

جامعة سطيف 2 —
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية - تخصص - قانون

خاص

بعنوان

ضوابط مشروعية التجارب الطبية على
جسم الإنسان وأثرها على المسؤولية
المدنية
(دراسة مقارنة)

تحت إشراف

إعداد الطالب

الدكتور/ بن زيوش مبروك

بن النوي خالد

لجنة المناقشة

أ.د. بلمامي عمر	كلية الحقوق والعلوم السياسية	جامعة سطيف 2	رئيسا
د.بن زيوش مبروك	كلية الحقوق والعلوم السياسية	جامعة سطيف 2	مشرفا ومقررا
د.عبد الرزاق بوضياف	كلية الحقوق والعلوم السياسية	جامعة سطيف 2	عضوا ممتحنا
د.لشهب جازية	كلية الحقوق والعلوم السياسية	جامعة سطيف 2	عضوا ممتحنا
د. سمار نصر الدين	كلية الحقوق والعلوم السياسية	جامعة جيجل	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2013/2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ وَإِذَا مَرَضْتُمْ فَهُوَ يَشْفِينِ (80) وَالَّذِي يُمِيتُنِي

ثُمَّ يُحْيِينِ (81) وَالَّذِي أَطْمَعُ أَنْ يَغْفِرَ لِي خَطِيئَتِي

يَوْمَ الدِّينِ (82) رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَالْعِزِّي

بِالسَّالِعِينَ (83) وَاجْعَلْ لِي لِسَانَ صِدْقٍ فِي

الْآخِرِينَ (84) وَاجْعَلْ لِي مِنْ وِرْثَةِ جَنَّةِ النَّعِيمِ

(85) { سورة الشعراء

شكر وتقدير

في بداية هذا البحث أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير والعرفان لكل من قدم لي يد العون والمساعدة، وأخص بالذكر الدكتور بن زيوش مبروك أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 2، والذي وافق على الإشراف على الرسالة بالرغم من كثرة مشاغله وكان لتوجيهات سيادته ونصائحه ومتابعته الدقيقة عظيم الأثر في إتمام هذا البحث، فلم يتوان سيادته عن تقديم أي مساعدة لي، ولم أجد من سيادته إلا حسن الخلق والتواضع والعلم الغزير ولن أستطيع أن أوفي أستاذي قدره عندي، وأترك أجر مكافأته إلي الله سبحانه وتعالى.

ولا يسعني إلا أن أشكر عالما جليلا ورائدا من رواد القانون الخاص ألا وهو الأستاذ الدكتور بلمامي عمر أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 2، ولا أملك أمام كل هذا إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير لفضيلته على قبوله الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة ورئاسة لجنة الحكم عليها بما يحمله ذلك من شرف وتكريم للباحث.

كذلك أتقدم بالشكر الجزيل لفضيلة الدكتور سمار نصر الدين، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة جيجل على اشتراكه في لجنة الحكم.

كما لا يسعني إلا أن أتوجه بالشكر والتقدير إلى صاحبي الخلق الرفيع والعلم الغزير ألا وهما الدكتور بوضياف عبد الرزاق، والدكتورة لشهب جازية أستاذي التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سطيف 2 على اشتراكهما في لجنة الحكم على هذه الرسالة.

فلسيادتهم جزيل الشكر والتقدير وجزاهم الله محني كل خير

الإهداء

إلى معلمي الأول في الحياة .. منبع عزّي وافتخاري وقدوتي في هذه الحياة

والدي الكريم

إلى من بدعائها تفتح أبواب الخير أمامي وبرضاها ينير قلبي وينشرح وجداني

أمي الغالية

اللهم أحفظهما وجازهم عني أفضل الجزاء

إلى زوجتي وجميع أسرتي

إلى أصحابي وزملائي

وإلى من تعجز الكلمات أمام قدرهم عندي

أساتذتي أينما كانوا

فصل تمهيدي

المبادئ القانونية الخاصة بحماية

جسم الإنسان

الفصل التمهيدي

المبادئ القانونية الخاصة بحماية جسم الإنسان

نحاول من خلال هذا الفصل إلقاء الضوء على عدة عناصر لتكون بمثابة الأساس الذي سوف نبني عليه النظرية الخاصة بجسم الإنسان، وذلك من خلال دراسة الوضع القانوني لجسم الإنسان والتطرق إلى مبدأ حرمة جسم الإنسان، ومدى ارتباط هذا المبدأ بالتجارب الطبية كما نحدد مفهوم التجارب الطبية على جسم الإنسان وأنواعها ومدى مشروعيتها، وبناء عليه نعتمد التقسيم الآتي:

المبحث الأول: الوضع القانوني لجسم الإنسان.

المبحث الثاني: مبدأ حرمة جسم الإنسان.

المبحث الثالث: مفهوم التجارب الطبية ومشروعيتها.

المبحث الأول

الوضع القانوني لجسم الإنسان

ظل المال محور اهتمام القانون طوال عدة قرون، ولم يهتم علماء القانون بحماية جسم الإنسان إلا من خلال قواعد المسؤولية أو العمل غير المشروع، وهي حماية لاحقة لوقوع الاعتداء من جهة وحماية في مواجهة اعتداء الغير من جهة أخرى.

ومنذ منتصف القرن العشرين، فتح التقدم العلمي في العديد من المجالات وخصوصاً في المجال الطبي، آفاقاً جديدة لإسعاد الإنسان وتوفير سبل الحياة الصحية السليمة سواء من الناحية الجسدية أو النفسية.

وفي نفس الوقت فإن لكل تقدم مخاطره، فقد كانت وما تزال الآلة أكبر خطر يواجه حياة الإنسان وسلامة جسمه، وكان لظهورها أكبر الأثر في تطور قواعد المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

ولقد كان للتقدم الطبي المعاصر مخاطره، حيث أصبح جسم الإنسان محلاً للتعامل من حيث مكوناته، كالأعضاء التي يمكن زرعها، أو منتجات الجسم كالدم، أو من حيث البحث في سبل العلاج كالتجارب الطبية، ومن ثم كان من الضروري حماية جسم الإنسان في مواجهة تلك التطورات وفي نفس الوقت إتاحة الفرصة أمام البشرية للاستفادة من تلك التطورات عن طريق وضع نظام قانوني لجسم الإنسان يحقق التوازن بين الاعتبارين السابقين، ولوضع هذا النظام يجب معرفة الوضع القانوني لجسم الإنسان وذلك عن طريق التعرف على عناصر الجسد الإنساني والطبيعة القانونية لجسم الإنسان، بالإضافة إلى طبيعة حق الإنسان على جسده.

وبناء على ما سبق سوف نتناول في هذا المبحث مايلي:

المطلب الأول: عناصر الجسد الإنساني.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لجسم الإنسان.

المطلب الثالث: طبيعة حق الإنسان على جسده.

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع1، ص40، 1998، ص1.

المطلب الأول

عناصر الجسد البشري

قسم الفقهاء جسم الإنسان إلى أعضاء ومنتجات وبقايا. وسنوضح الفرق بين كل منها فيما يلي:

الفرع الأول

الأعضاء

وهي تلك الأجزاء التي يتكون منها جسم الإنسان ويكون لكل عضو منها وظيفة معينة يقوم بها دون غيره من الأعضاء، وهذه الأعضاء قد تكون أحادية أي فردية، مثل القلب، الكبد البنكرياس والطحال، وقد تكون ثنائية أو مزدوجة مثل العينين، الأذنين، الرئتين والكليتين. ويقوم كل عضو بوظيفته التي خصه الله بها، وقد تعمل هذه الأعضاء بكامل طاقتها أو تعمل بالتناوب والتبادل فيما بينها، وبعضها لا يستطيع الإنسان أن يحيا بدونه، مثل القلب والرئتين والكبد، على خلاف البعض الآخر الذي يمكن الحياة بدونه أو بجزء منه مثل الأعضاء المزدوجة كالكلية، العينين والأذنين⁽¹⁾.

الفرع الثاني

منتجات الجسم

وهذه ليست أعضاء، وإنما هي إفرازات تتجدد باستمرار وتخرج من الجسم وليس لها تأثير على وظائف الجسم المختلفة، مثل الحليب الذي يخرج من ثدي الأم المرضعة والعرق والبول، والحيوانات المنوية من الرجل البالغ والبويضات من الأنثى البالغة والدم الذي يتجدد

(1) في هذا المعنى أنظر د. رضا عبد الحليم - النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994، ص 158.

بصورة دورية، وهذه المنتجات تختلف عن الأعضاء، حيث أنها تتميز بالقابلية للتجدد وعدم التأثير على وظائف الجسم المختلفة⁽²⁾.

الفرع الثالث

بقايا الجسم البشري

وهي الأجزاء التي تتخلف بعد إجراء بعض العمليات بحكم طبيعتها، مثل شعر الرأس بعد قصه والمشيمة بعد الولادة، واللوزتين بعد استئصالهما والأظافر بعد تقليمها وهذه البقايا لا تفيد صاحبها وإنما قد تفيد آخرين وهي تمتاز بالتجدد على الدوام، حيث ينمو الشعر بعد قصه وكذلك الأظافر⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لجسم الإنسان

لا شك أن المبدأ الذي يضع الإنسان خارج نطاق التعامل القانوني، يهدف إلى تعظيم قدر الإنسان، وإعلاء شأنه، ولكن لا شك أن هذا النهج سيؤدي إلى إضعاف الحماية القانونية التي يجب أن تقرر له ولجسمه.

لهذا أصبح من الأهمية بمكان الوقوف على حقيقة وضع جسم الإنسان في مجال التعامل القانوني لاستخلاص الطبيعة القانونية له.

الفرع الأول

جسم الإنسان خارج دائرة الأشياء

تنص المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾ على أن "الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني، وهي التي يمكن أن تكون محلاً للاتفاقيات القانونية"، كما تنص

(2) د. علاء علي حسين نصر- النظام القانوني للاستنساخ البشري، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص 52، 53.

(1) د. محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي، أحكامه والتزاماته وحدوده الشرعية، دراسة مقارنة، دن، 1990، ص 380.

د. أحمد شرف الدين - الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، دن، الطبعة الثانية، 1987، ص 89.

(2) code civil - Dalloz, 108 éd, 2009, art1128,p834.

المادة (682) من القانون المدني الجزائري على أن "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية"، فمن خلال هاتين المادتين أثير التساؤل عن مدى دخول جسم الإنسان في دائرة التعامل، لأنه من الملاحظ أن المادتين السابقتين قررتا أنه يخرج عن التعامل الأشياء التي لا تسمح طبيعتها بأن تكون محلاً للحق، وهي الأشياء التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بها كما لا يدخل أيضاً في دائرة التعامل الأشياء التي لا يُجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، وقد يعتقد أن جسم الإنسان ما هو إلا شيء مادي ملموس، وبالتالي لا مفر من اعتباره شيئاً من الأشياء، ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به، فصحيح أن جسم الإنسان له كيان مادي، ولكن لا يمكن أن يكون شبيهاً بالشيء محل القانون.

وهذا ما جعل الفقه القانوني يركز على أن ما يدخل في دائرة التعامل هو الأشياء، ولما كان الإنسان وجسمه لا يعتبران شيئاً فهما خارج دائرة التعامل، وتأصيلاً لذلك استند إلى ما ذهب إليه القانون الروماني، وذلك عندما قسم فئة الأشياء إلى: أشياء تدخل في نطاق التعامل القانوني وأشياء تخرج عن نطاق التعامل القانوني، وهذه الأخيرة لا يستطيع الأشخاص إبرام الاتفاقات القانونية بصدها لأنها خارجة عن نطاق التعامل⁽¹⁾.

فهناك أشياء لا يمكن الاستئثار بها كالشمس، الهواء، البحر وكذلك الإنسان لا يجوز التعامل فيه بحكم كونه إنساناً، وهناك أشياء يتنافى الغرض الذي خصصت له مع التعامل فيها كالمالك العام فلا يجوز بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وهذا التخصيص يتنافى مع جواز التصرف فيه، كذلك الحال في المال الموقوف⁽²⁾.

فجسم الإنسان إذن لا يمكن اعتباره شيئاً بأي حال من الأحوال، فهو خارج دائرة الأشياء، وبالرجوع إلى نص المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي يمكن القول أنها لا تعني - كما قد يفهم للوهلة الأولى - خروج جسم الإنسان عامة عن دائرة المعاملات القانونية

(1) د.حبيبة سيف سالم الشامسي - النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص15.

(2) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، القاهرة، دار النهضة العربية، دت، ص88.

بل إنه من الواضح جداً أن المقصود هو أن التعامل في الجسم الإنساني له طبيعة خاصة ومختلفة تماماً عن طبيعة التعامل في الأشياء، فلو عدنا بالزمن إلى الوراء لوجدنا أن جسم الإنسان لم يكن بمنأى عن التعامل القانوني أبداً، ففي قانون الألواح الاثني عشر مثلاً كان جسم المدين ضامناً لالتزاماته وديونه بحيث يحق للدائن بموجب هذا القانون قتل المدين إذا لم يتم التوصل بينهما إلى اتفاق أو عجز المدين عن سداد ما عليه من ديون خلال ستين يوماً، وفي حالة ما إذا تعدد الدائنون واختلفوا في مسألة بيع مدينهم المشترك فإن القانون السالف الذكر يعطيهم الحق في تقطيعه إلى عدة أجزاء⁽¹⁾.

وهذا إن كان يدل على شيء، فإنه بالتأكيد يدل على أن جسم الإنسان كان منذ الأزل محلاً للتعامل القانوني، وبالأخص محلاً للملكية الخاصة فالعبد يدخل في ملك سيده وهذا يعني أنه يمكن التصرف فيه كيفما يشاء، فهو يملك بيعه مثلاً، كما يملك التحكم في مصير أفراد أسرته من نساء و أولاد قصر.

ومع مرور الزمن تهابت كثير من القوانين نتيجة لنضج الحس القانوني الذي تأثر في الواقع بتعاليم الدين المسيحي آنذاك، ولقد كان من ضمن التعاليم التي نادى بها هذا الدين مبدأ عدم جواز المساس بسلامة الجسم⁽²⁾.

ولقد فرض هذا المبدأ التزاماً على كل شخص احترام الوجود والتكامل الجسدي للإنسان وهذا ما جعل الفقه القانوني آنذاك يستبعد جسم الإنسان عن مجال الاتفاقات القانونية ثم جاءت الثورة الفرنسية لتنادي بضرورة احترام كرامة الإنسان وأكدت على ذلك بقوانينها من خلال إلغاء النصوص المتعلقة بالرق والتعذيب الجسدي.

ومن منطلق ذلك سعى الفقه الفرنسي جاهداً للتأكيد على أن الجسم هو الشخص⁽³⁾ وذلك في محاولة منه للانتصار في معركة المادة التي طغت على فكر المجتمع الغربي الصناعي.

موقف الفقه الإسلامي.

(1) د. أحمد عبد الدائم - أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه، جامعة روبرت شومان في ستراسبورغ، بيروت منشورات الحلبي الحقوقية، 1999، ص44.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني - المدخل للعلوم القانونية، ج 2، مقدمة القانون المدني، د ن، الطبعة الثالثة، 2001، ص 28.

(3) د. حسام الدين كامل الأهواني - مقدمة القانون المدني - نظرية الحق -، القاهرة، دار النهضة العربية، 1972، ص 30، 69.

يمكن القول أن الشريعة الإسلامية كانت رائدة في تأكيد المكانة السامية التي يتمتع بها الإنسان، فيقول عز من قائل في كتابه الحكيم: «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...»⁽¹⁾، هذا التكريم الذي جعله يتميز عن باقي مخلوقات الله بالعقل الذي هو مناط التكليف، وبالتالي فمن المستحيل أن يتزل الإنسان بعد هذا التكريم إلى مرتبة الأشياء والمنافع أو يكون مالا متداولاً⁽²⁾. ومن أجل أن نقف على موقف الفقه الإسلامي حول مدى اعتبار جسم الإنسان متقوماً أم لا، نبحث بداية معنى المالية والتقويم في الشريعة الإسلامية بشكل عام، ثم نرجع بعد ذلك إلى معنى المالية والتقويم على جسم الإنسان وأعضائه.

الفرع الثاني

جسم الإنسان خارج دائرة الأموال والتقويم

أولاً: معنى المالية والتقويم.

يوجد مبدأ في الشريعة الإسلامية يقول بأن محل الحقوق والعقود هو الأموال وليس الأشياء فالمال وحده يصلح أن يكون محلاً للعقد والحق، وعكسه الشيء، إلا إذا كان يعتبر من الأموال⁽³⁾.

ولقد اتفق فقهاء الشريعة على أن الشيء الذي يجوز التعامل فيه يجب أن يكون مالا متقوماً، ولكنهم اختلفوا في التعبير عنه وذهبوا إلى اتجاهات مختلفة: الأول ذهب أصحابه إلى أن الأصل في الأشياء التي يجوز التعامل فيها أن تكون مالا، وأغفلوا شرط التقويم، فالمال من وجهة نظرهم هو كل شيء منتفع به حقيقة ومباح الانتفاع به شرعاً في غير حالات الضرورة، والاتجاه الثاني اشترط أصحابه ضرورة أن يكون الشيء المراد التعامل فيه مالا، وأن يكون هذا المال متقوماً فهم يرون أن هناك اختلافاً بين المالية والتقويم، فالمال هو أمر عائد إلى الاعتبار الإنساني، أما التقويم فهو عائد إلى الاعتبار الشرعي، والاتجاه الثالث ذهب أصحابه إلى عكس

(1) جزء من الآية 7، سورة الإسراء

(2) د. حبيبة سيف سالم الشامي - المرجع السابق، ص36.

(3) د. حبيبة سيف سالم الشامي - المرجع السابق، ص37.

ما ذهب إليه الاتجاهين السابقين، حيث لم يذكروا شيئاً في المالية والتقويم، ولكنهم اکتفوا فقط بأن الشيء يجب أن يكون شيئاً طاهراً ومنتفعاً به انتفاعاً شرعياً، فاكتفوا بذكر عناصر المالية ولم يكثرثوا بإطلاق إسم عليها، فهو اختلاف شكلي فقط⁽¹⁾.

ومن مجمل هذه الاتجاهات الثلاثة نستطيع أن نستقي شرطين أساسيين لا يقوم بدونهما شرط المالية والتقويم وهذان الشرطان هما:

1- أن يكون الشيء منتفعاً به في الواقع.

2- أن يكون قد أبيع الانتفاع به في كل وجوه الانتفاع⁽¹⁾.

ثانياً: مدى انطباق شرط المالية و التقويم على الإنسان وأعضائه.

بعد أن استعرضنا المقصود بالمالية والتقويم عند فقهاء الشريعة الإسلامية، يمكن التساؤل عن مدى انطباق هذه الشروط على جسم الإنسان، وكذلك أعضائه.

من أجل ذلك لا بد من تقسيم الإجابة عن هذا التساؤل كما يلي:

1- مدى اعتبار جسم الإنسان مالاً:

من الواضح أن شروط المالية والتقويم التي أوضحها الفقهاء فيما سبق لا تنطبق على جسم الإنسان الحر وهذا ما جعل الإنسان ليس مالاً⁽²⁾، وفي هذا الشأن يقول الفقهاء "حيث أن الأشياء لا تعتبر مالاً، إلا إذا كان لها قيمة مالية في السوق، والإنسان لا يعتبر مالاً لا في الطبع ولا في العرف"⁽³⁾.

ويمكن إرجاع موقف الفقه الإسلامي في نفي صفة المالية عن جسم الإنسان -بالإضافة إلى سبب كونه من أكرم مخلوقات الله سبحانه وتعالى- إلى الأسباب التالية:

(1) د. حبيبة سيف سالم الشامسي - نفس المرجع، ص37.

(1) يقول الإمام الكاساني في صدد حكم بيع حليب الأم "إنه ليس بمال، فلا يجوز بيعه لأنه جزء من الأدمي، والأدمي في جميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء"، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - للإمام علام الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، بيروت، دار الفكر، 1996، ج5، ص216.

(2) ولقد عُرف المال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات متعددة كلها تدور حول المال باعتباره شيئاً يحل الانتفاع به وقت السعة، ويمكن حيازته، ويتموله.... بأن تكون له قيمة في السوق، ويضمنه متلفه، بدائع الصنائع - نفس المرجع، ص352.

(3) بدائع الصنائع - نفس المرجع، ص140.

أ- لا يمكن تصور أن يجتمع البائع والمشتري في آن واحد، فالإنسان الحر لا يدخل في ملك غيره لأن دخوله في هذا الملك يُعد إهداراً لقيمته، فلا يستطيع الإنسان أن يبيع نفسه ولا أن يبيع غيره بالإضافة إلى أن الإنسان أصلاً لا يستطيع أن يبيع مالا يملكه، والإنسان لا يملك، لذلك لا يعتبر الإنسان مالاً⁽⁴⁾.

ب- مع الإقرار بحرية الإنسان، وأن هذه الحرية ثابتة له شرعاً، فإن اعتبار الإنسان مالاً يتناقض مع هذه الحرية المقررة سابقاً⁽¹⁾.

2- مدى اعتبار أعضاء الجسم الإنساني مالاً:

أما عن أعضاء الجسم البشري وكيفية اعتبارها مالاً، فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل، ولا يجوز أن ترد عليها التصرفات الشرعية ذات الصفة المالية إلا في حليب الأم فأجازه أكثر الفقهاء إلا أن هناك اتجاهًا في الفقه الحنفي يعتبر أطراف جسم الإنسان أموالاً بالنسبة لصاحبها، فالإنسان كجسم لا يعتبر مالاً ولكن أعضائه تعتبر أموالاً⁽²⁾، فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه بالكامل، لأن ذلك يؤدي إلى المساس بالسلامة الجسدية ولكن يمكنه أن يتصرف في أعضاء جسمه المعتبرة مالاً من وجهة نظر القائلين بإنقاذ حياته فهي كالمال خلقت وقاية للنفس.

فمن الواضح أن فقهاء الشريعة بوجه عام لم يعتبروا أجزاء الآدمي مالاً، ولكنهم اختلفوا في سبب المنع، فالبعض ذهب إلى عدم اعتبار أجزاء الإنسان مالاً لنفس العلة التي قضت بعدم اعتبار الإنسان مالاً وهي التكريم للإنسان، وقاسوا ذلك على أجزاءه فطالما أن التكريم كان لكل وأن الأجزاء هي قسم من الكل فإن السبب يكون واحداً، وبالتالي لم يعتبروه مالاً حتى

(4) ذكر الإمام موفق الدين بن قدامة " ولا يجوز بيع الحر... "، المغني والشرح الكبير - الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن قدامة، ج4، دار الفكر، بيروت، 1994، فصل 3163، ص327، كما ذكر هذه المسألة الإمام الكاساني بقوله: " أن يكون مالاً لأن البيع مبادلة المال بالمال، فلا ينقذ بيع الحر لأنه ليس بمال، وكذا بيع أم الولد لأنها حرة... "، بدائع الصنائع - نفس المرجع، ص210.

(1) قال الخطابي: " واعتباد الحر يقع بأمرين: الأول: أن يعتقه ثم يكتنم أو يجحد، والثاني: أن يستخدمه كرها بعد العتق، والأول أشدهما " . وقال المهلب: " وإنما كان إثم شديد لأن المسلمين أكفاء في الحرية، فمن باع حرّاً فقد منعه التصرف فيما أباح الله له، و ألزمه الذل الذي أنقذه الله منه "، فتح الباري بشرح صحيح البخاري - الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج5، بيروت، دار الفكر، 1993، ص169، وجاء في فتح القدير، ج5، ص110 "الموانع خمسة أقسام، مانع يمنع انعقاد العلة، كحر... المبيع فلا ينقذ البيع في الحر، لأنها لا تنقذ إلا في محلها ومحل البيع المال، و الحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلاً فيه " وهذا ما ذكره الإمام بن حزم في قوله " و لا يحل بيع الحر..."

المُحلى - الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ج7، بيروت، دار الفكر، دبت، ص503.

(2) الباروني - شرح العناية على الهداية، ج8، ص290.

ولو أمكن الانتفاع به بأي وجه من أوجه الانتفاع، ولذلك قالوا بعدم جواز البيع الوارد على الشعر وحليب الأم إذا حُلب⁽³⁾.

أما جمهور الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن سبب المنع يعود لعدم المنفعة لا على أساس عدم التقييم وبالتكريم، فأعضاء الجسم التي يتم فصلها تقل أهمية الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع فأبي شيء لا يمكن أن يكون مالاً إلا إذا كان منتفعا به حقيقة ومباح الانتفاع به شرعاً لغير ضرورة في أي وجه من الأوجه، ولذلك ذهبوا إلى أن أي جزء من الإنسان إذا تم فصله وأمکن الانتفاع به فإنه يجوز بيعه على أساس أنه ظاهر ومنتفع به لغير ضرورة، وبالتالي يكون مالاً يجوز بيعه لتحقيق عنصري المالية وإباحة الشرع⁽¹⁾.

وبعد عرض موقف كل من القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، يمكن القول أن جسم الإنسان لا يمكن إدراجه بأي حال من الأحوال في فئة الأشياء أو حتى تشبيهه بها، وبالتالي فكل القواعد القانونية التي تحكم الأشياء وتوضح طريقة التصرف فيها، لا يمكن أن تلائم بأي حال طبيعة التعامل في جسم الإنسان.

المطلب الثالث

طبيعة حق الإنسان على جسده

تنقسم الحقوق بوجه عام إلى حقوق مالية وحقوق لصيقة بالشخصية، والحقوق المالية بدورها تنقسم إلى حقوق شخصية وحقوق عينية ترد على الأشياء⁽²⁾. فإلى أي طائفة ينتمي جسم الإنسان؟ وهل جسم الإنسان جزء من الإنسان أم امتداد له؟ أم أن هذا الجسم هو مجرد

(3) بدائع الصنائع - المرجع السابق، ج5، ص138-145.

(1) وفي ذلك يقول ابن قدامة: "وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس مملوكاً وحرم بيع العضو المقطوع منه لأنه لا نفع فيه"، المغني والشرح الكبير - المرجع السابق، ص230.

(2) الحق الشخصي هو استثنائ غير مباشر بأداء معين، وهو يعبر عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يجب على أحدهما أداء معين قبل الآخر، ويسمى الأول مديناً بينما الثاني يسمى دائناً، أما الحق العيني فهو استثنائ بشيء معين، ويعبر عن صلة مباشرة بين الشخص (صاحب الحق) وبين الشيء (محل الحق).

في تفصيلات أكثر أنظر: دنزيه محمد الصادق المهدي ود. معتر نزيه الصادق المهدي - المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2005، ص134 و ص149. وكذلك أنظر د. سعيد جبر - المدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني (نظرية الحق)، دن. 2000، ص51.

شيء يجوز التصرف فيه كسائر الأشياء؟ وإذا كان للإنسان على جسمه حق، فهل هذا الحق حق ملكية؟

اختلفت الآراء فيما بين الفقهاء بخصوص طبيعة حق الشخص على جسده، وظهر من بينها ما يرى أن جسم الإنسان محل لحق عيني، وهناك من يرى أن جسم الإنسان محل لحق شخصي.

الفرع الأول

جسم الإنسان محل لحق عيني

يذهب البعض إلى أن جسم الإنسان عدا روحه أو نفسه يعتبر من الأشياء، ويفرق أصحاب هذا الرأي بين جسم الإنسان وروحه ويعتبرون أن جسم الإنسان يأخذ حكم الآلات وأنه بعد فصل الروح عنه يعد مجرد شيء يجوز التصرف فيه. وعلى ذلك فإن أعضاء الإنسان تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية، ويجوز للفرد أن يتصرف في أعضاء جسده وينتفع بها بكافة التصرفات لأنه مالك لها ملكاً مطلقاً، وذلك ما لم يحدث تأثير في قدرته على القيام بالتكاليف الشرعية المفروضة عليه، لأن جسم الإنسان ليس سوى آلة ضمن الآلات⁽¹⁾. ويترتب على اعتبار الإنسان مالكا لأعضاء جسده أنه يمكنه استقطاع جزء من جسده أو عضو من أعضائه لمصلحة شخص آخر، سواء كان ذلك بمقابل أو دون مقابل، وكذلك صلاحية أعضاء الجسم لأن تكون محلاً للسرقة ليس فقط في حالة انفصالها عن جسد الفرد ولكن في حالة استقطاعها دون رضا الشخص، سواء في حياته أو بعد موته. وقد ذهبت بعض التشريعات مثل التشريع الدنمركي وتشريع ولاية أوريغون في الولايات المتحدة الأمريكية وبعض المقاطعات السويسرية إلى أبعد من ذلك فأعطت الإنسان المريض الحق في التصرف ليس في أعضاء جسده فقط وإنما في حياته، حيث أباح له أن يطلب

(1) د. محمد سعد خليفة - الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1996/1995، ص 54.

إنهاءها أو توكيل الغير نيابة عنه في التصرف فيها بمقتضى عقد وكالة شأنها شأن الأموال، وذلك ما يعرف بالقتل بدافع الشفقة أو قتل الرحمة⁽²⁾.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد، حيث أن الأشياء التي تكون محلا للحقوق المالية تقبل الاكتناز والادخار والتداول بين الأفراد، وتقبل الحجز عليها وتنتقل بالميراث، وهو مالا يتفق مع طبيعة جسم الإنسان وكرامته، فالإنسان ليس مالا⁽³⁾.

ولا يمكن تصور إقدام شخص على ادخار إنسان آخر حي أو بيعه أو التنازل عنه أو عن عضو من أعضاء جسده أو احتجازه⁽¹⁾، لأن الإنسان ليس شيئا أو مالا يمكن التصرف فيه. وقد حاول البعض التخفيف من ذلك بعدم الاعتراف بالطبيعة المالية لأعضاء جسم الإنسان ولكنه سمح للفرد بأن يتنازل عن الحماية المقررة لأعضاء جسمه، ويتصرف فيها باعتباره مالكا لها فيمكنه أن يتبرع بها لشخص آخر غيره.

وتعرض هذا الاتجاه أيضا للنقد حيث أنه يعامل أعضاء الجسد البشري باعتبارها أشياء يجوز تملكها والتصرف فيها، وتنتقل ملكيتها إلى الشخص المنقولة إليه بمجرد زرعها⁽²⁾. وهذه النظرية تعتبر أعضاء جسم الإنسان كأى سلعة أو منقول تنتقل ملكيتها بمجرد التسليم.

ويرى البعض أن هذه النظرية تعكس فهما خاطئا لعناصر الذمة المالية للشخص الطبيعي لأن جسم الإنسان ليس شيئا ماديا بل هو الإنسان نفسه، وليس مجرد ملك له فالجسم هو الإنسان، فيه يتجسد وبه يكون، ولا يقلل من هذا النظر أن الإنسان يتمثل أيضا في روحه وعقله وإرادته، ذلك أن الإنسان ليس مجرد روح أو عقل أو إرادة، لأنه بدون الجسد لا يمكن للإنسان أن يتمثل بروحه ولا يوجد بمجرد عقله ولا إرادته، إذ لا بد من وجود الجسم الذي

(2) القتل الرحيم - مقال منشور في الموقع الإلكتروني، www.aissforum.com/f2/t29805.htm

(3) د. أحمد شرف الدين - المرجع السابق، ص 95.

(1) محمد سعد خليفة - الحق في الحياة و سلامة الجسد، دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة أسبوط، ع18، 1996م، ص 65.

(2) Rémy C brilloc - le corps Humaine, Droits et libertes fondamentaux, 3eme éd, 1996, p69.

تدب فيه الحياة. والواقع أنه لا وجود للعقل أو الروح أو الإرادة دون وجود الجسد بينما يمكن أن يوجد جسد فقط دون روح أو عقل أو إرادة ولكنه جسد ميت⁽³⁾.

الفرع الثاني

جسم الإنسان محل لحق الشخصية.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حق الإنسان على جسمه يعتبر من الحقوق اللصيقة بكيانه المادي. ويبدأ هذا الحق منذ ميلاد الشخص ويستمر حتى وفاته⁽¹⁾.

ويختلف حق الشخصية عن الحق العيني في أنه لا يقوّم بالمال، ولا يقبل الاكتناز أو التداول بين الأفراد ولا يجوز الحجز عليه، كما أنه لا ينتقل بالميراث، وقد نص القانون الفرنسي الصادر في 29 يوليو 1994، صراحة على عدم جواز اعتبار حق الإنسان على جسمه حقاً مالياً، حيث تنص المادة 1/16 مدني على أنه "لا يجوز أن يكون الجسم البشري عناصره ومنتجاته محلاً لحق مالي".

"le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial"⁽²⁾.

كما نصت المادة 5/16 من ذات القانون على بطلان جميع الاتفاقات التي من شأنها إعطاء قيمة مادية لجسم الإنسان أو عناصره أو منتجاته.

وعلى خلاف الاتجاهين السابقين يذهب الرأي الغالب في الفقه أن الإنسان ليس له حق على جسمه من الناحية القانونية، فالإنسان ليس له حق عيني أو حق شخصي على جسده

⁽³⁾ د. طارق سرور - نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص 78.

⁽¹⁾ د. حبيبة سيف سالم الشامسي - المرجع السابق، ص 38.

⁽²⁾ code civil-Dalloz, 108 eme éd, 2009, art 16, p5.

لعدم صلاحية الجسم البشري لأن يكون محلاً لحق يملكه شخص ويمارس عليه سلطانه، وأن جسم الإنسان يكون مجموعاً متكاملًا، لا يستقل فيه جزء عن الآخر⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن جسم الإنسان لا يدخل في ذمته المالية، وكذلك أي عضو من أعضاء هذا الجسد حتى بعد انفصالها عنه، لأن العضو بعد انفصاله عن جسد الإنسان يبقى متمياً إليه وبذلك نأى بجسم الإنسان وأعضائه عن معاملتها معاملة الأشياء وكذلك ليس للإنسان حق شخصي على جسمه، لأن الإنسان لا يكون إلا بجسمه، ولا يتصور أن يكون الشخص صاحب حق عليه وأن يكون هو بذاته محل هذا الحق في آن واحد⁽¹⁾.

ويتفق أغلبية الفقه في أن جسم الإنسان لا يصلح أن يكون محلاً لأي حق، سواء كان ذلك الحق حقاً شخصياً أو حقاً عينياً لما لجسم الإنسان من حرمة وكرامة، ونظراً لأن الله سبحانه وتعالى قد ميز الإنسان عن سائر المخلوقات واستخلف الإنسان في الأرض لعمارته وعبادته سبحانه، لقوله تعالى "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ"⁽²⁾، وقوله تعالى: "وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً"⁽³⁾، وقوله جل شأنه "إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَا مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا"⁽⁴⁾.

وفيما يلي نتناول حرمة جسم الإنسان ومعصوميته.

(3) د. حبيبة سيف سالم الشامسي - نفس المرجع، ص 39.

(1) د. طارق سرور - المرجع السابق، ص 87.

(2) الإسراء - الآية 70.

(3) البقرة - الآية 30.

(4) الأحزاب - الآية 72.

المبحث الثاني

حرمة جسم الإنسان

يحتل جسم الإنسان مكانة بارزة ومهمة في علم القانون. فإذا كان صحيحاً أن الإنسان كشخص أو كفرد كان وما يزال محور اهتمام قدماء القانون من بداية حياته إلى نهايتها، إلا أن ذلك ليس كل شيء، فحجم الإنسان كجسد أو كبذن يخرج عن هذا المحور، وإذا كان القانون يهدف بصفة أساسية إلى تنظيم علاقات الإنسان بمثيله الإنسان، وبغيره من الهيئات والمؤسسات إلا أنه يمتد أيضاً ليسغ حمايته على جسم الإنسان.

فقد استقرت منذ القدم -عدة مبادئ قانونية مهمة تتعلق بحماية جسم الإنسان⁽¹⁾، أهمها مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان وهي مبادئ متعلقة بالنظام العام ومتفرعة من مبدأ حرمة أو معصومية جسد الإنسان⁽²⁾، وإلى جانب ذلك فإنه لم يعد هناك شك في الوقت الحالي في أهمية البحث العلمي عموماً أو البحث في مجال الطب على نحو خاص، وأن صورة الطب قد تحسنت كثيراً بفضل الطب الوقائي، فالطب لا يهتم فقط بالعلاج، بل أصبح يهتم بذات القدر وربما بدرجة أكبر أحياناً بالوقاية خاصة في

(1) G.Memeteau - le droit médical, jurisprudence française, 4, litec, 1985-p102-103.

(2) M-A- Hermitte - le corps hors du commerce hors du marché, Archive de la philosophie de droit, 1998-p33.

مواجهة بعض أنواع الأمراض الخطيرة كالإيدز مثلاً، كما أن الإنسان أصبح ينتظر من التجارب الطبية الكثير من النتائج ويعلق عليها الكثير من الآمال، وهذه المعاني جعلت من الطب عموماً ومن الطب التجريبي خصوصاً، قيمة جماعية، ولذلك بدأ النظر في العصر الحديث إلى التجارب الطبية على أنها أمل المستقبل.

وعلى ذلك، فإن الكلام في التجارب الطبية والمبادئ القانونية المقررة لحماية جسم الإنسان يتطلب وبالضرورة النظر أولاً في مبدأ عدم جواز التصرف في جسم الإنسان ضمن المطلب الأول وثانياً في مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان ضمن المطلب الثاني، وذلك مع تحديد مفهوم ونطاق وأساس كل مبدأ من هذه المبادئ، وفي الأخير الكلام عما إذا كانت التجارب الطبية تتفق مع هذين المبدأين أم أنها تمثل خروجاً عليهما ضمن المطلب الثالث.

المطلب الأول

عدم جواز التصرف في جسم الإنسان

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني وقواعده، نجد أن الحقوق المالية Droits patrimoniaux هي الحقوق التي تقدم لصاحبها منفعة مالية، أي منفعة يمكن تقويمها بالمال فهي حقوق تدخل دائرة التعامل حيث يجوز التصرف فيها والتنازل عنها، كما أنها أيضاً تنتقل - كقاعدة عامة - إلى الورثة بالوفاة⁽¹⁾، فالحقوق المالية إذن هي حقوق متصلة بمصالح اقتصادية للشخص يمكن تقويمها بالنقود، وهي إما أن تنصب على أشياء معينة بذاتها، فتكون حقوقاً عينية، وإما أن تنصب على أداءات يقوم بها شخص هو المدين لمصلحة شخص آخر هو الدائن فتكون حقوقاً شخصية أو حقوق دائنية. ومن هنا كان تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية Droits réels وحقوق دائنية les obligations⁽²⁾. إذا كان الأمر كذلك فهل يعد جسم الإنسان بمجموعه شيئاً من الأشياء التي يمكن تقييمها بمال أو نقود؟ وبذلك هل يمكن أن يدخل جسم الإنسان في دائرة الأشياء التي يمكن التعامل فيها؟

(1) د. جابر محبوب علي - المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق - د. ن. 2007، ص 29.
(2) د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، ج 1، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 331.

من المبادئ الثابتة والراسخة في علم القانون، والذي يعد نتيجة من نتائج مبدأ حرمة أو معصومية الجسم الإنساني، مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، حيث إنه إعمالاً بهذا المبدأ المتعلق بالنظام العام يحضر على الشخص أن يتصرف في جسده وبدنه، كما يحضر على الغير ذلك أيضاً⁽³⁾.

والتصرف المحذور هنا هو التصرف الذي من شأنه أن يجعل من جسد الإنسان في مجموعه من قبيل الأشياء التي يمكن التعامل فيها وتقييمها بمال، و عليه فإن جسم الإنسان يخرج كأصل عام عن دائرة التعامل ولا يمكن تبعاً أن يكون محلاً ممكناً ومشروعاً للحقوق والعقود والمعاملات فلقد خلق الله الإنسان وأعزه وكرمه فلا يتصور أن يعامل جسمه معاملة الأشياء يباع ويشترى أو يؤجر ويعار⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد تنص المادة (1/8) من العقد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية على أنه "لا يجوز استرقاق أحد، ويحرم الاسترقاق والاتجار بالرقيق في كافة أشكالها"⁽²⁾. وأخيراً فإن إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام يقضي بالمادة (1/11) بأن "الإنسان يولد حراً وليس لأحد أن يستعبده أو يذله أو يقهره أو يشغله، ولا عبودية لغير الله تعالى"⁽³⁾. فكل اتفاق على استغلال أو استثمار جسم الإنسان أو عضو من أعضائه هو كقاعدة عامة اتفاق باطل بطلاناً مطلقاً وذلك لعدم مشروعية المحل من جهة، وعدم مشروعية السبب من جهة أخرى، فالتصرف أو المضاربة بجسم الإنسان يتعارض مع مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، وهو مبدأ متعلق بالنظام العام كما سبق القول.

(3) د. علاء علي حسين نصر - المرجع السابق، ص 63.
(1) د. فايز عبد الله الكندري - مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة 22، العدد الثاني، يونيو 1998، ص 792.
(2) وهذا ما قرره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث تنص المادة الرابعة على أنه "لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها". أنصر، د. علاء علي حسين نصر - المرجع السابق، ص 63.
(3) إعلان صادر عن المؤتمر الإسلامي التاسع عشر لوزراء الخارجية المنعقد في القاهرة بجمهورية مصر العربية في الفترة من 9-13 محرم 1411هـ/ الموافق 31 جوان 1990م.

إلا أنه تجدر الإشارة مع ذلك إلى أن البطلان لا يشمل سوى الاتفاقيات أو العقود التي من شأنها أن تجعل لجسم الإنسان، أو لعضو من أعضائه قيمة مالية، فما هو محضور قانونا وشرعا هي التصرفات القانونية التي تجعل من جسد الإنسان شيئا من الأشياء التي من الممكن تقييمها بمال. فليس هناك من ينكر وجود ومشروعية العقد الطبي بين الطبيب والمريض وذلك على الرغم من تعلقه بجسم المريض، لأن هذا العقد ليس من شأنه أن يضفي قيمة نقدية على جسم الإنسان أو عضو من أعضائه بل إن الغرض والهدف الأساسي منه يتمثل في علاج المريض أو شفائه أو إنقاذ حياته أو وقايتها من المرض⁽⁴⁾، ومن ثم يقع باطلاً بطلانا مطلقاً التصرف الذي يجعل من جسم الإنسان شيئا أو قطعة أو بضاعة لها قيمة مالية ونقدية، ولعل هذا هو السبب الذي دفع المشرع الفرنسي، في القانون رقم 94/653 الصادر في 1994/07/29م بشأن حماية جسم الإنسان إلى النص على مبدأ "le principe de non-patrimonialité du corps humain"⁽¹⁾. أي عدم دخول جسم الإنسان ضمن الحقوق المالية.

بعد أن تعرضنا لمفهوم مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ونطاقه وأساسه القانوني، نبحت الآن في المبدأ الثاني المقرر لحماية جسم الإنسان، والمستخلص أيضا من مبدأ معصومية جسد الإنسان، وذلك مع بيان نطاقه وأساسه القانوني.

المطلب الثاني

عدم جواز المساس بجسم الإنسان

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ المستقرة منذ وقت بعيد في الفقه والقضاء، ويتفرع هذا المبدأ عن مبدأ حرمة جسم الإنسان ومعصوميته، فيحظر أي عمل يتضمن مساسا بجسم الإنسان سواء من الشخص ذاته أو من قبل الغير. ولكل شخص أن يدافع عن نفسه وعن تكامله البدني ضد أي اعتداء أو مساس.

(4) يصدد العقد الطبي، أنظر: د. عبد الرشيد مأمون - عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976م كذلك د. محمد السعيد رشدي - عقد العلاج الطبي، مكتبة سيد عبد الله وهيب، 1976م.

(1) حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 1/16 من القانون المدني الفرنسي على أن :

"Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial."

وقد استقر هذا المبدأ في فرنسا، وذلك بمقتضى القانون رقم 94/653 الصادر في 29 يوليو 1994 بشأن حماية واحترام جسم الإنسان، حيث تقرر المادة 1/16 الفقرة الأولى أن " لكل شخص الحق في احترام جسمه وجسده، جسم الإنسان غير قابل للمساس والاعتداء عليه" (1).

والحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي يحميها القانون، ويقوم على عناصر ثلاثة هي: السير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم، والتكامل الجسدي، والتحرر من الآلام البدنية (2). والسير الطبيعي لوظائف الحياة في الجسم هو المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في أن يحتفظ بالنصيب الذي يتوافر لديه من الصحة، أي مصلحته في ألا يهبط مستواه الصحي، فكل فعل ينقص من هذا النصيب هو مساس بالحق في سلامة الجسم، سواء تحقق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان الجني عليه يعاني منه سلفاً.

ويعني التكامل الجسدي مصلحة الجسم في الاحتفاظ بمادته في كل جزئياتها، وكل فعل ينقص من مادة الجسم يعد اعتداءً على سلامته، سواء كان العضو أو الجزء المستأصل منه داخلياً أو خارجياً، كبير الأهمية بالنسبة لوظائف الحياة في الجسم أو قليلها، ويتحقق المساس بالتكامل الجسدي بمجرد العبث بمادة الجسم على نحو يخل بتماسك الخلايا أو يضعف منه مثل إحداث فتحة في الجلد أو وخز جزء من الجسم بإبرة (1).

ولا يقتصر الأمر فقط على الأفعال التي تشكل مساساً بالجسد في سير وظائفه الطبيعية أو المساس بالتكامل الجسدي، ولكن يجرم أيضاً كل فعل يسبب ألماً وقتياً لمادة الجسم حتى ولو لم يترتب عليه أي ضرر. لذلك يجرم القانون مجرد ضرب الجني عليه على وجهه حتى ولو لم تتخلف أي إصابة عن هذا النشاط، فمجرد المساس بالجسم بصورة تسبب ألماً ولو صغيراً يقع تحت طائلة القانون (2).

(2) د. علاء علي حسين نصر - المرجع السابق، ص 73.

(1) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 177.

(2) د. علاء علي حسين نصر - المرجع السابق، ص 75.

ولا يجوز للغير أن يعتدي على جسم إنسان آخر بأفعال تمس كيانه المادي، وكذلك لا يجوز المساس أو العبث بجسد إنسان ميت، لأن ذلك يشكل انتهاكاً لحرمة الميت. ولم يتقرر التزام الغير بعدم المساس بجسم الإنسان الحي وحرمة مجرد حماية المصلحة الشخصية للإنسان واهتمام القانون بها، ولكن الأمر يتعلق أيضاً بمصلحة المجتمع الذي يزدهر ويتقدم بتمكين الإنسان من أداء دوره الاجتماعي المنوط بتقديمه لمجتمعه، وهو ما لن يحدث إلا إذا كان الإنسان آمناً على حياته وسلامته الشخصية، وتوفير الأمن والسلم الاجتماعي والحد من انتشار جرائم الاعتداء على الأشخاص هو الذي يحمي الأمن العام من المخاطر، ولذلك فإن الالتزام بعدم المساس بجرمة جسم الإنسان يقع أيضاً على عاتق الدولة، فيفرض التزاماً بعدم تمكين الغير من المساس بجرمة أجساد الآخرين⁽³⁾.

المطلب الثالث

حتمية التجارب الطبية ومبدأ حرمة جسم الإنسان

رأينا سابقاً أن جسم الإنسان يتمتع بحماية ضد كل اعتداء يستهدف سلامته من جانب الغير، وأن أي اعتداء يثير المسؤولية الجنائية والمدنية في آن واحد، بل إن القانون يحمي جسم الإنسان ضد اعتداءات قد يقبلها هو نفسه، ومن هنا كانت مشكلة رضا المضرور وأثرها على المسؤولية مشكلة هامة ومثارة دائماً في نطاق المسؤولية القانونية بصفة عامة.

ولا شك أن مبدأ المعصومية يخرج الجسم من كل صور التعامل والاتفاقات التي ترد عادة على الأشياء، كما أن مبدأ المعصومية يخرج الجسم عن التعامل، ولو كان هذا التعامل بغير مقابل وربما كان كل ذلك يعني خروج الجسم عن دائرة السيطرة الكاملة حتى وإن كان بإرادة صاحبه.

(3) د. طارق سرور - المرجع السابق، ص 101.

ولقد أتيحت للقضاء الفرنسي الفرصة لإعمال هذا المبدأ في مواجهة التجارب الطبية منذ وقت مبكر⁽¹⁾.

ففي عام 1913 قضت إحدى المحاكم الفرنسية بعدم مشروعية عقد طبي لأن موضوعه كان يدور حول إجراء تجربة جراحية على الثدي الأيمن لسيدة لمجرد التجميل، وكان هدف الطبيب التأكد من فعالية طريقة جديدة ابتدعها لجراحات التجميل، وقد أوردت المحكمة في حكمها أن الاتفاق المذكور يتعارض مع كرامة الإنسان، وأن جسم الإنسان يخرج عن دائرة التجارة⁽²⁾.

والحقيقة أن هذه الاتجاهات التي تدين التجارب إنما تلفت النظر إلى أن مبدأ عصمة الجسد، وخروجه عن دائرة التعامل هو مبدأ هادف ويجب فهمه في حدود الهدف منه، ولهذا أيضا يجب تطويع مفهومه، فالإدانة السابقة للتجارب إنما تتعلق حقيقة ليس بمحل التعامل في جسم الإنسان وإنما تتعلق بالسبب في الاتفاق، لذلك يصح القول أن جسم الإنسان يجوز أن يكون محلا للاتفاقات وأن القانون حاليا يميز ذلك، ولكن بشرط أن يكون الهدف مشروع ولا يمس كرامة الإنسان وكيانه المعنوي وبمعنى آخر فإن القيمة الخاصة لحياة الإنسان وسلامته الجسدية إنما تظهر في هذه الاتفاقات كعنصر لبحث وتقدير الهدف من الاتفاق، فإذا كان العمل يستهدف أمراً مشروعاً يصب في القيمة الخاصة بسلامته المادية والمعنوية، فإنه يكون اتفاقاً جائزاً وفي هذا المعنى يقرر البعض أن القانون المدني لا يهتم بالجسم باعتباره وعاء للحياة بل باعتباره الكيان الذي ترتبط به مجموعة من القيم المتعلقة بالكرامة والحرية، وبالتالي فإن رد الفعل القانوني يحدث عندما يمس الاتفاق تلك القيم⁽¹⁾.

وفي إطار هذا المفهوم يتعين تقبل التجارب الطبية ذات الهدف العلاجي، فهذه التجارب بحكم هدفها المشروع والمفيد لصاحب الشأن، تعتبر مشروعة وغير ماسة بكرامة الإنسان وهو ما يذكرنا بالمادة الثالثة من اتفاق المبادئ الأوروبية الصادر سنة 1950 والتي نصت على حماية

(1) د. خالد حمدي عبد الرحمان - التجارب الطبية - الالتزام بالتبصير - الضوابط القانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2000، ص 30.

(2) حكم محكمة Lyon الصادر في 27 يونيو 1913.

Dalloz 1914-2-73 note lolou.

(1) د. خالد حمدي عبد الرحمان - المرجع السابق، ص 32.

الإنسان ضد كل تعامل غير إنساني أو مهين للكرامة الإنسانية⁽²⁾، وقد أتاحت الفرصة أمام اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تصدر حكما سنة 1983 في قضية تتعلق بعلاج طبي له طابع التجربة، حيث أكدت اللجنة أن العلاج الطبي التجريبي والذي يتم دون رضا صاحب الشأن يعتبر مخالف لنص المادة الثالثة سالفه الذكر، وقد أشارت اللجنة أيضا إلى ضرورة تحقق الهدف العلاجي للتجربة الطبية، وأن التجربة الحالية من أي هدف علاجي للشخص تشكل مخالفة للحق في احترام السلامة البدنية، وأن استقلالية الإنسان وحقه في الرفض يعدان ضمانين للحفاظ على سلامة الإنسان واحترام كرامته⁽³⁾.

المبحث الثالث

مفهوم التجارب الطبية ومشروعيتها

تعتبر التجارب الطبية على الإنسان من التدخلات الطبية التي لا يمكن تجنبها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضل هذه التجارب استطاع العلماء الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض الزهري والسل الجذري

⁽²⁾ M.A.Hermitte - Op,cit, p237.

⁽³⁾ F.Schwarty- l'expérimentation chez l'homme ,paris ,1986 .p185.

وغير ذلك من الأمراض القاتلة، إذ أصبحت الكثير منها في طي النسيان وما بقي منها لا يشكل خطورة على مستقبل البشر بحكم أن علاجها أصبح الآن ميسوراً.

وتمر التجارب الطبية عادة بعدة مراحل قبل أن تجرى على الإنسان، إذ تسبقها تجارب معملية ثم تجارب على الحيوانات لفترة طويلة، إلا أنه لا يمكن إطلاقاً معرفة أثر وانعكاسات الأدوية والعقاقير الطبية على الإنسان ومدى مقاومتها لعوامل وأسباب المرض إلا إذا تم تجريب تلك العقاقير على الجسم البشري والتأكد من سلامة استعمالها في العلاج⁽¹⁾.

ولقد حظيت التجارب الطبية والعلمية على الإنسان باهتمام خاص في الكثير من الدول حالياً بسبب المشاكل القانونية التي يثيرها والتي تدور أساساً حول حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان من الاعتداءات والمخاطر المحتملة من إساءة استخدام هذه التجارب.

على أنه من الناحية القانونية كان السبق للقانون في وضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ والقواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها أثناء الحرب العالمية الثانية باسم التجارب العلمية، إذ دفعت المعاملات غير الإنسانية التي تعرض إليها الكثير من البشر على أيدي الأطباء النازيين إبان هذه الحرب إلى صياغة عدة مواثيق دولية حول معاملة البشر في المجالات الطبية المختلفة وخاصة منها التجارب الطبية وقد شكل رضا الشخص أهم المبادئ الأساسية التي تناولتها المواثيق من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات الطبية الماسة بكيانه البدني أو العملي⁽¹⁾.

وقبل مناقشة المبادئ والقواعد الأساسية التي تحكم التجارب الطبية على الإنسان والأثر القانوني لموافقة الشخص في هذا النوع من التدخلات الطبية يتعين التعريف بالتجارب الطبية

(1) د. محمد عبد الغريب - التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، القاهرة، مطبعة أبناء وهبة حنان، الطبعة الأولى، 1989، ص8، وراجع في الفقه الغربي.

Hennau-Hublet, C - les projets de réglementation de l'expérimentation sur les humains, 6ème journées d'études juridiques, Jean Dabin, organisées par l'unité de droit pénal Druylant, Bruxelles 1982, p316.

(1) د. مأمون عبد الكريم - رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2006، ص690.

وبيان أنواعها، حيث نتعرض لها في مطلبين، الأول نخصه لتعريف التجارب الطبية وأنواعها والمطلب الثاني نخصه لمشروعية التجارب الطبية.

المطلب الأول

تعريف التجارب الطبية وأنواعها

ليس من السهل التفرقة بين العمل الطبي العلاجي والعمل الطبي التجريبي ومن ثم يتعين تعريف التجارب الطبية ثم بيان أنواعها.

الفرع الأول

تعريف التجارب الطبية.

لتوضيح المقصود بالتجارب الطبية يحتاج المرء إلى إيضاح مفهوم "العلاج" ومفهوم "التجربة أو البحث". ذلك أن التمييز بين المصطلحين ضرورة لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على كل حالة.

فقد قيل بأنه من الصعب التمييز بين التجارب الطبية والممارسة اليومية للطب لأن الأمراض وخطورتها تختلف من شخص لآخر وهو ما يجعل الطبيب يباشر عملاً تجريبياً في كل مرة يقوم بفحص وعلاج أحد مرضاه، ففي هذا الإطار يقول Blungart أنه في كل مرة يقدم فيها الطبيب أحد العقاقير للمريض فإنه يقوم بالتجريب معه. كما يرى جانب من الفقه أن أي عملية جراحية مهما كانت طبيعتها تحتوي على قدر من العمل التجريبي⁽²⁾.

ولهذه الآراء قدر من الصحة على أساس أن رد فعل الأفراد اتجاه العلاج المقدم يختلف من شخص لآخر، وعلى الطبيب في هذه الحالات أن يزيد أو ينقص في عدد الجرعات أو أن يغير الدواء بما يناسب حالة المريض بشرط مراعاة الأصول الطبية المتفق عليها بين أهل الطب غير أنه في كل الأحوال يجب ألا ننسى أن العلاج المقترح أو المقدم للمريض يمكن أن يحقق الغرض المنتظر بحكم أنه قد تم تجريبه على الإنسان في مرحلة من المراحل السابقة⁽¹⁾.

(2) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 691.
(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 392.

بمعنى آخر إن العلاج المقدم للمريض يدخل ضمن ما يسمى بالأصول الطبية المتعارف عليها ومنها الطرق العلاجية والأدوية التي سبق تجربتها وثبتت منفعتها في العلاج وهذا بخلاف الطرق العلاجية والأدوية والتي لم تصل بعد إلى هذه المرحلة والتي لا تزال تحت التجريب⁽²⁾. من جهة أخرى يختلف الغرض من التدخل العلاجي عنه في التدخل التجريبي خاصة في التجارب غير العلاجية، إذ أن الغرض من النوع الأول يكون دائما علاجيا للمريض بينما في التجارب غير العلاجية فالغرض هو توسيع المعارف العلمية فحسب.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف التدخل العلاجي بأنه مجموع الأعمال الفنية والطبية التي يباشرها الطبيب لمصلحة المريض والتي تكون لغرض تحسين حالته الصحية، مع العلم أن التدخلات الطبية المشار إليها، سبق وأن كانت محل تجريب لتحديد مدى نجاعتها في العلاج وبعدها أصبحت تشكل الأصول الطبية المتعارف عليها⁽³⁾.

ولجوء الطبيب إلى إحدى هذه الطرق العلاجية المعروفة لا يؤدي بالضرورة إلى الشفاء وتحسين حالة المريض الصحية، من ثم فإن افتقار بعض التدخلات الطبية إلى الدقة وعدم نجاعة بعض الأدوية في بلوغ النتائج المتوقعة ليس كافيا لاعتبار تدخل الطبيب في هذه الحالات تدخلا تجريبيا. فالعلوم الطبية ليست علوم دقيقة، و عليه يجب تقبل نسبة معينة من الفشل في تحقيق الشفاء باستخدام بعض الأدوية والذي مرده المتغيرات الفيسيولوجية الخاصة بالأفراد.

وبخلاف التدخل العلاجي فإن التدخل التجريبي هو مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه.

بهذا المفهوم يمكن للمريض محل التجربة أن يستفيد مباشرة من المعلومات التي توصل إليها الطبيب من هذه التجربة، أما إذا كان بصدد تجربة غير علاجية فلا يستفيد منها سوى المرضى المستقبليين⁽¹⁾.

(2) د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق، ص 11.

(3) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 393.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 393.

ويمكن تعريف التجارب الطبية على الإنسان بالتجارب التي يكون محلها البشر، كما عرفها آخرون بأنها "انحراف عن الأصول الطبية لغرض اكتساب معارف جديدة"، وهذا ما جاء في القانون الفرنسي رقم (88/1138) الصادر في 20 ديسمبر 1988 الخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية، بحيث عرّف التجارب الطبية بأنها "الأبحاث والدراسات التي تجري على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية"⁽²⁾.

الفرع الثاني

أنواع التجارب الطبية وأهميتها

أولاً: أنواع التجارب الطبية.

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد منها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه التجربة تكون التجربة علمية أو غير علاجية. من ثم فإن التجارب الطبية نوعان، تجارب علاجية وأخرى غير علاجية (علمية).

1- التجارب العلاجية:

يراد بالتجربة العلاجية التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء⁽¹⁾. فالغرض الأساسي من هذا النوع من التجارب هو محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجريب طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة، أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة.

(2) ولقد تم تعديل هذه المادة بالقانون رقم (90/86) الصادر في 23 يناير 1990، و حذفتم كلمة "دراسات" و حل محلها "أبحاث طبية وحيوية"، دالوز 90، ص 122. مشار إليه لدى د. أحمد عبد الدائم - المرجع السابق، ص 305.
(1) د. أسامة عبد الله قايد - المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 318.

ويشبه هذا النوع من التجارب التدخلات العلاجية المحضة من حيث الغرض وهو علاج المريض، غير أن لهذا النوع من التجارب ميزة أخرى وهي إمكانية استفادة المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة منها.

2- التجارب غير العلاجية:

يمكن تعريف التجارب غير العلاجية بأنها أعمال فنية وعلمية يباشرها الطبيب على جسم المريض بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج⁽²⁾.

كما يعرف هذا النوع من التجارب بأنه "كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم، أو المساهمة فيها بطريق مباشر"⁽³⁾.

فمن خلال هذين التعريفين يتضح أن ما يميز بين نوعي التجارب الطبية هو الهدف أو الغرض الذي يسعى الطبيب إلى تحقيقه من وراء كل منها، فالتجربة العلاجية تهدف إلى إيجاد أفضل طرق العلاج الممكنة لصالح المريض مع إمكانية تعميم هذه الفائدة إلى غيره من المرضى ممن يشتركون من نفس المرض حالياً أو مستقبلياً.

أما التجربة العلمية المحضة أو غير العلاجية، فالهدف منها هو كسب معارف جديدة بخصوص التشخيص أو العلاج كأن يجرب الطبيب مفعول مستحضر طبي جديد أو طرق علاجية لم يسبق تجربتها فيما مضى، ويجرى هذا النوع من التجارب عادة على متطوعين أصحاء أو مرضى بدون أن تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة⁽¹⁾.

وإذا كانت التجارب العلاجية لا تثير إشكالات من الناحية القانونية والأخلاقية من حيث أساس مشروعيتها فإن الأمر يختلف بالنسبة للتجارب العلمية التي ينتفي فيها قصد العلاج، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال عرض الإطار الشرعي والقانوني للتجارب الطبية.

(2) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 694.

(3) و هو التعريف الذي خصتها به إدارة الصحة الأمريكية، مشار إليه لدى، د. محمد سامي الشوا - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1986، ص 493

(1) فرانس بكارد - إنهم يصنعون البشر، مشار إليه لدى د. علاء علي حسين نصر - المرجع السابق، ص 83.

لكن قبل ذلك سوف نبين أهمية التجارب الطبية.

ثانياً: أهمية التجارب الطبية.

لم يتقدم علم الطب-والدواء بصفة خاصة- إلا بفضل التجارب وقد ثارت ضمائر الناس في أمريكا، حين علموا أن تجارب طبية تجرى على السجناء، وخاصة المحكوم عليهم بالإعدام ولو كان ذلك قد تم برضاهم، وقد أجريت بعض التجارب القذرة في ظل بعض الأنظمة المستبدة، وانتهت بأصحابها إلى المشنقة وقد جرت محاكمة شهيرة لأطباء ألمان أمام محكمة نورمبرج، حيث أحيل إليها 23 متهما بينهم مديرو مؤسسات صحية كبيرة، في الإدارة وفي الجيش وأساتذة جامعيين وأطباء معسكرات إبادة اهتموا بأنهم أجروا تجارب طبية على أسرى حرب أو على أفراد من ديانة أخرى، دون التقيد بالشروط القانونية⁽²⁾. وعلى الرغم مما سبق، إلا أنه من الصعب إنكار أثر جرأة الرواد الأوائل، على تقدم الطب بهذه الصورة الكبيرة، وذلك في مختلف فروع الطب.

والأصل أن التجارب على الإنسان ما لم تكن طائشة أو يجربها أشخاص غير أكفاء هي عمليات لا يمكن تفاديها، ولهذا يرى العميد سافاتييه أن "من طبيعة العمل الطبي أن يكون فيه المخاطر في نطاق المعالجة ونطاق البحث الذي يقتضي إجراء التجارب"⁽³⁾.

والعلاقة بين الطب والقانون علاقة تبادلية، يؤثر كل منهما في الآخر، فقد لعب التقدم الطبي دوراً كبيراً وحيوياً في تطور القانون ومواكبته للتقدم المستمر في هذا المجال، وأصبحت أعمال طبية كثيرة مباحة ومشروعة بعد أن كانت غير مشروعة، فعندما يتقدم الطب ويقدم للإنسانية آفاقاً جديدة للصحة والسعادة، فلا بد للقانون أن يستجيب ويسمح بذلك.

كما أن القانون يؤثر أحياناً في الطب، وقد يحدث ذلك في اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن الطبيب الذي يعمل في ظل وضع يخشى فيه من المسؤولية ولا يعرف الحدود القانونية لحرية، لا يستطيع أن يبدع ويساهم في التقدم العلمي. فالقانون يقدم الإطار والحماية

(2) فرانس بكارد - نفس المرجع، ص 83.

(3) د. عبد الوهاب حومد - المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، ص 15، ع 2، شعبان 1401 هـ، جوان 1981، ط 4، 1997، ص 190.

لتقدم الطب، فلو لم يُجزِ القانون التجارب الطبية، لتأخر تقدم الطب، فالقانون يساعد الطب حتى يرقى به لتحقيق خير الإنسانية.

والاتجاه الثاني: وهو قديم، حيث يقف القانون حجر عثرة في سبيل تقدم الطب، ومثال ذلك ما حدث في مجال نقل الدم، فقد صدر في فرنسا سنة 1668 قانون يجرم إجراء عمليات نقل الدم، وبهذا توقف البحث الطبي في هذا المجال، وظل الوضع كذلك حتى سنة 1818 حيث نجح أحد الأطباء لأول مرة في نقل الدم إلى الإنسان فعاد القانون وأباح ذلك⁽¹⁾. ولم يعد هذا الوضع القديم قابلاً للتكرار، لأن القانون الآن أصبح يستجيب بسهولة لمطالب الأوساط الطبية بإضفاء المشروعية على كثير من الأعمال الطبية المستحدثة، طالما تحقق من أن هذه الأعمال لا تخرج عن الضوابط العامة لمشروعية الأعمال الطبية، وعلى وجه الخصوص الغاية العلاجية.

المطلب الثاني

مشروعية التجارب الطبية

توصلنا فيما سبق إلى أن التجارب الطبية نوعان، تجارب علاجية تهدف إلى إيجاد علاج جديد لمرض أخفقت الوسائل التقليدية في علاجه، وتجارب علمية تباشر على الإنسان بهدف كسب معارف جديدة.

ونظراً لاختلاف الغرض في هذين النوعين من التجارب فإن حكم إجراء كل منهما يختلف عن الآخر وهو ما يتطلب منا بحث مشروعية كل منهما على حدة.

الفرع الأول

التجارب العلاجية

يتطلب بحث مشروعية التجارب العلاجية مناقشة رأي الفقه الوضعي بشأنها من جهة ثم بيان حكم الشريعة الإسلامية فيها من جهة ثانية.

أولاً: مشروعية التجارب العلاجية في القانون الوضعي.

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص 10، 11.

لقد استند الفقه إلى الغرض العلاجي كأساس لتبرير التجارب العلاجية، إذ اعتبر أن قصد الشفاء هو أساس مشروعية هذا النوع من التجارب⁽¹⁾ ولا يجوز للطبيب، كأصل عام، أن يختبر أسلوباً جديداً في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب خصوصاً إذا ثبتت نجاعة هذه الطرق في العلاج، إذ يلتزم الطبيب في هذه الحالة باحترام المعطيات العلمية الثابتة ويمنع عليه مباشرة التجريب مهما كان الغرض الذي يبتغيه من ذلك لأن الإنسان ليس حقلاً للتجارب العلمية أو الطبية⁽²⁾، من ثم فإذا خالف الطبيب الطرق العلاجية المتفق عليها وجرب طرقاً علاجية أخرى، وكانت نتائجها غير مؤكدة أو ترتب عنها أضرار للمريض، فإنه يسأل عن خطأ مهني مؤكد، وفي هذا الإطار قررت محكمة السين في حكم لها سنة 1935.

"أن الطبيب الذي يمارس تجربة طبية بغير ضرورة بالنسبة للمريض يرتكب خطأ مهنيًا مؤكداً"⁽³⁾.

ذلك أن إباحة مزاولة الأعمال الطبية مرتبط بقصد العلاج و باحترام الأصول العلمية من ثم يجب على الطبيب أن يلتزم أثناء تدخله العلاجي بالأفعال الطبية الضرورية والملائمة للعلاج حسب المعايير التي يحددها أهل الطب وهي بطبيعتها متطورة، ويستفيد الطبيب في هذه الحالة بقدر من الاستقلال في تقدير العمل الطبي المناسب وفقاً لما يملكه عليه ضميره. فحرية اختيار الطبيب للوسائل العلاجية هي أحد المبادئ الأساسية التي تركز عليها ممارسته مهنة الطب وتأكيدها على هذا المبدأ قررت محكمة باريس في أحد أحكامها أن "حرية الطبيب في اختيار وسيلة علاجية معينة هي إحدى الحريات الأساسية التي ينبغي أن يكفلها له القانون"⁽¹⁾.

(1) د. محمد سعد خليفة - الاستنساخ البشري، دراسة علمية دينية قانونية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004، ص 59، راجع أيضاً د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 696.

(2) د. محمود محمود مصطفى - مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس، السنة 18 ص 115.

(3) د. محمد سامي الشوا - مسؤولية الأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة 2003، ص 125.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 698.

والمقصود بذلك أن الطبيب حر في الاختيار بين الطرق العلاجية المعروفة بما يناسب حالة المريض، بشرط أن تكون الوسيلة المستعملة مما هو متعارف عليه بين أهل المهنة. غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من تجريب الأساليب العلاجية الجديدة عندما تعترضه حالة مرضية لا يوجد لها علاج معروف، فإذا كان من حق المريض الاستفادة من مزايا العلم والانتفاع من أوجه التقدم التي تحققت عن طريق أسلافه فله أيضا أن يساهم من أجل مصلحة غيره بأن يكون محلا للتجارب الطبية.

وتتجه جل الآراء في الفقه والقضاء إلى القول بمشروعية التجارب العلاجية بشرط إحترام المبادئ الأخلاقية والقانونية التي تحكمها، إذ لا يمكن الاستغناء عن هذا النوع من التجارب للاعتبارات التالية:

1- الأهمية العلمية للتجارب العلاجية:

يرتبط تقدم العلوم على اختلاف أنواعها بالبحث والتنقيب المتواصل وقد يحتاج الباحث في الكثير من العلوم إلى الملاحظة والتجربة وهو حال العلوم الطبية، فلقد سمحت التجارب الطبية باكتشاف طرق علاجية كثيرة ساهمت في القضاء على الكثير من الأوبئة والأمراض المزمنة⁽²⁾.

وإذا كانت التجارب الطبية قد تعرضت في فترة تاريخية معينة إلى نوع من النفور بسبب جرائم الأطباء النازيين أثناء الحرب العالمية الثانية، إلا أنها سرعان ما استرجعت أهميتها العلمية في الحياة الاجتماعية بسبب التطور العلمي الهائل الذي عرفه المجتمع البشري والذي انتهى إلى الاعتراف بمشروعيتها وتنظيمها داخليا ودوليا⁽³⁾.

من جهة أخرى، تعتبر التجارب الطبية على الإنسان ضرورة عملية لا مفر منها. إذ حتى ولو كانت الأصول العلمية تحتم ضرورة إجراء التجربة على الحيوان إلا أنه لا بد من التجريب على الإنسان في مرحلة من المراحل بسبب محدودية التجارب على الحيوان، والسبب في ذلك أن الاختلافات الفيزيولوجية بين الإنسان والحيوان توجب التجريب على الإنسان لمعرفة الأثر

(2) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 699.

(3) د. محمد سامي الشوا - مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 129.

الفعلي للأدوية على جسمه ومدى صلاحيتها في العلاج، وقد دفعت هذه الحقيقة العلمية البعض إلى القول بأن التجارب الطبية على الإنسان ليست فقط مشروعة أخلاقيا وإنما مطلوبة⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى تاريخ الطب يتضح أنه عبارة عن سلسلة متصلة من التجارب المتعلقة بطرق علاجية شكلت في بداية الأمر خلافا عميقا بين الأطباء قبل أن تستقر وتصبح اليوم طرق علاجية مألوفة، ومن أمثلة ذلك عمليات نقل الدم الذي اعتبرت في بداية الأمر عملا غير مشروع بسبب الوفيات التي نجمت عنها، فصدر في فرنسا قانون يجرم هذه العمليات سنة 1698، غير أن تطور التقنيات الطبية واستمرار التجارب في هذا المجال أدى إلى الاعتراف بهذه التقنية وهو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إباحتها من جديد ابتداء من سنة 1818⁽²⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للأمراض البائية، حيث هناك العديد من الأمثلة أبرزها ما توصل إليه العالم **pasteur** حين استخدم المصل الواقي من مرض الكلب (**la rage**) ولقح به الكثير من الأشخاص لتجنيبهم الإصابة به. كما توصل أيضا بعد سلسلة من التجارب إلى إكتشاف المصل الواقي من مرض شلل الأطفال المستعمل اليوم على نطاق واسع⁽³⁾.

أما في مجال الجراحة فقد أجريت أول عملية لاستئصال بنكرياس مصاب بمرض السرطان وكان ذلك على سبيل التجربة، وفي جراحة القلب نجح **Bailly** بعد عدة محاولات في توسيع صمامات القلب، وذلك بعد أن فشل الكثير ممن سبقوه في هذه العملية⁽⁴⁾.

وبنفس الطرق التجريبية توصل الأطباء عبر التاريخ إلى استئصال وإعادة زرع الأعضاء البشرية من أجل المحافظة على حياة الإنسان وإطالتها فصار من المألوف نقل كلية من شخص سليم لآخر مريض، أو زرع القلب والرئة وغيرها من الأعضاء البشرية الحيوية في الجسم البشري وكانت التجربة مرة أخرى هي المحرك الأساسي في نجاح هذا النوع من العمليات إلى

(1) Antoine Retault - "L'expérimentation sur le malade: soins ou recherche? Révie trimestrielle de droit civil, Sommaire Du N°1; 2000, p65.

(2) د. أحمد إبراهيم محمود سعد - مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1983، ص438.

(3) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص701.

(4) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص701.

أن أصبحت طرقاً علاجية مألوفة في حياة البشر، والأمثلة في هذا المقام كثيرة لا يمكن حصرها إلا أن دلالتها الأساسية هي حتمية التجربة العلاجية لتقدم العلوم الطبية⁽¹⁾.

2- شرعية الغاية في التجارب العلاجية:

من خصائص التجارب الطبية على الإنسان التي ساعدت على إضفاء الشرعية على هذا النوع من التجارب، سببها المشروع والمتمثل في قصد العلاج.

حيث لا تتعارض التجارب الطبية مع القواعد القانونية العامة المنظمة للأعمال الطبية لأن الغرض واحد في كلتا الحالتين وهو قصد علاج المريض.

فمن خلال سعيه إلى تجريب الأدوية الجديدة يهدف الطبيب إلى علاج المريض محل تلك التجارب وهي الغاية من إباحة العمل الطبي، وأهدافها نبيلة ومشروعة، الغرض منها علاج المريض الحالي مع إمكانية تعميم الفائدة إلى المرضى المستقبلين⁽²⁾.

3- التجارب العلاجية وفكرة العدالة:

يستند بعض الفقه من جهة أخرى في تبرير التجارب الطبية إلى فكرة العدالة، حيث يرى هؤلاء أن كل إنسان حي في الوقت الحاضر استفاد بطريقة أو بأخرى من تجارب الأمم السابقة ومن خلال التجارب الطبية التي أجريت على من سبقوه، فالتجارب التي خضع لها البشر بشأن التأكد مثلاً من فعاليات المضادات الحيوية (Antibiotic) ساهمت كثيراً في تحسين صحة البشرية جمعاء، وعليه فإن مبدأ العدالة يقتضي أن يساهم إنسان اليوم كذلك في التجارب الطبية للتخفيف من آلام البشرية.

وجدير بالملاحظة أنه ليس هناك إجماع بخصوص هذا المبدأ بين رجال الفقه، فقد رفض البعض تبرير التجارب الطبية الحالية استناداً إلى مبدأ العدالة، إذ يعتبر هؤلاء أن مشاركة الأطباء والمرضى في التجارب الطبية السابقة تمت بإرادتهم الحرة، وفي إطار أعمال التبرع أو الأعمال الخيرية⁽¹⁾.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 702.

(2) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 702.

(1) د. محمد سامي الشوا - مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 130.

وإذا كان إنسان اليوم مدينا بشيء للأمم السابقة، فيجب أن يكون ذلك الشكر والعرفان لتلك الأجيال التي ساهمت في تخفيف آلام البشرية وليس أي التزام آخر استنادا إلى مبدأ العدالة. ويستند الفقهاء في ذلك بأن لتجارب الطبية وظيفة ثانوية في حياة الأمم وليست أساسية حتى يكون الجميع مطالبين بالمشاركة فيها⁽²⁾. على أن الحقيقة التي لا مفر منها هي أن التطور العلمي والطبي الذي وصلت إليه البشرية اليوم هو نتاج تطور تاريخي ساهمت فيه جميع الأمم وليس هناك فضل لجيل على آخر، والحقيقة الثانية التي لا مفر منها أيضا هي حاجة الإنسان إلى التجارب الطبية كمحرك أساسي للبحث عن الطرق العلاجية الأكثر نجاعة والأكثر تحقيقا لسلامته البدنية⁽³⁾.

ثانيا: حكم الشريعة بشأن التجارب العلاجية.

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى حكم الشريعة بشأن التجارب الطبية سواء العلاجية أو العلمية، إلا أن بعض الفقهاء في العصر الحديث استخلصوا مشروعية التجارب العلاجية من بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة وكذا من القواعد العامة في الشريعة الإسلامية فمن بين الآيات التي استدلت بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية ما يلي:

- قوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه"⁽⁴⁾.

- وقوله تعالى: "وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"⁽⁵⁾.

- وقوله أيضا: "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم"⁽⁶⁾.

حيث يؤخذ من هذه الآيات قاعدة مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الضرورة تقدر بقدرها⁽¹⁾، ولقد استند الفقهاء إلى هذه القاعدة للقول بأن الإنسان المريض الذي لم تفلح الطرق المعروفة في علاجه يكون مضطرا لتجريب أدوية وطرق علاجية جديدة.

(2) Antoine Retault - l'expérimentation sur le malade: soins ou recherche? OP cit, p67.

(3) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 703.

(4) سورة البقرة - الآية 173.

(5) سورة الأنعام - الآية 119.

(6) سورة المائدة - الآية 3.

(1) د. عبد المجيد محمود مطلوب - أصول الفقه الإسلامي، دن، 1986، ص 75.

من جهة أخرى ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حث على التداوي في أكثر من موضع، حيث ثبت عنه صلى الله عليه وسلم قوله: "لكل داء دواء فإذا أصاب دواء الداء برئ بإذن الله عز وجل" (2).

وفي رواية أخرى "سأل أعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله أنتداوي؟ قال: نعم فإن الله لم يترل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله" (3).
ومن القواعد العامة في الشريعة التي استدل بها الفقهاء للقول بشرعية التجارب العلاجية إباحة الله عز وجل للتداوي من الأمراض، والقاعدة العامة أن الله إذا أباح شيئاً أباح الوسائل المسخرة للتداوي، وقد لا يتم معرفة هذه الوسائل والطرق إلا عن طريق التجريب كما فعلت فاطمة مع جرح الرسول صلى الله عليه وسلم يوم أحد، و عليه فلا مفر من التجارب العلاجية لأن للوسائل حكم المقاصد.

من جانب آخر جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد وطبقاً للقاعدة الشرعية "حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله" فإن كل ما يحقق مصالح الناس يعتبر مباحاً، ولما كانت التجارب العلاجية تفيد هذا المعنى فهي تدخل في نطاق الإباحة (4).

الفرع الثاني

التجارب غير العلاجية أو العلمية.

في هذا الفرع نتناول بالبحث مشروعية التجارب غير العلاجية من خلال رأي الفقه الوضعي بشأنها ثم موقف الشريعة الإسلامية منها.

أولاً: موقف القانون الوضعي من التجارب غير العلاجية.

على خلاف التجارب العلاجية التي لا تثير مشاكل تذكر بشأن مشروعيتها، فإن التجارب العلمية أو ما يسمى بالتجارب غير العلاجية تثير الكثير من التساؤلات، والسبب في ذلك أن هذا النوع من التجارب لا يراد به علاج الشخص الخاضع لها وإنما فقط اكتساب

(2) صحيح مسلم - الجزء الرابع، ص 1729.

(3) مسند الإمام أحمد - الجزء الأول، ص 3578.

(4) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 705.

معارف جديدة بخصوص مرض أو دواء جديد، مع العلم أن الشخص الخاضع لهذا النوع من التجارب يمكن أن يكون مريضاً كما يمكن أن يكون سليماً.

وبخصوص مشروعية هذا النوع من التجارب انقسم الفقه إلى اتجاهين رئيسيين:

- اتجاه أول يؤيد التجارب العلمية ويعترف بمشروعيتها.

- اتجاه ثاني ينتقد هذا النوع من التجارب وينفي أي مشروعية لها.

1-الاتجاه المؤيد للتجارب العلمية:

و يترجم هذا الاتجاه الفقه الأنجلوساكسوني، وجانب من الفقه الألماني والفرنسي.

حيث يميل الفقه الأنجلو ساكسوني إلى الاعتراف بمشروعية التجارب والأبحاث العلمية التي يكون هدفها الأساسي تحقيق تقدم البشرية، ويستند هذا الاتجاه إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة (common law) مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسمه أو ماله، يحول دون قيام الجريمة متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم واقترن ذلك بموافقة المجني عليه المستنيرة⁽¹⁾.

وقد نصت صراحة بعض التشريعات الأمريكية على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام⁽²⁾، و تحفيز المحكوم عليهم للمشاركة في هذا النوع من التجارب، حيث تقرر هذه القوانين إلى أنه إذا لم يتوفى المحكوم عليه في التجربة تستبدل عقوبة الإعدام لديه بعقوبة مقيدة للحرية فقط.

ولقد حاولت السلطات الفدرالية في الولايات المتحدة الأمريكية تنظيم هذا النوع من التجارب فأصدرت كتابة الدولة الأمريكية للصحة والمصالح البشرية لائحة فدرالية بتاريخ 26 يناير 1984 تضمنت القواعد والشروط التي يجب احترامها عند مباشرة التجارب العلمية، وعرفت هذه اللائحة بالتقنين الفدرالي لتنظيم التجارب وحماية الأشخاص الخاضعين لها⁽¹⁾.

وقد بينت المادة 102-46 من هذا التقنين المقصود بالتجربة كالتالي:

(1) د.مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 707.

(2) تشريع ولاية Ohio، أشار إليه د.محمد سامي الشوا - مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 134.

(1) the U.S.A - Dept, of health and human services (D.H.H.S), 45 code of federal Regulation protection of Humans subjects, 1984.

مشار إليه لدى د.مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص708.

"كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم أو المساهمة فيها بطريق مباشر".
ومن القواعد التي يجب مراعاتها عند مباشرة التجارب العلمية طبقاً لهذا التقنين ما يلي:
- العمل على تقليل المخاطر المرتبطة بالتجارب العلمية.
- مراعاة التناسب بين الأخطار المقترنة بالتجارب والفوائد المرجوة بالنظر إلى أهمية المعرفة التي يأمل الباحث في اكتسابها من إجراء التجربة.
- الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع لهذا النوع من التجارب.
- حماية الحياة الخاصة للأشخاص الخاضعين للتجارب العلمية.
ولقد خصص التقنين المشار إليه رضا الشخص الخاضع لهذه التجارب باهتمام خاص فحدد الشروط التي يجب توافرها في الرضا للاعتداد من الوجهة القانونية.
أما الفقه الألماني⁽²⁾ فيميل جانب منه إلى الاعتراف بمشروعية التجارب العلمية والتي تهدف إلى قهر المرض وإسعاد البشرية من الناحية العلمية بشرط توافر ضوابطها وبالخصوص الرضاء المستنير. وهو ما سار عليه أيضاً بعض الفقه الفرنسي الذي أقر بمشروعية التجربة العلمية التي لا تستهدف تحقيق مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها وإنما من أجل توسيع المعارف في مجال الطب.
ويستند الفقه الفرنسي في إجازة هذا النوع من التجارب إلى "مشروعية السبب" في الاتفاق القائم بين صاحب التجربة والشخص الخاضع لها، حيث أن الغرض من إجراء التجربة العلمية هو اكتساب المعارف وهي مصلحة مشروعة في حياة الأمم يقرها القانون وليست مخالفة للنظام العام⁽¹⁾.

وعلى العموم يستند الاتجاه الفقهي الذي يؤيد التجارب العلمية إلى الاعتبارات التالية للقول بمشروعية هذا النوع من التجارب:

(2) د. عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ - المرجع السابق، ص 65.
(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 709

- دور التجارب العلمية في تحقيق الكثير من المنافع البشرية، حيث ساهمت ولا تزال في علاج الكثير من الأمراض المستعصية.

- حتمية اللجوء إلى التجارب العلمية على الإنسان في الحالات التي لا ينفع فيها استعمال غيره فقد ثبت أن هناك أمراضا تصيب الحيوان ولا تصيب الإنسان، كما أن هناك أمراضا تقتصر على الإنسان دون الحيوان⁽²⁾.

- واستند الفقه الأنجلوساكسوني إلى رضا الخاضع للتجربة كأساس لمشروعيتها، باعتبار أن رضى المحني عليه يحول دون قيام الجريمة، وقد تضمنت بعض قوانين الولايات الأمريكية جواز إجراء التجارب على المحكوم عليهم بالإعدام بعقوبة سالبة للحرية⁽³⁾.

- كما استند الفقه الفرنسي إلى فكرة السبب المشروع في الاتفاقات الخاصة بالتجارب العلمية وعدم مخالفتها للنظام العام للإقرار بمشروعية التجارب الطبية.

- قياس التجارب العلمية على التجارب التي تباشر في مجال نقل الأعضاء⁽⁴⁾، مع العلم أن هذا القياس مرفوض عند البعض لأن التجارب التي تقام في مجال نقل الأعضاء تتم بقصد العلاج بخلاف التجارب العلمية التي تتم بغرض تنمية المعرفة.

2- الاتجاه الفقهي الرافض للتجارب العلمية.

و يتزعم هذا الاتجاه الفقه الألماني، وجانب من الفقه الفرنسي، و يستند أنصار هذا الاتجاه في رفض التجارب العلمية إلى انتفاء قصد العلاج فيها، الذي يعتبر في نظرهم شرطاً أساسياً لإباحة المساس بالجسم البشري.

وعلى خلاف الفكر الأنجلوساكسوني، لا يجيز الفكر اللاتيني تأسيس مشروعية التجارب العلمية على رضا الشخص لأن رضا المحني عليه لا يعد سببا لإباحة المساس بسلامة الجسم.

ولا يجوز التذرع بالتجارب التي تجرى في مجال عمليات نقل الأعضاء للقول بمشروعية هذا النوع من التجارب لأن هذا القياس غير صحيح⁽¹⁾.

(2) د. منذر الفضل - "التجربة الطبية على الجسم البشري"، مجلة العلوم القانونية، جامعة القاهرة، مجلد8، العدد 1، 1989، ص 94.

(3) د. عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ - المرجع السابق، ص 63.

(4) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 709.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 710.

وقد أشرنا سلفاً إلى أن التجارب التي تباشر في مجال نقل الأعضاء إنما تباشر لمصلحة مريض معين بالذات، بينما التجارب العلمية تنتفي فيها هذه الميزة، كما هو معلوم، وهو ما يفقدها الأساس الذي يبرر المساس بسلامة الجسم، ومن الاعتبارات الأخرى التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية ما يلي:

- انتفاء الضرورة في الكثير من التجارب التي تُعرض السلامة البدنية لأشخاص أصحاء للخطر من جراء تجريب طرق علاجية أو عقاقير بالمرض المعني بالتجربة.

- عدم جواز المساس بسلامة البدنية للفرد إلا لضرورة مشروعة ولفائدة الإنسان ذاته⁽²⁾.

- مباشرة التجربة العلمية على الإنسان تعرضه للمخاطر من جهة وتفقد العمل الطبي مبرره الشرعي، فالكثير من التجارب العلمية تضر الإنسان دون فائدة تعود عليه، يضاف إلى ذلك أن سلامة الجسد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها⁽³⁾.

ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من التجارب العلمية.

إن الإسلام لا يعادي البحث العلمي ولا مانع لديه من البحث في مجال الحيوان والنبات. أما البحث الطبي في مجال الإنسان والتجريب على جسمه فإن بعض الفقهاء يقولون بعدم مشروعيتها مستندين في ذلك إلى بعض الآيات القرآنية منها:

- قوله الله عز وجل: «و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة»⁽¹⁾.

- وقوله عز وجل: «و لا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً»⁽²⁾.

(2) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 63.

(3) د. رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي، القاهرة، دن، 1968، ص 345.

(1) سورة البقرة - الآية 195.

(2) سورة النساء - الآية 29.

ومن الآيات الأخرى التي استدلت بها الفقهاء أيضاً للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية قوله عز وجل «ولقد كرمنا بني آدم»⁽³⁾، حيث يرى هؤلاء أن إخضاع الإنسان للتجارب العلمية الغير مضمونة العواقب يتنافى مع التكريم الذي خص به الله عز وجل الإنسان، ومن ثم لا يجوز للإنسان أن يمتحن ما كرمه الله وفضله.

ومن الأحاديث النبوية التي استدلت بها الفقه للقول بعدم مشروعية التجارب العلمية يمكن ذكر ما يلي:

1- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار، فقلت إني أفعل ذلك، قال: فإنك إن فعلت هجمت عينك ونقعت نفسك، لعينك حق ولنفسك حق ولأهلك حق، قم ونم وصم وأفطر»⁽⁴⁾.

فغني عن البيان أن الحديث المشار إليه ينهي عن الإفراط في العبادات التي تؤدي إلى إهلاك الجسم البشري، ويأمر بوجوب إعطائه نصيبه من الراحة لكي يسلم صاحبه.

وإذا كان النهي في الحديث قد ورد بشأن العبادات فإنه لا يجوز من باب أولى تعريض هذا الجسم للأضرار المحتملة والمخاطر المقترنة بالتجارب العلمية التي لا تعود عليه بأية منفعة.

ومن الأدلة الأخرى التي استند إليها الفقهاء لعدم إباحة التجارب العلمية.

1- انتفاء الضرورة في إخضاع إنسان سليم أو إنسان مريض لتجربة علمية لا تعود عليه بالفائدة ذلك أن مشروعية التجربة مرتبطة بالفائدة التي يمكن أن تعود على الشخص الخاضع لها، ولا تكون للتجربة هذه الميزة إلا إذا تعلقت بالبحث عن دواء أو طرق علاجية لمرض أخفقت الوسائل الموجودة في علاجه، من ثم يجب أن يكون هناك مرضى مصابون بمرض معين لتجربة العلاج عليهم بسبب حاجتهم إليه، وبعدها يمكن استخلاص النتائج المترتبة على استخدامه عليهم بدلاً من تجربته على إنسان سليم البدن، وعلى ذلك أن ليس هناك ضرورة للقيام بالتجربة على الإنسان إذا لم يرجح منها فائدة مباشرة له أو كانت غير مضمونة العواقب، كما

(3) سورة الإسراء - الآية 70.

(4) صحيح البخاري - الجزء الثالث، ص 38 وكذلك صحيح مسلم - الجزء الثاني، ص 816.

أنه من شأن تعريض إنسان سليم إلى مخاطر التجارب العلمية أن يدخل صاحبها تحت مفهوم حديث الرسول صلى الله عليه وسلم «ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به»⁽¹⁾.

2- طبقا للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية فإن درأ المفسد مقدم على جلب المصالح وإجراء التجارب على الإنسان السليم أو الإنسان المريض الذي لا تعود عليه بالفائدة بل فيه مضرة وإن كان يحقق مصلحة للمجتمع. وفي مثل هذه الحالات يجب التضحية بالمصلحة الاجتماعية من أجل حماية مصلحة الفرد في السلامة البدنية⁽²⁾.

(1) السيوطي - الجامع الصغير، الجزء الثاني، ص 539.

(2) د. محمد فواد توفيق - مشروعية التجارب الطبية في الشريعة الإسلامية، مقال منشور في الموقع الإلكتروني:

<http://www.islamset.com/arabic/aethics/tamfek.html>

مقدمة :

إن العالم يشهد كل يوم تطوراً جديداً في المجالات البيولوجية والطبية والعلاجية، وكان لهذا التطور أثر كبير في تغيير الكثير من المفاهيم والمبادئ الأصولية المتفق عليها في علمي الطب والقانون.

ان أي تقدم علمي في مجال الطب والعلوم لابد وأن يتخذ من جسم الإنسان بأعضائه ومكوناته محلاً لتجاربه وأبحاثه، وقد أثارت التجارب الطبية جدلاً واسعاً على المستوى الفقهي والقضائي، نتيجة لما شهده القرن الماضي والحالي من تطور كبير في العلوم الطبية، حيث تطورت الأجهزة والآلات المستخدمة في المجالات الطبية وانتشرت أنواع مختلفة من الأمراض المعدية مثل انفلونزا الخنازير، وكذلك الفيروسات القاتلة، وما ان يظهر فيروس من الفيروسات كفيروس الإيدز أو السارس حتى يقف العلم الحديث عاجزاً أمامه، حيث تجرى عليه الكثير من التجارب ويظل هكذا حتى يكتشف العلاج المناسب له وحتى لحظة اكتشاف هذا العلاج تنشأ الحاجة الملحة والقوية إلى إجراء التجارب الطبية للوصول إلى العلاج المناسب⁽¹⁾.

ومن هنا يثور التساؤل: هل يمكن للطبيب أن يجري تجارب طبية على الإنسان؟ وهل يمكن مساءلته في حالة وقوع ضرر للخاضع للتجربة؟

إنه مما لا يمكن إنكاره أن مبدأ حرمة الجسد البشري كان له أثر كبير في تعزيز الحماية القانونية لهذا الجسد بكافة مكوناته، مما يكفل له الحق في سلامته وتكامله وكذلك حقه في الحياة. والواقع أن بروز هذا المبدأ وبتلك الأهمية راجع إلى تزايد الممارسات العلمية الحديثة ومنها الممارسات الطبية الماسة بالجسد البشري والتي أصبحت تستخدم مكوناته من المنتجات أو الأعضاء في كثير من أبحاثها وتجاربها.

إشكالية البحث:

إن مبدأ حرمة الجسد البشري يعتبر من المبادئ القانونية الجامدة التي تحرم أي مساس غير مشروع بالجسد البشري، وقد كانت مشروعية المساس بالجسد البشري تصب فقط في قالب الغاية العلاجية التي تستهدف جسد المريض ذاته، غير أن التطورات العلمية التي أطلقت على

(1) إن لفظ التجريب يعني في علم الفيزياء الاختبارات التي يتم إجرائها في سبيل اكتشاف العمليات المختلفة وآلية الطبيعة، د. عبد القادر الحسيني إبراهيم - التجارب الطبية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، 2009، ص 5.

البشرية تطلبت بعض المرونة في هذا المبدأ ولذلك بدأ الفقه والقانون يسيران في هذا الاتجاه، ومن ذلك جواز إجراء التجارب الطبية على الإنسان رغم انتفاء الغاية العلاجية. وعلى اثر ذلك ثارت عدة مشكلات قانونية تتمثل في نطاق هذه التجارب وحدودها. وكذلك معيار التزام الطبيب المحرب والطبيعة القانونية لمسؤوليته. ونطاق الأخطاء التي تستوجب مساءلته، وانطلاقاً من هذه المعطيات العلمية والنظرية وغيرها سنحاول الإجابة على السؤال التالي:

إلى أي مدى يمكن وضع ضوابط تضيضي وتنظم مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان؟ وإلى أي مدى يمكن تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على مسؤولية الطبيب المحرب؟

هذا التساؤل العام يقودنا إلى العديد من التساؤلات من أهمها:

- 1- ما موقف الفقه والقضاء والشريعة الإسلامية من التجارب الطبية؟
- 2- ما هو الأساس القانوني لشرعية التجارب الطبية على جسم الإنسان؟
- 3- ما مدى أهمية الرضا في مجال التجارب الطبية، وما هي الشروط الواجب توافرها في رضاه الخاضع للتجربة؟ ورضاء القاصر؟ والنيابة في الرضا، وكيفية إثبات الرضا؟
- 4- ما مفهوم الالتزام بالتبصير، ونطاقه والشكل الذي يجب أن يصدر فيه في مجال التجارب الطبية؟ وما هي الخصوصية التي يتميز بها عن التبصير في مجال الأعمال الطبية العادية؟
- 5- ما هي شروط تنفيذ التجارب الطبية على الإنسان؟
- 6- ما نوع المسؤولية المدنية الواجبة التطبيق على الطبيب المحرب؟
- 7- ما هي طبيعة إلتزام الطبيب في مجال التجارب الطبية؟
- 8- ما هو معيار الخطأ الفني للطبيب المحرب وكيف يتم إثباته؟

أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذا الموضوع في أن التجارب الطبية على الإنسان تعتبر من التدخلات التي لايمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فبفضل هذه التجارب استطاع العلماء الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض

الزهري والسل والجذري وغيرهم من الأمراض القاتلة، إذ أصبحت الكثير منها في طي النسيان وما بقي منها لا يشكل خطورة على مستقبل البشر بحكم أن علاجها أصبح الآن ميسورا. على الرغم من أن التقدم العلمي في مجال الطب قد أعطى الكثير من المرضى آمالاً أكثر في الشفاء عن ذي قبل، كما أن هذا التقدم وفر للأطباء وسائل ومعارف ساهمت في اكتشاف الأمراض ومواجهتها، إلا أن هذا التطور قد حمل معه مخاطر جديدة لم تكن معروفة من قبل كالمخاطر الناجمة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة في الطب. كذلك تظهر أهمية البحث في توضيح المسؤولية التي يتعرض لها الطبيب المحرب إذا أهمل أداء واجبه، حيث أن هذا الإهمال قد يؤدي بحياة الخاضع للتجربة.

أما أسباب اختيار موضوع البحث فإنه يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: التطور الكبير والزيادة السريعة لهذه التجارب مما نتج عنها زيادة في عدد الأخطاء وظهور نوع جديد من الأضرار قد تؤدي بالخاضع لها إلى الوفاة أحياناً، دون وضع ضوابط لهذه الأعمال الطبية التي نتجت عن هذه التجارب والتي تمس بالكيان البشري والنظام الطبيعي الذي خلقه الله عز وجل واختاره ليسيير على وفقه هذا الإنسان، ومن هذه الأعمال الاستنساخ البشري وتغيير الجنس مما مس بالنظام العام والآداب السائدة في المجتمعات التي تعيش وفق الشريعة الإسلامية الغراء.

ثانياً: زيادة عدد الأضرار الناتجة عن هذه التجارب بسبب عدم مساءلة الأطباء المحربين، ولعل السبب في ذلك عدم اقتناع الكثير بفكرة مساءلة الأطباء أو قد يعود السبب إلى ما يقوم بين الطبيب المحرب والخاضع للتجربة من علاقات شخصية حميمة، وقد يعود السبب - وهو الغالب - لصعوبة إثبات خطأ الطبيب المحرب في هذا المجال، وإزاء هذه المعطيات ازدادت الأخطاء الطبية بشكل ملحوظ.

ثالثاً: كما ساقنا إلى البحث في هذا الموضوع، رغبتنا الخاصة في الاهتمام والبحث في هذا النوع من التدخلات الطبية الخطيرة والمعقدة، وكذلك رغبتنا في البحث في نوع المسؤولية الناتجة عن هذه التجارب، حيث تثير الكثير من القضايا والكثير من المسائل القانونية التي تتسم بالدقة والصعوبة.

رابعاً: قلة الدراسات والأبحاث التي كرسَتْ لبحث ضوابط مشروعية التجارب الطبية على جسم الإنسان والمسؤولية الناشئة عنها، رغم انتشار هذه الأعمال الطبية في الآونة الأخيرة.

منهج البحث:

لقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على جمع الحقائق والمعلومات، ومن ثم العمل على مقارنتها حتى يتم استخلاص المبادئ والأحكام الخاصة بموضوع الدراسة ليتم الوقوف على مدى توافقها أو اختلافها مع القواعد العامة.

وكذلك المنهج الوثائقي التاريخي من خلال الدراسة والتحليل وإيجاد التفسيرات المنطقية على أسس منهجية علمية دقيقة تمثل حقائق منطقية تساعد في فهم الماضي وبناء حقائق للحاضر، وذلك من خلال تناولها لماضي الأعمال الطبية التجريبية التي كانت تقام على مساجين الحروب وتطويرها وماضي وتطور الضوابط المنظمة لهذه التجارب.

ولقد حرصت في هذه الدراسة على تحري الأحكام القضائية والآراء الفقهية والتي ساهمت بشكل كبير في توضيح الرؤى في بعض المسائل.

كما حرصت في هذه الدراسة على تتبع القانون الفرنسي بشكل كبير، لأنه القانون الوحيد الذي نظم التجارب الطبية بشكل مفصل وخصص له قواعد خاصة في مواد القانون المدني وقانون الصحة العامة. مع الإشارة إلى القانون الجزائري والقانون المصري بالإضافة إلى المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارب الطبية.

خطة الدراسة :

ومن أجل الإحاطة السليمة بالموضوع من جميع جوانبه قسمت الدراسة إلى ثلاث فصول من بينهم فصل تمهيدي وذلك كالتالي:

مقدمة

الفصل التمهيدي : المبادئ القانونية الخاصة بحماية جسم الإنسان.

المبحث الأول : الوضع القانوني لجسم الإنسان.

المطلب الأول : عناصر الجسد البشري.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لجسم الإنسان.

المطلب الثالث : طبيعة حق الإنسان على جسده.

المبحث الثاني : حرمة جسم الإنسان.

المطلب الأول : عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

المطلب الثاني : عدم جواز المساس بجسم الإنسان.

المطلب الثالث : حتمية التجارب الطبية ومبدأ حرمة جسم الإنسان.

المبحث الثالث : مفهوم التجارب الطبية ومشروعيتها.

المطلب الأول : تعريف التجارب الطبية وأنواعها.

المطلب الثاني : مشروعية التجارب الطبية.

الفصل الأول : الأساس القانوني للتجارب الطبية وضوابط مشروعيتها.

المبحث الأول: الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على الإنسان.

المطلب الأول : تنظيم التجارب الطبية على الإنسان من خلال

الاتفاقيات الدولية.

المطلب الثاني : المؤتمرات الدولية والتجارب الطبية على الإنسان.

المبحث الثاني : التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المختلفة.

المطلب الأول : التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية.

المطلب الثاني : التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات العربية.

المبحث الثالث : ضوابط وشروط التجارب الطبية على الإنسان.

المطلب الأول : الرضاء المستنير

المطلب الثاني : الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية

الفصل الثاني : المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية.

المطلب الأول : المسؤولية العقدية الناشئة عن التجارب الطبية.

المطلب الثاني : المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التجارب الطبية.

المطلب الثالث : طبيعة التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية.

المبحث الثاني : الخطأ الطبي في مجال التجارب الطبية.

المطلب الأول : إثبات الخطأ في مجال التجارب الطبية.

المطلب الثاني : تقدير الخطأ في مجال التجارب الطبية.

المطلب الثالث : الخطأ داخل فريق البحث الطبي.

المبحث الثالث : علاقة السببية بين المفهوم التقليدي ومفهوم التعويض عن تفويت

الفرصة .

المطلب الأول : علاقة السببية وفكرة تفويت الفرصة.

المطلب الثاني : تفويت الفرصة في نطاق التجارب الطبية.

وآخر القول لا بد من الاعتراف بقصور العمل مهما بلغت المحاولات وذلك لقناعة مؤداها أنه عمل إنساني حُكم عليه دائماً بالقصور لأن الكمال لا يكون إلا لله جل وعلا، فأرجو أن يلتمس لي العذر في التقصير أو الخطأ وذلك لبشريتي التي يعترتها الضعف عن بلوغ الغاية وإن كان هناك فضل فهو فضل الله عليّ في تيسير السبل والاهتداء بآراء فقهاءنا وعلمائنا. وتوجيهات أستاذي المشرف على هذه الرسالة.

الفصل الأول
الأساس القانوني
للتجارب الطبية وضوابط
مشروعيتها

الفصل الأول

الأساس القانوني للتجارب الطبية وضوابط مشروعيتها

لا شك أن البحث عن الأساس القانوني لشرعية التجارب الطبية على الإنسان أصبح من الأهمية بمكان، فبعض القوانين وجدت من خلال القواعد العامة التي تنص على حماية الكيان المادي للإنسان منفذاً لمعالجة المسألة، أما البعض الآخر وبالرغم من تنظيمه لمثل تلك التجارب إلا أن التأثير بالقيم الأخلاقية والاجتماعية قد ترك بصمة عليها.

ونعتقد أن ذلك يرجع إلى عدم وجود سياسة موحدة في مجال البحث العلمي، والتي على أساسها يظهر التوافق في القواعد المنظمة.

وقد آن الأوان للاهتمام بوجود قانون ينظم مسألة التجارب الطبية والعلمية على جسم الإنسان، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الإنسان المتمثلة في المحافظة على كرامته وتكامله الجسدي، بالإضافة إلى أنه يجب عدم إغفال المصلحة العامة المتمثلة في مصلحة الإنسانية جمعاء وذلك عن طريق وضع ضوابط وشروط لتنفيذ هذه التجارب على جسم الإنسان، والتي من الممكن اعتبارها مبرراً قوياً للمساس بجسم الإنسان من أجل تحقيق مصلحة المجتمع والتي قد تظهر في صورة مقاومة الأمراض.

لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والتجارب الطبية على الإنسان.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المختلفة.

المبحث الثالث: ضوابط وشروط تنفيذ التجارب الطبية على الإنسان.

المبحث الأول

الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية

على الإنسان

تشكل التجارب الطبية على الإنسان اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية منذ منتصف القرن الماضي نظرا لما لهذه التجارب من ارتباط وثيق بحقوق الإنسان، خاصة منها حق الإنسان في كيانه الجسدي وحقه في السلامة البدنية. فنظرا لأهمية التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، ونظرا لرغبة المجتمع الدولي والهيئات الدولية المختلفة في حماية حقوق الإنسان تعددت الاتفاقيات الدولية المنظمة لها.

فقد نتج عن التطور الطبي السريع واستخدام الأساليب الطبية الحديثة أن أصبح حق الإنسان في السلامة البدنية مهددًا بالخطر، وهو ما دفع ببعض المنظمات الدولية والإقليمية إلى عقد اتفاقيات على جانب كبير من الأهمية تهدف إلى كفالة حق الإنسان في الحياة والحق في السلامة البدنية، وقد عالج البعض منها التجارب الطبية بطريقة مباشرة من خلال وضع الضوابط التي يجب مراعاتها عند مباشرة هذا النوع من التدخلات على الجسم البشري، في حين تضمن البعض الآخر منها نصوصا تحمي حقوق الإنسان التي يمكن أن تتعرض للخطر من جراء مباشرة تلك التجارب كالحق في الحياة والحرية وسلامة الكيان الجسدي للإنسان⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس سنعالج التنظيم الدولي للتجارب الطبية ضمن الاتفاقيات الدولية أولا

ثم من خلال المؤتمرات الدولية ثانيا، وذلك في المطلبين المواليين.

(1) J.M.Auby - "la formation d'une règle internationale en matière médicale; les conditions de validité de l'expérimentation médicale sur l'homme, Annales de droit médicale international, 1959, p 9.

المطلب الأول

تنظيم التجارب الطبية على الإنسان من خلال الاتفاقيات

الدولية

لقد ارتبط أول تنظيم دولي للتجارب الطبية على الإنسان بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها في حق أسرى الحرب إبان الحرب العالمية الثانية. حيث أصدرت محكمة Nuremberg في أعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ والقواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء أثناء إجراء التجارب الطبية على الإنسان عرفت باسم تقنين نورمبورج *le code de Nuremberg*⁽¹⁾.

ورغم أن هذه المحاكمة تمت باتفاق دولي آنذاك، إلا أنها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكلة من قضاة أمريكيين ووفقا للقواعد الإجرائية الأمريكية، وهو ما دفع بالكثير إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحكمة، غير أن المحكمة العليا الأمريكية رفضت النظر في الطعون المقدمة لها بخصوص أحكام Nuremberg على أساس أنها لا تملك صلاحية النظر في الأحكام الصادرة من محاكم دولية من جهة أخرى، فإن اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 11 ديسمبر 1946 لتقنين Nuremberg وتبنيه من قبل المجتمع الدولي كأساس لاتفاقيات دولية لاحقة مثل إعلان هلسنكي (*Déclaration d'Helsinki*) الصادر سنة 1975، جعل الكثيرين يعترفون بالطابع الدولي للقواعد التي أفرزتها محاكم الأطباء النازيين بخصوص كيفية مباشرة التجارب الطبية على الإنسان⁽²⁾.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 721.

(2) R.K. Woetzel - "the Nuremberg trials in international law", London, Stevens & sons Ltd (2nd ed) 1962, p222.

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 721.

وتجدر الإشارة إلى أن تقنين Nuremberg وغيره من الاتفاقيات الدولية اللاحقة بخصوص القواعد المتعلقة بإجراء التجارب الطبية وإن كانت غير ملزمة للدول، إلا أنها مع ذلك تعترف بأهميتها البالغة في تذكير الباحثين بطبيعة الكائن البشري والحماية الواجبة له عند مباشرة أي نوع من التجارب على كيانه الجسدي.

الفرع الأول

تقنين نورمبرج (le code de Nuremberg)

عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية أنشأت الدول المنتصرة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من النازيين، حيث أحيل إليها 23 متهمًا من بينهم مسؤولون عن المؤسسات الصحية في الإدارة والجيش وأطباء في المعسكرات النازية، وقد أتهم هؤلاء بإجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون مراعاة القواعد القانونية والأخلاقية المنظمة لهذه الأعمال، حيث أشارت المحكمة في حكمها إلى أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فضيحة في حق البشرية⁽¹⁾.

وقد توصلت المحكمة إلى أن قلة قليلة فقط من التجارب الطبية التي أجراها الأطباء الألمان احترمت فيها القواعد القانونية والأخلاقية المرتبطة بمباشرة هذا النوع من التجارب. من هذا المنطلق نصت المحكمة على مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها حتى تكون التجارب الطبية على الإنسان مقبولة أخلاقياً وقانونياً. بعبارة أخرى اعتبرت المحكمة هذه المبادئ الأساس الذي تبنى عليه شرعية التجارب على الإنسان⁽²⁾، ولقد شكلت هذه المبادئ ما يعرف بتقنين نورمبرج.

(1) حيث عمد الأطباء الألمان آنذاك إلى حقن الأسرى بفيروس typhus، تعرض الأسرى إلى الماء البارد و إلى انخفاض الضغط الهوائي لمعرفة آثار المرتفعات العالية والتجميد بالبرودة، كما جرب الأطباء الألمان على الأسرى الهرمونات الاصطناعية و العمليات الجراحية في الأعصاب و العظام. راجع د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق، ص 17 و ما بعدها.

(2) Hennau et Hublet - OP.cit, p319.

ويستخلص من القواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg أنها تعترف بالتجارب غير العلاجية أو التجارب العلمية التي تجري على الإنسان إلا أنها وضعت عدة شروط لمثل هذا النوع من التجارب منها:

- أن يكون للتجارب العلمية فائدة عملية للإنسانية يستحيل الحصول عليها بدون التجريب على الإنسان.

- أن تكون طريقة ممارسة التجربة محددة.

- أن تكون التجربة ضرورية (المادة 2 من التقنين).

- وطبقا للمادة 6 من التقنين يجب أن تفوق فوائد التجربة بالنسبة للإنسانية مخاطرها بالنسبة للشخص الخاضع لها.

ومن بين المبادئ الأساسية التي تضمنها تقنين Nuremberg بخصوص التجارب على الإنسان بصفة عامة والتجارب العلمية على الخصوص ما يلي:

- ضرورة الحصول على رضاء الخاضع للتجربة وهو ما نصت عليه المادة الأولى، ويجب أن تكون هذه الموافقة حرة و خالية من عيوب الإرادة مع وجوب إعلام الشخص الذي تجرى عليه التجربة بطبيعة هذه التجربة، ومدتها والهدف المراد بلوغه من إجراءاتها. إضافة إلى ذلك يجب إعلام الشخص بالمخاطر المحتملة والأضرار التي قد يتعرض إليها في تلك التجربة. وطبقا لنفس المادة يلتزم القائم بالتجربة، تحت مسؤوليته بتقدير الظروف التي تم الحصول فيها على موافقة الشخص.

- ضرورة أن تكون التجربة على الإنسان مسبقة بالتجريب على الحيوان وهو ما نصت عليه المادة الثالثة، للتأكد من عناصر المشكلة محل البحث والدراسة بصورة تبرر النتائج والأهداف المراد بلوغها.

- في حين أوجبت المادة الرابعة من التقنين تجنب الآلام والأضرار الجسدية والعقلية غير الضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إجراء التجارب

التي يتوافر بشأنها ما يدعو إلى الاعتقاد بأنها ستخلف أضراراً جسيمة للشخص الخاضع لها مع العلم أنه يجوز في هذه الحالة للطبيب الباحث أن يستعمل نفسه للتجربة (المادة الخامسة).

- كما يجب أن يجنب الشخص الخاضع للتجربة من كل خطر محتمل، مهما كان ضئيلاً، يؤدي إلى إحداث جروح بجسمه أو عجزه أو وفاته (المادة السابعة). وللشخص الخاضع للتجربة الحق في طلب إيقافها في أي مرحلة من المراحل (المادة التاسعة). كما يجب على المسؤول عن التجربة إيقافها إذا لاحظ أن الاستمرار فيها سيؤدي إلى الإضرار بالشخص الخاضع لها (المادة العاشرة).

- يجب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أطباء أو باحثين أكفاء و يتعين على كل مشارك في هذا النوع من التجارب توخي الحيطة والحذر طوال فترة التجربة (المادة الثامنة).

ومن بين الانتقادات التي وجهت لتقنين **Nuremberg**:

- اقتصاره على تحديد المبادئ العامة الواجب مراعاتها عند مباشرة التجارب الطبية، والظروف التي يمكن للشخص في إطارها التطوع للتجارب الطبية، وإهماله الربط بين موافقة المتطوع من جهة والموازنة اللازمة بين مخاطر ومنافع التجربة من جهة أخرى⁽¹⁾.

- عدم تحديده بطريقة واضحة للأخطار التي يمكن أن تمنع إجراء التجارب على الإنسان وعدم تحديده لكيفية الحصول على موافقة الشخص لمثل هذه التجارب، حيث اعتبرت محكمة **Nuremberg** أن هذه الأمور خارجة عن اختصاصاتها.

- كما أن اشتراط الموافقة بطريقة مطلقة يمنع إجراء التجارب على بعض الطوائف من الأشخاص كمرضى الأمراض العقلية، كما يرى البعض أن شرط الإعلام يصعب تحقيقه في مجال التجارب العلمية بسبب عدم قدرة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب على فهم تقنيات البحث العلمي.

(1) R Faden & T Beauchamp- "A history and theory of informed consent" Oxford, O.U.P; 1986, P155.
مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 725.

ورغم هذه الانتقادات إلا أن تقنين Nuremberg أثبت تأثيره على مجريات الأحداث في السنوات التي تبعت صدوره، حيث ساهم إلى حد كبير في إثارة النقاش بشأن التجارب الطبية على الإنسان على المستوى العالمي وهو ما دفع بالكثير من الدول إلى تنظيم المسألة في قوانينها الداخلية، مستعملة تقنين Nuremberg كنموذج لها، غير أن التطور السريع للعلوم الطبية وما صاحبه من تزايد الحاجة إلى التجارب الطبية على الإنسان أثبت قصور التقنين المشار إليه وكذا الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تم إبرامها في هذه الفترة، في تنظيم هذا المجال الحيوي، كما أدى سعي الكثير من الدول إلى تنظيم التجارب الطبية في قوانينها الداخلية إلى ظهور الحاجة إلى توحيد المبادئ العامة على المستوى الدولي، وهو ما وقع فعلا من خلال إعلان هلسنكي 1964 (la déclaration d' Helsinki) ثم طوكيو 1975 (Tokyo) المعتمدين من قبل الجمعية الطبية العالمية⁽²⁾.

الفرع الثاني

إعلان هلسنكي وطوكيو

من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطبية ما أصدرته الجمعية الطبية، في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي (Helsinki) سنة 1964 وأكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو (Tokyo) سنة 1975 من مبادئ وقواعد متعلقة بإجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان⁽¹⁾.

وتعتبر المبادئ والقواعد التي أصدرتها الجمعية الطبية العالمية بمثابة قانون أخلاقي يتعين

على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطبية على الإنسان، فقد ميز إعلان

(2) د.مأمون عبد الكريم - نفس المرجع ، ص 722.

(1) la déclaration d' Helsinki, précité

لقد تضمن إعلان هلسنكي أربعة فصول:
- المقدمة أو الديباجة (introduction).
-I-المبادئ الأساسية (Principe de Base).
-II- التجارب العلاجية (Expérimentation thérapeutique)
-III- التجارب غير العلاجية (Expérimentation nom-thérapeutique)

هلسنكي ثم بعده إعلان طوكيو، بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية، وأكد على وجوب احترام حقوق الإنسان خاصة حق الإنسان في السلامة البدنية والعقلية الذي يجب أن يبقى فوق كل اعتبار.

وقد اشترط هذا القانون لشرعية التجربة وجوب التناسب بين الغرض المراد بلوغه من إجراء التجربة والأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الخاضع لها. كما أولى من جهة أخرى اهتماماً خاصاً بموافقة الشخص على التجارب الطبية، واعتبره شرطاً أساسياً لشرعية التجربة من الناحية الأخلاقية والقانونية في التجارب العلمية⁽²⁾.

أولاً: المبادئ العامة لإعلاني هلسنكي وطوكيو.

من المبادئ العامة المتعلقة بالتجارب الطبية على الإنسان التي حرصت عليها الجمعية الطبية العالمية في الإعلانين المشار إليهما أعلاه ما يلي:

- 1- وجوب أن يتم إجراء التجارب الطبية على الإنسان وفقاً لمبادئ الأخلاق والعلم التي تدير البحث في الطب الإنساني، ولا يمكن مباشرة التجربة على الإنسان إلا بعد إجراء الفحوص المعملية والتجارب على الحيوان، أو على أي معطيات أخرى مستقر عليها علمياً⁽¹⁾.
- 2- وجوب أن يكون مشروع التجربة الطبية على الإنسان ومراحل تنفيذها محددًا في بروتوكول تجريبي (protocole expérimental) يخضع لإشراف لجنة مستقلة تعين بصفة خاصة لهذا الغرض للرأي والمشورة⁽²⁾.

(2) د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق، ص 25.
(1) المادة الأولى من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

3- وجوب أن تباشر التجارب الطبية على الإنسان من قبل أشخاص مؤهلين علمياً وتحت إشراف طبيب متخصص في المجال المراد التجريب فيه. ويتحمل مسؤولية الأضرار الناجمة عن تجربة الطبيب أو المسؤول الأول عنها ولا يجوز إطلاقاً أن تقع على الشخص الخاضع للتجربة ولو وافق على ذلك⁽³⁾.

4- لا تكون التجربة مشروعة من الناحية القانونية والأخلاقية إلا إذا كانت فوائدها تفوق الأخطار التي يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة، لذلك يتعين قبل مباشرة التجريب على الإنسان تقدير الفوائد والأخطار المتوقعة سواء لصالح الشخص أو لغيره، مع وجوب ترجيح مصالح الإنسان الخاضع للتجربة دائماً عن الفوائد العلمية ومصالح المجتمع ككل⁽⁴⁾.

5- يتعين احترام حق الإنسان الخاضع للتجربة في حماية تكامله الجسدي والعقلي، وعلى هذا الأساس يجب اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للتقليل من الأخطار أو الأضرار التي يمكن أن تمس السلامة البدنية والعقلية للشخص الخاضع للتجربة وخاصة ما يمس منها بشخصيته⁽⁵⁾.

6- عدم جواز للطبيب أو الباحث إجراء التجربة على الإنسان إذا لم يكن بمقدرته توقع الأخطار المحتملة، و يتعين عليه أيضاً أن يوقف التجربة إذا اكتشف أن مخاطرها تفوق الفوائد المرجوة منها كما يجب نشر نتائج البحث أو التجربة بأمانة⁽¹⁾.

7- يجب الحصول على الموافقة الكتابية للشخص الخاضع للتجربة بعد إعلامه بطبيعة التجربة مراحلها، الفوائد المرجوة منها إلى جانب الأخطار المحتملة لهذه التجربة وآثارها عليه، ويجب أن يحاط علماً بأنه يمكنه الرجوع في موافقته في أي مرحلة من مراحل التجربة⁽²⁾.

8- وحرصاً على وجوب صدور الموافقة بعيداً عن كل تأثير في الحالات التي يكون فيها المريض في حالة تبعية للطبيب الباحث أو أن يكون مضطراً للموافقة، من الأفضل أن يتم الحصول على رضا الشخص من قبل طبيب آخر غير الطبيب المعالج أو الطبيب الذي يباشر التجربة، و إذا

(2) المادة الثانية من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(3) المادة الثالثة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(4) المادة الخامسة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(5) المادة السادسة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(1) المادة السابعة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(2) المادة التاسعة من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

تعلق الأمر بالتجريب على القُصر ومن في حكمهم، فإنه يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني مع مراعاة التشريعات الوطنية بهذا الخصوص⁽³⁾.

ثانياً: قواعد إجراء التجارب الطبية على الإنسان في إعلان هلسنكي وطوكيو.

لقد ميزت الجمعية الطبية العالمية بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية في إعلان هلسنكي و طوكيو. وعلى هذا الأساس وضعت قواعد خاصة بكل نوع من هذه التجارب على النحو التالي:

أ-التجارب العلاجية:

أكدت الجمعية الطبية العالمية أن الطبيب حر في اختيار أفضل الوسائل والطرق العلاجية التي يعتقد أنها الأفضل لصالح مريضه⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس يجوز له أن يجرب طريقة تشخيصية أو علاجية جديدة، غير أن ذلك مقيد بالشروط التالية:

-يتعين على الطبيب، تحت مسؤوليته، أن يوازن بين الفوائد والأخطار أو الأضرار المحتملة عند استخدام الوسائل الحديثة مقارنة بالطرق التشخيصية والعلاجية التي استقر عليها العمل لدى أهل المهنة، واختيار أفضلها، فمن حق المريض أن يستفيد من أفضل الوسائل المتاحة في التشخيص والعلاج⁽¹⁾.

- من حق المريض رفض الاشتراك في التجربة الطبية دون أن يؤثر ذلك على علاقته مع الطبيب الباحث⁽²⁾.

(3) المادة الحادية عشر من المبادئ الأساسية لإعلان هلسنكي.

(4) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 731.

(1) المادة الأولى من الباب الثاني لإعلان هلسنكي..

(2) المادة الرابعة من الباب الثاني لإعلان هلسنكي..

- إذا رأى الطبيب أنه ليس من الضروري الحصول على الموافقة المستنيرة للمريض الذي يراد اشتراكه في التجربة العلاجية، يتعين أن يتضمن بروتوكول التجربة أسباب ذلك ويبلغ إلى اللجنة المستقلة وفقا للمبادئ الأساسية المشار إليها أعلاه⁽³⁾.

- لا يجوز المزج بين علاج المريض والبحث العلمي لغرض اكتشاف معارف طبية جديدة إلا إذا كان الغرض من هذا البحث إجراء التشخيص أو العلاج المحتمل للمريض الخاضع للتجربة.

ويلاحظ من خلال مراجعة هذه القواعد أن الطبيب المباشر للتجارب العلاجية يستفيد طبقا للقواعد التي حددتها الجمعية الطبية العالمية بشأن التجارب الطبية، من نفس المزايا التي تخوله إياها بعض القوانين في مجال التدخل العلاجي المحض، حيث يمكنه مباشرة التجارب العلاجية كبديل للطرق العلاجية المعروفة بالشروط التي حددتها له، ويمكنه الاستغناء عن موافقة المريض في بعض التجارب لنفس العلة المعترف له بها في التدخلات العلاجية، وهي التأثير السلبي على نفسية المريض في حالة إعلامه بحالته الصحية أو ما تتطلبه من تدخل طبي.

وقد اعتبر بعض الفقه هذا الاستثناء بمثابة ثغرة قانونية في التجارب العلاجية، خاصة إذا لم تباشر اللجان المستقلة المعنية لهذا الغرض عملها الرقابي⁽⁴⁾.

ب- التجارب العلمية (التجارب غير العلاجية).

لقد أجاز إعلان هلسنكي وإعلان طوكيو التجارب غير العلاجية على الإنسان ولكن بشروط معينة وردت كالتالي:

- وجوب أن يكفل الطبيب حماية وصحة الخاضع للتجربة (المادة الأولى من الباب الثالث).
- وجوب أن يكون الخاضع للتجارب العلمية متطوعا ومتمتعاً بصحة جيدة، أو مريضاً بمرض أجنبي عن الدراسة (المادة الثانية).

⁽³⁾ المادة الخامسة من الباب الثاني لإعلان هلسنكي.

⁽⁴⁾ J.P, Swasey- "protecting the animal of necessity: limust to Inquiry in clinical Investigation", 107 Deadalus 129 (1978), p133.

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 733.

- وجوب إيقاف التجربة إذا اكتشف القائم بالتجربة أن الاستمرار فيها يشكل خطراً على الفرد الخاضع لها (المادة الثالثة).

- وجوب ترجيح مصلحة الفرد الخاضع للتجربة في الصحة والعافية عن كل مصلحة أخرى علمية كانت أو اجتماعية (المادة الرابعة).

من ثم يمكن القول أنه من خلال تنظيمها للتجارب العلمية، اعترفت الجمعية الطبية العالمية بشرعية هذا النوع من التجارب على الإنسان باعتبارها حتمية اجتماعية تتطلبها رغبة الإنسان في التطور.

هذا ولقد شكلت القواعد العامة التي جاءت بها الجمعية الطبية العالمية في إعلان هلسنكي وطوكيو وغيرها من الاتفاقيات الإقليمية الأخرى⁽¹⁾ الإطار التنظيمي للتجارب الطبية بهدف تحقيق التوازن الضروري بين حماية حقوق الإنسان من جهة، وحق المجتمع في التطور العلمي من جهة أخرى.

المطلب الثاني

المؤتمرات الدولية والتجارب الطبية على الإنسان.

(1) من الاتفاقيات الإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان في التجارب الطبية والعلمية يمكن ذكر:

- 1- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان- والتي وقعتها بعض الدول الأوروبية المنظمة للمجلس الأوروبي بروما بتاريخ 04 نوفمبر 1950، راجع في هذا الشأن Hennau et Hublet - المرجع السابق، ص320.
- 2- توجيهات المجلس الأوروبي- أهمها توجيهاته الصادرة بتاريخ 20 ماي 1975 بخصوص التجارب التي يجريها الصيادلة على الإنسان.
- 3- ميثاق حقوق المرضى- (le charte de droits des patients)، الذي اعتمده البرلمان الأوروبي بتاريخ 19 يناير 1984 في ستراسبورغ (Strasbourg) و الذي تضمن بعض القواعد المتعلقة بحماية المرضى من التجارب الطبية.

راجع:

J.Flemaire, et Imbert, Jean-luc - "la responsabilité médicale", paris presses universitaires de France, 1985, p125.

4- الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي- المنعقدة بتاريخ 04 أبريل 1997 بمدينة Oveido الإسبانية، و التي نصت على حماية حقوق الإنسان و كرامته في مواجهة العلوم الطبية، فقد نصت المادة الأولى منها على أن أطراف الاتفاقية تحمي كرامة الإنسان، كما تنص المادة الثانية منها على وجوب ترجيح مصلحة الإنسان و منفعتة على مصلحة المجتمع أو العلم. راجع د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 735.

لقد انعقدت عدة مؤتمرات دولية هامة بخصوص حماية حقوق الإنسان، خاصة ما يتعلق منها بحماية الإنسان من مخاطر التقدم العلمي والتكنولوجي في العلوم الطبية، علم الأحياء والكيمياء الحيوية منها:

الفرع الأول

المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان (طهران أبريل/ماي 1968)⁽¹⁾.

انعقد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان تطبيقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2081 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1965، والقاضي بعقد مؤتمر دولي خاص بحقوق الإنسان. ولقد اتخذ المؤتمر مجموعة من التوصيات الرئيسية تناولت مختلف نواحي حقوق الإنسان من بينها التوصية الحادية عشر التي اتخذها المؤتمر بالإجماع بتاريخ 12/05/1968 والتي تهدف إلى حماية حق الإنسان في حياته الخاصة خاصة بعد زيادة تعرض الإنسان للأخطار الناجمة عن التقدم العلمي في المجال الطبي، وكذلك من بين ما أوصى به المؤتمر احترام الشخصية الإنسانية وتكاملها المادي والعقلي وكذا حق الإنسان في السلامة البدنية والعقلية إزاء التطور والتقدم السريع الذي يعرفه علم الأحياء، الطب والكيمياء الحيوية⁽²⁾.

كما طلب المؤتمر من المنظمات المختلفة دراسة المشاكل المتصلة بحماية الشخص وسلامته البدنية والعقلية في ضوء الإنجازات المتحققة في العلوم المشار إليها⁽³⁾.

الفرع الثاني

المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون العقوبات

(1) حيث انعقد في الفترة بين 22 من شهر أبريل إلى غاية 13 من شهر ماي سنة 1968.
(2) د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق، ص 31.
(3) راجع بخصوص هذه التوصيات الوثيقة النهائية للمؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد بطهران من 22 أبريل إلى 13 مايو 1968، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك.

انعقد هذا المؤتمر في فيينا في الأسبوع الأول من شهر أكتوبر 1989، وتضمنت أعمال القسم الثاني منه دراسة تحت عنوان "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الحديثة"⁽¹⁾. ولقد عالج المؤتمر في هذا الإطار المشاكل التي تثيرها التجارب الطبية على الإنسان سواء العلاجية منها أو غير العلاجية، وأوصى بضرورة حماية السلامة البدنية والعقلية للإنسان الذي يكون محلاً لهذه التجارب وذلك من خلال منع التجارب التي لا تحترم فيها القواعد المنصوص عليها لإجراء التجارب على الإنسان ورصد عقوبات ردعية لذلك.

الفرع الثالث

الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان⁽²⁾.

صدر عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر سنة 1997 الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان، وقد جاء في مادته الثانية أن لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه، أيًا كانت سمته الوراثية⁽³⁾.

ورغم أن الإعلان المشار إليه لم يتطرق بصفة خاصة إلى التجارب الطبية على الإنسان إلا أن المبادئ التي تضمنها تنطبق على المجال المذكور، لأن الغرض من الإعلان هو حماية الكرامة الإنسانية وهو الغرض المشترك لكل الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تناولت حماية حقوق الإنسان⁽⁴⁾.

ويمكن القول أن مسألة حماية حقوق الإنسان خاصة منها حقه في السلامة البدنية والعقلية في مواجهة التجارب الطبية قد أصبحت تثير اهتمام الهيئات والمؤتمرات الدولية، باعتبار

(1) وقد عالجت بعض المؤتمرات الإقليمية نفس الموضوع مثل الجمعية المصرية للقانون الجنائي التي عقدت مؤتمرها الأول في الإسكندرية في الفترة بين 14 و 17 مارس 1987، حيث تناول المؤتمر في أحد موضوعاته "قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة" أشار إليه د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق، ص 32.

(2) Déclaration universelle sur le génome Humain et les Droits de l'homme, UNESCO, 1997.

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 737.

(3) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 737.

(4) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 737.

أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثم يجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع⁽¹⁾.

ولاشك أن الجهود الدولية لعبت دوراً فعالاً في توفير الحماية الدولية لحق الإنسان في سلامته الجسمية والعقلية تجاه التجارب الطبية والعلمية، إلا أن هذه المساعي قد تبقى بدون معنى إذا لم تقم الدول منفردة بتنقية قوانينها الداخلية من كل ما يتعارض مع ما قرره الاتفاقيات الدولية بخصوص قواعد إجراء التجارب الطبية والعلمية على الإنسان، وهو ما سنحاول توضيحه في المبحث التالي من خلال التعرض للأساس القانوني لهذه التجارب وشروط إباحتها في القوانين الداخلية.

(1) د. محمد عيد الغريب- المرجع السابق، ص 33.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات

المختلفة

تتفق التشريعات المقارنة على شرعية التجارب العلاجية، وهي التجارب التي تهدف إلى تحقيق مصلحة مباشرة للشخص الخاضع لها، بشرط احترام الضوابط القانونية التي تنظم التجريب على الإنسان ومنها ضرورة الحصول على الرضا المستنير للمعني بالأمر. أما بالنسبة للتجارب العلمية التي تجرى بقصد البحث العلمي، والتي لا تحقق أي فائدة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها، فقد اختلفت التشريعات في الاعتراف بشرعيتها. فبعض التشريعات أباحت هذا النوع من التجارب واختلفت في الأساس القانوني التي استندت إليه في تقرير هذه الإباحة. فقد استند البعض منها إلى رضاء الشخص الخاضع للتجربة مع مراعاة متطلبات حسن الآداب كما هو حال القانون الألماني والنمساوي، ومنها ما استند إلى المصلحة الاجتماعية المقترنة برضاء الشخص، كما هو الأمر في القوانين الأنجلو ساكسونية. في حين لم تعترف تشريعات أخرى بشرعية التجارب العلمية وهو ما يعني حظر إجراء هذا النوع من التجارب على الإنسان في ظل هذه التشريعات ومثلها القانون الفرنسي قبل صدور القانون رقم 88-1138 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في التجارب الطبية، القانون البلجيكي والقانون الايطالي⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تضمن بعضها قواعد عامة دون تفرقة بين التجارب العلاجية و غير العلاجية مثل التشريع المصري⁽²⁾، في حين اعترفت تشريعات أخرى بنوعي التجارب الطبية على الإنسان مثل التشريع الجزائري⁽³⁾.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 739.

(2) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 39.

وبناء على ما تقدم نتناول في المطلبين التاليين دراسة الأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية في المطلب الأول والأساس القانوني للتجارب الطبية في التشريعات العربية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية.

سبقت الإشارة إلى أن التشريعات الغربية لم تتخذ موقفاً موحداً بخصوص التجارب الطبية كما أنها تستند إلى أسس مختلفة لإباحة هذا النوع من التدخلات الطبية. وهو ما سنحاول توضيحه من خلال دراسة موقف هذه التشريعات تفصيلاً من هذه المسألة.

الفرع الأول

التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الأنجلوساكسونية.

تجد التجارب الطبية في البلاد الأنجلوساكسونية أساسها القانوني في مبادئ الشريعة العامة من جهة (Common law)، وفي التشريعات الخاصة التي أصدرتها مختلف الدول لتنظيم هذا المجال.

فالمبدأ السائد في الأنظمة الأنجلوساكسونية هو حق الشخص في الذاتية وحقه في تقرير مصيره (Autonomie et Autodétermination) الذي يفترض تمتع الإنسان بسيطرة كاملة على جسمه، ويترتب على هذا المبدأ حق مطلق للشخص في استعمال جسمه والتصرف فيه في حدود ما يتفق مع متطلبات النظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

من ثم يجوز لكل فرد حر ومدرك أن يخضع نفسه اختياريًا للتجارب الطبية بما في ذلك التجارب غير العلاجية، إذا كانت تحقق مصلحة للجماعة.

(3) راجع المادة 361 مكرر 3 من القانون الجزائري لحماية الصحة وترقيتها.
(1) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 56.

ويستند هذا المبدأ إلى قاعدة أساسية في الشريعة العامة (Common Law) مفادها أن رضا المجني عليه بوقوع أي اعتداء على جسمه أو ماله يحول دون قيام الجريمة متى لم يترتب على الفعل أي ضرر جسيم، واقرن ذلك بموافقة المجني عليه المستنيرة⁽²⁾.

أولاً: في الولايات المتحدة الأمريكية.

على صعيد التشريعات الخاصة، كانت الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي باشرت تنظيم التجارب الطبية عن طريق التشريع، إذ تمتد الحركة التشريعية في هذا البلد إلى سنة 1966، خاصة على المستوى الفدرالي الذي عرف إصدار عدة تنظيمات نموذجية، تبعتها فيما بعد تشريعات خاصة على مستوى الولايات.

وقد اهتمت أغلبية التنظيمات الفيدرالية بشرط الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجارب الطبية، ففي هذا الإطار يعرف التقنين الفدرالي الصادر عن كتابة الدولة الأمريكية للصحة والمصالح البشرية سنة 1984 الرضا المستنير للشخص "...بالرضا المدرك الصادر عن الشخص أو عن ممثله القانوني في ظروف تسمح له بالاختيار الحر بدون غلط أو تدليس أو أي شكل من أشكال الإكراه"⁽¹⁾.

أما بخصوص الإعلام الواجب للشخص الخاضع للتجارب الطبية فقد تطرقت أغلبية التنظيمات إلى عناصر الإعلام التي يجب إفادة الشخص بها، فقد عدد التقنين المشار إليه أعلاه بهذا الخصوص ثمانية عناصر أساسية يجب إخطار المرشحين للتجارب الطبية بها وهي:

- 1- إقرار بأن الدراسة المعنية تدخل في إطار البحث العلمي، إضافة إلى الأغراض المرجوة منها المدة التي تستغرقها وشرح كيفية تنفيذها.
- 2- بيان طبيعة المخاطر أو الأضرار المتوقع والمحتمل إصابته بها.
- 3- إيضاح المزايا المترتبة على التجربة، سواء بالنسبة للشخص الخاضع لها أو لغيره.

(2) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 741.

(1) Code of federal regulation - Protection of Humans Subjects, 1984

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 743

- 4- ضرورة إعلام المريض الخاضع للتجربة العلاجية بالبدائل العلاجية الأخرى إن وجدت.
- 5- إقرار من المسؤول عن التجربة يحدد نطاق سرية ملف التجربة.
- 6- توضيح إمكانية التعويض أو تقديم العلاج اللازم من عدمه في حالة حدوث أضرار للشخص الخاضع للتجربة.
- 7- بيان الأشخاص الذين يمكن الاتصال بهم في حالة تحقق الأضرار.
- 8- التأكيد على حرية الأفراد في الخضوع لهذا النوع من التجارب وعلى حق الشخص في الخروج من التجربة في أي لحظة (1).

كما أصدرت كتابة الدولة الأمريكية للصحة عدة لوائح تنظيمية لحماية القصر والمعوقين ذهنياً بحكم أنهم معرضون أكثر من غيرهم للاستغلال في مجال التجريب على الإنسان. ويرى بعض الفقه أن التنظيم الذي احتوته هذه اللوائح يسمح بمراقبة أكثر صرامة بخصوص ركن الرضا مقارنة بالمبادئ القانونية التي تفرزها القرارات القضائية (case law) (2). وأهم ما جاءت به اللوائح نصها على تشكيل لجان مختلطة (institutional Review board) أسندت إليها صلاحية مراقبة كيفية إجراء التجارب الطبية، في حين عاب هؤلاء على هذه اللوائح عدم تحديدها لعناصر الإعلام الواجبة عند التجريب على الأشخاص الذين ينتمون إلى هذه الطائفة (القصر والمعوقين ذهنياً) من أجل الحصول على رضاهم مقبول (3).

كما لاحظ هؤلاء أن لجان المراقبة يهتمون بالصياغة المستعملة في "وثيقة الموافقة" أكثر من المواضيع الأكثر أهمية مثل كيفية إجراء التجربة، أهدافها وآثارها على الشخص الخاضع لها. غير أن الجميع متفق على أنه مهما كانت نقائص التنظيم الفيدرالي إلا أنه نجح في إشراك الرأي العام بخصوص مراقبة التجارب الطبية على الإنسان، وساعد الكثير من الولايات على إصدار قوانينها الخاصة (4).

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 744.
(2) د. مصطفى عبد الحميد عدوي - حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، د ن، د ت، ص 115.
(3) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 745.
(4) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 745.

ثانيا: في بريطانيا.

لم يرق اهتمام السلطات المعنية في بريطانيا بتنظيم التجارب الطبية على الإنسان عن طريق التشريع إلى المستوى المطلوب مقارنة بنظيره الأمريكي، وقد علق البعض على هذه الظاهرة بأن التشريع في بريطانيا لا يتدخل في مراقبة التجارب الطبية إلا عند وقوع الكوارث⁽¹⁾، فبغض النظر عن التشريع الخاص بتحريم العقاقير الجديدة لا يزال القانون الإنجليزي يشكو من نقص كبير في مجال تنظيم ومراقبة التجارب الطبية على الإنسان بما في ذلك القواعد المنظمة لشرط الرضا بخصوص المشاركة في هذا النوع من التدخلات الطبية، وفي غياب التشريعات فإن التجارب الطبية في بريطانيا تستمد مشروعيتها من مبادئ الشريعة العامة (common law) على النحو الذي بيناه آنفا، أما بخصوص تنظيم هذه التجارب فقد اعتمد الانجليز إلى حد كبير على الضوابط التي حددتها المواثيق الدولية خاصة منها إعلان هلسنكي وطوكيو، وكذا المبادئ العامة التي اتفقت عليها الدول الأوروبية في إطار الاتفاقيات الإقليمية حول التجارب الطبية⁽²⁾.

ويرى البعض أنه بالرغم من افتقار هذه الاتفاقيات للجانب الإلزامي إلا أنها تشكل في بريطانيا الإطار النظري الذي يمكن أن تجري فيه هذه التجارب بطريقة شرعية⁽³⁾. أما الشريعة العامة، فإن معظم مبادئها التي تنظم الرضا في الممارسة الطبية العادية تنطبق على التجارب الطبية، غير أن تنوع التجارب الطبية يفرض حلولاً قانونية مختلفة بحكم ما إذا كانت التجربة علاجية أو غير علاجية.

-التجارب العلاجية:

(1) والمقصود هنا، الكارثة الطبية التي وقعت في الستينات والتي أدت إلى إعاقة أو وفاة الكثير من الأجنة في أوروبا من جراء تناول الأمهات الحوامل لدواء عرف باسم "thalidomide" تم إنتاجه في بريطانيا من قبل شركة بريطانية كانت قد حصلت على رخصة استغلال هذا المنتج من الشركة الألمانية التي طورته دون أن تقوم بتجربته، راجع في هذا الشأن:

H.Teff, and C.Munro - "thalidomide: the legal aftermath Saxon house, London, 1976, p101.

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 746.

(2) راجع بخصوص هذه الاتفاقيات المبحث الأول أعلاه، ص 53 وما يليها.

(3) S.A.M, M clean, "Disclosure of information, consent to medical treatment and the law"- thèse de PHD, Université de glasgow, 1987, p354.

مشار إليه لدى د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 746.

استقر القانون البريطاني على شرعية التجارب العلاجية وعلى مسؤولية الطبيب الناشئة عن الأضرار التي تتسبب فيها التجربة للشخص الخاضع لها، وذلك منذ القرار الصادر في قضية *Hunter v. Hanley* (4) سنة 1955، فقد قررت المحكمة في هذه القضية أنه لقيام مسؤولية الطبيب الذي يلجأ إلى التجريب العلاجي على المريض يجب إثبات ثلاث وقائع أساسية:

- ضرورة إثبات وجود طريقة علاجية معتمدة لدى الهيئة الطبية.

- عدم إتباع الطبيب لهذه الطريقة العلاجية المعروفة.

- ضرورة إثبات أنه لا يمكن لأي طبيب عادي محتاط إجراء مثل هذه التجربة.

وهو ما يعني بمفهوم المخالفة شرعية الطرق العلاجية التجريبية إذا لجأ إليها الطبيب وكان سلوكه مقبولاً لدى أهل المهنة ولو كانوا قلة قليلة، بينما التجربة غير المقبولة هي التجربة التي لا يجرأ على تنفيذها الطبيب العادي المحتاط.

- التجارب غير العلاجية:

تستند شرعية التجارب غير العلاجية في الشريعة العامة إلى رضا الشخص وعلى هذا الأساس تكتسب موافقة الشخص الخاضع للتجارب العلمية أهمية خاصة. فهي تعطي الشرعية للتدخل الطبي غير العلاجي على جسم الشخص من جهة، وتحمي حقه في السلامة البدنية والعقلية من جهة أخرى. من ثم يتعين على المسؤول عن التجربة إعلام الشخص الخاضع لها إعلاماً شاملاً بحكم أنه لا يملك أي مبرر لحجب بعض المعلومات عن هذا الأخير.

فلا مجال للحديث في هذا النوع من التجارب عن "الامتيازات العلاجية" (*privilèges thérapeutiques*) لأنه لا ينتظر منها أية فائدة طبية أو علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها حتى يخشى رفضه الخضوع للتجربة من جراء الإعلام الشامل (1).

الفرع الثاني

(4) Hunter V.Hanley.S.C200 (1955).

مشار إليها كذلك لدى د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع ، ص 746.
(1) وتقرر هذا المبدأ في القضية الكندية المشهورة -Halushha v.University of sashat chewan- مشار إليها لدى د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 748.

التنظيم القانوني للتجارب الطبية في القانون الفرنسي.

تستمد التجارب الطبية أساسها القانوني في القانون الفرنسي من المادة 1-1121 L من قانون الصحة العامة⁽²⁾ الصادر في 23 يناير 1991، المعدل لقانون 20 ديسمبر لسنة 1988 والذي كرس لذلك الكتاب الثاني مكرر، الذي ورد تحت عنوان "حماية الأشخاص الذين يشاركون في الأبحاث البيولوجية والطبية".

وخصص الباب الثاني من هذا الكتاب (المواد 9-209 L إلى 10-209 L) مسألة الرضا⁽¹⁾.

ولقد انتظر الكثير من الفرنسيين من أهل الاختصاص صدور هذا القانون لأن النصوص القانونية القليلة التي كانت تنظم هذا المجال لم تتطرق إلى الشروط والضوابط الموضوعية التي يمكن على ضوءها إجراء التجارب الطبية على الإنسان، أو تلك التي تحدد طبيعة المسؤولية أو الجزاء المترتب على مخالفة تلك الشروط والضوابط⁽²⁾، فالنص القانوني الوحيد الذي كان يحمي آنذاك الكيان البدني للأشخاص من الخضوع لهذه التجارب هي المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي، إلا أنه كانت هناك بعض التنظيمات الجزئية التي تجيز إجراء التجارب الطبية الماسة بالسلامة البدنية والتي أعطت بدورها الشرعية القانونية للتجارب الطبية التي كانت تتم بهدف تحقيق غاية علاجية دون الخوض في تنظيم كيفية إجرائها، إلا أن ذلك لم يكن كافياً لحماية التكامل الجسدي للأشخاص الذين يخضعون لتلك التجارب، خاصة أن القانون الفرنسي يولي اهتماماً خاصاً بالتكامل الجسدي والعقلي للشخص وهو ما أكدته المادة 16 مكرر 3 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1994 والتي جاء فيها "لا يجوز المساس بالتكامل الجسدي للإنسان إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة علاجية..."⁽³⁾.

(2) « les essais ou expérimentations organisés et pratiqués sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales sont autorisés dans les conditions prévues au présent livre et sont désignés ci-après par les termes "recherche biomédicale" » l'art.1121-1 du code de la santé publique (loi N° 88-1138 du 20 Déc 1988 Modifiée par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales .

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، د. ط، ص 316، 317.

(2) د. أشرف جابر - التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999، ص 415.

(3) " Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps Humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne..." l'art 16-3 du code civil français de 1994.

أما قانون الصحة العامة الفرنسي فقد وضع الإطار القانوني لهذه التجارب وحدد الضوابط التي يجب على الأطباء أو الصيادلة المختصين مراعاتها بخصوص التجريب على الإنسان. وطبقا للقواعد العامة التي تضمنها هذا القانون تستمد التجربة الطبية على الإنسان شرعيتها القانونية والأخلاقية في القانون الفرنسي⁽⁴⁾ من ثلاث عناصر هي:

- جدوى البحث أو التجربة.

- وجوب توافر الأصول العلمية اللازمة لإجراء التجربة.

- وجوب توفير أسباب الأمن والسلامة في المكان الذي تجري فيه التجربة.

ولقد نصت على هذه العناصر صراحة المادة 2-209 L⁽¹⁾ من قانون الصحة العامة الفرنسي حيث جاء فيها: «لا يجوز إجراء أية تجربة على الكائن البشري.

- إذا لم تكن قائمة على آخر المعطيات العلمية وبشرط أن تسبقها تجارب معملية كافية.

- إذا كان الخطر المتوقع حدوثه للشخص الخاضع للتجربة لا يتناسب مع الفائدة المرجوة من إجراء هذه التجربة.

- إذا لم يكن من شأنها أن تؤدي إلى تحديث المعطيات العلمية المطبقة على الكائن البشري.»

كذلك حددت المادة 9-209 L مضمون الالتزام بالإفشاء بالنسبة لأي بحث تجريبي، بنصها على أنه يتعين قبل إجراء أي بحث طبي على شخص الحصول على الرضاء الحر، المستنير والصريح لهذا الشخص، وذلك بعد أن يقوم الباحث أو الطبيب الذي يمثله بتعريفه بالعناصر التالية:

- هدف البحث، وطريقته ومدته.

(4) code de la santé publique (loi N° 88-1138 du 20 Déc 1988 Modifier par la loi 91-86 du 23/01/1991 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales .

(1) "Aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain. -si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation pré-clinique suffisante; si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice exonéré pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche; -Si elle ne vise pas à étendre les connaissances scientifiques de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition" l'art 209-2 du code de la santé publique.

-الفوائد المنتظرة منه، والقيود والمخاطر المتوقعة، بما في ذلك المخاطر التي تنشأ عن توقف البحث قبل الأجل المعين له.

-رأي اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص الذين يشاركون في أبحاث بيولوجية طبية. يضاف إلى ذلك أنه يجب على الباحث أو الطبيب إخطار الشخص الذي يكون رضاه مطلوباً (من يشارك في التجربة أو من ينوب عنه إذا كان هو نفسه غير أهل لإصدار الرضاء)، أن من حقه أن يرفض المشاركة في البحث، أو يسحب رضاه في أي لحظة، دون أن يتحمل بسبب ذلك أية مسؤولية⁽²⁾.

ويدخل في مفهوم التجربة الطبية طبقاً للتعريف الذي جاءت به المادة 1-209 L من نفس القانون كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري بهدف تطوير المعطيات البيولوجية أو الطبية (Développement des connaissances biologique ou médicales).

ويرى البعض⁽¹⁾ أنه طبقاً لهذا التعريف فإن نطاق التجريب على الإنسان لا يقتصر على تجريب العقاقير الجديدة فحسب بل يمتد إلى الأبحاث التطبيقية أو البيولوجية، وهي الأبحاث المتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية ودراسة الأمراض سواء كانت وراثية أو مكتسبة أو جراحية. ويدخل في مفهوم التجربة أيضاً كل بحث من شأنه أن يحقق تقدماً أو يؤدي إلى ابتكار يمكن للإنسان الاستفادة منه سواء في حالة الصحة أو المرض. كما يفيد التعريف -من جهة أخرى- بأن محل هذه التجارب هو الإنسان الحي لأن التشريع الفرنسي تولى تنظيم التجارب على الإنسان في حالة الموت الدماغى استثنائياً في المادة 5-1124 L من قانون الصحة العامة (قانون رقم 548-94 الصادر بتاريخ 1994/07/01) المتعلق بمعالجة المعطيات المعلوماتية في إطار البحث العلمي في مختلف مجالات الصحة، والذي أدرج هذه الحالة ضمن التجارب العلمية كما يرى هؤلاء أن تعريف التجربة طبقاً لهذا القانون يمنع التجريب على الجنين وإن

(2) لمزيد من معرفة الالتزام بالإفشاء في مجال التجارب الطبية في ظل القانون الفرنسي؛ راجع د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 316 وما بعدها.
(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 752.

كان ذلك جائزاً طبقاً للمادة 152 مكرر 8 من القانون رقم 94-654 الصادر بتاريخ 1994/07/29 والمتعلق بالتبرع واستعمال منتجات الجسم البشري⁽²⁾.

وعلى العموم يمكن إجمال أهم القواعد الأساسية التي يجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان طبقاً لقانون الصحة العامة الفرنسي فيما يلي:

أ- الشروط المشتركة (لكل أنواع التجارب):

- التزام الشخص أو الأشخاص القائمين بالتجربة الطبية بالتأمين من المسؤولية⁽³⁾.

- عدم جواز مباشرة التجارب الطبية إلا تحت إشراف أطباء ذوي كفاءات ومؤهلات علمية عالية، يتولون الإشراف على إجراء التجارب والتحقق من إجرائها وفقاً للأصول العلمية⁽¹⁾.

- الحصول على الموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة (وفقاً للشروط التي حددها المادتان L209-9 و L209-10 من قانون الصحة العامة).

- لا يجوز مباشرة التجارب العلمية إلا بعد الحصول على موافقة اللجنة الاستشارية لحماية الأشخاص، وكذا موافقة الجهة الإدارية المختصة⁽²⁾.

ب- الشروط الخاصة بإجراء التجارب العلمية.

نظراً لخطورة هذا النوع من التجارب يشترط القانون الفرنسي لإجرائها شروط إضافية أخرى تتمثل فيما يلي:

- عدم جواز مباشرة التجارب العلمية إلا في الأماكن التي تتوفر على الإمكانيات المادية والتقنية اللازمة وعلى الشروط الأمنية الضرورية لسلامة الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب.

- لا يجوز إخضاع الأشخاص إلى تجارب متعددة في نفس الوقت⁽³⁾.

(2) لمزيد من المعلومات حول هذه القوانين راجع:

J.Michaud - " le lois bioéthique; présentation", Médecine & droit, n° 8 Sépt-/ Oct 1994. 2 éd.théchnique, p108.

(3) "la recherche biomédicale exige la soucription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent..." l'art 1121-7-3 du code de la santé publique.

(1)"les recherches biomédicales ne peuvent-étre effectuées que:

- Sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience approprié

-dans des condition matérielles et technique adaptées a l'essai et compatible avec les impératifs de régucur

recherches" l'art 209-3 du C.S.P.F.

(2) راجع المادة 6-L1123 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

-التأكد من خلو التجربة العلمية من أي أخطار جسيمة على صحة الأشخاص الخاضعين لها
ويجب إخضاع المرشحين لهذه التجارب لفحوص طبية، وإعلامهم بنتائج هذه الفحوص من قبل
أطباء من اختيارهم، قبل موافقتهم على الخضوع للتجربة العلمية.
ومن خلال هذه القواعد يتضح أن المشرع الفرنسي قد استلهم تنظيمه لهذا المجال من
الضوابط والمبادئ العامة المتفق عليها دوليا وإقليميا بشأن إجراء التجارب الطبية على الإنسان
بل إن التشريع الفرنسي قد سبق الكثير من التشريعات بشأن حماية الأشخاص المشاركين في
التجارب الطبية من خلال اشتراط التأمين من المسؤولية على القائم بالتجربة.
وإذا كان هذا الشرط يخدم بالدرجة الأولى مصلحة المسؤول عن التجربة إلا أنه يشكل
ضمانا مهماً للشخص الخاضع للتجربة في حالة تضرره منه.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات العربية

إن موقف التشريعات العربية غير واضح بخصوص التجارب الطبية على الإنسان بسبب
قلة النصوص القانونية المنظمة لهذا المجال في الكثير منها، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال
دراسة الأساس القانوني لهذه التجارب في عينة من القوانين العربية منها القانون الجزائري ونظيره
المصري.

الفرع الأول

موقف القانون الجزائري من التجارب الطبية.

تجد التجارب الطبية أساسها في القانون الجزائري في المادتين 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3
من قانون حماية الصحة وترقيتها⁽¹⁾، وكذا في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب
الجزائري⁽²⁾ حيث جاء في المادة 2/168 فقرة أولى ما يلي :

(3) "Nul ne peut se prêter simultanément à plusieurs recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct.." l'art 1124-4-1 du C.S.P.F

(1) قانون رقم 85-05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17.
(2) مرسوم تنفيذي رقم 92-276 الصادر بتاريخ 06/07/1992.

«يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي...».

في حين نصت المادة 3/168 على ما يلي:

«تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج، للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليها في المادة 2/168 أعلاه».

كما تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على ما يلي:

«لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة وعند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض».

ومن استقراء هذه المواد يتضح أن التشريع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية.

أما بخصوص القواعد الأساسية المنظمة لكيفية إجراء هذه التجارب فقد اقتصر تدخل المشرع الجزائري على البعض منها فقط، كشرط الموافقة⁽¹⁾، وطبيعة المسؤولية الناتجة عن تضرر الخاضع للتجربة⁽²⁾، في حين أسند مهمة التوجيه والرقابة بخصوص التجارب الطبية على الإنسان إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما يعني أن إجازة التجارب الطبية — خاصة منها غير العلاجية — مرتبطة بالرأي المسبق لهذا المجلس وفقا للضوابط العلمية المعمول بها. ففي هذا الصدد تنص المادة 1/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي:

« ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها والتجريب وكل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي، مع السهر على احترام حياة الإنسان وحماية سلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب».

(1) راجع الفقرتين الثانية والأخيرة من المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، سبقت الإشارة إليه.
(2) حيث جاء في المادة 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها ما يلي: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

ومن خلال النصوص التشريعية التي تضمنها قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية⁽³⁾، يمكن استخلاص أهم الشروط التي يجب مراعاتها للتجريب على الإنسان في ظل القانون الجزائري على النحو التالي:

1- وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان، غير أن إجراء التجارب غير العلاجية متوقف على إجازة المجلس المشار إليه بحكم دوره الرقابي عليها⁽⁴⁾.

ففي حالة رفض المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية التجربة المقترح اجرائها يمنع على صاحبها مباشرة هذه التجربة.

2- يشترط لإجازة التجربة تحقيقها لمصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها أو لتقدم البحث العلمي.

3- احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكذا كرامته، وهو ما يعني التأكد من موافقته من جهة وتوافر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته البدنية في مكان إجراء التجربة⁽¹⁾. من جهة أخرى لا يجوز إجراء التجارب الطبية على الشخص إلا بعد الحصول على موافقته الحرة والمستنيرة⁽²⁾.

4- التأكد من القيمة العلمية لمشروع التجربة بالنظر إلى زمن تنفيذها بحيث لا يتم تنفيذ التجربة إلا إذا تحققت الظروف المواتية للظفر بالنتائج المرجوة، وفي إطار احترام السلامة البدنية للشخص⁽³⁾.

ومن خلال هذه النصوص يتضح أن التشريع الجزائري قد اتبع الاتجاه الذي سارت عليه الكثير من التشريعات من خلال تأكيده على وجوب مراعاة الشروط المتعلقة بحماية السلامة البدنية للأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية وغيرها من الشروط ذات الطبيعة العلمية.

(3) مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06/07/1992 سبقت الإشارة إليه.

(4) وهو ما أكدت عليه صراحة المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاءت فيها: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية...".

(1) حيث تنص المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية على ما يلي: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه أو علاجه"، و تصيف المادة 18 من نفس المدونة ما يلي: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة و عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

(2) المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها، سبقت الإشارة إليه.

(3) وهي من المبادئ الأخلاقية التي نص قانون حماية الصحة وترقيتها صراحة على وجوب احترامها، راجع المادة 2/168.

الفرع الأول

موقف القانون المصري من التجارب الطبية.

من المتفق عليه في القانون المصري، وفقا لقواعده العامة وما استقر عليه الفقه والقضاء أن الطبيب حر في اختيار طريقة العلاج التي يراها الأنسب لصالح مريضه، فمن حقه أن يطبق أسلوبا غير شائع بين الأطباء أو جديد لم يسبق تجربته من قبل بشرط تأكده من أنه سيحقق مصلحة مباشرة للمريض، وهي الشفاء. غير أن الطبيب في هذه الحالة مقيد بعدم تجاوز الحدود التي يرسمها له القانون لإباحة العمل الطبي⁽⁴⁾.

وعليه يجوز في القانون المصري مباشرة التجارب الطبية التي تهدف إلى علاج المريض بموجب القواعد العامة في القانون المصري.

أما بخصوص التجارب غير العلاجية، فباستثناء المادة 43 من الدستور المصري، لم يرد في القانون المصري أي نص صريح يبيح أو يمنع هذا النوع من التجارب إلا أن الفقه المصري يتفق على عدم شرعية هذا النوع من التجارب، حيث يرى البعض أن لجوء الطبيب إلى التجارب غير العلاجية يشكل خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية⁽¹⁾. أو متجاوزة القصد حسب الأحوال هذا فضلا عن قيام مسؤولية الطبيب المدنية متى نتج عن التجربة غير العلاجية ضرر بجسم الإنسان الذي خضع لها وذلك طبقا للقواعد العامة في القانون.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة ولو تمت التجربة غير العلاجية بموافقة الشخص، لأن حق الإنسان في الكيان الجسدي يمنع المساس بجسده إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة علاجية لفائدة الشخص ذاته وبقدر يتناسب مع تلك الفائدة. كما أن مسؤولية الطبيب تبقى قائمة حتى ولو دفع القائم بالتجربة مبلغا ماليا للشخص الذي خضع لها لأن الاتفاق القائم بين الطرفين باطل أساسا لمخالفة النظام العام⁽²⁾.

(4) و من أقطاب الفقه الجنائي المصري الذين يؤيدون هذا الاتجاه؛ د.محمد نجيب حسني، د.محمود مصطفى، د.مأمون سلامة، د.رمسيس بهنام، د.عبد الرؤوف مهدي، د.السعيد مصطفى السعيد. راجع بهذا الخصوص د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 62.
(1) منهم على سبيل المثال. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط1982، القاهرة، ص177؛ و د. محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة 1974، ص181.
(2) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 64.

ويقيم غالبية الفقه المصري عدم شرعية التجارب غير العلاجية على أساس تجاوز الطبيب للغاية من مزاولة مهنة الطب، والجراحة وهي العلاج، فمن بين شروط مزاولة مهنة الطب، أن يكون الهدف من التدخل الطبي هو العلاج، غير أن هذا الشرط تفتقر إليه التجارب غير العلاجية وهو ما يجعل سلوك الطبيب يفتقر بدوره إلى مبرره الشرعي والقانوني، وإذا كان هذا هو المبدأ العام في القانون المصري وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء، إلا أن الدستور المصري الصادر سنة 1971 ينص في المادة 43 منه على ما يلي: « لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر».

فإذا كان ظاهر هذا النص الدستوري يؤكد على حماية الكيان الجسدي للإنسان في مجال التجارب الطبية من خلال تأكيده على شرط الرضا، إلا أنه أثار الكثير من التساؤل بخصوص شرعية التجارب غير العلاجية من عدمه حيث انقسم الفقه بهذا الخصوص إلى اتجاهين:

- اتجاه أول يقول بشرعية هذا النوع من التجارب استنادا للمادة المذكورة⁽¹⁾.
- اتجاه ثاني يرى أن النص الدستوري المشار إليه مجرد شرط مبدئي لإجراء التجارب العلاجية وهو موافقة الشخص الخاضع للتجربة، مع استمرار حظر التجارب غير العلاجية على الإنسان وفقا للأسانيد المشار إليها سابقا⁽²⁾.

وأمام هذه الوضعية يرى الكثير ضرورة تدخل المشرع المصري لوضع حد لهذا الخلاف الفقهي وتنظيم التجارب الطبية على الإنسان بما يحقق الحماية التي ابتغاها الدستور للكيان الجسدي للإنسان⁽³⁾.

(1) منهم د. جابر محجوب علي - "الذي يرى أن التجارب الطبية اكتسبت مشروعيتها بمقتضى المادة 43 من الدستور" راجع، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 322. وكذلك د. نزيه محمد الصادق المهدي الذي يرى أن نص المادة 43 من الدستور المصري يضع قاعدة عامة مفيدة باستثناء، فأما القاعدة فهي عدم جواز إجراء التجارب على الإنسان، والاستثناء هو جواز إجراء التجربة الطبية أو العلمية بشرط الرضا الحر وعدم إجرائها لأغراض تجارية، في تفصيل ذلك راجع د. نزيه محمد الصادق المهدي - في بعض مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة، دن، 2006، ص 142.

(2) منهم د. حمدي عبد الرحمن - معصومية الجسد، دن، 1987، ص 62.

(3) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 65.

المبحث الثالث

ضوابط وشروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان

عالجنا في المطلب السابق الأساس القانوني للتجارب الطبية على الإنسان، وذلك من خلال عرض النصوص القانونية التي تبيح صراحة هذا النوع من التدخلات الطبية على جسم الإنسان في التشريعات المختلفة، كما بينا الأسانيد القانونية التي اعتمدها الفقه لإباحة أو منع التجارب الطبية، خاصة منها التجارب العلمية، في الدول التي لم يتدخل فيها المشرع لتنظيم الأعمال بنصوص صريحة.

غير أنه في كلتا الحالتين يشترط لإباحة التجارب الطبية على الإنسان وجوب مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمنتها المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية على النحو الذي سبق بيانه.

ومع أن التشريعات المختلفة تتفاوت فيما بينها من حيث درجة التنظيم القانوني لهذا الموضوع وتفصيلاته، إلا أن الملاحظ أنه في كل حالة يجيز فيها النظام القانوني إجراء التجارب على جسم الإنسان، فإن الأمر يخضع لشرطين أساسيين، يمثلان حدا أدنى لمشروعية التجربة الطبية على الإنسان وهما:

أولاً: شرط التبصير بمعنى الحصول على رضاء الشخص رضاً كاملاً حراً مستنيراً.

وثانياً: شروط تتعلق بالمقتضيات الموضوعية لتنفيذ التجارب الطبية، وهو ما سنحاول توضيحه

في المطلبين المواليين. حيث نتناول في المطلب الأول الرضاء المستنير وفي المطلب الثاني الضوابط

الموضوعية للتجارب الطبية.

المطلب الأول

الرضاء المستنير

باستقراء ما ورد في الاتفاقيات الدولية ودراسة التشريعات المقارنة، يمكن ملاحظة الأهمية الخاصة التي أولتها هذه التنظيمات للرضاء في نطاق التجارب الطبية، وعلّة ذلك أن إجراء التجارب الطبية على الإنسان ينطوي على المساس بالسلامة البدنية، وبذلك قد تكون عواقبه وخيمة على الشخص الخاضع لها، دون أن تتحقق له أي مصلحة مباشرة كما هو الأمر في التجارب غير العلاجية.

من ثم اشترطت مختلف التنظيمات الحصول على الموافقة المسبقة والمستنيرة للشخص قبل تنفيذ التجربة عليه، ولا تكون لهذه الموافقة أية قيمة قانونية إلا إذا سبقها إعلام كاف بكل العناصر التي يحتاج إليها المرء، خاصة منها الأخطار المقترنة بتنفيذ التجربة، كما يجب التحقق من جهة أخرى، من الدوافع الحقيقية التي جعلت الشخص يوافق على الخضوع لهذه التجارب إذ أنه من الممكن، وفي الكثير من الأحيان، أن يقبل بعض الأشخاص الخضوع للتجارب الطبية تحت تأثير ضغوط اقتصادية أو تحت تأثير عوامل أخرى كنفص الأهلية.

الفرع الأول

شروط الرضاء في التجارب الطبية.

سبقت الإشارة إلى أن الحصول على الموافقة المسبقة للشخص شرط أساسي لشرعية التجربة الطبية. من ثم فإن تنفيذ التجربة بدون رضاء صاحب الشأن، يشكل خطأ قانونياً موجب للمسؤولية المدنية والجنائية⁽¹⁾، يستوي في ذلك أن تكون التجربة علاجية أو علمية. ويستند حق الشخص في الموافقة على الأعمال الطبية، والتي تدخل ضمنها التجارب الطبية إلى حق الشخص في سلامته البدنية، الذي يفرض على الجميع عدم المساس بجسمه بدون إذنه المسبق.

وعلى هذا الأساس لا بد من استشارة المريض وتخييره بين إجراء التجربة، علاجية كانت أم علمية، أو الامتناع عن ذلك، وتشترط الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾ والتشريعات المقارنة⁽²⁾، أن يكون الرضاء حراً، متبصراً وصادراً عن ذي أهلية، ومن جهة أخرى، تشترط بعض التشريعات أن يصدر الرضاء في شكل كتابي كما يجب الحصول على هذا الرضاء بشكل دائم، فلا يجوز في أي حال من الأحوال الاستغناء عنه، فلا مجال للاستعجال في هذه الأعمال، كما أن رفض الخضوع للتجارب الطبية لا يمكن اعتباره رفضاً غير مبرر، لأنه لا يُعرض صحة المريض أو حياته لأي خطر⁽³⁾.

أولاً: عناصر الرضاء الحر.

ويقصد بالرضاء الحر، طبقاً للقواعد العامة، الرضاء الصادر بدون إكراه أو ضغط، من ثم لا يعتد برضاء الشخص إذا كان ضحية تدليس أو غش أو خداع أو غلط، أو صدر منه تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب حرية الاختيار، وتبدو أهمية هذه المتطلبات بصفة خاصة في مجال التجارب الطبية.

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 448.
(1) مثلاً: المبدأ رقم 10 من المبادئ الخاصة بالتجارب غير العلاجية، المنصوص عليها في إعلان هلسنكي الذي تمت مراجعته في طوكيو سنة 1975.
(2) مثلاً: المادتين: 9-209 و10-209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.
(3) د جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 346.

لذلك استلزم الفقه المقارن ضرورة أن يكون الرضاء إراديا وحرا من جانب الشخص الخاضع للتجربة، وذلك رغبة في تفادي تكرار التجارب الجنائية النازية، و قد صاغت لائحة قسم الصحة التعليمية والرفاهية في الولايات المتحدة مضمون هذا الالتزام بقولها «ينبغي أن يصدر الرضاء من شخص في حالة تسمح له بالتعبير عن إرادته الحرة وألا يكون ضحية تخريض مؤثر أو أي من أشكال القوة أو التدليس أو الغش أو الإكراه أو أي شكل آخر من أشكال الضغط»⁽⁴⁾.

غير أنه في مجال التجارب الطبية، لا نعني بالإكراه الإكراه الذي يعيب الإرادة وفقا لنظرية الالتزام فحسب بل الإكراه بمفهومه الواسع، وهو خلو إرادة الشخص من أي ضغط مهما كان مصدره، اقتصادي أو طبي⁽¹⁾.

من ثم يثور التساؤل حول القيمة القانونية للموافقة التي تقترن بحصول صاحبها على المقابل المالي، من جهة، وحكم التجربة التي يتوقف نجاحها على الخداع العمدي للشخص الخاضع لها من جهة أخرى، وما هي القيمة القانونية لرضاء الشخص الذي يكون في حالة تبعية كالسجين مثلا؟

1- الخضوع للتجارب بمقابل مالي:

مما لا شك فيه أن للمقابل المالي أثر مكره على الشخص المراد إخضاعه للتجربة خاصة إذا كان في حاجة ماسة إلى المال، وقد تلجأ الكثير من المؤسسات الطبية المختصة بالبحث العلمي إلى إغراء الأشخاص المنتمين لبعض الطبقات الاجتماعية المتدنية اقتصاديا بمبالغ مالية من أجل إخضاعهم لتجاربها⁽²⁾.

(4) د. شوقي زكريا الصالحي - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001، ص 278.

(1) كأن يوافق المريض على الخضوع للتجربة تحت ضغط علاقته مع الطبيب المعالج، و قد أشارت إلى هذه الحالة اتفاقية هلسنكي، حيث أوجبت التأكد من عدم وجود أية علاقة رسمية بين الطبيب المجرب والمريض المراد إخضاعه للتجربة لتجنب الضغط النفسي الذي يمكن أن يدفع المريض إلى الموافقة تلبية لرغبة طبيبه.

(2) كما قضت محكمة الاستئناف في ولاية Saskatchewan في القطاع الإنجليزي من كندا، بمسؤولية الطبيب في قضية تتلخص وقائعها أن طالبا في الجامعة، بهدف الحصول على خمسين دولارا قبل أن يتم تخديره بمخدر تحت التجربة، ولم يبصره الطبيب بأي من المخاطر التي

ومما لاشك فيه أيضا أن مثل هذه الصفقات تعيب الموافقة من الناحية القانونية، فلا يجوز أن تتخذ الحاجة الاقتصادية للمريض وسيلة للحصول على رضائه، وبالتالي فإننا ننبه إلى الخلط الذي تقع فيه شركات إنتاج الأدوية وذلك بالفهم الخاطئ من الناحية القانونية، إذ تعتمد بعض هذه الشركات- في سبيل إجراء التجارب- إلى إعطاء مبالغ مالية لبعض المرضى-أو الأصحاء أحيانا- لإجراء تجارب دوائية، ووجه الخطأ هنا أن هذه الشركات تتوهم أن المسألة مقصورة على الرضاء ما دام قد صدر عن حرية اختيار للشخص⁽³⁾.

والحقيقة أن الرضاء بالتجربة لا بد أن يوضع في إطار نوعية خاصة تتجاوز حدود القواعد العامة المعروفة في القانون المدني، وتؤكد على أن يكون الرضاء خاليا حتى من مجرد الضغط المالي.

ومع ذلك فإن من حق الخاضع للتجربة، من ناحية، أن يسترد ما يكون قد أنفق من مصروفات، ومن ناحية أخرى يجب مراعاة الحكم الخاص الذي ورد في المادة 15-109 L من قانون الصحة العامة في فرنسا، والتي نصت على أنه في حالة التجارب التي تجرى دون فائدة فردية مباشرة للخاضع للتجربة "sans bénéfice individuel direct" فإن على القائم بالتجربة أن يخصص للخاضع لها مبلغا يعوضه فيه عما تعرض له، وهذا التعويض حدده قرار من وزير الصحة، ومحدد بحد أقصى في السنة الواحدة، و يقدر بمبلغ 20.000 فرنك فرنسي ثم تحفظت الفقرة الأخيرة من المادة 15-209 L في شأن التجارب التي تجرى على الصغار غير الراشدين، أو الكبار الخاضعين للقوامة، أو الأشخاص المودعين في المؤسسات الصحية أو الاجتماعية، فبالنسبة لهذه الفئة الأخيرة لا يجوز بأي حال - en aucun cas - دفع أية مبالغ⁽¹⁾.

يمكن أن يتعرض لها، فتعرض الطالب لتوقف نشاط القلب، نقل على أثره إلى المستشفى الذي مكث به عشرة أيام. أنظر: د. علي حسين نجيدة - التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 42.
(3) د. خالد حمدي عبد الرحمان - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 44.

(1) S.Gromb - "le droit de l'experimentation sur l'homme", litec, p125.

كما أنه لا يجوز من الناحية الأخلاقية أن يعرض الشخص سلامته الجسدية للأضرار المحتملة في التجارب الطبية مقابل مبلغ مالي، لأن جسم الإنسان لا يعتبر أساساً من قبيل الأشياء التي يمكن التصرف فيها، ويتمتع بحصانة وعصمة معترف بها دينياً وقانوناً⁽²⁾.

2- الخضوع للتجارب بمقتضى الخداع.

قد يتوقف نجاح بعض التجارب على الخداع العمدي للشخص الخاضع للتجربة وذلك بإخفاء حقيقة التجربة عليه، أو إغفال إعلامه بواقعة مهمة تتصل بها.

ولقد ثار التساؤل بخصوص شرعية هذا النوع من التجارب لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية حينما أجريت بعض التجارب على مجموعة من المتطوعين من مدرسين وطلاب، حيث تم إعلام المدرسين فقط بالغرض من التجربة والمتمثل في إثبات أثر العقاب الجسماني على التعليم⁽³⁾، فكان الطلاب يعاقبون بالصدمات الكهربائية، أو الحروق على الأيدي كلما أخطأ هؤلاء في الإجابة على أسئلة المدرس، وتزداد هذه العقوبات شدة كلما أظهر الطلاب صعوبات في التعليم، غير أن الغرض الأساسي من هذه التجربة هو قياس الميل الفطري لدى الطلاب نحو العقاب، وهو ما لم يعلم به أي أحد ممن خضعوا لهذه التجربة.

ومن الأمثلة الأخرى التي يعمد فيها المحرب إلى خداع الشخص الخاضع للتجربة، تجريب العقاقير الجديدة باستعمال طريقة الجهل المزدوج، حيث يقسم المرضى إلى فوجين، يعطى الفوج الأول العقار الجديد المراد تجريبه، بينما يستفيد الفوج الثاني من العقار القديم أو من عقار بديل. ويثور التساؤل هنا أيضاً حول شرعية هذا النوع من التجارب، التي تتم بدون الحصول على رضا الأشخاص المشاركين فيها؟

في الواقع ليس هناك اتفاق بين الفقهاء بخصوص شرعية أو عدم شرعية هذا النوع من التجارب. فالبعض يرى وجوب إعلام كل المشاركين والحصول على موافقتهم المسبقة قبل إخضاعهم للتجربة، في حين يرى آخرون أن المنفعة التي تحققها هذه التجارب تبرر الطريقة التي يجب أن تتم بها، وهي وجوب عدم إعلام الأشخاص المشاركين فيها بهدف وطبيعة التجربة.

(2) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 786.
(3) أشار إليها د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 77.

وعلى هذا الأساس يقر هؤلاء بشرعية هذا النوع من التجارب، حتى ولو اتسمت بنوع من الخداع بشرط إعلام الشخص بالأخطار الجسيمة إذا وجدت، أما غيرها من الأخطار التي لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة، فلا بأس بإخفائها عليه⁽¹⁾.

والراجع أنه إذا كانت التجربة تقتضي عدم إخطار الأشخاص الخاضعين لها (كما لو كان الغرض من التجربة الوقوف على حقيقة الاضطرابات التي تصيب الشخص)، فإنه يتعين على المسؤول عن هذه التجربة، الإشارة في مشروع بحثه إلى استحالة الوصول إلى نتائج حقيقية وبشكل ملائم إذ تم إخطار المشاركين بحقيقة التجربة، وفي هذه الحالة يبقى لجهات الرقابة صلاحية إجازة أو منع مشروع التجربة، وهو ما يستفاد من الفقرة الخامسة من إعلان هلسنكي⁽²⁾.

3- القيمة القانونية لرضاء الشخص الذي يكون في حالة تبعية.

لكي تكون موافقة الشخص صادرة عن إرادة حرة، يقتضي الأمر أن يكون هذا الأخير متمتعاً بقدر كاف من الحرية، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط في الرضاء الصادر عن الأشخاص التابعين لبعض الطوائف، كالمساجين الذين غالباً ما يدفعون للمشاركة كمتطوعين في التجارب الطبية والعلمية، خاصة منهم المحكوم عليهم بالإعدام. أ- بالنسبة للمساجين:

يجب التذكير بداية، بأن الاتفاقيات والإعلانات الدولية التي اهتمت بحقوق الإنسان وسلامته جاءت كرد فعل لما عاناه المساجين على أيدي الأطباء النازيين أثناء الحرب العالمية الثانية واستنكار الرأي العام العالمي في ذلك الوقت.

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 788.

(2) para 5, Déclaration d Helsinki, Rév 1975.

ولقد ثارت هذه المشكلة من جديد، حينما علم الرأي العام في الولايات المتحدة الأمريكية أن تجارب طبية تم تنفيذها على السجناء هناك، وتمثلت في تخدير المحكوم عليه كما كان يفعل البطالمة قديما بالإسكندرية، وذلك لتجرى الأبحاث والتجارب على شخص المحكوم عليه، بأمل اكتشاف مزيد من الحقيقة الخافية بشأن تركيب المخ لدى القاتل السفاح، ومصدر نزعتة الإجرامية كما يمكن إتباع الأسلوب ذاته مع من حكموا على أنفسهم بالإعدام _____ أي اعتزموا الانتحار _____ وتجرى معهم التجارب وهم تحت المخدر لاكتشاف ما عساه أن يرجعهم عن الإصرار على الانتحار⁽¹⁾.

وعلى إثر ذلك ثار التساؤل حول شرعية إجراء التجارب الطبية على المساجين من عدمه؟ نشير بداية إلى أن الشريعة الإسلامية تمنع مثل هذه الممارسات على المساجين لنفس الأسباب التي منعت بها تبرع هؤلاء بأعضائهم، وهي عدم إمكانية الحصول على موافقة حرة ومدركة من طرف هذه الطائفة.

من ثم، فإنه طبقاً للأحكام العامة للشريعة الإسلامية. لا يجوز الاعتداد برضا المسجون أو المحكوم عليه بالإعدام لأنه يفتقد إلى الحرية، كما أن الحالة النفسية للمسجون من شأنها أن تعيب إرادته. فقد تكون موافقة هذا الأخير بالتبرع بدافع الحصول على بعض المزايا، أو الفوائد المادية، أو وقعت تحت تأثير ضغط مادي، أو معنوي داخل السجن، وقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم أنه لا يعتد بتصرف المكره، فعن ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽¹⁾.

أما في الفقه الوضعي فيرى جانب منه أنه لا يمكن إجراء التجارب على المساجين ولو بموافقتهم على أساس أن هذه الطائفة توجد في حالة تبعية تحول دون إصدارهم لموافقة حرة ومقبولة قانوناً، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن إجراء التجارب الطبية على المساجين يحقق منفعة مباشرة لهم تتمثل في تحسين صورهم في المجتمع، حيث يمكن اعتبار ذلك بمثابة صفح

(1) د. شوقي زكريا الصالحي - التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2001، ص278.

(1) أورده زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي البغدادي - جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلام، دار نهر النيل، بدون سنة، ص325..

معنوي عن السجين في مواجهة مجتمعه⁽²⁾، كما أن إسهامهم في التجارب الأولية للعقائير الجديدة يساهم في حفظ الصحة العامة، وهو ما يحقق مصلحة اجتماعية مؤكدة. يضاف إلى ذلك أن ظروف السجن تساعد كثيرا على تنفيذ التجارب الطبية، بحكم الحياة الروتينية التي تميز حياة المساجين، واستقرارهم النسبي الذي يساعد على الدراسات الطويلة، وغنى عن البيان في هذا المقام، أن التجارب التي تجرى في المؤسسات العقابية لا تكلف الجهة القائمة بالبحث من الناحية المالية مقارنة بإجرائها في أماكن أخرى.

غير أن المشكلة الحقيقية التي يثيرها موضوع التجارب على المساجين، هو مدى إصدار هذه الطائفة لموافقة متبصرة بخصوص المشاركة في هذه التجارب، إذ يرى الراضون أن المساجين لا يمتلكون الحرية اللازمة للتعبير عن إرادتهم الحقيقية، فالحافز الشخصي لديهم يكون دائما مشبوها، لأنه عادة ما يتوقع المسجون من خلال الموافقة على الخضوع للتجربة، الحصول على فوائد مادية (الحصول على مبلغ مالي مهما كان زهيدا)، أو امتيازات معينة (كتخفيف العقوبة أو قضاء بعض الأيام في المستشفى) للتغلب على روتينية حياتهم⁽³⁾.

وفي الحقيقة أن المنافع الشخصية ليست هي السبب الوحيد الذي من شأنه أن يعيب موافقة السجين، لأن المشاركة التطوعية في التجربة لا بد أن يكون ورائها دافع شخصي، وعليه فإن ما يعيب موافقة المساجين، هو السعي لتحقيق المنافع الشخصية في وضعية هم معرضون فيها للاستغلال، وهو السبب الحقيقي الذي يجعل هؤلاء غير مؤهلين للموافقة على هذه التجارب.

ولقد دفعت هذه الحجج الكثير من الأنظمة إلى استبعاد المساجين من الخضوع للتجارب الطبية، حيث تبنت الكثير من الولايات الأمريكية هذا الاتجاه⁽¹⁾، كما استبعد القانون البلجيكي هو الآخر المساجين من التجارب الطبية، وهو ما أكدته المادة 90 من قانون آداب مهمة الطب البلجيكي، التي جاء فيها أن المسجون لا يتمتع بالحرية اللازمة التي تسمح له بالتعبير عن رضائه الحر⁽²⁾.

(2) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 791.

(3) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 79.

(1) ولاية New yourk مثلا، راجع د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 79.

(2) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 792.

من جهة أخرى، ميزت بعض القوانين بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية فأجازت خضوع المساجين للنوع الأول فقط، منها القانون الكندي في المادة 24 من التوجيهات الاتحادية بشأن السلوك المهني في المؤسسات العقابية، التي تمنع كل تجربة غير علاجية على المساجين، كما سار على هذا النهج أيضا المشرع الفرنسي⁽³⁾، الذي قدر أنه ليس من الأخلاق حرمان هذه الطائفة من التجارب العلاجية، خاصة منها التجارب المتعلقة بمرض الإيدز.

أما بخصوص التشريعات العربية، فقد حظر الدستور المصري صراحة إجراء التجارب الطبية على المسجونين المعتقلين، وهو ما يستفاد من المادة 42 منه التي جاء فيها: «تخطر إساءة معاملة المسجونين المعتقلين بدنيا أو معنويا».

أما القانون الجزائري فلم يتضمن نصا يمنع صراحة التجارب الطبية على المساجين، كما أن الدستور الجزائري على خلاف الدستور المصري، لم يخص المساجين بحماية خاصة، وإنما تحدث عن حظر انتهاك حرمة الإنسان بصفة عامة وعلى معاقبة المساس بسلامته البدنية والمعنوية. فقد جاء في المادة 34 منه ما يلي: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة».

كما جاء في المادة 35 من الدستور الجزائري «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية».

وبناء على ذلك يمكن القول إن الدستور الجزائري يمنع الممارسات التي تهدف إلى استغلال الإنسان أو التعرض إلى حقوقه وحرياته، وهو ما يحول دون إمكانية إجراء التجارب غير العلاجية على المساجين بسبب تعرض هذه الطائفة للاستغلال وسوء المعاملة، أما بخصوص التجارب العلاجية، فلا شك أن حق المواطنين في الرعاية الصحية المنصوص عليه في الدستور الجزائري⁽¹⁾ يفرض على الطبيب الاعتناء بصحة السجين، وعلاجه وفقا للأصول الطبية المعمول بها، وقد يتطلب ذلك تجريب أدوية وطرق علاجية جديدة بالنسبة للأمراض التي لم يعثر لها بعد على علاج شاف.

(3) "qui ne sont pas protégées par la loi ne peuvent être sollicités pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé, l'art-1121-5 C.S.P.F. (1) راجع المادة 54 من الدستور الجزائري لسنة 2008 التي جاء فيها: «الرعاية الصحية حق للمواطنين».

ب- بالنسبة للتجارب التي تجرى على المرضى:

يرى البعض أنه من الأحسن عدم إجراء التجارب غير العلاجية على المريض الذي يكون في حالة تبعية للطبيب المحرب، وذلك تجنباً لإحساس المريض بوجوب الموافقة على مثل هذه التجارب تلبية لرغبة طبيبه المعالج، غير أنه يستثنى من هذه القاعدة التجارب الخاصة بعلم الأدوية (Essais pharmacologique)، حيث يمكن إجرائها على المريض بحكم أن الطبيب حر في تجربة الأدوية الحديثة على مريضه، بشرط التزامه الحيطة والحذر أثناء استخدام هذه الأدوية⁽²⁾.

ج- بالنسبة للتجارب التي تجرى على الطلاب.

كثيراً ما يلجأ الباحث إلى إخضاع أحد طلابه لتجاربه العلمية، مستغلاً في ذلك تبعية الطالب له، ورغم الشكوك التي تثور حول مصداقية الرضا في مثل هذه الحالات إلا أن الاتفاقيات الدولية وغيرها من التشريعات الخاصة، لم تتناول هذه الحالة. فإعلان طوكيو مثلاً لم يستبعد هذا النموذج من الأشخاص، من الخضوع للتجارب الطبية، ولكنه يلزم القائم بالتجربة باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة هؤلاء الأشخاص⁽¹⁾.

4- حرية العدول عن الرضاء بالخضوع للتجارب الطبية.

إن المبدأ العام في المعاملات المالية عموماً، يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فهو تعبير عن القوة الملزمة للعقد، والفكرة الأساسية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة هي «أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للإرادة»⁽²⁾. وإذا كان مصدر القوة الملزمة للعقد هو الإرادة، فهذا يعني أن الإرادة التي أنشأت العقد، هي إرادة أطرافه، وعليه فلا يمكن لطرف من أطراف العقد منفرداً أن ينقضه أو يقوم بتعديله.

فالأصل العام هو لزوم العقد لعاقديه، وعدم جواز نقضه أو تعديله إلا بإرادة أطرافه مجتمعة⁽³⁾.

(2) وهو ما نصت عليه صراحة المادة 5-1121 L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(1) المادة العاشرة من إعلان طوكيو سبقت الإشارة إليها.

(2) د.جيبية سيف سالم الشامسي - المرجع السابق، ص 456.

(3) د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل - العقد والإرادة المنفردة، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 273.

تطبيقا لهذا المبدأ، فإنه يمكن القول أن الشخص الذي اتفق مع الطبيب على الخضوع للتجربة لا يمكن له الرجوع عن هذا الاتفاق بمحض إرادته، لأن ذلك يعد إخلالا بالتزام عقدي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

لكن خروجاً على القواعد التقليدية أجاز المشرع الرجوع عن الرضاء في مجال التجارب الطبية وأعطى للشخص الحرية التامة في العدول عن الخضوع لهذه الأعمال، وفي أي مرحلة كانت عليها التجربة، وتقرير هذا الاستثناء، ناتج عن اعتبارات عديدة أهمها خطورة هذه الأعمال الطبية ومساسها بسلامة جسم الإنسان الذي يخرج أصلاً عن دائرة التعامل⁽⁵⁾.

ولقد روعي هذا الحق في مجال التجارب الطبية، حيث درجت قوانين كثيرة على تقرير حق الشخص الخاضع لتجربة ما في العدول عن موافقته بالاشتراك فيها، فنصت المادة 9 من قانون نورمبورج على أنه: «طوال مدة التجربة يكون للمريض المتطوع أن يقرر وقف التجربة إذا وجد أن الاستمرار فيها يسبب له أذى نفسي أو جسدي...»، كما أكد على جواز هذا العدول إعلان هلسنكي، فبعد أن ألزم الطبيب بالحصول على رضاء المريض الحر بتجربة العلاج الجديد عاد فأكد حق الشخص الخاضع للتجربة أو وصيه في إيقافها في أي وقت، وانفرد إعلان طوكيو بإلزام الطبيب بتبصير الخاضع للتجربة بحقه في العدول عن رضاه في أي وقت، وأن رفضه الاستمرار فيها لا يؤثر بأية صورة على علاقته بطبيبه المعالج⁽¹⁾.

ولقد سار على نفس النهج القانون الفرنسي، وذلك عندما نص في المادة 9-209 L من قانون الصحة العامة، الفقرة الثانية على أن «على الباحث أو الطبيب الذي يمثله أن يبصر الشخص، الذي يتعين الحصول على رضاه بحقه في رفض الاشتراك في التجربة، أو الرجوع عن موافقته في أي وقت، ودون أية مسؤولية تترتب عليه».

كما توجب الفقرة الخامسة من المادة السابقة، تسليم الشخص الذي يتعين الحصول على رضاه، وثيقة مكتوبة تتضمن ملخصاً للمعلومات، التي يجب أن يلم بها الشخص الخاضع

(4) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 360.

(5) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص 360.

(1) "lors de toutes recherche sur l'homme, le sujet éventuel sera informé de manière adéquate des objectifs, méthodes... il (elle) devra également à tout moment..." L'article 9 de la déclaration de Tokyo.

للتجربة بالإضافة إلى حقه في رفض الاشتراك في التجربة، أو العدول عن رضاه في أي وقت ودون أدنى مسؤولية⁽²⁾.

ومن الواضح أن تقرير حرية العدول تؤدي - على نقيض ما تقضي به القواعد العامة - إلى عدم ترتيب المسؤولية على عدم تنفيذ العقد، فالتجربة تستمر طالما أراد الخاضع لها ذلك. كما جاء في توصيات اللجنة الفرعية لوضع الأسس والقواعد المتعلقة بأداب المهنة الطبية في مجالات الأبحاث الصحية، على الإنسان بوزارة الصحة العامة بدولة الكويت المنعقدة في 1998/12/20، أنه «يجب للشخص المراد إجراء التجارب عليه، أن يعدل عن رضاه بالاستمرار في البحث في أي وقت يشاء، وفي جميع الأحوال يجوز للشخص أو لولي النفس عليه أن يعدل عن رضاه، دون حاجة لاتخاذ أية إجراءات ودون أدنى مسؤولية تجاه الباحث»⁽³⁾.

ثانياً: عناصر الرضاء المتبصر.

لا يكفي أن يكون الرضا حراً في مجال التجارب الطبية، بل يجب أن يكون صادراً عن بصر وبصيرة بعواقب التدخل الطبي أو التجربة الطبية، بمعنى أن يكون رضاءً مستنيراً، فالطبيب بالنسبة للمريض وفي أغلب الأحيان، عالم يواجه جاهل في صدد العلوم الطبية ومعلوماتها ومن هنا يتميز الطبيب بجيازة قدر هائل من المعلومات، والإمكانيات التي لا تجعل المريض أو الخاضع للتجربة في مركز متعادل معه⁽¹⁾.

ولكي يتسم رضاء المريض أو الشخص الخاضع للتجربة بهذه الميزة، يتعين على الطبيب المحرب أن يقوم بإعلامه بطبيعته، وأهداف التجربة، وكذا بمخاطرها المتوقعة.

(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 361.

(3) د. حبيبة سيف سالم شامسي - المرجع السابق، ص 476.

(1) د. سهير منتصر - الالتزام بالتبصير، القاهرة، دار النهضة العربية، د ط، دت، ص 169.

ونظرا للخطورة البالغة للتجارب الطبية، وأثرها على صحة الإنسان وحياته فقد عينت المواثيق والإعلانات الدولية بالتأكيد على أهمية تبصير الخاضع للتجربة والحصول على رضائه المستنير.

غير أن التساؤل يثور حول محتوى الإعلام الواجب في مجال التجارب الطبية ونطاقه ومدى إمكانية إغفال إعلام المريض عندما يخشى تأثره بالمعلومات المقدمة إليه، أو يخشى امتناعه الموافقة على إجراء التجربة.

1- محتوى التبصير في مجال التجارب الطبية.

إن الرضاء في مجال التجارب الطبية، يتميز بطابعه الخاص مقارنة بالعلاج التقليدي وأن مجرد الموافقة لا تكفي لنفي مسؤولية القائم على التجربة، لأن الرضاء بالتجربة هو رضاء من نوعية خاصة ومتشددة، ويتعين لذلك أن يكون كاملا وحرًا ومستنيرًا⁽²⁾.

فالقائم بالتجربة يلزم شخصيا بإخطار الشخص المراد إخضاعه للتجربة بعناصر الإعلام التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية والتشريعات المختلفة، من بينها المادة 9-209L من قانون الصحة العامة الفرنسي، والتي تتمثل في:

- طبيعة وموضوع التجربة، والهدف المرجو من إجرائها.
- المنهج العلمي المتبع في إجرائها والمدة الزمنية التي تستغرقها.
- الفوائد المرجوة.
- الأخطار المحتملة والآثار الجانبية التي يخلفها الخضوع للتجربة⁽¹⁾.

(2) زينة غانم يونس العبيدي - إرادة المريض في العقد الطبي ، القاهرة ، دار النهضة العربية للنشر .2007، ص 172.

(1) "préalablement à la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement l'ibre, éclairé et exprés de celle-à doit être recueilli eprés que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître:

-l'objectif, la méthodologie et la durée de la recherche

-les bénéfices attendus, les contraintes et les risque prévisibles, y compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme; l209-9

وإذا كان الحصول على رضا صحيح من الخاضع للتجربة يلقي على عاتق القائم بالتجربة التزاما بإحاطته علما بطبيعة التجربة وأهدافها ومدتها، والطرق المستخدمة فيها والأضرار والمخاطر المحتملة، فإن التبصير ببعض هذه العناصر أثار جدلا في الفقه.

فالتجارب بطبيعتها تقوم على قدر من الاحتمالات فلا يمكن الجزم مقدما بالنتيجة التي تؤول إليها. فإذا كان من السهل إعلام المريض بطبيعة، وموضوع التجربة والأهداف المرجوة من إجرائها إلا أن الإحاطة بكل مخاطرها ليس بالأمر السهل. فقد تيسر للطبيب أن يقيم على نحو دقيق المخاطر المحتملة في التجربة، وهو ما يثير التساؤل في هذه الحالة، حول كيفية وفائه بواجب الإعلام نحو المريض أو الشخص الخاضع للتجربة.

في هذا الصدد يرى البعض أنه لا يجوز للطبيب أن يقتصر في التبصير على مجرد الآثار العادية المتوقعة وفقا للمجرى العادي للأمور.

فإذا كان الاكتفاء بهذه الأخطار جائزا في العلاج التقليدي، فإنه ليس كذلك في التجارب الطبية بسبب الطبيعة الخاصة لهذه التجارب، واستحالة توقع كل مخاطرها⁽²⁾، وعلى هذا الأساس يختلف نطاق الإعلام في التجارب الطبية وفقا لمتطلبات كل تجربة على حدة. أخذاً بعين الاعتبار الحالة النفسية والجسمانية للشخص المريض، وردود الفعل المنتظرة على جسمه، ولتوضيح ذلك نورد النماذج التجريبية التالية:

أ-تبصير الشخص بمناسبة إجراء مقارنة الأدوية:

يقصد بتجارب مقارنة الأدوية تجربة دواء جديد على مجموعة من المرضى، كذلك قد يكون، هذا التحريب في بعض الحالات على الأصحاء (كما هو الحال في أدوية تقوية القدرة الجنسية)⁽¹⁾، لتؤخذ النتائج في الأخير وتتم المقارنة بينها لمعرفة النتيجة الأخيرة للتجربة، والوجه الخاص لمسألة التبصير في هذه الحالة، هو استبعاد أي تأثير نفسي للخاضع للتجربة من الموضوع

(2) د.سهيير منتصر- المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، دت، ص 42-43.

(1) د.خالد حمدي عبد الرحمان - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 71.

وذلك لن يتأتى، إلا عن طريق عدم معرفة الخاضع للتجربة الطبيعة الحقيقية للمادة، التي تعطى له كدواء جديد، وذلك بقصد الحصول على نتائج موضوعية بقدر الإمكان⁽²⁾.

ووجه الإشكال في هذه الحالة أن الكتمان يعيب رضاء الشخص الخاضع للتجربة، بحيث لو علم أنه يتناول دواء جديداً محل تجريب لرفض ذلك، وبذلك يعد هذا النوع من القبول بمثابة نوع من الخداع، ويدخل في إطار عيوب الرضاء شأنه شأن القبول بمقابل مالي⁽³⁾.

من هنا تتضح خطورة الوضع بالنسبة لهذا النوع من التجارب سواء بالنسبة للأصحاء الذين يقعون ضحية غلط أو تدليس، أو بالنسبة للمرضى الذين يقعون ضحية الاستغلال، سعيًا منه للعلاج وتعلقه بآمال واسعة في نتائج التجارب.

ولهذه الأسباب أشرت القانون الفرنسي والاتفاقيات الدولية مجموعة من الشروط الشكلية لكي تضمن قبول الخاضع للتجربة أو رفضه لها وهو على بينة من أمره، وهو ما سوف نبينه لاحقًا في شكلية الرضاء في التجارب الطبية.

ب- التبصير المتغير:

عرفنا أن الطبيب -في المجال الطبي العادي- لا يستطيع أن يخضع المريض لأي عمل طبي دون الحصول على رضائه المستنير، أي الصادر عن موافقة تامة⁽⁴⁾، وهو ما يقتضي حصول المريض على معلومات كافية من الطبيب، تمكنه من أن يتخذ قراره بقبول العلاج أو رفضه، عن فهم وإدراك كاملين.

هذا ما يتعدى غالبًا في مجال التجارب الطبية، بسبب طبيعتها الذاتية، فهذه الطبيعة تستعصي على تبصير المريض بصورة كاملة، ولهذا السبب فقد خرج القضاء الفرنسي عن القواعد العامة في الالتزام بالتبصير، وأقر نوعًا من المرونة في بعض الحالات، وهي حالات يكون فيها الكتمان لمصلحة المريض⁽¹⁾، وسار على نهجه بعد ذلك المشرع الفرنسي، وأقر ذلك في المادة 96-209 L من قانون الصحة العامة، حيث أجاز هذا النص للباحث، وفق ما يمليه عليه

(2) S.Gromb - op.cit.p133.

(3) د. خالد حمدي عبد الرحمان - نفس المرجع، ص 72.

(4) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 82.

(1) مثل المريض المهتد بالموت.

ضميره، أن يكتفم بعض المعلومات المتعلقة بتشخيص الحالة، وذلك حين يسفر التشخيص عن مرض يتعذر الكشف عن طبيعته للمريض، وبذلك يكون المشرع في هذه الحالة قد استبدل التبصير الكامل بضمير الباحث والثقة التي يوليها الجميع له في ممارسة مهنته، وهو ما يجعل حدود محتوى الالتزام بالتبصير والرضاء المستنير متغيراً من حالة إلى أخرى بحسب الظروف⁽²⁾.

غير أن هذا الاستثناء ليس بعيداً عن النقد، ذلك لأنه يعطي مرونة للباحث أو الطبيب مما قد يشجع على إساءة استخدامه، فقد يرجح الطبيب مقتضى مصلحة البحث العلمي على مصلحة المريض الشخصية، شهوة في العلم أو طمعاً في المال. ومما يزيد من خطورة هذا الأمر صعوبة الرقابة على القرار الطبي، في ضوء إعطاء الباحث حق كتمان بعض المعلومات وعدم الإفصاح عنها.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي تحت ستار الحرص على انفعالات المريض وحالته النفسية قد ضحى نسبياً بمبدأ الرضاء المستنير الكامل، فأضعف هذا المبدأ ولو بشكل نسبي أو جزئي⁽³⁾.

ج- التجارب العلاجية و حالة الضرورة:

يفرق البعض في مجال التجارب العلاجية بين التجربة العلاجية التي تدعو إليها حالة الاستعجال، وبين التجربة العلاجية التي لا تستدعي الاستعجال لعلاج المريض⁽⁴⁾.

ففي الحالة الأولى، لا شك أن نطاق الإعلام يتحدد بالقدر الذي يمكن المريض من إدراك حالته الصحية، وضرورة خضوعه للعلاج، وآثار ذلك عليه بصفة عامة. ويلتزم الطبيب في هذه الحالة بإعلام المريض بعواقب البقاء بدون علاج.

(2) د. جابر محبوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 220.

(3) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 77.

(4) د. سهير منتصر - المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 44 وما بعدها.

أما إذا كانت التجربة غير ضرورية لإنقاذ حياة أو صحة المريض، فإن نطاق التبصير يتسع ليشمل كل عناصر الإعلام. وفي الحقيقة تأخذ التجربة في هذه الحالة حكم التدخل العلاجي ومن ثم نطبق عليها أحكام الرضا المتبصر.

فعندما يصبح متعينا تقديم العلاج للمريض بصورة فورية (حتى وإن كان عن طريق التجربة) وإلا تعرض حياته أو سلامته لخطر جسيم، فإن الطبيب لا يتقيد بمبدأ خصوصية الرضاء (شمول كل عناصر الإعلام) وإنما يستطيع أن يواصل تدخله بالقدر الذي تقتضيه ضرورة إنقاذ المريض، على أساس أن هذا الأخير لو كان في وعيه لاختار الترخيص للطبيب بالاستمرار في العمل، فغريزة حب البقاء تمثل سندا قويا لقرينة الرضاء المتبصر⁽¹⁾.

د-التجارب غير العلاجية.

تقضي طبيعة هذا النوع من التجارب عناية خاصة بالأشخاص الخاضعين لها على أساس أنها لا تحقق أية مصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها، وطبقا للفقرة الثانية من إعلان هلسنكي يجب أن يكون الشخص المتطوع لهذا النوع من التجارب، شخصا سليما أو مريضا بشرط ألا يتعلق البحث بمرضه⁽²⁾.

أما بخصوص نطاق الإعلام الواجب في هذا النوع من التجارب، فإنه من المستقر عليه فقها وقضاء⁽³⁾، أن الطبيب ملزم بالإعلام الشامل، والمقصود بالإعلام الشامل في هذا الإطار الإعلام الذي ينصرف على الأخص إلى الأخطار المقترنة بإجراء التجربة، حيث يلتزم المحرب بإعلام الشخص الخاضع للتجربة بكل المخاطر المتوقعة والمحتملة مهما كانت نسب تحققها ضعيفة. وعليه فإنه لا مجال للخوف من رفض المريض أو الشخص السليم المراد إخضاعه لهذا

(1) د.جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي ، المرجع السابق، ص 170.

(2) para2.titre III, Declaration d' Helsinki.

(3) راجع قضية halushka، سبقت الإشارة إليها، ص 72 من الرسالة.

النوع من التجارب لأنها لا تحقق له أية فائدة علاجية مباشرة، ومن ثم فهو حر في قبول الخضوع للتجربة أو رفضها.

الفرع الثاني

الأهلية اللازمة للرضاء بالخضوع للتجربة الطبية

إن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، أو الشخص الخاضع للتجربة هي في وجهها الغالب علاقة عقدية، أي أنها تقوم على العقد بالمعنى الصحيح، عقد يستند إلى الرضاء المتبادل، وبالتالي لا بد أن يكون الرضاء موجوداً، وأن يكون خالياً من العيوب وأن يكون كل من طرفيه أهلاً للتعاقد، ولذلك فإن الأصل أن يكون الخاضع للتجربة كامل الأهلية، أي يصلح لأن يصدر عنه رضاء صحيح قانوناً لإبرام هذا العقد⁽¹⁾، وهو شرط منطقي بالنظر إلى طبيعة التجارب الطبية التي تقتضي الموافقة عليها أن يكون للشخص قدر كاف من الوعي والإدراك .

وتثور مشكلة الأهلية في مجال التجارب الطبية والعلمية، بالنسبة إلى طوائف محددة تكون موضوعاً للتجربة، وهم القصر، المجانين، المرأة الحامل، الجنين وجثث الموتى.

أولاً : بالنسبة للقصر :

هل يستطيع القاصر أن يصدر عنه رضاء صحيحاً يعتد به في النطاق الطبي؟

وهل يقاس ذلك على قواعد الأهلية في القانون المدني؟ وكيف؟

يمكن القول أن معظم التشريعات تميز التجارب الطبية على القصر وإن اختلفت في القواعد المنظمة لها، فالتجارب على الأطفال على غرار التجارب على الراشدين تعتبر

(1) د . خالد حمدي عبد الرحمن - العقد الطبي ومشكلات مشروعية المحل ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس، ع 24، ج الثاني ، ص 57 .

ضرورة علمية ولا يمكن الاستغناء عنها، والسبب في ذلك اختلاف رد فعل جسم الصبي اتجاه الدواء مقارنة برد فعل جسم الشخص الراشد⁽¹⁾.

وعلى غرار التجارب على الإنسان الراشد، قد تكون التجارب على الأطفال لأغراض علاجية، كما يمكن أن تكون لأغراض علمية.

فبالنسبة للنوع الأول - التجارب العلاجية - فلمعرفة مدى قدرة الطفل أو الصغير على إصدار رضاه صحيح بشأن المشاركة فيها يجب أن نميز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز.

1- وضع القاصر المميز⁽²⁾ :

إن معيار توافر الأهلية، هو أن يستطيع القاصر فهم طبيعة ما يرضى به من تجارب وتقدير آثارها، من منطلق هذا المفهوم يمكن اعتبار القاصر المميز أهلاً لإصدار رضائه في التجارب العلاجية ، لكن مسألة فهم وتقدير هذه الآثار تختلف من شخص لآخر، وبذلك فالمشكلة التي تثار بالنسبة للقاصر المميز، هي هل يعتد برضاه دون التقييد بسن معينة؟ أم يلزم تحديد المشرع لسن الاعتداد برضاه؟

هناك بعض التشريعات حددت سن معينة للإعتداد برضاه القاصر، ومن بينها تشريع كيويك الكندية⁽³⁾، إلا أن الكثير من القوانين لم تسلك هذا الاتجاه، وأوكلت للطبيب مهمة تقدير مدى فهم الصغير لما هو مقدم على الموافقة عليه، فإذا كان يستطيع ذلك اعتد برضاه دون التقييد بسن معينة، فسن التمييز لا يتحدد بالرجوع إلى أحكام القانون المدني، أو السن التي يحددها المشرع الجنائي لبلوغ الأهلية الجنائية، فالأمر هنا يترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- وضع القاصر غير المميز :

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 804 .
(2) القاصر المميز في القانون المدني المصري هو الذي يتراوح سنه بين 7 سنوات و 21 سنوات طبقاً لنص المادة 45 ، أما في القانون المدني الجزائري فالقاصر المميز هو الذي يتراوح سنه بين 13 و 19 سنة طبقاً لنص المادة 42.
(3) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 69 .

عرفنا سابقاً أن مناط الاعتداد برضاء الصغير هو إدراك وتمييز طبيعة التجربة من قبل الشخص، لذلك فإنه ليس لرضاء عديم التمييز أية قيمة قانونية، لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة التجربة التي يرضى بها، وبذلك فالأصل العام هو الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بالوصاية على الصغير، فمن حيث المبدأ إذا كان الطفل في سن لا تسمح له بتقدير خطورة الأمر فيجب الرجوع إلى رأي أبويه، ومن الأفضل أن يؤخذ رأي الأبوين معاً⁽¹⁾، فإن اختلفا كان الرأي للأب باعتباره ولي النفس، حتى سن معين، وولي المال حتى بلوغ سن الرشد وترجيح رأي الأب على الأم عند الخلاف في الرأي يعود أولاً لما يعطيه له القانون من أولوية سواء بالنسبة للمال أو بالنسبة للنفس⁽²⁾، ومن ناحية ثانية فإن الأم قد تغلب عليها عاطفة الخوف من المخاطرة أو الخوف من الألم، فلا تقدر على إعطاء رضاء حر ومستنير، أما إذا لم يكن الأب موجوداً فلا بد من الأخذ برأي الأم لتقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة التدخل الطبي، فإن كان الصغير يتيم الأبوين عاد الأمر إلى من يجلب محلها من الناحية القانونية، ولا يجوز التجاوز عن هذه الموافقة إلا في حالة الضرورة والاستحالة المادية للحصول على الرضاء في وقت مناسب لإجراء العمل الطبي .

أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية، وفي جميع الأحوال لا يجوز إخضاع القاصر سواء كان مميزاً أو غير مميز - لعلاج تجريبي يعرض حياته أو صحته للخطر أو لمجرد تحقيق هدف علمي لا يساهم في علاج القاصر⁽³⁾، وتذهب بعض التشريعات إلى أكثر من ذلك، حيث يحظر هذا النوع من التجارب على القصر حتى ولو رضوا بذلك الوالدان وأذن به القاضي، مثال ذلك قانون ولاية كيويك بكندا⁽⁴⁾ .

3- رضاء القاصر في القانون الفرنسي

(1) بخصوص الرضاء عن القصر، راجع د. جابر محجوب على - الرضاء عن الغير في مجال الأعمال الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية للطبع، د ت، ص 83 وما بعدها .
(2) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 64 .
(3) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 88 .
(4) د. محمد عبد الغريب - نفس المرجع، ص 88 .

يُجيز القانون الفرنسي إجراء التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم بشرط الالتزام بالضوابط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة .

وطبقاً للمادة 1122 مكرر 2 من قانون الصحة العامة، يمكن مباشرة التجارب الطبية على القصر ومن في حكمهم وفقاً للضوابط الآتية:

- بالنسبة للقاصر غير المميز، بعد الحصول على موافقة من لهم السلطة الأبوية.
- بالنسبة للقاصر والراشد المحمي قانوناً يجب الحصول على موافقة الممثل القانوني بعد ترخيص مجلس العائلة وقاضي الأحداث.

- ويجب على الطبيب محاولة الحصول على موافقة القاصر أو الراشد المحمي قانوناً عندما يكون قادراً على التعبير عن إرادته، كما يجب احترام رفضه الخضوع للتجربة أو رجوعه في الموافقة⁽¹⁾ .

يتضح من هذه المادة أن المشرع الفرنسي يميز — بخصوص التجريب على القصر — بين التجارب العلاجية والتجارب العلمية حيث يجيز التجارب العلاجية على القاصر بدون تفرقة بين المميز وغير مميز، فبالنسبة للقاصر غير المأذونين (mineurs non emancipes) .

يشترط القانون موافقة من لهم السلطة الأبوية على الطفل، أما بالنسبة للقاصر والراشد المحمي قانوناً فيوجب موافقة الممثل القانوني.

أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية فهي مباحة فقط على القاصر المميز والراشد المحمي قانوناً بشرط الحصول على موافقة ممثله القانوني بعد إجازة مجلس العائلة، أو قاضي الأحداث⁽²⁾ .

ثانياً : المخبون

(1) Lorsqu` une recherche biomédicale est effectuée sur des mineurs Ou des majeurs protégés par la loi ; - Le consentement doit être donné , selon les règles prévus à L'article L.1122-1 par les titulaire de l` exercice de l` autorité parentale pour les mineurs émancipes

- pour les mineurs ou les majeur protégés par la loi , le consentement est Donne` pas le représentant légal ne présent pas un risqué Prévisible sérieux et , dans les autres cas , par le représentant légal autorise par le conseil de famille ou le juge des tutelles;

- Le consentement du mineur ou du majeur protégé par la loi doit également être recherche lorsqu` il est apte a exprimer sa volonté, il ne peut être passé outre a son refus ou la révocation de son consentement “ l` art 1122-2 C.S.P.F

(2) د. جابر محبوب على - الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية ، المرجع السابق ، ص 38 .

يؤدي المرض العقلي، في بعض الأحيان إلى وضع المريض موضع الصغير غير المميز ومن ثم يعجزه عن التعبير عن إرادة مستنيرة واعية، وبذلك لا يكون لرضائه أية قيمة قانونية، لأنه لا يملك القدرة على كشف وتمييز طبيعة الأفعال التي يرضى بها، ومن ثم يتعين الحصول على موافقة الممثل القانوني بالنسبة للتجربة العلاجية، أما غير العلاجية فلا يجوز إجراؤها، ولا عبرة بموافقة الممثل القانوني في هذا الصدد⁽¹⁾.

ولقد أثرت مشكلة ترى بجواز إخضاع المجنون للتجارب الطبية في غالبية التشريعات، كما هو الشأن بالنسبة للقاصر غير المميز، فقد نصت المادة 43 من قانون أخلاقيات مهنة الطب في فرنسا على أنه يتعين الحصول على رضا عديم الأهلية أو من يمثله شرعاً في حالة إجراء الطبيب تجربة علاجية، أما في غير ذلك فيبدو أن المشرع الفرنسي كما هو الشأن في القانون المصري لا يجيزها⁽²⁾.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية، فقد أقرت هيئة الغذاء والدواء F_D_A الأمريكية ضرورة الحصول على رضاه الممثل القانوني للمعوق أو المريض العقلي، بالنسبة للعلاج التجريبي فإذا لم يكن هناك من يمثله قانوناً، فلا يجوز إخضاعه لهذا النوع من العلاج، وإذا رفض المريض الخضوع للتجربة العلاجية، تعين احترام إرادته، ولا يجوز إجباره على ذلك حتى ولو وافق من يمثله قانوناً⁽³⁾.

أما بالنسبة للتجارب العلمية فقد سمح التشريع الأمريكي بذلك، لكن مع التقييد ببعض الشروط الدقيقة، ومن أهمها أنه يتعين أن يرد البحث على مرض عقلي ويبنى على ذلك أن الرجل السليم لا يمكن أن يستعمل محل المجنون⁽⁴⁾.

ثالثاً : المرأة الحامل والجنين:

(1) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق ، ص 91 .
(2) د. محمد عبد الغريب - نفس المرجع، ص 91.
(3) د. مصطفى عبد الحميد عدوي - المرجع السابق ، ص 121 .
(4) د. مصطفى عبد الحميد عدوي - نفس المرجع ، ص 121 .

تثير التجارب الطبية والعلمية على النساء الحوامل، وعلى الأجنة خاصة مشاكل دينية وأخلاقية وقانونية فائقة التعقيد، فإذا كانت التجارب على النساء الحوامل مفروضة بحكم ضرورات التطور الطبي في مجال الإنجاب والتوليد، إلا أن التجارب على الأجنة أثارت الكثير من الجدل في الدول الغربية بين أهل الطب ورجال الدين والقانون، بسبب ارتباط هذه التجارب بالإجهاض، وبالتالي حقوق الجنين.⁽¹⁾

فبالنسبة للتجارب على النساء الحوامل فقد أجازتها مختلف التشريعات بشرط ضمان سلامة الكيان الجسدي للمرأة وطفلها، ففي هذا الصدد أشارت المادة 4-L209 من قانون الصحة الفرنسي إلى شرعية التجارب غير العلاجية على المرأة الحامل أو النفساء أو المرضعة مع ضرورة التزام الشروط التالية :

- عدم اشتغالها على أي مخاطر جدية محتملة للأم أو للجنين .

- ضرورتها لفهم ظاهرة الحمل والولادة والإرضاع .

- استحالة إجراء هذه التجارب بطرق أخرى⁽²⁾ .

أما بالنسبة للتجارب العلاجية على الحوامل، فلم ينص عليها التشريع الفرنسي، إلا أنها مباحة من باب أولى على هذه الطائفة وتخضع في تنفيذها للشروط العامة لإجراء التجارب. حيث يلتزم الطبيب بتوفير الرعاية اللازمة، وضمان السلامة البدنية للأم وللجنين معاً .

أما فيما يخص الجنين، فقد أثارت التجارب الطبية والعلمية عليه مشاكل أخلاقية فائقة التعقيد والسؤال الذي يطرح في هذا المقام هو معرفة ما إذا كان الجنين كائناً بشرياً، وبالتالي يعد شخصاً من الناحية القانونية، أو أنه مجرد نتاج حمل، لا يكتسب هذه الصفة إلا منذ اللحظة

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 814 .

(2) "les recherches -sans benefice individuel direct- sur les femmes enceintes ou qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risqué prvisible pour la santé de la femme ou de l'enfant et si elles sont utiles a la connaissance des phénomènes lies a la grossesse ou a l'allaitement." l'art-209-4 C.S.P.F.

التي يولد فيها، وهي لحظة الميلاد⁽¹⁾، وما إذا كان من الممكن إجراء التجارب الطبية أو العلمية عليه أم لا ؟

أ- الطبيعة القانونية للجنين :

في غياب نصوص قانونية محددة يمكن التردد حول الطبيعة القانونية للجنين بين اتجاهين فإما أن يعتبر الجنين شخصية قانونية يتمتع بكافة الحقوق ومنها الحق في الحياة والسلامة البدنية وإما أن يعتبر هو ذاته محلاً للحق أي شيئاً يقع عليه الحق الذي هو حق الأم على مكونات جسدها⁽²⁾، والكلام عن الطبيعة القانونية للجنين، اختلفت فيه الآراء، وتعددت الاتجاهات وهناك اتجاه يعطى للجنين الشخصية القانونية، واتجاه ثاني يعتبر الجنين محل لحق ملكية، ويتعين من ثم أن يوكل أمر التعامل فيه إلى ممثلين قانونيين، الأمر الذي يفيد أن ثمة سلطات يملكها الأب في هذا الصدد.

ب- التجارب على الجنين :

إن المشكلة التي تثار بالنسبة للجنين تتمثل في معرفة ما إذا كان من الممكن إجراء تجارب طبية أو علمية عليه أم لا ؟ فإذا كان في نظر القانون كائن إنسانياً إلا أنه غير قادر على الموافقة فهل في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى أحكام القانون المدني، وتطبيق الأحكام الخاصة بالقاصر والبالغ غير القادر على التمييز؟ وإذا لم يكن كائناً إنسانياً، بل مجرد نتاج حمل، فهل الرضاء الصادر من الأم يكون كافياً حينئذ ؟

فمن جهة، يرى الأطباء أن التجارب على الأجنة ضرورية من الناحية الطبية للوقوف على الكثير من الأمراض التي تصيب الأطفال بعد الولادة، على اعتبار أن نصف الوفيات الطفولية مرتبطة بهذه المرحلة من عمر الكائن، وللوقوف على أسباب هذه الأمراض، يتطلب

(1) د. محمد عيد الغريب - المرجع السابق ، ص 88 .
(2) د. أحمد شرف الدين - هندسة الانجاب والوراثة ، في ضوء الأخلاق والشرائع ، المكتبة الأكاديمية ، 2001 ، ص 80 .

الأمر دراسة الموضوع في مرحلة أولى وهو التجريب على الجنين⁽¹⁾، كما يشير هؤلاء إلى أنه لا يمكن فهم طبيعة الكثير من الأمراض بدون الدراسات المعمقة على الأجنة.

ومن جهة أخرى، يرى رجال الدين أن التجريب على الجنين فيه اعتداء صارخ على حقوق هذا الأخير، وقد ثارت هذه المشكلة في فرنسا لمعرفة ما إذا كانت التجربة على الجنين تعد نتيجة حتمية ومبررة في ضوء تشريع الإجهاض، وكيف يصير استلزام الرضاء في هذا النوع من التجارب لكن التشريع الفرنسي لم ينص على ذلك بما في ذلك قانون المهنة الطبية الجديد⁽²⁾.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن أغلب الولايات تشترط لإجراء التجربة على الجنين أن يكون هدفها الحفاظ على حياة الجنين أو حمايته من خطر مؤكد، وألا توجد وسيلة أخرى متاحة للعلاج، بالإضافة إلى سبق إجراء التجربة على حيوانات التجارب .

والأصل هو ضرورة الحصول على رضاء متبصر من الوالدين لأنهما الممثلان للجنين وأن يكون هذا الرضاء مكتوباً⁽³⁾، ومع ذلك تكتفى بعض التشريعات الأمريكية برضاء الأم، إذا كان الحمل ناجماً عن اغتصاب⁽⁴⁾

ويجوز إجراء التجارب على الأجنة غير الحية، ومع ذلك تحظر تشريعات بعض الولايات الأمريكية بيع الأجنة غير الحية، الناجمة عن عمليات الإجهاض المتعمد، وذلك بقصد التجريب⁽⁵⁾.

والواقع أنه إذا كان المبدأ هو أن الحق في حرمة الكيان المادي للإنسان مرتبط بشخص صاحبه، فإن ذلك يقتضي بالضرورة ألا يكون ممكناً المساس بجسد هذا الإنسان إلا بناءً على موافقة صريحة من صاحب هذا الحق، أما إذا تعلق الأمر بجنين فإنه لا يتصور صدور رضاء عنه يرتب أثراً في مجال التجارب الطبية والعلمية، أما بالنسبة لرضاء المرأة الحامل على إجراء التجربة

(1) د. مأمون عبد الكريم - المرجع السابق، ص 811 .

(2) د. مأمون عبد الكريم - نفس المرجع، ص 812.

(3) د. نزيه محمد الصادق المهدي - في مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة، المرجع السابق، ص 69.

(4) د. مصطفى عبد الحميد عدوي - المرجع السابق، ص 119 .

(5) د. مصطفى عبد الحميد عدوي - نفس المرجع، ص 119 .

على الجنين فهو عديم الأثر، ذلك أن الحامل ليست هي الخاضعة للتجربة لكي يمكن البحث في أثر رضاها، ولذلك فإنه ليس لرضاها أية صفة⁽¹⁾.

وليس من شك في أن إعمال هذا الحكم، يفترض أن التجربة غير علاجية، أما إذا كانت علاجية، فللجنين مصلحة مباشرة في إجرائها، وأن رضا المرأة الحامل يكون وحده كافياً في مثل هذه الحال.

ومن جهتنا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من التجريب على الجنين سواء بهدف العلاج أو بهدف البحث العلمي ولكن بشرط أن يكون هذا التدخل ليس فيه ما يضر بمستقبل هذا الجنين وبصحة الأم، كذلك لا يؤدي إلى الإجهاض، ولا يمكن التدخل التجريبي على الجنين إلا بعد الموافقة الحرة و المستنيرة للأم، ومن المستحسن أن تكون موافقة الزوجين معاً.

وفي جميع الحالات وأياً كان الوضع لا يجوز استخدام الجنين في تجارب أو أبحاث لأغراض تجارية أو صناعية، وهو ما يتفق مع القواعد العامة في التقنين المدني التي تخرج الجسد الإنساني خارج دائرة التعامل التجاري بما يتضمنه ذلك من حظر استخدام عوامل الميلاد والإنجاب لاستخدام الجنين والمولود في أغراض تجارية⁽²⁾.

رابعاً : التجارب على جثث الموتى :

قبل الكلام عن التجارب الطبية على جثث الموتى، يجب أن ننبه براءة، أن التثبت من موت الخاضع للتجربة هو من الأمور الهامة في مجال التعامل في جثث الموتى، خاصة التصرف فيها عن طريق التجربة، وقد استقر الطب الحديث على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية؛ والكلام في هذا الموضوع طويل⁽³⁾، وما يهمنا نحن هو البحث في مدى مشروعية التصرف في الجثة عن طريق التجارب العلمية؟ وضوابط مشروعيتها خاصة موضوع الرضاء في مجال التجارب على جثث الموتى؟

(1) د. محمد عبد الغريب - المرجع السابق، ص 96 .

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي - في مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة، المرجع السابق، ص 69.

(3) لمعرفة معيار تحقق الوفاة بالنسبة للأطباء و الفقه الإسلامي راجع د. علي محمد علي أحمد - معيار تحقق الوفاة - الموت الرحيم- الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 48 وما بعدها.

في بداية الأمر كان المشرع الفرنسي يعتنق مبدأ عدم مشروعية المساس بجثة المتوفي، إلا أنه مع التطور في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أخذ المشرع التوسع في كل الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ، حيث تمت إباحة الكثير من التصرفات الماسة بجثة المتوفي ففي أكتوبر 1947 صدر قرار وزير الصحة الفرنسي، يجيز لرئيس القسم للمستشفيات التي يصدر قرار فوراً - دون انتظار موافقة أحد - تشريح الجثث أو استئصال أجزاء منها، متى ما تراءى له، أن هناك مصلحة علمية أو علاجية تجيز ذلك .

وجاء بعده قانون الصحة العامة الفرنسي الجديد، لينظم مسألة نقل الأعضاء من الموتى وذلك من المادة (7/671) إلى المادة (11/671) فقد نصت المادة (7/671) على أن " النقل لا يتم إلا لأغراض علاجية أو علمية، وبعد التحقق من الوفاة يتم النقل ما دام أن الشخص المعني لم يعرف عنه أثناء حياته رفضه للتبرع بأعضائه"⁽¹⁾، فالسكوت هنا يفيد الإذن في النقل كما أن رفض التبرع بالأعضاء بعد الوفاة يمكن التعبير عنه من خلال تسجيل هذا الرفض في الدفتر أو السجل الوطني المعد لهذا الغرض ويمكن للشخص الرجوع فيه في أي وقت.

كما أضافت المادة السابقة أنه " إذا لم يتمكن الطبيب من التعرف على إرادة المتوفي مباشرة، فإنه يمكن أن يستعين في ذلك بشاهد من عائلته "

أما إذا كان المتوفي قاصراً أو بالغاً مشمولاً بنظام الحماية القانونية، فقد اشترطت المادة (9/681) موافقة المتوفي سواء مباشرة - أي قبل وفاته - أو بواسطة شاهد من العائلة، في حالة استئصال الأعضاء لأغراض علمية بخلاف تلك الحالات التي يقصد منها البحث عن أسباب الوفاة، فإذا كان المتوفي قاصراً فإن رضاه يمكن أن يعبر عنه بواسطة أحد أصحاب الولاية عليه.

أما التشريعات العربية، فيمكن القول، أن معظمها تبيح التصرف في الجثة، لكن ما يمكن ملاحظته أنها تناولت مسألة نزع أعضاء الموتى لنقلها إلى الأحياء، ولم تتناول مسألة التجارب

(1) د.حبيبة سيف سالم الشامسي - المرجع السابق، ص 282

الطبية عليها صراحة، إلا أنه يمكن ملاحظة أن المشرع المصري تناول مسألة التجارب الطبية على جثث الموتى صراحة، وذلك في المادة 26 من القانون 130 لسنة 1946 والخاص بالمواليد والوفيات والتي تنص على " يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ بها لأغراض علمية، وذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي."

وهذا النص واضح في جواز المساس بالجثة لأغراض تتعلق بالمصلحة العلمية أو لإجراء تجارب عليها، حيث أجاز تسليم الجثة للجهات العلمية والجامعات لاستعمالها في أغراض علمية، بعد موافقة أهل الميت بعد تشريح الجثة⁽¹⁾.

ويمكن استخلاص شروط التصرف في الجثة للغرض العلمي كالآتي:

بالنسبة لرضاء الميت: فلا بد أن يكون رضاء حرا وصريحا من الخاضع للتجربة قبل وفاته فلا يعتد بالرضاء الصادر منه إذا تعرض لأي إكراه، أو ضغط أيا كان نوعه، كالوعد بمبلغ من النقود أو الحصول على ميزة معينة مقابل تنازله عن أحد أعضائه بعد موته.

أي أنه لا بد من التزول على رغبة المتوفي، إذا ما قام بالإيضاء بالتصرف في جثته، أما في حالة عدم الإيضاء، فإنه يجوز المساس بالجثة، وذلك بناء على طلب إحدى الجهات العلمية وذلك شريطة موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي، ويمكن الاستغناء عن الرضا في حالة تشريح جثة لم يتعرف على أهل لها.⁽²⁾

وخلاصة القول أنه في إطار التشريع الوضعي، يجوز المساس بالجثة في حالة إيضاء المتوفي بها للمعاهد والأبحاث العلمية، أو موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي، مع الإشارة إلى أنه يجب احترام الجثة، وعدم التنكيل بها، وإصلاحها بعد التصرف فيها، وهذا ما شددت عليه المادة (11 / 271) من قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث أوجبت على الأطباء

(1) د. أسامة السيد عبد السميع - مدى مشروعية التصرف في جسم الأدمي، في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1998، ص 259 .

(2) د. عبد المطلب عبد الرزاق - مدى مشروعية الانتفاع بأعضاء الأدمي حيا وميتا في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر العربي، 2005، ص 43

الذي يجرون عمليات الاستئصال من جثث شخص متوفي، أن يقوموا بترميم وإصلاح الجثة بعد نزع العضو منها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الشروط الشكلية في مجال التجارب الطبية

إذا كان الرضاء بالأعمال العلاجية لا تشترط فيه شكلية خاصة، حيث أنه من الممكن أن يكون شفويًا، بل ليست هناك ما يمنع من أن يكون ضمناً⁽²⁾. يستخلص من اتخاذ المريض موقف يدل بصورة مؤكدة على رضائه بالعمل الطبي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية، فخطورة هذه الأعمال تستدعي التزام مزيد من الحذر في شأن استخلاص الرضاء بها.

إن معظم التشريعات تشترط أن تصدر موافقة الشخص على الخضوع للتجارب الطبية في شكل مكتوب، وذلك تطبيقاً لتوصيات إعلان هلسنكي في هذا المجال⁽³⁾.

من هذه التشريعات، قانون الصحة العامة الفرنسي، الذي نص على ذلك صراحة في مادته 209-9L التي أوجبت أن يصدر الرضاء في شكل كتابي، وفي حالة تعذر ذلك يكون الرضاء بإقرار من الغير، بشرط ألا يكون هذا الأخير ذو صلة بالقائم بالتجربة أو بالمشرف عليها⁽⁴⁾.

ولا شك أن اشتراط إفراغ الرضاء في سند كتابي، يضمن للشخص الخاضع للتجربة الحد الأدنى اللازم لحمايته، وهو إخطاره بطبيعة العمل المراد إجرائه عليه، كما أن اشتراط الكتابة في الرضاء فيها تذكير للقائم بالتجربة بأهمية التدخل الطبي في هذا المجال،

(1) د. حبيبة سيف سالم الشامسي - المرجع السابق، ص 282.

(2) د. جابر محبوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 365.

(3) para 9, Bas Principal, déclaration d' Helsinki, 1975.

(4) "Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers, ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateurs et du promoteur" l'art 209-9 c.s.p.f.

وخطورته على سلامة الأشخاص، وهو ما يحول دون قيام هذا الأخير بإجراء التجارب إلا بعد التأكد من موافقة الشخص الخاضع لها .

ويجب التنبيه إلى أن حق الشخص الخاضع للتجربة في الموافقة، لا يقتصر على منحه قبل إجراء التجربة، بل يجب أن يبقى هذا الأخير موافقاً على إجراء التجربة إلى آخر مرحلة من مراحلها، ويعني ذلك أن من حقه العدول عن رضائه في أية مرحلة من هذه المراحل دون أن يترتب عليه أية مسؤولية⁽¹⁾، وإذا كان الحصول على الرضاء المكتوب في هذا المجال دليلاً على موافقة الشخص، إلا أنه ليس دليلاً كافياً على حصول الخاضع للتجربة على الإعلام اللازم قبل موافقته .

ففي قضية Saskatchewan المشار إليها آنفاً⁽²⁾، لم يمنع حصول القائمين بالتجربة على الموافقة المكتوبة من الشخص الذي خضع لها من المتابعة القضائية على أثر نفي ذلك الشخص تلقيه المعلومات الكافية، بخصوص المخدر الذي تم تجريبه عليه، من ثم فإذا كان شرط الكتابة شرطاً ضرورياً، لصحة الرضاء في التشريعات التي اشترطت الشكلية في الحصول عليه، فإنه يجب أن يسبقه إعلاماً كافياً لكي يكون فعلاً رضاء متبصراً، وعلى القائم بالتجربة إثبات ذلك.

المطلب الثاني

الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية

إن الموافقة الحرة والمستنيرة على إجراء التجربة، بالرغم من أهميتها، واعتبارها الضابط الأساسي لإضفاء المشروعية على التجربة على الإنسان، إلا أنها ليست كافية وحدها لضمان صحة المريض أو الخاضع للتجربة، ولتفادي المخاطر التي قد تنتج عنها، ولذلك أوجب القانون مجموعة من الضوابط الموضوعية، والتي يتعين توافرها في ممارسة التجربة ذاتها أو القائم بها، تفادياً للمخاطر التي قد تنتج عنها، والوقاية منها، وتمثل هذه الضوابط فيما يلي :

(1) " il informe la personne dont le consentement est sollicité` de son droit de refuser de participer à`une recherche ou de retirer son consentement a` tout moment sans encourir aucune responsabilité` " l`art1122-1-2. C.S.P.F,

(2) راجع عناصر الرضاء الحر، ص 84 من الرسالة وما بعدها.

الفرع الأول

أن تكون فوائد التجربة أكبر من المخاطر المحتملة

من الخصائص المعقدة في البحث العلمي وتجاربه، خاصة في نطاق التجارب الطبية، أنه يتعذر وضع تنظيم تفصيلي للتحكم فيه، ويرجع السبب في ذلك أن الحالات التي يجري عليها البحث لا يمكن تحديد مضمونها ومشكلاتها مقدماً⁽¹⁾ وبذلك فقد ينتج عن هذه التجارب مخاطر قد تؤدي بالخاضع لها للتهلكة، ولذلك أشرت القانون لشرعية التجربة، أن تكون الأخطار المتوقعة بالنسبة للشخص الذي يخضع للتجربة مقبولة بالنظر إلى المنفعة المنتظرة منها، هذا المبدأ يقضي بضرورة تحقيق قدر معقول من التوازن بين نتائج التجربة وبين أعراض المرض وعواقبه، بحيث لا يقدم الطبيب على إجراء التجربة إذا كانت غير مؤكدة أو كانت تؤدي إلى الموت أو إلى العجز.⁽²⁾

والملاحظ أن المخاطر المسموح بقبولها في التجارب العلاجية أكبر منها في التجارب غير العلاجية وهو ما سوف نبينه فيما يلي :

أولاً : المخاطر المحتملة في مجال التجربة العلاجية :

في التجارب العلاجية تتم المقارنة بين الخطر الذي تتضمنه الطريقة الجديدة (مقارنة بمخاطر الطرق المعروفة) وبين الفائدة الشخصية (المحتملة أو غير المحتملة) التي تعود على المريض، ويمكن أن يدخل في المقارنة أيضاً الموازنة بين هذه الفائدة وبين عجز الطرق التقليدية عن تقديم العلاج الأمر الذي يسمح بقبول درجة أكبر من المخاطر.⁽³⁾

(1) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 96.

(2) د. خالد جمال حسن - إرادة المريض في العمل الطبي، بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الثاني، السنة العاشرة، 2008، ص 248.

راجع كذلك : د. رمزي فريد محمد مبروك - الاستنساخ البشري بين الشريعة والقانون، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 2001، ص 111.

(3) د. جابر محبوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 405.

وتعتبر هذه القاعدة، جوهرية وأساسية في نطاق البحث والتجارب الطبية، وتبدو صعوبة هذا الضابط في أن الالتزام به يحتاج إلى اتخاذ القرار السليم، وهو ما يختلف في كل حالة منها في الحالات الأخرى، فهو قرار يتعلق بحالة فردية معروضة على القائم بالتجربة. والواقع أنه من المؤلف في إطار التجربة العلاجية، قبول خطر كبير، لكن يتعين بدهاءة أن يظل متناسباً مع الفائدة المرجوة على وجه صحيح للشخص الخاضع للتجربة، ومن هنا يكون تحقيق التوازن بين قطبي المقارنة (المنفعة والمخاطر) أكثر يسراً، وتبقى المصلحة العامة التي يحققها البحث العلمي من هذا الفرض غير ذات وزن كبير في المقارنة، لأن الفرض هو تحقيق المصلحة الفردية أولاً⁽¹⁾.

وهنا تثار مشكلة التقدير التي تثار باستمرار في مجال الممارسة الطبية، عندما يمكن مواجهة كثير من أوجه العلاج لذات المرض، ويقع على عاتق الطبيب في هذه الحالة أن يختار أفضل الوسائل والطرق العلاجية المناسبة من الناحية الفنية .

وقد أكد إعلان طوكيو هذا المبدأ حيث نص على أنه، يتعين قبل إجراء التجربة، تقدير الأخطار والفوائد المحتملة تقديراً جدياً، سواء من أجل الخاضع للتجربة أو من أجل الآخرين ويتعين أن تتجاوز مصالح الخاضع للتجربة، مصالح العلم أو المجتمع.⁽²⁾

ورغم كل ما سبق، فإن الموازنة بين المخاطر والمنافع قد تبدو أحياناً ضماناً مستحيلاً أو ضماناً غير ذي فائدة، وذلك عندما تكون حالة المريض ميؤوساً منها، خاصة في حالة المرض المشرف على الموت، ففي هذه الحالة غالباً ما تكون التجربة مبرراً لقبول الأخطار المترتبة عنها مهما كانت النسبة التي تفوق بها عن الفوائد المرجوة، ففي هذه الحالة، تعتبر التجربة الأمل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، وبذلك تصبح قيمة التوازن بين المخاطر والفوائد منعدمة لكن هذا

(1) د.خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية ، المرجع السابق ، ص 99 .

(2) Lart n 5 , para 2 , déclaration de Tokyo ,

الفرض يمكن أن يطرح المشكلة من زاوية أخرى، وهي زاوية الرضاء المستنير؟ فهل يكون رضاء المريض في هذه الحالة رضاء كاملاً ومستنيراً؟ والحقيقة أن اليأس من الشفاء، يجعل المخاطر مهما عظمت قائمة في إطار المقبول على الأقل من الناحيتين الأخلاقية والعملية⁽¹⁾، ولا يبقى إلا الإرتكان إلى الثقة في القائمين على التجربة في استفتائهم للضوابط العلمية والعملية اللازمة للقيام بالتجربة.

ثانياً : المخاطر المحتملة في مجال التجربة غير العلاجية :

عندما يتعلق الأمر بتجربة غير علاجية، فإنه يجب استبعاد المنفعة الفردية أو الشخصية، وبذلك قد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الفرض غريباً بعض الشيء لأنه قد يصطدم بالمبادئ التقليدية في حرمة وعصمة جسم الإنسان.

وبذلك يبدو منطقياً من الناحية العلمية في إطار التجربة غير العلاجية أنه يتعين أن يكون الخطر منتفياً، أي منعدماً بالنسبة للخاضع للتجربة، أيا كانت مصلحة البحث للطب وللمجتمع⁽²⁾، لأنه في هذه الأحوال، يوجد أيضاً خطر غير متوقع يمكن ألا يكون مغتفراً.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الفرض عندما نصت المادة L209/14 من قانون الصحة الفرنسي، على أن التجارب التي يتم إجرائها دون فائدة شخصية مباشرة، لا يجوز أن تحمل أي خطورة متوقعة وجادة بالنسبة لصحة الأشخاص الذين يخضعون لها، ويجب أن يسبقها فحص طبي للأشخاص المعنيين، ويجب إخطارهم بنتيجة هذا الفحص بواسطة طبيب يختارونه، ومعنى ذلك في الفقرة الأولى من المادة المشار إليها، أن التجربة التي تجرى على شخص ليس له فيها مصلحة شخصية مباشرة، لا تجوز إلا إذا كانت المخاطر محدودة وضيئلة في مقابل توافر مصلحة عامة في البحث العلمي، ثم جاءت المادة L209/17 وأضافت قيذا آخر على قدر من

(1) د. خالد حمدي عبد الرحمن - نفس المرجع، ص 102 .
(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 406.

الأهمية، هو أنها حظرت أن يخضع الشخص لأكثر من تجربة دون مصلحة شخصية مباشرة، وأن كل بروتوكول يتم إعداده لمثل هذه التجارب، يتضمن المدة التي يحظر خلالها تعرض الشخص لتجربة أخرى .

والجدير بالملاحظة أنه بالنسبة لفكرة الخطر، كما هو الشأن بالنسبة لفكرة المنفعة، لا يجب أن يكون المقصود بها المعنى الضيق للخطر الجسماني، بل يتعين أن يأخذ في الاعتبار نتائج التجربة النفسية والعاطفية، وكذلك الاجتماعية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

كفاءة الطبيب العلمية

يتعين أن يكون القائم على التجربة الطبية أو العلمية على المريض طبيياً ذا كفاءة علمية وخبرة عملية في إجرائها، فلا يجوز أن يقوم بالتجربة طالب في كلية الطب، أو طبيب مبتدئ لا يحوز الكفاءة اللازمة لمباشرتها، وإلا كان مسؤولاً جنائياً ومدنياً عن مساسه بجسم المريض دون مراعاته لشرط الكفاءة (بنوعيتها علمياً وعملياً) الذي يؤهله لحسن الاضطلاع بإجراء هذه التجربة⁽²⁾.

ويتعين أن يتوافر هذا الشرط في جميع أفراد فريق البحث العلمي، أو الطاقم الطبي - حال تعددهم - وسواء كانوا جميعاً من الوطنيين أو كان بعضهم من الأجانب⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة ليون الفرنسية بمسؤولية طالب بكلية الطب قام بإجراء تجربة علمية تحت إشراف أحد الأطباء، لصبي في العاشرة من عمره كان مصاباً بقراع، لافتقاره إلى الكفاءة العلمية والعملية المؤهلة لمباشرة مثل هذه التجربة، حتى مع سلامة القصد في إجراء

(1) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 102 .

(2) د. خالد جمال حسن - المرجع السابق، ص 248 .

(3) د. خالد حمدي عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 92 .

هذه التجربة، واقتصاره كما يدعى على مجرد قصد شفاء المريض، دون استهداف قصد آخر غيره كمصلحة علمية عامة أو تحقيق مطمع بحثي خاص لدى القائم بالتجربة⁽¹⁾.

وقد عرف القرشي الطبيب بأنه العارف بتركيب البدن وجراح الأعضاء والأمراض الحادثة فيها وأسبابها وأعراضها وعلاماتها والأدوية النافعة فيها، والأعتياض عما لم يوجد منها والوجد في استخراجها وطريق مداواتها ومن لم يكن كذلك فلا يجعل مداواة المرضى، ولا يجوز له الإقدام على علاج يخاطر فيه ولا يتعرض لما لا علم له فيه⁽²⁾، ويتعين توافر بعض الشروط للقول بإباحة عمل الطبيب وهي كما يلي :

1- صفة المعالج : يشترط فيمن يشخصون المرضى، ويصفون الدواء أو يقومون بالجراحة، أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة وتعرفة⁽³⁾.

2_ التزاهة واللياقة: يجب أن يلتزم الطبيب اللياقة والتزاهة في تعامله مع مرضاه أو الخاضعين للتجارب الطبية، ومن مظاهر هذا الواجب التزام الطبيب أن يسوي بين مرضاه في الرعاية ولا يميز بينهم بسبب مركزهم الأدبي أو الاجتماعي أو شعوره الشخصي نحوهم، بل يجب عليه أن يقدم المساعدة في جميع الظروف، وأن يلتزم موقفاً لائقاً واعياً تجاه أي شخص يعالجه أو يقوم بالتجريب عليه⁽⁴⁾.

3- إتباع أصول الصنعة : يجب أن تكون أعمال الطبيب أو الجراح موافقة للقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب، ويجوز للطبيب ان يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل لو خالف بعض آراء زملائه، متى كان رأيه يقوم على أساس سليم، وأن يكون الطبيب حاذقاً يعطي المهنة حقها فيحتاط في عمله، ويبدل العناية المعتادة في أمثاله في التشخيص والعلاج⁽⁵⁾.

(1) Lyon 15 Decembre 1859- D- 1859- III – 87 .

مشار إليه لدى د. خالد حمدي عبد الرحمان – نفس المرجع، ص93.

(2) د. علاء علي حسين نصر – المرجع السابق، ص 91.

(3) ابن القيم الجوزية – زاد المعاد في هدى خير العباد، دار الريان للتراث، ط1، 1407هـ، 1987، ج3، ص 106 .

(4) د. جابر محجوب علي – قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها أساس إلزامها ونطاقها، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الثانية، 2001، ص38.

(5) د. جابر محجوب علي – نفس المرجع، ص39.

وسوف نحاول شرح هذا الشرط بشيء من التفصيل في الفرع الثالث باعتباره أحد الضوابط الموضوعية، التي يجب توافرها في التجربة الطبية على جسم الإنسان .

الفرع الثالث

مراعاة المتطلبات العلمية

تقوم التجربة الطبيعية على مفترض مبدئي هو مفترض البحث العلمي، فالتجربة بحث هادف علميا يسعى إلى الكشف عن جديد في العلوم الطبية، لذلك كان الشرط الأول والمبدئي هو المفهوم والمقتضى العلمي للتجربة، ويترتب على ذلك أن يكون القائم على التجربة أو الباحث على قدر وافر من الكفاءة العلمية بمعنى أن يكون على علم بآخر ما توصل إليه العلم من بحوث في مجال التجربة التي يقوم بها، وهو ما يلتقي بالمبادئ العامة في المسؤولية الطبية، والمتمثلة في التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة على حد تعبير محكمة النقض المصرية، وهي تلك التي تقتضي " من الطبيب " أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب" (1) أو هي بحسب حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1936/5/20 " العناية الوجدانية اليقظة الموافقة في غير الظروف الاستثنائية للمعطيات العلمية المكتسبة" (2) وإن كان البعض يفضل أن يكون التزام الطبيب مطابقاً للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة، لما تتضمنه هذه الصيغة من مفهوم مرن للعلم الذي يجب أن يلم به الطبيب.

وقد نصت كذلك على هذا المعنى السابق المادة L209/2 من قانون الصحة العامة الفرنسي والتي نصت على أن أية بحوث لا يجوز إجرائها على الإنسان إلا إذا تأسست على أحدث المعارف العلمية واستنادا إلى تجارب إكلينيكية كافية .

(1) نقض مدني مصري، 1971/12/21، السنة 22، رقم 179، ص 85 .
مشار إليه لدى د. السيد محمد السيد عمران - التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992، ص 8
(2) نقض مدني فرنسي، 1936/05/20، مشار إليه كذلك لدى د. السيد محمد السيد عمران ، نفس المرجع ، ص 8.

كذلك يقتضي هذا المبدأ أن يكون الغرض من التجربة هو مصلحة المريض، وتطوير العلاج الخاص بمشكلة مرضية معينة ، كما يجب الالتزام بالقواعد الأساسية من حيث التصميم الجيد للبحث وحماية سرية المشاركين و العدل في معاملة المشاركين و اعتبارات الأخطار والمزايا ومراقبة جميع المعلومات، بالإضافة إلى الإقرار الحر⁽¹⁾، كذلك يجب أن يكون قد سبق وتم التجريب بشكل كاف على حيوانات التجارب أو بدائلها - كلما أمكن ذلك - بحيث يكون قد ثبت احتمال حدوث تأثير على الآدميين أو قابلية الوصول إلى علاج معين يؤدي إلى نتائج أكثر دقة وفائدة من العلاج المتاح .

غير أن تحديد نطاق هذا الشرط الأخير، قد يثير بعض الجدل وذلك لأن الأمر لا يكون على نمط واحد في كافة التجارب الطبية، فمن السهل الحديث عن التطبيقات الإكلينيكية على الحيوانات بالنسبة لتجارب العقاقير والأدوية الطبية، أما في غير هذا النطاق من التجارب فإن الأمر يثير قدرًا من الصعوبة قد تعرقل النشاط والبحث العلمي، وقد تبني القانون الفرنسي اتجاهها يهدف إلى تشجيع البحث وبالتالي التجارب الطبية، ومن هنا كان تعبير المشرع الفرنسي مرناً عندما تطلب "أن تكون التجارب التطبيقية كافية".

“ Sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante,,⁽²⁾

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد تغاضى عن إشرط أن تكون التجارب السابقة على نحو معين، مكتفياً بصفة عامة أن تكون هناك تجارب تطبيقية كافية وهو إتجاه استهدف المشرع الفرنسي من ورائه عدم التشدد في القيود سعياً إلى التوسع في تشجيع التجارب العلمية والطبية.

كذلك يجب إتاحة هذا العلاج الناتج عن التجربة لأكبر عدد من أفراد المجتمع، وليس فقط تسويقه في مجتمعات أخرى مهما كانت الإجراءات المادية، ويتم تصميم البحث من جانب العلماء المؤهلين، بحيث يتبع القواعد العلمية السليمة بشأن اختيار العينة مثل حجمها ومواصفاتها الأخرى بحيث تؤدي إلى الوصول إلى دلالة إحصائية بدون تعريض الأشخاص

(1) د. أشرف فوزي يوسف - قواعد وأداب البحث العلمي في المجال الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1993، ص 27.
(2) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 93.

لمخاطر غير ضرورية، كذلك يجب تحقيق ما يوفر مصلحة المريض، مثل دقة اختيار معاونين والفنيين من المتخصصين في مجال البحث، وعدم استغلال أو سوء معاملة المريض⁽¹⁾.

الفرع الرابع

تعويض الأضرار الناتجة عن التجارب الطبية

لاشك أن التجارب الطبية تحقق مكاسب كبيرة على مستوى البحث العلمي وعلى مستوى الشفاء بالنسبة للمريض، ولكن ذلك لا يجوز أن يقودنا إلى إهمال جانب آخر يخص الخاضعين للتجارب وهو جانب تعويضهم عما قد يصيبهم من أضرار نتيجة التجربة، فهذه الأضرار تظل محتملة الحدوث رغم الالتزام بالضوابط العلمية والمادية والقانونية المختلفة التي سبق عرضها، ورغم ما يصاحب ذلك من إجراءات وقائية كثيرة⁽²⁾ وعلى ذلك جاء في التوجيهات الخاصة بالبحث العلمي في إعلان هلسنكي أنه في مجال الدراسات التجريبية التي لا تتم لأجل مصلحة المريض نفسه، يجب ضمان تعويض عادل في حالة وقوع أضرار مهما كانت طريقة تغطية المسؤولية المدنية الباحث⁽³⁾.

وإذا كان من البديهي أن نقرر مبدأ تعويض الخاضع للتجربة فإن السؤال يطرح بخصوص هذا التعويض، ومدى كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهل يمكن أن تختص التجارب بنظام متميز للمسؤولية المدنية؟

وهو ما سوف نحاول أن نتطرق إليه بشيء من التفصيل ضمن الفصل الثاني، الذي سوف نستعرض فيه المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية.

(1) د. أشرف فوزي يوسف - المرجع السابق، ص 28.

(2) T.Olivier - La recherche médical sur L'homme LGDJ 1990, P30.

(3) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 456.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية عن

التجارب الطبية

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية

شهد الطب خلال عقوده الأخيرة تطوراً كبيراً وتقدماً ملحوظاً، جعل البعض يقر بأن ما حدث من تطور وتقدم في هذا المجال خلال الخمسين عاماً الأخيرة، يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرن من عمر الطب.

ولا يزال الطب يأتي كل يوم بما هو جديد، بل ومبهر في كافة فروعِهِ وتخصصاته بحيث أصبح أهم ما يميز الطب الحديث، في نظر العامة هو الإيجابية والفعالية، تلك الفعالية التي جعلت الطب الحديث يتجاوز حدود مهمته الأصلية، التي هي الوقاية والعلاج من الأمراض ليشمل أيضاً تحقيق رغبات الإنسان في كثير من المجالات غير العلاجية، كما هو الحال مثلاً بشأن الإنجاب الاصطناعي ومنع الحمل وجراحات التجميل، وكذلك بالأخص التجارب الطبية⁽¹⁾.

غير أن الفعالية المتزايدة للطب الحديث، لم تكن لتخفي آثاره الضارة ومخاطره الملازمة لتطوره، والتي هي سنة كل تطور علمي في مجالات الحياة الإنسانية المختلفة، فتطور العلوم الطبية وتقدمها أصبح من لوازمه الخطورة والتعقيد.

وترتب على هذا التطور الطبي وما لازمه من مخاطر، زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية التي لا تهدف إلى علاج المرضى بل وأكثرها يسبب خطورة للخاضع لها ومن أهم هذه الأعمال التجارب الطبية وما نجم عنها من ظواهر علمية جديدة مثل عملية الاستنساخ. هذه الأعمال نتجت عنها زيادة ملحوظة في عدد دعاوى المسؤولية المرفوعة أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عما يترتب عنها من أضرار.

وإذا كانت مساءلة الأطباء عن أخطائهم قد قطعت شوطاً طويلاً قبل إقرارها من ناحية المبدأ في بداية القرن التاسع عشر⁽²⁾. فإنها اليوم ليست محل شك، فقد أصبح من الممكن مساءلة

(1) J. Penneau - la responsabilité du médecin, connaissance de droit, dalloz, 2ed, 1996, p. 1

(2) يذكر في الفقه الفرنسي عادة أن حكم محكمة Donfront في 1830/9/28، هو أول حكم قرر مبدأ المسؤولية الطبية، انظر في هذا الحكم د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص9.

الطبيب عن مجرد إهماله شأنه في ذلك شأن كثير من الأشخاص⁽¹⁾. وأصبحت تقام المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني.

لكن إذا نظرنا في طبيعة الأعمال التي يقوم بها الأطباء أثناء التجريب أو الباحثين لوجدناها تختلف عن الأعمال الطبية الأخرى العلاجية والجراحية، مما جعلها تكتسب خصوصية واضحة سواء من ناحية الضوابط كما سبق وأن رأينا، أو من ناحية تناول القضاء والفقهاء لهذه المسألة، هذا الاختلاف يثير التساؤل التالي:

- هل تخضع التجارب الطبية للقواعد العامة في المسؤولية الطبية، أم أن لها خصوصية تستوجب إخضاعها لقواعد خاصة؟ وما هي هذه القواعد الخاصة؟

وهو ما ستعالجه في المباحث الثلاث التالية، حيث نتناول في المبحث الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية، وفي المبحث الثاني الخطأ الطبي في مجال التجارب الطبية وفي المبحث الثالث علاقة السببية بين المفهوم التقليدي ومفهوم التعويض عن تفويت الفرصة.

(1) د. محمد حسن قاسم - إثبات الخطأ في المجال الطبي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2006، ص3.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية

تمهيد:

المسؤولية المدنية بصفة عامة هي نظام يهدف إلى جبر الضرر الذي يحدث للشخص نتيجة فعل ارتكبه شخص آخر، هدفها مجرد إزالة أثر الفعل الضار عن طريق التعويض دون أن تهدف إلى زجر وعقاب مرتكبه. ولهذا فهي مسؤولية مدنية وليست جزائية⁽¹⁾، وقد ذهب الفقه والقضاء إلى التمييز بين نوعين من المسؤولية المدنية، الأولى: "مسؤولية عقدية" تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي أي التزام مصدره العقد، فهي تفترض ارتباط كل من المضرور والمسؤول بعقد سابق مبرم قبل حصول الضرر، والثانية "مسؤولية تقصيرية" لا تترتب على الإخلال بالتزام عقدي وإنما تترتب على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الإلتزام بعدم الأضرار بالغير⁽²⁾. ويرتب على هذا التمييز عدة آثار تتمثل في الوجوه التالية:

- في المسؤولية العقدية يشترط توافر أهلية الآداء (أهلية الرشد) في أكثر العقود، أما في المسؤولية التقصيرية فيكفي مجرد التمييز⁽³⁾.
- من حيث مدى التعويض، لا يشمل التعويض في المسؤولية العقدية إلا الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، إلا إذا وقع من المدين غش أو خطأ جسيم⁽⁴⁾، أما في المسؤولية التقصيرية فالمدين يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع دائماً.
- من حيث الإعدار فإن المطالبة بالتعويض في المسؤولية العقدية يجب أن يسبقها إعدار المدين. أما في المسؤولية التقصيرية فلا يشترط ذلك، لأن التعويض يفرض بقوة القانون أما من حيث عبء الإثبات فإن إثبات المسؤولية العقدية أيسر من إثبات المسؤولية التقصيرية لأن خطأ المدين في المسؤولية العقدية مفترض، ويقع على الدائن الذي يدعى

(1) د. علي نجيدة - النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام، القاهرة، دار الثقافة العربية، الطبعة الثانية، دت، ص338.
(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2004، ص618.
(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - نفس المرجع، ص619.
(4) د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام (مع تطبيق نظريتي الإلتزام و المسؤولية المدنية في مجال الملكية الفكرية)، دن، 2008، ص302.

عدم التنفيذ إثبات العقد مصدر الالتزام والمدين لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي نشأ عنه استحالة التنفيذ⁽¹⁾، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم على الخطأ واجب الإثبات، فالخطأ هنا غير مفترض بل يكلف الدائن بإثباته في جانب المدين.

- من حيث الإعفاء الاتفاقي، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية في حين يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم.⁽²⁾

- من حيث التضامن، فإذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا متضامين في التزامهم بدفع التعويض⁽³⁾، أما في المسؤولية العقدية فلا تضامن إلا إذا اتفق على ذلك في العقد⁽⁴⁾.

- ومن حيث التقادم فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تتقادم الدعوى الناشئة عنها بثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وبالشخص المسؤول عنه، أو خمس عشرة سنة من تاريخ وقوع الفعل الضار، أو بتقادم الدعوى الجنائية إذا تجاوزت هذه مدة التقادم المدني⁽⁵⁾، أما في المسؤولية العقدية فتتقادم الدعوى بحسب الأصل بخمس عشرة سنة.

- ومن حيث الاختصاص القضائي، يقتصر الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية العقدية على المحاكم المدنية، في حين تختص إلى جانبها المحاكم الجنائية بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية⁽⁶⁾.

(1) د. محمود عبد الرحمن محمد - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2009، ص321.
(2) د. بسعيد جبر - مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الأولى، 2009، ص 355.
(3) د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 32.
(4) المادة 217 من القانون المدني الجزائري.
(5) د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام مع التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية، دن، 2009، ص303.
(6) د. سليمان مرقس - أصول الالتزامات، الجزء الأول في مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1960، ص469.

ومن حيث مسألة الجمع أو الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فإذا توافرت في العمل الواحد شروط المسؤوليتين معاً، فهل يجوز الجمع أو الخيرة بينهما للمطالبة بالتعويض؟

يجمع شراح القانون المدني على عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، بمعنى أنه إذا توافرت في الفعل الواحد شروط كل منهما، فلا يستطيع المضرور أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية ويتقاضى تعويضاً، ثم يرفع دعوى المسؤولية التقصيرية ويتقاضى تعويضاً آخر، لأنه لا يجوز الجمع بين تعويضين عن ضرر واحد⁽¹⁾.

ولكن لا يوجد مثل هذا الإجماع الفقهي على جواز أو عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين فيذهب رأي في الفقه إلى أنه إذا توافرت شروط كل من المسؤوليتين كان للدائن أن يختار إحدهما ويرفع المسؤولية استناداً لهما، بينما يذهب رأي ثان في الفقه إلى أنه إذا توافرت شروطهما فإنه على الدائن أن يرجع على أساس دعوى المسؤولية العقدية وليست التقصيرية، لأن العلاقة الأصلية التي تربط بينه وبين المدين المسؤول هي علاقة تعاقدية أساسها العقد⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى نوعين: مسؤولية عقدية ناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي، ومسؤولية تقصيرية ناتجة عن الإخلال بالتزام أصلي مصدره القانون.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا المجال: هل مسؤولية الباحث أو الطبيب المحرب تقع تحت مسمى المسؤولية العقدية، أم المسؤولية التقصيرية؟

عرفنا سابقاً أن التجارب الطبية نوعان، تجارب علاجية يقوم بها الطبيب المعالج على المريض والهدف منها هو شفاء هذا الأخير في الحالات التي لا يمكن معالجته بالطرق التقليدية، أما الثانية فهي تجارب غير علاجية أو علمية الهدف منها ليس شفاء المريض وإنما هدفها الرئيسي هو البحث العلمي، وابتكار طرق جديدة لعلاج أمراض جديدة ليس لها علاج سابق، وعلى إثر هذا الاختلاف، سوف تختلف بدها الطريقة التي يتم التدخل التجريبي بها، وبذلك فمسؤولية الباحث أو الطبيب المحرب سوف تختلف من حالة إلى أخرى، ففي حالة وجود عقد بين

(1) د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص303 .

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي - نفس المرجع، ص304 .

الباحث أو الطبيب المحرب والخاضع للتجربة (سواء كان مريضاً أو سليماً)، وكان هذا الأخير هو الذي اختار المحرب وتمت هذه التجربة في مستشفى خاص أو أحد المراكز العلمية والبحثية الخاصة، فإن مسؤولية المحرب في هذه الحالة تكون عقدية، أما في حالة تدخل الطبيب المحرب من تلقاء نفسه (في التجربة العلاجية)، أو إذا كانت التجربة غير مشروعة، أو تمت التجربة في مستشفى حكومي فإن المسؤولية تكون تقصيرية.

لذلك سوف نعرض لطبيعة مسؤولية الباحث أو الطبيب المحرب من خلال مطلبين، يتناول الأول المسؤولية العقدية والثاني المسؤولية التقصيرية.

المطلب الأول

المسؤولية العقدية الناشئة عن التجارب الطبية

إن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا وجد عقد صحيح بين المضرور (الخاضع للتجربة) والمسؤول عن الضرر (الباحث أو الطبيب المحرب)، وكان هذا الضرر نتيجة إخلال الطبيب المحرب بالتزامه العقدي⁽¹⁾.

ويترتب على هذا القول بأن مسؤولية الباحث أو الطبيب المحرب تكون مسؤولية عقدية في حالة وجود عقد بينه وبين المريض. لكن السؤال الذي يطرح الآن: ما نوع هذا العقد؟ وما هي شروطه؟ وهل العقد الذي يربط الباحث أو الطبيب المحرب بالخاضع للتجربة هو نفسه العقد الذي يربط الطبيب أو الجراح بالمريض في الأعمال الطبية العادية؟

غالباً ما يرتبط المريض مع الطبيب في الأعمال الطبية العادية بعقد شفوي أي ينعقد العقد بمجرد قبول المريض للعلاج شفوياً، بل ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن مجرد فتح الطبيب أو الجراح لعيادته وتعليقه لافتة تدل على ذلك، فإنه يضع نفسه في موضع من يعرض للإيجاب وعندما يتوجه المريض لهذا الطبيب أو الجراح فهذا يدل على قبوله للإيجاب، وبالتالي

(1) د. محمود عبد الرحمن محمد - المرجع السابق، ص 325.

ينعقد العقد الطبي بينهما⁽¹⁾. كذلك يمكن للطبيب في مجال الأعمال الطبية العادية أن يكتفي بالرضاء الضمني للمريض، أو يمكن أن يستغنى عن رضائه كلية، إما لأن هناك ضرورة تفرض التدخل على وجه الاستعجال، وإما لأن المريض يرفض العلاج⁽²⁾.

أما في التجارب الطبية، فيجب أن يكون العقد مكتوباً وهو ما يستخلص من شروط الرضا في هذا المجال. حيث نصت المادة 3 من الجزء الثاني من إعلان هلسنكي⁽³⁾، على أن رضاء الخاضع للتجربة يجب أن يكون مكتوباً، وكذلك الفقه الفرنسي الذي كان يرى أن الكتابة تعد أمراً ضرورياً، وأن وجود الشهود يمكن أن يكون مفيداً أيضاً، ولم يتعد المشرع الفرنسي كثيراً عن هذا الحل فقد تطلب في المادة L209-9 من قانون الصحة العامة الفرنسي أن يصدر رضاء الشخص الخاضع للتجربة في الشكل المكتوب⁽⁴⁾. وهو ما نصت عليه كذلك المادة 56 من لائحة آداب المهنة في مصر رقم 238 لسنة 2003.

ويتفق الباحث أو الطبيب المحرب مع الطبيب العادي في أن مسؤوليتهما تكون عقدية لكن الطبيب العادي تكون مسؤوليته تقصيرية في حالة الضرورة والاستعجال، أما التجارب الطبية فلا تتوافر فيها حالة الضرورة والاستعجال وفي حالة ما إذا تعاقد الباحث أو الطبيب المحرب، فإن التزامه في العقد يختلف في حالتين: إذا كانت التجربة علاجية يكون التزامه بذل عناية، أي الالتزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض مقصود، وسواء تحقق هذا الغرض أم لا فإنه ملزم ببذل قدر معين من العناية، أما إذا كانت التجربة غير علاجية فيكون التزامه بتحقيق نتيجة، لأنه لا يتدخل لتحقيق مصلحة الخاضع لها⁽⁵⁾.

ومن منطلق هذه الفكرة يمكن القول أن الطبيب المحرب في التجربة العلاجية يكون مسؤولاً في حالة ما إذا أثبت المريض الخاضع للتجربة أن الضرر الذي لحق به هو نتيجة إخلال الطبيب بأحد الالتزامات المقررة في العقد الطبي، وذلك بأن أهمل أو انحرف عن الأصول والقواعد المهنية لعلم الطب، ولا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه

(1) شرين محمد القاعد- خصوصيات المسؤولية المدنية لجراح التجميل، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2009، ص48.

(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص346.

(3) L'article 3 de la declaration d'Helsinki: "le consentement doit être obtenu par écrit..."

(4) د. جابر محجوب علي - المرجع السابق، ص367.

(5) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص454.

لالتزامه كان راجعاً لسبب أجنبي، أما في التجربة العلمية (غير العلاجية) فلا يمكنه التخلص من المسؤولية عن أي ضرر، حتى لو كان التدخل الطبي قد تم وفقاً للأصول الفنية ولم يكن هناك ثمة خطأ يمكن أن ينسب إلى الطبيب المحرب.

كذلك يكون الطبيب المحرب مسؤولاً سواء وجد الأجر، أم كانت المعالجة على سبيل المجان، وذلك بسبب الزمالة أو المجاملة⁽¹⁾، وهذا الفرض لا يمكن تصوره إلا في حالة التجارب العلاجية. فليس معقولاً أن يقدم الخاضع أجراً للمحرب في التجارب العلمية فليست له أي مصلحة في ذلك، وإنما يمكن أن يكون العكس، أي المحرب هو الذي يعطي أجراً للخاضع للتجربة ولكي تكون مسؤولية الباحث أو الطبيب المحرب عقدية – سواء كان تدخله بغرض علاجي أم غير علاجي – بحيث إذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف أحدها تكون مسؤوليته تقصيرية، يجب توافر عدة شروط هي:

أولاً: أن يكون هناك عقد بين المريض أو الخاضع للتجربة والطبيب المحرب:

يجب أن يكون بين الخاضع للتجربة والطبيب المحرب أو الباحث عقد يتم فيه الاتفاق مسبقاً على الأعمال التي يقوم بها هذا الأخير. وبذلك فكل عمل يخرج عن إطار العقد أو إطار الأعمال التي تم الاتفاق عليها تكون مسؤولية الطبيب المحرب عنها مسؤولية تقصيرية، حتى ولو كان لهذه الأعمال الجديدة علاقة أو اتصال بينها وبين الأعمال الأولى التي تم الاتفاق عليها.

ومثال ذلك استعمال الطبيب المحرب النطف الفائضة عن عملية التلقيح الاصطناعي أو العلاج الطبي في أغراض علمية مثل الأبحاث الخاصة بالاستنساخ البشري دون علم أو موافقة صاحب النطف⁽²⁾.

ثانياً: أن يكون العقد الطبي التجريبي صحيحاً، وذلك بأن يكون مستوفياً كافة أركانه وشروط صحته:

(1) د. وفاء حلمي أبو جميل – الخطأ الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص24.
(2) د. نسرين سليمان منصور – مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء الاستنساخ على البشر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص84.

يكون العقد الطبي التحريبي صحيحاً، إذا استوفى جميع أركانه وشروطه، بحيث إذا تخلف أحد هذه الأركان أو الشروط يكون العقد باطلاً وتكون المسؤولية عنه مسؤولية تقصيرية، ومن أهم هذه الأركان ركن الرضا بحيث يجب أن يكون صريحاً ومتبصراً بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون مكتوباً كما رأينا سابقاً، فعدم رضاء الخاضع للتجربة يحول دون قيام العقد الطبي إلا أنه تجب الإشارة إلى أن الرضاء بالعقد والرضاء بالعمل الطبي التحريبي مسألتان منفصلتان تماماً فرضاء الخاضع للتجربة بالعمل الطبي التحريبي هو مسألة تتعلق بتنفيذ العقد ولا شأن لهما بوجود العقد ذاته⁽¹⁾.

كذلك تكون المسؤولية تقصيرية إذا كان الخاضع للتجربة في حالة تبعية للطبيب المحرب أو عندما يعطي رضائه تحت تأثير القهر أو الإكراه.

وحالة التبعية تنطبق على وجه الخصوص بالنسبة للأشخاص فاقدى الحرية، كأسرى الحرب، ونزلاء المصححات العقلية والعسكريين على سبيل المثال، فحالة التبعية التي يوجد فيها هؤلاء الأشخاص تدفعهم إلى قبول الاشتراك في التجارب طمعاً في الحصول على ميزة أو ربما لأن الأوامر قد صدرت إليهم بالقبول⁽²⁾.

وهناك طائفة أخرى تنطبق عليها كذلك حالة التبعية، وهي حالة المرضى والطلاب، فهذه الطائفة لا يكون العقد صحيحاً إلا إذا كان هذا البحث أو التجربة ينتظر منه فائدة مباشرة بالنسبة لصحتهم. أو إلى أبحاث أو تجارب لا ينتظر منها فائدة (التجارب العلمية) لكنه لا ينشأ عنها خطر كبير متوقع بالنسبة لصحتهم. وأن تكون مفيدة لأشخاص لهم نفس صفات الخاضعين للتجربة فيما يتعلق بالعمر والمرض أو العاهة وأن يكون من غير الممكن إجراؤها بطرق أخرى. وهو الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 6-220L من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽³⁾.

كذلك يجب أن يستند هذا العقد لسبب مشروع، وأن لا يكون مخالفاً للآداب كما لو كان الغرض من العقد إجراء تجربة طبية غير مشروعة وهو ما سوف نتطرق له لاحقاً.

ثالثاً: أن يكون المضرور هو الخاضع للتجربة :

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص483.

(2) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص350.

(3) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص355.

تكون المسؤولية تقصيرية إذا كان المضرور غير الخاضع للتجربة، سواء كانت هذه الأخيرة علاجية أو غير علاجية، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا كان المضرور مساعداً للطبيب المحرب أو أحد فريق البحث العلمي أو أحد الطلبة الذي يقوم الباحث أو الطبيب المحرب على الإشراف عليهم، فالمسؤولية في هذه الحالة تكون تقصيرية وليست عقدية، والسبب في ذلك هو عدم وجود عقد طبي أو تجريبي بين المساعد والطبيب المحرب⁽¹⁾.

رابعاً: أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب المحرب أو الباحث نتيجة لعدم تنفيذه لالتزاماته المترتبة أو الناشئة عن عقد التجريب (العلاجي أو غير العلاجي).

إذا كان الخطأ المنسوب إلى الطبيب المحرب لا يمت بأي صلة إلى الرابطة التعاقدية، فإن مسؤوليته تكون تقصيرية، ويسأل وفقاً لأحكام هذه المسؤولية⁽²⁾. أما الأخطاء التي تتعلق بالعقد التجريبي مثل التأخير في تنفيذ الالتزام العقدي أو التنفيذ المعيب للعقد أو حالة التنفيذ الجزئي ففي جميع هذه الحالات تكون المسؤولية عقدية للباحث أو الطبيب المحرب.

خامساً: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى ذلك العقد الطبي التجريبي:

وفي نطاق هذا الشرط لا بد من التفريق بين فرضين:

الفرض الأول:

إذا تم اختيار الطبيب المحرب من قبل المريض (في حالة التجارب العلاجية) أو الخاضع للتجربة (التجارب العلمية) أو من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً⁽³⁾، ولحق به ضرر نتيجة خطأ الطبيب المحرب، وقام الخاضع للتجربة برفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، فإنه يستند في إقامتها إلى أحكام المسؤولية العقدية، أما إذا توفى الخاضع للتجربة نتيجة خطأ الطبيب المحرب فدعوى المطالبة بالتعويض قد ترفع من الورثة، وقد ترفع من غير الورثة، ولكل حالة حكمها على النحو التالي:

(1) د. وفاء حلمي أبو جميل - المرجع السابق، ص 34.
(2) د. جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 37.
(3) النيابة جائزة في التجارب العلاجية فقط أما في التجارب غير العلاجية فهي مباحة فقط على القاصر المميز والراشد المحمي قانوناً، بشرط موافقة الممثل القانوني بعد إجازة مجلس العائلة، أو قاضي الأحداث، أنظر ص 100 من الرسالة وما بعدها.

الحالة الأولى: رفع دعوى المطالبة بالتعويض من قبل الورثة: إذا رفع دعوى المطالبة بالتعويض ورثة الخاضع للتجربة المتوفي، تطبق قواعد المسؤولية العقدية، لأن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف إلى الخلف العام لكل طرف من طرفي العقد في الحدود التي نص عليها القانون، كما هو الحال في أحكام المادتين (108) من القانون المدني الجزائري والمادة (145) من القانون المدني المصري.⁽¹⁾

وبناءً على ذلك، فإن الدعوى التي ترفع من قبل ورثة الخاضع للتجربة المتوفي تجاه الطبيب المحرب لمطالبته بالتعويض تكون عقدية، ما دامت تستند إلى تقصيره في تنفيذ التزام أوجبه العقد الذي أبرمه الطبيب المحرب مع مورثهم.

الحالة الثانية: رفع دعوى المطالبة بالتعويض من غير الورثة: لا يقتصر الحق في رفع دعوى التعويض على ورثة الخاضع للتجربة المتوفي، فقد ترفع الدعوى من غير الورثة، كأن ترفع من أقارب له أو ترفع من أجنب عنه، حيث يحق لهؤلاء الرجوع شخصياً على الطبيب المحرب الذي أحل بالتزامه العقدي، إذا أدى إخلاله إلى وفاة المريض الذي هو قريب لهم أو معيل لهم للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية - لفقد معيلهم - أو الأضرار المعنوية المتمثلة في الحزن والأسى عن فقد عزيز، وذلك وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، لأن من قام برفع الدعوى يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه الخاضع للتجربة المتوفي مع الطبيب المحرب⁽²⁾.

الفرض الثاني:

إذا كان الذي أبرم العقد التجريبي مع الطبيب المحرب غير الخاضع للتجربة، بالإضافة إلى أنه لا يمثله قانوناً، ولا اتفاقاً في إبرام العقد، وذلك مثل العقد الذي يبرمه زوج لزوجته لإخضاع هذه الأخيرة للتجارب الخاصة بتحسين الجنس أو اختيار جنس الجنين، أو تحسين النسل بيولوجياً، كذلك مثل العقد الذي يبرمه مدير السجن لإخضاع السجناء للتجارب أو

(1) د. سعيد جبر - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 362 و 363.
(2) د. حسين زكي الأبراشي - مسؤولية الأطباء والجراحين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1957، ص 82.

مدير مستشفى الأمراض العقلية لإخضاع المرضى عقلياً للتجارب، ففي هذا الفرض تلزم التفرقة بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إذا تعاقد ذلك الغير مع الطبيب المحرب باسمه الشخصي، مشروطاً حقاً مباشراً للخاضع للتجربة في أحكام العقد الطبي: ففي هذه الحالة تطبق قواعد وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في القانون المدني، ولا يمكن تطبيق هذه الأحكام إلا في حالة التجارب العلاجية، أما التجارب غير العلاجية فإنه من غير المنطقي أن نطبق عليها هذه الأحكام لأن هذه التجارب ليست فيها أي مصلحة للخاضع لها.

ويكون للمشترط في هذه الحالة (التجارب العلاجية) أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه وبالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية عند عدم التنفيذ⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا كان ذلك الغير قد تعاقد مع الطبيب المحرب باسم الخاضع للتجربة ولمصلحته: ففي هذه الحالة تطبق أحكام الفضالة المنصوص عليها في القانون المدني (الجزائري والمصري)، فإذا أجاز المريض ما قام به الفضولي تسرى أحكام الوكالة⁽²⁾، وتكون العلاقة بين الطبيب المحرب والخاضع للتجربة علاقة تعاقدية⁽³⁾، كذلك في هذه الحالة تستبعد التجارب غير العلاجية.

الحالة الثالثة: إذا كان الغير تعاقد مع الطبيب المحرب باسمه الشخصي، ولتحقيق مصلحته الشخصية، دون أن يقصد بهذا التعاقد ترتيب حق مباشر للمريض من ذلك العقد الطبي التجريبي وهذه الحالة يمكن أن تطبق في حالة تعاقد مدير السجن مع طبيب محرب ليخضع المساجين لتجارب طبية غير علاجية، مقابل مالي يتقاضاه مدير السجن.

وفي هذه الحالة لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة الخاضع للتجربة، كما أنه لا يمكن اعتبار من تعاقد مع الطبيب المحرب نائباً عن الخاضع للتجربة، لأنه لا يقصد من وراء ذلك العقد تحقيق أية مصلحة للخاضع للتجربة⁽⁴⁾.

(1) د. محمد حسين منصور - المسؤولية الطبية، الإسكندرية، دار الجامعة الحديثة للنشر، د ط، د ت، ص 79.
(2) أنظر المادة (150)، (151) و(152) من القانون المدني الجزائري والمادة (190) من القانون المدني المصري.
(3) د. محمد حسين منصور - المرجع السابق، ص 79.
(4) د. محمد حسين منصور - نفس المرجع، ص 80.

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد أنه في حالة الأعمال الطبية العادية، وبالرجوع إلى القواعد العامة يكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال دعوى المسؤولية الطبية العقدية، أما في حالة التجارب الطبية فلا يمكن تطبيق هذا الحكم لأن العقد يكون باطلاً، لأن الاتفاق على إخضاع شخص لتجربة غير علاجية وبغير رضاه يعد اتفاقاً غير مشروع، وبذلك تطبق على الطبيب المحرب أحكام المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة للخاضع للتجربة فيعتبر غيراً بالنسبة للعقد، ولا يكون له إلا اللجوء إلى استعمال أحكام المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطبيب المحرب في حالة وقوع ضرر له.

وقد جاء في القضاء المصري أن "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاج هي مسؤولية عقدية، حتى وإن لم يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي بذل جهود صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب"⁽¹⁾.

لكن هذا القول لا يمكن تطبيقه إلا على التجارب العلاجية، لأن التزام الطبيب فيها يكون التزاماً ببذل عناية، أما التجارب غير العلاجية فلا يمكن تطبيق هذا الحكم عليها لأن التزام الطبيب فيها يكون التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾، وبذلك فإذا لم يلتزم الطبيب المحرب بمقتضى العقد التجريبي، فتكون مسؤوليته تقصيرية حتى وإن كان الخاضع للتجربة أو نائبه اختار الطبيب، فضاء صاحب الشأن يسمح للطبيب بمباشرة العمل، ولكنه لا يعفيه بأي صورة من مسؤوليته عن أي حادث، حتى لو كان التدخل الطبي قد تم وفقاً للأصول الفنية المستقرة في علم الطب⁽³⁾.

المطلب الثاني

(1) نقض مدني- 1969/06/26، رقم الطعن 111، مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة 20، ص 1075.

(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 405.

(3) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص 405.

المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التجارب الطبية

قبل أن يستقر الرأي في أوساط القضاء والفقهاء على أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية، والاستثناء تقصيرية في حالة الإخلال بالالتزام أصلي مصدره نص القانون. كان يتجه إلى تبني النظرية التقصيرية كأصل عام، ويظهر ذلك جلياً في أحكام محكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية.

فقد قضت محكمة النقض المصرية: "بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة، ومسؤوليته هذه مسؤولية تقصيرية، بعيدة عن المسؤولية التعاقدية" فقاضي الموضوع يستخلص ثبوتهما من جميع عناصر الدعوى، من غير مراقبة عليه⁽¹⁾.

وعرض على محكمة النقض الفرنسية موضوع مسؤولية الطبيب، فقررت أنها تقصيرية استناداً إلى المادتين (1382 ، 1383) من القانون المدني الفرنسي، باعتبار أنهما واجبتا التطبيق عندما يصدر خطأ من شخص معين يسبب ضرراً للغير، دون تمييز بين طبيب وغيره، وسائر الفقه الفرنسي رأي المحاكم الفرنسية، إلى أن صدر حكم محكمة النقض الفرنسية في 20 مايو 1936م، حيث تطرقت إلى تكييف طبيعة المسؤولية الطبية وقررت أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض، يلتزم بمقتضاه الطبيب لا بشفاء المريض بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة له، والتي تتفق مع أصول المهنة، ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدى نشوء مسؤولية من نفس النوع أي مسؤولية عقدية⁽²⁾.

وبذلك فإذا ما أحل الطبيب بالواجب العام الذي يفرضه قانون مزاولة مهنة الطب على كل طبيب، فإنه يكون ملتزماً بالتعويض وفقاً لأحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية.

ويترتب على ذلك أنه إذا احتل أي شرط من الشروط السابقة فسوف تكون مسؤولية الطبيب المجرب عن أعماله تقصيرية، وتخضع لأحكامها، وذلك في بعض الحالات من أهمها:

الحالة الأولى: إذا كان تدخل الطبيب المجرب في التجريب على الخاضع للتجربة لا يستند إلى عقد مبرم بينهما، فإن مسؤولية الطبيب المجرب تكون تقصيرية:

(1) نقض مدني مصري - 22 يونيو 1936، مجموعة أحكام النقض المصرية، رقم 376، ص 1156.
(2) cass. Civ, 20 mai 1936, Dalloz 88-1-1936.

كما لو تدخل الطبيب المحرب من تلقاء نفسه، بالتحريب على شخص فاقد الوعي، دون أن يلتفت إلى ضرورة الحصول على رضائه أو رضائه أسرته أو المحيطين به، فإن المسؤولية الناشئة عن هذا الخطأ لا تكون إلا تقصيرية⁽¹⁾، لأنه ليس هناك علاقة عقدية تربط بين الطرفين، وغالباً ما يكون هذا التدخل في حالات التجارب العلاجية والتي تكون فيها صحة المريض في خطر كبير ولم يجد الطبيب من بديل أو علاج سوى محاولة تجريب وسائل جديدة لمحاولة انقاذه.

أما فيما يخص التجارب العلمية فإن التدخل التلقائي من طرف الطبيب المحرب نادر الوقوع في مثل هذه الحالة، إلا أنه ليس مستبعداً تماماً، لأنه قد توجد حالات يتم فيها التدخل التجريبي غير العلاجي دون رضاه الخاضع لها، مثل ذلك الأشخاص المرضى عقلياً، أو سجناء الحروب، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية كذلك، بل قد تتعدى ذلك وتدخل في إطار المسؤولية الجنائية.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يكون فيها الفعل الضار الذي يقوم به الطبيب المحرب يمثل في حد ذاته جريمة جنائية:

هناك بعض الأعمال الطبية التجريبية والتي تمثل طفرات علمية، تمثل تهديداً خطيراً للبشرية بأسرها، جعل المشرع يخصص لها نصوص قانونية تحظر استعمال هذه التقنيات والتجارب على جسم الإنسان، ومخالفتها للنصوص يمثل جريمة جنائية يعاقب عليها القانون ومن أمثلة ذلك:

- 1 تتص الفقرة 4 من المادة 16 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بموجب المادة الثانية من قانون 653 لسنة 1994 على حظر إجراء أية ممارسات علمية على النطف البشرية إذا كان الغرض منها هو تحسين الجنس أو اختيار جنس الجنين أو تحسين النسل بيولوجياً⁽²⁾.
- 2 ومن ذلك أيضاً نص الفقرة 24 من المادة 511 من قانون العقوبات الفرنسي والتي تفرض عقوبة جنائية على كل من يقوم بنشاطات المساعدة في الحمل لأسباب غير علاجية⁽³⁾.

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص482.

(2) Art 16-4 cod civil Francais, 108 edition, Dalloz 2009, p05

(3) Art 511-24, cod penal Francais.

وهذا يعني أن المشرع لم يجز عمليات العمل عن طريق نطف الغير إلا من أجل الغرض العلاجي للعقم فقط، حتى وإن كان هناك عقد أو اتفاق صحيح بين الطبيب المحرب والخاضع للتجربة.

3 كذلك أيضاً نص الفقرة 17 من المادة 511 والتي تحظر القيام بفعل تخليق جنين في المعمل بهدف استخدامه في صناعة الأدوية والمستحضرات الطبية ذات الأصل الآدمي⁽¹⁾، وكذلك أيضاً نص الفقرة 18 من ذات المادة من قانون العقوبات الفرنسي والتي قررت ذات العقاب الذي قرره الفقرة السابقة على كل من يقوم بتخليق جنين في المعمل بغية استخدامه في أغراض البحث والتجارب العلمية، دون أن يكون الهدف من ذلك أي غرض علاجي يذكر⁽²⁾.

كذلك هناك بعض المواد في القانون المصري تحظر بعض التجارب، منها المادة 60 من لائحة آداب المهنة للنقابة العامة لأطباء مصر، والتي تمنع التجارب التي تنطوي على شبهة اختلاط الأنساب، والتجارب التي تهدف إلى استنساخ الكائن البشري أو المشاركة فيه⁽³⁾. وبذلك فإنه تكون المسؤولية عن هذه الأعمال تقصيرية، حتى وإن كان هناك عقد صحيح بين الطبيب المحرب والخاضع للتجربة.

الحالة الثالثة: هي حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام:

كانت نظريات القانون الخاص في الماضي قبل ظهور القانون الإداري، تميل إلى تكييف علاقة الموظف بالدولة على أنها علاقة تنطوي على عقد من عقود القانون الخاص، ومن ثم فإن علاقة الطبيب بالمرافق الصحية العامة آنذاك كانت علاقته تعاقدية⁽⁴⁾.

إلا أن هذا الوضع قد تغير عندما أصبحت النظريات التعاقدية لا تحقق جميع النتائج القانونية التي تتطلبها أعمال القواعد اللازمة لتنظيم المرافق العامة وتسييرها، مما أدى إلى ظهور

(1) Art. 511-17, Cod pénal français.

(2) "Le fait de procéder a la conception in vitro d'embryos humains a des fins de recherché ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 70000 F d'amende " art 511-18 code, pénal français.

(3) المادة 60 من لائحة آداب المهنة للنقابة العامة لأطباء مصر رقم 238 لسنة 2003، لمراجعة هذه اللائحة ارجع إلى الموقع الإلكتروني: <http://www.freetalaba.com/index.php>

(4) د. أحمد محمود سعد - مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 1983، ص 260.

النظريات التنظيمية لتكيف علاقة الموظف بالإدارة على أنها علاقة تنظيمية تحكمها قواعد القانون المتصلة بتنظيم المرافق العامة⁽¹⁾.

ونذكر في هذا المجال قراراً للغرفة المدنية، للمحكمة العليا الجزائرية في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيبين يعملان لدى إحدى المستشفيات العامة في الجزائر قد أخلا بالتزامهما في معالجة المريض، مما أصابه بأضرار دفعت هذا الأخير إلى إقامة الدعوى على الطبيين فقضت المحكمة بالآتي: "بما أن المراكز الاستشفائية تعتبر مؤسسات عمومية ذات طابع إداري ومزودة بشخصية معنوية وباستقلال مالي، وعلاقتها بالأطباء العاملين فيها علاقة تنظيمية، فإن من حق المريض المتضرر إقامة دعوى المسؤولية التقصيرية أمام القضاء العادي، للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر وفقاً لما حدده تقرير الخبير⁽²⁾، وجاء في القضاء المصري حكماً لمحكمة النقض المصرية أن: "علاقة الطبيب بالجهة الإدارية التي يتبعها إنما هي علاقة تنظيمية، وليست علاقة تعاقدية وأن مسؤولية الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام مسؤولية تقصيرية، وأنه متى انتفى وقوع خطأ شخصي من جانب الطاعن، وكان لا يجوز مساءلته عن خطأ المطعون ضده على أساس أن الأخير تابع له، وكان لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد العقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية"⁽³⁾.

وعليه فإن الطبيب المحرب الذي يعمل في مستشفى عام أو أحد مراكز البحث العلمي التابعة للقطاع العام لا يكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية، وإنما يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، كما أن المريض أو الخاضع للتجربة في هذه المستشفيات أو مراكز البحث العلمي لا يتمكن من اختيار الباحث أو الطبيب المحرب، وذلك ينفي وجود عقد طبي تجريبي بينهما، كما لا يمكن

(1) د. مالك حمد أبو نصير - المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2008، ص32.
(2) قرار مدني جزائري صدر في 1998/10/20، ملف رقم 157555، موسوعة الفكر القانوني، ج1، المسؤولية الطبية، مركز الدراسات والبحوث القانونية، الجزائر، 2002، ص5.
(3) نقض مدني مصري - 1969/7/3 ، طعن رقم 417، س20، مجموعة أحكام النقض المصرية، ص1094.

القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض أو الخاضع للتجربة بين إدارة المستشفى الحكومي والأطباء العاملين فيه⁽¹⁾.

وقد ذكرنا سابقاً أن هناك إجماع فقهي على أنه لا يجوز للمريض أو الخاضع للتجربة أن يجمع بين المسؤوليتين، حتى وإن توافرت شروط قيام كليهما، لأن الضرر لا يجوز التعويض عنه إلا مرة واحدة⁽²⁾. كما أنه لا يجوز للمريض أو الخاضع للتجربة أن يجمع بين خصائص المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ويختار ما يناسبه.

أما بالنسبة للخيرة بين اللجوء لقواعد المسؤولية العقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية فقلنا إن الفقه والقضاء انقسم في ذلك إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن الدائن "الخاضع للتجربة" له الحق في الخيرة بين اللجوء إلى قواعد إحدى المسؤوليتين في رفع الدعوى، فإذا توافرت شروط المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) في عقد التجربة العلاجية أو العلمية، فإنه يجوز للدائن "الخاضع للتجربة" أن يختار بين قواعد المسؤوليتين - وينطبق هذا الحكم في حالة ما إذا اتفق الخاضع للتجربة مع الطبيب المحرب في عيادته الخاصة، وتم تنفيذ التجربة في مستشفى حكومي، أو تم الاتفاق في مستشفى حكومي وتم إجراء التجربة في عيادة الطبيب الخاصة، ففي هذه الحالة يكون للخاضع للتجربة أن يختار بين قواعد المسؤوليتين في رفع دعواه للمطالبة بالتعويض⁽³⁾.

(1) د. أحمد شرف الدين - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، مطبوعات جامعة الكويت، 1986، ص18.

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص303.

(3) شرين محمد القاعد - المرجع السابق، ص57.

أما الفريق الثاني: يرى أنه لا يجوز للدائن "الخاضع للتجربة" أن يختار بين قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية عند رفع دعوى المسؤولية.

المطلب الثالث

طبيعة التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية

تنقسم الالتزامات العقدية عامة إلى نوعين من الالتزامات، الأولى التزام بتحقيق نتيجة والثانية التزام ببذل عناية، ففي الأولى يكون الملتزم محلاً بالتزامه إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بها ولا حاجة لإثبات الخطأ من جانبه، لأن الخطأ يثبت بمجرد عدم تحقق النتيجة، ولا يمكن التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه. وأما النوع الثاني فلا يعد المتعاقد مخطئاً إلا إذا أثبت أنه لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه، وبذلك فعدم تحقق النتيجة لا يعد إخلالاً بالتزامه⁽¹⁾.

أما فيما يخص طبيعة التزام الطبيب، فقد أجمع الفقه والقضاء على أن التزامه هو في الأصل التزام ببذل عناية، واستثناءً وفي أضيق الحدود التزاماً بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

لكن إذا كانت التجارب الطبية تتميز عن الأعمال الطبية العادية، فهل تختلف طبيعة التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية عنها في مجال الأعمال الطبية العادية؟

إن طبيعة التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية تختلف باختلاف الهدف منها. فإذا كان الغرض منها هو علاج المريض فيكون التزام الطبيب هنا التزام ببذل عناية، أما إذا كان الغرض منها هو تحقيق مصلحة علمية ولا تمثل أي مصلحة شخصية للخاضع لها، فيكون التزام الطبيب في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة وهذا ما سوف يتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول

الالتزام ببذل عناية

(1) د. محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 9.
(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 405.

إذا كانت التجربة علاجية، فإن الغرض منها لا يختلف عن الغرض من الأعمال الطبية العادية والتي تهدف إلى علاج المريض أي تحقيق مصلحة شخصية للمريض، وبما أنه لا يعد من الضرر أن يفشل الطبيب العادي في شفاء المريض، سواء كان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً، لأن الطبيب العادي في عقد العلاج لا يتعهد بشفاء المريض، بل ما يلتزم به هو أن يبذل عناية طبيب يقظ من نفس مستواه المهني للوصول إلى الشفاء ولا يلتزم إطلاقاً بشفاء المريض، فإنه من المنطقي أن يكون التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية العلاجية التزام ببذل عناية.

فالمريض الذي يتقدم بمحض إرادته إلى الطبيب، طالباً إجراء التدخل الطبي وما دام هذا التدخل فيه مصلحة مباشرة للمريض سواء كان هذا التدخل عادياً أو عن طريق التجربة. مع الفرض أن الطبيب قام بتبصيره بالمخاطر والنتائج المتوقعة للتدخل الذي يطلبه، ويكون قد قدر -المريض- أن العملية سوف تحقق له بعض المزايا، مع علمه بأنها تتضمن بعضاً من المخاطر المتمثلة في احتمال فشلها أو تركها لآثار معينة، فإنه في مثل هذه الظروف يكون طبيعياً أن يقتصر التزام الطبيب على مجرد بذل عناية، بحيث لا يسأل إلا إذا ارتكب خطأ فنياً في مباشرة العمل شأنه في ذلك شأن الطبيب الذي يباشر عملاً علاجياً بطريق التدخل العادي⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك عدم التزام الطبيب بأي نتيجة مهما كانت، فهو لا يلتزم بمنع المرض من التطور إلى ما هو أسوأ، لأنه لا يلتزم بالألا تسوء حالة المريض، ولا بأن تتخلف لديه عاهة بالغة، كما أنه لا يلتزم بالألا يموت المريض. فحدوث كل هذه الحالات للمريض أو أشد منها لا يعني بذاته أن الطبيب قد أحل بالتزامه، فكل ما يلتزم به الطبيب هو بذل عناية⁽²⁾.

وتتمثل هذه العناية في :

أولاً: التزام الطبيب المجرب بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني.

ثانياً: التزام الطبيب المجرب بتقديم عناية تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

أولاً : التزام الطبيب المجرب بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني:

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 451.
(2) د. وديع فرج - مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثانية عشر ص 417.

إن العناية المطلوبة من الطبيب المحرب بشأنه شأن الطبيب العادي تستلزم تطبيق الواجب المفروض عليه طبقاً لما تمليه عليه قواعد الأخلاق والتقاليد المهنية المتبعة، بالإضافة إلى مراعاة اليقظة في تنفيذ هذا الواجب، وما يترتب على ذلك من ضرورة حسن تقدير ردود الأفعال التي تصدر من المريض على حسب حالته لدى مباشرته لعلاج التجريبي⁽¹⁾.

ومن صور العناية المطلوبة من الطبيب المحرب:

1- التزام الطبيب المحرب بفحص المريض:

إن الطبيب المحرب ملزماً بفحص المريض فحصاً دقيقاً بغير تسرع أو اهمال، قبل الإقبال على العمل التجريبي وتتطلب العناية الواجبة على الطبيب المحرب أثناء التجريب العلاجي أن يقدم للمريض كل الجهود الممكنة في سبيل افادته والعمل على شفائه، ويكون ملزماً بأن يستمع إلى شكوى المريض، وأن يحصل منه أو من أهله على كافة المعلومات التي يحتاج إليها، وأن يشرع في فحصه فحصاً دقيقاً نظراً لخطورة العمل الذي يقوم به مقارنة بالأعمال الطبية العادية، وأن يستخدم كل وسائل الفحص المستحدثة للتعرف على علة المريض والمخاطر المحتملة للتجربة العلاجية وما يمكن أن تتركه من آثار⁽²⁾.

ويتعين على الطبيب المحرب أثناء التشخيص أن يستخدم الفطنة المكتسبة من الخبرة العملية في فحص المريض، لأنه إذا غابت هذه الأخيرة انحرف عن أصول الفحص السليم⁽³⁾.

2- التزام الطبيب المحرب بتحصيل الخبرة العلمية لأداء عمله بكفاءة واقتدار:

إن خطورة العمل التجريبي وما ينتج عنه من مخاطر، تستلزم من الطبيب المحرب أن يكون مؤهلاً تأهيلاً خاصاً وعالياً، لأن شهادة الطب العادية لا تكفي لأن تجعل من الطبيب أهلاً للتجريب، ذلك أن العلاج عن طريق التجريب تستلزم الدقة والعناية الخاصة، فالممارس العام لا يجوز له أن يجري تجربة طبية على جسم الإنسان حتى وإن كان الهدف منها هو علاج المريض⁽⁴⁾.

3- التزام الطبيب المحرب بإجراء الفحوصات الطبية اللازمة قبل إجراء التجربة الطبية:

(1) د. محمد حسين منصور- المرجع السابق، ص106.

(2) د. محمد حسين منصور- المرجع السابق، ص106.

(3) د. وديع فرج - المرجع السابق، ص433 .

(4) د. محمد حسين منصور- المرجع السابق، ص107.

يجب على الطبيب المحرب قبل إجراء التجربة، أن يقوم بفحص المريض فحوصاً دقيقاً قبل إجراء التجربة كما هو الحال في كل عمل علاجي عادي، ولا يقتصر الفحص على الموضوع الذي سيكون محلاً للتجربة، وإنما على الحالة العامة للمريض ومدى ما يمكن أن يترتب عليه من نتائج جانبية. ومن أهم الفحوص قياس الضغط، ومستوى السكر في الدم واختبار وظائف الكلى والكبد، واختبارات الحساسية.

الفرع الثاني

الالتزام بتحقيق نتيجة

رأينا سابقاً أن أصل التزام الطبيب ومضمونه هو بذل العناية اللازمة في شفاء المريض والعلّة في ذلك أن التدخل الطبي العادي أو عن طريق التجربة العلاجية، يحقق مصلحة للمريض إلا أنه هناك أعمال أخرى لا يوجد في نتائجها شك، أي أن عناية الطبيب فيها لا تقدر في ضوء الاحتمال، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وهذه الأعمال هي الأعمال غير العلاجية والمتمثلة في التجارب الطبية غير العلاجية، واستقطاع عضو من معطي حي، وما يهمننا نحن في هذا الصدد هو التجارب الطبية غير العلاجية. فالتزام الطبيب عندما يقدم على إجراء عمل تجريبي غير علاجي يكون التزامه بتحقيق نتيجة، والسبب في ذلك أن الطبيب في هذه الحالة لا يتدخل ليحقق مصلحة الخاضع للتجربة حتى يمكن الادعاء بأنه قد تعهد: "بتقديم عناية تتفق مع المعطيات العلمية الثابتة"⁽¹⁾.

فالتبيب في هذه الحالة لا يعد بالشفاء أو تقديم العلاج، ولا يعد بتحقيق أي ميزة للخاضع للتجربة، وإنما يعد فقط بإجراء عمل طبي معين ومحدد ولا يحقق أي فائدة له.

ففي نطاق الأعمال العلاجية يتحمل المريض الأخطار الملازمة للتدخل الطبي لأنه بالمقابل يأمل أن يؤدي هذا التدخل إلى تحسين حالته الصحية، وليس بشيء من ذلك بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية وخاصة منها التجارب العلمية، فلا يجوز أن تكون مصدر ضرر بالنسبة

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص454.

للخاضع لها، فإن من يريد أن يحقق خير البشرية (بالخضوع لتجربة علمية). لا يجوز أن تنقلب تضحيته وبالأعلى عليه⁽¹⁾.

وهناك بعض الحالات يكون الالتزام فيها ببعض الأعمال يغلب فيها عنصر اليقين على عنصر الاحتمال، الأمر الذي يبرر الخروج على فكرة العناية التي تدور حولها الأعمال الطبية بصفة عامة، وهذه الأعمال التي يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، يجب تحقيقها في جميع الأعمال الطبية سواء كانت علاجية أم غير علاجية، وأهم هذه الالتزامات:

أولاً: التزام الطبيب المتجرب بالحصول على ترخيص من الجهة المختصة:

نظراً لخطورة الأعمال الطبية التجريبية على جسم الإنسان، فإن معظم التشريعات تشترط على الطبيب المتجرب - خاصة في مجال التجارب العلمية - الحصول على:

1 - ترخيص من الجهة المختصة قبل الإقبال على العمل ومن أمثلة ذلك، ضرورة الحصول على ترخيص من الجهة المختصة بمنح التراخيص في بريطانيا العظمى، وهي هيئة التخصيص وعلم الأجنة البشرية، إذ أنها الجهة المخولة بالإشراف على أخلاقيات البحث العلمي في بريطانيا ويتم بناء على هذا الترخيص تحديد نمط الممارسة العلمية المسموح بها ضمن إطار الممارسات العلمية المنصوص عليها في القوانين الخاصة بهذه الهيئة⁽²⁾.

وفي القانون الجزائري اشترط المشرع وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان، غير أن التجارب غير العلاجية متوقف على إجازة المجلس المشار إليه بحكم دوره الرقابي عليها⁽³⁾.

(1) د. جابر محجوب علي - نفس المرجع، ص 454.

(2) مما يجدر بنا ذكره في هذا الصدد أن هيئة الإخصاب وعلم الأجنة البشرية البريطانية قد منحت ترخيصاً من هذا النوع، في يوم الثلاثاء الموافق 2005/2/08 للعالم الاسكتلندي "أيام ويلمون" والذي كان من استنسخ النعجة دولي سابقاً في عام 1997، سمحت له في هذا الترخيص باستنساخ أجنة بشرية بطريقة الاستنساخ اللاجنسي من أجل استخدام خلاياها الجذعية في عمليات صناعة الأعضاء البشرية، وكانت هذه الهيئة ذاتها سبق وأن منحت تصريحاً مماثلاً لعلماء آخرين من جامعة نيوكاسيل في أغسطس، أجازت لهم فيه تخليق أجنة من أجل الحصول على خلاياها الجذعية، شريطة أن يتم اهلاؤها قبل مدة 14 يوم يبدأ حسابها من أول يوم يتم فيه تخصيب البويضة. أنظر د. نسرين سليمان منصور - مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء الاستنساخ على البشر، المرجع السابق، ص 64-65.

(3) وهو ما أكدت عليه صراحة المادة 2/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري والتي جاء فيها: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية...." لمراجعة قانون حماية الصحة الجزائري ومدونة أخلاقيات الطب الجزائري رقم (92-676)، ارجع إلى الموقع الإلكتروني sackrsoft@mail.com

2 عدم ممارسة أي نشاط طبي أو علمي من غير ما نص عليه الترخيص الممنوح وصدر به وإلا اعتبر ذلك خروجاً على نطاق الترخيص الممنوح لإجازة نمط معين من أنماط الممارسات العلمية المسموح بها، مما يترتب على ذلك وقوع الطبيب القائم بها تحت طائلة المسؤولية بشقيها المدني والجنائي.

ثانياً : التزام الطبيب المحرب بتبصير الخاضع للتجربة :

رأينا سابقاً أن مسألة التبصير تعد من أهم الضوابط التي يجب توافرها لإضفاء المشروعية على التجربة الطبية⁽¹⁾. والحقيقة أن الالتزام بالتبصير يعد تطبيقاً من تطبيقات الالتزام بالإخلاص والذي بموجبه يلتزم الطبيب المحرب بالإفصاح لمريضه عن المعلومات المتعلقة بحالته، على أن تكون هذه المعلومات صادقة واضحة وملائمة، وتعطي ليس فقط لدى بدء التجربة وإنما طوال مدتها وبعد انتهائها بغرض إحاطة الخاضع لها علماً بنتائجها وآثارها والاحتياطات التي يجب أن يلتزم بها خلال فترة النقاهة، وهناك حالات تستدعي حالة المريض كتمان بعض المعلومات عنه - وهي حالات التجارب العلاجية- حتى لا يؤثر الإفصاح له بالحقيقة في فرص نجاح العلاج. ولكن حتى في هذه الحالة، يجب الإفصاح بالحقيقة لأهل المريض ما لم يكن هذا الأخير قد أبدى رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو عين لذلك أشخاصاً محددين⁽²⁾.

ثالثاً: التزام الطبيب المحرب بالحصول على رضاء الخاضع للتجربة:

يجب على الطبيب المحرب الحصول على رضاء الخاضع للتجربة، ويجب أن يكون هذا الرضاء حراً مستنيراً فإذا رفض الخاضع للتجربة إجراء العمل وجب احترام إرادته، بعد تبصيره بنتائج رفضه (في حالة التجارب العلاجية)، وإذا كان المريض غير قادراً على التعبير عن إرادته، فلا يجوز في غير حالة الاستعجال (في حالة التجارب العلاجية) مباشرة أي علاج دون الحصول على رضاء أقاربه، وإذا كان المريض قاصراً أو مصاباً بعاهة عقلية فيجب على الطبيب أن يحصل على موافقة أقاربه أو ممثله القانوني وهذا في مجال التجارب العلاجية فقط لأنه لا يجوز إخضاع الجنون أو الصغير غير المميز للتجارب غير العلاجية⁽³⁾. أما إذا كان المريض أو الخاضع

(1) راجع في تأكيد هذه الفكرة وتفصيلها، عناصر الرضاء المتبصر، ص94 من الرسالة.

(2) د. جابر محجوب علي - قواعد أخلاقيات المهنة، المرجع السابق، ص44.

(3) راجع في تأكيد هذه الفكرة وتفصيلها، عناصر الرضاء المتبصر، ص94 من الرسالة.

للتجربة - رغم صغر سنه أو حالته العقلية- يمكنه أن يدلي برأيه (كالمجنون لحظة الإفاقة أو الصغير الذي يدرك حقيقة حالته) فيجب الاعتداد بهذا الرأي⁽¹⁾.

رابعاً: الالتزام بعدم هجر المريض:

يجب على الطبيب المحرب أن يلتزم في جميع الظروف - التجارب العلاجية والتجارب غير العلاجية - بأن يقدم للمريض أو الخاضع للتجربة العناية التي يحتاج إليها، ولا يجوز له التخلي عنه إلا عندما تكون العناية المطلوبة تقدم عن طريق طبيب آخر، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 18 من لائحة آداب المهنة في مصر، وعندئذ يجب على الطبيب المحرب أن يقدم لهذا الأخير جميع المعلومات التي تفيده في متابعة العلاج⁽²⁾.

خامساً: التزام الطبيب المحرب بالتأمين عن المسؤولية عن التجربة الطبية:

وهو التزام أوجبه الفقرة الثالثة من المادة L 209/7 من قانون الصحة العامة الفرنسي على كل باحث، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أن يؤمن عن مسؤوليته المدنية، ومسؤولية من يشارك معه، واستقلالاً عن طبيعة العلاقة التي تربط بالمشاركين. وتعتبر هذه القاعدة - بصريح النص - من النظام العام.

" Les dispositions du présent article sont d'ordre public"

ومعنى ذلك أن التأمين إجباري وأي اتفاق على مخالفة ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽³⁾.

سادساً: التزام الطبيب المحرب بعدم إفشاء السر المهني:

التزام الطبيب بعدم إفشاء السر المهني في مجال التجارب الطبية لا يخرج عن طبيعته في أي عمل طبي آخر، فالطبيب يلتزم بحفظ السر الطبي الذي أطلع عليه مريضه أو الذي عرفه بمناسبة عمله المهني ما لم يكن هناك قراراً قضائياً أو نصاً قانونياً يفرض على الطبيب إفشاء ذلك

(1) د. جابر محجوب على - قواعد أخلاقيات المهنة، المرجع السابق، ص45.

(2) د. جابر محجوب على - قواعد أخلاقيات المهنة، نفس المرجع، ص46.

(3) د. خالد حمدي عبد الرحمن - التجارب الطبية، المرجع السابق، ص112.

السِر. وقد تناولت المادة (30) من لائحة آداب مهنة الطب في مصر ذلك الالتزام، كما نصت على ذلك المادة (4) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي والتي ألزمت الطبيب ليس فقط بحفظ الأسرار التي اكتشفها أثناء تدخله الطبي على جسد المريض وإنما يلتزم أيضاً بحفظ الأسرار التي ائتمنه عليها مريضه⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق هذا الالتزام اتسع مع التقدم والتطور الهائل والسريع في مجال الطب والعلاج، وهو ما يؤكد الفقه على سبيل المثال في التجارب الخاصة بالتلقيح والإنجاب الصناعي، وذلك بالقول بأن التزام الطبيب بالسِر الطبي إنما يأخذ أقصى درجات التشدد والعناية والمراعاة في هذا المجال، بحيث يفرض هذا الالتزام على جميع القائمين في هذا المجال، سواء الطبيب المحرب أو مساعديه أو مراكز الإنجاب بصفة عامة، وذلك لأن السرية المقررة هنا هي لصالح جميع الأطراف، سواء الزوجين أم الأطفال وذلك مراعاة للجوانب النفسية والمعنوية لهؤلاء الأطفال في المستقبل⁽²⁾.

المبحث الثاني

الخطأ الطبي في مجال التجارب الطبية

إذا كانت بديهيات العدالة تقضي بحصول المضرور على تعويض عما أصابه من ضرر، فإن الحصول على هذا التعويض لا يزال -قانوناً- مرتبطاً من حيث المبدأ بضرورة وجود خطأ من قبل المسؤول (الطبيب المحرب)، ولذلك كان الخطأ ركناً أساسياً من أركان المسؤولية بصفة عامة والمسؤولية المدنية بصفة خاصة.

ويعرف الفقه الخطأ في نطاق القانون المدني بأنه: "إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته"⁽³⁾.

(1) Article 4127-4 du code de la santé publique français.

(2) د. معتز نزيه الصادق المهدي - الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، القاهرة، دار النهضة العربية، 2006، ص112.

(3) R.Savatier - traite de la responsabilité civile en droit français, 2 éd, 1951, p4 et suivre.

وبذلك فالخطأ هو إخلال بالتزام سابق هو في مجال العقد التزام عقدي، وخارجه التزام قانوني، وهو إخلال لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول (1).

وسوف نبين في هذا المبحث الخطأ في مجال التجارب الطبية-العلاجية وغير العلاجية- ونتطرق من خلال هذا الحديث لخصوصية هذا الخطأ في مجال التجارب الطبية، عن طريق البحث في تقديره وكيفية إثباته في هذا المجال، بالإضافة إلى ذلك نحاول أن نبين كيفية تقدير الخطأ في حالة التجارب التي تتم عن طريق فريق بحث علمي، أو فريق طبي يقوم بعلاج المريض عن طريق تجريب طريقة علاج جديدة.

المطلب الأول

إثبات الخطأ في مجال التجارب الطبية

إن مسؤولية الطبيب في مجال الأعمال الطبية العادية لا تقوم إلا إذا ثبت خطأ من طرفه ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على المريض، وخطأ الطبيب في مجال القواعد القانونية التقليدية هو تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ من نفس درجته وتخصصه وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به (2). لكن في مجال التجارب الطبية وبسبب خطورتها وحدثاتها. واختلافها عن الأعمال الطبية العادية، بحيث غالباً ما يجد المضرور نفسه أمام خطأ يصعب إثباته مما يصعب عليه الرجوع على الطبيب المحرب بدعوى المسؤولية للتعويض عن الضرر. مما دفع القاضي والمشرع في كثير من الدول كالمشرع الفرنسي- إلى التشدد في مسؤولية الأطباء المحربين عن الأضرار التي تلحق بالمرضى أو الخاضعين للتجارب. فتارة يقيم مسؤوليته دون خطأ كما في حالة التجارب غير العلاجية، وتارة أخرى يقيم مسؤوليته على خطأ مفترض وذلك عن طريق إعمال فكرة الخطأ المضمّر أو المقدر (في حالة التجارب العلاجية).

الفرع الأول

(1) الفعل الضار والخطأ الطبي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: <http://ar.jurispedia.org/index.php>

(2) د. محسن عبد الحميد البيه - نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، 1993، ص 161.

إثبات الخطأ في التجارب العلاجية

يعني أن المريض في حاجة للتدخل الطبي (التجربة العلاجية)، وأنه قبل ومحض إرادته هذا العمل بالرغم من تعدد المخاطر المحتملة التي تحيط بها، وقد خرج المشرع الفرنسي في الفقرة 7 من المادة (209) من قانون الصحة العامة الفرنسي على قاعدة تطلب الخطأ واجب الإثبات لقيام المسؤولية في مجال التجارب العلاجية.

حيث أقام المسؤولية على قرينة الخطأ ولكنه جعلها قرينة بسيطة يستطيع صاحب التجربة الذي يلتزم بتعويض النتائج الضارة للبحث أن يتخلص منها بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطئه أو خطأ أحد الذين تدخلوا معه في إجراء البحث⁽¹⁾.

بيد أن الطبيب لا يمكنه أن ينفي مسؤوليته هذه، إن هو قام بإثبات خطأ أو فعل الغير أو الانسحاب الإرادي للشخص الخاضع للتجربة⁽²⁾، وقد تبين لنا من هذه الفقرة من المادة (209) كيف تشدد المشرع الفرنسي في مسؤولية الطبيب المدنية، فجعل خطأه فيها مفترضاً وذلك بهدف إعفاء المريض من عبء إثبات هذا الخطأ، على خلاف ما هو معمول به في القواعد العامة، والتي تلقي بعبء الإثبات عادة على عاتق مدعي الضرر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى تظهر علامات تشديد المسؤولية المدنية للطبيب القائم بهذا النوع من التجارب، من خلال حرمانه من فرصة نفي الخطأ المفترض في جانبه بإثبات خطأ أو فعل الغير، أو إثبات الخطأ في جانب المريض ذاته جراء انسحابه الإرادي من التجربة قبل الانتهاء منها، وذلك كله على خلاف القواعد العامة في نفي المسؤولية المدنية. وفي مجال القضاء تم الأخذ بهذه الفكرة تحت مسمى الخطأ المضمّر أو المقدر وذلك كالتالي:

تشدد القضاء وأخذه بفكرة الخطأ المضمّر أو المقدر:

مقتضى هذه الفكرة هو استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه.

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص453، كذلك أنظر د. بنزيه محمد الصادق المهدي - في بعض مشكلات المسؤولية المدنية المعاصرة، المرجع السابق، ص203.

(2) "pour les recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sauf preuve a sa charge que le dommage n est pas imputable a sa faute on a celle de tout intervenant, Sant que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti a se prêter a la recherche " art 209-7 code de la sante publique français.

وتستلزم توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض. وترفض الدعوى إذا عجز هذا الأخير عن إقامة الدليل على أن الضرر الذي لحقه هو نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب. وقد لجأ القضاء الفرنسي لهذه الفكرة -فكرة الخطأ المضمّر- باستنتاج الخطأ من مجرد وقوع الضرر، لأن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب⁽¹⁾. ويمكن تطبيق هذه الفكرة على التجارب العلاجية. باعتبارها نوع من الأعمال الطبية التي تهدف إلى علاج المريض. وفي نفس الوقت ونظراً لصعوبتها وخطورتها، يتعذر على المريض إقامة الدليل على وجود خطأ من طرف الطبيب المحرب.

كذلك يمكن قياس التجارب العلاجية على عمليات التجميل لأنها تعتبر من قبيل الأعمال غير العلاجية التي تحقق فائدة للخاضع لها. حيث أن محكمة النقض المصرية أخذت بفكرة الخطأ المقدر أو المضمّر في إحدى القضايا الخاصة بمسؤولية جراح التجميل، حيث قضت بأنه يكفي المريض ليثبت خطأ طبيب التجميل أن يقدم واقعة ترجح إهماله وهو يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال⁽²⁾.

على أن فكرة الخطأ المضمّر أو المحتمل، لم تكن هي السبيل الوحيد الذي توصل به القضاء في سبيل الحد عن الاستناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي، لأنه إذا كانت هذه الفكرة قد لقيت نجاحاً كبيراً في مجال التجارب العلاجية، فإنها غير كافية في مجال التجارب العلمية (غير العلاجية) لخطورة هذه الأخيرة، ولاستحالة إثبات الخطأ فيها في بعض الأحيان، حتى عن طريق القرائن أو الاستنتاج كما هو الحال بالنسبة لفكرة الخطأ المضمّر، ولذلك فقد لجأ القضاء، يؤيده في ذلك الفقه، إلى أدوات قانونية أخرى، كانت أبعد أثر في مجال التجارب غير العلاجية (العلمية) وهي فكرة المسؤولية دون خطأ، وهو ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

(1) د. محمد حسن قاسم - المرجع السابق، ص 94.

(2) نقض مدني مصري - جلسة 1969/6/26، مجلة المحاماة السنة 20، العدد الثاني، ص 1075.

تنحية فكرة الخطأ في التجارب غير العلاجية (العلمية)

عرفنا أن التجارب غير العلاجية (العلمية) هي التي تجري على أشخاص دون أن يكون لهذه التجربة أي نفع مادي أو علاجي مباشر لهم، وإنما قد يكون هدفها هو نفع البشرية عامة أو مجرد تحقيق سبق علمي، بصرف النظر عن مدى خطورة هذا النوع من التجارب، ولذلك فقد جاءت الفقرة (7) من المادة (209) من قانون الصحة العامة الفرنسي بتحديد مسؤولية الطبيب القائم بهذا النوع من التجارب فأعتبرت مسؤولية الطبيب في هذه الحالة وبناء على نص هذه الفقرة مسؤولية بدون خطأ، بمعنى أن مسؤوليته المدنية تكون قائمة حتى ولو لم يرتكب أي خطأ، وهي إحدى حالات المسؤولية المدنية التي لا تقوم على أساس الخطأ، وإنما يلتزم فيها الطبيب بتعويض الضرر الذي لحق بالمضروب، حتى لو لم يثبت في جانبه أي خطأ، مما يترتب عليه حرمان الطبيب من فرصة التخلص من المسؤولية المدنية الواقعة على عاتقه، من خلال نفيه للخطأ في جانبه أو إثبات خطأ الغير أو خطأ المضروب بالانسحاب الإرادي من التجربة⁽¹⁾.

وهذا في حد ذاته يعد تشديداً في مسؤولية الطبيب القائم بهذا النوع من التجارب الطبية التي لا تهدف إلى تحقيق نفع مباشر للشخص الخاضع لها⁽²⁾.

ويعرف الفقه القانوني المسؤولية دون خطأ بأنها: "هي التي تتحقق نتيجة الضرر الذي لحق بالمضروب واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر"⁽³⁾.

والمسؤولية دون خطأ هي نمط من أنماط المسؤولية المدنية التي أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي أيضاً بشأن قيام مسؤولية المستشفيات العامة في فرنسا وذلك من خلال حكم صادر عن محكمة ليون الإدارية عام 1990⁽⁴⁾، ثم تبعه القضاء المدني في فرنسا أيضاً وذلك عام

(1) "pour les recherches biomédical sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageable de la recherché pour la personne qui s'y prête et celle de des ayants droit, sans que pisse être opposé la fait d'un tiers au le retrait volontaire de la pers aune qui avait initialement consenti a se prêtes a la recherché" Art 209-7 code de la sante publique français.

(2) د. ممدوح محمد خيرى هاشم - المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني)، 2002، دار النهضة العربية للنشر، ص 134.

(3) د. نسرين سليمان حسن منصور - المرجع السابق، ص 403.

(4) Trib. Administrative. Lyon, 21.12.1990.

1999⁽¹⁾ ومن ثم لا يستطيع الطبيب بناء على ذلك نفى مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالخاضع للتجربة بأي حال من الأحوال⁽²⁾.

أما في الجزائر ومصر، فكما هو حال النوع الأول من التجارب الطبية (التجارب العلاجية) والتي تحقق نفعاً مباشراً للشخص الخاضع لها، كان حال التجارب العلمية (غير العلاجية)، فالمرجع المصري لم يتطرق إلى تنظيم هذا النوع من التجارب على جسد الإنسان، إلا من خلال نص المادة (43) من الدستور المصري، بالإضافة إلى النصوص التأديبية التي جاءت بها لائحة آداب مهنة الطب رقم 238 لسنة 2003، أما المرجع الجزائري فقد نظم التجارب الطبية في المادتين 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، وبالرغم من أنه فرّق بين النوعين من التجارب وخصص لكل نوع نصوصاً خاصة، وبالرغم من أنه نص في المادة 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: "لا تبرئ موافقة الشخص موضوع التجريب ورأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية".

إلا أنه لم يتبن هذه الفكرة-المسؤولية بدون خطأ- فهذا النص قد ألقى بعبء ضمان سلامة وصحة الخاضعين للتجارب الطبية على عاتق الطبيب المشرف على التجربة، وقد يكون المقصود من ذلك هو افتراض الخطأ في جانب الطبيب القائم بالتجربة أو الإشراف العلمي عليها بيد أن هذا الأخير يمكنه التخلص من هذا الخطأ المفترض إن هو أثبت انتفاءه في جانبه، أو أثبت خطأ الغير أو خطأ المضرور وذلك بناء على القواعد العامة في الإثبات، ولما كانت هذه النصوص لم تفرق بين نوعي التجارب الطبية كما هو الحال في مصر، أو فرقت ولكن لم تفصل في تنظيمها كما هو الحال في الجزائر، على خلاف ما فعله المرجع الفرنسي، فيمكننا القول بأن جميع تلك الأحكام تنطبق على نوعي التجارب الطبية، سواء علاجية أو غير علاجية .

(1) C.A. Paris 15 Novembre 1999.

هذين الحكمين مشار إليهما من طرف د. نسرين سليمان حسن منصور - نفس المرجع، ص404.
(2) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص456.

وتبدو الأهمية العملية للأخذ بالمسؤولية دون خطأ من عدة جهات، فهي من جهة تعفي المضرور من عبء الإثبات الذي كان يقع على عاتقه بموجب المادة (1315 مدني فرنسي)⁽¹⁾. وبالتالي لم يعد يقع على الخاضع للتجربة سوى إثبات خضوعه للتجربة من طرف الطبيب المحرب وهذا أمر ليس بالصعب، إذ يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات باعتباره من مسائل الواقع، ومن جهة أخرى أعفت القاضي من مهمة التقدير واللجوء إلى قرينة الخطأ، والتي كانت تشكل عبئاً على عاتق هذا الأخير، إذ كان يجب عليه أن يبحث في كافة الوقائع التي يمكنه أن يستخلص الخطأ منها، وبموجب المسؤولية دون خطأ لم يعد على القاضي سوى أخذ العمل الذي قام به الطبيب العام بعين الاعتبار⁽²⁾.

الفرع الثالث

إثبات خطأ الطبيب المحرب في المسؤولية الشئئية

يحدث كثيراً أن تكون أدوات الأطباء المحربين هي السبب فيما يصيب الشخص الخاضع للتجربة أو الغير من أضرار، وحينئذ يكون الضرر -المطلوب التعويض عنه- قد نشأ عن فعل شيء غير حي يستخدمه الطبيب المحرب في عملية التجريب، مثل أجهزة الأشعة والنظائر المشعة وأجهزة التخدير وأدوات الجراحة⁽³⁾.

فإذا كان الشيء محدث الضرر، مما يحتاج في حراسته إلى عناية خاصة، فقد يتبادر إلى الذهن مباشرة أن الطبيب المحرب أو الباحث، يسأل عن تعويض هذا الضرر دون حاجة إلى

(1) "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, réciproquement, celui qui se prétend libère, doit justifier le paiement au le fait qui a produit l'extinction de son obligation" Article 1315-code civil français /livre III,. Titre III/ chapitre VI.

(2) د. محمد حسن قاسم - المرجع السابق، ص118.

(3) د. محمد لبيب شندب - نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي الكويتية، ص5، 9ع، 1981، ص133.

إثبات خطأ من جانبه، طبقاً للنصوص القانونية المنظمة للمسؤولية عن الأشياء غير الحية⁽¹⁾، بل أنه لن يستطيع في هذه الحالة أن يتخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت انتفاء الخطأ من جانبه لقيامه بجميع الاحتياطات اللازمة لمنع الشيء من الإضرار بالخاضع للتجربة، وبعبارة أخرى إذا كان الطبيب المحرب أو الباحث حارساً لأشياء خطيرة مما تحتاج في حراستها إلى عناية خاصة ثم وقع للخاضع للتجربة ضرر بسببها، وبفعل إيجابي فسوف يكفي هذا المريض أن يثبت وقوع الضرر له وعندئذ يعفى من عبء إثبات خطأ الطبيب المحرب حيث يصبح هذا الخطأ مفترضاً⁽²⁾. ولا يعفي الطبيب من المسؤولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير.

بيد أن افتراض خطأ الطبيب المحرب في الحراسة يقتضي توافر شرطين أساسيين:

الأول: أن يكون الطبيب حارساً للشيء:

وهو يكون كذلك إذا كان يباشر سيطرة فعلية على الشيء لحسابه الخاص، ولذلك فإن الطبيب الذي يعمل في مستشفى حكومي، ويخضع لتوجيه وإشراف إدارة المستشفى لا يعتبر حارساً للأشياء، والآلات التي يخصصها المستشفى لعلاج المرضى، بل تكون المستشفى هي الحارس. ونفس الشيء بالنسبة للطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص، ويرتبط مع إدارة المستشفى بعقد عمل، فهو يعد تابعاً للمستشفى، والتابع لا يكون حارساً⁽³⁾.

الثاني: أن تكون العلاقة بين الطبيب والمريض غير عقدية:

قد يوجد عقد طبي تجريبي بين الطبيب المحرب والخاضع للتجربة، يلتزم الطبيب المحرب بمقتضاه بإجراء التجربة، وفي هذه الحالة سوف تستبعد النصوص القانونية الخاصة بمسؤولية حارس الأشياء غير الحية، ولا يستفيد الخاضع للتجربة من قرينة الخطأ التي تعفيه من عبء الإثبات.

وتبرير ذلك يتمثل في أنه متى كانت مسؤولية الطبيب المحرب عقدية فلن توجد أهمية لتحديد المصدر المادي للضرر، لأن أحكام المسؤولية العقدية لا تختلف تبعاً لما إذا كان الضرر

(1) وهي المادة 138 مدني جزائري والمادة 178 مدني مصري، والمادة 1/1384 مدني فرنسي.

(2) د. محسن عيد الحميد البيه - المرجع السابق، ص 250.

(3) د. أحمد محمود سعد - مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، القاهرة، دار النهضة العربية، ط 2، 2007، ص 83.

ناشئاً عن الفعل الشخصي للطبيب المحرب، أو عند تدخل شيء يستخدمه في تنفيذ العمل الطبي التجريبي⁽¹⁾. ما لم يكن من الممكن اعتبار التزام الطبيب بضمان السلامة محله_ في خصوص استعمال الأشياء الطبية_ تحقيق نتيجة، هي عدم وقوع أي ضرر للمريض بفعل ما يستعمله الطبيب من أدوات أو أجهزة أو مستحضرات طبية.

المطلب الثاني

تقدير الخطأ في مجال التجارب الطبية

يتم تقدير الخطأ في مجال التجارب الطبية من زاويتين، الأولى مدى التعويض عن كافة الأضرار أو بعضها أي هل يتم التعويض عن الأضرار المتوقعة أو غير المتوقعة أو عن كليهما؟ والثانية التعويض وفق الخطأ الجسيم أو اليسير.

الفرع الأول

تقدير الخطأ وفق طبيعة الأضرار التي يتم التعويض عنها

يتم تقدير الخطأ وفق طبيعة الأضرار التي يتم التعويض عنها وذلك من خلال احتمالين هما:

الاحتمال الأول: قيام الطبيب بإجراء تجارب طبية على جسد المريض أو شخص ما دون إذنه أو علمه، وفي هذه الحالة يمكن للمضروب (الشخص الخاضع للتجربة) أن يطالب بالتعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به جراء هذا المساس الغير مشروع بجسده، كما يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار المتوقعة والأضرار غير المتوقعة، وذلك كله بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية ويظل الأمر خاضعاً للقواعد العامة فيما يتعلق بكيفية الإثبات وتقدير التعويض الذي يستحقه المضروب والذي يقدره قاضي الموضوع بحسب ظروف كل حالة على حدى⁽²⁾.

الاحتمال الثاني: قيام الطبيب بإجراء التجارب الطبية على جسد الشخص أو المريض بعد الحصول على موافقته ورضاه المكتوب، ففي هذه الحالة يرتبط الطبيب القائم بالتجربة مع المريض أو الخاضع للتجربة بعقد قانوني وصحيح، فإذا ما أصيب المريض أو الشخص الخاضع

(1) د. أحمد محمود سعد - نفس المرجع، ص92.
(2) نسرین سلیمان حسن منصور- المرجع السابق، ص363.

للتجربة بأي أضرار جراء هذه التجربة، فيمكنه المطالبة بالتعويض بناء على أحكام المسؤولية العقدية، وفي هذه الحالة ووفقاً لأحكام المسؤولية العقدية سيقصر التعويض فقط على الأضرار المتوقعة دون الأضرار غير المتوقعة ما لم يرتكب الطبيب غشاً أو خطأً جسيماً، فيصبح ملتزماً بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، وهذا أيضاً محض تطبيق للقواعد العامة⁽¹⁾.

بيد أن الأمر في التجارب غير العلاجية (العلمية)، قد يختلف بعض الشيء عن التجارب العلاجية وكذلك الممارسات الطبية الأخرى، وذلك فيما يتعلق بالأضرار التي يجب التعويض عنها في حالة قيام المسؤولية العقدية، فكما أسلفنا فإن التعويض فيها يقتصر على الأضرار المتوقعة دون غير المتوقعة وهي وحدها التي ترتبط برابطة السببية مع خطأ الطبيب، إلا في حالي الغش والخطأ الجسيم.

إلا أن هناك كثيراً من التجارب العلمية (غير العلاجية)، قد ينتج عنها أضرار كثيرة غير متوقعة دون أن ينطوي فعل الجرب على غش أو خطأً جسيماً، وإذا ما علمنا بخطورة هذه الأضرار، فهل سندع تلك الأضرار غير المتوقعة بدون تعويض؟

فقد يصاب المريض بأمراض أخرى لم تكن متوقعة، وليست ناجمة عن أي غش أو خطأً جسيماً في جانب الطبيب الجرب، كوجود فيروس لم يتم اكتشافه علمياً بعد، لا من قبل الطبيب ولا من قبل غيره من أهل العلم، وبعد فترة يصاب الخاضع للتجربة بأمراض أخرى لا علاقة لها بمرضه القديم، وبالفحص يكتشف أن هذه الفيروسات كانت نتيجة لإجراء التجربة عليه، وهذه الفيروسات قد تطورت داخل جسد المريض خلال فترة زمنية معينة، مما أدى إلى إصابته بنوع جديد من الأمراض والتي قد تكون معدية تنتقل منه إلى زوجته أو أبنائه أو أي شخص آخر، وقد تؤدي إلى خلق أنماط وبائية جديدة، لتشكل تهديداً جديداً من التهديدات التي تطل الصحة العامة⁽²⁾.

عرض هذا التساؤل حديثاً على القضاء الفرنسي، واستجاب له بابتداع نظرية: "الالتزام بضمان سلامة المريض" والتي رأى فيها الأداة التي يمكن من خلالها من تعويض المريض عن

(1) د. محمد لبيب شنب - نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، المرجع السابق، ص327.

(2) د. نسرين سليمان حسن منصور - المرجع السابق، ص364.

الأضرار غير المتوقعة التي قد تلحق به جراء العمل الطبي الذي يخضع له، وبالرغم من عدم توافر الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه.

وفي ذلك قضت محكمة باريس الكلية بتاريخ 1997/5/5 بأنه إذا كانت طبيعة العقد الذي يعقد بين الجراح وعميله يضع على عاتق المهني من حيث المبدأ مجرد التزام ببذل عناية، فإنه ورغم ذلك يلتزم بمقتضى التزام بتحقيق نتيجة بإصلاح الضرر الذي لحق بمريضه. بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاج، متى كان الضرر الذي لم يكن ممكن معرفة سببه الحقيقي مرتبطاً مباشرة بالتدخل الذي خضع له المريض ولم يكن له علاقة بحالته السابقة⁽¹⁾.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد أقر بالحق في التعويض عن الأضرار غير المتوقعة التي قد تلحق بالمريض أثناء وجود علاقة طبية متكاملة ذات أهداف علاجية ضرورية، ومن ثم إقراره بقيام مسؤولية الطبيب دون اشتراط وجود خطأ، فمن الأولى اعتبار هذا المبدأ القضائي من أجل التعويض عن الأضرار غير المتوقعة والتي يمكن أن تلحق بالشخص الخاضع للتجربة العلمية.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن نظرية الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع في إطار القواعد العامة، وإن كانت صالحة للتطبيق بشأن التعويض عن القيام بالتجارب الطبية في حالة المسؤولية التقصيرية، إلا أنها ليست كافية في نطاق التعويض عن الأضرار غير المتوقعة في حالة المسؤولية العقدية، خاصة عندما لا يرتكب الطبيب أي غش أو خطأ جسيم، ولذلك نرى ضرورة تطبيق المبدأ القانوني الذي أقره المشرع الفرنسي في الفقرة السابعة من المادة (209) السابق ذكرها من قانون الصحة العامة الفرنسي، وسار عليه القضاء الفرنسي سواء الإداري أو المدني، والذي يقضي بالزام الطبيب بتعويض الأضرار غير المتوقعة التي قد تلحق بالشخص الخاضع للتجربة حتى ولو كان يرتبط معه بعقد ولم يثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه وذلك استناداً إلى "نظرية المسؤولية دون خطأ".

الفرع الثاني

تقدير الخطأ على أساس الخطأ الجسيم أو اليسير

(1) د. محمد حسن قاسم - المرجع السابق، ص 124.

قبل عام 1992 كان القضاء الإداري الفرنسي يشترط لقيام مسؤولية المستشفيات العامة عن تعويض الأضرار التي لحقت بالمرضى الذين يتلقون خدماتها العلاجية إثبات الخطأ الجسيم في مجال الأعمال الطبية التي لا يجوز ممارستها إلا من قبل الأطباء دون غيرهم والتي حددها المادة (372) من قانون الصحة العامة⁽¹⁾، كمعالجة الأمراض والتشخيص وذلك على خلاف ما كان معمولاً به أمام القضاء العادي والذي قرر منذ عام 1919⁽²⁾. مساءلة الطبيب عن أية أخطاء تصدر عنه بصرف النظر عن مدى جسامتها ورغبة من القضاء الفرنسي الإداري في مساواة المرضى الذين يصيبهم ضرر جراء خطأ صدر من طبيب عام بالمرضى الذين يلحق بهم الضرر جراء خطأ طبيب خاص، فقد تخلى عن استلزام الخطأ الجسيم لانعقاد مسؤولية الإدارة عن الخطأ المرفقي في مجال الأعمال الطبية التي حددها المادة المذكورة، وكان ذلك بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر عام 1992/4/10 ومنذ ذلك التاريخ أصبح القضاء الإداري الفرنسي يكتفي بالخطأ اليسير للطبيب في ممارسته لعمله الطبي لقيام مسؤولية المشافي العامة⁽³⁾. شأنه في ذلك شأن أي طبيب سواء كان طبيباً خاصاً أو يعمل لدى مستشفى خاص.

أما في مصر والجزائر، ونظراً لانعقاد الاختصاص بنظر جميع دعاوى التعويض التي ترفع ضد الإدارة عن الأخطاء الطبية الصادرة عن الأطباء العاملين لديها للقضاء العادي شأنها في ذلك شأن أي دعاوى تعويض أخرى، فقد تخلى القضاء المصري عن استلزام الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية الطبيب بصفة عامة بما في ذلك مسؤولية الإدارة عن أخطاء الأطباء العاملين لديها، بعد

(1) "exerce illegalement la medicine :

1- Rédaction du décret n 55-512 du 11 mai 1955 exerce illégalement la médecine:1 toute personne qui prend par habituellement ou par direction suivie ,même en présence d un médecin, al établissement d un diagnostic ou au traitement de maladies ou d affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposés, par actes personnels, consultation verbales ou écrites ou par tous autre procédées quel qu'il soit, ou pratique l'un des actes professionnels prévue dans une nomenclature fixe par arrêté du ministre de la sante publique pris après avis de l'académie national de médecine, loi N°76-1288 du 31 décembre 1976: " sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionne a l'article L365-2 et exige pour l'exercice de la profession de médecin ou sans être bénéficiaire des disposition spéciales visées loi N°72-661 du 13 juillet 1972:aux article L,366 ,L357,L357-1,L359 et L360; " article L372-1\ code de la sante de la sante publique \rédaction du décrets N°55-512 du 11 mai 1955

(2) Cass. civ, 29 nov. 1920, D.P. 1924, P103.

وقد جاء هذا الحكم مقرراً بأن: "الطبيب كغيره من الناس لا يلزم لمساءلته أن يكون الخطأ المنسوب إليه على درجة معينة من الجسامه، لأنه ليس للقاضي أن يتعمق في بحث وفحص الأصول الفنية لمهنة الطبي"، أنظر د. نسرین سليمان حسن منصور- المرجع السابق، ص401.
(3) د. نسرین سليمان حسن منصور- المرجع السابق، ص402.

أن كان يشترط ذلك من أجل تقرير مسؤولية الطبيب أو الإدارة العامة عن تلك الأخطاء الطبية⁽¹⁾.

والحقيقة أن هجر نظرية الخطأ الجسيم الذي شهده كل من القضاء الفرنسي والمصري والجزائري له آثار محمودة، فثمة خطأ يصدر من الطبيب العام أو الخاص ويوصف بأنه خطأ يسير أو هين في حين يصاب المريض بجراحه بأضرار جسيمة، وذلك لأن فكرة التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير تقوم بالنظر إلى درجة جسامة الخطأ وليس الضرر الذي حاق بالمريض المضروب، وفي هذا ظلم كبير لهذا الأخير والحقيقة أن مثل هذا التوجه القضائي الذي اعتنقه كل من القضاء الإداري الفرنسي حديثاً والقضاء العادي الجزائري والمصري، قد يجد صداه الواسع في نطاق بحثنا هذا، خاصة عندما يقوم الطبيب العام بإجراء تجربة غير علاجية على شخص، بما يصاحب ذلك من مخاطر، غير أننا لا نرى كفاية ذلك لتعويض المريض المضروب عن الأضرار التي قد تلحق به بسبب خضوعه للتجربة الطبية، خاصة إذا كانت تلك التجربة علمية (غير علاجية)، فعلى الرغم من تخلي القضاء كما رأينا عن اشتراط الخطأ الجسيم، إلا أن المسؤولية هنا لم تنزل قائمة على أساس الخطأ والذي يصعب في كثير من الأحيان على المريض المضروب إثباته وغالباً ما يخفق في ذلك، حتى ولو كان الخطأ المراد إثباته يكفي فيه أن يكون يسيراً، هذا بالإضافة إلى أن التجارب الطبية خاصة العلمية (غير العلاجية) تنطوي على مخاطر وأضرار كبيرة قد لا ترتبط بأي خطأ صادر من الطبيب العام أو الخاص، بالرغم من أنها نتيجة عمل الطبيب وتدخله التجريبي على جسد المريض، ففي مثل هذه الصور تقف فكرة المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ ولو كان يسيراً عاجزة عن تلبية حاجة هؤلاء المرضى المضروبين لتعويض المدني عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة التدخل التجريبي الذي أتاه الطبيب على جسده دون أن يسجل أي خطأ من الناحية الطبية.

المطلب الثالث

الخطأ داخل فريق البحث الطبي

(1) حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية عام 1943 والذي جاء في منطوقه بأن "الطبيب كغيره من الفنيين وغيرهم يسأل عن نتيجة خطأه، دون تمييز بين الخطأ الهين والخطأ الجسيم" محكمة الإسكندرية الابتدائية 30 ديسمبر 1943، مجلة المحاماة، س24، بند 35، ص78.

إذا كنا قد تعرضنا للخطأ الذي ينجم عن قيام الطبيب أو الباحث بالتجربة الطبية على الإنسان، فهذا ليس الغرض الغالب، ذلك أن مثل هذه الأعمال تحتاج غالباً في إنجازها إلى أكثر من طبيب أو باحث طبي واحد، فهي تحتاج إلى فريق بحث متكامل، لكل واحد دوره الذي يقوم به، كذلك يمكن أن تقام التجربة بواسطة فريق يرأسه طبيب أو باحث طبي بالإضافة إلى مجموعة من الأطباء المعاونين أو مجموعة من المرضى والمرضات الذين تضعهم الجهة التي تتم فيها التجربة تحت تصرف الطبيب القائم بالتجربة ومن هنا تثار ثلاث مشكلات في هذا المجال.

الأولى: مسؤولية الطبيب أو الباحث الطبي عن مساعديه الذين يختارهم.

الثانية: مسؤولية الطبيب أو الباحث الطبي عن المساعدين الذين تضعهم الجهة التي تتم فيها التجربة تحت تصرفه.

الثالثة: المسؤولية في حالة وجود خطأ صادر من أحد أعضاء الفريق الطبي. ولكن هذا العضو غير محدد.

وسوف نحاول البحث في هذه المشكلات وذلك كالتالي:

الفرع الأول

مسؤولية الطبيب أو الباحث الطبي عن مساعديه الذين يختارهم

الطبيب المحرب أو الباحث الطبي هو رئيس فريق البحث العلمي الذي يعمل تحت إمرته فهو يدير وينسق كل أنشطة مساعديه، إذ في أغلب الأحيان لا يعرف الخاضع للتجربة سواه ونظراً للاتفاق القائم بينهما، فإن الباحث الطبي يسأل تعاقدياً في مواجهة الخاضع للتجربة عن الأخطاء التي يرتكبها أفراد مجموعته، من أطباء وباحثين وممرضين، وطلبة ويكون الطبيب أو الباحث الطبي مسؤولاً كمتبوع عن مساعديه طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن فعل التابع في حالة الخطأ الذي يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية، كأن يقوم هذا الفريق بإجراء تجربة غير علاجية، دون رضائه، أي في حالة عدم وجود اتفاق بين الباحث الطبي والخاضع للتجربة⁽¹⁾.

(1) د. منير رضا حنا - المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى، 2007، ص455.

أما لو كان الطبيب أو الباحث الطبي مرتبط بالخاضع للتجربة بعقد، ووقع الضرر لهذا الأخير بفعل أحد مساعدي الباحث الطبي، فيمكن أن تنعقد في هذه الحالة المسؤولية العقدية للطبيب عن فعل الغير⁽¹⁾.

ويسأل الطبيب أو الباحث الطبي عن الأضرار الناجمة عن التجربة التي اشترك فيها معه زميل له، بناء على طلبه، مما يقتضي ألا يسأل الباحث الطبي عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء أو الباحثين يصيب الخاضع للتجربة بضرر، إلا إذا كان قد اختار هذا المساعد لمعاونته في التجربة، أو تركه يتدخل فيها، مع استطاعته منعه من هذا التدخل⁽²⁾.

وقد استقرت محكمة النقض المصرية، في هذا الصدد، على أنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه، إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه⁽³⁾.

الفرع الثاني

مسؤولية الباحث الطبي عن المساعدين الذين تضعهم الجهة التي تتم فيها التجربة تحت

تصرفه

يرتبط هذا الفرض بما يعرف بالتبعية العارضة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال هذا المساعد باعتباره تابعاً، ومدى خضوع هذا الأخير إما لإشراف ورقابة الطبيب أو الباحث الطبي وإما لإدارة الجهة التي تتم فيها التجربة. وسنتناول اتجاهات الفقه والقضاء في هذا الصدد كما يلي:

أولاً: مسؤولية الجهة التي تتم فيها التجربة:

ذهب اتجاه فقهي⁽⁴⁾ أن المستشفى أو الجهة التي تتم فيها التجربة، وهي بصدد مباشرتها لنشاطها الطبي (التجريبي والعلاجي)، فإن الأطباء المساعدين أو المرضيين هم تابعون لإدارة

(1) محسن عبد الحميد البيه - المرجع السابق، ص108.

(2) د. منير رضا حنا - نفس المرجع، ص456.

(3) د. منير رضا حنا - نفس المرجع، ص457.

(4) Savatier - traite de la responsabilité civil, op.cit, p304.

المستشفى أو الجهة التي تتم فيها التجربة، لأنهم يتلقون أجورهم منها ويخدمون فيها، ومن ثم تسأل هذه الجهة عن أخطائهم لأنهم يخضعون لتعليمات إدارتها ونظامها ويقتصر دورهم على تنفيذ ما عهد إليهم من خدمات، ولهذا يلحق بهم صفة التابعين المنصوص عليها في المادتين 136 و137 من القانون المدني الجزائري و174 مدني مصري و3/1384 مدني فرنسي.

وأنه لكي تسأل الجهة التي تتم فيها التجربة يجب أن يتوافر لها سلطة الإشراف والرقاب على هؤلاء المساعدين فحيث يتوافر لها ذلك فإنها تكون مسؤولة عن أعمالهم باعتبارها متبوعاً فالمساعدون الطبيون، بوجه عام عمال أو موظفون عهد بهم مدير المستشفى أو مركز البحث الطبي إلى الطبيب أو الباحث الطبي، فإنهم يكونون تحت السيطرة القانونية لهذا المدير، وفضلاً عن ذلك فإن الجهة التي تتم فيها التجربة هي التي تحدد مهمة كل واحد منهم، ويرى البعض بناء على هذا التحليل أن الطبيب أو الباحث الطبي لا يكون مسؤولاً عن فعل مساعديه إلا إذا كان هذا الباحث أو الطبيب هو في نفس الوقت مدير هذه الجهة، إذ أنه في هذه الحالة صفة المدير تجب صفة الطبيب أو الباحث الطبي⁽¹⁾.

ولكن ما يمكن ملاحظته في هذا الصدد، أن هذا الفرض السابق لا يمكن تطبيقه إلا في حالة التجربة العلاجية، فقد ذهب اتجاه قضائي مؤداه أن تقرير مسؤولية المستشفى عن تقصير الممرضين المساعدين يكون بالبحث عن الأساس القانوني لهذه المسؤولية، وذلك بالنظر إلى فحوى التزام المستشفى بالعلاج والعناية، فحيث أن ذلك الالتزام إنما هو التزام بالسهر والحرص واتخاذ الحيطة الواجبة لإتمام العلاج الممنوح وفقاً للمعطيات العلمية، فإن التزام المستشفى في هذا الصدد إنما هو التزام ببذل عناية، ومن ثم فإذا ثبت تقصيرها في منح هذا الالتزام انعقدت مسؤوليتها سواء كان هذا التقصير صادراً من الإدارة ذاتها أو من الممرضين الذين يقومون بتنفيذ هذا الالتزام وتحت إشراف المستشفى، وذلك دون البحث في توافر شروط مسؤولية المتبوع، فحيث ثبت الإخلال بهذا الالتزام تحققت مسؤولية المستشفى⁽²⁾، وهذا الكلام لا يمكن تطبيقه إلا على حالة التجربة العلاجية، فمن غير المتصور القول بمسؤولية المستشفى أو مركز البحث العلمي في حالة خطأ المساعدين في مجال التجارب العلمية (غير العلاجية) والسبب في ذلك أن التزام الطبيب أو الباحث الطبي في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة،

(1) د. محسن عبد الحميد البيه - المرجع السابق، ص 68.

(2) د. أحمد محمود سعد - المرجع السابق، ص 356.

فمسؤولية هذا الأخير تنعقد بمجرد الإخلال بهذا الالتزام أي عدم تحقق النتيجة، فصاحب التجربة يعد مسؤولاً - حتى في غياب الخطأ - عن تعويض النتائج الضارة للبحث على الشخص الذي يخضع له، دون أن يكون باستطاعته التخلص من المسؤولية بالاستناد إلى فعل الغير أو الانسحاب الاختياري للشخص الذي سبق أن قبل الخضوع للتجربة⁽¹⁾.

وبالقياس على هذه الفكرة، فإذا كانت مسؤولية الباحث الطبي تنعقد حتى في غياب الخطأ، كذلك تنعقد حتى لو كان الخاضع لها راضياً بهذه التجربة⁽²⁾، أليس من باب أولى أن يكون مسؤولاً في حالة خطأ المساعدين حتى وإن كانوا معينين من طرف الجهة التي تتم فيها التجربة؟

ثانياً: مسؤولية الطبيب أو الباحث الطبي

من الممكن أن يثار في هذا المجال نظرية المتبوع العرضي، التي تفترض وجود متبوع أصلي هو إدارة المستشفى ثم انتقال سلطة التوجيه والرقابة بصفة واقعية (عرضية) إلى الطبيب الجرب الذي يعتبر متبوعاً طوال وقت وجود المساعد تحت رقبته وتوجيهه. ومن أمثلة ذلك حالة موظفي الجهة التي تتم فيها التجربة من أطباء وممرضين، الذين يوضعون تحت تصرف الطبيب أو الباحث الطبي أثناء التجربة فالباحث الطبي أثناء التجربة هو السيد المطاع، وبالتالي المسؤول عما ينفذ من أعمال⁽³⁾.

ومن أوضح التطبيقات القضائية في هذا المعنى، حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية في 15 نوفمبر سنة 1955⁽⁴⁾. وتتمثل وقائع هذا الحكم أنه قامت رئيسة الممرضات في مستشفى بحقن مريض من أجل تخديره قبل إجراء عملية جراحية له مباشرة. وقد نشأ عن هذا الحقن شلل في ذراع المريض، فقاضى المريض الجراح، فقضت محكمة الاستئناف على هذا الأخير بمسؤوليته على أساس المادة 3/1384 مديني فرنسي، أي على أساس مسؤولية المتبوع

(1) l'article 209-7. de code de la santé publique précité que "pour les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sans que puisse être opposé le fait d'un tiers au retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenté à se prêter à la recherche"

(2) la déclaration de Helsinki précité: "l'expérimentateur porte l'entière responsabilité de l'expérience et ne saurait s'en décharger sur le sujet, même si le sujet a été consentant".

(3) د. محسن عبد الحميد البيه - المرجع السابق، ص 69.

(4) cass. Civ, 15 nov. 1955, note savatier, j.c.p 1956, p 106.

عن أفعال التابع. وأيدت محكمة النقض هذا الحكم لأن رئيسة الممرضات قد مارست عملها وهو حقن المريض بالمخدر، لحساب الجراح، وبناء على أمر منه، وفي حضوره، وفي نفس حجرة العمليات الجراحية، وإذا كانت هذه الممرضة تابعة بصفة عادية للمستوصف، فقد وضعت خلال العملية الجراحية، تحت تصرف الجراح من أجل مساعدته.

ويمكن القياس على هذا الحكم في مجال التجارب الطبية، حيث أن الباحث الطبي، يكون مسؤولاً باعتباره متبوعاً عرضياً، إذا مارس المساعد عمله أثناء التجربة وبناء على أمره ولحسابه وكذلك في حضوره، فتكون المسؤولية في هذه الحالة على عاتق الطبيب أو الباحث العلمي.

وما يمكن ملاحظته في الأخير أن إشكالية مسؤولية الطبيب أو الباحث باعتباره متبوعاً عرضياً أو مسؤولية المستشفى أو مركز البحث العلمي باعتبارها متبوعاً أصلياً. لا تثار إلا في حالة التجارب العلاجية، ففي هذه الحالة يمكن القول أن صفة التبعية العرضية للباحث الطبي تثبت في حالة قيام المساعد بتنفيذ تعليماته، أما بصدد أعمال التمريض العادية الخارجة عن إطار التجربة والتي تأتي تبعاً لها فتعود سلطة الإشراف والرقابة لمصدرها الطبيعي ألا وهي الجهة التي تتم فيها التجربة.

أما بالنسبة للتجارب العلمية (غير العلاجية)، فيمكن استخلاص أنه في جميع الأحوال تقوم مسؤولية رئيس فريق البحث الطبي. بمجرد وقوع الضرر، سواء كان هذا الخطأ منسوبا إليه أو إلى أحد مساعديه بل حتى ولو لم يكن هناك خطأ أصلاً.

الفرع الثالث

المسؤولية عن الخطأ الصادر من باحث طبي غير محدد داخل فريق البحث الطبي

نخرج من نطاق بحثنا هذا الحالات التي تتوافر فيها علاقة تبعية بين أعضاء فريق البحث الطبي والجهة التي تتم فيها التجربة كذلك في حالة وجود علاقة تبعية بين رئيس الفريق ومساعديه.

كما يخرج من نطاق المشكلة التي نحن بصددنا الحالة التي يكون فيها فريق البحث الطبي مكون من مجموعة من الأطباء لكل منهم عمله المستقل عن الآخر على الرغم من تشكيلهم فريق بحث طبي كامل لكن يمكن بسهولة نسبة الضرر الذي لحق بالخاضع للتجربة إلى خطأ أحد الأطباء أو الباحثين الأعضاء في فريق البحث الطبي القائم على التجربة، وذلك لتميز عمل كل منهم عن الآخر، كما يخرج عن نطاق هذه المشكلة الفرض الذي يخطأ فيه كل أعضاء الفريق الطبي متسبين كلهم جراء هذا الخطأ في إلحاق الضرر بالخاضع للتجربة، ففي هذه الحالة يعتبر الخطأ صادراً عن جميع أعضاء الفريق الطبي ويمكن مساءلتهم بناء على أحكام المادة 126 مدني جزائري بالتضامن.

وبعد هذا التحديد سنقوم بدراسة مشكلة الخطأ الصادر من باحث غير معلوم في الفريق الطبي على النحو التالي:

- أ - مدى إمكانية تعويض المريض المضرور في ضوء القواعد العامة للمسؤولية المدنية الطبية.
- ب - مدى إمكانية الخروج عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية الطبية من أجل تعويض المضرور في المشكلة محل البحث.

أ - مدى إمكانية تعويض الخاضع للتجربة في ضوء القواعد العامة للمسؤولية المدنية

من المعلوم أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية تفترض توافر الأركان التقليدية الثلاثة وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية، فإذا تخلف أي ركن من هذه الأركان بات أمر التعويض المدني مستحيلًا على المضرور، فعليه أن يثبت خطأ المتسبب وأن يثبت بطبيعة الحال انتساب هذا الخطأ إلى ذلك المتسبب بالذات⁽¹⁾، فإن عجز عن إثبات رابطة السببية ضمن القيود التي

(1) د. محمد شكري سرور - مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، الإسكندرية، دار الفكر العربي، دت، ص77.

تحدها قواعد القانون المدني ضاع حقه في المطالبة بالتعويض أيضاً، وهو ما تؤكد غالبية الأحكام الصادرة في فرنسا والجزائر ومصر⁽¹⁾.

وفي المشكلة محل البحث تبرز رابطة السببية كعثرة من شأنها أن تحول دون إمكانية حصول الخاضع للتجربة المضرور على التعويض المناسب لجبر الضرر الذي لحق به جراء خطأ صدر من أحد الأطباء أو الباحثين أعضاء فريق البحث الطبي، دون أن يكون محددًا بالذات. فبالرغم من أن رابطة السببية كركن من أركان المسؤولية المدنية تتوافر بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالمضرور إلا أن إعمالها والأخذ بها يتطلب بدهة ضرورة نسبة هذا الخطأ إلى متسبب معين بالذات فإثبات الخطأ الطبي دون معرفة مرتكبه ليس ذا قيمة من الناحية القانونية، ولا شك أن تحديد مرتكب الخطأ قد يستحيل من الناحية العملية في هذا النوع من المشاكل القانونية⁽²⁾.

ومن ثم فإن رابطة السببية تعتبر من أشد العوائق التي تحول دون تمكن المضرور من الحصول على تعويض مناسب يجبر الضرر الذي أصابه تحت ظروف المشكلة محل البحث. وذلك وفقاً للقواعد العامة. إذ عليه أن يثبت انتساب الخطأ إلى طبيب معين بذاته من بين أعضاء الفريق الطبي، فإذا ما أخفق في ذلك ضاع حقه في التعويض.

موقف شركات التأمين من توزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل فريق البحث الطبي دون تحديد مرتكبه بالذات:

قد لا تكون هناك أي مشكلة قانونية تذكر إذا كان جميع أعضاء الفريق الطبي الواحد قد أبرموا تأميناً واحداً من المسؤولية المدنية الطبية لدى ذات شركة التأمين إذ يمكن للمضرور في هذه الحالة الرجوع على شركة التأمين بالضمان دون أن يطالب بنسبة الضرر الذي أصابه إلى أحد الأعضاء بالذات ويكفيه هنا أن يقيم الدليل على وجود رابطة السببية بين الضرر الذي

(1) وقد قرر القضاء الفرنسي لزوم رابطة السببية بين الخطأ و الضرر ليس فقط من أجل قيام المسؤولية المدنية، وإنما هي لازمة من أجل قيام أي نوع من أنواع المسؤوليات القانونية سواء المدنية أو الإدارية أو الجزائية، وفي ذلك تقول محكمة استئناف باريس في حكمين لها بأن: " pour que la responsabilité d'une personne soit engagée, en matière administrative, civile ou pénale, il est nécessaire qu' existe un lien de causalité direct et certain entre le fait fautif et le damage" cour d'appel paris 18 Novembre 1992" ferrero – mugnier" cour d'appel. Paris. 11 juin 1997 "gasser"

هذين الحكمين مشار إليهما لدى د. نسرين سليمان منصور – المرجع السابق، ص410.
(2) د. محمد شكري سرور – المرجع السابق، ص77.

لحقه وبين الخطأ الطبي الصادر من أحد أفراد فريق البحث الطبي بالذات، وقد أقر القضاء الفرنسي هذه المبادئ في العديد من أحكامه⁽¹⁾.

ولكن قد لا يبدو والأمر بهذه السهولة إذا كان كل عضو من أعضاء الفريق الطبي قد أبرم تأميناً على مسؤوليته المدنية الطبية لدى مؤمن مختلف، إذ يجب على المريض في هذه الحالة تحديد العضو الذي تسبب في الإضرار به، حتى يتسنى له الرجوع على المؤمن الخاص به، وإلا فقد حقه في الرجوع على أي من شركات التأمين المؤمن لديها أعضاء فريق البحث الطبي كل على حدى⁽²⁾.

وإذا كان الحال كذلك في حال كان كل عضو من أعضاء الفريق الطبي قد أمن لدى شركة تأمين مختلفة، فإنه يصبح من باب أولى عندما يوجد من بين أعضاء الفريق الطبي عضو واحد غير مؤمن لدى شركة التأمين، ففي هذه الحالة لا بد للمريض المضرور أيضاً من إثبات انتساب الخطأ إلى متسبب معين بذاته وإلا فقد حقه في الرجوع على شركة التأمين لاحتمال أن يكون العضو الذي تسبب في إحداث الضرر هو العضو غير المؤمن.

ب - مدى إمكانية الخروج عن القواعد العامة في المسؤولية المدنية الطبية من أجل تعويض المضرور في المشكلة محل البحث

إذا كان أعمال القواعد العامة في المسؤولية المدنية يحول دون إمكانية تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به إزاء عدم قدرته على إثبات انتساب الخطأ إلى شخص محدد بذاته من بين أفراد المجموعة الواحدة المحددة، فإن هذا الأمر لم يرق لجانب كبير من الفقه فالمضرور في نظرهم هو الأولى بالحماية والرعاية من مجرد التخوف من ظلم أناس أبرياء وتحميلهم نتيجة خطأ ارتكبه أحدهم.

لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه إلى تأكيد حق المضرور في الحصول على التعويض المناسب في مثل هذه الظروف، ولكن عبر عدة محاولات منها:

(1) د. محمد شكري سرور - المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

(2) د. محمد شكري سرور - نفس المرجع، ص 44.

1- فكرة الخطأ في التخطيط والتنظيم⁽¹⁾:

وتقوم هذه الفكرة على أساس التفاوضي عن لحظة وقوع الفعل الضار، أو الخطأ والرجوع إلى مرحلة التنظيم والتخطيط للنشاط الذي حدث الضرر للمضروب من خلال تنفيذه، وإن كان البعض يصف هذه المحاولة بأنها التفاف وتحايل على مشكلة السببية، إلا أنها تستحق البحث.

ويفرق الفقه من خلال هذه الفكرة بين ما إذا كان المنظم هو فرد واحد من بين أفراد المجموعة أو فريق البحث الطبي، حيث يمكن في هذه الحالة وبناء على هذه الفكرة أن يتحمل المنظم وحده المسؤولية المدنية عن الضرر الذي لحق بالمضروب، وتقوم هذه المسؤولية هنا ليس على أساس الخطأ في التنفيذ وإنما على أساس الخطأ في التنظيم والتخطيط.

بينما قد يختلف الأمر إذا كان المنظم هو مجموعة من الأشخاص أو جميع أعضاء فريق البحث الطبي، وقد تقف أمام الخاضع للتجربة المضروب في هذه الحالة ذات الصعوبة التي كانت تواجهه من قبل، بيد أن أنصار هذه النظرية افترضوا فكرة التنظيم الجماعي أو المشترك في حال عدم نجاح المضروب في إثبات نسبة هذا التنظيم إلى شخص محدد بذاته من بين أعضاء الفريق وبناء على هذا الافتراض يصبح جميع أعضاء الفريق مسؤولون بشكل تضامني بتعويض المضروب.

ورغم ما تحمله هذه الفكرة من سهولة ويسر على المضروب خاصة في المجال الطبي، إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات التي تستحق الإشارة، ولعل أهمها أن هذه الفكرة تغفل نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب، وقد كانت هذه النظرية الأخيرة سبباً لعزوف القضاء الفرنسي عن فكرة الخطأ في التنظيم، معللاً ذلك بأن الخطأ في التنظيم ما هو إلا خطأ لا يرتبط بالضرر إلا بعلاقة سببية غير مباشرة أو ضعيفة بحيث لا يمكن القول بأنه السبب الحقيقي لهذا الضرر.

تعقيب :

والواقع أن فكرة الخطأ في التنظيم وإن لم تكن ذات جدوى في كثير من الحالات، بالإضافة إلى أنها فكرة تمدر نظرية السبب المنتج أو الفعال، إلا أنها تستحق البحث في العمل الطبي

(1) في تفصيل هذه الفكرة أنظر د. محمد شكري سرور- المرجع السابق، ص45 وما بعدها.

التجريبي الذي يمارس من خلال فريق بحث طبي متكامل، خاصة في مجال التجارب غير العلاجية (العلمية) والتي لا تكون للخاضع لها أي مصلحة شخصية، والتي قد ينجم عنها أخطاء كثيرة يعجز الخاضع للتجربة المضروور عن إثبات انتسابها إلى باحث طبي معين بذاته، ويضيع حقه في التعويض ما بين رفقاء يأبى كل واحد منهم البوح بخطأ زميله من باب المجاملة أملاً في رد الجميل لاحقاً، وحيث أن فريق البحث الطبي لا يتصور إقدامه على التجربة الطبية دون أن يكون قد قام بالتنظيم والتخطيط، وإعطاء كل عضو من أعضاء الفريق الطبي دوره في التجربة الطبية والمهمة التي ينبغي عليه أن يقوم بها، ولا مجال للشك في عدم تنظيم وتوزيع تلك الأدوار. فإذا ما وقع الضرر جاء خطأ أحد هؤلاء الأعضاء الذين يجمعهم تنظيم واحد وتاه مرتكبه من بين هؤلاء الأعضاء نقول وبحق أنه يمكننا الرجوع إلى فكرة الخطأ في التنظيم لتعويض المريض المضروور عن الأضرار التي حاقت به جراء خطأ العضو المجهول متى كان ذلك الخطأ نابعاً أو متصلاً مباشرة بالخطأ في التنظيم أو التخطيط.

2- فكرة المساهمة في نشاط خطر تعتبر في ذاتها خطأ

وتعتمد هذه الفكرة كسابقتها على مرحلة سابقة لمرحلة تنفيذ العمل أو النشاط الضار غير أنها لا تعول على الخطأ في التنظيم أو التخطيط، إنما تعول على لحظة الاشتراك في النشاط الجماعي، إذ تعتبر هذا الاشتراك في حد ذاته خطأ، طالما كان النشاط الجماعي نشاطاً خطراً من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير.

وقد تعرضت هذه الفكرة للعديد من الانتقادات ومن بين تلك الانتقادات ضرورة إثبات خطورة العمل الذي اشتركت فيه المجموعة، أما مجرد افتراض الخطورة في كل عمل جماعي أو مشترك قد يكون فيه من التكلف الكثير⁽¹⁾.

أضف إلى ذلك أن البعض الآخر من الفقه القانوني ومع افتراضهم التسليم بأن المساهمة في النشاط الخطر تشكل في ذاتها خطأ، إلا أنهم يرون بأن هذه الفكرة تتعارض ونظرية السبب المباشر أو المنتج للضرر، حيث يتوسط الضرر والخطأ في هذه الحالة الإهمال أو الحركة الخاطئة من أحد أعضاء المجموعة، وبالتالي فهي وسيلة لا تتفق مع التحليل الصحيح لرابطة السببية⁽²⁾.

(1) د.محمد شكري سرور- المرجع السابق، ص59 وما بعدها.

(2) د.محمد شكري سرور- نفس المرجع، ص59 وما بعدها.

والحقيقة أننا نرى بأن هذه الفكرة لا تصلح للتطبيق إلا في حالة التجارب غير العلاجية ذلك أن التجارب العلاجية على غرار الأعمال الطبية العادية، وبالرغم من أنها تنطوي على خطورة إلا أنها بنسب متفاوتة بحسب كل حالة على حدة، فلو قلنا بهذه النظرية من أجل قيام المسؤولية الجماعية عن الضرر الذي تسبب به أحد الأطباء أو الباحثين الطبيين الأعضاء في فريق البحث الطبي، لكان ذلك من باب التشديد المغالي به والذي قد يدفع بالأطباء إلى عدم المغامرة والاشتراك في العمل الطبي ضمن فريق طبي جماعي، لأن مسؤوليتهم وبناء على هذه الفكرة ستعتبر قائمة دائماً حتى ولو بذل الطبيب كل ما في وسعه من أجل إنجاز العمل المطلوب منه، وهو الالتزام المطلوب منه في مجال التجارب العلاجية، أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية وبما أن الالتزام فيها هو تحقيق نتيجة، بسبب عدم وجود أي مصلحة للشخص الخاضع لها، ونظراً لخطورتها وعدم إمكان حصر مخاطرها فإن هذه الفكرة تعد من الضمانات أو من الآليات التي يمكن استعمالها في هذا الصدد لحماية الشخص الخاضع لها، والتي يمكن أن نضيفها للضمانة التي قررها المشرع الفرنسي وهي فكرة المسؤولية دون خطأ في مجال التجارب غير العلاجية.

المبحث الثالث

علاقة السببية بين المفهوم التقليدي ومفهوم التعويض عن تفويت

الفرصة

لا يكفي لقيام المسؤولية أن يرتكب شخص خطأ، وأن يلحق ضرر، بل يجب أن يكون هذا الضرر نتيجة لذلك الخطأ، فعلاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية المدنية⁽¹⁾.

المطلب الأول

علاقة السببية وفكرة تفويت الفرصة

إذا توافر ركن الخطأ والضرر فإن المسؤول لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي تسبب فيه وهي الفكرة التي ظل يأخذ بها القضاء لفترة طويلة، إلا أنه بدأ يأخذ بفكرة جديدة وهي تعويض المضرور عن ضرر معروف ولكن هناك شك في أن يكون مرتبطاً بالخطأ، ولكن هذا الخطأ راجع إلى الطبيب المجرب وهو ما يعرف بالتعويض عن تفويت الفرصة، وسوف نبين في هذا المطلب ركن علاقة السببية وعلاقته بفكرة تفويت الفرصة، ثم نعرض تطور القضاء الفرنسي في مسألة التعويض عن فوات الفرصة.

الفرع الأول

علاقة السببية وفكرة تفويت الفرصة

حتى تتحقق مسؤولية الطبيب المجرب فإنه لا يكفي أن يقع خطأ منه وضرر على المريض أو الخاضع للتجربة، بل يجب أن يكون بين الخطأ أو الضرر علاقة سببية تجعل من الأول علة للثاني وسبباً لوقعه.

وتحديد رابطة السببية في المجال الطبي، يعد من الأمور العسيرة نظراً لتعقد الجسم الإنساني وتغير حالاته فقد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل خفية مردها طبيعة تركيب جسم الخاضع للتجربة واستعداده مما يصعب معه تبيينها⁽¹⁾.

(1) د. جابر محجوب علي - دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 494.

إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب المجرّب وخطئه، لذلك نجد القضاء يلقي التزاماً على عاتق الطبيب المجرّب، وبالتأكيد من حالة المريض واستعداده وما لديه من حساسية خاصة قبل التدخل، ولا يعني الطبيب المجرّب إلا إذا أثبت أن النتائج الضارة لتدخله تعد غير متوقعة وضعيفة الاحتمال طبقاً للمجرى العادى للأمور⁽²⁾.

وإذا أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر، فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور وللمسؤول نفى هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه وهو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁽³⁾.

ويشترط لاعتبار الحادث قوة القاهرة، عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه⁽⁴⁾.

أما خطأ المريض فإنه ينفي رابطة السببية إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر، أما إذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك يؤدي إلى انتقاص التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض.

ومن أمثلة الحالات التي يعد فيها خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية ويعفي الطبيب المجرّب من المسؤولية، انتحاره (بشرط ألا تكون بصدد مريض مرضاً عقلياً فهنا يقع التزام السلامة على عاتق الطبيب أو المستشفى) وتناول الخاضع للتجربة أو تعاطيه لأشياء حرمها عليه الطبيب بصفة صريحة مبيناً له نتائجها، أي أن يكون فشل العلاج راجعاً إلى خطأ المريض وحده، كعدم امتثاله لأوامر الطبيب المجرّب⁽⁵⁾.

وكذلك كذب المريض على الطبيب كأن يذكر له كذباً أنه لم يسبق له مطلقاً تعاطي أية أدوية أو إتباع أي علاج مما يظل الطبيب المجرّب ويوقعه في أخطاء تضر بصحة أو حياة

(1) د. محمد حسين منصور - المرجع السابق، ص 170.

(2) د. حسين زكي الأبراشي - المرجع السابق، ص 191.

(3) د. عبد الرازق أحمد السنهوري - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 734.

(4) د. محمد حسين منصور - المرجع السابق، ص 171.

(5) د. حسين زكي الأبراشي - نفس المرجع، ص 206.

الخاضع للتجربة، ونفس الشيء بالنسبة للتصرف الخاطئ للخاضع للتجربة الذي لم يكن في وسع الطبيب توقعه أو دفعه⁽¹⁾.

أما فكرة تفويت الفرصة فكانت في الأصل معروفة في مجال التعويض عن ضرر غير مؤكد يسمى تفويت فرصة، مثل تفويت فرصة النجاح في الامتحان أو المسابقة بسبب عدم التقدم لهذا الامتحان أو المسابقة، فعدم النجاح في هذه الحالة غير مؤكد سواء تقدم أو لم يتقدم لهذه المسابقة.

أما الاستعمال الجديد لها فقد نقلها إلى دائرة علاقة السببية، حيث يكون الخطأ موجوداً والضرر مؤكداً ولكن لسنا على ثقة من وجود علاقة السببية بينهما، فنفترض أن الخطأ لو كان لم يقع لكانت هناك فرصة لتلافي الضرر الذي وقع، والمثال الحي لذلك أنه بخطأ الجراح في عدم الاستعانة بطبيب تخدير، ومات المريض من جرعة تخدير غير سليمة، فيفترض أن الجراح بعدم استعانتة بطبيب التخدير قد فوت على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة، رغم عدم التيقن من أن وجود طبيب التخدير كان من شأنه أن يمنع موت المريض ولكن يعوض المريض عن فرصته الفائتة.

كما أنه في الحالات التي لا تحقق فيها التجربة العلاجية نتائج مرضية، دون وجود خطأ في جانب الطبيب، فإن مسؤوليته لا تستبعد تماماً بل يمكن مطالبته بالتعويض عن فقد فرصة التماثل للشفاء، بحيث يغطي التعويض الأضرار المترتبة على الإخفاق في الوصول إلى النتيجة المرجوة فالقانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب فوته عليه إخلال المتعاقد معه بالتزامه، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً احتمالياً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه⁽²⁾، فالحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر محقق، ولو كانت الإفادة منها أمراً محتملاً، فمناطق التعويض عن الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة، أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره⁽³⁾.

(1) د. أحمد عبد الله الكندري - المرجع السابق، ص397.

(2) نقض مدني مصري- 29 يونيو 1992، طعن 1472 س ق53، أنور طلبية - المستحدث في قضاء النقض المدني، ج1، ص626.

(3) د. ثروت عبد الحميد - تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار النيل للطباعة والنشر، 2000 ص27.

الفرع الثاني

تطور القضاء الفرنسي في مسألة التعويض عن تفويت الفرصة

صدر أول حكم في هذا الصدد، سنة 1965 عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾. في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيباً قام بعلاج طفل في الثامنة من عمره، كان قد تعرض لكسور، وبعد قيام الطبيب بالتشخيص ووصف العلاج أصيب الطفل بعد ذلك بشلل جزئي أدى إلى صعوبات في الحركة، وقد نتج هذا الشلل عن خطأ في التشخيص، وقد أقام والد الطفل دعوى بالتعويض أمام محكمة أول درجة لكن هذه الأخيرة حكمت برفض الدعوى استناداً إلى أن رابطة السببية بين الخطأ وما أصاب المريض من أضرار لم تثبت على نحو مؤكد.

طعن والد الطفل أمام محكمة استئناف باريس فقضت في 7 جويلية 1964 بوجود بعض القرائن على قدر من الترابط والاتساق كافية لإثبات أن ما أصاب المريض من شلل كان نتيجة مباشرة للخطأ المسند إلى الطبيب، هذا الأخير طعن بالنقض على أساس أنه لكي يسأل لابد أن يقوم دليل مؤكد على علاقة سببية مباشرة بين الخطأ المسند والضرر الذي أصاب المريض، وأن هذه القرائن ذات طبيعة افتراضية بحتة وأن الاعتماد عليها غير كاف.

وقد قضت محكمة النقض برفض الطعن وتأييد حكم محكمة الاستئناف، لأن للمحكمة الحق في استخلاص خطأ الطبيب في المستندات المقدمة وأن تقدر وفق سلطتها التقديرية بأن هناك قرائن كافية لإثبات أن العجز الذي أصيب به المضرور هو نتيجة مباشرة لخطأ الطاعن، وأنه لا تعارض بين هذه النتيجة وبين ما قرره خبراء الدعوى من شك حول مسؤولية الطبيب عن نتيجة العلاج.

كذلك قضت محكمة استئناف باريس بهذا المبدأ وذلك في حكمها الصادر في 15 مارس 1966⁽²⁾. والذي أيدت فيه حكم محكمة أول درجة الذي قضى بأن إخلال الطبيب

(1) د.حمدي عبد الرحمن - المرجع السابق، ص23.

(2) cour d'appel - Paris, sj, 1966, 14703.

بالتزامه قد أضع على المريض فرصة الشفاء بسبب حرمانه من الرعاية اليقظة بالرغم من عدم ثبوت علاقة السببية بين الخطأ الثابت في حق الطبيب وما أصاب المريض من ضرر.

ثم عادت محكمة النقض لتؤكد ذات المبدأ في حكمها الصادر في 27 جانفي 1970⁽¹⁾. وحكمت بأنه رغم عدم وجود دليل مؤكد على رابطة السببية فإن القاضي يحكم بالتعويض من مجرد أن فرصة كانت قائمة وضاعت على المريض.

المطلب الثاني

تفويت الفرصة في نطاق التجارب الطبية

رأينا في المطلب السابق كيف دفع القضاء الفرنسي بنظرية تفويت الفرصة خطوات هامة إلى الأمام في سبيل جعلها وسيلة فعالة لضمان التعويض للمرضى عن أخطاء الأطباء في نطاق الأعمال الطبية والجراحية، وما يمكن ملاحظته أن نطاق التجارب الطبية أكثر حاجة إلى حماية المواطنين الخاضعين لها نظراً لخطورة الانعكاسات الناتجة عن هذه التجارب.

وسوف نبين أولاً فوات الفرصة في نطاق التجارب العلاجية، وثانياً في نطاق التجارب غير العلاجية.

الفرع الأول

في نطاق التجارب العلاجية

والتجارب العلاجية، هي تلك التجارب التي تهدف أساساً إلى شفاء المريض، أي أنها تحقق هدفاً شخصياً للمريض ألا وهو الشفاء، وغالباً ما تسبق هذا النوع من التجارب تجارب إكلينيكية لاقت نجاحاً على الحيوانات، وبعد ذلك يتم تجريبها على الإنسان، وبذلك وبناء على هذا المفهوم فإن المسؤولية الطبية عن هذا النوع من التجارب يقترب مفهومها من المسؤولية الطبية عن الأعمال الطبية العادية وعليه فإذا أخطأ الطبيب وكان هذا الخطأ قد سبب ضرراً للمريض فإذا لم يكن هذا السبب واضحاً أمكن للمريض الاستفادة من تطبيق نظرية تفويت الفرصة للحصول على التعويض المناسب، وتبدو هذه النظرية أكثر وضوحاً في مجال التجارب

(1) cass.civ- Sj 27 janvier 1970, 02- 16422.

العلاجية. فقد يكون من الجائز القول بأن مجرد تجربة الطبيب للدواء الجديد أو الطريقة العلاجية المستحدثة قد فوت فرصة الشفاء على المريض، وعندئذ يحق للطبيب أن يدفع مسؤوليته بعدم تيقنه من نتيجة الطريقة الجديدة أو شكه في جدواها أو أنها لم تصبح بعد جزءاً من المعطيات العلمية المكتسبة، فإن فوات الفرصة يصبح أكثر وضوحاً ويستطيع القاضي أن يقدر التعويض الملائم رغم غياب اليقين في شأن رابطة السببية⁽¹⁾. غير أن الصعوبة تكمن في تحديد حجم التعويض الواجب الحكم به نظراً لصعوبة تقدير السببية الاحتمالية، ويترتب على هذه الصعوبة إمكانية التقدير وفق معطيات لا تتعلق بالسببية الاحتمالية على نحو دقيق.

إلا أننا نرى أن هذا المفهوم ليس على درجة من الخطورة، مقارنة بعدم الأخذ بهذه النظرية مطلقاً لأن عدم الأخذ بها يعني التساهل وعدم التشدد في استظهار الخطأ في التجارب العلاجية مما يؤدي إلى إضعاف مفهوم الالتزام بضمان السلامة، وبذلك جعل المريض أكثر عرضة للخطر في هذا المجال، وقد رأينا أن المشرع الفرنسي قد خرج على قاعدة تطلب الخطأ واجب الإثبات لقيام المسؤولية في مجال التجارب العلاجية، حيث أقام المسؤولية على قرينة الخطأ فكيف لا يكون ذلك في علاقة السببية، وفي رأينا أن مبدأ التعويض عن فوات الفرصة يعتبر ضماناً لا تقل قيمة عن مبدأ الخطأ المفترض في مجال التجارب الطبية السالف ذكره، فهي ضمانة أساسية لحماية المرضى وسلامتهم الجسدية بالإضافة إلى أنه وسيلة دفع للطبيب إلى احترام واجباته والتزامه بالعناية وبما يجب عليه من حرص ويقظة.

الفرع الثاني

في نطاق التجارب غير العلاجية (العلمية)

تختلف التجارب العلمية عن التجارب العلاجية في أنها، تستهدف المصلحة العامة وتخدم البحث العلمي بالدرجة الأولى وليست المصلحة الفردية للمريض بذاته ومن هنا تبدو خطورة هذا النوع من التجارب ومن خلال هذا التعريف يتضح أن أعمال مبدأ فوات الفرصة وفق المفهوم الذي سبق ذكره يعتبر أمراً صعباً. يمكن لأن الخاضع للتجربة ليست له مصلحة علاجية في الخضوع لها، وبذلك ليست له فرصة أصلاً حتى نتكلم عن ضياعها.

(1) د. سهير منتصر - المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية، المرجع السابق، ص 115.

كذلك يرى بعض الفقه الفرنسي⁽¹⁾. أن الحديث عن سببية احتمالية يمكن افتراضها أو استظهارها من واقع وجود خطأ ووجود ضرر أمر غير وارد لذلك فإن ضمانات هذا النوع من التجارب تتحقق على نحو واضح في الشروط الواجب توافرها في القائم بها من حيث التخصص والكفاءة بالإضافة إلى الضوابط الأخرى المتعلقة بالتجربة والخاضع لها والتي سبق وأن ذكرناها.

إلا أننا نرى من جانبنا أن هذه الفكرة -تفويت الفرصة- لا مجال لإعمالها في الوقت الحاضر في مجال التجارب غير العلاجية، لأن القضاء والمشرع الفرنسيين قد حسما الأمر. وذلك بالأخذ بنظرية المسؤولية بدون خطأ، فقد رأينا أن القانون 88-1138 المشار إليه سابقاً، جعل في الفقرة (7) من المادة (209) منه، مسؤولية الطبيب في هذه الحالة مسؤولية بدون خطأ، بمعنى أن مسؤوليته تكون قائمة حتى ولو لم يرتكب خطأ⁽²⁾، وبذلك فلا حاجة للكلام على علاقة السببية في هذا المجال وعليه فإن الأخذ بفكرة تفويت الفرصة في هذه الحالة لا قيمة له ولا أهمية وهذا ما اتجه إليه القضاء الفرنسي⁽³⁾ -وحسن ما فعل- حيث أخذ بفكرة المسؤولية دون خطأ وجعلها نمط من أنماط المسؤولية المدنية الطبية الخاصة بالأعمال الطبية غير العلاجية، ومن ثم لا يستطيع الطبيب بناء على ذلك نفي مسؤوليته عن الأضرار التي لحقت بالخاضع للتجربة بأي حال من الأحوال.

(1) مشار إليه لدى د. سهير منتصر- نفس المرجع، ص116.

(2) "Pour les recherches biomédecines sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, , même sans faute . l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui S'y prête et celle de ses ayants droit, sous que puisse être opposé le fait d'un tiers au le retrait volontaire de la personnes qui avait initialement consenti a se prêter a la recherche" Art 209-7.code de la sante publique français.

(3) وقد أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي أولاً سنة 1990 ثم تبعه القضاء المدني عام 1999 في الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 15-11-1999. السابق ذكريهما

خاتمة

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أما بعد

إن التجارب الطبية على جسم الإنسان تثير عدة تساؤلات سواء من حيث شرعيتها وضوابطها أو المسؤولية الناشئة عنها.

فالتجارب الطبية هي أخطر ما يمكن أن يتعرض إليه الإنسان أثناء وبمناسبة تلقيه الخدمات الطبية لأن التجربة تتضمن الكثير من المخاطر، ولقد توصلنا من خلال دراستنا إلى أن التجارب الطبية على جسم الإنسان ضرورة حتمية لاغنى عنها في سبيل التحقق من فعالية الأدوية الجديدة التي يتم تجربتها على جسم الإنسان، فهذا التدخل تمليه الضرورة الاجتماعية وقد مارسها البشر منذ القدم وكانت هي السبب في الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن، وهي الملاذ الوحيد لتجنب الأمراض الجديدة والكوارث الناجمة عنها .

كما يرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية في فتح آفاق العلم والمعرفة، وتطور العلوم الطبية مما بعث الأمل في نفوس المرضى، وأرسى الطمأنينة في عقول الأصحاء وخلصهم من الخوف من الأوبئة والأمراض كما كان سابقاً.

وللتجارب الطبية على جسم الإنسان أهمية بالغة من الناحية العلمية بالنظر إلى الاختلافات الجوهرية من الناحية الفسيولوجية والتكوين البيولوجي بين الإنسان والكائنات الأخرى. فبالرغم من أن التجارب يجب أن تكون على حيوانات، وبالرغم من التشابه في كثير من الأعضاء بين الإنسان وبعض الحيوانات مثل (قرد الشامبانزي) إلا أنه في بعض الحالات لا يمكن التأكد من صلاحية الدواء أو العلاج إلا إذا تمت التجربة على الإنسان للحصول على النتائج الحقيقية للمادة أو الطريقة العلاجية المراد تجربتها.

ومن خلال هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج هي :

1- اختلاف الفقه بشأن مشروعية التجارب الطبية بين معارض ومؤيد، ويلاحظ أن هذا الاختلاف كان حول التجارب العلمية (غير العلاجية) فقط، أما التجارب العلاجية فقد أجمع الفقه والتشريعات على مشروعيتها، كذلك كان موقف الشريعة الإسلامية واضحاً على

شرعية التجارب العلاجية أما بالنسبة للتجارب غير العلاجية فاختلف الفقه الإسلامي حولها بين معارض ومؤيد .

2- أنه من الناحية التاريخية كان سبق للقانون الدولي لوضع الأسس القانونية للتجارب الطبية على الإنسان من خلال المبادئ والقواعد التي وضعتها محكمة Nuremberg سنة 1949 على إثر محاكمة الأطباء النازيين على الجرائم الحربية التي ارتكبوها أثناء الحرب العالمية الثانية باسم التجارب العلمية، ثم لحقها بعد ذلك الكثير من القواعد الخاصة لتنظيم هذا المجال وكانت الأنظمة الأنجلوسكسونية السابقة في هذا المجال، أما التشريعات الأكثر حداثة وأبرزها فكان التشريع الفرنسي سنة 1988، ويعتبر التشريع الفرنسي التشريع الوحيد الذي نظم التجارب الطبية على الإنسان بشكل مفصل ومتكامل.

3- أن الحصول على موافقة الشخص الخاضع للتجربة من أهم الشروط التي نصت عليها الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية، كذلك جميع التشريعات التي نظمت التجارب الطبية بسبب توقف شرعية التجربة عليه إلى حد كبير، وشددت هذه التشريعات في الالتزام بالتبصير والإفشاء في هذا المجال، كذلك ألزمت أغلب هذه التشريعات أن تكون هذه الموافقة في شكل مكتوب وأعطت الحق للشخص الخاضع للتجربة الانسحاب أو الرجوع في الموافقة في أي مرحلة كانت عليها التجربة.

4- يجب أن يكون الرضا حراً ومستتيراً خالياً من أي عيب من عيوب الإرادة مثل الغش والتدليس والإكراه، وعرفنا أن الإكراه في هذا المجال يمكن أن يأخذ صورة التبعية مثل المرضى أو الطلبة، أو يكون هذا الإكراه في شكل إكراه اقتصادي أي بمقابل مالي، كذلك هنالك حالات أخرى يكون فيها الشخص في تبعية مثل المساجين والمجانين.

5- أن القوانين خصت الفئات الضعيفة في المجتمع بعناية خاصة كالقصر والمجانين وغيرهم ممن يحتاجون إلى حماية القانون، فالقاصر لا يمكن أن يخضع للتجارب غير العلاجية بأي حال من الأحوال وحتى وإن وافق وليه، أما إذا كان مميزاً فيجب أخذ موافقته وموافقة وليه معاً، أما التجارب العلاجية فيمكن إجراؤها على القاصر غير المميز ولكن بشرط موافقة والديه أو من ينوب عنه .

كذلك رأينا أن التجارب على جثث الموتى لم تنضمها جميع الشرائع بشكل صريح فقد
نضمها القانون الفرنسي، أما الدول العربية فقد نظمت التصرف في جثث الموتى لكن لم تتكلم
عن التصرف فيها بغرض البحث العلمي إلا القانون المصري فهو القانون الوحيد الذي تكلم
عن التجارب على جثث الموتى.

6- كما ثبت أنه يجوز التجريب على النساء الحوامل، وعلى الجنين لأن الكثير من الأمراض
القاتلة للأطفال مصدرها التشوهات التي تصيب الجنين في بطن أمه من ثم الحاجة إلى التجريب
الطبي على هذا الكائن سواء قبل أو بعد خروجه من بطن أمه.

7- إن التجارب الطبية يجب أن تخضع لمجموعة من الشروط والضوابط الموضوعية لشرعيتها
على الإنسان فمنها شروط علمية تستوجب أن يكون هناك توازن بين المصالح المراد بلوغها
والمخاطر المقترنة بهذه التجارب، بحيث لا يمكن أن تكون التجربة شرعية من الناحية الأخلاقية
والقانونية إلا إذا كانت تحقق منافع تفوق أو تساوي على الأقل المخاطر التي يتعرض لها
الإنسان من جراء الخضوع لها، وشروط تشمل القائمين بهذه التجارب وما يجب أن يتوافر عليه
هؤلاء من كفاءات علمية، كما يدخل ضمن هذه الشروط ضرورة توفير الحماية اللازمة في
أماكن إجراءات التجارب الطبية والتي يجب أن تسبقها دائماً دراسات مخبرية وإكلينيكية على
الحيوانات قبل مباشرة الدراسة على الإنسان.

8- لا يمكن مباشرة التجارب إلا في الأماكن المرخص لها بإجراء التجارب، وبعد الحصول على
موافقة الجهة الإدارية المختصة والهيئات الرقابية المعتمدة خصيصاً لهذا الغرض.

9- قصور التشريعين الجزائري والمصري في تنظيم التجارب الطبية وبالأخص في عدم توفير
الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لها، ففي الوقت نفسه خصصت التشريعات المقارنة وعلى
رأسها القانون الفرنسي، ترسانة من النصوص الجنائية والمدنية لحماية حق الشخص في سلامة
كيانه البدني والعقلي وأوضحت الضوابط والشروط التي يجب توافرها في الخاضع للتجربة وفي
الطبيب المحرب، والمسؤولية الناجمة عنها، وكيفية إثبات الخطأ والتأمين عن الضرر... الخ،
أما القانون الجزائري فتنظيمه للتجارب الطبية لا يزال في مرحلته الأولى، حيث اكتفى من خلال
قانون حماية الصحة وترقيتها، على وضع الأساس القانوني للتجارب الطبية، والنص على القواعد
الأساسية التي تنظم هذه التجارب وإسناد مهمة الرقابة عليها إلى المجلس الوطني لأخلاقيات

العلوم الطبية كذلك اقتصر تدخل التشريع الجزائري في مجال المسؤولية الناشئة عن هذه الأعمال بنص واحد يؤكد من خلاله على ثبوت المسؤولية المدنية للقائم بالتجربة على الأضرار التي تمس الشخص المشارك في التجربة، أما القانون المصري فلم ينظم التجارب الطبية إلا من خلال مادة واحدة من الدستور وهي المادة 45، التي اقتضت على النص بأنه " لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر " فبينت هذه المادة على أنه يجب أن تتوفر شرط الرضاء الحر ولم تنظم بشكل مفصل التجارب الطبية على جسم الإنسان، هذا وبالإضافة لبعض النصوص التأديبية التي نصت عليها لائحة آداب المهنة للنقابة العامة لأطباء مصر رقم 238 لسنة 2003 .

10- ان المسؤولية المدنية الناجمة عن ممارسة التجارب الطبية على جسم الإنسان تتميز ببعض الخصوصية خاصة في ركن الخطأ، حيث رأينا أن إثبات الخطأ في مجال التجارب الطبية يختلف عنه في القواعد العامة، ففي مجال التجارب العلاجية تقوم المسؤولية على أساس الخطأ المفترض أي قرينة الخطأ ولا يستطيع الطبيب المحرب التخلص منها إلا إذا اثبت أن الضرر لا يرجع إلى خطأه. أما بالنسبة للتجارب العلمية فالمحرب لا يستطيع التخلص من المسؤولية وان انتفى عنه الخطأ لأن المسؤولية في هذا المجال تقوم بدون خطأ وهي النظرية التي ابتدعها القضاء الفرنسي وأخذ بها كذلك التشريع الفرنسي، وهذا كله خارج عن نطاق القواعد العامة التي تقوم المسؤولية فيها على أساس الخطأ واجب الإثبات.

11- ان التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية يختلف عنه في مجال الأعمال الطبية الأخرى حيث أنه يكون التزام ببذل عناية، لكن في مجال التجارب لا يكون كذلك إلا في حالة التجارب العلاجية، أما في التجارب غير العلاجية فيكون إلتزامه تحقيق نتيجة لأنه ليس للخاضع لها أي مصلحة منها .

أما التوصيات التي يمكن أن نوصي بها فهي :

1- نوصي المشرع الجزائري بالسير على نهج المشرع الفرنسي وذلك بإصدار تشريع خاص ينظم موضوع التجارب الطبية خاصة منها الدوائية، ويجعل لها تنظيماً مفصلاً شاملاً لجميع التجارب العلاجية وغير العلاجية وعلى جميع الأصناف من البشر - البالغين والقصر والمساجين والمجانين والنساء الحوامل وكذلك جثث الموتى.

2- كذلك في كثير من الأحيان يكون الطبيب المحرب غير محايد أثناء عملية التبصير حيث يتم تزويد الخاضع للتجربة بمعلومات غير صحيحة إلى حد كبير، خاصة المخاطر المتوقعة من التجربة لذلك نوصي المشرع أن يضع الضمانات التي تكفل حياد الطبيب أثناء عملية التبصير واستقلالية الخاضع للتجربة وعدم تأثره بالطبيب المحرب سلباً أو إيجاباً أثناء اتخاذ قرار قبول أو رفض المشاركة في البحث العلمي.

3- نوصي كذلك أن يعاد النظر في جميع التشريعات التي تنظم موضوع التجارب الطبية كل عدة سنوات وبشكل منتظم ودوري لمواكبة التطور البيولوجي السريع في هذا المجال.

4- نوصي المشرع الجزائري بوضع قانون يجبر الطبيب المحرب بالتأمين على مسؤوليته عن التجارب الطبية ومسؤولية من يشارك معه، وأن يجعل هذا التأمين إجباري وأي اتفاق على ذلك يقع باطلاً. كما فعل المشرع الفرنسي، وهو أسلوب يضمن التعويض للمضرور ويحمي الطبيب المحرب ويشجعه على البحث العلمي وتطوير الطب دون خوف من التعويض عن المخاطر أو الأضرار التي تقع أثناء التجريب.

5- نوصي كذلك كليات الطب في الجزائر أن تخصص مادة أو مقياساً خاصاً لتدريس طلبه الطب أخلاقيات وضوابط إجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان، وطريقة الحصول على الرضا المناسب وتبصير الخاضع للتجربة على أحسن وجه، وإلمامه بجميع المعلومات الخاصة بهذه التجربة خاصة منها المخاطر المتوقعة.

6- كذلك نوصي المشرع الجزائري أن يأخذ بفكرة المسؤولية دون خطأ والتي أخذ بها القضاء الفرنسي فيما يتعلق بالتزام الطبيب بضمان سلامة المريض إذ اعتبره التزاماً بتحقيق نتيجة في حالة التجارب غير العلاجية، ويمكن أن تقوم مسؤوليته القانونية حتى دون ثبوت الخطأ في جانبه بناء على أحكام " المسؤولية دون خطأ " وهذا يعني أن الطبيب المحرب لا يمكنه أن ينفي عنه المسؤولية بإثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي.

7- كذلك نوصي بجعل خطأ الطبيب المحرب مفترضاً في بعض الحالات، خاصة في مجال التجارب العلاجية والتي يصعب فيها على المريض إثبات خطأ الطبيب المحرب كحالة انتقال العدوى للخاضع للتجربة وذلك على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 7 - 209 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

اللهم الحمد لك والشكر لك والملك لك اغفر لعبد قال : الذنب لي
والعفو لك .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الملاحق

Déclaration D'Helsinki

Recommandation à l'intention des médecins procédant à la
recherche biomédicale chez l'homme

DECLARATIN D'HELSINI

Adoptée par l'association médicale mondiale (World medical assembly) lors de sa 18 session tenue à Helsinki (Finlande) en 1964 et révisée de sa 29 session à Tokyo (Japon) en 1975. Lors de sa 35 session à Venise (Italie) en 1983, et lors de sa 41 session à Hong-Kong en 1989.

PREAMBULE

La mission du médecin est de veiller à la santé de ses semblables. Il exerce cette mission dans la plentitude de son savoir et de sa conscience.

La déclaration de Genève rédigée par L'association médicale mondiale engage le médecin "à considérer la santé du patient comme son premier souci" et le Code international d'éthique médicale "interdit au médecin de donner un conseil ou de poser un acte médical qui ne soit pas justifié par l'intérêt direct du patient et notamment d'affaiblir la résistance physique ou mentale d'un être humain, a moins de nécessité thérapeutique".

L'objet de la recherche biomédicale doit être l'amélioration des méthodes diagnostique, thérapeutiques et prophylactiques et la compréhension de l'étiologie et de la pathogenèse des maladies.

Dans la pratique médicale courante toute méthode diagnostique, thérapeutique ou prophylactique comporte des risques : ceci s'applique a fortiori a la recherche biomédicale.

Le progrès de la médecine est fondé sur la recherche qui ,en définitive ; doit s'appuyer sur l'expérimentation portant sur L'homme.

Il convient dans le domaine de la recherche biomédicale d'établir une distinction fondamentale entre , d'une part, une recherche au but essentiellement diagnostique ou thérapeutique ou thérapeutique a l'égard du patient et d'autre part ,une recherche dont l'Objectif essentiel est purement scientifique et sans finalité diagnostique ou thérapeutique directe a l'égard du patient.

Des précautions spéciales doivent être prises dans la conduite de recherches pouvant porter atteinte a l'environnement. Le bien-être des animaux employés au cours des recherches doit être respecté.

Comme il s'est avéré indispensable pour le Progrès de la science et pour le bien de l'humanité souffrante d'appliquer les résultats des expériences des laboratoires a l'homme ,l'association médicale procédant a des recherches biomédicales. Ces recommandations devront être revues périodiquement dans l'avenir. Il est souligné que ces règles ont été rédigées seulement pour éclairer la conscience des médecins du monde entier.Ceux-ci ne sont pas exonérés de leurs responsabilités pénale, civile et déontologique a l'égard des lois de leur propre pays.

I .PRINCIPES FONDAMENTAUX

1. la recherche biomédicale portant sur des êtres humains doit être conforme aux principes scientifiques généralement reconnus et doit

être basée sur une expérimentation réalisée en laboratoire et sur l'animal, exécutée de manière adéquate ainsi que sur une connaissance approfondie de la littérature scientifique.

2. le projet et l'exécution de chaque phase de l'expérimentation portant sur l'être humain doivent être clairement définis dans un protocole expérimental qui doit être soumis à un comité désigné spécialement à cet effet et Independent de l'investigateur et du sponsor, pour avis et conseil, pourvu que ce comité Independent soit en conformité avec les lois et réglementations en vigueur dans le pays ou l'expérimentation au lieu.

3 .l'expérience sur l'être humain doit être menée par des personnes scientifiques qualifiées et sous la surveillance d'un clinicien compétent. La responsabilité à l'égard du sujet de l'expérimentation doit toujours incomber à une personne médicalement qualifiée et ne peut en aucun cas incomber au sujet, même si celui-ci donne son consentement écrit.

4. l'expérience ne peut être tentée légitimement que si l'importance du but visé en rapport avec le risque encouru par le sujet.

5. chaque projet de recherche biomédicale doit être précédé d'une évaluation sérieuse des risques à comparer bénéfices escomptes pour le sujet doivent toujours prévaloir sur ceux de la science et de la société.

6. le droit du sujet à préserver son intégrité doit toujours être respecté. Il est nécessaire de prendre toutes précautions pour respecter la vie privée du sujet et de réduire les répercussions de l'étude sur son intégrité physique et mentale ainsi que sur sa personnalité.

7. Un médecin ne doit étendre un projet de recherche que s'il estime être en mesure d'en prévoir les risques potentiels. Un médecin doit

arrêter l'expérience si les risques se révèlent l'emporter sur les bénéfices escomptés.

8. lors de la publication des résultats de sa recherche, le médecin doit veiller à ce qu'il ne soit pas porte atteinte à l'exactitude de ceux-ci. Les rapports d'expérimentation ne devront pas être publiés.

9. dans toutes recherche portant sur l'homme, le sujet éventuel doit être dûment informé des objectifs, méthodes, bénéfices escomptés ainsi que des risques potentiels de l'étude et des désagréments qu'elle pourrait occasionner. Il (elle) doit également être informé(e) de la liberté qu'il(elle) a de s'abstenir de participer à l'étude et de la possibilité de retirer son consentement à tout moment. Le médecin doit obtenir son consentement libre et éclairé, de préférence par écrit.

10. Lorsqu'il sollicite le consentement éclairé du sujet au projet de recherche, le médecin devra prendre des précautions particulières si le sujet se trouve vis-à-vis de lui dans une situation de dépendance, ou doit donner son consentement sous la contrainte. Dans ce cas, il serait préférable que le consentement éclairé soit recueilli par un médecin non engagé dans l'expérience en cause et qui soit complètement étranger à la relation médecin-sujet.

11. en cas d'incapacité légale, le consentement éclairé doit être obtenu du représentant légal conformément à la législation nationale. Au cas où l'incapacité physique ou mentale rend impossible l'obtention d'un consentement éclairé, ou lorsque le sujet est un mineur, l'autorisation des proches responsables remplace, sous la même Réserve, celle du sujet.

12. le protocole de recherche doit toujours contenir une déclaration sur les considérations éthiques impliquées dans cette recherche et doit indiquer que les principes énoncés dans la présente déclaration sont respectés.

II -RECHERCHE MEDICALE ASSOCIEE A DES SOINS MEDICAUX

1. Lors du traitement d'un malade, le médecin doit être libre de recourir a une nouvelle méthode diagnostique ou thérapeutique, s'il (si elle) juge que celle ci offre un espoir de sauver la vie, rétablir la santé ou soulager les souffrances du malades.

2. Le médecin doit peser les avantages, les risques et inconvénients potentielles d'une nouvelle méthode par rapport aux meilleures méthodes existants de diagnostic et de thérapeutique.

3. Pour toute étude clinique-avec ou sans groupe témoin le malade devra bénéficier des meilleurs moyens diagnostiques et thérapeutiques disponibles.

4. Le refus du patient de participer a une étude ne doit en aucun cas porter atteinte aux relations existant entre le médecin et patient.

5. Si le médecin estime qu'il est essentiel de ne pas demander le consentement éclairé du sujet, Les raisons spécifiques de cette proposition doivent être exposés dans le protocole de l'expérimentation envisagée transmis préalablement a un comité indépendant, selon la procédure prévue auxL.2 ci-dessus.

6. Le médecin ne peut associer la recherche biomédicale avec des soins médicaux, en vue de l'acquisition de connaissances médicales nouvelles, que dans la mesure où cette recherche biomédicale est justifiée par une utilité, diagnostique ou thérapeutique potentielle a l'égard de son patient.

III.RECHERCHE BIOMEDICALE NON THERAPEUTIQUE SUR DES SUJETS HUMAINS (RECHERCHE MEDICALE NON CLINIQUE)

1. Dans l'application d'expériences purement scientifiques entreprises sur l'homme, le devoir du médecin est de rester le protecteur de la vie et de la santé du sujet de l'étude.
2. Les sujets doivent tous être volontaires, soit des sujets en bonne santé soit des malades dont l'affectation n'a rien à voir avec celle faisant l'objet de l'étude.
3. L'investigateur ou l'équipe de recherche doivent arrêter l'expérience si, à leur avis, sa poursuite peut être dangereuse pour le sujet.
4. Dans la recherche sur sujet humain, les intérêts de la science et ceux de la société ne doivent jamais prévaloir sur le bien-être du sujet.

ملحق رقم (02)

CODE DE LA SANTE PUBELIQUE

Livre-2bis

**Protection des personnes qui se prêtent
à des recherches biomédicales**

(D.n° 90-872,27 sept.1990)

Titre1

Comités consultatifs de protection

Des personnes dans la recherche biomédicale

(1) Le plan de la deuxième partie (règlements et décrets en conseil d'état) du code de la santé publique (livre V) est le même que le plan de la première partie (lois).

(*) Note :Par dérogation transitoire aux dispositions du titre 2 du code de la santé publique et sous réserve qu'ils aient fait l'Object du dépôt d'un dossier complet de demande d'autorisation dans les trois mois suivant la date de publication du présent décret, Les lieux de recherche sans bénéfice individuel direct, Les lieux de recherche sans bénéfice individuel direct en activité a cette date pourront continuer de fonctionner jusqu'à ce que le ministre charge de la santé se soit prononcé sur leur demande.

Les mêmes dérogations s'appliquent pour l'autorisation des lieux de recherche mentionnés à l'article R.2028N(D.no90-872,27 sept.1990,art.7)

CHAPITRE PREMIER

Constitution

Art.r.2001.-Les comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale comprennent douze membres titulaires :

1. quatre personnes, dont au moins trois médecins, ayant une qualification et une expérience approfondie en matière de recherche biomédicale.
2. un médecin généraliste.
3. deux pharmaciens dont l'un au moins exerce dans un établissement de soins.
4. une infirmière ou un infirmier au sens des articles L.473aL.477 du code de la santé publique.
5. une personne qualifiée en raison de sa compétence à l'égard de la question d'éthique.
6. une personne qualifiée en raison de son activité dans le domaine social.
7. une personne autorisée à faire usage du titre de psychologue.
8. une personne qualifiée en raison de sa compétence en matière juridique.

Titre 1

Dispositions générales

Art. L.209-2.-aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain :

- Si elle ne se fonde pas sur le dernier état des connaissances scientifiques et sur une expérimentation préclinique suffisante.
- Si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice attendu pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche.

- Si elle ne vise pas à étendre la connaissance scientifique de l'être humain et les moyens susceptibles d'améliorer sa condition.

Art.L.209-3.-les recherches biomédicales ne peuvent être effectuées que :

- Sous la direction et sous la surveillance d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée.

Dans des conditions matérielles et techniques adaptées à l'essai et compatibles avec les impératifs de rigueur scientifique et de sécurité des personnes qui se prêtent à ces recherches.

(L.n91-73, 18 janv.1991,art.2) '' Les recherches biomédicales concernant le domaine de l'odontologie ne peuvent être effectuées que sous la direction et la surveillance d'un chirurgien-dentiste et d'un médecin justifiant d'une expérience appropriée''

Art.L.209-4.-Les recherches sans (L.n90-86,23 janv.1990,art.36-2)''bénéfice individuel direct'' sur les femmes enceintes ou qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque prévisible pour la santé de la femme ou de l'enfant et si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes liés à la grossesse ou à l'allaitement.

L'administration de la Mifégyne (RU486) n'ayant pas le caractère d'une expérimentation sur l'être humain, l'article L.209-4 ne peut être invoqué à l'appui d'un recours contre l'arrêté ministériel relatif à la distribution et à la dispensation de ce produit ,(cons.d'et,ass,21dec.1990,confédération nationale des associations familiales catholiques,Req.n105743).

Art.L.209-5 Les personnes privées de liberté par une décision judiciaire ou administrative ne peuvent être sollicitées pour se prêter à des recherches biomédicales que s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé.

Art.L.209-6.-Les mineurs, les majeurs sous tutelle, les personnes séjournant dans un établissement sanitaire ou social et les malades en situation d'urgence en peuvent être sollicités pour une recherche biomédicale que si l'on peut en attendre un bénéfice direct pour leur santé.

Toutefois, les recherches sans (L.no90-86 ;23 janv.1990,art.36-2)''bénéfice individuel direct'' sont admises si les trois conditions suivantes sont remplies :

- Ne présenter aucun risque sérieux prévisible pour leur santé.
- Être utiles à des personnes présentant les mêmes caractéristiques d'Age, de maladie ou de handicap.
- Ne pouvoir être réalisées autrement.

Art.L.209-7 (L.no90-86 ; 23janv.1990,art.36-2et 37). “ Pour les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation'' des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête , sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Pour les recherches biomédicales avec bénéfice individuel direct , le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute (L.no90-86 ;23janv.1990,art.36 et 37) "ou à celle de tout intervenant", sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Pour toute recherche biomédicale, le promoteur souscrit une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le prometteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public. Un décret fixe les

minima de garanties pour l'assurance (L.n88-1138,20dec.1988,art.6-5mod.L.n90-86 ;23janv.1990,art.39)

Art 209-8 (L.no90-86,23janv.1990.art.39).- "La recherche biomédicale ne donne lieu a aucune contrepartie financière directe ou indirecte pour les personnes qui s'y prêtent", hormis le remboursement de frais exposés et sous réserve de dispositions particulières prévues par l'article L.209-15 du présent code relatif aux recherches sans finalité thérapeutique directe.

TITRE 2

Du consentement

Art .L.209-9. Préalablement a la réalisation d'une recherche biomédicale sur une personne, le consentement libre, éclairé et exprès de celle-ci doit être recueilli après que l'investigateur, ou un médecin qui le représente, lui a fait connaître :

1-L'objectif de la recherche, sa méthodologie et sa durée.

2-(l'no90-86 ; 23janv.1990.art.40) "les bénéfices attendus", les contraintes et les risques prévisibles, compris en cas d'arrêt de la recherche avant son terme.

3-L'avis du comité mentionné a l'article L209-12 du présent code attire exceptionnel lorsque dans l'intérêt d'une personne malade le diagnostic de sa maladie n'a pas pu lui être révélé, l'investigateur peut, dans le respect de sa confiance réserver certaines informations liées a ce diagnostic. Dans ce cas, le Protocole de la recherche doit mentionner cette éventualité.

4 Les informations communiquées sont résumées dans un document écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité.

5-Le consentement est donné par écrit remis à la personne dont le consentement est sollicité.

6- Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur.

7-Toutefois, en cas de recherche biomédicales à mettre en œuvre dans des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne qui y sera soumise, le protocole présenté à l'avis du comité instauré par l'article L.209-11 du présent code peut prévoir que le consentement de cette personne ne sera pas recherché et que seul sera sollicité celui de ses proches s'ils sont présents, dans les conditions prévues ci-dessus, l'intéressé sera informé dès que possible et son consentement lui sera demandé pour la poursuite éventuelle de cette recherche.

Art.L.209-10. Lorsqu'une recherche biomédicale est effectuée sur des mineurs ou des majeurs sous tutelle :

-Le consentement doit être donné, selon les règles prévues à l'article L.209-9 du présent code, par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs non émancipés. Pour les mineurs ou les majeurs sous tutelle, le consentement est donné par le tuteur pour la recherche (L.no 90-86 , 23 janv.1990,art.36-3) avec bénéfice individuel direct ne présentant pas un risque prévisible sérieux et, dans les autres cas, par le tuteur autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles.

-Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit également être recherché lorsqu'il est apte à exprimer sa volonté . Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement.

ملحق رقم (03)

CONSEIL DE L'EUROPE

Comité des ministres

CONSEIL DE L'EUROPE

Recommandation n R(90)3

Du comité des ministres aux états membres

Sur la recherche médicale sur l'être humain

**(Adoptée par le comité des ministres. Le 6 février 1990,
lors de la 433^e réunion des délégués des ministres)**

**Le comité des ministres, en vertu de l'article 15.b du statut du
conseil de l'Europe.**

*Principes concernant la recherche médicale sur l'être
humain*

Champ d'application et définition :

Par recherche médicale on entend, aux fins d'application de ces principes, tous essais et expérimentation effectués sur l'être humain, dont le but ou l'un des buts est d'élargir les connaissances médicales.

Principe 1

Toute recherche médicale doit être effectuée dans le cadre d'un plan scientifique et conformément aux principes suivants.

Principe 2

1-Dans la recherche médicale l'intérêt et le bien-être de la personne qui se prête a la recherche doivent être limites au minimum. Les risques ne doivent toujours prévaloir sur l'intérêt de la science et de la société.

2-Les risques encourus par la personne qui se prête a une recherche médicale doivent être limites au minimum. Les risques ne doivent pas être disproportionnes par rapport aux bénéfices pour cette personne et a l'importance de l'objectif de cette recherche.

Principe 3

1-Aucune recherche médicale ne peut être effectuée sans le consentement éclairé, libre ;expres et spécifique de la personne qui s'y prêt. Ce consentement peut être librement retiré a n'importe quelle phrase de la recherche : la personne qui se prête a la recherche doit , avant sa partition a celle-ci, être avertie de son droit de retirer son consentement.

2-La personne qui se prête a la recherche médicale doit être informée de l'objectif de cette recherche et de la méthodologie de l'expérimentation. Elle doit aussi être informée des risques prévisibles et des inconvénients qu'elle encourt du fait de la recherche proposée. Cette information doit être suffisamment claire et être adaptée, de façon a permettre de donner ou de refuser la consentement en pleine connaissance de cause.

3-Les disposition de ce principe s'appliqueront également au représentant légal et a l'incapable juridique capable de discernement dans les cas les cas mentionnes aux principes 4 et 5.

Principe 4

Un incapable juridique ne peut faire l'objet d'une recherche médicale que lorsqu'elle est autorisée selon le principe 5 à condition que son représentant légal ou l'autorité ou l'individu autorisé ou désigne selon les dispositions de son droit national y consente. Si l'incapable juridique est capable de discernement, son consentement est également requis et aucune recherche ne peut être entreprise s'il ne donne pas son consentement.

Principe 5

- 1- un incapable juridique ne peut faire l'objet d'une recherche médicale sauf s'il peut en attendre un bénéfice direct significatif pour sa santé.
- 2- Cependant, à titre exceptionnel, le droit national peut autoriser des recherche sur un incapable juridique dont la santé n'en bénéficiera pas directement, à condition que cette personne ne s'y opposé pas et pour autant que ces recherches soient effectuées au bénéfice de personnes faisant partie de la même catégorie que lui et que des résultats scientifiques analogues ne puissent être obtenus si elles sont faites sur des personnes qui n'appartiennent pas à cette catégorie.

Principe 6

Durant la grossesse ou l'allaitement, les femmes ne peuvent se prêter à une recherche médicale dont leur santé et/ou celle de l'enfant n'en bénéficieraient pas de manière directe, à moins que cette recherche ne doive profiter aux autres femmes ou enfants qui se trouvent dans cette période de vie et que les mêmes résultats scientifiques ne puissent pas être obtenus sur des femmes qui ne sont pas enceintes ou qui n'allaitent pas.

Principe 7

Les personnes privées de liberté ne peuvent faire l'Object d'une recherche médicale que s'il en est attendu un bénéfice direct significatif pour leur santé.

Principe 8

Nonobstant le principe 3, dans une situation d'urgence, lorsqu'un patient est incapable de donner un consentement préalable, une recherche médicale ne peut être menée que si les conditions suivantes sont remplies :

- la recherche à effectuer dans le cas de la situation d'urgence doit avoir été planifiée.

- le plan de la recherche systématisée doit avoir été approuvé par un comité d'éthique.

- la recherche doit être entreprise pour le bénéfice direct pour la santé du patient.

Principe 9

Toute information a caractère personnel recueillie a l'occasion d'une recherche médicale sur une personne qui s'y prête a été apportée.

Principe 10

Une recherche médicale ne peut être entreprise que si la preuve satisfaisante de sa sécurité pour la personne qui s'y prête a été apportée.

Principe 11

Toute recherche médicale projetée n ne répondant pas a des critères scientifiques dans sa conception et qui ne peut répondre

aux questions posées est inacceptable, même si la manière dont elle doit être effectuée ne présente aucun risque pour la personne se prêtant à la recherche.

Principe 12

- 1- les recherches médicales doivent être conduites sous la responsabilité d'un médecin ou d'une personne exerçant la pleine responsabilité clinique et disposant de connaissances et de qualifications appropriées permettant de faire face à toute éventualité clinique.
- 2- Le médecin qui est responsable ou toute personne telle que mentionnée dans le paragraphe précédent doit jouir d'une totale indépendance professionnelle et doit avoir le pouvoir d'arrêter la recherche à tout moment.

Principe 13

- 1- Les personnes susceptibles de faire l'objet de recherches médicales ne doivent pas être incitées à s'y soumettre d'une manière qui compromette leur libre consentement. Les personnes qui se prêtent à la recherche médicale ne doivent en retirer aucun bénéfice financier. Néanmoins, les frais exposés et les pertes subies peuvent être remboursés et, le cas échéant, une compensation modeste peut être attribuée pour les inconvénients incohérents à la recherche médicale.
- 2- Si la personne soumise à la recherche est un incapable juridique, ses représentants légaux ne doivent recevoir aucune rémunération. Sous quelque forme que ce soit, sauf le remboursement des frais qu'ils ont exposés.

Principe 14

Les personnes qui se prêtent à la recherche médicale et ou leurs ayants droit doivent être indemnisés pour les dommages subis du fait de la recherche médicale.

- 1- A défaut de système existant qui assure l'indemnisation des personnes lésées, les états veilleront à ce que soient données des garanties suffisantes pour cette indemnisation.
- 2- Les clauses qui tendent par avance à exclure ou à limiter l'indemnisation de la victime sont nulles et non avenues.

Principe 15

Tout projet de protocole de recherche médicale doit faire l'objet d'une évaluation éthique par un comité Independent et pluridisciplinaire.

Principe 16

Toute recherche qui est :

- Non planifiée ou
- Contraire aux principes qui précèdent ou
- De toute autre façon contraire à l'éthique ou au droit ou
- Non conforme aux méthodes scientifiques dans sa conception et qui ne peut pas répondre aux questions posées.

Doit être interdite ou, si elle a déjà commencé, être arrêtée ou modifiée, même si elle ne présente aucun risque pour la (les) personne (s) se prêtant à la recherche.

ملحق رقم (04)

لائحة آداب المهنة لأطباء مصر

الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان
رقم 238 لسنة 2003

الباب الرابع

اجراء التجارب والبحوث الطبية على الادميين

أولاً: أحكام عامة

مادة (52): يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والقيم الدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على الادميين.

مادة (53): يحضر على الطبيب اجراء أية تجارب للأدوية والتقنيات على الادميين قبل اقرارها من الجهات المختصة.

ثانياً: إجراءات يجب اتخاذها قبل إجراء أي بحث على الادميين:

مادة (54): بمراعات أحكام المادتين السابقتين يلتزم الطبيب الباحث قبل إجراء أي بحث طبي على الادميين أن تتوافر لديه دراسة وافية عن المخاطر والأعباء التي يتعرض لها الفرد أو الجماعة ومقارنتها بالفوائد المتوقع الحصول عليها من الباحث، ويقتصر إجراء هذه البحوث على المتخصصين المؤهلين علمياً لإجراء

البحث تحت إشراف مباشر لطبيب على درجة عالية من الكفاءة والتخصص وتقع مسؤولية الحماية الصحية للمتطوعين لإجراء البحث على الطبيب المشرف عليه.

مادة (55): يلتزم الباحث بتعريف المتطوعين تعريفا كاملا وبطريقة واضحة بأهداف البحث والطرق البحثية التي ستستخدم في البحث والفوائد المتوقعة منه والمخاطر المحتمل حدوثها ومدى إمكانية تأثيرها على المتطوعين، كما يلتزم بتعريف المتطوعين بمصادر تمويل البحث وهوية الباحث المسؤول وانتمائه المؤسسي، وتأكيد حق المتطوع في التوقف عن تطوعه لإجراء التجارب والاختبارات أو الانسحاب الكامل من البحث دون أن يلحق به أية عواقب سلبية نتيجة توقفه أو انسحابه.

مادة (56): يلتزم الطبيب الباحث بالحصول على موافقة كتابية (مبنية على المعرفة) من المتطوع على إجراء البحث عليه، وذلك بطريقة رسمية وفي حضور شهود إثبات وفي حالة ما إذا كان المتطوع قاصرا أو معاقا أو ناقصا للأهلية فإنه يلزم الحصول على الموافقة من الوصي الرسمي، ويشترط أن يكون البحث خاصا بحالته المرضية.

مادة (57) يلتزم الباحث بإعداد تقرير واضح ومفصل عن أهداف البحث ومبررات إجرائه على الأدميين ويقدم هذا التقرير إلى الجهة المختصة قانونا بالموافقة على إجراء البحث للحصول على تلك الموافقة.

ثالثا: إجراءات يلزم اتخاذها أثناء وبعد إجراء البحث على الأدميين.

مادة (58): يلتزم الباحث بالتوقف فورا عن إكمال أي تجارب على الأدميين إذا ما ثبت أن المخاطر المصاحبة تفوق الفوائد المتوقعة ن البحث كما يلزم ضمان حماية خصوصية الأفراد وسرية النتائج والحفاظ عليها والحد من الآثار السلبية على سلامة المتطوعين الجسدية العقلية والنفسية.

مادة (59): يلتزم الباحث بالتأكد من توافر كافة الوسائل الوقائية والتشخيصية والعلاجية لكل مريض لإجراء الدراسة.

مادة (60): يحظر على الباحث إجراء البحوث والممارسات التي تنطوي على شبهة اختلاط الأنساب أو المشاركة فيها بأي صورة، كما يحظر عليه إجراء أو المشاركة في البحوث الطبية التي تهدف إلى استنساخ الكائن البشري أو المشاركة فيه.

مادة (61): يلتزم الطبيب بأخذ التعهد المطلوب من الجهة الممولة للبحث بأن توفر الدواء – الذي يتم تجربته على المرضى وثبتت فعاليته – إلى نهاية برنامج العلاج دون مقابل.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	05
الفصل التمهيدي: المبادئ الخاصة بحماية جسم	
الإنسان.....	12
المبحث الأول: الوضع القانوني لجسم	
الإنسان.....	13
المطلب الأول: عناصر الجسد	
البشري.....	14
الفرع الأول: الأعضاء.....	
14	
الفرع الثاني: منتجات الجسم.....	14
الفرع الثالث: بقايا الجسم البشري	
.....	15
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لجسم	
الإنسان.....	15
الفرع الأول: جسم الإنسان خارج دائرة	
الأشياء.....	15
الفرع الثاني: جسم الإنسان خارج دائرة الأموال	
والتقويم.....	18
المطلب الثالث: طبيعة حق الإنسان على	
جسده.....	21
الفرع الأول: جسم الإنسان محل لحق	
عيني.....	22

الفرع الثاني: جسم الإنسان محل لحق

24.....الشخصية.

المبحث الثاني: حرمة جسم

26.....الإنسان

27.....المطلب الأول: عدم جواز التصرف في جسم الإنسان.

29.....المطلب الثاني: عدم جواز المساس بجسم الإنسان.

المطلب الثالث: حتمية التجارب الطبية و مبدأ حرمة جسم

31.....الإنسان

المبحث الثالث: مفهوم التجارب الطبية و

33.....مشروعيتها.

المطلب الأول: تعريف التجارب الطبية و

34.....أنواعها.

الفرع الأول: تعريف التجارب

34.....الطبية.

الفرع الثاني: أنواع التجارب الطبية و

36.....أهميتها.

المطلب الثاني: مشروعية التجارب

39.....الطبية.

الفرع الأول: التجارب

40.....العلاجية.

الفرع الثاني: التجارب غير العلاجية أو

45.....العملية.

الفصل الأول: الأساس القانوني للتجارب الطبية وضوابط

53.....مشروعيتها.

المبحث الأول: الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المنظمة للتجارب الطبية على

الإنسان.....54

55.....المطلب الأول: تنظيم التجارب الطبية على الإنسان من خلال الاتفاقيات الدولية.....

الفرع الأول: تقنين نورمبورج (le code de

56.....Nuremberg)

الفرع الثاني: إعلاني هلسنكي

59.....وطوكيو

64.....المطلب الثاني: المؤتمرات الدولية و التجارب الطبية على الإنسان.....

الفرع الأول: المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان (طهران أفريل/ماي

64.....(1968)

الفرع الثاني: المؤتمر الدولي الرابع عشر لقانون

65.....العقوبات.....

الفرع الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية و حقوق

65.....الإنسان.....

67.....المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات المختلفة.....

68.....المطلب الأول: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات الغربية.....

الفرع الأول: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات

68.....الأنجلوساكسونية.....

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في القانون

72.....الفرنسي.....

77.....المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتجارب الطبية في التشريعات العربية.....

الفرع الأول: موقف القانون الجزائري من التجارب

77.....الطبية.....

الفرع الثاني: موقف القانون المصري من التجارب

79.....الطبية.....

المبحث الثالث: ضوابط وشروط إجراء التجارب الطبية على الإنسان.....	82
المطلب الأول: الرضاء المستنير.....	83
الفرع الأول: شروط الرضاء في التجارب الطبية.....	83
الفرع الثاني: الأهلية اللازمة للرضاء بالخضوع للتجربة الطبية.....	99
الفرع الثالث: الشروط الشكلية في مجال التجارب الطبية.....	110
المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية للتجارب الطبية.....	111
الفرع الأول: أن تكون فوائد التجربة أكبر من المخاطر المحتملة.....	112
الفرع الثاني: كفاءة الطبيب العلمية.....	115
الفرع الثالث: مراعاة المتطلبات العلمية.....	117
الفرع الرابع: تعويض الأضرار الناتجة عن التجارب الطبية.....	119
الفصل الثاني: المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية.....	121
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناشئة عن التجارب الطبية.....	123
المطلب الأول: المسؤولية العقدية الناشئة عن التجارب الطبية.....	126
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التجارب الطبية.....	133
المطلب الثالث: طبيعة التزام الطبيب في مجال التجارب الطبية.....	138

الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية

139.....

الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة

141.....

المبحث الثاني: الخطأ الطبي في مجال التجارب

الطبية.....146

المطلب الأول: إثبات الخطأ في مجال التجارب الطبية.....146

الفرع الأول: إثبات الخطأ في التجارب العلاجية

147.....

الفرع الثاني: تنحية فكرة الخطأ في التجارب غير العلاجية

(العلمية).....149

الفرع الثالث: إثبات خطأ الطبيب المحرب في المسؤولية

الشيئية.....152

المطلب الثاني: تقدير الخطأ في مجال التجارب الطبية

153.....

الفرع الأول: تقدير الخطأ وفق طبيعة الأضرار التي يتم التعويض عنها

153.....

الفرع الثاني: تقدير الخطأ على أساس الخطأ الجسيم أو اليسير

156.....

المطلب الثالث: الخطأ داخل فريق البحث

الطبي.....158

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب أو الباحث الطبي عن مساعديه الذين يختارهم

158.....

الفرع الثاني: مسؤولية الباحث الطبي عن المساعدين الذين تضعهم الجهة التي تتم فيها

التجربة تحت

تصرفه.....159

الفرع الثالث: المسؤولية عن الخطأ الصادر من باحث طبي غير محدد داخل فريق البحث

الطبي...163

المبحث الثالث: علاقة السببية بين المفهوم التقليدي ومفهوم التعويض عن تفويت

الفرصة.....169

المطلب الأول: علاقة السببية وفكرة تفويت

الفرصة.....169

الفرع الأول: علاقة السببية وفكرة تفويت

الفرصة.....169

الفرع الثاني: تطور القضاء الفرنسي في مسألة التعويض عن تفويت

الفرصة.....172

المطلب الثاني: تفويت الفرصة في نطاق التجارب الطبية

.....173

الفرع الأول: في نطاق التجارب العلاجية

.....173

الفرع الثاني: في نطاق التجارب غير العلاجية

(العلمية).....174

الخاتمة.....177

الملاحق.....183

قائمة المراجع.....206

الملح ص:

تعتبر التجارب الطبية على الإنسان من التدخلات الطبية التي لا يمكن تجنبها لتقدم العلوم الطبية والجراحية. فبفضل هذه التجارب استطاع العلماء الحد من الكثير من الأمراض التي حصدت الكثير من الأرواح البشرية لمدة طويلة من الزمن كأعراض الزهري والسل الجذري وغير ذلك من الأمراض القاتلة، إذ أصبحت الكثير منها في طي النسيان وما بقي منها لا يشكل خطورة على مستقبل البشر بحكم أن علاجها أصبح الآن ميسوراً.

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد منها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية. أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جديدة دون أن تكون هناك مصلحة شخصية مباشرة لمن تجرى عليه التجربة تكون التجربة علمية أو غير علاجية.

ولكي تكون التجربة على جسم الإنسان مشروعة، يجب أن تنفذ وفق شروط وضوابط محددة، أهمها رضا الخاضع لها رضاً حراً ومتبصراً، وهذا ما أكدت عليه جميع الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية المتعلقة بهذا الشأن.

أما فيما يخص المسؤولية المدنية الناشئة عن استعمال التجارب الطبية على الإنسان، فلها خصوصية تختلف عن القواعد العامة في المسؤولية الطبية، فهي تختلف حسب طبيعة التزام الطبيب الخرب، فإذا كانت التجربة علاجية فيكون التزام الطبيب التزمًا ببذل عناية وعليه تقوم مسؤوليته على أساس الخطأ المفترض، أما إذا كانت التجربة علمية (غير علاجية) فيكون التزامها بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤوليته بمجرد وقوع الضرر حتى وإن لم يكن هناك خطأ من جانبه أو ما يسمى (المسؤولية بدون خطأ).

Résumé

les expérimentations médicales sur les humains est interventions médicales qui ne peuvent pas être évités pour l'avancement de la science médicale et chirurgicale. A cause à ces expérimentations les scientifiques pourrait réduire un grand nombre de maladies qui ont coûté de nombreuses vies humaines pour une maladie de longue date telles que la syphilis, les maladies tuberculose tueur radicales et d'autres, comme cela est devenu beaucoup d'entre eux dans les limbes et le reste d'entre eux ne constituent pas un danger pour l'avenir de l'homme par le fait que le traitement est devenu maintenant abordables.

les expérimentations médicales varient en fonction de l'intention, si elle est destinée à traiter le patient et soulager la douleur, l'expérimentation est thérapeutique, mais si elle vise à acquérir de nouvelles connaissances sans qu'il y ait un intérêt personnel direct à ceux qui ont mené l'expérimentation est une expérimentation scientifique ou non thérapeutiques.

Pour que l'expérimentation soit légitime sur le corps humain, doit être mis en œuvre conformément aux conditions spécifiques et des contrôles, le plus important objet le consentement libres et éclairé, comme l'a affirmé dans toutes les conventions et conférences internationales relatives à cette question.

En ce qui concerne la responsabilité civile découlant de l'utilisation des expérimentation médicales sur des êtres humains, ils ont la vie privée différent des règles générales de la responsabilité médicale, ils varient selon la nature de l'expérimentateur médecin engagement, si l'expérimentation a été thérapeutique est l'obligation médecin engagement de bonne conduite et il est de sa responsabilité sur la base de l'erreur est supposé, Si l'expérimentation est scientifique (non thérapeutique) pour arriver de suite, après quoi sa responsabilité une fois que le préjudice, même s'il n'y a pas faute de sa part ou de la soi-disant (responsabilité sans faute).