أحكام الفحص الطبى فى القانون المدنى
« دراســـــــة مقـــــارنـــة »

الدكتـــــور
شريف رأفت محمد حماد

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ
إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ

صدق الله العظيم

مقدمة :

إن من الأمور المهمة التي يجب أن يلم بها الطبيب هي طرق الفحص الطبي كي يتسنى له المساعدة في فحص المريض واخذ دوره في تطبيق العملية الطبية الأفضل وبصوره صحيحة .

ولا شك أن الفحص الطبي له غاية مهمة وهي حصول المعرفة الدقيقة بمجموعة من العلامات والظواهر التي تساعد الجراح على تشخيص المرض – فإذا أراد الجراح معرفة نوع المرض وتحديد حجمه وخطورته ، فإنه لا بد من الفحص الطبي كي يسترشد به للكشف عن هذه العلامات والدلائل.

ومن ثم فإن إقدام الجراح على إجراء العلاج الطبي الجراحى بدون إجراء الفحص الطبي يفضي إلى مفسدة كبيرة قد يؤدي إلى وقوع الضرر بجسم المريض وربما أفضى إلى هلاكه، ودفع هذه المفسدة هو المقصد الثاني من مقاصد الشريعة الإسلامية – وهو الحفاظ على النفس – أمر مطلوب من الشارع تحقيقه.

وتأسيساً على ما تقدم أتناول فى هذا البحث بيان معنى الفحص ومدى مسئولية الجراح عن أخطائه فى مرحلة الفحص الطبى وحكم الفحص الطبى للنساء وموقف الفقه المقارن وذلك فى مبحثين على النحو التالي :-

المبحث الأول
معنى الفحص الطبى
ومدى مسئولية الجراح عن أخطائه فى مرحلة الفحص الطبى

إن حماية الإنسان وسلامته المادية تتضمن حماية حقه في الحياة على أساس أن أي مساس أو اعتداء يهدد الحد الأدنى اللازم لاستمرار هذه الحياة يقع تحت نطاق القانون وسواء كان ذلك من الناحية المدنية أم الناحية الجنائية.

وقد شهد الطب خلال عقوده الأخيرة تطوراً كبيراً وتقدماً ملحوظاً جعل البعض يقّر بأن ما حدث من تطور وتقدم في هذا المجال وما لازمه من مخاطر أدت إلى زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية الضارة رافقتها في ذات الوقت زيادة ملحوظة في عدد دعاوى المسئوليه المرفوعة أمام القضاء للمطالبة بالتعويض عما نتج عنها من أضرار وقد ساهم في ذلك زيادة الوعي العام لدى المرضى بحيث لم يعد هؤلاء يقنعون بإلقاء ما يصيبهم نتيجة العمل الطبي على القدر وحده وإنما يرجعونه في الكثير من الحالات إلى خطأ من قبل الطبيب الجراح القائم به من ناحية أخرى .

غير أن انعقاد مسئوليه الطبيب الجراح يقتضي من المريض المضرور وفقاً للقواعد العامة في المسئوليه أن يثبت عناصر هذه المسئوليه من خطأ وضرر وعلاقة السببية

وعلى هذا الأساس نتناول في هذا المبحث بيان معنى الفحص الطبي ومدى مسئولية الجراح عن أخطائه في مرحلة العرض الطبي في مطلبين على الوجه الأتي :

المطلب الأول
معنى الفـــحص الطبي

تمهيد :

قبـل أن أتنـاول بيـان معنـى الفحـص الطـبي يجـب إيضـاح معنـى العمل الطبـى بصـفة عامـة ثـم تعريـف الفحـص الطـبي ، ومـن ثـم نقسـم هذا المطلب إلى فرعين على الوجه الآتي :-

الفرع الأول
تعريف العمل الطبي

أتناول فى هذا الفرع بيان مفهوم العمل الطبى فى ضوء آراء الفقـه القـانونى ثم موقف القضاء الفرنسى والمصرى من تعريف العمل الطبى في مقصدين :

المقصد الأول
مفهوم العمل الطبي في ضوء أراء الفقه القانوني

لقد عرف البعض من الفقه العمل الطبى: بأنـه العمـل الـذى يتفـق فـى كيفيتـه ومباشـرته مـع القواعـد المقـررة فـى علـم الطـب ويتجـه الى شـفاء المريض[(١)].

بينما ذهب اتجاه أخر إلى التوسع فى مفهوم العمل الطبى بحيث يشمل جميع مراحله ، من فحص ، وتشخيص وعلاج فهو((كـل نشـاط يـرد علـى جسم الإنسان أو نفسه ، ويتفق فـى طبيعتـه وكيفيتـه مـع الأصـول العمليـة والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً فى علم الطب ويقوم بـه المصـرح لـه قانوناً، بقصد الكشف على المريض ، وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشـفاء أو تخفيف آلام المرض أو الحد منها أو منع المـرض أو يهـدف إلى المحافظـة علـى صحة الأفراد أو تحقيق مصلحه اجتماعيه بشرط توافر رضاء من يجرى عليـه

---

(١) د. نظام توفيق المحامى "شرح قانون العقوبات ، القسم العام "- مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الكتاب الأول ١٩٩٨- ص ١٩٣ –هامش رقم"٢".

هذا العمل))[١].

ينبغى على الطبيب المعالج قبل إجراء العمليات الجراحية القيام بالفحص اللازم والذى تتطلبه حالة المريض تجنباً لما قد يحدث من نتائج جانبيه بسبب التدخل الجراحى حيث يجب عليه القيام بالفحص الشامل الذى تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة ولا يقتصر الفحص على المواضع أو العضو الذى سيكون محلاً للعملية بل على الحالة العامة للمريض ومدى ما يمكن أن يترتب من نتائج جانبيه على التدخل الجراحى ويكون ذلك بالطبع فى الحدود التى يسمح بها تخصص الطبيب الجراح ومستواه الطبي وما يتوقع من طبيب يقظ فى نفس المستوى ويكون على الطبيب الجراح الاستعانة بمن هم أكثر خبره وأكثر تخصصاً فى المجالات الطبية الأخرى وذلك فى حالة عدم تمكنه من التيقن من حالة المريض[٢].

موقف المشرع الفرنسي والمصري من تعريف العمل الطبى :

لقد وضع المشرع الفرنسى مفهوم العمل الطبى من خلال ما ورد فى القانون الفرنسى رقم ٣٥ لسنة ١٨٩٢ الذي وضح معنى العمل الطبي وحصره فى مرحلة العلاج فقط ولكن عندما صدر قانون الصحة العامة ، فى ٢٤ ديسمبر ١٩٤٥ ، وتعديلاته الصادرة سنة ١٩٥٣ فقد نص فى المادة

---

(١) د/ أسامه عبد الله فايد – المسئولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنه" ص ٥٥ – الطبعة – دار النهضة العربية – د. وجيه محمد الخيال ، المسئوليه الجنائية للطبيب فى النظام السعودى ، دار المناره ، جده ، ٢٠٠٩ ، ص١١ ، د . فوزيه عبد الستار " شرح قانون العقوبات " القسم العام – دار النهضة العربية – سنة ١٩٩٢ – بند ١٤٥ – ١٥٧).

(٢) أ / أمير فرج يوسف – خطأ الطبيب العمدى وغير العمدى ص ١٢٨ ،١٢٩ – المكتب الجامعي الحديث ط ٢٠١٠م

٣٧٢ علـى مـا يسـتفاد منـه أن العمـل الطـبي يشـمل مـرحلتي الفحـص والتشخيص[١].

أما المشرع المصري فقد توسع فـى بيـان مفهـوم العمـل الطـبي ليشـمل مرحلتى التشخيص والعلاج كما ذهب المشـرع الفرنسـي في قـانون الصـحة العامة المشار إليه سابقاً .

وقد استخلص ذلك ضمنياً من سياق الفصـل الخـاص لشـروط مزاولـة العمل الطبى حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ [٢] فى شأن مزاولة مهنة الطب والتى جاء بها (لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية ، أو عيادة مريض أو إجـراء عمليـه جراحيـه أو مباشـرة ولادة ، أو وصـف أدويه أو علاج مريض أو أخذ عينه من العينات التى تحدد بقـرار مـن وزيـر الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبى العملى ، بأية طريق كان أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صـفه كانت ، إلا إذا كان مصرياً ، أو كان من بلد تجيز قوانينـه للمصـريين مزاولـة مهنة الطب بها وكان أسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين ، وذلك مـع عـدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد) .

ويفهم من النص السابق أن مفهوم العمل الطبـى يشـمل التشـخيص والعلاج العادي والجراحـي والـدواء الـلازم للعـلاج والتحاليـل والأعمـال الطبية الأخرى ٠

(1) Art 372 Exercice illejallement la medicine : toat prsonne qui prendcc habituellement ou par direction memeen presence dun medicine a LetebLissement dur diajnostie ou au TraLtement de maladies

(٢) الوقائع المصرية فى ٢٢ يوليو ١٩٥٤ – العدد ٥٨ مكرر .

المقصد الثاني
موقف القضاء الفرنسي والمصري من تعريف العمل الطبي

بمطالعة أحكام القضاء الفرنسي نجد أنه قد اتجه إلى أن العمل الطبى يشمل التحاليل الطبية والفحوص البكتريولوجيه ، **حيث قضت محكمة النقض الفرنسية** بعقاب من يمارس المهنة الطبية بطريق غير مشروع إذا قام بذلك بدون ترخيص بإجراء الفحوصات الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض المنصوص عليها في المادة ٣٣٧٢ من قانون الصحة العامة[١].

أما القضاء المصري فقد اتسع في بيان مفهوم العمل الطبي حيث شمل من أقوال الأحكام التي صدرت على أنه يقصد به جانب التشخيص والعلاج وإجراء العمليات الجراحية ووصف الدواء[٢].

الفرع الثاني
تعريف الفحص الطبي

لقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الفحص الطبي بأنه هو (بداية العمل الطبى الذى يقوم به الطبيب ويتمثل فى فحص الحالة الصحية للمريض بفحصه فحصاً ظاهرياً)[٣].

وقد اعتمد هذا التعريف على الفحص الظاهري فقط دون كل أنواع الفحص الطبى لأن الفحص الطبى إما أن يكون ابتدائياً أو سريرياً أو

---

(1) Gim 20 fev . 1957 B. C. 1957 – NO – 147 – 1736.

(٢) نقض ٢٠/ ٢/ ١٩٦٨ – مجموعة أحكام محكمة النقض – س ١٩ – رقم ٤٦ ص ٢٥٤ – نقض ١١/ ٣/ ١٩٧٤ – مجموعة أحكام النقض – س٢٥ – رقم ٥٩ – ص ٢٦٣ .

(٣) أنظر: د .أسامه فايد عن المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنه ط٢ لسنة ١٩٩٠ – دار النهضة العربية ص٦١ .

تكميلياً[١].

ويقصد بالفحص الإبتدائى : ما يقوم الطبيب من الاستماع إلى المريض ومعرفة الأعراض التى يشكو منها للوصول إلى المعلومات الضرورية التى تسهم فى مساعدته على تشخيص الحالة المرضية لدى المريض وتحديدها .

كما يقصد بالفحص السريرى : فهو الفحص الذى يجريه الطبيب للمريض مستخدماً قوة الملاحظة وحواسه كما قد يستعين بمعدات بسيطة للفحص مثل السماعات الطبية ولكن بدون استخدام الوسائل الحديثة والمعتمدة للتشخيص كالأشعة والفحوصات المخبريه .

ويستخدم فى ذلك بعض الخطوات من المعاينة والملاحظة لوضع المريض كتصرفات المريض مثل الكحة- والنهجان وفحص جسدى ويشمل الحسى وهنا يقوم الطبيب بتحسس مناطق مهمه من جسم المريض مثل جس النبض وتحسس الغدد اللميفاوينه ... إلخ والفحص الوظيفى من خلال تحريك الأطراف وفحص مدى حركة المفاصل مثلاً ثم استخدام أدوات فحص مكمله مثل السماعات أو قياس ضغط الدم .

والفحص السريرى له أهميه حيث أنه يحدد الفحوصات المطلوبة لتشخيص المرض ، بحيث يصل إلى التشخيص بأسرع وقت ممكن ، مما يسرع فى العلاج ويقلل من المصروفات .

أما الأخير الفحص التكميلى : وهو ما يلجأ إليه الطبيب فى حالة إذا ما تعذر الوسائل السابقة فى معرفة حقيقة المرض وهنا يقوم بإجراء فحوصات أكثر عمقاً لبيان حالة المريض بالتحديد وهنا يلجأ الطبيب إلى الآلات الحديثة

---

(١) أنظر: د. رأفت حماد ، أحكام العمليات الجراحية - دراسة مقارنه بين القانون المدني والفقه الإسلامي- دار النهضة العربية ١٩٩٤م ص ١٣ وما بعدها.

المتطورة كالأشعة والمناظير الطبية بأنواعه كما أنه يعتد على التحاليل الطبية المختلفة[١] .

المطلب الثاني
□مسئولية الجراح عن أخطائه فى مرحلة الفحص الطبى

لا تختلف المسئولية من حيث أركانها عن المسئولية بوجه عام ، فلا تقوم المسئولية إلا إذا توافرت أركان ثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببيه بينهما، ومن ثم نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع متعاقبة نعرض لها على النحو التالي :

الفرع الأول
مفهوم الخطأ الطبي وبيان موقف القضاء منه

لما كان الخطأ هو الأثر الفعال فى تحريك المسئوليه للطبيب الجراح ، حيث تدور معه وجوباً وعدماً مما جعلنا نسلم بأن هذا الركن له أهميه بالغه فى المسئولية الطبية على وجه الخصوص ويبقى للخطأ الطبى مميزات خاصة به. باعتباره متصلاً بممارسة مهنه من أصعب المهن فنشاط الطبيب يتصل بجسم وحياة الإنسان وهو غير معصوم من الخطأ أثناء تدخله لعلاج المريض ، فقد يرتكب أخطاء فى نطاق هذا العمل تستوجب مساءلته .

والسؤال الذي يطفو على السطح هو ما مفهوم الخطأ الطبي وخصائصه ؟ نحاول الإجابة عن هذا التساؤل بذكر مفهوم الخطأ الطبى من منظور الفقه القانوني والقضاء بشئ من الإيجاز حيث أتناوله بالتفصيل عند تناول مسئوليه الجراح عن الخطأ الشخصى[٢] كما يلى :

---

(١) أنظر د ./ محمد قاعود – الشفاء بالجراحة – دار العلم للملايين – الطبعة الأولى ص١٥ وما بعدها .

(٢) راجع المبحث الأول من الفصل الثانى بالباب الثالث من الرساله

مفهوم الخطأ الطبى فى الفقه القانوني :

الخطأ الطبى : عرفه أغلبية الفقه بأنه (الخطأ الـذى يتصـل ويتعلـق بالأصول الطبية والفنية للمهنة) ولكن هذا التعريف أستمده الفقه من الخطأ المهنى بشكل عام[١].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه (هو عدم قيام الطبيب أو الجراح بالالتزامات الخاصـة التـى فرضـتها عليـه مهنـة الطـب أي الأصـول العلمية الثابتة فى إجراء الفحص الطبى) [٢] .

وعرفه جانب من الفقه على أنه : (مخالفه من الطبيب فـى سـلوكه علـى القواعد والأصول الطبية التى يقضى بها العلـم ، أو المتعـارف عليهـا نظريـاً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبى أو إخلاله بواجبات الحيطـة واليقظـة التـى يفرضها القانون متى يترتب على فعله نتائج جسيمه فى حين كان فى قدرتـه وواجباً عليه أن يتخذ فى تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض) [٣] .

وذهب جانب أخر من الفقه الى تعريف الخطأ الطبى بانه :

(الخطأ الفاحش الذى لا تقره أصول الطبابـه ولا يقـره أصـل العلـم والفن من ذوى الاختصاص) [٤] .

---

(١) د/ أسامه عبدالله قايد، المسئولية الجنائية للأطباء، رسـالة دكتـوراه، جامعـة القـاهرة ،١٩٨٣م ،ص ٢٨.

(٢) د/ عبد الحميد الشـواربي ، مسـئولية الأطبـاء والصـيادلة والمستشـفيات ، صـــ٧٥ .منشأة المعارف اسكندرية ط ٢٠٠٠م

(٣) د/ أسامه عبد الله قايد – مرجع سابق ، صـــ٢٢٤ .

(٤) د/ زاهية حوريه يس يوسف ، الخطأ الطبى فى المسئولية المدنية ، الملتقى الطبى حول المسئولية الطبية ، المنظم بكلية حقوق جامعه مولود المعمرى ، تيبزى وزو ، ١٩ إبريل ٢٠٠٨

وحيث أن الالتزام الذى يقع على عاتق الطبيب أو الجراح من حيث المبدأ هو التزام ببذل عناية فإن مضمون هذا الالتزام هو بذل الجهود الصادقة و اليقظة التى تتفق مع الأصول العملية الثابتة والتى تتفق مع الظروف القائمة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية وكل اختزال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسئولية الطبيب وكلك يسأل الطبيب الذى يقوم بالمعالجة عن كل تقصير من جانبه إذا كان لا يقع من الطبيب أو الجراح فى نفس مشواره المهنى وفى نفس ظروفه[١].

ثانياً ــ مفهوم الخطأ الطبى لدى القضاء :

قضت محكمة النقض حول بيان معيار مسئولية الطبيب أو الجراح بقولها (يسأل الطبيب (الجراح) عن كل تقصير فى شكله الطبى لا يقع من طبيب (الجراح) يقظ فى مستواه المهنى وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب (الجراح) المسئول ...)[٢].

كما قضت محكمة النقض فى مجال تعريفها للخطأ المدنى بأنه : هو الإخلال بواجب قانونى لا يصل إلى مرتبه العقاب الجنائى ، لأنه من يرتكب خطأ جنائى كان ذلك متضمناً (خطأ مدنياً)[٣] وأثر ذلك يظهر فى أنه إذا قضى (بالإدانة) كان الحكم حجة على وقوع الفعل الضار ، أما الحكم بالبراءة لعدم توافر الخطأ الجنائى لا ينفى توافر الخطأ المدنى لانطوائه على إهمال جسيم مثلاً .

---

(١) د/ سمير عبدالسميع الأودن ، مسئولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنائياً وتأديباً ، منشأه المعارف ، الأسكندريه ، ٢٠٠٤ ، صـ٤٠

(٢) أنظر نقض مدنى مصر ٢٦/ ٩/ ١٩٦٩م ، رقم ١١ ن لسنة ٣٥ س٢٠ ، صـ ١٠٧٥، واستئناف مصر ٢ يناير لسنة ١٩٣٦ ، المحاماة ١- ٧١٣ – ٣٣٤ ٠

(٣) الطعن ٢٧٧/ ٣٧ق جلسة ٢٣/ ٦/ ١٩٧٣ مجموعة أحكام محكمة النقض.

الفرع الثاني
أنواع خطأ الجراح

خطأ الجراح قد يكون عادياً وقد يكون خطأ مهنياً ، ومن ثم نوضح ذلك من خلال المقصدين التاليين :

المقصد الأول
مفهوم الخطأ العادي للجراح

هو الخطأ الذي يصدر من الجراح شأنه شأن ما هو مألوف عند غيره ممن لا يمتهن مهنة الطب أو الجراحة ، وهو ما يتمثل فى العمل المادي الذي يكون ارتكابه مخالفاً لواجب الحذر والحرص الذى يجب على الناس كافة مراعاته فى معاملاتهم كقيام الجراح مثلاً بإجراء عمليه جراحيه وهو فى حالة سكر[(١)] أو إهماله فى تخدير المريض قبل إجراء العملية الجراحية أو تركه إناء به ماء ساخن ملاصق مريض فاقد الوعى مما قد يسبب له حروقاً أو إجراء عمليه ويده مصابه بعجز لا يمكن استعمالها بصوره طبيعيه[(٢)] وكذلك عدم مراعاة الجراح لقواعد النظام[(٣)].

وإن كان يراعى أن الأمر يدق أحياناً فى التفرقة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى فمثلاً عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب اعتبره البعض خطأ عادياً فى حين أن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج حتماً

---

(١) د / وديع فرج مسئوليه أطباء الجراحين المدنية – مجلة القانون والاقتصاد – العدد (١) – السنة الثانية عشر ص٤٠٤ وهامش رقم (٣).

(٢) راجع حكم محكمة درية فى ١٩ يناير ١٩٣١ – جازيت دى باليه – ١٩٣١- ٢- ٧٧٣نقلاًعن د/ وديع فرج المرجع السابق ص ٤٠٤ وهامش رقم (٤) .

(٣) أنظر د/ فريد عبد المعز فرج (مسئولية الطبيب عن الخطأ المهني فى القانون المصرى ص٩ بحث مطبوع ٢٠٠٤ – د/ أحمد محمود إبراهيم سعد (مسئولية المستشفى الخاص عن أخطأ الطبيب ومساعديه) رسالة دكتوراه بحقوق عين شمس ١٩٨٣ ص ٣٧٣ .

لتقدير حالة المريض الطبية وما يتعرض له من أخطار لو بقى خارج المستشفى[١]. كذلك ترك قطعة شاش أو آلة فى جسم المريض أثناء العملية الجراحية فقد يتبادر إلى الذهن أنه خطأ عادى غير أن السرعة التى تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل منه خطأ مهنياً[٢].

موقف محكمة النقض بشأن الخطأ العادي لمسئوليه الجراح :

لقد قضت محكمة النقض فى أكثر من حكم لها بأن :

١. "مسئولية الجراح لا تقوم ـ فى الأصل ـ على أنه يلتزم بتحقيق غاية هى شفاء المريض وإنما يلتزم ببذل العناية الصادقة فى سبيل شفائه. ولما كان واجب الجراح فى بذل العناية مناطه ما يقدمه جراح يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية فى الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التى اختلف فيها أهل المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإن انحراف الجراح عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذى يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تدخل بما يؤدى إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن ـ جراح قد أمر بنقل مريضه من مستشفى إلى آخر، وهى على وشك الوفاه وقبل إحالتها إلى القسم المختص

---

(١) د/ حمدى عبد الرحمن ، معصومية الجسد ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس العدد الأول والثانى ـ لسنة ٢٢ يناير ويوليو سنة ١٩٨٠ ، ص٧٤ وما بعدها.

(٢) حسن زكى الأبراشى ، مسئوليه الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصري والقانون المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية ، ص١٣٦.

لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل بوفاتها ، واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له ادعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحى إذ أن هذا الادعاء ـ بفرض صحته ـ لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون[(١)]".

٢. "التزام الجراح ـ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ ليس التزاماً بنتيجة هى شفاء المريض ، وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة فى علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير فى مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ فى مستواه المهني وجد فى نفس الظروف الخارجية التى أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطئه العادي أياً كانت درجة جسامته[(٢)]".

المقصد الثاني
مفهوم الخطأ المهني للجراح

الخطأ الفني (المهني) :

عرف البعض من الفقه الخطأ المهنى الفنى بأنه هو الخطأ الذى يتصل بالأصول الفنية لمهنة الطبيب أو الجراح أى أنه يقع من الطبيب أو الجراح بالمخالفة للقواعد الفنية لمهنة الطب ومن أمثلة هذا الخطأ الطبي المهني خطأ

---

(١) نقض مدنى ٣٢٢/ ١٩٦٦م ـ مجموعة أحكام محكمة النقض ـ الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ق جلسة ٢٢/ ٣/ ١٩٦٦.

(٢) نقض٢١/ ١٢/ ١٩٧١م مجموعة أحكام محكمة النقض الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ق.

الجراح فى تشخيص مرض معين[١].

كما ذكر البعض بأنه : – الخطأ فى تقدير ملائمة العلاج دون آخر لحالة المريض أو إعطاء المريض جرعه مخدر تزد عن اللازم[٢].

كما يعد من الأخطاء المهنية كل الأخطاء التى يرتكبها الطبيب أو الجراح أثناء التدخل الطبى مثل الخطأ فى التشخيص أو العلاج أو الجراحة أو التخدير .

ونظراً لدقة التفرقة بين نوعى الخطأ العادى والفنى وعدم وجود مبرر قوى بالإضافة إلى تطور فكر المسئولية والميل إلى توفير حماية أكبر للمضرور فإن الفقه[٣] والقضاء المصري[٤] والفرنسي[٥] قد عدل عن فكرة التفرقة ما

---

(١) د/ عبدالرشيد مأمون – عقد العلاج الطبى بين النظرية والتطبيق دار النهضة العربية ط ١٩٨٦ ص ١٢٧ .

(٢) د/ محسن البيه – نظره حديثه إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية –مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة السنة ١٩٧٣ ص ١١ .

(٣) د/ عبد الحميد الشواربي والمستشار عزالدين الدناصورى المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ص١٤١١.

(٤) نقض مدنى فى ٢١/ ١٢/ ١٩٧١ مجموعة أحكام النقض س٢٢ ص١٠٦٢ ومحكمة الأسكندريه الإبتدائيه فى ٢٠/ ١٢/ ١٩٤٣(مجلة المحاماة س ٢٤ بند٣٥ ص ٧٨ .

(5) Bourges 2 ferr – 1938 – Gazette de paLLai B 1938.1. 723 □

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها أن هاتين المادتين (١٣٨٢ -١٣٨٣) من قانون مدنى فرنسى قد قررنا قاعدة عامه وهى قاعدة ضرورة إسناد الخطأ أى مسئول لإمكان إلزامه بتعويض الضرر الذى ينشأ عن فعله بل عن مجرد إهماله أو عدم تقصيره وأن هذه القاعدة تسرى على جميع الناس مهما كان مراكزهم أو صفاتهم دون استثناء حيث نصت بأن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنى أو غير فنى جسيم أو يسير.

بين الخطأ الفنى والخطأ العادى وهذا ما سأوضحه تفصيلاً فيما بعد فإذا كان الجراح أو غيره من الرجال الذين فى حاجه للحماية من الأخطاء الفنية فالواجب اعتبار الجراح مسئول عن أخطاءه المهنية مسئوليته عن خطئه العادي فيسأل فى هذا وذاك حتى عن خطئه اليسير(١).

لذا أصبح الطبيب الجراح مسئول عن خطأه مهما كان نوعه سواء كان فنى أو غير فنى جسيماً أو يسيراً .

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٣٠ أكتوبر ١٩٦٣ بشأن واقعة أخطأ فيها الطبيب المعالج فى علاج مريض حيث قررت المحكمة أن (مجرد الخطأ من جانب الطبيب يؤدى إلى قيام المسئولية دون حاجه إلى اشتراط أن ثبوت هذا الخطأ غير مفتقر أو أنه بلغ درجه معينه من الجسامة)(٢).

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن "يسأل الطبيب حال الخطأ الفنى عن (خطأ جسيم) راجع إلى جهل فاضح وتقصير بين ، وأن مخالفة الأصول الفنية يوفر المسئولية الجنائية والمدنية مع توافر الضرر أياً كانت درجة جسامة الخطأ(٣)

ومما تجدر الإشارة إليه أنه فى السابق كانت الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء بسبب أخطائهم نادرة ، أما فى الوقت الحالى وعندما تجردت العلاقة بين الأطباء والمرضى من الصفة الشخصية والإنسانية وأمام سعى الأطباء إلى جعلها ذات طبيعة تجاريه خاصة مع ظهور العيادات الخاصة تزايدت وتنوعت معها دعاوى المسئولية الطبية .

---

(١) يقصد بالخطأ اليسير ذلك الخطأ الذى لا يقترفه شخص عادى فى حرصه وعنايته أنظر د/ سمير عبد السميع الأدوية ، مرجه سابق ص ٤٤.

(٢) د/ محمد السعيد رشدى " الخطأ غير مغتفر " سوء السلوك الفاحش والمقصود " الطبعة الثانية ، منشأة المعارف، الأسكندريه ،٢٠٠٨ ، صـ١٤٨

(٣) طعن جنائى ٢١٥٢/ ٥٣ق جلسة ١١/ ١/ ١٩٨٤م.

الفرع الثالث
الضرر فى المجال الطبي

كما هو معلوم قانونا أن المسئوليه المدنيـة لا تقـوم علـى ركـن الخطـأ مجرداً ، وإنما لابد من ضرر يترتب على فعل الخطأ وهذا الضـرر هـو الـركن الثانى من أركان المسئولية الطبيـة فـى مرحلـة الفحـص الطبـى ، فـلا يمكـن مساءلة الجراح ما لم يترتب على خطأه ضرر للمـريض فـإذا أصـاب الضـرر المريض فى حياته أو سلامة جسمه كان هذا ضرراً مادياً وإذا كان إصابة فـى شعوره أو عاطفته كرامته أو شرفه كان هذا ضرراً أدبياً[١].

وأي من هذين النوعين من الضرر يرتب مسئولية للطبيب الجراح متى ارتبط بالخطأ وقامت بينهما علاقة سببيه بينهما .

لذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن الضرر فـى المجـال الطبـى (حالـة نتجت عن فعل طبى سـبب أذى بـالمريض وأسـتتبع ذلـك نقصـاً فـى حالـة المريض أو فى معنوياته أو عواطفه)[٢] كما ذهب جانب آخر إلى أن الضـرر فى المجال الطبى هو (الأذى الذى يصيب الشخص من جراء المسـاس بحـق من حقوقه أو مصلحه مشروعه له)[٣].

أما فى القانون فلقد اشترط حدوث الضرر فى نص المادة ١٦٣ مدنى

---

(١) د/ منصور عبد المعايطه " المسئولية المدنية والجنائية فى الأخطاء الطبية " جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ،٢٠٠٤ صـ٥٥

(٢) موقع الحويسييد فـى القـانون المشـارك بنظـام المصـادر المفتوحـة (ويكـى) القانونيـة الجامعية مقارنـه ص ١٢٥٢ أخـر تعـديل لهـذه الصـفحة ٢٧/ ٤/ ٢٠٠٦ – تصـنيف الصفحة مسئوليه.

(٣) حيث نصت م ١٦٣ مدني مصري على انه : " كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم مـن ارتكبـه بالتعويض" .

ويقع عبء الإثبات على المضرور ،وهذا ما جرى عليه قضاء النقض من أن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتى يجب أن تدخل فى عناصر التعويض من مسائل القانون التى تخضع لرقابتها[١] ـ بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين فى مدونات حكمها عناصر الضرر الذى قضت من أجله بهذا التعويض وأن لها تقدير تلك العناصر دون الرقابة عليها فى ذلك ما دامت قد استندت إلى أدله مقبولة[٢].

(١) نصت م ٢٢١ مدنى مصرى (يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب).

(٢) الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ق جلسة ٤/ ٤/ ١٩٩٠.

المبحث الثانى
حكم الفحص الطبى للنساء
وموقف الفقه الإسلامى

لما كان الفحص الطبى لا يقتصر على الرجال دون النساء ، وجدتني لا مفر من تناول الحكم القانوني والفقهي للفحص الطبى على النساء ، ومن ثم نتناول فى هذا المبحث حكم الفحص الطبى للنساء فى القانون مع بيان موقف الفقه الإسلامي وذلك فى مطلبين على الوجه الآتي :-

المطلب الأول
حكم الفحص الطبى للنساء فى القانون

بمطالعة النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب بالقانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤لم نقف على نص يمنع الطبيب من الفحص على المريض سواء كان رجلاً أم امرأة للنساء لأن الأصل هو الإباحة والمنع لا يكون إلا بنص وقد خلت نصوص قانون مزاولة مهنة الطب من نص يمنع فحص النساء وخاصة بمعرفة الأطباء الرجال وخاصة إذا كان الغرض بقصد العلاج. ومشروعية العمل الطبى فى هذه الحالة إنما يستمد من الإجازة العلمية التى على أساسها يمنح الطبيب الترخيص بمزاولة المهنة وعليه فإن العمل الطبى لا يستمر مشروعيته من الترخيص وإنما من الإجازة التى تمنح على أساسها الترخيص. وطالما أن الطبيب قد توافرت فيه شروط مزاولة مهنة الطب بما فيها حصوله على الإجازة فإنه مؤهل للقيام بالفحص الطبى للنساء.

وقد قضت محكمة النقض "بأن الطبيب الجراح لا يعد مرتكباً لجريمة الجرح عمداً لأن قانون مهنته ـ اعتماداً على شهادته الدراسية ـ قد رخص له فى إجراء العمليات بأجسام المرضى وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسئوليته الجنائية عن فعل الجرح[1]".

---

(١) الطعن رقم ٢٣٨٧ لسنة ٢ق جلسة ٢٤/ ١٠/ ١٩٣٢.

كما قضت بأنه ".....إذا كانت الرخصة القانونية لا تأثير لها فى قيام القصد الجنائى بل ولا فى وقوع الجريمة فإنها باعتبارها من أسباب الإباحة المنصوص عليها فى القانون ترتفع عن المرخص لهم المسئولية المترتبة على الجريمة التى وقعت[(١)]".

ووفقاً لما تقدم يمكن القول بأن سند الجراح فى فحص النساء هو حصوله على الشهادة الدراسية.

هذا بينما ذهب رأى ثان [(٢)] إلى أن أساس مشروعية العمل الطبى ، ومن ثم فإن مشروعية فحص النساء هو **الترخيص للطبيب بمزاولة المهنة** وعلى ذلك فإن المشرع لا يثق فى غير من رخص لهم بالعلاج الطبى إذ هم فى تقديره يستطيعون القيام بعمل طبى يطابق الأصول العلمية ويتجه فى ذاته إلى شفاء المريض.

وأرى أن هذا الرأى (الثانى) يجب الأخذ به ، خاصة أنه يساند هذا الرأى أنه بالرغم من أن طبيب الامتياز حاصل على الإجازة العلمية إلا أن المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤م (المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ١٩٦٥م) لا تعطيه الحق فى الحصول على ترخيص مزاولة مهنة الطب.

هذا بالإضافة إلى **أن رضاء المريضة** بالفحص وهو شرط لمشروعية فحص النساء ، حيث أن رضاء المريضة هو شرط من شروط إباحة العمل الطبى لفحص المرأة.

---

(١) الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٩ق جلسة ٢٣/ ١٠/ ١٩٣٩.

(٢) أنظر د/ حمدى رجب عطيه عن "المسئولية الجنائية للطبيب" مجلة مصر المعاصرة السنة ٩٣ العدد ٤٦٥ ـ ٤٦٦ يناير / ابريل ٢٠٠٢ ص٣٩٩ ـ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧ ص١٨٥ ـ د/ فائق الجوهرى ـ المسئولية الطبية فى قانون العقوبات طبعة ١٩٥١ ص١١٨.

علاوة على ما يجريه الطبيب فى فحص النساء ، يجب أن يكون مطابقاً للأصول العلمية المقررة.

وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه "من المقرر بأنه إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة ، فإذا فرط فى إتباع الأصول العلمية أو خالفها حقت عليه المسئولية الجنائية بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله[١].

□المطلب الثاني

□موقف الفقه الإسلامي من الفحص الطبي للنساء[٢]

لما كان الفحص الطبي يتطلب كشف العورة ، والعَوْرات من أكثر الأمور حساسيةً في مجتمعاتنا الإسلامية، وضعتْ لها الشريعةُ الإسلامية أحكامًا للسِّتر، ولا يحقُّ لأحدٍ أن يتجاوَزَها، حتى إن احترامَ تلك العوراتِ وسترَها يمتدُّ إلى أن يَدخل الإنسانُ قبرَه .

لذا أرى لزاماً على أن أتناول موقف الفقه الإسلامي من الفحص الطبي للنساء من خلال المفهوم الفقهي للعورة ، والحكم الفقهي للفحص الطبي للمرأة ، وأخيراً شروط الفحص الاستثنائي للمرأة المريضة ، ومن ثم نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي :

الفرع الأول : المفهوم الفقهي للعورة لغة واصطلاحاً .

الفرع الثاني : الحكم الفقهي للفحص الطبي للمرأة المريضة .

الفرع الثالث : شروط الفحص الاستثنائي للمرأة المريضة .

---

(١) الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ق جلسة ٤/ ٤/ ١٩٩٠الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٣٧ق جلسة ٨/ ١/ ١٩٦٨م ـ الطعن رقم ٢١٥٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١١/ ١/ ١٩٨٤.

(٢) أنظر فى عرض ذلك أ.د / رأفت حماد ، مرجع سابق ، ص١٥ وما بعدها.

الفرع الأول
المفهوم الفقهي للعورة لغة واصطلاحاً

أتناول بيان معنى العوره لغه وإصطلاحاً فى مقصدين على الوجه الأتى :

المقصد الأول
العورة لغة

العورة لغة تعنى : الخلل والعيب فى الشئ وتطلق على سوءة الإنسان ، وكل ما يستحيا منه والجمع "عورات" وتطلق على المرأة نفسها وسمى الفرج عورة لأن إظهاره يسوء صاحبه ، وهذا يدل على قبح كشفها،ويقال : أعور الرجل والمرأة ، بدت عورتهما ، والعورة الخلل والعيب فى الشئ ، وكل ما يستر الإنسان استكشافاً أو حياءً[(١)].

المقصد الثاني
العورة اصطلاحاً

العورة فى اصطلاح الفقهاء ، تطلق على معنيين[(٢)] :

أولاً ــ ما يجب ستره فى الصلاة .

ثانياً ــ على ما يحرم النظر إليه.

والذى يعنينا فى دراستنا هو المعنى الثانى بالنسبة للفحص الطبى للمرأة فذهب أكثر الفقهاء إلى القول بأن حد العورة فى المرأة هو بدنها كله فهو عورة ويجب عليها ستره ما عدا الوجه والكفين[(٣)] ــ ويضاف إليهما

---

(١) أنظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٦).

(٢) أنظر فى الفقه الشافعى : حاشية الباجورى ، للعلامة الباجورى على متن أبى شجاع ج١ ص٢٤٥/ ٢٤٦ ، مغنى المحتاج إلى شرح الفاظ المنهاج ، للشيخ محمد أحمد الشبينى الخطيب ج١ ص١٨٥ طبعة مصطفى البابى الحلبى.

(٣) أنظر فى تحديد العورة المراجع الآتية :

القدمان عند أبى حنيفة- وقد استند جمهور الفقهاء فى القول بذلك إلى قوله تعالى (**وَلا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا**)[(١)] : أى ولا يظهرن مواضع الزينة إلا الوجه والكفين كما جاء فى رواية ابن عباس وابن عمر وعائشة "أن النبى – صلى الله عليه وسلم – قال : لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار[(٢)]".

الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ج٧ ص١٨٢/ ١٨٣ ، والمجموع شرح المهذب للنوى ج٢ ص١٦٥/ ١٧٠ ، المطبعة المنيرية بالقاهرة ، بدائع الصنائع للكاسانى ج٥ ص١١٩/ ١٢٤- المغنى شرح مختصر الخرقى لابن قدامه ص٤٥٩/ ٤٦٢ ، طبع دار الكتاب العربي سنة ١٣٤٧ه ، المغنى ج٧ ص٦٤١ طبعة محمد رشيد رضا - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ج١ ص٢٨٣/ ٢٨٤/ ٢٨٥/ ٢٨٧/ ٢٨٩ تأليف العلامة أبى البركات أحمد الدردير - طبع دار المعارف بمصر سنة ١٩٧٤م. وأنظر رسالة الدكتور/ على داود الجفال ، المسائل الطبية المعاصرة وموقف الفقه الإسلامى منها ، سنة ١٩٨٥ - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص٥٧ وما بعدها.

(١) آية (٢٠) سورة النور.

(٢) أخرجه أبو داود فى سننه ج١ ص٢٤٤ طبعة البابى سنة ١٣٧١هـ فى كتاب الصلاة باب المرأة تصلى بغير خمار ، وأخرجه الترمذي فى سننه ج١ ص٢١٥ مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٩٨ه/ ١٩٧٨م.

الفرع الثاني
الحكم الفقهي للفحص الطبي للمرأة المريضة[١]

(١) تناول المجمع الفقهى الاسلامى لرابطة العالم الاسلامى فى دورته الرابعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة التى بدأت السبت ٢٠ من شعبان ١٤١٥هـ فى نظر موضوع كشف عورة المرأة للرجل وأصدر القرار الآتى :-

١- الأصل الشرعى أنه لا يجوز كشف عورة المرأة للرجل ولا العكس و لا كشف عورة المرأة للمرأة ، ولا عورة الرجل للرجل.

٢- يؤكد المجمع على ما صدر من مجمع الفقه الاسلامى التاسع لمنظمة المؤتمر الاسلامى بقراره وهذا نصه "الأصل أنه إذا توافرت طبيبه مسلمة متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة وإذا لم يتوافر ذلك ، فتقوم طبيبة غير مسلمة فإن لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم وإن لم يتوافر طبيب مسلم يمكن أن يقوم مقامه طبيب غير مسلم على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة فى تشخيص المرض ومداواته ، وألا يزيد عن ذلك وأن يغض الطرف قدر استطاعته وأن تتم معالجة الطبيب المرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو أمرآة ثقة خشية الخلوة".

٣- فى جميع الأحوال المذكورة لا يجوز أن يشترك مع الطبيب إلا من دعت الحاجة الطبية الملحة لمشاركته ، ويجب عليه كتمان الأسرار إن وجدت.

٤- ويجب على المسئولين فى الصحة والمستشفيات حفظ عورات المسلمين والمسلمات من خلال وضع لوائح وأنظمة خاصة ، تحقق هذا الهدف وتعاقب كل من لا يحترم أخلاق المسلمين وترتيب ما يلزم لستر العورة وعدم كشفها أثناء العمليات الا بقدر الحاجة من خلال اللباس المناسب شرعاً.

٥- وتوصى المجمع بما يلى :-

أ- أن يقوم المسئولون عن الصحة بتعديل السياسة الصحية فكراً ومنهجاً وتطبيقاً بما يتفق مع ديننا الإسلامى الحنيف وقواعده الأخلاقية السامية ، وأن يولوا عنايتهم الكاملة لدفع الحرج عن المسلمين وحفظ كرامتهم

إذا ما طبقنا المفهوم السابق لعورة المرأة على الفحص الطبى بالنسبة لها بواسطة الجراح أو الطبيب نجد أن الأصل هو حرمة كشف الإنسان عن عورته لحديث النبى (ﷺ) أنه قال " لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة[١] ، واستناداً إلى ما رواه بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال "قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نذر ؟ قال : أحفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك ، فقال الرجل يكون مع الرجل ؟ قال : إن استطعت ألا يراها أحد فافعل. قلت : فالرجل يكون خالياً. قال فالله أحق أن يستحيى منه[٢]".

ولكن إذا طبقنا الأصل المشار إليه من حرمة كشف الجراح أو الطبيب على عورات المرأة على إطلاقه ، لأدى إلى وقوع الحرج على بعض الناس كما أن التمسك بالظاهر من النصوص يؤدى فى بعض الأحيان إلى ظلم وضرر لأن كل من تجاوزه حده انقلب إلى ضده[٣] ، ولذلك اقتضت حكمة التشريع التيسير على الناس ، وعدم تطبيق الأحكام العامة فى بعض الأحوال الاستثنائية ، رفعاً للضرر ، ودفعاً للمشقة لقوله تعالى (**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**[٤]) وقوله تعالى (**فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ**

وصيانة أعراضهم.

ب- العمل على وجود موجه شرعى فى كل مستشفى للإرشاد والتوجيه للمرضى.

(١) صحيح مسلم ج١ ص١٣٠ مطبعة البابى سنة ١٢٦١ه.

(٢) سنن الترمذي بشرح تحفة الأحوذى ج١ ص٣٢٨ باب :الأدب.

(٣) أنظر السيوطي في الأشباه والنظائر ص٥٩ طبعة ١٩٣٦ مطبعة مصطفى البابى الحلبى / مصر.

(٤) الآية (٧٨) سورة الحج.

اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ[١]) ، وفى الحديث الشريف : ﴿الدين يسر﴾ أحب الدين عند الله الحنيفية السمحة[٢].

ومما سبق نجد أن هذا الأصل يُستثنى فى حالة الفحص الطبى للمرأة بواسطة الجراح أو الطبيب للضرورة ، والحاجة الداعية إليه كعدم وجود طبيبة تثق المريضة أو ذووها بها ، أو توجد طبيبة ولكنها ليست متخصصة كتخصص الجراح أو الطبيب المعالج لها إذا كان مرضها يتطلب تخصصاً معيناً ، وذلك تطبيقاً للقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات[٣]".

ولكن الإباحة فى القاعدة السابقة مقيدة النص ، أو القدر ، أو بالزمن[٤] : فالتقييد بالنص يظهر مما ذكره ابن نجم بقوله : "المشقة والحرج إنما يعتبران فى موضع لا نص فيه[٥] ، وأما التقييد بالقدر فما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية بأن (**الضرورات تقدر بقدرها**[٦]) ، وقد جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى[٧] "**ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها**" ومعنى كل ذلك أن الضرورة حالة استثنائية شاذة ، والمستثنيات تفسر بتضييق أى أن الترخيص الذى تقضيه الضرورة لا يكون على إطلاقه ، بل يكون بالقدر اللازم لرفع المشقة ، ومثال ذلك : إذا جاز للجراح النظر إلى عورة المرأة المريضة للضرورة

---

(١) الآية (١١٥) سورة النحل.

(٢) البخاري وشرحه عمدة القارئ للعيني ج١ ص٢٣٤/ ٢٣٥ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى / مصر .

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة رقم (٣١) ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٤.

(٤) أنظر د/ على داود الجفال ، مرجع سابق ص٧٢ وما بعدها.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص٢٣ طبع بمصر سنة ١٩١٨م.

(٦) المادة (٢٢).

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٦٠ مطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٣٨م.

فلا يجوز له أن يرى منها أو يكشف عنها إلا موضع الجرح، ويغض بصره ما استطاع ، لأن الضرورات تقدر بقدرها.

أما التقييد بالزمن : فلكون الترخيص والإضرار أو الحكم الاستثنائي الذى تقتضيه يبقى ما دام العذر أو حالة الإضرار موجودة ، فإذا زالت هذه الحالة الاستثنائية زال الترخيص ورجع الأمر إلى القاعدة الأصلية وهذا ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية (**أن ما جاز لعذر بطل بزواله**[١]) ونصها (**إذا زال المانع عاد الممنوع**[٢]).

هذا عن حالة الضرورة أما الحاجة الداعية إلى الاستثناء تخضع فى حكمها للقاعدة الفقهية المعروفة "**الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة**[٣]" .

مجمل القول :

إذا كان الأصل هو عدم جواز قيام الطبيب الجراح بفحص المرأة المريضة ، ولكن خروجاً عن هذا الأصل فإنه يجوز للطبيب الجراح إجراء الفحص على المرأة عند توافر شروط معينة ، وهذا ما نعرض له فى الفرع التالي .

---

(١) المادة ٢٣ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة ٢٤ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) الأشياء والنظائر للسيوطى ص٨٨ مطبعة البابى الحلبى سنة ١٩٣٨م.

الفرع الثالث
شروط الفحص الاستثنائي للمرأة المريضة

توقف الفحص الطبي من الجراح للمرأة المريضة على توافر شروط معينة نعرضها على النحو التالي :

الشرط الأول ــ عدم وجود النظير من نفس الجنس :

فإذا احتاجت المرأة إلى الفحص الطبي ، ووجدت امرأة طبيبة أو جراحة تقوم بهذه المهمة تعينت ، وبالتالي لا يجوز أن يصار الكشف من قبل الجراح أو الطبيب.

وتعود الحكمة من اشتراط هذا الشرط أن نظر الجنس إلى الجنس أخف من نظر الجنس إلى الجنس الآخر ، وإذا تعذر ذلك فيجوز أن يقوم الجراح أو الطبيب بفحص المرأة المريضة لمكان الضرورة ، والحاجة الداعية إلى ذلك ، وذلك بشرط أن يكون هذا بحضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة أثناء الفحص أو الجراحة خشية الخلوة ولجواز خلوة الرجل بامرأتين ثقتين عند كثير من العلماء وذلك لاستحياء كل بحضرة الأخرى[(١)].

الشرط الثاني ــ الاقتصار على موضع الجرح .

وذلك لأن الكشف جائز للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، وعليه فلا يجوز أن يكشف غير الموضع المحدد لإجراء الفحص الطبى عليه أو موضع إجراء الجراحة وقد روى عن عطاء بن أبى رباح ـ رضي الله عنه ـ "فى امرأة فى رأسها سلعة لا تستطيع النساء أن تداولها قال : يخرق فى خمارها قدر السلعة ثم يداويها الرجال[(٢)]" ، وما ذكره أيضاً بن قدامه : "ويباح للطبيب

---

(١) أنظر فى ذلك حاشية ابن عابدين ج٥ ص٣٣٧ ـ طبع القاهرة ـ ١٣٢٣ه ، روضة الطالبين ، أبى زكريا بن شرف ، للنووى ج٧ ص١٣٠ ط٢ ، المكتب الإسلامى.

(٢) أنظر المبسوط للإمام شمس الأئمة أبى بكر محمد بن أبى سهل السرخسى ج١ ص٥٦ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٠.

النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع الحاجة[١] ، وقال الزركشى ـ رحمه الله ـ قال القفال فى فتاوى : والمرأة إذا قصدها أجنبى عند فقد امرأة أو محرم لم يجيز لها كشف جميع ساعدها بل عليها أن تلف على يدها ثوب ، ولا تكشف إلا القدر الذى لابد من كشفه ولو زادت عليه عوقبت من الله تعالى[٢].

الشرط الثالث ــ وجود الضرورة أو الحاجة الملحة .

فإذا وجدت الحاجة فيه وإذا كانت الحاجة تتدفع برؤية طبيب واحد لم يجز أن ينظر اليها أكثر من واحد.

الشرط الرابع ــ وجود المحرم .

فالكشف على المرأة الأجنبية مظنة الفتنة ، ومن أعظم وسائل دفعها وجود المحرم قال النبى(ﷺ) "لا يخلون رجل بامرأة إلا ومعها ذو محرم" (أخرجه مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنه).

الشرط الخامس : الاستئذان أداب شرعى ، وهذا واجب أثبته الشرع حقاً على كل من أغلق بابه أو أرضى عليه ستره. والاستئذان شرع من أجل البصر ، وقد عظم الله شأن الاستئذان حتى أهدر عين من نظر من غير استئذان فعن سهل بن سعد قال : أطلع رجل من جحر فى حجر النبى (ﷺ) ومع النبى (ﷺ) ودرى يحك به رأسه فقال لو أعلم أنك تنظر لطعنت به عينك إنما جعل الاستئذان من أجل المبصر (حديث متفق عليه).

الشرط السادس ــ الدراسة فى كليات الطب .

وهو أن يدرس فى كليات الطب العلوم الشرعية التى تبين الحقوق

---

(١) أنظر المغنى لابن قدامه ج١ ص٤٥٨ طبع دار الكتاب الجامعى سنة ١٣٤٧ه.

(٢) المنثور فى القواعد ج٢ ص٣٢١.

الشرعية للمرضى والأحكام والقواعد الشرعية لأحكام التداوى وضوابطه (مادة ثقه الطب) وأن يتولى تدريس هذه المادة : أهل الاختصاص الشرعى.

الشرط السابع : **إعادة النظر فى تدريس طلاب الطب عملياً تخصص النساء والولادة** فيكتفى بالجانب النظرى لعدم وجود الضرورة الشرعية لكشف العورات حتى مع رضى المريض.

وتأسيساً على ما تم رصده نجد أن الفقه الإسلامي كان دائماً سباقاً إلى الضوابط والأحكام المتعلقة بالفحص الطبى بواسطة الجراحين أو الأطباء سواء بالنسبة للمريض أو المرأة المريضة ، الأمر الذى يساعد على وضوح العلاقة بين الجراح ومريضه أو مريضته ، ولذا أهيب بالمشرع بأن يتدخل لوضع الأحكام التشريعية الخاصة التى تحكم العلاقة بين الجراح أو الأطباء والمرضى من النساء ، وذلك مستر شداً بأحكام الفقه الإسلامي والتي وضعت للحفاظ على الدين والنفس والمال والنسل والعقل وحتى لا تخضع العلاقة بين الجراح والمريض للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي فى ظل الغياب التشريعي الذي يحكم هذه العلاقة بنصوص واضحة كما جاء بالفقه الإسلامي.

الخاتـمة

لا شك أن أحكام وضوابط العمليات الجراحية من الموضوعات الرئيسية في القانون المدني نظرا لأهميتها وتطورها في الآونة الأخيرة ، ولكونها تتعلق بسلامة جسم الإنسان .

ولسنا بصدد تكرار ما سبق وأن ذكرناه أثناء معالجتنا لموضوعات هذه الدراسة ، ولكن توجد بعض الملاحظات والاستنتاجات التالية:

أولاً ــ النتائـج :

١. العمل الطبي هو العمل الذي يتفق فى كيفيته ومباشرته مع القواعد المقررة فى علم الطب ويتجه إلى شفاء المريض ، وهو يشمل التشخيص والعلاج العادي والجراحي والدواء اللازم للعلاج والتحاليل والأعمال الطبية الأخرى .

٢. الفحص الطبي هو بداية العمل الطبي الذى يقوم به الطبيب ويتمثل فى فحص الحالة الصحية للمريض بفحصه فحصاً ظاهرياً ، **وقد يكون فحصاً ابتدائياً وهو** ما يقوم به الطبيب من أجل الاستماع إلى المريض ومعرفة الأعراض التى يشكو منها للوصول إلى المعلومات الضرورية التى تسهم فى مساعدته على تشخيص الحالة المرضية لدى المريض وتحديدها ، وقد يكون فحصاً سريرياً وهو الفحص الذى يجريه الطبيب للمريض مستخدماً قوة الملاحظة وحواسه كما قد يستعين بمعدات بسيطة للفحص مثل السماعات الطبية ولكن بدون استخدام الوسائل الحديثة والمعتمدة للتشخيص كالأشعة والفحوصات المخبريه ، وقد يكون فحصاً تكميلياً وهو ما يلجأ إليه

الطبيب في حالة إذا ما تعذر الوسائل السابقة فى معرفة حقيقة المرض وهنا يقوم بإجراء فحوصات أكثر عمقاً لبيان حالة المريض بالتحديد وهنا يلجأ الطبيب إلى الآلات الحديثة المتطورة كالأشعة والمناظير الطبية بأنواعه كما أنه يعتد على التحاليل الطبية المختلفة.

٣. الخطأ الطبي هو مخالفه الطبيب في سلوكه القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم ، أو المتعارف عليها نظرياً وعلمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى يترتب على فعله نتائج جسيمه في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض ، أما مفهوم الخطأ الطبي عند علماء الشريعة الإسلامية فهو الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول الطبابه ولا يقره أصل العلم والفن من ذوى الاختصاص) .

ثانياً ــ التوصيات :

١. **ضرورة التدخل** بوضع الأحكام التشريعية الخاصة التي تحكم العلاقة بين الجراح أو الأطباء والمرضى من النساء على هدى أحكام الفقه الإسلامي والتي وضعت للحفاظ على الدين والنفس والمال والنسل والعقل وحتى لا تخضع العلاقة بين الجراح والمريض للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي في ظل الغياب التشريعي الذى يحكم هذه العلاقة بنصوص واضحة كما جاء بالفقه الإسلامي.

٢. **ضرورة إصدار** قواعد تشريعيه تحدد العمليات المشروعة والمحرمة فإنه يجب علي المشرع أن يتدخل بوضع ضوابط لإجراء العمليات

الجراحية نظرا لما ينطوي عليه من مخـاطر قـد تضـر بحيـاة الشـخص ووضع مثل هذه الضوابط يسـاعد علـي الحـد مـن الاعتـداء علـي الكيان الجسدي للإنسان وإن كان المشرع حديثا قد تـدخل في شـأن مسألة نقل وزراعة الأعضاء إلي وضع الضوابط والشروط التي يتم بمقتضاها نقل وزراعة الأعضاء البشرية ويمكـن أن تمثـل جـزءا مـن الضوابط المطلوبة لإجراء العمليات الجراحية

قائمـــة المراجـــع

أولاً ــ فى اللغة :

١ المعجـــم الوســـيط : الجزء الثانى

ثانياً ــ فى الحديث :

١ الأشـــباه والنظـــائر : للسيوطى مطبعة مصطفى الحلبى

٢ ســـــنن أبـــــى داود : الإمام أبى داود الأشحث السجستانى ، دار الكتاب العربى – بيروت.

٣ ســـــنن الترمـــــزى : بشرح تحفة الأحوذى باب : الأدب.

٤ صـــحيح البخـــارى : عمدة القارئ للعيني ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى / مصر .

٥ صـحيح مسـلم ج١ : مطبعة البابى سنة ١٢٦١ه.

ثالثاً ــ كتب الفقه :

١ أبى بكـر محمـد بـن أبى سهل السرخسى : للإمـام شمـس الأئمـة المبسـوط مطبعـة السعادة بمصر سنة ١٣٢٠.

٢ أبى زكريا بن شرف : روضـــة الطـــالبين ، ، للنـــووى ج٧ ، المكتب الإسلامى.

٣ حاشية بن عابـدين : طبع القاهرة ـ ١٣٢٣ه ، روضة الطالبين ، أبى زكريا بن شـرف ، للنـووى ط٢ ، المكتب الإسلامى.

٤ حاشـية البـاجورى : للعلامة الباجورى على متن أبى شـجاع ج١

٥ المغنـى لابـن قدامـه : مكتبة القاهرة ١٢٨٨هـ ـ ١٩٦٨.

رابعاً ــ كتب التفسير :

١ الجامع لأحكام القرآن : أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى الخزرجى شمس الدين القرطبى، المتونى ٦٧١هـ ، تحقيق: هشام سمير البخارى، دار عالم الكتب – الرياض – المملكة العربية السعودية ، الطبعة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م .

خامساً ــ كتب عامة ومتنوعة :

١ . د/ أحمد محمود إبراهيم سعد : مسئولية المستشفي الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه –رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٨٣م .

٢ . د/ أسامه فايد : عن المسئولية الجنائية للأطباء – دراسة مقارنه ط٢ لسنة ١٩٩٠ – دار النهضة العربية .

٣ . أ/ أمير فرج يوسف : خطأ الطبيب العمدى وغير العمدى – المكتب الجامعى الحديث ط ٢٠١٠م

٤ . د/ حسن زكى الأبراشى : مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، دار النشر للجامعات المصرية.

٥ . د/ حمدى عبد الرحمن : معصومية الجسد ـ بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ التى تصدرها كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ــ العدد الأول والثانى ـ يناير ، يوليو ١٩٨٠م

٦ . د/ حمدي رجب عطيه : عن "المسئولية الجنائية للطبيب" مجلة مصر المعاصرة السنة ٩٣ العدد ٤٦٥ ـ ٤٦٦ يناير / ابريل ٢٠٠٢

٧ . د/ رأفت محمد حماد : أحكام العمليات الجراحية - دراسة مقارنه بين القانون المدني والفقه الإسلامي- دار النهضة العربية ١٩٩٤م .

٨ . د/ زاهية حوريه يس يوسف : الخطأ الطبي في المسئولية المدنية ، الملتقى الطبي حول المسئولية الطبية ، المنظم بكلية حقوق جامعه مولود المعمرى ، تيبزى وزو ، ١٩ إبريل ٢٠٠٨.

٩ . د/ سمير عبد السميع الأودن : مسئولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنياً وجنائياً وتأديباً ، منشأه المعارف ، الأسكندريه ، ٢٠٠٤.

١٠ د/ عبد الحميد الشواربى والمستشار عزالدين الدنياصورى : مسئوليه الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، دار منشأة المعارف ـ الاسكندرية ط ٢٠٠٠م.

١١ د/ عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق دار النهضة العربية ط ١٩٨٦ .

١٢ د/ فائق الجوهري : المسئولية الطبية في قانون العقوبات طبعة ١٩٥١ .

١٣ د/ فريد عبد المعز فرج : مسئولية الطبيب عن الخطأ المهنى فى القانون المصرى بحث مطبوع ٢٠٠٤م.

١٤ د/ فوزيه عبد الستار : شرح قانون العقوبات " القسم العام – دار النهضة العربية – سنة ١٩٩٢.

١٥ د/ محسن البيه : نظره حديثه إلى خطأ الطبيب الموجب للمسئولية فى ظل القواعد القانونية التقليدية – الناشر مكتبة الجلاء – المنصورة ١٩٧٣.

١٦ د/ محمد قاعود : الشفاء بالجراحة – دار العلم للملايين – الطبعة الأولى.

١٧ د/ محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ـ الطبعة الرابعة سنة ١٩٧٧م.

١٨ د/ منصور عبد المعايطه : المسئولية المدنية والجنائية فى الأخطاء الطبية " جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ،٢٠٠٤.

١٩ نظام توفيق المحامى : شرح قانون العقوبات ، القسم العام "- مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الكتاب الأول ١٩٩٨.

٢٠ د/ وجيه محمد الخيال : المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي ، دار المنارة ، جده ، ٢٠٠٩.

٢١ د/ وديع فرج : مسئوليه أطباء الجراحين المدنية – مجلة القانون والاقتصاد – العدد (١) – السنة الثانية عشر.