

أهلية الموافقة على الأعمال الطبية الأستاذ مامون عبد الكريم

إعداد: الأستاذ مامون عبد الكريم - مكلف بالدروس
كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد

أهلية الموافقة على الأعمال الطبية

إعداد: الأستاذ مامون عبد الكريم - مكلف بالدروس
كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد

مقدمة:

إن الحصول على رضا المريض شرط أساسي لمباشرة الأعمال الطبية التي تنطوي على مساس بجسمه. ويجب أن تصدر الموافقة، كقاعدة عامة، من المريض المعني بالتدخل الطبي. وللاعتداد بموافقة من الناحية القانونية، يشترط في المريض تمتعه بقدر من الإدراك والوعي وهو ما يعرف بشرط كمال الأهلية¹. من ثم إذا كان المريض صغير السن أو مصاب بأمراض عقلية أو غيرها من الأمراض والاضطرابات التي تؤثر في القدرة على الإدراك والاختيار فالأصل أنه لا يمكنه الموافقة على الأعمال الطبية وينتقل هذا الحق إلى ممثله الشرعي. ويتولى عادة، الولي أو الحاضن أو القيم أو الممثل القانوني كقاعدة عامة، الموافقة على الأعمال الطبية الخاصة بالقصر ومن في حكمهم.

لقد اختلفت الأنظمة في معالجة رضا القاصر على الأعمال الطبية بسبب الاختلافات الاجتماعية والثقافية والظروف المختلفة الخاصة بهذه الفئات من مجتمع آخر. يضاف إلى ذلك أن الاعتقاد الديني في بعض المجتمعات أو الظروف الاقتصادية الصعبة قد تدفع بعض الأولياء إلى رفض علاج أبنائهم وهو ما يدفعنا إلى إبراز دور القانون في حماية هذه الطائفة من المرضى.

غير أنه قبل الحديث عن مركز القاصر بخصوص الموافقة على الأعمال الطبية في القانون الجزائري، سنستعرض بداية المركز القانوني لهذا الأخير في القانون المقارن للوقوف على تجربة بعض الأنظمة بشأن هذه المسألة. ثم نلي ذلك بتحديد موقف القانون من رفض الوالدين علاج أبنائهم القصر، وذلك حسب الخطة التالية؛

- المبحث الأول: رضا القاصر عن الأعمال الطبية في القانون المقارن.

(1) ولقد اختلفت التشريعات في تحديد سن الرشد القانوني فمنها من حدده بـ 18 سنة مثل القانون الفرنسي ومنها من حدده بـ 19 سنة كاملة كما هو الأمر في القانون الجزائري طبقاً للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.

- المبحث الثاني: رضا القاصر عن الأعمال الطبية في القانون الجزائري.

المبحث الأول

رضا القاصر عن الأعمال الطبية في القانون المقارن

تختلف التشريعات الأنجلوساكسونية عن نظيراتها اللاتينية بهذا الشأن وهو ما يتطلب قدرا من التوضيح من خلال دراسة عينة من كلاهما.

المطلب الأول

رضا القاصر في الأنظمة الأنجلوساكسونية

تتجه الأنظمة الأنجلوساكسونية على العموم إلى تحديد سن أدنى للموافقة على الأعمال الطبية والاعتداد بقدرات الفرد على إدراك طبيعة العمل الطبي كل حسب حالته.

الفرع الأول

رضا القاصر في القانون الإنجليزي

وفقا للمادة الثامنة (8) من قانون الأسرة الإنجليزي،² تشترط موافقة الوالدين أو الممثل القانوني للصغير قبل بلوغه 16 سنة. بمناسبة أي تدخل طبي. ويستثنى من ذلك حالة الضرورة أو الاستعجال و غيرها من الحالات التي يثبت فيها بأن الصغير وصل في نموه إلى درجة من الذكاء، وأنه يتمتع بقدر من الإدراك و القدرة على الاختيار السليم لما يتفق مع مصالحه المختلفة.³

فقد حدد القانون الإنجليزي السن القانوني للموافقة على الأعمال الطبية على اختلاف أنواعها بـ 16 سنة كاملة، حيث جاء في المادة 1/8 من هذا القانون؛

"يعتبر رضا القاصر الذي يبلغ من العمر 16 لأي علاج طبي كيفما كانت طبيعته، والذي يشكل بدون هذا الرضا اعتداء على السلامة الجسمية لشخصه، بمثابة رضاء فعال و مقبول كأنه صادر عن شخص كامل الأهلية؛

(2) Family Law Reform Act. 1969. (G.B)

(3) Knight, B., " Legal aspects of medical practice", Churchill Living-stone, London 1992., p.42.

و في حالة صدور رضاء مقبول عن القاصر، بمقتضى متطلبات هذه الفقرة،
ليس هناك حاجة للحصول على موافقة والديه أو وليه.⁴

وبناء على ذلك يمكن للطبيب في إنجلترا أن يباشر الأعمال الطبية على القاصر البالغ
16 معتمدا فقط على موافقته حتى ولو رفض والداه هذا التدخل الطبي.

أما دون 16 من العمر فالأمر يبقى للسلطة التقديرية للطبيب لمعرفة ما إذا كان
الصغير أهلا لفهم وإدراك طبيعة العمل الطبي ونتائجه ومدى إمكانيةه على إعطاء رضاء
صحيح من الجانب القانون⁵ وهو ما تناوله القضاء الإنجليزي.

فمن السوابق القضائية الهامة التي ساهمت في إرساء المعايير القضائية الواجب مراعاتها
في هذا المجال، قضية السيدة (جيليك) *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area*
*H. A.*⁶، التي فصل فيها مجلس اللوردات سنة 1986. و التي تتلخص وقائعها في اعتراض
الأم السيدة جيليك، كما أعلنته صراحة إلى الجهات الصحية المعنية، عن علاج بناتها
اللاتي لم يبلغن بعد 16 من عمرهن بدون موافقتها خاصة فيما يتعلق بتزويدهن بحبوب
منع الحمل أو إجراء عملية إجهاض.

غير أن المجلس أكد على حق إحدى البنات التي كانت تبلغ آنذاك 15 سنة من
عمرها في الموافقة على إجراء عملية إجهاض رغم عدم موافقة والديها ورفضهما لها.
حيث ثبت للمحكمة أن الطفلة المعنية تتمتع بقدرة كافية على إدراك طبيعة العملية
وآثارها.

من جهة أخرى توصل المجلس إلى أن لجوء الطبيب المعالج لعملية الإجهاض كان
صائبا و محققا لمصالح متعددة للطفلة سواء منها الصحية أو الاجتماعية.⁷ كما ثبت
للمحكمة أيضا أن سلوك الطبيب في هذه الحالة يتفق ورأي بعض الأطباء في نفس

(4) "The consent of a minor who has attained the age of 16 years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person shall be as effective as it would be if he were of full age: and where a minor has by the virtue of this section given an effective consent it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.", Art. 8 sec.1 Family Law Reform Act.1969, précité.

(5) Art. 8 sec. 3 Family Law Reform Act.1969, précité.

(6) *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1984] Q.B 581, , [1984] 1 All E.R. 365, , [1986] A.C 122, , [1985] 1 All E.R. 533, CA Revsd , [1986] AC 112, , [1985] 3 All E.R. 402, H.L.

(7) Lewis, Charles, J "Medical Negligence", Frank Cass, London 1988.. p 197.

الظروف وفقا للقاعدة التي تتطلب القدر المتوسط من الحيلة والحذر والعناية والتعقل والدراسة.⁸ وعلى هذا الأساس لم يُدِن مجلس اللوردات الطبيب لا مدنيا ولا جنائيا.

وفي نفس السياق أكد المجلس على حق الطبيب في التدخل بالنسبة للأعمال الطبية التي يوافق عليها الصغير متى كان هذا الأخير يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك والاختيار بشأن العمل الطبي المقترح، من حيث طبيعته ونتائجه، وذلك في حالات الإجراءات الطبية قليلة الجسام في تأثيرها على صحته وسلامة جسمه. أما الإجراءات الأخرى التي تنطوي على قدر جسيم من الخطورة فإن موافقة الوالدين أو من يحل محلها ضرورية كقاعدة عامة إلى حين بلوغه السن القانوني (16 سنة) للموافقة عليها بنفسه.⁹

ومن جهة أخرى، أشارت بعض المحاكم في إنجلترا إلى وجوب الرجوع إلى المحكمة المختصة بشؤون الأسرة في الحالات التي يكون فيها أسلوب العلاج غير واضح من حيث خطورته أو مدى تأثيره على صحة الصغير الذي لم يبلغ بعد 16 سنة، وكذا الحال عندما يتعلق الأمر بعمليات خطيرة تؤثر على حياة الطفل أو مستقبله الصحي بشكل ملحوظ. حيث تختص محكمة الشؤون الأسرية بالنظر في مثل هذه الحالات وتقرير ما يمكن اتخاذه من إجراءات لمصلحة الصغير مستعينة في ذلك برأي الخبراء.¹⁰

الفرع الثاني

رضا القاصر في القانون الأمريكي

يسود في أغلب الولايات مبدأ عدم الاعتداد برضاء الصغير الذي لم يبلغ بعد عمره 18 سنة. إلا أن بعض الولايات تجيز للصبي المميز الذي لم يبلغ بعد السن القانوني والذي يتميز بالقدرة على الإدراك والاختيار أن يوافق على الأعمال الطبية متى كانت تحقق مصلحة مؤكدة و ثابتة للقاصر ولو أمام رفض الوالدين. و يتجه القضاء هناك أيضا، وعلى غرار نظيره الإنجليزي، إلى الأخذ بعين الاعتبار وضعية الصبي وقدراته العقلية للتأكد من مدى قدرته على اتخاذ القرارات المتعلقة بصحته.

(8) Dyer, Clare "Doctors, Patients and the Law", Blackwell Scientific Publications, London, 1992. p. 16.

(9) Skegg, P.D.G., "Law Ethics and Medicine", Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 54.

(10) Voir en particulier, Brazier, M., "Medicine, Patients and the Law", Penguin Books, London, ed. 1987 and 1992. p. 222 et suite.

وبوجه عام فالغالب في الولايات المتحدة يتفق مع الاتجاه السائد في بريطانيا و الذي يستند إلى إباحة عمل الطبيب إذا صدرت الموافقة من الصغير الذي لم يتجاوز سنه الثماني عشر سنة إذا كان قادرا على فهم وتقدير الإجراء الطبي من حيث طبيعته وآثاره وكان يحقق مصالحه الصحية والاجتماعية ولا يتضمن مساسا جسيما بسلامة بدنه أو يحتمل مخاطر معتبرة.¹¹

المطلب الثاني

رضا الصغير ومن في حكمه في التشريع الفرنسي

يقصد بالصغير في القانون الفرنسي من لم يبلغ الثامنة عشر من عمره طبقا للتقنين المدني الفرنسي¹² وهو ما يوافق أيضا سن الأهلية الجنائية في فرنسا.¹³ ووفقا لما جاء في التقنين الفرنسي لأخلاقيات مهنة الطب¹⁴، يلتزم الطبيب بالحصول على موافقة الوالدين أو الولي الشرعي كلما دُعِيَ لمعالجة صغير السن أو المتخلف ذهنيا. ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والحالات الأخرى التي يتوافر فيها لدى الصبي القدرة على الإدراك تلزم المادة L.1111-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي الطبيب بإعلام القاصر بحالته الصحية و مراعاة رأيه بخصوص العلاج المقترح.¹⁵

وطبقا لنفس المادة يتعين على الطبيب الحصول على موافقة القاصر ومن في حكمه، إذا كان هؤلاء قادرين على التعبير عن إرادتهم والمشاركة في اتخاذ القرار المتعلق بمستقبل

(11) Meyers, David W. "The Human Body and The Law", Edinburgh University press, 1990, p. 165.

(12) Code Civil Français de 1994, loi n° 94-653 du 29 Juillet 1994, Gaz. Pal. 1994.2.

(13) Pradel, Jean, "Droit pénal général", Cujas, Paris, 1987, p. 452.

(14) Code de Déontologie médicale français, décret n° 95-1000, du 6 septembre 1995, (J.O du 8 sept. 95).

(15) "Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, ...Les intéressés ont le droit de recevoir eux mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle"

Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas où le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables.", L'art. L.1111-4 du code Français de la santé publique, loi du 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", <http://www.légifrance.com>

صحتهم. كما يجوز للطبيب، وفقا لنفس المادة، مباشرة العلاج اللازم على القاصر في حالة اعتراض الولي الشرعي أو الممثل القانوني على ذلك.

ويجب التذكير أيضا أنه من حق القاصر في القانون الفرنسي اليوم أن يعترض على أي اطلاع على ملفه الطبي من قبل أوليائه. وفي هذه الحالة يتعين على الطبيب التأشير على الملف بما يفيد ذلك.¹⁶ كما يستطيع القاصر أن يشترط أن يتم الاطلاع على هذا الملف بواسطة طبيب من اختياره.¹⁷

وعلى العموم يتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين إلى أن العبرة دائما بقدرة الصغير على الإدراك والاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح سواء تعلق الأمر بطبيعة هذا العمل أو نتائجه ما دام المقصود هو العلاج وتحقيق مصلحة الصبي. يضاف إلى ذلك أن رسالة الطبيب ومدى نجاحه في عمله يتوقف إلى حد كبير على مدى العناية التي يبذلها لضمان صحة المريض بوجه عام وصغير السن على وجه الخصوص. لذلك يرى بعض الفقه الفرنسي¹⁸ أن الاستناد إلى معيار تشريعي جامد لتحديد أهلية الصغير وما يرتبط بها بسلامة الرضا الذي يصدر عنه قد يشكل عائقا أمام تحقيق مصلحته. من ثم يذهب هذا الاتجاه إلى ترك تقدير هذه المسألة إلى الطبيب تحت رقابة محكمة الموضوع التي لها أن تستعين بالخبراء وغير ذلك من الأدلة للتأكد من مدى توافر القدرة على الإدراك والاختيار لدى الصغير في الوقت الذي صدرت منه موافقته على التدخل الطبي سواء في مجال التشخيص أو العلاج أو الوقاية فحسب. أما غيرها من الإجراءات الأخرى الأكثر جراءة من حيث الغرض المرجو من إجراءاتها (كنقل الأعضاء أو التجارب الطبية) والمخاطر المرتبطة بها فيجب استشارة الأولياء بشأنها كقاعدة عامة.

المبحث الثاني رضا الصغير في القانون الجزائري

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على ما يلي؛ "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها، أو معتوها، يكون ناقص

(16) Art. 6 du Décret n° 2002-637 du 29 Avril 2002, cité par Berret, Consentement, site internet, <http://www-santé.ujf-grenoble.fr/SANTE/medilega/pages/serveurb.html>. p. 6.

(17) Art. L.1111-7 C.S.P, loi du 04/03/2002, précitée.

(18) Penneau, "La responsabilité médicale", Sirey, Paris. 1977. p 60.

الأهلية وفقا لما يقرره القانون." وقد حددت المادة 40 من القانون المدني سن الرشد بتسعة عشر (19 سنة) كاملة، في حين حددت المادة 42 منه سن التمييز بستة عشر (16 سنة).

وطبقا للمادة 44 من القانون المدني يخضع فاقد الأهلية وناقصوها، بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون. وتنص المادة 82 من قانون الأسرة¹⁹ على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

أما المادة 83 من نفس القانون تنص؛ "من بلغ سن التمييز و م يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

وبناء على هذه الأحكام، يكون الشخص كامل الأهلية (البالغ لسن الرشد العقود والتصرفات أيا كان نوعها بما في ذلك عقود الإدارة والتصرف وكذا العقود الطبية التي لها علاقة مباشرة بكيانه الجسدي والعقلي).

أما الشخص الذي لم يبلغ بعد هذا السن أو بلغه ولكنه معاق ذهنيا فالأصل أنه ناقص الأهلية في نظر القانون. وإذا كان مصير السفهه والمعتوه والمعاق ذهنيا بصفة عامة مفصول فيه من الجانب القانوني من حيث وجوب موافقة الولي على التدخلات الطبية التي يكون محلها أفراد هذه الطائفة، إلا أن نقص الأهلية لصغر السن يطرح إشكالا عند التمييز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز. إذ بالنظر إلى أحكام القانون المدني و قانون الأسرة المشار إليها أعلاه تكون تصرفات القاصر المميز نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له. فهل تنطبق هذه الأحكام على العقود التي يتخذها القاصر المميز بشأن التدخلات الطبية ؟ وهل يجوز للأولياء، من جهة أخرى، منع أبنائهم القصر من تلقي العلاج ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلبين المواليين.

(19) قانون رقم 84 - 11 مورخ في 84/07/9 يتضمن قانون الأسرة.

المطلب الأول

الأثر القانوني لرضا القاصر المميز عن الأعمال الطبية في الجزائر

الأصل أنه لا يمكن للقاصر، سواء كان قد بلغ سن التمييز أم لا، الموافقة على الأعمال الطبية ويجب استشارة مثله القانوني، وهو ما أشارت إليه المادة 2/154 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها؛

"يقدم الطبيب العلاج الطبي... لإنقاذ حياة أحد القصر أو الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، ويستحيل الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب.²⁰"

كما احتوت مدونة أخلاقيات الطب على أحكام مشابهة، إذ نصت المادة 52 منها على ما يلي؛

"يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو عاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...."²¹

يتضح من النصين عدم وجود أي استثناء يعطى للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية بدون الرجوع إلى وليه بهذا الشأن، وهو الشيء الذي يمكن وصفه بأنه إفراط في حماية القاصر المميز بدون مبرر. يضاف إلى ذلك، نوع آخر من الحماية لهذه الطائفة من المرضى، وهي حماية أكثر موضوعية، تتمثل في إلزام الطبيب المعالج بجعل مصلحة القاصر الصحية فوق كل اعتبار إذا لاحظ أثناء علاجه للقاصر أن محيطه الأسري لا يوليها العناية الواجبة.²² كما أن الطبيب ملزم من جهة أخرى بإخطار السلطات المعنية إذا لاحظ أثناء علاجه لأحدهم، بأنه "ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية، أو حرمان..²³ وهو ما تؤكد المادة 3/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي جاء فيها؛

(20) قانون رقم 05/85 مؤرخ في 85/02/16 متمم و مكمل بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 90/07/31 سبقت الإشارة إليه.

(21) مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 92/07/06.

(22) راجع المادة 53 من المدونة.

(23) راجع المادة 54 من المدونة.

"يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص

المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم."

من جهة أخرى تمنع المادة 163 من قانون حماية الصحة و ترقيتها²⁴ انتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز سواء تقدم المعني بنفسه لذلك الغرض أو بموافقة وليه.

أما بالرجوع إلى الواقع العملي، فقد جرت العادة في الممارسات الطبية اليومية على معالجة القصر بناء على موافقتهم فقط (كعلاج الأسنان أو علاج الأمراض التي لا تحتوي على مساس معتبر بالسلامة البدنية للشخص كالجروح البسيطة و ما شابهها) و هو ما يخالف التشريع الجزائري في هذا الشأن الذي يشترط موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة العلاج باستثناء ما ارتبط منه بحالة الاستعجال.

في حين بالرجوع إلى القانون المقارن يلاحظ أنه في بعض القوانين يعتبر القاصر كامل الأهلية بالنسبة للأعمال الطبية من يوم بلوغه سن 16، كما هو الحال في قانون الأسرة الإنجليزي. من جهة أخرى، تسمح الكثير من الأنظمة²⁵ للقاصر المميز حسب السن المحدد في كل دولة، و الذي يتمتع بالقدرة على الإدراك و الاختيار، أن يوافق على الأعمال الطبية سواء منها ما تعلق بالتشخيص أو العلاج بكافة وسائله، ما دام أن العلاج يحقق مصلحة الصبي المميز و مخاطره نادرة أو قليلة الجسامه.²⁶ غير أنها لا تعتد بموافقة القاصر على التدخلات الطبية الأكثر خطورة أو الغير علاجية كترع الأعضاء أو عمليات التجميل و كذلك الوسائل التجريبية الحديثة وغيرها من الوسائل التي تحتوي على مساس ملحوظ بسلامة الجسم و يخشى أن يترتب عنها مخاطر جسيمة. ففي هذه الحالات الأخيرة لا تغني موافقة القاصر عن موافقة وليه أو مرافقه له عند الطبيب. و في كافة الأحوال يبقى

(24) قانون رقم 85/05 سبقت الإشارة إليه..

(25) حيث قدرت بعض الأنظمة أن الصبي المميز يمتلك من الإدراك و الوعي ما يسمح له بتقدير مصلحته بشأن الأمور المرتبطة بصحته، بحكم أن التدخلات الطبية تمس السلامة البدنية، و قد وصلت هذه الأنظمة إلى هذا الاستنتاج قياسا على الأهلية الجنائية التي يقارب سنها عادة سن التمييز المدني. راجع ، د إيهاب يسر أنور علي، "المسئولية المدنية و الجنائية للطبيب"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994، ص 76.

(26) راجع ، Skegg., op.cit. p. 51., و عبد الرشيد مأمون، "عقد العلاج الطبي بين النظرية و التطبيق"، ص 42.

من واجب الطبيب التدخل لإنقاذ حياة أو صحة القاصر و لو لم تحصل الموافقة من القاصر أو ممن يمثلته بشرط توافر حالة الاستعجال.²⁷

وعليه يتضح التأخر والفراغ الكبيرين الذين يعاني منهما التشريع الجزائري في هذا المجال. ونقول بأنه فراغ وليس سكوت لأن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب الحصول على موافقة الوالدين أو الولي قبل مباشرة أي عمل طبي على القاصر ولم يستثنى القاصر المميز في الموافقة على أي تدخل طبي، باستثناء النص العام الذي جاء في القانون المدني (المادة 42) و المادتين 82 و 83 من قانون الأسرة. غير أنه عملاً بمبدأ "النص الخاص يقيد النص العام"، لا يمكن، في اعتقادنا، الاستناد إلى هذه النصوص للقول بشرعية موافقة القاصر المميز على الأعمال الطبية في القانون الجزائري بسبب وجود النص الخاص الموجود في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب²⁸ بشأن وجوب حصول الطبيب على موافقة الوالدين أو الولي بشأن التدخلات الطبية على القاصر والأشخاص الغير قادرين على التمييز (البالغ العاجز، المعاق عقليا ومن في حكمهم) وذلك قبل مباشرة التدخل،²⁹ دون الإشارة إلى إمكانية الاكتفاء بموافقة القاصر المميز الذي بلغ سن 16.

أضف إلى ذلك أن التدخل الطبي النافع لا يطرح أي إشكال بالنسبة للقاصر ما دام أنه وافق على تصرف نافع له نفعل محضاً وتحققت مصلحته. لكن ما الفائدة من إبطال رضا القاصر، إذا طبقنا افتراضياً حكم المادة 83 من قانون الأسرة و الذي مجاله الحقوق المالية، بعد أن يتحقق الضرر فعلاً من جراء تنفيذ التدخل الطبي الذي اعتره الطبيب في مصلحة القاصر؟. بمعنى آخر إذا كان بالإمكان إبطال العقد وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بشأن التصرفات المالية الضارة ضراً محضاً أو الدائرة بين النفع والضرر، فإن الأمر ليس ممكناً في المجال الطبي بعد تحقق الضرر على جسم القاصر.

(27) إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 76.

(28) راجع المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، سبق الإشارة إليهما.

(29) باستثناء حالة الضرورة التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض سواء كان راشداً أم قاصراً و تعذر الحصول على موافقة الأهل أو ولي القاصر، راجع المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

من جهة أخرى، بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري بنحده يحدد سن 13 سنة كاملة كحد أدنى لإمكانية متابعة القاصر على إجرامه (تدابير وقائية أو عقوبات مخففة)³⁰.

وهذا بخلاف الكثير من التشريعات التي رفعت هذا السن إلى 15 أو 16 سنة.³¹ مما يعني أن الصبي الجزائري البالغ من العمر 13 سنة يتمتع، في نظر المشرع الجنائي الجزائري، بالقدر الكافي من الإدراك والتمييز الذي يجعله مسؤولاً ولو مسؤولية مخففة عن أفعاله، في حين لا يعترف له بهذه القدرات في مجال القرارات الطبية رغم أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب إلى مجال الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان.

وعليه ليس هناك ما يمنع، في نظرنا، طبقاً للواقع القانوني الجزائري الحالي، أي والد أو ولي غير راض على نتائج العلاج الذي خضع له ولده القاصر والذي لم يستشار بشأن علاجه أن يتابع الطبيب على أساس الإخلال بهذا الشرط القانوني بدون حاجة إلى إثارة الخطأ الطبي من جانبه الفني. لذلك نعتقد بأنه من واجب المشرع الجزائري أن يراجع موقفه تجاه هذه الطائفة من المرضى، حماية لهم ولألطباء، من خلال وضع نصوص قانونية أكثر مرونة تعطي للطبيب الجزائري السلطة التقديرية بشأن اللجوء إلى استشارة الولي أو الاكتفاء بموافقة القاصر المميز وذلك بناء على تقدير الطبيب للإمكانات العقلية التي يتمتع بها القاصر مستعينا في ذلك بالخبرة من جهة أو استشارة المحكمة حول المسألة وذلك قبل مباشرة التدخل الطبي على القاصر. ويمكن للمشرع في هذا المجال، وعلى غرار غيره من المشرعين، أن يحدد التدخلات التي يمنع مباشرتها على القاصر لارتباطها بالنظام العام³² أو تلك التي تتطلب موافقة الوالدين أو الولي بسبب خطورتها.

(30) حيث تنص المادة 49 منه على ما يلي؛ "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية. ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ، ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه 13 - 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة".

(31) كالقانون السعودي مثلاً، راجع د. عبد السلام التونجي، "موانع المسؤولية الجنائية"، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ص 166.

(32) على غرار ما جاء في المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري التي جاء فيها؛ "يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين والمحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل...". أو كالطلب المقدم من قبل القاصرة إلى الطبيب بشأن تزويدها بحبوب منع الحمل أو إجهاضها.

ويرى الباحث أن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأموره الصحية يعود عليه بأكثر من فائدة. فهو تدريب على أخذ القرارات المهمة في حياته، باعتبار أن القرارات الخاصة بالجانب الصحي ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد وهي سلامته الجسمية والعقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس وهي خاصية محمودة في الفرد سواء من الناحية الأخلاقية أو الاجتماعية.

المطلب الثاني

سلطة الوالدين في رفض التدخل الطبي لصالح الأبناء القصر

ثار التساؤل عن مدى سلطة الوالدين في رفض إخضاع الصغير لأعمال طبية تهدف إلى التشخيص أو العلاج أو الوقاية دون توافر سبب مشروع لذلك.

غني عن البيان أن مثل هذا التصرف يخالف تعاليم الدين الإسلامي الذي يحث الوالدين على حسن تربية الأبناء والعمل على غمومهم غموا سليما، ليس فقط من الناحية البدنية والنفسية فحسب، بل أيضا من النواحي الخلقية والعقلية والعقائدية لكي تكون نافعة للدين والأمة.

فقد ثبت عن الرسول الكريم (ص) قوله؛ "كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت"³³. لذلك أوجب الإسلام على الولدين النفقة التي تشمل الغذاء واللباس والمسكن والتعليم والعلاج وغيره مما يحتاجه الولد في تربيته. من ثم لا يجوز للوالدين بأي حال من الأحوال رفض العلاج الذي من شأنه الإضرار بأبنائهم.³⁴

الفرع الأول

موقف التشريع الجزائري

لقد اتبع المشرع الجزائري النهج الإسلامي من خلال إلزام كل من يوكل إليه رعاية طفل سواء كان حاضنا، وليا، وصيا، مقدما أو كفيلا حسب الحالة، بحسن رعايته

(33) ذكره، إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 79.

(34) محمود عمر فارح، "الأسرة القوية في مفهوم الإسلام"، المؤتمر القومي عن الإسلام وتباعد فترات الحمل، المركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية، جامعة الأزهر، القاهرة، 1990، ص 10.

وتربيته طالما هو تحت رعايته ومسئوليته، والسهر على حمايته³⁵، وذلك إلى حين بلوغ المحضون السن القانوني لسقوط الحضانة عليه³⁶ أو سن الرشد القانوني بالنسبة للحالات الأخرى، وهو ما يمكن استنتاجه من الأحكام العامة التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري في مجال شروط وأحكام الحضانة، الولاية والوصاية على الأطفال والقصر.³⁷ فقد اشترطت المادة 93 من قانون الأسرة أن يكون الوصي مسلما، عاقلا، بالغاً، قادراً، أميناً وحسن التصرف وللقاضي إمكانية عزله إذا لم تتوافر فيه هذه الشروط. كما يمكن للقاضي عزل الوصي، وفقاً للمادة 96 من نفس القانون، بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

من جهة أخرى تضمنت مدونة أخلاقيات الطب أحكاماً عامة تفيد بمفهوم المخالفة أن الولي أو الوصي مطالب بتوفير أحسن عناية صحية، بدنية كانت أم عقلية، لمن هم تحت مسؤوليته من الأطفال أو القصر. إذ نصت المادة 53 من المدونة؛

"يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان **حامي الطفل المريض** عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها."

في حين تلزم المادة 54 من نفس المدونة الطبيب بإبلاغ السلطات المعنية أو المختصة، عند اكتشافه، أثناء قيامه بوظيفته، للحالات التي يكون فيها القاصر أو الشخص المعوق ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان. مما يفيد أن حق الطفل أو القاصر في الصحة والعناية الطبية اللائقة مضمون في النصوص التشريعية الجزائرية وهو ما يجعل مسؤولية الوالدين أو الوصي قائمة في حالة الإهمال بالإضافة إلى كل النتائج التي يمكن أن تنجر عن ذلك³⁸.

(35) حيث تنص المادة 62 من قانون الأسرة "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك."

(36) تنص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري؛ "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، و الأثني ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية."

(37) راجع المواد من 87 إلى 100 من قانون الأسرة.

(38) أهمها سقوط الولاية أو الوصاية إلى الغير إذا ثبت عدم صلاحية المعني إلى توليها على الأطفال أو القصر، راجع المادتين 92 و 96 من قانون الأسرة. سبقت الإشارة إليه. راجع أيضا المواد من 269 إلى 272 من قانون العقوبات الجزائري.

وعليه، فإذا رفض الوالدان دون مبرر شرعي التدخل الطبي في حالة الضرورة التي تستوجب السرعة في التنفيذ لإنقاذ صحة أو حياة الصغير، فالأصل أنه لا يعتد برفض الوالدين تطبيقاً لمادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب التي أسندت مهمة حماية الطفل إلى الطبيب في مثل هذه الحالات. يضاف إلى ذلك أن تدخل الطبيب في هذه الظروف يعد مشروعاً طبقاً للأحكام العامة ما دام غرضه هو حماية حياة أو صحة الصغير.

ويرر البعض³⁹ إباحة تدخل الطبيب رغم اعتراض الوالدين على ذلك، بأن حياة وصحة الأبناء ليست حقاً خالصاً للأولياء، بل هو حق للمجتمع ككل الأمر الذي يقتضي الحفاظ على حياة الأفراد و سلامتهم⁴⁰.

وفي الحالات التي يكون فيها التدخل العلاجي إجبارياً، مثل إجراءات الوقاية من الأمراض المعدية ومكافحتها، كالتطعيم الإجباري أو عزل الصغير المصاب بمرض معد، فإن تدخل الطبيب بشأنها يكون مشروعاً ولو اعترض الوالدان عن ذلك ما دام الطبيب قد التزم بالضوابط الإدارية والقواعد الفنية والقدر اللازم من الحيطة والحذر.

غير أنه يجب التنبيه إلى أن اعتراض الوالدان على الأعمال الطبية يجب أن يؤخذ مأخذ الجد في غير حالة الاستعجال، أو عندما ينطوي التدخل الطبي على قدر جسيم من المخاطر أو عندما يكون الغرض منه غير علاجي أساساً، لأنه في هذه الحالات يحدث الاعتراض أثره القانوني كاملاً بحيث يجعل تدخل الطبيب غير مشروع و تترتب عليه المسؤولية القانونية حسب الأحوال.

الفرع الثاني

: رفض أحد الوالدين علاج الصغير

قد يحدث خلاف بين الوالدين بشأن علاج طفلهما بحيث يوافق عليه أحدهما في حين يرفضه الآخر.

(39) Meyers, op.cit, p. 165, Mason and McCall Smith, "Law and Medical Ethics", London, Butterworths, 2nd 1987 & 3rd ed 1992. p. 234.

(40) يرى البعض أن رفض الوالدين للعلاج يعد من قبيل الإساءة في استعمال السلطة، راجع في عرض هذا الاتجاه، د. شعبان نبيه متولي دعيس، "الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة" رسالة دكتوراه، بدون تاريخ، جامعة القاهرة، ص 527.

يرى بعض الفقه⁴¹ أنه لا خلاف في إباحة عمل الطبيب في الحالات التي لا ينطوي التدخل الطبي على مساس جسيم بسلامة الصغير وما دام التدخل في مصلحته. غير أنه في غيرها من الحالات، فقد ذهب رأي إلى وجوب مراعاة إرادة الوالدين معا، ومن ثم وجوب محاولة إقناعهما معا.⁴²

وانتجه رأي آخر إلى وجوب التفرقة بين ما إذا كان الرفض من الأب أو من الأم. ففي حالة موافقة الأب يكون التدخل مشروعاً بالنسبة للطبيب باعتبار أن الأب هو الولي الشرعي للصغير وهو المسئول الأول عن كل أفراد العائلة. أما إذا رفض الأب ووافقت الأم فلا يكون تدخل الطبيب مشروعاً إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط أهمها؛ أن تكون احتمالات النجاح مؤكدة وأن يتخذ الطبيب المعالج جميع الاحتياطات اللازمة لتحقيق مصلحة الصغير، كان يسترشد برأي أطباء آخرين أكثر خبرة للتأكد من ضرورة التدخل، وألا يكون من شأن هذا التدخل الإضرار بصحة الصغير أو تعرضه لمضاعفات مستقبلية.

غير أنه ليس ثمة إشكال إذا تدخل الطبيب في حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل السريع على النحو الذي سبق بيانه لأن الطبيب ملزم بإنقاذ حياة الصغير ولو رفض الوالدان. فمن باب أولى أن يكون للطبيب المعالج ذلك أمام رفض أحدهما، بشرط توافر عناصر الضرورة و بشرط أن يكون العمل الطبي هو السبيل الوحيد لتحقيق أفضل مصلحة للصغير.⁴³

وفي رأينا يجب أن تكون العبرة بموافقة الأب باعتباره الولي الشرعي،⁴⁴ وفي حالة غيابه تحل محله الأم. فإذا رفض الأب التدخل الطبي، يجب البحث في أسباب هذا الرفض. فإذا كانت أسباب الرفض جدية كما هو الحال عندما تكون نتائج التدخل غير مضمونة

(41) إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 81، راجع أيضاً؛

Cabrit, A et Dapongny, B, " Patients-Médecins ; tous vos droits ", France éditions du puits fleuri, 1992, p. 68.

(42) د. أحمد محمود إبراهيم سعيد، "مسئولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعدته، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983، ص 283، راجع كذلك؛

Rougé, D Arbus, L et Costagliola, M "La Responsabilité Médicale ", Paris Arnette, 1992, p. 33.

(43) إيهاب يسر أنور علي، المرجع السابق، ص 81.

(44) حيث تنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري؛ " يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً."

أو فيها من الجسامة أو الخطورة ما يسيء إلى مصلحة الصغير، فلا شك من وجوب الانصياع لرفض الوالد. أما إذا كانت أسباب الرفض غير جدية، كأن يبني رفضه على اعتبارات مالية أو معتقدات اجتماعية أو دينية⁴⁵ فيكفي في هذه الحالة موافقة الأم إذا كان التدخل الطبي يخدم مصلحة الصغير سواء في مجال الوقاية أو العلاج. و في كافة الأحوال الأخرى التي تنطوي فيها التدخلات الطبية على خطورة جسيمة (نزع الأعضاء أو عمليات التجميل) يتعين على الطبيب التريث حتى الحصول على موافقة الوالدين.

أما في حالة الطلاق، فإن واجب الرعاية الصحية يقع على الشخص الذي أسندت إليه حضانة الطفل، غير أنه إذا تعلق الأمر بتدخلات طبية فيها مساس جسيم بالسلامة البدنية للطفل المحضون، و كان الصغير في حضانة الأم، فالأصل، كما ذهب إليه بعض الفقه⁴⁶ هو وجوب الحصول على موافقة الوالدين معاً، إلا إذا كان أحدهما غائبا.

(45) ليس في الشريعة الإسلامية ما يميز للرد المسلم رفض العلاج . حيث وضحت أن السعي إلى العلاج واجب ديني للمحافظة على صحة المسلم، إلا في الحالات التي يخشى أن يؤدي العلاج إلى ضرر أكبر، راجع د. أحمد محمد بدوي؛ "نقل و زرع الأعضاء البشرية"، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، 1999 ص 149. غير أنه في بعض الديانات الأخرى، كما هو الحال بالنسبة لبعض المذاهب (sectes) مثل المذاهب العبرانية، "Les témoins de Jehovah" أو فئة المورمون (Mormon) فإنهم يرفضون العلاج عن طريق نقل الدم و لو في حالة الضرورة سواء لهم أم لأبنائهم. مع العلم أن أغلب القوانين الغربية تميز للطبيب علاج الأطفال المنتمين إلى هذه الطوائف رغم اعتراض الأولياء عن ذلك إذا كان نقل الدم ضروري لحماية صحة أو حياة الطفل، على أساس أنه من حق الوالد المتلزم بشعائره دينه أن يمنع ذلك عندما يتعلق الأمر بحياته أو سلامة جسمه هو، أما عندما يتعلق الأمر بالأطفال فيجب أن يخضعوا للعلاج في هذه المرحلة من عمرهم و عند بلوغهم سن الرشد يمكنهم أن يقرروا بأنفسهم قبول أو رفض هذا النوع من العلاج. من جهته استند القضاء الغربي في إباحته للعمل الطبي على الطفل المنتمي لهذه الطوائف، إلى أن حرية الاعتقاد و حرية ممارسة الشعائر الدينية في هذه الأنظمة يجب ألا تتعارض مع حق الدولة في الحفاظ على صحة و أمن و حياة و رفاهية المواطنين. ففي هذا الإطار لقد أقرت المحاكم الأمريكية بحق الشخص في رفض العلاج استناداً إلى معتقداته الدينية، ما لم يرتبط ذلك بحياة الغير كما في حالات الحمل، أو عندما يكون الشخص مسئولاً مادياً أو معنوياً عن آخرين، كوجود أطفال قصر، إذ أنه في هذه الحالة يحقق العلاج مصلحة مؤكدة للمجتمع. راجع في ذلك الأحكام القضائية الأمريكية التالية:

Reynolds v. United States, 98 U.S 145, 25 L.ed 2d 244 (1879)

Prince v. Massachusetts, 321 U.S 158, 645.Ct.438, (1944).

Hill v. State, 38 Ala. App. 404, 88, So 2d 880, 1956.

Erickson v. Dilgard, 44 Misc. 2d 27, 252, N.Y.S. 2d, 705 (1962).

Jeferson v. Griffin spalding county Hospital, 277 S.E. 2d – 457 – GA (1981).

ولمزيد من التوضيح في هذا الموضوع راجع؛ مصطفى عبد الحميد عدوي، "حق المريض في قبول أو رفض العلاج؛

دراسة مقارنة بين النظامين المصري و الأمريكي"، دار الطبع غير معروفة، مصر 1992، ص 84 وما بعدها.

(46) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، "القانون الجنائي والطب الحديث"، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 1986، ص 123.

خاتمة:

أهم ما يمكن الإشارة إليه في خاتمة هذه المداخلة هو التأخر الذي يعاني منه التشريع الجزائري بخصوص أهلية الموافقة على الأعمال الطبية. ففي الوقت الذي تتجه فيه مختلف التشريعات المقارنة إلى إشراك القاصر المميز في عملية اتخاذ القرارات الصحية لا يزال التشريع الجزائري يشترط كمال الأهلية، أي بلوغ سن الرشد، لإمكانية الموافقة على الأعمال الطبية.

من جهة أخرى، بالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه يحدد سن 13 سنة كاملة كحد أدنى لإمكانية متابعة القاصر على إجرامه (تدابير وقائية أو عقوبات مخففة) مما يعني أن الصبي الجزائري البالغ من العمر 13 سنة يتمتع، في نظر المشرع الجنائي الجزائري، بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز الذي يجعله مسؤولا و لو مسؤولية مخففة عن أفعاله، في حين لا يعترف له بهذه القدرات في مجال القرارات الطبية رغم أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب إلى مجال الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان. لذلك نرجو تدخل المشرع الجزائري لتعديل النصوص الخاصة بأهلية الموافقة على الأعمال الطبية في قانون حماية الصحة وترقيتها بما يتفق والاتجاه المعمول به حاليا و الذي يحدد سن التمييز بين 15 و 16 سنة.

و يؤكد الباحث أن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأموره الصحية يعود عليه بأكثر من فائدة. فهو تدريب على أخذ القرارات المهمة في حياته، باعتبار أن القرارات الخاصة بالجانب الصحي ترتبط بأهم ما يمتلكه الفرد وهي سلامته الجسمية والعقلية. كما يمكن اعتبار ذلك بمثابة ترويض على الاعتماد على النفس وهي خاصية محمودة في الفرد سواء من الناحية الأخلاقية أو الاجتماعية.