يتعرض للنشر أو العلانية، كما أقر القضاء الفرنسي أيضا تعويض من تعرض للنشر أثناء مرضه دون إذنه، حيث حكم له بمبلغ مائة فرنك فرنسي ونشر ملخص الحكم، واعتبر القضاء الفرنسي نشر صورة لطفل يعاني من المرض حال علاجه في أحد المستشفيات دون الحصول على إذن والديه خطأ ألحق ضررا بأسرته يتعين القضاء لهم بالتعويض، ولا يجوز أيضا مجرد نشر أخبار عن طبيعة الجراحة التي ستجرى للشخص بحسبان أن ذلك يشكل مساسا بحقه في الخصوصية وأقل ما يمكن ملاحظته أن القضاء الفرنسي والمعروف بأنه سباق في إقرار الحق في احترام الحياة الخاصة قد أقر أيضا بضرورة احترام الحياة الصحية للشخص التي تعتبر عنصرا من عناصر الحق في الخصوصية[1].

[1] أ/ خليفي أسماء، حماية الحق في الحياة الخاصة في المجال الطبي ، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، العدد 12، سنة 2016، ص 184 إلى 186.

المبحث الثاني : الحماية الجنائية للسر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه

نتناول في هذا المبحث أركان جريمة إفشاء السر الطبي المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم والإستثناءات الواردة عليها (المطلب الأول)، ونعرج إلى الحماية الجنائية في حالة تصوير المريض ونشر صوره في حالة المرض بإعتبارها من صور التعدي على السلامة المعنوية للمريض (المطلب الثاني).

المطلب الأول :الحماية الجنائية للسر الطبي والإستثناءات الواردة عليه

تقوم جريمة إفشاء السر الطبي المنصوص والمعاقب عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري على ثلاث أركان هي[1]:

- ✓ صفة من أأتمن على السر و إفشاء السر الطبي.
- ✓ القصد الجنائي.
- ✓ النص القانوني الذي يجرم فعل إفشاء السر الطبي.

وهناك من يضيف إلى جانب الأركان الثلاثة المذكورة أعلاه ركن آخر وهو أن يكون الأمر الذي أفشي سرا[2]، هذه الأركان المذكورة أعلاه التي بتوافرها تقوم جريمة إفشاء السر الطبي، سوف نقوم بتحليلها وتفصيلها كل على حدى حتى نكون على بينة من الأمر، لنخصص الفرع الأول لدراسة أركان جريمة إفشاء السر الطبي (الركن الشرعي والمادي والمعنوي) والفرع الثاني لدراسة الإستثناءات الواردة على إفشاء السر الطبي أو ما يسمى بأسباب الإباحة.

[1] – د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومه، الجزائر، ص 238.

[2] – جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الأول: أركان جريمة إفشاء السر الطبي

لا يعاقب قانون العقوبات على الأفكار رغم قباحتها ولا على النوايا السيئة ما لم تظهـــر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل، ويشكل الفعل أو العمل الخارجي الذي يُعبر عن النية الإجراميـــة أو الخطأ الجزائي ما يسمى بالركن المادي للجريمة[1] .

و جريمة إفشاء السر الطبي المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري تقـــوم على أركان ثلاثة هي الركن :المادي، المعنوي والشرعي.

أولا : الركن المادي لجريمة إفشاء السر الطبي

ويتضمن الركن المادي في جريمة إفشاء السر الطبي عناصر ثلاث هي: صفة من أأتمن على السر، وفعل الإفشاء، وكون المعلومة المراد إفشاءها لها صفة السرية، ويكتمل الركن المادي لجريمة إفشاء السر الطبي بتحقق هذه العناصر مجتمعة، فيكون الإفشاء عندئذ بقيام الأمين على السر بكشف عن أمر يعده صاحبه سرا يهمه أن يبقى في طي الكتمان وصل إلى علمه بحكم الوظيفة والمهنة.

1 – صفة الأمين على السر الطبي: هذا هو العنصر الجوهري والأساسي في جريمة إفشاء السر الطبي ولا يسري نص المادة 301 من قانون العقوبات إلاّ على طائفة معينة من الأمناء على الأسرار وهم : الأمناء بحكم الضرورة confidents nécessaires أو من تقضي وظيفته أو مهنته بتلقي أسرار الغير، ولم يرد المشرع حصرهم بل اكتفى بذكر البعض منهم وهم: الأطباء الجراحون والصيادلة والقابلات ثم أردف بقوله أو جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وهي ترجمة للنص الفرنسي الآتي:

« Toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie»[2]

أ – صفة الأمين على السر الطبي بحكم الضرورة: وفي إطار دراسة المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر الطبي، فالأمين على السر حتما يكون من أعضاء المهن الطبية الذين تم تحديدهم بموجب

[1] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة، سنة 2007، دار هومة، الجزائر، ص85.

[2] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص والأموال، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومة، الجزائر، ص239.

المادة 301 ويتعلق الأمر بـــ: الأطباء الجراحون، الصيادلة، القابلات، فهم أمناء على أسرار مرضـــاهم بحكم الضرورة دون أن ننسى الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتـــة على أسرار أدلي بها إليهم وهي عبارة واسعة استعملها المشرع استعمالاً صحيحاً، وقد عرف الأســـتاذ: Garrud الأمناء الضروريين بقوله "هم أولئك الذين يضطرّ الناس إلى التوجه إليهم لعدم قدرتهم علـــى الاستغناء عنهم وهم مطمئنون إلى التزامهم بحفظ السر" [1].

إذن لا تقوم جريمة إفشاء الأسرار الطبية إلا في حق شخص ذي صفة معينة مستمدة من نوع المهنة التي يمارسها، أي أنها صفة مهنية.

فالأمين على السر بحكم الضرورة قد يكون الطبيب على اختلاف تخصصاته أو الصـــيدلي أو القابلة وهذا ما سنبينه على النحو التالي:

أ – 1– الأطباء والصيادلة

1– الأطباء: إن كلمة الأطباء والجراحين لا تعني جعل الالتزام يقع على هـــاتين الفئـــتين فقط، وإنما يقصد بها جميع الأطباء مهما اختلفت تخصصاتهم الطبية سواء كانوا أطباء ممارسين عامين أو متخصصين، وقد أردف المشرع إشارته إلى الأطباء مع ذكر الجراحين، مع أن الجراحين نوع من الأطباء، ونص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري لم يذكر أطباء الأسنان شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي والمصري، لكن نص المادة 1/206 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصـــحة وترقيتها المعدل والمتمم جاء ليؤكد أن السر الطبي يلزم به كافة الأطباء حيث نصت المادة على ما يلي: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحوا الأسنان والصيادلة[2] "

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه أجمل كافة الأطباء على اختلاف تخصصاتهم وأضـــاف جراحو الأسنان بخلاف نص المادة 301 من قانون العقوبات.

---

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير، سنة 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ص 105.

[2] – تم إقرار نص المادة 1/206 بموجب القانون 17/90 المؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق لـــ 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

كذلك نصت المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن أخلاقيات الطب على ما يلي: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب ..."

والطبيب هو الشخص الحائز على درجة أو شهادة علمية طبية من جهة معترف بها تؤهله لممارسة فن ووقاية وعلاج وتخفيف الأمراض أو معالجة ما يمكن علاجه من الآثار الناتجة عن العنف أو الحوادث سواء كان ذلك لدى الإنسان أو الحيوان [1].

والطبيب حتى يكون ملزما بكتمان السر المهني يجب أن يكون قد علم به أثناء ممارسة الوظيفة أو بسببها وقد أخذ بذلك القضاء الفرنسي، فقضت محكمة تولوز الفرنسية في حكم صادر عنها جاء فيه: " ...لا يصح استبعاد شهادة الطبيب الذي كان صديقا للمتوفى لمجرد كونه طبيبا، طالما أن الشهادة التي أداها لا تتعلق بأمور وصلت إلى علمه بصفته طبيبا بل باعتباره شخصا عاديا بصرف النظر عن مهنته الطبية، بل أن الواجب يلزمه في هذه الحالة بان يبلغ عن ما وصل إلى علمه من هذا القبيل"[2].

ويعتبر الطبيب ملزما بالسر الطبي ليس فقط بالنسبة للمعلومات التي أفضي إليه بها، ولكن أيضا كل ما استطاع معرفته أو استنتاجه خلال ممارسة مهنته وذلك من أجل المحافظة على أسرار وخصوصيات المريض المكفولة بالحماية .

وطرح التساؤل فيما إذا كان يتطلب حصول الطبيب على إجازة ممارسة المهنة الطبية لكي يلتزم بكتمان الأسرار الطبية، فذهب البعض إلى أنه لا يشترط أن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة، بل يكفي أن يكون لديه المؤهلات التي تجيز له حمل هذا اللقب.

و ذهب رأي آخر إلى أن الشخص الغير مجاز لا يعد طبيبا بالمعنى القانوني وبالتالي لا يخضع إلى قاعدة حفظ السر الطبي [3].

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص34.

[2] – موفق علي عبيد، المرجع نفسه، ص 106.

[3] – موفق علي عبيد، نفس المرجع، ص 105.

وموقف المشرع الجزائري من هذه الآراء أنه نص صراحة في المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب أن أحكامها تفرض على كل طبيب وحتى على طلبة الطب لأن ذلك يؤدي إلى توفير حماية فعالة شاملة وكاملة لأسرار المرضى.

هذا ويبقى الطبيب ملزمًا بالمحافظة على السر الطبي حتى بعد تركه المهنة طالما أنه قد حصل عليه بسببها، خلافا لما هو عليه الحال فيما لو علم به بعد اعتزاله المهنة.

ولقد نص المرسوم التنفيذي رقم 393/09 المؤرخ في 24 نوفمبر 2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 394/09 المؤرخ في 24 نوفمبر 2009[1] المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، وبموجب المادة 3 على أن الموظفون الذين يحكمهم هذين القانونين يخضعون للحقوق والواجبات المنصوص عليها في الأمر03/06 المؤرخ في 15جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ونصت المادة 48 منه على ما يلي: "يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني ويُمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو اطلع عليه بمناسبة ممارسته مهامه، ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة ولا يتحرر الموظف من واجب السر المهني، إلا بترخيص مكتوب من السلطة السلمية المؤهلة".

وذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 77/10 المؤرخ في 18 فيفري 2010 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين المفتشين في الصحة العمومية، عندما أحال فيما يخص الحقوق والواجبات إلى الأمر 03/06 المذكور سابقا ويؤكد مرة أخرى في المادة 7 على ما يلي: "يلتزم الممارسون الطبيون المفتشون في الصحة العمومية ... التقيد بواجب التحفظ، مع المحافظة على السر المهني في كل الأحوال".

يتضح من خلال عرض هذه النصوص أن كل من الطبيب العام والمتخصص وحتى الطبيب المفتش ملزمون بالمحافظة على السر الطبي، ولنا أن نعطي بعض الأمثلة عن البعض من الأطباء في فروع وأسلاك متخصصة ومختلفة:

[1] – ألغيت أحكام المرسوم 106/91 المؤرخ في 17 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العامة بموجب المرسومين رقم 393/09 و 394/09 المؤرخين في 24 نوفمبر 2009.

- **طبيب الأسنان:** طبيب الأسنان هو كذلك ملزم بالحفاظ على السر الطبي حتى وإن المادة 301 من قانون العقوبات لم تذكره بصريح النص، إلا أن المادة 1/206 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم ذكرته على النحو التالي: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحوا الأسنان والصيادلة".

كذلك نصت المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني... [1]"

وطبيب الأسنان هو أمين بحكم الوظيفة على أسرار المرضى لأن مهنته تمكنه من الاطلاع على أسرار مرضاه فكان لزاما عليه المحافظة على السر الطبي.

- **طبيب العمل:** وطبيب العمل هو الآخر ملزم بالحفاظ على السر المهني، وفي هذا الإطار استقر القضاء الفرنسي على التمييز بين حالتين: الأولى إذا كان طبيب العمل هو الطبيب المعالج والثانية إذا كان طبيب مراقب، ففي الحالة الأولى فإن طبيب العمل يتلقى وقائع سرية يلتزم بعدم كشفها، أما في الحالة الثانية فإنه يفحص المريض بقصد التحقق من صحة ما يدعيه فلا يكون ملزما بالسر نحوه [2].

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الطب بموجب القانون رقم 07/88 المؤرخ في26 فيفري 1988 المتعلق بالوقاية الصحية وطب العمل في المادة 3 منه "يتعين على المؤسسة المستخدمة ضمان الوقاية الصحية والأمن للعمال".

ونصت المادة 12 منه كذلك على: " تعتبر حماية العمال بواسطة طب العمل جزءا لا يتجزأ من السياسة الطبية الوطنية"، ونصت المادة 16 منه على أنه تخضع ممارسة العمل إلى الأحكام التشريعية السارية المفعول ولاسيما القانون 05/85 المؤرخ في 26 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم، إلا أنه وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 120/93 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، نصت المادة 6 منه على ما يلي:"يُعد طبيبا مؤهلاً لممارسة طب العمل ... كل

[1] – كما نصت المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: " يشتمل السر المهني كل ما يراه طبيب أو جراح أسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته" .

[2] – عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2001، ص 87.

طبيب يحمل شهادة التخصص في طب العمل... "، و لم يتضمن هذا المرسوم أية مادة تتكلم عن الإلتزام بالمحافظة على السر الطبي ما عدا نص المادة 28 التي أوجبت التصريح بالأمراض المهنية وفقط.

غير أنه وفي المقابل نجد المرسوم التنفيذي رقم 116/09 المحدد للاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء[1]، نص في المادة 11 منه على ما يلي: "يلتزم الطبيب المعالج بمسك وتحيين ملف طبي ... ويلتزم بضمان سرية الملف الطبي الذي يتعين عليه التمسك به كممارس طبي..".

يظهر من خلال المواد المذكورة أعلاه أن المشرع كفل حماية خاصة للعامل من خلال إلـــزام الطبيب التابع للهيئة المستخدمة بالحفاظ والمحافظة على أسراره الطبية.

وما تجدر الإشارة إليه أن المنازعات الطبية في مجال الضمان الاجتماعي نص عليها القانون رقم 08/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 الذي أتى بأحكام مفصلة مقارنة على ما كان عليه الحـــال في القانون القديم رقم 15/83 المؤرخ في 02 جويلية 1983[2].

- **الطبيب الخبير**: الخبير هو ذلك الشخص المختص الذي له الدراية الخاصة بمسألة من المسائل يلجأ إليه كلما ثارت أثناء سير الدعوى مسألة فنية يتوقف عليها الفصل في الدعوى و لم يكن باستطاعة القاضي البت فيها برأي[3] .

إن الطبيب الخبير هو مكلف من طرف المحكمة أو جهة التحقيق لفحص مصاب نتيجة حادث أو اعتداء أو تشريح جثة...و بالتالي يقدم تقريره إلى الجهة التي انتدبته، وهذا ما نصت عليـــه المـــادة 1/207 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم: "يجـــب علـــى الســـلطة القضائية أن تعين أطباء وجراحي أسنان وصيادلة مختصين في الطب الشرعي للقيام بالأعمـــال الطبيـــة الشرعية".

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 116/09 المؤرخ في 07 أفريل 2009 الذي يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء.

[2] – سماتي الطيب، المنازعات الطبية والتقنية في مجال الضمان الإجتماعي على ضوء القانون الجديد، طبعة 2010، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، ص13.

[3] – د/أيمن محمـــد علي محمـــد حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2008، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ص 93.

ونصت المادة 2/207 من القانون المذكور أعلاه: "يتعين على الطبيب أو جـراح الأسـنان أو الصيدلي المكلف بمهمة الخبرة والمراقبة أن يطلع الأشخاص الذين يقوم بفحصهم أنه مخول بهذه الصفة ".

غير أن الطبيب الخبير هو ملزم أيضا بالحفاظ على السر الطبي وهذا ما أكدت عليـه المـادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم[1]، إلا في الحالات التي يأمره فيها القانون بالإفشاء والتصريح.

- **طبيب المؤسسة العقابية:** الوقاية الصحية للمحبوسين هي من أهم الواجبات الملقاة علـى الإدارة العقابية إذ نصت المادة 57 من القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 الذي يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على ما يلي [2]: "الحق في الرعاية الصحية مضمون لجميع فئات المحبوسين"، ونصت المادة 60 من نفس القانون على: "يسهر طبيـب المؤسسـة العقابية على مراعاة قواعد الصحة والنظافة الفردية والجماعية داخل أماكن الإحتباس، وعلـى طبيـب المؤسسة العقابية أن يتفقد مجموع الأماكن بها، ويخطر المدير بكل معاينة للنقائص أوكل الوضعيات التي من شأنها الإضرار بصحة المحبوسين."

و طبيب المؤسسة العقابية هو الآخر ملزم باحترام السر الطبي ما دام أنه يفحص المحبوس ويقدم له العلاج، فلا بد له أن يلتزم بأخلاقيات مهنة الطب.

وفي هذا الإطار صدر قرار وزاري مشترك مؤرخ في 13 ماي 1997 يتعلق بالاتفاقية المتعلقـة بالتغطية الصحية للمساجين بالمؤسسات العقابية التابعة لوزارة العدل، نصت المادة 5 منه: " يكلـف موظفو السلك الطبي والشبه الطبي بالتنظيم والمراقبة للنشاط الصحي في إطار احترام أخلاقيات مهنـة الطب والقواعد الأساسية المنظمة لمهنتهم بالتنسيق مع رئيس المؤسسة العقابية المعنية" .

من خلال استقراء نص المادة 5 هناك إشارة صريحة ودلالة قاطعة على ضرورة إحترام طبيب المؤسسة العقابية لأخلاقيات مهنة الطب، ومن الأخلاقيات الأساسية والجوهرية، إحترام السر الطـبي،

[1]- أنظر المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وأيضا حالات إنتفاء جريمة إفشاء السر الطبي المقررة للمصلحة العامة (ممارسة الأمين على السر الطبي لأعمال الخبرة) المشار إليها في هذه الأطروحة .

[2] - ألغي الأمر 02/72 المؤرخ في 10 فيفري 1972 المتضمن تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين بموجب القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

فعليه الإلتزام بعدم الإفشاء إلا في حالات محددة، ويترتب عن هذا الخرق متابعة جزائية على أساس جريمة إفشاء السر المهني، إذ نصت المادة 165 من القانون رقم 04/05 "يعاقب طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات كل موظف تابع لإدارة السجون أو أي شخص يساهم في نشاطات إعادة التربية وإعادة إدماج المحبوسين أفشى سراً مهنياً"، أي أن المتابعة والعقاب تكون بناءًا على نص المادة 301من قانون العقوبات، فعلى طبيب المؤسسة العقابية السهر على حماية أسرار المرضى المحبوسين والسهر على عدم كشفها أو إفشاءها إلا في إطار ما يسمح ويأمر به القانون.

2- الصيادلة: عُرفت مهنة الصيدلة بأنها مهنة تختص بتجهيز الأدوية والتعرف على خصائصها وصفاتها والوسائل التي تكفل الحفاظ عليها، بالإضافة إلى طرق تعاطيها وتحضيرها وفق أشكال وهيئات بحيث يكون من السهولة تناولها[1].

والالتزام بعدم إفشاء السر الطبي يشمل الصيدلي وهذا ما نص عليه قانون العقوبات و قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري.

لقد تضمن نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري فئة الصيادلة بعبارة صريحة: "يُعاقب... والصيادلة... " . و لقد نصت المادة 206 من قانون رقم 05/85 المعدل والمتمم على ما يلي: " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة".

حتى إن الصيدلي الخبير مجبر على الالتزام بالحفاظ على السر المهني وهذا ما نصت عليه المادة 4/206 " لا يلزم طبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواءً كان مطلوبا من القضاء أو خبيراً لديه ... كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهنته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني" .

ولقد نصت المادة 113 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يلزم كل صيدلي بالحفاظ على السر المهني إلا في الحالات المخالفة المنصوص عليها في هذا القانون".

[1] – د/طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلي الجنائية، الطبعة الأولى، سنة 2008، دار وائل، الأردن، ص16.

إضافة إلى ذلك يلتزم الصيدلي المفتش بالحفاظ على السر المهني وهذا ما نصت عليه المادة 2/194 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم جاء فيها:[1] "يمارس الصيادلة المفتشون مهامهم عبر التراب الوطني ويلتزم هؤلاء بالسر المهني وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به... "

أما بالنسبة للطالب في الصيدلة فتنص المادة 2 من مدونة أخلاقيات الطب على جعله يخضع لأحكامها جاء فيها: " تُفرض أحكام هذه المدونة على ...أو صيدلي ...أو طالب في الصيدلة".

ومن الأحكام التي يجب الخضوع لها، السر المهني المنصوص عليه في المواد من 36 إلى41 .

أ – 2- طلبة الطب والقابلات ومديرو المستشفيات

- **طلبة الطب**: لقد ثار خلاف في مدى التزام طلبة كلية الطب بالمحافظة على سر المهنة، فقد ذهب البعض إلى أن المشرع لم ينص صراحة على أن الطلبة هم من ضمن الأشخاص الملزمين بالمحافظة على السر الطبي مستندين في ذلك إلى نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، وقد ذهب القضاء الفرنسي قديما إلى إعفاءهم من الإلتزام بالسر الطبي وكان هذا الرأي قد تعرض إلى نقدٍ شديد من جانب الفقه، على اعتبار أن طلاب كلية الطب هم أطباء المستقبل ومن ثم فلهم ما للأطباء من حقوق وعليهم ما على الأطباء من واجبات وإن كان لا يلزمهم بالكتمان بصفتهم طلاباً إلا أنّه يلزمهم بصفتهم مساعدين [2].

أما الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فلم تذكر المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري طلبة الطب بصريح العبارة، والأصل أن طلبة الطب يمارسون مهنة الطب وهذا ما نصت عليه المادة 200 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: "يسمح لطلبة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية أن يمارسوا تباعاً الطب وجراحة الأسنان و الصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية" .

كما أن طالب الطب وهو أثناء مرحلة الدراسة له أن يحمل صفة طبيب، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 219/94 المؤرخ في 23 جويلية 1994 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 215/71

[1] – المادة 2/194 إستحدثت بموجب القانون رقم 09/98 المؤرخ في 19 أوت 1998 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/85.

[2] – د/مروك نصر الدين، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني تحت عنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 16.

المتضمن تنظيم الدروس الطبية، إذ نصت المادة 5 فقرة 3 منه: "تقسم الدراسة للحصول على شهادة دكتوراه في الطب إلى طورين ... تدوم مدة التدريب الداخلي سنة بالتوقيت الكامل في مختلف المصالح الإستشفائية الجامعية بصفة طبيب داخلي... ".

كما نصت المادة 5 من المرسوم 215/71 المؤرخ في 03 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث شهادة الدروس الطبية الخاصة: "يُجبر طلبة دورة ما بعد التدرج على الإقامة ...ويكون لهم لقب الطبيب المقيم".

وبناءً على ما سبق ذكره وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب نصت المادة 02 منه على ما يلي: "تُفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان مرخص له بممارسة المهنة... ".

ومن الأحكام المفروضة المنصوص عليها في المدونة هي الالتزام بالمحافظة على السر المهني المنصوص عليه من المادة 36 إلى المادة 41، ناهيك على المواد الأخرى التي تؤكد على ذلك في مواضع مختلفة من المدونة.

- **القابلات**: القابلة هي المرأة التي تساعد الحامل عند الولادة، جمع قوابل، وقابلات .

لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري إلى جانب الأطباء والجراحون والصيادلة طائفة أخرى ملزمة بالحفاظ على السر الطبي ألا وهي طائفة القابلات، وفي هذا الإطار صدر مرسوم 110/91 مؤرخ في 27 أفريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات جاء في نص المادة 3 منه ما يلي: "يخضع الذين تسري عليهم أحكام هذا القانون الأساسي للحقوق والواجبات المنصوص عليها في المرسوم 58/85 المؤرخ في 23 مارس 1985...".

والقابلة وهي بصدد مباشرة أعمالها قد تطلع على أسرار خاصة بالمريض، لهذا ألزمها القانون بعدم إفشاءها، والجدير بالذكر أنه لا قانون الصحة ولا مدونة أخلاقيات الطب قد ذكر مصطلح القابلة.

فحفظ أسرار الناس وستر عوراتهم واجب على كل مؤمن وهو على الأطباء واجب، لأن الناس يكشفون لهم عن خباياهم ويودعونهم أسرارهم طواعية مستندين على ركائز متينة من قدسية حفظ السر اعتنقته المهنة من أقدم العصور، والقابلة لها نصيب وافر من هذا الواجب الأخلاقي الديني[1].

● **مديرو المستشفيات:** يلتزم مديرو المستشفيات بالحفاظ على السر الطبي لأنهم يقفون على أسرار المرضى بحكم توليهم للرئاسة والإشراف مما يسمح لهم بالإطلاع على ذلك، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها صادر بتاريخ 16 مارس 1993 جاء فيه: " إن مدير المستشفى يعتبر ملزما بالمحافظة على السر المهني فيما يتعلق بسلامة المرضى وشرف العائلة، وأن مجرد واقعة دخول المريض إلى المستشفى ليست من الوقائع التي تجرمها المادة 378 إلا إذا كان من شأنه الكشف عن طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد صدر مرسوم تنفيذي رقم 108/91 المؤرخ في27 أفريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بمديري الإدارة الصحية نصت المادة 03 منه على ما يلي: "يخضع المستخدمون الذين يسري عليهم هذا القانون إلى المرسوم رقم 59/85 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية". وبالرجوع إلى هذا المرسوم نجده قد نص في المادة 23 على ضرورة الالتزام بالسر المهني[3] .

وفي هذا الإطار صدرت عدة مراسيم تنفيذية منها المرسوم التنفيذي رقم 465/97 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997، حدد قواعد إنشاء المؤسسات الإستشفائية المتخصصة وسيرها، وحدد مهام المدير في المادة 19، كذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 466/97 المؤرخ في 02 ديسمبر1997 يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها[4] وحدد مهام المدير في المادة 19.

---

[1] – د/هشام إبراهيم الخطيب، الوجيز في الطب الإسلامي، طبعة سنة 2008، دار الشهاب للطباعة والنشر، باتنة، الجزائر، ص51.

[2] – عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص86.

[3] – ألغت المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 161/09 المؤرخ في 02 ماي 2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك متصرفي مصالح الصحة، المرسوم رقم 108/91.

[4] – ألغي المرسوم التنفيذي 466/97 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997 المحدد لقواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها.

كذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 467/97 المؤرخ في 02 ديسمبر 1997 الذي يحدد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها، وحددت مهام المدير في المادة 22 منه: ويبقى المدير سواء كان مدير المؤسسة الاستشفائية، القطاع الصحي، مركز استشفائي ملزمًا بالمحافظة على السر المهني ويخضع في ذلك لأحكام الأمر 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث نصت المادة 48 منه:"يجب على الموظف الإلتزام بالسر المهني ويمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو إطلع عليه بمناسبة ممارسته مهامه".

ب – جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع والمهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار المريض

لقد أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري إلى جانب الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات، عبارة واسعة تتضمن جميع الأشخاص المؤتمنين على الأسرار بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، وحسناً ما فعل المشرع بوضعه لهذه العبارة الجامعة الشاملة، لأن ذلك يعطي أكبر قدر من الحماية للسر الطبي، فهذه الطائفة هي من المهن المساعدة والمكملة للطب، فهم يُعاملون معاملة الأطباء من حيث التزامهم بالسر[1] .

ولقد تضمن قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري نصا صريحا هو نص المادة 226 جاء فيه:"يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية".

كما تضمنت مدونة أخلاقيات الطب هي الأخرى نص المادة 38 جاء فيه: " يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني".

و نصت المادة 154 من نفس المدونة: " يجب على الصيادلة أن يحرصوا على أن يكون الأشخاص الذين يساعدونهم في العمل من المتعلمين، كما يجب أن يشترطوا عليهم سلوكاً يتماشى وقواعد المهنة ومع أحكام أخلاقيات المهنة هذه".

[1] – عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، طبعة سنة 1998، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 293.

و لقد نظم المشرع الجزائري البعض من المهن المساعدة التي قد يكون الأشخاص الذين يزاولونها مؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار المرضى، فنذكر على سبيل المثال لا الحصر:

المرسوم التنفيذي رقم 107/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمستخدمين شبه الطبيين، قام بتعداد الموظفين المنتمين والخاضعين لهذا المرسوم في المادة 2 وهم: "مساعدو التمريض، الممرضون، المدلكون الطبيون، المداوون بالعمل، مساعدو جراحي الأسنان، ممرضو الأسنان، مساعدو المحضرين في الصيدلة، المحضرون في الصيدلة، مشغلو أجهزة الأشعة، مساعدو المخبريين، المخبريين، أعوان التطهير، المختصون في التغذية، المساعدات الاجتماعيات، الأمناء الطبيون،مقومو البصر، مقومو الأعضاء الاصطناعية، تقنيون مختصون في علم الأوبئة، أساتذة التعليم شبه الطبي، المولدات الريفيات، الممرضات المؤهلات في التوليد" .

هؤلاء تُطبق عليهم الواجبات المنصوص عليها في المرسوم 59/85 ومن بينها الحفاظ على السر المهني والالتزام بعدم كشفه وإفشاءه.

كذلك المرسوم 109/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش أحال هو الآخر إلى المرسوم المذكور أعلاه وإلى أحكامه، كذلك نفس الشيء بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 111/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالاختصاصيين في علم النفس أحال إلى المرسوم نفسه .

إن هدف الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع والمهنة والوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار المرضى، لا يختلف عن هدف الطبيب أو باقي الفريق الصحي الآخر، فكلهم يهدف إلى خدمة الأفراد للمحافظة على صحتهم ومنع المرض عنهم أو شفاءهم منه، وكذلك الحرص على حياتهم وإراحتهم ورعايتهم حتى وهم في آخر لحظات حياتهم مهما اختلفت متطلبات كل منهم[1].

[1] – د/سعاد حسين حسن، قواعد التمريض، الطبعة الثالثة، سنة 1985، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ص 22.

إذن يتضح مما سبق ذكره أن جريمة إفشاء السر الطبي هي من الجرائم التي تتطلب صفة خاصة في الجاني، بمعنى أن هذه الجريمة لا يقترفها أي شخص، بل يقترفها شخص يتصف بصفة معينة وهذه الصفة مستمدة من المهنة التي يزاولها [1].

و الحكمة في ذلك أنه بحكم المهنة يتعرف الأمين على السر بحكم الضرورة أو بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار المرضى الذين يعالجهم، وتبعاً لذلك فهو مجبر على الحفاظ عليها وصونها.

2 – فعل إفشاء السر الطبي

يقوم الركن المادي لجريمة إفشاء السر الطبي فضلا على عنصر الأمين على السر الطبي، على عنصرين آخرين، الأول يتضمن فعل الإفشاء والثاني وجود السر.

أ – فعل الإفشاء: الأصل أن قانون العقوبات لا يعاقب على الأفكار رغم قباحتها ولا على النوايا السيئة ما لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل، ويشكل الفعل أو العمل الخارجي الذي يعبر عن النية الإجرامية أو الخطأ الجزائي ما يسمى بالركن المادي للجريمة، وقد يكون الركن المادي للجريمة إما عملاً إيجابيا أو سلبيا.

و يتمثل الركن المادي في الجرائم الإيجابية في عمل إيجابي بالإقدام على فعل ينهى القانون على ارتكابه [2].

ومن هذا المنطلق فالركن المادي في جريمة إفشاء السر الطبي يتمثل في إقدام كل من الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على إفشاء أسرار مرضاهم، فهذا الفعل هو فعل إيجابي يجعل من الجريمة أنها إيجابية أي (جريمة الفعل) délit d'action ou de commission.

والإفشاء: هو كشف السر واطلاع الغير عليه مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانه، أو كشف عن بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده [3].

---

[1] – د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 91.

[2] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص85.

[3] – عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 301.

فجوهر الإفشاء هو الإفضاء بمعلومات كافية ومحددة للغير عن أحوال المرضى، ويتحقق الإفشاء إذا أعلن السر بأية وسيلة، ولا يتطلب القانون ذكر صاحب السر وإنما يكتفي بكشف بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده [1].

وعُرف الإفشاء على أنه اطلاع الغير على السر والشخص الذي يتعلق به، ويعني ذلك أن الإفشاء في جوهره نقل معلومات، أي أنه نوع من الإخبار، وتتحدد عناصره بأمرين: موضوعه أي السر، والشخص الذي يتعلق به [2].

فإفشاء السر في الأساس جريمة أخلاقية قبل أن تكون جريمة مدنية أو جزائية، فالشعور العام يتأذى من هذا الفعل، كما أنه يرتب ضررا للمصلحة العامة [3].

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 12 أفريل 1951 الإفشاء بأنه:" الإفضاء بواقعة معينة إلى شخص بصفة كلية أو جزئية أيا كان قدر المعلومات التي تلقاها، وقد يكون الغير على علم سطحي بتلك الواقعة ثم يتحول إلى علم قطعي فور الإفضاء إليه بها... ".

ولا يتطلب الأمر ذكر الشخص الذي يتعلق به السر وإنما يكفي أن يكشف عن بعض صفاته ومعالمه، بحيث يمكن من خلالها معرفته وتحديده وعليه فإن الطبيب الذي ينشر بحثا علميا يوضح فيه أعراض مرض عالجه وأسلوب وطريقة هذه المعالجة دون أن يحدد الشخص المريض به، لا يُعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر، أما إذا قام الطبيب بنشر صورة المريض و لم يحدد اسمه فيعتبر مرتكباً لهذه الجريمة على أساس أن نشر الصورة يمكن أن يؤدي إلى تحديد شخصية المريض [4].

ولا تشترط العلانية في هذه الجريمة، فالإفشاء يتم بمجرد اطلاع شخص أو عدة أشخاص، بل أنه يقع قانونا ولو حصل لفرد واحد وطلب منه كتمانه أو الاحتفاظ به، ولا عبرة لصلة الطبيب بهذا

[1] – د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، سنة 2005، المركز القومي للإصدارات القانونية، الإسكندرية، ص 181.

[2] – أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، من الناحية الجنائية المدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص164.

[3] –محمد عبد الودود أبو عمر، المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الجبيهة، عمان، ص14.

[4] – د/محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 91.

الفرد، فالطبيب الذي يفشي لزوجته سرا من أسرر مهنته يقع تحت طائلة العقاب ولو طلب من الزوجة كتمان السر[1] .

ولا يجوز الإفشاء بالسر الطبي حتى وأن الواقعة أصبحت معروفة لدى الناس فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية الدكتور Watelet وعلق على هذا الحكم المستشار تانو بقوله: " إن الطبيب لا يحق له أن يستند لتبرير فعلته على أن السر أصبح معروفاً للعامة ... فإنه بهذا يؤكد الرواية ويحمل المترددين على تصديقها "[2].

ولا يباح إفشاء السر الطبي ولو كان الطبيب من أفراد العائلة وأبعد من ذلك لا يباح إفشاء السر ولو من طبيب إلى طبيب، والحكمة في ذلك أن المريض لم يأتمن أي طبيب على سره وإنما ائتمن طبيبا معيناً، وليس من الضروري لقيام المسؤولية واستحقاق العقاب أن يكون الإفشاء على السر كله أو بأكمله أو مطابقا للحقيقة مطابقة تامة، بل تقع الجريمة وإن لم ينشر إلا جزء من السر[3].

ب – الشروع في إفشاء السر الطبي: إذا كانت الجريمة لا تتحقق إلا بتوافر فعل مادي فإنه ليس من الضروري أن يترتب على هذا الفعل نتيجة مضرة حتى تكون أمام جريمة قابلة للجزاء، فإذا تحققت النتيجة نكون بصدد جريمة تامة، وإذا لم تتحقق نكون بصدد شروع أو محاولة ارتكاب جريمة، ويتطلب الشروع توافر ركنين [4]:

- البدء في التنفيذ يستلزم عملاً يؤدي مباشرة إلى الجريمة مع نية ارتكابها.
- وقف التنفيذ أو خيبة أثره نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها.

و قد نص المشرع الجزائري على الشروع في قانون العقوبات إذ خص المادة 30 للشروع في الجناية والمادة 31 للشروع في الجنحة.

و بما أن جريمة إفشاء السر الطبي هي جنحة فهل يتصور فيها الشروع؟

---

[1] –المستشار عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، طبعة 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،ص 132.

[2] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 100.

[3] – جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 48.

[4] – د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 93 و94 .

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون العقوبات الجزائري على: "المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون".

و بالرجوع إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري فلم تتضمن العقاب على الشروع في حين نصت المادة 302 من نفس القانون على العقاب على الشروع لمن يفشي السر الخاص بالمؤسسة، فهل هذا يعني أن خصوصية أسرار المؤسسة تتضمن حماية أكبر من خصوصية أسرار المرضى ليمتد العقاب على الشروع في الإفشاء إليها ويغيب عن نص المادة 301 من قانون العقوبات ؟

ج – وسائل إفشاء السر الطبي: لم يحدد المشرع الجزائري وسيلة معينة من شانها أن تحقق فعل الإفشاء، فيتحقق الإفشاء بطريق مباشر أو غير مباشر، شفويا أو كتابيا، أو عن طريق إعطاء الغير شهادة بما يعاني منه شخص ما من مرض.

لكن إعطاء المريض ذاته تقريرا عن حالته بالمرض أو للغير بناء على طلبه لا يعد إفشاء لسر طبي، وهذا ما قصده المشرع في المادة 2/206 من قانون الصحة المعدل والمتمم، جاء فيها: "ما عدا الترخيص القانوني يكون الإلتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي بدوره حر في كشف كل ما يتعلق بصحته".

ومن أهم الوسائل التي تستخدم لإفشاء السر الطبي الخاص بالمريض:

- النشر في الصحف والدوريات العلمية: وتتمثل هذه الطريقة في الأبحاث التي يكتبها وينجزها الأطباء وينشرونها في الدوريات المتخصصة وغالبًا ما تكون هذه الطريقة للمصلحة العامة ولتطوير الأبحاث الطبية، إلا أن المصلحة العامة لا تقتضي ذكر أسماء وصفات يمكن منها تحديد شخصية المريض وهويته، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب جاء فيها:"يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض."

كذلك نصت المادة 114 من المدونة على ما يلي: " يتعين على الصيدلي ضمانا لاحترام السر المهني ...أن يتجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق الضرر بسر المهنة ".

● الشهادة الطبية الخاصة بعدم اللياقة: أثارت مشكلة إعلام رب العمل وخاصة مفتشية العمل[1] بحالة العامل الصحية ومدى قدرته على العمل والاستمرار فيه جدلا فقهيا حاداً جوهره، هل يعد إعلام رب العمل بحالة العامل الصحية إفشاء للسر المهني؟

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تقرير مسؤولية الطبيب وإدانته على تسليمه تقريرا طبيا على عدم لياقة العامل[2]، وقد صدر حكم من محكمة لين الفرنسية بتاريخ 24 فيفري 1959 قضى بإدانة طبيب على أساس أنه سلم تقريرا طبيا مفاده عدم لياقة أحد الطيارين لقيادة الطائرة وسلمه إلى مدير شركة الطيران، لكن هذا الرأي المتشدد تم الرجوع عنه حديثا وتبنى الفقه الحديث سياسة اللاعقاب، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 جوان 1973 ببراءة طبيب بما نسب إليه من إفشاء السر المهني بسبب تقديمه تقرير إلى إدارة البنك عن موظفة توصل فيه إلى أنها غير قادرة على العمل.

أما المشرع لجزائري فقد نص في المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 120/93 المتعلق بتنظيم طب العمل[3] جاء فيها: " يجب على الطبيب أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها...".

● الملفات الطبية: هي مجموعة الوثائق التي يدون فيها الطبيب ما يلاحظه على المريض والنتائج المتوصل إليها في متابعة المريض وهذه الملفات الطبية يجب أن تحفظ بهدف الاستفادة منها مستقبلا في التدبير العلاجي للمريض ولا يجوز إفشاء ما فيها من معلومات، هذا ما نصت عليه المادة 2/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم رقم 05/85 "يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا ...كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية..."، كما نصت المادة 39 من مدونة أخلاقيات الطب: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول"، كما نص المرسوم التنفيذي رقم 116/09 المؤرخ في 17 أفريل 2009الذي يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء في المادة 11 منه

[1] – كريم عشوش، العقد الطبي، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 151.

[2] – مروك نصر الدين، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني تحت عنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق،ص12.

[3] – يحتوي المرسوم التنفيذي 120/93 المؤرخ في 1993/05/13 المتعلق بتنظيم طب العمل 40 مادة.

على ما يلي: "يلتزم الطبيب المعالج بمسك وتحيين ملف طبي لكل مريض ...ويلتزم بضمان سرية الملف الطبي للمريض الذي يتعين عليه التمسك بكتمان السر الطبي طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

3 – الواقعة السرية: إن نفس المادة 301 من قانون العقوبات تشير فقط، إلى لفظ " أسرار "، دون أن توضح لنا ما مضمون هذه الأسرار؟ مما يدعو إلى التساؤل حول مصدر المعلومات السرية، وحول محتوى السر وحدوده؟ وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، نجده يذكر بأن السر هو كل ما يتعلق بصحة المريض، والمعلومات المدونة في الملفات الطبية، وكذا حالات سوء المعاملة والحرمان، التي يعاينها الأطباء عند فحص الأطفال القصر والمحرومين، أما مدونة أخلاقيات الطب فهي تقدم لنا تفصيلا أكثر عن مضمون السر، بأنه يشمل كل ما يراه الطبيب ويسمعه ويفهمه، أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهمته، وما هو مدون بالبطاقات السريرية ووثائق المرضى[1].

ثانيا: الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر الطبي

لا يكفي لقيام الجريمة ارتكاب عمل مادي ينص ويعاقب عليه قانون العقوبات بل لا بد أن يصدر هذا العمل المادي عن إرادة الجاني، تشكل هذه العلاقة التي تربط العمل المادي بالفاعل ما يسمى بالركن المعنوي.

فلا تقوم الجريمة بدون توافر الركنين المادي والمعنوي زيادة على الركن الشرعي ويتمثل الركن المعنوي في نية داخلية يضمرها الجاني في نفسه وقد يتمثل أحيانا في الخطأ أو الإهمال أو عدم الاحتياط ومن ثم يتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين [2]:

- ✓ صورة الخطأ العمدي أي القصد الجنائي .
- ✓ صورة الخطأ غير العمدي .

وجريمة إفشاء السر الطبي المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري هي من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي[3] .

---

[1] – سليمان حاج عزام، جنحة إفشاء السر الطبي وحالات إنتفائها، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، العدد 14، 2016، ص 145. https://revues.univ-ouargla.dz/index.php/numero-03-2010-dafatir
تاريخ الدخول يوم 2017/03/29 على الساعة 15:17.

[2] – د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 106.

[3] – د/مروك نصر الدين، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني تحت عنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 17.

والقصد الجنائي هو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون.

إذن القصد الجنائي في جريمة إفشاء السر الطبي يقوم بمجرد:

* أن تتجه إرادة الأمين على السر الطبي إلى ارتكاب الجريمة .

* تحقق العلم بتوافر أركان الجريمة لدى الأمين على السر الطبي كما يتطلبها القانون.

1- اتجاه إرادة الأمين على السر الطبي إلى ارتكاب الجريمة: الإرادة هي نشاط نفسي اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، والإرادة هي أيضاً نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك فيفترض علما بالغرض المستهدف، وبالوسيلة التي يستعان بها لبلوغ هذا الغرض [1].

و يتطلب القصد الجنائي توافر الإرادة لدى الأمين على السر الطبي لارتكاب الفعل المعاقب عليه وتحقيق النتيجة الإجرامية، ولا تقوم الجريمة إلا إذا تعمد الأمين على السر الطبي الإفشاء وانصرفت إرادته إلى ذلك، فلا تقوم الجريمة إذا حصل إفشاء عن إهمال أو عدم احتياط الطبيب الذي يترك في مكان غير آمن معلومات عن أحد مرضاه فاطلع عليها الغير عرضا.

و القصد الجنائي في هذه الجريمة هو قصد عام إذا صدر الإفشاء مصحوباً بالعلم وإرادة ارتكاب الفعل[2]، وقد هجر الرأي الذي كان يتطلب في هذه الجريمة القصد الخاص قوامه (نية الإضرار) بمن أفشى سره وتوصف هذه النية في الفقه الحديث بأنها مجرد باعث لا يحول انتفائه دون توافر القصد [3].

2- تحقق العلم بتوافر أركان الجريمة لدى الأمين على السر الطبي كما يتطلبها القانون: لا تكفي إرادة الأمين على السر الطبي في تحديد القصد الجنائي، بل يجب أيضا أن تحقق عنده العلم بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون وخاصة نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، ويقصد بالعلم هنا إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع ومن ثم ينبغي أن يعلم الأمين على السر الطبي بأن أركان الجريمة متوفرة وأن القانون يعاقب عليها، والعلم بالقانون هو علم مفترض لدى العامة وبالتالي لا يجوز الدفع بالجهل بالقانون، فيتحقق العلم بمجرد أن يعلم الطبيب أن للواقعة صفة السرية

[1] – أمير فرج يوسف،أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 143.

[2] – عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 302.

[3] – المستشار عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، المرجع السابق، ص 142.

وأن لهذا السر طابعا مهنيا، ويعلم كذلك بأن مهنته هي أساس كونه مستودعا للسر وأن المـــريض لم يصرح و لم يوافق على إذاعة سره ومع ذلك يقدم على الإفشاء [1].

ويكفي مجرد الإفشاء مع العلم بموضوعه لتوافر القصد الجنائي إذ لا يشترط القانون نية خاصة أو نية الإضرار بالغير وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 17 جويلية 1967 "حكم إفشـــاء الأسرار هو في حد ذاته من الأفعال الشائنة التي لا تحتاج إلى قصد خاص يؤيدها... ".

هذا هو المعمول به الآن وإن كان البعض من الشراح يشترط نية الإضرار بحجة أن جريمة إفشاء الأسرار واردة في القانون في القسم الخاص بالجرائم الواقعة على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة التي يشترط فيها نية الإضرار[2] .

و بناء على ما سبق ذكره تتحقق جريمة إفشاء السر الطبي بمجرد توافر الإرادة للقيـــام بفعـــل الإفشاء من قبل الأمين على السر الطبي مع علمه بعناصر الجريمة وأركانها، لكن السؤال الذي يُطرح هل يُؤخذ بالدافع في جريمة إفشاء السر الطبي؟

ثالثا: الركن الشرعي لجريمة إفشاء السر الطبي

إن الحالة الصحية لكل إنسان من أدق الخصوصيات التي يحرص كل فرد على أن تظل في طي الكتمان بعيدا عن مرأى الآخرين ومسامعهم، وذلك لما يسببه الكشف عنها من آلام وأضرار يصعب الحد منها وخاصة إذا ما كان هذا الشخص إنسان يشتاق الناس إلى سماع أخباره ومعرفة كل صغيرة وكبيرة عنه.

ويقصد بالسر الطبي كما رأينا سابقا كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواء أفضى به إليـــه المريض أو الغير أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص، أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بســـببها وكـــان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانه [3].

ويحرص القضاء على إضفاء نوع من الحماية على الحالة الصحية للأفراد من خـــلال نطـــاق السرية، ولذلك يلزم الصحفيين بسرية أكبر فيما يتعلق بهذا المجال ويلزمهم بنشر النشرات الصادرة عن

[1] – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 64.

[2] – جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 50.

[3] – د/هشام اليوسفي، الحماية الجنائية للسر المهني، المرجع السابق، ص 56.

الهيئات الطبية دون تحريف أو إضافة، وفي هذا القرن ظهرت أنواع كثيرة من الأمراض الخطيرة المعدية مثل مرض السيدا، والكشف عن شخصية أحد المرضى المصاب بهذا المرض يسبب له ضررا يتعذر إصلاحه ويمثل اعتداء على حقه في الحياة الخاصة بسبب التأثير الذي يحدثه للمريض وما يؤدي إليه من ابتعاد الناس عنه وعزلته، ولهذا استقر القضاء على اعتبار أنّ صحة الشخص وما به من أمراض تعتبر من ركائز الحياة الخاصة، فلا يجوز نشر ما يتصل بصحة الشخص إلا بعد الحصول على إذنه، وبالتالي لا يجوز نشر تقرير يتعلق بمريض أو نشر صورته على فراش المرض[1].

ومن هذا المنطلق أيضا ألزمت القوانين الأطباء على اختلاف اختصاصاتهم والعاملون في مجال الخدمة الطبية بالمحافظة على كتمان أسرار المرضى وعدم البوح بها، فممارسة مهنة الطب تعد من أهم المهن التي يلتزم ممارسوها بكتمان أسرار عملائهم بوصفها أكثر المهن اعتمادا على هذه الأسرار التي تتعلق بأدق تفاصيل الحياة الشخصية للحالة الصحية والرعاية الطبية للمريض وتنعكس حتى على عائلته وتتصل بسمعته، لذا فإن علة التجريم تعود إلى وجوب فرض حماية أسرار المريض في أثناء اطلاع ذوي الخدمة الطبية عليه[2] .

لهذا رتب المشرع الجزائري على الإخلال بالإلتزام الناشئ عن السر الطبي قيام جريمة إفشاء الأسرار الطبية، منصوص ومُعاقب عليها بالمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم [3].

و هذه الجريمة تمس الحياة الخاصة للمريض و تسبب له ضررا يصعب جبره، و لهذا عملت معظم التشريعات على تجريم هذا الفعل، و قد سار المشرع الجزائري على هذا المنوال و أقر الحماية للحياة الخاصة من خلال تجريم إفشاء الأسرار الطبية للمرضى وحالاتهم الصحية ورعايتهم الطبية.

فالأصل أن المجتمع يستنكر الجريمة بوصفها عملاً ضاراً، تصيبه في أمنه واستقراره وتعرض مصالحه الحيوية للخطر، لهذا يعبر عن غضبه إزاء هذا العمل الضار بإنزال العقوبة على الجاني.

---

[1] – عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني،المرجع السابق، ص 150.

[2] – د/علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 258.

[3] – المادة 301 من قانون العقوبات المعدلة والمتممة بالمادة 60 من القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، العدد 84، الصادرة بتاريخ 04 ذو الحجة 1427 الموافق لـ 24 ديسمبر 2006، ص 29.

وتتمثل العقوبة باعتبارها صورة عن غضب الجماعة واستنكارها، نوعًا من الإيلام الذي يُنزل بالجاني وينفذ قهرًا بموجب إجراءات محددة بالقانون وعليه يمكن تعريف العقوبة بأنها: جزاء جنائي يقرره القانون ويوقعه القضاء على المجرم[1]،كما يمكن تعريف العقوبة على أنها جزاء يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب جريمة، وتتمثل العقوبة في إيلام الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية وأهمها الحق في الحياة والحق في الحرية [2].

ويوضح هذا التعريف أهم الخصائص التي تتميز بها العقوبة، فهي جزاء ويعني ذلك أنها تحمل ردة الفعل الإجتماعي على مخالفة القانون وارتكاب الجريمة، وهي مُقررة تأكيدًا لمبدأ الشرعية وابتعادًا عن التعسف الإداري أو التحكم القضائي، كما أنها لا توقع إلا بناءً على حكم قضائي يحدد العقوبة كماً ونوعًا الواجب إنزالها بالمحكوم عليه.

و الجزاء الذي يقرره المشرع ويوقعه القاضي الخاص بجريمة إفشاء السر الطبي قد يكون في مواجهة شخص طبيعي أو في مواجهة شخص معنوي وهذا ما سنوضحه على التوالي:

01 – **العقوبة المقررة بالنسبة للشخص الطبيعي وتقييمها:** لقد خصص المشرع الجزائري عقوبة بالنسبة للشخص الطبيعي كجزاء عن إفشاءه للسر الطبي الذي ائتمن عليه في إطار أدائه لمهنته ووظيفته وحددها في المادة 301 من قانون العقوبات بالمقدار التالي: الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

أما فيما يخص تقييم العقوبة المقررة للشخص الطبيعي:

* إنها عقوبة جنحية تتضمن الحبس والغرامة .

* إن المشرع قرر لها الحبس والغرامة دون ذكر عبارة" أو "هذا يعني أن القاضي يجمع بين العقوبتين .

* العقوبة المقررة هي نوعاً ما خفيفة بالنظر إلى الأضرار التي تلحقها الجريمة .

* إن العقوبة شملت فقط العقوبة الأصلية دون العقوبة التكميلية، بخلاف ما قرر لبعض الجرائم مثل الإجهاض من المادة 304 إلى المادة 313 وغيرها والتي تتضمن عقوبات تكميلية.

[1] – د/عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثاني، طبعة 1998، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص417.

[2] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 217.

* الشروع في هذه الجريمة غير معاقب عليه .

و تجدر الإشارة إلى أن الغرامة المقررة لهذه الجريمة كان مقدارها من 500 إلى 5000دج وقد تم رفعها بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات بأحكام المادة 467 مكرر لتصبح من 20.000 إلى 100.000دج.

02 –العقوبات المقررة بالنسبة للشخص المعنوي وتقييمها: لقد أقر القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وكرسها في المادة 51 مكرر منه جاء فيها:"باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال" .

وبالنسبة لجريمة إفشاء السر الطبي لم يكن الشخص المعنوي يُسأل عنها حتى سنة 2006 وذلك بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، فلقد أقر بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في المادة 303 مكرر 3 منه وتنص على ما يلي:"يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائياً عن الجرائم المحددة في الأقسام 3 و 4 و 5 من هذا الفصل وذلك طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر".

والأشخاص المعنوية هي: عبارة عن مجموعة من الأموال والأشخاص التي ترمي إلى تحقيق غرض معين فيمنحها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض[1].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس صراحة المسؤولية الجزائية في القسم الخامس المتضمن الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء الأسرار في قانون العقوبات.

حدد المشرع الجزائري العقوبة المقررة للشخص المعنوي عن جريمة إفشاء السر الطبي بالغرامة وهذا ما نصت عليه المادة 301 مكرر 3 من قانون العقوبات الجزائري، حسب الكيفيات المنصوص

[1] – صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، طبعة 2006، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص6.

عليها في المادة 18 مكرر وفي المادة 18 مكرر 2 عند الاقتضاء. وبالإضافة إلى ذلك يتعرض أيضا لواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر[1].

أما نص المادة 18 مكرر 2 الذي ورد في المادة 303 مكرر3 ، فلا مجال لتطبيقه على أساس أن الغرامة تم ذكرها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

ما يمكن ملاحظته عن العقوبة المقررة للشخص المعنوي عن جريمة إفشاء السر الطبي:

- ✓ أنها عقوبة حديثة تم تقريرها مؤخرا .
- ✓ أنها تتضمن العقوبة الأصلية والعقوبة التكميلية بخلاف العقوبة المقررة للشخص الطبيعي التي لا تتضمن سوى العقوبة الأصلية.

إن المشرع الجزائري بهذا التكريس الصريح للمسؤولية الجزائية يكون قد أصاب الهدف وواكب التشريعات الغربية في التطور التشريعي الحاصل.

الفرع الثاني: حالات انتفاء جريمة إفشاء السر الطبي (أسباب الإباحة)

إذا ارتكب شخص طبيعي خطأ جزائيا عمديًا كان أو غير عمدي وأسند له هذا الخطأ، فإنه يتحمل مبدئياً المسؤولية الجزائية المترتبة عنه ومن ثم يمكن إدانته والحكم عليه قضائيا بعقوبة جزائية.

و لكن الأمر لا يكون هكذا في كل الأحوال، إذ نص القانون على حالات ترتكب فيها أفعال مخالفة للقانون، ومع ذلك لا يعاقب مرتكبها جزائيًا و يحدث ذلك في ظل توافر سبب من أسباب

[1]- بالرجوع إلى نص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري نجدها تنص على ما يلي : العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجنح هي :

أ – الغرامة تساوي من مرة(1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

ب – واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى ارتكاب الجريمة.

الإباحة المقررة قانونا [1]، وترجع العلة وراء تجرد الواقعة الجرمية من صفتها الإجرامية عند توفر أحد أسباب الإباحة إلى انتفاء علة التجريم.

و في إطار دراسة أسباب الإباحة التي تخول للأمين على السر بإفشاء السر الطبي، ينبغي القول أن الدراسة لها علاقة بالمادة 39 من قانون العقوبات الجزائري[2] وبالأخص الفقرة الأولى منها، أي الفعل الذي يأمر به القانون.

و الفعل الذي يأمر به القانون هو بوجه عام : الفعل الذي يقوم به الموظف أثناء تأدية مهامه، ومن هذا القبيل، إفشاء سر طبي خاص بالمريض من طرف طبيب لإعتبارات لها علاقة بالصالح العام والصحة العمومية [3]، و بالرجوع إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري[4]، هناك إشارة صريحة لأمر القانون كسبب من أسباب الإباحة .

كما نصت المادة 2/206 من قانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 على مايلي: "ما عدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاماً ومطلقاً في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته..."

كما نصت على ذلك المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

إذن يتضح من خلال ذكر وعرض النصوص القانونية السابقة، أن فعل الإفشاء المباح هو الفعل الذي يأمر به القانون صراحة وفي حالات معينة لينتقل بذلك من مجال التجريم إلى مجال الإباحة.

[1] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص 122.

[2] – أنظر المادة 39 من قانون العقوبات التي أورد فيها المشرع الجزائري أسباب الإباحة على سبيل الحصر لا المثال.

[3] – د/أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع نفسه، ص 123.

[4] – تنص المادة 301 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء... على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يُوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".

ويتجه القضاء الفرنسي نحو تحديد الفعل الذي يأمر به القانون، بحيث لا يكون مـــبرراً إلا إذا كانت الجريمة ضرورية وكان الفعل يتوفر فيه شرط التناسب من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 18 فيفري 2003، وعليه فإفشاء السر الطبي إنما ينطوي في أصله اعتداء علـــى حقـــوق المرضى، ولكن المشرع يبيحه لتحقيق مصلحة اجتماعية أرجح في نظره من المصلحة التي تتحقق بالعقاب عليه [1].

غير أن المشرع الجزائري لم يضع لنا نصا موحدا يجمع فيها الحالات التي يُباح فيها للأمين على السر الطبي التصريح به وإفشاءه، فنجدها في نصوص متفرقة وفي مواضع مختلفة.

وأسباب إباحة إفشاء السر الطبي منها ما هو مقرر لحماية مصلحة شخصية و منها ما هو مقرر لحماية مصلحة عامة[2].

أولا: أسباب إباحة السر الطبي المقررة لمصلحة الأشخاص

رغم أن مبدأ حُرمة جسم الإنسان يقتضي حظر المساس به إلا أن ضرورة العلاج تبرر ما هـــو محضور شرعا، ومعنى ذلك أن مبدأ حرمة جسم الإنسان ليس بالمبدأ المطلق و يحتمل الإستثناء في حدود ما تقتضيه المصلحة الراجحة.

ذلك أن التداوي من الأمراض يتطلب تعلم الطب و ممارسته على اعتبار أن ترك هذا الواجب يجعل من المجتمع الإسلامي مجتمعا آثما[3] ، والعمل الطبي لابد أن تراعى فيه مقاصد الشريعة الإسلامية، وما يخص مهنة الطب من هذه المقاصد هي: النفس، العقل، النسل، وهذا يجلب النفع ويدرء الضرر.

[1] – إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص128.

[2] – المصلحة عرّفها الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه المستصفى من علم الأصول على النحو التالي: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب نفع أو دفع مضرة، و المصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع من الخلق، و مقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم و نفسهم و عقلهم و نسلهم و مالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول مصلحة و كل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة و دفعه مصلحة ".

[3] –د/مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، طبعة سنة 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 24.

وإذا كان المبدأ يقضي أن للجسم حرمة مطلقة ويحتمل التخفيف في حدود المصلحة الراجحة،كذلك الشأن بالنسبة لإباحة إفشاء السر الطبي، فالمبدأ هو حرمة أسرار المرضى المطلقة والإستثناء ما تقرره مصلحة الأشخاص أو المصلحة العامة.

ومصلحة الأشخاص تعد دافعا مبرراً لإباحة الإفشاء والبوح بالسر الطبي، متى وجدت الضرورة الملحة، ورضي صاحب السر بإفشائه، و حُق للطبيب كشف السر للدفاع عن نفسه أمام القضاء.

والمعيار المتبع في إباحة إفشاء السر الطبي تحقيقا لمصلحة الأشخاص، هو رجحان المصلحة في الإفشاء على المصلحة في الكتمان، ويستند هذا المعيار إلى توافر علّة المشروعية عندما ترجّح المصلحة في الإفشاء على المصلحة في الكتمان، إذا كانت المصلحة من الإفشاء حماية مصلحة أو حق أجدر بالحماية والرعاية من المصلحة في الكتمان، لأنه أهم اجتماعيا من الحق الأول، فإذا كان الكتمان يحمي حقا شخصيا، فالإفشاء يحمي حقاً للمجتمع بكامله، فمن ثم يعد أجدر بالحماية من الحق الشخصي[1] .

فهذا التطبيق يحقق الغرض المقصود وهو حماية مصلحة معتبرة، فإباحة التجريم يؤدي إلى تحقيق مصلحة أولى بالاعتبار[2].

1 – حالة الضرورة كسبب لإفشاء السر الطبي: أسباب الإباحة قد وردت في قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر لا المثال، ويعد الفعل الذي يخضع لسبب من أسباب التبرير فعلاً مشروعاً، ولقد اعتبر الفقه والقضاء المقارن نظرية الضرورة سبباً من أسباب الإباحة يمتد حتى إلى إباحة إفشاء السر الطبي.

و نظرية الضرورة هي الحالة التي لا يكون فيها مرتكب الجريمة مكرهًا على ارتكابها، وإنما يكون أمام خيارين: فإما يتحمل أذى معتبرا وإمّا يرتكب الجريمة، وهناك من الفقهاء من يأخذ بحالة الضرورة كسبب من أسباب الإباحة والبعض الآخر لا يعتد بها كسبب من أسباب الإباحة.

في هذا الإطار نص المشرع الجزائري في المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي:"يمكن إخفاء تشخيص المرض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان... "

[1] – رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 182.

[2] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص128.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يأخذ بحالة الضرورة كسبب لإباحة إفشاء الأسرار الطبية، لكن في المقابل نلاحظ أن المشرع الجزائري بنى المصلحة الأساسية للصحة العمومية فوق كل اعتبار، فمتى وجدت حالة الضرورة التي تقتضي المحافظة على الصحة العامة إلا ووجد السبيل للإبلاغ عنها، وهذا ما نصت عليه المادة 54 من قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم: "يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح المعنية بأي مرض معدٍ شخصهُ ".

و أكدت المادة 27 من القانون المذكور أعلاه الغاية من إسراع الطبيب في الإبلاغ: " تستهدف الوقاية العامة تحقيق ...الكشف على الأعراض المرضية في الوقت المناسب لمنع حدوث المرض".

إذن ضرورة المحافظة على صحة المواطن وحمايتها هي السبيل إلى الكشف عن المرض والتبليغ عنه، وهذا ما أكدته المادة 195 من نفس القانون: " يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان السهر على حماية صحة السكان... ".

وما نصت عليه المادة 6 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية"، و أبعد من ذلك فقد نص الدستور الجزائري في المادة 1/54 لسنة 1996المعدل والمتمم " الرعاية الصحية حق للمواطنين ".

هذا الحق يجب المحافظة عليه وحمايته، وضرورة المحافظة عليه وحمايته تقتضي الإبلاغ عن كل ما يمس ويضر به، من أجل اتخاذ الإحتياطات والتدخلات اللازمة لصدها ، فالضرورات تبيح المحضورات، وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها والحاجة تنزل منزلة الضرورة ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

2 – رضا صاحب السر كسبب لإباحة إفشاء السر الطبي: الأصل أن رضا المجني عليه لا أثر له على المسؤولية الجزائية، وهذا اعتباراً إلى كون القانون الجزائي من النظام العام، ومن ثم فلا يجوز للمجني عليه أن يعطل تطبيقه بإرادته[1] .

و المجني عليه هو من وقعت عليه الجريمة مباشرة أو من تحقق فيه موضوعها إن كانت من جرائم الاعتداء على النفس أو ما دونها [2].

[1] – د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 144.

[2] – د/محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ص171.

وعرف الفقيه جرلاند GERLAND رضا المجني عليه تعريفاً شاملاً بقوله[1]: "إن الرضـــاء إذن إرادي صدر بعد تفكير ممكن الرجوع فيه وأعلن عنه قبل ارتكاب الفعل، الذي يعتبر في ذاته معاقبـــا عليه والموجه ضد من رضي به".

وعرفه الفقيه جرسبيني Grispigni: "بأنه الإذن المعطى بواسطة شخص من أشخاص القـــانون الخاص إلى فرد أو أفراد لتنفيذ عمل معاقب عليه بواسطة القانون الوضعي، ويترتب على هذا العمـــل الإتلاف أو الإضرار بمال أو بمصلحة للشخص الذي صدر منه الإذن أو تعريضهما للخطر".

لقد استقر الفقه الجنائي على أن رضا المجني عليه لا يمحُوا الصفة المشروعة عن الفعل الإجرامي، لأن قواعد القانون الجنائي تتعلق بالنظام العام، كما أن السلطة في العقاب هي من حق المجتمع فمن ثم لا يمكن للفرد أن يعفي شخص من العقاب عن جريمة ارتكبها، أما في الجرائم التي يكون الحق المعتدى عليه حق للفرد فلا عقاب عليها إذا رضي صاحبه بالاعتداء، ويكون عدم العقاب نتيجة رضاء صاحب الحق الصريح بالفعل الذي وقع عليه، وعلى هذا اختلف الفقه والقضاء المقارن حول حجيـــة الرضـــا بإفشاء السر الطبي، وفي هذا الصدد ظهر اتجاهان[2]: أولهما ينكر أثر الرضا على الجريمة، فالسر منظم لمهنة اجتماعية و لم يقرر لحماية مصلحة صاحب السر، ومن ثم لا يصح أن يكون رضاؤه سبباً للإباحـــة، وثانيهما يذهب إلى القول أن الرضا بالإفشاء ينفي عن الفعل صفة عدم المشروعية فتصرف صـــاحب السر بسره هو إستعمال للحق، وتبعاً لذلك إذا أجاز صاحب السر الطبي الإفشاء فيعتبر هذا الطبيـــب مستعملاً للحق كذلك.

فرضا المريض شرط ضروري ليكون الإفشاء مشروعاً أما إذا تخلف تقوم المسؤولية الجزائيـــة للطبيب الأمين على السر الطبي، فكما تقتضي المصلحة العامة المحافظة عليه، تقتضي المصلحة الخاصـــة للمريض ذلك.

ويُشترط في رضا المريض حتى يخول للطبيب الخروج عن التزامه بالمحافظة على السر الطبي ثلاث شروط هي:

[1] – د/محمـــد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1983، ص 23.

[2] – مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص21.

✓ صدور الرضا عن إرادة حرة وإدراك: يشترط في التصريح بالإفشاء أن يصدر من المريض وهو يتمتع بإرادة حرّة ومدرك لأفعاله وأقواله، فلا يعتد بالإذن الصادر من ناقص الأهلية أو عديهما ويقوم مقامهما الولي في هذه الحالة.

✓ أن يكون الرضا صحيحا: يشترط في الرضاء أن يكون صحيحا وصادرا عن بينة، بمعنى أن يكون المريض وهو يصرح لطبيبه بإفشاء سره الطبي على علم مسبق وعلى بينة بالمرض الذي يعاني منه وطبيعته وخطورته وآثاره.

✓ صدور الرضا عن صاحب السر نفسه: إن الرضا بإفشاء السر يعتبر حقا شخصيا للمريض ويشترط في الرضا أن يصدر عن صاحب السر نفسه أو من الولي إذا كان قاصراً، وليس للطبيب إفشاء السر حتى للزوج دون موافقة الزوجة.

ونصت في هذا الصدد المادة 05/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم على أنه: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه المريض من ذلك".

و تجدر الإشارة إلى أنه صار جدل واختلاف حاد بين الفقهاء حول مسألة رضا الطبيب وورثة صاحب السر الطبي.

أ- رضا الطبيب بإفشاء السر الطبي: هناك من يرى أن تصريح صاحب السر بإفشاء السر الطبي الخاص به لا يكفي لإعفاء الطبيب من واجب الكتمان، إنما يجب أن تكون هناك موافقة من الأمين على السر الطبي مبررين رأيهم في أن أساس الالتزام بالسر الطبي هو العقد الطبي، ومن ثم يتعين أن يكون هناك رضا من جانب المودع والمودع لديه السر.

وهناك من يرى ضرورة التمييز بين نوعين من الأسرار: الأسرار التي يمكن للمريض أن يأذن للطبيب بإفشائها وهي تلك الأسرار التي يعرفها كل من الطبيب والمريض، أما الأسرار التي يكتشفها الطبيب بنفسه وظلت مجهولة لدى المريض فلا يؤثر إذن المريض للطبيب على الإفشاء.[1]

[1] – عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص 129.

ب- رضا ورثة صاحب السر بالإفشاء: لقد اختلف الفقه حول مسألة رضا ورثة صاحب السر بإفشائه من حيث أثره على إلتزام الطبيب بكتمان السر الطبي.

فذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يجوز لورثة صاحب السر إعفاء الطبيب من التزامه بالمحافظة على السر الطبي، ولو كان ذلك برضاء صريح من الورثة أو بناء على طلبهم وأيا كانت المصلحة التي يقتضيها الإفشاء، فحسبهم الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه المالية دون حقوقه الشخصية، وفي هذا الصدد قضت محكمة ليون في حكم صادر عنها بتاريخ 14 أكتوبر 1954 جاء فيه : "إن الذي يمكنه السماح للطبيب بإفشاء السر هو المريض فقط وليس الورثة... " [1].

وإستند هذا الاتجاه على فكرة أن رضا المريض بإذاعة السر حق شخصي قاصر عليه وحده ولا ينتقل بوفاته إلى الورثة.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى إقرار حق ورثة صاحب السر في إعفاء الطبيب من التزامه بالكتمان بناء على طلبهم متى كانت لهم مصلحة مشروعة وقوية تبرر الإفشاء [2]، وبذلك اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى وضع قيدين على حق الورثة في الإفشاء وهما: وجود مصلحة للورثة في الإفشاء وعدم الإضرار بذكرى المتوفى .

أما بالنسبة المشرع الجزائري فلا نجد نصاً في قانون الصحة والقوانين المكملة له يتحدث عن رضا الطبيب و أثره على إفشاء السر الطبي وكذلك بالنسبة للورثة بعبارة صريحة دالة على ذلك، غير أنه وفي المقابل نجد نص المادة41 من مدونة أخلاقيات الطب ينص على ما يلي" :لا يُلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق".

[1] – د/محمد أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، طبعة سنة 1987، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ص72.

[2] – وقد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بتاريخ 30 جويلية 1930 في قضية تتلخص وقائعها إن إحدى العاملات أصيبت أثناء عملها، وترتب على ذلك وفاتها وطلب الورثة من الطبيب المعالج الحصول على شهادة تثبت العلاقة بين الوفاة والعمل تمهيدا للحصول على تعويض، فرفض الطبيب الاستجابة لطلبهم متمسكا بسرية المهنة، فاعتبرت محكمة النقض أن رفض الطبيب لا يوجد ما يبرّره أمام المصلحة المشروعة للورثة في طلب الشهادة للحصول على تعويض حتى وإن تضمن ذلك الكشف على أسرار طبية. عنان داود ، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص 138.

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري منع كمبدأ عام على الطبيب أو الورثة إفشاء سر المتوفى وذلك احتراما لذكراه، ومع ذلك أقر استثناءا من هذا المبدأ إفشاء السر متى وجدت مصلحة مشروعة تبرّر ذلك عَبّر عنها بـ"لإحقاق حقوق "[1].

فالحماية القانونية للسر الطبي لا تنتهي بالوفاة، فتقوم مسؤولية الطبيب الذي يفشي للغير شيء عن هذه الأسرار بدون مصلحة مشروعة، مثلاً حق ورثة البائع المتوفى في الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بحالة عقلية، لإثبات عيب مورثهم حسب ما تقتضيه المادة 408 من القانون المدني الجزائري [2].

3- حق الطبيب في كشف السر للدفاع عن نفسه: إن الفقه والقضاء مرا بتطور كبير متجهين من المنع المطلق للطبيب في كشف السر للدفاع عن نفسه إلى التخفيف عنه والسماح له بالدفاع عن نفسه لكن بشروط، إلى أن وصلا إلى إعطاءه الحرية الكاملة للدفاع عن نفسه عن طريق إفشاء أسرار مريضه أو مرضاه، حيث ظهرت هنا ثلاث نظريات وهي:

أ- النظرية الأولى: الرأي الذي يرفض إفشاء السر الطبي من أجل دفاع الطبيب عن نفسه: اعتبر أنصار هذا الرأي أن السر الطبي هو سر مطلق وعام، وعليه لا يجوز للطبيب أن يدافع عن نفسه من خلال إفشاء أسرار مريضه نتيجة ممارسته لمهنته، سواء كان قد حصل عليها من المريض نفسه أو تحصل عليها من تلقاء نفسه، مستندين في ذلك أن السر الطبي تقرر وجوده لحماية مصلحة المريض ومن ثم لا يخول للطبيب أن يعتمد عليه من اجل تحقيق غايات شخصية أنانية حتى ولو أدى ذلك إلى تعرضه للإدانة، فيكون الطبيب بذلك معرض للعقاب ولا يحق له الدفاع عن نفسه كلما كان دفاعه يشكل مساسا بالتزامه بالحفاظ على السر الطبيب، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 18سبتمبر 1985 جاء فيه: "إن الطبيب الذي تلقى صراحة أو ضمنا سراً ...لا يمكنه أن يتصرف فيه خاصة إذا كان هذا السر لا يتعارض إلا مع مصلحته الشخصية في الدفاع عن نفسه أمام القضاء... ".

[1] - د/مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 23.

[2] - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

إن هذا الرأي لم يلق تأييدا كبيراً، لأنه فيه مساس صارخ بحق الدفاع ويحمل في مضمونه جوراً وظلماً في حق الطبيب[1] .

ب– **النظرية الثانية: الرأي الذي يحاول إقامة توازن بين مصلحة المريض والطبيب:** إن هذا الرأي الفقهي اقترح وسيلتين ليخفّف من أصل القاعدة التي مفادها أن السر الطبي عام ومطلق.

✓ الوسيلة الأولى : يحق للطبيب أن يرد على الاتهامات الموجهة إليه بمذكرة مكتوبة ويعلم المحكمة بقيامه بهذا الإجراء.

✓ الوسيلة الثانية : يجب على الطبيب أن يجعل دفاعه ينصبّ على الإدعاءات التي كشف عنها المريض في دعواه.

هذا الرأي الفقهي هو كذلك لم يسلم من النقد على اعتبار أنه يحمي مصلحة المريض على حساب مصلحة الطبيب الذي يحتاج دائما إلى تقديم ما يدفع به التهمة عن نفسه، وبناءً على ذلك ظهر رأي ثالث الذي يبيح للطبيب الحق في كشف السر الطبي حتى يدفع ويدرأ التهمة عن نفسه.

ج– النظرية الثالثة: الرأي الذي يعطي للطبيب الحق في كشف السر للدفاع عن نفسه: يرى أنصار هذا الرأي الذي يتزعمه الفقيه Pradel أن من حق الطبيب الدفاع عن نفسه عندما يتهم بارتكاب جنايات أو جنح، فله أن يكشف ما من شأنه أن يؤدي إلى تبرئته ولا يكون في هذه الحالة ملزماً بكتمان السر الطبي، ويكون من حقه توضيح العناصر التي لها علاقة بالقضية حتى ولو أدى معها إلى كشف أسرار طبية خاصة بالمريض أو المرضى، على اعتبار أن حق الدفاع من الحقوق الأساسية المقررة للمتهم والتي لا يلغيها الإلتزام بالمحافظة على السر الطبي[2].

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة باريس بتاريخ 16فيفري 1966 جاء فيه: "إن السر الطبي لا يمكن أن يستبعد حق الطبيب في الدفاع عن نفسه إذا أنسب إليه المريض خطاء مهنيا ".

و حتى يتمكن الطبيب من إفشاء السر الطبي دفاعاً عن نفسه دون أن يكون محل مساءلة جزائية يجب توافر بعض الشروط منها:

[1] – عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص 145.

[2] – د/أسامة محمد قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص65.

- ✓ يجب أن يكون الطبيب محل الإلتزام بالدرجة الأولى في قضية مرفوعة أمام المحكمة .
- ✓ يجب أن يقتصر دفاع الطبيب على كشف الأمور التي لها علاقة مباشرة بالدعوى المرفوعة ضده وفقط دون أن يمتد إلى وقائع أخرى لا صلة لها بالدعوى.
- ✓ يجب أن يتم كشف الأسرار الطبية الخاصة بالمريض أمام جهة قضائية.

أما المشرع الجزائري فلقد تبنى الرأي الفقهي الثالث الذي يسمح للطبيب بالكشف عن أسرار طبية من أجل الدفاع عن نفسه، إذ نصت المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 05/85 المعدل والمتمم على ما يلي: "لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواءً أكان مطلوبا من القضاء أو خبيراً لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد مرتبط بمهنته.

ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني" .

ومن ثم فالطبيب له الحق في كشف السر الطبي حتى يدافع عن نفسه[1] لكن في حدود التهمة الموجهة إليه، مع الالتزام دائما بالمحافظة على كرامة المريض وهذا ما نصت عليه المادة 46 من مدونة أخلاقيات الطب: "ينبغي أن يتقيد الطبيب أو جراح الأسنان على الدوام بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية وان يحترم كرامة المريض".

وأنطلاقا مما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري أوجد أسباب تؤدي إلى إباحة الفعل المتضمن إفشاء السر الطبي الخاص بالمريض، و ذلك من أجل تحقيق مصالح و أهداف شخصية منها ما يعود على الطبيب ومنها ما يعود على المريض.

غاية الأمر أنه يلزم في كل الأحوال التي يرخص فيها القانون بالإباحة لإفشاء الأسرار الطبية، إلتزام القيود الموضوعية و الشخصية اللازمة لتبرير الفعل، أي اتخاذ التصرف من الشخص الذي رخص

[1] – إن حق الدفاع من الحقوق المكرّسة دستوريا، إذ نصت المادة 33 من الدستور الجزائري لسنة 1996" الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون "، ونصت المادة 151 من نفس الدستور: " الحق في الدفاع معترف به. الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية".

له القانون بالأوضاع وبإتباع الإجراءات التي حددها، و أن يستهدف أخيرا من التصرف ذات الغاية التي يتوخاها القانون بالترخيص بالتصرف.

ثانيا : أسباب إباحة إفشاء السر الطبي المقررة للمصلحة العامة

الأصل وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعها مباحة ما لم يخضع المشرع فعل منها لنص تجريم ينهي عنه ويقرر من أجله عقوبة حفاظاً لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بالحماية.

وعلى ذلك فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم من الأصل يكون مباحاً إباحة أصلية عملا بقاعدة أن "الأصل في الأشياء الإباحة "، أما الفعل الذي يخضع ابتداءً لقاعدة تجريم ولكن يسمح به المشرع استثناءً إذا وقع في ظروف معنية ومحددة يكون مباحاً، واستثنائية هذه الظروف التي نص عليها المشرع وجعل من أثرها إباحة الفعل المجرم تسمى أسباب الإباحة[1] .

ويكمن سبب إباحة الأفعال التي يأمر بها القانون، في النص القانوني ذاته فليس من المنطقي أن يأمر القانون بفعل معين ثم يجرمه بعد ذلك، فإذا ما رأى المشرع ضرورة التدخل – رعاية لمصلحة اجتماعية – بتعطيل نص التجريم وتبرير الخروج عليه في حالة معنية فإن ذلك يعني إباحته ضمن الشروط التي حددها القانون، ومن أمثلة ما يأمر به القانون الحالات التي يلزم فيها الطبيب بالتبليغ عن أسرر طبية، ولا يُعد التبليغ هذا جريمة إفشاء سر المهنة المعاقب عليها في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري [2].

ويتمثل وجه المصلحة العامة فيما يباح للأطباء في بعض الأحيان وما يجب عليهم في أحيان أخرى من الإبلاغ عن الجرائم التي وقعت أو توشك أن تقع أو الإبلاغ عن الأمراض المعدية أو الإبلاغ عن المواليد والوفيات والإفشاء الذي تقتضيه الضرورة كالإقرار بشهادة بالنسبة للمجانين أو القصر من أجل المساعدة القضائية.[3]

ولقد أوجب المشرع على الأطباء في نصوص متعددة التبليغ عن أسرار طبية لمرضاهم، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة سواءً تلك التي تستهدف حسن سير العدالة أو مكافحة الجرائم أو التي ترمي

[1] – د/مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2003، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 191.

[2] – د/عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الهدى، الجزائر، ص 99.

[3] - ABDELKRIM Soukehal, module médecine légale pour les étudiants de l'école nationale d'administration alger 1994, p25.

أساساً للمحافظة على الصحة العامة أو التي تهدف إلى ضبط تصريحات إدارية تتعلق بالحالة المدنية للأشخاص.

فالأصل أن المعلومات التي يحصل عليها الطبيب من خلال علاقته مع المريض يجب أن تعامل بسرية تامة، والمريض يجب أن يلمس ذلك ليتسنى له الإفضاء بهذه المعلومات، والطبيب ليس مُخولا بالكشف عن هذه المعلومات إلا إذا أعطي موافقة مسبقة من المريض أو أجبر على ذلك قانوناً تحقيقاً لمصالح أجدر بالرعاية [1].

1- إباحة إفشاء السر الطبي منعا لوقوع الجريمة: إن من الأسباب المقررة للصالح العام وتهدف إلى حمايته، وتكون دافعاً وسنداً للطبيب لإفشاء السر الطبي الخاص بمرضاه هي التبليغ عن الأسرار الطبية منعاً لوقوع الجريمة، ودون أن يكون محلاً للمتابعة والمساءلة الجزائية.

إن الطبيب أو من في حكمه وبمناسبة أداءه لمهنته قد يصل إلى علمه وقوع جرائم على المرضى الذين يقدم لهم العلاج، فله في هذه الحالة أن يبلغ عن ذلك دون أن تقوم مسؤوليته الجزائية عن إفشاء السر المهني، هذا لأن الجسم البشري يتمتع بالحرمة الكاملة، والطبيب يبلغ عن الجرائم التي علم بها أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها، فلا توقع عليه عقوبة في هذه الحالة، فالرأي الصحيح هو الذي يغلب الالتزام بالتبليغ عن الجرائم على واجب الكتمان إذ أنه أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة التي تُرجح على المصلحة الخاصة في الحماية والإفلات بحجة المحافظة على السر المهني، وينبني على ذلك أنه لا يعدُ إفشاء لسر المهنة إبلاغ الطبيب عن تسمم مريضه، وإبلاغ السلطات عن جرائم الإجهاض حمايةَ للمجتمع من حوادث السفاح [2].

وإذا كان للمريض مصلحة في الكتمان إلا أن هذه المصلحة تُعد غير مشروعة، لا يلزم قبلها الطبيب بالكتمان إذا كانت تتعلق بجريمة [3].

ويقتضي قانون العقوبات بواجب الإخبار عن الاعتداءات التي تقع على الأشخاص، ويشمل هذا الأطباء بحكم ما يطلعون عليه أثناء قيامهم بأداء أعمال مهنتهم، وقد علّل الفقهاء ذلك بأن صاحب

[1] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2004، المؤسسة الحديثة، لبنان، ص 135.

[2] – د/عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 306.

[3] – د/رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص185.

السر لم يلجأ إلى صاحب المهنة إلا بقصد الاستعانة به والاسترشاد بمعلوماته الفنية، فيجب في هـذه الحالة أن يمتنع صاحب الوظيفة عن تقديم المساعدة للتخلص من الجريمة، وان يسارع في التبليغ وكشف السر لمنع ارتكابها، ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه في حالة وقوع الجريمة فلا يجوز إفشاء السر، في حين ذهب رأي آخر في الفقه إلى القول أن الالتزام بالتبليغ عن الجرائم سواءً وقعت أم في نية إيقاعها يجب أن يغلب عليها واجب الكتمان، إذ أنه أكثر تحقيقا للمصلحة العامة التي ترجح على المصلحة الخاصة للمجرم في الإفلات والحماية بحجّة المحافظة على السر المهني، لأن المصلحة في الحفاظ على كيان المجتمع من أخطار الجريمة هي أعلى من المصلحة في الحفاظ على الأسرار الخاصة بالأفراد، وبالتالي يقع علـى الطبيب واجب التبليغ عن الجرائم إن هو علم بها أثناء ممارسته أو بسببها، وإن إخلاله بهذا الإلتزام يرتب مسؤوليته الجزائية ويضعه في خانة الاتهام [1].

ولقد ألزم القانون الأطباء بضرورة التبليغ عن الأضرار التي تلحق بالأطفال والقصر ومسـلوبي الحرية الناتجة عن سوء المعاملة أو التعذيب، كما ألزمهم بعدم المشاركة أو المساعدة أو حتى الحضور في مثل هذه الأعمال (حالة الإبلاغ عن سوء معاملة القصر والسجناء).

إن موقف المشرع الجزائري في هذا المجال بيّن وواضح وأقرّه في عدة نصوص، منها ما نصت عليه المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري جاء فيها" ... و مع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها...".

والإجهاض جريمة في حق الجنين لأن فيها تعمّد على إنهاء حالة الحمل بإعدام الجنين، وذلك إما بإخراجه من الرحم أو بإعدامه داخل الرحم بأي وسيلة من الوسائل وقبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته وبلا ضرورة[2]، فهذه الجريمة تقتضي الإبلاغ عنها من قبل الطبيب لأنها تتضمن جرماً، وقيام الطبيـب بالإبلاغ عنها هو واجب وسبب يُعفي من العقاب بنص المادة المذكورة أعلاه[3].

كذلك تنص المادة 3/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري رقـم 05/85 المعـدل والمتمم على ما يلي: "يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 155.

[2] – د/ أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية للجنين، طبعة سنة 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 297.

[3] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص33.

من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم"، لأن ذلك يشكل جريمة تدخل تحت طائلة المواد من 314إلى 320 من قانون العقوبات الجزائري.

وقد نصت المادة21 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سليب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولو كان ذلك لمجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك ...."

كما نصت المادة 54 من نفس المدونة على ما يلي: "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 بذلك السلطة المختصة".

إذن من خلال عرض محتوى ومضمون المواد المذكورة أعلاه، نلاحظ أن هناك إشارة صريحة ودعوة ملحّة موجهة إلى الطبيب للتبليغ عن الجرائم التي يلاحظها ويعاينها خلال أدائه لمهامه، لأن الأمر يتعلق بجرائم واقعة على كيان بشري يتمتع بالحرمة والقدسية والكرامة، ولقد نصت المادة 40 من الدستور الجزائري: "تضمن الدولة عدم انتهاك حُرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة. المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون".

إذا كان القانون يجبر ويلزم الأطباء بالإبلاغ عن الجرائم، فإن الإخلال بهذا الالتزام يرتب مسؤولية جزائية تقع تحت طائلة المادة 181 من قانون العقوبات الجزائري وهي جريمة عدم الإبلاغ.

والمشرع أوجب الإبلاغ عن الجرائم التي تقع على جسم الإنسان الذي عالجه الطبيب وعاينه لأن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية وهو محل الحق في سلامة الجسم، والحق في سلامة الجسم هو من الحقوق الشخصية التي يصونها المجتمع لكل فرد من أفراده ويقرر لها المشرع الحماية الجنائية[1].

2 – **أسباب إباحة إفشاء السر الطبي لضمان حسن سير العدالة:** من المبادئ المقرّرة في الفقه الحديث أن المشرع لم ينص على أسباب الإباحة على سبيل الحصر وإنما نص على أهمها وأكثرها تطبيقا

[1] – د/مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 16.

في العمل، وترك للفقه والقضاء أن يستظهر العلّة العامة للإباحة وأن يقيم على أساس منها أسباب الإباحة التي تقتضيها طبيعة بعض الجرائم، وإحدى علّتي الإباحة هي مبدأ: " رجحان المصلحة"ومضمونه أنه إذا كان الفعل ينتج اعتداء على حق ولكنه في ذات الوقت يصون حقاً أجدر بالرعاية لأنه – أهم من الحق الأول اجتماعيا– فإنه يتعين إباحته حماية للحق الذي يصونه، ذلك لأنه إذا كان قد أنتج اعتداء على حق معين فهو لم ينتج اعتداء على حقوق المجتمع في مجموعه، ولهذا المبدأ تطبيقات هامة في جريمة إفشاء الأسرار، فإذا كان تجريم الإفشاء من أجل حماية مصلحة اجتماعية معينة فإنه إذا ثبت في ظروف معينة أن الإفشاء يحقق مصلحة اجتماعية أكثر أهمية فإنه يتعين إباحته، ويعني ذلك أن استخلاص سبب الإباحة يقوم على أساس المقارنة بين المصلحة في كتمان السر والمصلحة في إفشائه وترجيح الثانية [1].

ومن المصالح الاجتماعية الأكثر أهمية وطلباً هي مصلحة حسن سير العدالة، وإنه وضماناً لحسن سير العدالة جعل المشرع من فعل إفشاء الأسرار الطبية سببا للإباحة، إذا قام به الأمين على السر الطبي بغرض أداء الشهادة أمام القضاء في مسألة استدعي من أجلها، أو إذا أدى أعمال خبرة كلف بإعدادها، على أن ذلك يجب أن يتم ضمن شروط وحدود أوجدها المشرع حفاظاً على الأسرار الطبية للمرضى من جهة وضماناً لحسن سير العدالة من جهة أخرى.

أ– أداء الأمين على السر الطبي الشهادة أمام القضاء: يجب على الطبيب أن يدلي بما رآه أو سمعه أو بما توصل إليه أثناء ممارسته لمهنته من معلومات ونتائج تخص المريض وهذا بعد أداء اليمين أمام القاضي، وأداء الشهادة أمام القضاء واجب على كل فرد، خدمة للعدالة وإعلاء لصوت الحق[2].

والأصل في أداء الشهادة أنها واجب يفرضه القانون على كل شخص من أجل الوصول إلى معرفة الحقيقة في المنازعات المطروحة على اختلافها من أجل ثبوت التهمة أو نفيها، ويتعرض للعقاب من يتخلف عن الحضور وأداء الشهادة ولكن هل يختلف الأمر بالنسبة للأطباء كونهم قد حصلوا على المعلومات بموجب الثقة التي أودعها فيهم عملاءهم وبالتالي لا يجوز إفشائها أم ماذا؟

[1] – أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 183.

[2] – محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 234.

لقد اختلف الفقهاء بشأن الشهادة، فمنهم من قال بأنه لا عقاب على هذا الإفشاء، لأن الفرد وإن كان من أهل المهنة مجبر على بيان ما اطلع عليه بمقتضى مهنته أو صناعته وإن ذلك يساعد القضاء في الوصول إلى الحقيقة.

في حين يرى البعض الآخر بعدم جواز إفشاء السر الطبي من قِبل أهل المهنة مهما كانت الأحوال حتى لأداء الشهادة، إلا أنه ذهب فريق ثالث وهو الراجح إلى القول إذا كان في قول الشاهد ما يؤدي إلى إفشاء سر طبي ويساعد على أداء خدمة عامة تفيد المجتمع فلا مانع من أداء الشهادة التي تتضمن إفشاء أسرار طبية محمية ولا يُعد ذلك فعلا معاقباً عليه[1].

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري رقم 05/85 المعدل والمتمم على ما يلي: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك".

يُفهم من هذا النص أن هناك تعارض بين واجب الشهادة وواجب الكتمان، إذ أن أداء الشهادة من قبل الطبيب يعتبر إفشاء لسر مهني مما يجعله محل مساءلة جزائية طبقا للمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، كما أن امتناع الطبيب عن أداء الشهادة يعرضه كذلك للعقوبة المقررة للامتناع عن أداء الشهادة المنصوص عليه في المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية والتي جاء فيها: "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة... "

ونصت كذلك المادة 222 من قانون الإجراءات الجزائية: " كل شخص مكلف بالحضور أمام المحكمة لسماع أقواله كشاهد ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة"، ونصت المادة 223 من نفس القانون "يجوز للجهة القضائية بناء على طلب النيابة العامة معاقبة كل شاهد يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 97 ...".

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 160.

وكذلك نصت المادة 100 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري "يتعين على الأطباء أو جراحي الأسنان إذا ما وجهت إليهم أسئلة ...أن يكشفوا في حدود ما يتفق وواجب احترام السر المهني ما يعرفونه من وقائع يمكن أن تساعد التحقيق".

من خلال عرض هذه المواد ومضمونها وأمام التعارض بين الواجبين نلاحظ أن نص المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها غَلب واجب الكتمان على واجب الشهادة في الفقرة الأولى، ونصت الفقرة الثانية على إمكانية الإفشاء بشرط الحصول على رضاء صاحب السر.

ولقد أوجب المشرع الجزائري على الطبيب الذي وجه له استدعاء كشاهد أمام القضاء بالتقيّد في إجابته ولا يحق له الإجابة إلا على الأسئلة المطروحة وهذا ما نصت عليه المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري: " ...ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني".

و السؤال الذي يُطرح في هذا المقام: إذا استدعي الطبيب أمام القضاء للإدلاء بشهادته، حضر وأفشى معلومات سرية دون أن يحصل على رضاء و إذن من المريض المنصوص عليه في المادة 5/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، ما قيمة هذه الشهادة ؟ وكيف يتأكد القاضي من أنه حصل على رضاء صريح من مريضه؟

إذا أدى الطبيب الشهادة وكانت تتعلق بمعلومات سرية خاصة بالمريض و لم يحصل على رضاء من المريض، هنا يعد قد ارتكب جريمة إفشاء الأسرار الطبية وتعد شهادته باطلة ولا تصلح دليلاً قانونياً لأنها تُعد في ذاتها جريمة معاقب عليها [1].

فعلى الطبيب أن يمتنع عن إفشاء سر مريضه والبوح بالأسرار الخاصة به دون أن يحصل على رضائه الصريح إذا استدعي للشهادة، لأن هدف المشرع من وراء ذلك هو حماية السر الطبي في كل الأحوال، و صون كرامة وشرف المريض وحماية الطبيب الشاهد ومن في حكمه، وهذا ما يؤدّي إلى تحقيق العدالة وبالتبعية تحقيق دولة القانون.

[1] – د/مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 27.

ب–ممارسة الأمين على السر الطبي لأعمال الخبرة: تعتبر الخبرة من المهن المهمة التي يستند عليها القاضي و يستأنس بها، لأن الخبير يضع تحت تصرفه معارفه وتجاربه ويكشف له ما خفي من الأمور ويهيأ له الطريق للفصل في النزاع المعروض، وموضوع الخبرة هو البحث في المسائل الفنية دون المسائل القانونية التي هي من اختصاص المحكمة.

وتعتبر أعمال الخبرة في المسائل الجنائية بفرنسا إجبارية، ولا يشترط أن تكون أعمال الخبرة عن طريق تقديم تقارير مكتوبة إلى المحكمة، فلا مانع قيام المحكمة من دعوة الخبير لحضور الجلسات إذا رأت أن تقريره الكتابي غير وافٍ، ولها أن توجه له ما تراه مفيدًا من الأسئلة.

و بناءً على ذلك فقد تكلف المحكمة الطبيب بعمل من أعمال الخبرة، ويحق للطبيب في هذه الحالة وخلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بحرمة الأسرار الطبية للمرضى، بإفشاء السر الطبي لمصلحة تقتضيها العدالة وذلك بتدوين معلوماته وملاحظاته عن الحالة التي توصل إليها، لأن المحكمة في إجازة عمله كخبير تقتضي عدم مساءلته لأنه مُمثلاً للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها، فإذا أفشى السر إلى المحكمة فيكون في حكم الشخص الذي يفشي السر لنفسه[1]، وبذلك فللخبير القضائي نصيب في العمل القضائي من أجل تحقيق أهداف سامية للعدالة إذ تقع عليه مسؤولياته في حُدُود قيامه بوظيفته[2] .

ومن الثابت قانوناً أنه لا يكون الطبيب الخبير هو الطبيب المعالج للشخص موضوع الفحص من قبل المحكمة، ومن واجبات الطبيب الخبير أن يعلم المريض بطبيعة عمله وفقا لما جاءت به المادة 2/207 من قانون حماية الصحة وترقيتها[3].

كذلك نصت المادة 96 من مدونة أخلاقيات الطب "يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع في أي عملية خبرة أن يخطر الشخص المعني بمهمته".

يشمل التزام الطبيب الخبير في المحافظة على سر المهنة مراعاة الأمور التالية:

---

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 165.

[2] – د/محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، طبعة سنة 2002، دار هومه، الجزائر، ص 6.

[3] – من حقوق المريض على الطبيب الخبير أن يعلمه بطبيعة عمله وهذا ما نصت عليه المادة 2/207 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المكلف بمهمة الخبرة أو المراقبة أن يطلع الأشخاص الذين يقوم بفحصهم أنه مخول بهذه الصفة... "

- إعلام المريض بطبيعة عمل الطبيب الخبير .

- يجب على الطبيب ألا يكشف سر الفحوص الطبية لأي فرد خارج الجهات التي أسندت له مهمة الخبرة.

- يجب على الطبيب الامتناع عن كشف المعلومات الطبية الخاصة بالمريض التي تخرج عن إطار الخبرة.

- يكتفي الطبيب الخبير بالإجابة على الأسئلة المحددة من قبل الجهة القضائية وفقط، وهذا ما نصت وأكدت عليه المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري المعدل والمتمم جاء فيها: "لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء أكان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته".

ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني".

كما نظم المشرع الجزائري في قانون الصحة علاقة الطبيب الخبير بالقاضي وجعل مهمته قاصرة فقط على المسائل الفنية الطبية، وإلزامه بالإجابة فقط على الأسئلة التي أرادها القاضي وكلفه بها، ليؤكّد المشرع مرة أخرى على ذلك في مدونة أخلاقيات الطب حيث نصت المادة 99 على ما يلي: "يجب على الطبيب الخبير و على جراح الأسنان عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا عن العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه ، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير وجراح الأسنان الخبير أن يكتم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته" .

وسلك المشرع نفس المسلك مع الصيدلي الخبير من خلال نص المادة 122 من مدونة أخلاقيات الطب جاء فيها: "ينبغي للصيدلي الخبير عند صياغة تقريره ألا يكشف إلا عن العناصر الكفيلة بالرد على الأسئلة المطروحة عليه".

و نظرًا لحساسية مهنة الطبيب الخبير وأهميتها اشترط المشرع الجزائري في القانون رقم 1/08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، أن اختيار هذا الأخير يكون بعد استشارة ملزمة لمجلس أخلاقيات الطب وهذا ما نصت عليه المادة21: "يعين الطبيب الخبير

باتفاق مشترك بين المؤمن له اجتماعيا وهيئة الضمان الإجتماعي ... بعد الاستشارة الملزمة لمجلس أخلاقيات الطب" .

يتضح مما سبق ذكره أن المشرع أوجد أسباب تدفع الطبيب إلى الخروج عن المبدأ العام الذي يقضي بحرمة الأسرار الطبية للمرضى، إلى الإباحة و الإفشاء بالمعلومات و الأسرار الطبية المتحصل و المتوصل إليها عن طريق أداء الشهادة أمام القضاء و إعداد الخبرة القضائية المكلف بها، وهذا كله من أجل تحقيق غاية سامية و هدف نبيل و فائدة مرجوة تؤدّي حتما إلى ضمان حسن سير العدالة و الكشف عن الحقيقة القضائية المطلوبة.

3 – **أسباب إباحة إفشاء السر الطبي حفاظا على الصحة العامة:** إذا كان السر الطبي عام ومطلق، وتجريم إفشائه قد شُرع من أجل المحافظة على مصلحة المريض بكتمان سره، فمن ثم لا يجوز الخروج على هذا الأمر إلا إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية ترجح على مصلحة المريض في الكتمان وأجدر بالحماية من مصلحته، فقد أوجب القانون على الطبيب ضرورة المبادرة إلى إبلاغ الجهات الصحية المختصة عند اشتباهه في إصابة المريض بأحد الأمراض المعدية أو التناسلية، ومنها أيضاً الإبلاغ عن المصابين بأمراض عقلية أو نفسية أو عصبية أو مهنية والالتزام بالإبلاغ عن المواليد في حالة عدم وجود أب أو الأقارب، كذلك الالتزام بالإبلاغ عن الوفيات [1].

أ– **التبليغ عن الأمراض المعدية:** العدوى تعني دخول العوامل الممرضة إلى جسم الإنسان ونموها وتكاثرها فيه وتفاعل الجسم معها وبهذا تختلف العدوى عن التلوث الذي هو مجرد وجود العامل الممرض في جسم الإنسان دون أن ينمو أو يتكاثر أو يتفاعل الجسم معه.

والتبليغ عن الأمراض المعدية لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المحرم، لأن حفظ الأمة ووقايتها أمر واجب، والتبليغ عن الأمراض المعدية فيه حفظ للأمة ووقاية لها، ومن هنا يجب التضحية بإفشاء سر الفرد في سبيل المصلحة العامة، وعلى هذا يجوز إفشاء السر بالإبلاغ عن الأمراض المعدية لأن للجماعة مصلحة كبرى في مقاومة الأمراض المعدية والوبائية، ومن ثم فلها مصلحة كبيرة في التعرف على هذه الأمراض منذ بدء ظهورها حتى تتخذ الإجراءات اللازمة لمقاومة هذه الأمراض قبل أن تنتشر، ولا يكون ذلك إلا بسرعة الإبلاغ عنها، مما يستدعي أن تتوقف المصلحة الخاصة بالمريض وهي حفظ

[1] – د/عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص206.

سره – أمام المصلحة العامة – منع انتشار الأمراض حفاظا على سلامة المجتمع، وإبلاغ الطبيب الجهات المختصة عن هذه الأمراض من الأمور الواجبة عليه والتي يفرضها الصالح العام.

وعدم إفشاء سر الأمراض المعدية يؤدي إلى انتشار هذه الأمراض و إصابة الأصحاء بها، وهو أمر ممنوع ومحضور شرعاً لأنه يعرض النفس للهلاك، فرعاية النفس البشرية وحفظها من كل سوء ومدها بكل أسباب البقاء وإبعادها عن كل أسباب الهلاك مقدر في شريعة الله تعالى.

ولقد نصت المادة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري على ما يلي: "ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض... "، والسبيل إلى تحقيق ذلك يكون عن طريق التبليغ الفوري عن الأمراض المعدية المكتشفة وهذا ما نصت عليه المادة 54 من قانون حماية الصحة وترقيتها جاء فيه: "يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرضٍ معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية".

فألزمت المادة المذكورة أعلاه الطبيب بوجوب التبليغ الفوري عن الأمراض المعدية ولا يعد ذلك إفشاء لسر طبي، ولا يخضع الطبيب في هذه الحالة إلى المتابعة الجزائية لأنه يؤدي واجباً أمر به القانون، فالمشرع من خلال مضمون المادة يكون قد رجّح المصلحة في الإفشاء التي تحقق هدف اجتماعي يسمو على مصلحة المريض في الكتمان لحماية الصحة العامة ومكافحة الأمراض المعدية.

كما نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم طب العمل[1] على ما يلي: عملاً بالمادة 54 من قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 "يجب على طبيب العمل أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها والتي يطلع عليها ضمن الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما..."، فتضمن هذا النص إشارة صريحة على ضرورة تبليغ طبيب العمل للأمراض المعدية التي يكتشفها.

كذلك نصت المادة 59 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم 04/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 على ما يلي: "تقدم الإسعافات والعلاجات الضرورية للمحبوسين وتُجرى لهم الفحوصات الطبية والتلقيحات والتحاليل للوقاية من الأمراض المنتقلة والمعدية تلقائياً".

[1] – المرسوم التنفيذي رقم 120/93 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل.

كما نصت المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 ماي 1997 الـــذي يتضـــمن الاتفاقية المتعلقة بالتغطية الصحية للمساجين بالمؤسسات العقابية على ما يلي: "علاوة على التصـــريح بالأمراض الواجب التصريح بها لمصالح علم الأوبئة والطب الوقائي المعنية، يلزم طبيب المؤسسة بإخطار مدير المؤسسة العقابية بكل حالة عدوى يكتشفها لدى المساجين".

بالإضافة إلى ذلك فالمشرع الجزائري حدد قائمة الأمراض التي يجب على الطبيب الإبلاغ عنها إجبارياً وفوريا بموجب القرار رقم 176 الصادر بتاريخ 19 نوفمير 1990 عن وزارة الصحة [1]، ونصت المادة 3 من القرار الوزاري المذكور أعلاه أن على الطبيب الإبلاغ والتصريح الإجباري بكل مرض معدٍ شخصه تحت طائلة العقوبات الإدارية والجزائية، سواء كانت حالات مشكوك في أمرهـــا أو متوقـــع وجودها، وأن هذا الالتزام يمتد حتى إلى المسؤولين عن المخابر العامة أو الخاصة، وإن التبليغ عن هـــذه الأمراض يكون بواسطة محاضر معدة مسبقا على شكل مطبوعات وهذا ما نصت عليه المادة 4 مـــن نفس القرار، ويكون التبليغ باستعمال التيلكس والهاتف و أي وسيلة أخرى، حسب ما نصت عليـــه المادة 7 من نفس القرار المذكور أعلاه. وهذا كله من أجل حماية الصحة العامة وترقيتها التي تبقى هدفا منشودًا تسعى الدولة جاهدة إلى تحقيقه.

هذا ما يمكن أن نقول عن التبليغ والإفشاء الذي يجب على الطبيب الأمين على الســـر الطـــبي التصريح به، حفاظا على الصحة العامة وترقيتها، فماذا إذن عن الفحوصات الطبية ما قبل الـــزواج ؟ وما هو حكم إفشائها ؟

الفحص الطبي قبل الزواج يعني في علم الطب: تقديم استشارات طبية إجباريـــة أو اختياريـــة للخاطبين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقـــد القـــران ، و يمكن تعريفه بأنه عبارة عن فحص المقبلين على الزواج قبل عقد القران في مراكز محددة لهذه الغايـــة،

[1]- حصر القرار رقم 176 المؤرخ في 1990/11/19 قائمة الأمراض التي يجب على الطبيب الإبلاغ عنها في 31 مرضا معديا وهي: الكوليرا، الحمى التيفودية، التسمم الغذائي الجماعي، التهاب الكبد الفيروسي، الخناق، الكزاز، السعال الديكي، شلل الأطفال، الحصبة، التهاب السحايا، التهاب السحايا غير السلبي، مرض السل، حمى المستنقعات برداء، ليشمانيوز الأحشاء، ليشمانيوز الجلد، الكيس المائي، الكَلَب، مرض الجمرة، الحمى المالطية القلاعية، البلهارسيا، الجدام، التهاب الإحليل السيلاني، التهاب الإحليل غير السيلاني، السفلس مرض الإفرنجي، انتانات الإيدز السيدا، الحمى المتوسطية، الطاعون، الحمى الصفراء، الرمد الحبيبي.

للكشف عن احتمالية حملها لأمراض وراثية أو معدية أو مضرة يترتب عليها عدم استقرار الحياة الزوجية وتقديم المشورة المناسبة لحالتيهما [1].

لقد نصت المادة 7مكرر المضافة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 على ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة 3 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج".

وهذا معناه أن المشرع قد اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية Le certificat "prénuptial" توضح الحالة الصحية لكل من الزوجين وذلك من باب اتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحّة الزوجين المؤهلين للزواج وعلى الأطفال عند الإنجاب[2]، وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

هذا ولا يمكن للطبيب أن يُسلّم الشهادة الطبية المذكورة، إلا بعد إطلاعه على نتائج التحاليل والفحوص التي قام بها المعني بالأمر المتمثلة في فحص شامل وتحليل فصيلة الدم، وله أن يقترح على المعني إجراء فحوصات إضافية لكشف الأمراض الوراثية والعائلية وحتى الأمراض المعدية أو الخطيرة، التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية.

وما يمكن ملاحظته في هذا المقام أن المشرع الجزائري أغفل الإشارة في المادة 5 من المرسوم المذكور أعلاه إلى أن الفحص الطبي يبقى سريا، لأن من طبيعة تسليم الشهادة الطبية عدم المساس بالسر الطبي المهني الذي يخضع له الطبيب المنصوص عليه في المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، واكتفى بالقول أن الطبيب يبلغ الشخص الذي يخضع للفحص بملاحظته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني .

[1] – صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، الطبعة الأولى سنة 2009، دار الثقافة للنشر، عمان– الأردن، ص 56.

[2] – د/بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2005، قسم الوثائق، ص100.

ورغم أن المشرع لم ينص صراحة في المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11ماي 2006 الذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان1984 المتضمن قانون الأسرة على إلزام الطبيب بالحفاظ على سرّية الفحوصات الطبية والإلتزام بعدم كشفها إلا بما هو مقرر حسب نص المادة 05 من المرسوم، فإننا نرى أن هذا الالتزام مفترض في عمل الطبيب و عليه الالتزام به و الحفاظ عليه.

ب – التبليغ عن الولادات والوفيات: نتناول هنا الالتزام الذي يقع على الأمين على السر الطبي الذي يقتضي ويتضمن وجوب التبليغ عن الولادات والوفيات التي عاينها بنفسه.

فيما يخص التبليغ عن الولادات نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام الذي يقع على الأطباء في المادة 62 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية[1] وقررت ما يلي: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج سكنها الشخص الذي ولدت عنده تحرر شهادة الميلاد فوراً" .

ولذلك أوجب المشرع أن تكون كل ولادة تقع فوق الإقليم الوطني محل تصريح إلى ضابط الحالة المدنية الذي وقعت الولادة في دائرة اختصاصه خلال مهلة لا تتجاوز 05 أيام ابتداءً من اليوم التالي للولادة وتكون هذه المدة 60 يوما في ولايات أقصى الجنوب[2]. وبعد تعديل القانون المتعلق بالحالة المدنية بموجب القانون رقم 08/14 فإن المشرع قلص مدة التصريح بالولادة في ولايات الجنوب إلى 20 يوما[3].

وإذا انقضت المهلة دون التصريح بالولادة، فإن الشخص المكلف بالتصريح يتعرض للمتابعة الجزائية عن مخالفة عدم التصريح بولادة الطفل وهذا ما نصت عليه المادة 61 من الأمر المذكور أعلاه "يصرح بالمواليد خلال 05 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 فقرة ثالثة من قانون العقوبات الجزائري"، والتبليغ عن الولادات يُعد

[1] – أمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1349، الموافق لـ 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر عدد رقم 21.

[2] – بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، طبعة سنة 2004، دار هومة، الجزائر، ص 26.

[3] – تنص المادة 61 من القانون رقم 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية على مايلي :" ... وتحدد المدة المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه بعشرين يوما من الولادة بالنسبة لولايات الجنوب".

مباحاً بنص القانون ويعد من قبيل أداء الواجب وذلك لما في الإخبار عن الولادات من تحقيق للمصلحة العامة، ولما في إهمالها من إهدار لهذه المصلحة[1].

أما الغاية من التبليغ عن الوفاة هو التعرف على أسبابها فيما إذا كانت أسباب طبيعية أم أنها نتيجة فعل إجرامي، والعدالة تقتضي التحقق من الوفاة قبل السماح بدفن الجثة وضياع معالمها مما يعرقل مهمة التحقيق، كما أن معرفة سبب الوفاة يهدف إلى الحد من انتشار الأمراض الوبائية التي قد تفتك بصحة المواطنين، وإلى وضع الاحتياطات التي تمكن من معرفة مقدار النجاح الذي تم تحقيقه في معالجة الأمراض والوقاية منها.

إذن ومما لا شك فيه أن التبليغ عن الوفيات يمثل مصلحة عامة منها تحقيق العدالة وتحقيق اعتبارات الصحة العامة وضمان المحافظة عليها وترقيتها[2]، وتبليغ الطبيب عن الوفاة يعفيه من الالتزام بالسر الطبي، على أن يكون بواسطة شهادة طبية تثبت طبيعة الوفاة وليس سبب المرض المؤدي إلى الوفاة لأنها أمور سرية يلتزم الطبيب بكتمانها.

ولقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 79 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية التصريح بكل وفاة تقع فوق الإقليم الجزائري وذلك حتى يتسنى لضابط الحالة المدنية تسجيله في مهلة 24 ساعة من تاريخ اللحظة التي فارق فيها المتوفى الحياة.

ولقد نصت المادة 2/81 من نفس الأمر بما يفيد التبليغ وجاء فيها: "وفي حالة حدوث الوفاة في المستشفيات أو التشكيلات الصحية أو المستشفيات البحرية أو المدنية أو غيرها من المؤسسات العمومية يجب على المديرين المسيرين لهذه المستشفيات أو المؤسسات أن يُعلموا بذلك في 24 ساعة ضابط الحالة المدنية أو الذي يقوم مقامه...".

المطلب الثاني: الحماية الجنائية في حالة تصوير المريض ونشر صوره في حالة مرضه

وهنا نشير أولا لأركان جريمة تصوير ونشر صور المريض وبعدها إلى صورها.

[1] – موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 148.

[2] – عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، المرجع السابق، ص 153.

الفرع الأول: أركان جريمة تصوير ونشر صور المريض في حالة مرضه

يجب لقيام هذه الجريمة توافر ركنين :أولهما مادي، وثانيهما معنوي (إضافة إلى الركن الشرعي م303 مكرر من قانون العقوبات).

أولا– الركن المادي : يقوم الركن المادي لهذه الجريمة بإتيان الفاعل للسلوك الإجرامي الذي يتخذ إحدى الصور الآتية، الالتقاط، التسجيل، النقل، الاحتفاظ، وضع صورة الشخص في متناول الجمهور أو الغير، السماح بوضع صورة الشخص في متناول الغير أو الجمهور، إضافة إلى تواجد الشخص في مكان خاص، دون إذن الشخص صاحب الصورة أو رضاه.

يتحقق الالتقاط بالتثبيت على الجهاز الذي تم التصوير به كآلة التصوير"Appareil photo"، أما التسجيل فيتحقق بآلة تصوير كاميرا، أو كاميرا فيديو كتلك المتواجدة في الهواتف المحمولة، أما النقل فيقصد به تمكين الغير الذي يتواجد في مكان آخر (سواء كان عاما أو خاصا) غير المكان الذي يتواجد فيه المجني عليه من الاطلاع على صورته، و مثال ذلك تحويل الجاني صورة المجني عليه إلى الغير باستعمال "Bluetooth"،أما الإحتفاظ فيقصد به إرسال الجاني لصورة الضحية أو التسجيل المتعلق بها (Vidéo)لحسابه الخاص أو لحساب الغير، أما وضع صورة الشخص في متناول الجمهور أو الغير أو السماح بذلك، فقد تتحقق مثلا في البث التلفزيوني أو نشر الصور في الجرائد و المجلات، أو وضعها في الأقراص المضغوطة (CD) أو وضعها على الشبكة العنكبوتية (Internet) ... إلخ.

هذا وقد اشترط المشرع تواجد الشخص في مكان خاص على خلاف جريمة التقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، ومن ثم فلا يبسط القانون الحماية لمن يوجد في مكان عام إذا ما تم تصويره.

لذلك ذهب الفقه إلى تعريف المكان الخاص بأنه كل مكان يتعذر بلوغه بنظرات من الخارج، ويتوقف دخوله على إذن مالكه أو مستغله أو المنتفع به،كما عرفه آخرون بالمكان الذي يتوقف ولوجه على رضاء الشخص الذي يشغله، وعلة ذلك أن الجاني حين يلتقط صورة المجني عليه، فإنه غالبا ما يفضل ذلك أثناء وجود المجني عليه في وضع أو حالة لا يرغب أن يراه فيها أحد.

هذا ويلاحظ أن المشرع قد اشترط تحقيق التجريم عدم وجود إذن صاحب الصورة أو رضاه، وما يثيره هذا الشرط يعني صعوبة في الإثبات على غرار جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المادة

335 من قانون العقوبات الجزائري مما يستدعي معه القول أنه في حالة انعدام الإذن المكتوب، يبقى تقدير وجود الإذن من عدمه أو رضا المجني عليه أو عدم رضا المجني عليه مسألة موضوعية من تقدير قاضي الموضوع حسب ظروف وقائع كل قضية، ولعل هذا الغموض التشريعي يمس بمبدأ شرعية الجرائم الذي يقتضي وضوح نص التجريم بما لا يدع مجالا للتأويل.

وإذا كان الركن المادي للجريمة طبقا للنظرية العامة للجريمة يتطلب سلوك إجرامي نتيجة علاقة سببية في الجرائم المادية، ويكتفي بالسلوك الإجرامي في الجرائم الشكلية أو جرائم السلوك المحض، فإلى أي منهما تنتمي جريمة التقاط أو تسجيل أو نقل صورة شخص في حالة مرضه[1].

إن القول بأن هذه الجريمة هي جريمة مادية، بحيث يشترط فيها المشرع تحقق نتيجة تتمثل في المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص كما هو واضح من عبارة نص المادة 303 مكرر كل من تعمد بالمساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، قول محل نظر، لأن القول بأن الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة يشكل عنصرا في هذه الجريمة هو الآخر غير مقبول، لأن إيراد المشرع لهذه العبارة لا يضيف شيئا إلى نطاق التجريم، فعلى فرد أن نص المادة جاء كالآتي: "يعاقب بـ ... كل من التقط وسجل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.." فهل يتغير نطاق التجريم؟ بل و أكثر من ذلك يلاحظ أن المشرع في كثير من النصوص يجعل الجزاء يتناسب مع النتيجة كما هو الحال في جرائم العنف، كما تدخل النتيجة في النموذج القانوني للجريمة فلا جريمة قتل إذا لم يتحقق القتل بل هناك شروع، فهل يمكن القول بأن لا جريمة التقاط صورة شخص بغير إذنه أو رضاه لأن الاعتداء على الحياة الخاصة لم يتحقق؟ بل هناك شروع و يعاقب على الشروع بعدم تحقق الاعتداء على الحياة الخاصة؟

ومن جهة أخرى، تعتبر الجريمة جريمة سلوك محض أو جريمة شكلية، كون المشرع لم يتطلب فيها تحقق نتيجة، قد يكون هذا القول مقبولا في بداية الأمر، و لكن هذا القول يصطدم مع نص المشرع في المادة 303 مكرر على العقاب على الشروع ! والشروع طبقا للنظرية العامة للجريمة يكون في الجرائم المادية أما الجرائم الشكلية فلا يتصور الشروع فيها، فإما أن تقع كاملة أو لا تقع.

على ضوء هذا التحليل المبسط، يتضح أن هذا الوضع القانوني يحتمل أن المشرع الجزائري نظير المشرع المصري و المشرع الفرنسي أراد لهذه الجريمة أن تكون جريمة مادية ليرتب أثرا قانونيا معينا وهو

[1] – أ/شنة زواوي، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، مقال منشور في مجلة السياسة والقانون، المرجع السابق، ص 363.

العقاب على الشروع، و من جهة أخرى أراد لها أن تكون جريمة شكلية أو جريمة من جرائم السلوك المحض ليرتب أثرا قانونيا وهو" العقاب على الالتقاط أو النقل أو التسجيل" في حد ذاته دون اشتراط تحقق النتيجة المتمثلة في المساس بحرمة الحياة الخاصة للمريض.

ثانيا– الركن المعنوي : أشارت المادة 303 من ق.ع.ج إلى القصد الجنائي، باشتراطها توافر العمد في الجريمة" كل من تعمد "ما دام القصد الجنائي هو العلم بعناصر الجريمة و إرادة ارتكابها، فإن انتفاء عنصريه أو أحدهما ينفي القصد، غير أن القضاء الفرنسي يستلزم توافر قصد جنائي خاص، يتمثل في المساس بحرمة الحياة الخاصة للشخص[1].

ولقد قرر المشرع عقوبة الحبس و الغرامة (06 أشهر إلى ثلاث سنوا ت)، (غرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج).

و ما يعكس حرص المشرع على بسط حماية أوسع على حق الشخص على صورته هو إلزام القضاء بالحكم بمصادرة الأشياء التي استعملت لارتكاب الجريمة سواء كانت آلة تصوير، آلة تصوير فيديو، هاتف نقال...إلخ، إضافة إلى العقوبات التكميلية الممثلة في الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية و العائلية ونشر حكم الإدانة أو مستخرج منه الذي يتوسع القضاء الفرنسي بالأخذ به.

إن قانون الإعلام[2] بمسؤولية الصحفي الجزائية طبقا لنص المادة 303 مكرر و 303 مكرر 01، لا تعفي الشخص المعنوي التابع له من المسؤولية الجزائية و العكس صحيح، كما قد يكون الشخص المعنوي مسؤولا لوحده في حالة عدم تحديد الشخص المسؤول إذا كانت تلك الحماية الجزائية لحق الشخص على صورته أثناء مرضه.

الفرع الثاني: صور جريمة تصوير المريض ونشر صوره

يستشعر الإنسان نوعا من الحياء والكرامة اتجاه جسمه ولذلك فقد كان الجسم الإنساني وما زال أكثر عناصر الشخصية استحقاقا لأقصى درجات الحماية القانونية ضد آلات التصوير الفوتوغرافي، وفي سبيل توفير هذه الحماية ظهرت فكرة الحق في الصورة إدراكا لضرورة حماية الجسم الإنساني، والحق

[1] – أ/شنة زواوي، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، مقال منشور في مجلة السياسة والقانون، المرجع السابق، ص364.

[2] – قانون الإعلام الجديد جعل إحترام الحياة الخاصة للإفراد أخلاقية من أخلاقيات المهنة وهو القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية العدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012.

في الصورة لا يقتصر على تحويل سلطة الإعتراض على نشر صورته فحسب بل الإعتراض كذلك على تصويره بداءة.

ويخول الحق في الصورة صاحبه سلطات وهي: سلطة الإعتراض على نشر الصورة، وسلطة الإعتراض على التقاط الصورة وكذا سلطة الإعتراض على عرض الصورة في محيط خاص، والغرض من هذه السلطات الثلاث حماية الشخص من التجسس والكشف عن مشاهد من حياته الشخصية والعائلية وحماية صاحبها من تشويه شخصيته الاجتماعية سواء كان مريضا أو عاديا.

أولا– جريمة التقاط أو نقل الصورة: كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن بأن التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه صورة شخص من مكان خاص في غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضاء المجني عليه، ولقيام هذه الجريمة يتعين أن يتوافر شرطان: أولهما مادي يتمثل في التقاط أو نقل صورة شخص من مكان خاص بغير رضاه باستخدام جهاز أو وسيلة فنية أيا كانت، وثانيهما معنوي يتخذ صور القصد الجنائي.

الحق في احترام الحياة الخاصة فكرة مرنة لا حدود لها ثابتة أو مستقرة في تختلف باختلاف العصور والمجتمعات وبين الأفراد من حيث أعمارهم وشخصياتهم والخصوصية فهي عودة الشخص إلى نفسه ووجود الإنسان إزاء نفسه أي العزلة.

ويعبر عنه بأنه حق الشخص في أن يترك وشأنه في أن يعيش حياته الخاصة بدون أدنى حد من التدخل، وانتهاكات هذا الحق تتمثل في:

– انتهاك واقتحام عزلة وخلوة الفرد أو التدخل في حياته الخاصة كالاعتداء على حرمة سكنه أو التصنت على محادثته التليفونية أو بتصويره.

– الإفشاء العلني للوقائع الخاصة الماسة باحترام الشخص العادي وإذاعة واقعة أصابته بمرض مخز أو عجزه عن سداد ديونه.

– تشويه سمعة الشخص في نظر الجمهور بعرض صورته في معرض لصور المتشردين والمشتبه فيهم بعد تبرئته من جريمة أتهم بها.

– الاستيلاء على بعض عناصر الشخصية كالرسم أو الصورة لتحقيق هدف خاص.

وقد أصبح من المسلم في فرنسا الآن إعتبار أن مشكلة الإفشاء للأحوال الصحية للشخص تمثل مصدرا خطيرا ومتطورا للإعتداء على الخصوصية، وقد إستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن نشر

الصورة الفوتوغرافية لإبن ممثل مشهور حيث أن الصحف بطمعها وجشعها قد قامت بتصويره وهو يرقد على سرير المرض يعد تعديا على الحق في الخصوصية[1] .

ثانيا– جريمة استعمال المستند: يحدث مثيرا أن ملتقط الصورة يقوم بنشرها واستعمالها لقاء مبلغ من المال أو تهديد المجني عليه، فنص المشرع على تجريم إذاعة أو استعمال التسجيل أو المستند المتحصل عليه بإحدى طرق انتهاك حرمة الحياة الخاصة، وذلك بتمكين عدد كبير من الناس من الاطلاع على فحوى المستند أو التسجيل سواء تعلق بحديث أو صورة، وتسهيل الإذاعة يراد به استخدام التسجيل لتحقيق غرض ما ولا يشترط العلانية فتقع الجريمة منه ولو كان حصوله غير علانية ومؤداه أن الشارع يعاقب على الكشف عن الخصوصية وليس على علانيتها، فهذا الكشف يتحقق باطلاع الغير على فحوى التسجيل أو المستند حتى ولو كان هذا الغير شخصا واحدا وطلب منه الكتمان.

ثالثا– جريمة نشر المونتاج: إن شكل الإنسان سمة مميزة لفرده وبصمة خارجية لذاته، وعامل أساسي لنجاحه أو فشله، وتمثيل قسمات هذا الشكل باستخدام التصوير الضوئي تنتج عنه عادة صورة صارمة غير متميزة ومع ذلك يمكن عن طريق تعديل ترتيب المشاهد المصورة أو توليفها تشويه شخصية الشخص المصور وإظهاره بمظهر يسيء إليه في نظر الجمهور. ولم يورد المشرع عقوبة لهذا الفعل فأصبح خارج دائرة التجريم، وإن كان بالإمكان حماية الأشخاص ضد تشويه شخصياتهم عن طريق المونتاج بتطبيق قواعد المسؤولية المدنية عن الفعل الضار.

ولقد ذهبت محكمة باريس إلى أنه يجوز للقضاء التصريح بحجز المنشورات الدورية التي تمثل تدخلا غير محتمل على الحياة الخاصة، كما ذهبت المحكمة المدنية في رن إلى أن الوقائع التي يكتشفها الصيدلي يجب الصمت عنها فقد تتعلق هذه الوقائع بحمل غير شرعي أو بأمراض تعارفت العائلات على إخفائها أو بأمراض عادية أو عقلية يدركها عند قراءة روشتة الطبيب ومن ثم يمتنع عليه ترجمة ما دون فيها بعبارات واضحة إلى غير المريض أو إلى المريض نفسه ويسري الإلتزام بحفظ أسرار المريض على جميع الأطباء مهما إختلفت تخصصاتهم[2].

[1] – د/عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 202.

[2] – د/عصام أحمد البهجي، المرجع نفسه، ص 203.

إن المشرع الجزائري تناول الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته من خلال المادة 303 مكرر من قانون العقوبات[1] إذ تنص على ما يلي " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من 50.000دج إلى 300.000دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2- بالالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

كما يعاقب بنفس العقوبة المقررة أعلاه كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 303 مكرر من هذا القانون، وهذا طبقا لنص المادة 303 مكرر فقرة 1 من قانون العقوبات.

إنطلاقا من المواد المذكورة أعلاه يتضح جليا أن المشرع الجزائري أعطى للشخص حماية واسعة في حالة تصويره ونشر صوره وجرم مختلف الأفعال التي تمس بهذا الحق سواء كان شخصا عاديا أو مريضا.

[1]- أضيفت المادة 303 مكرر بموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66، المتضمن قانون العقوبات.

الفصل الثاني

الحق في السلامة الجسدية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

الفصل الثاني: الحق في السلامة الجسدية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

تكمن خصوصية العقد الطبي من غيره من العقود بأن محله هو جسم الإنسان ولما لهذا الجسد من حرمة ومعصومية، فلا يجوز المساس به إلا لضرورة العلاج أو الحاجة إليه لأن الحق في الحياة، والحق في السلامة الجسدية هما من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، فضلا عن هذا فإن العلاقة التي تنشأ بين الطبيب والمريض هي علاقة غير متكافئة، فالطبيب مهني على درجة عالية من المعرفة والتخصص الفني والمريض شخص يجهل ما يتعلق بالمرض، أو بفن العلاج ومما يزيد من حدة التكافؤ هو أن أحد طرفي العقد وهو المريض يعاني من علة جسدية أو نفسية أو عقلية يلجأ إلى الطبيب بحثا عن العلاج[1].

والضرر الجسدي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه وهو يمثل إخلالا بحق مشروع للمضرور، وهو حق سلامة الجسم وسلامة الحياة ومن واجبات الأطباء و إلتزاماتهم المهنية أن يحترم الطبيب ومن في حكمه حق الإنسان وسلامة جسمه عند ممارسته للعمل الطبي وأن يكون العمل الطبي يهدف إلى مصلحة المريض.

فلا يباح أي عمل طبي أو تجريب علمي، من شأنه المساس بالسلامة الجسدية أو النفسية للإنسان، إلا بإذنه صراحة، وفقا للضوابط الشرعية والنظامية والأخلاقية، ذلك أن حق الإنسان في سلامة جسمه هو من الحقوق الأساسية التي نصت الشريعة الإسلامية والقوانين الطبية المعاصرة وكذا المواثيق الدولية على إحترامها وصيانتها[2].

فالسؤال المثار هنا ما مدى إنهاك خصوصية المريض في سلامة جسمه دون رضاه وهل جسد المشرع الجزائري حماية جنائية لجسم المريض في حالة التدخلات أو التصرفات الطبية؟

للإجابة على هذا التساؤل نتناول في المبحث الأول خصوصية رضا المريض في التصرفات الطبية وفي المبحث الثاني الحماية الجنائية في حالة التعدي على جسم المريض.

---

[1] – زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص 43 و 44.

[2] – بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011، ص 26.

المبحث الأول: خصوصية رضا وسلامة المريض في التصرفات الطبية

ويعرف الرضا بأنه تعبير عن الإرادة الصادرة عن شخص عاقل قادر على أن يكون رأيا صحيحا عن الرضا أو من يمثله قانونا، ويجب أن يكون من الناحية القانونية صادرا عن حرية بغير إكراه، أو غش، وأن يكون صريحا، ومحله مشروعا.

ومما لاشك فيه بأن رضا المريض أو رضا ممثليه الشرعيين إن كان قاصرا، أو فاقدا للوعي دور أساسي في إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عن الضرر الذي يلحق بالمريض طالما قام الطبيب بعمله وفق أصول الفن الطبي المتعارف عليه .

وبالتالي فإن هناك خلاف حول مدى الإعتداد بالرضا كسبب لمشروعية العمل الطبي أو إباحته، هذا الخلاف أدى إلى وجود إتجاهين: إتجاه ذهب إلى أن أساس إباحة الأعمال الطبية هو رضا المريض، ذلك الرضا الذي يجعل من النشاط الطبي الذي يقوم به الطبيب مشروعا، لأنه وفق هذه النظرية أو الرأي يعتبر بمثابة نزول صريح للمريض عن الحصانة التي يقررها القانون لجسمه، فتنتفي عن العمل الطبي صفة الإعتداء ويغدو الفعل مباحا، هذا وقد قضت محكمة إستئناف"أكس" الفرنسية في عام 1931 في حكمها الذي يستند إلى رضا المجني عليه بعد قيام الجريمة عن الجروح الحادثة نتيجة علاج طبيب الأشعة عن الضرر الذي يحدثه العلاج للمريض[1]، وأنه لا يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بالجانب المدني على إعتبار أن ذلك الفعل هو فعل ضار، إذ أن المريض قبل بالعلاج، وطلب إجراءه مع علمه بالأخطار المحتملة من إستخدام هذه الأجهزة.

كما أن الرضا لا يعد شرطا لتدخل الطبيب من أجل العلاج في كل الأحوال، وإلا فكيف يمكن للطبيب أن يعالج شخصا فاقدا للوعي وحياته مهددة بالخطر، ولا يوجد أحد من ممثليه الشرعيين.

ويرجح الإتجاه الآخر إعفاء الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها لمريضه في مزاولته العادية إلى وجود عقد مبرم بين الطبيب والمريض، ذلك العقد الذي يلتزم فيه الطبيب بعلاج مريضه بإتباع الأصول الصحيحة، ويلتزم فيه المريض بدفع الأجر للطبيب عن هذا العمل، والإعفاء من المسؤولية في العمل الطبي متوافر حتى ولو نتج عنه ضرر بالمريض، مادام أن الشخص الذي أجرى له الطبيب العلاج أو العملية

[1] – د/صفوان محمـــد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 99.

الجراحية راض، ويستوي في ذلك أن يكون الرضا قد صدر فعلا من المريض أو مفترض صدوره إفتراضيا، كما لو كان المريض لا يستطيع إبداء رأيه[1].

وبالتالي يجب أن يكون العمل الطبي الذي رضي به المريض مشروعا في ذاته ، حتى يستطيع الطبيب الإستناد إلى توافر الرضا من المريض لنفي المسؤولية، لأن رضا المريض بحسب الأصل ليس سببا لإباحة العمل الطبي، وإنما هو شرط من شروط إباحته[2].

المطلب الأول: خصوصية رضا المريض وحالاته في التصرفات الطبية

الرضا هو التعبير عن الإرادة والإرادة التي تعنينا هي الإرادة التي تتجه جادة غير هازلة، وعن وعي وإدراك كاملين إلى إحداث أثر قانوني، وفق ذلك فإنه يجب التعبير عنها بإبرازها إلى العالم الخارجي.

إن التعبير كقاعدة عامة لا يخضع لشكل ما، وفي ذلك تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

فالتعبير الصريح (Expresse) هو ما يفيد المقصود منه حسب المتعارف عليه بطريقة مباشرة كالكلام أو الكتابة أو الإشارة أو اتخاذ موقف معين لايترك شكا في المقصود منه، أما التعبير الضمني(Tacite) هو ما يفيد المقصود منه بطريق الاستنتاج . غير أنه يجب التفرقة بين التعبير الضمني و السكوت، لأن الأول هو عمل إيجابي تستفاد منه إرادة العاقد أما الثاني فهو العدم، ومن ثم فلا إيجاب ولا قبول من مجرد السكوت أو كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية: "لا ينسب لساكت قول" [3] فالقاعدة العامة هي أن السكوت لا يحمل على القبول، إلا أنه توجد استثناء، (ملابسات تحيط بالسكوت) فيرى القاضي من اقتران السكوت بها مايفيد التعبير عن القبول، ما لم يستبعد الطرفان السكوت كتعبير عن القبول وهذا طبقا لنص المادة 68 من القانون المدني.

---

[1] – د/صفوان محمـــد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص100.

[2] – بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، سنة 2007، ص132.

[3] – د/محمـــد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، الشركة الوطنية للنشر، 1984، ص24 وما بعدها.

ولا ينتج التعبير أثره إيجابا كان أو قبولا إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه ومتى صدرت الإرادة أصبح لها وجود مادي، أما وجودها القانوني فيتوقف على وصول التعبير إلى علم الموجهة إليه، ولا يقصد بالعلم العلم الحقيقي بل يكفي العلم الحكمي، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، فوصول التعبير كالرسالة البريدية أو البرقية، قرينة قانونية على العلم ولكنها تقبل إثبات العكس[1].

ينبغي من حيث المبدأ أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك، وأن رضاءه يعتد به قانونا، أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضائه في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع، أو كان لا يتمتع بالأهلية الكاملة فإنه يعتد برضاء ممثليه القانونيين أو أهله الأقربين.

الفرع الأول: صدور الرضا من المريض والإستثناءات الواردة عليه

يعتبر رضا المريض في حالة التدخلات الطبية شرط أساسي في العقد الطبي الذي يكون بين الطبيب ومن في حكمه والطرف الضعيف في العلاقة وهو المريض، إلا أنه يمكن الإستغناء عن هذا الشرط في الحالات الضرورية خاصة إذا كان المريض مميزا أو مجنونا أو فاقدا للوعي.

أولا: صدور الرضا من المريض

المريض أمام مسألة أين يجب أن يتلقى الطبيب رضائه قبيل تنفيذ أي عمل طبي، فهذا الالتزام أصله مفروض على أساس احترام الشخص الإنساني.

فالمبدأ يقضي بأنه يجب أن يصدر الرضا من المريض ذاته[2]، ويكون هذا الرضا حرا وواضحا لا ينتابه أي إكراه أو ضغط فلا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي المريض به، إذ أن القانون يرخص للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك، ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم وذلك رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة، وقد يكون رضا المريض صريحا وهو المستحسن في هذه المعاملات أو قد يكون ضمنيا كما لو ذهب المريض إلى غرفة العمليات بعد أن يعلم بنوع العملية التي تقتضيها

[1] – تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

[2] – تنص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض...".

حالته، فلكي يكون الرضا ذا قيمة قانونية من المتعين على الطبيب توضيح نوع العلاج أو الجراحة تفصيلا للمريض حتى يصدر رضاؤه على بينة من الأمر، وليس من السائغ القول بأن الرضا يستفاد ضمنا من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب دون أن يعرف شيئا عن تشخيص المرض وعن العلاج المناسب له، إذ أن الأعمال الطبية متنوعة، فقد يرضى المريض ببعضها دون البعض لذلك كان متعينا أن يعلم بما ينسب إليه الرضا به فالأصل أن يبصر الطبيب المريض نفسه، حتى يحصل منه على رضائه حرا مستنيرا بالعلاج، ومن ثم لا يغنى عن تصريح المريض بالموافقة أو الرفض عما سيخضع له من تصرف طبي، تصريح شخص آخر مهما كانت علاقته بالمريض، فطالما أن المريض يتمتع بوعيه وبكامل قواه العقلية وأهل للتصرف، كان لزاما القول بأن تصريحه وموافقته هو المعول عليها، وليس تصريح الغير الذي لا صفة له .

فالرضا يكون شخصيا كلما كان ذلك ممكنا أي كلما كان المريض مدركا وواعيا أي أنه إذا بإمكان المريض أن يبدي رضاءه فلا حاجة إلى رضا وليه، و عليه يفترض أن له أهلية قانونية وفعلية كاملة، فنجد سن الرشد في التشريع الجزائري متباين بين المسائل المدنية والجزائية، إذ سن الرشد الجزائي هو ثمانية عشرة سنة طبقا لنص المادة 02 من القانون المتعلق بحماية الطفل[1] والتي نصت على ما يلي : " سن الرشد الجزائي بلوغ ثماني عشرة (18) سنة كاملة"، أما سن الرشد المدني فقد حدد بتسعة عشرة سنة وذلك من خلال نص المادة 40 من القانون المدني [2]، أما بالنسبة لقانون حماية الصحة وترقيتها، فإن نصوصه لم تحدد سنا معينة يعتبر فيها المريض بالغا لسن الرشد، فكان جديرا بالمشرع أن يحدد سنا معينا لمعرفة متى يعتبر المريض بالغا سن الرشد وأهلا لاعتبار رضائه بالتصرفات الطبية محدثا لآثاره القانونية وبالتالي مسؤولا عنه حيال طبيبه.

فإذا أخذنا بسن الرشد المدني، تأتي العبرة برضا بالمريض البالغ تسعة عشرة سنة كاملة، أما إذا حددنا الأهلية بسن الرشد الجزائي، وجب علينا الاعتداء بالرضا الصادر من مريض بالغ الثمانية عشرة سنة كاملة، وأمام هذا الفراغ القانوني رأينا أن نقوم ببعض التحليل لمحاولة استخلاص فكرة نبني عليها هذه المسألة العالقة.

[1] – القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية العدد رقم 39 مؤرخة في 19 جويلية 2015.

[2] – المادة 40 من القانون المدني تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة".

إن لجوء المريض إلى الطبيب ودعوته لعلاجه، هل يعد تصرفا جزائيا أو مدنيا، فهل قام بأمر أو بفعل يجرمه القانون؟ دون أدنى شك الإجابة تكون بالنفي، لأن الحق في التداوي والعلاج يضمنه الدستور أسمى القوانين في البلاد[1]، وسلامة الجسم مسألة يصونها المجتمع لكل فرد من أفراده.

نفترض أن المريض لجأ إلى الطبيب في عيادته الخاصة، فإن فتح العيادة لجمهور المرضى يعد إيجابا ينتظر قبولا منهم، فعند تتطابق الإراديتين، أي تلاقي الإيجاب و القبول ينشأ ما يسمى العقد الطبي، فتنشأ على أساس ذلك التزامات على عاتق الطبيب من جهة تتمثل في رعاية المريض وتقديم له العلاج الضروري لحالته بعد تبصيره والحصول على رضائه، ضف إلى ذلك واجب الحفاظ على السر الطبي حياله و ير ذلك من التزامات التي يمكن أن تقع على كاهل الطبيب من جراء العقد الطبي، بحسب الاتفاق وحسب الخدمات ونوع العلاج أو الجراحة التي تقدمهما العيادة، وبالمقابل ينشأ على عاتق المريض هو أيضا التزامات منها، واجب البوح للطبيب بكل ما يتعلق بحالته الصحية دون كذب أو إخفاء للحقيقة، فأساس العلاقة بينهما هو الثقة والائتمان، وواجب أيضا دفع مستحقات العلاج و الخدمة.

وعليه فإن العقد الذي يبرمه هذا المريض مع طبيبه هو عقد طبي، مدني يخضع للأحكام العامة في القانون المدني، ومادام الأمر كذلك فإنه حسب التشريع المدني لا يسمح إلا لبالغ سن التاسعة عشر عاما أن يباشر حقوقه المدنية، فيمكن القول أنه في المسائل الطبية يعتد بسن الرشد المدني.

هناك افتراض ثاني أين يلجأ فيه المريض إلى المستشفى العمومي، فإن العلاقة هنا بينه وبين طبيبه ليست علاقة تعاقدية بل هي علاقة تنظيمية، مادام أن الطبيب في المستشفى العام يخضع لقانون الوظيف العمومي يعد موظفا تحكم علاقته بالمريض قواعد مستمدة من القانون الإداري، إلا أن هذا لا يمنع من اشتراط الحصول على رضا المريض المستنير والواعي، حيث أن شرط الرضا هو من أسباب إباحة العمل الطبي، أي شرط من بين شروط جعل المساس بسلامة الجسم الإنساني مشروعا، فهو مبدأ تقتضيه هذه المعاملات الخاصة، نصت عليه أحكام قانون حماية الصحة وترقيتها[2] وتؤكده أخلاقيات مهنة الطب[3]، فالمشرع لم يقتصر شرط الحصول على رضا المريض لإبرام العقد الطبي فقط ، بل سواء تعلق الأمر

[1] – المادة 54 من دستور 1996 "الرعاية الصحية حق للمواطنين"، وتقابلها المادة 66 من دستور 2016 وفقا للقانون 01/16.

[2] – أنظر المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها (القانون رقم 05/85).

[3] – أنظر المادتين 34 و44 من مدونة أخلاقيات الطب (المرسوم التنفيذي رقم 276/92).

بطبيب يمارس في عيادته الخاصة أو بطبيب يعمل في مستشفى عمومي، فكلاهما ملزم بتبصير وتوعية المريض والحصول على رضائه حيال كل التصرفات الطبية التي سيخضع لها.

لذا فإنه لكي يعتد برضا المريض ذاته يجب أن يكون صادرا من مريض كاملا أهليته القانونية والفعلية، فمادام أن المستشفى العمومي هو مرفق عام يخضع لقواعد القانون الإداري، وأن هذا القانون غير مقنن، بل يستمد أغلب أحكامه من القوانين الأخرى، فعلاقته بالقانون المدني علاقة وثيقة وقوية، فبالإضافة إلى حقيقة كون القانون المدني الأصل والمصدر الأصيل لقواعد القانون الإداري المتعلقة بالمعاملات الإدارية وبالمسؤولية الإدارية وفكرة الوصاية الإدارية فإنه من مظاهر العلاقة الوطيدة والقائمة بين هذين الفرعين القانونيين المستقلين والمنفصلين عن بعضهما البعض، فإن القانون الإداري قد استعار واستمد الكثير من اصطلاحاته وتعبيراته القانونية والاصطلاحية من القانون المدني مثل اصطلاح الشخصية القانونية، والالتزام الإداري، والعقد الإداري والوصاية الإدارية والمسؤولية الإدارية، كما أن السلطات الإدارية والقضاء الإداري المختص بالمنازعات والدعاوى القضائية الإدارية كثيرا ما يختاروا بحرية وسلطة تقديرية تطبيق قواعد القانون المدني عندما يرونها أصلح وأكثر ملائمة للمصلحة العامة من تطبيق قواعد القانون الإداري، كما هو الحال في تطبيق قواعد القانون المدني على المسؤولية الإدارية في تقدير التعويض بصفة عامة وتقدير التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية الإدارية بصفة خاصة فهذه بعض الأمثلة التي تدل على وجود وقيام علاقة بين القانون المدني والقانون الإداري الذي تخضع لنظامه المستشفيات العامة، وبالتالي فإنه في مسائل أهلية المريض يأخذ حتما بنص المادة 40 من القانون المدني التي تحدد سن الرشد لممارسة الحقوق المدنية بتسعة عشرة سنة كاملة، غير أن سن الرشد الكاملة لا تكفي، بل يشترط أيضا لاعتبار رضا المريض في الأمور الطبية كغيرها من الأمور محدثا لآثاره القانونية أن يتمتع بالإضافة إلى الأهلية القانونية بالأهلية الفعلية أي أن يكون في كامل قواه العقلية.

فرضاء المجنون مثلا غير معتبر لأنه معدوم الإرادة، ومن ثم فرضاءه بالعلاج لايعتبر كذلك لأنه لم يتلق التبصير الواجب، ومن ثم فلم يصدر رضا حرا مستنيرا، بل لم يصدر رضا أصلا لأنه فاقد التمييز[1]، وفقد التمييز قد يكون لصغر في السن بحيث يعد غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة [2] أو يفقد التمييز المعتوه أو المجنون أو السفيه حتى ولد بلغ سن الرشد، تعد تصرفاتهم غير محدثة لآثار قانونية وبالتالي لايعتد برضائهم حيال الأعمال الطبية التي سيخضعون لها، حيث أنهم يوجدون في حالة لاتسمح

[1] – أنظر المادة 42 فقرة 1 من القانون المدني.

[2] – أنظر المادة 42 فقرة 2 من القانون المدني .

لهم باستيعاب ما يقدم لهم من شروحات ومعلومات لعدم أو لنقص أهليتهم القانونية أو الفعلية فإذا كان هؤلاء المرضى غير مؤهلين قانونا أو فعلا لتلقي التبصير وإصدار التصريح بالعلاج، فإن السؤال يثور حول من يصرح عنهم ؟

ثانيا: الإستثناءات على صدور الرضا (صدور الرضا من الغير)

تقضي المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها بأنه:" يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء مواقفهم على ذلك".

تبين لنا هذه المادة أن الأصل هو ضرورة صدور الرضا من المريض ذاته ويمكن الإستغناء عن رضاه في الحالات التي يكون فيها في وضع لايسمح له بإبداء ذلك الرضا لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها، فهنا يلزم رضا ممثليه القانونيين أو أقربائه، ولا يلزم الرضا كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم إنتظار أخذ رأيه أو رأي ممثليه أو أقربائه كمن هو في حادث، ويثور الأمر أيضا عند إجراء العمليات الجراحية حيث تقتضي الضرورة أحيانا إجراء عملية جراحية أخرى ملازمة ولا تتحمل الإنتظار[1]، وهذه الحالات على العموم كالآتي:

1- حالة منعدم الأهلية والتمييز: يكون غير مميز ومنعدم للأهلية طبقا لنصوص القانون المدني صغير السن الذي لم يصل بعد سن التمييز، والمجنون المختل عقليا.

فسن التمييز حدده المشرع الجزائري بستة عشرة سنة ومن كان دونها يعتبر غير مميز وبالتالي لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية، وعليه فإنه لا يعتد برضائه وذلك كونه فاقدا للأهلية، لا يستطيع القيام بمفرده بالتصرفات اللازمة لمباشرة حقوقه بل يحتاج لمن ينوب عنه فيها، فالطبيب إذا ملزم بتلقي الرضا حيال الأعمال الطبية التي تخصه من ممثله القانوني.

وقد تنعدم الأهلية والتمييز أيضا نتيجة لإختلال خطير للقدرات العقلية لشخص ما كونه مجنونا [2]، فالحرية الفردية أساسا شرعت لحماية الفرد العادي الذي يتمتع بكامل قواه العقيلة أما الإنسان المجنون فعن الحرية تصبح خطرا عليه وعلى غيره في المجتمع وبالتالي فلا عبرة برضائه ولا محل لأخذ إذنه حتى

[1] - أ/ بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص102.

[2] - إبتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992، ص91.

يجرى له العلاج اللازم لحالته، فرضاؤه غير معتبر لأنه معدوم الإرادة ولأنه أصلا لم يتلق التبصير الواجب تلقيه أو بعبارة أخرى لا يستطيع استيعابه ومن ثم فلن يصدر رضا حرا مستنيرا، بل لن يصدر الرضا أصلا، فالرضا ينعقد لممثله القانوني.

2 – حالة ناقص الأهلية: يكون نقص الأهلية حسب مبادئ القانون المدني [1] نتيجة لعامل السن، أو لقصور ذهني فمن بلغ سن التمييز دون سن الرشد، أي اكتمل ستة عشرة سنة وكان في كامل قواه العقيلة و لم يعترضه أي اختلال ذهني فإنه يعتبر مميزا ناقص الأهلية لعدم بلوغه بعد سن الرشد القانونية وهي تسعة عشر سنة كاملة فتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، غير أنه تتوقف دائما على إجازة ممثله القانوني[2]، وبالتالي فإنه يجب على الطبيب أن يحاول أخذ رضا المميز ناقص الأهلية و لكن يكتمل رضاءه بإجازة من هو مسؤول عليه قانونا.

ويعتبر ناقص الأهلية أيضا نتيجة لنقص في القدرات العقلية السفيه أو المعتوه، فحتى لو بلغ الشخص سن الرشد وكان في حالة من هاتين الحالتين، لا يعتد بتصرفاته التي تصدر عنه فيعتبر قاصرا ذهنيا، أفعاله غير نافذة[3]، فإن كان الطبيب أمام سفيه أو معتوه، عليه أن يحصل على رضا ممثليهما القانوني نظرا لأن رضاءهما لن يحدث أثره القانوني ولا يعفى الطبيب من المسؤولية أي أن رضاءهما لا يحلل الطبيب من واجب الحصول على تصريح من أهلهما.

3 – حالة فاقد الوعي: يمكن الاستغناء عن رضا المريض ذاته في الحالة التي يكون في وضع لا يسمح له بإبداء ذلك الرضا، كونه في غيبوبة نتيجة لإغماء أو لفعل التخدير، فهو في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع لذى يعتد برضا ممثله القانوني إن تمكن الطبيب الاتصال به في الوقت اللازم، و إلا وجب عليه التدخل بسرعة إذا لم تحتمل الحالة الانتظار وهذا ما سنراه لاحقا.

---

[1] – تنص المادة 43 من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[2] – أنظر المادة 83 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] – تنص المادة 85 من قانون الأسرة :" تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

فعليه إذا وجد الطبيب أمام حالة من الحالات المذكورة أعلاه، وجب الحصول على الموافقة بالعلاج أو الجراحة من غير المريض، بل من ممثله القانوني، فكيف يكون هذا التمثيل القانوني حسب التشريع الجزائري؟

تقضي المادة 44 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون".

هذا النص يبين لنا أن هناك نيابة شرعية يخضع لها فاقدوا الأهلية و ناقصوها وهذه النيابة تنص عليها أحكام قانون الأسرة الجزائري، فمن كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه فإنه ينوب عنه قانونا الولي أو الوصي أو المقدم فتكون الولاية للأب على أولاده القصر، ناقصي الأهلية أو فاقديها، تنتقل للأم بعد وفاته، فهي تحل محله قانونا، والولاية قانونا هي خضوع الطفل القاصر حتى سن الرشد مع كمال القوى العقلية لسلطة الأب أو الأم عند وفاته، ليوفر له الأمن، الصحة والآداب[1].

أما الوصاية فهي طريقة لحماية الطفل القاصر، الفاقد لأوليائه بالإضافة إلى الراشدين الفاقدين إمكانياتهم العقيلة بسبب الجنون والعته أو السفه، ويجوز للأب أو الجد تعيين قبل وفاتهما وصيا للولد المنعدم الأهلية إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو أثبت عدم أهليتها، أما عن التقديم فإن المقدم أو القيم، هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها [2]، ففي كل الحالات على الطبيب أن يراعي هذه الأمور عند تلقيه الرضا ممن هو في حالة نفسية أو ذهنية أو قانونية لا تسمح له بأن يعطي رضاء مستنيرا سليما محدثا لآثاره القانونية.

فبالإضافة إلى الوصي أو الولي أو القيم، هناك حالة أين يكون المريض قد حدد الأشخاص الذين يمكن اللجوء إليهم أو إخبارهم أو الحصول على رضائهم إذا تعذر عليه هو ذلك، لكن هذه الحالة تكون دائما عندما يكون المريض كامل الأهلية ومن باب احتياطي سابق ومتقدم يعين من ينوب عنه في تقبل العلاج، تداركا لما قد سيقع خلال سير الأعمال الطبية التي سيخضع لها[3]،حيث بإمكانه تحديد

[1] – إبتسام قرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص264.

[2] – أنظر المادة 99 من قانون الأسرة.

[3] – تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب:" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...".

مسبقا عند اللجوء إلى الطبيب أشخاصا يستشيرهم هذا الأخير و يتلقى رضائهم أو رفضهم علاج أو جراحة المريض كاختيار الزوج للزوجة أو العكس.

الفرع الثاني :حالات صدور رضا المريض في التصرفات الطبية ورفضه العلاج والرغبة في الموت

لقد سبق لنا القول أن الرضا لا يشترط الحصول عليه فقط من مريض يعالج لدى طبيب خاص بناءا على العقد الطبي الذي يجمع بينهما و إنما يشترط أيضا على الطبيب الذي يعمل في القطاع العمومي وذلك أساسه يعود إلى احترام معصومية الجسد، فأيا كان أسلوب الممارسة فإنه يشترط الحصول على رضا المريض المتبصر، غير أن هذا الرضا يعرف تفاوتا، كون أن الأعمال التي يقف عليها الطبيب من فحص المريض وعلاجه ليست من طبيعة واحدة، كما أن المخاطر التي يتعرض لها هذا الأخير نتيجة ما ألم به من مرض ليست بدورها من درجة واحدة، إن لكل شخص حرمة وحصانة على جسده، فمن الضروري الحصول على رضائه المتبصر لإمكانية الوصول إلى جسده والعمل عليه، حتى لو كان ذلك بغرض العلاج الذي سيعود بالفائدة عليه باستثناء حالة الاستعجال والخطورة.

فضرورية الرضا أو درجته تختلف باختلاف نوع التصرف الطبي الذي سيخضع له المريض، ففي الحالات البسيطة، العلاجية منها أو الجراحية يكون للرضا موضعا محددا و ذلك لدرجة تقدم العلم وتطوره، حيث كانت في السابق بعض الجراحات ينظر إليها أنها صعبة ومعقدة و أمست اليوم عديمة التعقيد ولا تستهلها الخطورة أو الاحتمال لتقديم وسائل العلم عموما و الطب خصوصا.

ونجد الرضا في الحالات المعقدة يأخذ موضعا آخر، نتيجة للطابع الاحتمالي الذي يهيمن عليها رغم التقدم العلمي لشدة صعوبتها، و يختلف الأمر كذلك بالنسبة للرضا في الحالات الإستعجالية أو في بعض الحالات الأخرى أين يستغنى عنه. فنتساءل إذا عن درجات وحالات الرضا في العمل الطبي.

أولا: حالات ومواضع صدور رضا المريض

1 – الرضا في الحالات العلاجية أو الجراحية البسيطة: تناول المشرع الجزائري الرضا في مجال الأعمال الطبية العادية في المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها ويتضح من هذا النص أنه اشترط الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه، لأنه من المسلم به أن للمريض على جسمه حقوقا مقدسة لا يجوز المساس بها بدون رضاه، وكل اعتداء على هذه الحقوق يوجب مسؤولية مرتكبه متى كان في مقدوره الحصول على رضا المريض أو من ينوب عنه قانونا.

وعلة اشتراط الحصول على رضا المريض قبل مباشرة التدخل الجراحي أو العلاجي هو صيانة حقه في سلامة جسمه وتكامله الجسدي واحترام حريته الشخصية، والمشرع لم ينص في هذه الحالات على شكل معين يتخذه الرضا أو يفرغ فيه، فقد يصدر ضمنيا أو قد يصدر صريحا بالقول أو الكتابة وليس للكتابة شكل معين تتميز به، فقد تكون بخط اليد أو بخط الآلة الكاتبة.

فالطبيب إذا قام بفحص المريض جيدا وتمكن من تشخيص المرض وقدم المعلومات الضرورية المتعلقة به وبنوع العلاج أو الجراحة التي تتطلبها الحالة أي قام بواجب تبصير المريض ونوعيته، إذ يجب أن يشير على مريضه بكافة الآثار المتصورة من العلاج وبمدته[1]، ونوع ومدة الآلام التي سوف يعانيها وتوابع العلاج أو الجراحة بوجه خاص ومدى إمكان عودة حالة المريض إلى ما كانت عليه، دون أن يمارس عليه أي ضغط بل يبصره بأمانة تاركا له حرية الاختيار، فللمريض مطلق الحرية في اختيار طبيبه أو مغادرته وينبغي على هذا الأخير أن يحترم حق المريض هذا وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض.

فيمكن أن يستخلص الطبيب رضا المريض من خلال إصغائه له وخضوعه للكشف دون أي اعتراض، وذهابه إلى غرفة العمليات بعد أن يكون قد تحصل على كل ما يجب أن يعرفه عن حالته وعن نوع الجراحة التي سيخضع لها، فيكون قد اختيار هذا الطبيب دون غيره وقد رضي بالتصرفات الطبية التي خضع أو سيخضع لها.

في غالب الأحيان إذا لم تكن العلة خطيرة، ولم يكن التصرف الطبي صعبا فإن الإشكال لا يثور، حيث احتمالات وقوع الطبيب في أخطاء طبية قليلة أو تكاد تنعدم، لعدم تعقد التصرف الطبي، وبالتالي الحصول على الرضا لا ينتابه اللبس، وما على الطبيب إلا أن يبذل العناية اللازمة لعلاج المريض كما تتطلبه الحالة المرضية فرضا المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية ، بل إنه يسأل طبقا للقواعد العامة عن أي خطأ صادر منه أثناء العلاج أو الجراحة، فلكي يكون الرضا ذا قيمة قانونية، من المتعين على الطبيب توضيح الأمور للمريض حتى يصدر تصريحه بالعلاج على بينة من الأمر، وليس من الجائز القول بأن الرضا يستفاد ضمنا من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب، حيث يصبح التبصير والرضا متلازمين، لا يمكن أن يصدر الثاني إلا إذا سبق الأول، فهما التزامان ضروريان حتى لو كنا أمام حالة مرضية بسيطة، لا يصعب علاجها على الطبيب، فأساس التبصير والرضا يعود إلى مبدأ معصومية

[1]- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2002، ص24.

الجسد، والحق في الحفاظ على سلامته ولعل مدونة أخلاقيات الطب هي أقل، شدة فيما يتعلق بموافقة المريض التي تتطلبها إلا بالنسبة للأعمال الطبية التي يكون فيها خطر جدي على المريض كما جاء في نص المادة 44 منها، بينما نجد قانون حماية الصحة وترقيتها يشترط الموافقة لكل علاج أيا كان التصرف الطبي الذي سيخضع له المريض ومن المؤكد أن موافقة المريض أمر ضروري في جميع الحالات حتى أمام أبسط الأمراض وأسهل الأعمال الطبية، إن الإنسان هو سيد نفسه، لا يحق لأي كان إخضاعه لشيء لا يوافقه، لاسيما أن الأمر يتعلق بجسمه الذي له الصلاحية الأولى في سلامته، فالقانون يرخص للطبيب علاج المريض إذا دعاه لذلك، ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعه للعلاج أو الجراحة رغما عنه، رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة.

وموافقة المريض التي يجب الحصول عليها قبل تنفيذ العمل الطبي تقتصر على هذا العمل المقترح فقط، ومن ثم وجب تحديدها كلما تطلب العلاج عملا طبيا آخر لا يعلمه المريض، فموافقته على عمل طبي ما، لا يسمح للطبيب القيام بعمل طبي آخر، حيث أن تقدم المريض إلى الطبيب بقصد فحصه لا يعني أنه يستسلم له ليتصرف كما يشاء بخصوص الأعمال الطبية التي تلي عملية الفحص بل لابد من موافقة المريض على كل عمل طبي، فالمساس بجسده أمرا حتميا يلزم الطبيب أو الجراح بإخبار مريضه عن دواعي التدخل العلاجي أو الجراحي وبتحضيره نفسيا عن طريق التحاور معه وبدنيا عن طريق الأشعة والتحاليل الضرورية، وفي هذا الصدد هناك سابقة قضائية لا تشترط الرضا فقط بل تشترط أن يكون حرا وواضحا، هذا ما جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 نوفمبر1955، أظهر اتجاها قضائيا جديدا مخالفا لما كان سابقا الذي يقضي بأن وجود رضا حقيقي صريح وواضح أمرا غير مؤكد نظرا لعدم التساوي بين كل من الطبيب والمريض وذلك من خلال حكم لمحكمة" السان" [1] بتاريخ 16 ماي 1935.

و بالتالي حتى يكون الطبيب قد تحصل على رضا واع ومستنير، يجب أن يكون في مقدوره هو بذاته معرفة جيدا المرض بتشخيصه ومعرفة نوع وطريقة علاجه وذلك يبذله كل ما في وسعه بكل أمانة وتفان و إخلاص لمهنته[2].

[1] – أ/علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، الجزء 26 لسنة 1998، العدد رقم 03، الجزائر، ص48.

[2] – أنظر المادتين 54 و 48 من مدونة أخلاقيات الطب.

2 – الرضا في الحالات الاستعجالية والخاصة: الأصل إذا أنه على الطبيب إلتزام سواء في حالة العلاج أو الجراحة بالحصول على رضا المريض بذلك، وتخلف هذا الرضا يجعل الطبيب مخلا بالتزام قانوني و أخلاقي، ولكن رضا المريض لا يعني إعفاءه من المسألة إذا صدر منه خطأ أثناء هذا العلاج أو الجراحة.

والرضا أمر شخصي يصدر من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك، أما إذا كان لا يستطيع التعبير كما لو كان ناقص الأهلية أو عديمها أو في غيبوبة فيجب أخذ رضا ممثله القانوني أو أهله المقربين حسب ما تقتضيه الحالة وما ينص عليه القانون.

لكن هناك حالات يتعذر فيها استصدار رضا المريض أو من ينوب عنه حيث يصعب الاتصال بالأهل، و المريض في حالة لا يتأتى له التعبير عن إرادته كما لو كان ضحية حادث ما تقتضي حالته التدخل السريع وعدم الانتظار، أو في حالة ما يكتشف الطبيب خلال مباشرته للعملية الجراحية ما لم يكن في الحسبان فتظهر أمورا مستجدة ليست ذاتها التي يحصل على الرضا بصددها[1]، فلا تحتمل الحالة الانتظار والتفكير في تبصير المريض ورضائه أو تبصير ورضا من ينوب عنه إذا صعب الاتصال بهم في الوقت المناسب فهل يستطيع الطبيب إذن أن يقوم بعمله من غير حصوله على الموافقة به؟

تقضي المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها في فقرتها الثانية على ما يلي: "...يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤولية الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين على التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ... ".

يفهم من خلال هذا النص أن الاستعجال يغفر أمر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض أو من ينوب عنه، فيعكس أثره على محتوى التزام الطبيب بتبصير المريض ورضائه، فحالة الاستعجال تخوله المساس بشخص المريض دون رضاه، بل هو في الواقع يحل محل هذا الرضا وغني عن الذكر أن حالة الاستعجال لا تكفي في ذاتها لإعفاء الطبيب من التزامه بتبصير المريض والحصول على تصريحه بالعلاج، بل يجب أن يكون المريض في حالة لا يستطيع استيعاب شروح الطبيب للتعبير عن موافقته، وأن يكون من شأن العلاج الذي يشرع فيه الطبيب وهدفه إنقاذ حياة المريض أو سلامة جسده، وتؤكد أيضا على

[1] المستشار عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 128و129.

هذا الأساس المادة52 من مدونة أخلاقيات الطب التي تناولت الرضا في الحالات الإستعجالية ضمن فقرتها الثانية على النحو التالي: "ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم، أن يقدم العلاج الضروري للمريض وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار، إذا كان قادرا على إبداء رأيه".

يلاحظ من خلال هذا النص درجة أهمية الحصول على الرضا المتبصر، من خلال ذكر أنه يعمل الطبيب جاهدا للحصول على موافقة المريض البالغ الراشد إذا كان بإمكانه ذلك رغم توافر حالة الاستعجال، إلا أنه إذا تعذر عليه ذلك و لم يتمكن الاتصال بذويه، فإنه ملزم بالتدخل الفوري لعلاج أو جراحة المريض وصفة الإلزامية هنا نستخلصها من عبارة: " ويجب على الطبيب " حيث يعد تدخله السريع واجبا ضروريا وحتميا تقتضيه حالة الخطر الذي يهدد بحياة أو بسلامة المريض، فواجب الطبيب يفرض عليه إذا وجد نفسه في حضرة شخص معرض للخطر أن يراعي المبادئ أو الاعتبارات الأخلاقية و القانونية التي تحكم مهنته، و التي تجعل منه شخصا في خدمة الفرد و الصحة العامة احتراما لحياة هذا الفرد وكائنه البشري[1]، تتمثل رسالته النبيلة في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية، فيجعل التخفيف عن آلام ومعاناة المرضى بعلاجهم مبدأه الرئيسي الذي يؤدي اليمين لأجله[2] .

وتقضي أيضا المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب تأكيدا على ضرورة التدخل وتقديم العلاج الضروري إذا تواجد الطبيب أمام مريض يواجه خطرا وشيكا بنصها :" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا ، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له".

فهذا يبين لنا أن واجب الطبيب يملي عليه أن لا يهمل شخصا يكون في حاجة ماسة إليه حيث يهدده خطر ما، فعليه أن يتيقن من أنه سيتلقى العلاج الضروري، والاستعجال هذا، دفعنا إلى افتراض حالتين منه، فهناك حالة، أين يكون الطبيب قد قام بتشخيص المرض، وبإعطاء المعلومات الضرورية واللازمة لتبصير المريض عن حالته وعن العلاج الذي يعرضه عليه، فيوافق المريض على هذا الأساس، ثم خلال سير العلاج لاسيما في العمليات الجراحية أين يكتشف الطبيب، ما لم يكن في الحسبان، ولا يسعه الحصول على رضا المريض أو نائبه.

[1] – أنظر المادتين 6 و 7 من مدونة أخلاقيات الطب.

[2] – أنظر المادة 199 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بموجب القانون 17/90.

أما الفرضية الثانية تتمثل في تواجد الطبيب أمام مريض لا يعرف عنه شيء و لم يسبق للمريض أن اختار الطبيب أو لجأ إليه كحالة الحوادث بشتى أنواعها التي يكون شخصا ما ضحيتها، وهو عاجز عن التعبير عن إرادته بقبول أو رفض العلاج وليس بإمكانه استيعاب المعلومات التي يجب أن تقدم إليه.

ففي حالة ما إذا اعترض الطبيب أمورا لم يكن يتوقعها أو أنه شخص المرض على أساس معين واتضح له خلال العلاج أن العلة أخطر مما كان يتصور، لاسيما إذا كان يمارس الجراحة، أين يكون المريض غير قادر على التعبير عن إرادته، تحت تأثير المخدر وتعذر عليه الاتصال السريع بعائلته أو ممثله القانوني، فهل له أن يواصل عمله وفق هذه الأوضاع المستجدة ويحاول كل ما في وسعه ببذل العناية اللازمة لسلامة مريضه، دون الحصول على الرضا؟ أو يوقف العملية، لحين حصوله على الرضا المتبصر، سواء من المريض أو عائلته، على أساس أن التبصير والرضا السابقين كان بناءا على التشخيص الخاطئ بالمرض؟

هنا ظهر اتجاهان قضائيان الأول ينادي بوقف العملية، احتراما لمبدأ معصومية الجسد بحجة أن الرضا الذي منحه المريض قبل إقباله على العلاج أصبح باطلا، مادام أنه كان يخص عملا أو تصرفا طبيا محددا ومعيينا مسبقا وأن الوضع قد تغير، فيجب حسب هذا الرأي انتظار الحصول على رضا المريض أو عائلته حتى يواصل العلاج، غير أن هذا الاتجاه، يربط ضرورة التوقف عن العمل الطبي، إذا لم تكن هناك دواعي إستعجالية تجعل المريض في خطر.

أما الاتجاه الثاني فإنه يدعو إلى مواصلة التدخل الطبي حتى ولو ظهرت أمورا مستجدة لم تكن مقدرة سابقا، يفسر موقفه على أساس أن المريض قد قدم رضائه لغرض العلاج و الكف عن الألم، هذا ما يأمل إلى حصوله، فهو لا يرغب إلا للتخلص من الداء، فحتى لو ظهرت مستجدات أخرى فإن الرضا ليس باطلا، سواء تعلق الأمر بحالة مستعجلة أم لا.

فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الافتراض أين تظهر مستجدات خلال سير العلاج، إلا أننا من خلال نص المادة 154 السالف ذكرها يمكن أن نستخلص أنه يتبع الاتجاه الأول الذي يقضي بمواصلة العلاج إذا كانت حياة المريض أو سلامته في خطر، حيث يرغم الطبيب بالتدخل إذا اتضح له أن العلاج مستعجل لإنقاذ حياة من لا يستطيع التعبير عن إرادته، ويتعذر عليه الاتصال بمن

يمثله، فهنا يتجاوز الطبيب حدود الرضا الصادر من المريض أو من ممثله القانوني[1]، وقد أكدت على ذلك أيضا مدونة أخلاقيات الطب من خلال موادها بأنه يجب إسعاف من هو في خطر، ويبقى عنصر الاستعجال والخطر هما اللذان يبيحان تدخل الطبيب لعلاج المرضى دون موافقتهم أو موافقة أهلهم الذين يصعب أو بالأحرى يستحال التأخير للاتصال بهم، فمن المستقر عليه أنه رغم التسليم بحرية الطبيب في مزاولة مهنته إلا أنه يجب عليه ألا يستعمل هذه الحرية إلا في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله اعترف له بها وإلا كان متعسفا في استعمال حقه، فهناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب تجاه المرضى والمجتمع الذي يعيش فيه تفرضه عليه أصول ومقتضيات مهنته، فهل يحق إذن للطبيب أن يرفض علاج مريض في خطر؟

إن حكم امتناع الطبيب من إسعاف شخص في خطر، مرده لقانون العقوبات، وذلك من خلال نص المادة 182 في فقرتها الثانية ونصها الآتي:" ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير...".

ويتضح من هذه المادة أنه يتطلب لقيام جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة توافر ركنين:

✓ الركن الأول: مادي ويتحقق في وجود شخص في خطر، وأن يكون هذا الخطر حالا وثابتا وحقيقيا بحيث يقتضي ضرورة التدخل المباشر.

✓ الركن الثاني: معنوي ويتمل في توافر العلم و الإرادة لدى المتهم (الطبيب) أي أن يكون عالما بوجود شخص في خطر ويمتنع عمدا عن تقديم المساعدة له.

و عليه فلكي يعد الطبيب مرتكبا جريمة الامتناع عن إسعاف شخص في خطر فإنه يجب توافر الركن المادي و المعنوي فيها وهذان الركنان يتمثلان في الشروط التالية:

1- وجود شخص في حالة خطر[2]: يقصد بالشخص من خلال نص المادة 2/182 وبالتأكيد الشخص الطبيعي، الكائن الحي، أي الآدمي الحي، وبالتالي فإنه لا تخص الأموال ولا حتى الموتى[3]،

[1] – عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص253.

[2] – قرار عن المجلس الأعلى، منشور في المجلة القضائية بتاريخ: 1988/12/20، العدد 4 لسنة 1993 (الغرفة الجنائية)، ص229.

[3] – د/أحمـــد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 22.

فالشخص حتى ولو كان فاقد الإدراك و التمييز فهو المقصود بهذه المادة، وسواء كانت حياته في خطر أو تكامله الجسدي، فيجب إذن أن يكون من هو في خطر إنسان حي، لأن المتوفى لا يمكن أن يكون في حالة خطر.

2 – أن يكون الخطر وشيك الوقوع ومستمرا: حيث يستدعي التدخل الفوري، فالحالة لا تحتمل التأخير أو التعطيل، يعني ذلك أن هناك خطر جسيم حال و فعلي، و لا يكفي الخطر المحتمل أو التصوري وعلاوة على ذلك يجب أن يدركه الطبيب ذاته.

3 – إمكانية المساعدة: فإذا كان الالتزام في تقديم مساعدة يفرض على كل شخص أثناء الخطر الذي يتعرض له المجني عليه، فإن هذا الواجب يرتبط حتما بمكنة المساعدة سواء عن طريق الشخص نفسه أو عن طريق تدخل الغير[1].

4 – علم الشخص (الطبيب) بالخطر وامتناعه عمدا عن تقديم المساعدة للشخص الواقع عليه: فالامتناع العمدي هو العنصر المعنوي لهذه الجريمة ويتمثل في إدراك المتهم لجسامة الخطر الحال الذي يتعرض له شخص ما، و التي تستدعي حالته المساعدة ولا يكون هناك مجال للشك في ضرورة التدخل لتجنب هذا الخطر، ويحجم رغم ذلك عمدا عن تقديم المساعدة للمجني عليه ،فحق الطبيب إذ في الامتناع عن تقديم العلاج يسقط في حالة الخطورة و الاستعجال، فإذا رفض أو امتنع عن العلاج شخص يداهمه خطر حال وأكيد فإنه يعد قد توفر لديه القصد الجنائي وبالتالي الركن المعنوي في الجريمة، فيعتبر مرتكبا جريمة الامتناع عن إسعاف شخص في خطر يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 15.000 دج أو بأحدهما. فلا يستطيع الطبيب أن يتحلل من واجبه هذا بحجة احترام مبدأ معصومية الجسد وأنه لا يمكنه علاج مريض إلا بناء على رضائه المتبصر، ففي هذه الحالة، لا يعتد بالرضا أو التبصير، ولا يمكنه أن يبرأ نفسه إلا إذا أثبت أنه ليس بوسعه التدخل لأن الخطر كان يهدده هو أيضا فاستحال عليه الإسعاف.

فحالة الاستعجال و الخطورة تعد من بين الحالات التي لا يشترط فيها التبصير والرضا، و إلى جانبها هناك مواضع أخرى أين يكون التدخل الطبي إجباريا منها: التطعيم و التحصين الإجباري Vaccination et immunisation obligatoire الذي تقوم به الدولة في إطار الوقاية من الأمراض

[1] -Louis MELENNEC : la responsabilité pénale du médecin : édition maloine 1984 (Tome 3) ، p 63 et 65 .

المعدية ومكافحتها وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وهناك أيضا حالة تلقي التلقيحات سواء بالنسبة للمواطنين الجزائريين الذاهبين إلى الخارج أو القادمين إلى الجزائر من بلد أجنبي طبقا لنصي المادتين 59 و60 وتؤكد هذه الفكرة المادة 154 في فقرتها الأولى المتعلقة بالرضا حيث تقضي بأنه لا تطبق أحكام المادة 5/154 فيما يتعلق بتقديم العلاج الطبي لحماية السكان.

ثانيا : رفض المريض العلاج والرغبة في الموت

إن حق الإنسان في الحياة و في سلامة جسمه من أهم الحقوق التي يتمتع بها والتي تستمد من ذاتيته البشرية، والتي لا يمكن أن يضحي بها، فهو حق مقدس أقره الدستور والأنظمة القانونية الداخلية والدولية، وأحاطته بسياج من الحماية بأن فرضت الجزاء الرادع لمن يحاول الاعتداء على هذا الحق.

وبما أن الإنسان هو صاحب الحق فما مدى سلطانه على نفسه، أو بمعنى آخر هل يحق له أن يرفض علاجه و التخفيف من آلامه، وهل يحق له أن يتنازل عن حقه في الوجود ويضحي بحياته كفرد في المجتمع، فإذا كان له مثل هذا الحق، فهل في مقدوره أن يسمح للغير بإنهاء حياته بناء على طلبه ؟

إن معظم التشريعات لا تعاقب على فعل الانتحار الذي يرتكب من الإنسان على نفسه لعدم جدوى أي عقاب، لأن الإنسان الذي هانت عليه حياته وضحى بها، يهون عليه أي جزاء، علاوة على أن الجاني الذي يرتكب الفعل هو ذاته المجني عليه وبالتالي لا جدوى من تدخل القانون بغرض الجزاء في هذه الحالة لأن الأمر لا يتعلق بجريمة أو عمل غير مشروع[1]، و إذا كان الانتحار لا يعاقب عليه إلا أنه يعاقب من يساعد على الانتحار أو يسهله بأفعاله أو بتزويد من يريد الانتحار بسلاح أو سم أو أي آلة معدة لذلك ويعلم بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض، وهذا ما قضى به نص المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري .

فكما أن الفرد هو صاحب الحق في الحياة إلا أن من حق المجتمع و الصالح العام الحفاظ على حياة هذا الفرد من كل اعتداء بغرض حياته للموت، معنى ذلك أن الحق في الحياة ليس مقصورا على الإنسان وحده، بل هو حق مشترك للفرد و الدولة وأن هناك خسارة وضرر يلحق بالمجتمع في حالة قتل أي إنسان من أفراد المجتمع حتى ولو برضائه، فالدولة وإن كانت لا تقدر أن تمنع الإنسان من قتل نفسه بنفسه ولكنها تستطيع أن تمنعه من أن يطلب أو يصرح للغير بقتله بناءا على رضائه.

[1] – محمـــد صبحي محمـــد نجم، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية موضوع دكتوراه في القانون، 1983، ص119.

وعليه فما دام الإنسان حر في نفسه، و في جسده، فهل هذا يمنح له الحق في أن يرفض مساعدة غيره له، أو حتى يطلب منه إنهاء حياته ؟

1 – رفض المريض العلاج: إذا كان رضا المريض بالعلاج أو التدخل الطبي يعد أمرا ضروريا فإنه من الطبيعي أن يكون لرفض المريض أثره القانوني على تحديد المسؤولية الطبية.

تقضي المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الفقرة الرابعة منها ما يلي :"... و إذا رفض العلاج، فيشترط تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي خول إعطاء الموافقة، بعواقب رفض العلاج "، فمبدأ احترام الحريات الشخصية يعطي الحق لمريض في عدم الخضوع للتصرف الطبي المقترح عليه، فله حرية اختيار طبيبه أو مغادرته وعلى هذا الأخير واجب تعزيز هذا الحق وفرض احترامه، وقد اختلفت الآراء حول حرية الاختيار هذه، وتمثل مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض[1]، في موضوع حق المريض في قبول أو رفض العلاج، بين رأي يطلق القول بمعصومية الجسد في إطار الحرية الكاملة لرفض أي عمل طبي والرأي الثاني يذهب مذهبا مختلفا أما الرأي الثالث فهو وسط بينهما.

– الرأي الأول: يرى أن معصومية الجسد هي مبدأ مطلق، وأن الاعتراف يحول دون إجبار المريض على إجراء عمل علاجي أو جراحي أو الضغط على إرادته، ويستند هذا الرأي إلى حجج متعددة منها أن معصومية الجسد هي إحدى مظاهر الحرية الشخصية، فحرية الإنسان تقتضي احترام إرادته في شأن كيانه المادي، ويذهب الأستاذ" كاربونييه "تأييدا لهذا المعنى إلى تعذر فرض عمل طبي ولو كان بسيطا، محدودا في مخاطره، ذلك لأن الحماية لا تكمن في جسد الإنسان، في لحمه وعظامه بل تحمي أيضا مشاعره، وهي مظهر من مظاهر حريته هذا من جهة ومن ثانية فإن العمليات الجراحية تتضمن مخاطر متعددة، فهي تسبب دائما آلاما للمريض تتفاوت من حالة إلى أخرى، كما أنها قد تقتضي انقطاعه عن عمله أو عن أمور حياته طول فترة العلاج والنقاهة، وتلك أمور من حق المريض أن يرفضها ، فلا يجوز لدى هذا الرأي إرغام المريض، وقهر رفضه وفرض العلاج عليه.

– الرأي الثاني: يعتقد أن مبدأ معصومية الجسد ليس إلا نسبيا، ومن ثم لا يقيم هذا الرأي وزنا لإرادة الشخص إذا كانت تتعارض مع حفظ حياته، وقد تحدث هذا الفقه عن نظرية التدخل الجبري

[1] – أنظر المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب.

الذي تبرزه حالة الضرورة فيرى أن معصومية الجسد هدفها حمايته ووقايته، ويجب أن تمارس بهدف وبقدر الحفاظ عليه، ويعد من العبث أن يسمح للمريض بإدعاء هذا الحق لإيصال أو إعاقة ما يهدف الحفاظ على حياته وعلى سلامته الجسدية من إجراءات، وأن إرادة المريض لها قيمتها التي يجب أن تكون محل احترام وتقدير ولا نضعها جانبا إلا لتحقيق غاية أو ميزة أسمى وأثمن .

– الرأي الثالث :لا يعدو أن يكون توفيقا بين الرأيين السابقين لأنه يقوم على مبادئ مستمدة منهما معا، حيث يقابل بين الالتزام بالصحة Obligation à la santé والحق في سلامة الجسم Le droit à lintegrité corporelle، فإذا كان الشخص واعيا مدركا فإن إرادته يجب أن تحترم أما إذا كان غير واع أو غير أهل ورفض الخضوع للعلاج، فلا يعتد برفضه ويهيأ له العلاج رغما عنه[1].

والحق أن المشرع الجزائري قد منح للمريض حرية قبول أو رفض العلاج، وهذا نلمسه لقانون حماية الصحة و ترقيتها السالف ذكره من خلال نص المادة 154، فيفترض أن الطبيب قد أوفى بالتزامه تبصير المريض على خير وجه، وقد أحاطه علما كافيا بكل ما يلزم من معلومات لجعل رضائه حرا مستنيرا، فله بعد ذلك الحق في الرفض أو الموافقة.

إلا أنه على خلاف الرضا الذي لا يشترط فيه شكلا معينا باستثناء بعض الحالات التي تتميز بالتعقيد والاحتمال، فإن رفض العلاج يشترط فيه أن يقدم المريض تصريحا أو تعهدا على من تحمل كافة مسؤولياته عن هذا الرفض، وهو ما ذكر في نص المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها: " ... إذا رفض العلاج الطبي فيشترط، تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض... " و الكتابة هنا للإثبات، فهي شرط حتى يتمكن الطبيب التحلل من أية مسؤولية إذا تفاقم المرض لدى المصاب به أو توفي من جراء مرضه ورفضه للعلاج، حتى لا يتهم الطبيب بجريمة عدم إسعاف شخص في خطر، أو عن تقصير وإهمال في واجباته المهنية، وقد اقترح الفقيه الفرنسي "كورنبروبست Cornprobst" في هذا الصدد أن يكون الإقرار الذي يوقعه المريض أو أهله يتضمن العبارات التالية ": لقد بصرت على نحو كافي من قبل الدكتور (فلان) حول طبيعة التدخل الطبي الذي يجب أن يقوم به على شخصي، والعلاج الذي يتبع ذلك، أنا الموقع أدناه (فلان) أرفض بصراحة وبكل وضوح هذا التدخل الطبي، وأخلي من كل وجه الدكتور (فلان) من كل مسؤولية يمكن أن تتولد بهده المناسبة"[2].

[1] – د/علي حسين مجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 102 .

[2]– د/علي حسين مجيدة، المرجع نفسه، ص 103.

إلا أننا نتساءل عن الرفض الذي يعتد به، فهل رفض المريض في حالة الاستعجال أو الخطر يعتد به؟ وما حكم الرفض الذي يصدر عن الغير رغم توافر حالة الخطورة ؟

فالإشكال إذا لا يثور إذا لم نتواجد أمام الحالات الإستعجالية، وإن كان العكس، فإنه بتمعن من مدونة النصوص القانونية التي جاء بها مشرعنا، يتضح لنا من خلال نص المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب أن رأي العاجز البالغ يأخذ به قدر الإمكان، إن تمكن التعبير عنه، وذلك من خلال النص الآتي: " و يجب على الطبيب...في حالة الإستعجال...أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار إذا كان قادرا على إبداء رأيه " وكلمة رأي لا يقصد بها الموافقة فقط، لأن الرأي قد يكون رفضا أيضا، لذا فإن رفض الشخص الكامل الأهلية حتى ولو كان في حالة استعجال فإنه يحدث آثاره القانونية و بالتالي يعتد به، وهذا يؤدي بنا إلى فهم أن رأي القاصر لا ينظر إليه بل يأخذ برأي ممثله القانوني كما رأينا سابقا، غير أن مسألة الرفض عند توافر دواعي الاستعجال تختلف عنها في مال آخر إذا كانت الحالة لا ينتابها الخطر.

فإذا اتصل طبيب بأهل مريض قاصر يتواجد في حالة صعبة تستدعي التدخل الضروري وكان رأي هؤلاء هو رفض التدخل، فهل ينصاع الطبيب لهذا الموقف ويمتنع عن التدخل، أم يقدر وحده الموقف وينقذ هذا المريض؟

إن نص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب يقضي بأنه:"يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها".

جعلت هذه المادة من الأطباء حماة الأطفال، فإنه بالفعل القانون يعطي الصلاحية للأولياء أو للمثلين القانونيين بأن يتصرفوا في حقوق القصر الذين هم تحت مسؤولياتهم، إلا أنه من المنطق القول بأن رفضهم لعلاج من هم تحت مسؤولياتهم في حالة تواجد خطر يهدد بحياتهم أو بسلامتهم الجسدية فإن رفضهم هذا يصبح تعسفيا يمس بأمن وسلامة الغير الذين هم تحت حمايتهم، التي تفرض عليهم أساس واجب الرعاية و الأمان.

لذا فإن الطبيب يبقى وحده في هذه الأمور قاضيا يقدر ما إذا كانت مصلحة القاصر مهددة أم لا، فإذا تبين له أن الحالة تستدعي التدخل السريع والفوري، فواجبه المهني والأخلاقي يرغمه على إسعاف من هو في حاجة إليه.

و هناك واقعة مشهورة في هذا المقام أثارت ضجة كبيرة في فرنسا حيث في يوم من أيام السبت حمل أب ابنه حديث الولادة إلى إحدى المستشفيات، ففحصه الطبيب الموجود بالخدمة وهو نفسه الذي يروي الواقعة، فاكتشف أنه في حاجة إلى نقل دم سريع، ولحسن الحظ كل شيء كان مهيأ إلا أن الطبيب فوجئ بما لم يكن يتوقعه مطلقا وهو رفض والد الطفل عملية نقل الدم، وذلك لانتمائه إلى إحدى طوائف الديانة اليهودية التي تحرم ذلك، وعلى الرغم من جهود الطبيب في شرح الآثار الخطيرة على صحة الطفل وموته المؤكد وتوسلاته إلى أبيه إلا أن هذا الأخير أصر على رفضه، فوجد الطبيب نفسه في موقف جد صعب، فبقي التساؤل قائما عما إذا كان يمنح الطبيب الحق في أن يعترض بقوة رغبة والد الطفل من استرداده أو إنتزاعه من بين يديه لعلاجه ؟ فاعترف الفقهاء آنذاك بصعوبة المشكلة منهم الفقيه" كورنبروست Cornprobst "الذي رأى أن التدخل الطبي حتمي، تبرره حالة الضرورة وهو بمنأى عن كل نقد من قبل القضاء طالما أنه مبرر من جهة النظر العملية[1]، فالمريض إذا رفض العلاج، فإنه ليس للطبيب أن يرغمه على الخضوع له لكن لا يعني أنه يقف عند هذا الحد بل عليه أن يعيد تبصيره سواء هو أو من خول إعطاء الموافقة، ويعلمهم بعواقب رفضهم، أي ما قد ينتج أو يترتب من آثار وخيمة على صحة المريض أو على حياته وسلامة جسمه.

غير أنه يجب الإشارة إلى أن هناك حالات لا يعتدد فيها برفض المريض حتى ولو استوفى كافة الشروط فرفضه يتوقف أمام المصلحة الجماعية في تفادي انتشار العدوى، فحماية الشخص المتمثلة في معصومية جسده وإن كانت شخصية فإنه في أحوال كثيرة يمكن أن تعني المجتمع في المقام الأول، ففي حالة التطعيم الإجباري الذي يخضع له السكان قصد الوقاية من الأمراض العفنة والمعدية[2]، لا يعتد بصدده، برفض الأشخاص له، فالقانون هو الذي يجبرهم الخضوع للتدخل الطبي ، حماية للصحة الجماعية والوقاية من الأمراض في جميع المستويات، فلا يعتبر في هذه الحالات شرط الرضا ضروريا لإباحة العمل الطبي، شأنه في ذلك بالنسبة للرفض فإنه لا عبرة له حفاظا على المصلحة العامة التي تستهدف المحافظة على صحة الفرد والجماعة وتحسينها.

[1] – د/علي حسين مجيدة، إلتزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص106.

[2]– د/علي حسين مجيدة، نفس المرجع، ص 107.

2 – رغبة المريض في الموت: الطبيب الذي يدخل مع المريض في علاقة طبية، أيا كان مصدرها وأيا كانت طبيعتها، عليه واجب في أن يستمر في رعاية هذا المريض وعلاجه إلى أن يشفى وأن يصبح في غنى عن خدماته، أما إذا ضل المريض في حاجة للرعاية والعلاج فعلى الطبيب التزاما بمتابعته صحيا، وإن تعذر عليه ذلك لسبب أو لآخر فعليه أن يوفر له من يكفل له الرعاية اللازمة أو أن يلحقه إذا لزم الأمر بزميل له أكثر تخصصا بالنسبة لحالته ، ويكون ذلك أساسا، وفق رغبة المريض في الشفاء وبالتالي قبوله المتبصر للعلاج، إلا في الحالات الإستعجالية التي يلزم فيها التدخل الفوري للطبيب لإسعاف شخص في خطر، إذا تعذر عليه الاتصال بأهله، وقد رأينا أن المريض حر في قبول أو رفض العلاج كأصل غير أنه في بعض الحالات ونتيجة لبعض الأمراض المزمنة، قد تسوء حالة المريض الصحية وتصبح الآلام التي تنتابه لا تحتمل وبالتالي تنتقص رغبته في العيش والأمل في شفائه ينجلي، فتوجد لديه رغبة قوية في التخلص من الآلام التي تقهره، فيختار الموت طالبا إياه من طبيبه أو عائلته أو أحد المقربين إليه، فما موقف الطبيب حيال هذا الوضع وهل يجوز أخذ في الاعتبار رغبة المريض هذه وتخليصه من ما يعانيه باختيار الموت الهادئ له ؟ هذا مايسمى " بالأوتانازيا l'euthanasie "و بالأورتوتنازيا L'orthothanasie فكلاهما الغرض منه هو الموت الهادئ غير أن الأول الأوتانازيا Euthanasie active فهو القيام بتصرف يساعد على تقريب لحظة الموت، أي العمل على إراحة المريض من الآلام بقتله، أما الثاني الأورتوتنازيا Euthanasie Passive أو ما يسمى أيضا l'acharnement thérapeutique فهو عدم التصرف، أي الإمتناع عن مواصلة العلاج لمريض تأكد الطبيب أنه لاجدوى من تقديم العلاج له، محكوم عليه بالموت، يعتبر في الموضع الأخير من المرض[1].

وقد ظهر بهذا الصدد اتجاهان في الفقه الفرنسي، الأول ينادي بضرورة احترام موقف المريض إن هو طلب عدم إطالة حياته إن كان العلاج الذي يخضع له لا يجدي أي نفع، فيرى أنصار هذا الموقف انه من الضرورة مساعدة هؤلاء المرضى الذين خلت منهم الإرادة في العيش والبقاء، ويؤسسون موقفهم على أن دور الطبيب يكمن في علاج ما هو معالج وتخفيض الآلام وإذا لم يتمكن من أداء هذا الغرض فيعد تدخله لا مبرر له، وبالتالي ما ليس عليه إلا أن يقضي على آلام المريض بإراحته والعمل على تعجيل موته أو الامتناع عن إطالة حياته صناعيا، غير أن أصحاب هذا الاتجاه، يشترطون أن يكون المريض هو الذي يطلب الموت الهادئ، أي أنه يتخذ قراره وحده، دون غيره، أما الاتجاه الثاني، فإن أنصاره يرفضون أشد الرفض هذا المسلك حيث يرون أن الطبيب يؤدي يمينا عندما يقبل على ممارسة

[1] -G.LAZORTHES : L'homme, la médecine et le médecin, culture générale. édition MASSON 1993, p 197 et 198.

مهنته يقضي، بأنه سيعمل جاهدا لإفادة مرضاه بكل ما هو ضروري لحمايتهم وسلامة صحتهم وأنه لن يقوم بأي تصرف بإمكانه أن يضر بهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنهم يرون أن الحق في الحياة هو حق اجتماعي قبل أن يكون شخصي، فهذا الفعل يعتبرونه انتحار وهو أمر منبوذ والطبيب ملزم بأن يفعل كل ما في وسعه لمحاولة تهدئة ومساعدة من يريد الانتحار[1]، وعلى ذلك يجب اعتبار المريض المهدد بموت أكيد في مقام الشخص المتواجد في خطر، مما يتعين على الطبيب تقديم المساعدة له بقدر الإمكان، فيجب عليه إن استدعى الأمر ذلك تركيب له كل الأجهزة الضرورية متى وجدت فرصة لبقائه على قيد الحياة.

المطلب الثاني: خصوصية سلامة المريض في التصرفات الطبية

إذا كان مضمون الإلتزام بالسلامة بوجه عام وبصفة مبسطة يقضي بتحقيق نتيجة محلها سلامة الأشخاص من الأضرار، وإلزام المدين به بتعويض المضرور حالة إصابته بالضرر وبدون أن يكلف نفسه عبء إثبات الخطأ الذي نتج عنه الضرر.

وإذا كان كذلك إلتزام الطبيب كأصل عام هو إلتزام ببذل عناية ، نظرا لفكرة الإحتمال الطاغية على التدخل الطبي، حيث أن نتيجة الشفاء ليست بيد الطبيب ولا تحت سيطرته، بل هي بيد الله سبحانه وتعالى وحده، إلا أنه بفضل التطور العلمي في المجال الطبي والذي مس أساليبه ووسائله، أصبحت بعض الحالات في التدخل الطبي ذات نتائج مؤكدة.

ومن خلال كل ذلك يمكن القول بأنه " في كل حالة من حالات العقد الطبي تنتفي فيها أو تضعف فكرة الإحتمال، يعود الإلتزام بالسلامة إلى حجمه الطبيعي ليضفي حمايته وضمانه على المضرور جسديا بالنسبة لهذه الحالات فقط وليس الشفاء، لأنه بيد الله وحده" [2].

و بذلك فإن مضمون الالتزام بسلامة المريض في العمل الطبي يكمن في أن لا يعرض الطبيب أو المستشفى مريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة أو ما يناوله من أدوية وأن لا

[1] – محمـــد صبحي محمـــد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 122.

[2] – محمود التلثي، النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر ، 1988، ص 295.

يتسبب في نقل مرض أخر إليه بسبب العدوى، الناشئة عن عدم تعقيم الأدوات أو تلوث المكان، أو عن طريق نقل الدم أو سوائل أخرى [1].

وبالتالي فإن الإلتزام بضمان سلامة المريض هو إلتزام متعلق بالحق في السلامة الجسدية للمريض يوجب على الطبيب بأن لا يكون سببا في إلحاق المزيد من الأضرار بمريضه أثناء علاجه.

وتجدر الإشارة هنا إلى الفرق بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام بالسلامة، فإذا كان كلا الإلتزامان يلتقيان في كونهما لا يعنيان بالضرورة شفاء المريض، إلا أنهما يفترقان في هدفهما فالأول – الإلتزام بتحقيق نتيجة – يهدف إلى تحقيق النتيجة التي من أجلها كان التدخل الطبي أما الثاني – الإلتزام بالسلامة – فيهدف لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين، فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية، ونظرا لهذا التداخل الكبير بينهما إلى حد الصعوبة في التمييز بينهما ذهب الكثير من الباحثين إلى الإيتاء بمفهوم وسط ويطلق عليه البعض، Obligation de sécurité de resultat وهو الالتزام بسلامة النتيجة[2]، وكذلك مصطلح "الإلتزام بالطمأنينة والأمان".

والإلتزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة حيث يلزم الطبيب أو المستشفى ضمان سلامة المرضى في التدخلات الطبية التي لا علاقة لها بالتدخل العلاجي أو الجراحي مثل خدمات التغذية أو إعطاء الأمصال وغيرها من الخدمات الأخرى التي لا علاقة لها بالتدخل الطبي بمفهومه الضيق ولا تتضمن عنصر الإحتمال كتثبيت الطبيب الجراح مريضه على طاولة العمليات، وحسن سير التنظيم الإداري وتوفر مستلزمات السلامة العامة داخل المستشفيات[3]، فالطبيب مسؤول على سلامة جسم المريض من الأضرار التي قد تطاله مدة إقامته بالمستشفى، ما لم يثبت أن هاته الأضرار كانت من عوارض المرض الذي دخل المستشفى وهو مصاب به، أو أنه يرجع لحادث فجائي أو لقوة قاهرة.

[1] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ، المرجع السابق، ص 173.

[2] – مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص 102.

[3] – أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 226.

وتتحقق مسؤولية الطبيب المدنية على أساس إلتزامه بضمان سلامة المريض بمجرد حصول الضرر الناتج عن التدخل العلاجي أو الجراحي ولا سبيل لنفيها(المسؤولية) إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة [1].

ولم يكتف القضاء في توجهه لحماية المرضى وسلامتهم من الأضرار بالتشديد في مسؤولية الطبيب والمستشفيات عن طريق فرض مبدأ الإلتزام بالسلامة فحسب، بل تعداه إلى الأخذ بفكرة الخطأ المضمر، والذي يظهر من خلال إستنتاجه (القضاء) لخطأ الطبيب أو تقصيره من خلال وقوع الضرر، وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه [2]، ولم يتوقف القضاء عند الأخذ بفكرة الخطأ المضمر– المقدر– المفترض– بل تعداه إلى عدم إشتراط توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث رتب مسؤولية الطبيب بالرغم من عدم ثبوت العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي لحق مريضه، على أساس أن هذا الخطأ قد أضاع وفوت على المريض فرصة الحياة، أو فرصة الشفاء، أو بصفة عامة فرصة تجنب الضرر الذي لحقه .

وليس من المعقول والمقبول أن يتعاقد مريض مع طبيب من أجل علاجه من مرض ما ويخرج وهو محمل بإصابات وأمراض أخرى، نتيجة لإهمال طبي أو لخلل في التنظيم الإداري للمستشفى، ولذلك يقع على عاتق الطبيب والمستشفى إلتزام بضمان سلامة المريض محله تحقيق نتيجة تتمثل في أن لا يلحق بالمريض إصابات أو أضرار أخرى غير التي جاء للعلاج من أجلها .

إن مبدأ الإلتزام بضمان السلامة يقف إلى جانب المريض ويحمي سلامته الجسدية ويبعث في روحه الطمأنينة والأمان من مخاطر وأضرار العمل الطبي.

إلا أنه في المقابل زاد من عناء الأطباء وأثقل كاهلهم، ولكون أن الأطباء يقدمون خدمات جليلة للإنسان المريض حيث يقومون بعمل ملائكي في كثير من الأحيان، كما أنهم رجال فنيون يمسكون زمام العلم ووسائل التخفيف من عناء البشرية، وجب إعطاءهم نوعا من الحرية والأمان والطمأنينة ولا يتأتى هذا إلا عن طريق تطوير وتوسيع التأمينات الطبية وعلى رأسها التأمين الصحي

[1] – عبد الجليل مختاري، الطبيعة القانونية للإلتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 7، 2011، ص79.

[2] – مراد بن صغير، المرجع نفسه، ص 379.

والتأمين على الحوادث الطبية والعجز الذي تخلفه، وذلك بتوسيع وتطوير دائرة التأمينات لأصحاب المهن الحرة ومنهم الأطباء وجعلها إجبارية [1].

الفرع الأول: شروط وضوابط الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي

حتى يقوم مبدأ الإلتزام بضمان السلامة في العمل الطبي- على عاتق الطبيب- حسب رجال الفقه لا بد من توافر الشروط التالية:

أولا: أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا(طبيبا): ويرجع ذلك لما يحوز عليه هذا الشخص من خبرة ومعرفة بأصول وقواعد مهنته، وبذلك فإن المدين في العمل الطبي والذي يقع على عاتقه الإلتزام بالسلامة هو الطبيب والذي يستوجب عليه أن يكون عارفا بالأصول العلمية والخبرات الفنية لمهنة الطب وله دراية كافية بها، مما يمكنه من أدائها على أحسن وأتم وجه ، حتى يكون في موضع الثقة التي يوليها له عملاؤه [2].

ثانيا : وجود خطر يهدد السلامة الجسمية للمتعاقد طالب هذه الخدمة(المريض): إن الإلتزام بالسلامة يهدف إلى ضمان حماية الدائن من الأخطار التي تهدد سلامته الجسمية، فهذا النوع من الإلتزام لا يوجد إلا في العقود التي تشكل خطرا على سلامة أحد المتعاقدين، فالإلتزام بضمان السلامة مرتبط بوجود الخطر، وفي العقد الطبي يكون المريض هو المتعاقد الدائن الطالب لخدمة العلاج، وهذه الأخيرة(خدمة العلاج) تنطوي على أخطار كبيرة وخاصة بعدما تعددت أساليبها ودخلت الأجهزة والمعدات الطبية الحديثة مجال الخدمات الطبية.

ثالثا: أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الأخر: وهو أن يتجه أحد المتعاقدين إلى توكيل سلامته الجسدية للمتعاقد الأخر، وفي العمل الطبي يلجأ المريض إلى الطبيب موكلا إياه سلامته الجسمية وقت القيام بعملية العلاج، وليس المراد من ذلك أن يكون المتعاقد في حالة خضوع كلي، بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته الجسمية كما هو الحال بالنسبة للمريض الذي يعهد بسلامته أثناء العملية الجراحية للطبيب بل يراد منه أي نوع من الخضوع، سواء كان من الناحية الحركية أو الناحية الفنية أو الإقتصادية .

[1] – محمـــد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 196.

[2] – مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص381.

الفرع الثاني: مجالات الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي

يجد الإلتزام بالسلامة في التدخل الطبي مجاله في عدة أنشطة طبية، حيث يكون الطبيب فيها ملزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض، وفي الوقت نفسه يكون مسؤولا عن تعويض مريضه حالة تخلف النتيجة ولحاق الضرر به، وسنتطرق لهذه الأنشطة أو الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بسلامة المريض ونوردها على سبيل المثال لا الحصر، لأن مبدأ الالتزام بالسلامة في التدخلات الطبية يمس الأنشطة الطبية التي زالت عنها فكرة الاحتمال من جهة، والتي يكون فيها عنصر الخطر قائما من جهة أخرى، وبذلك يبقى التطور العلمي في المجال الطبي وحده بمرور الزمن كفيل بإزالة فكرة الإحتمال عن أنشطة طبية أخرى، وإظهار مخاطر لأنشطة طبية أخرى خاصة مع إستمرار تدخل الأجهزة والمعدات الطبية المتطورة مجال التدخلات الطبية، فالنشاط الطبي المبنية نتيجته على الإحتمال اليوم قد تصبح نتيجته مؤكدة غدا، كما أن النشاط الطبي الذي لا يشكل خطرا اليوم في ظروف ووضع معين، قد يصبح أكثر خطرا في وقت معين، وعليه فالإلتزام بضمان السلامة في التدخل الطبي يتوسع من نشاط طبي إلى أخر، يوم بعد يوم.

وسنورد الأنشطة والمجالات الطبية التي يطالها الإلتزام بضمان سلامة المريض حسب ما توصل اليه الفقه والقضاء على صرح تطورات العلوم الطبية في مايلي:

أولا : مجال الأدوية العلاجية وعمليات نقل الدم والسلامة من العدوى

أ – **مجال الأدوية العلاجية:** يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض من خلال الأدوية المقدمة أو الموصوفة له ومحلها تحقيق نتيجة تتحدد في أن يقدم الطبيب لمريضه دواء مناسب لمرضه وغير ضار بصحته. وفي حالة ما إذا لحق المريض ضررا نتيجة الدواء المقدم إليه أعتبر قد أخل بالتزامه بسلامة المريض وتقوم مسؤوليته ولا يستطيع دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي الخارج عن أرادته والذي لا يد له فيه.

ب – مجال عمليات نقل الدم: يلتزم الطبيب في عملية نقل الدم بضمان السلامة الشخصية لكل من المتبرع والمتلقي ومحله تحقيق نتيجة، مضمونها عدم إصابتهم بالضرر، وضمان السلامة الشخصية للمتبرع تتمثل في وجوب التأكد من قابلية جسمه لإنتزاع الدم منه دون أن يلحق ذلك ضررا بسلامة جسمه، أما المتلقي فضمان سلامته تكمن في أن لا يلحق به أذى أو علة أو مرض يسببها الدم الذي نقل له، وتعتبر الإصابة بالعدوى بأمراض يستحيل أو يصعب شفاؤها كمرض الإيدز أو فايروس الكبد

والملاريا والزهري والحمى المالطية منبع الخطورة في هذه العملية، وهو الأمر الذي يدعو إلى التشديد في عمليات فحص الدم قبل نقله[1]

ج – مجال السلامة من العدوى: يلتزم الطبيب بسلامة المريض من عدوى المستشفيات، سواء كان المستشفى خاص أو عام ومحل الإلتزام تحقيق نتيجة، تتحدد في أن لا ينتقل إلى المريض عدوى مرضية من المستشفى أثناء العلاج، وفي حالة إخلال المستشفى بإلتزامه تقوم مسؤوليته وليس له وسيلة لدفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي [2].

ثانيا: مجال إستعمال الاجهزة والأدوات الطبية والتركيبات الاصطناعية

أ – مجال إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية: يلتزم الطبيب بضمان سلامة النتيجة في إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية في علاج مريضه والتي تتحدد في سلامة صحة المريض من أضرارها، وإلتزام الطبيب بضمان سلامة المريض من الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة في العلاج يكون في ثلاثة صور:

فالصورة الأولى تتعلق بالأضرار الناتجة عن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة(غير المعيبة) في التدخل الطبي بمفهومه الضيق، ففي هذه الحالة يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض أو بسلامة النتيجة ومحلها عدم إلحاقه بالمريض أضرار إستثنائية ذات جسامة غير متوقعة ولا صلة لها بالمرض الذي يعالج منه، أي أن لايلحق به الطبيب مرض جديد.

والصورة الثانية تتعلق بالإصابات الناتجة عن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة في تنفيذ التدخل الطبي ذاته وبمفهومه الضيق ، ففي هذه الحالة كذلك يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض من كل الإصابات التي لا صلة لها بالعلاج وذات جسامة إستثنائية لم يتوقعها المريض ، ومحله تحقيق نتيجة تتحدد في أن لا يعرض مريضه للإصابات الناتجة عن إستعمالها تنفيذا للعمل الطبي ذاته.

أما إذا أستعمل الطبيب أجهزة وأدوات سليمة في التدخل الطبي بمفهومه الضيق، فقد ذهب الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر، إلى القول بأن التدخلات الطبية بالمعنى الدقيق هي ذات طابع

[1] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 176 و 177.

[2] – أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والمقارن، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2011، ص191 و192.

علمي فقد يستعين الطبيب بأجهزة وأدوات طبية وغالبا ما يفعل ذلك، وأن مسؤوليته عن هذه الأشياء تستعير طبيعتها من مسؤوليته الأصلية عن تدخله الطبي بالمعنى الدقيق، نظرا لأن عمل الطبيب يستغرق فعل أجهزته وأدواته الطبية، وبذلك يبقى مضمون إلتزام الطبيب بسلامة المريض والمنبثق عن هذه المسؤولية المزدوجة عن العمل الطبي، وعن الأجهزة والأدوات الطبية السليمة المستعملة فيه كالوجهين للعملة الواحدة، قيمتها بذل العناية بالمستوى المطلوب في المسؤولية الطبية، فلا تنعقد في هذه الحالة مسؤولية الطبيب بإخلاله بإلتزام ضمان السلامة، وكذلك الحال فيما إذا لحقت بالمريض إصابة نتيجة إستعمال جهاز أو آلة طبية سليمة فإن مضمون إلتزام الطبيب يبقى إلتزام ببذل عناية مما يقع على عاتق المريض عبء إثبات تقصير الطبيب.

أما الصورة الثالثة تتعلق بإلتزام الطبيب بضمان سلامة المريض من إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية المعيبة(غير السليمة)، وهي بدورها تحوي حالتين:

فالحالة الأولى تخص الأضرار الناتجة عنها (الأجهزة والأدوات الطبية المعيبة) والتي لا صلة لها بالمرض الذي يعالج منه المريض ، ولا بالتدخل الطبي بمفهومه الضيق ففي هذه الحالة يقع على عاتق الطبيب إلتزام ضمان سلامة المريض ومحله تحقيق نتيجة مضمونها إستعمال أجهزة وأدوات طبية سليمة لا تلحق ضرر بالمريض، ويبقى هذا الإلتزام قائما حتى ولو كان عيب الجهاز أو الآلة المستعملة عيبا خفيا في صنعها لا يمكن كشفه ، ولا يمكن للطبيب دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

أما الحالة الثانية فهي تخص الأضرار الناتجة عنها والمرتبطة بالتدخل الطبي فيقع على عاتق الطبيب إلتزام بضمان سلامة المريض محله تحقيق نتيجة تتحدد في إستعمال أدوات سليمة لا تلحق ضرر بالمريض كما هو الحال في الحالة الأولى، ولا يمكن للطبيب التذرع بأنه إستعملها في إطار عمله الطبي بالمعنى الدقيق، والذي يلتزم فيه ببذل عناية، وهذه الأخيرة تقوم في الأعمال الطبية على أساس غلبة عنصر الإحتمال.

وتكمن أخطار الأجهزة والأدوات الطبية في التدخل الطبي، في الإصابات الجسيمة التي تلحقها بجسم المريض كالحروق مثلا بسبب سوء إستعمالها أو لعطب فيها أو لعيب في تصنيعها، أو لوضعها وحفظها في مكان غير مناسب كأن تكون قريبة جدا من المريض يلامسها في أقل حركة، وكذلك في

العدوى التي قد تنقلها للمريض نتيجة لعدم تعقيمها، لذا يجب على الطبيب التأكد من سلامة الأجهزة والأدوات قبل إستعمالها وتعقيمها بعد كل إستعمال، وحفظها في مكان مناسب بعيدا عن مرضاه.

ب – مجال إستعمال التركيبات الإصطناعية: يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض في التركيبات الإصطناعية المقدمة لمريضه ومحلها تحقيق نتيجة تتحدد في أن لا تلحق هذه التركيبات أضرارا بالمريض نتيجة لعيب فيها أو لعدم ملاءمتها لجسم المريض[1]، وفي حالة ما إذا لم تتحقق هذه النتيجة ولحق ضرر بالمريض فالطبيب يكون مسؤولا على ذلك ما لم يثبت أن تخلف النتيجة والضرر الحاصل راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ومرد ذلك إلى أن عملية التركيبات الإصطناعية ليست عملا طبيا يخضع لفكرة الإحتمال بل هو نشاط ملحق بالعمل الطبي ومستقل عنه، ولا يقتصر على الأطباء وحدهم بل قد يكون من إختصاص صناع تعلموا هذه الصناعة وتخصصوا فيها، كما هو الشأن بالنسبة لصناع أطقم الأسنان الذين يزاولون هذا العمل بصفة علنية وعلى مرأى من جميع السلطات، كما هي كثيرة المؤسسات التي تخصصت في صناعة الأعضاء الصناعية ، وليست لها صفة العيادة الطبية[2]، وصناعة الأعضاء تنتفي فيها فكرة الإحتمال فإذا قام طبيب بصناعة عضو أو بتركيبه يلتزم بضمان سلامته من العيوب من جهة وبأن لا يلحق بالمريض المركب أو المقدم إليه ضرر من جهة أخرى.

وفي الأخير يمكن القول أن القضاء قد وفق إلى حد بعيد في تحقيق الحماية والسلامة الجسدية للأشخاص عامة وللمرضى خاصة بفضل إقراره فكرة الالتزام بضمان السلامة في التدخلات الطبية، وتحديد مجالاتها تماشيا والتطورات العلمية في المجال الطبي، ولم يكن هذا شأن القضاء العادي وحده، فنظيره الإداري هو الأخر سعى من أجل حماية المرضى، وضمان سلامتهم من أضرار النشاط المرفقي الطبي، واهتدى في سبيل تحقيق ذلك إلى المسؤولية بدون خطأ، والخطأ المضمر وصولا إلى فكرة المخاطر.

وظهر ذلك جليا عندما أخذ بداية بالمسؤولية بدون خطأ في النشاط الطبي، وذلك فيما يخص إستخدام العلاجات الجديدة غير معلومة نتائجها الخطرة، إلا أنه واجه صعوبة في تحديد الأساليب

[1] – إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص56.

[2] – محمـــد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ،المرجع السابق، ص 190.

الجديدة وتلك القديمة مما اضطره إلى إعادة النظر في ذلك حيث توصل إلى إقامة المسؤولية بدون خطأ على إستعمال أي علاج طبي معلوم نتائجه الخطرة، سواء كان العلاج تقليدي أو غير تقليدي، قديما أو جديدا، مادام يتسم بالخطورة.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية في حالة التعدي على جسم المريض

تتطلب ممارسة الأعمال الطبية و الجراحة المساس بسلامة جسم الإنسان و لما كان المشرع يجرم هذا المساس بالجسم فإن الأعمال الطبية تتطابق مع ذلك ورغم هذا لا يعاقب الطبيب إذا أضطر وهو يزاول مهنته إلى التعرض لأجسام المرضي بالإيذاء، ولايعتد بحسن نيته وإنتفاء القصد الجنائي لأنه يعلم أن فعله من شأنه المساس بجسم المريض ولا يستند على رضا المريض لأن القانون لا يعتد برضاء المجني عليه في جرائم الإعتداء على الجسم أو الحياة، فلا يقبل من الجاني أن يدفع بأنه إرتكب الفعل تلبية لطلب المصاب أو القتيل و لكن السند في كل ذلك هو إباحة الأعمال الطبية التي يباشرها علي جسم المريض فهي ليست من قبيل الإعتداء علي الجسم الأمر الذي جعل الإجتهاد القضائي يعتبرها مبررة بسبب حالة الضرورة .

المطلب الأول: الحماية الجنائية لجسم المريض في حالة نقل وزرع الأعضاء والأنسجة وفي حالة القتل الطبي

وهنا نشير أولا إلى الحماية التي يكفلها القانون لجسم المريض في حالة نقل وزرع الأعضاء والإتجار بها وفقا لما جاء به تعديل قانون العقوبات لسنة 2009 بخصوص هذا الموضوع وبعدها نثني على القتل الطبي بإعتباره إعتداء على سلامة جسم المريض وإنهاء لحياته.

الفرع الأول: نقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية وعملية التجميل

نظرا للطبيعة الخاصة التي تتميز بها بعض الأعمال الطبية، فإن الرضا فيها يكون أكثر لزوما التأكيد عليه، وذلك باتخاذ شكلا معينا، فلم يكتفي المشرع الجزائري من التزام الطبيب الحصول على الرضا المتبصر من المريض حيال أي عمل طبي، بل زاد في تشديده والتأكيد عليه إذا تعلق الأمر بحالات مرضية معقدة مثل حالة نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية، ونحن نعلم أنه نظرا للتقدم العلمي فإنه أصبحت هناك أعمال أخرى كثيرة ينتابها الطابع الاحتمالي لتعقيدها وخطورتها، غير أن المشرع الجزائري لم يتناولها ومنها مثلا جراحة التجميل، فلطبيعتها الخاصة كان يجب تشديد بصددها واجب

التبصير والرضا وعليه سنتناول الرضا في مجال زراعة الأعضاء والأنسجة وفق ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها ثم نحاول عرض مسألة الرضا في جراحة التجميل.

أولا: في مجال نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم وأعظم الانتصارات الطبية في الوقت الحاضر وذلك لأنها تعد الوسيلة الوحيدة لإنقاذ آلاف المرضى من الموت المحقق أو تخليصهم من آلامهم[1].

وقد تناول هذه المسألة قانون 05/85 المعدل و المتمم المتعلق بالحماية الصحية وترقيتها من خلال مواده من 161 إلى 168.

ففي المادة 161 الفقرة الأولى اعتبر قصد العلاج هو غاية الاستئصال وفي الفقرة الثانية استبعد المقابل المالي في عمليات نقل وزرع الأعضاء، كما تناول في المادتين 162 و166 الشروط الواجب توافرها في كل من المتنازل و المتلقي من بينها شرط التبصير و الرضا.

وفي المادة 163 استبعد القصر ومن في حكمهم من عملية انتزاع الأعضاء وتعرض لعمليات انتزاع الأعضاء من جثث الموتى في المادتين 164 و165من القانون رقم 17/90 المعدل للقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2]، أما في المادة 167 فقد اشترط المشرع أن تجرى هذه العمليات داخل المستشفيات المرخص لها قانونا من قبل وزير الصحة العمومية وقبل صدور هذا القانون كانت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس العلمي الأعلى قد أصدرت فتوى بتاريخ 20 أفريل 1978 تجيز عمليات نقل الدم ونقل الأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو من الموتى.

ومسألة الرضا في صدد نقل وزرع الأعضاء ذات شقين، الأول منها يتمثل في رضا المتنازل أو المتبرع بالعضو أو النسيج البشري و الثاني يتمثل في رضا المريض المتلقي له، لذا كان لزاما تناول كل حالة على حدى كالآتي:

---

[1] – أ/ نصر الدين مروك، نقل القرينة في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، الجزء 26 لسنة 1998، العدد رقم 03، الجزائر، ص75.

[2] – مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص296 وما يليها.

1- رضا المتنازل عن العضو أو النسيج البشري: إن الحصول على الموافقة المتبصرة من المتنازل أمر حتمي وضروري وفي حالة موافقته على عملية الاستئصال عليه أن يقبل صراحة تحمله المخاطر و الأضرار التي يمكن أن تنتج عن هذه العملية بعد أن يكون قد علم بها مسبقا و تفصيلا.

والرضا الصادر عن المريض كما رأينا سابقا في الحالات العادية لا يشترط فيه شكلا معينا يفرغ فيه، فقد يصدر ضمنيا أو قد يصدر بالقول أو بالكتابة وليس للكتابة أيضا قالب معين يفرغ فيه لكن الأمر يختلف في مجال التصرفات الطبية الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء، فالمشرع الجزائري في نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها بعد أن أكد على عدم جواز انتزاع أنسجة أو أعضاء بشرية من أشخاص أحياء، تعرض هذه العملية حياتهم للخطر، تناول صورة التعبير عن الإدارة في هذا المجال بنصه:"... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة...".

فمن خلال هذا النص نلاحظ أنه نظرا لخطورة هذا المسلك الذي سيقدم عليه المشرع باستئصال عضو منه جعل المشرع الجزائري الرضا يأخذ شكلا معينا فيه ضمانات خاصة، فاشترط أن يكون الرضا كتابيا دون تحديد لنوع الكتابة، واشترط أيضا حضور شاهدين عند تحرير الموافقة الكتابية وأضاف أخيرا أنه يجب أن تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة[1]، دون أن يحدد إن كانت هناك نسختان تودع لدى كل واحد منهما نسخة، أم أن النسخة الواحدة تودع لدى أي منهما بشرط أن يعلم بها، هما الإثنان.

ولعل المشرع عند اشتراطه أن يتم الرضا في هذه الحالة كما هو مبين جعل في ذلك ضمانة للمتبرع توفر له مزيدا من الحماية، تجعله يتروى ويحترس قبل أن يعبر عن إرادته بالرفض أو القبول، وإذا أراد العدول عن رضائه كان له ذلك[2]، في أي وقت شاء دون أي قيد أو شرط، لأنه متى أحس بأنه لا يستطيع أن يوفي بوعده جاز له أن يعدل عنه ولا حرج عليه في ذلك .

[1] - مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 61.

[2] - أنظر الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

و حتى يعتد بالرضا الصادر عن المتبرع، ويعتبر رضا صحيحا يجب أن تتوفر فيه الشروط الأخرى علاوة على شرط الكتابة و الشهادة و الإيداع، حيث أنه يجب التبصير، وصدور الرضا الحر بدون مقابل من متنازل يتمتع بالأهلية الكاملة.

أ- تبصير المتنازل: لابد من تبصير المتنازل تبصيرا كاملا وشاملا بجميع المخاطر الجراحية المترتبة عن عملية الاستئصال الحالية منها و المستقبلية، و قد أشارت إلى ذلك المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بعبارتها: ".. لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع... ".

ب- أن يكون الرضا حرا: يجب أن يكون المتنازل متمتعا بكامل قواه العقلية و النفسية وقادر على تكوين الرأي الصحيح لديه ذا إرادة مطلقة، حرة لا يخضع لأي ضغط أو إكراه أو قيد، فكل إكراه أو ضغط مادي كان أو معنوي يخضع له المتنازل يجعل رضائه معيبا، لا يعتد به[1].

ج- أن يكون الرضا بدون مقابل: لا يمكن أن يكون جسم الإنسان محلا للمعاملات التجارية، وهذا ما أكده نص المادة 116 في فقرته الثانية، لذا نجد أنه ينعت على المتنازل بالمتبرع، وهو من لا ينتظر شيئا أو مقابل عندما يسلم شيئا.

فأخلاقيات الطب أيضا بدورها، تستبعد المقابل المالي أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي، فهي تمنع كل عمل من شانه أن يوفر لمريض ما امتيازا ماديا أو أي حسم مالي كان أو عيني أو أي عمولة تقدم لأي شخص كان للتعامل في جسده[2] .

د- يجب أن يكون المتنازل كامل الأهلية: رأينا سابقا أن المشرع الجزائري في قانون الصحة لم يحدد سن الرشد، وأمام هذا الفراغ القانوني حاولنا تقديم تحليلا قانونيا اعتبرنا فيه الحق في العلاج هو من الحقوق المدنية التي يتمتع بها الشخص ولمباشرتها فإنه يجب أن يتمتع بسن الرشد المدني وهو تسعة عشرة سنة كاملة[3].

---

[1] -HAKEM et HANOUZ Actes nécrosiques : la condition du consentement . Revue : Maghreb Médicale n° 175 du01/02/1988. p25.

[2] - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص153.

[3] - راجع المادة 40 من القانون المدني.

فكمال الأهلية هو أمر ضروري لاسيما أن التصرفات الواردة على جسم الإنسان والخاصة بالتنازل عن عضو من أعضائه تعتبر من أهم التصرفات على الإطلاق التي يقدم عليها الشخص ويجب معرفة أن المتنازل عن العضو أو النسيج قد يكون حيا أو ميتا.

✓ أهلية المتنازل الحي: لا يجوز في أي حال من الأحوال أن ينوب عن الشخص المتنازل أيا كان في الموافقة على التبرع بعضو من أعضائه، فيجب أن يكون كامل الأهلية القانونية والفعلية، من حيث السن و من حيث الملكات العقلية والنفسية والبدنية، حيث يمنع انتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع أيضا الانتزاع من الأشخاص المصابين بأمراض يمكن أن تضر بصحتهم أو بصحة المستقبل للعضو.

✓ أهلية المتنازل الميت: لا يمكن انتزاع أي عضو من شخص ميت إلا بعد التأكد والإثبات الطبي والشرعي للوفاة، وتتم عملية الانتزاع بناءا على الموافقة الكتابية للشخص لما كان على قيد الحياة، أو بناءا على موافقة أحد أعضاء أسرته البالغين سن الرشد، كما يحددهم نص المادة 164 في الفقرة الثانية وهم الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، وعند غيابهم يطلب إذن الولي الشرعي، إلا أنه إذا سبق وأن رفض الشخص كتابيا وهو على قيد الحياة، التنازل عن عضو من أعضائه أو نسيجا من أنسجته فإنه يمنع أي انتزاع بعد، وفاته، لكن استثناء يمكن انتزاع القرنية أو الكلية بدون موافقة الأهل أو الممثل القانوني إذا تعذر الاتصال بهم في الوقت المناسب وكان التأخير يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع.

هذا عن الصور الأولى للرضا في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، المتمثلة في رضا المتنازل عن العضو أو النسيج البشري، فماذا عن رضا المتلقي ؟

2 – رضا المتلقي للعضو أو النسيج البشري: إن دراسة رضا المتلقي لا تقل أهمية عن رضا المتنازل، فلا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض لاسيما في العمليات الطبية التي تتميز بالمخاطر، فالحصول على رضا المتلقي أمر ضروري لإمكانية القيام بالعمل الجراحي وزرع العضو في جسمه، فالمادة 166 من قانون حماية الصحة تقضي بأنه: " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين"، يتضح إذا أن المشرع الجزائري لم يسوي بين المتنازل و المتلقي في مجال الرضا فاشترط أن يوافق المتلقي

بإرادته الحرة بعد التأكد من أن هذه العملية هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه، واشترط حضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية مع شاهدين اثنين لكنه لم يشترط الكتابة كما اشترطها بالنسبة للمتنازل.

ورضا المريض المتلقي يجب أن يكون متبصرا بكافة المخاطر المحتملة لهذه العملية احتراما لمبدأ معصومية الجسد ولحق الإنسان في أن يكون سيد نفسه.

ورضا المتلقي بعملية زرع العضو له لا يعد صحيحا إلا إذا صدر عنه وهو قادر على التعبير عن إرادته، فيستلزم فيه توافر الأهلية القانونية الكاملة كمبدأ، حيث يجب أن يكون بالغا سن الرشد القانونية وفى كامل قواه العقلية يدرك ويعي ما يسمعه وما يقوله حتى يحدث رضائه آثاره القانونية ويجعل المساس بجسده مشروعا.

إلا إنه استثناء يمكن أن يكون المريض في حالة لا يستطيع فيها أن يعرب عن إرادته، تمكن للغير أن ينوب عنه في الموافقة بعملية زرع العضو حسب الحالة.

1 – الحالة الأولى: فالفقرة الثانية من المادة 166 ذكر فيها المشرع الجزائري الحالة الأولى التي سماها بحالة المستقبل غير القادر على التعبير عن رضا، أعطى الصلاحية هنا إلى الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت[1]، هم الذين بإمكانهم الموافقة كتابيا عن زرع العضو للمريض بدلا عنه، إلا أن ذكر عدم المقدرة على التعبير عن الرضا هي حالة جد مبهمة فلم تحدد الحالة جيدا وأسبابها فهل يا ترى عدم المقدرة يكون لعدم الوعي أو عدم التمييز أو عدم المقدرة على الكلام أو الحركة أو أن الحالة النفسية و البسيكولوجية للمريض متأزمة فأصبح الأمر موضوعيا، يترك للطبيب سلطة تقديرية في ذلك خاصة و أنه يمنع عليه أن يقوم بأي عمل يمكن أن يعرض المريض للخطر خلال فحوصه الطبية أو علاجه.

2– الحالة الثانية: أما الفقرة الثالثة من المادة 166 فإنها ذكرت حالة فاقدي الأهلية القانونية، وقد رأينا سابقا حالة فقدان الأهلية التي تكون إما لصغر في السن، مادون السادسة عشرة سنة وهي

[1] – حسب ترتيب المادة 164 التي تنص على: " ... إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفي اسرة...".

سن التمييز، أو لسبب الاختلال العقلي التام وهو الجنون، فقد أجاز المشرع أن يعطي الموافقة لهؤلاء الأب أو الأم أو الولي الشرعي .

3- الحالة الثالثة: ثم نجد الفقرة الرابعة من نفس المادة تذكر حالة القصر حيث يجب أن يعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن لم يوجد فللولي الشرعي، والقاصر كما نعلم يكون إما فاقد الأهلية أو ناقصها.

كما سبق وأن ذكر المشرع في فقرة سابقة حالة فاقدي الأهلية القانونية فإنه ربما يقصد في هذا المآل نقص الأهلية، وذلك لمن بلغ سن التمييز و لم يبلغ بعد سن الرشد، أو من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها.

4- الحالة الرابعة: يضيف المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 166 حالة أخرى أين يجيز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون موافقة المريض أو من ينوب عنه إذا استدعت ذلك ظروف الاستعجال و لم يتمكن الطبيب الاتصال بالأسرة أو بالممثل الشرعي لملتقي العضو أو النسيج الذي يكون في وضع لا تسعه أن يعبر عن إرادته، لكن يشترط أن تكون الحالة لا تحتمل الانتظار وأي تأخير يؤدي بحياة المستقبل، ويشترط أيضا أن يؤكد ذلك الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين.

يجب الإشارة إلى أن الكتابة بالنسبة لرضا المتلقي قد اشترطها المشرع الجزائري للرضا الصادر عن الغير الممثل القانوني أو الأهل أي من ينوب عن المريض في الرضا، و لم يشترطها في رضا هذا الأخير بل اكتفى بذكر في نص المادة 166:" ... يعرب عن رضاء بحضور الطبيب".

ثانيا: في مجال جراحة التجميل

لم يتناول قانون حماية الصحة وترقيتها هذا الميدان الذي يبدو فيه الكثير من الحساسية و التعقيد، والذي أصبح منتشرا في الآونة الأخيرة حيث لم تكن عمليات التجميل منتشرة بكثير في العصور السابقة لعدم وجود أطباء متخصصين لهذا النوع من الجراحة والتطبيب، لكنها اليوم انتشرت بكثرة في جميع أنحاء العالم، وزاد الاهتمام بها والإقبال عليها بشكل ملحوظ مما أدى إلى ازدياد الأطباء المتخصصين بإجرائها، وأصبحت عمليات التجميل من بين العمليات الجراحية و الأعمال الطبية المرخص بها قانونا.

إلا أن هذه العمليات تختلف عن العمليات الجراحية الأخرى بأنها لا ترمي إلى العلاج من مرض أو بحفظ الصحة البدنية من علة تهدد سلامة الجسم بل هي علاج نفسي لشخص يعاني تشويها أو عاهة

خلقية، لذلك فإن واجب التبصير و الحصول على الرضا المستنير يكون أكثر لزوما أين يصبح التدخل الجراحي لا يهدف إلا إلى تقويم بعض العيوب، فقد اتخذ القضاء في بداية الأمر موقفا عدائيا من جراحة التجميل، اعتبر أن مجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل الشخص يعد خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج، حتى لو أجرى ذلك طبقا لقواعد العلم و الفن الصحيحين، إذ ليس هناك ما يبرر إجراء جراحة تنطوي على قدر من الخطورة لمجرد إصلاح شكل الإنسان دون أن تكون هناك ضرورة تستدعي شفاءه من مرض أو فائدة تعود على صحته، ولكن التقدم العلمي وتطور الفكر الإنساني ورغبة الإنسان الدائمة في البحث عن الأفضل حذا بالقضاء إلى تغيير موقفه وإخضاع جراحة التجميل لنفس المبادئ العامة للمسؤولية الطبية، إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة لجراحة التجميل فإنه قد شدد بصدد المسؤولية في هذا الشأن[1].

فجراحة التجميل لا تمارس من حيث المبدأ لأهداف علاجية ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة وراءها من الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها، هذا بالإضافة إلى أنها تجري في ظروف متأنية فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات، ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التبصير مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه وتبينه لجوانب العملية المرجوة.

نظرا لأن الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإنه على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل و لم يتم تحذير المريض منها، فعلى الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته، إن فكرة المخاطر الاحتمالية، قائمة في كافة أنواع التدخل الطبي خاصة التدخل الجراحي، إلا أنها إن كانت مبررة في الجراحة العادية حيث تقتضيها الضرورة الصحية للمريض، فهي لا تجد ما يبررها في جراحة التجميل، ومن ثم ينبغي على الطبيب أن يكون واثقا من تدخله ودقة عمليته ومدى النتائج الموقعة منها بحيث يجب أن يكون هناك قدر من التناسب بين الغاية المرجوة و المخاطر المحتملة من وراء الجراحة[2] ، فهو لا ينبغي عليه مطلقا إجراء جراحة تجميلية تحمل في جوانبها مجرد وجود خطر على حياة الشخص أو ترك تشوهات تتجاوز العيب المبدئي المراد إصلاحه، فإذا وصلنا سابقا إلى أن الطبيب لا يلتزم كقاعدة عامة بإعلام المريض بالأخطار التي تعتبر جد نادرة الحدوث إلا انه بصدد

[1] – د/محمـــد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص73.

[2] -M. AKIDA la responsabilité des médecins du chef d'homicides et de blessures par imprudence . L.G.D.J 1994 p45.

جراحة التجميل ينبغي عليه أن يوجه نظر المريض إلى كافة المخاطر سواء كانت هامة أو ثانوية أو نادرة الحدوث، فإن كان التزام الطبيب بتبصير المريض و الحصول على رضائه عاما بصدد كل أنواع العلاج أو الجراحة، إلا أنه يبدو أكثر شدة بالنسبة لجراحة التجميل، فيشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص وأن يستخدم طريقة علاجية متفق عليها ليست محلا للتجريب.

فالمشرع الجزائري اكتفى بذكر المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب التي تقضي بأنه يجب أن يمتنع الطبيب عن تعريض مريضه لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه، فيفهم منه انه يجب أن يمتنع عن إجراء عملية تجميل إذا كانت هذه الجراحة ستعرض صاحبها إلى الخطر.

يستخلص إذا أن جراحة التجميل من بين الأعمال الطبية التي تتميز بالتعقيد والخطورة نظرا لطبيعتها الخاصة، إذ يكون الهدف منها ليس علاجي بل تجميلي، لذا يجب أن يقوم الطبيب بتبصير المريض تبصيرا كاملا وشاملا لكل ما هو متوقع حدوثه حتى الأمور النادرة الحدوث، وعليه أن يتلقى الرضا الصريح والواضح والحر من المريض، و حسب قواعد الإثبات فإنه على المريض إثبات أنه لم يتم إعلامه بأبعاد العملية ومخاطرها، وإذا كان ذلك صعبا في مجالات الطب الأخرى، إلا أنه في هذا الصدد نظرا لكون أن الطبيب عليه أن يمتنع من إجراء العملية حتى ولو رضي بها المعني إذا رأى أن نسبة المخاطر تفوق النتائج المرجوة من العملية، فالقضاء يميل في الغالب إلى الأخذ بمسؤولية الطبيب وافتراض أنه قد وعد المريض بنتائج طبية حتى يبرر تدخله، لذلك كان من المستحسن أن يحتاط الطبيب في مثل هذه الحالة بأن يحصل على رضا المريض وإقراره كتابة بما ألمه بكافة المخاطر التي يصر بها من قبل طبيبه.

فكلما كانت التصرفات الطبية مركبة وصعبة أو كانت الحالة المرضية معقدة، استوجب الأمر أن يحتاط الطبيب مراعاة لسلامة جسم الإنسان واحتراما لمعصوميته، وحفاظا لأمانته العلمية وتفاديا لوقوعه تحت هول المسؤولية الطبية، يزداد التزامه بتبصير المريض والحصول على رضائه درجة وتأكيدا، فالمرضى حقيقة ليسوا جميعا على قدم المساواة في مستواهم الثقافي، خاصة و أن الثقافة الطبية من طبيعة خاصة لا تتوافر للجميع، إلا أنه رغم ذلك فعلى الطبيب أن يسعى جاهدا لإيصال المعلومات الضرورية لمرضاه حتى يتوعوا عن حالتهم وعن العلاج المناسب لها حتى يكون رضاءهم حرا متبصرا وواعيا .

وتجدر الإشارة إلى إن جسم الإنسان هو الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل الحق، فسلامة الجسم من الحقوق الشخصية التي يصوغها المجتمع لكل فرد من أفراده، لذلك يقرر المشرع الحماية الجنائية لحق الإنسان في سلامة جسمه.

استقر الفقه والقضاء على جواز نقل الأنسجة والأعضاء البشرية من إنسان حي إلى إنسان آخر ضمن الشروط التالية[1]:

– ألا يقع النقل على أعضاء يحظر نقلها وهي الأعضاء المنفردة في جسم الإنسان مثل القلب والكبد والبنكرياس ولو برضاه وذلك بهدف حماية الإنسان.

– أن يقع النقل على الأعضاء المزدوجة في الجسم[2]، أو الأنسجة أو الألياف المتجددة تلقائيا مثل الدم، وذلك بعد تحقيق الشروط الأخرى المرتبطة بالقوانين الخاصة بنقل الأعضاء والأنسجة.

ونذكر على سبيل المثال فيما يخص نقل الدم قضية الطبيب الفلسطيني والممرضات البلغاريات في ليبيا، حيث حقنوا عمدا 438 طفلا بفيروس نقص المناعة المكتسبة، لكن المتهمين دفعوا ببراءتهم، واستدلوا بشهادة خبراء صحة دوليين أرجعوا العدوى إلى قلة النظافة في المستشفى، وأكدوا وقوعها قبل وصولهم إلى ليبيا أصلا، هذا بعد أن حكم عليهم في بداية الأمر بالإعدام، ولكن المجلس القضائي الليبي الأعلى أقر بعد ذلك بتخفيف حكم الإعدام إلى السجن المؤبد ،بعد قبول أهالي الأطفال الضحايا مبدأ التعويض.

يتسع نطاق المساءلة الجنائية للطبيب في حالة نقل الأعضاء والأنسجة من الأحياء إذا قورنت بالنقل من الأموات، حيث تختلف الجرائم التي يسأل عنها الطبيب في حالة النقل من الأموات، فيتصور أن يسأل عن جريمة قتل أو إحداث عاهة مستديمة أو مجرد إيذاء بدني بسيط " جرح" في حين لا وجود لهذه الجرائم في حالة النقل من الأموات، وإنما يتصور أن يسأل في هذه الحالة عن جريمة انتهاك حرمة الموتى أو تدنيس الجثة، أو تشويهها كما يسأل عن جريمة القتل غير العمدي في حالة قيامه باستئصال عضو من إنسان حي معتقدا وفاته نتيجة لتشخيص خاطئ بوفاته[3].

إذ تنص المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها[4]، على أنه " يمنع القيام بانتزاع أنسجة أو أعضاء بهدف الزرع إذا عبر الشخص قبل وفاته كتابيا، عن عدم موافقته على ذلك أو إذا كان الانتزاع يعيق عملية التشريح الطبي الشرعي،كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة

[1]– د/ منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2004، ص 108.

[2]– د/طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2001، ص 250.

[3]– د/محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، طبعة 2001، الرياض، ص 285.

[4]– المادة 165 من القانون رقم 17/90 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المشار إليه سابقا.

المتبرع، ولا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الترع".

وعليه فإن إباحة هذه العملية تكون إما نتيجة حالة الضرورة التي يكون فيها الشخص أمام خطر وشيك الوقوع، ولا سبيل في تفاديه إلا بارتكاب فعل محضور مخالف لقانون العقوبات ، أو إذا كانت المصلحة الإجتماعية تستدعي ذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن الجرائم الطبية متعددة ولا يمكن حصرها وذلك بسبب التطور العلمي في المجال الطبي، مما فتح المجال للأطباء إلى اعتبار جسم الإنسان بمثابة آلة يمكن تفكيكها في أي وقت وجعلها سلعة مقومة بالمال يمكن تداولها[1] في غياب الحماية القانونية للجسم البشري من التدخلات الطبية المختلفة وانتهاك حقوق الإنسان.

ثالثا: المسؤولية الجزائية الناتجة عن انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية:

لم يتناول المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 واستحداثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية تعريف هذه الجريمة، وإنما اكتفى بمعاقبة الشخص الذي يتحصل على هذه الأعضاء، مقابل مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وكذا معاقبته إذا تم هذا الانتزاع بدون الموافقة المتطلبة لذلك سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات.

وبالرجوع إلى المواد التي تناولت جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية وهي المواد 303 مكرر 16و 303مكرر 17 و 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 من قانون العقوبات فإننا سنحاول إعطاء تعريف موجز لهذه الجريمة بحيث يمكن تعريفها بما يلي:" كل فعل يكون الغرض منه الحصول على أعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية أو أي مادة من جسم إنسان حيا كان أو ميتا يتم مقابل منفعة أيا كانت طبيعتها سواء مالية أو غيرها، وبدون احترام الرضا المتبصر لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع" .

سنحاول التطرق إلى المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية قبل وبعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009.

[1]- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص152.

01- المسؤولية الجزائية قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 : ما تجب الإشارة إليه بداءة هو أنه قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2009 لم تكن هناك نصوص جزائية خاصة تجرم الحصول على الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية بطرق غير مشروعة، وإنما كانت هناك فقط نصوص جزائية منصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، وهي نصوص خاصة بسلك الأطباء فقط تجرم انتزاع الأعضاء البشرية دون احترام الضوابط الخاصة بذلك، حيث تحيل هذه النصوص الجزائية إلى تطبيق مواد قانون العقوبات المتعلقة بحماية حياة الأفراد وذلك طبقا للمادتين288 و289 من قانون العقوبات.

وطبقا للأحكام العامة يعتبر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض خطأ مهنيا يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية والمدنية على السواء[1]، وإذا كان إثبات خطأ الطبيب والضرر الناتج عنه في الممارسات الطبية العادية يطرح صعوبات بالنسبة للمريض فإن إثباتها في عمليات نقل الأعضاء أكثر يسرا بحكم أن الحصول على موافقة المريض المستقبل أو المتبرع بالعضو تتم وفقا لشكلية معينة، وبالتالي من السهل التأكد من مدى احترام الطبيب لهذه الضوابط بشأن الحصول على هذه الموافقة،كما أن الضرر الذي يلحق المتبرع من جراء انتزاع العضو بدون موافقته يعتبر ضررا محققا يفضي إلى عاهة مستديمة إن لم يؤدي إلى الوفاة[2] .

وصورة الخطأ في هذه الحالة عدم مراعاة الطبيب للأنظمة المعمول بها والمتمثلة في وجوب حصوله على الرضا المتبصر وفقا للضوابط المحددة في قانون حماية الصحة وترقيتها سواء بالنسبة للمريض مستقبل العضو أو الشخص المتبرع به.

فإذا حدثت الوفاة إثر انتزاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة لدى الشخص بدون موافقته الصريحة وضمن الشروط التي حددها القانون، يتابع الطبيب على أساس القتل الخطأ طبقا لنص المادة 288 ق ع، ولكن إذا التزم الطبيب في مثل هذه الحالة بجميع الأصول والضوابط المتطلبة في إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته عن النتيجة ولو كانت وفاة المتبرع.

أما إذا قام الطبيب باقتطاع عضو يترتب عليه وفاة الشخص المنقول منه، مع علمه بذلك، كاقتطاع القلب مثلا لأجل زرعه لآخر، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب عن جريمة قتل عمدية سواء تم

[1] – مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 168.

[2] – طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، المرجع السابق، ص 245.

الاقتطاع بموافقته أو بدون موافقة المتبرع، ولا يمكن الاحتجاج بالغرض العلاجي من هذا الاقتطاع بالنسبة للمستقبل.

أما إذا حدث للشخص عجز مستديم من جراء اقتطاع العضو بدون موافقته فمن الصعب تطبيق المادة 289 قانون العقوبات لأن اقتطاع العضو يؤدي بطبيعته إلى ضرر جسيم مهما كانت الاحتياطات التي يتخذها الطبيب أثناء تدخله، في حين حددت المادة 289 قانون العقوبات صورتين فقط للجرح الخطأ وهما الرعونة وعدم الاحتياط، وبالتالي لا مجال لتطبيق هذه المادة لأن الضرر يتحقق بمجرد استئصال العضو ولا يرجى من ذلك الاقتطاع أي غرض علاجي بالنسبة للمنقول منه، ولا يمكن إثبات الخطأ في هذه الحالة بالاستناد إلى الرعونة أو عدم الاحتياط إذا كان القائم بعملية الاقتطاع جراح مختص ونفذ العملية حسب الطرق المعمول بها، فالخطأ في إطار المسؤولية الجزائية ليس مفترضا وإنما يجب إثباته لقيام مسؤولية الطبيب[1].

وأغفل المشرع الحالات التي يتم فيها انتزاع الأعضاء البشرية من قبل أشخاص لا علاقة لهم بميدان الطب هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يتم النص على الجزاء المطبق في حالة مخالفة نص المادة 2/161 قانون حماية الصحة وترقيتها حينما يكون الانتزاع موضوع معاملة مالية، حيث اكتفى المشرع بالنص على أنه " لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء والأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية" .

ونتيجة لكل هذه النقائص كان من الضروري على المشرع التدخل لوضع نصوص جديدة خاصة بالجرائم التي أفرزها هذا النوع من العمليات ومنها جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.

02- **المسؤولية الجزائية وفق تعديل قانون العقوبات لسنة 2009:** فرق المشرع الجزائري حين استحداثه لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات سنة 2009 بين المسؤولية الجزائية المترتبة عن انتزاع الأعضاء البشرية، وبين تلك المترتبة عن انتزاع الخلايا والأنسجة البشرية، فشدد

[1] – أ/ زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، العدد 14، جانفي2016، ص 125.

العقوبة في الحالة الأولى مقارنة بالثانية سواء تعلق الأمر بخرق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية أو بشرط الموافقة المتطلبة للقيام بعملية الانتزاع[1].

أ – **حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية:** من المعلوم أن جل التشريعات العربية و الأجنبية وكذا الفتاوى الشرعية أجازت انتزاع الأعضاء البشرية والانتفاع بها على وجه التبرع، غير أن المشرع الجزائري اكتفى في المادة 2/161 حماية الصحة وترقيتها بالنص على عدم جواز انتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة بمقابل مالي، و لم يبين الجزاء المترتب على هذا الإخلال إذ نص على مبدأ عام دون تفصيل.

وهو ما تداركه المشرع الجزائري حين تعديله لقانون العقوبات سنة 2009 حيث نص على الجزاء المطبق في حالة الإخلال بمبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية وكذا الأنسجة والخلايا والأنسجة البشرية وذلك في المادتين 303 مكرر 16 و 303 مكرر 18 ق ع، حيث يظهر من استقراء هاتين المادين أن المشرع ميز بين حالتين: الأولى وتتعلق بالأعضاء البشرية حين يتم الحصول عليها بمقابل، أما الثانية فتتعلق بالخلايا والأنسجة البشرية ومواد الجسم المختلفة حيث جعل العقوبة أشد في الأولى مقارنة بالثانية.

1 – بالنسبة للأعضاء البشرية: اعتبر المشرع الجزائري أن كل شخص أيا كانت صفته يتحصل على عضو بشري من جسم إنسان سواء كان هذا العضو من الأعضاء البشرية المزدوجة أو المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان، وبأي طريقة كانت سواء كانت شرعية أو غير ذلك، ومنح مقابلا ماليا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، يعد مرتكبا لجنحة الاتجار بالأعضاء البشرية حيث اعتبرها المشرع جنحة مشددة.

2 – بالنسبة للأنسجة والخلايا والمواد المختلفة من جسم الإنسان: يظهر من خلال المادة 303 مكرر 18 ق ع أن المشرع الجزائري فرق بين فعلين اثنين، وهما انتزاع الأنسجة والخلايا وكذا جمع مواد جسم الإنسان، فكل من قام بانتزاع الأنسجة أو الخلايا البشرية ودفع مقابلا ماديا أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها يعد مرتكبا لجريمة الاتجار بالأعضاء البشرية كما أن كل من قام بجمع أي مادة من جسم الإنسان كنخاع العظام مثلا يعد مرتكبا لنفس الجريمة.

[1] – أ/ زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، المرجع السابق، ص126.

و يلاحظ على هذه المادة كذلك أن الشخص المعاقب هو الذي يقوم بفعل الانتزاع أو فعل جمع المواد مهما كانت صفته سواء كان طبيبا، وذلك حين قيامه بالعمليات الجراحية المتعلقة بهذا المجال، أو كان شخصا آخر يقوم بهذين الفعلين، وأخرج المشرع بذلك من دائرة التجريم صاحب الأنسجة والخلايا أو مواد الجسم الذي يمنح هذه الأنسجة والخلايا والمواد بمقابل.

وتجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن مصطلح " مواد جسم الإنسان "يشمل من الناحية الطبية أي عضو أو نسيج أو خلية بشرية حيث أنه مصطلح عام يضم كل هذه المعاني.

ب – حالة الإخلال بشرط الرضا أو الموافقة: ميز المشرع الجزائري بين انتزاع الأعضاء البشرية وانتزاع الأنسجة والخلايا أو جمع مواد الجسم البشري الذي يتم بدون رضا صاحب الشأن، فشدد العقوبة في الحالة الأولى واعتبرها جنحة مشددة، واعتبر انتزاع الأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد الجسم دون احترام شرط الرضا أو الموافقة جنحة بسيطة.

حيث يظهر من استقراء المادين 303 مكرر 17 ق ع و 303 مكر ر 19 ق ع أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على وجوب احترام القواعد القانونية المتعلقة بالموافقة المتطلبة لانتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية المنصوص عليها في قانون حماية الصحة وترقيتها، سواء تعلق الأمر بالأحياء أو الأموات، وأي خرق لهذه القواعد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا، وبالتالي يدخل ضمن ذلك ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة لصاحب العضو أو الخلية أو النسيج المنتزع.

كما يظهر من استقراء المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 ق ع أن المشرع الجزائري لم يحدد الغرض من انتزاع العضو أو النسيج أو الخلية بدون موافقة صاحبها وبالتالي تقوم جريمة الاتجار في هذه الحالة سواء كان الانتزاع لغرض الزرع لدى مريض آخر أو لأي غرض آخر غير علاجي كالبيع مثلا، كما تقوم جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية مهما كانت صفة القائم بهذا الانتزاع سواء كان الطبيب المختص بمثل هذا النوع من العمليات الجراحية أو أي شخص آخر.

الفرع الثاني: القتل الطبي

تهوين الموت أو القتل الطبي هو التعجيل بإحداث الوفاة للمرضى الذين يعانون من أمراض مستعصية لا يؤمل شفاؤهم أو الميئوس من شفائهم، الذين يعانون آلاما مبرحة لا تطاق ولا ينفع معها العلاج، ويعرف أيضا القتل بدافع الشفقة أو إنهاء الحياة إشفاقا أو موت الإراحة بأنه ذلك الموت الرحيم الذي

يخلص مريضا لا يرجى شفاؤه من آلامه [1]، وهو كما عرف عنه فهو نوع من أنواع القتل، يرتكبه غالبا الأطباء لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه ولا يستطيع تحمل آلامه[2]، وقد ظهر هذا المصطلح الطبي في الدول الغربية تحت مسميات مختلفة منها موت الشفقة أو قتل الرحمة Euthanasie أو تهوين الموت أو القتل الطبي، وظهرت كلمة القتل الرحيم في القرن السابع عشر، وأصل الكلمة يوناني، وتعني الموت دون ألم، ويميز الفقه بين صورتين للقتل الرحيم، القتل الرحيم الإيجابي والقتل الرحيم السلبي.

- ✓ القتل الإيجابي : يعني تدخل شخص ثالث، بواسطة مادة تسبب الموت أو بأية وسيلة أخرى.
- ✓ القتل السلبي: يعني في غالب الأمر، التوقف عن تقديم العلاج للمريض عندما نفقد الأمل في شفائه[3].

نجد غالبية الفقه والقضاء في فرنسا تأبى إلى مساءلة الطبيب جنائيا ومدنيا عن جريمة القتل العمد في حالة إيقافه لأجهزة الإنعاش لشخص يصارع الموت، إلا أن بعض التشريعات المقارنة وإن كانت تسأل الطبيب عن وقف أجهزة الإنعاش للشخص الميؤوس من شفائه جنائيا ومدنيا عن جريمة القتل، لكن يستفيد الفاعل من عقوبة مخففة على تلك المسلطة على مرتكب جريمة القتل العمد، فيعتد في هذه الحالة بالدافع للقتل – الشفقة – لا بإعتباره مبيحا للفعل وإنما مخففا للعقاب[4].

وهناك بعض التشريعات التي أجازت للأطباء قتل المريض بدافع الشفقة[5] وهؤلاء هم المرضى الذين يعانون آلام لا تحتمل مع إنعدام الشفاء لهم، فلا يتحمل الأطباء أي مسؤولية في ذلك سواء جزائية أو مدنية.

---

[1] – عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، سنة 1981، الكويت، ص 176 و 177.

[2] – د/ منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 97.

[3] – علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 49 و50.

[4] – كريمة تدريست، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للأطباء ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2008، ص382 و383.

[5] – شرع القتل الرحيم في بلجيكا في سنة 2002، ودخل حيز التطبيق في 20 أيلول 2002، كما صوت مجلس الشيوخ الأمريكي سنة 1994 على قانون يخول الطبيب إعطاء جرعة قاتلة للمرضى الذين لهم أقل من 6 أشهر بالحياة، أنظر علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 53.

فإذا علم الطبيب أن حالة المريض ميئوس منها ومآله الموت ووافق على طلب المريض، وأعطاه جرعة دواء قاتلة أو توقف عن صرف العلاج له أو أمر بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي[1]، فإنه يعد بذلك مرتكبا لجريمة القتل.

وطلب المريض الميئوس من شفائه من طبيبه أو من الغير إنهاء حياته هو التعبير عن رضائه، وإن كان رضا المجني عليه لا يشكل سببا للإباحة ولا يستبعد بالتالي المسؤولية الجنائية.

لا يسمح المشرع الجزائري بالقتل بدافع الشفقة ويسأل الطبيب عن ذلك طبقا لقانون العقوبات والقانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2]، ويعد مرتكبا لخطأ عمدي يستوجب المساءلة الجنائية ويرتب المسؤولية المدنية، و لم يضع بذلك إستثناء خاصا بالقتل بدافع الشفقة يعفي من خلاله مرتكبيه من العقاب، أو على الأقل يفيدهم من ظروف التخفيف، ومن ثم فإن المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذا النوع من القتل تقوم على أساس القتل العمد طبقا لنص المادة 254 من قانون العقوبات، مع ضرورة منع إفادة الجاني من ظروف التخفيف وذلك حتى تبقى الحياة الإنسانية محلا للحماية القانونية حتى آخر لحظة من حياة الفرد[3].

أولا: طلب المريض الصريح بالقتل إشفاقا: يتضمن توافر الرضا الحر والمستنير لديه، وبثبوت باعث الشفقة لدى الطبيب المنفذ للقتل، أي موافقة المريض صراحة بإرادة حرة ومتبصرة على أن يتدخل شخص آخر لإنهاء حياته.

والرضا بالقتل ولو كان بدافع الشفقة ليس سببا من أسباب الإباحة فالباعث إلى قتل المريض وهو القوة النفسية الداخلية المحركة للإرادة التي تدعوا إلى التفكير في الجريمة، ولا يعتبر هذا الأخير عنصرا من عناصر الجريمة ولا من أركانها.

ثانيا: طلب المريض الضمني بالقتل إشفاقا: وهنا يطلب المريض صراحة إنهاء حياته ولكنه يتخذ موقفا يستدل منه حتما انه يريد إنهاء حياته.

---

[1] – د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، طبعة 2007، ص 169.

[2] – أشارت إليه المادة 273 من قانون العقوبات الجزائري والمادة 239 فقرة 1 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[3] – عراب ثابي نجية، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، 2007، ص150.

1) رفض المريض الخضوع للعلاج حتى الموت: إن واجب الطبيب هو تبصرة المريض بمصلحته وبضرورة خضوعه للعلاج ولكن لا يجوز إجباره قهرا على الخضوع لعلاج يرفضه إلا في حالات استثنائية كما في الأمراض النفسية و في حالة الأوبئة والأمراض المعدية فهي تمس مصلحة المجتمع.

2) امتناع الطبيب عن معالجة مريض ميئوس من شفائه بتوقفه عن علاجه: معناه أن يتوقف عن صرف العلاج أو أن يأمر بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي ومسؤولية الطبيب في هذه الحالة قائمة ويعاقب عليها ولكن القضاء مستقر على تخفيف العقوبة في هذه الحالة.

إن أجهزة الإنعاش الصناعي وسائل يستخدمها الطبيب يستهدف بها إنقاذ شخص في غيبوبة مستديمة، ومن الصعوبة بما كان إستمرار الحياة بدونها، فإذا إمتنع الطبيب عن إستعمال هذه الوسائل يسأل عن جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة، لقد نصت المادة 182 من قانون العقوبات بأنه " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات والغرامة من 500 إلى 1500 أو بإحدى هاتين العقوبتين ... من إمتنع عن مساعدة شخص في خطر كان في إمكانه تقديمها إليه"، وهذا ماتمت الإشارة إليه سابقا في أركان جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر في عنصر الرضا في الحالات الإستعجالية والخاصة، كما أن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي يثير إشكالية أخرى تتمثل في إعتبار هذا الإيقاف جريمة القتل بدافع الشفقة.

يمكننا القول أن إستعمال أجهزة الإنعاش الصناعي هو إلتزام يقع على عاتق الطبيب ويسأل مسؤولية جنائية عن نزعها، حال كونها ضرورية للإبقاء على الحياة إلا أن الحكم ليس بهذه البساطة، فإن تبني أحد المعايير التي تحدد الموت يؤدي حتما إلى إختلاف الأحكام، فيثار التساؤل حول مسؤولية الشخص عن نزع هذه الأجهزة، فالقول بالمعيار التقليدي يدعوا إلى القول بأنه لا يحق للطبيب وقف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض إلا بعد التوقف التام لجميع أعضاء الجسم بما فيها القلب والتنفس، وبالتالي رفع هذه الأجهزة يعتبر قتلا عمديا وتترتب عليه حتى ولو كان الدافع إستحالة الشفاء ولو كان ذلك برضا المجني عليه، أما القول بالمعيار الحديث يمنح رخصة للطبيب في رفع أجهزة الإنعاش الصناعي إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا كاملا، وحكم الأطباء الإختصاصيين أن هذا التعطل لارجعة فيه دون الخوف من خطر المسؤولية الجنائية[1].

المطلب الثاني: جريمة الإجهاض وجريمة إجراء التجارب الطبية على المريض بغير العلاج

[1] – أ/بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 374 و375.

ونتطرق هنا لجريمة الإجهاض لأنها إعتداء على حياة الأم والجنين معا وبعدها إلى جريمة إجراء التجارب الطبية التي تجرى على المريض وخاصة التي تكون مخالفة لأخلاقيات مهنة الطب.

الفرع الأول: جريمة الإجهاض

الإجهاض هو إنزال الحمل ناقصا قبل اكتمال نموه أو قبل الأسبوع الثامن والعشرين بعد انقطاع الطمث، ولا يشترط أن يكون الجنين قد تشكل أو دبت فيه الحركة[1]، ويعرف الإجهاض علميا بأنه انقطاع لاستمرار تطور الحمل وخروج محتويات الرحم قبل تمام الشهر السادس من الحمل، وبعد هذه المدة يصبح الإجهاض مقرونا بجريمة قتل المولود باعتبار أن الجنين يكون قابلا للعيش لو تمت ولادته بعد الشهر السادس[2]، والإجهاض من الناحية القانونية يشمل لفظ محتويات رحم لجنين غير قابل للحياة أو ولادة مبكرة لجنين قابل للحياة[3]، والإجهاض نوعين إجهاض تلقائي وإجهاض إرادي.

أولا: أنواع الإجهاض

1-الإجهاض التلقائي (العفوي) Avortement spontané ou fausse couche:

وهو يصيب نحو 10 إلى 25 % من حالات الحمل، حيث يتم خروج محتويات الرحم دون إرادة الإنسان بصورة عفوية كنتيجة لأمراض تصيب الأم أو الجنين مثل السكري، أمراض الكلى، الإلتهابات وأورام الرحم، تشوه خلقي بالجنين (شذوذ الخلقة) وغيرها[4].

2- الإجهاض الإرادي (المتعمد): وهذا يكون إما عرضيا، أو علاجيا أو جنائيا.

أـــ الإجهاض العرضي: وعادة ما ينجم عن حوادث وإصابات عارضة غير مقصودة مثل السقوط، حمل الثقل، والارتجاج أثناء السفر، وربما أيضا الانفعال النفساني الشديد كنتيجة للحزن أو الرعب أو حتى الفرح المفاجئ، وكذلك الصدمة العصبية القوية.

ب ـــ الإجهاض الطبي أو العلاجي Avortement thérapeutique: و يلجأ إليه الأطباء في حالات نادرة جدا حيث من الصعب معها إستمرار الحمل لأن فيه خطورة على حياة الأم ، ويهدد حياتها

[1]- د/ منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 93.

[2]- د/ يحي بن لعلى، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، باتنة - الجزائر، ص 130.

[3] - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص227.

[4]- د/ منصور عمر المعايطة، المرجع نفسه، ص 93.

فيكون الإجهاض هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة الأم أو لإنقاذها من فقد أحد أعضائها [1]لأنه تعذر الجمع بين حياة الأم وحياة جنينها، فإنه يجوز إجهاض الجنين ولابد من الرجوع للأطباء الموثوق بهم[2]، ويقوم به الطبيب فقط دون غيره من مستخدمي الصحة (الممرضات والقابلات...)، بعد أخذ موافقة كل من المرأة وزوجها، وكذلك إبلاغ السلطة الإدارية الوصية التي تبدي موافقتها على مكان وزمان إجراء العملية وأيضا إستشارة زميل آخر وهذا طبقا لنص المادة 308 من قانون العقوبات[3] وهذا طبعا بعد إستيفاء شروط الإجهاض العلاجي التالية:

* تعرض الأم الحامل لخطر حقيقي محدق بحياتها أو بتوازنها الفزيولوجي والعقلي.
* يكون الخطر مرتبطا فعلا بالحمل.
* يؤدي وفق الحمل إلى زوال الخطر.
* لا توجد هناك أية وسيلة أخرى غير الإجهاض لإنقاض حياة الأم.

أما من الوجهة المهنية، فقانون الصحة في المادة 72 منه[4] يؤكد على أن إباحة الإجهاض العلاجي هو وقف على الحالة الصحية للأم، فيعد الإجهاض لغرض علاجي إجراءا ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ.

يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي، أما في حالة الحمل الناجم عن اغتصاب أو حمل المحارم، فبإمكان رئيس المحكمة أو القاضي المنتدب من طرفه، بعد معاينة الحمل المفترض أن يخطر مدير الصحة الولائية بالحالة ويتولى وضع حد لها، والطبيب الذي يطلب منه القيام بالإجهاض العلاجي هو حر في رفضه لذلك باعتبار معتقداته الشخصية، وفي هذه الحالة فإنه يتنحى فاسحا المجال لزميل آخر لضمان استمرار العلاج[5]، وفي هذا المجال تنص المادة 42 من المدونة "...و يمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون (المريض الذي يواجه خطرا وشيكا)أن يرفض

[1] – تيرس مراد، الإجهاض كإجراء طبي في قانوني العقوبات الجزائري والمقارن بين الإباحة والمنع، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، سنة 2007، ص 201.

[2] – ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان ، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن من قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، سنة 2011، ص69 و70.

[3]– المادة 308 من قانون العقوبات تنص على ما يلي:" لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".

[4]– المادة 72 من القانون رقم 17/90 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المشار إليه سابقا والمعدل والمتمم للقانون 05/85.

[5]– د/ يحي بن لعلى، الخبرة في الطب الشرعي، المرجع السابق، ص 131.

لأسباب شخصية تقديم العلاج"، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن تضمن مواصلة العلاج للمريض و هذا حسب نص المادة 50 من المدونة، ويستثنى من ذلك الحالات المستعجلة الداعية للتدخل الطبي السريع.

ج ــ الإجهاض الجنائي: عرفه الفقه الإنجليزي بأنه تدمير متعمد للجنين في الرحم أو أي ولادة سابقة لأوانها بقصد إماتة الجنين، والإجهاض الجنائي من الناحية الطبية هو القيام بأفعال تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة الحامل قبل الوضع الطبيعي، إذا تمت تلك الأفعال بقصد إحداث هذه النتيجة، أما من الناحية القانونية فالإجهاض الجنائي تعبير حقوقي لجرم اجتماعي يمثل فعلا غير شرعي، وقد عاقبت القوانين العامة والخاصة مرتكب فعل الإجهاض الجنائي وشددت بعض القوانين الجزائية العقوبة إذا كان مرتكب الفعل طبيبا[1].

ويعاقب المشرع الجزائري كل من سهل أو حرض أو أرشد بمختلف الطرق لإحداث الإجهاض طبقا لنص المادة 306 قانون العقوبات[2]، حتى ولو لم يؤدي التحريض إلى نتيجة معينة وهذا ماقضت به الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا في أحد القرارات الصادرة عنها بتاريخ[3]: 2010/02/18 .

ثانيا: أركان جريمة الإجهاض

يعد الجنين المحل الجدير بالحماية في جريمة الإجهاض فقد دلت الشريعة الإسلامية على مراحل تكوين الجنين مصداقا لقوله تعالى:"**وقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين**"[4].

---

[1]- د/ منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 93.

[2]- تنص المادة 306 قانون العقوبات " الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدموا الصيدليات ومحضروا العقاقير وصانعوا الأربطة وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال".

[3] - لقد جاء في حيثيات القرار الصادر عن الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا حول الملف رقم (580393) الصادر بتاريخ : 2010/02/18 مايلي: " ... حيث أن السؤال المنتقد المطروح بالصيغة التالية ' هل المتهم مذنب لإرتكابه واقعة الإجهاض لإمرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها أدوية بقصد إسقاط الحمل إضرارا بالضحية؟' تضمن كافة العناصر المكونة للجريمة وفقا لنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري الذي يعاقب بدون تمييز على الإجهاض أو الشروع فيه أو أن حملها كان مفترضا فقط ذلك لأن القانون يعاقب على الإجهاض لمجرد قيام قصد إحداثه لدى المتهم ..." ، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2010، العدد 2، ص 303.

[4]- الآية 18 من سورة المؤمنين.

يطلق الحمل على حالة المرأة الحامل وله دلالة التعبير بالجنين المستكن في الرحم، الذي تبدأ حياته بالإخصاب إذ بمجرد إندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين، ويستحق الحماية، وتنتهي حياة الجنين لتحل محلها الحياة العادية ببداية عملية الولادة، لذا ينحصر مجال الإجهاض في الفترة مابين الإخصاب وبداية الولادة، فلا يعد إجهاضا جميع الأفعال التي تستهدف منع الحمل وأفعال من شأنها منع الحمل، كما لايعد إجهاضا جميع الأفعال التي ترتكب بعد بداية الولادة[1].

عموما مسألة الحمل مسألة طبية بحتة يترك تقديرها للأطباء، أما الإجهاض في أي وقت من أوقات الحمل يعاقب عليه القانون ولا فرق بين الحمل الحاصل عن علاقة شرعية أو علاقة غير شرعية سواء كانت هذه العلاقة برضاء المرأة أو بغير رضاء المرأة[2]، بالنسبة للمشرع الجزائري يعاقب كل من أجهض إمرأة حامل أو مفترض حملها.

بهذا يعاقب الطبيب ومن في حكمه لمجرد إفتراضه أن المرأة حامل، فإذا حدث أن كانت المرأة ليست حامل فهو يعاقب على جريمة الشروع في الإجهاض فيعد تشددا للحماية التي منحها القانون للجنين.

1- الركن المادي: يتمثل الركن المادي في جريمة الإجهاض في فعل الإسقاط الواقع من طرف الطبيب ومن في حكمه وتحقق النتيجة المتمثلة في القضاء على الجنين مع وجوب توفر علاقة سببية في تحقيق الإجهاض.

أ- فعل الإجهاض: يتحقق الإجهاض بكل فعل يستهدف قتل الجنين وإخراجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ويتم بعدة وسائل فقد عبر المشرع من خلال المادة 304 من قانون العقوبات على البعض منها: المأكولات أو المشروبات أو الأدوية أو بإستعمال طرق أو أعمال من عنف أو بأية وسيلة أخرى، كما تتعدد الطرق التي يتم بها الإجهاض.

يقع الإجهاض في أغلب الحالات بوسيلة تتلائم مع النشاط المهني للطبيب أو من في حكمه وذلك عن طريق إستعمال الأدوية، التي تحدث إنقباضات مباشرة في عضلات الرحم أو الأمعاء كالزعتر أو بعض المقيئات التي تدخل ضمن بعض المركبات المجهضة[3].

[1] - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 243.

[2] - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، المرجع السابق، ص 232.

[3] - طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلي الجنائية، المرجع السابق، ص 132و133.

يعتبر الإجهاض عن طريق إستعمال الأدوية أخطر الطرق التي يتم بها، لأن الأدوية المستعملة في الإجهاض مثل الرصاص وغيرها من الأملاح المعدنية المجهضة تؤدي إلى التسمم، مما يؤثر سلبا على الخلايا الجينية بصفة خاصة، والخلايا الحية بصفة عامة هذا مايرتب وفاة الحامل في معظم الحالات.

ب- تحقق النتيجة المجرمة: تتحقق النتيجة في جريمة الإجهاض بإنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي، تتم بموت الجنين في الرحم ويشكل ذلك إعتداء على حقه في الحياة، وتنتهي أيضا حالة الحمل بخروج الجنين حيا أو قابلا للحياة، فينجر بذلك الإعتداء على حق الجنين في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية[1]، كما يتحقق الإجهاض بوفاة الجنين داخل الرحم دون أن يتبع ذلك إخراجه، وتتم هذه الحالة إذا أدى الإجهاض إلى وفاة الأم.

ج- توفر علاقة السببية بين فعل الإجهاض والنتيجة المجرمة: ينبغي أن تتوافر علاقة السببية بين إستعمال وسائل الإجهاض أيا كان نوعها وغالبا ما تتم عن طريق الأدوية وخروج الجنين قبل الموعد الطبيعي لولادته أو بقائه ميتا في رحم أمه، فتتحقق علاقة السببية بإستخدام الطبيب ومن في حكمه لوسائل الإجهاض بنية إحداثه فإذا أدى إلى النتيجة يكتمل الركن المادي، أما إذا إستعمل وسائل الإجهاض و لم تتم عملية الإجهاض فيعد شروعا يعاقب عليه القانون الجزائري ويختص قاضي الموضوع بتقدير مسألة توافر علاقة السببية في نشاط المتهم في عملية الإجهاض.

2- الركن المعنوي: تصنف جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية الواقعة على الكيان المادي للمرأة الحامل وجنينها، والتي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي. لم يعرف المشرع الجزائري القصد الجنائي على غرار غالبية التشريعات الجنائية، لذا إجتهد الفقه في تحديد عناصره المتمثلة في العلم والإرادة، فيتعين في القصد أن يعلم الطبيب ومن في حكمه بأن المرأة حامل، فإذا إرتكب الفعل الذي ترتب عليه إجهاض و لم يكن يعلم أنها حامل ينتفي القصد، كما يجب أن يتوافر العلم وقت وقوع الإجهاض، فإن كان جاهلا الحمل وقت الفعل ثم علم به بعد إرتكابه للجريمة ينتفي أيضا القصد، كما ينبغي أن يعلم الطبيب بأن من شأن فعله إجهاض المرأة الحامل بإستخدام الوسيلة المجهضة لأن لو إستخدم الوسيلة دون علمه بأنها قد تؤدي للإجهاض ينتفي القصد الجنائي[2]، كأن يستبدل مثلا الصيدلي أحد الأدوية التي وصفها الطبيب للمرأة الحامل ويكون مساويا من حيث الفعالية له بقصد نمو الجنين لكنه أدى إلى الإجهاض، كما يجب أن

[1]- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 252.

[2]- أمير فرج يوسف، المرجع نفسه، ص255.

تنصرف إرادة الصيدلي إليه، فتكون لديه نية العمد بإعطاء الدواء للمرأة الحامل بقصد إجهاضها، فيكفي بالنسبة له أن يدل لإمرأة حامل إسم الدواء المجهض لتحقق القصد لديه[1].

3- الركن الشرعي: توقع على الطبيب والصيدلي ومن في حكمهم العقوبة المقررة قانونا لجريمة الإجهاض، إذا إكتملت العناصر السابقة المكونة لها، ويطبق عليه أحكام المادة 306 من قانون العقوبات حسب مابينه المشرع.

راع المشرع الصفة المهنية في تقديره للعقوبة في جريمة الإجهاض وإعتبر الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان من ضمن الفئة التي تشدد في توقيع العقوبة عليهم، بسبب الصفة الفنية والخبرة العلمية التي يتمتع بها هؤلاء المهنيين في مجال الطب، هذا ما يسهل عليهم إرتكاب هذه الجريمة وإستخدام فنياتهم وعلمهم في غير الغرض الواجب إستخدامه، بالإضافة إلى قدرتهم على طمس معالمها دون ترك أي أثر للجريمة مما يشجع الإلتجاء إليهم.

أورد المشرع تعداد أصحاب الصفة المهنية على سبيل الحصر لذا لا يجوز القياس أثناء التشديد، حيث نصت المادة 306 على أنه:"...الذين يرشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 حسب الأحوال.

ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة".

بإستقراء نص المادتين 304 و305 نجد أن عقوبة الإجهاض هي الحبس المؤقت من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج ، وفي حالة ما أدى الإجهاض إلى الموت تكون العقوبة من 10 إلى 20 سنة، وإذا ثبت أن مرتكب الجريمة يمارس هذه الأفعال بالعادة تضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 304 وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى وهذا حسب المادة 305، فضلا عن ذلك يجوز الحكم على الطبيب أو من في حكمه بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23، كما يجوز أيضا الحكم عليه بالمنع من الإقامة.

ما تجدر الإشارة إليه أن المادة 23 من ق ع قام المشرع بإلغائها، رغم ذلك نص على تطبيقها في المادة 306 من ق ع، وهذا يعد إغفال من جانب المشرع الجزائري ينبغي تداركه.

[1]- د/ طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلي الجنائية، المرجع السابق، ص 129.

يستوجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أباح الإجهاض إذا إقتضت الضرورة لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو المحافظة على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي، بشرط أن يكون في هيكل طبي متخصص بعد إجراء الفحص الطبي بمعاينة طبيب مختص، وهذا ما أكدته جليا المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادة 308 من ق ع حيث نصت على مايلي"لاعقوبة على الإجهاض إذا إستوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".

أما في غير هذه الحالة فقد وسع المشرع المجال لعقوبة الإجهاض، فلا يعد رضا المرأة الحامل بالإجهاض مبررا لعدم تحمل المسؤولية، وهذا ما جاء في المادة 304 السالفة الذكر بنصها"...سواء وافقت على ذلك أو لم توافق..."، كما نص المشرع بالعقاب على التحريض على الإجهاض ولو لم يؤدي إلى نتيجة ويتم من خلال الدعاية ووفقا للمادة 310 من قانون العقوبات.

الفرع الثاني: جريمة إجراء التجارب الطبية على المريض بغير العلاج:

لا ريب أن التجارب في كل مجال علمي أو فني هي وسيلة فعالة من وسائل تطوره، والمجال الطبي أحوج إلى المزيد من التجارب، فالطب يتقدم كل يوم بفضل الأبحاث المستمرة التي يجريها علماؤه للوصول إلى علاج جديد للأمراض التي لم يوفق الطب بعد إلى علاج ناجح لها، فجميع الأعمال الطبية الناجمة لم يوصل إليها العلماء إلا عبر التجارب الطبية Expériences médicales سواء أكان ذلك في نطاق زراعة الأعضاء البشرية أو في اكتشاف الأمراض وتحديد العلاج، أو في الأعمال الطبية الأخرى[1].

بحلول سنة 1990 تفطن المشرع الجزائري لمشكلة إجراء التجارب الطبية على الإنسان وما تثيره من مشاكل قانونية، بحيث حاول أن يعالجها بموجب المواد 1/168، 2/168، 3/168، 4/168 من القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، غير أن تطرقه لموضوع التجارب الطبية كان بطريقة عفوية غير ممنهجة بحيث امتنع عن تحديد مفهومها القانوني واهم خصائصها الجوهرية التي تميزها عن باقي الأعمال الطبية الأخرى، واكتفى فقط بتحديد بعض الشروط الخاصة بها، كوجوب الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للشخص الخاضع لها، وضرورة أن يكون الهدف منها هو علاج الشخص المريض الخاضع لها أو تطوير العلوم الطبية، بالإضافة إلى ضرورة احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، وبالنسبة للمسؤولية القانونية المترتبة عن إجراء التجارب الطبية، فقد اكتفى المشرع الجزائري بالإقرار صراحة بقيام المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة،

[1]- د/ محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص 289.

دون أن يتطرق إلى إمكانية مساءلته جزائيا عن السلوكيات المجرمة التي قد يرتكبها أثناء أو بمناسبة إجرائه للتجارب الطبية[1].

والتجارب الطبية قد تقع أولا في المعامل المخبرية ثم تجرى بعد ذلك على الحيوانات فإذا كشفت عن نتائج إيجابية مشجعة يبدأ الأطباء في إجرائها على الإنسان، وفي هذه المرحلة الأخيرة للتجارب الطبية يمكن التفرقة بين ثلاثة أنماط من التجارب.

أولا: التجارب الطبية العلاجية والعلمية

1- **التجربة العلاجية:** التجارب العلمية الطبية هي التجارب التي يُقصد بها تحقيق فائدة علمية أو فنية، والتي تجرى على الشخص سليما كان أو مريضا دون ضرورة تمليها حالته[2]، وهي التي تجرى بغرض علاجي ويشترط الحصول على رضاء متبصر من المريض على التجربة يشمل طبيعة التجربة ومدتها وطريقتها والأضرار والمخاطر المحتملة، ورضا المريض على إجراء التجربة لا يضفي المشروعية على فعل الطبيب لأن الرضا ليس سببا من أسباب الإباحة في الجرائم التي تمس جسم الإنسان[3]، وتستهدف التجربة العلاجية مباشرة مصلحة المريض بهدف إيجاد أفضل طريقة معالجة له وذلك بعد أن فشلت التجارب العلمية الأخرى في شفائه.

2 – التجربة العلمية: هي التي تجرى على إنسان أو على مريض دون ضرورة تمليها حالته المرضية لإشباع شهوة علمية أو فضول علمي أو لخدمة الإنسانية[4]، وهي الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخاصة التي يباشرها الباحثون في المجال الطبي على جسم الإنسان بغرض البحث العلمي، وذلك من أجل إكتساب معارف جديدة تتعلق بالوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية[5].

وتجرى غالبا على شخص متطوع سليم مثل تجربة دواء بهدف علمي بحت[6].

---

[1]- المسؤولية الجزائية عن التجارب الطبية، مقال منشور في الموقع المبين أدناه، تاريخ الدخول 2017/03/29 على الساعة15:25.
http://rdoc.univ-sba.dz/handle/123456789/730?mode=full

[2] – د/ مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 334.

[3]- د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص 170.

[4]- د/ محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص 289.

[5] – د/ بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص21.

[6]- د/ هشام عبد الحميد فرج، نفس المرجع، ص 170.

ويكمن أساس التفرقة بين نوعي التجارب الطبية في المصلحة التي يستهدف الطبيب تحقيقها، فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل طريقة لمعالجة المريض بينما تستهدف التجربة العلمية تحقيق نصر علمي باكتشاف أسلوب علاجي جديد لا صلة له مباشرة بالخاضع للتجربة فقد يكون شخصا سليما معافى، وقد يكون مريض إلا أن التجربة لا تستهدف علاجه شخصيا من المرض الذي يعانيه، وقد يكون متوفى تستهدف التجربة معرفة تطور حالته المرضية ونتائج الأدوية التي تعطاها قبل وفاته.

إن المسؤولية الجنائية للطبيب تختلف في حالة إجراء التجارب الطبية العلمية على الأحياء مقارنة بإجرائها على الأموات سواء من حيث نطاقها أو من حيث نوعها.

* **من حيث نطاقها:** في حالة إجرائها على الأحياء فإنها محل جدل فقهي وتشريعي كبير على غرار الجدل بصدد مشروعيتها، ووفقا للاتجاه المؤيد لمشروعيتها يرى نسبية المساءلة الجنائية، وعلى العكس وفقا للاتجاه المعارض لمشروعيتها يرى مساءلة الطبيب كلية، بينما في حالة إجرائها على الموتى فالإجماع على نسبية المساءلة الجنائية للطبيب وفقا لمدى مراعاته لضوابط المشروعية[1].

* **من حيث نوعها:** في حالة إقرار مساءلة الطبيب الجنائية بالنسبة للتجارب الطبية على الأحياء يتصور مساءلة الطبيب جنائيا عن قتل العمد أو إحداث عاهة مستديمة أو مجرد إيذاء بدني، بينما في حالة إجرائها على الموتى فإن الطبيب يسأل جنائيا عن جريمة إنتهاك حرمة الموتى أو تدنيس الموتى أو تشويه الجثة[2]، أو عدم الدفن دون أن يتصور مساءلته عن جرائم القتل أو إحداث عاهة مستديمة أو الإيذاء البدني لعدم تصورها إلا بالنسبة للأحياء فقط.

غير أن المشرع الجزائري لم يفرق بين التجارب العلاجية والعلمية ويرى مشروعية إجراء التجارب على الإنسان بشرط رضائه الحر وهذا حسب المادة 168 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها[3]، إذ تنص على أنه " يجب حتما إحترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي.

---

[1]- د/ محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، المرجع السابق، ص 333.

[2]- نص المشرع الجزائري على الجرائم المتعلقة بالمدافن وبحرمة الموتى في المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات، إذا تنص المادة 150 منه على ما يلي:" كل من هدم أو خرب أو دنس القبور بأية طريقة كانت يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج ".

[3]- المادة 168 فقرة 2 من القانون رقم 17/90 المعدل للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل حالة".

لذلك فإن إباحة التجارب الطبية والعلمية على الإنسان لابد أن تتقيد وتخضع لمجموعة من الشروط و الضوابط[1]، يجب التأكد مسبقا من تحققها قبل إجراء أي تجربة وهي تتمثل فيما يلي:

أ– ضرورة خضوع التجربة للرضا الحر المتبصر للمريض، وهذا ما أكدته المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: " يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة" .

ب– أن تجرى التجربة العلمية على المريض المتمتع بالأهلية طبقا للقواعد العامة في القانون المدني ما دامت المادة 168 لم تحدد السن القانونية للموافقة على مثل هذه التجارب، وعند انعدام الأهلية تخضع هذه التجارب لموافقة الممثل الشرعي للمريض.

ج– ضرورة أن تكون أخطار التجارب العلمية الطبية على المريض مقبولة، بمعنى أن تتناسب مع مقدار المنفعة المنتظرة من هذه التجربة .

لذلك يتعين التشدّد أكثر في مواجهة الطبيب أو القائم على التجربة سواء من الناحية الأخلاقية أو من الناحية القانونية، فالمريض هنا يتحمل عبئ التجربة العلاجية في جزء منها، مساهمة منه في دفع التطور العلمي ومراعاة المصلحة العامة.

وبناء عليه فإن واجب الطبيب هنا بذل الحرص واليقظة المطلقين، وبالتالي فإن الطبيب القائم بالتجربة العلمية يتحمل التزاما كاملا بضمان سلامة المريض، وهو التزام لا يُعفى من نتائجه إلا بإثبات القوة القاهرة .

لذلك لا مناص من انعقاد مسؤولية الطبيب في حالة التجارب العلمية إذا أدّت التجربة إلى تدهور حالة المريض، حتى ولو عادت عليه ببعض الفوائد المحدودة، وبالتالي فإن التوازن هنا بين ما يعود على المريض من فائدة وما يتعرض له من مخاطر هو أشدّ إلحاحا منه في حالة التجارب الطبية العادية.

[1] – نصت على ذلك المادة 168 فقرة 2 من القانون 17/90 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

د- أن تخضع التجارب الطبية التي لا يُرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما أكدته المادة 3/168 من القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها.

ولاشك أن هذا الشرط فيه ضمان وحماية للمرضى من خضوعهم المفرط وغير المشروع للعديد من التجارب الطبية غير العلاجية وغير المشروعة، حتى ولو تم ذلك بموافقتهم، إذ لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب وكذا رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية .

ثانيا:التجارب الطبية بغير العلاج : يجب أن يهدف تدخل الطبيب على جسم المريض إلى تحقيق غاية العلاج لا إلى غاية أخرى، أي أن يكون غرضه مما يقوم به من أعمال المهنة، سواء بوصف دواء أو إستعمال أشعة أو إجراء عملية جراحية للوصول إلى شفاء المريض من مرضه، فإن كان هدفه متجها إلى غرض آخر، فيعد الطبيب خارجا عن وظائف مهنته وزالت عنه صفة الطبيب وتوافرت في فعله عناصر المسؤولية وفقا للمبادئ العامة، وتبعا لما يفضي إليه تدخله من نتائج في جسم المريض أو حياته ولو كان برضا المريض ورجائه [1]، وأن التجارب الطبية على جسم الإنسان لا يمكن ممارستها إلا وفقا للأطر القانونية وهذا ما ورد في نص المادة 168 فقرة 2 من قانون 17/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه:" يجب حتما إحترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي"، كما نصت المادة 52 من لائحة آداب المهنة الطبية المصرية:" يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الآدميين".

وإن رضا المريض بإجراء التجارب الطبية على جسمه، سواء كانت تلك التجارب علمية أو تجارب علاجية، ومتى وقع ذلك صحيحا فإنه يرفع عن فعل الطبيب وصف الخطأ، لأن الرضا متى توافرت فيه شروط صحته في نطاق القانون المدني يكون سببا لإباحة تلك التجارب، ولا يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض على عاتق الطبيب الذي أجرى التجربة عليه، إلا إذا ثبت خروج الطبيب عن الأصول العلمية المستقرة والمتعارف عليها في إجراء التجارب الطبية أو وقع خروج عن الحدود التي رضي وقبل بها المضرور

[1] – عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2004، ص471.

بإجراء التجربة عليه، وعليه فإن قبوله لتلك المخاطر بإعتبارها مرحلة سابقة على رضائه بالضرر الذي يقع صحيحا طالما تم هذا القبول بعد تبصيره بها تبصيرا كاملا[1].

خلاصة المسألة وبناء على ما تقدم فإنه يُسأل مدنيا وجنائيا الطبيب الذي يُجري تجاربه العلاجية على رجل سليم صحيح، أو على رجل مريض بغير رضاء حرّ مستنير منه، أو برضائه رضاء صحيحا ولكن ليس بقصد شفائه من مرضه، على أساس ارتكابه خطأ عمديا يوجب هذه المسؤولية.

[1] – رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 142.

خاتمة

وفي ختام الدراسة هذه تتبين لنا أهمية الوقوف على أهم خصوصيات المريض المتعددة التي جاءت هنا على سبيل المثال لا الحصر فهي واجبات تقع على عاتق العاملين في الحقل الطبي، كون أن المهنة الطبية هي مهنة إنسانية تستلزم من الطبيب ومن في حكمه إحترام كرامة المريض وضمان حقوقه الناشئة عن العقد القائم بينهما، فحقوق المريض من الحقوق الهامة التي تتعرض للانتهاكات، فوجب إيجاد ضمانات خاصة تضمن للمريض احتراما كاملا لحياته الخاصة، وذلك أثناء تلقيه العناية اللازمة في جميع مراحل العلاج، فمنها ما يمس سلامته المعنوية كحفظ أسراره وعدم إفشائها حتى بعد انتهاء العلاج إلا في حالات إستثنائية وذلك تحقيقا للمصلحة العامة و المصلحة الخاصة، وأيضا منع نشر صورة لشخص وهو مريض، وعليه فكل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للمريض أو شرع بأي تقنية كانت وذلك بإلتقاط أو تسجيل أو نقل صورة بغير إذن صاحبها أو رضاه يشكل جريمة معاقب عليها بالحبس والغرامة طبقا لنص المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

أما فيما يخص سلامته الجسدية فتتمثل في الضمان التام لاحترام شخص المريض وحياته الخاصة بتبصيره وإعلامه بمرضه والعلاجات المقترحة تبصيرا مستنيرا يتناسب ومستوى إدراك المريض، ثم بعد ذلك الحصول على الرضا المستنير من طرفه بدون أي ضغط، فممارسة الأعمال الطبية و العلاجية الجراحية بأنواعها تتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان، لكن المتفق عليه هو إباحة هذه الأعمال لأنها تهدف إلى تحقيق هذه السلامة للجسم لا العكس و في ذلك تحقيقا لمصلحة أكيدة للمجتمع نفسه، و من ثم فإنها لا تخضع لنطاق التجريم، إذا توافرت شروط إباحتها، من ترخيص قانوني و من وجوب مراعاة أصول المهنة وقصد العلاج والتخليص من الآلام...

غير أن استخدام الوسائل العلمية والذي يمثل اعتداء على الكيان الجسدي للإنسان لا يكون محظورا متى كان الإعتداء يسيرا تبرره المصلحة العامة ولو لم يرض الشخص المريض في حالات معينة ينص عليها القانون، أما إذا كان هذا الإعتداء يهدف إلى الإضرار بهذا الكيان المادي فإن المشرع الجزائري جرمه في كثير من الحالات وشدد العقوبة في حالة إجراء التجارب الطبية غير العلاجية وفي حالة الإتجار بالأعضاء والأنسجة البشرية.

ولقد جرم المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى إجهاض المرأة الحامل بشكل عام وشدد العقوبة إذا قام بهذه الجريمة طبيب أو جراح أو صيدلي أو قابلة، وعلة تشديد العقوبة بالنسبة لهذه الفئة

تكمن في سهولة ارتكابهم للجريمة بسبب ما يحوزوه من خبرة فنية وعلمية وقدرتهم على إخفاء معالمها مما يشجع الحوامل إلى الالتجاء إليهم، ناهيك عن الرغبة في توفير الحماية الجنائية لحق الجنين في الحياة وكذلك حق المجتمع في البقاء و الإستمرار.

وتحظى دراسة المسؤولية الجزائية للأطباء والعاملين في المجال الطبي بأهمية قصوى في السياسة الجنائية المعاصرة ، لأن حماية المريض وسلامته وصحته ومراعاة أحاسيسه وعواطفه أدعى أن يقوم بها الطبيب بدلا من التفريط بها، ولذلك كانت مسؤولية الأطباء مشددة إذا أدى فعل الطبيب إلى سوء حالة المريض أو نشأ عن التدخل الطبي أو الجراحي حدوث وفاة أو ترك عاهة مستديمة أو إسقاط جنين قبل الأوان.

ولذلك أحاط المشرع الجزائري الكيان المعنوي والجسدي للمريض بترسانة من المواد القانونية سواء في قانون العقوبات أو القوانين الأخرى فهي ضمانات قانونية لحماية خصوصيات المريض، وذلك بمنع إفشاء أسراره ونشر صوره في حالة المرض ونقل وزرع أعضائه والإتجار بها إلا برضائه، كما أنه يشدد العقاب في حالة قتل المريض إشفاقا أو ما يسمى بقتل الرحمة بالإضافة إلى حضر إجراء التجارب الطبية عليه بغير العلاج.

ويمكن تلخيص أهم النتائج المستنبطة من هذا البحث فيما يلي:

– يعتبر رجال القانون ورجال المهنة الطبية أن سر المريض واحد من مجموعة الأسرار المهنية ويسمونه بالسر الطبي، وهو مجموعة المعارف والمعلومات الخاصة بالمريض ولا يحق لمن حملها بعد الإطلاع عليها بحكم صفة معينة إفشاؤها.

– يعد السر الطبي أحد الأركان الأساسية في ممارسة مهنة الطب وأحد المبادئ الأخلاقية التي يجب على الطبيب ومن في حكمه أن يتحلى بها، لذا حرصت قوانين ممارسة مهنة الطب وقانون العقوبات على توفير الحماية للسر الطبي الذي يطلع عليه الأطباء ومن يعملون في الحقل الطبي، وإنطلاقا من ذلك أعتبر إفشاؤه جريمة يعاقب عليها القانون.

– لايعتبر كشف الطبيب للسر من أجل الدفاع عن نفسه إنتهاكا لسر المريض، وله الحق في كشف العناصر التي ستبرؤه وتسمح له بالدفاع عن نفسه وذلك في حدود التهمة الموجهة إليه وذلك وفقا لنص المادة 4/206 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها،كما يمكن له إفشاء السر الطبي دون الولوج للمساءلة الجزائية إذا تعلق الأمر بحالة الإجهاض أو التبليغ عن الولادات والوفيات والأمراض المعدية التي تشكل خطرا على الأفراد أو التصريح بالعنف وسوء معاملة القصر والسجناء، غير أن إفشاء أسرار

المريض دون رضاه أو رضا أهله وورثته أو في غير الحالات التي يجيزها القانون يشكل جريمة معاقب عليها قانونا وفقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات وتشدد العقوبة إذا كان مرتكبها الأمين على السر الطبي من أعضاء المهنة الطبية كالأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة...

– إن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل في مجال الطب والقفزة النوعية التي أحدثت هذا كله في مجال المعالجة من الأمراض جعل الكثير من أصحاب المهنة الطبية يبحثون بكل جهد لتعلم فنون الطب وإستدراك علومه، وكان الجسم البشري محط أنظار الباحثين لإجراء تجاربهم عليه ولكن القانون أعطى نوعا من الحماية للجسم البشري خاصة في حالة الإتجار بالأعضاء البشرية بموجب تعديل قانون العقوبات سنة 2009.

– يتضمن الحق في سلامة الجسم، الحق في التكامل الجسدي والحق في الإحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم والحق في السكينة الجسدية، ويمكن توفير حماية لهذا الحق بوسيلتين الأولى وقف الإعتداء على هذا الحق والثانية التعويض عن الضرر الناجم عن ذلك الإعتداء.

أما فيما يخص الإقتراحات نوردها كالآتي:

– نقترح النص في الدستور على منع إجراء التجارب الطبية على الجسم البشري وخاصة المريض وذلك بإدراج مادة دستورية نصها كالآتي:"لايجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضاه الحر ودون مراعاة لشروطها المحددة".

– تخصيص باب في قانون العقوبات يتضمن جميع الجرائم المتعلقة بحماية خصوصيات المريض، بدلا من النص عليها في مواد عامة وفي مواضع متعددة ضمن قوانين أخرى.

– تدريس مادة قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية وأخطائها لطلبة كليات الطب في الجامعات، لكي يكونوا على بينة بجسامة المسؤولية الملقاة على عاتقهم مستقبلا.

– إلزام المؤسسات الطبية العامة والخاصة بمستشفياتها وعياداتها بوضع لوحات توضح حقوق وإلتزامات المريض ومن يعملون في الحقل الطبي.

– العمل على تنظيم ملتقيات وأيام دراسية من أجل توضيح خصوصيات المريض بإعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي بعد تدهور صحته.

– ضرورة الإسراع في وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الصحي وبمهنة الطب، يراعى فيها ماحققه الطب من تطور وإزدهار في مختلف مجالاته وتخصصاته من ناحية، كما يراعى فيها الأخذ بما

وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية من ناحية أخرى بشكل يسمح بسن نصوص قانونية متنوعة ومتكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور، وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في القيام بمهمته خاصة في مجال التجارب الطبية العلاجية.

– تفعيل وسائل حماية الحق في سلامة الجسم وبالأخص الوسيلة المتمثلة في الإعتداء على هذا الحق والسماح للمتضرر باللجوء إلى القضاء المستعجل لكي يتسنى وقف الإعتداء بأقل ضرر ممكن وأتم وجه.

– تطوير مهارات التخاطب بين الموظفين، والتحقق من استخدام الاختصارات أثناء الكتابة في ملف المريض.

– المحافظة على أسرار المريض وتاريخه المرضي، وعدم الكشف عن مرض الموظف أو العامل بالنسبة إلى جهة عمله خاصة بالنسبة إلى الأمراض التي تؤثر في حالة المريض النفسية والجسدية بما لا يتعارض مع مصلحة المجتمع.

– جعل عقوبة إفشاء سر المريض من تقدير القاضي، وعدم تقييدها بعقوبة الحبس والغرامة المالية فقط.

– التشديد في موضوع منع الإجهاض وسن عقوبات رادعة له، لأن إباحته في بعض الدول أدى إلى كثرة الجرائم الأخلاقية.

– تطوير مهارات الأطباء والمساعدين ومتابعة حضورهم التدريب والندوات العلمية، وجعلها جزءا من التقييم.

إن خصوصيات المريض تعتبر من أدق الأمور التي يقف عليها البحث العلمي حاليا خاصة في ظل التطور العلمي والتكنولوجي، فما مدى تأثير التطورات التكنولوجية والمعلوماتية الراهنة على خصوصيات المريض؟

.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع

أ – المصادر

القرآن الكريم

ب – المراجع العامة:

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الرابعة، السنة 2007، دار هومة، الجزائر.

2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومة، الجزائر.

3. أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، بدون دار النشر، دون طبعة، سنة 1988.

4. إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

5. بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، طبعة 2004، دار هومة، الجزائر.

6. جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للجميـــع، بـــيروت، لبنان.

7. صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة، طبعة 2006، دار الهـــدى، عـــين مليلة، الجزائر.

8. عادل جبري محـــمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالسر المهـــني أو الـــوظيفي، دراسة مقارنة، طبعة 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

9. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الثـــاني، طبعـــة 1998، ديـــوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

10. عصام أحمد البهجي، حماية الحق في الحياة الخاصة في ضوء حقوق الإنسان والمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، طبعة 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية – مصر.

11. علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2008، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

12. عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، الطبعة الأولى، 2008، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية .

13. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، الشركة الوطنية للنشر، 1984.

14. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1983.

15. محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، طبعة سنة 2002، دار هومه، الجزائر.

16. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، سنة 2003، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.

17. المستشار عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، طبعة 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

18. هشام اليوسفي، الحماية الجنائية للسر المهني، الطبعة الأولى لسنة 2015، دار الوليد للنشر والتوزيع.

ج – المراجع الخاصة:

1. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

2. أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والمقارن، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2011.

3. أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، طبعة سنة 2008، المكتب العربي للحديث، الإسكندرية.

4. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2011.

5. حمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، طبعة سنة 2005، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

6. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القـــومي للإصـــدارات القانونية، 2005، مصر.

7. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية دار شـــتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

8. سعاد حسين حسن، قواعد التمريض، الطبعة الثالثة، سنة 1985، دار القلم للنشر والتوزيع.

9. سماتي الطيب، المنازعات الطبية والتقنية في مجال الضمان الإجتماعي على ضوء القانون الجديـــد، طبعـــة 2010، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر.

10. صفوان محمـــد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية دراسة مقارنة، الطبعـــة الأولى 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

11. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2001.

12. طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلي الجنائية، الطبعة الأولى، سنة 2008، دار وائل، الأردن.

13. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

14. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى 2004، المؤسسة الحديثة، لبنان.

15. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، طبعة ســـنة 1998، منشأة المعارف، الإسكندرية .

16. عبد الكريم مأمون ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، طبعة سنة 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

17. عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضـــة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

18. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2004.

19. علي محـــمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، طبعة 2007، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

20. كريم عشوش، العقد الطبي، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

21. محمـــد أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، طبعة سنة 1987، دار النهضـــة، عمان – الأردن.

22. محمـــد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

23. محمـــد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

24. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2003.

25. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض، 2004.

26. هشام إبراهيم الخطيب، الوجيز في الطب الإسلامي، طبعة سنة 2008، دار الشهاب للطباعة والنشـــر، باتنة، الجزائر.

27. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، طبعة 2007.

28. يحي بن لعلى، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، باتنة – الجزائر.

د – الرسائل الجامعية

1. بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراســة مقارنــة، رســالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

2. محمود التلثي، النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1988.

3. مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية " دراسة تأصيلية مقارنــة "، رســالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2010 – 2011.

4. عنان داود، إلتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنــون، الجزائر، سنة 2001.

5. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مــذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007.

6. موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير، سنة 1998، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن.

7. ناريمان وفيق محمد أبو مطر، التجارب العلمية على جسم الإنسان، دراسة مقارنة، مذكرة ماجســتير في الفقه المقارن من قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغــزة، فلســطين، ســنة 2011.

ه – المجلات والمقالات

1. بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، سنة 2007.

2. تيرس مراد، الإجهاض كإجراء طبي في قانوني العقوبات الجزائري والمقارن بين الإباحة والمنع، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، سنة 2007.

3. عبد الجليل مختاري، الطبيعة القانونية للإلتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء، مجلة دراسات قانونية، مخــبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 7، 2011.

4. عراب ثاني نجية، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونيـــة والإداريـــة، كليـــة الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، 2007.

5. فهيد محسن الديحاني، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكـــويتي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 28، العدد 56، دون سنة.

6. كريمة تدريست، تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري، تيزي وزو، 2008.

7. مأمون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلـــة النقديـــة للقـــانون والعلـــوم السياسية، العدد2، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.

8. نصر الدين مروك، نقل القرينة في القانون الجزائري، المجلة الجزائريـــة للعلـــوم القانونيـــة والإقتصـــادية والسياسية، الجزء 26 لسنة 1998، العدد رقم 03، الجزائر.

9. بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2005، قسم الوثائق.

10. خليفي أسماء، حماية الحق في الحياة الخاصة في المجال الطبي، مقال منشور في مجلة البحوث والدراســـات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، العدد 12، سنة 2016.

11. زهدور أشواق، المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والإتجار بها، مقـــال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، العدد 14، جانفي 2016.

12. سليمان حاج عزام، جنحة إفشاء السر الطبي وحالات إنتفائها، مقال منشور في مجلة دفاتر السياســـة والقانون، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، العدد 14، 2016.

13. شنة زواوي، الحماية القانونية لحق الشخص على صورته، مقال منشور في مجلة السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد 13، جوان 2015.

14. علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 26 لسنة 1998، العدد رقم 03، الجزائر.

15. مروك نصر الدين، مقال منشور في موسوعة الفكر القانوني تحت عنوان: المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الجزء الأول، الملف: المسؤولية الطبية، دار الهلال، الجزائر.

ثانيا: النصوص القانونية

1. دستور 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد رقم 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم.

2. قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد رقم 24.

3. قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد رقم 8 المؤرخة في 17 فبراير 1985 معدل ومتمم.

4. قانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 35 لسنة 1990.

5. قانون رقم 04/05 المؤرخ في 6 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية العدد 12 الصادرة بتاريخ 13 فبراير 2005.

6. قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد رقم 84 الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

7. قانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يعدل ويتمم الأمر 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

8. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 49 مؤرخة في 11 جوان 1966 معدل ومتمم.

9. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد رقم 31 المؤرخة في 08 ماي 2005.

10. المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية العدد 52 مؤرخة في 08 يوليو 1992.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية

1. ABDELKRIM Soukehal, module médecine légale pour les étudiants de l'école nationale d'administration alger, 1994.
2. Louis MELENNEC: la responsabilité pénale du médecin: édition maloine 1984.

رابعا: المواقع الإلكترونية

1. https://revues.univ-ouargla.dz/index.php/numero-03-2010-dafatir
2. http://rdoc.univ-sba.dz/handle/123456789/730?mode=full

فهرس المحتويات

فهـــرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

مقدمة ..... أ

الفصل الأول:

الفصل الأول: الحق في السلامة المعنوية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

المبحث الأول: خصوصية عدم إفشاء السر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه 2

المطلب الأول: خصوصية عدم إفشاء السر الطبي..... 4

الفرع الأول: ماهية وشروط السر الطبي 4

الفرع الثاني : معيار ووسائل العلم ونطاق الالتزام بالسر الطبي 7

المطلب الثاني: خصوصية عدم تصوير المريض ونشر صوره في حالة المرض..... 9

الفرع الأول: ماهية الحق في الصورة وعلاقتها بالحق في الخصوصية للمريض 9

الفرع الثاني: ضمان عدم تصوير المريض ونشر صورته في حالة المرض..... 12

المبحث الثاني : الحماية الجنائية للسر الطبي ونشر صور المريض في حالة مرضه 13

المطلب الأول :الحماية الجنائية للسر الطبي والإستثناءات الواردة عليه..... 13

الفرع الأول: أركان جريمة إفشاء السر الطبي..... 14

الفرع الثاني: حالات انتفاء جريمة إفشاء السر الطبي (أسباب الإباحة) 38

المطلب الثاني: الحماية الجنائية في حالة تصوير المريض ونشر صوره في حالة مرضه 63

الفرع الأول: أركان جريمة تصوير ونشر صور المريض في حالة مرضه..... 64

الفرع الثاني: صور جريمة تصوير المريض ونشر صوره 66

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الحق في السلامة الجسدية للمريض والحماية الجنائية المقررة لها

المبحث الأول: خصوصية رضا وسلامة المريض في التصرفات الطبية 72

المطلب الأول: خصوصية رضا المريض وحالاته في التصرفات الطبية 73

الفرع الأول: صدور الرضا من المريض والإستثناءات الواردة عليه 74

الفرع الثاني :حالات صدور رضا المريض في التصرفات الطبية ورفضه العلاج والرغبة في الموت 81

المطلب الثاني: خصوصية سلامة المريض في التصرفات الطبية 95

الفرع الأول: شروط وضوابط الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي..... 98

الفرع الثاني: مجالات الالتزام بالسلامة في التدخل الطبي 99

المبحث الثاني: الحماية الجنائية في حالة التعدي على جسم المريض 103

المطلب الأول: الحماية الجنائية لجسم المريض في حالة نقل وزرع الأعضاء والأنسجة وفي حالة القتل الطبي 103

الفرع الأول: نقل وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية وعملية التجميل.....103

الفرع الثاني: القتل الطبي.....117

المطلب الثاني: جريمة الإجهاض وجريمة إجراء التجارب الطبية على المريض بغير العلاج 121

الفرع الأول: جريمة الإجهاض.....121

الفرع الثاني: جريمة إجراء التجارب الطبية على المريض بغير العلاج 127

خاتمـــة.....134

قائمة المصادر والمراجع.....139