قبول القاصر في التدخل الطبي

الدكتور/ خالد جاسم الهنديانى
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص

تتناول هذه الدراسة مسألة قبول القاصر بالتدخل الطبي، بهدف توضيح ما إذا كان قبول القاصر بالتدخل الطبي كافيًا أم لا، أم أن هناك حاجة إلى قبول ولي أمره القانوني؟

تذهب الدراسة، بعد توضيح ما هو مطلوب لصحة قبول القاصر، خاصة فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة في ضوء المعلومات التي يقدمها الطبيب للمريض؛ فتذهب في هذا الصدد إلى التمييز بين قبول إبرام العقد وقبول العلاج، ومراجعة نتائج هذا التمييز.

من ناحية أخرى، تناقش الدراسة، مسألة القبول من جانب ولي أمر القاصر؛ فتبحث المشكلات التي يثيرها قبوله في الممارسة العملية في ضوء مبدأ النيابة القانونية بين موافقة القاصر وولي أمره القانوني، إذ تعتبر إرادة الأخير مسألة جوهرية في قبول القاصر.

من ناحية ثالثة، تسلط الدراسة الضوء على موضوع سلامة القاصر باعتباره الشاغل الرئيسي للقانون في ضبط رابطة الولاية؛ فما الذي يمكن أن يقدمه القانون النافذ في هذا الصدد.

المقدمة

للإنسان على جسده سلطان مطلق الحرية، لا يحد منها إلا اعتبارات النظام العام التي تمنع التصرف في هذا الجسد على وجه يفوت ما للمجتمع من حقوق عليه، والشخص المريض له الحرية الكاملة على جسده، وعلى وجه يمنع دون إخضاعه للسلطة الطبية رغم إرادته أو بدون علمه، هذا بالإضافة إلى أن جسم الإنسان يتمتع بمعصومية خاصة تمنع المساس به بأي وجه من الوجوه، لذلك تذهب القوانين إلى إباحة الأعمال الطبية، مع خضوع هذه الإباحة لشرط الحصول على رضاء المريض أو من يمثله قانوناً، ومن غير هذا الرضاء يفتقد عمل الطبيب إلى صفة المشروعية ويدخل في إطار الجريمة والمسئولية عنها.

وتطلب رضاء المريض لأي تدخل طبي هو تطبيق لاحترام الحرية الشخصية للمريض فيما يتعلق بصحة الجسد وسلامته، والذي يمنع المساس بجسم المريض ولو كان بغرض العلاج، إلا بعد الحصول على رضاه.

لا يكفي أن يصدر رضاء المريض ليضفي على الأعمال الطبية صفة المشروعية، وإنما لا بد أن يكون هذا الرضاء حراً مستنيراً.

والعلاقة التي تقوم بين المريض والطبيب سواء ترجمت إلى عقد طبي أم لا، قائمة على الثقة المتبادلة بين الطرفين، فلولا ثقة المريض بطبيبه وعلمه وعمق خبرته، وثقة الطبيب بالمريض وإخلاصه لنصائحه وتعليماته العلاجية، وصدق ما يدليه من معلومات شخصية عن حالته الصحية، لما قامت هذه العلاقة.

ولأن هذه العلاقة غير متكافئة لأنها تقوم بين طبيب يعلم ومريض لا يعلم أو يجهل العلوم الطبية وحاجته الماسة للعلاج؛ لأجل ذلك، تذهب التشريعات وقواعد أخلاقيات مهنة الطب إلى إلزام الطبيب باحترام إرادة المريض وذلك من خلال الحصول على رضاه بعد تبصيره بحالته المرضية.

إذا كان لازماً الحصول على الرضاء المستنير قبل أي تدخل طبي، فالسؤال الذي يطرح هنا، هل الرضا المقصود هو الرضا الذي يستند إلى الأهلية القانونية، أي الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات القانونية، أم مجرد الاكتفاء بأن يكون المريض مميزاً مدركاً لما يطرح عليه وقادراً على التعبير عن إرادته بكل وضوح، لأنه من المفروض أن أهلية الأداء تتدرج إلى مراحل حسب مستوى الإدراك والتمييز، وتترجم إلى مراحل عمرية، فهناك الفئة العمرية من الولادة إلى أقل من سبع سنوات، وهي فئة يعدم عندها الإدراك والتمييز، ولا تستطيع أن تعبر عن إرادتها وهم يتصفون بفئة عديمي الأهلية، وهناك فئة أخرى وهي الفئة العمرية من سبع سنوات إلى إحدى وعشرين سنة، وهذه الفئة يتطور لديها الإدراك والتمييز بحسب التقدم بالعمر، ولكنها تعتبر ناقصة الأهلية، لأنها لم يكتمل لديها الإدراك والتمييز، وهناك الفئة العمرية ما فوق إحدى وعشرين سنة وهي فئة كمال الأهلية وبلوغ سن الرشد.

أهمية هذا التساؤل يكمن في أن هناك فئة تملك قدراً كافياً من التمييز والإدراك والوعي ولم تصل بعد إلى سن الرشد، فهل يعتد برضائها لقبول التدخل الطبي، وهل يكفي إدراكها ووعيها ليكون قبولها مستنيراً، بمعنى هل هذه الفئة قادرة على تلقي الإعلام والتبصير من قبل الطبيب، حتى تتخذ القرار بقبول أو رفض العلاج؟ الأمر ليس بالمحسوم قانوناً وفقهاً.

لذلك إرتأينا دراسة هذا الموضوع لنرى إلى أي مدى يمكن الاعتداد بقبول القاصر للتدخل الطبي، ولجأنا في دراستنا إلى المنهج التحليلي الذي يقوم على أساس تحليل الأراء الفقهية ومناقشتها وتحليل النصوص القانونية واستخلاص النتائج منها، واتباع المنهج الوصفي في عرض القوانين ذات الصلة، بأسلوب مقارن وعلى الأخص التعرض للقانون الفرنسي والكويتي.

وفي سبيل الإحاطة بهذا الموضوع اقتضت الدراسة أن تكون خطة البحث مقسمة إلى مبحثين :

المبحث الأول: القبول المطلوب للعلاج

المطلب الأول: صحة قبول المريض

المطلب الثاني: قبول العلاج نيابة عن القاصر

المبحث الثاني: أساس مبدأ احترام إرادة القاصر

المطلب الأول: مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر

المطلب الثاني: تقييم مبدأ احترام إرادة القاصر

المبحث الأول
القبول المطلوب للعلاج

لم يعد وجوب الحصول على رضاء المريض بالعمل الطبي محل جدل بعد أن أصبح مبدأ أكدت عليه معظم القوانين مراعاة لاعتبارت عديدة، أهمها ما لجسم الإنسان من حرمة وقدسية تمنع المساس به حتى لو كان ذلك بغرض العلاج[1]، واحتراماً لذاتية الإنسان وحريته اللتين تمنحانه اتخاذ القرار المناسب في العلاج من عدمه، لذلك أصبح من الضروري مشاركة المريض للطبيب في اتخاذ أي قرارات تتعلق بصحته وعدم انفراد الطبيب وحده فيها.

إلا أنه من جانب آخر، لا يكفي مجرد صدور الرضا لإسباغ صفة المشروعية على عمل الطبيب [2]، وإنما لا بد من توافر عدة شروط لهذا الرضا، فلا بد أن يصدر قبول مستنير، أي قبول يصدر بعد تبصير المريض بكافة الأعمال التي يمارسها الطبيب على جسده، وأن يكون رضاء المريض رضاءً حراً، بمعنى أن يصدر هذا الرضاء ممن هو أهل لإصداره ويكون خالياً من عيوب الإرادة.

وبما أن قبول العلاج لا يقتصر مفهومه على القبول الصادر وقت إبرام العقد الطبي، وإنما يمتد إلى كل تدخل طبي يتم لاحقاً في كل مراحل العلاج الطبي، لذلك فهو قبول متكرر، لذلك من المهم أن نفرق في هذه الحالة بين القبول اللازم لإبرام العقد الطبي، والقبول اللازم لأي تدخل طبي يتم بعد إبرام العقد الطبي.

المطلب الأول
صحة قبول المريض

العمل الطبي بطبيعته قد يكون مستمراً، ويأخذ العلاج الطبي وقتاً، وقد يمر بمراحل مختلفة، لذلك نحتاج بداية إلى رضاء صادر من المريض لإبرام العقد الطبي، وأيضاً يحتاج الطبيب بعد ذلك لقبول المريض لأي تدخل طبي في مراحل تنفيذ العقد

(١) محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٣، ص١٩٢. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، المكتب الجامعي الجديد، ٢٠١٠، ص ٨٠. أسامة السيد عبدالسميع، مدى مشروعية التصرف في جسم آدمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٦٤.

(٢) أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤، ص١٠٠. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص٨٠.

الطبي، فلا يستطيع الطبيب أن ينتقل من مرحلة علاجية إلى أخرى دون الحصول على رضاء المريض، وهذا الرضاء لا بد أن يكون صحيحاً حتى يضفي المشروعية على تدخل الطبيب، سواء أكان الرضا صادراً لإبرام عقد العلاج الطبي أم لأي تدخل طبي لاحق بعد إبرام العقد الطبي. وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مضمون الرضا الصادر بداية لإبرام العقد الطبي وعن الرضا المصاحب لأي تدخل طبي بعد ذلك.

الفرع الأول

القبول المستنير

يلتزم الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي إلا بعد الحصول على رضاء المريض بهذا العمل، بيد أن هذا الرضاء لا يعتد به إلا إذا كان نتاج إرادة واعية مستنيرة، وهو ما يفرض على الطبيب التزام بتبصير المريض بكل ما يتعلق بحالته الصحية، وبالعلاج الذي يزمع تطبيقه، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الرضا صادراً ممن هو أهل لإصداره، ويكون خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة.

ذكرنا أن الطبيب لا يستطيع أن يخضع المريض لأي عمل طبي دون الحصول على رضاء المريض، لكن هذا القبول يجب أن يكون مستنيراً أي يكون صادراً عن بينة تامة، وهو لا يمكن توافره إلا إذا كان المريض قد حصل من طبيبه على معلومات كافية تمكنه من أن يتخذ قراره بقبول العلاج أو رفضه عن فهم وإدارك كاملين[٣].

وتظهر أهمية التبصير، باعتبارها الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة في العلاقة بين المريض والطبيب، فالثقة تفترض أن يصارح الطبيب مريضه بالمعلومات اللازمة عن حالته الصحية، أو عن العلاج الذي يريد تطبيقه، وما له من مزايا ومخاطر[٤].

فالتبصير يحقق نوعاً من التوازن في العلاقة العقدية، بين مهني يعلم وعميل يجهل المسائل الفنية، ويحتاج إلى مساعدة المهني للإلمام بها، كما أن للتبصير دوراً يزيد على ذلك، فهو بمثابة «تحذير سابق» بمخاطر العلاج وفوائده المنتظرة، وهذه من الأمور الجسام التي تؤثر على حياة الإنسان، بل يمكن أن تكون في لحظة ما فاصلاً بين الحياة والموت، لذلك لا يتوقف التبصير على نتيجة العلاج، بل اتسع مفهومه ليشمل وسيلة العلاج التي قد يختارها الطبيب.

(٣) جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص٦٤.

(٤) خالد جاسم الهنديانى ومحمد سامي عبد الصادق، الوجيز في المسئولية الطبية المدنية، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠١٢، ص١١٠.

لذلك أصبحت مسألة تبصير المريض محل اهتمام القضاء والمشرع والفقه، فالقضاء استقر منذ فترة طويلة على التزام الطبيب بتبصير المريض حتى يحصل منه على رضاء مستنير بالعلاج الذي يريد تطبيقه أو العملية التي يريد إجراءها(٥). وأدانت الأحكام لتقصير الطبيب بالتزامه بتبصير المريض، مثلاً: عندما أجرى الطبيب عملية جراحية لمريض دون أن يخبره بالمشاكل التي قد تحدث لقلبه نتيجة لخضوع المريض للعملية(٦)، أو الذي أهمل تبصير والدة المريض بمخاطر الصدمات الكهربائية على المريض(٧).

وعلى مستوى التشريع، فهناك العديد من التشريعات التي أقرت فيها التزام الطبيب بتبصير المريض بوجه عام أو بشكل خاص في صور خاصة من الأعمال الطبية(٨). فإن المادة ٣٥ من تقنين أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا قد أكدت وأرست هذا المبدأ بصورة عامة عندما نصت على أن: «على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه، معلومات أمينة وواضحة ومناسبة، وذلك فيما يتعلق بحالته وبالفحوص التي يقوم بها والعلاج الذي يقترحه»(٩) .

وإذا كان الالتزام بالتبصير ثابتاً في حق الطبيب، وليس محل شك، فإن تنفيذه لا يتم دفعة واحدة، وإنما على مراحل حسب العلاج وتطوراته، لذلك من الأهمية الوصول إلى نطاق التبصير ومراحله.

أولاً: التبصير بالتشخيص

يمكن تعريف التشخيص بأنه فن التعرف على المرض، لذا فإن في هذا المجال الفحص واللمس والطرق الخفيف على بعض المواضع بالجسم، وتسمع دقات القلب، وقياس ضغط الدم، والتي تتم بأجهزة بسيطة كالسماعة وجهاز قياس الضغط ومطرقة قياس ردود الأفعال، ظلت لفترة طويلة الأدوات التي تساعد الطبيب لوضع التشخيص. لكن مع تطور الوسائل الفنية الطبية وظهور أنواع جديدة من الأمراض يصعب التعرف

(٥) Trib. Civ. seine , 16 mai 1935, D.P. 1936, II, 9 note H. Desbois. En méme sens, Paris, 17 mai 1937, D.P. 1937, 340.

(٦) C.A. Amiens, 14 fév. 1906. D. P. 1907, II, 45 note Mérignac.

(٧) 5- C. A. Lyon, 17 nov. 1952, J.G.P. 1953, II, 7541, note R. Savetier.

(٨) في القانون الكويتي، وما تنص عليه المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧، في شأن زراعة الأعضاء من أنه: «يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة على استئصال العضو المتبرع به، وتتم الإحاطة كتابة من قبل فريق طبي مختص وذلك بعد إجراء فحص شامل».

(٩) L'article 35 alinéa 1 du Code de déontologie médicale dispose que « Le médecin doit à la personne qu'il examine ,qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose… ».

عليها من خلال الأدوات البسيطة، وجد الطبيب نفسه مضطراً أن يواكب التطور، ويستخدم أساليب جديدة في التشخيص من خلال صور الأشعة بأنواعها المختلفة والمتطورة، والتحاليل المعملية والمجهرية، وهذه الأساليب الجديدة تكون أكثر فاعلية، ولكنها في الوقت ذاته أكثر مساساً بسلامة الجسم.

ولجوء الطبيب إلى الأساليب الجديدة في التشخيص يبرره عاملان:

الأول: أن المريض يكون بلهفة شديدة لمعرفة ما يعانيه ومعرفة المرض، وتحديد مسماه ومداه، لذلك فهو يحتاج لمعرفة المرض قبل العلاج، وإلا سوف يشعر بالقلق لو قام الطبيب باقتراح العلاج له دون أن يكشف له عن المرض.

الثاني: عدم لجوء الطبيب إلى الوسائل الحديثة للكشف على المريض، مدعاة لإثارة مسئوليته في التقصير في التشخيص، فيتشدد القضاء في هذا الإطار في مواجهة الأخصائيين من الأطباء، إذا تقاعسوا عن استخدام الوسائل الحديثة للكشف عن المرض، فمثلاً الطبيب الذي يهمل بأخذ صور الأشعة ليتحقق من صحة تشخيصه يعتبر مسئولاً عن الخطأ في التشخيص(١٠).

يكون الطبيب ملزماً وليس مختاراً باستعمال الطرق العلمية الأكثر ملاءمة لوضع التشخيص المحدد، وأن يواكب التطور الحاصل في الأساليب اللازمة لوضع التشخيص. وهذا ما يؤكده المرسوم رقم ٢٥ لسنة ١٩٨١ (في الكويت) والتي تنص المادة ١٣ منه على أن: «لا يكون الطبيب مسئولاً عن الحالة التي يصل إليها المريض إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة، ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض والعلاج...». وهو ما يفهم منه بالمفهوم العكسي عدم استخدام الطبيب لهذه الوسائل يعد خطأ يقيم مسئولية الطبيب.

لذلك يكون على الطبيب تبصير المريض عن استخدامه لهذه الوسائل الحديثة التي يزمع اتباعها لتشخيص حالة المريض، فهذه الأعمال تعتبر أعمالاً طبية تمس سلامة جسم المريض، فلا يجوز إخضاعه لها إلا بعد تبصيره بها، والحصول على رضاء مستنير بها(١١). وفي هذا الإطار، أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في قضية تتلخص وقائعها في أن صبياً يبلغ من العمر خمسة عشر عاماً، أجري له تصوير بالأشعة على

(١٠) Montpellier 7 juin 1934, D. 1934. P.483.

(١١) R. et J. Savatier, Auby et Pequignot, Traité de droit médical , libr.. Téchniques. 1956, n.9, p.23.

الأورطة، أصيب نتيجة لذلك بشلل في النصف الأسفل من جسمه، فقررت محكمة النقض الفرنسية إدانة الطبيب الجراح وطبيب الأشعة بعدم تبصير المريض عن المخاطر المتوقعة لعمل الأشعة، فقاما بإجراء التدخل الطبي دون الحصول على قبول مستنير(١٢).

إذا توصل الطبيب إلى التشخيص سواء من خلال الأساليب البسيطة أو الحديثة المتطورة، أصبح لزاماً عليه أن يشرح للمريض للمرض الذي يعاني منه، ويكون ذلك من خلال استخدامه لعبارات سهلة وسلسة وميسورة الفهم دون تعقيد(١٣)، فيوضح له حقيقة مرضه، وما هي خطورة إهماله أو عدم علاجه، وما قد يصل إليه من تطور، وهنا يستطيع المريض بعد حصوله على هذه المعلومات أن يقارن بين الأخطار التي سوف تترتب من خلال قبوله للعلاج مع الأخطار المنتظرة لتطور مرضه في حالة رفض العلاج، ومقارنته هنا تكون على بينة من خلال المعلومات التي أفضى له الطبيب بها.

ليس هناك – من حيث المبدأ – شكل محدد للإفضاء بالمعلومات الخاصة بالتشخيص، وإنما من الممكن أن تكون بأية وسيلة توصل هذه المعلومات إلى علم المريض، فقد يكون الإفضاء شفهياً أو مكتوباً(١٤).

وقد يكون التبصير بالتشخيص ضرورياً لذاته وبغض النظر عن قبول العلاج من عدمه، فقد يقتصر دور الطبيب على التشخيص دون العلاج كما في طبيب العمل، أو المدرسة، فيقتصر دوره على تشخيص حالة المريض وتبصيره بحالته الصحية، فيقتصر التزامه هنا على الالتزام بالتبصير بالتشخيص، وقد يكون بناء على طلب ذوي الشأن، فيكون دور الطبيب مجرد وضع تشخيص معين، دون أن يكون مطلوباً منه علاج ما، وهنا يلتزم الطبيب بتبصير المريض عن التشخيص الذي توصل إليه، حتى لو لم يعالج المريض عنده.

(١٢) 3- Cass.1er. Civ. 29 mai 1984, D. 1985, p.281, note F. Bouvier.

وفي نفس المعنى حكم شهير لمحكمة استئناف Versailles حول طبيبة عيون خضعت لحقن في وجهها لإخفاء التجاعيد مما سبب تورماً في الوجه، الأمر الذي أدى إلى إجراء المريضة لسلسلة جراحات متتالية لعلاج تلك الأورام، فأدانت المحكمة الطبيب المعالج بسبب عدم تبصيره للمريضة بالمخاطر الناجمة عن الحقن بالمادة المعالجة طبياً،

- CA. Versailles, 17 janv.1991, J.C.P. 1992, II. N. 21929, note Mémeteau.

(١٣) تنص المادة ١٠٨ من ميثاق شرف المهنة والأخلاقيات الطبية في الكويت على أنه: «على الطبيب المعالج إبلاغ نتيجة التشخيص للمريض، وله الحق في إخفائها عنه إذا كانت نتيجة التشخيص خطيرة، ولا يعلن تشخيص حالات الأجل المحتوم إلا بضرورة استثنائية وبأسلوب لبق، وله إبلاغها لعائلة المريض».

(١٤) زينة غانم العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٧، ص ١٥٢.

وفي ذلك طبقت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم، يتعلق بسيدة كان زوجها يعاني من اضطرابات عصبية في الساقين، وخشية انتقال المرض إلى الأبناء عن طريق الوراثة، تقدم الزوجان إلى أحد أساتذة الطب لاستشارته، فأشار لهما بأن المرض غير وراثي، فاطمأن الزوجان لهذه الاستشارة، وعندما وضعت الزوجة طفلها الأول ثبت إصابة الطفل بنفس مرض أبيه، وانتقال المرض إليه، وثبت أن ما قدمه أستاذ الطب هو خطأ في التشخيص لأن المرض ينتقل بالوراثة، وأنه قدم معلومات غير صحيحة للزوجين، ومن ثم يكون قد ارتكب خطأ في قيامه بالتزامه بالتبصير(١٥).

يبقى التزام الطبيب بالتشخيص قائماً، حتى لو كان ما اكتشفه من مرض نتيجة التشخيص يعبر عن درجة خطيرة من المرض، فلا يجوز للطبيب أن يتنصل عن التزامه بالتبصير تحت تبرير خطورة المرض الذي اكتشفه، وإنما من الطبيعي أن يأخذ هذا الالتزام منحنى مختلفاً عما لو كان المرض بسيطاً، فالإفضاء بالمعلومات عن المرض البسيط لا تؤثر في نفسية المريض، وبالعكس تفسح المجال أمام المريض لاتخاذ قراره على ضوء المعلومات المتاحة له. أما إذا تعلق الأمر بمرض خطير، فإن الطبيب يبقى ملزماً بإفضاء المعلومات للمريض، ولكن عليه مراعاة نفسية المريض وسنه وحالته الصحية دون أن يكذب عليه، فيلتزم بإحاطة المريض بكافة المعلومات، ولكن بصورة لا تسبب له ضرراً(١٦).

لا يقف الالتزام بالتبصير عند إفضاء المعلومات عن التشخيص، وإنما لا بد أن يمتد ذلك إلى تبصيره أيضاً بالعلاج الذي يزمع الطبيب تطبيقه عليه.

ثانياً: التبصير بالعلاج

على الرغم من أن حرية الطبيب في اختيار العلاج تعد من المبادئ المسلم بها في علم الطب، إلا أن ذلك لا يعني أنه باستطاعة الطبيب فرض علاج معين على مريضه، دون الحصول على رضائه المستنير، فيجب أن يقبل المريض العلاج وهو على بينة من أمره، وإذا تعددت طرق العلاج، فمن حقه أن يختار فيما بينها (١٧)، وإن كانت هناك أية مخاطر من الممكن أن تتحقق من استخدام العلاج، وجب على الطبيب أن يبصر مريضه بها قبل التدخل العلاجي، لذلك يجب على الطبيب أن يبصرالمريض بالعلاج وبكل ما يتعلق به، لذلك يتخذ الالتزام بالتبصير بالعلاج عدة صور وهي :

(١٥) Cass. 1er. civ.26 mars 1996, D. 1997, J., p.35, note J. R. Dahan.

(١٦) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ١٣١.

(١٧) زينة غانم، مرجع سابق، ص١٥٣.

يجب أولاً أن يطلع الطبيب على طبيعة العلاج أو العملية التي يراها لازمة للمريض، والهدف الذي يسعى له من هذا العلاج، مثلاً أن يخبر المريض بطبيعة العملية الجراحية، وإذا كانت تتضمن مثلاً استئصال عضو من أعضاء الجسد أو تعديل فيه[١٨].

كما يلتزم الطبيب بتبصير المريض عن الفوائد المنتظرة من العلاج، أو نسبة تحقيقها أو الفشل في تحقيقها، وفيما إذا كانت الفوائد مؤقتة أم دائمة، كما أنه يجب أن يحاط المريض علماً بمخاطر العلاج أو العملية.

يجب أن يحاط المريض علماً بمخاطر تركه للعلاج، بمعنى ترك المرض لتطوره الطبيعي، حتى يتمكن من اتخاذ القرار المناسب باتباع العلاج أو تركه، وكذلك المخاطر المحاطة بالتخدير أو الآثار التي ستترك بعد العملية أو العلاج، وعلى الأخص إذا كانت على درجة من الخطورة حتى يستطيع أن يكيف نفسه على ذلك بعد العلاج أو العملية.

في حالة إذا كان لدى الطبيب عدة طرق للعلاج يجب أن يعرضها على المريض، فاختيار طريقة العلاج هو حق للمريض[١٩]، فمثلاً إذا كان من الممكن أن يتم علاج المريض من خلال تناوله لعقاقير دوائية لفترة طويلة من الزمن، أو من خلال إخضاعه لكورس علاج طبيعي، أو إجراء عملية جراحية فورية، فيكون من حق المريض أن يختار فيما بينها، بعد أن يعرض عليه الطبيب مزايا ومخاطر كل طريقة للعلاج، فيكون المريض على بينة من اختياره لطريقة علاجه، ولقد قضت دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية على الجراح الذي كان يعالج مصاباً في كسر ذراعه اليمنى، بإدانة الجراح الذي لم يخبر المريض بوجود طريقتين للعلاج، وأن يسمح له باختيار طريقة العلاج، وانفراد الطبيب باختيار طريقة العلاج التي أدت إلى بتر الذراع[٢٠].

والاعتراف للمريض بهذا الحق في اختيار طريقة العلاج يفرضه ما للمريض من حقوق على جسده، يجعله صاحب الاختصاص الأصيل لاختيار طريقة العلاج، وهذا الأمر لا يؤدي إلى الانتقاص من عمل الطبيب أو التدخل فيه، لأنه إذا كان للطبيب عدة طرق ممكنة للعلاج، فيجب عليه أن يعرضها على المريض، وأن يختار فيما بينها، فالمريض لم يفرض طرقاً جديدة للعلاج على الطبيب، وإنما كان اختياره وفقاً لما هو متاح للطبيب في العلاج.

(١٨) محسن عبدالحميد البيه، مرجع سابق، ص١٨٦.

(١٩) خالد جاسم الهنديانى ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص١١١.

(٢٠) Cass. Req. 27 janv. 1942, D.1942, p. 63.

وفي الغالب من الأمر قد يستوي لدى الطبيب اتباع هذه الطريقة أو تلك، فيلجأ إلى العلاج بالطريقة التي اختارها المريض، أما إذا كان الأمر لا يستوي لدى الطبيب، كأن يرى الطبيب أن هناك طريقة أفضل من غيرها في العلاج وهي الأكثر ملاءمة لحالة المريض، فليس على الطبيب إلا أن يفصح للمريض عن أفضليته لطريقة معينة للعلاج على غيرها، وإذا أصر المريض على طريقة معينة على خلاف ما يفضله الطبيب، وفي هذه الحالة ليس على الطبيب، في غير حالة الاستعجال، إلا أن يعتذر للمريض عن الاستمرار في العلاج شرط تأكده من حصول المريض على الرعاية الطبية مع طبيب آخر، لأنه من غير الملائم إكراه المريض على طريقة معينة للعلاج، وليس من المقبول إجبار الطبيب على اتباع طريقة علاجية غير مقتنع بجدواها، أو تكون أقل جدوى وفاعلية في العلاج من طرق أخرى متوفرة لديه.

بعد اختيار طريقة العلاج من قبل المريض، وقبول الطبيب اتباعها، أصبح الطبيب هو صاحب الاختصاص الوحيد في تنفيذها من الوجهة الفنية، فليس للمريض أي سلطة في التدخل، وليس له أن يستخدم مثلاً مشرطاً معيناً، أو يفتح بجانب معين من الجسم دون جانب آخر.

تبصير المريض يجب أن يمتد إلى ما بعد تنفيذ العلاج، وذلك من أجل تنبيهه إلى نتائج العلاج وتأثيره.

ثالثاً: التبصير اللاحق للعلاج

مما لا شك فيه أن أي علاج مهما كان مفيداً أو ناجحاً يمكن أن يترتب عليه بعض المخاطر المتوقعة أو غير المتوقعة، بغض النظر عن النتيجة التي آلت إليها بالعلاج، سواء بالنجاح أو الفشل، فإن التزام الطبيب بالتبصير يمتد إلى ما بعد الانتهاء من العلاج، وتتعلق المعلومات التي يلتزم الطبيب بإفضائها للمريض بثلاثة أمور:

١ – الحوادث التي وقعت أثناء تطبيق العلاج أو إجراء العملية الجراحية.

٢ – النتيجة التي ترتبت على العلاج.

٣ – الاحتياطات الواجب التزام المريض بها لتجنب أية مضاعفات للمرض والعلاج.

٤ – يجب ملاحظة أن إفضاء الطبيب بهذه المعلومات لا يهدف إلى تنوير المريض

وتبصيره لاتخاذ قرار معين[٢١]، أو للحصول على رضاء مستنير من المريض؛ لأن بالفرض هنا أن المريض قد أعطى رضاءه المستنير قبل التدخل العلاجي، لذلك فالهدف من الإفضاء هو المحافظة على صحة المريض، بإحاطته علماً بما يترتب على العلاج من نتائج، وضرورة التزامه مستقبلاً باتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم تفاقم المرض أو انتكاسة حالته أو عودة المرض له من جديد[٢٢].

صور إفضاء الطبيب للمرحلة اللاحقة للعلاج:

يجب على الطبيب أولاً أن يخبر المريض عن أي حادث يكون قد وقع أثناء تطبيق العلاج أو إجراء العملية الجراحية، وتكمن فائدة هذه المعلومات للمريض لتمكينه من تجنب أية آثار سيئة في المستقبل. وفي تطبيق القضاء الفرنسي، لنا مثال جيد، في حكم أصدرته محكمة استئناف باريس، في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضة أجريت لها عملية تفريغ لخراج اقتضت إدخال مشرط بالتجويف الصدري، ولكن طرف المشرط انفصل أثناء العملية، ولم يتمكن الجراح من إخراجه، ولم يخبر المريضة بهذا الأمر، وبعد فترة من الزمن، شعرت المريضة بآلام في صدرها، فاضطرت لإجراء عملية أخرى لإخراج المشرط الذي تركه الجراح الأول، وقد أدانت محكمة الاستئناف الجراح لإهماله في إخطار المريضة بهذا الأمر، وبالنتائج المحتملة لعدم إخراج المشرط من صدر المريضة[٢٣].

يجب على الطبيب أن يبصر مريضه بالنتيجة التي آل إليها العلاج سواء في حالة النجاح أو الفشل. وفي حالة الفشل، يجب على الطبيب أن يخبر المريض بذلك، مع مراعاة نفسية المريض عند الإخبار حتى لا تسبب له أضراراً نفسية، وبالتأكيد يسأل الطبيب في حالة كتمانه وعدم اعترافه بفشل العلاج أو العملية الجراحية، وهذا الإفضاء يحقق مصلحة للمريض، إذ يمكنه من أن يلجأ إلى طبيب آخر لغرض الحصول على العلاج من مرضه، ولا بد أن يعرف الطبيب الآخر التاريخ المرضي للمريض، ومنه فشل العلاج السابق أو العملية الجراحية، وفي ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي، بمسئولية إدارة المستشفى عن الضرر الذي أصاب طفلاً حديث الولادة كان يعالج في قسم الأطفال الخدج، وأخفى الأطباء في القسم على الوالدين فشل العلاج الذي قدموه للصغير، مما أدى إلى التأخير في نقله إلى قسم آخر أكثر تجهيزاً، مما أضعف بدوره فرص الطفل المريض بالعلاج[٢٤].

(٢١) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٨٠.
(٢٢) زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص ١٦٠.
(٢٣) C.A.Paris, 33 nov. 1959, J.C.P. 1960, note R. Savatier.
(٢٤) Cons.d'Etat, 9 juillet 1975, Res. Lebon 1975, p.421.

وقد تتوج العملية أو العلاج بالنجاح، ومع ذلك قد يبقى هناك احتمال عدم تحقق النتائج المبتغاة، ليس بسبب التدخل الطبي من الناحية الفنية وإنما من عوامل أخرى خارجية، هنا يلتزم الطبيب بأن يبصر المريض بهذه الاحتمالية مهما كانت ضئيلة، حتى يتخذ من الاحتياطات اللازمة لتجنبها، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في حكم أصدرته في مايو ١٩٨٣، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة قد لجأت إلى أحد الأطباء لكي تقوم بعملية ربط المبايض كوسيلة من وسائل منع الحمل، إلا أن السيدة قد حملت بعد ذلك على الرغم من إجرائها لعملية الربط، وقد أدانت المحكمة الطبيب لأنه لم يخبرها باحتمالية حدوث الحمل حتى لو كان ضئيلاً، لأن الزوجين لو كانا يعلمان بذلك، لاتخذا من الاحتياطات اللازمة لتجنب الحمل(٢٥).

أخيراً، يجب على الطبيب أن يبصر المريض بالاحتياطات اللازم اتباعها من قبله والسلوك الواجب اتباعه من طرفه، تجنباً لتحقق أية آثار سلبية أخرى، وتثار مسئولية الطبيب المدنية، إذا قصر بالإفضاء في هذا الجانب، في قضية احتاجت المريضة أن يتم علاجها بأشعة (X) على القدمين، حيث أصيبت بالتهاب إشعاعي بالجلد، عولجت منه وشفيت، ولكن كان يجب على الطبيب أن يلفت انتباهها إلى ضرورة عدم تعرض المنطقة المصابة للعلاج بالأشعة مرة أخرى، وهو ما لم يفعله، ونظراً لجهل المريضة بهذا الأمر، عادت لاستعمال نفس العلاج، مما أدى إلى عودة الإصابة التي استدعت بتر القدم، وأثيرت مسئولية الطبيب لإخلاله بالتزامه بالتبصير اللاحق على العلاج(٢٦).

وإذا ما قام الطبيب بالإفضاء للمريض عن الاحتياطات الواجب اتباعها من قبله على أكمل وجه، ومن ثم أهملها المريض مما أدت لتفاقم الإصابة أو عودتها، فإن مسئولية الطبيب تستبعد متى أثبت قيامه بالتزامه، وأن ما حصل هو نتيجة لإهمال المريض في اتباع التعليمات.

لا يكفي توافر القبول المستنير فقط لتحقق شروط صحة الرضا من القاصر، وإنما لا بد أن يكون الرضا الصادر من المريض صحيحاً، بمعنى أن يكون صدر من شخص مؤهل لإصدار هذا الرضا، وأن تكون إرادته خالية من أية عيوب تؤثر على إرادته، فلا يجب أن يكون قبوله مستنداً على غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، وإلا كانت إرادته معيبة، ومن ثم من الممكن إبطال هذا التصرف المستند إلى الرضا المعيب.

(٢٥) Cons. Civ. 9 mai 1983, D. 1984, p. 121, note J.Penneau.
(٢٦) Trib. Civ. Lille 30 janv.1952, Gaz Pal. 1952, I, 216.

الفرع الثاني
القبول اللازم لإبرام العقد الطبي وقبول العلاج

رأينا فيما سبق أنه يقع على الطبيب التزام جوهري بضرورة الحصول على رضاء المريض (رضاء حر ومستنير) قبل أي تدخل طبي، وإلا فإن عمله الذي يقوم به لا يكون مشروعاً، وتترتب بالتالي مسئوليته عنه، حتى وإن لم يقع منه أي إهمال في العلاج أو الجراحة.

والحصول على رضاء المريض لا يقتصر عند حد الرضاء المطلوب لإبرام العقد الطبي، وإنما تمتد ضرورة الحصول على الرضاء في كل مرة بعد إبرام العقد يرغب الطبيب في مباشرة الأعمال الطبية في كل مرحلة من مراحل العلاج.

فالرضاء المطلوب ليس المقصود به مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب الذي أبرم العقد واكتفائه بقبول الطبيب، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه والقضاء في كل مرة أراد الطبيب إجراء العلاج للمريض.

إذن نحن بصدد قبول متكرر من المريض، يبدأ بالرضاء الصادر لإبرام العقد الطبي، ورضاء آخر مطلوب في كل مرحلة من مراحل العلاج، والعلة في استلزام الحصول على رضاء المريض مقدماً أو عند كل تدخل طبي، هو أن المريض إنسان حر، له حقوق مقدسة على جسمه، لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وكل اعتداء على حريته، أوحقوقه على جسمه، حتى وإن كان الدافع إليه هو لصالح المريض، يرتب مسئولية على مَنْ ارتكبه، متى كان في استطاعته أن يحصل على رضائه[٢٧]. ومن جهة أخرى يجب ألا يفسر الرضاء الصادر مقدماً من المريض عند إبرام العقد، على أنه صك على بياض يعفي الطبيب عند القيام بأية أعمال طبية أخرى بعد إبرام العقد من الحصول على رضاء المريض مجدداً.

وبناء عليه فإن إرادة المريض تلعب دوراً هاماً في مشروعية العمل الطبي، وفي مرحلتين مختلفتين، مرحلة إبرام العقد الطبي حيث يكون لإرادة المريض دور يظهر في رضائه المكون للعقد الطبي، والذي ينعقد به متى اقترن بقبول من الطبيب، وفي مرحلة تنفيذ العقد، حيث يكون لإرادة المريض دور يبدو في صورة قبول مستنير، والذي يستوجب على الطبيب الحصول عليه قبل الشروع في تنفيذ العلاج أو البدء بأية مرحلة من مراحل

(٢٧) منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص٣١٧.

العلاج، فالأمر يتعلق برضائين منفصلين لا يتضمن أحدهما الآخر، ولكل منهما نطاق مستقل عن الآخر[٢٨].

لذلك يبدو جلياً أن رضاء المريض يتخذ صورتين: الأولي هي الرضاء الذي به ينعقد العقد الطبي مقدماً، والصورة الثانية هي رضاء المريض للتدخل أو العلاج المطلوب. وهذا الرضا الثاني لاحق لإبرام العقد، رضاء يصدر بقبول العملية الجراحية مثلاً، التي تبين ضرورتها بعد الكشف على المريض، أو رضاء المريض للدخول في مرحلة علاجية أخرى قد تكون أخطر من سابقتها، وقد لا يكون هناك فاصل زمني بين الرضاءين، ولكن عدم وجود هذا الفاصل الزمني لا يقلل من أهمية الحصول على الرضاء الثاني في كل مرحلة يرغب فيها الطبيب إجراء تدخل طبي يمس جسد وسلامة المريض، فلا مناص من ضرورة القبول المتكرر للمريض عند كل عمل طبي.[٢٩]

لذلك نجد من الأهمية أن نبين أوجه الاختلاف بين كل من الرضاءين، والنتائج التي تترتب على هذه التفرقة[٣٠].

أولاً: أوجه التفرقة بين الالتزامين

يختلف الالتزام بالحصول على رضاء المريض لإبرام العقد الطبي عن الالتزام بالحصول على قبول المريض للعلاج من عدة أوجه أهمها:

تستند إلزامية قبول المريض للارتباط التعاقدي على نظرية صحة الرضاء، وسلامته في العقود، فهو يرتبط بالعقد الطبي ذاته[٣١]. فهذا القبول يكون لازماً لإبرام العقد الطبي أو رفضه، وهذا الرضاء الصادر من المريض هو ركن من أركان العقد الطبي، لا ينشأ من دونه، فالعقد الطبي شأنه شأن أي عقد آخر، أركانه ثلاثة: الرضاء والمحل والسبب، فاختيار مريض لطبيب معين والذهاب إليه في عيادته أو استدعائه إلى منزله هو بمثابة قبول يصدر منه، ومن الممكن أن يبرم العقد إذا تطابق مع إيجاب الطبيب، ولا يستطيع الطبيب رفض قبول المريض، ويمتنع عن ابرام العقد إلا إذا كانت لديه أسباب وباعث مشروع، فالرضاء اللازم للارتباط التعاقدي يخضع للقواعد العامة في الرضاء باعتباره أحد أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد[٣٢].

---

(٢٨) جابر محجوب، مرجع سابق، ص٦٣.

(٢٩) عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٩.

(٣٠) عبد النبي عبدالسميع شحاتة، مرجع سابق، ص ٥٠. أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٣١) علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، القاهرة، ص ١٣.

(٣٢) خالد الهنديانى ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٨.

أما الرضا بالعلاج فيجد أساسه لدى بعض الفقهاء في الالتزام بتنفيذ الالتزامات القانونية بحسن نية، أو لدى البعض الآخر بواجب التعاون أو المشاركة في تنفيذ العقد وفي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ويذهب البعض إلى أن من الأفضل أن يقال أن هذا الالتزام يجد أساسه في الثقة التي يضعها المريض في الطبيب(٣٣).

فالعقد الطبي يقوم على فكرة الثقة شأنه في ذلك شأن أي عقد يبرمه المهني، ولقد شاع على ألسنة الشراح الفرنسيين أن الطب بلا ثقة هو نوع من الريبة والترقب.

«La Medecine sans confiance est une defiance» (٣٤)

تقوم فكرة الثقة في العقد الطبي على عدم المساواة في العلم والمعرفة بين الطبيب والمريض، لأن المريض يجهل والطبيب يعلم، ويحتاج المريض دائماً إلى الطبيب بما يملكه من معرفه بأن يساعده بإعطائه المعلومات الكافية عن حالته الصحية حتى يستطيع من خلالها أن يصدر قبولاً مستنيراً، ومن غير هذه الثقة فإن العلاقة سيشوبها نوع من الريبة والترقب(٣٥).

هذا بالإضافة إلى أن القبول اللازم للارتباط التعاقدي لا يمكن اعتباره بمثابة صك على بياض يسمح للطبيب بالتدخل على جسد المريض دون أن تكون للمريض أية إرادة، فمعصومية جسد الإنسان تمنع الطبيب من التصرف كيفما شاء على جسد المريض دون أن يأخذ منه قبولاً لذلك، فالقبول الذي يصدر من المريض يكون محدداً لعمل معين، فإذا أراد الطبيب تجاوز هذا العمل إلى عمل آخر، عليه أن يأخذ قبولاً آخر وهكذا.

وأهمية هذه التفرقة بين القبول اللازم للارتباط التعاقدي والقبول اللازم للعلاج، بأن من خاصية قبول العلاج أنه لا يشترط فيه وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض(٣٦)، فيجب على الطبيب الحصول على قبول المريض للعلاج حتى لو لم يكن بينهما أية رابطة عقدية، وبذلك تؤكد محكمة النقض الفرنسية حصول طبيب المستشفى العام وهو الذي لا يرتبط مع المريض برابطة عقدية على موافقة المريض على العلاج، مؤكدة بأنه لا يجب تعليق هذا الالتزام على وجود عقد(٣٧).

---

(٣٣) انظر في عرض هذه الأراء الفقهية: علي نجيدة، مرجع سابق، ص ١٤.

(٣٤) مشار إليه، عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، مرجع سابق، ص ٥١.

(٣٥) جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٣٦) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص ١٠٣ و١٠٤.

(٣٧) عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، مرجع سابق، ص ٥٣.
C.A.Versailles, 20 dec. 1991, D.1993, Somm. , p.30 note penneau. Cass. 1 civ. 4 avril, 1995, I. R., p. 120.

ومن ناحية أخرى، فإن أهمية التفرقة تجعل قبول العلاج يتعلق بتنفيذ العقد وليس لإبرامه، فلا يكفي وجود العقد الطبي لإعفاء الطبيب من الحصول على موافقة المريض قبل التدخل الجراحي، فالرضاء الصادر لإبرام العقد لا يمتد إلى فترات العلاج اللاحقة لإبرام العقد ولحالات التدخل الطبي[٣٨].

ثانياً: النتائج التي تترتب على هذه التفرقة

طالما أن قبول المريض للعلاج لا يرتبط بإبرام العقد الطبي، وإنما هو لازم لتنفيذه، فإن هذا القبول لا يتطلب توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد الطبي، فلا ارتباط بين صلاحية المريض لقبول أو رفض العلاج وبين الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية، إذ يكفي أن يكون المريض مدركاً لحالته الصحية، وأهمية التدخل الجراحي، حتى يمكنه قبول العلاج أو رفضه، فلا يتوقف ذلك على توافر الأهلية القانونية أو على سن معينة، وإنما ترتبط المسألة بقدرة المريض أو إدراكه، والتي تؤهله إلى أن يصدر قبولاً مستنيراً معتمداً على ما يقدمه الطبيب له من معلومات، حتى لو لم يكن قد بلغ السن القانوني لاكتساب الأهلية القانونية، وعلى ذلك فإنه من الممكن أن يصدر القبول للعلاج من مريض قاصر، طالما أنه مدرك لما يقول له الطبيب وعالم بحالته الصحية.

لا يجوز القول، لهدم هذه التفرقة، بأن العقد الطبي يتكون بمراحل وبشكل متتابع، وأن القبول للعلاج وهو القبول اللاحق يشكل مرحلة من مراحل تكوين العقد الطبي، ولا يبرم العقد الطبي إلا منذ هذه اللحظة، فإن هذا القول يخلط بين انعقاد العقد وتنفيذه، فالعقد الطبي اكتمل وجوده بمرحلة سابقة على العلاج، وبمجرد تطابق الإيجاب مع الرضا الصادر من المريض، وإن هذا العقد بطبيعته يرتب التزامات متبادلة على أطرافه، ومن أهمها التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض لكل تدخل طبي، وفي أي مرحلة من مراحل العلاج[٣٩].

فكل مرحلة من مراحل الفحص أو العلاج تتطلب الحصول على موافقة المريض، وهذا ما يفرضه العقد الطبي ذاته، فلا بد للطبيب أن يرجع إلى المريض للحصول على موافقته لأي تدخل لاحق، ولا يستطيع الطبيب أن يفترض رضاء عام يغطي كل جوانب الفحص أو العلاج أو أي تدخل طبي آخر.

(٣٨) أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص١٠٤

(٣٩) عبدالنبي عبدالسميع عطا الله شحاتة، مرجع سابق، ص ٥٣.

بعد أن انتهينا إلى ضرورة صدور رضاء حر ومستنير من المريض سواء لإبرام العقد الطبي أو للعلاج، أصبح من الأهمية لنا معرفة فيما إذا كان بالإمكان للقاصر المريض أن يصدر مثل هذا الرضاء سواء لإبرام العقد الطبي أو للعلاج، أو أنه يحتاج إلى تدخل من يمثله لإصدار مثل هذا الرضاء.

المطلب الثاني
قبول العلاج نيابة عن القاصر

الأصل أن الطبيب يلتزم باحترام إرادة المريض نفسه، أي الشخص الذي سيتم المساس بجسمه للقيام بالعمل الطبي، فهذا الشخص هو الذي يتعين تبصيره بمخاطر التدخل الطبي، وهو الذي يتعين الحصول منه على رضائه المستنير الحر.

هذا الأمر يفترض أن يكون المريض بالغاً راشداً متمتعاً بالقدرات العقلية التي تمكنه من تلقي ما يفضى له من قبل الطبيب واستيعابه ومن ثم اتخاذ قرار بقبول العلاج أو رفضه، بحيث إذا أصدر رضاء يكون معتبراً قانوناً ومرتباً لآثاره القانونية، على اعتبار أنه صادر من شخص مؤهل لإصداره متى كان واعياً لحقيقة ما أقدم عليه.

إلا أن هناك فئة من المرضى وهم الأطفال، أي كل من لم يبلغوا بعد سن الرشد(٢١) سنة، لا يستطيعون التعبير عن إرادتهم بحرية كاملة، هذه الفئة تتضمن عديمي التمييز وناقصيه.

ما من شك أن فئة عديمي التمييز من الأطفال (أقل من ٧ سنوات)، هؤلاء الأطفال غير قادرين على التعبير عن إرادتهم، وهو ما يستلزم وجود ممثل قانوني يحل محلهم في إبرام التصرفات القانونية والتي يمثل العقد الطبي واحداً منها. وهنا المسألة لا تثير أية إشكالية بخصوص حلول إرادة الولي محل إرادة الصغير غير المميز، في مجال الأعمال الطبية العلاجية المتعلقة بحالتهم الصحية، باعتبار الأولياء مسئولين عن حماية ورعاية هذه الفئة الضعيفة بحكم انعدام تمييزها وإدراكها. أما الفئة الثانية وينصب اهتمامنا في هذا البحث عليها وهي فئة الأطفال القصر المميزين (من سن ٧ سنوات إلى ٢١ سنة) . فقد أثارت مسألة الاكتفاء برضا الممثل القانوني (الرضا بالنيابة) جدلاً كبيراً في الفقه والقضاء والتشريع، بخصوص الأعمال الطبية المزمع إجراؤها على أجسامهم، سواء أكانت أعمالاً علاجية أم غير علاجية.

وسبب هذه الإشكالية، أن الأمر هنا لا يتعلق بالولاية على أموال القاصر ورعاية شؤونه، وإنما يتعلق بأعمال طبية تجري على جسم القاصر، مع كل ما يترتب عليها

من مخاطر ومساس بحرمة جسده وسلامته، خصوصاً بعد اتساع دائرة الأعمال الطبية لتشمل الأعمال غير العلاجية. وفي ظل التطور التكنولوجي وتطور العلوم الطبية والبيولوجية، أصبح مبدأ الرضا بالنيابة لا يمكن أن يكون مطلقاً وإنما لا بد أن يكون مقيداً [٤٠].

لذلك، لا بد من البحث في نطاق الرضا بالنيابة، بمعنى، إلى أي مدى تحل إرادة الولي محل إرادة الطفل القاصر في القرارات الطبية المتعلقة بحالته الصحية؟ بمعنى آخر، هل ينفرد الولي بالقرار الطبي الخاص بالقاصر المريض؟ أو أن يكون من حق القاصر المريض المشاركة في القرارات الطبية المتعلقة بصحته؟ لذلك نرى من الأهمية معالجة هذا الأمر من خلال البحث في نطاق الرضا بالنيابة، أي حلول إرادة الولي أو الممثل القانوني محل إرادة القاصر في اتخاذ القرار الطبي، ومن جانب آخر في البحث عن مبدأ احترام إرادة القاصر المميز في المشاركة في كل القرارات الطبية الخاصة به، وهل يعتد برضائه متى كان مدركاً مميزاً لما يتخذه من قرار، أو تستبعد تماماً إرادة القاصر ويكتفى بإرادة ممثله القانوني.

الفرع الأول

الرضـا بالنيـــابة

يقصد بالرضا بالنيابة : حلول إرادة الولي محل إرادة الطفل في الرضا بالعلاج أو رفضه قبل إجراء أي تدخل طبي، وهذا المبدأ يمثل الاتجاه التقليدي في الفقه والقضاء والتشريع، غير أن الواقع العملي قد أثبت أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على إطلاقه، وإنما تثار بسببه العديد من الإشكالات والاستثناءات.

أولاً: مبدأ الرضا بالنيابة

إن مبدأ احترام إرادة المريض والحصول على رضاء حر مستنير يفترض أن يكون المريض مؤهلاً لإصداره، أي يكون متمتعاً بكامل إدراكه وتمييزه لاتخاذ القرار عن وعي وإدراك بشأن قبول علاجه أو رفضه، ويكون ذلك بالتعبير عن إرادته بطريقة واضحة لا لبس فيها.

على هذا الأساس، فكل من لم يبلغ سن الرشد (٢١ سنة)، لا يمكن الاعتداد بإرادته نتيجة الضعف في إدراكه وتمييزه، وعليه فإن الاتجاه التقليدي، يتمسك بضرورة

(٤٠) جابر محجوب، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥.

الاعتداد بإرادة ولي القاصر لاتخاذ القرار المناسب للتدخل الطبي عليه، ويستندون إلى مبدأ الرضا بالنيابة عن إرادة القاصر، حيث تمثل إرادة الولي محل إرادة الطفل في كل القرارات الطبية المتعلقة بصحته. ومن ناحية أخرى، يؤسس هذا المبدأ على فكرة الولاية على النفس[٤١]، فللولي سلطة تتعلق بنفس المولى عليه من صيانة الصغير والمحافظة عليه وتعلميه وتأديبه وتزويجه، ويقوم على تهذيب الصغير وعلى إصلاحه بالطب لجسمه والطب لعقله، والحماية له من شرور الحياة [٤٢]، ذلك أن الصغير مخلوق ضعيف يحتاج إلى من يحميه من نفسه، فيبعده عما يكون فيه ضرر يلحقه في جسمه أو في عضو من أعضائه، ويجب على ولي النفس أن يحافظ على جسم الصغير ونفسه، وإبعاده عن كل ما يتلف جسمه ونفسه، فالولي على النفس إذن هو المسئول عن كل ما يتعلق بنفس الصغير جسماً وعقلاً وروحاً [٤٣]. وهو المبدأ الذي تبناه المشرع الكويتي والمشرع المصري، فوفقاً للمادة (٢١٠) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي تنص على أن: «مع مراعاة أحكام الحضانة: يقوم الولي على النفس بالإشراف على شئون المحضون وحفظه، وتربيته، وتعليمه، وإعداده إعداداً صالحاً» ، ويخضع للولاية على النفس الصغير والصغيرة إلى أن يبلغا شرعاً، أو يتما الخامسة عشرة من العمر، عاقلين، كما يخضع لها البالغ المجنون، أو المعتوه، ذكراً أو أنثى[٤٤].

وتثبت الولاية على النفس في القانون الكويتي للأب، ثم للجد العاصب، ثم للعاصب بنفسه، حسب ترتيب الإرث، ويشترط أن يكون محرماً (م. ٢٠٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي)، وفي القانون المصري تثبت الولاية على النفس لأقارب المولى عليه من العصبات الذكور، وهم الأصول، كالأب أو الجد والفروع أي الأبناء وأبناء الأبناء أو فروع الأبوين وفروع الأجداد، بحسب ترتيبهم في الميراث [٤٥].

وتأكيداً لهذا الاتجاه، فإن المادة (٣٠) من قانون الجزاء الكويتي تتطلب موافقة ولي النفس إذا كانت إرادة المريض غير معتبرة قانوناً، حيث تنص هذه المادة على أن : «لا جريمة إذا وقع الفعل من شخص مرخص له في مباشرة الأعمال الطبية أو الجراحية أو

(٤١) محسن عبدالحميد البيه، مرجع سابق، ص١٩٦. أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص١٦٨.

(٤٢) حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني في جسم الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، يناير ١٩٩٨، العدد الأول، السنة الأربعون، ص٢٢.

(٤٣) جابر محجوب علي، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص ٤٠. أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص١٠٥.

(٤٤) المادة ٢٠٨ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٤٥) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٧، ص٧٦٩.

كان قصده متجهاً إلى شفاء المريض، ورضا المريض مقدم صراحة أو ضمناً بإجراء هذا الفعل، وثبت أن الفاعل التزم من الحذر والاحتياط ما تقضي به أصول الصناعة الطبية، ويكفي الرضاء الصادر مقدماً من ولي النفس إذا كانت إرادة المريض غير معتبرة قانوناً».

والجدير بالذكر، فإن مجمل هذه النصوص، لا تفرق بين الصغير المميز والصغير غير المميز، إذ يخضع جميع الأطفال الخاضعين لقواعد الولاية على النفس لمبدأ الرضا بالعلاج الطبي بالنيابة، كما أن المشرع لم يحدد طبيعة الأعمال الطبية التي تحل فيها إرادة الولي محل إرادة الطفل المريض، فالنصوص أتت بصيغة عامة، وتطبيقاً لها، يمكن القول بأن مبدأ الرضا بالنيابة يخص كل الأعمال الطبية العلاجية وغير العلاجية.

إذن وفقاً لهذه النصوص، فإنه يجب على الطبيب متى عرض عليه طفل لإجراء تدخل طبي عليه سواء أكان هذا الطفل قاصراً مميزاً أم عديم التمييز، وسواء تعلق الأمر بتدخل علاجي أو غير علاجي، أن يحصل على موافقة وليه أو مَنْ يمثله قانوناً للإفضاء له بحالة الطفل الصحية وطبيعة العلاج وفوائده ومخاطره؛ للحصول على الرضاء الحر المستنير منه.

إذا كانت النصوص القانونية السابقة، تدعم مبدأ الرضا بالنيابة، إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه، وإنما ترد عليه بعض الإشكالات التي تظهر في الجانب العملي.

ثانياً: الإشكالات التي يثيرها التطبيق العملي لمبدأ الرضا بالنيابة

إذا كان المبدأ هو ضرورة الرجوع إلى أهل الطفل المريض لإعلامهم وتبصيرهم بحالة الطفل المرضية والحصول على رضائهم الحر المستنير بالعلاج، باعتبار أن القانون يستوجب ذلك، واعتبار أنهم مسئولون عن صحة وحياة وسلامة الطفل، فمن المفترض أن يكونوا ملتزمين بالتصرف وفق ما تملي عليهم مصلحة الطفل من حماية صحته وسلامة جسده، إلا أن التطبيق العملي يكشف أن هذا الأمر لا يتحقق في جميع الظروف، وأنه قد يشوب التزامهم هذا نوع من التقصير والإهمال، ومن ضمن هذه الحالات هي:

تعذر الاتصال بأحد أقارب الطفل:

قد يحدث أحياناً أن يجد الطبيب نفسه أمام طفل بحاجة إلى تدخل طبي من أجل العلاج دون مرافقة أي أحد من أقاربه، ومع ذلك يتعذر على الطبيب الاتصال بأفراد عائلته لأسباب مختلفة، لطلب موافقتهم على العلاج، ففي هذه الحالة فإن الضمير المهني والإنساني للطبيب يحتم عليه التدخل الطبي والعلاج دون انتظار الحصول على موافقة ذوي الطفل.

عدم التوافق مع القرار الطبي:

قد يكون الطبيب أمام حالة لمريض طفل يحتاج لعلاج، وعند استشارة والدي الطفل، يتخذ كل منهم قراراً يتعارض مع الآخر، كأن يوافق الأب على التدخل الطبي وترفض الأم ذلك، أو العكس، وأمام عدم وجود قرار صريح من والدي الطفل أو كان غير موحد أو غير متوافق، لا يستطيع الطبيب أن يتجاهل ذلك الأمر، وإنما عليه اتباع إجراءات معينة للوصول إلى قرار موحد من والدي الطفل، وهذا بالطبع يحتاج إلى وقت وقد يكون مضراً لحالة الطفل.

رفض العلاج غير المبرر:

قد يتفاجأ الطبيب، عند استشارته لوالدي الطفل، بقرارهما الرافض للعلاج، ودون أن يكون هذا الرفض مستنداً إلى أي مبرر مقبول، وقد لا ينجح الطبيب في إقناعهما بأهمية العلاج ومخاطر تركه وما لها من آثار سلبية على الحالة الصحية للطفل، فتقدير الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية للطفل، ويرفض والدا الطفل إجراء العملية مفضلين علاجاً بديلاً، هنا إذا كانت العملية الجراحية مستعجلة وضرورية فيستطيع الطبيب أن يتجاوز إرادة والدي الطفل إنقاذاً لحياة الطفل، وأن حياة الطفل أولى بالحماية من السلطة الأبوية، أما إذا كان العلاج مما يحتمل تأخيره أو تأجيله لفترة من الوقت، بمعنى أنه غير مستعجل وضروري بالحال، فهنا الطبيب لا يستطيع تجاوز إرادة والدي الطفل، وإنما يستوجب عليه القانون في بعض التشريعات اتباع إجراءات معينة قد تأخذ وقتاً من الزمن، مما قد يلحق الضرر بالحالة الصحية للمريض.

المطالبة بعمل غير علاجي:

قد يتخذ ولي الطفل بعض القرارات التي لا تتفق مع مصلحة الطفل، كأن يطلب الولي من الطبيب إجراء بعض الأعمال الطبية غير العلاجية على الطفل، وقد تكون هذه الأعمال فيها جانب من الخطورة التي تهدد حياة الطفل وسلامة جسده، كأن يطلب الولي إجراء عملية تجميلية تنتفي فيها الغاية العلاجية، أو إجراء عملية جراحية لتخفيف الوزن ... أو غيرها.

هذه الحالات تظهر الجانب السلبي من مبدأ الرضا بالنيابة الذي قد يسمح لولي الطفل اتخاذ قرارات لا تتفق مع مصلحة الطفل، وتهدد حياته وسلامة جسده، أو أن يكون متخذاً لموقف سلبي بعدم قبول علاج الطفل، هذا الجانب السلبي أظهر اتجاهاً حديثاً في

الفقه والقضاء والتشريع يخفف من حدة مبدأ الرضا بالنيابة، ويشرك القاصر بالقرار الطبي، بل أحياناً يكتفي برضاء القاصر وحده، ومظهر هذا الاتجاه الحديث ما لاحظناه في بعض التشريعات التي أوردت استثناءات على مبدأ الرضا بالنيابة للتخفيف من آثاره السلبية، ومن أجل المحافظة على حياة الطفل وسلامة جسده، وفي هذه الاستثناءات إما أن يكتفى بما يقرره القانون من واجبات على الطبيب للتدخل مدعوماً برضاء من القاصر، أو الاكتفاء برضاء القاصر متى كان يحمل قدراً معيناً من الإدراك والتمييز.

المبحث الثاني
مبدأ احترام إرادة القاصر

لقد مر بنا أن الاتجاه التقليدي في الفقه والتشريع اتجه إلى مبدأ الرضا بالنيابة، وأن العبرة بإرادة الولي في السماح بالتدخل الطبي على جسد القاصر، ولا يستطيع الطبيب أن يتجاهله، وقد رأينا أن هذا المبدأ يثير الكثير من الإشكالات، وأنه ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بما يحقق الحماية للقاصر.

ورأينا أن القاصر قد يكون على درجة كافية من الوعي ومدركاً تماماً لما يعانيه، ولهذا السبب فإن الطبيب يلتزم باحترام شخصية المريض القاصر وإرادته، متى كانت لديه القدرة على التعبير عنها.

ومن المعروف أن أهلية القاصر ليست ثابتة، وإنما متطورة بحسب السن، فالطفل يتجه نحو اكتمال العقل والإدراك، ومن ثم لاكتمال الأهلية، فالتمييز والإدراك يتطوران بتقدم السن، فلا يكون من المقبول التمسك بمبدأ انعدام الأهلية على إطلاقه، ورغم تقدم القاصر في الإدراك والتمييز، وحرمان القاصر من المشاركة بإرادته في الأعمال التي تمثل مساساً بجسده، فإذا سلمنا بإطلاق سلطة الوالدين بالنسبة لعديمي التمييز لأنهم غير قادرين على التمييز والإدراك، إلا أن الأمر يبقى غير منطقي أن تبقى هذه السلطة مطلقة بالنسبة لمن يملكون قدراً كافياً من الإدراك والتمييز، وعلى الأخص لمن يقترب من سن الرشد.

وتطبيقاً لذلك، متى كان المريض قاصراً ولكنه مدرك واعٍ، فإنه يجب على الطبيب أن يفضي إليه بالمعلومات المتعلقة بصحته، وبصورة تتفق مع قدراته العقلية والنفسية، لأن العمل الطبي سوف يتم على جسد القاصر، وبغض النظر عن مدى أهليته لإبرام العقد الطبي من عدمه، وإنما هذا احترام حق من حقوقه الشخصية، وهو الحق في السلامة الجسدية، حيث إن جسم الإنسان له معصومية خاصة تمنع المساس به إلا لضرورة تتعلق بمصلحته وبشرط الحصول على رضائه، وهو ما يستلزم أن يكون الإفضاء قد تم له دون غيره. هذا بالإضافة إلى أن العمل الطبي سوف يقوم على جسم القاصر وليس على جسم الممثل القانوني له، والمخول بإبرام العقد الطبي بدلاً من القاصر، بمعنى أن المريض القاصر هو الذي سيتحمل التدخل الطبي على جسده، وتبعاته المالية إذا كانت لديه أموال، وليس الشخص الذي اقتصر دوره على مجرد إبرام العقد، دون أن تنصرف إليه آثار العقد.

على هذا الأساس يلتزم الطبيب، سواء تدخل في إطار عقد أم لا، متى وجد أمامه مريضاً قاصراً على قدر من الوعي والإدراك أن يفصح له عن حالته الصحية، وعن طبيعة العلاج الذي يزمع تطبيقه، وأن يحصل على رضائه بالعلاج.

لذلك ظهر اتجاه حديث من الشراح ومن بعض التشريعات، حاولت التوفيق بين سلطة الوالدين وبين احترام إرادة القاصر، طالما كان القاصر يتمتع بقدرة على التعبير عن إرادة واعية وكان مدركاً تماماً لما يعانيه.

وإذا كان مبدأ احترام إرادة القاصر قد أصبح حقيقة مسلمة، إلا أن تطبيقه العملي يثير بعض الإشكالات.

المطلب الأول

أساس مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر

يذهب الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء والتشريع إلى ضرورة احترام إرادة القاصر، واحترامه في كل القرارات الطبية المتعلقة بصحته، متى كان القاصر قادراً على التعبير عن إرادته، وكان بوعي كافٍ لإبداء رأيه بوضوح بقبول العلاج أو رفضه.

ومفهوم مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر، إعطاء الأولوية لإرادة القاصر في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات، ولا سيما ما تعلق منها بحياته وسلامته الجسدية والذهنية، فله الحق في قبول الأعمال التي تجري على جسمه أو رفضها، استناداً إلى حقه في حرمة جسمه وسلامته الجسدية وكرامته الإنسانية التي تمكنه من حقه في تقرير مصيره بنفسه، كلما تعلق الأمر بأعمال طبية تمس سلامة جسده[٤٦].

ويجد هذا المبدأ أساسه من خلال الواجب المهني الملقى على عاتق الطبيب، ومن اعتراف الفقه وتكريس التشريع له.

الفرع الأول

الواجب المهني[٤٧]

يجد هذا الواجب مصدره في قواعد أخلاقيات المهنة، وفي القوانين الخاصة بتنظيم مزاولة مهنة الطب، وفي توصيات المجلس الأوروبي والاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل .

(٤٦) فتحية زعنون، حق الطفل المريض في المشاركة في القرار الطبي، دار المنظومة، ٢٠١٨، ص ١٧٤. 874512/http;//search.mandumah.com/.Record . شوهد في 2019/4/5.

(٤٧) جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، مرجع سابق، ص٣٦٠. فتحية زعنون، مرجع سابق، ص١٧٥.

والمادة (٤٣) من تقنية أخلاقيات المهنة في فرنسا، التي تنص في فقرتها الثانية على أنه: «إذا كان عديم الأهلية قادراً على التعبير عن رأيه، فإن الطبيب يجب أن يعتد بهذا الرأي في أقصى الحدود الممكنة». وفقاً لهذا النص فإن الطبيب عليه أن يلتزم بسماع المريض والتشاور معه، ويلاحظ أن النص لم يحدد سناً معيناً للقاصر الذي يجب عنده على الطبيب سماع رأيه، وإنما الأمر متروك لتقدير الطبيب متى رأى أن القاصر قادر على التعبير عن رأيه بشكل كافٍ، وفي النهاية فإن الأمر متروك لضمير الطبيب يقدره وفقاً لظروف كل حالة على حدة.

وأيضاً المادة (٤) من المرسوم بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٨١ بشأن مزاولة مهنة الطب البشري، وطب الأسنان في الكويت تنص على أن : «يجب على كل طبيب رخص له في مزاولة مهنة الطب في الكويت أن يوفي في أداء عمله المحافظة على صحة الإنسان، وعليه تسخير كل معلوماته وضميره وما تقتضيه آداب المهنة لبلوغ هذا الهدف ..». وفقاً لهذا النص فإن المشرع يوعز إلى الضمير المهني للطبيب كمعيار للقيام بكل ما من شأنه المحافظة على صحة الإنسان، ومن ذلك المحافظة على صحة القاصر وسلامة جسده.

أما المجلس الأوروبي فقد أصدر في ٢٦ مارس ١٩٨٥ توصية تحمل رقم R(83)، تتعلق بالواجبات القانونية للأطباء تجاه مرضاهم، حيث جاء في المادة السادسة منها ما يلي: «يكون رضاء الممثل القانوني مطلوباً عندما يكون المريض قاصراً، فإذا كان قادراً على التمييز فإنه يجب الحصول على رأيه، ويتعين الاعتداد به لأقصى حد ممكن»[٤٨].

كما أن الميثاق الأوروبي الخاص بالأطفال الخاضعين للعلاج الذي أقره البرلمان الأوروبي في ١٣ مايو ١٩٨٦، ينص في مادتيه الثالثة والرابعة على أن : «الأطفال لهم الحق في الحصول على معلومات تتناسب مع عمرهم، كما أن لهم الحق في المشاركة في جميع القرارات الخاصة بما يخضعون له من عناية طبية»[٤٩].

وفقاً لهذه النصوص، فإن الطبيب ملزم بالحصول على رأي القاصر والاعتداد به، وأن يشركه في كل القرارات المتعلقة بالأعمال الطبية التي سيخضع لها.

(٤٨) Recommandation, nr(83) 82 éme réunion des délégués des ministres au 26 mars, 1985, dont l'article 6 stipule que» Le consentement du représentant légal est riqueis lorsque le patient est mineur. Quand le mineur est capable de discennement, son avis sera recueillé et il en sera tenu compte dans toute la mesure du possible».

(٤٩) Charte européen des enfants haspitalisés adopteé 13 mai, 1986, par le parlement de L'Européennes à L'UNICEF. J. O. Communautés européennes .C. 148 du 16 Juin 1986.

أما الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٨٩[٥٠]، فقد أقرت في مواد عديدة ومن أهمها المادتان (١٢، ١٣) واللتان أكدتا على التزام الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان حق الطفل في التعبير بحرية في جميع المسائل التي تخصه، وتؤخذ آراء الطفل في الاعتبار وفقاً لسنه ونضجه[٥١].

وفقاً لهذه الاتفاقية، فإن للطفل الحق في التعبير عن إرادته، وهذا الحق عام في كل مجال يخص الطفل، ويشمل بالتأكيد حقه في التعبير عن آرائه في العلاج الطبي، وهذا الحق يتجاوز كونه يتأسس على الواجب المهني للطبيب، وإنما يستند إلى نصوص لها قوة القانون، طالما تم التصديق عليها من قبل الدولة.

الفرع الثاني
التكريس التشريعي

ذكرنا فيما سبق بأن قواعد أخلاقيات المهنة في فرنسا وبعض الاتفاقيات الدولية قد أوجبت على الطبيب سماع رأي القاصر والاعتداد برأيه في أقصى الحدود الممكنة، إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، فحق الطفل في التعبير عن إرادته وحقه في الاعتداد برأيه عند التدخل الطبي أصبح واقعاً مسلماً به في الكثير من التشريعات المعاصرة، وأصبح اتجاهاً عاماً في التشريعات الحديثة[٥٢].

فمثلاً: ذهب المشرع الفرنسي في المادة ٤- ١٠١١ من قانون الصحة العامة الفرنسي[٥٣]، إلى ضرورة البحث عن رضا القاصر في كل الأعمال الطبية الخاصة به،

(٥٠) مشار إليه لدى جابر محجوب، مرجع سابق، ص ٣٦١.
والتي صادقت عليها دولة الكويت في عام ١٩٩١.

(٥١) نصت المادة (١٢) على ما يلي:
«تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقاً لسنه ونضجه».
أما المادة (١٣٩) فتنص على أنه: «يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل...».

(٥٢) ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (٨) من القانون رقم ١٥ و ١٢ لسنة ٢٠١٥ والمتعلق بحماية الطفل حيث نصت على أن: «للطفل حق في التعبير عن آرائه بحرية وفقاً لسنه ودرجة نضجه في إطار احترام القانون والنظام العام وحقوق الغير».

(٥٣) قانون رقم : ٢٠٠٢ - ٣٠٣، الصادر بتاريخ ٤ مارس ٢٠٠٢.

متى كان قادراً على إبداء رأيه بوضوح، والمشاركة في القرار الطبي، فله الحق في الموافقة على هذه الأعمال، بعد إعلامه وتبصيره بحقيقة مرضه وبطبيعة العلاج المقترح له، كما له الحق في رفض العلاج، أو العدول عن رضاه في أي لحظة متى أراد ذلك. كما أن المادة ٥ – ١١١١ نصت على إعفاء الطبيب من الحصول على رضا الولي حول القرارات التي يجب اتخاذها بخصوص علاج ضروري لإنقاذ صحة القاصر، وذلك في حالة رفض القاصر استشارة الولي بغرض الحفاظ على سرية حالته الصحية، فإذا عجز الطبيب عن اقناع القاصر بأهمية استشارة الولي فعليه أن يخضع لإرادة القاصر، وفي هذه الحالة ليس للطبيب إلا أن يطلب من القاصر مرافقة شخص بالغ من اختياره، لإطلاعه على الحالة الصحية للقاصر وطبيعة العمل الطبي المقترح عليه(٥٤). وقد يعفى القاصر من هذا الإجراء، ويكون رضاؤه بالعلاج كافياً وحده في حالة انقطاع علاقته كلياً مع أسرته، واستفادته من تغطية النفقات الطبية(٥٥).

إذن لإرادة القاصر في التشريع الفرنسي الحديث دور أساسي وفاعل في مجمل القرارات الطبية المتعلقة بحالته الصحية(٥٦). ولقد أخذ بهذا الاتجاه كل من الولايات المتحدة وبريطانيا وكندا بحق القاصر في الموافقة على الأعمال الطبية المتعلقة بصحته.

وقد وضعت هذه الدول سناً للأهلية الطبية، ففي كندا (كيبك) فإن للقاصر الذي بلغ ١٤ سنة فما فوق، الحق في الموافقة على كل علاج يتعلق بحالته الصحية. وفي الولايات المتحدة فإن سن الأهلية الطبية هو ١٥ سنة، وفي بريطانيا ١٦ سنة، على ذلك نجد أن التشريعات الحديثة، اعتدت بإرادة القاصر واستوجبت رضاه، وإن كان ذلك بمقدار نسبي يختلف من تشريع لآخر.

وعلى صعيد التشريع الكويتي، لقد لاحظنا بأن المشرع الكويتي في المادة ٣٠ من قانون الجزاء تطلب موافقة الولي، إذا كانت إرادة المريض غير معتبرة قانوناً، إلا أنه تماشياً مع مبادئ الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، قد أكد هو الآخر على حق الطفل في التعبير عن آرائه بكل حرية، في القانون رقم ٢١ لسنة ٢٠١٥ في شأن حقوق الطفل في العديد من المواد في هذا القانون.

(٥٤) « Tout personne peut désigner une personne de confiance qui sera consulteé et informeé, si elle - même, est hors d'état d'exprimer sa volonté et de récevoir l'information.».

(٥٥) طبقاً للقانون رقم ٩٩ /٦٤١، الصادر في ٧/٢٧/ ١٩٩٩ المتعلق بالتغطية المرضية.

(٥٦) وفقاً للمادة ٤٢ من قانون حماية الصحة العامة في الكيبك.

فالمادة الثانية التي تصنف الأطفال لفئات معينة تؤكد في الفقرة الثالثة منها أن الطفل في سن «سبع سنوات حتى خمس عشرة سنة باعتبار أنه في عمر يكون له رأي ويتم سماعه والأخذ به إن استلزم الأمر»، كما تؤكد المادة الثالثة «حق الطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة بالحصول على المعلومات التي تمكنه من تكوين الآراء والتعبير عنها، والاستماع إليه في جميع المسائل المتلعقة به، بما فيها الإجراءات القضائية والإدراية، وفقاً لما يحدده القانون».

نلاحظ بأن المشرع الكويتي يعبر عن رغبته من خلال النصوص السابقة في مسايرة الاتجاه العام في المواثيق الدولية والتشريعات الحديثة، الذي يمنح الطفل الحق في التعبير عن رأيه والمشاركة في كل ما يتخذ بشأنه من قرارات حماية لمصلحته العليا التي أكد عليها في المادة الثالثة الفقرة الأخيرة بقوله: «وتكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة، أياً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها».

بعد تقرير هذه النصوص لا يجب الوقوف فقط عند المادة ٣٠ من قانون الجزاء وتجاهل إرادة القاصر، وإنما يجب الاعتداد بها بما يحقق مصلحته في الحفاظ على صحته وسلامة جسده.

الفرع الثالث

الاعتراف الفقهي

يذهب جانب من الفقه، وقد يمثل الرأي السائد، إلى أن القاصر الذي بلغ من النضج والإدراك يجب أن يشرك في القرارات المتعلقة بصحته، فمن الواجب أن يكون طرفاً في كل علاج يمكن أن يتضمن مساساً بصحته وجسده.

إلا أن الفقه يختلف حول طرق مشاركة القاصر في القرار، فالبعض منهم، يذهب إلى أن القاصر الواعي المدرك يجب أن يكون باستطاعته أن يشارك بالقرار، ويقيسون هذا الأمر على حالة إذا كان رب العمل لا يستطيع أن يستخدم عاملاً قاصراً يرفض العمل لديه، على الرغم من إرادة ورغبة والدي القاصر في عمله لدى رب العمل هذا، فإنه ليس من المنطقي كذلك أن يفرض طبيب علاجاً خطيراً أو عملية جراحية خطيرة على قاصر يرفض الخضوع لها، لمجرد أن هذه رغبة والديه[٥٧].

(٥٧) Savatier, Auby et Peauignot ,op. cit., n. 239, p.210.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أبعد من ذلك في مسألة المشاركة في القرار، فيقررون بأن يكون للقاصر الواعي المدرك الحق في إصدار رضائه بالعلاج أو رفضه إلى جانب رضاء الوالدين(٥٨).

ويذهب البعض الآخر إلى أنه يجب أن يكون الرأي من الأساس للقاصر، ويكون للوالدين حق الاعتراض، من هذا الرأي ما يذهب إليه الفقيه (L.Koronprobst)، في أنه عندما يرد العقد على جسم الإنسان، فإن إرادة القاصر يجب أن تكون لها الأولوية، طالما أنه يتمتع بدرجة كافية من الوعي والإدراك، فالرضاء المطلوب هنا هو رضاء القاصر وليس والديه، ويمثل ذلك بالنسبة لعقد العمل الذي يستطيع القاصر أن يبرمه بمفرده، وموافقة والديه تكون قد تحققت بمجرد عدم اعتراضها، فالصمت يعد بمثابة قبول لما رضي به الصغير(٥٩).

إذن مبدأ احترم إرادة القاصر، أصبح واقعاً مسلماً من خلال تشريعات معاصرة له ومواثيق دولية، ولا يجب تجاهل إرادة القاصر عند التدخل الطبي، إلا أن تطبيق هذا المبدأ من الناحية العملية يجب أن لا يكون مطلقاً وإنما يكون مقيداً لما يثيره من بعض الإشكالات، ويجب أن يكون مرهوناً بما يحقق المصالح العليا للقاصر، ويجب من جانب آخر تعطيل هذ المبدأ إذا كان في تطبيقه والتمسك به ضرر على القاصر نفسه.

المطلب الثاني

تقييم مبدأ احترام إرادة القاصر

لقد مر بنا مبدأ الرضا بالنيابة، ووجدنا بعد عرضه أنه لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وتجاهل إرادة القاصر الواعي المدرك، بسبب ما يثيره من العديد من المشكلات، ورأينا أنه من المفترض أن يطبق بشكل مقيد وليس بشكل مطلق.

أما مبدأ احترام إرادة القاصر، فإنه يتأسس على حماية المصالح العليا للقاصر وما له من قدسية على جسده يمنع المساس بها إلا برضاه، ووفقاً لهذا المبدأ يجب الاعتداد بإرادة القاصر وعدم تجاهلها، لأنه هو المعني بشكل مباشر بالتدخل الطبي،

(٥٨) V. R. Nerson, Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélange G. Marty 1978, p.860 et S.F. Bouvier, le consentement à l'acte thérapeutiques : J.C.P., 1986, I, 3249, n.7. N.Adot, le role de la volonté de l'énfant dans les actes extra- partimoniaux, Thése Paris, 1964, p.87.

(٥٩) L- Kornprobst et S. Delphin, le contrat des soins médicaux, éd Sirey, 1960, n.51, p.30.

وهو من يجب أن يفضى له عن العلاج وطبيعة مرضه وما يعانيه[٦٠]، وعلى هذا الأساس يجب أن يصدر رضاءه للتدخل الطبي أو رفضه له. وأما ما يطلبه أصحاب مبدأ الرضا بالنيابة، هو مجرد ترخيص للتدخل الطبي، ولا يمكن اعتباره رضاء صادراً من صاحب الشأن [٦١]، لأن القاصر هو وحده الذي سيتحمل تبعات العلاج الطبي.

إذا كان - وفقاً للاتجاه الحديث للفقه والقضاء والتشريع - الاعتداد بإرادة القاصر بات حقيقة مسلمة لا شك فيها، إلا أن هذا المبدأ مرتبط بغاياته في حماية القاصر ومراعاة مصالحه العليا، ومن أهمها الحفاظ على صحته وسلامة جسده، لذلك لا يمكننا أن نتبنى مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر على إطلاقه وتجاهل إرادة الولي تماماً، وإنما لا بد في كثير من الأحيان عمل التوفيق ما بين إرادة القاصر وسلطة الولي باعتباره ولي النفس. وعليه فإن تبني مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر قد يوفر لنا الكثير من الحلول، وأيضاً قد يثير بعض المشاكل، وهذه الأمور قد تتوافر في ثلاث حالات:

- الاكتفاء برضاء القاصر بالنسبة لأنواع العلاج أو عند تحقق ظروف معينة.
- عند رفض القاصر لعلاج يختاره الوالدان.
- عند لجوء القاصر إلى القضاء لطلب تطبيق علاج يرفضه الوالدان.

الفرع الأول

الاكتفاء برضاء القاصر

في بعض الحالات يكتفي برضاء القاصر ويستبعد مبدأ الرضا بالنيابة ويكون ذلك في حالات معينة، إما أنها تخص طبيعة العمل الطبي أو تكون مرتبطة بالظروف التي تدخل فيها العمل الطبي[٦٢].

الأعمال الطبية البسيطة الجارية:

هي الأعمال الطبية البسيطة والتي فيها استخدام الوسائل المألوفة وغير الخطرة، ومن أمثلتها، الكشف على المريض، وقياس درجة حرارته أو قياس ضغط الدم، وتنظيف وتعقيم الجروح أو علاج الإنفلونزا أو التهاب اللوزتين أو علاج الأسنان وغيرها، فمثل هذا الأعمال يستطيع الطبيب القيام بها دون حاجة إلى طلب رضاء الأب، طالما أن القاصر

(٦٠) فتحية زعنون، مرجع سابق، ص١٧٦.
(٦١) جابر محجوب، الرضا عن الغير، مرجع سابق، ص٧١.
(٦٢) فتحية زعنون، مرجع سابق، ص١٧٢.

يتمتع بقدر كافٍ من الإدراك والتمييز. وتبدو أهمية ذلك في الحفاظ على التوازن بين مصلحة الطفل المريض ومصلحة الطبيب في عدم تكبيله وتقييده، فلا بد أن يتم عمل الطبيب في جو كاف من الثقة والاطمئنان، ولا يجوز تقييده بشكليات تعيق عمله، فلا يعقل أن تقيد سلطة الطبيب للتدخل في الأعمال الطبية البسيطة التي يقوم بها الطبيب يومياً، ولا تشكل أية خطورة على جسم الطفل وسلامته، فالرضا الضمني من الولي كافٍ للقيام بهذه الأعمال، مالم يصرح الولي باعتراضه الصريح على القيام بمثل هذه الأعمال.

ويؤسس بعض الشراح حق القاصر بهذه الأعمال على العرف[٦٣]، فالمواد (٣/٣٨٩، ٤٥٠) من القانون المدني الفرنسي، تسمح للقاصر بأن يتصرف وحده إذا كان العرف يجري بذلك، وعليه فإنه يمكن الاستناد إلى هذه النصوص لقبول الرضاء الصادر من القاصر بهذه الأعمال البسيطة[٦٤]. والعرف فعلاً يسمح بذلك، وهو ما يجري عليه العمل فعلياً في المصحات العامة والمراكز الطبية، من علاج القاصر دون أن تطلب موافقة ولي أمره.

إذن الأمر يترك للطبيب المعالج الذي يواجه قاصراً يطلب العلاج، عليه أن يقدر مدى توافر القدر من التمييز والإدراك للاعتداد برأيه من عدمه، أو أن يقدر في الوقت نفسه مدى خطورة العلاج أو التدخل الطبي المطلوب.

الأعمال الطبية التي تستوجب تدخلاً استعجالياً:

إن مبدأ الرجوع إلى ولي الطفل للحصول على رضائه بالعلاج المزمع إخضاع الطفل له، يقتضي مراعاة الظروف التي يتم فيها التدخل الطبي، والتي يمكن أن تعفي الطبيب من هذا الالتزام، من ذلك الحالات التي تستوجب تدخلاً سريعاً بغرض إسعاف الطفل وإنقاذ حياته[٦٥]. وهذا ما تقضي به بالفعل المادة ٣٠ من قانون الجزاء الكويتي والتي قررت بحسب الأصل ضرورة الحصول على موافقة ولي النفس في العلاج للمريض غير المعتبرة قانوناً إرادته، ولكنها استدركت في عجز المادة حيث ذكرت أن: «ولا حاجة

(٦٣) -G. Mémeteau, Le droit médicale, coll.Juris. fran, éd .Litec 1985, p. 399.R. Nerson, op.cit.p.861. Savatier, Auby et Pequignot, op. cit. n.239, p.215.

(٦٤) قرر مجلس الدولة الفرنسي، أن من حق القاصر، حتى في غياب حالة الاستعجال أن يتوجه إلى المستشفى ويخضع للفحص ويحصل على العلاج دون الحاجة إلى موافقة الوالدين.
Etude du conceil d'Etat; stutut et protection de l'enfant. La documentation francaise.1991, p.43.

(٦٥) محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص١٩٦. خالد جمال أحمد حسن، مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي، ٢٠١٤، ص ٩٦.

لأي رضاء إذا كان العمل الطبي أو الجراحي ضرورياً يجب إجراؤه في الحال». استناداً إلى هذا النص، لا تكون حالة الضرورة الاستعجالية قائمة والتي تعفي الطبيب من الحصول على رضاء ولي القاصر إلا بتوافر شرطين:

- أن يكون القاصر في حالة مرضية تقتضي تدخلاً سريعاً بالحال لا يحتمل التأخير، وإلا تعرضت حياته أو سلامته الصحية للخطر.
- أن يكون القاصر بمفرده أمام الطبيب، بحيث لا يوجد أي شخص من عائلته يمكن الاتصال به أو استشارته[٦٦].

وعلى ذلك قد تتجسد حالة الاستعجال في العلاج في صورتين: الأولى أن يعرض أمام الطبيب حالة طفل مصاب في حادث، ويكون الطفل بوضعية لا تسمح له التعبير عن إرادته مع عدم وجود مرافق له، أما الصورة الثانية عندما يكون الطبيب أخذ موافقة ولي الطفل لإجراء عملية جراحية، وأثناء إجراء العملية تحدث أمور غير متوقعة، كأن يضطر لإجراء عملية أخرى بنفس الوقت، وتكون ضرورية لإنقاذ حياة الطفل، فيكون من حق الطبيب أن يتصرف في مثل هذه الظروف، وفق ما يمليه عليه ضميره المهني، وما تقتضيه مصلحة الطفل بإنقاذ حياته، متجاوزاً بذلك التزامه بالحصول على موافقة ولي الطفل لإجراء العملية الأخرى.

يكتفى برضاء القاصر في حالة تعذر الاتصال بأحد أقاربه، فقد يجد الطبيب نفسه أمام طفل بحاجة إلى تدخل طبي من أجل العلاج، ويتعذر عليه الاتصال بأفراد أسرته، لأخذ موافقتهم للتدخل الطبي، إما لعدم وجودهم، أو أنه لا يكون للطفل والدان، كالطفل اليتيم، فهنا الضمير المهني يحتم على الطبيب القيام بالتدخل الطبي تحقيقاً لمصلحة الطفل، وهذا ما تؤكده المادة ٣٠ من قانون الجزاء الكويتي والتي تعفي الطبيب من الحصول على رضاء ولي النفس، إذا كان المريض في ظروف تجعله لا يستطيع التعبير عن إرادته، وكان من المتعذر الحصول فوراً على رضاء ولي النفس.

كما أن هناك حالات أخرى يستطيع الطبيب أن يتجاوز فيها إرادة والدي القاصر، بمعنى أنه يقوم بالتدخل الطبي دون اعتبار لإرادة والديه، وهي حالات العلاج الإجباري، كالتطعيم الإلزامي للأطفال أو الأعمال الطبية اللازمة لمواجهة الأوبئة والأمراض المعدية[٦٧].

(٦٦) خالد الهنديانى ومحمد عبد الصادق، مرجع سابق، ص٥١.

(٦٧) خالد حسن، مرجع سابق، ص٩٧.

هذه هي الحالات التي يكتفى فيها برضاء القاصر دون حاجة للحصول على رضاء وليه، وإن كان البعض يؤسس هذه الحالات إلى نصوص القانون، وأن الطبيب يمارس عمله في هذه الحالات باعتبار أن هناك واجباً قانونياً عليه دون أي اعتبار لإرادة القاصر، فإرادة القاصر ليس لها أي قيمة قانونية في هذه الحالات، وإنما القانون هو الذي يفرض على الطبيب التدخل وفقاً لنصوص قانونية[٦٨].

الفرع الثاني

رفض القاصر العلاج الذي اختاره الوالدان

قد يرفض القاصر العلاج الذي يحتاجه بالفعل على الرغم من موافقة والديه على هذا العلاج، **فهل يؤخذ برفض القاصر وتجاوز إرادة والديه؟**

رفض العلاج من القاصر قد ينصرف إلى أعمال علاجية بسيطة، وقد ينصرف إلى أعمال علاجية ضرورية.

يذهب الرأي السائد بين الشراح إلى أنه يجب الأخذ برضاء القاصر طالما كان الأمر يتعلق بعلاج عادي ولا يشكل أية خطورة على حياته وسلامة جسده، فيجب الاعتداد برفضه أخذ العلاج في هذه الحالة[٦٩]. أما في حالة حاجته إلى علاج ضروري فيه إنقاذ لحياته أو سلامته الجسدية، فإنه من غير المعقول الاعتداد برفض القاصر في هذه الحالة، كأن يرفض القاصر المضرب عن الطعام كل مساعدة طبية، أو يرفض القاصر علاج مرض مزمن يعاني منه بسبب عدم تحمله لمشاق العلاج والآمه، في هذه الحالات وعندما يكون رفض القاصر سبباً إلى تدهور صحته وتعريضه للخطر، لا يمكن الاكتفاء برفض العلاج من القاصر وتجاوز إرادة والديه، لأن مبدأ احترام إرادة القاصر يؤسس على حماية المصالح العليا للقاصر وحماية حياته وسلامة جسده[٧٠]، فإذا كان من شأن الاعتداد برأي القاصر تعرضه للخطر وتهديد سلامة جسده، هنا يجب استبعاد هذا المبدأ والعودة إلى السلطة الأبوية التي توجه بدورها لحماية صحة القاصر، فمصلحة القاصر تكمن في الحفاظ على صحته، وعلى هذا الأساس، وفي حالة الخطر الجسيم

(٦٨) جابر محجوب علي، الرضا عن الغير، مرجع سابق، ص ١٩٤. عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، مرجع سابق، ص٩١.

(٦٩) خالد حسن، مرجع سابق، ص٧٩. زينة غانم، مرجع سابق، ص٢٨٣. جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

(٧٠) جابر محجوب، المرجع السابق، ص٣٧١. خالد حسن، مرجع سابق، ص٧٩.

الذي من الممكن أن يقع على القاصر في حالة رفضه العلاج، يجب أن يتدخل الطبيب بالعمل الطبي مكتفياً بموافقة الوالدين وعدم الاعتداد برفض القاصر.

الفرع الثالث

حق القاصر في اللجوء إلى القضاء لتطبيق العلاج

قد يحتاج القاصر إلى العلاج ويرفض والداه علاجه، أو يعترضان على طريقة العلاج على الرغم من إرادة القاصر لهذا العلاج، وقد يكون القاصر ضحية إهمال أو تقصير من جانب أسرته، أو ضحية نزاعات بين والديه، ويؤدي ذلك إلى إهمال العناية بصحة القاصر. المشرع الفرنسي في المادة ٣٧٥ من القانون المدني يعطي الحق للقاصر متى ما رأى أن صحته أو سلامته أو أخلاقه معرضة للخطر في أن يلجأ إلى قاضي الأطفال.

وفي هذه الحالات يقرر قاضي الأطفال إخضاع الصغير لإجراءات مساعدة تربوية في محيط مفتوح، كأن يعهد به إلى مؤسسة لرعاية الطفولة، أو أن يقرر القاضي وضع الطفل في محيط أسرته مع إلزام الوالدين بعلاج الطفل واتخاذ كافة التدابير لرعايته الصحية والنفسية، أو يعهد به إلى مؤسسة علاجية لتقوم مباشرة بإعطائه العلاج المناسب[٧١].

ولقد عالج المشرع الكويتي فرضية رفض الوالدين علاج الطفل، أو وجود ما يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية، وكان ذلك من خلال قانون حقوق الطفل، حيث نصت المادة (٢٦) على أن: «على كل شخص بما في ذلك الخاضع للسر المهني- واجب إشعار مراكز حماية الطفولة بكتاب خطي إذا تبين له أن هناك ما يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية، إذا كان ذلك الشخص ممن يتولى بحكم مهنته العناية بالأطفال ورعايتهم». كما أضافت المادة (٢٧) من نفس القانون على أنه: «إذا تبين للمختصين في مركز حماية الطفل أن الحالة الصحية للطفل تستوجب إبقاءه في المستشفى، ورفض والداه أو متولي رعايته أو من في حكمهم ذلك، وجب على المختصين المشار إليهم اتخاذ ما يلزم لبقائه في المستشفى بالتنسيق مع الجهات المختصة ووفقاً للإجراءات المقررة قانوناً».

ووفقاً لهذه النصوص فالمشرع أعطى كل شخص يتولى بحكم مهنته العناية بالأطفال ورعايتهم أن يقوم بإبلاغ مراكز حماية الطفولة بكتاب خطي متى تبين له أن

(٧١) جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، مرجع سابق، ص ٣٧٢. زينة غانم، مرجع سابق، ص٢٨٢.

هناك ما يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية، وقد يكون ذلك بسبب رفض والديه علاجه، فهنا يكون للمختصين بمراكز حماية الطفولة تقرير إخضاع الطفل للعلاج بالمستشفى على الرغم من رفض والديه.

هذه الحماية للطفل هي خطوة إيجابية ولكنها ناقصة، حيث إن المشرع قد حصر الإبلاغ في هذه النصوص على كل شخص مختص بحكم مهنته بالعناية بالأطفال ورعايتهم، وكان الأحرى أن يترك هذا المجال لكل شخص - أياً كانت صفته - يلاحظ وجود خطر يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية، وعدم حصرها بمن يتولى بحسب مهنته رعاية الأطفال والعناية بهم.

من الممكن تجاوز هذا القصور من خلال اللجوء إلى المادة (٧٧) من قانون الطفل والتي تقرر إنشاء مراكز حماية الطفولة وتحدد اختصاصاتها، من ضمن اختصاصات هذه المراكز، ما ورد في البند (١) حيث تنص على أن : «تلقي الشكاوى عن حالات تعرض الطفل للخطر المنصوص عليها في المادة (٧٦) سواء تقدم بها الطفل بنفسه أو متولي رعايته أو أحد ذويه أو أحد المهنيين المرتبط عملهم بالطفل».

وفقاً لهذا البند نجد بأنه إذا لاحظ أي شخص - مهما كانت صفته - ما يهدد صحة الطفل أو حياته للخطر، أن يتقدم بشكوى إلى أحد مراكز حماية الطفولة،، والمشرع أعطى الحق في تقديم الشكوى للطفل نفسه أو متولي رعايته أو أحد ذويه أو أحد المهنيين المرتبط عملهم بالطفل، متى كان هناك ما يهدد الطفل ويعرض حياته للخطر، ومن ضمن هذه الحالات الواردة بالمادة (٧٦) ما ورد في البند (١) وهو «إذا تعرض أمنه (الطفل) أو أخلاقه أو صحته أو حياته للخطر»، وقد يكون ذلك بسبب رفض الوالدين منح الطفل العلاج مما يعرض حياته وصحته للخطر.

تطبيقاً لما سبق، نرى أنه لا يجب الأخذ بمبدأ الاعتداد بإرادة القاصر بشكل مطلق، وإنما يجب أن يكون ذلك مرهوناً بتحقيق مصلحة القاصر في ضمان سلامته البدنية والذهنية، وأنه يجب أن يؤخذ بالاعتبار رأي القاصر الواعي المدرك طالما كان ذلك يحقق مصالحه العليا، ويجب تجاهل إرادة القاصر في كل مرة يتحقق فيها ضرر بصحته وبسلامة جسده حتى لو ألحَّ عليها القاصر.

الخاتمة

يلتزم الطبيب بالحصول على رضاء مستنير من المريض قبل التدخل الطبي، وعليه أن يحصل على قبول متكرر، قبول من المريض لإبرام العقد الطبي، وقبول لاحق على إبرام العقد الطبي، ويكون محل الموافقة لتدخل الطبيب على جسده، وأياً كان هذا القبول لا بد أن يكون قبولاً مستنيراً، بمعنى أن يكون صادراً ممن هو أهل لإصداره، ويكون كذلك مبنيًا على وعي وإدراك بما سيقوم به الطبيب وبطرق العلاج وطبيعة المرض. والقبول المطلوب لإبرام العقد الطبي هو القبول الذي يصدر من شخص كامل الأهلية، أما القبول اللازم للتدخل الطبي، فلا يحتاج إلى أهلية إبرام التصرفات القانونية، وإنما يكفي أن يكون المريض مدركاً وواعياً لما سيتعرض له من تدخل طبي وتبعات هذا العلاج.

وذهب الاتجاه التقليدي في الفقه والتشريع إلى أنه لا يجوز أن يصدر القبول من القاصر وحده، سواء أكان هذا القبول لإبرام العقد الطبي أم للسماح للطبيب بالتدخل الطبي، وإنما لا بد أن يكون ذلك بناءً على رضاء الوالدين، ويؤسسون ذلك بما للأب من ولاية على نفس الصغير، فهو الحامي الطبيعي لحياة وصحة الصغير، بحكم أن الصغير عاجز عن اتحاذ قرار مستنير وصائب في خصوص العلاج المقترح لحالته الصحية، بسبب نقص أهليته. هذا الاتجاه لا يستقيم مع القاصر الذي يتمتع بقدر كافٍ من الإدراك والتمييز، اللذين يسمحان له بإبداء رأيه بدقة ووضوح، ومن ثم المشاركة في اختيار العلاج الذي يناسبه، وقد أظهر في الواقع العملي الكثير من المشكلات.

على هذا الأساس اتجه الفقه والتشريع الحديث إلى أن لإرادة الطفل القاصر المميز المدرك الواعي، مكانة هامة في كل القرارات الخاصة به، وعلى الأخص ما يتعلق منها بحالته الصحية، فله الحق في قبول العلاج أو رفضه، وله حق في الإعلام والتعبير حسب درجة نضجه وفهمه ومقدرته على التعبير عن رأيه، استناداً إلى حقه في حرمة جسده وسلامته البدنية والذهنية مثله مثل المريض البالغ.

وهذا ما اتجه إليه المشرع الكويتي، حينما أعطى الطفل في مواضيع عديدة من قانون حقوق الطفل، الحق في التعبير عن رأيه، وحقه في الاستماع إليه إلى أقصى الحدود، وحقه في الحصول على المعلومات وتكوين رأي بخصوصها، لذلك أصبح من غير المقبول الآن التجاهل التام لإرادة المريض القاصر فيما يتعلق بحالته الصحية.

إن مبدأ الاعتداد بإرادة القاصر مرهون بحماية المصالح العليا للقاصر، والمتمثلة في حماية حياته وصحته وسلامة جسده، وعدم المساس بحرمة جسده دون رضاه،

وارتباط هذا المبدأ بهذه المصالح، يجعل من الواجب علينا تجاهله أحياناً، في الحالات التي تكون إرادة القاصر سواء بقبول العلاج أو رفضه - متعارضة مع هذه المصالح، وتهدد حياة القاصر، لذلك في هذه الحالات يجب تجاوز إرادة القاصر، واللجوء إلى مبدأ الرضا بالنيابة والاكتفاء برضاء الوالدين فقط، حتى لو ألحَّ القاصر على رأيه؛ لأن إعطاء القاصر هذا الحق مرتبط بتحقيق مصالحه العليا، ومتى كانت ممارسته لهذا الحق فيها تهديد لهذه المصالح فهنا نرجع للأصل العام وهو الرضا بالنيابة والاكتفاء برضاء الوالدين.

لقد أثبت الواقع العملي أن مصلحة القاصر لا تكون في انفراد الولي بالقرار الطبي، كما لا تكون أيضاً في انفراد إرادة القاصر بهذا القرار، بل تتجسد هذه المصلحة في التوفيق فيما بينهما، بإشراك الإرادتين معاً في القرار لضمان حماية فعالة لتحقيق المصالح العليا للقاصر في حمايته وسلامته الصحية والبدنية.

وتكون مساهمة القاصر في القرار الطبي بحسب نضجه وفهمه وتمييزه وإدراكه، وبحسب حالته الصحية وطبيعة العمل الطبي المقترح فيما إذا كان عملاً علاجياً أو جراحياً، ودرجة خطورة العلاج، وهنا يكون للطبيب دور مهم، باعتباره حامي مصلحة الطفل، وبما يمليه عليه الواجب المهني والإنساني، وأن يوفق بين إرادة القاصر وإرادة الولي بما يحقق ويضمن سلامة القاصر.

أمام هذا التطور في التشريعات الحديثة والاتجاهات الفقهية أصبح لزاماً على المشرع الكويتي التدخل لسد النقص وعمل التوفيق اللازم بين النصوص القانونية المنظمة للالتزام باحترام إرادة المريض بواجه عام، واحترام إرادة القاصر بوجه خاص، في كل من المادة (٣٠) من قانون الجزاء، والمرسوم بالقانون الخاص بمزاولة مهنة الطب، وجعلها منسجمة مع ما ورد في قانون حقوق الطفل والمتضمن في الكثير من مواده على ضرورة الاعتداد بإرادة الطفل والاستماع إليه، لما في ذلك من حماية لخصوصية وحياة وقدسية جسم الطفل القاصر وسلامته.

تم بحمد الله

قائمـــة المراجـــع

أولاً : المراجع باللغة العربية:

- **أحمد شرف الدين:** مسئولية الطبيب، جامعة الكويت، ١٩٨٦.
- **أسامة السيد عبد السميع:** مدى مشروعية التصرف في جسم آدمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.
- **أمير فرج يوسف:** خطأ الطبيب العمدي وغير العمدي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ٢٠١٠.
- **أنور يوسف حسين:** ركن الخطأ في المسئولية المدنية للطبيب، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤.
- **جابر محجوب:** دور الإرادة في العمل الطبي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- **حسام الدين الأهواني:** نحو نظام قانوني في جسم الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الأربعون، يناير ١٩٩٨.
- خالد جاسم الهنديانى ومحمد سامي عبد الصادق: **الوجيز في المسئولية الطبية المدنية، الطبعة الأولى، الكويت، ٢٠١٢.**
- **خالد جمال أحمد حسن:** مدى حق المريض في قبول أو رفض العمل الطبي، دون دار نشر، ٢٠١٤.
- **زينة غانم العبيدي:** إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٧.
- **عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة:** قبول أو رفض العلاج وأثره على المسئولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.
- **علي حسين نجيدة:** التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- **فتحية زعنون:** حق الطفل المريض في المشاركة في القرار الطبي، دار المنظومة، ٢٠١٨. http;//search.mandumah.com/.Record/874512

- **محسن عبد الحميد البيه**: خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٣.
- **محمد مصطفى شلبي**: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٧.
- **منير رياض حنا**: المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- الخطأ الطبي الجراحي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- **G. Mémeteau** : Le droit médicale, coll.Juris. fran, éd .Litec 1985.
- **L- Kornprobst et S. Delphin :** le contrat des soins médicaux, éd Sirey, 1960.
- **N.Adot :** le role de la volonté de l'énfant dans les actes extra-partimoniaux, Thése Paris, 1964.
- **R. et J. Savatier, Auby et Pequignot :** Traité de droit médical , libr.. Téchniques.
- **S.F. Bouvier:** le consentement à l'acte thérapeutiques : J.C.P., 1986, I, 3249.
- **V. R. Nerson :** Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélange G. Marty 1978 .
- C.A. Amiens, 14 fév. 1906. D. P. 1907, II, 45 note Mérignac.
- Trib. Civ. seine , 16 mai 1935, D.P. 1936, II, 9 note H. Desbois.
- C. A. Lyon, 17 nov. 1952, J.G.P. 1953, II, 7541, note R. Savetier.
- C.A.Paris, 33 nov. 1959, J.C.P. 1960, note R. Savatier.
- Cons.d"Etat, 9 juillet 1975, Res. Lebon 1975, p.421
- Cons. Civ. 9 mai 1983, D. 1984, p. 121, note J.Penneau.
- Cass.1er. Civ. 29 mai 1984, D. 1985, p.281, note F. Bouvier.

- CA. Versailles, 17 janv.1991, J.C.P. 1992, II. N. 21929, note Mémeteau.
- Cass. 1er. civ.26 mars 1996, D. 1997, J., p.35, note J. R. Dahan.