

مدى احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي

فنيف غنيم

أستاذة مساعدة "أ"

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة:

سادت لفترة طويلة من الزمن نظرية «الوصاية الطبية» أو «الهيمنة الطبية» أو «الأبوية الطبية»، التي تحكم العلاقة بين الطبيب والمريض. فرغم تعدد التسميات إلا أنّ المعنى واحد وهو أنّ الطبيب سيد العلاقة الطبية وصاحب القرار الطبي وما على المريض سوى الخضوع والاستسلام. وهي نظرية حضيت بتدعيم الفقه⁽¹⁾ وانعكست على التنظيم القانوني للعلاقة الطبية⁽²⁾. ترتب على الأخذ بهذه النظرية عدم احترام إرادة المريض وعدم وجود أية ضرورة للحصول على رضاه قبل التدخل الطبي. إذ اعتبرته طفلاً وجاهلاً وضعيفاً في مواجهة طبيب محتكر ومتحكم في أصول مهنة الطب.

(1) يمثل الاتجاه المشجع للهيمنة الطبية الأستاذ L. Portes أحد أعلام رجال الطب في فرنسا. نقلا عن: حمدي عبد الرحمان، معصومية الجسد، بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، د.د.ن، مصر، 1987، ص 34.

(2) انعكست أفكار الأستاذ L. Portes على تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي لسنة 1947 (ملغى) الذي كان الدكتور Portes أحد واضعيه. إذ لم ترد أية إشارة فيه لاحترام إرادة المريض، كما لم ترد الإشارة إلى احترام إرادة المريض في يمين أبيقراط. نقلا عن جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 22.

تلاشت هذه النظرية أمام الانتقادات الحادة الموجهة إليها من طرف نظرية معاكسة لها وهي «النظرية الإنسانية للعلاقة الطبية»، التي تتجه إلى إعطاء حق للمريض في اتخاذ القرار الطبي استنادا إلى حقه في الحرية الفردية ومبدأ معصومية جسده. مدعمة ذلك بأنّ الفن الطبي رغم تقدّمه إلّا أنّه يتضمن درجة قد تضيق أو تتسع من الاحتمال، وأنّ عدم اليقين في فعالية العلاج يستلزم أن تكون الكلمة الأخيرة في اتخاذ القرار الطبي في يد صاحب الجسد. وأنّ جهل المريض بالمعطيات الطبية لا يكون مبررا لإطلاق سلطة الطبيب في فعل ما يشاء، بل هو سبب يوقع عليه التزاما بالإعلام لضمان رضا وموافقة المريض عن وعي وإدراك كاملين.

هو مطلب استجابته له أغلب التشريعات منها التشريع الجزائري⁽¹⁾. والفرنسي⁽²⁾، من خلال تنظيم التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض قبل التدخل الطبي، الذي قد يكون الخاضع له قاصرا. فهل يعتد بإرادة القاصر قبل التدخل الطبي؟

(1) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جماد الأول عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985، يتعلّق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. ج عدد 08 الصادرة في 17 فبراير سنة 1985، معدّل ومتمم. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 07 محرّم عام 1413 الموافق لـ 06 يوليو سنة 1992، يتضمن مدوّنة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج. ج عدد 52 لسنة 1992.

(2) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002. www.legifrance-gouv.fr. Décret n°: 95-1000 du 06 septembre 1995, JORF du 08 septembre 1995, www.legifrance-gouv.fr.

ينظر إلى القاصر على أنه صغير السن لم يكتمل نضجه إلى درجة تسمح له بفهم الخطاب الطبي. لذا فإنّ حمايته وتحقيق مصلحته تكون بإسناد أمر اتخاذ القرار الطبي الخاص به إلى المخوّل قانونا وعدم احترام إرادته في اتخاذ القرار الطبي. (أولا) هي نظرة وتفكير لم يعد يواكب تطور حقوق الطفل في كل المجالات إذ لا ينظر إلى القاصر على أنه طفل صغير وإنّما ينظر إليه على أنه رجل وامرأة المستقبل وبطل قراراته. لذا وجب احترام إرادته في اتخاذ القرار الطبي. (ثانياً)

أولا/ عدم احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي

أمام أهمية التدخل الطبي وخطورته من جهة وصعوبة إدراك مضمونه ونتائجه بالنظر إلى صفتي التعقيد والفنية التي يتسم بهما من جهة أخرى، فإنّ القاصر غير أهل لاتخاذ القرار الطبي (1) لذا يتولى المخوّل قانونا أمر اتخاذ القرار (2).

1- عدم أهلية القاصر لاتخاذ القرار الطبي

اتخذ المشرع الجزائري موقفا عاما ومطلقا وهو عدم الاعتداد بإرادة القاصر رأيا أو موقفا أو موافقة، مشترطا بذلك كمال الأهلية⁽¹⁾، للرضا عن التدخل الطبي، إذ أسند حق اتخاذ القرار الطبي الخاص بالقاصر والبالغ العاجز إلى المخوّل قانونا⁽¹⁾، دون تمييز بين القاصر غير المميز والقاصر المميز، رغم

(1) كمال الأهلية هي بلوغ الشخص لسن الرشد غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية ولا مانع من موانعها. أنظر محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 61.

أنّ هذا الأخير يتمتع بدرجة من الإدراك تسمح له بفهم الخطاب الطبي⁽²⁾ واتخاذ القرار ولو على الأعمال الطبيّة المتداولة⁽³⁾، ما يؤكد بأنّ المشرع يصّر على أنّ العمل الطبي عمل دائر بين النفع والضرر يستلزم إجازة الممثل القانوني⁽⁴⁾.

لا يعتد المشرع الفرنسي من جهته بإرادة القاصر مسندا ممارسة حق اتخاذ القرار الطبي من إعلام ورضا إلى أصحاب السلطة الأبوية⁽⁵⁾ وهذا توفيراً للإطار القانوني لحماية القاصر⁽⁶⁾.

2- تمثيل المخوّل قانوناً للقاصر في اتخاذ القرار

(1) راجع المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت وكذلك المادة 52 من م.أ.ط.ج.

(2) DUJARDIN Valérie, La personne mineur, Les études hospitalières, Bordeaux, 2005, p 34.

(3) ومن قبيل الأعمال الطبيّة المتداولة أو العادية البسيطة الضرورية التي لا تستدعي انتقال كلا الأبوين ورضاهما: زيارة طبيب الأسنان، مرض الطفل بحمى، التسنين، جرح سطحي...الخ. نقلا عن جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 18.

(4) ينوب قانونا على من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها بسبب صغر السن أو جنون أو عته أو سفه أو غفلة هو الولي أو الوصي أو المقدم، طبقا لنص المادة 81 من قانون الأسرة، قانون 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لـ 12 جوان 1984، معدّل ومتمم.

(5) Art. 1111-2 al 5 CSP: «Les droits du mineurs ou des majeurs sous tutelle, mentionnées au présent article sont exercés selon le cas par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur...».

(6) CLOTID (Rougé-Maillart), Médecine et vulnérabilité, La relation de soin, médecine et droit, Elsevier MASSON, France, 2011, p 18.

أسند المشرع الجزائري أمر الرضا عن التدخل الطبي الذي يقدم عليه القاصر إلى ممثله القانوني الذي يتخذ إما صفة الولي⁽¹⁾ أو الوصي⁽²⁾ أو القيم⁽³⁾، وهو أمر وكّله المشرع الفرنسي لأصحاب السلطة الأبوية بعد أن كان منحصرًا على الأب في إطار نظام قوّة الأب⁽⁴⁾. الذي لم يكن يسمح بتخطي قرار

(1) يعتبر الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، كما تحل محله أيضا في حالة غيابها أو حصوله مانع له، إذ تتولى القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، أما في حالة الطلاق وكان الصبي في سن الحضانة فإنّ حضانته تكون للأم، إذا كانت أهلا لذلك، وبالتالي تتولى رعايته ورقابته وتكون مسؤولة عن كلّ ما يصدر عنه. تشمل الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه وخلقا، ولقد حسم المشرع الجزائري موضوع الولاية في حالة الطلاق في الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة كما يلي: «... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد...». يجب على الولي في الحالات المرضية أبا كان أو أما أن يكون حريصا على مصلحة الابن في تلقي العلاج ولذا فهو ممثله القانوني فيما يخص الموافقة على الأعمال الطبية.

(2) تكون الولاية أصلية ولكنّها قد تكون غير أصلية كولاية الوصي الذي يختاره الأب وقد يعين القاضي نائبا كما في حالة المقدم. يعتبر الوصي ذلك الشخص الذي يعينه الأب أو الجد لحماية القاصر إذا لم تكون له أمّا تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية. وإذا تعدّد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم، وللوصي نفس سلطات الولي. يتولى الوصي في حالة مرض قاصر أو بالغ عاجز إعطاء الموافقة على القيام بالأعمال الطبيّة اللازمة باعتباره ممن خولهم القانون إعطاء موافقته ورضاه عن العمل الطبي الذي ينفذ على جسد القاصر والعاجز البالغ طبقا لقانون حماية الصحة وترقيتها.

(3) تعيّن المحكمة مقدّما في حالة عدم وجود ولي أو وصي مختار بناء على طلب أحد أقاربه ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، يقوم المقدّم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.

(4) ظلت قوّة الأب على أبنائه في القانون الفرنسي مطلقة خلال عدّة قرون وتضمن التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 (قانون نابليون) تكريسا لهذه السلطة المنفردة. تخوّل قوّة الأب لرب الأسرة

قرار الأب حتى ولو كان تعسفيا وتحكميا وبالرغم مما ينطوي عليه من قسوة وتعنت. فالأطباء في القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين لم يكن أمامهم من حلّ سوى احترام إرادة رب الأسرة لكون سلطته مطلقة⁽¹⁾.

حقوقا مطلقة في مواجهة أبنائه تصل إلى حد تقرير الحياة والموت لذلك توصف بأنها قريبة من السلطة الأبوية في القانون الروماني، كانت هذه السلطة تسمح للأب أن يرفض خضوع ابنه لتدخل طبي حتى ولو كان هذا التدخل ضروريا لإنقاذ حياة الابن وكانت حياة هذا الأخير معرضة للخطر وحتى لو كانت الأم والابن قد قبلوا بهذا التدخل وبطلبان بإجرائه، عرف القانون الفرنسي المدني بمقتضى قانون 04 جوان 1970 المعدّل للقانون المدني تغييرا في نظام السلطة على القاصر، إذ بطل مصطلح قوة الأب بمصطلح سلطة الأبوين وهو الذي منح حق السلطة لكلا الأبوين، فالأب لم يعد سيد الأسرة، وتبعه قانون 04 مارس 2002، المتعلق بالسلطة الأبوية المعدّل للقانون المدني الذي قرّر بصفة نهائية تساوي الأبوين في ممارسة السلطة إذ أصبحت السلطة تمارس بصفة مشتركة بين الأب والأم.

Art. 372 : «Les pères et mères exercent en commun l'autorité parentale». Voir loi n° 2002-305 du 04 Mars 2002, relative à l'autorité parentale JO 05 Mars 2002, p 4161. www.dalloz.fr.

⁽¹⁾ يشهد على ذلك الحالة التي يرويها الدكتور L. Picqué باعتبارها تجربة شخصية عرضت عليه سنة 1884، وتتعلق بشخص اصطحب إليه ابنته التي تبلغ من العمر عشرين سنة لفحصها طبيا، حيث اتّضح للطبيب بعد إجراء الفحص ومن بعده التشخيص أن الفتاة مصابة بسرطان في الجزء السفلي من عظام الفخذ مما يتحتم عليه بتر هذا الجزء لإنقاذ حياة الفتاة، ولكن أبوها رفض هذا التدخل وأعلن أمام ابنته أنه يفضل موتها على رؤيتها مبتورة الساق. وبضيف الطبيب أنّ المشهد الذي تبع ذلك كان شديد القسوة وصعب الاحتمال، فقد انتصبت الفتاة على عكازها تستعطف أباه والدموع تملأ عينيها أن يقبل العملية مؤكدة أنها تريد أن تعيش وأنها بلغت من السن (16 سنة) ما يمكنها أن تختار لنفسها إلا أنّ الأب ظل ثابتا على موقفه نقلا عن:

Picqué L, à propos du droit du père sur ses enfants, La presse médicale, France, 1911, p 235.

هي سلطة أصبحت مؤطرة بغرض حماية مصلحة القاصر، فقد تمارس بصفة مشتركة⁽¹⁾ أو قد ينفرد بها أحد الوالدين⁽²⁾ وقد تسحب منهما كلياً أو جزئياً⁽³⁾ وهو ما يؤكد بأن مصطلح السلطة الأبوية يعبر على عمل أكثر من تعبيره على سلطة⁽¹⁾.

(1) يمارس الوالدان السلطة بصورة مشتركة إذا كانا تجمعهما رابطة زوجية وليس بينهما انفصال جسدي سواء كان الولد شرعياً أو ولدا بالتبني. لا يؤثر الطلاق على الممارسة المشتركة للسلطة إذ رغم فشل وانحلال العلاقة الزوجية إلا أنّ العلاقة الأبوية لا بدّ أن تبقى قائمة لتحقيق مصلحة الطفل. كما يستفيد الطفل الطبيعي من الممارسة المشتركة للسلطة الأبوية إذا اعترف الوالدين ببنوة الطفل قبل أن يتم السنة الأولى من عمره، شرط أن تكون لهما معيشة مشتركة وقت صدور الاعترافين. راجع المواد 373-1 و 373-2 و 373-3 من القانون المدني الفرنسي.

(2) ينفرد أحد الوالدين بممارسة السلطة على أبنائه في حالة الطلاق إذا اقتضت مصلحة الطفل ذلك، أو في حالة الوفاة أو الإصابة بمانع من موانع الأهلية أو عارض من عوارضها أو الغياب. فاهتمام المشرع بمصلحة الطفل ووضعها فوق كل اعتبار جعله يورد استثناء على قاعدة عدم تأثير الطلاق على الممارسة المشتركة للسلطة وهي بإسناده السلطة لأحد الأبوين دون الآخر الذي لا تبقى له إلا سلطة الرقابة على قرارات الوالد صاحب السلطة. راجع المادة 373-2 من القانون المدني الفرنسي.

(3) يعود سبب سحب السلطة من الأبوين إلى كونهما يشكلان خطراً على نمو الطفل وصحته. ومن بين هذه الأسباب أن الأم أو الأب أو كلاهما معاقبان لارتكابهما أو مشاركتها في جريمة أو جنحة ضد طفلها أو مرتكبة من طفلها. وهي حالة تسمح بالسحب الكلي للسلطة. كما يتم أيضاً سحب السلطة إذا كان سلوك الأبوين غير أخلاقي وسيئ مثل تعاطي الخمر الذي يدفعه إلى ممارسة كل الرذائل أمام أبنائه وهو مثال سيئ لهم، كما يشكل عدم الاهتمام بتربية الطفل وإهمال صحته إحدى العوامل التي تؤدي إلى تدهور نفسية الطفل لذا وجب سحب السلطة من الأبوين، كما يجوز للقاضي أن يحكم لأسباب يراها جديّة بالسحب الجزئي للسلطة أي في أمور محدّدة وهذا عندما

ميّز المشرع الفرنسي صراحة بين أحكام الرضا عن الأعمال الطبيّة المتداولة⁽²⁾ والأعمال الطبيّة الخطرة⁽³⁾ إذ أنّه اكتفى بقرينة الاتفاق⁽⁴⁾ بالنسبة

يتخلّى الأبوين على ممارسة واجباتهم لمدة تفوق العامين. راجع المادة 378 و 378-1 من القانون المدني الفرنسي.

(1) DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps de l'enfant, thèse pour le doctorat, Faculté de droit économie, sciences sociales, Université Pantheon.Ass.as, Paris II, 1993, p 12.

(2) لم يعط المشرع تعريف للعمل الطبي العادي و اكتفى واضعو القانون المدني 1970 بإعطاء بعض الأمثلة عن الأعمال الطبية المتداولة ومن بينها نجد العملية الجراحية البسيطة إلا أنهم لم يحدّدوا المقصود بالعملية الجراحية البسيطة التي حاول العميد Legeais تعريفها بالقول بأنّها تلك العملية التي تعتبر مخاطرها محدّدة جداً إلا أنّه تعريف منتقد على أساس أنّه لا يمكن الجزم مسبقاً بأن العملية بسيطة أو محدودة المخاطر في حين ردود فعل جسم الإنسان تتغير وتتوّع لذا فقد تكون تعقيداتها كبيرة. نقلاً عن:

DEFOI Jeanne Emerante, Le consentement du malade à l'acte médical, Thèse pour le doctorat de 3^{ème} cycle DEA Sciences sociales de la santé, Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne sciences économiques sciences humaines sciences juridique, 1982, p 62-63.

(3) يفهم من خلال أعمال قرينة افتراض اتفاق الأبوين وعرض شروط العمل بها بأن الأعمال الطبية الخطيرة والمعقدة تستلزم رضا كلا الوالدين ولا يكفي رضا أحدهما فقط وإنّما يجب الحصول على رضا كلا الأبوين وإلاّ اعتبر الطبيب مسؤولاً، ومن قبيل هذه الأعمال الطبيّة نقل وزرع الأعضاء، التجارب الطبية، العمليات التجميلية.

(4) تنص المادة 372-2 من التقنين المدني الفرنسي على أنّه في مواجهة الغير حسن النية فإن كل واحد من الأبوين يعد لدى تصرفه حائزاً لموافقة الآخر عندما يقوم لوحده بعمل عادي يدخل في نطاق السلطة على الصغير. افترض المشرع من خلال هذه المادة اتفاق الأبوين عندما يقوم أحدهما فقط بعمل من أعمال السلطة وهي تسمى بقرينة الاتفاق.

للأولى التي تفترض حسن نية الطبيب المعالج⁽¹⁾، وهذا لما لها من أهمية في الواقع العملي إذ يفضل الآباء بسبب كثرة المشاغل الحياتية أن يتولى أحدهم القيام بشؤون الطفل اعتماداً على القبول المفترض من الطرف الآخر، لأن تطلب حضور الطرفين سيكون في أغلب الفروض نقلاً لا مبرر له⁽²⁾.

في حين استلزم موافقة كلا الوالدين عن الأعمال الطبية الخطرة مثل نقل وزرع الأعضاء البشرية⁽³⁾ لما تنسم به من خطورة. ولا ربما هذه هي الإرادة الضمنية للمشرع الجزائري الذي وإن لم ينص صراحة على الاكتفاء برضا المرافق أباً كان أو أما في الأعمال الطبية العادية والمتداولة، إلا أنه وضع تنظيمًا خاصاً لأصحاب الحق في الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية الذي يعتبر عملاً خطيراً. فبعد أن منع منعا باتاً أن يكون المتبرع قاصراً، وضع تسلسلاً منظماً وخاصاً لأصحاب الحق في الرضا عندما يكون القاصر مستفيداً⁽⁴⁾.

ثانياً/ احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي

(1) يكون الطبيب حسن النية إذا كان لا يعلم أبداً ولا يفترض حتى بوجود اختلاف وعدم تفاهم بين الأبوين. بمعنى لا يوجد ما يوحي بأن الوالدين متعارضان أو لهما وجهات نظر مختلفة بالنسبة للعلاج المطلوب وهو أمر مفترض وقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس إذ يقع على الوالد الذي يدعي معارضته للعلاج الذي أجراه الطبيب بدون الحصول على رضاه أن يثبت سوء نية الطبيب حيث يثبت أنه كان على علم بعدم وجود اتفاق بشأن ذلك العلاج وكان يعلم برفضه له ومعارضته على إجراءاته.

(2) DUJARDIN Valériane, La personne mineure, op-cit, p 44.

(3) Art. 1231-3 du code de la santé publique

(4) راجع المادة 165 من ق.ح.ص.ت.

تأثرا بالتطورات الدولية والإقليمية في مجال احترام حقوق القاصر في اتخاذ القرار الطبي⁽¹⁾ واستجابة لمتطلبات تدعو إلى عدم معاملة كل القاصر بنفس المعاملة لاختلاف المراهق عن حديث العهد بالولادة⁽²⁾ وكذا ضرورة النظر إلى مصلحة القاصر من وجهة نظره هو لأنّه هو من سيتحول إلى رجل وامرأة بتموحياته وآماله التي قد يسبب التدخل الطبي إحباطا لها⁽³⁾. حدّدت بعض التشريعات السن التي ببلوغها يعتبر القاصر أهلا لاتخاذ القرار الطبي (1)، ومنحت تشريعات أخرى حق القاصر في اتخاذ القرار الطبي تاركة سلطة تقدير أهليته لذلك للطبيب⁽²⁾.

1- احترام إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي ببلوغه سنا محددة

ربطت بعض التشريعات أهلية القاصر في الرضا عن التدخل الطبي بمعيار السن مثل القانون الانجليزي الذي يعتبر القاصر البالغ من العمر 16 سنة كاملة أهلا للرضا عن التدخل الطبي، في حين خفضت كندا هذه السن إلى 14

(1) أكدت المادة 12 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 ضرورة احترام إرادة المريض بالنّص على ما يلي:

L'article 12: «Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Les opinions de l'enfant étant dument prises en considération en égard à son âge et son degré de maturité». Et l'article 04 de la charte européenne des enfants hospitalisés rédigée à leiden en 1988 prévoit: «Les enfants et leurs parents ont le droit de recevoir une information sur la maladie et les soins adaptée à leur âge et à leur compréhension, afin de participer aux décisions les concernant».

(2) GABRIEL Aurélie, Le mineur, quel acteur de santé, thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université Paris Descartes, Paris, 2011, p 178.

(3) DUJARDIN Valériane, La personne mineure, op-cit, p 44.

استندت هذه التشريعات في تحديدها لهذه السن إلى دراسات علمية أمريكية أظهرت بأن الأطفال قادرين عكس ما نتصوره على اتخاذ قرار مؤسس في المجال الطبي مؤكدة أن القاصر وبداية من سن 14 سنة يكون مسلحا بقدرات وكفاءات ومؤهلات الشخص البالغ 19 سنة⁽²⁾.

يضمن معيار السن الوضوح وحماية القاصر فهو يوضح للطبيب متى يعتد بإرادة القاصر دون حاجة لإعمال سلطته التقديرية. وهو ما يحقق حماية للقاصر الذي يعامل لدى كل طبيب بنفس الطريقة. إذ يعامل كل القصر على قدم المساواة، ويعتبر حكم الأطباء على مدى الاعتداد بإرادة القاصر في المجال الطبي واحدا موحد⁽³⁾.

غير أنه معيار لا يخلو من السلبيات إذ أن تحديد سن واحدة لكل القصر لا يأخذ بعين الاعتبار الاختلافات الهامة في درجات نضج مراهقين في نفس السن. حيث يعتبر الوسط الاجتماعي وكيفية المعيشة إحدى العوامل المؤثرة على درجة

(1) BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, thèse pour le doctorat en droit, Université des sciences sociales, Toulouse I, 2006, p 206.

(2) Les conclusions d'un chercheur américain qui a travaillé depuis plus de dix ans avec des milliers d'enfants. Il affirme : « Nous avons été énormément impressionné par leurs capacités. En effet, notre conclusion est que les enfants sont bien plus capables de prendre des décisions que les adultes ne le croient. Les enfants peuvent apprendre à décider et, quand on leur en donne l'occasion, prendre des décisions remarquablement responsables... ».

GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse présentée à la faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir le grade de docteur en droit, Université de Neuchâtel, 1986, p 202.

(3) GABRIEL Aurélie, Le mineur, quel acteur de santé, op-cit, p 56.

نضج وتمييز الشخص، كما أنّ تحديد سن واحدة للقاصر لرضا عن التدخل الطبي يتجاهل أيضا طبيعة العمل الطبي الذي يخضع له. فلا يمكن وضع لجوء القاصر إلى الطبيب لعلاج عن نزلة برد قدم المساواة مع ذهابه للطبيب لعلاج مرض القلب⁽¹⁾.

2- السلطة التقديرية للطبيب في احترام إرادة القاصر

قلّص المشرّع الفرنسي من مهام السلطة الأبوية من خلال إقرار حق القاصر في المشاركة في اتخاذ القرار الطبي وحقه في الاستقلالية في اتخاذ القرار الطبي.

كرّس المشرع الفرنسي حق القاصر في المشاركة في اتخاذ القرار الطبي في نص المادة 1111-4 من ق.ص.ع والمادة 371-1 من ق.م.⁽²⁾ وهي مشاركة لا تتأتى إلا بضمان حق القاصر في الإعلام الذي لم يتوان المشرع الفرنسي في تنظيمه⁽³⁾. إذ ألزم الطبيب بإعلام القصر وأن كيف الإعلام حسب سن القاصر ودرجة نضجه وهو ما يفهم منه بأنّ الإعلام حق لكل القصر.

(1) BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, op-cit, p 207.

(2) Art. 371-1 al 3 : «...Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité».

Art. 1111-4 al 5: «...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...».

(3) Art. 1111-2 al 5: « ... Les mineurs ont le droit de recevoir eux même une information et de participer à la prise de décision les concernant d'une manière adapté à leurs degré de maturité ».

رغم إقرار المشرع الفرنسي حق القاصر في المشاركة في اتخاذ القرار الطبي وأظهر عدم كفاية رضا أوليائه في بعض الأعمال مثل نقل وزرع الأعضاء البشرية⁽¹⁾. إلا أنه أوقف ممارسة القاصر لهذا الحق على قدرته على التعبير على إرادته وقدرته على المشاركة في اتخاذ القرار.

فإذا كانت الأولى هي القدرة على التعبير على الإرادة أي القدرة الفيزيولوجية على إظهار القاصر لرغباته « extérioration » التي تتحقق عند وصول الطفل إلى القدرة على التواصل وإيصال رسالته التي تختلف على القدرة العقلية⁽²⁾.

فإن الثانية هي أهلية طبيعية لم يقرها القانون، أي تختلف عن الأهلية القانونية إذ تتمثل في القدرة العقلية والمؤهلات الذهنية في فهم الخطاب الطبي⁽³⁾. التي يعتبر الطبيب الوحيد الذي يمكنه تقرير ذلك من خلال الحوار واللقاء المنفرد مع القاصر⁽⁴⁾.

ما يعزّز سلطة الطبيب التقديرية في احترام إرادة القاصر هي استعمال المشرع الفرنسي عند الحديث عن إرادة القاصر لمصطلح «البحث عن الرضا» وليس

(1) Art. L1231-3 C.S.P: «...l'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordé par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte...».

(2) GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 171.

(3) GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, Ibid, p 186-187.

(4) يجب على الطبيب أن يعلم القاصر بصفة مستقلة عن أوليائه وهذا ما أقرته المادة 2-4) 1111 فقرة 5 من قانون الصحة العامة عندما نصت على أن القصر لهم أيضا حق في تلقي إعلام. فمصطلح "هم أيضا" يفهم منه أن لقاء الطبيب مع الأولياء يتبعه لقاءه مع القاصر.

«الحصول على الرضا» فالأول هو تحقيق نتيجة أمّا الثاني فهو وصول إلى هدف.

ما يظهر أنّ رضا القاصر ليست له نفس قيمة رضا البالغ. فالأول استشاري فقط وليس تقريرى ما يثبت بأنّه بدون فعالية. فلو أراد المشرع منح فعالية لرضا القاصر عن العمل الطبي لا استعمل مصطلح الحصول على الرضا كما استعمله في عدّة مواضيع ومجالات أخرى تخص دائما القاصر، مثل الحصول على رضا القاصر في تغيير لقبه. فكل تغيير للقب طفل يتجاوز 13 سنة يتطلب الحصول على الرضا الشخصي له⁽¹⁾.

يتخذ احترام إرادة القاصر في التشريع الفرنسي مظهرا آخر وهو الاستقلالية في الرضا عن التدخل الطبي وحقه في الاعتراض عن التدخل الطبي. ينحصر حق القاصر في الرضا عن التدخل الطبي على تلك الماسة بحياته الجنسية مثل حق القاصرة في منع الحمل⁽²⁾ وحقها في الوقف الإرادي للحمل⁽³⁾.

(1) Art. 61 al 3 code civil français.

(2) رخص قانون 04 ديسمبر 1974 المتعلق بمراقبة الولادات منح القاصرة وسائل منع الحمل والاحتفاظ بالسر الطبي في مواجهة أوليائها أي دون إعلام أصحاب السلطة وهو اتجاه أكدته المادة 1-5134

من قانون الصحة العامة التي أكدت بأن الطبيب لا يتحصل على رضا الأبوين في وصف أو تقديم وسائل منع الحمل للقاصرة، نفس المادة أجازت تقديم وسائل لهدف المنع الاستعجالي للحمل مثل Pilule de lendemain بطريقة مجانية في الصيدليات أو من ممرضات المؤسسات التربوية إذا صعب الاتصال بمركز تسليم هذه الوسائل.

(3) من جهة أخرى تعتبر القاصرة مستقلة في الوقف الإرادي للحمل إذ يعتبر قانون 17

إنّ إرادة المشرع في منح استقلالية للقاصر في حياته الجنسية كان بغرض منع اضطرابات وتشققات الأسرة عند علمها بحالة القاصر. ما يؤكد بأنّ الاستقلالية ليست مطلقة وإنّما تستلزم أسبابا معقولة وجادة⁽¹⁾.

يظهر حق القاصر في الاعتراض من خلال حقه في رفض التدخل الطبي مثل رفض نقل الدم⁽²⁾ ورفض نقل العضو⁽³⁾ ورفض التجربة الطبيّة⁽⁴⁾. التي أكّدت النصوص المنظّمة لها أنّ رفض القاصر يشكل عائقا لتنفيذ هذا العمل.

يستند حق المريض في رفض العلاج إلى حقه في احترام كرامة جسم الإنسان، لذا فمن المنطقي أن يكون رفض القاصر لأيّ عمل طبي ذو قيمة قانونية، لأنّ عدم الاعتداء بالرفض يشكل اعتداء على الحق في السلامة الجسدية.

لا يعتد الطبيب بهذا الرفض إذا كان يتعارض مع مصلحة القاصر، التي اعتبرتها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مؤخرا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 28 أبريل 2002 المسمى بقرار برتي Pretty مبّررا للمساس بحق القاصر في سلامة جسده ما دام التدخل ذو مصلحة علاجية⁽⁵⁾.

جانفي 1975، المتعلق بالوقف الإرادي للحمل هو أول قانون جعل الوقف الإرادي للحمل فعلا مشروعا، الذي كان يستلزم رضا أحد الأبوين ورضا القاصرة لإجراء الإجهاض.

(1) CLOTILD Rougé-Maillart, Médecine et vulnérabilité, La relation de soin, op-cit, p 220.

(2) Voir Art. 1221-5, du C.S.P.

(3) Voir Art. 1241-3, du C.S.P.

(4) Voir Art. 1122-2, du C.S.P.

(5) Pretty / Royaume-Uni, 29 avril 2002 « l'atteinte au droit du mineur à son intégrité physique est justifiée par la protection à l'intérêt de sa santé et proportionnée du fait

يرجع سبب عدم الاعتداء الجازم والكامل بحق القاصر في رفض العلاج إلى أنّ النضج الذي يتطلبه الرفض أكبر بكثير من النضج الذي يتطلبه الرضا. ذلك أن رفض القاصر قد يكون مبنيًا على أسباب أخرى خارجة عن الأسباب الطبية مثل الخوف والتردد وهو ما لا يخدم مصلحته⁽¹⁾.

هذه الأخيرة التي أصرّ المشرع الفرنسي على حمايتها وجعلها أولوية تحكم العلاقة الثلاثية (طبيب، قاصر، أولياء). وهذا بترجيح إرادة الأولياء على إرادة القاصر باعتبارهم موكلون بحمايته⁽²⁾ وترجيح إرادة القاصر إذا انحرف الأولياء عن أداء مهام السلطة الأبوية، التي لا تعتبر حقا للفيتو أي الاعتراض ولا حقا مطلقا في التقرير والرفض، بل كيّفت على أنّها حق وظيفة Droit fonction⁽³⁾ تهدف إلى تحقيق غاية واحدة هي مصلحة الطفل القاصر.

يعود أمر تقرير وتقدير وجود مصلحة القاصر ومدى احترامها إلى الطبيب، الذي ترجّح إرادته بوصفه الحامي الطبيعى للقاصر⁽⁴⁾ فهو الملزم بحمايته من خلال التبليغ عن كل سوء معاملة له من الوسط العائلي والملزم أيضا بتقديم العلاج الضروري إذا كان القاصر في خطر⁽⁵⁾.

de son caractère thérapeutique », in GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 207.

(1) GABRIEL Aurélie, Le mineur quel acteur de santé, op-cit, p 207.

(2) Voir article 371-2 CCF.

(3) L'expression doctrinal « droit fonction » désigne pour la personne qui en est titulaire le pouvoir et le devoir de faire, d'exiger quelque chose dans l'intérêt d'une autre personne. In NOTTET (Aurélie), Le mineur en droit médical, Nouveaux dialogues en droit médical, Anthémis CUP Commission université Palais, Belgique, 2012, p 156.

(4) Ibid, p 208.

(5) Voir art 1111-4 Al. 6 C.S.P.

يحق للقاصر أن يحتفظ بالسر الطبي في اتجاه أوليائه وهذا من خلال منع إعلامهم وإطلاعهم على الملف الطبي وهو ما كرسته المادة 1111-5 من ق.ص.ع الذي اعترف به القضاء الفرنسي⁽¹⁾ حتى قبل صدور قانون 4 مارس 2002. هذا ما يمنح للقاصر حرية واستقلالية حقيقية وهامة في مجال الصحة وهذا بإبعاد أوليائه من مجال التقرير.

إلا أنه تنظيم يظهر اتساع السلطة التقديرية للطبيب في احترام حق القاصر في الاحتفاظ بالسر الطبي وهذا ما تظهره المصطلحات التي استعملها المشرع إذ أنه تحدث عن إمكانية الطبيب في الاستغناء على رضا الوالدين وليس عن واجبه في ذلك. كما تحدث أيضا عن إمكانية التدخل الطبي بعد رفض القاصر إعلام أوليائه فهي سلطة تقديرية للطبيب وليس بالتزام يقع عليه⁽²⁾. الذي يعود له أمر تقدير مدى وجود مصلحة للقاصر في ذلك.

(1) قرّر القضاء الفرنسي حتى قبل صدور قانون 04 مارس 2002 حق القاصر في الاحتفاظ بالسر الطبي والتزام الطبيب بعدم اطلاع الأولياء عليه إذا رفض القاصر ذلك وهذا في قرار صادر عن محكمة استئناف فرساي بتاريخ 19 جانفي 1996 التي أعسرت الطبيب أن يحترم السر الطبي عندما أخبر أم القاصر بما أطلعه عليه هذا القاصر من خصوصيات. فحتى وإن كانت هذه الوقائع لا تخص الحالة الصحية للقاصر إلا أن الحل نفسه ما دام أنها تخص مسائل شخصية خاصة بالقاصر وأن القضاء أدان فعل الطبيب كونه يعرض القاصر لخطر وهذا بالنظر إلى رد فعل الأم الذي قد يكون عنيفا وهذا لأن ابنها أخبر الطبيب بخطورة وسطه العائلي، فالطبيب كان عليه أن يخبر ويعلم وكيل الجمهورية بمساعدة وحماية الطفل من الخطر وليس تعريضه لخطر أكبر.

Cour appel de Versailles 19 janvier 1996, in BERNES Bénédicte, La vie privée du mineur, op-cit, p 210.

(2) Article 1111-5 C.S.P dispose «... Le médecin peut se dispenser ... Le médecin peut mettre en œuvre ...».

فالتبيب هو المسؤول عن الموازنة بين الخطر والمصلحة والإرادة فيرجح المصلحة على كل الرغبات والإرادات.

خاتمة:

تتعدد أشكال حماية التشريعات للقاصر في المجال الطبي. فمنها ما أكدت أنّ الإطار الأمثل لحمايته هو التمثيل القانوني له، في كل مراحله، وفي كل تدخل طبي وهو حال المشرع الجزائري. ومنها ما يؤكد أنّ حمايته أمر يتأتى باحترام إرادته وجعله مسؤولاً على قراراته الطبيّة، بداية من سن معيّنة وهو حال التشريع الانجليزي. ومنها ما جعلت الطبيب حامي هذا الطفل ضد إرادته وضد إرادة ممثله القانوني، مثل التشريع الفرنسي الذي يؤكد بأنّ بذور الوصاية الطبيّة في اتخاذ القرار الطبي لا زالت قائمة تحت غطاء الوصاية القانونية للطبيب وأهليته في تقدير مصلحة المريض.