المسؤولية الجنائية للطبيب

مقـــدمـــة:

ظهرت المسؤولية الطبية بصفة عامة ومسؤولية الطبيب الجنائية بصفة خاصة منذ العصور القديمة،بحيث تعرض لها المصريون القدامى،كما ارتبط بذلك كل من البابليون وما أورده ملك بابل "حمو رابي" في هذا الشأن،فقد جاء في إحدى نصوصه"إذا عالج الطبيب رجلا حرا،من جرح خطير فمات،أو فقأ له عينا فإنه يعاقب بقطع يده"

وكذلك الإغريق في اعتمادهم مدخرات كل من حضارة مصر وبابل حتى عهد"أبي قراط"واضع أول قسم طبي،وثم عهد " أفلاطون" الذي كان يسأل فيه الطبيب جنائيا عن ممارسته الخاطئة في مهنته ،ولدى الرومان كان"جالينوس"وما ورد في الألواح الإثني عشر بشأن الأطباء ،حيث اشترط العمل وليس فقط الخطأ ليمكن مساءلة الطبيب،ولقد طبقوا قواعد القانون العام على الأطباء فاشترطوا توافر سوء النية لدى الطبيب لإمكان عقابه،وكانت الأمور تصل بهم إلى حد إعدام الطبيب،كما كان يسأل عن إفشائه الأسرار،فكانت لديهم عقوبة النفي والموت.

وفي عهد بدء سيطرت الكنيسة على الطب والقانون،وصلت الأمور إلى حد عدم وجود أية عقوبة سوى عقوبة الرأي العام ،ولم يعد من قانون يعاقب على الجهل،ولم توجد حالة واحدة عوقب فيها طبيب بالإعدام ،حتى أصبح الطبيب في نهاية العصر الروماني هو الشخص الوحيد الذي يرتكب جريمة القتل دون ما مساءلة أو عقاب.

أما إبان الحكم الصليبي فكانت المحاكم آنذاك تقضي بمسؤولية الطبيب عن أخطائه و إهماله، ففي حالة الرقيق يحكم بدفع ثمنه لسيده،وفي حالة كون حرا فإن كان الجرح ليس بالخطر أو أن سوء العناية لم يترتب عليها وفاة،فإن الطبيب يحرم من أتعابه و تقطع يده،وفي حالة الوفاة فإنه يشنق

ولقد كان للشريعة الإسلامية دورا هاما في هذا الموضوع،فلقد فرقوا بين الطبيب الحاذق(العالم بمهنته) والطبيب الجاهل،فلا مسؤولية على الطبيب الحاذق وإن حدثت الوفاة ما لم يرتكب خطأ في العلاج.

المسؤولية الجنائية للطبيب

ورغم اختلاف بعض آراء الفقهاء في رفع مسؤولية الطبيب،فإن ذلك الإختلاف لم يخرج عن أربع مراجع وهي:

- إذن الحاكم أي الشارع.

- إذن المريض ورضاه.

- قصد الشفاء.

- إنتفاء الخطأ عن الطبيب.

كما أجمع الفقهاء على أن التقصير من التعدي،و يستوجب الضمان دون القصاص،ففرقوا بين الخطأ الذي لا عدوان فيه،والتقصير بعدوان حيث قال الدكتور وديع فرج :و هذا أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في العصر الحالي.

ثم جاءت لحظة التحول الكبرى والإنعطاف التاريخي،وذلك بعد عهود الظلام في أوروبا بدخول عصر النهضة وما حملته من مكتشفات و إختراعات،والتطور في شتى العلوم وخاصة علوم الطب.

فكانت إيطاليا السباقة في الإهتمام بتنظيم مهنة الطب،بسبب تأثرها بالعرب عبر صقلية،فكان فيها أول القوانين التي تنظم مهنة الطب وفي أحكام القضاء الفرنسي القديم،كان جهل الطبيب إذا بلغ من الجسامة حدا يمكن معه إرتكاب جريمة وكان ذلك سبب وفاة المريض،فالطبيب يعاقب إما بعقوبة الإعدام أو عقوبة جسدية على الأقل،وفي حالة الخطأ البسيط فبعد ثبوت السببية بينه وبين الضرر الحاصل للمريض فإن الطبيب يعاقب طبقا لظروف كل حالة.

ومن ناحية الدعاوى المرفوعة في هذا الصدد بفرنسا تتزايد نسبيا فعددها لا يتجاوز 300 دعوى سنويا أي بنسبة 50/20 مليون نسمة.

المسؤولية الجنائية للطبيب

ولأن الموضوع شغل الأطباء وأخافهم بالملاحقات الجزائية فقد عقدوا لهذا الغرض مؤتمرا بباريس عام 1972 ،طالبوا فيه بمطلب حق وهو فرز أعمالهم ومهنة الطب عموما في تشريع خاص خارج القواعد العامة،وذلك حماية لهم.[1]

أما القضاء الجزائري في هذا المجال فهو يعول كثيرا على القضاء الفرنسي والمصري بشكل أساسي،وعلى القضاء السوري بشكل ثانوي دون إغفال التشريعات الجزائرية ،إذ شهدت الجزائر كوكبة من التشريعات المتعلقة بميدان الطب،تكفل إحترام أخلاقيات مهنة الطب ففي سنة 1976 صدر الأمر رقم 79/76 المتضمن الصحة العمومية الذي تم إلغاءه بموجب الأمر 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ،وفي سنة 1992 صدر المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب،إضافة إلى سلسلة من التشريعات و اللوائح الأخرى.

وتعرف المسؤولية لغة : من السؤال مايسأله الإنسان وسأله الشيء وسأله عن الشيء سؤالا ومسألة

والجنائية لغة : من جنى بمعنى إلتقط وجنى عليه يجني جناية والتجني مثل التجرم وهو أن يدعي عليه ذنبا لم يفعله

والمسؤولية الجنائية شرعا هي أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها.

أما المسؤولية الجنائية قانونا هي تحمل الإنسان عقوبة فعله أو تركه غير المشروع الذي يأتيه بإختياره وهو مدرك لنتائجه.

التعريف الإجرائي للمسؤولية الجنائية : هي ذلك الوصف الذي من خلاله يمكن تطبيق العقوبة على من إتصف به ولا يتحقق هذا الوصف إلا بفعل محظور أو ترك مأمور ممن يتمتع بالإرادة الحرة والعقل المدرك

ومما تقدم بتعريف المسؤولية الجنائية قد إرتأينا تعريف مسؤولية الطبيب الجنائية على أنها تحمل تبعة تلك الأخطاء التي يقترفها الطبيب بغض النظر عن مدى جسامتها والتي تلحق الضرر بالمريض وقد يكون لهذا عدة أوجه خطأ جزائي،تعويض مدني،مساءلة مهنية.

---

[1]- المحامي محمد بسام محتسب بالله : المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ،الطبعة الأولى،1984 ،ص 309 - 314 .

المسؤولية الجنائية للطبيب

وفي بحثنا هذا قد تطرقنا للمسؤولية الجنائية للطبيب في فصلين الأول وضعنا أركان ونطاق المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي وفي الثاني المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحة التجميلية.

وقد إخترنا هذا التقسيم لأنه يجمع بين الخطأ الطبي كأصل عام وبين مسؤولية الطبيب المتخصص في العمليات كأصل خاص وبهذا نكون قد ألممنا بالموضوع وأعطينا فكرة مبسطة ومختصرة.

المسؤولية الجنائية للطبيب

الفصل الأول : أركان ونطاق المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي

إن الأطباء ممارستهم للنشاط الطبي ،يمكنهم أن يرتكبوا جرائم متنوعة من شأنها المساس بسلامة جسم المريض أو حياته،ويسألون عنها جزائيا ويمكن أن تكون هذه الجرائم عادية. [1] ،كما يمكن أن تكون متعلقة بممارسة المهنة الطبية.[2]

وتثور مسؤولية الطبيب الجزائية عندما يرتكب جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات،والتي تمس الأشخاص إما بصورة عمدية أو غير عمدية،وهذه الأخيرة هي مناط دراستنا من خلال جنحتي القتل الخطأ والجرح الخطأ .

فتتفق هاتين الجريمتين في عناصرهما،لكنهما تختلفان من حيث الجسامة في النتيجة الناجمة عن النشاط الإجرامي،و يجد الطبيب نفسه معرضا لعقوبة جزائية في حالة إرتكابه لخطأ طبي،وتقوم المسؤولية الجزائية متى توافرت أركانها.

المبحث الأول : أركان المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي

المطلب الأول : الخطأ الطبي

لم يعني كل من المشرع الجزائري والفرنسي بتعريف الخطأ،وإنما إكتفى بإيراد صور الخطأ،تاركا ذلك لإجتهاد الفقه والقضاء،وهذا لا ما يدفعنا لبيان ماهيته.

الفرع الأول :ماهية الخطأ الطبي

لقد تناول فريق كبير من الفقه الجنائي تعريف الخطأ فمنهم من عرفه بأنه : "التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تتطلبها الحياة الإجتماعية."[3]

---

[1]- الجرائم العادية: هي الجرائم النظامية التي لا صلة لها بلأصول الفنية الدقيقة للمهنة الطبية،بوصفهاسلوكات إجرامية قد تاخذ طابعا نظاميا عاما في أي مهنة.

[2]- الجرائم المهنية: هي الأخطاء التي يخرج فيها الطبيب على الأصول و القواعد الفنية و يخالفها كخطأ في التشخيص أو العلاج.

[3]- د،رؤوف عبيد :جرائم الإعتداء على الأشخاصوالأموال ،دار الفكر العربي ،الطبعة الثامنة،سنة 1985 ص 165.

ومنهم من عرفه "كل فعل أو إمتناع إرادي تترتب عليه نتائج لم يقصدها الفاعل،لكن كان في وسعه بل كان من الواجب أن يتجنبها."[1]

وهناك من عرفه "التصرف الإرادي لشخص مميز،لم يتخذ الحيطة والحذر المألوفين لدى الرجل العادي عند قيامه بهذا التصرف الذي أحذت ضررا للغير."[2]

والتعريف الراجح لدى الفقه هو الذي يذهب إلى أنه " إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها عليه القانون،وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى نتيجة إجرامية في حين كان ذلك في إستطاعته وكان واجبا عليه."

فإنه يتبين من هذا التعريف أن جوهر الخطأ هو إخلال بواجبات الحيطة و الحذر،و هو التزام ينطوي على جانبين **الأول :** اجتناب التصرفات الخطيرة أو إتيانها وفقا لأسلوب معين يجردها من خطورتها

والثاني : التبصر بآثار هذه التصرفات بمعنى الإمتناع عن أي تصرف يمس بالمصالح المحمية.

ومن هنا نستنتج أن عناصر غير العمدي تتجلى في عنصرين :

ـ الإخلال بواجبات الحيطة والحذر

ـ العلاقة النفسية ما بين إرادة الجاني و النتيجة،ومن صور العلاقة النفسية أن تكون النتيجة متوقعة، وفي إستطاعة الجاني الحيلولة دون حدوثها.[3]

و المنطق يأبى يكلف شخص يتوقع ما ليس متوقعا أو أن الجاني إتجه إلى النتيجة ولكن إرادته لم تتجه إليها،وهذه الصورة الصورة يطلق عليها الخطأ الواعي .

و من خلال ما سبق ،نصل إلى أن هذا هو أيضا مفهوم الخطأ الطبي ،و كل ما في الأمر أن عدم التذرع بواجباته الحيطة و الحذر يعني هنا عدم قيام الطبيب في غير الظروف الإستثنائية بمهنته و

---

[1]ـ د،عبد الوهاب حومد : مسؤولية الطبيب الجزائية ،مجلة الحقوق و الشريعة ،السنة الخامسة ،العدد الثاني يونيو 1981 ،الكويت ص 159.
[2]ـ د،أبو اليزيد علي المثبث : جرئم الإهمال ،مؤسسة الشباب الجامعية ،الإسكندرية ،الطبعة الثالثة سنة 1975 ،ص 86 .
[3]ـ د،عبد الوهاب حومد : المرجع السابق، ص 159 .

واجباته وفقا بما تقضي به القوانين واللوائح والقرارات في هذا الشأن فضلا عما تقضي به أصولها العلمية و الفنية المقررة و الثابتة.

❖ **أولا ـ خطأ في كل من القانون المدني والجنائي**

تنص المادة 124 من ق.م.ج **"كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**

وتنص المادة 288 من ق.ع.ج **"كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك بروعنته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته للأنظمة يعاقب بالحبس"**

وتنص المادة 289من ق.ع.ج **"إذا نتج عن الرعونة أو عدم الإحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز 03 أشهر فيعاقب الجاني بالحبس."**

وتنص المادة 2/442 ق.ع.ج **"يعاقب بالحبس...فقط كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لعدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم."**

من خلال إستقرائنا للمواد السالفة الذكر يمكن القول أن الخطأ الجنائي من شأنه أن يوقع صاحبه تحت طائلة ق.ع.ج ويخضع لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

أما الخطأ المدني [1] **:** فيستوجب مسؤولية من صدر منه بتعويض الضرر.

وقد إنقسم الفقه في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية الجنائية إلى إتجاهين

1 ـ نظرية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني :

يستند أنصار هذه النظرية إلى أن لكل من الخطأ الجنائي والمدني مضمونه الذي يتحدد وفقا لإختلاف الهدف من الجزاء المقرر لكل منهما،فالعقوبة كجزاء جنائي تختلف عن التعويض كجزاء مدني،وأن صور الخطأ في قانون العقوبات جاءت محددة،بينما الخطأ المدني يصلح أساسا

[1] ـ الخطأ يكون إما منسوب أو مفترض فالمنسوب هو وحده الذي يمكن إثارته أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بالتعويض المدني بصفة فرعية للدعوى العمومية أما الخطأ المفترض فهو من اختصاص المحاكم المدنية لأن الضرر أمام المحاكم الجنائية ملزم بإثبات خطا الفاعل لهذا تقبل دعوى المسؤولية المدنية الخطأ المفترض أمام المحاكم المدنية إستنادا على عدم القيام بواجب الرقابة الذي يلتزم به الفاعل.

المسؤولية الجنائية للطبيب

للمسؤولية المدنية بينما لا يصلح أساسا للمسؤولية الجنائية إلا الخطأ الذي يندرج تحت الصور المحددة قانونا.[1]

فالأستاذان فيدال ومنوال من أنصار التفرقة يقولان :"إن الرعونة والإهمال يجب أن يفسرا تفسيرا يختلف في الدعوى المدنية عنه في الدعوى العمومية لإختلاف وجهة النظر التي تقدم بها كل من الدعوتين،ويقول الأستاذ بيرت دي جيريسان :"أن الرجل لا يسأل جنائيا عن تصرفاته غير المشروعة للقانون ،وإنما فقط عن عدد معين من التصرفات المنصوص عليها في قانون العقوبات،بينما يسأل الرجل في القانون المدني عن جميع أفعاله التي يترتب عليها أي إعتداء عن الطرف الآخر.[2]

وتأسيسا على ما سبق ذكره،لم يكن القضاء أقل من الفقه بشأن التفرقة أو الوحدة بين الخطأ المدني أو الجنائي إذ نجد أن القضاء الفرنسي قبل سنة 1912 كان يأخذ بالتفرقة بين الخطأيين على غرار القضاء المصري الذي قضى بأن الحكم بالبراءة في جنحة القتل الخطأ لا يمنع الحكم بالتعويض،وذلك لإختلاف درجة الخطأ والإهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية.

أما القضاء الجزائري من خلال قرار صادر بتاريخ 1970/11/10 عن مجلس قضاء وهران الذي بالرغم من الحكم بالبراءة كان حائزا لقوة الشيء المقضي فيه في حق المتهم بالجرح الخطأ طبقا للمادة 289 ق.م.ج كون الطرف المدني إستأنف الحكم لوحده إلا أنه في الدعوى المدنية المجلس ألغى الحكم المستأنف ،وتصدى من جديد وقضى بتعويضات في حق الضحية و استند في قراره إلى أن قاضي الموضوع هو الذي يكيف الخطأ الذي يوجب التعويض،حيث أن الطبيب المتهم متمثلا في تجريح إمرأة على وشك الوضع لدواء SYNTOCINON ،في بداية الولادة دون الحاجة إليه ،كون الولادة كانت طبيعية ،والجنين كان في وضعية جيدة و نسب للطبيب خطأ عدم الإحتياط و الرعونة المتمثلة في نقص المهارة الذي أدى إلى إصابة المولود بإعاقة جزئية للجهة العلوية اليمنى لمدة تفوق 03 أشهر هذا لا ما ثبت من خلال تقرير الخبير.

---

[1]- د، فوزية عبد الستار : النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دار النهظة العربية ،مصر ،1977 ،ص 118 .
[2]- د، أبو اليزيد علي المثبت : المرجع السابق ،ص 75 .

ويظهر جليا من خلال هذا القرار بأن القاضي حكم بالتعويض بالرغم من أن القرار كان حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ،كون أن المتهم و النيابة لم يقوما بإستئناف حكم البراءة وهذا يدل بأن القضاء الجزائري تبنى مبدأ التفرقة بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي

ويذهب أنصار التفرقة،أن الخطأ الجنائي لابد أن يكون أكثر جسامة من الخطأ المدني،لكن التسليم بهذه الفكرة يؤدي إلى نوع من التناقض،إذ أننا نقول أن تقدير الخطأ مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي،هذا من جهة،ومن جهة أخرى فإن ما يراه قاض خطأ جسيم قد يراه آخر أقل جسامة وهذا الخلاف في التقدير له خطورته على المجتمع وعلى ثقة الجمهور بالعدالة.

كل هذا يؤدي بنا التأكيد أن مجال البحث هنا ليس الخطأ المدني بالمفهوم الواسع،وإنما الخطأ المدني الذي يعتبر في نفس الوقت خطا جنائي.

2 ـ نظرية الوحدة بين الخطأ المدني والجنائي :

يستند دعاة هذه النظرية للتأكيد على فكرة الوحدة،إلى أن القانون الجنائي وإن كان غالبا ما يحرص على تحديد صور الخطأ الجنائي،فيوردها على سبيل الحصر بينما القانون المدني يستخدم نصا عاما،إلا أن ذلك لا ينهض دليلا على إزدواجية الخطأين المدني والجزائي.

ذلك أن ملاحظة الصور التي أوردها المشرع الجنائي،تدل على أنه قد ضمنها كل درجات وحالات الخطأ مما يعني أن الخطأ في كلا القانونين واحد،وأن الخلاف بينهما شكلي بحت.[1]

وبالرجوع إلى القضاء والفقه الفرنسي نجد أنه كان يفرق بين الخطأيين،واستمر الحال حتى1912/12/18 حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها المدنية الوحدة بين الخطأ المدني والجنائي.

ومن هذا المبدأ أن الفعل الخاطئ نفسه يكون سببا للمتابعة الجزائية،كما يكون سببا للمتابعة المدنية،أي أن المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية تقومان معا على الأفعال الطبية الضارة التي ترتكب خطأ مهما كان هذا الخطأ ضعيف،بعد أن أقر الإجتهاد القضائي وحدة الخطأين،الأمر الذي

---

[1]ـ د، فوزية عبد الستار : المرجع السابق ،ص 119 .

المسؤولية الجنائية للطبيب

يجعل التفريق بين المسؤوليتين عسيرا جدا.[1] ،وهذا المبدأ الذي نادى به الأستاذ SAUATIER بقوله " لقد أصبح اليوم مقبولا أن الخطأ الذي يجب أن يتحقق لقيام جريمة قتل لعدم الإحتياط هو نفس الخطأ الذي يكفي لإلتزام الفاعل بتعويض الضحية المدنية "، وهذا المبدأ يطبق على الأطباء وهو مستقر قضائيا.

وقد قام الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية في 1912 بدور كبير في تغيير إتجاهات الكثير من رجال الفقه والقضاء،خاصة في البلاد التي تأثرت بالتشريع الفرنسي،كما هو الحال بالنسبة للجزائر،حيث إتجه القضاء إلى الأخذ بهذا المبدأ في القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران غرفة الجنح بتاريخ 1967/07/11 .والذي تتمثل وقائعه فيما يلي : أن مولودا يبلغ من العمر 04 أشهر أدخل المستشفى الجامعي بوهران في حالة خطيرة،والتشخيص لم يتوصل إلى الكشف عن المرض الذي يعاني منه،وفي إحدى الليالي أصيب المولود بعضات جرذ،بعد أسبوعين في أنحاء مختلفة في جسمه وأصيب بعد ذلك بإسهال،وبعدها توفي،ولم يتوصل تقرير الخبير في غياب تشريح الجثة في لإمكانية أن ينسب إلى الطبيب أي خطأ،وهذا ما أدى إلى القضاء ببراءته،والقول بعدم الإختصاص في الدعوى المدنية.

ومن خلال هذا القرار نلاحظ أن القضاء الجزائري أخذ بمبدأ وحدة الخطأين الجزائي والمدني إذ أنه قضى بعدم الإختصاص في الفصل في الدعوى المدنية لعدم ثبوت الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية،ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ النتائج التالية :

- أن الدعوى المدنية تسقط بنفس التقادم التي تسقط به الدعوى العمومية، وهو التقادم الثلاثي.

- أن الخطأ مهما كان بسيطا،يكون محلا للمتابعة الجنائية والمساءلة المدنية لأن الصور التي أوردها قانون العقوبات للخطأ تتسع عباراتها وألفظها بمعنى الخطأ بكل صوره،بغير تفريق بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط والخطأ العادي والفني.

- إن ثبوت الخطأ في المسؤولية الجزائية يكفي لترتيب المسؤولية المدنية،ومتى كان الأمر كذلك،فإن براءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المنسوب إليه يستلزم حتما عدم قبول

---

[1]- د، عبد الوهاب حومد : المرجع السابق، ص 157 .

الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ،ويكون لحكم البراءة قوة الشيء المقضي فيه إذا رفع النزاع المدني أمامه،أو أمام المحكمة المدنية،وتستلزم حتما برفض الدعوى المدنية المؤسسة عليه ولا تكون المحكمة في حاجة إلى أن تتحدث في حكمها على هذه الدعوى،وتورد فيه أسباب خاصة.

من خلال إستقرائنا لأحكام القضاء الجزائري يتبين لنا بوضوح،بالأخذ بالوحدة أو التفرقة بين الخطأيين،فأحيانا يأخذ بالوحدة وأحيانا بالتفرقة.

وأمام إتخاذ المحكمة العليا لموقف محدد بشأن المسألة فإنه يتعين علينا كباحثين إعطاء رأي مبسط في هذا الصدد،فنحن نميل إلى الأخذ بمبدأ الوحدة بين الخطأين،الرأي الذي يعتبر الراجح عند بعض الفقه،ولإقترابه من المبادئ المعمول بها من قبل الإجتهاد القضائي الجزائري في نوع آخر من القضايا وهو الرأي الذي يتماشى مع قواعدنا،ومن ثم فإن الخطأ الذي يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المواد 288 ،289 ،2/442 ق.ع.ج.،لا يختلف عن الخطأ الذي يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة 124 ق.م.ج،مادام الخطأ مهما كانت درجته يكفي قانونا لتحقق كل من المسؤوليتين،زكا ما في الأمر هنا أن الشخص الذي يتضرر من خطأ الغير المتمثل في الإهمال،الرعونة عدم الإحتياط ...له الإختيار بين أحد الإجراءين طبقا للمادتين 3،4 من ق.إ.ج

1 ـ أما أن يتوجه إلى القضاء الجزائي ويطرح الشكوى أمام وكيل الجمهورية،أ, شكوى مصحوب بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق طبقا للمواد 288،289، 2/442 من ق.ع.ج ،ويكون المتسبب في الخطأ معرض لعقوبة جزائية،وملزم بتعويض الضحية عن الضرر الذي سببه له.

2 ـ أو أن يتوجه أولا إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض عن الضرر طبقا للمادة 124 ق.م.ج،وهنا ليس له الرجوع إلى القضاء الجزائي إلا إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكما في الموضوع،وهذا مانصت عليه المادة 5 من ق.إ.ج ،وفي هذه الحالة لابد من التنبيه إلى نقطة هامة نحدد فيها نقاط الأخذ بمبدأ الوحدة وهي :

ـ أن وحدة الخطأين لا تحقق إلا بالنسبة للخطأ المدني الشخص الذي يرتب المسؤولية الشخصية، وذلك في الحدود التي يجرم فيها القانون الجنائي هذا الخطأ،أما خارج نطاق هذه الحدود،فإن

المسؤولية الجنائية للطبيب

للقاضي المدني إعتبار الخطأ الذي لم يواجهه القانون الجنائي خطأ مدنيا،ومن ذلك الخطأ الذي تترتب عبيه المسؤولية التقصيرية.[1]

وطبقا للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية،فإن الطبيب يسأل عن الخطأ الواقع منه هو بذاته،خلال ممارسته مهامه،أو بمناسبة القيام بها،ولا يجوز مسائلته جنائيا عن فعل شخص آخر،فالقانون الجنائي يقوم على مبدأ شخصية العقوبة،والطبيب لا يسأل جنائيا عن فعل يقوم به مساعده أو تلميذه،أو ممرضه إلا بشروط :

1 ـ أن ينسب إلى الطبيب نفسه خطأ في إحدى الصور عليها في المادتين 288 ،289 ق.ع.ج

2 ـ أن يكون التابع منفذا لأوامر الطبيب ولم يقع منه خطأ ما.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 196 من قانون الصحة وترقيتها على :**" يكلف المساعدون الطبيون،حسب إختصاصاتهم وتحت مسؤولية الطبيب...بما يأتي.."**

أما إذا كان الخطأ قد وقع من مساعدوا الأطباء من تقنيين وممرضين وحدهم فنكون بصدد خطأ علاجي.[2] ،يسأل عنه المتسبب فيه،ولا تقوم مسؤولية الطبيب عنه.

وأما إذا وقع من كل منهما خطأ في أدائه لإختصاصه المخول له قانونا،فكلاهما يسألان عن أخطائهما،وتطبيقا لما سبق ذكره،فإن المساعد الطبي الذي ينفذ الأوامر الخاصة من طرف الطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه،بل الذي يسأل عنه الضرر المترتب عن هذا الخطأ هو الطبيب المخطئ وحده،خاصة إذا كان العلاج مما يحتاج إلى توجيهه ورقابته.

وفي هذا الصدد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1976/11/18 قضى بإدانة طبيب بجريمة القتل الخطأ،كونه قام بتخييط جرح في إبهام طفل عمره 18 شهرا أم الممرضة المساعدة له بتخذير الطفل،مع أنها غير مؤهلة لذلك،ولم يقم بالإشراف على رقابته،وإنما ألزم الممرضة على ذلك فمات الطفل.

---

[1] ـ د،فوزية عبد الستار : المرجع السابق ،ص 120 -121 .
[2] ـ د، طاهري حسين : الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ،دار هومة ،الجزائر ،2002 ،ص 29 .

ثانيا ـ تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية

الأخطاء المهنية هي التي يخرج فيها الطبيب عن الأصول و القواعد الفنية،و يخالف قواعد الفن الطبي،كالخطأ في التشخيص أو العلاج أو الرقابة أو الوقاية .

والخطأ الجنائي الجنائي للطبيب قسمان :خطأ في التقدير وهو الخطأ الطبي الفني و خطأ في الفعل،وهو ترك المريض أو الإهمال في الرقابة العلاجية [1]

فهل يسأل الأطباء عن كل أخطائهم جزائيا ،هذا ما سنحاول التعرض إليه من خلال الآراء الفقهية التالية :

الرأي الأول : يرفض بعناد مساءلة الطبيب عن أخطائه الطبية لا مدنيا و لا جزائيا طالما أنه لم يتعمد الأذى،كونه يحمل شهادة في الطب تثبث أنه كفؤ و صالح لممارسة المهنة و أدى الإمتحان بنجاح،لكن هذا الرأي قلة من يعتدون به.

الرأي الثاني: يقصر المسؤولية الطبية على الحالات التي يرتكب فيها الأطباء خطأ فاحشا فقط،وهذا يعني أن مجرد الجهل بالعلم الطبي وتطبيقاته لا يكون سببا للمعاقبة لأنها تشترط الخطأ الفاحش .

الرأي الثالث : يعتبر الطبيب مسؤولا جزائيا،إذا ألحق بالمريض ضررا يقع تحت طائلة القانون الجزائي بخطئه،ولكن هذا الرأي لا يشترط الجسامة إذ يكفي في مفهومها أن يكون الخطأ إحدى الحالات التي حددها القانون مهما كان خفيفا و هذا المبدأ يتماشى مبدأ الوحدة بين الخطأين.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده في المادة 239 من قانون الصحة ترقيتها تنص على :**"يتابع طبقا لأحكام المادتين 288- 289 من قانون العقوبات أي طبيب... على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه ...ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته...."**

---

[1]- د، بلحاج العربي : الأخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي ،مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ،السنة 13 العدد 52 نوفمبر ديسمبر ،2001 ،جانفي 2002 ، الرياض ص 40 .

[2]- د، عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ، ص 155 - 156.

وبالتالي من خلال هذا نجد أن المشرع الجزائري قد رتب المسؤولية الجزائية للطبيب عن التقصير أو الخطأ المهني الذي يلحق ضررا بالمريض وفقا لقانون العقوبات على أساس جريمتي القتل الخطأ و الجرح الخطأ.

وهنا لابد من التعرض لمسألة مهمة تتعلق بصفة الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب جزائيا،إذ أن الفقهي في بادئ الأمر إتجه إلى التفرقة بين الخطأ العادي و الخطأ المهني نفى الخطأ العادي هو ما يصدر عن الطبيب كغيره من الناس ،كإجراء العملية و هو في حالة السكر أو إهمال في التخدير قبل العملية أما الخطأ المهني فهو ما يتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب .

واستقر القضاء في بادئ الأمر على مساءلة عن خطئه العادي بجميع درجاته ،وعن الخطأ المهني أو الفني إذا كان جسيما ،واستمرت محكمة النقض الفرنسية في التفريق بين نوعين من الخطأ،وسايرها في هذا القضاء المصري و لكن سرعان ما عدل القضاء عن هذه التفرقة،وانتهى إلى مساءلة الطبيب عن خطئه مهما كان نوعه سواء الفني أو العادي و مهما كانت درجته .

وهذا ما أقره القضاء الفرنسي في حكم شهير له صادر في 1936/05/20 إلى الإبعاد الصريح لكل تفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير متى كان واضحا .

ونحن نؤيد هذا الإتجاه الذي يقيم مسؤولية الطبيب عن كل أخطائه الطبية كلما سببت ضررا للغير وتواجدت العلاقة السببية و ذلك لسببين :

ـ أن المادتين 288 و289 ق.ع.ج التي أحالت إليها المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها قررتا قاعدة عامة تسند الخطأ إلى المتسبب في الضرر لإمكان مساءلته جزائيا عن مجرد الإهمال وعدم التبصر ،وهي قاعدة تسري على جميع الناس مهما كانت مراكزهم وصناعتهم دون استثناء إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة ،وأنه من يتفحص القوانين المتعلقة بالطب لا يوجد أي استثناء من هذا القبيل بالنسبة للأطباء ،مما أنه يدل على أنها وردت عامة ولم تفرق بين الخطأ الفني وغير الفني .

ـ نظرا لكثرة الأخطاء التي يقع فيها الأطباء ،وحتى لا يتملص الأطباء من المسؤولية تحت ستار أن هذا الخطأ يعتبر بسيطا في المجال الطبي و ليس جسيما ،وعدم وجود معيار ثابت للتفرقة بين الخطأ

الجسيم والبسيط،وبناء على ما سبق ذكره،فإن الأطباء يخضعون للقواعد العامة للمسؤولية غير العمدية ،فيسأل الطبيب عن خطئه الجسيم و اليسير،كما يسأل عن خطئه العادي،وهذا ما يأخذنا إلى الحديث عن صور الخطأ في قانون العقوبات في الفرع الموالي.

الفرع الثاني :صور الخطأ في قانون العقوبات

تتباين التشريعات في تحديد الصور التي تبلور الخطأ،فيخص بعضها على الإهمال و الرعونة وعدم الإحتياط ،وعدم مراعاة الأنظمة .[1] ويقتصر البعض على صورتين فقط هما الخطأ البسيط والخطأ الفني .أما المشرع الجزائري فقد ساير بعض التشريعات التي عددت صور الخطأ فعددها في المواد 288و289ق.ع.ج وتتمثل في الإهمال و الرعونة ،و عدم الإحتياط وعدم الإنتباه،وعدم مراعاة الأنظمة.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء عما إذا كان المشرع قد نص على هذه الصور على سبيل الحصر أم على سبيل المثال،فذهب فريق على أنها وردت على سبيل المثال وسنده أن بعض النصوص تذكر صورة أو صورتين والبعض يذكر صورا عديدة ،وليس من الصائغ القول أن نطاق الخطأ ضيقا أو إتساعا بإختلاف عدد الصور التي يذكرها القانون له،وأنه ليس صحيحا أن نحصر صور الخطأ،يبرره إقتصار نطاق الخطأ الجنائي على الصور الخطيرة للخطأ، لأنه ثبت أن التميز بين الخطأ المدني والجنائي لا سند له من القانون،ولم يعد الرأي الراجح فقها وقضاءا.وذهب رأي آخر وهو الراجح في الفقه أن صور الخطأ وردت على سبيل الحصر[2] .

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي كون أن الصور التي أوردها المشرع الجزائري تحيط بكل صور الخطأ تقريبا وهي فيما يلي :

1- الرعونة: MALADRESSE ويقصد بها سوء التقدير أو نقص التقدير أو نقص المهارة أو جهل بالأمور التي يتعين العلم بها،وأوضح حالاتها:الشخص الذي يقدم على عمل لايقدر خطورته ،ولا يدرك النتائج التي تترتب عليه.[3]،وهي تصدر من شخص صاحب اختصاص معين تؤدي إلى

---

[1]- قانون العقوبات الفرنسي في المادة 19،20/222.
[2]- د،عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الاطباء والعيادات والمستشفيات المدنية الجنائية والتأديبية، ص146 - 147 .
[3]- د،فوزية عبد الستار: المرجع السابق ،ص 102.

الإخلال بأصول مهنته أوحرفته أو وظيفته كالطبيب الذي يجري عملية جراحية للمريض دون القيام بالتحاليل الطبية مسبقا فيكون قد أخل بقواعد فن الجراحة الطبية.

وفي هذا الصدد نذكر قضية طرحت أمام القضاء الجزائري تتمثل وقائعها :

تقدمت السيدة (ح.م) بشكوى ضد المستشفى الجامعي بوهران،كونه تسبب في وفاة إبنها (ع) ،في القسم المخصص للإنعاش،وتبين بعد تشريح الجثة أن الوفاة قد وقعت نتيجة خطأ مهني وبالضبط رعونة (ك.ن) الذي كان مسؤولا عن التخدير،إذ أهمل أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لعملية التخدير لكونه لم يقم بإيصال الجهاز التنفسي بالقضيب للتحري من خلو المعدة قبل التخدير و لهذا أدانت الطبيب المخدر بتاريخ 1992/09/19 بتهمة القتل الخطأ وحكمة عليه بغرامة نافذة.[1]

عدم 2- الإنتباه : INATTENTION وفي هذه الصورة يقف فيها الجاني موقفا سلبيا،فلا يتخذ الإحتياطات التي يدعو إليها الحذر ولو اتخدت لحالت دون حذوت الجريمة.ومن ثم تضع هذه الصورة حالات الخطأ عن طريق الإمتناع.كالأم التي تمتنع عن إرضاع مولودها،فيؤدي ذلك إلى موته أو كالطبيب الذي لم يراعي المرض الذي تعاني منه الضحية،وأمر بتجريعها دواء غير لائق لحالتها مما أدى إلى وفاتها.

3- عدم الإحتياط : IMPRUDENCE وهو صورة للخطأ الذي ينطوي نشاط إيجابي يتميز بعدم التبصر بالعواقب،ويتحقق في الحالة التي يقدم فيها الجاني على فعل خطير،وهو لا يدرك خطورته ويتوقع النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها و مع ذلك لا يتخذ الإحتياطات اللازمة.

4- الإهمال : NEGLIGENCE هو سلوك سلبي يتمثل في عدم التحلي بما يفرضه الواجب على الشخص العادي المحترس إزاء أي موقف،من مواقف الحياة بحيث لو إتبعه ما حدثت النتيجة الإجرامية،حيث يقدم الشخص على عمل دون أن يتخذ له عدته من وسائل العناية الكافية .

5- عدم مراعاة الأنظمة: INABSERVATION DES REGLEMENT تختلف هذه الصورة عن سابقاتها في أن المخالفة ليست قاعدة متعارف عليها،وإنما مخالفة لقاعدة قانونية،ولو

---

[1]- مجلس قضاء وهران،غرفة الجنح ،1992/10/28 .

من درجة أقل كمخالفة لائحة إدارية أو لقانون داخلي لجمعية معينة،يفرض على المنخرطين فيها سلوكا محددا إتجاه موقف ما.

ونلاحظ أن مجرد مخالفة النصوص القانونية ليس كافيا لمساءلة المتهم عن القتل أو الإصابة،بل أن تتحقق عناصر الخطأ،وأن تتوافر سائر الأركان الأخرى للجريمة بما في ذلك العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي و النتيجة،و بعبارة أخرى فإن مخالفة النصوص القانونية هو مجرد صورة من صور الخطأ .

والحديث عن الخطأ يثير مشكلة عبئ إثباته،ومدى سلطة القاضي في تقديره و هذا ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثالث : عبء إثبات الخطأ وسلطة القاضي في تقديره

من العناصر التي تثير الصعوبة في المسؤولية الجنائية للطبيب،مسألة إثبات الخطأ وسلطة القاضي في تقديره .

❖ **أولا- عبء إثبات الخطأ**

إن القاعدة التي مفادها أن البينة على من إدعى،لا نجد لها مجالا للتطبيق في هذا النوع من المنازعات،حيث أن إثبات المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي للطبيب يقع على المريض الذي عليه إثبات عناصر المسؤولية الطبية من خطأ وضرر وعلاقة سببية،وهنا نشير إلى أنه إذا كانت مسألة الإثبات تثير بعض الصعوبات بالنسبة للمريض في مجال المسؤولية المدنية،إلا أنه في المسؤولية الجنائية،الأمر يختلف إذ أن للنيابة العامة أو قاضي التحقيق بحسب الأحوال دور هام في مساعدة الشاكي(المريض،وليه،ورثته) في تقديم أدلة الإثبات،لأنه بمجرد تحريك الدعوى العمومية،من قبل وكيل الجمهورية له أن يأمر الشرطة القضائية بسماع المتضرر وإستدعاء الطبيب المسؤول عن الخطأ،وسماعه في محضر على أن ترجع هذه المحاضر لوكيل الجمهورية ولهذا الأخير إتخاذ أحد الإجراءين :

1 ـ إما إحالة القضية على المحكمة الجزائية إذا توفرت أركان الجريمة وفقا لقانون العقوبات.

2- وإما أن يحيل القضية للتحقيق فيها من قبل قاضي التحقيق،وهذا الأخير له سلطات واسعة في البحث عن أدلة الإثبات،فله أن يأمر بإجراء بحث معمق،كما يمكنه أن يطلب بإجراء تشريح

للجثة،وسماع الشهود،ومواجهة المتهمين،وغير ذلك من السلطات المخولة له،فاللجوء إلى القضاء الجزائي هو سلاح ذو حدين،فهو من جهة يخفف الشاكي عبء الإثبات،ومن جهة أخرى فهو يتشدد تجاه المشتكي منه أي الطبيب،فله أن يوجه له الإتهامات إذا دارت حوله الشكوك.

أما فيما يتعلق بإثبات خطأ الطبيب فلا بد من النظر إلى طبيعة إلتزام الطبيب،فالأصل أن إلتزامه ببذل عناية،وهذا يلزم المريض على إقامة الدليل على إهمال الطبيب،أو إنحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة،أي أن سلوكه لم يكن مطابق لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى.[1]

أما في الحالات التي يلزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض.[2] ،فإنه يكفي لإقامة المسؤولية،إثبات الإلتزام الذي يقع على عاتقه،بالإضافة إلى حدوث الضرر أثناء تنفيذ الطبيب لإلتزامه،لعدم تحقيق النتيجة المقصودة،دون الحاجة إلى إثبات وقوع الخطأ محدد طبقا للمعيار العام للخطأ من جانب الطبيب،فبمجرد حدوث الضرر للمريض يعتبر كاف لقيام المسؤولية إذا كان الخطأ ثابت في حق الطبيب.[3] ،ولابد في هذا المجال التذكير بقواعد المسؤولية الجنائية،فيما يتعلق بالخطأ،فالقانون الجنائي لا يعرف الخطأ المفترض على خلاف المسؤولية المدنية من أي نوع كان،ولا توجد به قرائن قانونية للإثبات،وعلى من يدعي صدور خطأ من الجاني(الطبيب) مكلف بإثباته،بإعتباره خطأ شخصي منه تسبب عنه إيذاء المجني عليه أو وفاته.[4]

وعلى هذا الأساس فإنه فيما يتعلق بالإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي معناه أن هذا الأخير،لا ينطق بالعقوبة إلا إذا إقتنع أن هناك خطأ ثابت ولا يأخذ بالقرائن،حتى القاطعة منها،ولا يستطيع الطبيب درء تلك المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة،أو خطأ المريض،أو خطأ الغير،إلا أن هناك حالات شدد فيها القضاء المسؤولية الطبية،كعمليات الختان،والعمليات العادية التي لاتحتمل صعوبة .

---

[1]ـ د، عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ،ص 162 .
[2]ـ الإلتزام بالسلامة لا يعني الإلتزام بشفاء المريض،بل حمايته من الأذى جراء ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة،وأن لا ينقل إليه أمراض معدية من خلال المكان أو الدم.
[3]ـ د، أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب(مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة دراسة مقارنة)ذات السلاسل ،الكويت 1986، ص 66 .
[4]ـ د،رؤوف عبيد : المرجع السابق ، ص 172 .

❖ **ثانيا :** سلطة القاضي في تقدير الخطأ

للقاضي سلطة واسعة في تقدير المسؤولية الطبية،والقاضي لا يحكم منفردا في القضايا الطبية،بل يستعين بأهل الخبرة عند الحاجة،وقد جرت العادة على إنتداب طبيب شرعي لبيان الخطأ الذي وقع فيه الطبيب،وقد نص المشرع في المادة 4/206 المعدلة من قانون الصحة وترقيتها.[1] على ما يلي :"لا يلزم الطبيب...سواء أكان مطلوب من القضاء أو خبيرا لديه بكتمان السر المهني...ولا يمكنه الإدلاء في تقريره...إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأمثلة المطروحة.." من خلال هذا النص يتبين أن مهمة الطبيب الخبير قاصرة على المسائل الفنية الطبية،ويجب عليه أن يلتزم في تقريره بكشف المسائل التي هي من الطبيعة الفنية التي دعي لفحصها،وللمحكمة مطلق الحرية في تقدير الأدلة وفي قبولها أو عدمه،بل لها الحق طبقا للقواعد العامة،وفي رفض طلب تعيين خبير بدون أن يكون في ذلك أية مخالفة للقانون،طالما كان لديها سبب جدي.

وليس للقضاء التدخل في المسائل العلمية للأطباء،كونها مسائل مبهمة للقاضي ويجهلها وليس له أن يبدي رأيه فيها،وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1835/06/18 والذي أقرت من خلاله في حكم شهير لها مسؤولية الأطباء عن أخطائهم،وأعلنت فيه أنه ليس للقضاء على حد قول النائب العام الفرنسي،أو إذا كانت هناك طريقة أفضل منها،فهذه مسائل علمية خاصة بالأطباء،وللقاضي الحكم فيها إذا كان هناك خطأ أو إهمال،والمعيار في تقدير الخطأ،هو موضوعي ينبني على السلوك المألوف من شخص عادي،أما بالنسبة للخطأ المهني فيقاس سلوك المهني مرتكب الفعل الضار بالسلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة والمستوى،وعلى هذا الأساس فإن القاضي عند تقديره لخطأ الطبيب،فإنه يقيسه على سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه،والمشكل في حد ذاته ليسس فقط في تقدير القاضي للخطأ الطبي بل في معرفة الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية الجزائية،فالأصل أن علاقة الطبيب بالمريض هي تعاقدية،إلا أن القضاء الفرنسي إستقر على أن مسؤولية الطبيب تأخذ طابع المسؤولية التقصيرية،عندما يمثل الخطأ الطبي خطأ جنائي،وهو ما أكدته محمكة النقض.

---

[1]- المعدلة بموجب قانون 17/90 المؤرخ في 31 يوليو 1990 ،جريدة رسمية العدد 35 .

المطلب الثاني : عناصر المسؤولية الجزائية والمدنية عن الخطأ

للمسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ثلاثة عناصر هي الخطأ،الضرر،العلاقة السببية

الفرع الأول : عنصر الخطأ

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الأخطاء التي يقع فيها،الأطباء،وتعرضهم للمسؤولية،وعلى هذا إتجه الفقه والقضاء إلى إستنباطها من الميدان الطبي،وكانت هناك صعوبة في تحديدها كونه لا يوجد معيار محدد يساعد على تحديدها.

ولهذا فالمشرع الجزائري تداركا منه أحدث هيئة جديدة مهمتها إبراز الأخطاء الطبية،وهي تتمثل في المجلس الوطني لأخلاقيات الطب،الذي نظمت تشكيلاته مدونة أخلاقيات الطب وحددت مهامه بموجب المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدلة بموجب قانون 17/90 ،ولهذا المجلس ثلاث مهام : التوجيه،التأديب،الإستشارة التقنية ،ولهذا سنذكر بعض صور الخطأ التي كانت عملية وعرضت على القضاء:

1 ـ في حالة رفض العلاج : وهنا حسب المادة 42 من مدونة الأخلاق لا تقوم مسؤولية الطبيب في حالة رفضه لعلاج المريض،لكن دون الإخلال بالمادة 09 من نفس المدونة،ودون توافر أركان الجريمة وإلا عوقب حسب المادة 2/182 من قانون العقوبات.

2 ـ تخلف رضا المريض : الرضا شرط من شروط مشروعية العمل الطبي،والأصل أن تخلفه يجعل عمل الطبيب غير مشروع ويوجب مسؤوليته الجزائية طبقا للمادة 264 ق.ع.ج وما يليها،ويمكن للطبيب أن يعفى من المسؤولية إذا تخلف هذا الشرط وإذا أثبت وجود حالة الضرورة المتمثلة في :

ـ توافر حالة الإستعجال لإنقاذ المريض

ـ الوقاية من الأمراض المعدية حسب المادة 154 من قانون حماية الصحة

3 ـ الإخلال بإلتزام إعلام المريض : على خلاف القضاء الفرنسي الذي أعده خطأ مدنيا من طرف الطبيب،فالمشرع الجزائري أدرجه في المادتين 162و166 من قانون الصحة،لكنه لم يرتب جزاء على مخالفة القاعدة،ولا القضاء الجزائري قد حدد موقفه من هذه النقطة.

4ـ الخطأ في مرحلة التشخيص : القاعدة العامة هو إعفاء الطبيب من المسؤولية في الخطأ في التشخيص،إلا أنه لهذه القاعدة إستثناءات وبالتالي إمكانية مساءلة الطبيب.[1]

5 ـ الخطأ في مرحلة العلاج : وهنا حالتين

أـ عدم إتباع الأصول العلمية السائدة : وهنا أقر القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب.

ب ـ الإخلال بقواعد الحيطة والحذر :وهنا أيضا قد أدانت محمكة مرسيليا طبيبا بتهمة القتل،وذلك بإستعمال الصدمات الكهربائية مع العلم أنه كان يعاني المريض من إنهيار عصبي مما أدى إلى وفاته

إذا هذه بعض صور الخطأ الطبي وأوجهه.

الفرع الثاني : عنصر الضرر

إن إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج،أو من جرائها هو نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الجزائية الطبية،فوقوع الضرر هو العنصر المستلزم لقيام المسؤولية الجزائية،مع مراعاة أن إلتزام الطبيب هو بذل عناية وليس تحقيق النتيجة،ولم يعرف المشرع الجزائري الضرر،على خلاف الفقه فقد عرفه : الأثر الخارجي للخطأ الذي وقع من الجاني،ويشترط في هذا الأثر شروط وهي :

1ـ أن يكون مباشرا

2ـ أن يكون شخصيا : وهنا نشير إلى ثلاث نقاط وهي :

أ ـ الضرر الجسماني

ب ـ الضرر المادي

ج ـ الضرر الأدبي أو المعنوي

3ـ أن يكون حالا أو أكيدا

---

[1]ـ د، محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ،مصر ،1999 ،ص 52 .

الفرع الثالث : عنصر العلاقة السببية

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض،وثبوت خطأ الطبيب بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر وهذا ما يعرف بركن النتيجة،هذه الأخيرة التي يصعب تحديدها في المجال الطبي لتعقد جسم الإنسان وتعسر حالته وهذا ما أدى إلى ظهور نظريتين في الفقه :

1ـ نظرية تعادل الأسباب : يعد سببا كل شرط ساهم في إحداث النتيجة،بحيث أنه لولا ذلك الشرط لما تحققت النتيجة.

2ـ نظرية السبب الملائم : إذا تعددت الأفعال وتمخضت عنها نتيجة فإن إسنادها يكون إلى ذلك السلوك الذي يؤدي إليها عادة في مثل تلك الظروف.

الفرع الرابع :العنصر المادي والعنصر المعنوي للمسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي

❖ **أولا : العنصر المادي في الخطأ الطبي (التعدي و الإنحراف)**

التعدي هو الإخلال بالإلتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير،أي هو الإنحراف عن السلوك المألوف،للشخص المعتاد ،فهو يستجد في تجاوز الحدود التي يجب على الشخص إلتزامها في سلوكه،ذلك أن القانون يفرض بطريق مباشر ونصوص خاصة،واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة،أو الإمتناع عنها،وهذا يقاس بمقياس موضوعي ومن ثمة فلا إعتداد بالظروف الشخصية للمعتدي، إذ يفرض في الشخص أن يبلغ درجة من اليقظة ،كالرجل العادي فإذا كان الشخص من طائفة الأطباء،كان الشخص العادي من طائفة التي ينتمي إليها المعتدي،فالطبيب العام ينظر إلى فعله في ضوء السلوك العادي لطبيب من طبقته،[1] .

وبما أن التعدي عمل مادي،فهو من الواقع الذي يقضي فيه قاضي الموضوع دون رقابة،أي أن تقدير وقوع الخطأ،أو عدمه مسألة موضوعية،أما وصف الفعل أو الترك،بأنه خطأ أوليس كذلك فهو مسألة قانونية يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا .[2]

---

[1]ـ د، خليل أحمد حسن قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،ج 1، ط1 ص247 .
[2]ـ د، بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ،ج2،ص72.

❖ **ثانيا: العنصر المعنوي في الخطأ الطبي (الإدراك)**

لقد إشترطت الشرائع جميعها منذ العهد الروماني حتى الآن،ضرورة توافر التمييز في الفاعل حتى تتحقق مسؤوليته،والمقصود أصلا بالتمييز ضرورة توافر العنصر النفسي للخطأ وعليه فإن التمييز المطلوب في هذا الخصوص ليس أهلية تشترط في المسؤولية إذ الأهلية لا تكون إلا في التصرفات القانونية،إنما يمثل التمييز عنصر الإدراك،فيجب أن يكون الطبيب مدركا لأعمال التعدي التي قام بها،سواء بقصد أو بغيره وأن يعي ما في سلوكه من إنحراف،كما لو كان الطبيب مجنونا أو مصابا بعاهتين من الثلاثة (الصم،البكم ،العمي) أو أصيب بعجز جسماني شديد ،فتصح مساءلته بتوافر الإدراك لديه ولكنها تنتفي في حالة إصابته بالصرع، أو تناول المسكر ،فلا يسأل لفقدان الوعي ولكن يشترط إذا قام الدليل على أن تناول المخدر أو المسكر لم يكن بخطأ منه كان يثبث أنه كان الباعث مشروع فلا تقوم مسؤوليته.

المبحث الثاني: نطاق وحدود المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي

المطلب الأول : حالات انحسار المسؤولية الجزائية وفق علة العمل الطبي

تعد الأعمال الطبية من الأعمال الماسة بسلامة الجسم،إن ما قيست بالمقياس الطبيعي لقانون العقوبات، إلا أن المسؤولية الجزائية تنحصر وفق علة العمل الطبي والمصلحة المحمية،وذلك بالتطرق إلى إنحصار المسؤولية الجزائية في حدود المشروعية المستندة إلى استعمال الحق وإجازة القانون وهذا في الفرع الأول،وانحصار المسؤولية الجزائية طبقا للأوضاع القانونية الخاصة في الفرع الثاني .

المسؤولية الجنائية للطبيب

الفرع الأول :إنحصار المسؤولية الجزائية بين استعمال الحق و إجازة القانون

❖ أولا ـ إنحصار المسؤولية الجزائية في حدود استعمال الحق

ـ الرأي القائل بتبرير العمل الطبي في إطار استعمال الحق :

يرى المنادون بهذا الرأي.[1] أن الأساس الذي يبرر العمل الطبي هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون،فليس من المعقول أن يقرر المشرع حقا ثم يعاقب عليه،وهذا الحق مقرر بقوانين العقوبات،فالمادة 60من ق.ع .المصري نصت على أنه **"لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر في الشريعة..."** والمادة **59 من ق.ع الأردني نصت على "إن الفعل المرتكب في ممارسة حق دون إساءة استعماله لا يعد جريمة."**

فمن خلال هذه المواد نجد أنها أباحت ممارسة جميع الأفعال التي يستعمل من خلالها صاحب الحق حقه المخول له قانونا،وفي الأعمال الطبية أباح القانون لفئة معينة استعمال هذا الحق،وهم الأطباء المرخص لهم قانونا مزاولة مهنة الطب والجراحة دون غيرهم.

وقد إرتأينا أن المادتين 60 من ق.ع.المصري و59 من ق.ع.الأردني و اللتان أباحتا العمل الطبي،تقابلهما المادة 39 من .ق.ع. الجزائري فقرة 1 بقولها: **"لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أوأذن به القانون "** لأن هذا يدخل ضمن الأفعال المبررة .

وبخلاف هذا لايستفيد من ليس مرخص لهم قانونا من هذا الحق،ولو كان ذلك بقصد الشفاء.

من هنا إن الأساس الذي ينفي عن الطبيب الصفة الإجرامية عن أفعاله التي يمارسها على أجساد المرضى ،من جراحة وغيرها من أساليب العلاج يرجع إلى إرادة المشرع نفسه فهو الذي منح هذا الحق للأطباء ليتعرضوا لأجسام المرضى حتى ولو أحدثوا بهم آلاما أو إنتقصوا من مادة أجسامهم.[2]

---

[1]ـ د، محمد ماجد لافي : المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ، دراسة مقارنة،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،ط 1 سنة 2009 ،ص 145

[2]ـ د،محمد ماجد لافي : المرجع السابق،ص164

وكانت الحجج التي إستند إليها المؤيدون لهذا الرأي كالتالي:

ـ إن الحق المقرر للأطباء هو مصلحة يعترف بها القانون و يحميها،وهذه المصلحة من الممكن أن تكون للشخص الذي يستفيد من الإباحة ومن الممكن أن تكون لغيره،بل لمصلحة المريض والمجتمع.

ـ إن الأفعال التي يبيحها حق مباشرة الأعمال الطبية ليست فقط قاصرة على الأعمال الجراحية وإعطاء الأدوية،بل تشتمل على كل فعل يعد عملا طبيا أو يرتبط به،وعلة التبرير التي رخصها القانون لا تنتج إعتداء على الحق في سلامة الجسد،حتى وإن فشل عمل الطبيب مادام قد إلتزم بالأصول العلمية الثابتة في علم الطب.وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في قضية تتمثل بقيام قابلة بإجراء عملية ختان دون ضرورة ملجئة،وقد نتج عنها مستديمة فأدانتها المحكمة بجريمة إحداث جرح عمدي،نتج عنه عاهة مستديمة،فطعنت المحكوم عليها في الحكم بطريق النقض ،فقالت المحكمة العليا:"...إن أساس عدم مسؤولية الطبيب إستعمال الحق المقرر بمقتضى القانون،إن من لايملك حق مزاولة مهنة الطب يسال عما يحدثه للغير من جروح ولا يعفى من العقاب إلا عند حالة الضرورة بشروطها القانونية..." .

فمن خلال هذا الحكم نرى أن أساس تبرير العمل الطبي يرجع إلى إستعمال الحق المقرر قانونا و بذلك أدانت المحكمة القابلة التي أجريت عملية الختان للفتاة بجريمة إحداث عاهة مستديمة لأنها إستخدمت حقا مقررا لغيرها من الأطباء فالقانون لم يخول للقابلة حق إجراء مثل هذه العملية.

نقـــد: إن النصوص القانونية التي أعطت الحق لممارسة أي عمل تكون قد أدرجت تحت مظلتها الأعمال الطبية،وبذلك يكون العمل الطبي مبررا،لكن لايكون ذلك إلا بالإلتزام بالقواعد العلمية الثابتة في علم الطب .

إذا إرتكزنا على هذا الحق وحده فقد نفينا رضا المريض الذي هو ركن أساسي لقيام المسؤولية ما لم تكن هناك حالات الضرورة مثل:التضحية بالجنين لسلامة حياة الأم.

وعموما فقد جاء هذا الرأي بأسباب الإباحة والتي من بينها العمل الطبي

❖ **ثانيا ـ إنحسار المسؤولية الجزائية في حدود إجازة القانون:**

ـ رأي الفقه و التشريع من هذا الرأي:

بعض فقهاء القانون المصري والفرنسي[1]،يرون أن أساس مشروعية العمل الطبي يرجع إلى ترخيص القانون الذي يخول للأطباء حق التعرض لأجسام المرضى،بحيث هذا التعرض لأجسام البشر يعد من قبيل الجرائم إذا أتاها او مارسها،أشخاص غير أطباء إستنادا إلى المادة 60من ق.ع.م والمادة 327 ق.ع.ف. والمادة 59 من ق.ع.أ والمادة 39 من ق.ع.ج (الأفعال المبررة)

ـ حيث يرى أنصار هذا الرأي أن أصل هذه الأفعال إنما هي مباحة لأن القانون نفسه يرفع عنها الصفة الجزائية

ـ ويذهب الفقيه الفرنسي جايسون إلى القول"إن تبرير الحق في العمل الطبي يرجع إلى ترخيص القانون فبإعطاء الطبيب ديبلوم الطب،وبالإذن له بمزاولة مهنته يكون المشرع قد صرح له بأن يعمل كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الشفاء"،وتأييدا لهذا الرأي قضت المحاكم المصرية في الكثير من أحكامها بأن الطبيب الجراح لا يعد مرتكبا لجريمة الجنح عمدا لأن قانون مهنته قد خص له إجراء العمليات الجراحية للمرضى،وبهذا التلخيص ترتفع مسؤوليته الجزائية.[2]

ـ وفي الأخير نرى أن القانون يقرر إباحة العمل الطبي إستنادا للحق المقرر للأطباء لمباشرة الأعمال الطبية،لكنه يقيد أصحاب هذا الحق،فالقانون لا يخاطب الحاصلين على المؤهلات العلمية في مجال الطب،إنما يخاطب الأطباء الحاصلين على الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب.

لذلك لا يجوز لطبيب الإمتياز مباشرة أعمال طبية بمجرد حصوله على المؤهل العلمي،بل لا بد من قضاء فترة تدريب للممارسة العمل،فالترخيص القانوني لمزاولة المهنة يكتمل بالتدريب العملي.

---

[1] ـ د.محمد ماجد لافي، المرجع السابق،ص.149.

[2] ـ د، ماجد محمد لافي : المرجع السابق ،ص 149 .

الفرع الثاني :إنحصار المسؤولية الجزائية طبقا للأوضاع القانونية الخاصة

هناك حالات لا يجوز إعتبار الرضى فيها شرطا لتبرير العمل الطبي وسنتطرق إلى هذه الحالات:

❖ **أولا ـ نقل الأعضاء الحيوية**

لا قيمة لرضى المريض في حالة نقل جزء حيوي من جسمه كالقلب والكبد مثلا،لأن هذا إهدار لحق

الإنسان في الحياة،وبالتالي تعدي على المجتمع والنظام العام فيه،وهذا ما نصت عليه المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها **"لايجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء،إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر.."**

❖ **ثانيا ـ الموت الرحيم**

ويعني القتل بدافع الشفقة،وإنهاء حياة مريض ميؤوس من شفاءه طبيا بفعل إيجابي أو سلبي،وذلك للحد من آلامه بناءا على طلب المريض،ولم تجز التشريعات السماوية ما سمي بالموت الرحيم،فالله وحده واهب الحياة ومنهيها،أما بالنسبة للقوانين الوضعية قديما فقد تباينت بين مؤيد ومعارض،ففي القوانين اليونانية أبيح قتل المشوهين حفاظا على الجنس،بينما "توماس" دافع عن إباحة قتل المشوهين في كتابه الجزيرة المثالية عام 1516 .

وكذلك في العصر الحالي فقد أباحت بعض التشريعات القتل إشفاقا ومنها التشريع الهولندي،أما البعض الآخر فقد خفف العقوبة. ،وأما البعض الآخر فقد جرم القتل بدافع الشفقة.

❖ **ثالثا ـ التجارب الطبية والعلمية**

تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة للتجارب الطبية والعلمية على الإنسان،على شرعيتها إذا كان إجرائها في إطار محاولة علاجية،أي أن تكون للشخص مصلحة مباشرة في إجراء التجربة وإذا كانت

إحتمالات النجاح على قدر من التوثيق على الناحية العلمية ،وكان الخطر المترتب على التجربة أقل ضررا للشخص من الفائدة المتوقعة بالنسبة للعلم والمجتمع،هذا فضلا عن موافقة صاحب الشأن. [1]

وبالنسبة للتجارب الطبية والعلمية بقصد البحث العلمي فقد إختلفت التشريعات فبعضها يبيح هذه التجارب إما إستنادا برضى المريض أو الشخص الذي تجرى عليه التجربة مع مراعاة حسن الآداب،كالقانون الألماني والنمساوي،وإما إستنادا إلى المصلحة المقترنة بمرض الشخص كما هو الحال بالقانون الأنجلوأمريكي،وإما إستنادا إلى رضى الشخص المقترن بشروط أخرى كما هو الحال بقانون بولاية كيوبيك في كندا.

وهناك تشريعات لا تقر الإعتراف بشرعية تلك التجارب،كما هو الحال في القانون الفرنسي.

والمبدأ في مصر أن الطبيب حر في طريقة المعالجة التي يراها مناسبة ويعتقد أنها أفضل من غيرها لصالح المريض إلا أن هذه الحرية مقيدة بشرط عدم تجاوز الحدود التي يرسمها له القانون لإباحة العمل الطبي،ولم يرد أي نص في القانون المصري بشكل صريح بشأن خطر إجراء التجارب غير العلاجية على إنسان سليم الصحة إذا توافر رضى صريح من جانب الشخص ومع ذلك إتفق الفقه على أن إجراء مثل هذه التجارب غير مشروع،وأنها تكون خطأ يستوجب المسؤولية الجزائية للطبيب،أما المشرع الجزائري لم يرد نص في شأن هذه التجارب.

المطلب الثاني : حدود المسؤولية الجزائية عن الأخطاء الفنية

الفرع الأول : مفهوم الأعمال الفنية

يقصد بالخطأ الفني حسب رأي بعض الفقهاء أنه " إخلال رجال الفن كالطبيب أو الصيدلي أو المهندس بالقواعد العلمية والفنية التي تحدد الأصول العامة لمباشرة مهنتهم ."

فمن المعلوم أن لكل مهنة قواعد علمية وفنية يحكمها تحكمها وتحدد أصولها قواعد،فعند الجهل بهذه القواعد أو التطبيق غير الصحيح لها من قبل الأشخاص المزاولين لها يكونون قد إرتكبوا خطأ فنيا أو مهنيا.

---

[1]- د، ماجد محمد لافي : المرجع السابق ،ص 162 .

والبعض الآخر يرى تعريفا لهذه الأعمال الفنية على أنها "الأعمال التي تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب،حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورها من غير الطبيب كالتشخيص و العلاج."

فمتى يوصف خطأ الطبيب بأنه فني يجب أن يكون العمل الذي قام به الطبيب مخالفا للأصول المستقرة في علم الطب التي تخضع لقواعد علمية مستقرة تتصل إتصالا مباشرا بالفنون الطبية.

والأمثلة كثيرة: كتشخيص الداء وتحديد الدواء واستخدام الوسائل العلاجية في ذلك كالسماعة والأشعة...

وهذا وقد قضت محكمة باريس بأن الخطأ في التشخيص الذي على أساسه حدد الطبيب على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان بمثابة خطأ فني يؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية.

كذلك يعد خطأ فنيا،القصور في إختيار العلاج لهذا حكم بمسؤولية الطبيب بالرغم لجوئه إلى وسيلة علاج تقليدية،إلا أنه كرر العلاج دون داع بينما لا يجب أن يتم سوى مرة واحدة،كما أنه لم يخطر المريض بضرورة إتخاذ الاحتياطات الضرورية بعد العلاج.

الفرع الثاني:الإتجاهات المختلفة عن الأخطاء الفنية

لقد ثار جدل فقهي حول المسؤولية عن الخطأ الفني،فمنهم من قال بعدم المسؤولية مطلقا،ومنهم من أخذ بالمسؤولية عن الخطأ الفني الجسيم،ومنهم من أخذ بالمسؤولية عن كل خطأ فني.

❖ **أولا ـ إتجاه الآخذ بعدم المسؤولية مطلقا**

تشدد أنصار هذا الرأي حول عدم مساءلة الأطباء جزائيا ومدنيا عن الأخطاء الفنية التي يرتكبونها،أثناء ممارستهم للعمل الطبي،حيث يرون أن الأطباء أحرار فيما يقررونه من علاج وما يتبعونه من مذاهب علمية مختلفة،مستندين على المبررات التالية :

1 ـ الحصول على الإجازة العلمية مبرر كاف في نظرهم لعدم مساءلتهم لأن الحصول على الإجازة العلمية يؤهلهم لممارسة عملهم بكفاءة وإقتدار دون غيرهم من الناس،كذلك يجب أن يكونوا محلا للثقة من قبل المجتمع.

2ـ الطب علم متطور ومتجدد،ويعتمد على التشخيص والحدس والإستنتاج فمن المنطقي أن يخطئ الطبيب،وإذا هدد الأطباء بالمساءلة الجزائية يعني ذلك تقيد لحريتهم في مباشرة العلاج،مما ينعكس ذلك سلبا على المريض وبالتالي تقل فرصة الشفاء لديه.

3 ـ حرية المريض في إختيار طبيبه،فالمريض يجب عليه أن يحسن إختيار الطبيب المعالج له،فإن أخطأ هذا الأخير وأصاب الأول ضرر،نتيجة ذلك الخطأ،يعد الخطأ مترتبا على الأول دون الخطأ الثاني.

إلا أن هذه النظرية لم يكتب لها النجاح،لأن المبررات التي إستند إليها القائلون بها قوبلت بالرفض وكان نقدها كالتالي :

ـ إن الدولة حينما إشترطت لمزاولة مهنة الطب ضرورة الحصول على الإجازة العلمية،كان الهدف من ذلك المحافظة على حياة المواطنين عن طريق إستبعاد كل شخص غير مؤهل من مزاولة هذه المهنة،علما بأن الإجازة لا تعني أن حاملها معصوم عن الخطأ،فهي لا تعني الكفاءة،فالطبيب قد يهمل بعد حصوله على الإجازة.

ومن جهة أخرى ومع التسليم أن الطب علم متطور بإستمرار،إلا أن هناك قواعد علمية ثابتة في مهنة الطب،ولا يجوز للطبيب تجاوزها،كالتعقيم فلا يجوز للطبيب أن يرتكب أخطاء فيها،وإلا عد مخطئا واستوجب العقاب.[1]

ـ أما من جهة أن المريض حر في إختياره الطبيب،فهذا ليس صحيحا فهناك حالات كثيرة يفرض فيها الطبيب على المريض،ولهذا رفضت هذه النظرية سواء في القضاء الفرنسي أو المصري

[1]ـ د، ماجد لافي : المرجع السابق ،ص 195 .

❖ **ثانيا ـ الإتجاه المقيد للمسؤولية**

يسير إجتهاد القضاء في كل من فرنسا ومصر على الأخذ بالمسؤولية عن الأخطاء الفنية الجسيمة.

ـ القضاء الفرنسي :

ويتمثل هذا الإتجاه في إجتهاد القضاء المقارن حيث يسير بعض إجتهاد المحاكم الفرنسية إلى تقرير المسؤولية عن الخطأ الفني بشرط أن يكون هذا الخطأ جسيما،حيث يرجع تاريخ مفهوم نظرية الخطأ الفني الجسيم إلى الحكم الذي صدر من محكمة النقض الفرنسية في 1935/01/18 ،حيث تتلخص وقائع الدعوى التي صدرت بمناسبتها هذا الحكم "إن مريضا إستدعى أحد الأطباء لعلاجه فقام الطبيب بفحص هذا المريض الذي كان يشتكي من آلام في ذراعه لحدوث نزيف به،وقد فحصه الطبيب وقرر أن هذه الظاهرة ليست لها آثار سيئة وأن الألم لن يستمر،وترك الطبيب مريضه على هذه الحالة ولكن الألم أخذ بالإزدياد مما أدى إلى إستدعاء طبيب آخر،فقرر وجود غرغرينة وأنه يلزم الجراحة العاجلة بقطع الذراع.

وقد حكمت محكمة الدرجة الأولى على الطبيب بدفع تعويض على المريض وتأيد هذا الحكم في الإستئناف أمام محكمة ROUEN وعندما عرضت الدعوى على محمكة النقض رفضت الطعن وأخذت بالنتائج التي إستخلصها المحامي العام دوبان،وكان قرار المحكمة في هذا الحكم بمساءلة الطبيب عن الإهمال الذي وقع منه وأدى إلى ضرورة قطع ذراع المريض فهذا الأمر يعد بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب،وبقيت أحكام القضاء الفرنسي تأخذ بالخطأ الجسيم في العمل الفني خلال النصف الأول من القرن 20 ،حيث قضت محكمة السين بأن "الطبيب يعد مسؤولا عن الضرر الذي أصاب المريض إذا كان هذا الضرر قد نشا عنه نتيجة لخطأه الفاحش وعدم إحتياطه وجهله للأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب.

ـ الإتجاه نحو الإبتعاد عن الإتجاه السابق :

هذا وقد تطور موقف القضاء الفرنسي وأخذ يميل نحو الإبتعاد عن هذه النظرية،ففي حكم أصدرته محكمة جرينبول سنة 1946 "إن الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته مهنة الطب،وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم إحتياطه في تشخيص الداء ووصف الدواء

وإجراء العمليات،ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما،إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير،متى كان هذا الخطأ واضحا ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذا الفن،في مثل هذه الظروف الخارجية للمدعى عليه"

كما قضت محكمة النقض بأنه "ليس من الضروري أن يكون خطا الجراح جسيما ليكون مسؤولا ولكن مسؤوليته تنعقد إذا نسي تنفيذ إلتزامه آلة أو قطعة من القطن في جسم المريض وإن إلتزام الطبيب ببذل عناية يتطلب الحذر العادي،فالطبيب يسأل عن أخطاءه ولو كانت يسيرة.

يتبين من هذه الأحكام أن القضاء الفرنسي أخذ بداية بنظرية الخطأ الفني الجسيم،إلا أنه بدأ يتراجع تدريجيا عنها،وإستقر الآن على عدم إشتراط جسامة الخطأ لإنعقاد المسؤولية ولكن يشترط فقط أن يكون خطأ الطبيب محققا ومتميزا

ـ القضاء المصري :

لقد تأثر القضاء المصري بالقضاء الفرنسي وتبنى الأفكار نفسها التي تبنها القضاة الفرنسيون،فكانت أحكام القضاء المصري في البداية تأخذ بنظرية الخطأ الفني الجسيم،وهذا ما أخذت به محكمة الإستئناف المختلط فقد صرحت بعدم كفاية الخطأ اليسير لمسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص ففي هذه الدعوى نسب إلى الطبيب أنه أخطأ في تشخيص مرض بعين غلام مما أدى إلى فقدها القدرة على الإبصار،فقررت المحكمة بعد أن ميزت بين الخطأ المادي والخطأ الفني أن الخطأ الذي نسب إلى الطبيب لم يكن إلا يسيرا ورفضت الدعوى.

لكن القضاء المصري بعد ذلك إتبع القضاء الفرنسي حينما مال بالأخذ بالخطأ الفني اليسير وهذا ما نصت عليه محكمة الإسكندرية الكلية "إن الطبيب الذي يخطئ مسؤول عن نتيجة خطئه دون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم،ولا بين الفنيين وغيرهم ولأن نص القانون الذي رتب مسؤولية المخطئ عن خطئه جاء عاما غير مقيد فلم يفرق بين الخطأ الهين واليسير...فلا يتمتع الأطباء بإستثناء خاص."

وهذه النظرية كغيرها من النظريات الأخرى فقد وجدت مؤيدين ومناصرين كما وجدت منتقدين ورافضين.

❖ **ثالثا ـ الإتجاه المؤيد للمسؤولية**

هذا الإتجاه عد الأطباء كغيرهم من رجال الفن،يخضعون للقواعد العامة فيما يتعلق بالمسؤولية غير القصدية لأن النصوص القانونية جاءت عامة تطبق على أصحاب المهن الفنية وغيرهم.

ـ مؤيدات الأخذ بهذا الإتجاه

كان من مبررات الأخذ بنظرية الخطأ الفني الجسيم هو عدم إقحام القضاة في الدخول بمتاهات المسائل البسيطة،لأنها تحتاج إلى خبراء فنيين من المهنة نفسها فهذا أمر مغلوط لأن القضاة عندما يتعذر عليهم البث برأي في مسألة فنية فإنهم يلجأون إلى أهل خبرة ليسترشدوا برأيهم فهذا الأمر لا يدخلهم في متاهات مما يترتب على ذلك مساءلة الأطباء عن كافة أخطائهم سواء أكانت يسيرة أو جسيمة.

إن مسايرة التقدم العلمي وحرية الأطباء في الأخذ بالنظريات العلمية الحديثة مكفولة،فمسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا ثبت خطأ الطبيب بصفة يقينية قاطعة وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا خالف الطبيب أحد المبادئ أو الأصول الثابتة في علم الطب،بغض النظر عن نوعه ماديا أو فنيا ودرجة جسامته،كما أنه لا يثبت الخطأ في حق الطبيب الذي يفضل أسلوبا علميا في العلاج على آخر،حتى وإن كان الأسلوب الذي إختاره ليس هو الأسلوب الغالب،فحرية الأطباء مصونة ومحاسبتهم عن الأخطاء التي يرتكبونها لا تؤثر في مسايرة التقدم العلمي ومواكبة النظريات العلمية بل على العكس تجعلهم أكثر حيطة وحذر أثناء ممارساتهم لأعمالهم الطبية

وقد رأينا نحن أصحاب البحث الأخذ بالنظرية الأخيرة هاته التي تأخذ بمسؤولية الطبيب عن الخطأ بغض النظر عن مدى جسامته،فأحيانا الخطأ اليسير يكلف المريض كثيرا.

الفرع الثالث : حدود المسؤولية الجزائية عن الأخطاء المادية

❖ **أولا ـ معيار الخطأ المادي**

تباينت التعريفات التي وضعها الفقه حول مفهوم الخطأ المادي فمنهم من قال بأنه "الخطأ الذي لا صلة له بالأصول الفنية للمهمة كالإهمال وعدم الإحتراز،أو هو ما يصدر من الطبيب كغيره من الناس كافة.أو الخطأ الذي ينسب إلى الطبيب بإعتباره شخصا عاديا.

هذا وقد حددت بعض أحكام القضاء المصري الخطأ العادي بأنه " الخطأ الخارج عن مهنة الطب،أي الذي يقع من الطبيب وهو يزاول مهنته دون أن يتعلق بهذه المهنة أو بعبارة أخرى الخطأ الذي لا يتعلق بمهنة الطب بالرغم من وقوعه من الطبيب.

ومن أمثلة ذلك الطبيب الذي يجرح المريض في العضو السليم بدل العضو المريض،أو الذي لا يثبت المريض كما ينبغي على منضدة العمليات،أو الذي لم يتأكد من محتوى الزجاجة الذي يستعمله في حقن المريض،

❖ **ثانيا ـ ضوابط الخطأ المادي**

لأن هناك معطيات علمية وفنية يجب أن يتلزم بها الطبيب أثناء أدائه لعمله الطبي،فلكل مرحلة من مراحل العمل الطبي معطيات خاصة به ففي مرحلة التشخيص يلتزم الطبيب بأن يستخدم كافة الوسائل المتاحة له لتشخيص المرض كفحص الأشعة والفحوص الميكروسكوبية والتحاليل الطبية بأنواعها وهذا الأمر يتفق مع تقنين آداب مهنة الطب في كثير من دول العالم ،والطبيب الذي يخطئ في تقدير العضو المريض ويجرح عضوا آخر يكون قد ارتكب خطأ ماديا ،لأن من بديهيات العمل الطبي الإستيثاق من موضع إجراء العملية الجراحية،وهذا الإجراء ليس بحاجة إلى ناحية فنية لأنه قبل البدء في العملية يجب أن يشخص المرض وتتم فحوص مخبرية أو إشعاعية ثم تأتي مرحلة البدء في العلاج،فخطأ الطبيب هنا لم يتعلق بالأصول العلمية والفنية للعمل الطبي ،إنما جعل من إخلاله بواجب الحيطة والحذر الملقاة على عاتقه سببا لخطئه،كذلك الحال عند الطبيب الذي ينسى في جسم المريض أداة من أدوات الجراحة فليس مبررا التذرع بكثرة الأدوات الجراحية المستخدمة لأن عمل الطبيب ليس كعمل أي مهني آخر فمحل الحماية الجزائية لكل منهما مختلف .

فلكي نكون أمام خطأ مادي وجب توفر:

ـ عدم تعلق الخطأ بالأصول العلمية والفنية للمهنة .

ـ رجوع الخطأ إلى الإخلال بواجبات الحيطة والحذر.

فهذان الشرطان يتطابقان مع عناصر الخطأ الطبي بشكل عام،إذ يسأل الطبيب عن خطئه المادي كما يسأل الأشخاص العاديين .[1]

والأصل أن أخطاء الأطباء مادية،إلا ما خرج منها بأن كان محل خلاف بين الأطباء المزاولين لهذه المهنة.

[1] د ماجد لافي ، المرجع السابق ،ص 207

الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحة التجميلية

لقد أثار خروج الأعمال الطبية عن إطارها التقليدي ومازال يثير الكثير من المشاكل في مجالات مختلفة لا سيما تلك المتعلقة بمسؤولية الطبيب والتي تتطلب تحديد الشروط التي تتضمن خدمة العلم للإنسان ومن أهم الإنجازات الطبية التي تحققت،ظهور عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية التي لم ينعقد إجماع حول إباحتها بدون قيود،وهذا ما جعلها موضوعا قديما متجددا تعقد له الملتقيات الوطنية والدولية قصد الوقوف على المستجدات التي يطرحها مع مرور الزمن إلى جانب ذلك ظهرت الجراحات التجميلية التي تهدف إلى إصلاح بعض التشوهات في الجسم وإعادته للشكل الطبيعي،وخصوصا تلك التي تسبب أمراضا نفسية وتؤدي إلى الإنتحار،إلا أن هذا النوع أثار كثيرا من الجدل حول مشروعيتها نظرا لكونها تغير من خلق الله

المبحث الأول : مسؤولية الجزائية للطبيب عن نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية

لقد توصل علماء الطب في الآونة الأخيرة إلى وسائل فنية حديثة تساعد على إستمرار حياة الإنسان بعد أن يصل إلى مرحلة تكون حياته فيها ميؤوسا منه،كما قد تساعد على تخليص الإنسان من آلام ومعاناة بسبب الإصابة بأمراض معينة،ومن بين هذه الوسائل الفنية الحديثة نقل وزرع الأعضاء علما أنه لم تعد قاصرة على زرع الكلى أو القرنية بل إمتد كل أعضاء الإنسان.

فالعضو في المفهوم الطبي هو ذلك الجزء المحدد في جسم الإنسان والذي ينهض لأداء وظيفة أو عدة وظائف مثل القلب،الكبد،الكلية....أما من الناحية القانونية فهناك تشريعات عرفته بأنه كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم إستبداله بشكل تلقائي إذا ما تم إستئصاله.[1]

[1]-د، صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجنس البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ،دار الجامعة الجديدة للنشر،مصر،2002 ،ص 272 .

أما النسيج فهو خليط من مركبات عضوية كالخلايا و الألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق و عمله كالنسيج الضام والعضلي والعصبي.[1]

وفي نظر القانون فإن نقل العضو أو النسيج يقصد به عملية إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة فيما تعانيه وظائفه الفيزيولوجية من أوجه النقص.

المطلب الأول : نقل الأعضاء والأنسجة وزرعها بين الأحياء

يجدر التوضيح بداية المقصود بنقل الأعضاء بين الأحياء أنه لا يجوز أن يتنازل الشخص عن عضو من أعضاء جسمه،الذي يؤدي وظائف هانة والتي تؤثر على حياته وتهددها بالإنقراض في غير موعدها كذلك لا يجوز من باب أولى التصرف في عضو ليس له بديل في الجسد كالقلب مثلا لقوله تعالى **"ولا تلقوا بأيدكم إلى التهلكة"**.[2]

والبحث في مشروعية الأعضاء بين الأحياء ينحصر في التنازل عن الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان،بحيث يقوم العضو المتبقي مقام العضو المنزوع بنفس الأداء كالكلية،القرنية،أو جزء من الكبد.[3] ، وهذا يتطلب تحديد أساس مشروعية الوسيلة(الفرع الأول) وأهم ضوابط وشروع المسؤولية(الفرع الثاني) ومسؤولية الطبيب(الفرع الثالث).

الفرع الأول : أساس ومشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر لم تنظم في نطاق تشريعي إلا في منتصف الثمانينيات بنما أصدرت فيه لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى قبل ذلك بحوالي 13 (ثلاث عشرة) سنة حيث أجاز نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ومن جثث الموتى.وكان منطقيا أن تسبق هذه الفتوى القانون بإعتبار أن الجزائر بلد إسلامي والأطباء حريصين على معرفة رأي المشرع في هذه الأمور التي تمس القيم الدينية لهذا سنتعرض للأساس الشرعي للإباحة ثم الأساس القانوني.

---

[1]- د، مبروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،الجزء 1 من الكتاب الأول،سلسلة القانون الجنائي والطب الحديث ،دار هومة ،2003 ،ص 132 .
[2]- سورة البقرة ،الآية 195 .
[3]- د، مبروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص 36 .

المسؤولية الجنائية للطبيب

❖ **أولا ـ الأساس الشرعي**

قبل أن تصدر لجنة الإفتاء الجزائرية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء بتاريخ 1972/04/20 كان هناك بيان الأطباء الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة عمليات نقل وزرع الأعضاء ثم تدارست لجنة الإفتاء هذا البيان وتوصلت إلى إصدار هذه الفتوى حسب ما يلي :

1 ـ يدخل في أسباب الهلاك كل إشراف على الموت بمرض ميؤوس من شفائه أو بواسطة نقل الدم أو زرع عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد النظر إلى من فقد نوره وعدم الإبصار،ومن المعلوم أن من قواعدها أن المشرف على الوفاة أو الوقوع في المضرة الشديدة يجب إنقاذه...

2 ـ حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه يتطوع بذلك عن إختيار وإحتساب دون أن يخاف ضررا أو هلاكا كما هو الحال في نقل الدم أو الكلية،فإنه من باب الإحسان وعمل الخير فالظاهر أن النقل من حي صحيح سالم برضى منه وتبرع بعيد عن كل إلتزام أو إكراه أو ليس فيه خطر على صحته محقق أو مضمون مما لا ينبغي أن يتوافر في جوازه ولا شك في الثواب عليه والأجر...

يتضح من خلال فقرات هذه الفتوى أنها تخلص إلى جواز النقل بين الأحياء إذا تعين ذلك علاجا ضروريا له،وقد حرصت لجنة الفتوى إلى الإشارة أن هذا العمل يعد من جانب المتنازل نوعا من إيثار الغير عن النفس كما أن نقل عضو من إنسان لآخر لا يعد تغيير في خلق الله لأن المؤمنين كالجسد الواحد.[1]

[1]ـ د، مبروك نصر الدين : المرجع السابق ، ص 126-128 .

❖ **ثانيا ـ الأساس القانوني**

تستند شرعية عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في النظام الجزائري إلى نص المادة 1/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي جاء فيها " لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص الأحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين وتودع لدى مدير مؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.."

إن أول ما يلاحظ على هذه الفقرة أنها تناولت الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء كما تناولت بعض الشروط الواجب توافرها في المتنازل،وأن المشرع أباح إستئصال الأعضاء من جسم الشخص الحي المتنازل وإعتبره في هذه الحالة متبرعا بالعضو المراد إستئصاله وهكذا يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة والأعضاء من الأحياء من عدمه،فنظم نقل الأنسجة حسب المبادئ والشروط التي حددها علم الطب والفقه الجنائي الحديث كما أن المشرع أورد شروطا في غاية من الأهمية وليس من السهل توافرها وأول هذه الشروط عدم تعريض حياة المتنازل للخطر وهذه المسؤولية الملقاة على عاتق الأطباء ولهدا ربط المشرع موافقة المتنازل بالترخيص الطبي لما فيه من تعريض لحياته وصحته للمخاطر.ويجدر ذكر أن الفقرة الأولى من المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها لم تحدد العضو المطلوب التنازل عنه إذ جاءت بصور عامة وهذا على عكس الفتوى السالفة الذكر التي أشارت بوضوح للمسألة وذلك من خلال عملية زرع الكلى والتي كان لها النجاح في الميدان العملي أما التعميم فيفهم منه أن جميع الأعضاء يمكن أن تخضع لعملية الزرع والنقل وهو أمر إيجابي إذ يسمح بمسايرة تقدم العلوم الطبية دون أن يلحق به ضررا.

بناءا على ما تقدم يمكن القول أن كل من الفتوى والنص القانوني يصلحان أن يكونا أساسا قانونيا لعمليات النقل والزرع بين الأحياء لكن لا يتم ذلك إلا بشروط وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفر ع الثاني : شروط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

وضع المشرع الجزائري في المادة 1/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها عرض محدد لإباحة نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وهو قصد العلاج أي علاج الإنسان لنفسه كأن يستقطع أحد أوردة ساقه لمعالجة إنسداد شريان قلبه،أو أن ينقل أصبع بنصر نفس الشخص إذا كان الإبهام لديه ونقل العضو من نفس الشخص لصالحه لا يثير أية مشكلة من الناحية القانونية لأن قصد العلاج متوافر ولكن قد يكون الشخص المعالج شخصا آخر وهنا يصعب تحديد توافر قصد العلاج،لأنه في هذه العمليات يتوافر هذا القصد للمريض المستفيد من التنازل كونه يؤودي إلى إنقاذ حياته أما بالنسبة للمتنازل فإن المشرع الجزائري قد إلتمس قصد العلاج من صلة القرابة كون أن معظم العمليات الجراحية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء التي تمت بالجزائر لحد الآن كانت من الأقارب.

إن عمليات نقل وزرع الأعضاء و الأنسجة البشرية بين الأحياء تتطلب توافر شروط قانونية دقيقة منها ما يتعلق بالعمل الطبي الجراحي ومنها ما يتعلق بالمتنازل وأخرى متعلقة بالمريض،هذا بالإضافة إلى شروط عامة تتعلق بالطبيب أو الجراح الذي يشترط أن تكون له صفة الطبيب ويهدف بعمل إلى تحقيق الشفاء وعليه إتباع الأصول العلمية إضافة إلى شرط خاص لهذا النوع من العمليات ويضيف الفقه شرطا آخر ألا يكون هناك تعارض بين نقل وزرع الأعضاء والنظام العام والآداب العامة.[1]

❖ **أولا ـ الشروط المتعلقة بالعمل الطبي الجراحي**

ويقصد بها الشروط الطبية الواجب توافرها لعمليات نقل وزرع الأعضاء وهي كالتالي :

أ ـ الحالة الصحية للمتنازل : يشترط ألا يتجاوز سن كل من المتنازل عند الإستئصال والمتلقي عند الزرع 50 سنة وألا يقل عن 10 سنوات كما يشترط في المتنازل وقت إجراء العملية أن يكون خاليا من الإلتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية ويجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك

[1]ـ د، أحمد محمد البدوي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ،سعد سمك للمطبوعات القانونية والإقتصادية ،القاهرة ،1999 ،ص 58 .

البولية قبل مباشرة العملية وهذا مانصت عليه المادة 2/162 من قانون الصحة وترقيتها بقولها **" لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء،إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر،وتشترط الموافقة الكتابية للمتبرع .."**

كما يجب أن تكون حالة المتلقي النفسية عند عملية زرع العضو في حالة عادية وهو ما نصت عليه المادة 163 من القانون أعلاه **"يمنع القيام بإنتزاع الأعضاء والأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع.."** كما أنه ينبغي على الطبيب الجراح أن يثبت قبل إجراء عملية الإستئصال من المتنازل أو الزرع في جسم المتلقي مدى صلاحية العضو طبيا،بحيث إذا ثبت عدم قابلية جسم المتلقي له فلا يمكن تبرير عملية الزرع وينبغي هنا أن نفرق بين مجرد نقل عضو بسيط وعضو مركب كجزء من الكبد

ب ـ حالة حفظ العضو المنقول : يتفاوت مقدار المدة اللازمة للمحافظة على صلاحية العضو المراد نقله من جسم المتلقي حسب تكوينه التشريحي لذلك حاول الأطباء التغلب على هذه المشكلة بإستعمال أساليب الخاصة منها حفظ الكبد في درجة حرارة منخفظة تتراوح بين 15° و20° وهو ما يسمح بإطالة فترة تحمله لنقص الدم تزيد عن ساعة واحدة

ج ـ توافق أنسجة المتلقي والمتنازل: يعد التحقق من توافق أنسجة المتلقي والمتنازل،أحد العوامل الأساسية في نجاح عملية نقل وزرع الأعضاء،فأخطر ما يهدد هذه العمليات هو ظاهرة رفض الأجسام الغريبة phenomene de rejet فلم يعد الفن الجراحي الخاص باستئصال الأعضاء و زرعها يمثل أي مشكلة،بيد أن استمرار تحفز الجسم لطرد العضو المنقول إليه والغريب عنه هو ما يقلل من فرص نجاحها .[1]

و نشير هنا إلى أن الطبيب إذا كان لا يلتزم بضمان سلامة المتلقي أو بضمان نجاح العملية ،فإنه يلزم عليه أن يراعي في عملية الإستئصال والزرع أصول فن العمل الطبي،و ما تقتضي من أن يقيم عملية المقارنة بين مزايا الإستئصال من المتنازل و الزرع للمتلقي ومخاطره بمعنى آخر إذا

[1]ـ د، محمد صفوت : القصور الكلوي و أعراضه، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول،1978 ،ص 146 .

كانت مصلحة المتلقي الجديدة الراجحة تبرر النقل فإنها لا تبرر الإستئصال من جسم المتنازل إلا بعد إجراء المقارنة بين المزايا والعيوب المترتبة على العملية في مجموعها لدى كل من المتلقي والمتنازل وهذا ما توخاه المشرع الجزائري في إلى مادة 01/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

د- مكان إجرء عمليات نقل وزرع الأعضاء: لم تألف مجتمعاتنا العربية هذا النوع من العمليات لذلك فإن الدول التي تجيز هذا إجراء عملية نقل الأعضاء،قد أحاطتها بقدر من الضمانات اللازمة لنجاح هذه العمليات و ذلك لسلامة طرفي الموضوع لهذا أكد المشرع الجزائري على هذه الضمانات في المادة 01/167 من قانون حماية الصحة و التي جاء فيها : **"لا ينتزع الأطباء الأنسجة البشرية،ولا يزرعها،إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة."**

وتطبيقا لما جاء في المادة 01/167 من قانون حماية الصحة وترقيتها أصدر وزير الصحو قرارا وزاريا رقم 19 بتاريخ 1991/10/23 تضمن هذا القرار كيفية تطبيق المادة 167 لكن بتاريخ 2002/10/02 أصدر وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قرارا جديدا ألغي بموجبه القرار المذكور أعلاه ونص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بهذه العمليات مثل:

ـ المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا ـ الجزائر ـ

ـ المؤسسة الإستشفائية المخصصة لطب العيون ـ وهران ـ

ـ المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي ـ قسنطينة ـ

لكن هذا النص و القرار المنظم له أثارو مشاكل عملية تتعلق باستبعاد مستشفيات القطاع الخاص،التي تتوفر على تجهيزات متطورة جدا وعلى أطباء على قدر كبير من الكفاءة،وهذه المستشفيات أصبحت في وقتنا الحالي أحسن المستشفيات،وهو الأمر الذي يجب أن يراعيه المشرع

الجزائري ويعيد النظر في النص،وذلك بتوسيع دائرة المستشفيات التي تجرى فيها عمليات نقل وزرع الأعضاء،لتشمل أيضا عيادات القطاع الخاص.[1]

❖ **ثاني ـ الشروط المتعلقة بالمتنازل**

من خلال ما ورد في أحكام قانون الصحة وترقيتها لا سيما المادة 162 منه يتضح لنا أن أهم هذه الشروط هي رضا المتنازل عن العضو وتبصيره بعواقب العملية وآثارها كما ألزم المتنازل في حالة موافقته على عملية الإستئصال أن يقبل صراحة تحمله المخاطر الناتجة عن العملية ودون مقابل ملي.

أ ـ صور التعبير عن الإرادة :

إشترط المشرع الجزائري في المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه **" لايجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الإنتزاع و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة."**

من خلال هذه الفقرة إشترط المشرع في المتبرع من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي وكأن المشرع في هذا النص أراد أن ينبه المتبرع إلى مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه وحقيقة فإن تطلب الشكل الكتابي للرضى يوفر مزيدا من الحماية للمنازل وما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد من يحرر وثيقة الموافقة على التنازل.

ولم يكتفي المشرع بإشتراط الشكل الكتابي للرضى بل إشترط أن يكون التعبير عن الرضى بحضور شاهدين وما يأخذ عليه هنا أنه لم يحدد من يقدم الشهود هل المتنازل أم المريض.[2]

كما إشترط المشرع أن تودع الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة،وهي ضمانة أخرى للمتنازل حتى ما إذا أراد العدول عن رضائه فله ذلك

---

[1] ـ د، مروك نصر الدين : مقال حول المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية،مجلة فصلية، الجزء 37،رقم 03 -1999 ،ص 38 .

[2] ـ د، مروك نصر الدين : مقال حول المشاكل القانونية ...،المرجع السابق ،ص 23 .

ب ـ مميزات الرضى : رضى المتنازل حتى يكون صحيحا لا بد أن يصدر عن إرادة حرة،خالية من العيوب،ولكي يكون الرضى صحيحا ومنتجا لآثاره يجب أن تتوافر فيه بعض المميزات منها :

أن يكون الرضى متبصرا،حرا،وبدون مقابل وصادر عن ذي أهلية وهي كما يلي :

1ـ تبصير المتنازل : تجمع كل التشريعات التي تناولت عمليات نقل وزرع الأعضاء على أهمية وضرورة تبصير المتنازل تبصيرا كاملا،وشاملا لجميع المخاطر الجراحية المترتبة على عملية الإستئصال الحالة منها والمستقبلة وعلى المدى الطويل.

وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها إلى هذا بقوله: **"..ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع.."**

ومن خلال هذه الفقرة يتضح أن القانون الجزائري قد ربط رضى المتنازل بإلتزام الطبيب بتبصيره ليس فقط المخاطر الطبية الجراحية العادية التي تترتب على عملية الإستئصال بل ذهب القانون إلى أبعد من ذلك حيث ألزم الطبيب بأن يبصره بالمخاطر المحتملة،وتنعقد مسؤولية الطبيب الجنائية إذا لم يبصر المريض تبصيرا شاملا ووافيا يتضمن كافة العناصر التالية :

ـ المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها نتيجة الإستقطاع .

ـ الفائدة التي تعود عليه من الناحية النفسية.

ـ طبيعة الجراحة والإجراءات والإحتياطات المتخذة.

ـ أهمية عملية النقل والزرع بالنسبة للمتلقي.

ـ مدى تأثير عملية الإستقطاع على القدرة الجنسية للمعطي وعلى مقدرته على العمل.

ـ المدة اللازمة للشفاء الكامل من آثار الجراحة

ـ المتابعة الصحية المطلوبة .[1]

وهناك جانب من الفقه يرى التبصر يشمل أيضا كافة المعلومات التي تحيط بعملية الزرع،خاصة بيان الفرص الحقيقية لنجاح العملية، ولا يرى أصحاب هذا الرأي أن في قيام الطبيب بالإفصاح للمتنازل عن كافة التفاصيل الخاصة بعملية الزرع إفشاء لسر المهنة،لأن المتنازل في الواقع يعد طرفا في عملية نقل وزرع العضو وليس غريبا عنها.[2]

2 ـ الرضا الحر :

لا يكفي لصحة الرضا أن يكون متبصرا،بل يلزم أيضا أن يكون هذا الرضا حرا،بمعنى أنه يتعين أنة تكون إرادة المتنازل خالية مما يعيبها حتى يعتد بالرضا الصادر عنه،فلا يكون لرضا الشخص أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس،أو خداع أو إكراه أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الإختيار لديه.[3]

ولا يرى جانب آخر من الفقه في توافر البلوغ وكمال الأهلية قرينة كافية على أن المتنازل قد قام بالتبرع عن رضا واع منه وحر.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول الرضا الحر للمتنازل بصورة مباشرة،وإنما يستنتج من أحكام المادة 2/162 السابق ذكرها و التي يلاحظ من خلالها أن المشرع إشترط أن يكون رضا المتنازل حرا،أي صادرا عن متنازل يتمتع بكامل قواه العقلية وقادرا على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضا وألا يتعرض لأي ضغط أو إكراه حتى لا يكون رضاءه معيبا.

3ـ أن يكون الرضا بدون مقابل مالي :

إذا كانت المصلحة العلاجية للمتلقي تبرر إستقطاع عضو من جسم المتنازل،ليزرع له فإن ذلك لا يباح غلا للإنسانية،و مما يتعرض وهذه الكرامة أن يعلق المتنازل رضاءه على قبض الثمن.

---

[1] ـ د، أحمد محمد بدوي : المرجع السابق ،ص 43 .
[2] ـ د، مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ،ص 135 .
[3] ـ د،محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات،القسم العام ،دار النهضة العربية،القاهرة،ط5 ،سنة 1988 ،ص263.

وقد أجمعت التشريعات القانونية التي تناولت هذه العمليات على منع المقابل المالي ويجب أن يكون التنازل بدون مقابل ولذا وصفر المتنازل بالمتبرع ،ويعد سبب ذلك أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا للمعاملات المالية والتجارية،والتنازل هنا يجب أن يكون في شكل هبة.[1]

ومبدأ التنازل بدون مقابل تناوله المشرع في المادة 2/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها بالقول **"...ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملات مالية."**

يتضح من خلال هذا أن القانون الجزائري إستبعد المقابل المالي بخصوص عمليات نقل وزرع الأعضاء كما أن المشرع أقر هذا المبدأ في المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها الخاصة بنقل الدم حيث إعتبر المتنازل عن الدم متبرعا لأغراض علاجية و بهذا يكون المشرع قد استبعد من المعاملات المالية كل ما يتعلق بجسم الإنسان سواء أكان عضوا أو نسيجا أو جزءا من الدم.

لكن التنازل بدون مقابل لا يتعارض مع تعويض المتبرع.[2] لما قد يلحقه من مخاطر مستقبلية،ومن صور التعويض المادي المقترح لدى أصحاب هذا الرأي،شراء شهادة تأمين على الحياة لمصلحة المتبرع لمدة معينة أو تخصيص مكافآت تشجيعية تقوم بصرفها مؤسسات الدولة و الجهات الخيرية مع مراعاة،ألا تصبح هذه التعويضات المادية بمثابة ثمن يتم دفعه مقابل العضو المتبرع به.[3]

ورغم أن المشرع قد نص على أن يكون التبرع مجانا،إلا أن هذا لم يمنع بعض الأشخاص من المبادرة في بيع أعضائهم،ووصل بهم الأمر غلى نشر الإعلانات في الصحف الوطنية.[4]

و هنا يظهر مشكل ممثل في موقف المشرع الجزائري،من هذه التصرفات كونه لا يوجد أي نص على توقيع أحكام جزائية عند مخالفة نصوصه،و ترك فراغ قانوني،مما قيد النيابة العامة في مجال

---

[1] د أحمد محمد البدوي : المرجع السابق، ص 48.
[2]- د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،ط 1 ،سنة 1986،ص 87 .
3- د، منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،سنة 1992 ،ص 67.
4- جريدة المساء،الأحد،1990/12/02 ،إعلانات مفادها أن أشخاصا مستعدون لبيع أعضائهم،للحاجة المادية لديهم...

تحريك الدعوة العمومية،و عطل القضاء في توقيع الجزاء القانوني على المروجين لهذه الأعمال و هذا ما يتطلب تدخل المشرع لإبداء موقفه اتجاه هذه التصرفات كما فعل المشرع الفرنسي الذي أوقع عقوبات جنائية على بائعي أعضائهم و المتاجرين فيها.

4- أهلية المتنازل : يقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء أي صلاحية الشخص لصدور عمل قانوني منه على وجه يعتد به شرعا،ويعرف سن الرشد في التشريع الجزائري تباينا ملحوظا في نصوصه المختلفة.

أما قانون حماية الصحة،فإن نصوصه المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية لم تحدد سنا معينا يعتبر فيها المتنازل بالغا سن الرشد،وهو إغفال خطير من المشرع كون أن التصرفات الواردة على جسم الإنسان والخاصة بالتنازل عن الأعضاء تعتبر من أهم التصرفات التي يقدم الشخص على إبرامها.

وأمام هذا الفراغ التشريعي علينا الرجوع لنصوص قانون حماية الصحة لنستخلص قصد المشرع لتحديد مسألة سن الرشد حتى لا تخرج عمليات زرع الأعضاء من الإطار الذي وجدت من أجله.

تنص المادة 1/162 من ق.ص**"لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية..."** يتضح من خلال هذا النص أن المشرع إعتبر المتنازل عن عضو من أعضاءه متبرعا والتبرع من التصرفات الواردة في نصوص القانون المدني،وهذا الأخير يعتبر التبرع هبة لشخص معين بذاته.

ومن هذا فإن سن الرشد الذي يأخذ به المشرع في هذا المجال منصوص عليه في المادة 40 ق.م.ج والتي نصت **"كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"** ومنه يكون تصرفه صحيحا ونجا لأثره القانوني

ويجب الإشارة أن الوقت الذي يجب أن تتوافر أهلية المتنازل هو الوقت الذي يتم فيه الإتفاق الذي يتم فيه الإستئصال وليس الوقت الذي يباشر فيه عملية الإستئصال .[1]

وهنا يثور التساؤل عن حكم تصرف القاصر في أعضائه هل هو جائز أم لا ؟

---

[1]- د، مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء ،المرجع السابق ،ص 233 .

على عكس بعض التشريعات التي أجازت للقاصر بناءا على رضى وليه التصرف في أعضائه،فإن المشرع الجزائري أورد نصا صريحا يمنع فيه القاصر والراشد غير المميز من التصرف في أعضائه.

فقد جاء في المادة163 ق.ع.ص **"يمنع القيام بإنتزاع الأعضاء من القصر الراشدين المحرومين من قدرة التمييز.."** وحسنا ما فعل المشرع الجزائري في هذا الإتجاه لأن القاصر غير أهل لإبرام التصرفات ولا يجوز أن ينوب عنه أحد في هذا المجال،لأن النيابة القانونية عن القصر تكون فيما ينفع لا فيما يضر،وإستئصال عضو من جسم القاصر فيه ضرر لا محالة حتى إذا كان مستقبلا.

ولذلك لا يعتد بالرضى الصادر عن قاصر،ويعد تنازله باطلا بطلانا مطلقة طبقا للقواعد العامة للقانون المدني.

❖ **ثالثا ـ الشروط المتعلقة بالمتلقي**

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي المريض به،فالقانون الطبي يرخص للطبيب علاج المرضى إذا تمت دعوته لذلك لكن لا يخوله الحق في إخضاع المريض لذلك رغما عنه،ورضى المريض بالعلاج ليس سببا للإباحة بل هو شرط من شروطها.[1]

وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء فإن الحصول على هذا الرضى يعد أمرا ضروريا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل

أ ـ **رضى المتلقي :**تناول المشرع رضى المتلقي في مجال زراعة الأعضاء 166 ق.ع.ص حيث نصت على أنه **"لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية،وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين إثنين..."** ونصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه **" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض،لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة،أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..."** ويتضح من المادتين السالفتين الذكر،أن المشرع ساوى بين المتنازل والمتلقي في

[1]ـ د، محمد صبحي نجم : رضى المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1983،ص 183 .

مجال الرضى فإشترط أن يوافق المريض بإرادته الحرة بعد أن يتأكد أن هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته،وحرص في النص على رضى المتلقي و إعتبره أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال زراعة الأعضاء،ومن ذلك لا يمكن القول في زراعة الأعضاء بأن مجرد دخول المتلقي إلى المستشفى يعد رضا مقدم لكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي الذي يراه الطبيب لازما لحالته الصحية،

كما نصت المادة 2/166 ق.ح.ص على تعذر الحصول على رضى المريض شخصيا أمكن أن يعطي الموافقة الكتابية أحد أفراد أسرته(الأب،الأم،الزوج،الزوجة..) حسب ماورد في المادة 164 من نفس القانون وتتم الموافقة بنفس الشروط السابق ذكرها لكن هذا المبدأ ورد عليه إستثناء من المشرع في المادة 166 الفقرة الأخيرة ق.ح.ص **"يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية ،دون الموافقة المذكورة أعلاه إذا إقتضت ذلك ظروف إستثنائية أو تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته.."** ومن خلال هذه الفقرة أصبح للطبيب الحق في التدخل بعمل جراحي ليزرع العضو إذا كان هناك إستعجال متمثل في حالة وجود المتلقي في خطر حقيقي وحال،وأن عملية الزرع تهدف إلى إنقاض حالته وهو في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها،وإذا لم يكن هناك احد أقاربه. ولكن عمليا يبدو من الصعب في هذه الحالة تقدير جسامة الخطر إذ يترك القضاء للطبيب تقدير حالة الخطر التي يوجد فيها المريض،ولكن هذا لا يمنع القاضي من أن يحمل الطبيب

المسؤولية إذا لم يتسنى له تقديم إيضاحات جدية تبرر تدخله خاصة إذا لم تتوفر شروط الحالة العاجلة.

والأصل أن الرضى الصادر من المتلقي ليس له شكل معين فقد يتم بأية وسيلة كانت ذلك لأنه المستفيد من عملية النقل،إلا أن المشرع نص في المادة1/166ق.ح.ص على أنه **"لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل وسلامته البدنية،وبعد أن يعرب عن رضاه بحضور الطبيب رئيس مصلحة التي قبل بها وحضور**

شاهدين إثنين "وهذا ما يدل أن المشرع إشترط أن يتم رضى المتلقي في شكل كتابي ليس هذا وحسب بل وأمام رئيس المصلحة التي قبل بها للعلاج وبحضور شاهدين.[1]

ب ـ تبصير المتلقي : مبدأ الإلتزام بتبصير المتلقي يقوم على ضرورة قيام الطبيب بتبصيره بحقيقة المرض ونوع التدخل الجراحي،والمخاطر التي قد تترتب على العلاج وأي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية ذلك أن المتلقي لا يستطيع أن يقبل أو يرفض تحمل العلاج و المخاطر الناجمة عنه إلا بعد تبصيره للحقيقة وما ينطوي عليها.[2]

وقد نص المشرع على هذا المبدأ في المادة 5/166 ق.ح.ص والتي جاء فيها **".. لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك ."** وفي المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب جاء فيها **" يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة وبشان كل أسباب العمل الطبي"**

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع ربط رضى المتلقي بالأخطار الطبية والجراحية،ومن ثم يقع على الطبيب الإلتزام بتبصير المتلقي بالحقيقة،وأن يعطيه فكرة مناسبة عن ظاهرة رفض الجسم للأعضاء الجديدة،وطريقة حياته بعد الجراحة ومدى إمكانية عملية زرع أخرى إذا ما فشلت العملية الأولى.

ج ـ أهلية المتلقي :إن رضى التلقي بعملية زرع العضو له،لا يعد صحيحا إلا إذا صدر عنه وهو قادر على التعبير عن إرادته،فموافقة المتلقي على إجراء عملية زرع العضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها وهو ما يتطلب فيه أهلية قانونية كاملة.

والمشرع في نصوص قانون حماية الصحة،فيما يتعلق بزراعة الأعضاء لم يحدد لنا سن معينا يعتد بها كأهلية للمتلقي،خاصة إذا عرفنا أن مسألة الأهلية بالنسبة للمتلقي تختلف بالنسبة للمتنازل،حيث أن المتلقي يمكن أن يكون بالغا سن الرشد أو قاصر أو عديم الأهلية،عكس المتنازل الذي يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد .

---

[1]ـ أ،طاهري حسين : الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة(دراسة مقارنة الجزائر،فرنسا)،دار هومة ،2008 ،ص 244.
[2]ـ د، أحمد محمد البدوي : المرجع السابق ،ص 54 - 55 .

وعليه فالمتلقي متى بلغ سن الرشد المنصوص عليها في المادة 40 ق.م.ج وكان متمتعا بقواه العقلية،فإن رضاه بعملية زرع العضو له يكون صحيحا إذا ما توافرت لها بقية الشروط السالفة الذكر،ولا يجوز أن يحل رضاء شخص آخر محل رضاه،وهذا لا يثير إشكال،أما إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها فإن المشرع في المادة 166 من ق.ح.ص قد تناول الأشخاص الذين يمثلونهم في إتخاذ القرار،وفرق المشرع بين المتلقي الذي لا يملك الأهلية قانونا والذي لا يملكها فعلا.

1- إنعدام الأهلية القانونية : بالرجوع إلى المادة 3/166 من ق.ح.ص التي جاء فيها **"..إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة ..."**

ومن خلال هذه الفقرة يبين لنا المشرع أنه إذا كان المتلقي غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقدا للوعي،فإن الرضا بعملية الزرع ينتقل لمن له سلطة قانونية عليه،وفي حالة إذا كان المريض قاصرا،فإن المشرع في المادة 4/166 من ق.ح.ص نص على **أنه "..أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي .."** يكون قيد الطبيب بالرضاء الصادر ممن يمثل القاصرة قانونا وهو الأب أو الولي الشرعي.

وعلى ذلك لا يتطلب أن يكون المتلقي أهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية عملية زرع عضو له،ومدى مناسبتها لحالته الصحية،وهذه الأهلية لا تتطلب سوى قدر كاف من الفهم والإدراك الذي قد يختلف من شخص إلى آخر وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى القول أن القاصر،إذا كان قادرا

على إدراك المخاطر التي يتعرض لها من جراء العملية فلا يجوز في هذه الحالة للطبيب الجراح أن يجري التدخل رغما عن إرادة المتلقي،ولو أبدى ممثله القانوني موافقته على ذلك.[1]

أما إذا تبين للطبيب أن القاصر لا يتمتع بالقدر الكافي من الإدراك و الفهم،فلا يجوز له الإعتداد بالرضا الصادر عن هذا المتلقي القاصر و إنما يجب الحصول على رضا ممثله القانوني.

2- إنعدام الأهلية الفعلية : إذا لم يكن المتلقي قادرا على التعبير عن رضائه،فإن الأمر يتطلب موافقة من تربطهم بالمريض رابطة القرابة لأنهم من يستطيعون عن إرادة المتلقي،كونهم الحماة

1- د مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء....، ال مرجع السابق ، ص 259 .

الطبيعين له ورضاؤهم يقوم مقام رضا المتلقي كلما كانت حالته الصحية لا تتيح له التعبير عن إرادته،وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 2/166والمادة 164 ق.ح.ص. أما في أحوال الإستعجال فجعل المشرع من خلال المادة 166 فقرة أخيرة ق.ح.ص. الطبيب الجراح رئيس المصلحة هو الممثل الطبيعي للمتلقي في الظروف الإستعجالية أو التي تعذر فيها الإتصال في الوقت المناسب بأحد أفراد أسرته.

❖ **رابعا ـ شرط عدم تعارض نقل وزرع الأعضاء مع النظام العام والآداب العامة**

هذا الشرط قال به الفقهاء و مفاده،أن رضا المتلقي وموافقة المتنازل بالشروط المحددة لذلك لا يعني إجراء العملية الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية قد أصبحت مباحة،لكن يجب أن يسير إجراء هذه العمليات في إطار إحترام قواعد النظام العام والآداب العامة فإذا تم رضا المتنازل وموافقة المتلقي وكان لهذا الرضا والموافقة آثار تصطدم بالنظام العام في المجتمع فإن هذا الرضا من الجانبين لا يعطي أي أثر.[1]

ومن القواعد الأساسية التي يقوم عليها عدم تعارض عمليات إستئصال وزرع الأعضاء البشرية مع النظام العام أن تكون هذه العمليات الغرض منها العلاج وألا يترتب عليها بحياة الشخص المعطي وألا يترتب عن هذه العمليات إختلاط الأنساب [2] وهذا ما سنوضحه بإيجاز.

أـ أن يكون الغرض من العملية هو العلاج : بمعنى أن يكون الغرض من إستئصال العضو لزراعته في جسم شخص هو علاج هذا الشخص وإنقاذه من الموت المحقق وليس هدف آخر،كمن يقوم ببتر عضو من جسمه للتخلص من الخدمة العسكرية.[3]

كما أن نقل وزرع الأعضاء لإجراء التجارب العلمية لا يهدف إلى العلاج وإن كانت ستفيد المجتمع فيما بعد،إلا أن هناك إنسانا سيكون ضحية لها،فهي تصطدم بالنظام العام طالما يوجد بدائل أخرى.[4]

---

[1]ـ د محمد صبحي نجم : المرجع السابق ،ص 208 .
[2]ـ د،أحمد محمد البدوي : المرجع السابق ،ص58 -59 .
[3]ـ د،أحمد محمد البدوي : المرجع السابق، ص 59 .
[4]ـ د، أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء ـ دراسة مقارنة ـ دار النهضة العربية ،القاهرة ،ط 3، 1990 ،ص 342.

ولهذا نص المشرع الجزائري في المادة 161 ق.ح.ص. على انه **"لا يجوز إنتزاع أعضاء....إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..."** وبهذا يكون المشرع قد سد الطريق أمام الأطباء الذين يريدون من هذه العمليات أغراضا غير علاجية.

ب ـ ألا يترتب على هذه العملية ضرر كبير بالمتنازل : من المتعرف عليه أن عمليات إستئصال الأعضاء من الأحياء تكون من الأعضاء المزدوجة بالجسم مثل العين،الرئة،الكلية،وهذا ما ذهب إليه فقهاء القانون الجنائي،وهذا يعني أن أي إستئصال للأعضاء الفردية غير جائز وباطل.[1]

ولكن إذا كان الإستئصال من الأعضاء المزدوجة،وكان من شأنه أن يؤدي بضرر كبير بالمتنازل ويعوقه عن أداء وظائفه الإجتماعية،فإنه يعتبر مخالفا للنظام العام،فنقل الطبيب إحدى كليتي شخص مع أن الأخرى تالفة يعتبر مخالف للنظام العام.

ج ـ ألا يترتب على هذه العملية إختلاط الأنساب :من الضروريات الأساسية في عمليات زرع الأعضاء ألا يترتب عليه إختلاط الأنساب بين المتنازل والمتلقي،ولو كان ذلك بهدف علاجي ولم يترتب عليه أي ضرر،لأن إختلاط الأنساب يصطدم بقواعد النظام العام والآداب العامة،ذات الطابع الديني،وقد كشف الطب أن الأعضاء التناسلية للذكر،أو الأنثى تستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في شخص آخر،وعليه يكون زرعها محرما مطلقا،وهو الرأي الذي أيده جانب الفقه.[2]

ومن خلال كل ما تقدم،فإنه حتى تكون عملية زرع ونقل الأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء مشروعة لا بد أن تتوافر فيها كل الشروط السالف ذكرها مجتمعة،ويترتب على تخلف إحداها جعل عمل الطبيب غير مشروع ويوجب مسائلته جنائيا حسب الأحوال.

الفرع الثالث : مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة شروط مشروعية نقل وزرع الأعضاء

يترتب على عدم تحقق الشروط المتطلبة لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء ضرورة الفعل المشروع،ومن ثم تتحقق مسؤولية الطبيب عنها،لكن في بداية الأمر لا بد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عندما نظم عمليات نقل وزرع الأعضاء في قانون حماية الصحة وترقيتها في

---

[1] ـ د، محمد المختار الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها،مكتبة الصحابة ، جدة ،الطبعة الثانية ،1994 ،ص 338 .
[2] ـ د، محمد المختار الشنقيطي : المرجع السابق،ص 392 ـ 398 .

المواد 161 إلى 168،لم يوقع أي جزاءات عقابية في حالة مخالفة الأحكام المنظمة لها،على عكس المشرع الفرنسي،وهذا ما يدفعنا بالرجوع للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي، والقواعد التي تحكم العمل الطبي بوجه عام،لمحاولة بسط مبادئها على مسؤولية الطبيب في إطار نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية بين الأحياء وذلك على النحو التالي :

❖ **أولا- في حالة تخلف شرط الرضا**

أ- تخلف رضا المتنازل : قد يتدخل الجراح ويستأصل العضو من جسم الإنسان من دون موافقته،أو قد يحصل على هذه الموافقة بطرق إحتيالية أو نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش وعموم الوجود عيب

في الرضا الطبيب يسأل جنائيا ومدنيا وتأديبيا وتكون مسؤوليته عن جريمة عمدية.[1] لأن إرادته سيطرت سيطرة فعلية شاملة على ماديات الجريمة،وبالتالي توفر لديه القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة،ولو كان ذلك قد تم بقصد إنقاذ شخص آخر.[2]

يتوقف التكييف القانوني للفعل والمسؤولية عنه في هذا المجال على طبيعة الجزء الذي تم إستئصاله من الجسم من جهة والنتائج المترتبة عن هذا الإستئصال من جهة أخر ى.

فإذا كان الجزء المستأصل من الجسم عضو نكون أمام إفتراضين :

- الإفتراض الأول : ألا تؤدي عملية الإستئصال إلى موت المجني عليه

هنا نكون أمام جريمة ضرب وجرح عمدي أفضى إلى عاهة مستديمة مكتملة الأركان،فالركن المادي يتمثل في سلوك الطبيب بالإستئصال لعضو سليم دليل على توافر عنصري العلم والإرادة وانصرافه إلى إحداث عاهة مستديمة والمعاقب عليها في المادة 3/264من ق.ع.ج.

ولا يؤثر في قيام المسؤولية هنا الدافع على إرتكاب الفعل إذا كان بغرض إنقاذ حياة شخص آخر مثلا،وإن كان يمكن للقاضي أن يرى فيه ظرفا مخففا للعقوبة،أما فيما يتعلق بالإثبات فإن المجني عليه يقع عليه عبء إثبات حدوث واقعة الإعتداء على تكامله الجسماني فقط،ولا يلتزم بإثبات أن

---

[1]- د،عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ،ص 247 .
[2]- د،أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،ط 1، سنة 1986 ،ص 68 .

ذلك كان من دون موافقته،بل يجب على الطبيب إذا ما أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أنه سبق موافقة المجني عليه على إجراء العملية،فإذا دفع هذا الأخير أنه عدل عن موافقته في وقت لاحق وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه.[1]

ـ الإفتراض الثاني: أن تؤدي عملية الإستئصال إلى موت المنقول منه العضو،وهنا نكون أمام حالتين:

1ـ إذا كان العضو المستأصل لا يؤدي إنتزاعه إلى الوفاة عادة وفقا للقواعد العلمية والأصول الطبية التي تحكم عمليات زرع الأعضاء،فهنا نكون بصدد جريمة الجرح والضرب العمدي المفضي للوفاة دون قصد إحداثها،والمعاقب عليها بموجب المادة 4/264 من ق.ع.ج. وهي الجرائم المتعدية القصد،لكن لو افترضنا هنا أن المنقول منه العضو كان راضيا بالعملية وتسبب في وفاته،وأن الطبيب أجرى العملية دون خطأ منه فلا مجال للمساءلة عن الوفاة.

2ـ إذا كان العضو المستأصل حيوي ولازم لإستمرار الحياة ويؤدي إنتزاعه حتما للوفاة،مثل القلب ففي هذه الحالة يكون الطبيب مرتكبا لجناية القتل العمدي مكتملة الأركان يراعى فيها التأكد من توافر كافة الظروف المشددة التي تقترن بها،ويعاقب عليها المشرع بموجب المادة 254 وما يليها من ق.ع.ج.

ويسأل عن العمد كون القصد الإحتمالي يقوم مقام القصد المباشر ويرتب نفس الآثار.[2]

وهنا عكس الحالة الأولى فإن رضا المجني عليه لا يؤثر مطلقا في تكييف المسؤولية الجنائية للطبيب،ويظل مسؤولا مسؤولية عمدية عن وفاة المنقول منه العضو،وإذا كان رضاه أساسا لمشروعية العملية،إلا أنه لا يمكن إعتباره سببا لإباحة إهدار الحق في الحياة.[3]

إذا كان ا الرضا بمقابل وعلم به الطبيب هل يقوم بالعملية أم لا .

---

[1]ـ د،مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ،ص 144 .
[2]ـ د، مهند صلاح أحمد فتحي العزة : المرجع السابق ،ص 146.
[3]ـ د، مروك نصرالدين : نقل وزرع الأعضاء...، المرجع السابق ، ص 204 .

هنا نجد تباينا في الآراء،فمنهم من يرى أنه من المناسب عدم الإعتداد بالرضا الصادر من المتبرع،ومساءلة الطبيب إذا كان هذا الرضا بمقابل مادي وعلم به ولم يمتنع عن إجراء العملية،ذلك أن القانون لم يجز إلا التصرف التبرعي.[1]

وهناك من يرى أن امتناع الطبيب عن إجراء العملية خاصة إذا كانت حالة المريض في خطر،منى شأنه أن يوقع الطبيب تحت جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر،والمعاقب عليها في المادة182 من ق.ع.ج.[2]

ولم يجز المشرع للقاصر التبرع بأعضائه،ومنع أن يجرى عليه أي تصرف كون أن الإستئصال لا ينطوي على منفعة علاجية له،بل العكس يهدد حياته بالخطر .

وعلى هذا يسأل الطبيب جنائيا إذا أجرى عملية الإستئصال على القاصر و لو برضاه،ولا يعتد بالرضا الصادر عنه كونه باطل ولا تنعدم به الجريمة.

ب ـ تخلف رضا المريض :لا شك في القول بتوافر مسؤولية الطبيب عن فعل عمدي إذا لم يلجأ إلى الحصول على موافقة المريض،أو ممثله القانوني أو كانت الموافقة غير سليمة.

ولا يكفي لنفي المسؤولية إدعاء الطبيب على رضا المريض وهو عالم بمدى المخاطر التي يعرض لها نفسه من جراء العملية وبدون أي تدليس أو إحتيال،فإن هذا الرضا يعفي الطبيب من المسؤولية وخاصة إذا كان إتبع الأصول العلمية،على عكس إذا كان قد إرتكب إهمالا فهنا يسأل بغض النظر عن مدى جسامة الخطر،ويكون أمام جريمة عمدية طبقا للمواد 288و289 ق.ع.ج.

ولا شك أن لرفض المريض أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب،إذ يعفى الطبيب من المسؤولية إذا رفض المريض عملية الزرع ولكن يجب على الطبيب إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه،ولهذا حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب غير العمدية الذي تلقى ببساطة رفض إحدى زبائنه أخذ حقنة ضد الإسهال،مما تسبب في وفاته،ونسب إليه خطأ متمثل في الإهمال.

---

[1]ـ د، محمد عبد الوهاب الخولي: المرجع السابق، ص 216.
[2]ـ د،مروك نصر الدين : مقال حول المشاكل القانونية...،المرجع السابق، ص 22.

لكن إذا أصر المريض على رفضه،فليس من سبيل أمام الطبيب للتخلص من مسؤولياته،إلا إثبات رفضه كتابة بإجراء العملية رغم أهميتها.

كما أنه إذا كان المريض في حالة إستعجال و تعذر الإتصال بأهله فإن الطبيب هو الممثل الطبيعي له،ويمكن له أن يعطي الموافقة للمتلقي لإجراء العملية فإذا أخل بهذا الإلتزام الذي على عاتقه،وكان المتلقي في حالة خطر فإن فعله هذا يشكل جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقا للمادة 2/182 ق.ع.ج.[1]

❖ **ثانيا- حالة تخلف الغرض العلاجي**

سبق بالذكر انه يشترط لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء أن تكون بغرض العلاج،وأن تكون إجراءات زرع العضو أو النسيج للمريض هي الأسلوب الأمثل الذي لا بديل له لإنقاذ حياته من تدهور شديد.

وبناءا عليه، فإن الرضا الذي تتوافر فيه كافة الشروط لصحته لا يحدث أثره في إباحة عمل الطبيب،الذي يتعلق بنقل وزرع الأعضاء إذا توافرت إحتمالات قوية على أن الإجراء لن يحقق للمريض أية مصلحة،بل قد يعرضه لمخاطر تزيد من سوء حالته،فقد قضت إحدى المحاكم في قضية تتمثل وقائعها ،بممارسة أطباء مستشفى "لورك بورك" في نيويورك،عملية إستئصال كلية لأحد الأشخاص إعتقادا منهم أنه مصاب بورم،وبعد إجراء العملية، إكتشف الأطباء أن الجزء المستأصل لم يكن إلا إحدى الكليتين،والتي كانت ملتصقة بالأخرى،وعندما ساءت حالته الصحية أعربت والدته للتنازل له عن إحدى الكليتين وبعد مضي ثلاث سنوات من إجراء عملية النقل رفض جسم المريض الكلية المنقولة،وعندئذ قام المريض ووالدته برفع دعوى على أطباء المستشفى مطالبين بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهما نتيجة :

[1] ـ د،مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء ،المرجع السابق ،ص 262.

ـ الخطأ الطبي المتمثل في إستئصال كلية المريض بدون ضرورة طبية.

ـ إستئصال كلية من جسم الأم وهي عملية لم يكن لها فائدة في تحسين حالة الإبن،وقد أدى ذلك بالتالي إلى تدهور حالة الأم الصحية،وقد قضت المحكمة بالتعويض للإبن ورفضته بالنسبة للأم،لأنها تنازلت عن كليتها بمحض إرادتها.[1]

وقد تكون عملية الزرع من العمليات التي لازالت في طور التجارب،فهل يجز للطبيب تنفيذها؟ هنا يمكن القول مبدئيا أنه يجوز ذلك ولا تثار مسؤولية الطبيب بشروط :

ـ أن يثبت أن هذه الوسيلة أفضل الوسائل بالنسبة للمريض.

ـ أن الأضرار المحتملة تقل بشكل ملحوظ عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المريض في حالة علاجه بالأساليب التقليدية.[2]

ـ يجب أن تكون الوسيلة البحثية قد سبق التحقق منها،سواء من خلال تطبيقها على حيوانات أو إخضاعه إلى البحوث ودراسات مختلفة لضمان تجنب الأضرار قدر الإمكان.

ولكن إذا كان الطبيب يخرج عن الشفاء للمريض محل التجربة الطبية،فإنه تقوم مسؤولية الطبيب حسب جسامة الضرر الذي يصيب المريض.[3]

كما أن القضاء قبل مسؤولية الطبيب الجنائية على أساس فعل العمد الذي يجري عملية جراحية بهدف غير علاجي،إنما قصد الربح.[4]

❖ **ثالثا ـ حالة إهمال الطبيب إجراء الفحوص الطبية**

إستقر القضاء الفرنسي كما سبق توضيحه أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية للمريض،يعد أمرا ضروريا قبل إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج،وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته.

---

[1]ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص 213-214 .
[2]ـ د،أسامة عبد الله قايد : المرجع السابق ،ص 306.
[3]ـ د،محمد حسين منصور : المرجع السابق ،ص 25.
[4]ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص 218.

وبناءا عليه نرى مع الرأي الغالب،أن عمليات نقل الأعضاء أيا كانت طبيعتها،يجب أن يسبقها فحوص شاملة على المتبرع للتأكد من سلامته صحيا،وعدم إصابته بمرض فقدان المناعة أو إلتهاب الكبد الوبائي بجميع أنواعه،أو الأمراض الوبائية الأخرى،وتمتد هذه الفحوص لتشمل التأكد من توافق الأنسجة وصلاحيتها،حتى لا تتعرض حياة المتلقي للخطر.

وتزداد أهمية هذه الفحوصات في حالات الأعضاء غير المتجددة مثل الكلية،ففي حالة نقل الكلية يجب التأكد من أن الأخرى سليمة تماما وليس هناك خطر المتبرع على إذا ما انتزعت منه،فالعبرة بالحالة الصحية وقت إجراء العملية وعلى ذلك لا يسأل الطبيب من الوجهة القانونية ما دامت الكلية المتبقية صحيحة وقت إجراء العملية ولو تعرض المتبرع لأخطاء في المستقبل،مادامت تلك الأخطار لم تكن متوقعه أثناء إجراء العملية.

فإذا شاب سلوكه إهمال أو عدم إحتياط أو رعونة أو عدم إنتباه أدى إلى عدم توقع أخطار معينة،فإنه يسأل عن الخطر غير العمدي في حالة تحققه مع توافر الشروط اللازمة لذلك،ويتابع على أساس جريمة القتل الخطأ،إذا أدى خطأه إلى الوفاة،طبقا لنص المادة 288 ق.ع.ج.وعلى أساس جريمة الجرح الخطأ المنصوص عليها في المادة 289.ق.ع.ج.إذا أدى خطأه إلى عجز أو عاهة مستديمة.

كما أنه لا يكون عمل الطبيب مباحا إذا كان إحتمال نجاح العملية محدودا سواء كان يعلم أم لا،ذلك بسبب إهماله وتتوافر حينئذ المسؤولية عن الخطأ العمدي أو غير العمدي حسب الأحوال،إذا توافرت شروط المسؤولية الجنائية.[1]

❖ رابعا ـ حالة إرتكاب الجراح خطأ في عمليتي النقل والزرع

إذا إنتهى الطبيب من إجراء الفحوص اللازمة للمتبرع و للمريض فإن واجبه لا ينتهي عند هذا الحد بل يجب أن يمتد إلى مرحلة التنفيذ أي إجراء العملية،وفي هذه المرحلة فإن واجب الطبيب في

[1]ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق، ص 218 .

الحيطة والحذر يكون أكثر تشددا ودقة،ويقتضي المزيد من المهارة والرعاية،بسبب جسامة الأخطار التي يمكن أن تلحق بالمتبرع أو المريض نتيجة الأخطاء الطبية .

فل تنتهي مسؤولية الطبيب بإنتهاء عملية النقل والزرع،بل تمتد إلى مرحلة النقاهة فتشمل المتابعة الدقيقة لتجنب المضاعفات ولإتخاذا الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

ويرتبط بالجراحة إجراءات التخذير،ويقع على الجراح وطبيب التخذير واجبات التأكد من الحالة الصحية للمتبرع أو المريض لبيان قدرته على تحمل تخذير من طبيعة معينة،كما يكون طبيب التخذير مسؤولا عن ضبط كمية المخدر بما يتفق وظروف الحالة فالزيادة في الكمية قد تؤدي إلى إلحاق أضرار بالمتبرع أو المتلقي،هذا إلى ضرورة تواجده أثناء إجراء العملية لمتابعة الحالة ومراقبة ضغط الدم والتنفس وحالة القلب....

وإذا كان ما تقضي به الأصول الطبية في هذا الشأن،فإنه يمكن القول بناء على هذا مساءلة الطبيب عن خطئه في تنفيذ عملية النقل أو الزرع،كما أن إهمال الجراح أو إغفاله الإشراف على المتبرع بعد عملية النقل أو على المتلقي بعد إجراء عملية الزرع،يكسف عن إخلاله بواجباته و يعد خطأ تنعقد به مسؤوليته الجنائية.

كما أن غياب طبيب التخدير أو إهماله فغي المتابعة أثناء العملية وبعدها وحتى تمام الإفاقة قد يؤدي إلى توافر الخطأ،لو تعرض المتنازل أو المتلقي لمضاعفات تتطلب التدخل السريع من جانبه.[1]

❖ **خامسا ـ حالة إجراء عملية النقل والزرع في منشآت غير مرخص لها قانونا**

لا شك أن المشرع عندما حدد مكان إجراء هذا النوع من العمليات في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة حسب ما جاء في المادة 1/167من ق.ح.ص. يكون قد منع على المستشفيات الأخرى لا سيما القطاع الخاص إجراء هذا النوع من العمليات،ومن ثم فمخالفة هذه القاعدة يترتب

عليه قيام مسؤولية الطبيب إذا قام بنقل أو زرع عضو من أعضاء شخص ما في غير هذه المراكز،ويوجب مساءلة مدير المستشفى إذا تم النقل أو الزرع بموافقته أو علمه.

---

[1]ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص 219.

ولكن أمام عدم وجود نص جزائي،يطبق في حالة مخالفة هذه القاعدة،فإن هذا من شأنه أن يجعل النيابة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية في مثل هذه الحالة،وهذا ما يجعل تدخل المشرع لوضع نص جزائي يضبط هذه المسألة أمرا لا غنى عنه.[1]

هذا كل ما يتعلق بنقل وزرع الأعضاء بين الأحياء فهل يجوز أخذ الأعضاء من جثث الموتى،هذا ما سنحاول معرفته في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء

لقد أدت عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية إلى إنقاذ حياة وصحة الكثير من المرضى بعد التقدم الكبير في هذا المجال ورغم ذلك لزالت هناك صعوبات تواجه المرضى في المستشفيات من هذه العمليات والتي ترجع إلى عدم توافر الكمية اللازمة من الأعضاء لتلبية هذه الإحتياجات خاصة وأن بعض الأعضاء يستحيل إستئصالها من إنسان حي كالقلب،ولذلك إتجه الأطباء إلى نقل الأعضاء من جثث الموتى حديثي الوفاة.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة لأنه يصطدم بكثير من العقبات،ولعل أبرزها هو تحديد لحظة الوفاة،وذلك لعدم كفاية المعيار التقليدي فير تحديدها خاصة عندما أثبت الطب الحديث جواز إمتداد حياة الإنسان بواسطة الأجهزة الصناعية وهذا ما يسمى بالإنعاش الصناعي.[2] الذي من شأنه جعل الشخص في حد فاصل لا هو حي ولا هو ميت وللوقوف على حقيقة الأمور نبدأ بتحديد لحظة الوفاة (فرع أول) ثم نتعرض لمدى مشروعية النقل من الجثة وأهم الشروط وضوابط المشروعية (فرع ثان) حتى نستطيع تحديد مدى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة هذه القيود (فرع ثالث).

الفرع الأول : تحديد لحظة الوفاة

الموت أو الوفاة هو مفارقة الروح للجسد بصعودها إلى بارئها مصداقا لقوله تعالى :"ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا قليل".[3]

---

[1]- د،مروك نصر الدين : مقال عن المشاكل القانونية...المرجع السابق ، ص 40.
[2]- الإنعاش الصناعي :هو مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أوتقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض،وذلك حتى يتمكن من إجتياز فترة حرجة خلال مرضه .
أنظر د،أحمد جلال الجوهري : الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية والتشريعية ،الكويت سنة 1981 ،ص 125 .
[3]- سورة الإسراء : الآية 85 .

وتحديد لحظة الوفاة يوضح الخط الفاصل بين الحياة والموت،وبالتالي الواجبات التي تفرض على الطبيب،فقبل الموت نكون أمام إنسان حي يجب على الطبيب أن يبذل كل جهده لإنقاذه وأما منذ لحظة الوفاة فيكون الطبيب أمام ميت،وهنا يبدأ التفكير في المساس بالجثة لنقل جزء منها إلى شخص آخر.

لذلك يبذل الأطباء جهدا كبيرا في محاولة لإيجاد معيار لتحديد لحظة الوفاة،كما حاول المشرع التعرض لمسألة تحديد لحظة الوفاة مسايرا في ذلك إتجاها خاصا به وهذا ما سنحاول توضيحه.

❖ **أولا ـ الإتجاهات المختلفة لتعريف لحظة الوفاة**

ثار خلاف بين فقهاء الطب والقانون والدين حول المعيار الواجب الأخذ به في تحديد لحظة الوفاة و تمخض عنه الإتجاهات التالية:

الإتجاه الأول : يعرف الوفاة بأنها توقف القلب عن النبض (توقف الدورة الدموية)وتوقف الرئتين (الجهاز التنفسي) عن العمل وعدو إبداء جهاز رسم القلب لأي رد فعل.

وطبقا لهذا الإتجاه لا يمكن للطبيب الجراح إستئصال أي عضو قبل توقف القلب وموت خلاياه وتوقف التنفس،يتبنى هذا الإتجاه الموت التقليدي وهو ما يسمى بالموت الظاهري.[1]

الإتجاه الثاني : يعرف الوفاة بموت المخ،وهو توقف الدماغ عن العمل وعدم إبداء جهاز رسم المخ لأي رد فعل،وهذا الإتجاه تبنى المعيار الحديث للموت لأن الطب الحديث إستقر على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية.

فإن ماتت خلايا المخ بصفة نهائية يستحيل عودتها للحياة ومن تم يستحيل عودة الإنسان للحياة الطبيعية،ويكون ذلك عندما يدخل الشخص في حالة الغيبوبة الكبرى أو النهائية.[2]

و هذا الإتجاه أثار الإتجاهات التالية :

---

[1]ـ د،محمود محمد الزيني : مسؤولية الأطباء في العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ،سنة 1993 ، ص 71 .

[2]ـ د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة :المرجع السابق ، ص 174/173 .

أ- الإتجاه الصامت : إلتزمت فيه بعض التشريعات الصمت فلم تحدد معيار الموت، وهذا الإتجاه ظل محل نظر لأنه ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء ليقرروا بشأنها ما يشاؤون دون معقب عليهم،وهو بهذا المسلك منح الأطباء صكا على بياض للإعتداء على حق الإنسان في الحياة دون مسؤولية تلاحقهم .

ب - الإتجاه الإكلينيكي : يرى جانب من الفقه أن الموت هو زوال الحياة وتثبت بعلاماته الظاهرية أو الإكلينيكية مثل : ضعف البصر،إسترخاء القدمين...

وهذا الإتجاه هو الذي قننته كتب الطب قديمها وحديثها،ولكن ثبت بعد التطور الطبي الهائل أن الموت الإكلينيكي هو أولى مراحل الموت وليس الموت ذاته متى تم إستخدام جهاز التنفس الصناعي أو جهاز القلب أمكن بمقتضاه تدفق الدم إلى المخ .

ج -الإتجاه الحديث : يرى أنصاره بوجوب مسايرة المعيار الطبي الحديث للوفاة،الذي أثبت أن موت المخ هو التعريف الصحيح للوفاة متحججا في ذلك بأن الطب هو صاحب الإختصاص الواجب الإتباع في هذا الخصوص وليس العكس.

د - الإتجاه الشامل : يأخذ أنصاره بالمعيار المزدوج أي إتباعى التعريفين معا التقليدي والحديث فلا يثبت الوفاة إلا بعد موت جذع المخ،والموت الإكلينيكي بعلاماته،وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي.[1]

❖ ثانيا - موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة

أثارت مسالة تحديد لحظة الوفاة خلافا بين فقهاء القانون والطب ،بمعنى هل الموت مسالة قانونية؟ ولا زالت هذه المسالة محل خلاف لحد الآن،والرجوع إلى القوانين التي نظمت الوفاة بالجزائر يمكن إجمالها في ما يلي:

1- قانون العقوبات: تناول قانون العقوبات ضمن نصوصه الجرائم المتعلقة بالمدافن من المواد150إلى 154 فجرم إنتهاك حرمة المقابر سواء تمثل الإنتهاك في صورة هدم أو تخريب أو

[1]- د،أحمد محمد البدوي : المرجع السابق، ص 110.

تدنيس أو بأي طريقة كانت كما جرم المساس بالجثة سواء عن طريق التدنيس أو التشويه أو الإخفاء وهذا ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية في وجوب تكريم جثة المتوفي وعدم التعريض بها.

2ـ قانون الحالة المدنية: نصت المادة78 أن التريخص بالدفن لايمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا بشهادة صادرة من الطبيب الذي كلف بالتأكد من حالة الوفاة ونصت المادة 80 من القانون المذكور أعلاه على أن يتضمن الترخيص محرر الوفاة يوم وساعة ومكان الوفاة وهذا الإلتزام لايفرض إلا من وقت العلم به.

كما نصت المادة 2/81 على أنه **" في حالة حدوث الوفاة في المستشفيات أو..المؤسسات العمومية الأخرى يجب أن يخطر خلال 24 ساعة ضابط الحالة المدنية"** وتنص المادة 3/81 على أن ضابط الحالة المدنية هو الذي ينتقل بنفسه ليتأكد من الوفاة ثم يحرر ضابط الحالة المدنية بعد ذلك شهادة،وذلك بعد تجميعه البيانات الخاصة بالمتوفي.

3ـ قانون الصحة : لم يهتم المشرع بتحديد لحظة الوفاة حتى أثناء وضعه لقانون حماية الصحة وترقيتها رغم انه تعرض لمسألة الوفاة في المادة 1/164 من نفس القانون والتي تنص على **" لايجوز إنتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة.."** يتضح من خلال الفقرة أن

المشرع لم يحدد لحظة الوفاة وإنما إكتفى بالإحالة على وزير الصحة الذي يقع على عاتقه وضع تعريف للوفاة حسب المقاييس العلمية التي توصل إليها الطبيب.

ولكن هذا الأمر لم يحدث فورا فمنذ صدور قانون الصحة وترقيتها سنة 1985 لم يصدر عن وزارة الصحة ما يفيد تحديد لحظة الوفاة وفق المقاييس العلمية وهذا الفراغ التشريعي جعل الأطباء يعتمدون في تحديد لحظة الوفاة على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة مثل نبض القلب،برودة الجثة...كل حسب إمكانياته وهذه المؤشرات ليست في الحقيقة دليل قاطع على الوفاة الحقيقية،وفي سنة 1989 أصدر وزير الصحة القرار رقم 39-89 في 1989/03/26 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ونص صراحة في هذا القرار أن الموت المعتمد به في مجال زراعة

الأعضاء هو موت المخ ووضع في المادة الأولى منه العلامات الواجب توافرها للقول بموت المخ،وفي المادة الثانية حدد الأطباء الذين يجب أن يعينوا الوفاة.

وفي سنة 1990 ورغم أن المشرع عدل قانون حماية الصحة.[1] وأنشأ مجلس وطني لأخلاقيات مهنة الطب إلا أنه ترك تحديد لحظة الوفاة بدقة لرجال الطب ليحددوها وفق القواعد المعمول بها في الحقل الطبي دون تدخل من جانب القانون في هذه المسألة،وهذا ما نصت عليه المادة 1/168 معدلة من قانون حماية الصحة **" ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عمليات إنتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها."** وفعلا ظهر للوجود هذا المجلس سنة 1998 يقوم بمهام السهر وعلى تطبيق المواضيع والمهام المذكورة في المادة السابقة.

رغم كل هذا فإنه لا بد من التأكد على أن مسألة تحديد الوفاة هي من إختصاص وزير الصحة طبقا للمادة 164 من قانون الصحة والمجلس الوطني لأخلاقيات الطب،وبناءا على ما تقدم نستطيع القول أن المشرع الجزائري يساير الإتجاه القائل بوضع نصوص قانونية لتعريف الوفاة،كون القرار رقم 39-89 الصادر سنة 1989 عرف بموجبه الوفاة والعلامات الواجب توافرها للقول بوفاة الشخص،كما ساير الإتجاه القائل بترك المجال للأطباء في تعريف الوفاة،وبهذا ينفرد المشرع الجزائري بإتجاه خاص .[2] ولعل سبب الخلاف يعود إلى القوى الثلاثة (الرئتان،المخ،وخلايا المخ) المسيطرة على الجسم التي لا تموت دفعة واحدة وإنما على ثلاث مراحل زمنية متتابعة:

أولهما : مرحلة الأكلينيكي،توقف الرئتان عن العمل

ثانيها : مرحلة موت المخ

ثالثهما : مرحلة موت الخلايا (جدع المخ أو توقف المراكز العصبية عن العمل).[3]

لقد إستقر الطب الحديث على أن موت خلايا المخ هو معيار موت الإنسان،موتا حقيقيا ويقصد بموت المخ الغيبوبة النهائية وهي أحسن حال لنقل الأعضاء من جثث الموتى،لأن لومان دخل

---

[1]- د، مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص373-374 .
[2]- د، أحمد محمد البدوي : المرجع السابق ،ص 106 .
[3]- د، أحمد جلال الجوهري : المرجع السابق ،ص ص 106 .

صاحبه في غيبوبة مستديمة لا يرجع صاحبها لكن المشكل لازال قائما،لأن الغيبوبة النهائية لا يتعرض لها كل الناس،بل يتعرض لها عدد محدود من الأشخاص في بعض الحوادث،وأن الشخص في هذه الحالة يعتبر في نظر الطب ميؤوس منه،وهذا مصطلح لا وجود له في نصوص القانون ولا في أحكام الشريعة،فالمشكلة إذن لاتكمن في تعريف الوفاة في حد ذاتها بقدر ما تكمن في أساليب التحقق من الوفاة والقابلة للتعديل بصفة مستمرة.

الفرع الثاني : مدى مشروعية النقل من الجثة

سبق وأن ذكرنا أن إباحة عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية تجد أساسها الشرعي في الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر 20 أفريل 1972 والتي أجازت النقل بين الأحياء ومن جثث الموتى.[1]

ثم تلتها نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تعتبر الأساس القانوني لهذه العمليات التي أجازت في المادة 164 معدلة عمليات إستئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء،إلا أن شرعية الإستئصال من جثث الموتى وهي بشروط :

❖ **أولا ـ الشروط العامة**

وهي تلك الشروط التي تناولتها غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء وتتمثل في ما يلي :

1ـ مكان إجراء العملية : لا يجوز القيام بإستئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات،ودور الصحة العامة،التي يصدر بتحديدها قرار وزير الصحة،ويبين هذا القرار الشروط الواجب توافرها في دور الصحة كما يحددها،وهذا ما أشار إليه قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 167.

وقد صدر من وزير الصحة تحت رقم 19 بتاريخ 1991/03/23 الذي حدد فيه كيفية تطبيق المادة 167،وحدد المستشفيات التي يجب أن تتم فيها هذه العمليات،وبتاريخ 2002/10/02 صدر قرار جديد ألغى القرار السابق ونص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية بإنتزاع الأنسجة

[1]ـ د، مروك نصر الدين : نقل الأعضاء ، المرجع السابق ،ص 390 .

والأعضاء البشرية وهذا في المادة 02 منه ،وهي نفس المراكز التي تطرقنا إليها في المطلب الأول من هذا المبحث في إطار نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.

2- عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد : لا يجوز الإعلان عن إسم المتنازل للمتلقي أو لأسرته والعكس صحيح،وهذا الشرط إستحدثه المشرع في المادة 2/165 المعدلة بقانون 17/90 حيث نصت على أن **" كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع"** والهدف من هذا النص هو أن تبقى عمليات نقل الأعضاء في طبعها الإنساني البحت،حيث أن المريض لا يعرف الشخص الذي منح له العضو حتى لا يبقى أسيرا للمعروف الذي قدمه له المتبرع،وكذا المتبرع لا يعرف المريض حتى لا يمن عليه بالعضو الذي قدمه له،ونشير هنا إلى التطبيق العملي جاء مخالفا لهذا النص،بحيث أننا نجد معظم العمليات التي تتم بين الأشخاص تكون بين الأقارب،كأن يتنازل الأب لإبنه أو العكس،أو الأم أو الأخت...وفي هذه الحالة الأطراف يعرف كل منهم الأخر كما أن الشخص المتنازل إذا إفترضت أنه من الغير،فإنه لا يمكن أن يوافق أن يتنازل لشخص مجهول لا يعرفه ولم يره كونه قد يريد أن يتأكد أن حالته الصحية تتطلب فعلا عملية العضو إليه،وبغير علمه ورؤيته للشخص المريض فإنه سيعتقد أن الأطباء يكذبون عليه

وأنهم سيستغلون العضو الذي سيتنازل عليه إما للتجارب أو البيع...وهذا ما يتطلب من المشرع إعادة النظر في هذا الشرط بصياغته بطريقة واضحة نقل.[1]

3- عدم جواز الإستئصال من الجثة إذا كان هناك شبهة جنائية : لا يجوز إجراء عمليات إستئصال من جثة المتوفي إذا كان هناك شبهة جنائية إقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص،وما يلاحظ هنا أن المشرع قد أغفل النص على هذا الشرط في القانون الجزائري ولكن ما يلاحظ هنا هو أن هذا الشرط رغم عدم النص عليه إلا أنه يطبق تلقائيا.

[1]- د، مروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص 36 - 37 .

❖ **ثانيا ـ الشروط الخاصة :**

إلى جانب الشروط العامة هناك شروط خاصة الواجب توافرها في كل من المريض والمتنازل والطبيب،فبالنسبة للشروط الخاصة بالمريض فهي نفسها الشروط المتطلبة فيه عندما يتم النقل والزرع بين الأحياء والتي سبق التطرق إليها في المطلب الأول ولا داعي لإعادة ذكرها،ولهذا سنقتصر على دراسة الشروط الخاصة بالأطباء والمتنازل وهي كالتالي :

1ـ التحقق من موت المتبرع : لا يجوز مباشرة عمليات إستئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتنازل،وخاصة إذا كانت الأعضاء المراد إنتزاعها ضرورة للحياة كالقلب مثلا،والذي لا يجوز إستئصاله من شخص حي،وقد ترك المشرع تحديد الوفاة لوزير الصحة والمجلس الوطني لأخلاقيات الطب وهذا الشرط نصت عليه المادة 1/164 أما إثبات الوفاة فيكون من لجنة طبية حددها قرار 39-89 في المادة الثانية منه وتتكون من ثلاثة أطباء.

2ـ عدم جواز الجمع بين الطبيب الذي يثبت الوفاة والطبيب الذي يستأصل الأعضاء :هذا الشرط نصت عليه المادة 3/165 الذي إستحدثه المشرع ويهدف من خلاله إلى إستبعاد كل تلاعب بجسم الإنسان وخاصة بأعضائه،وجعل الأطباء في منأى عن كل شبهة،لذلك جعل الفريق الذي يعلن وفاة الشخص غير الفريق الذي يقوم بعملية نقل العضو.

لكن في الواقع العملي وخاصة في الوطن العربي فتطبق هذا النص بطرح إشكالا كبيرا إذا كان بقسم الجراحة طبيب واحد أو طبيبان وليس فريق كما ينص القانون فما مصير عملية نقل وزرع العضو خاصة وأن التأخير من شأنه أن يفوت الفرصة على المريض في نقله.[1]

3ـ الإذن بالإستئصال : نص المشرع في المادة 2/164، 3 من قانون الصحة وترقيتها على أنه "...يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله ذلك..."

إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلى بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة،الأب،الأم الزوج والزوجة أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة.

---

[1]ـ د، مروك نصر الدين : المرجع السابق ،ص 37 .

ومن هنا يتبين أن للإذن بالإستئصال من جثة عدة صور هي إذن المتوفي أثناء حياته أو إذن أسرته بعد وفاته أو إذن الطبيب.

1- إذن المتوفي : من خلال النص السابق يتبين لنا أن الشخص المراد إستئصال أعضائه قد يعبر عن إرادته أثناء حياته وتترتب على كل حالة آثار متباينة،ولهذا سنحاول التعرض لكلا الموقفين :

الحالة الأولى قبول الإستئصال من الجثة : في هذه الحالة المشرع قبل التعديل 17/90 كان يشترط أن تكون موافقة المتنازل كتابية أثناء حياته،لكنه تراجع في التعديل الأخير عن هذا الشرط،وبسط إجراءات التنازل عن عضو من أعضاء الجثة وأصبح يبيح صراحة الإستئصال من جثة المتوفي إذا عبر هذا الأخير عن قبوله التبرع بعضو من أعضائه.

ومن ثم رضا المتنازل يكون بكافة الأساليب،وأي كان أسلوب هذا التعبير سواء بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو التعبير الضمني،ليس هذا فحسب بل يجوز للمتنازل قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة بذاتها،تكون محلا للإنتزاع وأن يحرم أعضاء أخرى يترتب عليه تشويه مظهر الجثة كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية كأن تكون علاجية حسب المادة 1/161 من قانون حماية الصحة وترقيتها أو تكون لأغراض علمية تجريبية حسب المادة 1/166 و2/168 من نفس القانون أعلاه.

الحالة الثانية رفض الإستئصال من الجثة : نص المشرع في المادة 2/165 من قانون حماية الصحة على أن **"... يمنع إنتزاع الأنسجة ...إذا كان الشخص المعني قد رفض كتابيا وهو على قيد الحياة"** يتضح من هنا أن المشرع أجاز للشخص الإعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يتم هذا الإعتراض في الشكل الكتابي.

وفي الأخير لا بد من التأكيد على أن إرادة المتوفي تعلو في هذه الحالة إرادة أقاربه ولا يجوز مخالفتها،ومن الواجب إحترامها ما دامت صدرت منه وهو متمتع بالقدرة على التفكير والتقدير و الإختيار.[1]

[1]- د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 207 .

2- إذن أسرة المتوفي : من إستقراء نص المادة 3/164 يتبين أن المشرع إشترط للحصول على موافقة أفراد الأسرة من أجل إجراء عمليات الإستئصال من الجثة وهذا الشرط ما هو إلا تعبيرا عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم،تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم والقرابة التي تربط أفراد الأسرة.

ولذلك فهم يخلفون قريبهم في المحافظة على كرامة جثته،فالتقاضي عن موافقة الأسرة ينطوي عليه إعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية،والإحترام الواجب نحو الميت.[1]

هذا يعني أن المتوفي إذا لم يوصي أثناء حياته بأخذ أعضائه،فإن هذا الحق ينتقل إلى أفراد أسرته حسب الترتيب الأولي : الأب،الأم،الزوج،الزوجة،الإبن،البنت،الأخ والأخت،أو الولي الشرعي،وهناك فريق من الفقه يرى أن إستئصال عضو من المتوفي دون إذن أسرته يعد من قبيل سرقة عضو من الجثة يؤدي بالإضرار بأصحاب الحقوق المعنوية على الجثة بل أن ذلك يعتبر من جهة الطبيب من قبيل خيانة الأمانة التي عهد بها المريض وأقاربه.

3- الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد : المشرع قد إشترط في الإستئصال من الجثة الحصول على إذن من المتوفي أو أحد أفراد أسرته،إلا أنه إستحدث فقرتين جديدتين بتعديل 17/90 من ق.ح.ص التي جاء فيه**"..غير أنه يجوز إنتزاع القرنية و الكلية دون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثله الشرعي أو كان التأخير من أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع،إذا إقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينه اللجنة الطبية "** المنصووص عليها في المادة 167 من هذا القانون .

ومن هنا يجوز للطبيب المساس بالجثة،وإستئصال العضو المحتاج إليه (الكلية،القرنية) لزرعها للمريض الذي هو في حاجة ماسة إليها دون موافقة أحد إلا موفقة اللجنة الطبية بعد إثبات حالة الإستعجال.

---

[1]- د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 220 .

و التدخل هنا للمساس بالجثة مرده حالة الإستعجال التي تفرضها ظروف المتلقي وتقريرها من عدمها يعود لإختصاص اللجنة الطبية،كما أن المساس الطبي بجثة المتوفي دون الموافقة المسبقة مرده الإعتراف بمثل هذه العمليات والقانون هو الذي يرخص للطبيب مباشرة هذه الأعمال حتى لا تكون إعتداء على حرمة الميت ومن هذا فإن المشرع قد قيد إستئصال الأعضاء دون موافقة أحد بشروط.

من خلال ما تقدم تكون عملية نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء مشروعة بتوافر الشروط المذكورة مجتمعة وإذا تخلف إحداها إعتبر عمل الطبيب غير مشروع ويوجب مسؤوليته الجنائية.

الفرع الثالث : مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة

يبيح المشرع إستئصال الأعضاء والأنسجة من الشخص بعد التأكد من وفاته وموافقة ذوي الشأن،أما قبل حدوث الوفاة فالواجب المهني والإنساني للطبيب يفرض عليه بذل قصار جهده للمريض أو المصاب،وتقديم العلاج الطبي العادي وغير العادي من أجل إبقائه على قيد الحياة ما وجدت فرصة لذلك،لكن قد يتجاهل الطبيب هذا الواجب ويمتنع عن تقديم العون والمساعدة للمريض المهدد بالموت وقد يرى أنه ميؤوس منه فيقتله بدافع الشفقة ويستفيد في نفس الوقت منم

أعضائه في عملية الزرع أو يستأصل الأعضاء والأنسجة بعد الوفاة بدون إذن فما مدى مسؤولية الطبيب عن هذه الجرائم ؟.

❖ **أولا ـ جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر**

يرى الفقه أن تقسيم الجرائم العمدية إلى جرائم إجابية يتكون ركنها المادي من فعل إيجابي كالقتل والسرقة،جرائم سلبية يكون فيها الركن المادي على صورة إمتناع ونتيجة إيجابية ناشئة عن هذا إمتناع،وهذا النوع منة الجرائم تندرج ضمنه الجريمة المنصوص علبها في المادة 1/182 من ق.ع.ج. **"ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من إمتنع عمدا عن تقديم المساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه او بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون خطورة عليه أو على الغير "**

و يتضح من المادة توافر ركنين لقيام هذه الجريمة هما :

1- الركن االمادي:يتحقق بوجود شخص في حالة خطر ،وبذلك ينطبق هذا النص على الشخص الذي يكون في النوع الأخير .[1] ،ولا يشترط جسامة معينة في الخطر وإنما يهم أن يكون الخطر حال،ثابت وحقيقي،بحيث يقتضي ضرورة التدخل الحال والمباشر بالنسبة له.

إضافة إلى ذلك أن يكون في إمكان الطبيب تقديم المساعدة،على أن تكون تلك المساعدة بأسلوب أكثر جدوى لمواجهة الخطر حسب ظروف كل حالة و يكون تدخل الطبيب حال وفوري لأجل أنت ينتج أثره في اللحظة المطلوبة والمناسبة،وتقع جريمة إمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر في مجال العمل الطبي لمجرد إخلال الطبيب بالإلتزام بقواعد المهنة،أو بالواجب الإنساني فلا يشترط أن يكون من شأن تدخله المساعدة في إنقاذ حياة المريض،وأن إرتكابه خطأ في تقدير مدى الفائدة من تقديم المساعدة أو الإستعجال من التدخل لا يعفيه من المسؤولية الجنائية .

2- القصد الجنائي : يتمثل في توافر العلم والإرادة لدى المتهم أي أن يكون عالما بوجود شخص في حالة خطر،ويضع عمدا عن تقديم المساعدة له.

ولا تقوم هذه الجريمة إذا كان إمتناع الطبيب غير متعمد،ولهذا ذهب القضاء الفرنسي للقول أن جريمة عدم تقديم المساعدة لا تقوم عندما يوجد خطأ بسيط في التقدير،لأن الشخص الذي يخضع لحكمها يجب أن يكون عالما بوجود خطر حال وثابت ومستمر وتطلب التدخل الفوري،ويأخذ في الإعتبار هذا الخطأ في التقدير الذي يعطي إعتقاد لدى المتهم بعدم وجود خطر.

وإستنادا إلى ما تقدم يمكن القول بأنه يجب إعتبار المريض المهدد بالموت أكيد وحال في خطر مما يتعين على الطبيب إنقاذه ومد يد العون له بقدر الإمكان حتى وفاته،طالما هناك فرصة حقيقية لبقائه على قيد الحياة،وأن إمتناع تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي مثلا أو ترك المريض بدون مساعدة بعد قفل الأجهزة على جسمه وقبل موت خلايا المخ،فإنه يتسبب بذلك في موت المريض موتا حقيقيا ومن تم يسأل جنائيا عن جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقا

[1]- د، عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص 281 .

للمادة 2/182 ق.ع.ج لرفضه قبول المريض على أساس أنه ميت من وجهة نظره دون أن يقوم بفحصه أو التأكد من موته.[1]

وإذا كان من المؤكد أن إلتزام الطبيب بالمساعدة يكون كبيرا إذا كان الخطر الذي يتعرضه له المريض يدخل في إختصاصه،فإن هذا لا يسمح له برفض المساعدة بحجة أن الخطر الحال بالمريض لا يدخل في هذا المجال،فعلى الرغم من أن تخصص الطبيب يعتبر حدا لنطاق إلتزامه إلا أنه لا يستطيع أن يبرر إمتناعه عن المساعدة بكل ما في وسعه لحفظ حياة المريض أو منع تفاقم حالته بخروج الخطر من مجال إختصاصه،لأن مجرد صفته كمريض تجعله أقدر من غيره على إسعافه.

ويرى رأي من الفقه أنه يقع على الطبيب الذي لم يحصل على ترخيص قانوني لمزاولة المهنة أن يتدخل في هذه الحالة لإنقاض هذا المريض وإلا تعرض للمساءلة.[2]

❖ **ثانيا ـ جريمتي القتل العمدي والقتل غير العمدي**

جناية القتل العمدي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 254 ق.ع.ج والتي يتطلب توافر أركانها المتمثلة في وقوع الفعل على إنسان حي وأن القتل هو نتيجة لفعل الجاني وقصد إحداث الوفاة وعليه إذا ثبت أن الإعتداء وقع على ميت فغن الفاعل لا يعد قاتلا ولا يعاقب بعقوبة الإعتداء على الحياة.

وتطبيقا لذلك فإن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي عمدا قبل موت خلايا المخ يجعل الطبيب مسؤولا جنائيا عن جريمة القتل العمد متى قصد إحداث الموت،ويعاقب عليه جزائيا،أما إذا كان ما وقع منه سببه الإهمال أو التقصير يسأل عن جريمة القتل الخطأ لوقوع الفعل على إنسان حي لم يتعمد الطبيب.

أما إذا كانت وظائف المخ متوقفة تماما،وقام الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي ليستأصل عضوا،فإنه لا يوجد خطأ ولا مسؤولية جزائية على الطبيب كونه وقع على شخص ميت.[1]

---

[1]ـ د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 173 .
[2]ـ د،أسامة عبد الله قايد : المرجع السابق ،ص 280 .

وإذا كان تركيب الأجهزة قد تم بعد موت خلايا مخ المريض فحياته هنا كانت غير محققة وبالتالي تنتفي مسؤولية الطبيب ولا يعاقب على أساس أنه قاتل،بعد أن يتم إثبات الوفاة من خلال لجنة طبية قانونية.

لكن الصعوبة الحقيقية توجد في حالة ما إذا كانت هذه الأجهزة قد علقت على المريض قبل موت خلاياه،أي في وقت كانت حياته محققة،وأوقفت عن العمل بعد ثبوت موت مخه فالمريض في هذه الحالة إن كانت وفاته طبيعية في نظر الطب إلا أنه مازال يتمتع بالحياة طالما لم تنفذ الإجراءات الرسمية لإعلان الوفاة وأن واجب الطبيب في مفهوم القانون يكمن في المحافظة على الحياة أو ما

تبقى منها وليس في إطفاء شعلة الحياة،التي تظل حقوقها قائمة لحين إعلان الوفاة رسميا،بعد عرض الأمر على لجنة طبية متخصصة.[2]

في بعض الأحيان توقف الطبيب عن العلاج بسبب تأكده من الوفاة ثم يفاجئ بعودة المريض إلى الحياة،كما شهد ذلك مستشفى "دامرجي" بولاية تيارت وهي ظاهرة فريدة إذ عادت إمرأة إلى الحياة بعد تأكيد الطبيب المعالج لها وفاتها عياديا (إكلينيكيا) وبعد حوالي نصف ساعة عن تحريرها شهادة وفاة بإسمها فوجئ برؤيتها وهي تكلم من حولها،والمرأة تبلغ من العمر 40 سنة وقد توفي جنينها.[3]

لذلك فإن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي يعتبر مخاطرة قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية،الأمر الذي يدفعه إلى ترك الأجهزة معلقة على المريض الذي يعد إنسانا حي في نظر القانون وعلى هذا من المناسب أن يتطور مفهوم الموت لدى القانون بحيث يتطابق مع مفهومه الطبي وهو على الأقل تمكين الطبيب من إثبات موته موتا طبيعيا يموت خلايا مخه حتى قبل إتخاذ إجراءات إعلان وفاته رسميا .

---

[1]- د، أحمد شوقي عمر أبو خطوة : المرجع السابق ،ص 179 .
[2]- د،محمد حسين منصور : المرجع السابق ،ص 147 .
[3]- جريدة الخبر اليومية ،السنة 11 العدد 3380 ،ص 07 .

❖ **ثالثا ـ جريمة القتل بدافع الشفقة :** enthanasie

القتل بدافع الشفقة أو موت الإراحة أو قتل الرحمة " يقصد به ذلك الموت الرحيم الذي يخلص مريضا لا يرجى شفاءه من آلامه المبرحة".[1]

فهذا النوع من القتل يفترض وجود حياة إنسانية طبيعية تسبب لصاحبها آلاما لا تحتمل،ويضع حدا لهذه الآلام لقتل المريض طبيا.

ولا بد من الإشارة إلى أن القتل الرحيم يختلف عن القتل بناء على طلب أو برضى المجني عليه،في كون القاتل يرتكبه دون طلب أو رضى سابق على الفعل من المجني عليه،بل يرتكبه من تلقاء نفسه بدافع الشفقة عليه لإراحته من الآلام التي حلت به.[2] ،هذه الصورة من القتل نجدها غير مجرمة في قانون العقوبات الجزائري أو بمعنى أصح لا يوجد نص خاص يجرم القتل بدافع الشفقة ولا عقوبة خاصة وهذا لكون أن هذا النوع من القتل يأخذ بالباعث وهو الشفقة،والمعلوم في القواعد العامة في القانون الجنائي أن الباعث لا علاقة له بالركن المعنوي ولا تأثير له على المسؤولية الجنائية،إذ يقوم القصد الجنائي مت أراد الجاني النتيجة أيا كان الدافع أو الباعث ولو كان الشفقة على المجني عليه،فالحياة الإنسانية محل الحماية القانونية حتى لحظتها الأخيرة وبناءا على ما تقدم من الضروري عدم الإعتداد بدافع الشفقة أو أي الدوافع الأخرى في جرائم القتل وهذا يعني أنه في هذه الحالة فإن مسؤولية الطبيب الجنائية تكون على أساس القتل العمد طبقا للمادة 254 ق.ع.ج تحقيقا لحماية أكثر فعالية للحق في الحياة على أن ينص على عدم تمتع الجاني بالظروف القضائية المخففة للعقاب.[3]

وإذ تم إيقاف الأجهزة من الطبيب بعد موت كل خلايا المريض فلا يعد مرتكبا لجريمة القتل بدافع الشفقة ولا تقوم مسؤوليته الجنائية كون أن حياته إنتهت و يستحيل عودتها.

❖ **رابعا ـ جريمة إنتهاك حرمة الموتى**

نصت المادة 153 ق.ع.ج على أن " كل من دنس أو شوه الجثة أو وقع منه عليها أي عمل من الإعمال الفحشية يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات"

---

[1] ـ د،مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء.. ، المرجع السابق ،ص 346 .
[2] ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ،ص 278 .
[3] ـ د،محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ، ص 294.

هاته المادة تعاقب كل من هتك حرمة الميت فهل ينطبق هذا الأمر على الطبيب ؟

سبق الذكر أن إستئصال الأعضاء والأنسجة من المتوفي (في غير الحالات المستثناة قانونا) يتطلب ضرورة الحصول على موافقة المتوفي أثناء حياته أو أحد أفراد أسرته بعد وفاته.

لكن إذا كان الطبيب قد قام بالإستئصال في غير حالة الإستعجال المنصوص عليها في المادة 3/164 و4 من ق.ح.ص بدون الحصول على الموافقة من الأشخاص المحددين قانونا فعلى أي أساس يمكن مساءلته.؟

بالرجوع إلى القانون الجنائي لا يوجد نص خاص يجرم هذا الفعل بالرغم من أنه مخالف للنظام العام،لكن هناك جانب من الفقه يرى مساءلة الطبيب على أساس جريمة السرقة أو خيانة الأمانة،ويرى جانب من الفقه القانوني انه يعاقب على جريمة إنتهاك الموتى.[1]

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الإتجاه ونرى وجوب معاقبة الطبيب الذي يباشر عملية الإستئصال على جثة المتوفي في غير حالات الإستعجال ودون موافقة ذوي الشأن على أساس جريمة إنتهاك حرمة الموتى المنصوص عليها في المادة 153 ق.ع.ج

❖ **خامسا ـ جريمة إفشاء سر المهنة :**

نص المشرع الجزائري في المادة 2/165 ق.ح.ص على أنه "... يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع..."،ومن ثم فمن واجب الطبيب أولا أن يحرص على عدم الكشف عن هوية أطراف العلاقة وهذا الواجب يصبح من أسرار المهنة التي يتعين عليه عدم الإفشاء بها.

وعليه تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عن إفشاء أسرار المهنة المعاقب عيها بالمادة 301 ق.ع.ج إذا قام بإطلاع المتنازل عن هوية المتلقي أو العكس وقد جاء في المادة 301 النص التالي " يعاقب بالحبس...الأطباء والجراحون.. وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون ويصرح لهم بذلك.."

---

[1]ـ د، محمد عبد الوهاب الخولي : المرجع السابق ،ص 302 .

المبحث الثاني :مسؤولية الطبيب عم الجراحة التجميلية

نظرا لأهمية الجراحة التجميلية وخصوصياتها إرتأينا التطرق إلى ماهيتها من خلال تعريفها وتعداد أنواعها وصورها والشروط المتطلبة لشرعيتها والبحث عن قيود الجراحة التجميلية ومدى مسؤولية الطبيب عن إجراء مثل هذه العمليات.

المطلب الأول : ماهية الجراحة التجميلية

كان هذا النوع من الجراحة في أول عهده في مطلع القرن العشرين غير جائز وغير مسموح به قانونا بغض النظر عن النتائج التي يؤدي إليها على إعتبار أن غاية الطب والجراحة تقتصر على شفاء المريض وليس على تغيير البنية الطبيعية التي هو عليها بالولادة أو أصبح عليها بحادث حاصل غير أن التقدم الذي حققته الجراحة التجميلية جعل معظم الفقهاء يميلون إلى القول أنها جزء من الأعمال الطبية الجراحية ويعترفون بشرعيتها إذا لم يترتب عليها أضرار وأخطار جسيمة ولم يكن هناك مانع يتعلق بالمصلحة العامة في أداء واجب إجتماعي .[1]

الفرع الأول : مفهوم الجراحة التجميلية وأنوعها

❖ **أولا ـ مفهوم الجراحة التجميلية**

إختلف آراء فقهاء القانون ورجال الطب حول تعريفها فذهب الأطباء المتخصصون على تعريفها أنها" جراحة تجرى لتحسن منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفة إذا ما طرأ عليها نقص أو تلف أو تشوه" وتنقسم غلى نوعين :

النوع الأول : وهي جراحة تحسين المظهر وتجديد الشباب

النوع الثاني : ضروري يقصد منها إزاله العيب سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه فهو ضروري بالنسبة لدواعيه.[2]

---

[1] ـ د، محمد صبحي نجم : المرجع السابق ،ص 194 .
[2] ـ د، محمد مختار الشنقيطي : الرمجع السابق ،ص 182 .

أما رجال القانون فعرفوها بأنها أعمال علاجية ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي.[1]

وهناك من عرفها بأنها لا تهدف غلى العلاج من مرض وإنما إزالة تشويه في الجسم بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي .[2]

❖ **ثانيا ـ أنواع الجراحة التجميلية**

فقهاء الشريعة الإسلامية قسموها إلى ثلاث أنواع

1ـ جراحة تجميلية تعويضية : وهي تصحيح في البدن نشأ عن حادثة أو إعتداء وذلك كالحوادث التي ينتج عنها بتر عضو أو الحرائق التي تسبب تشوهات في البدن.

2ـ الجراحة التجميلية التصليحية : وهي إصلاح العيوب الخلقية التي يولد بها الإنسان منذ الصغر مثل : عملية إلتئام الشفتين المفتوحتين.

3ـ الجراحة التحسينية أو الجمالية : ويقصد بها الغلو في مقاييس الجمال بهدف إظهار الزينة والمحاسن .

أما رجال الطب والقضاء فيعدد نوعين من العمليات :

1ـ العملية التي ترمي إلى تطبيع البنية الجسمية NORAMALISATION

أي إصلاح عضو ملتوي أو معوج وإعادة الشكل الطبيعي إليه كفصل الإصبعين الملتصقين

2ـ العمليات التي تهدف إلى إصلاح البنية الإنسانية :RECTIFICATION وهي تبتعد نع الصحة والسلامة والشفاء لتقترب أكثر لإزالة التشويه والبشاعة والتجاعيد وغير ذلك من الأمور التي يعتقد الإنسان أنها تعيده إلى الشباب والجمال لأسباب فنية أو نفسية .[3]

الفرع الثاني : صور الجراحة التجميلية

---

[1]ـ د، محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص189 .
[2]ـ د، عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ،ص 91 .
[3]ـ د، محمد حسين منصور : الرمجع السابق ،ص 107 .

بالنظر إلى العيوب التي توجد في الجسم فإننا نجدها تنقسم إلى قسمين :

1- عيوب خلقية : و هي عيوب ناشئة في الجسم بسبب فيه مثل الشق في الشفة العليا ،إلتصاق الأصابع

2- عيوب مكتسبة طارئة : وهي عيوب ناشئة بسبب خارج الجسم مثل الحوادث والحروق

ولإصلاح هذه العيوب أوجد الأطباء بعض الجراحات المتعلقة بتعديل قوام الأعضاء منها :

- تغيير هيئة الأعضاء بالزيادة أو النقصان : ومنها تجميل الأنف بتصغيره أو تغيير شكله من حيث العرض والإرتفاع ،تجميل الشفتين والذقن،تجميل الثديين بتصغيرهما إن كان كبيرين والعكس.

- بناء الأعضاء بإستقطاع جزء من الآدمي المبتور : ونكون أمام هذه الحالة مثلا بعد حادث مرور إذا بتر عضو كالأنف مثلا وبني بإستخدام شرائح جلدية تنقل إلى الأنف إما من الجبهة أو من جدار البطن.

- شد التجاعيد : وتجرى لكبار السن ويقصد بها إزالة آثار الكبر والشيخوخة.

- عملية سحب الدهون : يقوم بها الطبيب المختص على الأشخاص الذين يعانون من أمراض السمنة المفرطة.

المطلب الثاني : قيود إباحة الجراحة التجميلية ومسؤولية الطبيب الجزائية عنها

لا يوجد أي نص قانوني يجرم الجراحة التجميلية الشيئ الذي يؤكد أنها تأخذ حكم الجراحة العادية وتخضع لنفس أحكامها مع بعض الخصوصية لكن إذا نشأ عن هذه الجراحة موت أو عاهة قد تقوم مسؤولية الطبيب عنها إذا لم تكن تمت في الشروط التي يتطلبها القانون و لهذا سنتطرق لشروط هذه الجراحة في الفرع الأول،وطبيعة إلتزام جراح التجميل الفرع الثاني حتى نحدد مسؤولية الطبيب في هذا المجال في الفرع الثالث.

الفرع الأول : الشروط المتطلبة لمشروعية الجراحة التجميلية

من أهم هذه الشروط أن يكون الطبيب مؤهلا من ناحية الإختصاص العلمي والكفاءة الطبية وأن يقوم بإنجاز جميع الفحوصات الطبية اللازمة [1]،و أن تجرى هذه العملية يقصد العلاج الجسدي أو النفسي وتكمن الشروط في قصد العلاج ورضا المريض.

❖ **أولا ـ قصد العلاج**

ذهب بعض فقهاء القانون في البداية إلى القول أن الجراحات التجميلية لا تهدف إلى العلاج من مرض وإنما إصلاح أبسط التشوهات الجسمية وفي هذا الصدد أصدر القضاء الفرنسي في فترة معينة من الزمن عدة قرارات قضائية إعتبرت أن غياب قصد العلاج في الجراحة التجميلية يمثل في حد ذاته خطأ من شأنه أن يلحق بالمريض خطرا معتبرا بالمقارنة مع الفائدة المتوقعة ويوجب تعويض مالي .

❖ **ثانيا ـ رضا المريض**

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي المريض فالقانون الطبي يرخص للطبيب علاج المريض إذا دعاه لذلك كما أنه لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي إحتراما لجسم الإنسان لمالا لجسم الإنسان من حصانة ورضا المريض بالعلاج ليس سببا للإباحة بل هو شرط من شروطها .

ولهذا نص المشرع الجزائري في المادة 154 ق.ح.ص. على أنه **" يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخوله القانون إعطاء موافقتهم على ذلك "**

ونص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته موافقة حرة متبصرة...."

بناء على ما تقدم فتخلف أي شرط من شروط الجراحة التجميلية قد يرتب مسؤولية الطبيب الجزائية العمدية،حسب النتيجة الحاصلة وبهذا لابد من تحديد طبيعة إلتزام طبيب التجميل .

---

[1]ـ د،محمود محمد عبد العزيز الزيني :المرجع السابق ، ص 232 .

الفرع الثاني : طبيعة إلتزام جراح التجميل

في بداية الأمر كان ينظر القضاء الفرنسي إلى الأعمال الطبية التجميلية بالسخط والشك فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل العلاجي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة،نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الفن الطبي،بل وحتى ولو لم يرتكب أي خطأ في العلاج .[1]

وفي هذا تبني واضح لوقف الإتجاه الرافض لجراحة التجميل،إذا كان هذا القضاء يلقي على عاتق الطبيب إلتزاما ضمنيا بضمان نجاح العملية ،فقد قضت محكمة باريس سنة 1974 بأن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل نظرا لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض،فإنه على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر حادة للفشل ولم يتم تحذير المريض منها .

لكن القضاء الفرنسي غير موقفه بعد ذلك وهذا ما أكده في عدة قرارات لاحقة وعليه يجمع القضاء الفرنسي على أن إلتزام الطبيب في عمليات الجراحة التجميلية ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ويلقي عبء إثبات الخطأ على عاتق المريض.[2]

أما مقدار العملية المطلوبة فإن الأمر يختلف،فلكل حالة ظروفها و ملابساتها ومقدار العناية ودرجتها،وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها،إلا أنى العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحة العادية،دون أن يصل إلتزامه إلى تحقيق نتيجة بإعتبار أن جراحة التجميل هو نفس إلتزام الجراح العادي .

أما موقف القضاء الجزائري فإنه يرى لعدم وجود قضايا من هذا النوع فإنه لا يمكن تحديد موقفه وهذا ما يجعلنا نتجه إلى إخضاع هذا النوع من العمليات إلى نفس الأحكام العامة للجراحة العادية مع بعض الخصوصية على غرار القضاء الفرنسي.وبتحديد طبيعة إلتزام جراح التجميل نكون قد رسمنا حدودا لنطاق مشروعية هذه الجراحة،وأن تجاوز هذه الحدود من شأنه أن يجعل فعله غير مشروع مما يوجب مساءلته جنائيا.

---

[1]- د،محمد حسين منصور : المرجع السابق ، ص 111.
[2] د، عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ، ص 104.

الفرع الثالث : مسؤولية الطبيب الجزائية عن العمليات التجميلية

إن الإجتهاد القضائي الفرنسي رغم أنه أكد على أن الجراحة التجميلية تأخذ حكم الجراحة العادية ولا فرق بينهما إلا أنه لم يقبل بإنتفاء المسؤولية الجزائية على أساس تبرير العمل التجميلي،وأخضع هؤلاء الجراحين إلى القواعد العامة للمسؤولية الجزائية العادية على أساس أن هذه الجراحة فنا أكثر مما هي نوعا من الطب.[1]

لم ينص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على جراحة التجميل صراحة لأنه حينما أباح مزاولة مهنة الطب قيد ذلك بقصد العلاج من علة في الجسم يعاني منها الشخص أوعلة نفسية يراد بالعلاج إزالتها أو التقليل منها،وعليه فالقانون الجنائي لا يمانع من إجراء الجراحة التجميلية التي تعتبر جزءا من أعمال الطبية الجراحية إذا توافرت شروطها وأن تخلف شرط من هذه الشروط تجعل عمل الطبيب غير مشروع وخاضعا لنص التجريم وفقا للقواعد العامة في القانون الجنائي عند مساءلة الطبيب القائم بهذا العمل،ذلك أن قانون العقوبات لا يوجد بين مواده نصا يحيط الأطباء بسياج تشريعي خاص يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يحدد من أحكامها.

ومما سبق الذكر فإنه لا توجد نصوصا خاصة بمسؤولية الطبيب عن أعمال الجراحة التجميلية،مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي والقواعد التي تحكم العمل الطبي بوجه عام،وسنحاول بسط هذه القواعد على مسؤولية الطبيب في إطار عمليات التجميل وذلك على النحو التالي:

❖ **أولا ـ تخلف شرط الرضا**

أوضحنا أن رضا المريض شرط لإباحة عملات التجميل،ومعنى ذلك أن العمل الجراحي يكون غير مشروع كقاعدة عامة إذا لم يتوافر الرضا السليم من صاحب الشأن خاصة في الجراحة التجميلية والتي تتطلب إعلام المريض بما في ذلك الإستثنائية منها،وبهذا يكون الطبيب مخطئا إذا أخل بهذا الإلتزام ونظرا لكون ذلك إلى جعل الرضى معيبا.

[1] ـ د،شهيدة قادة : المرجع السابق ص87 .

وإن تخلف شرط الرضى يجعل المساس بجسم المريض عملا غير مشروع وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب بحسب الأحوال التالية.

1- إجراء الجراحة دون موافقة المريض: لا شك أن غياب الرضى كشرط ضروري لإباحة العمل الطبي من شأنه أن يجعل عمله غير مشروع،ولهذا إذا قام الطبيب بإجراء جراحة التجميل لشخص دون أخذ موافقته أو عن طريق إستخدام وسائل إحتيالية أو نتيجة إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية،وفي مثل هذه الأحوال فإن الطبيب يسأل جنائيا ومدنيا وتقوم مسؤوليته عن جريمة عمدية،ويتوقف التكييف القانوني للفعل والمسؤولية في هذا المجال على جسامة الضرر الذي يسببه للمريض،فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الجرح العمدي إذا سبب له عجزا يتجاوز 15 يوما طبقا للمادة 1/264ق.ع.ج أما إذا ترتب على فعل الطبيب عاهة مستديمة كبتر عضو من أعضاء المريض أو فقد البصر...إلخ فإنه يسأل عن جريمة ضرب وجرح عمدي أفضى إلى عاهة مستديمة طبقا للمادة 3/264ق.ع.ج أما إذا أدى عمله إلى وفاة المريض دون أن يقصد ذلك فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الضرب والجرح العمدي أدى إلى الوفاة دون قصد إحداثها طبقا للمادة 4/264 ق.ع.ج

2- إخلال الطبيب بإلتزام إعلام الطبيب بمخاطر الجراحة : لا شك أن إخلال طبيب التجميل بإلتزام الإعلام بالمخاطر التي تحيط بالعملية من شأنه أن يؤثر على رضى المريض في إتخاذه القرار بإجراء العملية،لأن الإقدام على مثل هذه الجراحة الخطرة يقتضي من الطبيب أن يبصر المريض بالمخاطر التي يتعرض لها خلال إجراء عملية التجميل خاصة المخاطر الثانوية والنادرة الوقوع

حتى يتسنى له إتخاذ قرار حاسم بشأن إجراء هذه العملية،وبهذا الطبيب الذي يخل بهذا الإلتزام لإهماله يكون مخطئا مما يوجب مسائلته عن جريمة غير عمدية طبقا للمادتين 288 و289 ق.ع.ج

كما تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في هذا المجال وهذا ما أكدته محكمة إستئناف باريس في قضية تتمثل وقائعها أن سيدة عمرها 66 سنة إتفقت مع جراح جمالي لإزالة الغضون والجيوب الموجودة تحت عينها،وقد نتج عن هذه العملية عمى العين اليمنى،وهو حادث ناذر الوقوع أي من الأمور الإستثنائية.

وصرحت المحمكة أن المخاطر الجسيمة كخطر عمى العين التي ينذر أن تحدث توجب على الجراح أن يخبر الشخص بإحتمال وقوعه حتى يكون هذا الشخص في وضع يستطيع فيه معالجة أو عناية صحيحة وإنما إزالة عيب جسدي صغير لدى إمرأة بلغت من العمر 666 سنة وأيدت محكمة النقض هذا الحكم بلا تحفظ.[1]

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة باريس في 20 جوان 1960 أدان الطبيب مختص في التجميل الذي أراد أن يصحح بطن راقصة التعري الذي كان متدلي فأصابها بندبة في أسفل بطنها لا تتاح الفرصة عادة لإظهاره في الحياة العادية لراقصة لأنها تقلل من إقبال الجمهور على مشاهدة جسدها.

وبالتالي يمكن مسائلة الطبيب على أساس الخطأ المتمثل في الإخلال بالإلتزام بالإعلام الشامل الذي جعل رضى المريض معيبا لأنه لو علم بكل المخاطر العملية مسبقة لكان ذلك له دور في رفض أو قبول إجراء الجراحة التجميلية

❖ **ثانيا ـ عدم إتباع الأصول العلمية**

من المتفق عليه أنه يجب على الطبيب عند مزاولته لمهنته في مجال الأعمال الطبية العادية أن يراعي ما تقتضي به أصول الفن الطبي وأن يبدل للمريض جهود صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

هذا الواجب يلتزم به طبيب التجميل لأن عمله يتطلب منه إتقان قواعد الفن التجميلي،ولهذا من الضروري أن يقوم بإجراء الفحوصات وتشخيص الحالة قبل البدء في إجراء الجراحة ولا ينتهي واجبه عند هذا الحد بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ فلو أجرى الطبيب عمله دون أن يكون متمكنا ولحق المريض ضررا فإن الطبيب يسأل جنائيا ومدنيا حسب الأحوال إذا توافرت العناصر الأخرى اللازمة للمسؤولية وأهمها رابطة السببية .

ويدخل ضمن أصول ومتطلبات الفن المختص به واجب حصول الطبيب على شهادة تأهل للقيام بالجراحة التجميلية،فإذا أقدم شخص غير مؤهل عمليا لإجراء هذه الجراحة بصورة متطابقة كليا

---

[1]ـ د، عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ،ص 195 .

مع الأصول الفنية،فلا يمكن له تبرير عمله بل يبقى مجرما وبهذا يمكن ذكر بعض الحالات العملية للخطأ في هذا المجال منها :

1- عدم إجراء فحوصات طبية :سبق الذكر أن إجراء الفحوصات الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض أمر ضروري قبل تنفيذ العلاج،وإهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوصات للمريض يشكل خطأ في جانبه تقوم على إثره مسؤوليته،خاصة إذا كانت الجراحة لا تتطلب الضرورة أو العجلة في إجرائها كما هو الحال في الجراحة التجميلية.

وعليه تقوم مسؤولية الطبيب الذي لم يقم بإجراء أي فحص على زبونه قبل إجراء الجراحة وهذا ما قضت به محكمة باريس في 1970/05/27 في القضية التي تتمثل وقائعها في أن إحدى الفتيات تعمل راقصة في ملهى ليلي سمعت ثناء زميلة لها على أحد الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل،كان قد أجرى لها عملية شد ثديها ومنع تدليهما وتحسين منظرهما،فذهبت إلى هذا الطبيب وإتفقت معه على إجراء عملية مماثلة،قام الطبيب بدون إجراء أية فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم،بتخذير زبونته تخذيرا موضوعيا بالمادة XYLOSAINE ثم حقن غدتي الثديين بـ SILASTIC ودامت العملية ساعتين بصورة عادية،غير أن السيدة كانت متعبة وأخبرت الطبيب بذلك لكنه لم يكلف نفسه إجراء أي فحص لها وكل ما فعله أنه نصحها بان تتمدد على السرير في مكتبه،وإستدعى أختها لتأخذها إلى بيتها فحضرت وقد لاحظت إصفرار وجهها وعجزها عن الكلام،لكن الطبيب طمأنها بأن لها حساسية من حقنة المخدر وأنها ستزول ولا خطر عليها،وتركها الطبيب تغادر إلى البيت دون أي تعليمات طبية عدا طلبه بتدفأة رجليها عند النوم وبعد ساعات لاحظت أن حالتها ساءت وراحت في غيبوبة كاملة،فإتصلت بالجراح هاتفيا فطلب منها ألا تقلق،وإكتفى بأن كلفها بأخذ حرارتها وتخبره فإتصلوا بطبيب آخر ولكن حين وصوله كانت المريضة قد فارقت الحياة وقد أثبت تشريح الجثة أن الطب إرتكب عددا من الأخطاء منها :

1- إجراء العملية دون إجراء الفحوصات الطبية

2- ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة

3- سماح الطبيب للمريضة مغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية

4ـ لم يزود أهل المريضة بأية تعليمات أو إرشادات جدية

5ـ رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية

وبهذا أخذ على الطبيب رعونته بإرسال المريضة إلى بيتها وهي في هذه الحالة ثم رفضه الذهاب إلى بيتها لزيارتها وإعتبر القضاء ذلك خطأ جسيما منه ومع ذلك فإن المحمكة لم تآخذه على القتل الخطأ وإنما إكتفي بمعاقبته عن الإمتناع عن مساعدة مريض في حالة خطر وبهذا قضت المحكمة على الطبيب العقوبة الجزائية والتعويض .[1]

2ـ عدم إختصاص الطبيب في جراحة التجميل : الجراحة التجميلية تعتبر من أنواع الجراحة التي تحتاج إلى التخصص والكفاءة الطبية وهذا نظرا لكونها تتطلب مهارة عالية ودراسة خاصة في

هذا المجال وعلى هذا فإن المسؤولية الجزائية للطبيب تقوم إذا لم يكن مختصا في جراحة التجميل ويعتبر مرتكبا لخطأ مهنيا.[2]

وفي هذا الصدد نذكر قضايا عرضت على القضاء الفرنسي في هذا المجال :

ـ حكم محكمة باريس بتاريخ 11 جوان 1974 : شخص يبلغ من العمر 10 سنوات أصيب في ألم في أذنه أجريت له عملية من طرف الجراح،وبعد العملية وجد أن إحدى الأذنين تعمل بطريقة عادية أما الأخرى فساءت حالتها على ما كانت عليه،أي أن النتيجة لم تكن متوقعة من الجراحة.

القضاة بالرغم من تقارير الخبراء التي تدل على غياب الخطأ،إلا أنهم إستخلصوا خطأ مهنيا نظرا لفشل العملية،لأن العملية التي تم إجراءها بسيطة وعلاجها متفق عليه ومعروف،والخطأ هنا أن الجراح الذي باشرها مختص في جراحة البطن وليس في جراحة التجميل وهو الأمر الذي يؤكد مسؤولية الطبيب.

ـ حكم محكمة الجنح بباريس بتاريخ 3 أفريل 1968 : إن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال إطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه على أحد الأطباء الذي إستخدم طريقة جديدة مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلو جبهة الإنسان عند التقدم في السن فذهبت إلى عيادته

---

[1] ـ د، عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ،ص 195 .
[2] ـ د، عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ،ص 101 - 102 .

وإتفقت معه على إجراء هذه العملية،وقام بإجرائها وبعد مرور بضعة أسابيع على مغادرتها للعيادة لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانب من رأسها خاليا من الشعر وصار جلد جبهتها أزرق اللون كريه المنظر،رفعت القضية إلى محكمة الجنحة بباريس وإنتدبت خبيرين في القضية جاء تقريرهما أن الطبيب ليس مختصا وغير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات،وقد دفع الطبيب أنه يحمل شهادة في الطب تجيز لحاملها ممارسة كل فروع الطب إلا أن المحكمة ردت على هذا الدفع قائلة : أنه إذا كان الحصول على ديبلوم في الطب يجيز لحامله سائر فروع هذا العلم إلا أن ذلك لا يعفي الطبيب الذي يريد ممارسة فرع دقيق من الطب يتطلب تخصص ومهارة خاصة أن يتزود بما يتطلبه هذا الفرع من دراسة ومعلومات خاصة ولا يقبل من الطبيب الذي لم يحصل إلا على

ديبلوم في الطب أن يجازف دونما ضرورة أو حالة مستعجلة في ممارسة هذا الفرع من الجراحة الذي يحتاج تخصصا ومهارة عالية كما وجدت أن الطبيب لم يقم بإجراء فحوص على زبونته قبل إجراء العملية وبهذا قررت مسؤولية الجنائية عن الأضرار اللاحقة بالضحية.[1]

ـ الخطأ في تنفيذ العملية :تعتبر مرحلة تنفيذ العملية الجراحية من المراحل الدقيقة،ولذا يجب مراعاة الحيطة والحذر والدقة في إجرائها وأن يبذل الطبيب لمريضه جهودا تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب،فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.[2]

والثابت أن جراح التجميل لا يسأل عن فشل عملية التجميل طالما أنه إتبع وسائل الحيطة والحذر في إجرائها،وهذا لأنه لا يضمن نجاح العملية كون إلتزامه ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة،فإنه يكون مسؤولا.

ـ عدم مراقبة المريض بعد إجراء العملية : يقع على عاتق الطبيب و طبيب التخدير مهمة مراقبة المريض وتتبع حالته الصحية بعد إتمام العمل الجراحي،وأن إهمال الطبيب لهذا الإلتزام يعد خطأ موجبا للمسؤولية في جانبه،على حسب الضرر الذي يصيب المريض . وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الجنائية بمسؤولية جراح التجميل الجنائية الذي تسبب في وفاة الضحية في

---

[1]ـ د، عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق ،ص 100 - 101 .
[2]ـ د، محمود محمد عبد العزيز الزيني :المرجع السابق ، ص 168.

قضية تتمثل وقائعها فيما يلي : أرادت فتاة معالجة أذنها بالجراحة،فقام جراح التجميل بنفسه بتخدير المريضة وأجرى لها العملية وبعد إتمامها كانت الفتاة تتنفس بصعوبة ثم نقلها إلى غرفتها وتركت بدون مراقبة ساعة وربع بعد العملية توقف قلبها وبقيت 6 أيام فاقدة الوعي بعدها توفيت فنسب إلى الجراح إهمال مثمثل في عدم مراقبة المريضة بنفسه،معتقدا أن مجرد إستيقاظ المريضة وإنتهاء مفعول المخدر فإن مهمة الطبيب تنتهي وأن المراقبة اللاحقة من مهام الممرضين،وبررت المحكمة قرارها أن الطبيب الجراح هو المسؤول عن المراقبة خاصة بعد الجراحة وأنه هو من باشر التخدير وكان عليه مراقبة المريضة بعد ذلك.

ـ عدم التناسب بين الضرر الحاصل والوسيلة المستعملة للعلاج : جراحة التجميل لا تمارس من حيث المبدأ لأهداف علاجية بالمعنى الصحيح ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر وراءها مع الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها خاصة وأنها تجرى في ظروف متأنية ،فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع،ويكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر،وبما أنه لا يجوز إفتراض خطأ لم ينص عليه المشرع،فيشترط القضاء أن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من العمل الطبي التجميلي وهذا ما يتطلب من الطبيب إجراء موازنة بين مخاطر إجراء العملية و المنافع المرجوة منها قبل الإقدام عليها،وإخلاله بهذا الإلتزام يعد من أعمال الرعونة الموجبة لمسؤولية الطبيب الجزائية لأن جراحة التجميل تعتبر مشروعة شرط ألا تلحق أضرارا بالمريض أشد من العيب الجسدي الذي يعاني منه،وعلى هذا تقوم في جانبه مسؤولية غير عمدية حسب المادتين 289/288 من ق.ع.ج.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة،تناولنا المسؤولية الجنائية للأطباء من حيث القانون الجزائري أو من خلال القضاء الفرنسي و المصري،وقد سلكنا في عرض هذا الموضوع مسلكا يتفق والهدف منه بحيث قسمناه إلى فصلين ففي الأول تطرقنا إلى أركان الخطأ الطبي و المسؤولية الناشئة عنه،وفي الثاني إخترنا التطرق إلى المسؤولية الطبية الجزائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحة التجميلية.

وتوصلنا إلى أنه على رجل القانون أن يحرص على تحقيق التوازن بين إعتبارين متكاملين،الأول هو حماية سلامة جسم المريض أثناء ممارسة العمل الطبي،والثاني إعطاء الطبيب قدر من الحرية لممارسة العلاج .

كما أنه يسأل الطبيب عن جميع أخطائه بغض النظر عن مدى جسامتها،وذلك بسبب رعونته وعدم إحترازه وهذا ما جاء في قانون العقوبات الجزائري.

ثم تطرقنا بعد ذلك إلى المسؤولية الطبية الجزائية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحة التجميلية،وأوضحنا أن هذه العمليات سواء كانت بين الأحياء إذا توفرت شروطها والتي من بينها،أن يكون المتبرع بالعضو كامل الأهلية،وأن تتم موافقته بشكل مكتوب بعد تبصيره بجميع المخاطر،وأن يكون العضو المتبرع به بين الأحياء من الأعضاء المزدوجة التي لا تؤثر في صحة المتبرع،وأن النفع المتوقع من وراء العملية أرجح من الضرر الذي قد يصيب المتبرع،وأن يكون التنازل بدون مقابل مادي،وهذا بإختصار إضافة إلى الشروط المذكورة في الفصل الثاني فجميعها ضرورية لعمليات النقل والزرع.

أما فيما يخص العمليات التجميلية فلقد توصلنا على أنها تأخذ حكم الجراحة العادية وبالتالي تعتبر مشروعة من حيث المبدأ على ألا ينشأ عنها علة ظاهرية دائمة تكون أشد من العلة المراد علاجها.

ولقد رأينا أن القانون الجزائري إهتم بوضع قواعد قانونية في بعض المجالات ليواكب التطورات الطبية الحديثة،محققا بذلك خطوات ثابتة في ثورة التشريع.

وفي المقابل ثمة نقص وقصور لا تستقيم معها الحماية الجنائية لسلامة الجسم المطلوبة إلا على يد المشرع.

لهذا نرى أنه قد حان الوقت،بان يقنن المشرع الجزائري بعض ما إعترى قواعده من نقص،وذلك بإضافة قواعد أخرى أو بتعديلها وبالأخص وضع : نصوص ضمن قانون العقوبات تنص صراحة على معاقبة الطبيب المخل بعمله،وقواعد تجرم صراحة الإتجار بالأعضاء البشرية كما تجرم العمليات التي تتم في إمكان غير مرخص لها قانونا حسب ما حدده القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2 أكتوبر 2002 ووضع نصوص تمنع الإعلانات بأي وسيلة من وسائل الإعلام ،إذا كان موضوعها عرض شراء أو بيع الأعضاء البشرية وتوقيع جزاءات جنائية على الفاعل.

وضع نصوص تجرم صراحة إجراء عمليات التحميل من طبيب غير مختص.

وبهذا فإن إستخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب والجراحة،يجب أن يتم في إطار الضوابط التي تضمن حماية وسلامة جسم المريض وإحترام كرامته وعدم الإعتداء عليها مصداقا لقوله تعالى "..ولقد كرمنا بني آدم..." سورة الإسراء الآية 70 .

وأخيرا فإن بحثنا هذا يعد مساهمة علمية على حسب القدر،وبمثابة منارة لأبحاث أخرى تنصب حول التطبيقات الطبية والإشكالات القانونية والأخلاقية التي تثيرها الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ومسؤولية الطبيب عنها.

قائمة المراجع

*المراجع العامة :

1- د،أبو اليزيد علي المثبت : جرائم الإهمال ،مؤسسة الشباب الجامعية ،الإسكندرية ،الطبعة الثالثة سنة 1995 .

2- د،بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 1995.

3- د،خليل أحمد حسن قدادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الجزائر ، 1994

4- د،رؤوف عبيد : جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال ،الطبعة الثامنة ،دار الفكر العربي ، سنة 1985.

5- د،فوزية عبد الستار : النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،سنة 1977.

6- د،محمد صبحي نجم : رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،سنة 1983.

7- د،محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، سنة 1988.

*المراجع الخاصة :

1- د،أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب ومشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة)، دار السلاسل ، الكويت ، سنة 1986.

2- د،أحمد شوقي عمر أبو خطوة : القانون الجنائي والطب الحديث ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، سنة 1986.

3- د،أحمد محمد بدوي : نقل وزرع الأعضاء البشرية ، سعد سمك ، المطبوعات القانونية والإقتصادية ، القاهرة ، سنة 1999.

4- د،أسامة عبد الله قايد : المسؤولية الجنائية للأطباء (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، سنة 1990.

5- د،طاهري حسين : الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة)، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2002.

6- د،عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2000.

7- د،محمد مختار الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، مكتبة الصحابة ، جدة ، الطبعة الثانية ، سنة 1994.

8- د،محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 1999.

9- د،مروك نصر الدين : نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول من الكتاب الأول ، دار هومة ، سنة 2003.

10- المحامي،بسام محتسب بالله: المسؤولية المدنية والجنائية بين النظرية والتطبيق،الطبعة الأولى،دار الإيمان بيروت ،سنة 1984 .

11- د، محمد عبد الوهاب الخولي : المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة،دراسة مقارنة،دون دار النشر،الطبعة الأولى،سنة 1997 .

12- د،محمود عبد العزيز الزيني : مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،مؤسسة الثقافة الجامعية،الإسكندرية،سنة 1993.

13- د، محمد ماجد لافي : المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ، دراسة مقارنة،دار الثقافة ،للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى ،سنة 2009 .

14- منذر الفضل : التصرف القانوني في الأعضاء البشرية ، مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع ،عمان ، سنة 1995 .

15- مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، سنة 2002.

*المقالات والمجلات :

1- أحمد جلال الجوهري : الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية ، مجلة الحقوق والشريعة ، الكويت ، السنة الخامسة ،العدد الثاني ، سنة 1981.

2- بلحاج العربي : الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة عن نظام الطب السعودي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، السنة 13 ، العدد 52 .

3- عبد الوهاب حومد : المسؤولية الطبية الجزائية ، مجلة الحقوق والشريعة ، السنة 05 ، العدد الثاني ، الكويت 1981.

4- شهيدة قادة : إلتزام الطبيب بإعلام المريض ، موسوعة الفكر القانوني ، ملف المسؤولية الطبية ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، الجزائر.

5- محمد صفوت : القصور الكلوي وأعراضه ، تقرير لندوة نقل الكلى ، المجلة الجنائية القومية ، العدد الأول ، سنة 1978.

6- مروك نصر الدين : المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية . مجلة فصلية ، ج 37 ، رقم 03 ، 1999 ، الجزائر ، سنة 2008.

***الجرائد :**

1- جريدة الخبر اليومية الصادرة بتاريخ 2001/03/19 " عندما تخطئ ملائكة الرحمة .

***النصوص القانونية :**

1- قانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، جريدة الرسمية 1985/08 .

2- قانون رقم 17/90 المؤرخ في 09 محرم 1411 الموافق لـ 31 جويلية 1990 المتضمن تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها ، جريدة رسمية رقم 1990/35 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق لـ 06جويلية 1998 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، جريدة رسمية رقم 1992/52 .

4- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات ، جريدة رسمية رقم 1966/49 .

5- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية .

المسؤولية الجنائية للطبيب

الفهـــرس

الموضوع **الصفحة**

مقدمة.....01

الفصل الأول : أركان ونطاق المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي.....05

المبحث الأول : أركان المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي.....05

المطلب الأول : الخطأ الطبي.....05

الفرع الأول : ماهية الخطأ الطبي.....05

أولا : الخطأ في القانون المدني والقانون الجنائي 07

ثانيا : تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية..... 13

الفرع الثاني : صور الخطأ في قانون العقوبات 15

الفرع الثالث : عبء إثبات الخطأ وسلطة القاضي في تقديره.....17

أولا :عبء إثبات الخطأ.....17

ثانيا : سلطة القاضي في تقديره.....19

المطلب الثاني : عناصر المسؤولية الجزائية والمدنية الناشئة عن الخطأ الطبي.....20

الفرع الأول : عنصر الخطأ..... 20

الفرع الثاني : عنصر الضرر.....21

الفرع الثالث : العلاقة السببية.....22

الفرع الرابع : العنصر المادي والعنصر المعنوي للمسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي.....22

أولا :العنصر المادي 22

ثانيا : العنصر المعنوي.....23

المبحث الثاني : نطاق وحدود المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي.....23

المطلب الأول : حالات إنحصار المسؤولية وفق علة العمل الطبي.....23

الفرع الأول : إنحصار المسؤولية الجزائية بين إستعمال الحق وإجازة القانون.....24

الموضوع الصفحة

أولا : إنحصار المسؤولية الجزائية في حدود إستعمال الحق.....24
ثانيا : إنحصار المسؤولية الجزائية في حدود إجازة القانون.....26
الفرع الثاني : إنحصار المسؤولية الجزائية طبقا للأوضاع القانونية الخاصة.....27
أولا : نقل الأعضاء الحيوية 27
ثانيا : الموت الرحيم القتل بدافع الشفقة..... 27
ثالثا : التجارب الطبية والعلمية 27
المطلب الثاني : حدود المسؤولية الجزائية عن الأخطاء الفنية..... 28
الفرع الأول : مفهوم الأعمال الفنية 28
الفرع الثاني : الإتجاهات المختلفة عن الأخطاء الفنية.....29
أولا : الإتجاه الآخذ بعدم المسؤولية مطلقا 29
ثانيا : الإتجاه المقيد للمسؤولية.....31
ثالثا : الإتجاه المؤيد للمسؤولية عن الأخطاء الفنية.....33
الفرع الثالث : حدود المسؤولية الجزائية عن الأخطاء المادية.....33
أولا : معيار الخطأ المادي 33
ثانيا : ضوابط الخطأ المادي.....34
الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والجراحة التجميلية 36
المبحث الأول : مسؤولية الطبيب عن نقل وزرع الأعضاء البشرية 36
المطلب الأول : نقل الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها بين الأحياء.....37
الفرع الأول : أساس مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء 37
أولا : الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء..... 38

ثانيا : الأساس القانوني لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء.....39

الموضوع الصفحة

الفرع الثاني : شروط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء 40

أولا : الشروط المتعلقة بالعمل الطبي الجراحي.....40

ثانيا : الشروط المتعلقة بالمتنازل.....43

ثالثا : الشروط المتعلقة بالمتلقي 48

رابعا : شرط عدم تعارض نقل وزرع الأعضاء مع النظام العام والآداب العامة.....52

الفرع الثالث : مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة عمليات النقل والزرع.....54

أولا : حالة تخلف شرط الرضا.....54

ثانيا : حالة تخلف الغرض العلاجي..... 58

ثالثا : حالة إهمال الطبيب الجراح للفحوص الطبية.....59

رابعا : حالة إرتكاب الجراح خطأ في تنفيذ عمليتي النقل والزرع 60

خامسا : حالة إجراء عمليتي النقل والزرع في المنشآت غير المرخص لها قانونا.....61

المطلب الثاني : نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء 62

الفرع الأول : تحديد لحظة الوفاة.....63

أولا : الإتجاهات المختلفة لتعريف لحظة الوفاة.....63

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة.....65

الفرع الثاني : مدى مشروعية النقل من الجثة 67

أولا : الشروط العامة.....68

ثانيا : الشروط الخاصة.....69

الفرع الثالث : مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة.....72

أولا : جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر..... 73

ثانيا : جريمة القتل العمدي و القتل غير العمدي.....75

ثالثا : جريمة القتل بدافع الشفقة.....76

الموضوع الصفحة

رابعا : جريمة إنتهاك حرمة الموتى..... 77
خامسا : جريمة إفشاء سر المهنة.....78
المبحث الثاني : مسؤولية الطبيب عن الجراحة التجميلية.....79
المطلب الأول : ماهية الجراحة التجميلية.....79
الفرع الأول : مفهوم الجراحة التجميلية وأنواعها.....79
أولا : مفهوم الجراحة التجميلية.....79
ثانيا:أنواع الجراحة التجميلية.....80
الفرع الثالث: صور الجراحة التجميلية.....81
المطلب الثاني:قيود إباحة الجراحة التجميلية و مسؤولية الطبيب الجنائية عنها.....81
الفرع الأول: الشروط المتطلبة لمسؤولية الجراحة التجميلية.....82
أولا:قصد العلاج.....82
ثانيا:رضا المريض.....82
الفرع الثاني: طبيعة إلتزام جراحة المريض.....83
الفرع الثالث:مسؤولية الطبيب الجنائية عن العمليات التجميلية.....84
أولا:تخلف شرط رضا المريض.....85
ثانيا:عدم إتباع الأصول العلمية.....87
الخاتمة.....92
الملاحق.....94
قائمة المراجع.....108
الفهرس.....111