الفصل الثالث

المشروعية القانونية للالتزام بالسر الطبي

- المبحث الأول : تعريف الطبيب
- المبحث الثاني : الأساس القانوني لمشروعية عمل الطبيب

الفصل الثالث

المشروعية القانونية للالتزام بالسر الطبي

من الموضوعات التي أثارت الجدل كثيرا بين فقهاء القانون موضوع التكيف القانوني لمشروعية عمل الطبيب باعتباره أحد الموضوعات العامة، فهو الأساس في مشروعية الأضرار التي يُلحقها الطبيب بالمريض أثناء ممارسته لمهنته، ومن ثم يحدد لنا من هو الطبيب من غيره كما يحدد لنا حقوق كل من الطبيب والمريض تجاه الآخر وواجباته.

ومن النظريات التي طرحت لتحديد التكيف القانوني لإباحة عمل الطبيب نظرية العادة ونظرية حالة الضرورة، ومنهم من أخذ بنظرية رضا المريض ومنهم من اكتفى بنظرية ممارسة الحق (ترخيص القانون) وغير ذلك من النظريات.

ويرجع أساس الالتزام بالسر الطبي قديما إلى أساس أخلاقي إلى ما نص عليه قَسَم أبيقراط منذ آلاف السنين كما سبق وأن ذكرنا ذلك.

أما في الوقت الحاضر فيعود أساس الالتزام الأخلاقي إلى ما نصَّ عليه قَسَم الأطباء وما تضمنته لوائح وآداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري، وكذلك ما تضمنته نصوص بعض القوانين الخاصة

بممارسة المهن عن النحو الذي سبق بيانه ويستند أساس الالتزام بالمحافظة على السر الطبي إلى القانون الجنائي أو ما يسمى بقانون العقوبات كما ورد في المادة (٣١٠) من قانون العقوبات المصري.

ويمكن رد مصدر التزام الطبيب بحفظ سر المهنة بالإضافة إلى النصوص التشريعية في القانون الجنائي إلى العقد المبرم بين المريض والطبيب وهو العقد الذي يقتضي أن يلتزم الطبيب بكتمان سر المريض الذي أودعه لديه أيا كان هذا السر سواء تعلق بأمور شخصية بصحته أو بالعلاج الذي تتطلبه حالته، إلا أن نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي واجهت عدة انتقادات منها أن عقد الوديعة محله الأشياء المنقولة وهذا لا ينطبق على السر إذ أنَّ العقد بين الطبيب والمريض (السر) هو شئ معنوي وليس ماديا.

وإزاء الانتقادات التي وُجِّهتْ إلى نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي فقد اتجه بعض الفقهاء للقول بأن نظرية النظام العام يمكن أن تكون أساسا للالتزام بالسر الطبي تأسيسا على أن المصلحة العامة تقتضي أن يجد المريض طبيبا أمينا يودعه أسراره كي يتمكن من علاج مرضه، فلو كان الطبيب في حل من هذا الالتزام لامتنع

المرضى من طلب العلاج خشية افتضاح أمراضهم والإضرار بسمعتهم والحط من كرامتهم(٣٦).

ونحن من جانبنا نرى أن أساس الالتزام بالمحافظة على السر المهني هو القانون الجنائي وإنْ كانت معظم التشريعات الحديثة اتجهت إلى القوانين الخاصة لتنظيم وترتيب أساس الالتزام بالمحافظة على السر المهني ضمن إطار القوانين المنظمة لمهن الطب على النحو الذي سبق بيانه.

(٣٦) موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص٨٢.

المبحث الأول

تعريف الطبيب

اتفق معظم الفقهاء على إطلاق مصطلح الطب على العلم الـذي يُعنى بأحوال بدن الإنسان وجاء في مختار الصحاح[٣٧]، ما يلي:

الطَّبِيبُ العالِم بالطب وجمع القلة أَطِبَّةٌ والكثرة أَطِبَّاءُ، تقول منه (طَبِبْتَ) يا رجل بالكسر طِبّاً أي صرت طبيبا، و المُتَطَبِّـبُ الـذي يتعاطى علم الطب، والطُّبُّ بضم الطاء وفتحها لغتان في الطِّبِّ وكل حاذق عند العرب طَبِيبٌ.

وجاء في كتاب (زاد المعاد في هدي خير العباد) لمؤلفه ابن قيم الجوزية على ص ٧٢٨ الجزء الثالث ما يلي:

(فالطب فِي لُغَةِ العَرَبِ يُقَالُ عَلَى مَعَانٍ. مِنْهَا الْإِصْـلَاحُ يُقَـالُ طَبَبْتُهُ إِذَا أَصْلَحْتَه. وَيُقَالُ لَهُ طِبّ بِالْأُمُورِ. أَيْ لُطْفٌ وَسِيَاسَةٌ).

وَمِنْهَا: الْحِذْقُ. قَالَ الْجَوْهَرِيّ: كُلّ حَاذِقٍ طَبِيبٌ عِنْدَ الْعَرَبِ قَالَ أَبُو عَبِيدٍ: أَصْلُ الطِّبّ: الْحِذْقُ بِالْأَشْيَاءِ وَالْمَهَارَةُ بِهَا. يُقَالُ لِلرَّجُلِ طِبّ وَطَبِيبٌ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ عِلَاجِ الْمَرِيضِ. وَقَالَ غَيْـرُهُ

---

(٣٧) للشيخ الإمام بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة الثانية، المطبعة الأميرية بالقاهرة، ١٩١٩، ص٣٨٧.

رَجُلٌ طَبِيبٌ أَيْ حَاذِقٌ سُمِّيَ طَبِيبًا لِحِذْقِهِ وَفِطْنَتِهِ. ومنها العادة يقال: ليس ذاك بطبي أي: عادتي.

وَمِنْهَا: السِّحْرُ يُقَالُ رَجُلٌ مَطْبُوبٌ أَيْ مَسْحُورٌ وَفِي الصَّحِيحِ فِي حَدِيثِ عَائِشَةَ لَمَّا سَحَرَتْ يَهُودُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَجَلَسَ الْمَلَكَانِ عِنْدَ رَأْسِهِ وَعِنْدَ رِجْلَيْهِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: مَا بَالُ الرَّجُلِ؟ قَالَ الْآخَرُ مَطْبُوبٌ. قَالَ مَنْ طَبَّهُ؟ قَالَ فُلَانٌ الْيَهُودِيّ.

ويسترسل ابن قيم الجوزية قائلا: إن الطبيب هو الذي يختص باسم الطبائعي، وبمروده وهو الكحال(أي طبيب العيون) وبمبضعه وهو الجرائحي (أى الجراح) وبموسه وهو الخاتن ، وبمحاجمه ومشرطه وهو الحجام، وفي قديم الزمان كان يُطلق على الطبيب الحكيم ولا تزال هذه الكلمة شائعة في كثير من البلدان العربية وبخاصة في كثير من أقاليم السودان حيث يطلق معظم كبار السن كلمة الحكيم للدلالة على الطبيب.

وبالنظر إلى معظم التشريعات العربية نجد أنها أفردت لكلمة الطبيب بل حددت المؤهلات والمواصفات الواجب توافرها في كل من يرغب في ممارسة مهنة الطب وبالرجوع إلى القانون القطري (قانون رقم (٢) لسنة ١٩٨٣) نجد أن المادة الأولى منه عرفت كلمة الطبيب بالآتي: (الطبيب البشري أو طبيب الأسنان) وهذا التعريف لم

يكن القصد منه التطرق إلى معنى كلمة طبيب وإنما كان القصد منه أن هذا القانون ينطبق على الأطباء البشريين وأطباء الأسنان.

وعرَّفت لائحة قواعد السلوك الطبي بمستشفى الملك فهد الجامعي طبيب الامتياز بالقول بأنه: (هو الطبيب الذي أنهى الدراسة النظرية والعلمية من إحدى كليات الطب المعترف بها، ويقوم بالتدريب السريري في أحد المستشفيات ذي البرامج التعليمية ولمدة عام واحد.

وقبل ذلك اشترطت اللائحة في الطبيب الممارس العام ليكون مؤهلا لممارسة مهنته كطبيب في عيادة خاصة أو في مستشفى أن ينهي فترة الامتياز.

فمفهوم الوصفين لكل من طبيب الامتياز والطبيب الممارس العام يشعر بالفرق بينهما وهو مرحلة التدريب العملي حيث يكتسب طبيب الامتياز خلال هذه السنة خبرة تؤهله لممارسة العلاج والتشخيص ومتابعة حالات المرضى، من حيث إن الطبيب الممارس لا يملك هذه الخبرة فلا يجوز له ممارسة العلاج والتشخيص[٣٨].

ومن جانبنا نرى أنه يمكن وضع التعريف التالي للطبيب بالقول بأنه الشخص الحاصل على درجة أو شهادة علمية في علم الطب من

---

(٣٨) قيس بن محمد آل الشيخ، المرجع السابق، ص٣٥٩.

جهة معترف بها وأن تؤهله هذه الدرجة أو الشهادة لممارسة مهنة الطب.

وهذا التعريف بدروه يقودنا لضرورة تعريف مهنة الطب، ويمكن أن تعرف مهنة الطب بالقول بأنها (هي المهنة التي تُعنى بأحوال بدن الإنسان من حيث العلاج وتخفيف الأمراض).

ويستنتج من هذا التعريف أن علم الطب غايته تحقيق أمرين:

الأول : حفظ الصحة حال بقائها في جسم الإنسان.

الثاني : إعادة مازال عن جسم الإنسان من الصحة إليه.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لمشروعية عمل الطبيب

تأتي أهمية علم الطب من حاجة الناس إليه، فثمرة الطب هي حفظ صحة الإنسان عن أن يصيبها أذى ودفع المرض عنه.

وقد قاله الإمام الشافعي رضي الله عنه (صنفان لا غنى بالناس عنهما، العلماء لأديانهم والأطباء لأبدانهم)[٣٩].

وتزداد أهمية علم الطب وفضله لوروده في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[٤٠]، والغاية المرجوة هي حفظ الصحة على المريض والمسافر.

ودلت السنة النبوية على أهمية علم الطب فقد أمر الرسول (ص) بالتداوي وحث على اختيار الطبيب الحاذق. فقد روى الإمام مالك في موطئه عن زيد بن أسلم، أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أصابه جرح فأحتقن الجرح الدم، وأن الرجل دعا رجلين من بني أغار فنظرا إليه فزعما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(٣٩) الذهبي – الطب النووي – دار إحياء العلوم، بيروت، ١٩٨٦، ص٢١٩.
(٤٠) سورة البقرة، الآية (١٨٤).

قال لهما أيكما أطب فقالا أوَ في الطب خير يا رسول الله فزعم زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أنْزَلَ الدواءَ الذي أنزلَ الأدواء).

إذن يمكن القول أن العمل الطبي هو نشاط يتفق في كيفيته وظروف أدائه مع القواعد والأصول المقررة في علم الطب ويتجه في ذاته إلى شفاء المريض، وهو لا يصدر إلا من شخص مرخص له قانونا بمزاولة مهنة الطب.

لقد طرح فقهاء القانون الجنائي عدة نظريات لتحديد التكييف القانوني لمشروعية عمل الطبيب، إلا أن أهم هذه النظريات والتي وجدت إجماعا بين فقهاء القانون هي نظرية (الترخيص القانوني) حيث إن أهم ما يتطلبه القانون عند إعطاء الشخص رخصة مزاولة مهنة الطب هو حصول هذا الشخص على مؤهل دراسي يؤهله لمزاولة مهنة الطب، تأسيسا على أن الشخص الحاصل على هذا المؤهل هو وحده القادر والمؤهل الذي يستطيع أن يباشر العمل الطبي طبقا للأصول العلمية المتعارف عليها. والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف بالدرجة الأولى تخليص المريض من مرض ألم به أو تخفيف حدته أو تخفيف آلامه.

وإباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للقواعد والأصول العلمية المقررة ولا يبقى بعد ذلك إلا الشفاء فهو من عند الله مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾[٤١].

وعلى ذلك فإن العمل الطبي هو عمل مشروع حتى ولو ساءت حالة المريض ولكن إذا اقترن هذا العمل بخطأ ما سئل الطبيب عن مسؤولية عير عمدية.

إذن فالمشرع هو الذي يضفي المشروعية على هذه الأعمال بالترخيص لفئة معينة من الأفراد على ممارسة هذه الأعمال التي يقوم بها الطبيب والتي تصبح مباحة بترخيص القانون تكون مجرمة ومعاقبا عليها إذا ما قام بها شخص غير مرخص له بذلك.

وتطبيقا لذلك فقد جاءت في أحد قرارات المحاكم[٤٢]، (أن الشخص الذي قام بتوليد زوجته مسببا وفاتها يعد مرتكبا لجريمة الإسقاط بالرضا.

طبقا لأحكام المادة (٢٣٠) من قانون العقوبات البغدادي ذلك بأنه لم يكن يحمل الصفة الطبية التي تسمح له بممارسة هذا النشاط.

---

(٤١) سورة الشعراء، الآية (٨٠).

(٤٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٢٢٨/ جنايات/ ١٩٥٨.

إلا أن نظرية الترخيص القانوني أيضا واجهت عدة انتقادات من ذلك أنها تظل عاجزة عن تغطية جميع صور الممارسات الطبية كما هو الحال في الظروف الاستثنائية التيى تواجه فيها الدولة تفشي مرض معدٍ، في هذه الحال يكون الطبيب في غير حاجة لاستحصال رضا آلاف الأشخاص المعرضين للخطر بل يتعين عليه القيام بعمليات الوقاية حيث إن الطبيب في مثل هذه الحالة هو من قبل أداء الواجب.

وعن ذلك نجد معظم التشريعات نصت على توقيع عقوبات على أي شخص من أصحاب المهن يمتنع دون عذر عن إغاثة شخص يحتاج لهذه الإغاثة أو إجراء عمل أو خدمة عند حصول حادث.

من النظريات الأخرى التي تبرر مشروعية عمل الطبيب حالة الضرورة، وقد أخذت معظم قوانين العقوبات بحالة الضرورة. ولقد نصت المادة (١٥) من القانون الجنائي السوداني عن الآتي:

(لا يعد مرتكباً جريمة، الشخص الذي ألجأته إلى الفعل حالة ضرورة لوقاية نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه قاصداً ولم يكن في قدرته اتقاؤه بوسيلة أخرى، بشرط ألا يترتب على الفعل ضرر مثل الضرر المراد اتقاوه بوسيلة أخرى، بشرط ألا يترتب على الفعل

ضرر مثل الضرر المراد اتقاؤه أو أكبر منه، على أنه لا تبيح الضرورة القتل إلا في أداء الواجب).

ويعلق القاضي عوض الحسن النور على هذه المادة في مؤلفه (القانون الجنائي الإسلامي السوداني) (ص٦٢).

قائلا إن الضرورة وقاية لنفس ومال الشخص وعرضه ونفس ومال الغير، ومن الأسباب التي تستثني الفعل المجرم ومن التحريم لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ وذلك بالنسبة لسائر الأطعمة والأشربة فمن شرب خمرا أو أكل ميتة أو لحم خنزير لضرورة فهو في سعة لأن التحريم مخصوص لحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة لخوف التلف، فإذا لم يفعل حتى مات كان آثما، فالضرورة هي دفع ضرر أكبر بضرر أقل، ولذلك يجوز إيذاء الغير أو أخذ طعامه أو إتلاف ماله دون رضاه إذا خاف المضطر التلف على نفسه.

ويلخص القاضي عوض الحسن النور شروط الضرورة في الآتي:

أولا: أن يكون خطر حال وشيك الوقوع (محدق) على نفس الشخص أو ماله أو عرضه أو مال أو عرض أو نفس الغير. ففي حالة الضرورة يكون المضطر فاقدا حرية الاختيار فلا يتوافر في

حقه الخطأ. ومن صور الضرورة ما لا يتحقق فيه التأثير على حرية الاختيار كالطبيب الذي يجهض المرأة الحامل لإنقاذ حياتها.

ثانيا: ألا يكون الشخص المضطر قد تسبب في حدوث الخطر.

ثالثا: ألا يكون في قدرته اتقاؤه لوسيلة أخرى، فإذا كان من الممكن دفع الخطر بوسيلة أخرى أقل خطورة للدفع بالضرورة.

رابعا: ألا يترتب على الفعل ضرر مثل الضرر المراد اتقاؤه أو أكبر منه ومن القوانين العربية التي أخذت بحالة الضرورة نجد القانون الأردني حيث نصت المادة (٨٩) منه على الآتي:

(لا يُعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره، خطرا جسيما محدقا لم يتسبب هو فيه قصدا شرط أن يكون الفعل متناسبا والخطر).

كما نصت المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي على الآتي: (لا يسال جزائيا من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدا ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسبا والخطر المراد اتقاؤه، ولا يعتبر في حال ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر).

وتستند أسباب الإباحة في القيام ببعض الأعمال الطبية عند حالة الضرورة كما هو الحال في حالات الإجهاض العلاجي كإجهاض الحامل التي يترتب على ترك جنينها في رحمها هلاك الحامل والجنين أو هلاكها فقط ، ففي هذه الحالة لا يقع الطبيب تحت طائلة المسؤولية الجنائية ومن حالات الضرورة / موت الجنين/ مضاعفات الأمراض التالية: القلب، الرئة، الكُلى، السرطان.

يتضح مما تقدم :

حالة الضرورة لا يمكن أن تكون سندا قانونيا لتبرير عمل الطبيب بل يمكن اعتبارها أساسا لاستعمال الحق. وأنها ليست سببا من أسباب الإباحة إنما هي مانع من موانع المسؤولية.

ومن النظريات الأخرى التي يأخذ بها البعض لتبرير عمل الطبيب نظرية رضا المريض، إلا أنه هذه النظرية واجهت انتقادات منها أن هناك حالات كثيرة لا يكون فيها لرضا المريض أو رغبته أي قيمة قانونية في إباحة ممارسة النشاط الطبي كما هو الحال في مكافحة الأمراض السارية وحالة الحوادث الطارئة، ومثال ذلك مريض فاقد الوعي ولا يوجد أحد من أقاربه أو مسؤول عنه وتحتاج حالته إلى تدخل جراحي فوري لإنقاذ حياته، فإن هذه الحالة تعتبر من الحالات العاجلة التي تبيح للطبيب أن يتدخل جراحيا استعمالا لحق

مقرر بمقتضى القانون دون حاجة للحصول على رضا المـــريض أو ممثله الشرعي .

ومن النظريات الأخرى التي طرحت كأســـاس لتبريـــر عمـــل الطبيب أو إباحة النشاط الطبي نظرية (انتفاء القصد الجنائي) تأسيسا على عدم توافر القصد الجنائي لأن الذي يزاول النشاط الطبي يقصد من هذه المزاولة شفاء الأمراض والعلل.

إلا هذه النظرية أيضا لم تسلم من الانتقادات ومن ذلك أنها تخلط بين الباعث والقصد الجنائي، ومن الثابت والمعلوم أن هناك فرقاً بين الباعث والقصد الجنائي وبعد أن سادت هذه النظرية لبعض الوقـــت عادت وانزوت مرة أخرى.

الفصل الرابع

جريمة إفشاء السر الطبي

- المبحث الأول : أركان جريمة إفشاء السر الطبي
- المبحث الثانى : انتفاء مسؤولية الطبيب