

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق

المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي

رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع : قانون المسؤولية المهنية

تحت إشراف
بوبشير محند أمقران

إعداد الطالب
بومدان عبد القادر الدكتور

لجنة المناقشة :

- الدكتور تاجر محمد ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري رئيسا.
- الدكتور بوبشير محند أمقران، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري مقررًا.
- الدكتور مبارك علي ، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ممتحنا.

السنة الجامعية 2011/2010

تاريخ المناقشة :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر خاص

أشكر جزيل الشكر كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة، خاصة الأستاذ

المشرف الدكتور بوبشير محند أمقران والدكتور تاجر محمد والدكتور رايس محمد .

كما أشكر كل من مدني بيد المساعدة في إنجاز هذه المذكرة.

بومدان عبد القادر

إهداء

إلى زوجتي لطيفة

وإلى أبنائي دنيازاد وعلاء الدين وفاطمة الزهراء .

والذين أتمنى لهم النجاح والتوفيق في الدراسة

إلى الوالدين : الأم والأب والذين أتمنى لهما دوام الصحة وأرجو أن يكونا راضين

عني .

إلى كل الإخوة : محمد وحسان وجيلالي وحمادة وخالد والأخت الوحيدة نصيرة .

إلى خالتي وأخوالي وعماتي وأعمامي

وإلى كل عائلة زوجتي

وإلى كل أساتذتي في كافة الأطوار

وإلى أصدقائي وزملائي في مهنة المحاماة

أهدي هذا العمل المتواضع

لقد غامرت أياما طويلة في بحر من العلم لكن البحر كان عميقا

عميقا جدا أعمق بما استطيع

ويليام شكسبير

مسرحية هنري الثامن

مقدمة

من بين القضايا الحساسة التي شغلت انتباه رجال القانون والطب في العالم الأول، وكذا في العالم الثالث، خلال السنوات الماضية والحالية، نجد قضية المسؤولية الجزائية للطبيب بشكل عام، ومسألة الحفاظ على السر الطبي بشكل خاص.

كان ولا يزال هذا الموضوع محور اهتمام مباشر أو غير مباشر للعديد من المؤتمرات والندوات الدولية الحكومية وغير الحكومية، وكذا الوطنية، والتي عقدت طوال السنوات الأخيرة.

تهدف المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي أساسا إلى حماية المريض، وذلك عن طريق الحفاظ على سره الطبي، لأن الإفشاء به يضر بسمعته وكرامته وشرفه. مع احتفاظ المتضرر بحقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من هذا الإفشاء، فإن تجريم واقعة إفشاء السر الطبي من شأنه وضع حد للممارسات الطبية غير اللائقة.

ونظرا للطبيعة الخاصة للالتزام بالحفاظ على السر الطبي، وصعوبة تعويض المتضرر في هذا المجال عينيا، فإن سلطة التقدير تترك للقاضي الذي تعرض عليه الدعوى.

أظهرت السنوات الأخيرة عدة مشاكل، لاسيما في المجال الطبي، وقد ترتبت عن اكتشاف بعض الأمراض، والتي لم تكن معروفة من قبل، وكذا عن التطور المذهل الذي شاهدته العلوم الطبية، وكانت لها آثارا متنوعة التي نتجت عنه خطورة هذه الأمراض والمشاكل التي تتجم عنها في مجال المسؤولية الجزائية للطبيب والحفاظ على السر الطبي.

ويعتبر هذا الموضوع ذات أهمية قصوى، لأنه يعتبر من المواضيع الأكثر تعقيدا لأنه يثير العديد من المشكلات القانونية والعملية، خاصة مع العلم أن السر الطبي أصبح في الوقت الحاضر أهم الضمانات الأساسية للإنسان لاتصاله بأنبال المهن الإنسانية، ألا وهي مهنة الطب.

تبرز إشكالية البحث في معرفة مدى المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي وتحديد الضوابط التي وضعها المشرع من أجل التوفيق بين الطبيب وعلاقته بالمريض ، خاصة عندما يتعلق الأمر بمسألة بالغة الأهمية، وهي السر الطبي وواجب الحفاظ عليه .

وهناك مسألة أخرى ينبغي الإشارة إليها هي ما هو الأساس القانوني الذي تبنى عليه المسؤولية الجزائية للطبيب فيما يخص إفشاء السر الطبي. هل يمكن أن نرجعها إلى العقد الذي يربط الطبيب بالمريض؟ وما هو الوصف القانوني الذي يمكن إعطائه لهذا العقد ؟ فما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد ؟ أم أن فكرة النظام العام هي التي تعتبر أساس الالتزام بالسر الطبي ؟ وما هو موقف قانون العقوبات الجزائي وكذا القوانين الخاصة من هذه المسائل، ونقصد بها القوانين الخاصة أساسا، قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

وكان علينا أن لا نفوت هذه الفرصة لإبراز موقف الشريعة الإسلامية التي اهتمت بهذه المسألة. وهل يمكن السماح للطبيب بأن يقدم على إفشاء السر الطبي ؟ وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الحالات التي يسمح له فيها بهذا الإفشاء ؟ هل يمكن وصف ما يقدم عليه الطبيب بالجريمة بالمفهوم القانوني ؟ وفي حالة الإيجاب ما هي أركان هذه الجريمة ؟ وما هو الوصف القانوني الخاص بها ؟ والعقوبة المترتبة عليها في حالة توافر أركانها ؟ وهذا في ظل قانون العقوبات وكذا القوانين الخاصة.

وتبدو الأهمية العلمية لهذا البحث من خلال العديد من الرسائل والدراسات المتخصصة التي تم إعدادها بشأن المسؤولية الجزائية للطبيب وكذا مسألة السر الطبي، والتي لم تعط هذا الموضوع الأهمية التي يستحقها، ولم تجب عن كافة التساؤلات التي يثيرها. فقد ركزت العديد من الدراسات على ضرورة الحفاظ على أسرار المريض ، ولم تعالج بصفة كاملة وشاملة مسألة إفشاء السر الطبي، مما يجعل الفراغ القانوني لا يزال قائما بشأن هذا الموضوع خاصة مع تطور علم الطب، والذي يستدعيها مواكبته من التشريعات الوضعية. وهذا غير ممكن سوى باستمرار الاجتهاد والدراسة في هذا الموضوع.

ولكنه في المجال العملي، لم تبرز المسؤولية الجزائية للطبيب في أرض الواقع، إذ تعتبر نادرة القضايا التي يتابع ويحاكم فيها الأطباء من أجل ارتكابهم جرائم أثناء ممارستهم لنشاطهم المهني أو بمناسبة، ولاسيما إفشائهم السر الطبي. وربما يرجع السبب في ذلك إلى الفكرة الشائعة لدى العامة، ومفادها عدم جدوى متابعة الطبيب جزائياً، لأن هذا الأخير قد يجد بطريقة أو بأخرى وسيلة من أجل الإفلات من العقاب، فضلاً عن أن متابعة الطبيب جزائياً من شأنه إفشاء كافة الأسرار الطبية الخاصة بالمريض، والذي قد يترتب عليه المساس بمركزه الاجتماعي وشرفه وكرامته.

حاولنا أن ننير هذه المسألة من أجل نشر الوعي لدى المرضى، حفاظاً على مصلحتهم بالدرجة الأولى، وكذا مصلحة الأطباء ومركزهم الطبي باعتبارهم مهنيين. و نظراً لاتساع هذا الموضوع فقد حصرناه في فصلين: الفصل الأول يتعلق بالسر الطبي والفصل الثاني المسؤولية الجزائية للطبيب.

الفصل الأول

السِرُّ الطَّيْبِي

إن دراسة السر الطبي ليست بالأمر السهل لأنها تأتي في إطار مشوب بالغموض، لأن قانون العقوبات يفرض على بعض الأشخاص الالتزام بالصمت ويعاقب كل من يخرق مبدأ السر الطبي من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن نفس القانون يسمح لبعض الأشخاص بالإفشاء عن السر ويعاقب كل من لم يقدم على الإفشاء بالإبلاغ وأداء الشهادة⁽¹⁾. وهو الأمر الذي حاد بالقول أن نظام السر المهني يميل أكثر للعقوبات ضد كل من يتكلمون كثيرا وليس لحماية من يفضلون الصمت، فهو ليس وسيلة هامة للدفاع أمام العدالة.

إن أول من وضع قاعدة السر المهني عند الأطباء هو أبي قيراط⁽²⁾، ومفادها " أن كل ما يصل إلى بصري أو سمعي وقت قيامي بمهمتي أو في غير وقتها مما يمس علاقتي بالناس ويتطلب كتمانهم سأكتمه وسأحتفظ به في نفسي محفظتي على الأسرار المقدسة ".

وفي وقت لاحق، انتقل الالتزام بالسر المهني إلى القساوسة " Les Prêtres chrétiens"، وانتقل إلى المحامين، والذين ورثوا بدورهم هذا الالتزام من القديس، لأن المحامي نتاج من عالم القديس الذي كان يرتدي الجبة⁽³⁾.

ساد السر المهني في ظل قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1810 إذ لم يعرف السر المهني ما عدا الأطباء والصيدلة أو القابلات، وقد ترك الأمر إلى الفقه من أجل تحديد المهن التي لها علاقة مباشرة بالثقة، مثل الموثق والمستشار القانوني والمهن شبه الطبية. أما قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي صدر في سنة 1994، فإنه لم يضع قائمة أو تحديدا للمهن التي يستوجب فيها الحفاظ على السر المهني، بل وضع مبدأ عام مفاده منع إفشاء السر على كل شخص أئتمن إليه بحكم الواقع أو بحكم الوظيفة⁽¹⁾.

1)- Michel VERON, Droit pénal spécial, 9^{ème} édition, Armand Colin, Paris, p 164.

2) - Jacques HAMELIN, André DAMIEN, Les règles de la profession d'avocat, Dalloz, Paris, 2000, p 309 et 310.

Quoique je vois ou entends dans la société pendant l'exercice de ma profession, je tairai ce que ma jamais besoin d'être divulgué gardant la discrétion comme un devoir en pareil.

3)-Didier XUEREB, Centre d'études et de recherches en psychopathologie, Ressources. Le secret professionnel.

1)- Toute personne on est dépositaire soit par état soit par sa profession

عرف التزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني منذ القدم، فمصر الفرعونية عرفت هذا الالتزام، حيث كان صاحب الصنعة ملزماً بالحفاظ على أسرار العميل⁽²⁾، فكان الطبيب ملتزماً بالحفاظ على الأسرار، فإذا خالفها وتوفى المريض دفع الطبيب رأسه ثمناً لذلك⁽³⁾.

وفي الهند نص على السر الكاتبان القديمان الرجفيدا والأجيرفيدا (علم الحياة)⁽⁴⁾. وعند البابليين تضمن قانون حمورابي قواعد مشددة لمحاسبة الأطباء، وصلت إلى حد قطع يد الطبيب إذا تسبب في فقدان عضو عند رجل حر. وعرف الإغريق السر المهني، حيث يمثل الضمير المهني للأطباء. وقد نص عليه في قسم أبي قيراط، فكان يجبر تلاميذه على أداء قسمه على أنه لم يكن ليرتب على هذا القسم أي مسؤولية قانونية بقدر ما كان التزاماً أدبياً، إذ لم تكن هناك أي مسؤولية جزائية على الأطباء عندهم. ويعتبرون جهل الطبيب أو خطئه موجباناً للتعويض، إلا أن العقاب كان يختلف بحسب المركز الاجتماعي للمريض. اهتمت الإمبراطورية الرومانية بمسألة السر المهني، إذ ورد على لسان شيشرون أن التزام الطبيب بسر المهنة كان سائداً في الحضارة الرومانية⁽⁵⁾. وقد أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر

بتاريخ 1948/12/10⁽³⁾، صراحة على ضرورة احترام الحياة الخاصة. وقد جاء في الفصل 12 منه:

" لا يمكن لأحد أن يكون محل تدخل تعسفي في حياته الخاصة أو بالنسبة لأسرته أو منزله أو مراسلته، وكل شخص له الحق في الحماية القانونية ضد مثل هذه الخروقات."

(2) - د . عبد الحميد الشواربي، شرح قانون العقوبات، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1991، ص 385.

(3) - ماروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية عن إفشاء سر المهنة، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ج 1، ص 5 .

(4) - أ- راييس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، رسالة الدكتوراه، جامعة تلمسان، ص 486 .

(5) د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951، ص 465.

(3) - صادقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب المادة 11 من دستور سنة 1963، ج ر عدد 64 لسنة 1963.

كما اهتمت الشريعة الإسلامية بالسر بصفة عامة، وأحاطته بالعاية خاصة وهي التي ولدت لاحتضان الحق وترسخ العدل واهتمت بالحق في السرية، حرصا منها على تدعيم الاستقرار وتحقيق التوازن بين مصالح الناس، إذ أوصى فقهاء الشافعية الأطباء بأن يعضوا أبصارهم عن المحارم عند دخولهم على المرضى وألا يفشوا الأسرار ولا يهتكوا الأستار ولا يتعرضوا لما ينكر علمهم⁽²⁾، كما تضمن الدستور الإسلامي لمهنة الطب مسألة حفظ الأسرار⁽³⁾ .

وقد جاء في الحديث الشريف أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان"⁽⁴⁾. كما قال صلى الله عليه وسلم: "الحديث بينكم أمانة".

وقال الإمام على كرم الله وجهه : " سرك أسيرك فإذا تكلمت به صرت أسيره وأعلم أن أمناء الأسرار أقل وجودا من أمناء الأموال فحفظ الأموال أيسر من كتم الأسرار". وقال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: "القلوب أوعية والشفاه أفعالها فليحفظ كل إنسان مفتاح سره"⁽⁵⁾

إذا كان يجب الحفاظ على السر الطبي (المبحث الأول)، فإنه التساؤل يثور بشأن الأساس القانوني لهذا الالتزام (المبحث الثاني).

(2) ابن أبي صبيحة، عيون الأنباء في طبقات الأطباء، ج 2، منشورات دار الثقافة، بيروت، ص 124.

(3) الباب الخامس من الدستور الإسلامي لمهنة الطب، المنظمة العالمية للطب الإسلامي الصادر عن المؤتمر العالمي الأول للطب المنعقد بدولة الكويت سنة 1981. وجاء فيه : " ن حفظ أسرار الناس وستر عورتهم واجب على كل مؤمن ، وهو على الأطباء اوجب ... وواجب الطبيب أن يصون أية معلومات وصلت إليه خلال مزاولته مهنته عن طريق السمع أو البصر أو الفؤاد أو الاستنتاج وأن يحيطها بسياج كامل من الكتمان..."

(4)- د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 385 .

(5)- د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 200.

المبحث الأول

واجب الحفاظ على السر الطبي

حتى يتمكن الطبيب من القيام بمهامه على أحسن وجه، فإنه يعتبر بحاجة إلى أن يبوح له المريض بما يراه وكل ما يتعلق بحالته الصحية، والمريض يبوح بكافة أسراره للطبيب لأنه يعلم مسبقاً أن هذا الأخير لن يتجرأ على إفشاء سره للغير. وبذلك يصبح الطبيب مؤتمناً على السر المهني ومن ثم يصبح مسؤولاً مهنياً وجزائياً تجاه المريض وكذا تجاه المجتمع.

يعتبر السر الطبي التزاماً أساسياً بالنسبة للطبيب، فقد شرع ابتداءً من قانون نابليون في أول قانون عقوبات صدر في فرنسا سنة 1804، الساري المفعول ويظهر ذلك من خلال المواد 13/226 و14/226⁽¹⁾. وطبقاً للمواد السالفة الذكر، فإن إفشاء المعلومات ذات الطابع السري من طرف الشخص الذي انتمن عليه، سواء بحكم الواقع أو بحكم المهنة أو بحكم الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، يعاقب بسنة حبس نافذة وبغرامة قدرها 15 ألف أورو. فالمشرع الفرنسي فرض على بعض الأشخاص عقوبة جزائية وذلك من أجل الحفاظ على الثقة التي وضعت فيهم بمناسبة ممارستهم لمهنتهم .

وقد ذهب قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 1994/03/01 إلى أبعد مما كان عليه الوضع في قانون العقوبات الفرنسي القديم، ولاسيما المادة 378 منه⁽¹⁾. التي كانت تخص سوى الوقائع التي

1)- Art 226/13 " La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession , soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire , est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Art 226/14 l'article 226/13 n'est pas applicable dans les cas ou la loi impose ou autorise la révélation du secret . En outre, il n'est pas applicable :

1⁰ A celui qui informe les autorités judiciaires , médicales ou administratives.

2⁰ Au médecin qui , avec l'accord de la victime , porte à la connaissance du procureur de la République les sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession été qui lui permettent se présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises .

3⁰ Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles – mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifeste leur intention d'en acquérir un .

وصلت إلى علم الشخص بمناسبة ممارسته لمهنته أو وظيفته والتي يعاقب عليها القانون وخاصة عندما تتعلق بالمصلحة العامة أو النظام العام وفقد أصبح السر المهني لا يقتصر بما تم البوح به بل يشمل كل ما استتبطه واستنتجه من عمله الطبي.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أن المادة 1/301 من قانون العقوبات تنص: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدال والقبالات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك ".
أخذ المشرع الجزائري بما كان ينص عليه المشرع الفرنسي القديم في المادة 378 التي تتشابه إلى حد كبير مع ما هو منصوص عليه في المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

وتنص المادة 1/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها⁽²⁾: " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدال أن يلتزموا السر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ".
وبمقارنة بسيطة بين المشرع الفرنسي والجزائري، يمكن القول أن المشرع الفرنسي وضع نصا عاما، وذهب أبعد مما كان عليه الحال في القانون القديم، فهو لم يبق السر مقصورا على ما يبوح به المريض للطبيب بل، وسع نطاقه إلى كل ما يراه ويسمعه ويصل إلى علم الطبيب وكل ما يستنتجه ويستتبطه من عمله الطبي. في حين إن المشرع الجزائري تمسك بما كان عليه الوضع في قانون العقوبات الفرنسي القديم، عن طريق تحديد طائفة الأطباء المشمولين بالتزام السر المهني، وهم الأطباء وجراحي الأسنان والصيدال، ولم يشر إلى فئات أخرى من الأطباء المختصين، مما يوحي أن النص جاء قاصرا على فئات دون أخرى.

1)- Art 378 du code pénal français : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages femmes et toute personne dépositaire par état ou profession ou pour fonction temporaire ou permanente des secrets qu'on leur confie, qui, hors de cas ou la loi les oblige ou les autorise a se porter de énonciateurs auront révélés les secrets seront punies d'emprisonnement d'un mois a six mois et d'une amende de 500 F à 15000 F ».

(2)- قانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/26 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/89 المؤرخ في 1998/08/19.

ولكن نرى أنه يقع على عاتق الطبيب ومن في حكمه واجب الحفاظ على السر الطبي دون التذرع والاحتجاج بهذا الفراغ القانوني من أجل التملص من المسؤولية الجزائية والتخلي عن هذا الواجب المقدس والأساسي إلا إذا وجد نصاً قانونياً يحرر الطبيب من هذا الالتزام ويسمح له بإفشاء السر الطبي، نظراً لشمولية صفة الطبيب، ولوجود مصلحة عامة يقتضيها هذا الإفشاء أو مصلحة خاصة بالمريض تفادياً لوقوع أي ضرر قد يصيبه من جراء الإفشاء. ومن أجل معرفة هذا الواجب الملقى على عاتق الطبيب فإنه يتعين دراسة ماهية وطبيعة ونطاق السر الطبي .

المطلب الأول

طبيعة ونطاق السر الطبي

ظهر الالتزام بالسر الطبي كواجب أخلاقي وديني، فقد كان الأطباء يلتزمون بالصمت المطلق، ليس فقط تجاه ما يؤتمنون عليه من أسرار، بل كذلك بالنسبة لما يمكن لهم رؤيته أو سماعه أو ملاحظته خلال ممارستهم لنشاطهم الطبي⁽¹⁾.

لكن مع التطور الهائل للطب والعلم، وما أفرزه من مخاطر تمس بسلامة جسم الإنسان، كون الأطباء لم يقتصر دورهم على استعمال الوسائل العلاجية في سبيل تخليص المريض من الآلام بل إنهم لجئوا إلى وسائل وقائية بهدف تحسين السلالة الإنسانية عن طريق السيطرة على توارث الإنسان وتطوره، بحيث لا يخرج إلى الوجود إلا جسم يصعب أن ينفذ المرض إليه⁽²⁾.

على أن الواجب الأخلاقي والديني لم يعد له أي تأثير في المجتمع كونه لا يلزم الأطباء رغم تزايد الأخطاء التي تقع بمناسبة ممارسة النشاط الطبي ورغم كشف أسرار المرضى والذي يضر بسمعتهم وشرفهم وكرامتهم، فما جدوى الوازع الديني والأخلاقي أمام هذه الممارسات اليومية وخاصة عندما يتعلق الأمر

(1) - توفيق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء، رسالة ماجستير سنة 1992، ص 15 وما يليها.

(2) - د- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع كونت تايمز، مصر، ص 15.

بمسألة إفشاء السر الطبي. لذلك تبينت ضرورة تدخل التشريعات والقوانين من أجل تنظيم مسألة السر الطبي وجعله التزاماً أساسياً وقانونياً تترتب على مخالفته آثاراً قانونية تدين كل من يقدم على الإفشاء، وتسلب عليه عقوبة الحبس وكذا الغرامة بالإضافة إلى العقوبات التأديبية المخولة للسلطة التأديبية⁽³⁾.

تتمثل العقوبات التأديبية التي يسمح المشرع باتخاذها في مواجهة الطبيب الذي يخل بالتزامه المهني في المحافظة على السر المهني في التوبيخ والإنذار. وقد تصدر ضده عقوبات أشد من طرف الهيئة المختصة التي قد تصل إلى الشطب من المهنة بالنظر إلى خطورة الفعل⁽¹⁾. فالعقوبات التأديبية التي يمكن أن توقع بموجب مدونة أخلاقيات مهنة الطب من طرف المجالس الوطنية والجهوية لأخلاقيات الطب تقتصر على الإنذار والتوبيخ، أما العقوبات الأشد فنقترحها هذه المجالس على السلطة الإدارية، والتي لها صلاحية إصدارها.

الفرع الأول : ماهية السر الطبي

يختلف المفهوم اللغوي للسر الطبي عن مفهومه الاصطلاحي .

1 – المفهوم اللغوي للسر الطبي

السر مفرد الأسرار⁽²⁾، وهو كل ما يكتُم. وجمعه أسرار، وهو كل ما يكتُمه الإنسان في نفسه وجمعه أسرار⁽³⁾، ويقال صدور الأسرار قبور الأسرار. وكما يقول المثل العربي كل سر جاوز الاثنان شاع" ، ويقول مثال آخر في السر " إذا ضاق صدرك بسرك فصدر غيرك به أضيق"⁽⁴⁾.

أو كما في قوله تعالى في كتابه العزيز⁽⁵⁾ " وإن تجهر فإنه يعلم السر وأخفى "

(3) - المرسوم تنفيذي رقم 92 - 276، مؤرخ في 06/06/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 لسنة 1992 .

(1) - المادة 267 من قانون 85-05، التي نصت : "تحدد فيما بعد الأحكام المتعلقة بالأخلاق الواجبات المهنية".

(2) - المعجم المنجز في اللغة والإعلام.

(3) - الأب لويس معلوف اليسوعي: المنجد الأبجدي ، الطبعة الرابعة ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، 1985 ، ص 545 .

(4) - د. يوسف الكيلاني : سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، العدد 02 ، سنة الخامسة ، 1981، ص 70.

(5) - سورة الفرقان آية 06.

وقوله تعالى "يوم تبلى السرائر"، أي أن يوم القيامة تختبر الأسرار وتتكشف (1)، وقوله تعالى " يعلم السر وأخفى" (2)، وقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم" (3).

ويمكن تعريف السر بأنه كل الوقائع الخاصة بالحياة الخاصة والتي هي مخفية. والسر هو المعرفة الخفية عند الآخرين، وهذه المعرفة مقسمة بين حامل السر والمؤمن عليه. فيعرفه الفقه بأنه كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو مناسبة مهنته وكان في انتشاره ضرر لشخص أو لعائلته إما بطبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع (4).

ومن بين الأسرار التي عني الإسلام بكتمانها هي أسرار المرضى ، فإن إفشاء الطبيب لما لا تدعو الضرورة لكشفه وإظهاره ، من أسرار المريض ، يعتبر معصية توجب تأثيم فاعلها (5).

وقد عرف ابن أبي أصيبعة السر بقوله: " كل ما لا ينطق به خارجا" وقد أخذه من الأثر الإسلامي : "وكرهت أن يطلع عليه الناس" وبمعنى آخر كل ما هو إثم أو منكر أو ما يكشف عورات حرم الله كشفها" (6).
وبذلك فإن السر الطبي هو الالتزام الذي يفرض على كل أعضاء السلك الطبي بأن لا يصرحوا بما يعلمون سواء أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنتهم (7).

1 – المفهوم الاصطلاحي للسر الطبي

أما السر اصطلاحا فلا يخرج معناه في الاصطلاح عن معناه اللغوي إذ قال أحدهم الأسرار خلاف الإعلان وهو الحديث المكتوم في النفس (1).

(1) - سورة البقرة آية 235.

(2) - سورة الرعد آية 22 .

(3) - سورة إبراهيم آية 21.

(4) - Jacques HAMELIN, ANDRE DAMIEN, Les règles de la profession d'avocat, op. cit, p 309 et 310.

(5) - قيس بن محمد آل الشيخ مبارك ، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الريان للطباعة ، بيروت ، 1997 ، ص 329.

(6) - عبد الراضي محمد هاشم عبد الله ، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1974 ، ص 322 .

(7) - BEY MALIKA, Le secret professionnel, bulletin d'avocat, ordre des avocats de Setif, juin 2002, p1 .

يتعلق السر الطبي بكل المعلومات ذات الطبيعة السرية والتي ينبغي عدم إفشائها للغير، إذ أن إفشاء المعلومات الطبية الخاصة بالمريض يمكن أن ترتب آثارا سلبية على المريض. ويظهر هذا التأثير بصفة واضحة في المجال الطبي، إذ قد يضر المريض وذلك بالمساس بمركزه الاجتماعي وشرفه وكرامته. فضلا عن أن الأطباء يلتزمون، قبل أداء مهامهم، بقسم أبي قيراط (2).

حاول الفقه إيجاد تعريفا شاملا للسر. فقد عرف بعض الفقه الإيطالي السر بأنه صفة تخلع على موقف أو مركز أو خبر أو عمل مما يؤدي إلى وجود رابطة تتصل بهذا الموقف أو المركز أو الخبر بالنسبة لمن له حق العلم به وبالنسبة لمن يقع عليه الإلزام بعدم إفشائه (3). إلا أن الرأي الغالب في إيطاليا يتجه إلى تعريف السر بأنه علاقة بين شخص ما ومعرفة شيء ما أو واقعة ما وهذه العلاقة تتطلب التزام من هذا الشخص بعدم إفشاء السر، كما ينبغي منه أيضا العمل على منع الغير من معرفة هذا السر (4).

وعرفه الفقه الفرنسي أن السر هو كل ما يعهد به إلى ذي مهنته على سبيل السر أو كل أمر يعهد به على ذي مهنته ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة (5).

وعرفه ذات الفقه بأنه كل أمر يعهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشائه بالسمعة والكرامة، وعرفه أيضا نفس الفقه بأنه الالتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما اطلعوا عليه أو علموه أثناء ممارستهم مهنتهم (1).

وقد عرف جانب من الفقه العربي السر بأنه تعمد الإفشاء بسر لشخص أأتمن عليه بحكم عمله أو أذاعه في غير الأحوال التي يوجب فيها القانون الإفشاء أو يجيزه (2).

(1) - أسامة إبراهيم على التايه ، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ، كانون الأول 1994 ، ص 69 .

(2) - محمود توفيق إسكندر، المحاماة في الجزائر، مهنة ومسؤولية، دار المحمدية العامة، الجزائر، ص 155 .

(3) - د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، مصر ، ص 204.

(4) - أمال عبد الرحيم عثمان : الخبرة في المسائل الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1964 ، ص 337 .

(5) - جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج 2، ص 47 .

(1) - عبد السلام الترماني ، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد 02 ، السنة الخامسة ، 1981 ص 40.

أما الدكتور محمود نجيب حسن، فيرى أن السر واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق⁽³⁾.

ويرى الفقه الغربي أن السر هو الأمر وإن أذيع أضر بسمعة صاحبه أو كرامته⁽⁴⁾، وعرفه الفقه الفرنسي بأنه كل أمر يعهد على ذي مهنته على سبيل السر⁽⁵⁾.

ويرى رأي آخر إلى القول أن الالتزام بالسر لا يقوم إلا بالنسبة للوقائع التي يعهد بها العميل إلى طبيبه بموجب عقد بين مودع السر والمؤتمن عليه، يقبل بموجبه المهني تلقى أسرار العميل وحفظها مصونة وأن لا يذيعها أو يفشيها⁽⁶⁾.

ويعاب على هذا الرأي أنه اشترط المطالبة صراحة بكتمان السر المهني، في حين يعد في حكم السر كل أمر يكون بطبيعته كذلك أو يعتبر وفق ظروف الحال سرا حتى ولو لم يشترط صاحب السر كتمانها. وأمام الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي، كان يتعين إعطاء تعريف للسر الطبي يلم بدقة بجميع العناصر التي لها علاقة بالسر.

إن السر الطبي هو كل ما تعرف عليه الطبيب أثناء وبسبب ممارسته لمهنته الطبية وبمناسبتها، وكذلك كل ما عهد به إليه المريض من معلومات أو خبر باح به له باعتباره طبيباً، وليس بصفته رجل عادي، إذ أن الأمر يخص مهني محترف، والذي يقع على عاتقه التزام بكتمان السر المهني، إلا في الحالات التي يرخص له القانون بالإفشاء به، وذلك بموجب نص قانوني صريح يسمح له بالإفشاء لوجود مصلحة

(2) - د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، مصر، ص 290.

(3) - د. حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، رسالة دكتوراه، القاهرة، مصر، 1951، ص 417.

(4) - د. ماروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ج 1 مجلة موسوعة الفكر القانوني، الجزائر، ص 8.

(5) - نفس المرجع.

(6) - د. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1924، ص 315.

عامة أو عن طريق رضا المريض نفسه. فكل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات مهما تكن طبيعتها، والتي تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة به، سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو مناسبة ممارسته أو بسبب مهنته⁽¹⁾.

يتعلق السر بكل عنصر خاص بحرية الإنسان والذي يمكن معرفته من خلال أسرار مهنته⁽²⁾. وحسب القانون البلجيكي فإنه يتعلق بكل الوقائع التي نجهلها والتي بطبيعتها يمكن أن تمس بالشرف والاعتبار والكرامة وأن عدم إفشاؤها مطلوب، أي أنها وقائع من الأفضل أن نخفيها⁽³⁾.

إن المعلومات والبيانات والأخبار التي وصلت إلى علم الطبيب عن الحالة الصحية للمريض تعتبر سرا يجب كتمانها وعدم إفشائها، مهما تكن الوسيلة أو الطريقة التي توصل بها معرفة هذا السر⁽⁴⁾.

يمكن للطبيب أن يكشف عن المريض أو يقوم بتشخيص المرض ليتوصل إلى معرفة السر عن طريق الكشف والتشخيص⁽¹⁾، فمعرفة السر الطبي في هذه الحالة جاءت بمناسبة الممارسة الطبية. وقد يحدث أن يقوم المريض نفسه بإخبار الطبيب أو البوح له بمعلومات وبيانات عن حالته الصحية وأودع لديه هذا الخبر.

لا يمكن تصور وجود السر الطبي إذا لم تكن هناك علاقة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر والممارسة الطبية، فمن يلتزم بالحفاظ على السرية يجب أن يكون ممارسا لنشاط طبي، لأن هذه الصفة⁽²⁾ هي التي خولت للطبيب الحق في الإطلاع على الأسرار أثناء ممارسته للنشاط الطبي. أما الحالات الأخرى، فإنه لا مجال لمساءلة الطبيب، كما لو اطلع على مرض أصيب به أحد المرضى عن طريق الجرائد اليومية، أو

(1)- د. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 192.

(2)- Lise Anne HANSE, Le secret professionnel et les enseignants, piste de gestion, p 5.

(3)- Il s'agit de faits ignorés de nature a porter atteinte, a l'honneur la considération, la réputation en tant demandée. Ce sont des faits qu'on a intérêt a tenir cachés.

(4)- J. CHRESTIEN, Le droit saisi par la biologie, L.G.D.J, Paris, 1996, p 166.

(1)- د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، العدد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 243.

(2)- انظر المرسوم رقم 82/411 المؤرخ في 18/02/1982 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالأطباء والصيدالدة وجراحي الأسنان والمختصين الاستشفائيين، والذي تم تعديله بموجب المرسوم رقم 91/106 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن القانون الخاص بالممارسين الطبيين والمختصين في الصحة العمومية.

عن طريق قريب أو صديق أو جار له أو فرد كباقي الناس⁽³⁾، فإنه لا يعد مؤتمناً على السر، لأن الالتزام بالسرية والكتمان لا يشمل الوقائع التي علم بها الطبيب بغير طريق ممارسته لمهنته. ففي هذه الحالات لا يعد الطبيب مؤتمناً على هذا السر لأنه لا يوجد علاقة مباشرة بين العلم بالواقع والسر⁽⁴⁾.

ويترتب على ذلك أن التزام الطبيب يشمل كل ما علم به بناء على ممارسته لنشاطه الطبي أو بمناسبة، بشرط أن يكون للوقائع التي علم بها علاقة مباشرة بهذه المهنة أو النشاط الطبي. وبالتالي يعتبر سرا للطبيب بحسب طبيعة المهنة كل ما يتعلق بالفحوص التمهيديّة والفحوص التكميلية وتشخيص المريض والعلاج اللازم له وشخصية المريض الذي يعالجه⁽¹⁾.

ينبغي أن يتوفر عنصر الارتباط بين الواقعة السرية ومزاولة المهنة، أو أن تكون الواقعة هي التي ساعدت صاحبها على معرفة سرية الواقعة، أو هيأت له فرصة العلم. فهذا أمر ضروري لا بد من توافره. ويستطيع الطبيب أن يتحلل من رباط المسؤولية الجزائية إذا أثبت أمام القاضي الجزائي بمناسبة محاكمته، عدم وجود علاقة مباشرة بين الواقعة والسرية، وأنه لم يكن بعلم بها على أنها سرية، وأنه علم بالسر عن طريق صديق أو أحد أقاربه أو وسائل الإعلام .

وفي المجال الطبي عرف المستشار تانو TANON السر الطبي بأنه : " كل ما يعهد المريض للطبيب ولو كان معيباً أو مزريراً للشرف". لكن هذا التعريف لم يرض الفقيه برواردل ولم يكتفي به ومن ثم

(3)- د. محمد عبد الطاهر حسن، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 120.

(4)- د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص 244.

(1)- بالنسبة للمحامي يعد سرا، كل الوقائع التي أفضى بها الموكل إليه من أجل الدفاع عن مصالحه أما القضاء، أو تلك التي علم بها المحامي نفسه من خلال إطلاعه على وثائق زبونه، أو من خلال الوثائق التي أفرغها الخصم في الملف بمناسبة النزاع. أما بالنسبة للقاضي فيعتبر سرا كل ما يتعلق بأسرار المداولات وإجراءات التحقيق ووقائع المحاكمة وطريقة سيرها.

قال إن سر المهنة الطبية لا يقتصر على ما يعهد به إلى الطبيب بل يتعداه إلى كل ما يشاهده أو يسمع به أو يستنتجه أثناء ممارسته لمهنته ولو كان مجهولا من قبل المريض⁽²⁾.

أما بالنسبة للتشريع فبالرجوع إلى قانون العقوبات⁽³⁾ وقانون حماية الصحة وترقيتها⁽⁴⁾ ومدونة أخلاقيات مهنة الطب⁽⁵⁾. نجد أنها لم تضع تعريفا للسر الطبي ، إنما ترك الأمر للفقهاء والقضاء، فالتشريعات التي حرمت على الأطباء ومن في حكمهم إفشاء سر المهنة على وجه العموم كما أنها لم تحدد متى يكون الأمر سرا ومن ثم يتعين المحافظة عليه ، ومتى لا يكون سرا بحيث لا يمكن إفشائه ، بل حتى وإن أرادت هذه التشريعات أن تفعل ذلك لما استطاعت⁽¹⁾. هذا لأن السر الطبي يعتبر من الأمور الغامضة التي لا يمكن تحديد مفهومها فهو مسألة تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث⁽²⁾.

أما بالنسبة للقضاء ، فلقد اختلفت أحكام القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم السر الطبي ففي بداية الأمر ذهب القضاء إلى تفسير سر المهنة بأنه : " كل ما يعهد به على انه سر " متبعا في ذلك حرفية نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي دون الأخذ بعين الاعتبار قصد المشرع⁽³⁾.

لكن محكمة النقض الفرنسية غيرت اتجاهها وجاءت بتعريف آخر ، مفاده " السر هو كل ما يقف عليه الطبيب بوصفه سرا وتقتضيه مصلحة المريض"⁽⁴⁾.

(2)- د. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1924، ص 323.

(3)- أمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري .

(4)- قانون رقم 06/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 متعلق بحماية الصحة وترقيتها.

(5)- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

(1)- الأستاذ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص ، بدون طبعة ، 1924 ، ص 594.

(2)- عبد السلام الترمماني : السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد 02 ، السنة الخامسة ، 1981 ، ص 40 .

(3)- نقض جنائي في 1945/07/26 ، دالوز 134/1/1945/ سيري 577/1/1945 نقلا عن د. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1924.

(4)- ماروك نصر الدين، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، بحث مقدم للمعهد الوطني للقضاء بالجزائر ، بدون تاريخ ، ص 6.

إذن محكمة النقض الفرنسية قررت أن السر الطبي لا يقتصر على ما يطلب المريض من الطبيب كتمانته ، بل يشمل أيضا كل ما هو سر بطبيعته ، وهذا خلافا لما جاء في نص المادة 378 من قانون العقوبات .

ولما كانت هذه التعريفات تضيق - إلى حد كبير- من نطاق السر الطبي ، فقد عدل القضاء الفرنسي وانتهى إلى مسابقة الشراح في هذا الصدد ، وهو ما يتضح من حكم محكمة السين الذي قضت فيه انه في ما عدى الحالات التي نص عليها القانون ، لا يجوز الطبيب أن يذكر شيء عن نوع المرض أي كان ، فالفحص الطبي بكل ما يتمخض عنه من نتائج وما يحيط به من ملاحظات هو سر بطبيعته ولا يجوز أن يترك للطبيب في هذا الشأن تقرير نما يصح إفشاءه وما يجب كتمانته ، إذ هو لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بما يترتب على الإفشاء من آثار بالنسبة للمريض⁽¹⁾.

وفي مجمل القول نخرج إلى تعريف سر المهنة الطبية على أنه كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواء أفضى إليه المريض أو الغير ، أو علم به نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسة لمهنته ، أو كان للمريض أو أسرته مصلحة مشروعة بكتمانه إما بطبيعته أو بحكم الظروف الوقائع التي تحيط بالموضوع ، سواء طلب منه المريض كتمانته أو لم يطلب⁽²⁾.

ومن الضروري أن نميز بين السر الطبي والالتزام بحفظ هذا السر⁽³⁾ فالسر هو كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها بنفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسة مهنته. أما الالتزام بحفظ السر فهو الذي يفرض على الطبيب أن

1- د. عبد الرازي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1924، ص 324..

2- مقال د محمود محمود مصطفى ، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الأول ، السنة الحادي عشر ، مكتبة فتح الله ، مصر ، 1941 ، ص 660.

3- د. علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 150.

يلوذ بالصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر إلا في الحالات التي يرخص له القانون فيها بالإفشاء أو الإفشاء.

الفرع الثاني : طبيعة السر الطبي

إن تحديد الطبيعة القانونية وتنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض ليست بالأمر السهل، إذ أن لا القانون المدني ولا القوانين الأخرى تطرقت لهذه المسألة⁽¹⁾، مما ترك الأمر إلى الفقه من أجل سد هذا الفراغ معتمدا في ذلك على النظرية العامة للعقود والمصادر العامة للالتزامات، مع العلم أنه لا يوجد أي نص قانوني يحدد نطاق ومحتوى الالتزام بالسر المهني⁽²⁾.

ويهدف الالتزام بالسر المهني وكذا السر الطبي إلى حماية الغير إذ أن السر لا يخص سوى الوقائع التي يخشى من إفشائها.

إن إفشاء الطبيب للوقائع ذات الطابع السري، والتي علم بها بمناسبة ممارسته نشاطه الطبي، هي التي تكون جنحة إفشاء السر المهني . حتى ولو كانت هذه الوقائع تم البوح بها من قبل المريض⁽³⁾.

والسؤال الذي يطرح يتعلق ببيان الطبيعة القانونية للسر الطبي، وبعبارة أخرى ما هو الوصف

القانوني الذي يمكن إعطائه للعلاقة بين الطبيب والمريض ؟

اختلف الفقهاء في بيان العقد الطبي ولكن أصعب ما اختلفوا عليه هو تحديد الطبيعة القانونية للسر

الطبي، نظرا لصعوبة تنظيم هذه العلاقة، ولاسيما في المجال الطبي⁽⁴⁾، وذهب الفقه إلى وصف طبيعة السر الطبي أنه عقد وديعة⁽⁵⁾.

(1)- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، ص 10 .

(2)- M..M. HANOUS A.R HAKEM, Précis du droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, OPU, Alger, 1992, p 109 .

(3)- R. SAVATIER, R AUBY, J.M SAVATIER J. PEQUIGNOT, Traité de droit médical, Librairie technique, Paris, 1956, p 276.

(4)- ماروك نصر الدين، المسؤولية الجزائرية للطبيب ...، مرجع سابق، ص 12.

(5)- المرجع السابق، ص 13.

وحسب أنصار هذا الرأي، يوجد تشابه بين عقد الوديعة المدنية والسر الطبي، وهذا ما يمكن استخلاصه من أحكام المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁾، والتي استعمل فيها المشرع عبارة "مودع لديهم".

ثم أن الوديعة المدنية تشبه وديعة السر التي تنشأ عن طريق عقد يقوم بين الطبيب والمريض على أساس الرضا، غير أنه لا يجوز للمهني الذي ائتمن على السر بإفشائه إلا بترخيص من صاحب المصلحة. على أن هذا الرأي لم يسلم من النقد على أساس أن العنصر الأساسي في عقد الوديعة هو أن يكون محله شيئاً مادياً ملموساً، الأمر الذي لا ينطبق على السر الطبي، والذي يعتبر شيئاً معنوياً. والفرق شاسع بين العنصر المادي والعنصر المعنوي. إضافة إلى أن الوديعة المدنية تكون في الأصل تبرعية أما وديعة السر الطبي فليست تبرعية لأن العميل يقدم للطبيب أتعاباً مقابل علاجه.

ويضاف إلى ذلك أنه ليس للعقوبة في عقد الوديعة المدنية أية آثار قانونية⁽²⁾. كما لا يمكن القبول بهذا الرأي بهذه السهولة، لأن الطبيب قد تصله المعلومات والأخبار والبيانات محل السر بدون علم العميل نفسه، إذ لا يتصور وجود عقد بين الطبيب والمريض، خاصة وأن الطبيب يمكنه أن يعلم بالسر الطبي عن طريق الجرائد اليومية والأخبار والانترنيت، وما إلى ذلك من الوسائل المتطورة، إذ أصبح الطب يتطور مع التقدم العلمي ليكون أكثر فاعلية وأكثر طموحاً مما كان عليه فيها مضي⁽³⁾.

لا يمكن القول بوجود عقد وديعة بين الطبيب والمريض، بما أن هذين الشخصين لا يرتبطان بموجب عقد وديعة، وما يؤكد على عدم وجود العقد المذكور، هو أن الطبيب الذي يقدم على علاج المريض في إطار المستشفى العام ويطلع على أسرارها لا تربطه أية علاقة تعاقدية خاصة بالمريض بالمفهوم القانوني، فالعلاقة

(1) - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، ص 11 .

(2) - رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، مرجع سابق، ص 420.

(3) - د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع كونت تايمز، القاهرة، ص 279.

بين الطبيب والمريض في إطار المستشفى العام تعتبر علاقة لائحية على أساس أن الطبيب مكلف بأداء خدمة عامة⁽¹⁾.

وعليه لا يمكن الحديث على عقد الوديعة بين الطبيب والمريض، كما أن المهني الذي ائتمن على السر الذي أودع لديه لا يلتزم برده عينا إلى صاحبه، بل يبقى ملزما بالحفاظ عليه. ثم أن الأساس الذي تقوم عليه الوديعة هو الرضا المتبادل بين الطرفين، في حين أن ركن الرضا لا نجده أصلا عندما يستدعي الطبيب لعلاج المريض في المستشفى العام على جناح السرعة في مصلحة الاستعجال.

إن الطبيب يقوم في هذه الحالة، بتلقي أسرار المريض على وجه السرعة ويلتزم بكتمانها رغم عدم وجود عقد مع المريض، لأن الطبيب مكلف بأداء خدمة لفائدة المستشفى على أساس أن العلاقة لائحية تربط الطرفين. وهناك لا يتصور وجود الرضا إذ أن حالة الاستعجال تقتضي أن يقدم الطبيب على علاج المريض على وجه السرعة، فالخطر حال وأكد، وأي تأخير في العلاج قد يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه.

و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه الفكرة التي بمقتضاها تسند التزام الطبيب بحفظ أسرار المريض إلى قواعد عقد الوديعة وذلك في حكم واتليت WATLET حيث أشار المستشار تانو إلى الثقة المودعة ، فالأطباء لا يلتزمون بالسر إلا بسبب الثقة المودعة فالطبيب كأى مودع لديه يجب عليه المحافظة على السر المودع وعدم التصرف فيه إلا بإذن المودع⁽²⁾. ولما كان السر وديعة فإن العميل يستطيع أن يرخص للأمين بإفشاءه كما يستطيع أن يتنازل عن دعوى التعويض في حالة إفشاء المهني للسر بدون ترخيص ، فالأطباء لا يلتزمون بالسر إلا بسبب واقعة الإيداع⁽¹⁾.

(1)- د . بودالي محمد ،المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد 2، 2004، ص 11.

(2)- د. علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 249.

(1)- د. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980، ص 87.

وأمام عدم صمود هذا الرأي للانتقادات التي وجهت له، ظهر اتجاه في الفقه يعتبر أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض هو عقد وكالة⁽²⁾. يوجد على رأسه الفقيه بوتيري POTHIER الذي يرى أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة، لا لأحكام عقد الأشخاص، ومن هذه الخدمات تلك التي يؤديها الأطباء⁽³⁾.

إن الوكيل يلتزم بالتصرف لمصلحة الموكل ولحسابه وباسمه، فطرفي عقد الوكالة هما الموكل والوكيل. وعلى الموكل أن يلتزم في حدود ما وكل إليه للقيام به لحساب وكيله وباسمه⁽⁴⁾.

وحسب أنصار هذا الرأي، فإن الطبيب يقع على عاتقه الالتزام بالسر، والذي يستوجب منه الامتناع عن كل عمل من شأنه الإضرار بمصالح الموكل. غير أن هذا الرأي بدوره تعرض للنقد، إذ أن الفقيه لامبير Lambert يعتبر الطبيب مستقلاً عند القيام بعمله، في حين يعمل الوكيل لحساب وتحت إشراف الموكل وفي حدود ما وكل به، ومدون في الوكالة⁽⁵⁾.

بالفعل يعتبر الطبيب مستقلاً وغير مقيد بأي أمر، وهو يمارس نشاطه الطبي باسمه الخاص لا باسم المريض⁽¹⁾. فضلا عن أن عقد الوكالة يعتبر تبرعياً بدون مقابل⁽²⁾، إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك. في حين أن الطبيب يتلقى أتعاباً مقابل علاج المريض والحفاظ على السر الطبي⁽³⁾.

ويمكن للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة التي منحت له، خلافاً للطبيب الذي ليس له الحق في أن يتنازل عن مسألة بالغة الأهمية، وهي الحفاظ على السر الطبي. ولو فعل ذلك يعرض نفسه للمساءلة

(2) - يعتبر العقد الذي يجمع بين المحامي والزيون عقد وكالة بامتياز، وفقاً لأحكام القانون المنظم لمهنة المحاماة، ومن أجل ذلك يخضع المحامي لقواعد الوكالة المنصوص عليها في المواد من 571 إلى 585 من القانون المدني.

(3) - POTHIER, Traité de mandat, T.V.I- p 96.

(4) - عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 12.

(5) - تنص المادة 571 من القانون المدني " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه ".

(1) - د. عادل محمود عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 249.

(2) - عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 12.

(3) - رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، مرجع سابق، ص 421.

الجزائية، إلا في الحالات التي يسمح له القانون بذلك بموجب نص صريح، أو في حالة موافقة المريض. ومع ذلك قد يعرض الطبيب نفسه في الحالة الأخيرة للمساءلة التأديبية إذا تضمن إفشائه للسر المهني مخالفة للأصول المهنية.

وإذا كانت الوكالة تنتهي بقوة القانون بوفاء الموكل⁽⁴⁾، فإن الطبيب يستمر في الالتزام بواجب الحفاظ على السر الطبي حتى بعد إتمام العمل المطلوب منه⁽⁵⁾.

وأمام النقد الذي وجه لهذا الرأي، ذهب رأي آخر إلى القول أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض يعتبر عقد عمل، وذلك نظرا لوجود علاقة عمل بين الطبيب والمريض، لأن الطبيب يلتزم بالقيام بعمل خاضع للإشراف والرقابة وهو يبذل جهودا وعملا فكريا مقابل أتعاب يتلقاها من المريض في إطار عقد عمل⁽⁶⁾. وقد نصت المادة 2 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل بنصها " يعتبر عمالا أجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعى أو معنوي، عمومي أو خاص، يدعى "المستخدم" . بالفعل يوجد تشابه بين عقد عمل والعقد الطبي، لأن الطبيب يلتزم بالقيام بعمل خاضع للإشراف والرقابة، فهو يبذل جهدا وعناية مقابل أتعاب يتلقاها من المريض.

يمكن أن يكون هذا الرأي قريبا من الصحة وينقلب العقد الطبي إلى عقد عمل إذا كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله من الناحية الإدارية. أما من الناحية الطبية فيبقى الطبيب مستقلا حتى حين يمارس عمله في مستشفى عام. لأنه في الحالة الأخيرة يكلف بأداء خدمة عامة ويبقى تحت الإشراف الإداري للمستشفى، وقريب من ذلك الطبيب الذي يعمل لحساب أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين إذ يمكن أن يأخذ العقد

(4)- د. على حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 249.

(5)- تنص المادة 586 من القانون المدني على: " تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل . كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بحدول الموكل".

(6)- أحمد شفقة، مسؤولية الأطباء المدنية، مطبعة المكتبة الأمنية، الرباط، 1989، ص 137.

الطبي صورة عقد عمل. وهذا خلاف وضع الطبيب الذي يباشر عمله في عيادته الخاصة، حيث لا إشراف ولا رقابة عليه من مستخدمه⁽¹⁾.

تعرض هذا الرأي للنقد، وذهب رأي آخر للقول أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض هو عقد مقاولة. ومن بين أنصار هذا الرأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الذي يميز المقاولة والتي يعتبر فيها العقد الطبي شبه مقاولة على أساس التزام الطبيب هو ببذل عناية لا تحقيق نتيجة، فالطبيب يلتزم بالحفاظ على السر الطبي مع أن غالبية عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

إن المقاول الذي يبرم صفقة مع مؤسسة عمومية لبناء مساكن يلتزم بتحقيق نتيجة، وذلك ببناء هذه السكنات في الأجل المتفق عليه بموجب عقد الصفقة وحسب المواصفات والشروط المتفق عليها. وفي حالة عدم القيام بذلك، يتعرض المقاول لعقوبات التأخير، وقد تُفرض عليه غرامات مالية عن كل يوم تأخير. ولكن في حالة عدم التزامه ببند العقد، فإنه قد يسحب منه المشروع ويسلم إلى مقاول آخر على نفقته. بينما الطبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة، وإنما ببذل عناية وهذا نظرا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، فهو يداوي والله يشفي⁽¹⁾. كما لا يضمن سلامة المريض من مخاطر التدخل الطبي، لأنه ذا ليس في وسعه. وكل ما هو مطلوب من الطبيب أو الجراح هو ببذل العناية المعتادة شأنه شأن زملائه في المهنة.

كما أن الطبيب الذي يلتزم بالحفاظ على السر الطبي لمريض معين لا يمكنه أن يواصل هذا الالتزام على طبيب آخر، بحيث يستطيع المقاول لأسباب معينة أن يطلب من مقاول آخر إتمام الأشغال نيابة عنه.

(1) - أحمد شكري السباعي، مسؤولية الأطباء المدنية، مرجع سابق، ص 137.

(2) - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد 1.

(1) - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، ص 12.

فضلا عن أن عقد المعاولة لا ينتهي تلقائيا بوفاة المقاول، كما يفرض القانون مع رب العمل الذي لم يتم العمل التعويض عما فات من كسب لو أتم العمل وهو ما نصت عليه المادة 566 من قانون المدني⁽²⁾.

وفي حين يعتبر عقد المعاولة عقدا تجاريا، ويعتبر المقاول بالنتيجة تاجرا بمفهوم القانون التجاري، لأنه يهدف إلى تحقيق الربح⁽³⁾، فإن الأعمال التي يقوم بها الطبيب تختلف تماما عما يقوم به المقاول كما نصت عليه المادة 2/80 من مدونة أخلاقيات الطب، وتستبعد بالتالي الصفة التجارية عنه. والطبي لا يهدف من خلال التزامه بالحفاظ على السر الطبي وعدم إفشائه للغير إلى تحقيق الربح، بل يهدف إلى تقديم خدمة عامة للمجتمع بالدرجة الأولى، والتي من خلالها يهدف إلى الحفاظ على الطمأنينة والأمن والسلام الاجتماعي.

إذا كانت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد الطبي والالتزام بالحفاظ على السر الطبي قد تضاربت، فإنه يمكن القول أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض يتميز بخصائص معينة. فإنه يعتبر عقدا شخصيا، لأن المريض يختار الطبيب الذي يتولى علاجه ويضع فيه ثقته، وهو ما نصت عليه المادة 80 فقرة 02 من المرسوم 276/92 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب بقولها: "ضرورة حق احترام المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان". مع استثناء القطاع العام حيث أن المريض الذي ينتقل إلى المستشفى العام على جناح السرعة للعلاج لا يختار الطبيب. وإنما الطبيب الذي يشرف على علاجه يعين من طرف المستشفى الذي يعتبر مستخدمه، كونه مكلف بأداء خدمة عامة، مما يسمح له بالاطلاع على أسراره.

يعتبر العقد الطبي ذو طابع مدني، فهو لا يمكن أن يصنف ضمن عقود القانون التجاري كون الطبيب ليس تاجرا، إذ أن عمله يتمثل في تقديم العلاج والإرشادات الطبية والحفاظ على السر الطبي ويتلقى مقابل هذه الأعمال الأتعاب الذي تقابل الجهد المبذول⁽⁴⁾. إذ نصت المادة 20 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب

(2) - تنص المادة 566 من القانون المدني "... يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه،

على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

(3) - المادة 02 من القانون التجاري.

(1) - عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 15.

صراحة على ذلك، وذلك بمنعها ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية، ومنعه الطبيب من القيام بأساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة ، وأما ما يقدمه الطبيب بعيد كل البعد عن العمل التجاري سواً بحسب الموضوع أو بحسب الشكل كما هو منصوص عليه في المواد 01-02-03 من القانون التجاري.

يعتبر العقد الطبي ملزماً للجانبين وقابلاً للفسخ⁽²⁾، إذ يقع على عاتق الطرفين التزامات متبادلة. فالمشرع الجزائري يرى أننا نكون بصدد عقد ملزم للجانبين متى تبادل المتعاقدين الإلزام لبعضهما البعض⁽¹⁾. فالطبيب يلتزم بتقديم العلاج وبيئد العناية اللازمة ويلتزم بالحفاظ على السر الطبي، وفي المقابل يقع على عاتق المريض التزام بمد الطبيب بكافة المعلومات والأخبار والبيانات عن الحالة الصحية المتعلقة بمرضه ودفع ثمن العلاج.

وبما أن العقد الطبي ملزم للجانبين ، وأنه في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزامه يحق لأحد الأطراف سواء الطبيب أو المريض أن يطالب بفسخ العقد ، ما دام العقد يقوم على أداء الثقة التي وضعها المريض في شخص الطبيب ، فإذا انعدمت هذه الثقة فبإمكان المريض فسخ العقد وفي المقابل بإمكان الطبيب فسخ العقد إذا ما اخل المريض بالتزامه اتجاه الطبيب المعالج ، غير انه لا يمكن تعريض حياة المريض للخطر بفسخ العقد في أي وقت خاصة في حالة الاستعجال والضرورة فلا يكمن ترك المريض أمام الخطر اللاحق به⁽²⁾.

ويعتبر عقد مستمر لأن المريض حين معالجته من طرف الطبيب فلا يعني أن العقد انتهى بمجرد انتهاء الفحص بل يتطلب العلاج مهلة ومدة طويلة لبلوغ الهدف المرجى تحقيقه وهو الشفاء⁽³⁾. فالعقد الطبي يتطلب مدة من الزمن لأن عملية العلاج عادة ما تتبع بعملية مراقبة مستمرة خاصة في العمليات الجراحية إذا أن أثر العلاج يتطلب المدة وزمن معين⁽⁴⁾.

2)- Perquot CHARMANTIER, Le secret professionnel, ses limites ses abats, étude théorique et pratique, 1926, p 234.

(1) - المادة 55 من القانون المدني.

2)- R. SAVATIER, R AUBY, J. PEQUIGNOT, Traité de droit médical, Librairie technique, Paris, 1956, p 213.

3)- MARTY et RAYMOND, Droit civil, tome 2 – volume 1ère édition, Sirey, Paris, 1962, p 58 .

4)- R. SAVATIER, R AUBY, J. PEQUIGNOT, Traité de droit médical, Librairie technique, Paris, 1956, p 213.

يعتبر العقد الطبي عقدا مدنيا مستمرا في الزمن،⁽¹⁾ لأن العلاج يتطلب مراقبة مستمرة خاصة في العمليات الجراحية وأن أثر العلاج تتطلب مدة زمنية معينة⁽²⁾، والإجراء الفحوصات والتشخيص يتطلب وقتا قد يطول وقد يقصر حسب الحالات مما يجعل عنصر الزمن جوهريا .

ويعتبر العقد الطبي عقد معاوضة، بمعنى أن المتعاقد يأخذ فيه مقابل لما يعطي⁽³⁾. فيأخذ الطبيب الثمن كمقابل للعمل الذي يؤديه والتزامه بالحفاظ على السر الطبي. فالطبيب يتحصل على قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه ومقابل ذلك يتحصل على الأتعاب⁽⁴⁾.

وفي حالة عدم التقيد بالالتزامات، يحق لأحد الأطراف، سواء الطبيب أو المريض، أن يطالب بفسخ العقد المبرم بينهما. غير أنه لا مجال لتعريض حياة المريض للخطر بفسخ العقد كما هو الحال في حالة الخطر الأكيدة، لأن ضرورة الاستعجال تقتضي تقديم العلاج للمريض على جناح السرعة. فلا مجال أن يترك المريض أمام الخطر.

الفرع الثالث: نطاق السر الطبي

إن المقصود من نطاق التزام بالسر الطبي هو ما مدى التزام الطبيب بالمحافظ على السر المهني أي الإطار الذي يلتزم فيه الطبيب بالسر .

ولتحديد نطاق الالتزام بالسر الطبي ظهر رأيين ، إذ يرى أنصار الرأي الأول أن التزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني هو التزام عام ومطلق ، والرأي الثاني يرى أن الالتزام بالمحافظة على السر المهني نسبي.

ويرى أنصار الرأي الأول بأن الطبيب لا يستطيع مهما كانت الظروف ، أن يبوح بأي معلومة أو واقعة إلا في الحالات التي يجيز له المشرع ذلك .

(1)- د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 244.
(2)- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري ، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1983 ، ص 10.
(3)- HANOUS, HAKEM, Précis de droit médical ..., op. cit, p 35.
(4)- عشوش كريم، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 15.

تعتبر عيادات الأطباء مستودعا لأسرار العملاء والمرضى (1). لأنهم يبوحون بأسرارهم للطبيب في عيادته وهم على يقين بأن هذه الأسرار لا تدع للغير ولن تخرج من العيادة، إذ أن كتمان السر الذي يعهد به المرضى للطبيب ويبوح به لهم يعد التزاما من الالتزامات التي يجب عليه التقيد بها وعدم الحياذ عنها، وإلا قامت مسؤولية الطبيب المدنية بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية إذا توفرت شروطها.

إن مختلف التشريعات لم تعط تعريفا للسر الطبي، وهذا هو أمر التشريعين الفرنسي (2) والجزائري .
والغالب أن السر الواجب كتمانها يقتضي وجود واقعة يقتصر معرفتها على بعض الناس بحيث لا يصح إفشائها على العامة.

ويوضح أنصار هذا الرأي على أن الطبيب يلتزم بعدم إفشاء أي سر من الأسرار مهما تكن الأعدار التي يقدمها، لأن الالتزام يشمل كل ما توصل إليه الطبيب من معلومات وأخبار وبيانات نتيجة اتصاله بمرضاه. وما يبرر هذا الرأي هو ضرورة حماية ثقة العميل من صاحب المهنة. فمهنة الطب تهم المجتمع بأسره نظرا للخدمة العامة التي تقدمها، وفي ذلك دعامة وحماية للالتزام بالسر من الانهيار والتلاشي. بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا المبدأ يجنب الأطباء عناء التمييز بين مختلف الحالات التي يجب فيها الحفاظ على السر الطبي والحالات التي لا يلزم فيها كتمان هذا السر. إذ قد تدق المسألة في بعض الأحيان ويصعب تحديد السلوك الواجب إتباعه لعلاج المريض (3). ثم أن عيادات الأطباء تعتبر كمكاتب المحاماة مستودعا لأسرار المرضى والعملاء والزبائن (4) . لأن العميل أو المريض يبوح بأسراره للطبيب في عيادته نظرا لوجود الثقة التي يضعها في الطبيب وفي المقابل يتمنى أن لا يخرج سره ويذاع إلى العيان وهذا دائما من أجل الحفاظ على سمعته وكرامته.

(1) - محمود توفيق اسكندر، المحاماة في الجزائر، مرجع سابق، ص 153 .
(2) - DALLOZ, Nouveau repertoire, Tome IV, p 79.

(3) - د. محمد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 76.

(4) - محمود توفيق اسكندر، المحاماة في الجزائر، مرجع سابق، ص 155 .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه من خلال الحكم الذي أصدرته بتاريخ 05/08/1947⁽¹⁾، إذ قررت الغرفة الجنائية نقض الحكم الصادر عن محكمة الجنايات بخصوص جريمة هتك عرض وجاء في تسيبيه أنه لا يجوز للطبيب أن يقدم تقريراً طبياً بخصوص هذه الواقعة إلى محكمة الجنايات، لأن الطبيب بعمله يكون قد خالف مبدأ السر المطلق الذي يجب عليه مراعاته والالتزام به.

وقد تمسكت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ بموجب الحكم الذي أصدرته بتاريخ 03/18/1976⁽²⁾، إذا طبقت مبدأ السر المطلق على القضية التي طرحت أمامها، والتي تخص شركة التأمين التي أبرمت عقد تأمين مع شركة سياحية. وبموجب هذا العقد يضمن للسياح حق الحصول على نفقات العلاج إذا أصيبوا بمرض أو تأخر في الرحلة أو إلغائها، بشرط أن يتم تقديم شهادة طبية تثبت ذلك. فحصل وأن تعرض الوفد للمرض وقدم بعضهم شهادة طبية للحصول على التعويض المتفق عليه، في حين أن البعض الآخر من الوفد قدم شهادة طبية دون أي تفصيل كون الأطباء رفضوا تسليمهم شهادة طبية مفصلة بحجة السرية، مما دفع بشركة التأمين إلى رفع دعوى تعويض، الأمر الذي أدى إلى اللجوء إلى القضاء لطلب الأطباء منحهم الشهادات المطلوبة، إلا أن محكمة النقض أيدت الحكم محل الطعن الذي رفض الدعوى، استناداً إلى أن الأطباء ملتزمين بالسر الطبي، لأنها ضرورة تفرضها أصول مهنة الطب⁽³⁾.

إلا أن مبدأ السر المطلق حمل في طياته بذور ضعفه وأدخلت عليه الكثير من الاستثناءات مما أدى إلى ظهور رأي آخر في الفقه، تم تدعيمه من طرف القضاء، مفاده أن الحفاظ على السر المهني يبرر حماية المصلحة الشخصية للعميل الذي يبوح لطبيبه بهذه الأسرار. فهذا السر وجد لحماية الصالح الخاص⁽¹⁾، وأن هذه المصلحة الخاصة تحقق في نفس الوقت المصلحة العامة التي توطد دعائم الثقة في الممارسة السليمة لبعض الوظائف والمهن⁽²⁾.

1)- Cour cassation française criminelle, 08/05/1947, Dalloz, 1948 – 1, p 109.
2)- Cass civ, 18/03/1976 .
3)- Cass civ, 18/03/1968, JCP – 1968 – 11- 20629.
1)- Naziha BOUSSOUF, Secret médical et exigence de santé publique, p 46.
2) – HANOUS, HAKEM, Précis du droits médical, op.cit, p 108.

فحسب أنصار هذا الرأي فإن فكرة السر تعتبر نسبية منذ بدايتها أي منذ قسم الحكيم أبي قيراط الذي يعود إلى القرن السادس قبل الميلاد. فالسر المهني لم يكن قبل إعلان الثورة الفرنسية قاسيا كما يرى أنصار هذا الرأي إلا أن فكرة السر المطلق ظهرت بحكم محكمة النقض الفرنسية الذي صدر في 18 ديسمبر 1885 والذي قضى بأن قصد الإضرار ليس لازما لقيام جريمة إفشاء السر ومنذ ذلك التاريخ دخل القضاء الفرنسي فكرة السر المطلق ، وبعد مضي نصف قرن من الزمان عادت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية إلى فكرة السر النسبي وذلك من خلال حكمها المؤرخ في 22 مارس 1927⁽³⁾ حيث أجازت فيه المحكمة للقاضي رفض اعتبار الشهادة الطبية أمر حاسم للنزاع.

ثم يمكن تقليص نطاق الالتزام بالسر الطبي سواء في مواجهة المريض أو في مواجهة الغير، فبالنسبة للمريض، إذا طلب معلومات تتعلق بمرضه، لا يمكن للطبيب أن يحتج بالالتزام بالسر المهني. وقد تأكد هذا المبدأ بصورة واضحة في القضاء الفرنسي، وأفضل مثال على ذلك يخص مرض " السيدا "، إذ لا يمكن أن تجرى التحاليل الرامية إلى اكتشافه دون علم المريض، كما لا يمكن أخفاء نتيجة تلك التحاليل على المعني بالأمر.

— وبالنسبة للغير، ويقصد منه الأطباء الآخرين وذوي حقوق المريض. يمنع على الطبيب إخبار طبيب آخر وزميل له⁽¹⁾، كما يمنع على أي فرد من دون ذوي حقوق المريض المتوفى المطالبة بالكشف عن السر الذي اطلع عليه الطبيب. أما إذا لجأ المريض إلى طبيب آخر غير الطبيب المعالج له، فعلى هذا الأخير إخبار الطبيب الجديد بالسر المهني بغرض تمكينه من القيام بالتدخل الطبي على أحسن وجه.

أما في حالة وفاة المريض فإنه لا يحق للطبيب استعمال السر فيما يخالف إرادة المتوفى من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن الاحتجاج في مواجهة ذوي الحقوق بالالتزام بالحفظ على السر المهني لتبقى الصفة التي يحتج بها في مواجهة الغير. إذ أن المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب تنص: " لا يلغى السر المهني

(3)- د. على حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 170/171.

(1)- ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 12.

بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق". وبذلك يبقى الالتزام بالسّر الطبي حتى في حالة وفاة المريض إلا من أجل إحقاق حقوق. أي لا مجال لإفشاء السّر الطبي لأنه جاء كمبدأ عام، ويتعين على الطبيب الالتزام به والحفاظ عليه، ونفس الالتزام يقع على الورثة، وهذا احتراماً لذاكرة المريض المتوفى. ولكن هذا لا يعني بقاء الالتزام مطلقاً، بل ترد عليه استثناءات إذا وجدت مصلحة تبرر ذلك.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات، يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة "الأشخاص المؤتمنين"، مما يوحي أن الأمر يتعلق بالأمانة. المادة 1/376 من قانون العقوبات⁽²⁾.

ولكن السؤال الذي يمكن طرحه هل نحن بصدد خيانة الأمانة بمفهوم المادة 376 من قانون العقوبات عندما يقدم الطبيب على البوح بأسرار المريض للغير؟ مما لا شك فيه أنه لا يمكن تصور ذلك بأي حال من الأحوال لأن الأمر يتعلق بمسألة حساسة تخص السّر الطبي وواجب الحفاظ عليه. وفي حالة إفشائه للغير لا يمكن أن يوصف الطبيب الذي ارتكب فعل الإفشاء بأنه ارتكب جريمة خيانة الأمانة⁽¹⁾، لأن العقد الطبي يعتبر عقداً قائماً بذاته، وهو من العقود غير المسماة، ومن ثم لا يمكن الوصف ما يقدم عليه الطبيب من إفشاء السّر الطبي بخيانة الأمانة بمفهوم قانون العقوبات.

على أنه بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد أخذ بنظرية نسبية الالتزام بالسّر المهني على أساس أن إرادة الأطراف هي التي تحدد وجود السّر الطبي ونطاقه. وبالتالي لا يمكن أن يكون الالتزام بالسّر المهني مطلقاً، إذ يمكن للطبيب أن يفشي السّر في حالات معينة، إذا كان ذلك سوف يحقق مصلحة المريض والمصلحة العامة⁽²⁾.

(2) - المادة 1/376 من قانون العقوبات التي تنص: " كل من اختلس أو بدد سوء نية أوراق تجارية أو نقود أو بضائع أو أوراق مالية أو مخالفات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاماً أو إبراء تكون قد سلمت إليه على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضراراً بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج ".

1) - Cass civ, 13/07/1937, GP – 1937 – 1- 15.

(2) - د. عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسّر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 378.

ففي حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 13/07/1937⁽³⁾ ، والذي كان يتعلق بمعرفة هل يقبل من الطبيب المعالج أداء الشهادة بشأن واقعة سقوط شاب في مقر عمله، خاصة وأن القانون لا يعطي الحق في المعاش للشخص في حوادث العمل إلا إذا كان المرض ناجما عن حادث عمل. وفي هذه الدعوى كان يتعين الأخذ بشهادة الطبيب المعالج لأن الاستجابة إلى طلب منحه معاش يتوقف على تدخله وأداء شهادته أمام القضاء، وإلا سيتم رفض طلبه وترفض دعواه. فقبلت المحكمة شهادة الطبيب، واعتبرت أن تقديم تلك الشهادة وإفادة القضاء بالمعلومات المطلوبة لا يعد خروجاً عن مبدأ الالتزام بالسر المهني.

وفي حكم آخر صادر بتاريخ 01/03/1972⁽⁴⁾، قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن التمسك بفكرة السر الطبي في مواجهة المريض صاحب الشأن، لأن هذا الالتزام مقرر لمصلحته. وبالتالي ينبغي الاستجابة إلى طلب المريض وتمكين الخبير القضائي من الإطلاع على الشهادات الطبية المودعة لدى هيئة الضمان الاجتماعي، ما دامت هذه الشهادات الطبية هي التي تمكن الخبير من القول ما إذا كانت العاهة التي أصابت المريض يرجع سببها إلى حادث أم أن السبب يعود إلى مرض أصابه من قبل، ولا علاقة له بالحادث.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد أخذ بنظرية نسبية السر الطبي، واعتبر أن مبدأ الالتزام بالسر الطبي ترد عليه استثناءات توجبها دواعي التطبيق العملي⁽¹⁾. ويظهر أن محكمة النقض الفرنسية لم تستقر في أحكامها على مبدأ محدد، مما يدعو إلى القول بواجب التوفيق بين الأمرين حفاظاً على مودع السر المؤمن عليه مع الأخذ بعين الاعتبار أن العقد الذي يربط الطبيب بالمريض هو من طبيعة خاصة وله أحكام متميزة عن باقي العقود .

لقد تدخل المشرع لحماية العقد الطبي جزئياً. ويظهر هذا على وجه التحديد بالنسبة لجنحة إفشاء السر الطبي. ويعاقب أيضاً الأطباء الذين يسلمون للغير شهادات طبية يمكن استخدامها ضد الأشخاص أو

3)- Cass civ, 13/07/1936- JCP – 11-08.

4)- Cass social, 01/03/1972, JCP. IV-1998.

1)- A. DEMICHEL, Droit médical , Levraut, 1983, p 138.

المرضى الذين منحوهم ثقتهم وقبلوا أن يعالجوا من طرفهم. على أن الحكمة الأساسية من سن النصوص القانونية هي تحقيق مصالح، سواء كانت فردية أو اجتماعية. فمصلحة المريض هي أن يجد طبيبا يصارحه بعلمه ومرضه ويكون كئوسا لسره حتى يجد له دواء. وغنى عن القول أن المصلحة الاجتماعية تتحقق هي كذلك متى كان المجتمع خاليا من العلل والأمراض.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للالتزام بالسفر الطبي

انقسم الفقه بشأن تحديد الأساس القانوني للالتزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني إلى رأيين. ففي حين يعتمد الرأي الأول على فكرة العقد المبرم بين الطبيب والمريض دون النظر إلى طبيعة العقد وشكله ومضمونه، سواء كان صريحا أو ضمنيا، مكتوبا أو شفويا. يعتبر الرأي الثاني أن الأساس القانوني للالتزام بالسفر الطبي يجد مبرراته في النصوص القانونية التي توحى على الطبيب بعدم الإخلال بالتزاماته المهنية، ومنها الحفاظ على السر الطبي. ويظهر أن هذين الرأيين يتأرجحان بين فكرة المصلحة الخاصة تارة، والمصلحة العامة تارة أخرى⁽¹⁾.

ندرس في الفرع الأول العقد كأساس للالتزام بالسفر الطبي، ونخصص الفرع الثاني لفكرة النظام العام كأساس لهذا الالتزام، وفي الفرع الثالث نبين التوفيق بين فكرة العقد والنظام العام كأساس للالتزام بالسفر الطبي.

الفرع الأول: العقد كأساس للالتزام بالسفر الطبي

إذا كان الفقهاء قد اختلفوا بشأن تحديد أساس الالتزام بالسفر الطبي، فإن جانبا منهم يرى أنه يوجد عقد بين الطبيب والمريض يتولد عن تراضى الطرفين، مفاده أن يتلقى الطبيب أسرار المريض ويعمل على

(1) - د. على حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 251.

رعاية مصالحه، ويقدم له يد العون والمساعدة، كل ذلك مقابل أجرة. وبالتالي توجد التزامات متبادلة بين مودع السر والمؤتمن عليه، والطبيب يلتزم بحفظ هذه الأسرار وصونها.

إن الالتزام بالسر الطبي قائم، سواء تم النص عليه في العقد بصريح العبارة أو لم ينص عليه، لأن محتوى العقد أوسع مما ينطبق عليه. فهو يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام⁽²⁾. وأهم نتيجة تترتب على الأخذ بهذا الرأي هي أن الالتزام بالسر الطبي يعد التزاما نسبيا بالكتمان لا مطلقا، لأن رضا صاحب السر بالإفشاء يعد سببا لإباحة الإفشاء، يستطيع إعفاء الطبيب منه أو إسقاطه عنه. وله الحق في إعطائه الحرية الكاملة في إثباته، مما يترتب عن ذلك عدم جواز احتجاج الطبيب بهذا الالتزام أمام المحكمة⁽³⁾.

فأساس الالتزام بالسرية هو الاتفاق بين المريض والطبيب سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا فأراء الطرفين هي التي توجد السر الطبي⁽¹⁾.

إن هذا الرأي على اعتمده على تفسير نسبية السر فالعميل يبقى سيد سره فيستطيع إعفاء الأمين من الالتزام به في أي وقت ، ثم إن تحديد مسؤولية من يفشي السر على أساس العقد تسمح بتقدير الضرر الذي يلحق بالعميل من جراء الإفشاء وتقرير التعويض المناسب استنادا إلى العقد ، كما أنها تغني عن ضرورة وضع تعريف قانوني للالتزام بالسر المهني ، وقد استند البعض في فرنسا على هذا الرأي لتفسير شرعية تسليم الشهادات الطبية إلى غير المريض ، وتبرير الخروج عن الالتزام المطلق بالسر المهني.

و باعتبار أن السر المهني حسب أنصار هذا الرأي يتولد عن عقد بين مودع السر والمؤتمن عليه ، يقبل المهني بمقتضاه تلقي أسرار مودع السر وحفظها مصونة لديه ولكنهم اختلفوا حول طبيعة هذا العقد

(2)- المادة 107 من القانون المدني الجزائري. وتقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي.

(3)- د. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 255.

(1)- د. عبد الباقي محمود سوادي ، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999 ، ص 201. " فالشخص الذي يطلع المحامي على أسرار له يحصل على استشارته أو ليكلفه بالدفاع عنه في قضية ما ويكون للمحامي الخيار بعد الاطلاع على القضية قبولها أو رفضها وبذلك يكون اطلاع المحامي على السر قد قام على أساس التراضي بين الطرفين".

فهناك من قال انه عقد وديعة ومن قال انه عقد وكالة ، وآخرون قالوا إنه عقد مقاوله وأخيرا وليس أخير قالوا إنه عقد غير مسمى ، وقد سبق شرح ذلك .

على أن نظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي لم تلق صدى بسبب سهام النقد التي وجهت إليها. والثابت أنه لا يمكن وصف هذا العقد بأنه عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد مقاوله أو عقد عمل، فهو عقد ذو طبيعة خاصة يتميز بها عن باقي العقود، وله بالتالي أحكاما خاصة يتميز بها.

ثم أن النقد الذي وجه بهذا الرأي الذي يعتبر العقد أساس الالتزام بالسر الطبي، وأنه لأول مرة أبتكر مصطلح جديد في القانون وهو النظام العام الثانوي، إذ أن ما هو معروف عند الفقهاء هو النظام العام الذي يقصد به تلك الأسس القانونية والاجتماعية والاقتصادية والخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع⁽¹⁾.

إن نفس الانتقادات التي وجهت لأصحاب نظرية عقد الوديعة تصلح كانتقادات لهذا الرأي، لاسيما واجب توفر الرضا وتبادلته بين صاحب المهنة والعميل. ويظهر ذلك في حالة ما إذا كان المريض مجنونا أو فاقد الوعي، إذ لا يتصور وجود الرضا لديه في مثل هذه الحالات. فضلا عن أن المصلحة الشخصية أو الخاصة لصاحب السر لا تعتبر المبرر الوحيد لتقرير واجب الالتزام بالسر الطبي⁽²⁾.

الفرع الثاني: النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي

أمام الانتقادات التي وجهت لنظرية العقد كأساس للالتزام بالسر الطبي، اتجه رأي آخر في فرنسا إلى فكرة النظام العام، والتي تستخلص من النصوص القانونية، ويبررون رأيهم على أساس أن العميل نتيجة ثقته المطلقة في من يعالجه ، يقوم بإيداع أسرار الشخص لعلها تفيد في العلاج . والنظام العام ممثلا في المصلحة العامة بمقتضى من الطبيب المحافظة على هذه الثقة بصفة مطلقة وانطلاقا من هذه المصلحة العامة

(1)- ماروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 10.

(2)- د. سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 107.

يلتزم الطبيب بالمحافظة على السر المهني الطبي وأي إفشاء له يمثل اعتداء على المجتمع كله وإهدار للثقة التي يحظى بها الطبيب ويعد خرقاً لأصول مهنته يستوجب العقاب (3).

و فكرة النظام العام لم تكن معروفة في القانون الفرنسي القديم ، إلا أن القضاء الفرنسي طبقها بالنسبة للسر المهني ، وبلغ بها مرحلة السر المطبق ، أي انه في كل مرة تعلق فيها السر المهني الطبي بالنظام العام اعتبر سرا مطلقاً (1).

وعلى هذا الأساس فإن التزام الطبيب بعدم جواز إفشاء أي سر من أسرار المريض، قوامه ذلك التعارض بين البوح بالسر من جهة وحماية المصالح العامة للمجتمع من جهة أخرى . ويبرر هذا الرأي نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تقابلها المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري، حيث فرض المشرع فرض عقوبة الحبس والغرامة كلما أذيع سر من طرف مهني، لأن هذا الإفشاء يعرض المصلحة الاجتماعية للمجتمع للاعتداء (2).

على أن تحقيق المصلحة العامة تستدعي أن يجد المريض طبيباً آمناً يودع لديه أسراراًه. فلولا التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي لامتنع المريض من طلب العلاج خشية من إفشاء سره، والإضرار بسمعته وكرامته ووضع العراقيل أمامه في مستقبله، وما يترتب عنه في نهاية المطاف من إلحاق الأضرار بالمجتمع بطريقة غير مباشرة، لأن المصلحة الاجتماعية تتحقق عندما يكون المجتمع خالياً من العلل والأمراض. على أن مسألة التوافق لا نجدها بالنسبة لبعض الحالات مثل الجنون أو المغمى عليه، لأن الأساس في هذه الحالات يتخلف فيها عنصر الرضا المتبادل الذي لا يمكن تصوره.

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الرأي، وقررت أن واجب الحفاظ على السر المهني يعتبر واجباً عاماً (3). وقد أيد القضاء الفرنسي لحقبة من الزمن هذا الرأي وذلك بفرض على الأطباء واجب

(3)- د . محمد وحيد محمد محمد علي ، المسؤولية المدنية للصيدلي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، مصر ، ص 169 .

1)-M.Harichaux, Ramu, Juris. Classeur, civ. art 1382 à 1386, Santé , P23.

2)- A DEMICHEL, Droit médical ... , op. cit, p 130.

3)-Tribunal correct, Paris, 19-03-1974, JCP, 1974, 1, 377.

المحافظة على السر، وجعله واجبا عاما ومطلقا، ولا يجوز لأي شخص إعفائه منه، كما قرر أن الالتزام بالسر الطبي يظل قائما بالنسبة للأموات كالأحياء (1).

غير أن هذه النظرية بدورها تعرضت للنقد على أساس أن أنصار هذا الرأي يجيزون قبول فكرة الرخصة لمعرفة صاحب السر بأن يبوح به ويعلنه للكافة، علما أن هذه الرخصة لا تفسر لها ولا مبرر إلا بإعمال فكرة المصلحة الخاصة. ويعتبر أنصار هذا الرأي أن التزام المهني بالحفاظ على السر المهني هو التزام بامتناع عن عمل. ولكن لو كان الأمر كذلك وسليما من الناحية القانونية، فإن الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام، وهو وفقا للمادة 1143 من القانون المدني الفرنسي والذي تقابله المادة 173 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، ليس مجرد التعويض بل إزالة الضرر ذاته، وهي نتيجة يستحيل تجسيدها في الواقع.

ويلاحظ أن المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم خصت بالذكر طائفة الأطباء، مما يوحي أن المشرع لم يقصد إفشاء التزام قانوني عام. فلو كان هدفه كذلك لعدد أصحاب المهن الأخرى كما فعل مع الأطباء.

لكن إن كانت نظرية النظام العام قريبة من الصواب لأنها تقوم على احترام السر الطبي، إلا أنها مع ذلك، تعرضت للنقد، خاصة أن أنصار هذه النظرية لم يحددوا مفهوم النظام العام الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان، ويتطور مفهومه حسب التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية. فدائرة النظام العام تضيق في المجتمعات ذات النزعة الفردية التي تعتمد على حرية الإرادة وتتسع في المجتمعات الاشتراكية نتيجة تدخل الدولة في كافة مجالات الحياة (1).

(1) - إدوارد غالي الذهبي، تعليقات على الأحكام الفرنسية في المواد الجنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 1، س 12، 1968، ص 136.

(2) - تنص المادة 173 من القانون المدني: " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل عن هذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ووقع مخالفا للالتزام ويمكن أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين " .

(1) - شبل صابر مهنا، مدى الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1984، ص 15.

إن جعل النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي يؤدي إلى إعطاء الأولوية في الكتمان على الالتزام به، مما يفيد الطبيب ويقوي فرصة الإفلات من المسؤولية الجزائية، ومن ثم تخرج هذه النظرية عن الهدف الذي تقرر من أجله حماية السر أي حماية المصلحة العامة (2) .

وتتناقض هذه النظرية مع نفسها، إذ من جهة تخول للمريض الحق في الإفشاء الكامل عن السر، وتفرض على الطبيب واجل الكتمان المطلق، مع وجود بعض القيود فيما يخص الأمراض المعدية والإبلاغ عن الجرائم وأداء الشهادة أمام القضاء.

أمام هذه الانتقادات، كان من اللائق الأخذ بنظرية نسبية السر المهني، بحيث يجوز للطبيب أن يرد عن الاتهامات الموجهة إليه دون التقيد بالسر المطلق .

الفرع الثالث: التوفيق بين فكرة العقد وفكرة النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي

أمام الانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين ، حاول جانب آخر من الفقه التوفيق بين فكرتي العقد والنظام العام. فيرى هذا الجانب أن الالتزام بالمحافظة على السر المهني ذات طابع مزدوج (3) . ففي جانب منه نجد عقد غير مسمى بين مودع السر والمؤتمن عليه مع إثبات تعلق هذا العقد بالنظام العام كسائر العقود الواردة في القانون المدني ، غير أن المشرع رأى ضرورة حاجة المجتمع الضرورية لحماية هذا العقد وما قد يترتب عن خلق الالتزامات الناشئة عنه كإهدار للثقة التي يوليها أفراد المجتمع لأرباب المهن. ووسيلة المشرع هي العقوبة الجزائية عند مخالفة هذا الالتزام العقدي بالإضافة إلى العقوبة المدنية المترتبة على الخروج عليها والجزاء التأديبي.

(2) - سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1980، ص 15.

(3) - د. محمد وحيد محمد محمد علي ، المسؤولية المدنية للصيدلي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس، مصر ، 1993 ، ص 170.

فالالتزام بالسّر المهني يقوم على عقد يعاقب القانون الجنائي على مخالفته بسبب طبيعته النسبية

المتعلقة بالنظام العام⁽¹⁾.

و من ثم يترتب على ذلك انه لا يجوز للأطباء أن يسلموا للغير شهادة طبية يمكن أن تستخدم ضد

الأشخاص المرضى الذين خولوهم تقّتهم وارتضوا العناية بهم⁽²⁾. و ثم ذهب الفقيه R.SAVATIER إلى أنه

يوجد وجهان مختلفان للسّر المهني هما:

- سر تعاقدى ينشأ نتيجة للعلاقة المباشرة بين الطبيب والمريض ، وأساس الاتفاق بينهما.

- سر غي تعاقدى يكون الطبيب بمقتضاه ملزماً بكتمان كل ما يعلمه خارج الاتفاق الطبي.

فالرأي السائد إن الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بحفظ السّر الطبي هو العقد والقانون⁽³⁾ ففي العقد

الطبي الذي يبرمه المريض مع الطبيب الذي يختاره ويفضي إليه بسره ، فهنا الالتزام بحفظ السّر ينشأ مع

العقد وهو مرتبط به ، أما إذا لم يكن هناك عقد ، كما لو كلف الطبيب بالكشف على مريض لا يعرفه ، أو

دعي لمعالجة ناقص الأهلية أو عديمها ورأى أو سمع ما يوجب الكتمان فإن الالتزام هنا ينشأ من مبدأ احترام

الشخصية الإنسانية والتقيّد بهذا المبدأ هو من النظام العام⁽⁴⁾ .

إذن يعدّ التزام الطبيب بالحفاظ على السّر الطبي التزاماً عقدياً إذا كان هناك عقد يربطه بمريضه أي

كان طبيعة هذا العقد وشكله صريحاً أو ضمناً ، مكتوباً أو شفهيّاً.

وإذا لم يكن هناك عقد يربط الطبيب بمريضه لسبب أو لآخر بما في ذلك حالات انعدام الأهلية أو

ناقصيتها وحالات الضرورة والاستعجال ، فالطبيب في هذه الحالة يسأل عن إفشاء أسرار المريض على

(1)- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله ، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1974 ، ص 316 .

(2)- R.SAVATIER, J.M.AUBY , J. SAVATIER, et HENRI PEQUIGNOT : Traité de droit médical, Librairie technique, Paris, 1956, p 275.

(3)- سمير أورفلي ، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون السورية ، العدد الحادي عشر ، اليوبيل الذهبي 1985 ، ص 1340 .

4)- R.SAVATIER, J.M.AUBY , J. SAVATIER, et HENRI PEQUIGNOT : Traité de droit médical, Librairie technique , Paris, 1956. p 276.

أساس قواعد المسؤولية التقصيرية ، فإذا أفشى أسرار مريضه فهو يمثل انحرافا عن مسلك الطبيب العادي لكن هذا لا يحول دون حل الطبيب من التزامه من السر الطبي سواء من قبل المريض أو مراعاة اجتماعية أولى بالرعاية⁽¹⁾. وهناك رأي آخر يرى أن أساس الالتزام بالسر الطبي هي المصلحة الاجتماعية، ولكن هذا ليس باعتبار السر المهني سرا مطلقا يتطلب دائما الصمت مهما كانت النتائج لكنه سر نسبي يقوم على نظام عام نسبي⁽²⁾ .

وعلىنا أن لا نهمل الجانب الخلقى للمهنة ، والذي كان أساس الالتزام بالسر الطبي قبل أن ينص عليه القانون. وإذا كانت حماية القانون للسر الطبي تستند إلى مصلحة اعترف بها القانون في كتمانها ، فإنه إذا وجدت مصلحة أعلى منها في إفشائه ، يعترف بها القانون ويقوم على أساس من هذه المصلحة لسبب إباحة يضيف على فعل الإفشاء صفة المشروعية فإذا كانت المصلحة الاجتماعية هي التي فرضت على الأطباء واجب الكتمان فهي بذاتها التي تفرض عليها واجب الإفشاء .

فعند الموازنة بين مختلف المصالح الاجتماعية نجد أن هناك مصلحة عليا أجدد بالحماية والرعاية من المصلحة المحمية بالكتمان وتسمو عليها ، كالإبلاغ عن الأمراض المعدية والوبائية والجرائم⁽¹⁾.

إن الهدف من حماية السر الطبي هو الحفاظ على المصلحة العامة ، بحي لا يتردد المرضى في اللجوء إلى الأطباء خوفا على أسرارهم . فهي ترسي نوعا من الثقة بين المريض وطيبه ، كما أن حفظ سر المريض إذا كان يحقق صالحه الخاص بطريق مباشر فهو يحقق الصالح العام بطريق غير مباشر . وهذا ما

(1) - د. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 254 .
(2) - إن نظرية النظام العام ترى في المصلحة الاجتماعية أساس للسر المهني وتحقق احتراما أكيدا للسر المهني وتؤكد رغبة المشرع المنصوص عليها في قانون العقوبات في حماية الثقة المفترضة ، لكن هذا دون التشدد في المفهوم المطلق في السر المهني فالالتزام بالسر وفقا 301 ق ع القائم على المصلحة اجتماعية قد يزول أمام مصلحة اجتماعية أعلى منها ، والسؤال المطروح من الذي يحدد أن هذه المصلحة أولى من تلك ، هل الطبيب أم المريض ، وأمر المفاضلة بين المصالح المتعارضة بين الكتمان والإفشاء يعود للمشرع وإذا لم يوجد نص قانوني لحل هذا التنازع يكون متروكا للقاضي وهذا ما يبرر الحديث عن النظام العام النسبي .

(1) - د. أسامة محمد فايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، عمان، 1987 ، ص 22.

يبرر سيادة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وهذه الأخيرة يمكن أن تراعي على أن لا يكون في ذلك مساس بالمصلحة العامة.

المبحث الثاني

أسباب إباحة إفشاء السر الطبي

الأصل هو أن يلتزم الأطباء بالحفاظ على السر المهني، لأن ذلك يهدف إلى زرع الطمأنينة والثقة عند المرضى، ويحثهم على زيارة الأطباء في عيادتهم والبوح والإفشاء لهم بما يعانون منه وما يشعرون به. لأن المجتمع الحر هو الذي يؤمن لأفراده الأمن على نسبهم وشرفهم وعرضهم وأسرارهم، ويتجرد من الخوف عن طريق الإفشاء بأسراره عن طريق الإفشاء إما كتابة أو شفاهة أو بالإشارة المفهومة (2).

على أنه ليس من حق الطبيب أن يكشف للغير نتائج الفحص الطبي والعلاج، لأن ذلك يعتبر سرا لا يمكن للطبيب أن يتحلل من المسؤولية التي تترتب عن إفشاء السر كليا أو جزئيا أو البوح بواقعة مادية على أساس أنه لا يصيب المريض بضرر. فإذا أخبر الطبيب بدخول مريضة معينة إلى مصلحة الولادات بالمستشفى كان ذلك إفشاء للسر. ولا يشترط أن يكون الإفشاء للكافة وبصورة علنية، بل يكفي أن يكون لشخص واحد دون الاعتداد بعلاقته أو قرابته لصاحب المهنة. فالطبيب الذي يفضي لزوجته سرا من أسرار المريض يعد مفشيا. والقابلة التي تفشي سرا من أسرار مهنتها إلى زوجها أو أحد أفراد عائلتها تعد مفشية للسر المهني (1).

(2) - يقصد به نشر أسماء المرضى في المقالات والكتب العلمية ونشر صورهم والتعليق عليها في الجرائد اليومية والصحف.

(1) - المحامي الذي يفشي سر موكله يعتبر مفشيا لأن احترام السر المهني يعتبر واجبا بالنسبة للمحامي .

ولا يجوز إباحة إفشاء السر الطبي من طبيب إلى طبيب آخر غير مكلف بعلاج هذا المريض على أساس أن هذا الأخير لم يؤتمن على سره إلا الطبيب الذي أختاره لذلك (2).

أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما بتاريخ 13/07/1936 يعتبر أن الحفاظ على السر مقرر لتفادي ولوج الغير في الحياة الخاصة للآخرين (3).

ولكن هناك حالات لا يلتزم فيها صاحب المهنة بكتمان سر، بل يستوجب عليه الإفشاء به. وهذا يعد استثناء على القاعدة العامة. ويمكن أن ترجع هذه الحالات إلى ما يتعلق بالإفشاء الوجوبي، وذلك بموجب نص قانوني صريح، أو إلى ما يتعلق بالإفشاء الجوازي. والمعيار الذي يمكن الاعتماد عليه في هذا الصدد هو رجحان المصلحة في الإفشاء على المصلحة في الكتمان. فإذا كان الأمر يتعلق بحماية مصلحة أو حق، فإنه من اللائق حماية ورعاية المصلحة في الكتمان، لأنها أهم اجتماعيا من الحق في الإفشاء. أما إذ كان الكتمان يحمي حقا شخصيا والإفشاء يحمي حقا عاما للمجتمع بأكمله، فمن الأجدر حماية المريض.

لقد نص المشرع الجزائري على أحوال إباحة الأسرار إذا جاء في المادة 301 فقرة 01 " ... يعاقب في غير الحالات التي يوجب عليه فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك " .

و يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يضع نصا يجمع فيه الحالات التي يباح فيها للأمين بإفشاء السر ، إلا أن القوانين المكتملة له ونقصد بها قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب أشارت إلى العديد من هذه الحالات وربطتها بالسلطة التقديرية للمريض والطبيب

(2) - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي المنصوص عليها على ضوء الفقه والقضاء، 2003، ص 109.
3) - Cass. Civ, 13/07/1936- G 201- 1938 .

المطلب الأول

الأسباب الوجوبية لإباحة إفشاء السر الطبي

إن قيام سبب الإباحة يعطل مؤقتا نص التجريم، أي يمحي عن الفعل في الظروف التي وقع فيها صفة الجريمة⁽¹⁾. وقد انعقد الإجماع على أن جميع أسباب الإباحة تسري على أسباب إفشاء الأسرار. تفرض المصلحة العليا ألا يكون الإفشاء بالسر الطبي سوى لمسألة لازمة وضرورية، وذلك من أجل حماية المجتمع والحفاظ على كيانه ووحدته. فالمشرع يقرر ضرورة الإفشاء بالسر الطبي بمقتضى نص صريح، كما هو الحال بالنسبة للإبلاغ عن الأمراض المعدية والجرائم والتبليغ عن المواليد والوفيات والتبليغ عن سوء معاملة القصر. ففي هذه الحالات يسمح القانون بوقف الالتزام بالكتمان، بل يفرض الإفشاء بالسر الطبي.

الفرع الأول : حالات الإبلاغ عن الجريمة وسوء معاملة القصر والسجناء

بعد أن نصت المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الأولى، على الأشخاص المؤتمنين على أسرار الغير بمقتضى وظائفهم، أورد المشرع استثناء على هذا الالتزام بالسر بقوله: "وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك". ومن هذه الفقرة يستنتج أن هناك حالات يعفي فيها المشرع الأمانة من الالتزام بالسر وهي التي يكون فيها ملزمين بالتبليغ عن الجريمة .

فما هو المقصود من ذلك هل يراد به التبليغ عن جريمة وقعت فعلا أم عن الجرائم المزمع ارتكابها ؟

قد يطلع الطبيب بحكم عمله على إحدى الجرائم الواقعة على امن الدولة، فعلى الطبيب أن يقوم

بإبلاغ السلطات المختصة⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه المادة 66 من قانون العقوبات الجزائري .

(1) - سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، مرجع سابق، ص 455.

1) - M.M. HANOUZ A.R HAKEM, Précis du droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, OPU, Alger, 1992, p 112.

و يتضح من نص هذه المادة أن واجب الإفشاء يقع على الأطباء وغيرهم من المواطنين سواء بسواء ، إلا أن وصول هذه المعلومات إلى الطبيب أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها تجعله في موقف حرج فهو من جهة ملزم بكتمان أسرار مرضاه، ومن جهة أخرى يتوجب عليه إعلام السلطات بالجنيات الواقعة على امن الدولة ، فهذا ما يدعوا إلى تنازع الالتزام بالسر المنصوص عليه في المادة 301 من قانون العقوبات من قبل الأشخاص المؤتمنين بحكم المهنة أو الوظيفة على أسرار الغير مع واجب الإبلاغ.

و بالرجوع إلى نص المادة 181 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على : " في ما عدى الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 1000 دينار إلى 10 000 دينار جزائري ، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فوراً".

و الفقرة الأولى من نص المادة 91 من قانون العقوبات تنص على حالة عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة.

و من خلال هاتين المادتين ، يستنتج أن المشرع الجزائري لم يلزم الأطباء باعتبارهم ملزمين بالسر المهني بالإبلاغ عن الجرائم سواء تلك التي هي في طور الإعداد أو تلك التي تم تنفيذها وعلموا بها ، وهذا بالاستناد إلى العبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 91 من قانون العقوبات، وهي مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سر المهنة.

إلا أنه من جانب آخر ، يمكن القول أن هذا التحفظ لا يعفي الطبيب من الالتزام بالتبليغ المنصوص عليه من المادة 181 من قانون العقوبات ، وهذا تحقيقا للغاية التي أرادها المشرع وهي الدفاع عن كيان المجتمع وذلك بتجنب ارتكاب جرائم تهدد كيانه وتصيب أفراده بأذى لا يمكن تداركه لولا وجود واجب الإبلاغ .

هذا مع الإشارة إلى أن قانون الإجراءات الجزائية فرض في المادة 32 منه على كل موظف عمومي يكتشف أو يعلم بأن هناك جريمة قد ارتكبت أثناء ممارسته لمهامه بأن يبلغ فوراً دون تأخير النيابة وأن يسلم لها كل المحاضر والأدلة المتعلقة بها ، وهذا رغم الالتزام الذي فرضه عليه القانون بكتمان السر المهني. في حين أنه نص على حالة الإبلاغ عن جريمة الإجهاض سواء علم بها الطبيب بمناسبة أدائه لمهامه أو علم بها بواسطة الغير ، وهذا ما نصت عليه المادة 301 / 2 من قانون العقوبات : " ... ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيّنون أعلاه ، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة مهنتهم ، بالعقوبة المنصوص علي في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها . فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض فيجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيّد بالسر المهني".

فهنا نجد أن المشرع أعفى الطبيب من الالتزام بالسر الطبي في حالة علمه بحالة إجهاض. فللطبيب أن يفشي السر إذا جاء رجل يسترشد في إسقاط حمل ويطلب منه المساعدة في ذلك فمن واجب الطبيب أن يسعى إلى منعه ولو أدى ذلك إلى إفشاء السر بالتبليغ عنه إلى الجهة الرسمية ، وإذا جرى التبليغ لغير هذه الجهة يعتبر إفشاء للسر (1) .

كما نصت المادة 12 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على : " لا يمكن الطبيب أو جراح أسنان، المدعو لفحص سليب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك بمجرد حضوره ، وإن لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو سوء المعاملة ، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة مهما تكن الحجج، وهذا في كل الحالات والظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح،

(1) - سمير أورفلي ، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون السورية ، العدد الحادي عشر ، اليوبيل الذهبي 1985 ، ص 1344.

ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء هذا".

و يستخلص من هذه المادة أنه إذا كانت الجريمة قد ارتكبت ضد العميل وجب على الطبيب أن يبلغ عنها. فما دام الالتزام بسر المهنة قد وضع لمصلحة المريض فإنه يتعين على الطبيب أن يكشف عن الجرائم التي ترتكب ضد المريض نفسه .

و قد نصت المادة 54 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على : " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر ، أو بشخص معوق ، إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان ، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة".

فإذا كانت الجريمة قد ارتكبت فعلا ، فإن غالبية الشراح اتفقوا على أن الأصل هو حظر إفشاء السر حتى ولو كان الإفشاء بالتبليغ عن جريمة وقعت بالفعل⁽¹⁾ .

أما إذا كان ما وصل إلى علم الطبيب هو قصد أو نية ارتكاب الجريمة فإن على الطبيب أن يبلغ السلطات حتى يمكنها من اتخاذ الإجراءات لمنع وقوعها. ولا يحول بين الطبيب ووفائه بهذا الالتزام احتجاجه بالحفاظ على السر الطبي⁽²⁾ . إلا أن الدكتور محمود مصطفى انتقد هذا الرأي ويرى انه على الطبيب أن يبلغ عن الجريمة إذا تمت واكتشفها أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته دون أن يكون ملزما بالتبليغ إذا كان لدى المجرم مجرد عزم على ارتكابها⁽³⁾.

و في فرنسا استقر الرأي على جواز الإبلاغ منعا للجريمة من الوقوع ، فلكي يستطيع الطبيب التبليغ يجب أن لا تكون الجريمة قد تمت نهائيا ، وهو الشرط الوحيد فإذا كان الشخص الذي يعالجه الطبيب قد

(1) - د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، مصر ، ص 258 و259.

(2) - د. محمود مصطفى ، مدى شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة القاهرة، 1975 ، ص 429.

(3) - د. محمود مصطفى ، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول ، السنة الحادي عشر ، مكتبة فتح الله ، مصر ، 1941 ، ص 678.

أصيب بطلق ناربي أثناء ارتكابه للجريمة فعلى الطبيب أن يلتزم الصمت ، لأنه إن أبلغ السلطات يكون قد أفشى سر مريضه⁽¹⁾.

فقد يكتشف الطبيب خيوط جريمة تحاك ، فهنا يجب عليه التبليغ ولا يجوز أن يتقيد بالسر الطبي لترتكب الجريمة دون أن يقدم للعدالة ما يساعد على منع تنفيذها وإن لم يبلغ الجهات المختصة أعتبر متسترا على الجريمة ومساعداً للمجرم فيقع تحت طائلة المسؤولية والعقوبة⁽²⁾.

أما بخصوص سوء معاملة القصر والسجناء فإن المادة 12 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب نصت على : " لا يمكن الطبيب أو جراح أسنان، المدعو لفحص سليب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك بمجرد حضوره ، وإذ لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو سوء المعاملة ، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك ، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة مهما تكن الحجج، وهذا في كل الحالات والظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح، ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهينة مهما يكن الغرض من وراء هذا".

و بذلك فإن المادة جاءت شاملة فيما يخص مسألة معالجة القصر وكذا الأشخاص سلبية الحرية ، فلا يجوز للطبيب أن يتذرع بأي سبب من الأسباب إذا بمجرد أن يلاحظ سوء المعاملة مهما كانت على القصر أو السجناء يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك عن طريق مراسلة وكيل الجمهورية المختص أو قاضي الأحداث بهذا الأمر.

إن النص القانوني هو الذي يجيز للطبيب التبليغ عن الجريمة التي تمس القصر والأشخاص سلبية الحرية ، نظرا لكون هذه الأفعال تمثل خطرا عاما يلحق بالمجتمع وهو ما يمس بالنظام العام وهو ما دفع

(1)- د. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 226.

(2)- أسامة إبراهيم على التايه : مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ، كانون الأول 1994 ، ص 74 .

المشرع الجزائري إلى سن نصوص قانونية تعفي الطبيب من الالتزام بالحفاظ على السر المهني إذا تعارض مع الإبلاغ عن الجريمة وسوء معاملة القصر والسجناء ، إذ يرجح في هذه الحالات حق الإفضاء عن الكتمان لأن في ذلك مصلحة للمجتمع.

الفرع الثاني : التبليغ عن الأمراض المعدية

تنص المادة 54 من قانون حماية الصحة وترقيتها : " يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية ".
من خلال هذا النص يتضح أنه يقع على الأطباء واجب إخبار المصالح الصحية بكل مرض معد، سواء كان المريض هو الذي أفضى بالمرض ، أو تم تشخيصه من طرفهم وعابنوا وجوده. وأنه يترتب عن إخلالهم بهذا الالتزام، أي عن عدم تبليغهم بالمرض المعدي للجهات الصحية المعنية، تعرضهم للمساءلة الجزائية، وبالتالي تسليط عليهم عقوبات جزائية، بالإضافة إلى العقوبات التأديبية.

ونصت المادة 53 في فقرتها الثانية على ما يلي: " تحدد قائمة للأمراض المعدية عن طريق التنظيم".
فالمشرع حدد على سبيل الحصر الأمراض المعدية التي يجب على الطبيب الإبلاغ عنها، وإلا أعتبر مرتكباً لجريمة عدم الإبلاغ المنصوص عليها في المادة 181 من قانون العقوبات.
فالمشرع هنا رجع المصلحة في الإفشاء لتحقيق هدف اجتماعي يسمو على مصلحة المريض في الكتمان⁽¹⁾.

وفي مجال طب العمل، يجب على طبيب العمل أن يخبر عن بعض الأمراض، مثل التهاب الرئتين. فهو يوجه شهادة إلى الضمان الاجتماعي، وأخرى إلى مفتش العمل المختص إقليمياً، وتسلم نسخة منها

(1)- د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1952، ص 490.

للمعني بالأمر (المريض). وكل مرض يشك طبيب العمل أن مصدره مهني، يجب أن يكون محل تصريح لمفتش العمل⁽²⁾.

لكنه على الطبيب أن يقر إبلاغه على المصالح الصحية المختصة وفقا لنصوص القانون ، فلا يباح له الإفشاء إلى غير تلك الجهات ، وإلا أعتبر مغل بالتزامه بالسري المهني، وعلى الطبيب أن يتحقق من دقة تشخيصه قبل أن يقوم بالإبلاغ فلا يكفي مجرد الاشتباه.

كما تنص المادة 76 من قانون حماية للصحة وترقيتها : " تستهدف الحماية الصحية في وسط العمل رفع مستوى القدرة على العمل والإبداع وضمان تمديد الحياة النشيطة للمواطنين والوقاية من الإصابات المرضية التي يتسبب فيها العمل وتخفيض فرص وقوعها وتقليل حالات العجز والقضاء على العوامل التي تؤثر تأثيرا سينا في صحة المواطن. وتبين بدقة عن طريق التنظيم كيفيات تطبيق هذه المادة."

و تنص المادة 95 من قانون حماية الصحة وترقيتها : " ترقى التربية الصحية في عالم الشغل إلى توفير شروط النظافة والأمن الضرورية للوقاية من الأخطار والأمراض المهنية".

يقع على الطبيب في مجال طب العمل، واجب التصريح بكل الأمراض المهنية التي يطلع عليها بموجب نشاطه الطبي، ويلتزم بتبليغ السلطات الصحية المختصة بها، ومن بيدها وزارة الصحة والسكان. يجب على الطبيب، الذي يشرف على علاج عامل مصاب بجروح، أن يثبت ذلك في التصريح بالحادث الذي يحرره ومكان وقوعه وقته والآثار المترتبة عن الحادث، والذي يرسله إلى مصلحة الضمان الاجتماعي، ويسلم نسخة منه إلى المعني بالأمر (المريض). كما يُطلب من الطبيب إعداد شهادة تفصيلية من جديد في حالة شفاء المريض.

ومع أن الطبيب ملزم قانونا بالحفاظ على السري المهني، فإنه يلتزم بتبليغ السلطات المعنية عن كل الأمراض المعدية التي يطلع ويعلم بها . والمؤكد أنه معاقب عليه، رغم أنه يفرض سرا، مادام التبليغ عن المرض المعدية قد أخبر به إلى الجهة المختصة، وفي حدود الالتزام بالتبليغ⁽¹⁾.

(2)- المادة 54 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وبالرجوع إلى قانون حماية الصحية وترقيتها، ولاسيما المادة 59 منه التي نصت على : " يجب على أي مواطن جزائري يتجه إلى الخارج ويقصد بلدا فيه أحد الأمراض الخاضعة للنظام الصحي الدولي أن يتلقى قيل ذهابه التلقيحات المطلوبة وأن يتزود إن اقتضى الأمر بالعلاج الكيميائي الوقائي الملائم". ومن خلال هذا النص يظهر أن هناك تقارب إلى حد كبير إلى مع ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية التي اهتمت بفكرة الحجر الصحي، فعن عبد الرحمن بن عوف قال سمعت الرسول صلى الله عليه وسلم يقول " إذا كان الوباء بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها فرارا منه وإذا سمعتم به في أرض فلا تقدموا عليها "(2). وأسس الفقهاء هذا الموقف على حجتين، الأولى هي عدم استنشاق الهواء الذي عفن وفسد فيصيب الإنسان، والثانية هي عدم مجاورة المرضى الذين مرضوا بذلك فيتضاعف عليهم العلاج، وهذا من باب الطب (1) .

وبالفعل يبدو أن الشريعة الإسلامية قد تتبأت بما يحدث في الوقت الحاضر، إذ على سبيل المثال مرض أنفلونزا الخنازير (H1N1)، الذي تحول من مرض إلى وباء وتفشى بسرعة مذهلة في جميع أنحاء العالم، وينتقل من شخص إلى آخر رغم المجهودات الطبية المبذولة، ورغم التطور العلمي إلا أن هذا المرض تطور بسرعة.

توجب قواعد الشريعة الإسلامية على كل شخص مصاب بمرض معد أن يتجنب الأصحاء حتى لا تنتقل العدوى إليهم، كما توجب على الأشخاص عدم مخالطة ومعاشرة المريض بمرض معد حتى لا تصيبهم العدوى. وهذا مصداقا لقوله تعالى " لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة"(2).

وبذلك تكون الشريعة الإسلامية سباقة في إعلان ناقوس الخطر بشأن المخاطر التي تحدث في الوقت الحالي، والتي أثرت على انتشار الأمراض المعدية وما ينتج عنها من غلق مدارس وجامعات ومطاعم ودور

1)- HANOUS, HAKEM, Précis du droit médical, op. cit, p 113.

(2)- كتاب الطب في صحيح البخاري، ج 1، ص 130.

(1)- د- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 160.

(2) سورة البقرة الآية 195.

الثقافة. وهو الأمر الذي يدعو إلى المبادرة بمواكبة التطور العلمي مع ما يحدث من هذه الأمراض تجنباً لوقوع أضرار.

الفرع الثالث: التبليغ عن المواليد والوفيات

إن التبليغ عن المواليد والوفيات أمر تقتضيه المصلحة العامة ، قد نص عليه المشرع بوجوب الإفشاء نظراً لما تحققه عملية التبليغ من أهمية في تقديم إحصاءات دقيقة.

فحسب المشرع فإن الإعلان عن المواليد هو التزام يقع على الطبيب إذا لم يقم الأب أو الأم بذلك ، كما يمكن أن يتم التبليغ من طرف أشخاص آخرين يكونوا قد حضروا عملية الولادة وهو ما نصت عليه المادة 62 من قانون الحالة المدنية⁽¹⁾: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده".
تحرر شهادة الميلاد فوراً".

كما نصت المادة 61 من أمر رقم 20/70 الموافق لـ 18 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية:
"يصرح بالمواليد خلال 05 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة 03 من قانون العقوبات.

" لا يجوز لضابط الحالة المدنية عندما لم يعلن عن ولادة في الآجال القانوني ، أن يذكرها في سجلاته إلا بموجب حكم يصدره رئيس محكمة الدائرة التي ولد فيها الطفل مع البيان المرخص في الهامش من تاريخ الولادة وإذا كان مكان الولادة مجهولاً فيختص رئيس محكمة محل إقامة الطالب.

يمدد أجل التصريح بالولادات في ولايتي الواحات والساورة إلى 60 يوماً .

أما في البلاد الأجنبية فتتم التصريحات خلال 10 أيام من الولادة ويجوز تمديد هذا الأجل في بعض الدوائر الإدارية أو القنصلية بموجب مرسوم يحدد إجراء وشروط هذا التمديد.

(1) - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية.

لا يجب يوم الولادة في الأجل المحددة في المقاطع السابقة وعندما يكون آخر يوم من الأجل يوم جمعة أو يوم عطلة ، يمدد هذا الأجل إلى أول يوم عمل يلي يوم العطلة ."

كما أن المادة 81 من قانون الحالة المدنية التي ألزمت المديرين المسيرين للمستشفيات، وقد يكونوا أطباء، بأن يخبروا بوقوع الوفاة في حالة حدوثها في المستشفيات أو المستوصفات الصحية خلال 24 ساعة من وقوعها إلى ضابط الحالة المدنية أو الذي يقوم مقامه.

و تنص المادة 42 من قانون الأسرة على أن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر. وبالتالي فإن عدم التبليغ عن ولادة الطفل بين هذا الموعد لا يكون جريمة عدم التصريح بالولادة طبقاً لأحكام المادة 3/442 من قانون العقوبات، والتي تنص " كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة، وكل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية. كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها، وكل من قدم طفلاً تقل سنه عن سبع سنوات كاملة إلى ملجأ أو إلى مؤسسة خيرية متى كان قد سلم لرعايته أو لأي سبب آخر ما لم يكن غير مكلف أو غير ملزم بتوفير الطعام له مجاناً وبرعايته ولم يوفر له أحد ذلك".

بذلك يظهر أن نفس الحكم ينطبق على جريمة عدم التصريح بالوفاة إذا وقعت الولادة قبل توافر عنصر المدة المنصوص عليها في القانون والواجب توافره في الحمل ما دام لا يعتبر طفلاً، كما أن الطبيب لا يعفى من المسؤولية من مباشر مقدمات الوضع، بأن وضعت المرأة في غيبته وبدون حضوره.

وإذا كان الطبيب مكلف بموجب نص قانوني صريح بالإبلاغ عن المواليد والوفيات، فإن ذلك يعني بالضرورة أنه لا يسأل جزائياً عن الإخلال بالالتزام بالحفاظ على السر الطبي، بل القانون يوجب عليه الإفضاء.

وقد يحدث أن يبلغ الطبيب باسم الفتاة التي أنجبت ووضعت الطفل عن علاقة غير شرعية. فهنا قد يكون الطبيب قد تجاوز حدوده. على أنه لا مانع أن تقر مبادئ الشريعة الإسلامية ذلك بشأن التبليغ على

المواليد والوفيات مادام ذلك تقتضيه المصلحة العامة إذ لا يعقل أن لا تتفق مع قواعد القانون الوضعي، مادام الأمر فيه خيرا للناس ومصلحة للمجتمع .

إن الغاية من التبليغ عن الوفاة هو التعرف على أسبابها ، فيما إذا كانت أسباب طبيعية أم أنها نتيجة فعل إجرامي. والعدالة تقتضي التحقق من وفات قبل السماح بدفن الجثة وضياع معالمها مما يعرقل مهمة التحقيق⁽¹⁾.

كما أن معرفة سبب الوفيات يهدف إلى الحد من انتشار الأمراض الوبائية التي قد تفتك بصحة المواطنين وإلى وضع الإحصائيات التي تمكن من معرفة نسبة النجاح الذي تم تحقيقه في معالجة الأمراض والوقاية منها⁽²⁾.

و في حالة عدم التبليغ عن الوفيات تنتشر جرائم القتل وينتشر ضياع الحقوق على أصحابها⁽³⁾. فالتبليغ عن الوفيات يمثل مصلحة عامة منها تحقيق العدالة ، أو تحقيق اعتبارات الصحة العامة ، أو تحقيق عوامل الصحة.

فالتزام الطبيب بالإبلاغ عن الوفيات يعفيه من الالتزام السر الطبي . وهذا التبليغ لا يتم إلا عن طريق إصدار شهادة طبية تبين طبيعة الوفاة وليس سبب الوفاة⁽¹⁾.

فالسر في الطبي في هذه الحالة يقتصر فقط على المرض الذي مات المتوفى بسببه، ومن ثم إذا لم تحتوي شهادة الوفاة التي يصورها الطبيب على سبب الوفاة ، واقتصر فقط على ذكر واقعة الوفاة وتاريخها ، فإنه في هذه الحالة لا يكون مخالف للسر الطبي . أما ذكر أسباب الوفاة والأمراض التي كان يعاني منها فهي

(1) - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، 1989 ، ص 151 .

(2) - د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1952، ص 488 .

(3) - عبد الراضي محمد هاشم عبد الله ، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1974 ، ص 356 .

1)- M.M_ HANOUS A.R HAKEM, Précis du droit médical, op. cit, p 414 .

من اختصاص جهات صحية أخرى ، وهي تعتبر أمور سرية يلتزم الطبيب بكتمتانها ، ويجب أن يقتصر التبليغ على جهة الاختصاص فلا يباح للطبيب إفشاء السر إلى غير الجهة المختصة.

المطلب الثاني

الأسباب الجوازية لإباحة إفشاء السر الطبي

قد يحصل أن يتم إفشاء السر الطبي ومع ذلك لا يسأل الطبيب، ويتحقق ذلك إذا تحصل على ترخيص بذلك من قبل القضاء. ويكون ذلك في حالات الإدلاء بالشهادة أمام القضاء وكذا أعمال الخبرة وحماية الملفات الطبية.

الفرع الأول: أداء الشهادة أمام القضاء

يلتزم الطبيب بكتمان السر الذي أودعه إياه مريضه والوقائع التي اطلع عليها أثناء معالجته له. فإذا دعي الطبيب أمام القضاء للشهادة فلا يتحلل من الالتزام بكتمان السر إلا في الحالات التي استثناه القانون بنص صريح ، هذا حتى ولو طلب منه المحقق أو أذن له القاضي بذلك⁽²⁾. ولا يعفيه من واجب الكتمان إلا الإذن الصادر من صاحب السر نفسه.

وقد نصت على هذا الالتزام المادة 206-5 من قانون الصحة المعدل بتاريخ 31 يوليو 1990 وجاء فيها : " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادة أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك". ويفهم من هذا النص أن أداء الشهادة من قبل الطبيب يعتبر إفشاء لسر المهنة مما يجعله محل المسائلة الجنائية طبقاً لأحكام المادة 301 من قانون العقوبات. كما أن الامتناع عن أداء الشهادة يعرض الطبيب للعقوبة المقررة وفقاً لأحكام المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية .

(2)- عبد السلام الترماني : السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد 02 ، السنة الخامسة ، 1981، ص 54.

إلا أن المادة 5/206 المذكورة أعلاه غلبت واجب الكتمان على واجب الشهادة ، إذ حضرت في الشطر الأول منها إفشاء الوقائع التي تصل بالسر المهني ، من طرف الطبيب إذا دعي للشهادة وأوردت استثناء عليه في الشطر الثاني ، وهو إمكانية إفشاء في حالة رضاء صاحب السر بذلك .

و من ناحية ثانية ألزم المشرع الجزائري الطبيب الحاضر للشهادة أمام القضاء أن يدلي بالمعلومات المتعلقة بالمعاينات المتعلقة بالأسئلة المطروحة فقط. وأن لا يتعداها للمعلومات التي يعلمها والتي لم تكن موضوع السؤال . وه ذا ما نصت عليه المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها : "... ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقدير شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني".

و بهذا يلاحظ التناقض الوارد في المادة 4/206 في شطرها الأول والتي تنص على : " لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء كان مطلوبا من القضاء أو خيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي في ما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته". والمادة 05/206 السابق الإشارة إليها.

فمن جهة فإن القانون في المادة 4/206 لا يلزم الطبيب بكتمان السر الطبي إذا استدعي أمام القضاء للشهادة.

ومن جهة أخرى في المادة 206 يلتزم الطبيب الذي يستدعى بالإدلاء بشهادته أمام العدالة بكتمان السر الطبي ، إلا إذا أعفاه المريض من ذلك .

على أننا نجد أن هناك استثناء حرر فيه المشرع صراحة الطبيب من السر في حالة الإدلاء بالشهادة أمام القضاء في جريمة الإجهاض وهذا ما نصت عليه المادة 301 من قانون العقوبات في الشطر الأخير : "... فإذا دعوا الأطباء أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم إدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني".

و تأسيسا على كل ما ذكر فإنه إذا ما أدى الطبيب الشهادة وكانت شهادته تتعلق بمعلومات تعد سرا ولم يصدر رضاء من المريض بإفشاء ، أعتبر مخلا بالتزامه بالسر الطبي ، ويعاقب طبقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات.

وهذا ما يدعو إلى اعتبار شهادته باطلة ولا تصلح كدليل قانوني للإدانة⁽¹⁾.

و على كل حال فإنه لا يجوز للطبيب أن يمتنع عن الحضور أمام القضاء ، وإلا تعرض للحكم عليه من جانب المحكمة أو كان للمحقق أن يصدر أمرا بضبطه وإحضاره ، كما يجب عليه حلف اليمين ومن ثم فإن التزاماته تقف عند هذا الحد ، فلا يجوز له الشهادة إخلالا بواجبه في المحافظة على السر المهني⁽¹⁾.

فالطبيب لا يملك حق الامتناع عن الشهادة أمام المحكمة إلا في المسائل التي تتطوي تحت الالتزام بسر المهنة. وقد أيد الاجتهاد الفرنسي هذا المبدأ في عدة قرارات ومنها القرار الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 08 مارس 1947 ونقضت فيه حكما صادر عن محكمة الجنايات في دعوى قتل أقيمت أمامها ، وفيها طلب ذو القتل دعوة الطبيب الذي كشف على الجريح قبل أن يموت وقدم تقريرا بذلك وقد طلبت المحكمة من الطبيب أن يشهد على المعلومات التي اطلع عليها أثناء الكشف فأبى وتمسك بواجب حفظ السر ، فحكمت عليه المحكمة بغرامة ، وبعد الطعن تم نقض الحكم على أساس أن المحكمة تنكرت للصفة المطلقة التي يتصف بها السر الطبي .

ونصل إلى القول بأنه على الطبيب أن يمتنع عن إفشاء سر مريضه والبوح بالوقائع التي اطلع عليها أثناء ممارسته مهنته إذا استدعي للشهادة ، والقول بغير ذلك لا يتفق مع هدف المشرع من إحاطة سر المهنة بسياج من الكتمان في كل الأحوال.

فالمشرع قد رجع المصلحة في الكتمان على المصلحة في أداء الشهادة وهذا لأن الشهادة ليست هي الدليل الوحيد أو الطريقة الوحيدة التي يمكن الوصول بها على الحقيقة ، فقد أخذ مصلحة صاحب السر ومصلحة المهنة ومصلحة المجتمع بعين الاعتبار عندما غلب واجب الكتمان على واجب الشهادة .

(1) - ماروك نصر الدين، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، بحث مقدم للمعهد الوطني للقضاء بالجزائر ، بدون تاريخ ، ص 25.

(1) - د. غنام محمد غنام ، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام ، بدون طلعة ، بدون ناشر ، 1988، ص 136.

وتنص المادة 58 من قانون الإجراءات الجزائية " يجوز للقاضي أثناء إجراءات المعاينة أن يسمع شهادة أي شاهد يرى لزوما لسماع أقواله". وتجزئ المادة 61 من نفس القانون الأمر بالتحقيق لإثبات الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، والذي يكون فيها التحقيق جائزا ومنتجا في الدعوى.

كما تنص المادة 67 من نفس القانون: "يجوز الحكم على الشهود الذين يتخلفون عن الحضور بغرامة مالية مع النفاذ المعجل". على أن مسألة حضور الشهود من عدمها، يلاحظ أنها تطبق خاصة في مواد الجنايات، إذ في حالة تخلف الشاهد عن الحضور رغم استدعائه، يحكم عليه بغرامة مالية بحكم مستقل. وهذا خلاف الوضع في مواد الجرح حيث لا يطبق النص القانوني المذكور في الواقع العملي. إذ يلاحظ أن العديد من القضايا تناقش ويتم الفصل فيها رغم غياب الشهود، ويكتفي القاضي بالمحاضر الموجودة بالملف. ولا يصدر بشأن الشهود الذين تغيّبوا أي حكم. على أن هناك حالات قد يأمر بها القاضي بضبط وإحضار الشاهد بالقوة ويتم استدعائه لحضور الجلسة .

الفرع الثاني: أعمال الخبرة

تنص المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية على: "لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وغما من تلقاء نفسها أو من الخصوم.

وإذا رأى قاضي التحقيق أنه لا موجب للاستعانة لطلب الخبرة فعليه أن يصدر في ذلك أمرا مسبب في أجل 30 يوم من تاريخ استلامه وإذا لم يبيث قاضي التحقيق في الأجل المذكور ، يمكن للطرف المعني إخطار غرفة الاتهام مباشرة خلال 10 أيام ، ولهذه الأخيرة 30 يوم للفصل في الطلب تسري من تاريخ إخطارها . ويكون قرارها غير قابل لأي طعن.

ويقوم الخبراء لأداء مهمتهم تحت مراقبة قاضي التحقيق أو القاضي الذي تعينه الجهة القضائية التي

أمرت بإجراء الخبرة".

ومن خلال هذه المادة يظهر أن القاضي قد يستعين بخبراء في مسائل يفترض عدم الإلمام بها⁽¹⁾ وهذا للتغلب على الصعوبات العلمية وتذليل العقبات الفنية التي تتعلق بوقائع فنية تقتضي القيام بأبحاث فنية⁽²⁾. والخبرة الطبية في جوهرها تفسر الحالة المرضية لمريض معين والإجراءات الطبية والتشخيص والمعالجة التي تتعلق به، كما قد تتمثل في بيان أسباب وفاة شخص بعينه⁽³⁾.

فالطبيب الخبير يلتزم بإفشاء المعلومات الخاصة بالمسائل التي دعي من أجلها ولا يتجاوز نطاقها، أما ما يخرج عن حدود وظيفته وعلم به بسبب وظيفته فيلتزم بكتمانه حتى بالنسبة للقاضي الذي انتدبه وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 4/206 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

إن مهمة الطبيب الخبير محصورة على المسائل الفنية الطبية ويجب عليه أن يلتزم في تقريره بكشف المسائل التقنية التي دعي لفحصها وفي غير هذه الأمور فعلى الطبيب الخبير أن يخفي ما يكون قد ظهر له أو علم به بسبب وظيفته فمهمته تقتصر على تحقيق الواقع في الدعوى وإبداء الرأي في المسائل الفنية دون المسائل القانونية وحسب المادة 97 من مدونة أخلاقيات الطب ، فإنه لا يمكن لأحد أن يكون في ذات الوقت طبيبا خبيراً وطبيباً معالجا لنفس المريض .

فمن واجبات الطبيب الخبير أن يعلم المريض لطبيعة مهنته وهذا ما نصت عليه المادة 2/207 من قانون الصحة وعن كان ذلك يمثل صعوبة بالنسبة للمريض عقليا فيجب أن يكون الطبيب الخبير أمينا مع المريض وحتى يمكن إعفاء الخبير من السر الطبي فلا بد من توفر شرطان:

الأول أن يقدم تقريره إلى الجهة التي انتدبته وحدها فلا يجوز للخبير أن يفشي محتويات التقرير إلى غير الجهة التي انتدبته⁽¹⁾ سواء كانت قضائية أو إدارية ، وأن يقدمه في المهلة المحددة له .

(1)- قرار المحكمة العليا 1985/11/20، المجلة القضائية، عدد 4، 1992، ص 61.

(2)- د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 40.

(3)- د. محمود صالح العدلي، التقارير الطبية والمسؤولية الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 7.

(1)- د. محمود محمود مصطفى ، مدى شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1975 ، ص 428.

الثاني: أن يعمل الخبير في حدود المهمة التي كلف بها وللخبير أن يضمن تقريره الوقائع التي علم بها وكانت متعلقة بالموضوع الذي طلب منه دراسته وإبداء الرأي فيه⁽²⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 99 من مدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها: " يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح الأسنان الخبير عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه ، وفيما عدى هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتف كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته " .

إن مهمة الطبيب الخبير قاصرة على المسائل الفنية الطبية ، لأن الحكمة من هذا أن الخبير يكون ممثلاً للمحكمة وعمله جزء لا يتجزأ من عملها فإذا أفضى بالسر إلى المحكمة فهو لا يفضي به إلى الغير بل إلى نفسه والخبير الطبي كما قد يكون منتدبا من الجهة القضائية قد يكون أيضا منتدبا من قبل الجهة الإدارية التي يعمل فيها ، كطبيب شركة التأمين وطبيب العمل.

الفرع الثالث : حماية الملفات الطبية

يقصد بالملفات الطبية، كل الوثائق وصور الأشعة والتقارير الخاصة بالمريض والفحوصات والتحليل، وكل الشهادات التي يدون فيها الطبيب ما توصل إليه من ملاحظات والعلاج المقترح للمريض ومتابعة حالته الصحية والتطورات الحاصلة ومراقبة حالته الصحية.

يجب أن تحفظ الملفات الطبية من أجل الاستعانة بها في حالة معالجة المريض مستقبلا، ولا يحق إفشاء ما جاء فيها إلا في حالة صدور أمر قضائي بالتفتيش⁽¹⁾. وفي حالة صدور أمر من النيابة أو من قاضي التحقيق، فلا يجوز لإدارة المستشفى، ولا للطبيب أو صاحب العيادة الخاصة، أن يمتنع عن تقديم هذه الملفات الطبية بحجة السر الطبي. فما دام القضاء أمر بذلك قصد الوصول إلى الحقيقة، فإنه لا يمكن الحلول

(2)- د. منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة ، بدون طلعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1989 ، ص 173 .

(1)- انظر المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

دون تقديم هذه الوثائق، لأن الأمر يتعلق بواجب عام. فضلا عن أن الأحكام والأوامر القضائية تصدر باسم الشعب الجزائري وهو مصدر كل سلطة⁽²⁾.

ولا يمكن للطبيب الذي عين من أجل علاج مريض وأراد أن يستعين بملفه الطبي، أن يحصل عليه من إدارة المستشفى بعد موافقة المريض. ولا يمكن الاحتجاج بكتمان السر الطبي في هذه الحالة. على أنه ينبغي حفظ الملفات الطبية بالنظر إلى المعلومات التي تتضمنها، وأوجب القانون الحفاظ على الأسرار التي توجد ببطاقات المريض وملفاته، ومراقبتها على البريد الإلكتروني من طرف الفضولي الذي يرغب في الإطلاع عليها⁽³⁾.

وبالرجوع إلى المادة 40 من مدونة أخلاقيات المهنة الطب التي تنص: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان، عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية، على عدم كشف هوية المريض"، يعتبر ذكر اسم المريض أو المرض المصاب به إفشاء للسر يعاقب عليه القانون⁽⁴⁾.

وتنص المادة 39 من مدونة أخلاقيات المهنة الطب: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المريض الموجودة بحوزته من أي فضول "

وبذلك يتضح حرص المشرع على عدم ذكر هوية المريض والمرض المصاب به، خاصة عندما يقدم الطبيب على تقديم بحث في نشرة علمية، لأنه لو أقدم على ذلك يعد مفشيا للسر الطبي. ويمكن القول أن تقديم الملفات الطبية وبطاقات المريض بناء على أمر قضائي يعد ترخيصا قضائيا، يمنع قيام مسؤولية الطبيب جزائيا فيما يخص إفشاء السر الطبي.

(2) - المادة 141 من الدستور الجزائري.

(3) - د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 387.

(4) - د- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 417.

الفصل الثاني

المسؤولية الجزائية

للطبيب

قبل الحديث عن المسؤولية الجزائية للطبيب يتعين علينا بادئ ذي بدء أن نشير إلى ما ثار من جدال بين الفقهاء حول مسؤولية الطبيب عن النتائج المترتبة عن عمله وهل هو بمنجاة من المسؤولية أم أنه مسؤول طبقاً لقواعد القانون ؟

فبرى فريق من الأطباء ورجال القانون أن الطبيب يجب أن يكون بمنأى عن المسؤولية أمام القانون وليس للقانون شأن به ، لأن في ثقافته الفنية والشهادة التي منحت له بعد دراسة واختيار صعب تم الترخيص بمزاولة مهنته مما يبرر إعفائه من المسؤولية ، بالإضافة إلى أن المريض هو الذي يختار طبيبه فعليه أن يحسن الاختيار ثم إن عمل الطبيب كعمل القاضي سواء بسواء فكما أن القاضي لا يمكن أن يسأل إلا عن غش أو محاباة متعمدة فكذلك الطبيب لا يمكن أن يسأل عن مجرد خطأ أو احتياط⁽⁴⁾. غير أن هذا الرأي وإن لقي ترحيباً في محيط الأطباء إلا أنه لم يجد من يسلم به في دور القضاء.

أما الفريق الثاني يرى أن الطبيب يجب أن يسأل مدنياً وجنائياً عن خطأه الجسيم أو عن إهماله. ويمكن أيضاً أن يسأل عن جريمة عمدية إذا صدر منه الفعل في غير ما حاجة للعلاج . ويرد أنصار هذا الفريق على الرأي الأول بان منح الشهادة وإجازة مزاولة المهنة للطبيب ليس لمصلحته هو ولكن لمصلحة الجمهور في المقام الأول بهدف حمايته من الأخطار التي يتعرض لها في حالة عدم وجود هذا النظام ومن ثم لا يترتب عليها إعفائه من المسؤولية ، أما القول بأن المريض حر في اختيار طبيبه فليس صحيح في جميع الحالات ، لأن هناك حالات يفرض فيها الطبيب على المريض فرضاً كما لو أصيب الشخص بمرض مفاجئ ويؤتى به إلى أقرب طبيب ، كما أنه في حالة إصابة العامل فإن طبيب المصنع هو الذي يتولى علاجه . كما أنه في حالات كثيرة يختار الطبيب للمريض ذوهه وحتى في الحالات التي يختار فيها المريض طبيبه بنفسه فإن هذا الاختيار لا يصح أن يعفي الطبيب من كل المسؤولية عن نتيجة أخطائه . اللهم إذا أخطأ المريض

(1) - د. محمد مصطفى القليلي ، المسؤولية الجنائية ، سنة 1944 - 1945 ، ص 235 و236.

فعلا في اختيار طبيبه كما لو ذهب إلى طبيب أسنان لعلاج مرض باطني أو إلى طبيب بيطري أو غير مرخص له (1).

فالمسؤولية على وجه العموم هي التي يؤخذ فيها الشخص عن عمل قام به، يتضمن إخلالا بقاعدة ما. فإذا كانت تلك القاعدة أخلاقية، كما لو أخل الشخص بواجب أدبي وأخلاقي، فإن المسؤولية تكون أدبية ويكون الجزاء المترتب عنها أدبيا، يتمثل في تأنيب الضمير أو استهجان أفراد المجتمع. أما إذا كانت تلك القاعدة قانونية، كما لو أخل الشخص بواجب قانوني، فإن المسؤولية التي تترتب على هذا السلوك هي مسؤولية قانونية (5).

والمسؤولية القانونية تكون إما مسؤولية مدنية، وتتحقق حين تسبب خطأ شخص في ضرر للغير، ويكون الجزاء هو التعويض النقدي أو العيني. أو مسؤولية تأديبية، وتتحقق حين ارتكاب خطأ مهني، ويكون الجزاء تأديبيا، أو مسؤولية جزائية، وتتحقق حين ارتكاب جريمة.

يعتبر موضوع المسؤولية عاما وواسعا، وهو من أهم الموضوعات التي أثارت جدلا كبيرا وخلافات بين رجال القانون والطب في الوقت الراهن، وذلك بسبب التطور العلمي، والتي صاحبت تطور المعطيات الطبية وخطورتها لتعلقها بالحق في الحياة وسلامة جسم الإنسان، والذي يعتبر أهم حق يكفله الدستور الجزائري (6)، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (7).

(1) — د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951، ص 345.

(2) — ألان بنابنت Alain BENABENT، القانون المدني، الالتزامات، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص 278.

(3) — المادة 34 من الدستور الجزائري تنص: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحضر أي عنف بدني أو أي مساس بالكرامة".

(4) — تنص المادة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه".

إن مقابل ما شهدته مهنة الطب من تطور مذهل، حيث أصبحت أكثر فاعلية وطموحا مما كان عليه الوضع فيما مضى، نتجت عنه آثارا جانبية خطيرة. فإذا كان التطور العلمي مفيدا جدا في مختلف الجوانب، فإنه له جانب الخطورة، لاسيما حين تكون الغاية المستهدفة محفوفة المخاطر⁽¹⁾.

حاولنا حصر البحث في مسألة محددة، وهي المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي لأنها تعتبر مسؤولية مهنية من نوع جديد حسب طبيعتها ونطاقها وطبيعة المهنة ومدى الالتزامات المهنية المرتبطة بها.

لا تعتبر مسؤولية الطبيب وأخلاقيات المهنة وليدة اليوم، بل ترجع إلى تاريخ بعيد. ويعد قانون حمورابي أول التشريعات التي وضعت أسس وأصول وآداب مهنة الطب⁽²⁾، إذ وضع تسع فقرات تتعلق بأجور الأطباء والعقوبات التي تفرض عليهم في حالة ارتكابهم خطأ.

يُسأل الطبيب متى ثبت وجود خطأ مهما يكن نوعه، سواء كان فنيا أم غير فني، جسيما أم غير جسيم. وتُشدد مسؤولية الأطباء الاختصاصيين، بحيث يُحاسَبون عن أي خطأ ولو كان يسيرا، خصوصا إذا ساءت حالة المرض بسبب معالجته. وتنص المادة 218: " إذا أجرى الطبيب عملية جراحية لرجل حر وتسبب في وفاته فعليه قطع يد الطبيب ، وإذا فتح الطبيب محجر عين وأتلفت العين فعليه أن يدفع قيمتها فضة كما نصت عليها المادة 220⁽³⁾.

وكان الرومان يعتبرون الطبيب كغيره من الناس، مسؤولا عن كل خطأ يقع منه في علاج المريض⁽⁴⁾.

(1) - أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 15.

(2) - مجلة القانون السورية، مسؤولية الطبيب عن خطئه في المستشفى، الأعداد 8 و9 و10، 1975.

(3) - المستشار علي بدوي، موسوعة الفكر القانوني، الالتزامات المهنية للطبيب في النظرية العامة، ج 1، ص 30.

(4) - د، سليمان مرقس، تعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، 1987، مصر، ص 303 .

أما في ظل القانون الفرنسي القديم، فقد انقسم الفقهاء بين من يعتبر الطبيب غير مسؤول جزائياً إلا إذا كان سيء النية، وبين من يرى أنه يسأل في جميع الأحوال التي يرتكب فيها خطأ. أما في ظل القانون الفرنسي الجديد فقد انقسم الشراح فيما بينهم. إذا أيد البعض منهم فكرة عدم مسؤولية الطبيب أصلاً، ويرى البعض الآخر أن الطبيب مسؤول عن أخطائه الضارة. ويؤسس أصحاب الرأي الأخير موقفهم على المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، والتين جاءتا بصيغة العموم دون استثناء الأطباء. فهما تتصان على أن كل شخص يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يترتب على أي خطأ أو إهمال منه.

يخضع الأطباء، كغيرهم من الناس، للأحكام العامة للمسؤولية، فبمجرد أن يقتنع القاضي الجزائري بارتكاب خطأ من الطبيب يسبب ضرراً للمريض يحكم عليه بالتعويض. على أنه مع التطور وازدياد المخاطر، ولاسيما بفعل استخدام الآلات والأجهزة المتطورة في العلاج، وأمام صعوبة إثبات الخطأ عملاً بالمادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، بدأ اللجوء إلى المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، وذلك إثر بروز نظرية تحمل التبعة بفضل الفقهاء لابي عام 1809، ومن بعده الفقيه سالي⁽¹⁾ وجوسران⁽²⁾.

تهدف نظرية تحمل التبعة إلى إقامة العدل والتوازن بين المريض الضحية والطبيب الذي تسبب في حدوث الضرر. فالطبيب الذي يستعمل الآلات والمعدات والأجهزة الخطيرة ويعرض حياة مريضه للخطر يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تنشأ عنها، ولو لم يثبت أي خطأ من جانبه. فالمسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس الضرر وحده ولو انتفى وجود الخطأ أو كان الضرر ناتجاً عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة⁽³⁾.

تطورت نظرية تحمل التبعة عبر ثلاث مراحل. ففي المرحلة الأولى قامت النظرية على أساس الغرم بالغرم، ثم تطورت على أساس الخطأ المستحدث، وقد تم استبعاد فكرة الخطأ خلال المرحلتين المذكورتين،

(1) - د- سهير منتصر، مسؤولية المتبوع عن عمل التابع: أساسها ونطاقها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 20.1

(2) - انتقدت هذه النظرية من طرف العديد من الفقهاء، ومن بينهم بلانيول ولالو وكذلك هنري وليون مازو.

(3) - د. همام محمد محمود، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.

لأنه كثيراً ما كان يصعب إثباته، ويترتب عن ذلك في نهاية الأمر تضييع مصالح الضعفاء وتعزيز مراكز الأقوياء، وهو ما يتنافى ومبدأ المساواة وتوازن المصالح⁽¹⁾.

ونظراً للانتقادات التي وجهت إلى نظرية تحمل التبعة في مرحلتها الأولى والثانية. فقد ظهرت المرحلة الثالثة من أجل التوفيق بين الخطأ والخطر، كي تقوم المسؤولية في كل حالة على أساس تحمل التبعة، سواء توافر فيها الخطأ أو لم يتوفر. ويرى الفقيه باتريمو أن المسؤولية يمكن أن تقوم على أساس تحمل التبعة إذا لم يتوافر ركن الخطأ في حالة الشذوذ أو الخروج عن المألوف أو التفاوت في القوى تفاوتاً ناشئاً عن استخدام القوى الخارجية⁽²⁾.

اقترح الفقيه ديموج إقامة المسؤولية إذا أصيب المرء بضرر، إما على أساس الخطأ في حالة ثبوته أو على أساس استخدام أشياء خطيرة حتى مع عدم توفر ركن الخطأ، على أن يكون التعويض جزئياً. أخذت العديد من التشريعات الوضعية بنظرية تحمل التبعة، ومن بينها الجزائر، والتي طبقتها في العديد من القوانين، ومن بينها القانون رقم 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية من خلال قانون 13/83 المؤرخ في 1983/07/02⁽³⁾، وبهذا تتكفل الدولة عبء تعويض الضحايا دون أن يُطلب منهم إثبات الخطأ⁽⁴⁾، إذ يكفي إيداع ملف خاص أمام المصالح المختصة كي يتم دفع قيمة التعويض المحددة في القانون.

والسؤال المطروح يتعلق ببيان أساس المسؤولية الجزائية للطبيب، وهل تعتبر هذه المسؤولية ذات طابع تقصيري، أم أنها ذات طابع تعاقدي، أم تعتبر مسؤولية فنية بحتة لها أحكام خاصة؟ وهل تستند المسؤولية الجزائية للطبيب على أساس القصد الجنائي، أم أنها تقوم على فكرة الخطأ؟

(1)- د، زهدي يكن، المسؤولية المدنية والأعمال غير مباحة، ط 1، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، ص 152.
(2)- Principe de l'inégalité de puissance qui résulte de l'exploitation de forces extérieures.

(3)- قانون مؤرخ 1985/07/05 خاص بحوادث المرور. ج ر عدد 28 لسنة 1983.

(4)- قانون 15/74 المؤرخ 1974/01/30، معدل ومتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 1988/06/19 المتعلق بالإلزامية التامين على السيارات والتعويض عن الأضرار، ج ر عدد 29 لسنة 1988.

المبحث الأول

أساس المسؤولية الجزائية للطبيب

تنقسم المسؤولية بصفة عامة إلى مسؤولية أدبية ومسؤولية قانونية. أما الأولى فلا تدخل في دائرة القانون لأنها لا يترتب عليها الجزاء القانوني، فهي تمتاز بالوازع الديني والأخلاقي، وهي تخص من خالف قاعدة من قواعد الأخلاق، وهي مسؤولية أمام الضمير والوجدان⁽¹⁾، تتصل بعلاقة الإنسان مع نفسه وعلاقته مع الناس، أما المسؤولية القانونية فيترتب عليها الجزاء القانوني⁽²⁾ إذ في حالة القيام بفعل يشكل خروجاً أو مخالفة لأحكامها، ولا تتحقق هذه المسؤولية إلا إذا وجد ضرر لحق بشخص آخر. فهذه المسؤولية تتصل بعلاقة الإنسان بغيره من الناس.

وتنقسم المسؤولية القانونية بدورها إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية. فالمسؤولية الجنائية هي التي تتحقق عندما يرتكب الشخص فعلاً يشكل جرماً يعاقب عليه القانون. وهي تقوم على أساس أن هناك ضرر أصاب المجتمع من جراء ارتكاب هذا الشخص فعلاً يخالف القواعد القانونية العامة المنظمة لشؤون الحياة في المجتمع، وتترتب على مخالفة هذه القواعد عقوبات جزائية محددة بموجب نصوص قانونية. أما المسؤولية المدنية فتتحقق عند إخلال المدين بالتزام يقع على عاتقه، ويترتب على هذا الإخلال ضرر أصاب الغير، مثل امتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع محل العقد. وتنقسم المسؤولية المدنية بدورها إلى نوعين، مسؤولية عقدية⁽³⁾ ومسؤولية تقصيرية. وذلك على أساس أن المسؤولية المدنية هي التزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالتزام أصلي سابق وهذا الالتزام إما أن يكون مصدره العقد إن وقع الإخلال به أو أن الالتزام

(1) - د- محمد حسين منتصر، المسؤولية الطبية، در الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 17.

(2) - د- محمد حسنين، الوجيز في نظرية للالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983 ص 135. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 1975، ص 109.

(3) - بلعبور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 133.

يجد سنده في نصوص القانون إذ فعل الإخلال به قامت المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل أشياء⁽¹⁾.

تعتبر المسؤولية المدنية مجالاً واسعاً للاجتهد والفكر، ولكون قواعدها لم توضع دفعة واحدة، بل وضعت تحت تأثيرات مختلفة، والتي عرضت على المحاكم عبر مختلف الأزمنة، والتي كتب الفقه فيها الكثير، مسترشداً بما تمليه العدالة والمنطق القانوني⁽²⁾.

طرح الفقه والقضاء إشكالية التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بكل حدة، إذ يرى الفقيه مازو أنه ليس هناك أي فرق جوهري بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالتقارب شديد بينهما⁽³⁾. ومن أنصار وحدة المسؤوليتين الفقيه سافيني بلانيول وريير، والذين يعتبرون أن أساس المسؤولية واحد سواء كانت عقدية أو تقصيرية، فهي من طبيعة واحدة. فهي تقوم حين يخل الفرد بما التزم به قبل الغير قانوناً أو اتفاقاً، والجزاء هو تعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، فالمسؤوليتين لا تختلفان من حيث الأساس ولا من حيث الأحكام، والفروق بينهما غير جوهريّة⁽⁴⁾.

إن الجزاء في المسؤولية هو الإخلال بالتزام أو واجب سابق، فهذا الإخلال يعتبر خطأ، سواء كان إخلالاً بالتزام تعاقدي خاص أو بواجب قانوني عام. ومن ثم فإن القول بالمسؤولية التقصيرية مرة والمسؤولية العقدية مرة أخرى ما هو في حقيقة الأمر إلا نوع من التعابير اللغوية⁽⁵⁾.

(1) - بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد، مرجع سابق، ص 134.

(2) - د- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 2 وما بعدها.

(3) - LEON MAZEAUD. La responsabilité théorie et pratique , Sirey , Paris, 1933, Volume1, p108.

(4) - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

(5) - د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 11.

المطلب الأول

مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية

إن الرأي الذي كان سائد في فرنسا حتى سنة 1936⁽¹⁾، يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية، ويعد التزام الطبيب بعلاج المريض التزاماً قانونياً، فهو التزام ببذل العناية والعلاج وليس التزام بالشفاء، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام هي مسؤولية تقصيرية. ففي غياب أي عقد بين الطبيب والمريض، لا يمكن أن تعتبر مسؤولية الطبيب تعاقدية⁽²⁾.

طبقت المسؤولية التقصيرية عن أخطاء الطبيب في فرنسا منذ 1835، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بموجب حكمها المؤرخ في 1862/07/26⁽³⁾، وذلك على أساس المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، واعتبرت الأطباء كغيرهم من الناس يخضعون للأحكام العامة للمسؤولية، مما يعني أن الأطباء يخضعون للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، لأن الأصل أن الطبيب مسؤول مباشرة عما يرتكبه من خطأ يسبب ضرراً للمريض نتيجة إهماله وعدم انتباهه⁽⁴⁾.

استقرت المحاكم الفرنسية على الأخذ بالمسؤولية التقصيرية للطبيب، على أساس أنها تقوم على الإخلال بواجب عام هو عدم الإضرار بالغير، وبالنتيجة لا يمكن أن تكون مسؤولية تعاقدية. وقد استند أنصار المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية الطبية إلى أنها ذات طبيعة فنية بحتة، فالطبيب يلتزم بمراعاة الأصول العلمية والفنية المرتبطة بالطب، كما استندوا إلى نظرية النظام العام، لأن العلاج الطبي يتعلق بحياة الإنسان وسلامة جسمه وبدنه، وأن سلامة جسم الإنسان من سلامة المجتمع، وبالتالي فإن

(1) - قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1932/02/08 " أن الرابطة القانونية بين المريض والطبيب تدخل في إطار العقد، حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة المتبصرة والحريصة ".

(2) - MARCEL NAST.DISAIT : En l'absence d'un contrat ente le médecin el le malade, la responsabilité du premier envers le second ne saurait être contractuelle, J.C.P, 1941, 2003.

مشار إليه من طرف د. عبد اللطيف الحسيني، ص 79، هامش 1.

(3) - Cass. Ch. Req, 02/07/1862, Sirey, 1862, 1, 818.

(4) - د- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 123.

المساس بهذه المسائل يتضمن مساساً بالنظام العام الذي يعتبر أساس الركائز والقواعد الأساسية التي تهم المصلحة العامة للدولة والتي يتعين احترامها من قبل الجميع، وأن مخالفة هذه القواعد تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية.

يعتبر الأطباء والصيداللة وجراحي الأسنان مسؤولين عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكب من طرفهم خلال ممارستهم لمهامهم أو بمناسبة القيام بها إذا ما لحقوا أضراراً بصحة المتعاملين معهم أو أحدثوا لديهم عجزاً تسبب في المساس بسلامتهم البدنية .

ولا يمكن القول أن علاقة المريض بالطبيب تعاقدية، لأن مركز الطبيب أثقل اجتماعياً من المريض، ثم لا يمكن الحديث عن العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض خاصة إذا كان المريض في حالة غيبوبة أو مغمى عليه، فالطبيب يتدخل بدون وجود أي اتفاق سابق بينه وبين المريض⁽¹⁾ ، ومن ثم لا يمكن الحديث أصلاً عن المسؤولية العقدية، بل الحديث ينصب على المسؤولية التقصيرية مادام الطبيب يؤدي واجبه الذي يحدده النظام القانوني⁽²⁾.

لا يسأل الطبيب عن الأخطاء الفنية المتمثلة في الخطأ في التشخيص والعلاج إلا في حالة الغش والخطأ الجسيم، إذ أن سلوك الطبيب يجب أن يتفق مع الأصول الطبية المستقرة. وتنص المادة 45 من قانون مدونة أخلاقيات الطب: " يضمن للمريض تقديم العلاج يتسم بالإخلاص والنفاني والمطابقة بمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

وما يمكن استخلاصه من المادة 124 من القانون المدني التي تنص: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"، والتي تقابلها المادة 1382 قانون مدني فرنسي⁽³⁾.

1)- J. PENNEAU, La responsabilité du médecin, Sirey, Paris, 1977, p 12.

(2)- د، أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983، ص 233.

3)- LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, Paris, 1955, p 326.

وقد استند أنصار المسؤولية التقصيرية إلى أن العلاج يتعلق بالمساس بالأشخاص وسلامة الأبدان ومصالح المجتمع، وأن أي اعتداء على ذلك يمس النظام العام، وبالتالي فإن الترخيص للطبيب بمباشرة هذه الأعمال وفق الشروط والقواعد التي يحددها يجعل أعمالهم مباحة⁽¹⁾. وهو الأمر الذي أدى إلى ضرورة إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من المسؤولية العقدية.

أما في الجزائر، فإن المادة 239 من قانون الصحة وترقيتها تؤكد على مسؤولية الطبيب التقصيرية والجزائية، إذ تنص: "... يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته لمهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجز مستديم أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته". فضلا عن أن المادة 14 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب منعت الطبيب أو جراح الأسنان من ممارسة مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.

على أن الأخذ بالمسؤولية التقصيرية في المجال الطبي يلقي عبء الإثبات على المريض، والذي يجد نفسه أمام صعوبة إثبات الخطأ الذي يرتكبه الطبيب وخاصة في مسألة حساسة تتعلق بالسر الطبي، لأن المريض يصعب عليه أن يثبت أن الطبيب ارتكب خطأ يتمثل في إفشاء سر من الأسرار التي أودعها لديه لأن هذا الأخير يستطيع أن يفلت من العقاب وأن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ، مما يسمح له بالتهرب من المسؤولية الجزائية.

ومن أجل التخفيف عن المريض من عبء الإثبات وتوفير الحد الأدنى ل حمايته، تم اللجوء إلى المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي التي تخص مسؤولية حارس الأشياء، إذ حينئذ لا يجوز للطبيب الإفلات من المسؤولية عن طريق إثبات أنه لم يرتكب خطأ، بل يقع عليه عبء إثبات وجود سبب أجنبي لا يد له فيه حتى يتمكن من نفي المسؤولية عنه.

(1) - ماروك نصر الدين، الحماية العامة للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية- الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003. ص 206.

المطلب الثاني

مسؤولية الطبيب ذات طبيعة عقدية

كان الفقه والقضاء في فرنسا يأخذ بنظام المسؤولية التقصيرية إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم ميرسي MERCIER الشهير بتاريخ 20-01-1936⁽¹⁾، والذي يعتبر نقطة انطلاق في مجال المسؤولية الطبية، إذ بموجبه تقرر وجود عقد بين الطبيب وكل مريض من مرضاه، لا يلتزم بمقتضاه بشفاؤه، بل بتقديم له العلاج المتفق عليه، وتحلي اليقظة والحذر مع الالتزام بالمعطيات العلمية المكتسبة. وتتلخص وقائع قرار Mercier الصادر في سنة 1936، في رفع زوجين دعوى قضائية ضد الطبيب نيكولا من أجل إفادته بتعويض قدره 200 ألف فرنسي عن الضرر الذي أصاب السيدة ميرسي، استنادا إلى أن الطبيب نيكولا قام بعلاجها بواسطة أشعة X دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة من أجل تفادي المخاطر. فرد الطبيب أمام محكمة مرسيليا ذات الدرجة الأولى عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى كونها تقادمت بموجب نص المادة 638 من قانون التحقيق الجنائي، لأن العلاج قام به خلال شهري أوت وأكتوبر من سنة 1925، وأن الدعوى لم تحرك سوى بتاريخ 1929/03/27، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات من وقوع الحادث المتعلق بالإهمال الذي ارتكبه الطبيب. وهو الدفع الذي استجابت له المحكمة التي عرضت عليها الدعوى.

وبعد استئناف الحكم الصادر عن محكمة مارسيا أمام محكمة استئناف إكس، وبموجب القرار الصادر بتاريخ 1931/07/16 تقرر رفض الدفع بالتقادم الذي تمسك به الطبيب نيكولا، وقبول الدعوى المرفوعة من طرف السيدة ميرسي، وبالنتيجة الحكم على الطبيب نيكولا بدفع تعويض.

(1) - حكم محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 1936/03/20.

H. CAPITANT, F. TERRE, Y LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 3^{ème} éd, T 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés, p 116.

طعن الطبيب نيكولا ضد قرار محكمة استئناف إكس ، وأثار أوجه طعن، تتمثل في خرق المادتين 319 و320 من قانون العقوبات، وكذا المادتين 637 و638 من قانون التحقيق الجنائي والمادتين 1382 و1383 من القانون المدني، وخرق قواعد المسؤولية التقصيرية، والخطأ في تطبيق المادتين 1134 و1135 من القانون المدني، وكذا قواعد المسؤولية العقدية للطبيب، وخرق المادة 7 من القانون رقم 20-09، والقصور في التسبيب، وانعدام الأساس القانوني .

قررت محكمة النقض أنه يوجد عقد حقيقي بين الطبيب والمريض لا يتضمن شفاء المريض، بل تقديم العلاج المتفق عليه والتحلي باليقظة والحذر مع الالتزام بالمعطيات العلمية المكتسبة. وعليه صرحت أن القرار الصادر عن محكمة استئناف إكس قد أصاب فيما قضى بالتعويض ورفض الدفع المثار من طرف الطبيب الخاص بالتقادم، لأنه لا مجال لتطبيق المادة 638 من قانون التحقيق الجنائي، وقررت رفض جميع الدفوع التي أثارها الطبيب، نظرا للتطبيق السليم للقانون، وبالنتيجة قررت رفض الطعن بالنقض.

وبهذا القرار تكون محكمة النقض الفرنسية قد وضعت أساسا حقيقيا لمسألة الطبيعة القانونية للعلاقة التي تجمع بين الطبيب والمريض وما ينجم عنها من آثار قانونية، ولاسيما بالتأكيد على طبيعته العقدية، وذلك لارتباطها مع عمله، والذي يحدد مضمونه في أغلب الأحوال هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. ومفاد ذلك، أنه نظرا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو ضمان سلامته من المخاطر، فهذا ليس بوسعه.

على أن طبيعة التزام الطبيب والاقتصار على بذل العناية تقوم على فكرة الاحتمال التي تهيمن على نتيجة مهمته، والتي تتداخل فيها عدة عوامل لا تخضع لسيطرة الطبيب، فهذا الأخير يعالج والله يشفي⁽¹⁾.

لا يلتزم الطبيب نحو المريض إلا ببذل عناية طبية تتفق مع مستواه للوصول إلى الشفاء، لأنه لا يلتزم بشفاء المريض، لأن الأمر يتعلق ويتوقف على درجة مناعة المريض وحالته الصحية. فهو لا يلتزم

(1)- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلة المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1998، ص 370.

بأية نتيجة مهما تكن في علاج المريض، فلا يلتزم بضمان تدني الحالة الصحية للمريض ولا بتخليص المريض من عاهة بالغة مهما تبلغ شدتها (2).

ومنذ صدور قرار ميرسي، أصبح يُنظر إلى العلاقة التي تجمع بين الطبيب والمريض بأنها ذات طابع عقدي، تقوم على أساس التزامه ببذل العناية اللازمة في أدائه لالتزامه تجاه المريض، وأن أي خلل في تشخيص المرض أو العلاج يكون خطأ تعاقدياً تنتج عنه مسؤولية عقدية.

على أنه وبالرغم من الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، إلا أن المرضى وباعتبارهم في أغلب الأحيان ضحايا فإنهم لم يستطيعوا الحصول على التعويض، ويرجع السبب في ذلك إلى صعوبة إثبات الخطأ الطبي بصفة عامة، ولا سيما حين يتعلق الأمر بإفشاء السر الطبي بصفة خاصة.

وحسب قرار ميرسي، فإن المسؤولية الطبية تأخذ مضمونها من العقد المبرم بين الطبيب والمريض (1). إذ انطلاقاً من العقد يقع على الطبيب التزام عام يتمثل في اليقظة والحذر، وهو ما يسمى بالالتزام ببذل عناية. ويقع على عاتق المريض عبء إثبات أن الطبيب ارتكب خطأ يتمثل في الإهمال وعدم الاحتياط، فلا يكفي المريض أن يدعي أنه تضرر من جراء عدم تنفيذ الطبيب للعقد المبرم معه، والذي يتضمن في بنوده الالتزام بالحفاظ على السر المهني، بل يقع عليه عبء إثبات أن الطبيب أخل بالالتزام المذكور، وأنه أفشى سرا من الأسرار التي ائتمن عليه بمناسبة وأثناء ممارسته لمهنته، والذي أودعه المريض لدى الطبيب وقام بإفشائه للغير. ولما تجد المسؤولية الطبية مصدرها في العقد المبرم بين الطبيب والمريض، فإن دعوى التعويض المتعلقة بها تتقادم بمرور 15 سنة تطبيقاً للمادة 133 من القانون المدني (2).

ووفقاً لهذا النص فإن المريض يجد نوعاً من الحرية من أجل البحث عن إثبات الخطأ الطبي ولكن سكوته بعد مرور هذه المدة أي 15 سنة تجعله يقع تحت طائلة السقوط وبالتالي ضياع فرصته في الحصول

(2) - د. وفاء جمال أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية وفقهية وإحصائية في كل من مصر وفرنسا، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1987، ص 49.

1)- H. CAPITANT, F. TERRE, Y LEQUETTE, Les grands arrêts, op. cit, p 116.

(2) - تنص المادة 133 من القانون المدني: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

على التعويض لأنه بعد مرور هذه المدة فإن الدعوى التي يرفعها أمام المحكمة للمطالبة بالتعويض فمصيورها الرفض طبقاً للمادة 133 من القانون المدني.

وفي هذا الصدد فإن محكمة النقض المصرية قررت في حكمها المؤرخ في 1929/05/26 " إذ كيفت مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج، بأنها مسؤولية عقدية، وقررت أن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي بذل جهود سابقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في عمله الطبي يقع من طبيب يقظ من مستواه المهني وحق في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، غير أن المرضى في حقيقة الأمر اصطدموا بصعوبات تتمثل في إثبات الخطأ الطبي وهذا من أجل الحصول على التعويض وهو الأمر الذي فرض نفسه بحدّة وكان لازماً إيجاد حل، وبالفعل فإن اجتهاد القضاء الإداري تكفل بهذا الأمر وذلك بوجود حالات طبية دون خطأ وهو الأمر الذي فتح الباب أمام المرضى من أجل الحصول على أحكام تقضى لهم بالتعويض، وفي هذا الصدد نذكر قرار 1990/12/20⁽¹⁾ الذي صدر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء ليون المسمى بقرار قومي الذي أكد بوجود نظام المسؤولية بدون خطأ المستشفى وهو الذي يعتبر سباقاً في الأخذ بفكرة المسؤولية الطبية بدون خطأ.

وتتلخص وقائع القرار: " إن الطفل قومي GOMEZ أدخل إحدى المستشفيات المتخصصة في عملية التقويم العمود الفقري من أجل إجراء عملية جراحية، فاستخدمت طريقة جديدة في علاجه وبعد إجراء العملية أصيب هذا الطفل بشلل تام في أطرافه السفلى فرفعت عائلة الطفل دعوى أمام المحكمة الإدارية تم رفضها وعلى إثر الاستئناف صدر قرار استجاب لطلب عائلة قومي مع تحميل المستشفى المسؤولية عن ما أصاب الطفل من ضرر معلنا قضائها بأن استخدام طريقة حديثة في العلاج يمكن أن تشكل خطراً على المرضى دون ضرورة حيوية وملحة تفرضها يؤدي على قيام مسؤولية المرفق الطبي عن الأضرار الجسيمة

1)- C.A.A. Lyon, 21-12-1990, JCP, 1998, 11-21698, p 106, MOREAU.

والغير المألوفة التي لحقت المريض نتيجة مباشرة هذا العلاج بهذه الطريقة حتى ولو لم يتأكد من وجود خطأ".

كما انه من خلال القرار فإن القضاء لم يكلف المدعى بإثبات الخطأ المرتكب من طرف المستشفى بل استغنى عن وجود ركن الخطأ واكتفى بمعاينة وجود الضرر الذي لحق المريض المضروب نتيجة استعمال تقنية طبية حديثة لم تكن نتائجها مضمونة ولا مؤكدة مسبقا، كما أنها لم تكن الطريقة الوحيدة الممكنة للعلاج لان التدخل الجراحي لم يكن مستعجلا .

وفي نفس الاتجاه صدر قرار بتاريخ 1997/11/03⁽¹⁾ عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشاب مهراز الذي أدخل المستشفى من أجل إجراء عملية الختان وهو في الخامسة من عمره. وأثناء إجراء العملية الجراحية تم تخديره بالكامل، غير أن مضاعفات كبيرة لحقت بالشاب المريض، الأمر الذي أدى به إلى الدخول في حالة غيبوبة إلى أن وافته المنية. فاعتبر مجلس الدولة أن المرفق الطبي مسؤول مسؤولية كاملة في هذه الحالة دون الحاجة لإثبات الخطأ، أو حتى البحث في وجوده أو عدمه، ما دامت أن العملية الجراحية تم إجرائها دون توافر الغاية العلاجية، بل كان من أجل ممارسة دينية فقط. ولم يتم تحميل عائلة الشاب مهراز عبء إقامة الدليل على خطأ المستشفى، بل قرر القضاء تحميل المرفق (المستشفى) المسؤولية، والذي لم يكن أمامه إمكانية درء هذه المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضروب بنفسه.

وصدر أيضا قرار عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1993-04-09 يتضمن تحميل المستشفى

مسؤولية كاملة⁽²⁾.

1)- C. E 03/11/1997, JCP, 1998, 11-10016, note MOREAU.

2)- Conseil d'Etat, 09-04-1993, Arrêt BIANCHI: " Après avoir subi un artériographie vertébrale, le patient se réveille avec une tétraplégie et souffre de très importantes douleurs, l'expert judiciaire retient comme cause vraisemblable de cet accident une occlusion secondaire à l'astrogaphie, au niveau de l'artère vasculaire sent la moelle cervicale, provoquée par une petite bulle ou un petit caillot libéré au moment de l'exploration, constituant un risque inhérent a ce genre d'examen. L'expert conclu en disant que l'hôpital n'a commis aucune faute dans l'exécution de l'artériographie.

من خلال قرار مجلس الدولة، فإن العمل الطبي ضرورة عند التشخيص أو العلاج ويكون معروف ولكن تحقيق نتيجة تكون استثنائية ولا يوجد أي مبرر للقول بأن المريض كان باستطاعته ذلك لكن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة لأن العمل الطبي هو السبب المباشر الذي جاء في حيثيات القرار، ويعتبر قرار بيانشي تطوراً مهماً فيما يخص حصول المرضى على التعويض. وقد تم تكريس هذا الاجتهاد فيما بعد بموجب قرار مجلس الدولة في 09-11-1997.

وأمام هشاشة موقف القضاء العادي في مجال المسؤولية الطبية، حاول القضاء الإداري تدعيم مسؤولية المرفق العام، إذ كان يقع عبء إثبات الخطأ الطبي والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر في ظل القضاء العادي على عاتق المريض، وهو الأمر الذي كان يصعب في أغلب الأحيان إثباته. وهذا هو الفارق الواضح بين القضاء الإداري والقضاء العادي، إذ أن القاضي الإداري في مجال الأخطاء الطبية فتقوم المسؤولية إلا إذا كان خطأ جسيم⁽¹⁾. وعن درجة خطورة وقوع ضرر يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب، وإلى غاية 1992 فإن القاضي الإداري بقي متمسكاً باشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية الطبيب في المجال الطبي.

كانت محاولة اجتهاد القضاء الإداري تهدف إلى حصول المرضى على التعويض من جراء الأضرار التي لحقت بهم، دون الحاجة إلى إثبات خطأ الطبيب أو المستشفى. ولتحقيق هذا الهدف، وضع القضاء الإداري في بداية الأمر قرينة المسؤولية، ويظهر ذلك من خلال القرار الذي أصدره بتاريخ 21/05/1996، حيث اعتبر العيادة الخاصة مسؤولة عن العمليات التي وقعت في قاعة العمليات، وبذلك قد تم تأييد قرار بيانشي بموجب قرار آخر صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16/06/1998 (Arrêt BELLEDONE)، وبعدها ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك بموجب القرارات التي أصدرتها بتاريخ 29/06/1999 (Arrêts STOPHYROCOQUES)، والتي جاء فيها أنه يقع على عاتق المؤسسات الإستشفائية التزام بضمان النتيجة، والذي لا يستطيع التخلص منه إلا بإثبات السبب الأجنبي. وأن السبب

1) - Revue marocaine de droit et d'économie. Développent, responsabilité médicale, expertise médicale, 12 et 13 Nov. 1994, N° 32, p 88.

البسيط لوحده، والذي يتمثل في غياب الخطأ لا يكفي من أجل التخلص من المسؤولية الجزائية، بل لابد من إثبات وجود سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور. وقد تم العمل بهذه القاعدة فيما يخص مكاتب الأطباء، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 1999/09/09.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان فعلاً يوجد بين الطبيب والمريض عقد، وأنه يقع على عاتق الطبيب التزام بضمان النتيجة فيما يخص الأدوات التي يستعملها بمناسبة العمل الطبي والتشخيص والعلاج، وأنه يقع على عاتق المريض أن يثبت أن هذه الآلات هي مصدر الضرر، فالطبيب يقوم بتحقيق نتيجة فيما يخص الأجهزة التي يستعملها في العلاج، ولا يمكنه التخلص من المسؤولية الجزائية إلا بإثبات وجود سبب أجنبي، الذي يعتبر السبب في وقوع الحادث.

وفي المقابل، رفض اجتهاد القضاء المدني بصفة قاطعة تحميل الأطباء عبء تعويض ما يخص -L'aléa thérapeutique- ، وهو ما تأكد بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2000/11/08، وهو الاجتهاد الذي تم تجسيده بموجب قانون 2003. وقد جاء هذا القانون من أجل إيجاد حل ووضع قواعد عامة أساسية تتعلق بحقوق المرضى وطبيعة نظام الصحة فيما يخص المسؤولية الطبية.

وقد تم وضع مبادئ للمسؤولية الطبية في هذا المجال، ومنها المبدأ الأول الذي تضمنته المادة 1142 - 1 من قانون الصحة الفرنسي، والتي تتعلق بأصحاب المهن الصحية والمستشفيات العامة والمرافق التي تجرى فيها الأعمال الطبية الفردية للعلاج والوقاية والتشخيص، والذي لا يعتبرون مسؤولين جزائياً إلا إذا ارتكبوا أخطاء، وبذلك قد تم استبعاد المسؤولية بدون خطأ. ويتعين بالتالي إثبات خطأ الطبيب من أجل القول بمسؤوليته. والمبدأ الثاني يتعلق بالمستشفيات العامة والعيادات الخاصة، إذ يتقرر مسؤوليتها كقاعدة عامة بدون حاجة لإثبات الخطأ، إلا في حالة (Infection nosocomale)، حيث لا يمكنها التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. أما المبدأ الثالث فتتعلق بالمسؤولية بدون خطأ عند استعمال مادة فاسدة. ويخص المبدأ الرابع الحوادث الطبية، حيث يتكفل التضامن الوطني بتعويض الضحايا.

المطلب الثالث

مسؤولية طبية فنية بحتة

إذا كان أغلبية الفقهاء، ومعهم القضاء، يعتبرون مسؤولية الطبيب عقدية، ويعتبرون الخطأ الذي يرتكبه الطبيب خطأ عقدياً، فإن مخالفات الطبيب وهو يمارس نشاطه الطبي تعد خطأ مهنياً بالدرجة الأولى⁽¹⁾، وبالتالي فإن المسؤولية التي تنجم عن هذا الخطأ المهني تعد مسؤولية مهنية، وذلك بفضل قواعد مهنة أخلاقيات الطب التي تعتبر العمود الفقري لها، مهما يكن الشكل الذي تفرغ فيه. وهذا ما يدعول دور القاضي الجزائي مقيداً إلى حد كبير.

أصبحت المسؤولية الطبية أكثر تعقيداً بسبب الاكتشافات والاختراعات المذهلة والصعوبات التي لا تزال تواجه الأطباء والأضرار الناجمة عن استخدام الآلات المتطورة والتي لم تكن معروفة من قبل، فضلاً عن تزايد الدعاوى التي ترفع من قبل المرضى أمام المحاكم للمطالبة بالتعويض. وهو الأمر الذي لم يكن يحدث من قبل، وذلك بسبب ضعف أنظمة التأمين، وتخوف المرضى من صعوبات إثبات الخطأ الطبي، وبالتالي قلة فرص الحصول على التعويض. إلا أنه بفضل تطور نظرية تحمل التبعة والتي كان لها تأثيراً كبيراً في الفقه⁽²⁾ والقضاء⁽³⁾ والشريعة، إذ أصبحت التشريعات الوطنية الحديثة تقيم المسؤولية على أساسها في مختلف أنواع النشاطات مثل حوادث المرور، وحوادث المهن الحرة⁽⁴⁾، مثل حوادث مهنة الطب⁽⁵⁾. ثم أن زيادة الوعي لدى المرضى ساهم إلى حد كبير في اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على التعويض، مما

(1) - د. أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1983، ص 377.

(2) - Ach. LARROUMET, L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Recueil Dalloz, 1999, p 37.

(3) - C.E 310577, JCP, 98, p 239.

(4) - د- علي علي سليمان، النظرية العاملة للالتزام، مرجع سابق، ص 159.

(5) - قانون رقم 13/83 مؤرخ في 1983/11/02، يتعلق بالتعويض على حوادث العمل والأمراض المهنية.

فتح الباب أمام إدانة الأطباء مدنيا وجزائيا ومهني، خاصة عندما يتعلق الأمر بمسألة إفشاء السر الطبي الذي يضر بسمعة وشرف وكرامة المريض، فضلا عن الضرر الذي ينجم عنه في المجتمع.

على أن المسؤولية المهنية للطبيب تدرت إلى حد كبير عن التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية. فرغم تكليف المحاكم للمسؤولية الطبية على أنها مسؤولية عقدية وتخضع لقواعدها، إلا أنها تميل إلى تمكين المتعامل مع الأطباء من الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء خطأ الطبيب، وتحمل هذا الأخير كل الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان صراحة، مع إضافة له التزامات أخرى كالالتزام بضمان السلامة والذي يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة. فمحكمة النقض الفرنسية سلكت هذا الاتجاه لما اعتبرت مسؤولية بنك الدم عن الضرر الذي يصيب المتعامل من جراء حقنه بدم فاسد أو ملوث مسؤولية عقدية، فالمرض يمكن أن ينتقل إلى المتلقي⁽¹⁾. وقررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الطبيب الجراح عن الضرر الذي أصاب المريض بفعله أثناء العملية الجراحية، حتى لو لم ينسب للطبيب الجراح أي خطأ⁽²⁾.

وفي الجزائر، وبالرجوع إلى نص المادة 107 من القانون المدني⁽³⁾ والتي تنص: "أن العقد لا يقتصر على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتضمن ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

ولكن الالتزام بضمان سلامة المريض يجد أساسه في الوضع الاجتماعي للمتعاقدين وليس في مستلزمات العقد، وقد نقرر بغرض حماية المريض. ولكن يؤدي زيادة هذا الالتزام إلى مقتضيات العقد إلى تحميل العقد ما لا يحتمل، ويعتبر أمرا مبالغه فيه. وهو الأمر الذي دعا بعض الفقهاء إلى القول بأن النظر إلى المسؤولية والعقد على أساس محدود، يتمثل في إعطاء الدائن المصلحة النقدية التي كان ينتظرها من العقد، والمؤكد أن إقحام الأذرع المكسورة وجثث الموتى في هذه المسؤولية يعد أمرا مصطنعا⁽⁴⁾.

(1)- د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عملية نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 77.

2)- Cass. Civ, 07/01/1977, Note D. THOUVENIR., p 2

(3)- تقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 148 من القانون المدني المصري.

4)- J. CARBONNIER, Le droit civil, les obligations, T 4, p 453.

لا يعترف الفقه والقضاء بأي شرط يلغي أو يقيد مسؤولية الطبيب، رغم أن العقد شريعة المتعاقدين ويشتمل على إمكانية الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها. فطبقاً لقواعد المسؤولية العقدية ليس هناك ما يبرر رفض هذا الشرط، ومع ذلك قرر القضاء التصريح ببطان هذا الشرط في مجالات مهنية عديدة⁽¹⁾.

على أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، ألا يمكن القول أن المسؤولية الطبية لا تخضع للقواعد التقليدية للمسؤولية العقدية أو التصيرية؟ ويرجع السبب في هذا التساؤل إلى أن المسؤولية الطبية لا تنشأ فقط في حالة الإخلال بالتزام عقدي، أو في حالة الإخلال بواجب عام يتمثل في الالتزام بالحياة والحدس والتبصر، بل تنشأ أيضاً في حالة الإخلال بالواجبات المهنية التي نصت عليها قواعد أخلاقيات الطب التي تعتبر مصدراً لالتزامات الأطباء. لا يمكن الوصول إلى ذلك إلا بتحطيم ذلك الجدار القوي والقائم على ثنائية المسؤولية المدنية .

وقد توصل الأستاذ ريبير إلى القول أن القوانين وضعت لكي تطبق على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها⁽²⁾. ومن هنا يمكن القول أنه لا ينبغي أن تترك مسألة تحديد الالتزامات المهنية الطبية على وجه الخصوص لمبدأ حرية التعاقد، لأن قواعد المسؤولية العقدية غير كافية لضمان احترام هذه الالتزامات، وقواعد أخلاقيات الطب وأعرافها هي التي تغطي على هذه الالتزامات. فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها المؤرخ في 27/10/1953⁽³⁾ أن الجراح يعد مخطئاً لإخلاله بالتزام مهني عام .

وهذا ما دفع إلى القول أن المسؤولية الطبية تختلف عن المسؤولية المدنية سواء في تطورها أو في اتجاهها، والسبب يعود إلى اختلاف طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض عن طبيعة العلاقة بين أي مصاب عاد ومن تسبب في خطأ.

(1) - د. محمد عبد الله حسين، مسؤولية المحامي اتجاه العميل، رسالة دكتوراه، النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 280.
(2) - G. RIPERT, Ebauche d'un droit professionnel, 1939, p 678.
(3) - G. MEMETEAU, Le droit médical, Litec, Paris, 1985, p 388.

وفي الجزائر تنص المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب صراحة على أن الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به. كما توجب المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بموجب القانون رقم 90-17 متابعة كل طبيب طبقاً لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق أضراراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته. أما إذا لم يتسبب الخطأ المهني في إحداث أي ضرر، فإن الطبيب لا يخضع سوى للمساءلة التأديبية .

تقوم المسؤولية الجزائية عند مخالفة شخص قاعدة قانونية أمرية أو ناهية يُرتب عليها القانون عقوبة. وبعبارة أخرى، فإن أي شخص يرتكب فعلاً أو يمتنع عن عمل يعتبر في ظل القانون جريمة يترتب عليه متابعة الشخص وتسلط عليه عقوبة. على أن المسؤولية الجزائية تقتضي توافر الإدراك وحرية الاختيار، وبدونهما أو بدون أحدهما لا يكون الشخص أهلاً لهذه المسؤولية. ولكي تقوم المسؤولية الجزائية لا بد أن يتحقق سببها فضلاً عن الإدراك وحرية الاختيار وسببها وهو الخطأ.

إن دراسة الخطأ تقتضي توافر الإدراك وحرية الاختيار، لأن الخطأ يعتبر وصفاً يلحق الإرادة. وقد ينعدم الخطأ ومع ذلك تقوم المسؤولية الجزائية، ومثال ذلك ارتكاب الفعل تنفيذاً لأمر قانوني أو دفاعاً عن النفس أو أداءً لواجب. ويتخذ الخطأ الذي يصدر عن الشخص صورتين. فهو إما أن يكون خطأً عمدياً، ويكون ذلك حين يتوفر القصد الجنائي، أو يكون الخطأ غير عمدي.

المبحث الثاني

جريمة إفشاء السر الطبي

إذا توافرت أركان جريمة إفشاء السر الطبي فإنه يتعين تطبيق العقوبة المقررة لها في المادة 301 من قانون العقوبات⁽¹⁾ التي تنص: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج، الأطباء والجراحون والصيداللة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك."

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أعطى وصفا للجريمة بأنها جنحة، إلا أن مسألة توقيع العقوبة تترك للقاضي حسب ما هو معروض عليه من وقائع. فالطبيب الذي يمارس في المستشفى العام أو في عيادته الخاصة، قد يجد نفسه متهما أمام القضاء الجزائي بسبب الخطأ الذي ارتكبه وهو إفشاء السر الطبي. وحتى تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب ويعاقب جزائيا، فإنه يفترض ارتكاب جريمة، فلا مجال لافتراض المسؤولية الجزائية للطبيب . لأن المشرع لو أراد إعفاء الأطباء من المسؤولية المترتبة على عملهم لنص على ذلك صراحة في قانون العقوبات والقوانين المكملة له وهو ما لم يحدث في أي دولة من الدول ، بل جاءت المواد الخاصة بالمسؤولية بنوعها كلها عامة تنطبق على الطبيب شأنه شأن أي شخص آخر ، وهذا الرأي هو الذي استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والجزائر ومعظم الدول⁽²⁾.

على أنه من بين المسائل التي يتعرض لها القاضي الجزائي بمناسبة النظر في الدعوى المعروضة أمامه، نجد الباعث. لأنه على ضوء ذلك يتحقق من مدى استفادة المتهم (الطبيب) من جنحة إفشاء السر الطبي من وقف التنفيذ العقوبة، أي بظروف التخفيف. ويكون ذلك أساسا حين لا يهدف الطبيب الذي أفشى

(1)- تقابلها المادة 310 من قانون العقوبات المصري، والمادة 355 من القانون العقوبات الأردني والمادة 437 من قانون العقوبات العراقي.

2)- CHAUVEAU ET HELIE : Théorie du code pénal 6ème édition 1887/1908 P 31-92.

السر الطبي إلى الإضرار بالضحية (المريض)، أي التشهير بسمعته ومركزه. فقد يكون الباعث نبيلًا ، فالطبيب الذي ينشر في مجلة علمية سر مريضه من أجل خدمة البحث العلمي.

المطلب الأول أركان جريمة إفشاء السر الطبي

يتطلب لقيام جنحة إفشاء السر الطبي، توفر ثلاثة أركان هي الركن الشرعي، والركن المادي والركن المعنوي .

الفرع الأول: الركن الشرعي

يقصد بالركن الشرعي أن يكون الفعل منصوص عليه في قانون العقوبات أو أحد القوانين الخاصة، ووضع المشرع له عقوبة جزائية. وهذا طبقاً لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات⁽¹⁾ . وهذا ما يدعوننا إلى التعرض للنص القانوني الذي يحكم جريمة إفشاء السر الطبي .

و تجرم التشريعات في كثير من الدول إفشاء الأسرار وتفرض عقوبة جنائية على مرتكب هذه الجريمة ، فالهدف من وراء تجريم إفشاء الأسرار هو صيانة مصالح الأفراد حيث يلجأ إلى الطبيب فيضطرون إلى الإفشاء إليه ببعض الأسرار التي يحتفظون بها لأنفسهم ، فليس كل إفشاء للسر معاقبا عليه ، وإنما يقتصر العقاب على الحالات التي يفشي فيها الأمين سرا أضطر صاحبه إلى إيداعه لديه للاستفادة من خدماته⁽²⁾.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 301 من قانون العقوبات على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك " .

(1) - تنص المادة الأولى من قانون العقوبات : " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون."

(2) - د. محي الدين إسماعيل عالم الدين ، التزام البنوك بسر المهنة في القانون المقارن ، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابع عشر ، العدد الثاني ، أبريل يونيو 1970 ، ص 324.

كما جاء في المادة 34 من دستور 1996 ما يلي⁽³⁾: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحضر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة ".

كما نصت المادة 39 من دستور 96 على ما يلي: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحمي القانون سرية المراسلات والاتصالات الخاصة لكل أشكالها مضمونة ". وتنص المادة 47 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وفق هذا الاعتداء التعويض عما قد يكون قد لحقه من ضرر ".

وتكرس هذه المواد الحماية المباشرة لضمان الحياة الخاصة للأفراد ، فالأمر يتعلق بمسألة دقيقة تخص الحفاظ على خصوصية الحياة الشخصية للمريض والتأكيد القانوني لهذا السر يعتبر نتيجة خاصة للقواعد الموضوعية من قبل الدستور .

وهذا ما أكدته المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب حيث نصت على: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ".

كما نصت المادة 206 من قانون الصحة رقم 85-05 على: " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيداللة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية".

ونصت أيضا المادة 226 من نفس القانون على: " يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ".

ونصت المادة 235 من القانون نفسه على: " تطلق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206/226 ".

وبناء على ما تقدم فإن الالتزام بالسر الطبي مفروض بموجب قانون العقوبات وقانون حماية الصحة ومدونة أخلاقيات الطب ، فأساس الالتزام بالسر الطبي يظهر مهما كانت طريقة ممارسة مهنة الطب ويتعلق الأمر بصفة دقيقة بالحفاظ على خصوصية الحياة الشخصية للمريض وبتفادي أن تصبح العلاقة الطبية فرصة لإعلان أو إفشاء سر ذي طبيعة خاصة ، بحيث يلحق ضررا به وبهذه الصفة.

إن التكريس القانوني لهذا السر يعتبر نتيجة خاصة للقواعد الموضوعية لهذا الدستور⁽¹⁾. فمن المعقول أن يشير القانون بدقة وفي أول درجة إلى الأطباء وأعضاء السلك الطبي ، فالطبيب يعتبر نموذج للشخص الملزم بالحفاظ على السر بحكم وظيفته هذا حتى وعن كان القانون لم يذكره بالاسم

(3)- التعديل الدستوري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96 - 438 المؤرخ في 07/12/1996 الجريدة الرسمية المؤرخة في 08/12/1996 ، العدد 76.

1)- M..M. HANOUS A.R HAKEM, Précis du droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, OPU, Alger, 1992, p 107 .

فإنه لا يوجد أدنى شك بان هذا الالتزام لا يمكن أن ينفصل عن عمله . ومن الأسباب الهامة لوجود السر المهني الطبي هو السماح لكل شخص بأن يثق في طبيبه (2).

فالالتزام بالسر الطبي يحمي المصالح العمومية أو الجماعية ، وكذا سلامة الأسرة ومصالحة الصحة العمومية إلى جانب وضع ثقة المريض في طبيبه ، وهذا ما يظهر بصورة واضحة من كون الالتزام بالسر الطبي من النظام العام ولا يجوز مخالفته ، وفي حالة المخالفة يعاقب الفاعل ، ويجب عليه إصلاح الضرر . وبذلك يكون المشرع الجزائري نص صراحة على جريمة إفشاء السر الطبي، وأعطاه وصف جنحة(1). ويلاحظ على نص المادة 301 من قانون العقوبات أنه جاء بصيغة العموم، وقد تجنب وضع قائمة محددة من أصحاب المهن الطبية، وترك المجال مفتوحا. وهذا هو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي في ظل قانون العقوبات القديم. ولكن رغم عدم وضع المشرع قائمة محددة لأصحاب المهن الطبية، إلا أنه سمى من هم مؤتمنين بالأسرار الطبية، سواء بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة.

ويمكن تصور الشروع في جريمة الإفشاء السر لكنه ليس معاقبا عليه ، والاشتراك متصور فيها ولو كان الشريك لا يحمل الصفة التي يتطلبها القانون في الفاعل(2). ويتم الاشتراك بوسائل منها التحريض أو الاتفاق أو المساعدة على تنفيذ الجريمة.

فيعتبر الأمين على السر فاعلا أصليا في جريمة إفشاء السر ويعتبر من تلقى منه الخبر شريكا بالاتفاق أو التحريض ، ويجوز مسألتته على هذا الأساس إذا توافرت في حقه شروط الاشتراك(3). فيتعين أن يتضمن حكم إدانة الطبيب الذي أفشى سرا من أسرار في تسبب الحكم حتى تتمكن المحكمة العليا من كون الواقعة تعتبر سرا يتعين كتمانها وأن يتضمن أيضا المهنة التي يمارسها الشخص الذي قام بفعل الإفشاء لمعرفة ما إذا كان يدخل في قائمة الذين يعتبرهم القانون أمناء على الأسرار وأن يوضح في الحكم ما يفيد أن هذا السر قد وصل إلى الأمين عن طريق ممارسته لمهنته لا عن طرق آخر(4).

الفرع الثاني : الركن المادي

لكي يتحقق الركن المادي لجريمة إفشاء السر الطبي لا بد من توافر ثلاثة عناصر هي السر الطبي، وفعل الإفشاء، والأمين على السر (صفة الجاني).

2) - Ibid, P 108.

1) - المادة 5 من قانون العقوبات الجزائري التي تتعلق بتكليف الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات.

2) - ماروك نصر الدين، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، بحث مقدم للمعهد الوطني للقضاء بالجزائر ، بدون تاريخ ، ص 16.

3) - د. منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدادلة ، بدون طلعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1989، ص 176.

4) - د. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980، ص 495.

يتخذ الخطأ نوعين: الأول يقتصر فيه القانون على مجرد وقوع الفعل المادي المكون للجريمة دون أن يتطلب إهمالا وهو ما يسمى بالجرائم العادية. فهي لا يشترط فيها إلا توجه الإرادة نحو ارتكاب الفعل. والثاني يتحقق في جرائم الإهمال، حيث يريد الجاني الفعل ولا يرغب في النتيجة، ولكن رغم ذلك حصل إثر تصرفه نظرا لعدم اتخاذه ما يلزم من الحيطة لتفادي النتيجة⁽¹⁾.

على أن القاضي الجزائي وهو بصدد تكييف الخطأ، يبحث في مدى تطابق الفعل مع الوصف القانوني، سواء تعلق الأمر بمخالفة أو جنحة أو جناية. وقصد الوصول إلى ذلك، فإنه يعتمد على خمس معايير قانونية. وهذا خلافا للمسؤولية المدنية، والتي يعتبر فيها تحقق الخطأ كافيا لقيامها⁽²⁾. وقد ظل الفقه والقضاء يأخذ بهذه المعايير الخمسة، وهي الإهمال، والرعونة، وعدم الاحتياط، وعدم الانتباه، وعدم احترام اللوائح والأنظمة.

على أنه بالرجوع إلى قانون العقوبات، يلاحظ أن المشرع لم يحدد للخطأ بصفة دقيقة، بل اكتفى بذكر خمسة صور من السلوكات التي يمكن من خلالهما أن يتحقق الخطأ، وهذا ما يظهر من نص المادة 288 من قانون العقوبات التي تنص: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونة أو عدم احتياطة أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته للأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 دج إلى 20 000 دج" وتتص المادة 289 من قانون العقوبات على أنه: "إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز 03 أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

و من خلال نص المادة 288 نستخلص أن المشرع ذكر خمس صور للحوادث التي تقع من غير قصد ولا تعمد وهي: الإهمال، وعدم الانتباه، والرعونة، وعدم الاحتياط وعدم مراعاة القوانين والأنظمة

(1)- د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، مصر، ص 130 وما بعدها.

2)- Etude de M^{me} Isabelle FERRARI. Internet.

والأوامر. وإن كان بإمكان وضع معنى معين تقريبي لكل صورة من هذه الصور إلا أنه ليس سهل بان نضع حدود دقيقة للتفرقة بينهما ومنع تداخل بعضها في البعض الآخر واختلاطها أحياناً⁽¹⁾.

فالرعونة: تعتبر ترجمة غير دقيقة لكلمة (maladresse) الواردة في النص الفرنسي لأنها تفيد معنى الطيش والخفة والمراد هنا هو عدم الحذق والدراية . فهو تصرف من الشخص على نحو ينبغي فيه الحيطة والحذر وبالتالي فهي تتميز بعامل الاندفاع وتطبق هذه الصورة على أصحاب المهن الفنية الذين تتقصم الخبرة الفنية الأزمنة ومنهم الطبيب والصيدلي⁽²⁾.

عدم الاحتياط: تتمثل هذه الحالة في أن الفاعل يعرف عمله قد يحدث نتائج ضارة ولكنه يستمر في القيام بذلك الفعل⁽³⁾. كالطبيب الذي يجري علاجاً بالأشعة بواسطة الأجهزة التي يعرف بأنها معيبة⁽⁴⁾. أو يجري جراحة كاملة حيث كانت تكفي الجراحة الجزئية من غير الاستعانة بالأدوات اللازمة لإجراء تلك العملية ، وعلى الرغم مما لاحظته على المريض من أعراض كانت تستدعي تأجيل العملية .

عدم الانتباه والإهمال: صورتان من صور الخطأ متشابهتان في أن كلا من الصورتين ينشأ من موقف سلبي أو عن تصرف سلبي يستوجب القانون فيه اتخاذ الحيطة والحذر حتى يتمكن الشخص من منع نتيجة ضارة ، وتتوفر هاتان الصورتان في تلك الأعمال التي هي على درجة معينة من الخطورة بحيث يستلزم في من يقدم على القيام بها في إتحاد وائل العناية الكافية ومثال على ذلك الجراح الذي يترك في الجسم بعض الأشرطة في بطن المريض⁽⁵⁾.

عدم مراعاة الأنظمة: وهذه الصورة اعتبرها قانون العقوبات صورة قائمة بذاتها يترتب عليها مسؤولية المخالف عن ما ينشأ من الحوادث بسببه ولو لم يقع منه أي نوع من أنواع الخطأ وذلك لأن مخالفة

(1) - على أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، سنة 1948 ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، ص 603 .

(2) - علي بدوي ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ، الجزء الأول ، مطبعة نوري ، القاهرة ، 1938 ، ص 377.

(3) - د. محمد مصطفى القليلي ، المسؤولية الجنائية ، سنة 1944 - 1945 ، ص 219.

(4) - TR.AIX, 22/10/1906, Dalloz , 41-2-1907.

(5) - د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951، ص 351.

الأنظمة السارية يعتبر خطأ في حد ذاته ، وتشمل هذه الصورة مواد المخالفات الواردة في قانون العقوبات إضافة إلى ما تصدره الجهات الإدارية من لوائح وكذا القوانين المختلفة التي تسن لحماية المجتمع سواء كانت تلك الحماية الخاصة بالصحة العامة أو بالصناعات المختلفة ولا حاجة لإثبات الإهمال أو الرعونة في هذه الصورة .

أما فيما يخص تطبيق المعايير الخمسة المذكورة أعلاه في مجال إفشاء السر الطبي، فإن القاضي الجزائي يقوم بتكييف الخطأ، بمناسبة نظر الدعوى المطروحة أمامه، بالاعتماد عليها معتمدا في ذلك على المادتين 288 و289 من قانون العقوبات. وذلك خلافا لأحكام المسؤولية المدنية للطبيب، حيث يكفي الخطأ البسيط لوحده لقيامها. أما في إطار المسؤولية الجزائية فإن الخطأ البسيط لا يكفي لوحده. ومن هنا يتضح دور القاضي الجزائي الذي يعتمد على المعايير الخمسة. على أن الأخطاء الطبية التي يعاقب عليها جزائيا هي التي تحدث وتقع بمناسبة النشاط الطبي أو المراقبة الطبية، ولاسيما إفشاء السر الطبي. والنسبة للإهمال وعدم الانتباه، فإنه لا يمكن تصورهما بشأن إفشاء السر المهني، لأن الطبيب يمكنه أن يثبت خلاف ذلك، وأنه قام باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السر الطبي.

أما بالنسبة لعدم الاحتياط، فإنها تعتبر الصورة الأقرب إلى مسألة إفشاء السر الطبي، لأنه لا يمكن أن نتصور أن الطبيب يكون على قلة أو عدم الاحتياط في مسألة الحفاظ على السر الطبي، وبالتالي يقدم على إفشائه. وإن كان بإمكان الطبيب في هذه الحالة أن يحول دون إفشاء السر الطبي لو تصرف بحذر أو تعقل. أما مسألة عدم احترام اللوائح والأنظمة فإنه يمكن تصورها لأن الطبيب الذي يفشي السر المهني يكون قد أخل باللوائح والأنظمة، وبالتالي تقوم مسؤوليته الجزائية.

ولكن من وجهة نظرنا فإن الصورة الأكثر دقة، وهي عدم أخذ الطبيب الاحتياطات الضرورية قبل أو أثناء أو بعد علاج المريض. فالطبيب الذي أفشى أسرار المريض التي ائتمن عليها نتيجة عدم احتياطه، يقدم على ارتكاب جريمة إفشاء السر الطبي التي يعاقب عليها القانون.

والمقصود بالسر المهني في المجال الطبي، هو السر الذي يتعلق بمرض شخص معين، والذي يطلع عليه الطبيب ومن يعملون في الحقل الطبي، كالتبيب والصيدلي والقابلة والممرض⁽¹⁾. والسر من هذه الزاوية يعتبر أمانة يجب الحفاظ عليها.

سبق الإشارة إلى أن المشرعين الجزائري والمصري والفرنسي لم يضعوا تعريفا للسر الطبي، وقد تركوا هذه المهمة للفقهاء والقضاء.

فالسر الطبي هو كل أمر أو واقعة أو خبر يصل إلى علم الطبيب، سواء أفضى إليه المريض أو الغير، أو علم به نتيجة شخص أو شخصين أثناء أو بمناسبة مهنته. ويستوي أن يعلم الطبيب بالمعلومة بنفسه أثناء ممارسته الكشف والفحص والتشخيص⁽²⁾، أو أن المريض هو الذي أخبر بهذا الخبر وأودع لديه هذا الخبر أو المعلومة.

فليست كل واقعة أو معلومة يسر بها المريض إلى طبيبه أو تصل إلى علمه نتيجة قيامه بالفحص والكشف والتشخيص، تعتبر من قبيل السر المهني الذي يحظر على الطبيب إفشائه فلكي تعد الواقعة أو المعلومة سرا يجب أن تتوفر فيها الشروط التي ذكرتها المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري .

فالمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري لا تقتصر على التجريم الصريح لإفشاء السر لكنها تشير أيضا إلى الشروط القانونية الواجب توفرها لتكون أمام السر الطبي المشمول بالحماية القانونية فلا يكفي أن تكون هناك أشياء خاصة بالمريض والتي إفشائها يكون مصدر ضرر عليه بل يجب أن تكون هذه الخصوصيات محل إفشاء من طرف شخص مؤتمن بسبب وظيفته، لأن للوظيفة دور أساسي⁽³⁾.

وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، نجد أن المادة 1/206 تنص : " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدلة " .

وتجدر الإشارة إلى أن السر الطبي لا يقتصر على المعلومات الخاصة بنوع المرض أو الإصابة التي يعاني منها المريض أو العلاج، وإنما يشمل كل ما يتصل بالعمل الطبي من فحص أو تشخيص أو إجراء التحاليل والأشعة. أما المعلومات والبيانات التي تتعلق بالعمل الطبي ذاته فلا

(1)- د. عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، بحث فقهي مقارنة الطبعة الأولى، 1993، مطبعة الإسكندرية، ص 5.

(2)- د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص 243 و 244.

(3)- M..M. HANOUS A.R HAKEM, Précis du droit médical, op. cit., p 109.

يضفى عليها المشرع صفة السر، ومن ثمة لا تعد من الأسرار الطبية التي تترتب عن إفشائها المسؤولية الجزائية للطبيب.

على أنه من وجهة نظرنا، فإن ترك مسألة السر الطبي بدون تحديد وضوابط قد يفتح المجال واسعا لإفلات الطبيب من المسؤولية الجزائية، وبالنتيجة يتم إفشاء السر الطبي للمريض من طرف الطبيب ويصعب إثبات ذلك. وبذلك يفقد المريض الثقة التي أودعها فيه. ثم أن مسألة حصر السر الطبي في الطبيب وجراح الأسنان والصيدلي تعتبر مشوبة بالقصور، فهناك فئات أخرى من الأطباء، والتي تطلع على أسرار المريض، سواء بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة، ومن بينها مساعد الطبيب، والممرض، والكاتب وكذا المخبري الذي يجري التحاليل الطبية ويقوم بالتعليق عليها ويقدم على أخذ الأشعة الخاصة بالمريض والتي تثبت كل ما يعاني منه من أمراض، وهو الذي يدعو إلى التفكير في تعديل جديد يتماشى مع هذه المعطيات للحفاظ على السر الطبي .

و بالرجوع إلى نص المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب والتي تنص على : " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه مهامه".

فحسب المادة المذكورة أن هناك وسيلتين للعلم بالسر الطبي ، وبالرجوع إلى المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري فإن الأصل في علم الطبيب بالسر يكون عن طريق إيداعه لديه من قبل المريض ولا يشترط أن يطلب من الطبيب صراحة كتمان السر بل يكفي أن يتوافق ذلك مع إرادته الضمنية أو المفترضة كما لا يتطلب القانون في مودع السر أن يكون ذا أهلية قانونية أو أن يكون العقد الذي يربط بين الطبيب وعميله صحيحا ، فالطبيب الذي يعالج طفلا أو مجنون أفضى إليه ببعض أسرارهم يلتزم بكتمانها⁽¹⁾.

توالت الأحكام القضاء الفرنسي على أن من يخضع بالالتزام بالكتمان يلتزم بالصمت الكامل ليس فقط بالنسبة لما أودع لديه ولكن كذلك بالنسبة لكل ما كان في استطاعته بسبب ممارسته لمهنته أو بمناسبتها أن يراه أو يسمعه أو يفهمه أو يستنتجه⁽²⁾.

يكون الإفشاء بالسر الطبي، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، شفويا أو كتابيا، أو عن طريق إعطاء للغير شهادة لما يعاني منه الشخص من مرض. على أن أهم وسيلة تستخدم في إفشاء

(1) - ماروك نصر الدين، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، بحث مقدم للمعهد الوطني للقضاء بالجزائر ، بدون تاريخ ، ص 08.

(2) - د. أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، العدد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 243.

السر المهني، هي النشر في الصحف والمجلات العلمية والوسائل الخاصة والشهادات الطبية⁽¹⁾. وحسب المشرع الجزائري فإن إفشاء السر في غير الحالات القانونية يعتبر جريمة يعاقب على ارتكابها طبقا لأحكام المادة 301 من قانون العقوبات.

جاء النص بصفة العموم، ولم يضع المشرع تحديدا للوسائل التي تستخدم في العصر الحالي في إفشاء السر الطبي، فقد يتم عن طريق الانترنت والكتابات الإلكترونية. وكثيرا ما يطلع الأطباء على المعلومات الطبية الجديدة، ويقومون بكتابة الأبحاث العلمية ويتولون نشرها في مجلات علمية وعبر الانترنت، وذلك بهدف نشر ثقافة طبية للصالح العام، وفي خدمة العلوم الطبية وتطويرها بما يتمشى مع الأمن العام.

على أنه لا ينبغي أن يسمح بالبحث العلمي بصفة مطلقة ودون وضع ضوابط، لأن الأمر يتعلق بمسألة بالغة الأهمية وهي السر الطبي، والتي يجب الحفاظ عليها من الإفشاء، عن طريق عدم ذكر هوية المريض والمرض الذي يعاني منه، حتى لا يصبح محلا للتشهير، والذي يؤثر بدوره سلبا على سمعة وكرامة المريض. والمادة 39 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبيب تنص: " يجب أن يحرص الطبيب أو الجراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرض الموجودة بحوزته من أي فضول". كما تنص المادة 40 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان، عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية، على عدم كشف هوية المريض".

ولكن هناك مشاكل أثارت جدلا بشأن مدى جواز الإفشاء بالسر الطبي، ولاسيما مدى جواز قيام الطبيب بإعلام رب العمل بالحالة الصحية للعامل، وعن قدراته على أداء عمله أو الاستمرار فيه، والتي ينبغي أن يعلم بها علما كافيا⁽²⁾.

لقد استقر الرأي في الفقه الفرنسي على أن طبيب العمل ليس ملزما بالسر المهني عندما يعمل كطبيب مراقب للشركة وليس كطبيب معالج.

وهو الأمر الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية في مجال هذه التفرقة بين الطبيب المعالج والطبيب المراقب. وهذا عندما دعي طبيب كلية للكشف على أستاذ وحرر الطبيب تقريرا طبيا عن الحالة الصحية للأستاذ وقدمه إلى مدير الكلية ليقرر ما إذا كان يمكن إعادة الأستاذ إلى وظيفته، وعند قدم الطبيب إلى المحاكمة بتهمة إفشاء السر، قضت المحكمة بأنه لا وجه لمسائلة الطبيب لأنه لم يعمل بصفته طبيبا معالجا للمريض⁽³⁾.

(1) - ماروك نصر الدين، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، مرجع سابق، ص 12.

2) - Bulletin d'ordre national des médecins septembre, 1973, 5296.

3) - Cass. 19 janv. 1914, D.P, 1919- 1 – 58, Paris médicale 20 Sept, 1930.

أنا إذا لجأ المريض إلى الطبيب لقصد علاجه وتخفيف آلامه فيجب على الطبيب كتمان السر الذي تلقاه بهذه المناسبة⁽¹⁾.

و هناك حكم للقضاء الفرنسي بتاريخ 1965/01/08 بخصوص طبيب لشركة طياران قام بالكشف على طيار وأوضح في تقريره الذي قدمه إلى إدارة الشركة أن الطيار مصاب حالة nevro patie وأنه لا يجوز تحميله مسؤولية الطياران . واعتبرت المحكمة أن الطبيب قد أفشى بذكره العلة المرضية، سرا مهنيا. وكان ينبغي أن يقصر رأيه على عدم أهلية الطيار لقيادة الطائرات وتم تأييد هذا الاجتهاد بقضاء محكمة النفوس الفرنسية التي اعتبرت أن كل تعليل طبي تتضمنه شهادة الطبيب إفشاء للسر الطبي⁽²⁾.

و إذا كان طبيب العمل مصرح له بإخطار الإدارة بنتيجة فحصه عن مدى صلاحيات الموظف للعمل أو الاستمرار فيه ، إلا أن الفقهاء في فرنسا أجمعوا على أن الشهادة المقدمة منه يجب على أن لا تكون مسببة .فليس لطبيب العمل أن يذكر فيها أسباب عدم صلاحية العامل وإلا اعتبر مفشي لسر المهنة ، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء بشأن بعض الأمراض المهنية في القانون الفرنسي . و من بين هذه الأمراض التي يتعين الإبلاغ عنها ، التسميم ، الاختناق بالرصاص⁽³⁾.

أما القانون الجزائري نص على إبلاغ حوادث العمل والأمراض المهنية كما هو منصوص عليه في المادة 98 - 76 من قانون حماية الصحة وترقيتها. إن طبيب العمل يلتزم بالتبليغ عن الأمراض المهنية التي يعلم بها خلال ممارسته لعمله والمحدد بقرار وزاري مشترك بين وزير العمل ووزير الصحة العمومية ووزير التضامن الاجتماعي. ومن جهة أخرى فعلى طبيب العمل عند معالجة مريضه إثر إصابة عمل ، أن يحرر شهادة طبية من نسختين مبينا حالة المريض فيها وأسباب الحادث والنتائج المترتبة ، وترسل إحدى النسختين إلى صندوق الضمان الاجتماعي وأخرى تسلم للمريض ، وتحرر شهادة طبية أخرى عند شفاء المريض وعلى الطبيب أن يقوم بإبلاغ مفتشية العمل عن أي مرض يعتقد بأنه جاء بسبب المهنة⁽⁴⁾.

وبخصوص الأمين على السر، أي صفة الجاني، فقد ذكرت المادة 301 من قانون العقوبات الأشخاص الملتزمين بالسر الطبي وهم الأطباء والجراحون والصيداللة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة.

يشترط المشرع الجزائري صراحة أن يكون من أفشى السر الطبي طبيبا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة، أو شخصا تم ائتمانه بالسر بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة. بمعنى أنه

(1)- د. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980، ص 628.

(2)- G.B. CHAMMARD et P. MONZEIN , La responsabilité médicale , Paris 1974, P 227-228.

(3)- د. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980، ص 630.

(4)- M..M. HANOUS A.R HAKEM, Précis du droit médical, op. cit., p 113 .

أولى اهتماما كبيرا لمهنة الجاني، إذ لولا مهنته لما اضطر المريض إلى اللجوء إليه للبوح له بأسراره أو الكشف عنها أمامه. ولهذا يطلق عليهم وصف الأمانة بحكم الضرورة أو الاضطرار⁽¹⁾. وقد عرف قارو الأمانة الضروريين بقوله: " هم أولئك الذين يضطر الناس إلى التوجه إليهم لعدم الاستغناء عنهم وهم مطمئنين إلى التزامهم بحفظ السر⁽²⁾."

تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يضع قائمة محددة بالأشخاص الذين يلتزمون بالحفاظ على السر المهني، وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالمفهوم الواسع لمفهوم السر المهني، مثله مثل المشرع الفرنسي في ظل المادة 378 من قانون العقوبات القديم.

طبقا لنص المادة 301 من قانون العقوبات فإن الطبيب لا يحضر عليه إنشاء الأسرار المعهودة إليه إلا إذا تعلق الأمر بالسر المهني أي إذا تعرف على السر أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها.

أما إذا تلقى الطبيب أسرار من شخص آخر في غير حالات ممارسة المهنة أو أن تلك الأسرار لا علاقة لها بالمهنة أو الوظيفة فإن ذلك السر لا يبقى سرا مهنيا وأن إفشاه لا يرتب المسؤولية.

فالتبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة أو أي شخص تم ائتمانه بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة فإذا تعرف بالسر أي حصل على المعلومة أثناء مباشرته لمهنته أو بسببها أو أن يكون من شأن طبيعة مهنة الطبيب الإطلاع عليها ، كما يستوي أن يكون المريض هو الذي كشف عنها وهو ما يعرف بالسر الاتفاقي ، أو أنه اكتشفها من تلقاء نفسه وهو ما يعرف بالسر بطبيعته ، إذن يشمل الالتزام بالسرية تلك الأسرار التي عهد بها أصحابها إلى الأمين على السر ، كما يشمل كافة الأسرار التي اطع عليها الطبيب بحكم مهنته .

لقد استقر الفقه الفرنسي على أن الطبيب لا يعتبر ملزما بكتمان السر الذي لا صلة له بمهنته ، فلو سمع الطبيب مريضه يتحدث عن سر من هذا النوع فإنه يكون حر في إفشائه دون أن يكون مسؤولا عن الإخلال بهذا الالتزام إذ يجب في سر محل الحماية أن يكون على علاقة مباشرة بالمهنة⁽³⁾.

فغالبية الشراح ذهبوا إلى تأييد هذه الفكرة ، فما يعلمه الطبيب عرضا من أسرار خارج عن مهنته وبوصفه شخصا عاديا وليس بوصفه طبيبا لا يلزم القانون كتمانها وإذا كان الطبيب قد أبلغ على سر من أسرار الغير لصفته الشخصية كان يكون من أحد أصدقاء السر فإنه لا يعد ملتزما بالسر طبقا لنص المادة

(1) - السعيد كامل، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 235.

(2) - سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، 1988، ص 231.

(3) - د . محمود محمود مصطفى ، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول ، السنة الحادي عشر ، مكتبة فتح الله ، مصر ، 1941 ، ص 661.

301 من قانون العقوبات بل بالتزام فقط بواجب الكتمان الذي قد يولد مسؤولية تقصيرية إذا توفرت باقي شروطها⁽¹⁾.

فالأمين على السر يلتزم بالمحافظة على السر إذا علم به بسبب الوظيفة ، أما إذا علم به مناسبة وظيفته أي أن الطبيب قام بكشف المعلومة ليس أثناء مباشرته لمهنته ولا بسببها بل بمناسبةها فهنا تكمن الصعوبة ، ذلك أن العلاقة التي تربط الوظيفة أو المهنة مع السر مع العلم بالسر أضعف من العلاقة في حالة العلم بالسر أثناء الوظيفة أو بسببها ، فإذا تحقق العلم بمناسبة الوظيفة فنكون أمام حالة ذات طابع عرضي وهذا يتحقق إذا رافق الطبيب العامل بالمستشفى سيارة الإسعاف إلى منزل المريض وإسعافه ونقله إلى المستشفى ، وأكتشف مادة مخدرة في ملابسه أو إذا رأى الطبيب شخص يمزق وصية أثناء زيارته لمريضه⁽²⁾. وإذا كانت العلاقة تبدو قوية بين مهنة الطبيب والمعلومات الوقائع التي يتعرف عليها أثناء ممارسته لمهنته وأن تلك العلاقة تبقى قائمة وعن كانت أقل وضوحا بالنسبة لحالة العلم بالسر بسبب المهنة ' فإنه على العكس تبدو هذه العلاقة عرضية في الحالات التي يعلم فيها الطبيب بالوقائع والمعلومات بمناسبة المهنة⁽³⁾.

على أن السؤال الذي يمكن أن يطرح في هذا الصدد. هل يلتزم طلبة كلية الطب بالمحافظة على السر الطبي، أم أنهم معفيين من هذا الالتزام ؟ لقد أثار هذا التساؤل نقاشا في الفقه. فقد ذهب رأي إلى القول بإعفاء طلبة الطب من مسؤولية الالتزام بالسر الطبي على أساس أنهم لم يذكروا صراحة ضمن الأمناء على السر المنصوص عليهم في القانون، ولكن هذا لا يعفيهم من المسؤولية بصفة مطلقة، بل يمكن مساءلتهم مدنيا عن الأضرار التي تترتب عن إفشاءهم السر الطبي. ويذهب رأي آخر إلى القول بمسؤولية طلبة كلية الطب جزائيا إذ هم أقدموا على إفشاء السر الطبي، استنادا إلى أن طلبة الطب هم أطباء الغد ويقع على عاتقهم الالتزام بكتمان السر الطبي.

ومن جانبنا نرى أنه لا يمكن إعفاء طلبة الطب من المسؤولية الجزائية من الالتزام بإفشاء السر الطبي، لأنهم أدو قسم أبي قيراط قبل أدائهم مهنة الطب، ثم أنهم يطلعون على أسرار المرضى بحكم نشاطهم الطبي، فلا يعقل أن يسمح لهم بإفشاء السر الطبي.

ثم أن طلبة الطب يحصلون على شهادة تسمح لهم بممارسة الطب، وقد التزموا بواجب الحفاظ على السر الطبي وهذا حفاظا على مصلحة المريض. وفي هذا الصدد تنص المادة 226 من قانون

(1) - محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، القاهرة، 1988، ص 38.

(2) - د. علي حسين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، بدون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 257.

(3) - د. سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980، ص 171.

حماية الصحة وترقيتها: " يجب على مساعدي الطبيب أن يلتزموا بالسر المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك الأحكام القانونية ".

ويقع على الطبيب أو الجراح أن يحرص كل الحرص على تنبيه الأعوان أو مساعدي وطلبة الطب بضرورة الحفاظ على السر الطبي واحترام قواعد مهنة الطب، طبقاً لمدونة أخلاقيات مهنة الطب.

ويبقى الطبيب ملزماً بالحفاظ على السر الطبي بعد تركه لمهنته طالما أنه توصل إليه بحكم وظيفته، خلاف الوضع لو علم بالسر بعد اعتزاله المهنة حتى ولو كان بسبب الثقة التي تربطه بماضيه المهني⁽¹⁾.

وثار سؤالاً بشأن الأطباء البيطريين، مفاده هل هم ملزمين بالسر المهني أم لا ؟ وقد انقسم الفقه بشأن الإجابة عن هذا السؤال. ففي حين يرى البعض⁽²⁾ أنه لا ضرورة لتحميل الأطباء البيطريين بواجب الحفاظ على السر الطبي لأنهم لا يحملون أسراراً طبية يمكن أن يعاقب عليها القانون، يري البعض الآخر⁽³⁾ أن الأطباء البيطريين يخضعون للقانون شأنهم في ذلك شأن الأطباء، إذ يكمن للطبيب البيطري أن يتحصل على معلومات من شأن إفشائها إلحاق الضرر بمصلحة العميل. فضلاً على أن ظهور الأمراض المعدية عند الحيوان والتي يمكنها أن تنتقل إلى الإنسان، ووقوع على عاتق الطبيب البيطري واجب الإبلاغ عنها، حفاظاً على أمن المجتمع.

الفرع الثاني : الركن المعنوي

تعتبر جريمة إفشاء السر الطبي من الجرائم العمدية، وترتكز بالتالي على ركنها المعنوي الذي يتخذ صورة القصد الجنائي. الذي يقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بذلك⁽¹⁾، وتوجه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بكافة أركانها القانونية، أو هو عالم بعناصر الجريمة ولا تقوم بدون قصد جنائي⁽²⁾.

(1) - السعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 233.

(2) - محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، القاهرة، 1988، ص 233.

(3) - سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، 1988، ص 163.

(1) - د. توفيق عبيد جمعة، رسالة ماجستير، 1992، ص 25.

(2) - د. محمود صالح العادلي، التقارير الطبية والمسؤولية الجنائية عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 58.

ويظهر من ذلك أن القصد الجنائي هو علم بالسلوك، سواء كان فعلا أو امتناعا، لكل واقعة تعطيه دلالة الإجرامية وعلم بالنتيجة التي تترتب عنه، سواء كانت ضرارا أو خطرا⁽³⁾.

يعرف قانون العقوبات القصد الجنائي بأنه النية، وهي إرادة الفاعل التي تتجه إلى ارتكاب الجريمة. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد نص صراحة على ضرورة توافر الإرادة، ولكن في المقابل لا يشير صراحة إلى علم الفاعل بارتكاب الجريمة التي تصدر عنه.

على أنه بالرجوع إلى المادة 41 من قانون العقوبات، نجدتها تنص: " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي".

على أنه من المتفق عليه فقها أن الصورة الأكثر وقوعا في أغلب الأحيان هي الصورة العمدية. والمشرع الجزائري ينص صراحة على الصورة العمدية ويؤكد على ضرورة تشديد العقوبة المقررة لها. ويظهر ذلك من خلال المادة 4/264 من قانون العقوبات، والتي تنص: " إذا أفضى الجرح الذي ارتكب عمدا إلى الوفاة دون قصد إحداثها يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ". وتنص المادة 269 من قانون العقوبات: " كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا يتجاوز سنه السادسة عشر أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج".

وبالرجوع إلى مسؤولية الطبيب جزائيا عن جريمة إفشاء السر الطبي، فإن المشرع الجزائري ينص في المادة 301 من قانون العقوبات: " الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنون بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك".

(3)- رائد كامل خير ، شروط قيام المسؤولية الجزائية للطبيب ، الطبعة 2004 ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ص 16.

إن الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة أو كل شخص بحكم عمله الدائم أو المؤقت، والذي يقدم على إفشاء السر الطبي، يعاقب على جريمة إفشاء السر المهني. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتبر أن جريمة إفشاء السر الطبي تعتبر خطأ، وهو ما يوحي أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب يعتبر عمدياً لأن المادة 301 من قانون العقوبات جاءت بصيغة العموم. وبذلك يمكن وصف خطأ إفشاء السر الطبي بأنه عمدي، إذ أن الطبيب أو من في حكمه والذي يقدم على فعل إفشاء السر الطبي يكون قد ارتكب خطأ مهنياً بالدرجة الأولى، إذ لا يتصور أن لا يقصد منه ارتكاب فعل إفشاء السر الطبي لأن الأمر يتعلق بمهني يقدم على فعل وهو عالم بأركان وعناصر الجريمة والعقوبة المترتب عليها.

على أنه يلاحظ في العمل اليومي أن الجرائم العمدية هي السائدة في المجتمع والشائعة الوقوع، وتعتبر الأشد عقوبة، لأنها تكشف عن دوافع الغدر والعدوان عند مرتكبيها، وتبين خطورة الإجرام عند مرتكبيها، فضلاً عن أنها تمس بكيان المجتمع بأسره. ولعل دورات محكمة الجنايات التي تتعدى عبر مختلف مجالس القضاء الجزائري مكتظة بهذه الجنايات.

أما الصورة الثانية، وهي جريمة الخطأ غير العمدي، فهي عادة تقع خارج إرادة مرتكبيها، ولا تتسم بأي دافع عدواني أو إجرامي.

فهي جريمة لا تقوم على الخطأ وحده، حتى لو كان الخطأ جسيماً، لأن جسامته الخطأ لا ترقى به إلى مصاف القصد⁽¹⁾. ومن أجل ذلك لا يعاقب القانون جزائياً من يفشي سرا نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط في المحافظة عليه. ومثال ذلك نسيان طبيب ورقة كشف فيها ملاحظات خاصة بأحد مرضاه في مكان ما، فيطلع عليها شخصاً آخر بطريق الصدفة.

لا تتحقق جريمة إفشاء السر إلا إذا كانت عمدية، لأن المشرع اشترط توفر القصد الجنائي فيها. إلا أن ذلك لا ينفي قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن الأضرار التي تسبب فيها نتيجة إهماله أو عدم احتياطه⁽²⁾ إذا كان في استطاعته تجنب هذا السلوك لو التزم بالحيطة والحذر.

(1) - سلامة السعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 235.

(2) - حسين محمود نجيب، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1952، ص 744.

تقوم جريمة إفشاء السر الطبي على عنصرين هما العلم والإرادة، ويقتضي عنصر العلم أن يكون الطبيب عالماً بأن للواقعة صفة السرية، وأن لهذا السر طابع مهني وأن مهنته هي الأساس في علمه بهذا السر. أما الإرادة فتعني اتجاه إرادة الطبيب إلى فعل الإفشاء وإلى النتيجة التي تترتب عنه، أي أن تتجه إرادته إلى إتيان الفعل الذي من شأنه أن يعلم الغير بالواقعة.⁽³⁾

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل تتطلب جريمة إفشاء السر قصداً جنائياً خاصاً، أي نية الإضرار بصاحب السر، أم يكفي لتحقيقها توفر القصد الجنائي العام؟

كانت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر، تشترط نية الإضرار. ويظهر ذلك من خلال الحكم الذي أصدرته بتاريخ 1897/07/23 في قضية كريستيان، حيث ذكرت أن المادة 378 من قانون العقوبات وردت في باب القذف والسب، وهاتين الجريمتين تستلزمان نية الإضرار. وما دامت جريمة إفشاء السر وردت في باب واحد مع الجريمتين المذكورتين، فإن المشرع قصد من تجريم الإفشاء حماية صاحب السر، فإذا لم يتوفر قصد الإضرار كان ذلك دليلاً على انعدام أهميته بالنسبة لصاحب السر.

إلا أن القضاء الفرنسي عدل عن هذا الموقف على أساس أن اشتراط نية الإضرار للعقاب ستؤدي لا محالة إلى إفلات الكثير من حالات الإفشاء من العقاب. وقد صدر حكم واتلي سنة 1885 أكد أن المادة 378 من قانون العقوبات يعتبر نص عام ومطلق يجب تطبيقه على إفشاء السر المهني حتى لو لم يتوفر لدى الفاعل قصد إلحاق الأذى والضرر، لأن هدف المشرع من تشريع النص هو تأكيد الثقة الواجبة في بعض المهن وتوفير الطمأنينة لمن يضطر إلى الإفشاء بأسراره إلى ذوي المهن، بحكم الضرورة. لا يقتصر التجريم على الإفشاء الذي يرجع إلى سوء النية، فإن الجريمة تعد قائمة ما دام الإفشاء حصل بعلم الجاني دون حاجة إلى نية الإضرار⁽¹⁾، وأن فعل الإفشاء من الأفعال الشائنة التي لا تحتاج بطبيعتها إلى نية الإضرار حتى تعزرها⁽²⁾.

كما أنه لا أهمية للبواعث التي يدعيها الطبيب على توفر قصد الإفشاء، لأنه لا عبرة للبواعث في انتفاء أو قيام القصد الجنائي طبقاً للقواعد العامة. ومن ثم إذا توفر الباعث النبيل لدى المفشي، والذي يتمثل في الدفاع عن مريضه أو أن كشف الحقيقة كان لصالح التاريخ⁽³⁾ أو دفاعاً عن شرفه أو سمعته، فإن ذلك لا يحول دون ارتكابه جريمة إفشاء السر. كما لا يُباح للطبيب أن يفشي سرا بغرض الحصول على أتعابه.

(3) - نفس المرجع، ص 662.

(1) - نقض فرنسي 1885/12/19.

(2) - نقض فرنسي 1968/06/27.

(3) - إدوارد غالي الذهبي، تعليقات على الأحكام الفرنسية في المواد الجنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 1، 1968.

المطلب الثاني

العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي

في حالة توفر أركان جريمة إفشاء السر الطبي، يتم التساؤل عن ماهية العقوبة المقررة لهذه الجريمة في ظل قانون العقوبات وفي القوانين الخاصة، أي في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب؟ وما موقف الشريعة الإسلامية من هذا الفعل؟

الفرع الأول: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي في قانون العقوبات الجزائري

إذا توافرت أركان جريمة إفشاء السر الطبي يجب تطبيق العقوبة المقررة لها في قانون العقوبات، والمادة 301 من قانون العقوبات تنص: " يعاقب بالحبس من شهر إلى 06 أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وافشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها. فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية الإجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني.

ومن خلال هذا النص، يلاحظ أن المشرع سلط عقوبة الحبس من شهر إلى 06 أشهر وبغرامة من 20 ألف دج إلى 100 ألف دج على الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وكل الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على الأسرار التي أفشوها في غير الحالات المسموح بها، وهذا من أجل حماية المرضى الذين أودعوا أسرارهم لدى الأطباء، لأنهم كانوا يعتقدون أن هذه الأسرار لن تغادر مكاتب الأطباء.

حدد المشرع الجزائري قائمة الأطباء وكل الأشخاص المؤتمنين بالسر بغرض معاقبة كل من له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمسألة إفشاء السر الطبي.

يتعين على الطبيب أن يتوخى الدقة في مرحلة التشخيص وأن يبذل العناية اللازمة واليقظة في التشخيص⁽¹⁾. وحين يستدعي الأمر اللجوء إلى الوسائل العلمية، مثل آلات التصوير بالأشعة وآلات الكشف المتطورة والتصوير الارتدادي المغناطيسي والتحليل، فإن الأطباء يطلعون على أسرار

(1) — سعد سالم عبد الكريم العبد اللهي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، منشورات جامع، بن غازي، ص 161.

المرضى في جميع هذه الحالات. ويضاف إليهم بطبيعة الحال الممرضين المختصين والتقنيين والمختصين بالأشعة والتحاليل الطبية، والذين يطلعون جميعا على أسرار المرضى .

وقد أعفى المشرع الأطباء، ومن في حكمهم، من المسؤولية إذا وصلت إلى علمهم حالات الإجهاض بمناسبة ممارستهم النشاط الطبي، إذ يقع على عاتقه واجب الإبلاغ عنها وأداء الشهادة أمام القضاء بشأنها، دون التقيد بالسر الطبي.

يؤكد القانون صراحة على خطر الإجهاض، وأن قيام الطبيب بعملية الإجهاض أو تسهيله إياها يعرضه إلى العقوبة المنصوص عليها في المادة 304، والتي تنص: " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

و إذا أفضى الإجهاض على الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة. وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة ."

أما الإجهاض الذي يهدف إلى العلاج وإنقاذ حياة الأم، فهي مباحة بشرط إعلان السلطة الإدارية بذلك، وهذا ما يتضح من خلال المادة 308 من قانون العقوبات، والتي تنص: " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من خطر متى أجراه الطبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية ."

كما نص قانون العقوبات الجزائري على عقاب كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها دون إعطاء أهمية للمرأة المجهضة (التي وقع عليها فعل الإجهاض) أو عدم موافقتها سواء كان المجهض طبييا أو غير طبيب وتشدد العقوبة إذا أدى الإجهاض إلى الموت وهذا ما نصت عليه المادة 304 من قانون العقوبات.

ويتضح من هذه المادة أنه حتى نكون بصدد جريمة الإجهاض يعاقب عليها القانون لا بد من

توفر ثلاث شروط:

- كون المرأة حاملا أو مفترض حملها.
- استعمال وسيلة تؤدي إلى الإجهاض أو الإرشاد على وسيلة تساعد.
- توفر القصد الجنائي.

فبالنسبة للشروط الأولى فإن المشرع الجزائري يكتفي بأن تكون العملية قد أجريت على امرأة حامل أو مفترض حملها وبالتالي فالجريمة المستحيلة في الإجهاض معافي عليها طبقا لقانون

العقوبات. فمسألة الحمل مسألة طبية بحتة يترك تقديرها للأطباء⁽¹⁾. ولم يفرق القانون الجزائري بين الشهور الأولى للحمل وما بعدها كما انه لم يفرق بين الحمل الحاصل عن علاقة شرعية أو عن علاقة غير شرعية بل أن المحاكم لا تتعرض لذلك تماما⁽²⁾. ويبقى الأمر متروك لما له من سلطة في تقدير العقوبة وتطبيق ظروف التخفيف في مثل هذه الأحوال .

و بالنسبة للشرط الثاني وهو الفعل المادي فإنه يجب أن يستعمل الجاني وسائل مجهزة أو يرشد إلى هذه الوسائل بحيث تؤدي إلى الإجهاض . والذي يعتبر من الناحية القانونية والقضائية يعتبر كل إخراج عمدي لمتحصلات الحمل قبل الأوان ولو كان ذلك بعد الشهر السادس⁽³⁾، ولا عبارة بالوسيلة التي تستعمل لإخراج الجنين إذ نصت المادة 304 على الأدوية ثم استطرقت تقول ، أو بأية وسيلة أخرى وتعني وسيلة أخرى هنا الإجهاض بمختلف الطرق حتى تلك التي لم يذكرها المشرع ، لان ما ذكره المشرع لم يرد على سبيل الحصر لكل وسائل الإجهاض وليس شرطاً أن يقدم الجاني الدواء الذي يؤدي إلى الإجهاض بنفسه أو أن يجري الإجهاض بشخصه بل يكفي أن يرشد إلى الدواء أو الوسيلة⁽⁴⁾ . ، فالطبيب الذي يمنح لامرأة حامل ترغب في الإجهاض نفسها عنوان امرأة يعرف أنها تمتهن الإجهاض يعتبر مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 317 من قانون العقوبات الفرنسي وحتى يطبق هذا النص لابد أن تكون هناك محاولة⁽⁵⁾.

وبالنسبة للشرط الثالث وهو القصد الجنائي فإن جريمة الإجهاض جريمة عمدية لذلك يجب لتوافرها أن يرتكب الشخص الركن المادي للجريمة وهو يريد تلك النتيجة ، وبالتالي فإن كل إجهاض حصل عن غير قصد لا يعاقب عليه فلو أن طبيبا أعطى علاجاً لامرأة لمعالجة مرض تشكو منه فأجهضها ، ففي هذه الحالة لا مسؤولية على الطبيب إلا إذا عد فعله هذا جرح خطأ وذلك في حالة ثبوت الخطأ .

و الأصل أن الإجهاض في القانون الجزائري يعتبر جنحة عقابها الحبس إلا أن الجريمة قد تنقلب إلى جنائية لتصل عقوبتها السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة بل ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى إذا ثبت أن الجاني اعتاد أن يمارس الأفعال المشار إليها في المادة 304 في المادة

(1) – د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951، ص. 272.

(2) – حكم محكمة الجناح بالجزائر في 20-12-1977 رقم 11186 (غير منشور) وحكم محكمة الجناح بالجزائر الصادر في 14/05/1978 رقم 282.

(3) – د. فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951، ص. 282.

4)- J.CL.Pénal , Art , 317-318, P 20.

5)- J.CL.Pénal , Art , 317-318, P 01.

السالفة الذكر ، كما أن الإجهاض ينقلب أيضا إلى جنائية إذا كان من قام به طبيبا أو قابلة أو جرح أسنان أو صيدليا وكذلك طلبة الطب ومستخدمو الصيدليات ومحضر العقاقير وصانع الأحزمة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق أحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به ، وإذا وقعت الجريمة من غير هؤلاء فإنها تشكل جنحة عقوبتها الحبس من سنة إلى 05 سنوات وكذا الغرامة . وتطبق عقوبة الجنائية أيضا على من اشترك في أحداث الإجهاض مع الطبيب ولو لم يكن طبيبا ولا جراحا ولكن يشترط في هذه الحالة أن يكون الشريك على علم بقصد الفاعل لأن الظرف المشدد الناجم عن قصد الفاعل لا ينطبق على الشريك إلا إذا كان يعلم بهذا القصد . أما في الحالة التي يكون فيها الشريك شريكا للمرأة وشريكا للقائم بالإجهاض في آن واحد فإنه يعتد فقط بالاشتراك فقط مع القائم بالإجهاض لأن العقوبة تكون بالنسبة له أشد⁽¹⁾. ويتم التمييز في الغالب بين شريك المرأة وشريك القائم بالإجهاض باللجوء إلى معيار القصد فالشخص الذي يوصل بين المجهض والمرأة دون أن يكون هو السبب في جعل المرأة تقدم على هذا الفعل يعتبر شريك للمرأة لا للمجهض⁽²⁾.

على أنه هناك اختلاف بين الإجهاض العلاجي والإجهاض الجنائي من حيث الهدف الذي يرمي إليه ، فالأول يجرى لغرض العلاج كإنقاذ الأم من خطر حال كحالة النزيف الرحمي أو مرض القلب ، أما الثاني فلا يجرى لغرض العلاج كما أنه لا عقاب على الإجهاض الذي توجبه الضرورة لإنقاذ حياة الأم كما سبق الإشارة إليه.

الفرع الثاني : العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي في القوانين الخاصة

تنص المادة 235 من قانون حماية الصحة وترقيتها : " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليه في المادتين 206 و 226 من هذا القانون". مما يعني أن القانون المذكور جاء ليكمل ما جاء به قانون العقوبات لا ليُلغيه.

وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، يتبين أنها تتضمن عدة نصوص تكمل المادة

301 من قانون العقوبات، ويتعلق الأمر بالنصوص التالية:

— تنص المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها : " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة أحكام القانون ."

— وتنص المادة 239 من نفس القانون : " إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية.

1)- J.CL.Pénal , Art , 317-318, P 29.

2)- J.CL.Pénal , Art , 317-318, P 29.

وتنص المادة 266 من نفس القانون: " يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية .

واهتمت مدونة أخلاقيات الطب بمسألة السر الطبي كما هو منصوص عليه في المادة 36 التي تنص على أنه: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك " كما نصت المادة 37 على: " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته". ونصت المادة 38 على انه: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني".

و من خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع حرص على التزام الطبيب أو جراح الأسنان وكل أعوان الطبيين احترام متطلبات السر المهني وأن أي إخلال بهذا الالتزام يعرض للمسائلة ، كما نصت على ذلك المادة 03 من نفس القانون بـ: " تخضع مخالقات القواعد والأحكام ، الواردة في هذه المدونة لاختصاص الجهات التأديبية ، التابعة لمجالس أخلاقيات الطب ، دون المساس بالأحكام المنصوص عليها في المادة 221 من هذا المرسوم.

الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من إفشاء السر

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالبحث في السرية حرصا منها على تدعيم الاستقرار وتحقيق التوازن بين مصالح الناس. ومن بين الأسرار التي عني الإسلام بكتمانها نذكر أسرار المرضى. ويقول الإمام على بن أبي طالب رضي الله عنه " سر ك أسيرك، فإذا تكلمت به صرت أسيره، واعلم أن أمناء الأسرار أقل وجودا من أمناء الأموال، فحفظ الأموال أيسر من حفظ الأسرار " .

إن الأصل هو حضر إفشاء السر، لأن إفشائه بدون مقتضى يعتبر موجبا للمؤاخذة شرعا، وتستثنى من واجب كتمان السر الحالات التي يترتب عن كتمانها ضررا يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه، أو يكون في إفشائه مصلحة ترجح على مضرة كتمانها. وهي على أمرين : يجب فيها إفشاء السر بناء على قاعدة ارتكاب أهون الضررين بتفويت أشدها، وقاعدة تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي تحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام. وهي نوعان : ما فيه درء مفسدة على المجتمع، وما فيه درء مفسدة على الفرد.

وإن كان في إفشاء سر المريض إضرارا بالمريض، فلا شك في حرمة. أما حين ينتفي الضرر عنه⁽¹⁾ فإن لم يحرم إفشائه فهو مكروه. والطبيب الحاذق لا يسأل عن ما يلحق مريضه من ضرر إلا إذا توفرت عدة شروط، وهي المعرفة الطبية، وإذن ولي الأمر، وإذن المريض أو وليه،

(1)- محمد أبو زهرة، مقال عن المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مجلة لواء الإسلام، العددان 11 و12، 1949.

والعمل وفق الأصول الطبية، وعدم الوقوع في خطأ جسيم مع افتراض أن الطبيب لم يقصر ولم يهمل العناية الواجبة لمريضه.

إن إفشاء السر لا يكون إلا للضرورة أو الحاجة أو المصلحة العامة بما يراه ولي الأمر ملائماً لما أفشى هذا السر، مع الاحتفاظ للمتضرر من هذا الإفشاء بالحق في المطالبة بتعويض عن الأضرار التي أصابته من ذلك⁽²⁾، لما روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام "، بمعنى أنه ليس لأحد أن يضر بصاحبه بوجه، ولا لاثنتين أن يضر كل منهما بصاحبه. وإذا كانت القاعدة الكلية تقتضي أن الضرر يُزال، فإن وسيلة المتضرر من إفشاء السر الطبي لإزالة الضرر عنه هو المطالبة بتعويضه عن الأضرار التي أصابته من ذلك، فهذا أمر تقرره الشريعة الإسلامية.

أوجبت الشريعة الإسلامية على كل من اطلع على السر أو وصل إليه أن يحفظه، ونهته عن الخيانة فيه، وذلك لقول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم"⁽¹⁾. وقد اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسلم خيانة الأمانة إحدى خصال النفاق، إذ روي عن أبو هريرة أنه قال: " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اتّمن خان"⁽²⁾ .

(2)- د. عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، بحث فقهي مقارن، ط1، 1993، مطبعة الإسكندرية، ص 06.

(1)- سورة الأنفال، الآية 27.

(2)- أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين.

خاتمة

إن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض والثقة الكاملة التي تجعل المريض يبوح بكل أسراره بطمأنينة للطبيب، تسمح لهذا الأخير بالاطلاع على خصوصيات وأسرار مريضه، وهو الأمر الذي يتطلب من الطبيب عدم البوح بها، لأن المريض يضع فيه ثقة كاملة ومنتيقن أن أسراره لن تخرج من عيادة الطبيب.

إنه من بين أهم الحقوق المكفولة قانونا هو حماية الأسرار خاصة السر الطبي، ويفترض القانون أن أي تعدي عليه يسبب ضررا للمعتدى عليه. وهذا الضرر هو بالدرجة الأولى ضرر معنوي، لأنه يخص شرف وكرامة المريض، وأن المساس بهذه الكرامة معناه المساس بكيان المجتمع. يعد السر الطبي أحد الأركان الأساسية في ممارسة مهنة الطب وأحد المبادئ الأخلاقية التي يجب على الطبيب أن يتحلى بها، لذا حرصت قوانين ممارسة مهنة الطب وقوانين العقوبات في مختلف التشريعات، ومن بينها التشريع الجزائري، على توفير الحماية للسر الطبي الذي يطلع عليه الطبيب ومن يعملون في الحقل الطبي، واعتبرت إفشائه جريمة.

وانطلاقا من ذلك، فإن الضرر الناجم عن إفشاء السر الطبي، مثله مثل باقي الأضرار ولا يقل أهمية عنها، يستوجب مسؤولية المتسبب فيه، مسؤولية مدنية وتأديبية وجزائية. مع العلم أن جريمة إفشاء السر الطبي تعتبر من الجرائم العمدية، وفق ما يتضح من نص المادة 301 من قانون العقوبات. وفي الشق المدني يجوز للمتضرر أن يطلب التعويض عن ما أصابه من ضرر .

ونظرا للطبيعة الخاصة لمهمة الطب، وكذا للالتزام بالحفاظ على السر الطبي، فإنه كثيرا ما يتعذر على المريض إثبات خطأ الطبي، وبالتالي يتعذر عليه الحصول على التعويض، جاءت نظرية المخاطر من أجل وضع حد إلى حد كبير لهذا المشكل، والذي لم يعد مطروحا في الوقت الحالي.

إن تحقق المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر الطبي ليس بالأمر السهل، خاصة مع وجود فراغ قانوني نتجت عنه العديد من حالات الغموض، مما حال دون توقيع العقاب عن الأخطاء الطبية، ولاسيما إفشاء السر الطبي، وترتب عن ذلك حرمان المريض من الحماية. وكثيرا ما يخطئ قضاة الموضوع في تحديد ماهية الخطأ الطبي، وكذا إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الضحية، خاصة عندما يتعلق بمسألة إفشاء السر الطبي. فلا قانون العقوبات ولا قانون الصحة عرف السر الطبي وأنواعه.

لا يرتبط تحديد السر الطبي بصحة وسلامة الأشخاص فحسب، بل يرتبط أيضا ارتباطا وثيقا بالتطور العلمي في مجال العلوم الطبية والتكنولوجية.

إن قانون العقوبات يعطي للقاضي الجزائي السلطة التقديرية في تحديد الخطأ، وهذا ما يظهر من خلال المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، والتي تخص الأخطاء غير العمدية، مما يجعل القاضي مضطراً للجوء إلى خبرة لإثبات الخطأ الطبي، كون الأمر يتعلق بمسألة فنية. خلافا للجرائم العمدية حيث يطبق القاضي الجزائي ما جاء في النص القانوني بالنظر إلى خصوصيات السر الطبي. أصبح من الضروري إنشاء صندوق الضمان الصحي كي تخول له مهمة ضمان الأعمال الطبية ويلتزم من خلاله الأطباء بتطبيق قراراته، وتكون مسؤولية الصندوق موضوعية. وهذا يحقق فائدة لكل من الطبيب والمتضرر. إذ تقل حالات مساءلة الأطباء، لأن الصندوق المذكور يحل محلهم في الضمان، ويتحصل المتضرر على التعويض دون حاجة إلى إثبات الخطأ، وهو العبء الذي كثيراً ما كان يعاني منها المريض.

قائمة المراجع

أولا : باللغة الفرنسية

1 - المراجع العامة

- 1- ابن أبي صبيعة ، عيون الأنباء في طبقات الأطباء،، ج2 ، منشورات دار الثقافة ، بيروت ، ب ت .
- 2- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998.
- 3- لأستاذ أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص ، د د ن ، 1924 .
- 4- أحمد سلامة ، مذكرة في نظرية الالتزام ، الكتاب الأول المصادر، موسوعة دار المعارف للطبع والنشر القاهرة ، 1975.
- 5- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998.
- 6- أحمد فتحي سرور ، الوسيط في شرح قانون العقوبات ، ج 1 ، د د ن ، القاهرة ، 1981.
- 7- إسحاق إبراهيم منصور، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1980.
- 8- إسماعيل غانم ، عقد العمل ، ط 1 ، د د ن ، 1981.
- 9- توفيق حسن فرج ، النظرية العامة للالتزام ، نظرية العقد ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1993.
- 10- جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، ج 2 ، د د ن .
- 11- خليل أحمد حسن ققادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1991.
- 12- د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الثامنة د ت .
- 13- د، زهدي يكن، المسؤولية المدنية والأعمال غير مباحة، ط1 ، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، د ت
- 14- السعيد كامل، الجرائم الواقعة على الشرف والحرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
- 15- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، طبعة 6 ، المدخل للعلوم القانونية ، المنشورات الحقوقية ، بيروت 1987.
- 16- سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني مطبعة السلام ، القاهرة ، د ت .
- 17- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، قسم 2، ج 2 ط 5، مطبعة السلام ، القاهرة ، 1989.
- 18- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1984.

- 19- د- سهير منتصر، مسؤولية المتبوع عن عمل التابع: أساسها ونطاقها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- 20- شبل صابر مهنا، مدى الالتزام بالمحافظة على سر المهنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، د ت.
- 21- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت.
- 22- عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع د د ن ، د ت .
- 23- عبد السلام الترماني ، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، العدد 2 ، السنة الخامسة 1981.
- 24- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري ، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر- 1995.
- 25- علي أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة ، 1948.
- 26- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت
- 27- علي بدوي ، الأحكام العامة في القانون الجنائي ، الجزء الأول ، مطبعة نوري ، القاهرة ، 1938 .
- 28- عمر حمدي باشا ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية ، دار هومة ، الجزائر، 2002.
- 29- عمر حمدي باشا ، القضاء المدني ، دار هومة ، الجزائر ، 2003.
- 30- الغوثي بن ملح ، القانون القضاء الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1995 .
- 31- الأب لويس معلوف اليسوعي، المنجد الأبجدي ، دار المشرق ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1985.
- 32- محفوظ لعشب ، المسؤولية في القانون الإداري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 .
- 33- د. محمد مصطفى القليلي ، المسؤولية الجنائية ، د د ن ، سنة 1944 - 1945 .
- 34- محمود حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الشركة الوطنية للتوزيع ، الجزائر ، 1983.
- 35- محند بوبشير أمقران ، النظام القضائي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2003.
- 36- د. همام محمد محمود، مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، د ت .

2 - المراجع المتخصصة

- 1- أسامة إبراهيم على التايه ، مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية ، كانون الأول 1994.
- 2- د. أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة ، العدد 2 ، دار النهضة العربية ، 1996 .
- 3- أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ط2 ، 1987 ، د د ن.
- 4- أحمد شفقة ، مسؤولية الأطباء المدنية، مطبعة المكتبة الأمنية، الرباط ، 1989.

- 5- د، أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، د ت .
- 6- أمال عبد الرحيم عثمان ، الخبرة في المسائل الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1964 .
- 7- توفيق علي عبيد،المسؤولية الجزائية للأطباء، رسالة ماجستير سنة 1992 .
- 8- د، حسن زكي الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 1951.
- 9- سعد سالم عبد الكريم العبد اللي ، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، منشورات جامع، بن غازي ، د ت
- 10- د. سلامة أحمد كامل ، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه ، القاهرة، 1980.
- 11- سيد قرني أمين ، أصول مهنة الطب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- 12- سهير منتصر ، مسؤولية المتبوع عن عمل التابع- أساسها نطاقها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.
- 13- شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 .
- 14- د. عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 15- عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيدلة المستشفيات المدنية والجزائية والأدبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000.
- 16- عبد الحميد الشواربي ، شرح قانون العقوبات ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1991.
- 17- د. عادل محمود عبد الرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 18- عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د ت .
- 19- د. عبد الباقي محمود سوادى ، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية ، الطبعة الثانية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999 .
- 20- عبد الراضي محمد هاشم عبد الله ، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1974.
- 21- علي حسن نجيدة- التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.
- 22- علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1989.

- 23- د. غنام محمد غنام ، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام ، بدون طلعة ، بدون ناشر ، 1988 ، د د ن .
- 24- د. فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة، 1951.
- 25- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك ، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الريان للطباعة ، بيروت ، ط 2 ، 1997.
- 26- كريم عشوش ، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر ، د ت .
- 27- محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية ، 1999 ، 2001.
- 28- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د ت .
- 29- محمد سامي الشوا ، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.
- 30- محمد سامي الشوا ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2001.
- 31- د. محمد عبد الطاهر حسن، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 32- محمد عبد الطاهر حسين ، التأمين الإجباري للمسؤولية المدنية والمهنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1994.
- 33- د. محمد عبد الله حسين، مسؤولية المحامي اتجاه العميل، رسالة دكتوراه، النهضة العربية، القاهر، 1996.
- 34- د. محمد وحيد محمد محمد علي ، المسؤولية المدنية للصيدلي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس، د ت .
- 35- محمود توفيق إسكندر، المحاماة في الجزائر ، مهنة ومسؤولية، دار المحمدية العامة، الجزائر.
- 36- محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج 1 ، ج 2- مطبعة جامعة القاهرة 1988.
- 37- د. منير رياض حنا ، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1989 .
- 38- موفق علي عبيد ، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ط 1 ، د ت .
- 39- نصر الدين ماروك ، الحماية الجنائية في الحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن في الشريعة الإسلامية ، ط 1 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003.
- 40- د. وفاء جمال أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية وفقهية وإحصائية في كل من مصر وفرنسا، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1987.

3- المقالات

- 1- إدوارد غالي الذهبي، تعليقات على الأحكام الفرنسية في المواد الجنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 1، س 12، 1968.
- 2- د. بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية العدد 02، 2004.
- 3- د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون الاقتصاد، عدد 02، 1937.
- 4- د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون الاقتصاد، عدد 07، 1937.
- 5- سمير أورفلي، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون السورية، العدد الحادي عشر، اليوبيل الذهبي 1985.
- 6- د. عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، بحث فقهي مقارن، ط 1، مطبعة الإسكندرية 1993.
- 7- د. ماروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الموسوعة القضائية الجزائرية، د ت.
- 8- د. محمود مصطفى محمود، مسؤولية الأطباء الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 02، 1985.
- 9- د. محي الدين إسماعيل عالم الدين، التزام البنوك بسر المهنة في القانون المقارن، مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الرابع عشر، العدد الثاني، أبريل يونيو 1970.
- 10- المستشار. بداوي علي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، د ت.
- 11- أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية أيام 09-10/04/2008، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- 12- د. يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، العدد 02، سنة الخامسة، 1981.

4 – النصوص القانونية

- 1 – الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.
- 2 – أمر رقم 66 – 154 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات المدنية (ج ر عدد 21)، معدل ومتمم .

- 3 – أمر رقم 66 – 155 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات الجزائية (ج ر عدد 48)، معدل ومتمم.
- 4 – أمر رقم 66 – 156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الاجراءات العقوبات (ج ر عدد 49)، معدل ومتمم.
- 5 – أمر رقم 70 – 20 مؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية (ج ر عدد 21).
- 6 – أمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني (ج ر عدد 78)، معدل ومتمم.
- 7 – قانون رقم 83 – 13 مؤرخ في 2 يوليو 1983 يتعلق بالتعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية (ج ر عدد 28)، معدل ومتمم.
- 8 – قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر عدد 24)، معدل ومتمم.
- 9 – أمر رقم 85 – 05 مؤرخ في 16 فبراير 1975 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ج ر عدد 8)، معدل ومتمم.
- 10 – قانون رقم 90 – 11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل (ج ر عدد 17)، معدل ومتمم.
- 11 – قانون رقم 91 – 04 مؤرخ في 8 جانفي 1991 يتضمن تنظيم مهنة المحاماة (ج ر عدد 2) .
- 12 – قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية (ج ر عدد 21) .

5 – النصوص التنظيمية

- 1 – مرسوم تنفيذي رقم 91 – 106 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية (ج ر عدد 22) .
- 2 – مرسوم تنفيذي رقم 91 – 107 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمستخدمين شبه الطبيين (ج ر عدد 22) .
- 3 – مرسوم تنفيذي رقم 91 – 109 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش (ج ر عدد 22) .
- 4 – مرسوم تنفيذي رقم 91 – 110 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالقبالات (ج ر عدد 22).
- 5 – مرسوم تنفيذي رقم 92 – 276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب (ج ر عدد 52).
- 6 – مرسوم تنفيذي رقم 95 – 310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995 يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم (ج ر عدد 60) .

1 - OUVRAGES GENERAUX

- 1 - **BENABET (A)**, Droit civil, Montchrestien, Paris, 6^{ème} éd, 1997.
- 2 - **CAPITANT (H), F. TERRE, Y. LEQUETTE**, Les grands arrêts de la jurisprudence, T 2, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd, 2000.
- 3 - **CARBONNIER (J)**, Droit civil, Les obligations, T 4, P.U.F, Paris, 16^{ème} éd, 1992.
- 4 - **CHRESTIEN (J)**, Le droit saisi par la biologie, L.G.D.J, Paris, 1996.
- 5 - **DEMOGUE**, Traité des obligations en général, T 3, 1923.
- 6 - **LALOU**, Traité pratique de la responsabilité civile, Paris, 6^{ème} éd, 1955.
- 7 - **LAMBERT (Y), FAVRE**, Droit du dommage corporel, système d'indemnisation, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd, 1996.
- 8 - **MAZEAUD (H)**, La responsabilité, T 1, 9^{ème} éd.
- 9 - **MAZEAUD (H), A. TUNC**, Traité théorique de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle, T 3, 1955.
- 10 - **RIPERT (G)**, Ebauche d'un droit civil professionnel, 1939.
- 11 - **SAVATIER (S)**, Cours de droit civil, T 1, L.G.D.J, Paris, 2^{ème} éd, 1947.
- 12 - **TERKI (N.E)**, Responsabilité civile et régime générale, Les obligations, O.P.U, Alger, 1982.

2- OUVRAGES SPECIAUX

- 1 - **AUBY (J.M)**, Droit de la santé, P.U.F, Thémis, Paris, 1981.
- 2 - **AUBY (J.M)**, Droit médical et hospitalier, Litec, Paris, 1988.
- 3 - **CAPITANT (H), F. TERRE, Y. LEQUETTE**, Les grands arrêts de la jurisprudence, T 2, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd, 2000.
- 4 - **DEMICHEL (A)**, Droit médical, Manuels, B.L. Santé, Berger - Levraut, Paris, 1983.
- 5 - **HANNOUZ (M.M), A.R HAKEM**, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1993.
- 6 - **KHOULDI (A)**, L'évolution de la responsabilité médicale, Mémoire en droit privé, Faculté de droit et sciences politiques, Aix Marseille, 1983.
- 7 - **KOBTANE (M)**, Obligation et responsabilité de l'avocat, O.P.U, Alger, 1988.
- 8 - **OUSSOUKINE (A)**, Traité de droit médical, Dar El Gharb, Alger, 2003.
- 9 - **PENNEAU (J)**, La responsabilité médicale, Sirey, Paris, 1977.
- 10 - **PENNEAU (J)**, La responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 1992.
- 11 - **SAVATIER (J)**, La profession libérale, Paris, 1947.

الفهرس

01	مقدمة
04	الفصل الأول: السر الطبي
08	المبحث الأول: واجب الحفاظ على السر الطبي
11	المطلب الأول: طبيعة ونطاق السر الطبي
12	الفرع الأول: ماهية السر الطبي
21	الفرع الثاني: طبيعة السر الطبي
30	الفرع الثالث: نطاق السر الطبي
36	المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالسر الطبي
37	الفرع الأول: العقد أساس الالتزام بالسر الطبي
39	الفرع الثاني: النظام العام أساس الالتزام بالسر الطبي
42	الفرع الثالث: التوفيق بين العقد والنظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي
45	المبحث الثاني: أسباب إباحة إفشاء السر الطبي
47	المطلب الأول: الأسباب الوجوبية لإباحة إفشاء السر الطبي
48	الفرع الأول: حالات الإبلاغ عن الجريمة وسوء معاملة القصر والسجناء
.....	53. الفرع الثاني: التبليغ عن الأمراض المعدية
56	الفرع الثالث: التبليغ عن المواليد والوفيات
60	المطلب الثاني: الأسباب الجوازية لإباحة إفشاء السر الطبي
60	الفرع الأول: أداء الشهادة أمام القضاء
64	الفرع الثاني: أعمال الخبرة

66	الفرع الثالث: حماية الملفات الطبية
69	الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب
75	المبحث الأول: أساس المسؤولية الجزائية للطبيب
77	المطلب الأول : مسؤولية ذات طبيعة تفصيرية للطبيب
80	المطلب الثاني: مسؤولية ذات طبيعة عقابية للطبيب
87	المطلب الثالث: مسؤولية طبية فنية بحتة
91	المبحث الثاني: جريمة إفشاء السر الطبي
92	المطلب الأول: أركان جريمة إفشاء السر الطبي
92	الفرع الأول: الركن الشرعي
94	الفرع الثاني: الركن المادي
104	الفرع الثالث: الركن المعنوي
109	المطلب الثاني: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي
109	الفرع الأول: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي في ظل قانون العقوبات
113	الفرع الثاني: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر الطبي في ظل القوانين الخاصة
114	الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من إفشاء السر الطبي
116	الخاتمة
118	قائمة المراجع
126	الفهرس