

الجزء الأول

حماية الصحة كسبب لتبرير المساس بالحرمة الجسدية

الجزء الأول

حماية الصحة كسبب لتبرير المساس بالحرمة الجسدية

إن الحق في الصحة ليس حق كل فرد في العلاج فحسب، بل حقه في أن يوجد في حالة إكتمال السلامة بديناً وعقلياً⁽¹⁾.

ومبدأ حظر المساس بالحرمة الجسدية للفرد ليس مبدأ من المبادئ التي تسري على إطلاقها، بل يمكن خرقه، لكن في حالات نادرة ومحدودة جداً، ومن بين تلك الحالات المبررة الصحة؛ إذ تقتضي المحافظة على الصحة العامة، ومعالجة ما يعترئها من أمراض في بعض الحالات النيل من الحرمة الجسدية للأفراد، وذلك سواء كانت المعالجة إجبارية (الفصل الأول) أو معالجة إختيارية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: المعالجة الإجبارية للمساس بالحرمة الجسدية

إن حماية السلامة العامة والفردية ووقاية المجتمع من الأمراض المعدية والعلل الخطيرة ومقاومتها بصورة جدية وناجعة لا يتأتى إلا بإتخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة، والكفيلة بتوفير أكبر حماية ممكنة لكل أفراد المجتمع، وإن كانت تمس نسبياً بالحرمة الجسدية للفرد، إلا أنها تخدم بالمآل مصلحته.

ولذلك فرض المشرع جملة من الإجراءات الصحية لغايات وقائية (المبحث الأول)، كما أجاز إمكانية إخضاع المدمن على تعاطي المخدرات لنظام علاجي (المبحث الثاني).

(1) راشد محمدي، مرجع سابق، ص 202.

المبحث الأول

تبرير المساس بالحرمة الجسدية لغايات وقائية

إن حماية الصحة العمومية ووقاية المجتمع من الأوبئة والأمراض ومقاومتها بصورة جدية وناجعة تفرض في بعض الحالات إجبار الأشخاص على الخضوع لفحوص طبية، وللمعالجة، ولو أدى ذلك إلى المساس من الحرمة الجسدية، سواء عن طريق منع تفشي الأمراض السارية المذكورة حصراً بالقانون سواء لمن يثبت رفضهم متابعة العلاج ضد هاته الأمراض أو ضد من سعى عمداً من خلال سلوكه إلى انتقال المرض المصاب به إلى أشخاص آخرين (الفقرة الأولى) أو عن طريق إجبارية التلقيح ضد الأمراض الخطيرة والتي حددها القانون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإستشفاء الوجوبي للأشخاص المصابين بأحد الأمراض

السارية

نظراً لما تشكله الأمراض السارية من خطورة على الصحة العامة، ونظراً إلى سرعة انتشارها وانتقالها من شخص مصاب إلى شخص سليم معافى؛ فقد عمد المشرع التونسي إلى إتخاذ الوسائل الوقائية الكفيلة بوقف إنتشارها، وذلك من خلال القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية 1992 والمتعلق بالأمراض السارية، والمنقح بقانون عدد 7 لسنة 2007 المؤرخ في 12 / فيفري 2007⁽¹⁾.

ويعتبر مرضاً سارياً كل مرض يعزى إلى عامل خمجي محدد أو إلى إفرازاته السامة، والذي يطرأ فجأةً بسريان ذلك العامل أو إفرازاته من موضع معين إلى متلقٍ سواء مباشرة بواسطة شخص أو حيوان مصابين أو بصورة غير مباشرة عن طريق تدخل وسيط حيواني أو نباتي أو ناقل من المحيط الخارجي⁽²⁾.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 14 بتاريخ 16 / فيفري 2007 ص 429.

(2) الفصل الثاني من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

وإذا كان الأصل في الأشياء هو عدم إمكانية التمييز في المعاملة بين الأشخاص في مجال الوقاية من الأمراض السارية ومعالجتها، فإنه يجوز إذا ما لازم شخص مصاب بمرض ساري سلوكاً من شأنه أن يحدث خطراً على تسرب مرضه إلى غيره - إستثناءً لذلك المبدأ وحفاظاً على مقتضيات الصحة العامة - إتخاذ تدابير خاصة إزاء الحيلولة دون انتشار مرضه وتسربه إلى غيره⁽¹⁾.

لذلك أوجب القانون⁽²⁾ على كل شخص يعلم أنه مصاب بمرض من الأمراض السارية والمدرجة بالقانون أن يعرض نفسه على طبيب لفحصه ومعالجته، وإلا فإنه يخضع لعقوبة جزائية⁽³⁾. ويكتسي التصريح بالأمراض طابعاً اجبارياً ويتم لدى السلط الصحية⁽⁴⁾.

وتشجيعاً منه للمريض بمرض ساري على الإقدام على معالجته أقرّ المشرع مبدأ مجانية المعالجة متى بادر الشخص المصاب بأحد الأمراض السارية بإتباع نظام علاجي بأحد الهياكل الصحية العمومية المعنية من قبل السلط الصحية حيث تتكفل الدولة بنفقات العلاج⁽⁵⁾، ويمكن للسلطة الصحية أن تلزم، ومن منطلق الحرص على الحفاظ على الصحة العامة، كل شخص مصاب بأحد الأمراض المنصوص عليها بالمرفق الملحق بقانون الأمراض السارية بأن يعالج نفسه بصفة منتظمة مع إلزامه بإثبات احترامه لذلك الواجب بتقديم شهادات طبية في الآجال التي تحددها له نفس تلك السلطة الصحية⁽⁶⁾.

(1)- الهاشمي عمر، ملتقى الأخلاقيات الطبية، م . ق . ت، العدد 9، نوفمبر 1998، ص 12.

(2) الفصل التاسع من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(3) الفصل 18 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(4) الفصل 7 (فقرة أولى) من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(5) الفصل 10 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(6) الفصل 9 (فقرة ثانية) من القانون المتعلق بالأمراض السارية. أنظر فتحية العوادني حمدي، مرجع

سابق، ص 111.

لقد نص القانون المتعلق بالأمراض السارية على إمكانية اتخاذ قرار يقضي بالاستشفاء الوجوبي لغرض العزل الإتقائي ضد الأشخاص المصابين بأحد الأمراض السارية المنصوص عليها بالمرفق الملحق بهذا القانون⁽¹⁾. ولإن هذا القرار ينال من الحرمة الجسدية للفرد فقد أقرّ المشرع جملة من الضمانات الناجعة تتمثل في الشروط الواجب توفرها والجهاز المؤهل لإتخاذ هذا القرار، فلا يجوز إصدار الإذن بالإستشفاء الوجوبي إلا إذا رفض الشخص المصاب بمرض من الأمراض السارية متابعة العلاج المحدد له رغم إلزامه بذلك، أو سعى عمدًا من خلال سلوكه إلى انتقال المرض المصاب به إلى غيره⁽²⁾، عندها فقط يجوز لوزير الصحة العمومية ومن يمثله أن يستصدر قراراً استعجالياً ينفذ على المسودة من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة تريباً يقضي بعزله داخل مؤسسة صحية عمومية وإخضاعه لنظام علاجي طبي ملائم، وذلك لمدة أقصاها ثلاثة أشهر⁽³⁾.

ويمكن للجهة القضائية التي اتخذت القرار الأول تجديد تلك المدة كلما بقيت الدوافع التي اقتضت إخضاعه للعلاج الوجوبي قائمة⁽⁴⁾، وفي صورة عدم التجديد ينتهي آلياً الإستشفاء الوجوبي.

ويمنع على الشخص الصادر ضده قرار في الاستشفاء الوجوبي أن يغادر من تلقاء نفسه المؤسسة الصحية الواقع قبوله بها ولو لوقت قصير⁽⁵⁾، وللمريض أو لأحد أصوله أو فروع أو قرينه أن يطلب من السلطة الصحية وضع حد للإستشفاء الوجوبي، ويوكل أمر وضع حد له للسلط الصحية مبدئياً. غير أنه إذا ما رفضت تلك السلطة ذلك الطلب يجوز للمريض أو لأحد أقربائه من الأشخاص السالف ذكرهم طلب ذلك من المحكمة

(1) الفصل 11 مكرر من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(2) الأستاذ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، ص.194.

(3) الفصل 12 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(4) الفصل 13 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(5) الفصل 14 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

الابتدائية التي أذنت بالاستشفاء المتنازع فيه، وتنظر هذه المحكمة في ذلك الطلب وفقاً لإجراءات القضاء المستعجل⁽¹⁾.

ويجوز للمحكمة إذا ما استجابت لذلك الطلب أن تفرض - بناء على طلب وزير الصحة العمومية أو من يمثله - على المريض المثول لدى المؤسسة التي وقع استشفائه بها ليخضع لفحوص المراقبة والعلاج التي تتطلبها الحالة وفق مواعيد دورية محددة⁽²⁾.

كما يشكل سعي المريض المتعمد لنقل مرضه إلى أشخاص آخرين إضافة إلى كونه مبرراً كافياً لاتخاذ قرار الإستشفاء الوجوبي، جريمة يعاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية يمكن أن تصل مدتها القصوى إلى ثلاثة أعوام سجناً⁽³⁾.

أما إذا غادر المريض الخاضع للإستشفاء الوجوبي المؤسسة الإستشفائية الواقع قبوله بها دون إذن السلطة الصحية المشرفة على علاجه فإن فعله يدخل تحت طائلة التجريم⁽⁴⁾.

غير أن العقوبة الصادرة في الحالتين المذكورتين لا تنفذ في السجن كما هو الأصل في الأشياء، وإنما في وسط إستشفائي معد خصيصاً لذلك⁽⁵⁾.

ولاشك أن أساس الإستشفاء الوجوبي هو حماية الصحة العامة إذ يخشى نقل عدوى أمراض خطيرة إلى أشخاص آخرين⁽⁶⁾، وكذلك حماية المريض نفسه الذي عمد المشرع من خلال هذه الإجراءات إلى إسعافه إن كانت حالته تستوجب الإسعاف.

لكن إلى جانب هذا فإن هناك بعض الأمراض التي لا تحتاج إلى سعي خاص من شخص مصاب بها حتى تتسرب إلى غيره بل هي قابلة للانتشار ولو مع خضوع المصابين

(1) الفصل 15 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(2) الفصل 16 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(3) الفصل 18 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(4) الفصل 19 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(5) الفصل 20 من القانون المتعلق بالأمراض السارية.

(6) الأستاذ عبد الله الأحمدى، المرجع السابق ذكره، ص. 194 و 195.

بها إلى العلاج والتداوي، وتهدد هذه الأمراض بوجه أخص الأطفال الصغار لذلك وجب التصدي لها عن طريق التلقيح الإجباري.

الفقرة الثانية : التلقيح الإجباري

إن بعض الأمراض الخطيرة عند تفشيها تؤدي بحياة العديد من البشر، وتعد من الآفات الاجتماعية، وقد إنكب علم الطب على مقاومتها، وأثبت أنه بواسطة التلقيح يمكن التنقيص من حدتها، وحتى القضاء عليها فعمل المشرع بهذه الحقيقة العلمية⁽¹⁾.

وقد إقتضى الأمر المؤرخ في 5 ماي 1992 والمتعلق بوجوبية التلقيح ضد الجدري أنه يمكن للسلطة الإدارية المختصة فرض إجبارية التلقيح سواء في كامل تراب الجمهورية أو جزء منه فقط، وذلك كلما حلَّ وباء أو مرض جديد أو وجد خطر لإنتشار وباء جديد يمكن التصدي له عن طريق الحصانة الاصطناعية.

إن التلقيح الإجباري ضد مرض وبائي إجراء يؤدي بلا شك للمساس بالحرمة الجسدية للفرد الخاضع له. إلا أنه إجراء جائز إقتضته ضرورة حماية الصحة العامة وحماية الفرد نفسه ضد الأمراض المعدية والخطيرة؛ فالمصاب بمرض معدي سينقله بلا شك إلى غيره خاصة في عصر ظهرت فيه أصناف من الأمراض الخطيرة والمعدية والقاتلة، لذلك لا يمكن التمسك بمبدأ حرية العلاج أو مبدأ الحرمة الجسدية للتفصي من إجراء صحي تتطلبه مقتضيات المصلحة العامة.

واستناداً لهذا تمّ فرض إجبارية التلقيح ضد عدة أمراض نذكر منها:

1. مرض الشلل النخاعي الذي صرح بإجباريته بموجب قرار من وزير الصحة العمومية الصادر بتاريخ 4 جانفي 1963⁽²⁾.
2. أمراض الخناق أو الكزاز والسعال الديكي التي فرض التلقيح ضدها للأطفال إلى سن الخمسة أعوام، وضد الخناق والكزاز الأشخاص المتراوحة سنهم بين

(1)فتحية العوادني حمدي، المرجع السابق، ص.113.

(2) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 1 جانفي 1963، ص.624.

سنة وعشرين عاماً، وضد الكزاز بالنسبة للأشخاص المحاطين بخطر التعرض للإصابة، وذلك بموجب قرار من وزير الصحة العمومية بتاريخ 23 سبتمبر 1978⁽¹⁾.

3. مرض الحصبة الذي فرض التلقيح ضده للأطفال المتراوحة أعمارهم بين تسعة أشهر وعامين بموجب قرار من وزير الصحة العمومية الصادر بتاريخ 8 ماي 1981⁽²⁾.

4. مرض الحمى الذي صرح بإجباريته بكامل تراب الجمهورية بموجب الأمر عدد 02/1982 المؤرخ في 6 جويلية 1982 بالنسبة للعمال المستخدمين بصفة قارة أو مؤقتة في بعض المصالح التي حددها نفس هذا الأمر.

ويقع على عاتق القائم بعملية التحصين التزام سلامة الشخص الممضي؛ إذ يجب أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار به، وهذا يقتضي أن يكون المحل سليماً لا يحمل للشخص عدوى من الأمراض، وأن يعطى بطريقة صحيحة⁽³⁾.

وقد قضى فقه القضاء الفرنسي بقيام المسؤولية في صورة الحقن بمصل فاسد حتى لو ظل أصل الفساد غير معروف⁽⁴⁾.

وطالما أن التلقيح الإجباري غالباً ما تقوم به الدولة فهي تتحمل مسؤولية تعويض الأضرار الناجمة عن عملية التلقيح، والتي يلحقها موظفوها بالغير إذا كانت ناتجة عن خطأ وظيفي، وهو يختلف عن الخطأ الشخصي الذي يرتب المسؤولية الشخصية للموظف⁽⁵⁾.

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 26 سبتمبر 1978، ص.63.

(2) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 8 ماي 1981، ص.577.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية 1992، ص.172.

(4) أورده راشد محمدي، مرجع سابق، ص.208.

(5) محسن العبودي، أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه في القانون الجنائي والإداري

والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.24.

إن الخطأ الشخصي يرتب المسؤولية الشخصية للموظف المتسبب في إلحاق الضرر بالغير، وهو الملزم وحده بجبره، ولا يمكن مطالبة الدولة بالتعويض إذ أنها لا تكون مسؤولة إلا في صورة خطأ وظيفي عن حسن نية⁽¹⁾.

إن التلقيح الإجباري الذي تفرضه الدولة للوقاية من الأمراض المعدية والخطيرة لا يشكل إعتداءً كبيراً على الحرمة الجسدية للفرد بقدر ما هو تدعيم لحقه في الصحة. وبالإضافة إلى الإجراءات الصحية لغايات وقائية أجاز المشرع إمكانية إخضاع المدمن على تعاطي المخدرات لنظام علاجي.

(1) صلاح الدين الشريف وماهر كمون، الوظيفة العمومية في تونس، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، 1990، ص.36.

المبحث الثاني

إخضاع المدمن على تعاطي المخدرات لنظام علاجي للتخلص من التسمم⁽¹⁾

أنشأ القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 مارس 1992 المتعلق بالمخدرات والمنقح في ثلاث مناسبات⁽²⁾ وقاية وعلاج للمدمنين على تعاطي المخدرات من خلال القيام بإجراءات العلاج (الفقرة الأولى)، وكذلك إعتقاد العلاج بديلا للزجر (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إجراءات علاج المدمن

المخدرات هي آفة اجتماعية خطيرة وممارسة غير مشروعة تؤدي إلى القضاء على الذات البشرية باعتبار أن الإدمان على تعاطي المخدرات يؤدي إلى الانهيار البدني والعقلي وكذلك إلى إنحلال الدورة الاقتصادية.

(1) جاء في 29 الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية أنه "على الطبيب التعامل مع المريض الذي يتعاطى إحدى مواد الإدمان بحرص وجدية، وعليه تحريُّ أفضل السُّبل لعلاجه، سواء في المؤسسات المختصة لذلك، أو في عيادته الخاصة إذا توافرت لديه إمكانات العلاج. ويلتزم في ذلك بالقوانين النافذة".

انظر: http://www.sehha.com/medical/IslamicCode_toc.htm

(2) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 33، بتاريخ 26 ماي 1992، ص 621. والمنقح في ثلاثة مناسبات، بقمضى القانون عدد 94 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 90 صادر في 10 نوفمبر 1995، ص 2214. والقانون عدد 101 لسنة 1998 المؤرخ في 30 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 97، صادر في 4 ديسمبر 1998، ص 2416. والقانون عدد 75 لسنة 2003 مؤرخ في 10 ديسمبر 2003، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 99، صادر في 12 ديسمبر 2003، ص 3808.

وتعرف المخدرات اصطلاحاً بأنها كل مادة ينتج عن تعاطيها فقدان جزئي أو كلي للإدراك وتحديث فتوراً بالجسم. أما المفهوم الطبي فيعرف المخدرات بأنها المادة التي تؤثر على الجهاز العصبي بدرجة تضعف وظيفته بصفة مؤقتة. وهو التعريف المعتمد لدى منظمة الصحة العالمية⁽¹⁾.

إن بعض جرائم المخدرات تقتضي تشديد العقاب ولو بسن عقوبة الإعدام لبعض تلك الجرائم، وهو ما معمول به من قبل بعض دول العالم⁽²⁾، والذي لا يؤدي في رأينا إلى القضاء إلى تفشي هذه الظاهرة في المجتمع، والدليل على ذلك أن هذه الجرائم لازالت منتشرة بهذه البلدان التي تطبق العقوبات القاسية بشكل قوي لذلك يتحتم على قانون المخدرات إعطاء الجانب الوقائي والصحي للمدمنين على تعاطي المخدرات المكانة اللائقة التي يستحقها.

بالرجوع إلى قانون 1964⁽³⁾ لا نجد أي إشارة للجانب الوقائي أو الصحي الذي يساعد المدمنين على معالجة حالات التسمم العالقة بأبدانهم من جراء إدمانهم على استهلاك المواد المخدرة ما عدا ما جاء به قانون المواد السمية لسنة 1969 الذي نصّ على بعث لجنة عليا لمعالجة المدمنين على المخدرات. ولهذا ثبت للمشرع مما لا يدعوا مجالاً للشك أن تعاطي المخدرات يؤدي حتماً إلى الإدمان على استهلاكها، وهذا من شأنه أن

(1) الأستاذ العجمي بالحاج حمودة، محاضرات في القانون الجنائي، دروس لطلبة سنة اولى من المرحلة

الثالثة علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005، غير مرقونة.

(2) صالح السعد، المخدرات والمجتمع، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 1996، ص 15.

(3) أنظر راشد محمدي مرجع سبق ذكره، ص 218.

- وليد قدوار، تعليق على الفصل الخامس من قانون المخدرات، مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات

المعمقة، علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 20012-2003، ص 12.

يؤثر على الحالة الصحية للشخص المدمن بتدميره من جميع النواحي، ويقضي بذلك على الطاقة البشرية التي هي أهم رصيد في الحياة⁽¹⁾.

ويبتغ عن الإدمان على تناول المخدرات حالة من التعود تجعل المدمن أسيراً لتلك المادة الفتاكة بما يصبح معه غير قادر - حتى مع توفر الرغبة والعزم - على الإقلاع عن استهلاكها.

وقد تؤدي حالة التبعية لتلك المادة بالمدمن إلى عدم التردد أمام ارتكاب أخطر الجرائم من أجل الحصول على ما يحتاجه من مادة مخدرة لا سيما عند عجزه عن مواجهة تكاليف إقنتائها بسبب غلاء تلك المادة.

والأصل أنه لا يجوز إخضاع أي كان لنظام علاجي مهما كان نوعه دون رضاه لما يترتب عن مقتضيات العلاج من مساس بالحرمة الجسدية للشخص الخاضع له سواء عند حقنه بما يتطلبه وضعه الصحي من دواء أو عند تسريب مختلف الأدوية والعقاقير إلى جسمه بمختلف الطرق العلاجية الأخرى⁽²⁾.

ومن أجل تشجيع المدمن على معالجة نفسه ومساعدته على الإقلاع عمّ تعود عليه من استهلاك للمخدرات إنشأ القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 18 مارس 1992 المتعلق بالمخدرات للمدمن الذي يتقدم عن طواعية إلى لجنة الإدمان⁽³⁾ للخضوع لنظام علاجي طبي بغية التخلص من التسمم. حيث يمكن لكل شخص أصبح مدمناً، وقبل إكتشاف الأفعال المنسوبة إليه أن يتقدم مرة واحدة بطلب كتابي مصحوب بشهادة طبية في الغرض سواء بنفسه أو عن طريق القرين أو أحد أصوله أو فروعته أو أطبائه إلى اللجنة

(1) عبد الفتاح مراد، التجريم والعقاب في قوانين المخدرات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1989، ص 440.

(2) يراجع راشد محمدي، مرجع سبق ذكره، ص 219.

(3) تتركب لجنة إدمان المخدرات من: مستشار محكمة الاستئناف بتونس، ممثل عن وزارة الداخلية، الصيدلي المتفقد المركزي، ثلاثة أطباء يعينهم وزير أطباء يعينهم وزير الصحة العمومية. الفصل 10 من القانون عدد 54 لسنة 1969 المؤرخ في 26 جويلية 1969 المتعلق بتنظيم المواد السمية.

المذكورة⁽¹⁾. غير أن المدمن إذا انقطع عن العلاج دون موافقة اللجنة المختصة أو أطبائه المباشرين فإن التبعات القانونية تستأنف ضده من طرف النيابة العمومية⁽²⁾.

ويحول الفصل 120 من القانون عدد 54 لسنة 1969 المؤرخ في 26 جويلية 1969 المتعلق بتنظيم المواد السمية للجنة الإدمان على المخدرات أن تلزم كل شخص ثبت إدمانه على المخدرات بإتباع نظام علاجي قصد التخلص من التسمم بمؤسسة مختصة حسب الشروط التي تضبط بقرار من وزير الصحة، وتحدد اللجنة مدة هذا العلاج ويمكنها عند الإقتضاء الحط منها أو الزيادة فيها بحسب نتيجة العلاج.

الفقرة الثانية : العلاج بديلا للزجر

اتبع المشرع العلاج كبديل للزجر، ونصّ عليه قانون 1969 بصفة محتشمة، وتدعم بقانون 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات إلا أن المشرع تدخل مرة أخرى من خلال تنقيحه لقانون 1992 وذلك في مناسبتين؛ 1- القانون عدد 94 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بإتمام القانون المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات⁽³⁾ حيث أفرد المشرع الأطفال دون سواهم بإجراء الإخضاع للعلاج كبديل للعقوبة، ويبرز اهتمام المشرع بالطفل لأنه مستقبل الإنسان، ففي حالة عدم الإدمان للطفل فإنه يخضع للعلاج النفسي والطب الاجتماعي أما في حالة الإدمان فإنه يخضع لتدابير علاجية أو لأي من التدابير المنصوص عليها بالفصل 59 من مجلة حقوق الطفل⁽⁴⁾.

ولم يقدم المشرع تعريفا للإدمان لأنه مفهوم طبي يصعب تحديده، إلا أن قانون 1992 اشترط شهادة طبية ترفق بالملف.

(1) الفصل 18 من القانون عدد 52 لسنة 1992، المؤرخ في 10 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات.

(2) الفصل 20 من القانون عدد 52 لسنة 1992، المؤرخ في 10 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات.

(3) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 10 نوفمبر 1995، عدد 90، ص. 2214.

(4) الفصل 19 مكرر من القانون عدد 94 لسنة 1995 والمؤرخ في 9 نوفمبر 1995 والمتعلق بإتمام القانون المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات.

وقد عرفت منظمة الصحة العالمية الإدمان بأنه حالة تسمم دورية ناتجة عن الإستهلاك المتكرر لمادة مخدرة⁽¹⁾.

وهناك ضمانات وضعها المشرع لتشجيع على العلاج وهي سرية العلاج.

أولاً: والتي تعتبر من الأسرار المهنية التي يمنع إفشاؤها⁽²⁾، وذلك محافظة على

أعراض هؤلاء المدمنين ولتشجيعهم على اتباع طرق العلاج العصرية.

ثانياً: عدم التتبع الجزائي أي أن التتبع والمحاكمة تسقط على طال العلاج شرط أن

يكون متهما بالإستهلاك فقط مما يحول دون إثارة الدعوى العمومية ضده

شريطة ألا يكون قد سبق له أن انتفع بذلك العذر وألا ينقطع عن العلاج

أو يغادر المؤسسة الإستشفائية دون موافقة أطبائه أو اللجنة المذكورة⁽³⁾.

تدخل المشرع بالقانون عدد 101 لسنة 1998 المؤرخ في 30 نوفمبر 1998 ويتعلق

بتنقيح القانون المؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات، حيث أضاف إلى الفصل 19

من قانون 1992 فقرتين جديدتين "يمكن تعهد المحكوم عليه المدمن على تعاطي المخدرات

في جميع الصور بالعلاج من التسمم، وذلك لفترة يحددها الطبيب المختص في مؤسسة

استشفائية عمومية وفي صورة رفضه العلاج المشار إليه يتم إعلام النيابة العمومية بذلك التي

تستصدر إذناً من رئيس المحكمة الابتدائية يقضي بإلزام المحكوم عليه بالخضوع للعلاج المذكور،

ويكون مطلب الإذن مرفوقاً بوثيقة طبية تثبت الإدمان ويصدر الإذن بعد سماع المحكوم عليه، ويتم

تنفيذ العلاج المشار إليه تحت إشراف ورقابة لجنة الإدمان على المخدرات المشار إليها بالفصل 119

من القانون عدد 54 لسنة 1969 المؤرخ في 26 جويلية 1969⁽⁴⁾.

(1) نبيل بن صالح، التأثير الصحي لتعاطي المخدرات، محاضرة، الملتقى الوطني حول المخدرات من 12

إلى 13 فيفري، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1993، ص 55.

(2) الفصل 21 من القانون عدد 52 لسنة 1992، المؤرخ في 10 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات.

(3) الفصل 20 من القانون عدد 52 لسنة 1992 المؤرخ في 10 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات.

(4) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 97، بتاريخ 4 ديسمبر 1998، ص 2416.

الفصل الثاني

تبرير المساس بالحرمة الجسدية لغاية المعالجة الاختيارية

يقصد بالمعالجة الاختيارية تمييزا لها عن المعالجة الإجبارية تلك التي تتم بناء على رضا الشخص الخاضع للعلاج.

ذلك أن المحافظة على الصحة ومعالجة ما يعترها من أمراض تقتضي الإستنجاد بأهل الخبرة من الطب، الذين يتعذر عليهم في الغالب التدخل بالنجاعة الكافية لاستئصال مصدر الداء أو على الأقل التخفيف من وطأته دون المساس بالحرمة الجسدية. والأصل أنه لا يجوز المساس بالحرمة الجسدية للفرد إلا من أجل تحقيق غاية علاجية ذاتية (المبحث الأول).

وإقتناعا من المشرع بضرورة التطور العلمي الذي يعد لمصلحة الفرد، وضرورة تقوية روابط التضامن بين أفراد المجتمع الواحد، وإمكانية التضحية نسبيا بالسلامة الجسدية للفرد إذا كان الدافع لذلك نبیلا، وهو الرغبة في إنقاذ حياة الفرد فإنه يجوز النيل من الحرمة الجسدية لغاية علاجية إنسانية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تبرير المساس بالحرمة الجسدية لغايات علاجية ذاتية

إن حفظ الصحة العامة يقتضي في بعض الأحيان إباحة المساس بالحرمة الجسدية للأفراد، وتكون الغاية هنا ليست غاية وقائية بل إنها غاية علاجية بعد أن حصلت إصابة الشخص بمرض من الأمراض، لذلك فإن مساس الطبيب بالحرمة الجسدية لحرفائه يعد مساساً مشروعاً (الفقرة الأولى) الغاية منه استشفائية مع وجوب احترام الطبيب لواجباته المتعلقة بأصول الطب أثناء معالجة مريضه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تبرير مساس الطبيب بالحرمة الجسدية لحرفائه المرضى

إن القانون ينظم مهنة الطب، وينظم كيفية مباشرتها فهو يسمح حتماً بكل الأعمال الضرورية الملائمة لمباشرتها، ويميز القانون للأطباء المساس بأجسام المرضى أو إجراء عمليات جراحية حسب مقتضيات الحالة.

إلا أن المريض ليس شيئاً يستعمله الطبيب كما يشاء؛ فلا يجوز للطبيب المساس بالحرمة الجسدية للمريض إلا إذا توفرت جملة من الشروط المتلازمة، وهي: الترخيص القانوني للمهنة (أ)، وموافقة المريض على التدخل الطبي (ب).

أ- الترخيص القانوني للمهنة

تقتضي المحافظة على الصحة العمومية، ومعالجة ما يعترئها من أمراض وعلل الاستنجاد بأهل الخبرة والمهارة من المختصين في الطب، ويجب أن يأتي العمل الطبي لشخص يخصص له القانون مزاولة مهنة الطب⁽¹⁾.

(1) لا يخصص القانون التونسي ممارسة مهنة الطب إلا لمن اكتسب خبرة في هذا الإختصاص بمحصله على شهادة الدكتوراه في الطب أو في طب الأسنان أو على شهادة معادلة لأحدهما، وكان مرسماً بجدول عمادة الأطباء أو عمادة أطباء الأسنان. أنظر فتحة العوادني حمدي، مرجع سبق ذكره، ص115.

ولا تتم مزاولة مهنة الطب بالبلاد بأي صفة كانت إلا بعد توفر شروط معينة نصّ عليها القانون عدد 21 لسنة 1991 المؤرخ في 13 مارس 1991 والمتعلق بممارسة مهنة الطب والأسنان وتنظيمها.

ويعتبر كل شخص يقوم بأي صورة كانت بتشخيص أو معالجة أمراض أو علل جراحية سواء كانت وراثية أو مكتسبة أو تقديم استشارات شفاهية أو كتابية أو بأي طريقة أخرى، مرتكباً لجريمة ممارسة الطب أو طب الأسنان بصورة غير شرعية عندما لا تتوفر فيه الشروط⁽¹⁾.

وكذلك كل من خرج عن نطاق المشمولات التي يخولها القانون له، وذلك بإعانة الأشخاص الذين يمارسون المهنة دون الاستجابة لكل الشروط المطلوب توفرها بمقتضى قانون ممارسة المهنة بهدف عدم التقيد به.

وكذلك مباشرة المهنة أثناء فترات التحجير المنصوص عليها بالقانون، وبالتالي يكون عرضة للتبع أمام المحاكم الجزائية من أجل ممارسة مهنة الطب دون رخصة على معنى الفصل التاسع من قانون 13 مارس 1991 السالف الذكر⁽²⁾.

إن الغاية من تطلب الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب ينم عن حرص المشرع على المحافظة على صحة المواطن وسلامته البدنية وصونها من كل عبث، فهو يقدر أن من رخص له مباشرة العلاج هو الذي يستطيع دون غيره القيام بعمل طبي يتفق والأصول العلمية، ويتجه في ذاته إلى شفاء المريض الذي يجب موافقته على التدخل الطبي.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، 1988، ص 120.

(2) حول جريمة ممارسة مهنة الطب دون رخصة يراجع: راشد محمدي، مرجع سابق، ص 233 و 234.

موافقة المريض على التدخل الطبي⁽¹⁾

يرى فقه القضاء في كل عمل طبي إعتداء على سلامة الجسد⁽²⁾ إلا أنه إعتداء جائز حتمه العلاج وحفظ الصحة. كما أن العلاقة التي تربط بين المريض وطيبه هي علاقة تعاقدية لا بد من توفر ركن الرضا بها⁽³⁾، وذلك على اعتبار أن الفصل 2 م.ا.ع حدد أربعة أركان لصحة العقد من ضمنها الرضا الذي يمكن تعريفه بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء علاقة قانونية ملزمة تنصرف آثارها مباشرة إلى كل طرف متعاقد⁽⁴⁾.
وتعتبر من المبادئ المستقرة في الأعمال الطبية التقليدية ضرورة الحصول على رضا المريض بمباشرة العلاج على جسمه⁽⁵⁾.

ولقد أوجبت المحاكم على الطبيب التأكد من موافقة المريض موافقة تامة ومتبصرة وقبوله النتائج المحتملة لذلك التدخل قبل مباشرة تدخله، ولا تكون موافقة المريض منتجة لآثارها إلا إذا كانت صادرة عنه عن اختيار وبناءً على معرفة تامة بكل تلك النتائج ووعي كامل بما ينتظره من مخاطر، هذا كله يضع على عاتق الطبيب المتدخل واجب

(1) جاء في المادة 14 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية أنه لا يجوز معالجة المريض دون رضاه، إلا في الحالات التي تتطلب تدخلاً طبياً طارئاً ويتعذر فيها الحصول على الموافقة، أو إذا كان مرضه مُعدياً، أو مهدداً للصحة العمومية، أو كان يشكل خطراً على الآخرين وفقاً للقوانين النافذة. ويتحقق رضاه المريض بموافقته الصريحة أو الضمنية، إن كان كامل الأهلية، أو بموافقة من ينوب عنه قانوناً في حالة كونه قاصراً أو فاقداً للوعي أو فاقداً لأي شرط من شروط الأهلية. ويجب أن تكون الموافقة كتابية مستنيرة مبنية على المعرفة في العمليات والتدخلات الجراحية، انظر: http://www.sehha.com/medical/IslamicCode_toc.htm

(2) ورد ذكره، راشد محمدي، المرجع السابق، ص 236. وفتحية العوادني حمدي، المرجع السابق، ص 116.

(3) فتحية العوادني حمدي، المرجع السابق، ص 116.

(4) الأستاذ: محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، مطبعة الوفاء، الطبعة الثانية، تونس، 1997، ص 99.

(5) انظر:

ENERANTE (D.J.), Le consentement du malade à l'acte médical, Thèse, Paris, 1982, p.16.

إحاطته علماً بكل الاحتمالات الطبية التي قد تترتب عن العملية حاضراً ومستقبلاً، وللمريض أن يقبل بهذه النتائج أو يرفضها.

ويشترط لصحة الرضا أن يصدر عن إرادة حرة أي عن شخص يتمتع بملكات ذهنية ونفسية سليمة حتى يستطيع أن يكون رأياً صحيحاً⁽¹⁾.

وقد أثار واجب الإعلام في هذا الإطار جدلاً فقهيّاً؛ فلئن اتفق جمهور من الفقهاء على أن مصدره هو عقد المعالجة الذي يستوجب رضا الطرفين فإنهم اختلفوا حول معرفة ما إذا كان اختيار الطبيب يعني في ذاته موافقة ضمنية على ما سيقوم به تجاه المريض من أعمال طبية.

رأى فريق أول أن الاختيار يقوم مقام الرضا، فيما رأى فريق ثانٍ أنه لا بد للمريض من إبداء موافقته الصريحة حول العمل الطبي وطبيعته ونتائجه.

وقد اعتبر شراح القانون و فقهاء القضاء الفرنسي أن واجب الإعلام ليس مطلقاً؛ فالطبيب غير مطالب بإشعار مريضه بكل الأخطار (بل المتوقعة عادة)⁽²⁾.

وللطبيب قانوناً إمكانية إخفاء إنذار خطير على المريض نفسه، لكن عليه إطلاعه على ما قد ينجر عنه من مضاعفات من جراء معالجته بنوع من الأدوية، وأخذ موافقة صريحة منه خاصة عند إجراء العمليات.

فإنتفاء الرضى هو مصدر للضرر يجب تعويضه للمريض، وإن لم توجب المحاكم الفرنسية وجوب الرضا كتابة بحيث يمكن استخلاصه ضمناً من ملابسات الواقع، فإنها حملت عبء إثبات إنتفاء الرضا على المريض، وذلك حسب القرار التعقيبي الفرنسي المؤرخ في 11/6/1935⁽³⁾.

1(DABRAV (J.R.), Le malade et son médecin, Paris Flammarion, 1965, p.73.

(2) أورده فتحية العوادني حمدي، المرجع السابق، ص 116-117.

(3) أورده فتحية العوادني حمدي، مرجع سابق، ص.117.

ويرى الأستاذ رمسيس بهنام أن الرضا يصدر غالباً عن المريض نفسه طالما أن حالته تسمح بذلك، ولا يشترط الرضا كتابة وإنما يستدل عليه من مسلك المريض، وإن كانت حالة المريض لا تسمح برضائه كأن يكون في غيبوبة يكفي أن يصدر عن له سلطة عليه⁽¹⁾.

ويشكل إثبات الرضا صعوبة على المستوى العملي؛ فقد يكون رضا المريض موثقاً بالكتابة عبر تقارير الطبيب من خلال تشخيص المريض وبيان علاجه، وهو أقوى أنواع الإثبات، ويقع عبء إثبات عدم رضا المريض للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع اعتماداً على الوقائع دون أن يخضعوا لرقابة محكمة التعقيب، ودون الحاجة للاستعانة بخبير فني والخوض في نقاش علمي⁽²⁾.

وبالرجوع إلى فقه القضاء التونسي يلاحظ أنه يوجد بصفة تكاد تخلو من أحكام تتعلق برضا المريض كسبب لإباحة عمل الطبيب⁽³⁾، وفي المقابل يشهد فقه القضاء الفرنسي ثراءً في هذه المادة من ذلك ما أقرته محكمة إنجيه الفرنسية بتاريخ 1947/3/4 بأنه لا يجوز للجراح أن يجري عملية بتر لأي عضو إلا بعد موافقة المريض الذي له مطلق الاختيار بين إجراء تلك العملية المستعجلة الضرورية، وبين تحمل الأضرار الناتجة عن التأخير، وعلى الطبيب إثبات رضا المريض ضمناً⁽⁴⁾.

لكن قاعدة الإثبات هذه لا تحد من واجب الطبيب في الحصول على مصادقة حرة من المريض إذ يجب عليه أن يستوثقها منه.

(1) رمسيس بهنام، القسم الخاص من قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1982، ص.184.

(2) الأستاذ العجمي بالحاج حمودة، مرجع سابق.

(3) إستئناف تونس 16 فيفري 1955، المجلة التونسية للقانون، 1955، ص.90.

وقد أقر فقه القضاء مبدأ الرضا المتبصر بصفة ضمنية إذ أوجب على الطبيب الحصول مسبقاً على موافقة المريض قبل إجراء عملية جراحية.

(4) انظر كذلك القرار التعقيبي الفرنسي المؤرخ في 17/10/1953، أورده العجمي بلحاج حمودة، مرجع سابق.

فمدعي الضرر الذي استسلم للعملية الجراحية يجب عليه إثبات عدم إفضاء الطبيب إليه بالحقيقة كلها، وأن رضاه على ذلك لم يكن إلا بالعلاج.

ورغم أن إعلام المريض بحقيقة مرضه قد يضره به أحياناً لأسباب صحية فإن المحاكم الفرنسية اعتبرت أن عدم إشعار المريض بخطورة مرضه يعد خطأ في جانب الطبيب، في حين أجاز القانون التونسي للطبيب إخفاء الإنذار الخطير⁽¹⁾.

ولقد أدانت المحاكم الفرنسية الطبيب الذي أقدم على استعمال رجات الضغط الكهربائي Electro choc لمريضه دون الحصول على اتفاق مسبق لأن به مساس بالحرمة الجسدية، وقد تمسك الطبيب بان المريضة في حالة لا تسمح لها بالتعبير عن إرادتها والمساس مشروع هنا والغاية منه علاجية، فردت عليه المحكمة بأنه كان بالإمكان الحصول على رضا الولي⁽²⁾.

ويفهم من هذا التعليل أن فقه القضاء الفرنسي ذهب إلى جعل سيادة الإنسان على جسمه تنقل إلى الولي أو أقرب الأقرباء عندما يصبح المعني بالأمر غير قادر على ممارسة هذه السيادة شخصياً.

وفي هذا الإطار يقول العميد سافيتي Savatier إن الحق الذي أعطى للطبيب بقطع أحد أعضاء البدن سنّ كوسيلة علاج ولفائدة الذي له وحده أن يقبل بهذا القطع أو يرفضه⁽³⁾.

ويثار التساؤل ما العمل في الحالات الاستعجالية والتي لم تعد في عصرنا الحاضر شاذة بالنظر لكثرة حوادث الشغل وحوادث المرور ونشوب الحرائق والحروب؟ ينقل المصاب مجهول الهوية إلى المستشفى في حالة إغماء، فهل يبقى الطبيب مكتوف الأيدي

(1) الفصل 35 من الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 والمتعلق بواجبات الطبيب.

(2) المهدي الصالح، القانون وجسد الانسان، رسالة إنهاء تربص بالمعهد الأعلى للقضاء، 1991/1992، ص 14.

(3) راشد محمدي، مرجع سبق ذكره، ص 243.

حتى يقع الاتصال بالأهل؟ أم أنه يقدم على المعالجة وحتى على إجراء عملية جراحية دون توقف على الرضا؟ خاصة وأنه يخشى على المصاب من الهلاك.

لقد رأت المحاكم الفرنسية أنه في مثل هذه الحالات الاستعجالية لا لزوم للرضا، وما يجب اعتباره في ضبط مسؤولية الطبيب هو هل أنه قام بالمعالجة حسب التقنية الطبية، وقام بما يلزم عمله، وما يمليه عليه ضميره أم لا؟⁽¹⁾

في الواقع إن التمييز بين الحالات الإستعجالية والحالات غير الإستعجالية صعب؛ فكل مريض في حاجة أكيدة للمعالجة، وأن الرضا الذي يتشبث به فقه القضاء في علاقة المريض بالطبيب والقول بنقل هذا الرضا إلى الأهل عندما يصبح المعني بالأمر غير قادر عن التعبير عن إرادته، فهذه الحلول التي سنتها المحاكم من شأنها الحد من شجاعة الطبيب والتنقيص من الإقدام على المخاطر في سبيل تقدم وسائل العلاج، وأصبح من الضروري البحث عن إطار آخر غير العقد العادي المؤسس على الرضا، وهو ما نجده خاصة في ألمانيا فالعقد الطبي له إطار خاص، والمريض عندما يتقدم إلى الطبيب ويدخل المستشفى تصبح مسؤولية علاجه بيد صاحب الاختصاص، ولا لزوم للرضا للقبول بوسائل العلاج والمعتبر في جميع الأحوال سواء الإستعجالية أو غيرها، بالإضافة إلى أن العلاقة بين الطبيب ومريضه تقوم على الثقة والتعاون المتبادل بينهما⁽²⁾.

لذلك وإلى جانب توفر هذه الشروط يجب أن تنصرف إرادة الطبيب إلى غاية علاج المريض وتخليصه من آلامه أو على الأقل التخفيف من حدتها مع وجوب احترام واجباته.

(1) أوردته فتحية العوادني حمدي، مرجع سابق، ص.119.

(2) راشد محمدي، المرجع السابق، ص 240.

الفقرة الثانية: الغاية الإستشفائية من العلاج ووجوب احترام الطبيب

لواجباته

لا يكون مساس الطبيب بالحرمة الجسدية للمريض مباحاً إلا إذا كان هادفاً إلى تحقيق شفاؤه.

ولا يعتد بأي غاية أخرى يقصدها الطبيب من وراء التدخل الجراحي حتى لو كان يستهدف التوصل إلى تحقيق تجربة علمية لأن هذا يتنافى ومبدأ المساواة الطبية بين كل الأجسام، فبأي حق يعرض هذا الجسم للخطر، ويكون مسرحاً لتجارب علمية المنفعة منها غير محققة. فيجب أن يكون تدخل الطبيب منصرفاً إلى العلاج لا إلى غاية أخرى، ثم إن هذا لا يجوز حتى لو كان يتوقع من هذه التجربة فوائد تطبيقية كبيرة وهامة وحتى لو رضي المريض بذلك. إذ أن حماية الحرمة الجسدية للأفراد تقتضي بدهاءة أن يبقى العلم في خدمتها لا أن تسخر الحرمة الجسدية، وتستباح في سبيل العلم إذ أن القول بخلاف ذلك يتعارض مع الواجبات المحمولة على الطبيب⁽¹⁾ التي تقتضي منه في كل الظروف أن يحترم الحياة والنفس البشرية وألا يستبيح الحرمة الجسدية لغايات أخرى غير الغايات العلاجية.

غير أن انصراف نية الطبيب لشفاء حريفة وحدها لا تكفي بل عليه أن يستغل في تدخله آخر المستجدات العلمية المتطورة والمستقرة، والتي تقتضيها حالة المريض⁽²⁾.

إن الطبيب ملزم بإستعمال الوسائل الكفيلة لضمان الدقة في تشخيص المرض حيث يوجب القانون عليه مباشرة مهنته حسب "مقتضيات العلم" وأصوله الثابتة؛ فإغفال التحقق بالأشعة والتحاليل يعد إهمالاً وإخلاقاً بواجب طبي موجب للتعويض، فيكون الطبيب مسؤولاً إذا لم يلتجئ إلى الوسائل المتوفرة والميسورة للفحص⁽³⁾.

(1) الفصل 2 من الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بواجبات الطبيب.

(2) أنظر قرار تعقيبي جزائي عدد 7435 مؤرخ في 25 جانفي 2006، نشرية محكمة التعقيب 2006.

(3) تنص المادة 15 من الميثاق الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية على أن الطبيب مؤتمن على تحمري البرامج العلاجية المناسبة لحالة المريض، وعليه أن يتأكد من جدوى البرنامج العلاجي قبل تنفيذه

لذلك أوجب الفصل 14 من الأمر عدد 1155 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بواجبات الطبيب على الأطباء الإهتمام بتنمية معلوماتهم وتطويرها، وحجّر عليهم الفصل 13 من نفس الأمر إعطاء وصفات علاج ليست من إختصاصهم أو متجاوزة لكفاءاتهم وإختصاصاتهم المعترف لهم بها. فلئن كانت للطبيب الحرية في وصف الدواء لمريضه فإنه مطالب بالتثبت من فوائده وفعاليته قبل وصفه وإلا اعتبر مخطئاً. أما إذا أسدى الطبيب علاجاً أو أجرى عملية جراحية إعتماًداً على معطيات علمية طبية غير مستقرة أو استعمل طرقاً علاجية ثبت التخلي عنها من قبل الأوساط الطبية لعدم جدواها وخطورتها أو في ظروف لا تسمح له بإستعمال أجهزة ووسائل فنية ضرورية لمباشرة مهمته بصفة صحيحة⁽¹⁾ أو إذا أخلّ بما تقتضيه منه واجبات مهنته من بذل كل العناية⁽²⁾ عند تشخيصه للمرض وتوخي كل ما تقتضيه حالة المريض من الحيلة والحذر. فإنه يكون قد أخلّ إخلالاً فادحاً بواجبات مهنته مما يعرضه إلى المؤاخذة التأديبية إضافة إلى ما يشكله تصرفه على ذلك النحو من إستهانة غير مقبولة بالحرمة الجسدية لحرفائه تعرضه للمؤاخذة الجزائية بحسب ما ينتج عن تدخله غير الموفق من أضرار بدنية، ومن مساس غير مبرر للحرمة الجسدية⁽³⁾.

أو تطبيقه على المريض. وفي حالة طلب المريض لبرنامج علاجي غير ذي جدوى، فعلى الطبيب أن يقنعه بعدم جدواه، انظر:

http://www.sehha.com/medical/IslamicCode_toc.htm

(1) الفصل 12 من مجلة واجبات الطبيب.

(2) إقتضى الفصل 32 من مجلة واجبات الطبيب يتعين على الطبيب أن يعتني غاية الإعتناء بتشخيص المرض وعند الإقتضاء الإستعانة بقدر الإستطاعة بأنير النصائح وأنجع الطرق العلمية الملائمة.

(3) تترتب مسؤولية الطبيب أيضاً عند حصول خطأ منه في قراءة أو تفسير الأشعة أو في مراقبة المريض، أو نتيجة تقصيره أو إهماله بتركه مثلاً شيئاً من معداته بجسم المريض، وقد رأت محكمة تونس الإبتدائية في حكمها الصادر في 8 مارس 1978 في ذلك خطأ جسيماً لا يمكن للدولة ضمان نتائجه الخطيرة، وأيدتها محكمة التعقيب في موقفها ذلك في قرارها الصادر في 22 أكتوبر 1984. أوردته فتحة العوادني حمدي، مرجع سبق ذكره، ص 122.

إن للمريض حقوقاً مقدسة على جسده لا يجوز المساس بها إلا إذا إقتضت
الضرورة العلاجية ذلك، وإلتزام القائم بالتدخل الجراحي بالقواعد الفنية والأصول
العلمية المتعارف عليها، ووجه عمله إلى غاية علاج المريض والتخفيف من آلامه.
غير أن مقتضيات التكافل بين أفراد المجتمع البشري والتآزر تبرر أحياناً المس
بالحرمة الجسدية للفرد تحقيقاً لأغراض علاجية إنسانية.

المبحث الثاني

تبرير المساس بالحرمة الجسدية لتحقيق أغراض علاجية إنسانية

إن المقصود من المساس بالحرمة الجسدية تحقيقاً لغاية علاجية إنسانية هي الحالة التي لا تهدف إلى تحقيق غاية علاجية مباشرة للشخص. إن رضا المجني عليه لا يعتد كسبب من أسباب الإباحة⁽¹⁾ إذ أن هذا الرضا لا ينزع عن الأفعال الماسة بالحرمة الجسدية وصفها الإجرامي⁽²⁾، غير أن مقتضيات التكامل تقتضي أحياناً الإعتداد برضا المجني عليه إذا كان الرضا صادراً عن تبصر ووعي، ويهدف إلى التبرع بقليل من دمه (الفقرة الأولى) أو بعضو من جسده لإنقاذ حياة غيره (الفقرة الثانية).

(1) إسماعيل العياري، الرضا في القانون الجنائي، مجموعة محاضرات الجمعية التونسية للقانون الجنائي، 1985-1986.

(2) ولو أن بعض القوانين الأجنبية اتجهت إلى الأخذ برضى المجني عليه في جرائم المساس بحقه في الحياة أو إلى نقص دائم في التكامل الجسدي للمجني عليه، وهذا ما يستفاد من الفصل الخامس من القانون المدني الإيطالي. أوردته فتحية العوادني، مرجع سابق، ص 122.

الفقرة الأولى: التبرع بالدم⁽¹⁾

إن حوادث المرور وفواجع الشغل أو التدخل الطبي الجراحي على جسد الإنسان قد يترتب عنه فقدان كمية من دمه، ويستدعي لذلك تعويضه بجملة دم آخر بديل متأتية من ذات بشرية تنتمي إلى نفس الفصيلة الدموية، كما أن بعض الأمراض كمرض النعور⁽²⁾ Hémophilie يتطلب علاجها حقن المصاب بها بدم آدمي سليم.

مما لا شك فيه أنه لا يمكن الحصول على كمية من الدم دون المساس بالحرمة الجسدية لمن يروم التبرع بقليل من دمه في سبيل إنقاذ غيره؛ حيث يرى الفقه القانوني وكذلك الإسلامي أنه لا بأس من إجراء عمليات نقل الدم إذا ما كان هناك ضرورة لذلك كما هي الحالة التي يتوقف فيها شفاء إنسان مريض على نقل الدم له، على أن يتم وفقاً للضوابط الطبية المتعارف عليها⁽³⁾.

وربما لا يمكن أن يجادل أحد في مشروعية إباحة المساس بالحرمة الجسدية لأخذ قليل من الدم بقصد استعماله في مثل ذلك الغرض الإنساني لما تحتمه ضرورة العلاج ولما يتحقق من ورائه من نفع مادي للمريض يتجاوز بكثير المساس بالحرمة الجسدية الذي يستهدف له المتبرع.

(1) الدم: هو عبارة عن سائل خاص يوجد في الجسم، وللدم عدة وظائف ومهام كتنظيم الحرارة في الجسم والمحافظة على محتوياته من الماء/ وتنظيم التمثيل الغذائي وتنظيم تفاعل الدم والأنسجة وجعلها ثابتة، وغير ذلك من الوظائف كتنقل الغذاء والأكسجين إلى الأنسجة المختلفة، أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.5.

- أنظر كذلك هيثم حامد المصاروة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص.30.

(2) مرض النعور هو أحد أسباب أمراض عدم تخثر الدم وهو عبارة عن نقص في إحدى الأنزيمات الضرورية للتخثر ويستدعي حقن المريض بالعامل الناقص من فترة لأخرى لتعويض هذا النقص.

(3) هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص.30.

ورغم أن أخذ قليل من الدم من جسم الإنسان لا يترتب عنه عادة ضرراً جدياً بالنسبة للشخص المتبرع فهو يشكل بلا شك نيلاً من حرمة الجسدية، لذلك لا بد من إخضاعه لمبدأ الرضائية، وتنظيمه بنص تشريعي يضمن الحفاظ على مشروعيته ويحول دون إمكانية المتاجرة به.

إن عمليات نقل الدم تحكمها في الغالب الأنظمة والتعليمات التي تصدر من وزارة الصحة⁽¹⁾؛ فالمرجع التونسي عمده إلى سن القانون عدد 26 لسنة 1982 المؤرخ في 17 أكتوبر 1982 والمتعلق بتنظيم نقل الدم البشري المعد للحقن⁽²⁾.

أما في ليبيا فقد أشار قانون المسؤولية الطبية إلى شروط وجوانب مختلفة خاصة بإجراء عمليات نقل الدم وذلك في الفصل 21 من قانون رقم 17 لسنة 1986⁽³⁾.

ولقد رفضت المحاكم الفرنسية⁽⁴⁾ أن ترى في عملية حقن الدم عقد بيع حتى إذا أعطي الدم بمقابل مالي ذلك أن مريضاً كان يحصل على كمية من الدم بواسطة طبية مقابل مبلغ مالي سلّم لصاحب الكمية، لكن بعد ذلك اتضح إن الدم معفن ويحمل جرثومة معينة فقام المريض على الطبيب بصفته وسيطاً في بيع شيء به عيب خفي، لكن المحكمة رفضت أن ترى من العملية عملية بيع ورفضت تطبيق النص القانوني المتعلق بالعيب الخفي في المبيع، وصرحت بأن الدم خارج عن سوق المعاملات، ولا يباع وأخرجت عملية حقن الدم مخرج الهبة وإن كان هناك مقابل فهي هبة بعوض.

ولا يسمح القانون المذكور بتجاوز الشرط المتعلق بالرضا إلا في الحالات الوجوبية المنصوص عليها بالقانون، وفي الحالات الاستعجالية، وذلك في إطار إسعاف شخص في

(1) هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص 31.

(2) ولا يوجد في الأردن قانون خاص بتنظيم عمليات نقل الدم البشري، إلى أنه يوجد صلاحية لمجلس الوزراء بإصدار الأنظمة التي تبين كيفية الحصول على الدم وقطفه وحفظه وطرق استهماله بناء على نص المادة 80/2 من قانون الصحة العامة رقم 21 لسنة 1971.

(3) هيثم حامد المصاروة، المرجع السابق، ص 31.

(4) أوردته فتحية العوادني حمدي، المرجع السابق ذكره، ص 123-124.

حالة خطر إذا كان القصد في الأخذ للشخص المعني بالأمر القيام بتشخيص بيولوجي أو تحديد فئته الدموية.

كما حَجَّر الفصل الخامس من القانون أنه على غير المؤسسات المرخص لها بمقتضى أمر نقل الدم البشري المعد للحقن وتخصير الدم البشري ومشتقاتها، ورتب عن كل مخالفة لأحكام ذلك القانون جريمة معاقب عليها بعقوبة سالبة للحرية إضافة للخطية تضاف مدتها في صورة العود⁽¹⁾.

وإلى جانب التبرع بالدم لتحقيق أغراض علاجية إنسانية نجد كذلك التبرع بالأعضاء البشرية.

الفقرة الثانية: التبرع بالأعضاء البشرية

إن مبدأ حرمة الجسد ليس دائماً مطلقاً ذلك أن الكثير من الناس يعمدون في بعض الأحيان إلى التصرف مع أجسادهم بشكل مناف لحرمة الجسد، وذلك إما بحجة البحث عن جمال المظهر أو تلبية الحاجة في النفس كمن يتولى تبديل طاقم أسنانه الطبيعي بطاقم اصطناعي جميل أو توشيم عضو من أعضاء جسمه أو حتى الجسم كله بالوشم، أو كمن يخضع جسمه لعمليات جراحية تجميلية لتعديل عضو بارز من أعضاء الجسم، وهي عمليات عادة تشمل الأنف والأذن والثدي، ورغم انتهاكها لحرمة الجسد فإن القانون لا يجرمها.

ويرى بعض رجال القانون أنه ينبغي تجاوز مبدأ الحرمة الجسدية للإنسان لما هو أنبل وأسمى كتحويل حق التبرع بعضو من الأعضاء إنقاذاً لحياة إنسان آخر في خطر، ومن بين رجال القانون الذين ساندوا فكرة إقرار حق التبرع الفقيه Dierkens والعميد Savatier⁽²⁾.

(1) الفصل 11 من القانون عدد 26 لسنة 1982 المتعلق بتنظيم نقل الدم البشري.

(2) مذكور لدى فتحة العوادني حمدي، مرجع سابق، ص.125.

ولقد أجاز القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991⁽¹⁾ المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، أخذ عضو سليم من شخص متبرع بعد الحصول على موافقته التامة والمتبصرة، وذلك بغرض علاج شخص آخر وإنقاذ حياته عن طريق زرعه له، شرط عدم تعريض حياة المتبرع لخطر غير قابل للتدارك.

وبغرض إحاطة عملية أخذ الأعضاء بأكثر مما يمكن من الضمانات، حتى لا يقع الإنحراف بها عن الأغراض الإنسانية التي شرعت من أجلها، فقد أخضعها المشرع لإجراءات مقعدة ومشددة تهدف بالأساس إلى ضمان صدور رضا المتبرع عن اختياره وتبصره، وضمان تواصل ذلك إلى حين إتمام العملية⁽²⁾، وإحاطة هذه العملية بإحتياطات طبية مناسبة تضمن الحفاظ على حياة المتبرع والحد من الإنعكاسات السلبية للعملية على صحته.

إن القيام بنقل الأعضاء البشرية من شخص إلى آخر تقتضي المساس بسلامة جسم الإنسان، ولكي يتسنى التوفيق بين مبدأ حرمة الجسد وبين إمكانية التبرع بعضو بشري لا بد من توفر بعض الشروط، وقد اهتم قانون 25 مارس 1991 بوضع شروط هذه العملية لكي يكون الدافع إلى ذلك نبيلاً وهو الرغبة في إنقاذ حياة فرد مضطر إلى ذلك العضو لا بدّ من توفر ضمانات قانونية لسلامة رضا المتبرع (أ) إلا أن هذا الشرط على أهميته يعد غير كافي حيث لا بدّ من توفر شروط خاصة للأخذ من الأحياء وذلك لحماية القيم الاجتماعية (ب).

أ- الضمانات القانونية لسلامة رضا المتبرع

تتمثل هذه الضمانات في ضرورة الإعلام الكامل للمتبرع (1) وضرورة أن يكون رضاه ناتجاً عن حرية اختيار (2).

(1) الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22، بتاريخ 29 مارس 1991، ص.474.

(2) الفصل 2 من القانون المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

1- ضرورة الإعلام الكامل للمتبرع:

يتفق جل الفقهاء⁽¹⁾ الذين اهتموا بهذا الموضوع على أهمية الإعلام في هذا الميدان حتى أن بعضهم اعتبر أنه يشترط لمشروعية الاستئصال وجود رضا متبصر، فلا يكفي مجرد الرضا بل يجب أن يكون قد صدر بعد تبصير كافٍ أي لا بدّ أن يكون قد سبقه علمٌ بجميع عناصر الموضوع⁽²⁾ فلا بدّ للإعلام أن يكون كافياً لإعطاء المريض فكرة صافية عن العملية فيكون نزيهاً بسيطاً وغير معقد أي خالية من العبارات الفنية المعقدة التي يصعب فهمها⁽³⁾.

وقد نصّ القانون المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها على أنه يشترط في المتبرع أن يكون رشيداً سليم المدارك العقلية متمعاً بالأهلية القانونية الكاملة وان يكون رضاه صريحاً وصادراً عن اختيار.⁽⁴⁾

2- ضرورة أن يكون الرضا صادر عن حرية اختيار

وهذا يعني أن الرضا المعيب هو رضا باطل قانوناً، فلقد نص الفصل 49 م.إ.ع على أن الرضا الصادر عن تدليس أو عن إكراه موجب للإبطال فيجب بالتالي أن يكون الرضا سليماً حتى تتمّ عملية النقل والزرع في أحسن الظروف. ومن أجل الحصول على رضا حر فإن أغلب التشريعات اوجبت إجراءً شكلياً يتمثل في ضرورة توفر رضا مكتوب كما ذهب إلى ذلك القانون الكندي⁽⁵⁾ أما القانون التونسي فإنه ذهب إلى أبعد من ذلك حين نصّ قانون 25 مارس 1991 أن على المتبرع أن يدلي برضاه لدى رئيس

(1) انظر، فتحة العوادني حمدي، مرجع سبق ذكره. ص. 126.

(2) حسام الدين الأهواني، تعليق على القانون الفرنسي عدد 1181 لسنة 1976 بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية: مجلة الحقوق والشريعة، عدد2، سنة 1976. ص. 15.

(3) خالد عبد الكريم ورضا بلحسن، أخلاقيات زرع ونقل الأعضاء البشرية، مجلة القضاء والتشريع، عدد9، نوفمبر 1998، ص. 119.

(4) الفصل الثاني من القانون المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

(5) أوردته فتحة العوادني حمدي، مرجع سبق ذكره، ص. 128.

المحكمة الابتدائية أو من ينوبه والتي يوجد مقر إقامته أو مقر المؤسسة الاستشفائية بدائرة مرجع نظرها والقاضي الذي يتلقى رضا المتبرع يتأكد سلفاً من صحة توفر شروط الرضا المنصوص عليها في الفصل 2 من القانون ويدون في ذلك محضراً يمضيه معه المعني بالأمر وكاتب المحكمة، وعلى كاتب المحكمة ان يوجه نسخة منه إلى المؤسسات الاستشفائية المرخص لها طبق الفصل 13 من هذا القانون، ويودع الأصل بكتابة المحكمة بعد تضمينه بدفتر مخصص لذلك⁽¹⁾، ورغم أن البعض⁽²⁾ يعتبر أن هذا الالتجاء إلى القضاء غير ضروري فإن يعد تكريساً لضمان وتبرير المساس بالحرمة الجسدية.

ب- الضمانات القانونية الخاصة وحماية القيم الاجتماعية

تمثل هذه الضمانات في الشروط القانونية الخاصة للأخذ من الأحياء (1) وكذلك لحماية القيم الاجتماعية (2).

1- الشروط القانونية الخاصة للأخذ من الأحياء

تخضع هذه العملية إلى شرطين: الأول يتعلق بالعضو المأخوذ، والثاني يتصل بالغاية.

بالنسبة للعضو المأخوذ فإن الفصل 4 من قانون 25 مارس 1991 ينص على أنه "يجر مطلقاً أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء لزرعه...". فلا يجب أن يفضي أخذ العضو إلى وفاة الشخص لأنها تعد في هذه الحالة عملية قتل، إن الرغبة في إنقاذ حياة شخص لا يمكن أن تبرر الإعتداء على حياة شخص آخر؛ فالمحافظة على الحياة تهم النظام العام، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً. ويعتبر الفصل 4 من القانون عضواً ضرورياً للحياة العضو الذي باخذه تحصل حتماً وفاة الشخص الذي أخذ منه، إلا أن هذا التعريف يبدو غير كاف باعتبار أن الأخذ

(1) الفصل 8 من قانون اخذ الأعضاء البشرية وزرعها.

(2) انظر:

BERNARD DUBO ;la transplantation d'organe, etude de dorit privé- thèse-fac de sciences Juridique, politique et sociales. Lille, France, nov 1978.P.87.

يمكن أن يتعلق بأعضاء وإن كانت ضرورية للحياة إلا أنه لا ينتج عن أخذها حتماً الوفاة.

من ذلك فإن المتبرع بجزء من الكبد من شأنه أن ينقذ حياة شخص آخر دون خشية وفاة الشخص المتبرع. وهذا الصنف لا يتعارض مع مقتضيات القانون، وبالتالي لا ينطبق عليه التحجير المنصوص عليه بالفصل 4 من القانون، وهو ما أكده المحضر عدد 37132 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 20 جويلية 2005 تضمن صحة رضا المتبرع بجزء من كبده⁽¹⁾.

أما بالنسبة للغاية من عملية الأخذ فالقانون يشترط أن تكون علاجية، وهو ما يعني تحجير الأخذ لغاية علمية⁽²⁾. ويرتكز التحجير على عملية الموازنة بين المصالح؛ فالمشروع غلب مصلحة الشخص في حماية جسده باعتبار أن الحق في الحرمة الجسدية هو حق سام، ولا يمكن للفائدة العلمية أن تبرر الإعتداء على هذا الحق، وبذلك فإن الأخذ من الأحياء يكون منصرفاً إلى العلاج فقط.

ونظراً لخطورة أخذ العضو الضروري للحياة من جسم الإنسان فإن الفصل 17 من قانون 25 مارس 1991 يميل بالنسبة إلى العقوبة الجزائية المستوجبة على مقترف مثل تلك العمليات إلى تطبيق عقوبة القتل المنصوص عليها بالفصل 201 من المجلة الجزائية إذا ما ترتب عن أخذ العضو الوفاة، أو فيما عدا ذلك من الصور عقوبة السجن لمدة معينة التي نص عليها الفصل 219 من نفس المجلة، والمتمثلة في السجن خمسة سنوات إذا أصاب الشخص عجز بدني نسبته لم تتجاوز العشرين بالمائة، أو ستة أعوام إذا تجاوز العجز البدني تلك النسبة المثوية.

(1) أوردته: سامية دولة، حماية حرمة الجسد والجثة في قانون أخذ الأعضاء البشرية وزرعها، مجلة القضاء والتشريع، العدد 10، ديسمبر 2005، ص. 20.

(2) انظر:

TORELLI (M.), Les médecins et les droit de l'homme, Edit, Berger-Levrault, Paris, 1983.

وللحد من المخاطر التي يتعرض لها المتبرع لا بدّ من اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة من طرف الإطار الطبي المتخصص والتثبت من مدى قدرة المتبرع وتقبله لعملية الأخذ. وتجدر الإشارة إلى أن الأمور قد ازدادت تعقيداً في هذا المجال بظهور الإنعاش الصناعي وما ترتب عليه من جدل حول معرفة الحد الفاصل بين الحياة والموت، لكن استقر الطب الحديث على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه، وهو ما يعبر عنه بموت الدماغ⁽¹⁾.

وهو الحل الذي تبناه قرار وزارة الصحة التونسية عدد 1048 في غرة أوت 1991 المتعلق بتحديد معايير الوفاة بصفة عامة وخصوصاً فيما يتعلق بزراعة الأعضاء⁽²⁾.

(1) وهناك دراسات كثيرة عن حالات موت المخ التي تثبت عدم عودة أي شخص إلى الحياة، فعلى سبيل المثال أوردت الدراسة التي أجراها جينت (Jennett) وزملاؤه عام 1981م عن 609 حالات موت شخصت في ثلاثة من أقسام جراحة المخ في بريطانيا واتضح أن جميع المرضى توفوا خلال 30 إلى 40 ساعة من بقائهم على أجهزة التنفس الصناعية، انظر:

Tendler And Shafren: Proceedings of the 1st International Symposium On Brain Death Havana-Cuba Sept. 1992.

المخ مكون من نصفي كرة إضافة إلى جذع المخ والمخيخ، وهناك مناطق معروفة في المخ تتحكم بالحركة والكلام والذاكرة والوظائف الأخرى، كما أن جذع المخ يحتوي على المناطق البالغة الأهمية والتي تتحكم بالصحة كالتكوين الشبكي والتنفس والدورة الدموية.

والمناطق المخية العليا والتي تتحكم بالإدراك لا تعمل إلا بوجود جذع المخ في حالة وظيفية مناسبة، وبالتالي يمكن أن يفقد الإنسان الوظائف المخية العليا ويبقى حياً كما هو الحال في حالة الغيبوبة النباتية المستمرة (Persistent Vegetative State) والعكس غير ممكن أي أنه لا يمكن أن يستمر الإنسان حياً إذا توقف جذع المخ عن العمل، انظر:

فيصل شاهين: متطلبات إنشاء برنامج ناجح لزراعة الأعضاء من المتوفين دماغياً: خبرة المملكة العربية السعودية، المجلة السعودية لأبحاث ودراسات العلوم الصحية، العدد 2 (محرم 1417).

(2) محمد فيصل شديد، الأعمال الطبية المستحدثة أمام القانون، رسالة شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992، ص. 71.

وكذلك القرار الصادر عن وزير الصحة العمومية بتاريخ 16 أكتوبر 1998، وهو قرار صادر باللغة الفرنسية، وتمت ترجمة البعض من مقتضياته من قبل الدكتور منذر ونيسي الطبيب الجراح بقسم الجراحة بمستشفى شارل نيكول بتونس⁽¹⁾.
ومن ثم أصبح من المبادئ المستقرة والمتفق عليها في نطاق الطب الحديث هو أن موت خلايا المخ الذي يؤدي إلى توقف المراكز العصبية العليا التي تتحكم في وظائف الجسم هو الحد الفاصل بين الحياة والموت، وعرضت دراسة عن الغرقى، أن الغريق عندما يفقد التنفس يموت فيه المخ بعد نحو دقائق أربع والقلب بعد عشر دقائق وتغيب الإشارات الكهربائية من المخ بعد حوالي ثلاثين دقيقة ويبدأ المخ في التحلل بعد خمسين دقيقة⁽²⁾.

2- حماية القيم الاجتماعية

تتمثل هذه القيم في مجانية أخذ الأعضاء البشرية (أولاً)، وفي تحجير أخذ بعض الأعضاء البشرية (ثانياً).

أولاً: مجانية أخذ الأعضاء البشرية

يجب أن يكون تنازل الشخص عن عضو من أعضائه دون مقابل مالي، لأن جسم الإنسان أو أعضائه لا يمكن أن يكون محلاً للمعاملات التجارية، ولذلك يجب أن يكون الدافع إلى التنازل هو الحب والتضامن الإنساني، وليس الربح أو المقابل المادي، فقد مضى الزمن الذي كان فيه جسم الإنسان يعتبر من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها⁽³⁾.

(1) سامية دولة، مرجع سابق، ص.105.

(2) انظر:

Danial De Greef, The Child and his death and Organ Transplantation, 1st International Symposium on Brain Death Havana- 1992.

(3) محمد فيصل شديد، مرجع سابق، ص.67.

وهو ما أقره قانون 25 مارس 1991 الذي نصّ في فصله السادس على أنه "يجبر أخذ الأعضاء بمقابل أو بأي صفة من صفات التعامل". ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء⁽¹⁾ من الدعوى إلى إجازة بيع الأعضاء البشرية الأمر الذي حدى ببعضهم⁽²⁾ إلى التأكيد على عدم تعارض بيع الأعضاء مع قواعد الشريعة الإسلامية. إلا أن الشريعة لا يمكن أن ترتضي إقحام الأغراض المالية في أعمال التضامن الإنساني⁽³⁾.

ويتفق المشرع التونسي مع بقية المشرعين في العالم حول استثناء جسم الإنسان وجثته من دائرة المعاملات المالية حفاظاً على كرامة الإنسان حياً كان أو ميتاً من كل انتهاك⁽⁴⁾.

ثانياً: تحجير أخذ بعض الأعضاء

يتعلق هذا المنع بأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية⁽⁵⁾ إذ أن هذه الأعضاء هي أعضاء تختلف من الناحية البيولوجية عن سائر أعضاء الجسم لأنها نتيجة للعناصر الحاملة للصفات الوراثية، ومثال ذلك عملية زرع الخصية Testicule أو المبيض Ovaire

(1) انظر:

M et Mme REVILLARD, Les aspects juridique des transplantations d'organes chez l'homme, Rev-Lyonnaise, Fév.1996, p.165.

Lememenicier (B.) , op.cit, n°13, , p.111.

Boudouin (M.), Le corps Humain et le droit, travaux de l'association Henri Capitant 1975, p.182.

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها زراعة الأعضاء البشرية، مطبعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص.141.

(2) محمد بن إبراهيم، الاجتهاد وبناء الأحكام على العرف، رسالة دكتوراه دولة، الكلية الزيتونية للشريعة وأصول الدين، 1986، ص.137.

(3) محمد فيصل شديد، مرجع سابق، ص.68.

(4) سامية دولة، مرجع سابق، ص.81.

(5) مختار السلامي، محاضرة حول زرع الأعضاء، نادي خريجي المرحلة العليا للمدرسة القومية للإدارة بتونس، 1991، غير منشور.

فالخصية مثلاً عضو يختلف عن سائر أعضاء الجسم لأنها تنتج حيوانات منوية حاملة لصفات وراثية لصاحبها، وإذا نقلت من شخص إلى شخص آخر يكون نسل الشخص الثاني حاملاً لصفات الأول لكون هاته الصفات لا تتغير عند نقل الخصية. (1)

وبما أن الحيوانات المنوية تبقى حية عند نقل الخصية أو المبيض فإن الجنين المتكون منها سوف يرث أشخاصاً لا حق له في إرثهم، وقد يتزوج إحدى قريباته التي حرّمهنّ عليه الشرع الإسلامي،⁽²⁾ ولقد نصّ قانون 25 مارس 1991 على هذا المنع في الفصل 5 حيث ورد فيه "يجبر مطلقاً أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات قصد زرعها.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون حصر عمليات أخذ وزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات العمومية دون المصحات الخاصة، وذلك تفادياً للانزلاق بهذه العمليات إلى الاتجار، وهذا المبدأ يعرف استثناء يتعلق بزرع قرنية العيون التي يمكن إجراؤها بالمؤسسات الصحية الخاصة المرخص لها بها.⁽³⁾

وفي نفس السياق فإن المشرع التونسي عند سنه القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 المتعلق بالطب الإنجابي⁽⁴⁾ قد منع التبرع بالأمشاج والأجنة⁽⁵⁾ أو استعمال رحم امرأة أخرى لحمل الجنين⁽⁶⁾ وفي ذلك دعم إضافي للمنظومة التشريعية في مجال حماية النسب الشرعي عند المساعدة الطبية على الإنجاب بسبب عدم الخصوبة التي تخضع إضافة لما ذكر إلى ضوابط صارمة عند إنجاز الأعمال السريرية والبيولوجية داخل

(1) محمد فيصل شديد، مرجع سبق ذكره. ص.70.

(2) فتحة العوادني حمدي - مرجع سبق ذكره. ص.130.

(3) انظر: سامية دولة، مرجع سبق ذكره. ص.83.

(4) منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63 بتاريخ 7 أوت 2001، ص.2573.

(5) الفصل 14 يمنع اللجوء إلى الغير للتبرع بالأمشاج في إطار الطب الإنجابي كما يمنع التبرع بالأجنة.

(6) الفصل 15 لا يمكن بأي صورة من الصور في إطار الطب الإنجابي استعمال رحم امرأة أخرى لحمل

الجنين.

الأنبوب أو أي تقنية أو عمل آخر له أثر معادل، ويؤدي إلى الإنجاب البشري خارج المسار الطبيعي، فالاعتداء على الحرمة الجسدية ومساسها يجب ان يكون مبرراً والغاية منه علاجية.

وبذلك يتضح لنا أن المساس بالحرمة الجسدية تبرره الغايات العلاجية الوقائية التي تهتم الصحة، ولكن هذا التبرير لا يتوقف عند الصحة بل أن الغايات التي تهتم الأمن العام بدورها تبرر المساس بالحرمة الجسدية.

خاتمة الجزء الأول

تقتضي حماية الصحة كسبب للمساس بالحرمة الجسدية اتخاذ كل الإجراءات والتدابير الضرورية، حيث أن التدابير العلاجية أو الوقائية التي شرعت من أجل المحافظة على الصحة العمومية تشكل نوعاً من الحماية المقررة للحرمة الجسدية طالما أنها تهدف إلى المحافظة على التكامل الجسدي للشخص المراد المساس بجسده.

إن المساس بالحرمة الجسدية لغايات وقائية تخدم بالأساس مصلحة الفرد سواء عن طريق منع تفشي الأمراض السارية بتقنين الاستشفاء الوجوبي، ويجب التأكيد على مجانية المعالجة هنا، أو عن طريق تقنين إجبارية التلقيح ضد الأمراض الخطيرة وإعتماد العلاج كبديل للزجر للمدمن على تعاطي المخدرات، ويبرز ذلك من خلال التنقيحات القانونية المتعلقة بالمخدرات والتي دعمت الجانب العلاجي وقنته بصفة أوضح.

إن المساس بالحرمة الجسدية لغايات علاجية يتطلب تدعيم حقوق المريض في مواجهة السلطات التي يمارسها الطبيب على جسده، ولا يكون مساس الطبيب بالحرمة الجسدية للمريض إلا إذا كان هادفاً إلى تحقيق شفائه.

وحتى يضمن القانون المساس بالحرمة الجسدية لتحقيق أغراض علاجية إنسانية لا يجب أن يكون الدافع إلى ذلك عملاً إنسانياً ملزماً بل يجب أن يكون تعبيراً لما يتمتع به الشخص من حرية الاختيار وهو الرغبة في إنقاذ حياة فرد مضطر إلى التبرع بأحد أعضائه.