

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الطاهر مولاي - سعيدة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي في القانون الجزائري

مذكرة ليل شهادة الماجستير في الحقوق (القانون الجنائي)

إشراف الأستاذ الدكتور:
طبيبي بن علي

إعداد المترشحة:
بوسماحة أمينة

لجنة المناقشة :

د. لريد محمد أحمد ، أستاذ محاضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي

سعيدة.....رئيسا.

أ.د. طبيبي بن علي، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة..... مشرفا ومقررا

د. محي الدين عبد المجيد، أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي

بلعباس.....عضوا.

د. بن أحمد الحاج ، أستاذ محاضر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة عضوا.

السنة الجامعية: 2011-2012

مقدمة

تعد سلامة الإنسان وصحته والمحافظة عليها، من أهم الأهداف التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء، قبل أن تأتي القوانين الوضعية وتجعلها من أهم الحقوق التي تتمتع بها الإنسانية، فأولت لها حماية خاصة وفريدة. فقد جعل الله سبحانه وتعالى الإنسان من أفضل المخلوقات تكريماً مصداقاً لقوله تعالى: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)⁽¹⁾. فتكريم النفس البشرية نابع من تحريم أي اعتداء عليها أو المساس بها أو تعذيبها إلا لضرورة حتمية.

كما احتوت هذا الحق السنة النبوية، حيث أمرنا الرسول الكريم بالمحافظة على الصحة من المخاطر والأمراض، وأقرّ ضرورة التداوي للمعالجة لقوله عليه الصلاة والسلام: « ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاءً »⁽²⁾. فمتى كنا أمام مصلحة الإنسان وحقه في التداوي من أجل الشفاء من العلة والمرض، فإنّ هذه المصلحة تعلو وتطغو على حقه في عدم المساس بجسمه، ويكون معها الاعتراف استثناءً بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان لإعادة هذا الجسم إلى حالته أو استقراره.

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن الأمر لا يبدو بهذه البساطة، فما شهدته مختلف نواحي الحياة العصرية من تقدّم باهر، خصوصاً ما تعلّق بالمجال العلمي والتكنولوجي، والذي وإن كان من الإيجابيات، فإنه كذلك يحسب على البشرية لما يصاحبه من مخاطر إذا تم استخدامه بطريقة غير سليمة ولم يحط بضمانات تشريعية وقانونية، تضمن عدم التمرد أو الخروج عنه، للحد من التهديد الواقع على جسم الإنسان وصحته.

¹ - الآية 70، سورة الإسراء.

² - رواه البخاري في صحيحه. أنظر: ابي عبد الله محمد البخاري، صحيح البخاري، دار الرشيد، باب الواد، الجزائر، ج3، كتاب الطب، ص. 71.

فمهنة الطب مهنة إنسانية محضة، لها تاريخ عريق، حيث عرفت لها آداب للممارسة في إطار قَسَم يلتزم الأطباء بأدائه قبل أن يؤذن لهم بالعمل، وهو ما وضعه أبقراط الشهير⁽¹⁾، حدد من خلاله الإطار الأخلاقي والسلوكي والإنساني وواجبات الطبيب نحو المريض ونحو زملائه، وهو القسم الذي توارثته الأجيال إلى يومنا هذا...⁽²⁾

ورغم قدسية هذه المهنة، والتي حظيت بتنظيم قواعدها وأصولها القوانين الوضعية، إلا أنها تبقى من المهن المعقدة والخطيرة، لما يترتب عن ممارستها من أخطاء وأخطار تعد كوارث تمس حياة الإنسان، وقد تضع حدًا لها في بعض الأحيان، فيجد الطبيب نفسه تبعاً لذلك مطلوباً لجهات قضائية متعددة وتتعقد مسؤوليته الطبية.

فهذه المهنة تفرض على صاحبها أن يراعي دائماً تلك الأصول والقواعد المسطرة لها، وأن يكون أكثر حرصاً من غيره، وأن يبذل في سبيل ذلك العناية اللازمة وفقاً للظروف وتبعاً للحالة، لأنّ المسؤولية التي تقع عليه كبيرة وخطيرة.

غير أنه فيما مضى كان الطبيب يتمتع بحصانة مهنية مطلقة، وكان من الصعب إن لم نقل من المستحيل، مساءلته عن ما يقترفه من أخطاء، وذلك نتيجة للاعتقاد الراسخ بأن حادث العلاج الطبي، هو من أحكام القضاء ونوازل القدر، إلا أنه سرعان ما بدأت هذه الحصانة تتلاشى شيئاً فشيئاً بفضل التقدم الحاصل في المجال العلمي وكذا وسائل الإعلام

1 - أبقراط هو أشهر أطباء العالم القديم، ولد حوالي 460 قبل الميلاد وعاش خمساً وتسعين سنة، تعلم الطب عن أبيه وجده، ولما رأى أن مهنة الطب تكاد تنقرض بسبب الاحتكار وعدم التدوين جمع مجموعة من الغرباء وعلمهم إياه.

2 - صيغة القسم: " إئتني أقسم بالله رب الحياة والموت، وواهب الصحة وخالق الشفاء وكل علاج، وأقسم بأسفليبيوس، وأقسم بأولياء الله من الرجال والنساء جميعاً، وأشهدهم جميعاً، على أنني أفي بهذه اليمين وهذا الشرط، وأرى أن المعلم على هذه الصناعة بمنزلة أبائي، وأواسيه في معاشي، وإذا احتاج إلى مال واسيته وواصلته من مالي، وأما الجنس المتناسل منه فأرى أنه مساو لإخوتي، وأعلمهم هذه الصناعة إن احتاجوا إلى تعلمها بغير أجر أو شرط، وأشرك أولادي وأولاد المعلم لي والتلاميذ الذين كتب عليهم الشرط وحلفوا بالناموس الطبي في الوصايا والعلوم وسائر ما في الصناعة وأما غير هؤلاء فلا أفعل له ذلك، وأقصد في جميع التدبير بقدر طاقتي منفعة للمرضى، وأما الأشياء التي تضر بهم وتفني منهم الجور عليهم فأمنع منها بحسب رأيي، ولا أعطي إذا طلب مني دواءً قتالاً ولا أشير أيضاً بمثل هذه المشورة، وكذلك أيضاً لا أرى أن أدنى من النسوة فرزجة سقط الجنين، وأحفظ نفسي في تدبيري وصناعاتي على الزكاة والطهارة، ولا أشق أيضاً عنم في مثانته حجارة...".

أنظر: موفق الدين بن أبي أصبغة، موسوعة القرن العشرين عن طبقات الأطباء، ج1، ص. 28. نقلا عن: جمال ولد أكاط، إثبات الخطأ الطبي أمام المحاكم الجزائية في النظام القضائي الموريتاني، ورقة بحثية، اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة العليا بالجزائر حول المسؤولية الجزائية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، ص. 13.

وما نتج عنه من توعية للرأي العام، مما أدى إلى صعوبة إقناع المريض أو أهله بعدم متابعة الطبيب، ولذلك فتكون مسؤولية الطبيب وليدة التطور التاريخي والتقني والتكنولوجي، الذي لحق بالعلوم الطبية والذي رافقته على الصعيد الآخر زيادة في المخاطر على جسم الإنسان.

وبعدما كانت هذه المسؤولية تثور عن الأخطاء العمدية المرتكبة أثناء ممارسة العمل الطبي، أصبح اليوم إهمال الطبيب وتقصيره وما ينتج عنه من أخطاء سبباً لنهوضها أيضاً⁽¹⁾.

فقد أثارت هذه المسؤولية جدلاً على مستوى الفقه والقضاء نظراً لحساسية العمل الطبي لاتصاله بجسم الإنسان، وهذا الأمر تتجاذبه كفتان جديرتان بالحماية، من خلال تأمين الحماية اللازمة للإنسان المريض من المخاطر وبخاصة من الأخطاء الطبية، وتأمين الحماية القانونية للأطباء للعمل في جو من الثقة والأمان بعيداً عن القلق والتخوف.

وقد تختلف مسؤولية الطبيب باختلاف القاعدة التي يخالفها، فقد يجد نفسه ماثلاً أمام القضاء المدني من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض المضرور، وقد يجد نفسه ماثلاً أمام جهات إدارية إذا ما خالف واجب من واجباته المهنية فتقوم مسؤوليته التأديبية، في حين إذا تضمن خروجه عن الواجب القانوني المساس بمصالح المجتمع، فلا شك في أن المسؤولية جزائية فتسلط عليه العقوبة المناسبة.

فالمسؤولية الجزائية تعتبر من أخطر المسؤوليات التي قد يتعرض لها الطبيب، ذلك لأنها تكلفه خسران مهنته وسمعته، ناهيك عن التعويض الذي يقدمه للمجني عليه أو ذويه.

وهي تعني ملاحقة الجاني وتحميله الجزاء نتيجة اقترافه فعل أو الامتناع عن فعل.

ولقيام هذه المسؤولية لا بد من توافر خطأ من جانب الطبيب، مخالفاً فيه القواعد والأصول المسطرة قانوناً ومسبباً بذلك ضرراً للمريض أيّاً كان نوع هذا الضرر. وقد تنتوع هذه المسؤولية بتنوع نوع الخطأ فقد تكون مسؤولية جزائية عن الأخطاء العمدية على

¹ - د. محمود القبلاوي، المسؤولية الجزائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ب.ط، 2011، ص.2.

سلامة جسم المريض، وقد تكون مسؤولية جزائية عن الأخطاء غير العمدية والتي تكون نتيجة إهمال أو تقصير من الطبيب في مسلكه الطبي.

والحقيقة أن فكرة الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية، قد جعلتها مثاراً للجدل لدى الفقه والقضاء، وتبلورت كلها حول تحديد ماهية الخطأ ودرجة الجسامة اللازمة لإدانة الطبيب جزائياً.

والتشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، لم يقد بإعطاء تعريف للخطأ الطبي، سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة بحماية الصحة وترقيتها أو في مدونة أخلاقيات الطب التي حددت فقط التزامات الطبيب، وتنظيم علاقاته بين زملائه أو مع المرضى، ففسح المجال للفقه والقضاء وأوكل لهما مهمة التعريف.

وعلى هذا فموضوع الخطأ الطبي في المسؤولية الجزائية، لا يعد من الأمور اليسيرة، وصعوبته وتعقيده يكمن في ارتباطه بجسم الإنسان، إضافة إلى الخصوصية الفنية التي تتمتع بها هذه المهنة، لما لها علاقة بالحياة من جهة والموت من جهة أخرى.

ولعلّ السبب الوجيه في اختيار هذا الموضوع ليكون محلاً للدراسة، يكمن في الاختلال الواقع بين علاقة الطبيب بالمريض، وهي علاقة محترفٍ بشخص عادي، فالطبيب يملك المعرفة الطبية والأجهزة الحديثة، علاوة على الترخيص القانوني الممنوح له بالمساس بجسم الإنسان وفقاً للشروط المحددة، بيد أن المريض لا يملك إلا تسليم نفسه له لتحقيق الشفاء أو التخفيف من حدة آلام المرض، مما يستدعي بحث هذا الموضوع للوقوف عند نقاط وأوجه هذا الخلل، ويكمن السبب أيضاً في أهمية هذا الموضوع على الصعيدين الفقهي والقضائي وازدياد وتيرة الأخطاء الطبية، فقد ارتفع معدّل دعاوى الطبية المرفوعة من المرضى ضد الأطباء، وهذا ما أدى إلى فقدان الثقة بين المريض والطبيب ناهيك عن طغيان المصالح الاقتصادية على المبادئ الأخلاقية. هذه الدعاوى قد أغرقت الأطباء وجعلتهم غير قادرين على الابتكار وتطبيق المستجدات في هذا المجال...

ومع غياب نصوص قانونية واضحة تعالج موضوع الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية، برزت مشكلة رئيسية مفادها: إلى أي مدى يمكن مساءلة الطبيب جزائياً عن أخطائه الطبية؟

هذا التساؤل تنبثق منه العديد من الأسئلة:

ما طبيعة الخطأ الطبي ومعياره؟ - ما هو نطاق مسؤولية الطبيب الجزائية عن خطئه؟ - ما مدى كفاية تطبيق القواعد العامة لمساءلة الطبيب جزائياً عن خطئه؟ - ما أثر انتفاء الخطأ ورابطة السببية في مسؤولية الطبيب الجزائية؟

وحتى يتسنى لنا الإلمام بمحاور هذه الدراسة إماماً كافياً، استعنا في دراستنا بالمنهج الوصفي في نقل قواعد العمل الطبي وأصوله وفنياته، ثم المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والقضائية ومناقشتها، خاصة في القانون المقارن واستخراج الأحكام المناسبة وكذا استخلاص النتائج العملية منها، وبالتالي فقد كان المنهج المقارن حاضراً أيضاً لإبراز التفاوت بين القوانين وبخاصة (القانون المصري والفرنسي) مع التركيز بطبيعة الحال على القانون الجزائري.

لهذه الاعتبارات ولأهمية الموضوع، تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، يسبقهما مبحث تمهيدي يتناول مدخلاً للمسؤولية الجزائية للطبيب من خلال تحديد ماهية العمل الطبي وأصوله الفنية، وباعتبار أن خطأ الطبيب أثناء عمله الطبي ركن جوهري وأساسي لقيام المسؤولية بوجه عام والمسؤولية الجزائية بوجه خاص، فقد تناولنا ذلك في (الفصل الأول)، ومما لا شك فيه أن الخطأ في هذا المجال يعد جريمة يعاقب عليها القانون، فهي تصنّف تبعاً لنوع الخطأ المقترف فقد ارتأينا تناول نطاق المسؤولية الجزائية والتي تتحدد من خلال إبراز مختلف الجرائم سواء كانت عمدية أم غير عمدية وما يترتب عن ذلك في حالة انتفاء الخطأ في (الفصل الثاني).

المبحث التمهيدي

المدخل إلى المسؤولية الجزائية للطبيب

إن الخوض في موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب، لم يكن بالأمر السهل نتيجة ارتباطه بالمساس بجسم الإنسان، إذ يعدّ من المواضيع التي مازالت محل نقاش واجتهاد، سواء في مجال الفقه الجنائي، والتطبيق القضائي والمجال الطبي.

خاصّة وأن الطبيب شخصٌ جند نفسه من أجل القيام بعمل إنساني يتصل بإنقاذ حياة المريض، وتحقيق سلامته الجسدية والنفسية⁽¹⁾، ومن ثمّ لا يُتصور أمام هذه المهمة الإنسانية الجسيمة، أن يجد نفسه فجأة أمام القضاء مسؤولاً عن الضرر الناتج عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه⁽²⁾. والقضاء في هذه الحالة في حيرة بين أمرين: الأول هو حماية المرضى ممّا قد يصدر عن الأطباء من أخطاء، والثاني هو توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم في جوّ من الثقة والأمان الكافي، فالطبيب الذي يشعر أنه مهدّد في كل لحظة بالمساءلة لا يمكنه ممارسة مهنته بإبداع وابتكار، بل قد يؤديّ به الأمر في بعض الأحيان، إلى التهرب من القيام ببعض التدخلات الطبيّة الضرورية خشية الوقوع في الخطأ وبالتالي الوضع تحت المساءلة.

فبهذا المعنى قد تطورت قواعد المسؤولية الطبيّة تطورا ملحوظا، فبعدما كان الطبيب يسأل عن أخطائه العمدية فقط أصبح يُسأل عن مجرد الإهمال⁽³⁾. الأمر الذي أصبح معه التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، باستثناء بعض الحالات التي يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة. وباعتبار أنّ عمل الطبيب مرتبط بسلامة جسم الإنسان وحياته فإنّ الخطأ في هذا العمل محتمل الوقوع أثناء ممارسته لعمله الطّبي، وبالتالي لا يمكن أن يُعتبر الطبيب قد أخطأ في الممارسة إلاّ إذا أخلّ بالتزاماته الخاصّة التي تفرضها عليه مهنته أو التي يفرضها عليه القانون.

1 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 8.

2 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2008، ص. 8.

3 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 7-8.

وقبل الوصول إلى ذلك سنحاول تحديد الإطار العام للمسؤولية وذلك عن طريق تحديد ماهية العمل الطبي باعتباره أساس نشوء خطأ الطبيب **(المطلب الأول)** وتعداد مراحل والشروط الواجب توافرها لأجل ممارسته **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

ماهية العمل الطبي

لقد أدى التطور الذي شهده علم الطب في القرن العشرين، إلى تجاوز في مهمته الأصلية والتي كانت مقتصرة على الوقاية والعلاج من الأمراض إلى مجالات أخرى غير علاجية – كجراحات التجميل وغيرها⁽¹⁾ - من أجل تحقيق رغبات الإنسان، ولقد نتج عن هذا التطور آثار مضرّة ومخاطر تتعلق بجسم الإنسان.

ولما كان خطأ الطبيب المرتكب أثناء تدخله مرتبطاً بطبيعة ونوع التصرف الطبي الذي يباشره على المريض، كان لزاماً تحديد العمل الطبي الذي يمكن أن يُسأل عنه الطبيب في حالة وقوعه في خطأ، إضافة إلى ما يكتسبه هذا الأخير من أهمية بالغة في تحديد الوقت الذي يُسأل فيه الطبيب عن خطئه، فإذا افترضنا اقتصار العمل الطبي على مرحلة العلاج فقط فإنّ الطبيب في هذه الحالة معفى من المساءلة عن الأعمال الطبية الناجمة في المراحل الأخرى. لذا من الضروري بيان مفهوم العمل الطبي من وجهة نظر الفقه **(الفرع الأول)** ومن وجهة نظر التشريع **(الفرع الثاني)** دون إغفال موقف القضاء منه **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المفهوم الفقهي للعمل الطبي

¹ - د. أنس عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2010، ص. 23.

يعتبر العمل الطبّي من الأعمال المهنية والتي بالرغم من سهولة مسمّياتها، يصعب معها تحديد مدلولها. فيتّسع مفهوم العمل الطبّي لكل نشاط يقوم به من يمتنّ الطب أو الصيدلة ويكون الهدف من ورائه الكشف عن المرض أو التخلص أو التخفيف منه.

وما يُلاحظ في هذا الشأن إغفال القوانين المتعلقة بممارسة المهن الطبّية عن وضع تعريف للعمل الطبّي رغم ورود هذا المصطلح في أكثر من نصّ، مما أدّى بالفقه إلى الاجتهاد في محاولة منه لوضع تعريف مناسب للعمل الطبّي، فتباينت الآراء في ذلك بين مضيق لمدلوله على مرحلة العلاج (أولاً) وآخر موسّع له (ثانياً).

أولاً: التعريف الضيق للعمل الطبّي

حصر أنصار هذا الرأي العمل الطبّي في مرحلة العلاج فقط، مستبعدين جميع المراحل الأخرى. سواء السابقة أو اللاحقة للعلاج، فرأى البعض من الفقه الفرنسي من بينهم "سافتييه" "Savatier" فيعرّفه على أنه "العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، والذي يستند على الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطب، فالجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن الشعوذة"⁽¹⁾.

وذهب رأي آخر إلى اعتبار العمل الطبّي هو النشاط الذي يُباشره شخص متخصص بهدف شفاء الغير، وذلك حسب الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطب⁽²⁾.

وفي حين يرى جانب فقهي آخر، أنّ العمل الطبّي هو كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض⁽³⁾.

¹ - د. رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ب.ط، 2005، ص. 23.

² - Henri Anrys, "Les professions médicales et para médicales dans le marché commun", Bruxelles, 1979, p. 67.

- أشار إليه: د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص وهامش. 6.

³ - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 6. - أنظر كذلك: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وتأديبيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ب.ط، 2004، ص. 12.

وبالرجوع إلى محتوى التعريفات السابقة، يتبين أنها اعتبرت أساس العمل الطبّي هو الوقاية من الأمراض، دون ذكر الأعمال الطبيّة الأخرى التي تكون غايتها المحافظة على صحة وحياة الإنسان كالفحص والتشخيص والرقابة، بالإضافة إلى أنّها لم تتعرض لشروط مشروعية العمل الطبّي الذي استقر عليها الفقه والقضاء⁽¹⁾. هذا ما أدّى إلى ظهور اتجاه آخر من الفقه يوسع من نطاق العمل الطبّي ليشمل مراحل أخرى كالفحص والتشخيص والعلاج والرقابة.

ثانياً: التعريف الموسّع للعمل الطبّي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ مفهوم العمل الطبّي لا يقتصر على مرحلة العلاج فقط، بل يتعداها ليشمل كافة مراحل من فحص وتشخيص وعلاج ورقابة، وهذا ما يُستشف من خلال التعريفات التي وردت في هذا السياق⁽²⁾.

فلقد حاول الفقه المصري الاجتهاد في تحديد المقصود من ماهيّة العمل الطبّي وتحديد نطاقه⁽³⁾، ونذكر منها تعريف الدكتور محمد نجيب حسني على أنّه: " ذلك النشاط الذي يتفق في كميّة وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في عل الطبّ، ويتّجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمر، إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبّي أن يكون علاجياً، يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدّته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يُعدّ كذلك من قبيل الأعمال الطبيّة ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض"⁽⁴⁾.

-أنظر كذلك: خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية (مسؤولية المهندس المعماري - مسؤولية المقاول- مسؤولية رب العمل - مسؤولية الطبيب- مسؤولية حارس البناء) في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، 2009، ص. 251.

1 - أ. بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008، ص. 6.

2 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 19. - أنظر كذلك: د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 6. - أنظر كذلك: د. محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص. 6.

3 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 30.

4 - د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 1977، ص. 182.

كما عبّر عنه البعض على أنه: " كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه يقوم به طبيب وفقاً لضوابط معيّنة، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء

أو تخفيف آلام المرض أو الحدّ منها أو منع المرض بهدف المحافظة على صحّة الأفراد أو لتحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يُجرى عليه هذا العمل....(1)".

وعلى ضوء ذلك، فإنّ هذا الاتجاه الموسّع من الفقه قد جعل العمل الطّبيّ شاملاً ليمتدّ إلى جميع حالات التدخّل الطّبيّ لتحسين الحالة الصحيّة للمريض، فهو يشمل أنواع الجراحة بالإضافة إلى طب التجميل، كما يشمل أيضاً جميع الأعمال الأخرى اللازمة لمزاولة مهنة الطّبّ.

وما يلاحظ من خلال ما سبق أن الفقهاء قد أجمعوا على أنّ العمل الطّبيّ يُمارس إمّا بواسطة أطباء مرخّص لهم بمزاولة المهنة أو بواسطة مساعديهم الذين يمارسونها تحت رقابتهم وإشرافهم، فلا يُعدّ عملاً طبيّاً إذا قام به غير هؤلاء ولو انصبّ في نفس المجال.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للعمل الطّبيّ

على الرغم من عدم وجود تعريفات واضحة لمفهوم العمل الطّبيّ، إلّا أنّ غالبية التشريعات قد اهتمت بتحديد ماهيّته من خلال تحديد نطاقه ومجمل التدخّلات الطبيّة التي

¹ - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 31.

تندرج تحته، فكان المشرع الفرنسي سبّاقاً في ذلك عندما قام باستصدار قانون الصحة لسنة 1892، وما شهده هذا الأخير من تحيينات عديدة.

وعلى نفس السياق، فقد سار المشرع المصري واتبع خطى المشرع الفرنسي، فلم ينص صراحة على تعريف العمل الطّبي، وإمّا أشار إليه ضمناً في النصوص المتعلقة بشروط مزاوله المهنة، شأنه في ذلك شأن المشرع الجزائري، الذي حاول تحديد مدلول العمل الطّبي سواء في القوانين أو اللوائح التي تُنظم مزاوله مهنة الطبّ من خلال تحديد سلوكيات من يمارسها. لذا سنحاول التعرض لهذه المسألة وذلك باستعراض موقف كل من المشرع الفرنسي والمصري (أولاً) وبعدها موقف المشرع الجزائري منه (ثانياً).

أولاً: موقف المشرع الفرنسي والمصري من العمل الطّبي

لقد اهتمّ المشرع الفرنسي والمصري بتحديد مفهوم العمل الطّبي سواء في قانون الصحة العامة وتعديلاته أو في قانون مزاوله مهنة الطبّ لكليهما.

1- العمل الطّبي في التشريع الفرنسي

لقد تناول المشرع الفرنسي العمل الطّبي في قانون مزاوله مهنة الطبّ ولائحة أخلاقيات المهنة، فحدّد ما يدخل في نطاق الأعمال الطّبية على سبيل الحصر⁽¹⁾، دون تحديد لمفهوم هذه الأعمال سائراً على نهج غالبية القوانين المنظّمة لهذا المجال، تاركاً بطبيعة الحال ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

أ) في قانون مزاوله مهنة الطبّ

في بادئ الأمر ووفقاً لقانون رقم 35 المؤرخ في 30 نوفمبر 1892، كان نطاق العمل الطّبي محصوراً على مرحلة العلاج فقط، مستبعداً كل من الفحص والتشخيص من

¹ - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 25.

قائمة الأعمال الطبيّة⁽¹⁾، لكن سرعان ما صدر قانون الصحة العامّة المؤرخ في 24 سبتمبر 1945 والمعدّل بالمرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953 حيث حدّدت المادة 372⁽²⁾ منه العمل الطّبيّ بأنّه التشخيص والعلاج⁽³⁾.

كما حدّد القرار الصادر من وزير الصحّة الفرنسي في 06 جانفي 1962 والمعدّل في 01 جوان 1965 وفي 21 أكتوبر 1975 وفي 02 أوت 1977 و16 مارس 1979 و4 أبريل 1979 وآخر تعديل له كان في 02 جويلية 1979⁽⁴⁾، قد حدّد الأعمال التي يستطيع الأطبّاء ومساعدوهم القيام بها تحديدا حصريا.

ب) في قانون أخلاقيات الطّب

نصّت المادة 17 من المرسوم الصادر في 28 جوان 1979 من قانون أخلاقيات مهنة الطّب الفرنسي، على أنّ العمل الطّبيّ يدخل في نطاقه التشخيص والعلاج والوقاية، وهذا نتيجة لما آلت إليه فكرة الصحّة من تطور إلى درجة تقرير التطعيم الإجباري ضد الأمراض المعدية والعلاج الإجباري من الأمراض والفحص الإجباري.

2- العمل الطّبيّ في التشريع المصري

سار المشرع المصري على خطى المشرع الفرنسي فيما يخصّ تحديد العمل الطّبيّ، فلم يقدّم بتعريفه صراحة وإنما قام بالإشارة إلى ذلك المفهوم ضمناً في النّص المتعلق بشروط مزاوله مهنة الطّب⁽⁵⁾، وذلك بتعداد الأعمال التي تُعدّ من قبيل الأعمال الطبية على سبيل المثال.

أ) في قانون مزاوله مهنة الطّب

¹ - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 7.

² - Art. 372: «Exercice illégalement la médecine: toute personne qui prend part habituellement ou par direction même en présence d'un médecin à l'établissement d'un diagnostic ou traitement de maladies».

- أشار إليه: د. محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص. 7.

³ - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 250.

⁴ - أ. بورويس العيرج، المرجع السابق، ص. 3.

⁵ - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 16.

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 الخاص بمزاولة مهنة الطب نصت على أنه: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات التي تحدّد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الأدميين للتشخيص الطبي المعملية بأيّة طريقة كانت، أو وصف نظارات طبية وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأيّة كيفية كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تُجيز قوانينه للمصريين مزاولة مهنة الطب بها..."⁽¹⁾.

فما يُستخلص من هذا النصّ أنّ التشخيص والعلاج العادي والجراحي ووصف الأدوية، بالإضافة إلى أخذ العينات أو أيّ عمل طبيّ آخر، هو من قبيل الأعمال الطبيّة، فهو لم يحصر العمل الطبيّ في فئة واحدة بل ذكرها على سبيل المثال لا الحصر.

ب) في لائحة أخلاقيات مهنة الطب

بالرجوع إلى لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطبّ البشري الصادر بقرار من وزير الصحة رقم 74/234 لسنة 1974 وباستقراء مُجمل نصوص هذا القرار، نجد أنّ المشرع المصري لم يعرف العمل الطبيّ وإنما أشار إليه في المادة 8 منه والتي تنصّ على أنه: " لا يجوز للطبيب أن يعلن بأيّ وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها..."⁽²⁾، كما نصّت المادة 27 من اللائحة الصادرة بقرار من وزير الصحة رقم 238 المؤرخ في 05 سبتمبر 2003، نصت على أنّ الوقاية تعد من أحد الأعمال الطبيّة⁽³⁾.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من العمل الطبيّ

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص. 267.
² - د. أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2009، ص. 18.
³ - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 27.

لقد اظهر المشرع الجزائري موقفه من العمل الطبّي في مُجمل القوانين المتعلقة بالصحة، من أهمها القانون رقم 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها المعدّل والمتمّم، بالإضافة إلى مختلف المراسيم التنفيذية سواء المتعلقة بمدونة أخلاقيات الطبّ أو الخاصة بالقوانين الأساسية الصادرة في نفس المجال.

أ) في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها

من خلال استقراء المادّة 8 من القانون رقم 85-05⁽¹⁾ المتضمّن حماية الصحة وترقيتها فقد أوردت مختلف الأعمال الطبيّة التي يشملها العلاج الصّحي بقولها: "يشمل العلاج الصّحي الكامل ما يأتي:

- الوقاية من الأمراض في جميع المستويات.
- تشخيص المرض وعلاجه.
- إعادة تكييف المرضى.
- التربية الصحيّة.

كما نصّت المادة 22 من نفس القانون على مجانية العلاج، التي تتمثل في جميع أعمال الصحة العمومية والفحوص التشخيصية ومعالجة المرضى واستشفائهم والتي تتكفل هيكل الصحة العمومية بتوفيرها وتقديمها للمرضى، بالإضافة إلى ذلك نصّت المادّة 195 الفقرة الأولى من القانون المشار إليه أعلاه على أنه: " ينبغي على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:

- السهر على حماية صحّة السكان بتقديم العلاج الطبّي الملئم لهم...".

¹ - قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق لـ 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع. 08 الصادرة في 17 فيفري سنة 1985، المعدل والمتمّم، والتي تم بموجبه إلغاء الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ع. 101 لسنة 1976. وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون عدل بموجب القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 وكذا بموجب القانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998.

كما نصّت أيضا المادّة 196 الفقرة الثانية على مشاركة المساعدين الطبيين تحت مسؤولية الأطّباء أو الصيادلة أو جراحي الأسنان في أعمال وقاية لحالة المرضى ونظافتهم الجسدية.

ب) في قانون مدونة أخلاقيات الطبّ

لقد تضمّن القانون رقم 92-276⁽¹⁾ المتعلّق بمدونة أخلاقيات الطبّ في طبيّاته مختلف الأعمال التي تخوّل للطبيب أو جراح الأسنان القيام بها، فقد نصّت المادّة 16 منه على أنه: "يخوّل الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين لا تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية...".

فيتضح مما سبق أن مُجمل النصوص التي جاء بها قانون حماية الصّحة وترقيتها أو مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ، جاءت خالية من تعريف واضح للعمل الطّبيّ، مكتفية بتحديد نطاقه من حيث إبراز الأعمال الطبيّة كالتشخيص والعلاج والوقاية وكل الأعمال الطبيّة الأخرى كالجراحة والتحاليل الطبيّة التي أوردتها النصوص على سبيل المثال لا الحصر.

الفرع الثالث

موقف القضاء من العمل الطّبيّ

نتيجة لعدم وجود أحكام عن القضاء الجزائري في مسألة تحديد ماهيّة العمل الطّبيّ، فإننا سنحاول إدراج أهم أحكام كل من القضاء الفرنسي باعتباره سبّاقاً في هذا المجال (أولاً) وأحكام القضاء المصريّ (ثانياً).

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطبّ، ج. ر. ع. 52 الصادرة في 08 جويلية 1992.

أولاً: موقف القضاء الفرنسي

عند استقراء أحكام القضاء الفرنسي، يُلاحظ أن مفهوم العمل الطبّي في بادئ الأمر كان مقتصرًا على العلاج فقط، وبناءً على ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 جوان 1929 قضت بأنه: "يُعَدّ مرتكبًا لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطبّ من يقوم بعلاج المرض دون أن يكون مرخّصًا له بذلك"⁽¹⁾. لكن سرعان ما تطوّر هذا المفهوم فأصبح يشمل أعمال التشخيص والفحوص والتحاليل الطبيّة، وفي هذا الصدد أيضا قضت محكمة النقض بإخضاع كل من يقوم من دون ترخيص بإجراء الفحوص الطبيّة أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض للعقاب عن جريمة الممارسة غير المشروعة⁽²⁾.

وبهذا يكون مفهوم العمل الطبّي وفقا للقضاء الفرنسي، يشمل كل من العلاج والتشخيص وإجراء الفحوصات والتحاليل الطبيّة اللازمة.

ثانياً: موقف القضاء المصري

تبنى القضاء المصري ما خلص إليه القضاء الفرنسي، من حصر مفهوم العمل الطبّي على العلاج والتشخيص في مراحلته الأولى، فقد قضت محكمة مصر المختلطة في جلستها المؤرخة في 26 جانفي 1923، بأنّ على الطبيب مراعاة الحدّ اللازم من الحيطة في وصف العلاج، فيجب عليه ألا يصف العلاج بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار

¹ - Cass.crim: 20juin 1929 b.c 1929, 172.

- نقلا عن: عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 23.

² - Cass.crim: 27 mai 1957, 1958, 387 note F.G; 24 mars 1958.

- نقلا عن: محمود القبلاوي، المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق، ص. 9. - أنظر كذلك: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص. 23. - أنظر كذلك: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص. 23.

حالة المريض وسنه وقوة مقاومته وبنيته ودرجة احتمال له للمواد الكيماوية الداخلة في الدواء ومدى حساسيته لها⁽¹⁾.

كما قضت محكمة استئناف مصر بجلستها المنعقدة في 16 أبريل 1921 أن الخطأ في تشخيص المرض لا تتحقق به مسؤولية الطبيب إلا إذا انطوى الخطأ على جهل ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها⁽²⁾. ولكن تطوّر مفهوم العمل الطبّي في التشريع المصري قد أثر ذلك على أحكام القضاء، فأصبح مفهوم العمل الطبّي واسع النطاق، لا يقتصر على التشخيص والعلاج وإنّما تعداها إلى إجراء العمليّات الجراحية ووصف الأدوية وغيرها....

وعلى إثر ذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية، أنّ الطبيب أو الجراح لا يُعدّ مرتكبا لجريمة الجرح عمدا، لأن قانون مهنته اعتمادا على شهادته الدراسية قد رخص له إجراء العمليّات الجراحية بأجسام المرضى، وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسؤوليته الجنائية عن فعل الجرح وأن سبب إباحة فعل الطبيب استعمال حق مقرر في القانون⁽³⁾.

المطلب الثاني

مراحل العمل الطبّي وشروط ممارسته

إنّ العمل الطبّي باعتباره ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في علم الطبّ، يقوم به طبيب مرخص له قانونا والذي يكون الهدف منه الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء أو التخفيف من آلامه أو الحد

1 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 79.

2 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 77.

3 - قرار رقم 44/249 ق جلسة يوم 11 مارس 1974. - أنظر في ذلك: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص.

منها...، هو بهذا المعنى يمر بعدة مراحل قد استقر عليها الفقه والقضاء من فحص وتشخيص وعلاج، بالإضافة إلى الرقابة التي تعدّ مرحلة هامة فيه (الفرع الأول)، ناهيك عن ما يستلزمه التدخل الطبّي الذي يجريه الطبيب على جسد المريض المساس بجسم الإنسان، والذي يعدّ من بين الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز المساس بالكيان الجسدي، إذ يتطلب ذلك ضرورة توافر جملة من الشروط والتي تخرج هذا العمل من نطاق اللامشروعية إلى المشروعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مراحل العمل الطبّي

لقد اتجه الفقه الحديث إلى اعتبار العمل الطبّي هو كل نشاط يمارسه على جسم الإنسان طبيب متخصص، حاصل على ترخيص لممارسة مهنة الطب، بقصد استكشاف أو العلاج أو الرقابة، مراعيًا في ذلك الأصول العلميّة والآداب المهنيّة⁽¹⁾ المتبعة، وعليه فإن جهود الطبيب في علاج المريض تتطلب المرور بمراحل متعدّدة، لكل مرحلة خصوصياتها وفنياتها، فهو يستهلها بفحص وتشخيص العلة ودرء الخطر عن المريض (أولاً) وهذه المرحلة تعدّ تمهيدا لمرحلة أخرى والتي يقوم فيها الطبيب بوصف الدواء وتحديد الطريقة الملائمة للعلاج، حتى لو اقتضى الأمر أن يكون علاجاً جراحياً (ثانياً)، ولا ينتهي الأمر عند هذا الحد، إذ أن التزامات الطبيب نحو المريض تمتد إلى ما بعد هاتين المرحلتين، فنكون مرحلة الرقابة من مقتضيات العمل الطبّي (ثالثاً).

أولاً: مرحلة الفحص والتشخيص

من الصعوبة بمكان محاولة التفرقة من حيث الزمان بين الفحص الطبّي وتشخيص المرض، فهما يتّمان في وقت واحد وعادة ما يتمّ إدراج الفحص الطبّي ضمن التشخيص لتداخل المفهومين.

¹ - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 31.

فيعتبر الفحص الطبّي بداية العمل الطبّي الذي يقوم به الطبيب، فيقوم هذا الأخير بفحص الحالة الصحيّة للمريض فحصاً ظاهرياً، أي اكتشاف العلامات والدلائل الإكلينيكية. وقد يستعين في ذلك ببعض الأجهزة العادية والبسيطة، كالسماعة الطبيّة وجهاز ضغط الدم⁽¹⁾. وما جرت عليه العادة فإنّ الفحص الطبّي يكون فحصاً تمهيدياً كمرحلة أولية، يتمّ فيها استخدام اليدين أو العين أو بعض الأجهزة البسيطة، ويتلوها فحص طبيّ تكميلي، يستعين فيه الطبيب بأدوات طبيّة أكثر تقدماً⁽²⁾، بإجراء تحاليل معيّنة كتحليل الدم أو البول مثلاً، أو أخذ صور أشعة لأجزاء معيّنة من جسد المريض. وللطبيب قبل ظهور نتائج التحاليل والأشعة، أن يصف للمريض علاجاً مؤقتاً، وعليه فإذا ارتكب الطبيب خطأ في أداءه لهذا العمل فإنه يكون محل مساءلة، أمّا التشخيص فيقصد به لغةً بشخص الشيء، أي عينه وميّزه عمّا سواه، ومنه تشخيص الأمراض عند الأطباء، أي تعيينها ومعرفة مركزها⁽³⁾. فهو إجراء يعقب الفحص الطبّي، يقوم فيه الطبيب باستخلاص النتائج التي تبينّت له من إجراء الفحوص الأولية. وإعطاء تفسير علمي للأعراض التي ظهرت على المريض، مراعيًا في ذلك الأصول العلميّة المتعارف عليها.

والتشخيص كما عرفه الفقيه سافتييه "Savatier" على أنه " العمل الذي يشمل على بحث وتحديد الأمراض والإصابات الجراحية عند شخص المريض"⁽⁴⁾.

ونتيجة لما سبق، فإن تشخيص المرض هو مرحلة تتسم بالدقة، حيث يحاول الطبيب التعرف على نوع المرض ودرجة خطورته، إضافة إلى معرفة المعلومات السابقة عن

¹ - د. أسعد عبيد الجبيلي، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ب.ط، 2009، ص. 241.

² - د. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ط1، 2007، ص. 115.

³ - ومنه (شخص: أثبت الشخص، وشخص سواد الإنسان وغيره: تراه من بعيد، وكل شيء رأيت جسمانه فقد شخصته). أنظر: محمد ابن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، 1968، المجلد 7، ص. 45.

⁴ - د. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 1990، ص. 62.

المريض، من حيث حالته الصحيّة والعوامل الوراثية⁽¹⁾، فهو عمل يهدف إلى معرفة الأمراض بعد تحديد أعراضها⁽²⁾.

فعلى الطبيب أن يبذل العناية اللازمة في فحص المريض وتشخيص العلة التي يشكو منها، وعليه أيضا أن يستعين بأراء الاختصاصيين في كل حال يُستعصى عليه فيها التشخيص، مع أخذه بكافة الطرق العلمية للفحص، وذلك بغية إحاطة عمله بالضمانات اللازمة، إذ أن أي خطأ في هذه المرحلة الهامة والرئيسة، تتبعه نتائج قد لا تحمد عقابها، ومن هذه المرحلة تبدأ المسؤولية الطبيّة، وأي تسرع في البث وتقرير حالة المريض قد يوقع الطبيب في خطأ التشخيص، خصوصا إذا أدى إلى وضع حد لحياة الإنسان أو إصابته بعاهة.

ثانياً: مرحلة العلاج

بعد قيام الطبيب بفحص المريض وتشخيص مرضه، تأتي مرحلة العلاج والتي يتمتع فيها الطبيب بالحرية في وصف واختيار العلاج الملائم، مع أخذه بعين الاعتبار مصلحة المريض وما تقتضيه القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب⁽³⁾. فالطبيب في هذه المرحلة عليه أن يبذل نفس العناية اللازمة التي بذلها في مرحلة التشخيص، وعليه أن يسخر كل جهوده الصادقة في وصف العلاج الملائم. فنصّت المادة 47 من مدونة أخلاقيات المهنة على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج"⁽⁴⁾.

¹ - د. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص. 187.
- أنظر كذلك: طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب.ط، 2004، ص. 25.
² - د. شريف الطباخ، جرائم الخطأ والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ب.ط، 2003، ص. 38.
³ - د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 251.
⁴ - نصت م 203 المشار إليها في م 204 من ق.ح.ص.ت. على ما يلي: " يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان أن يطبقوا التصاميم العلاجية وتقنيات التشخيص المحددة لبعض الأمراض التي في إطار برامج الصحة".

كما نصّت المادة 204 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن: « للطبيب وجراح الأسنان، كل في مجال عمله، الحرية في وصف الأدوية المسجلة في المدونة الوطنية...»، ومن خلال هذين النصين يتبيّن أن المشرع الجزائري قد صرّح بوجود بذل الطبيب العناية اللازمة، والجهود الصادقة من أجل تنفيذ أحسن للعلاج، إضافة إلى إعطائه الحرية في وصف واختيار نوع العلاج الذي يراه مناسباً وفق ما تملّيه مهنة الطبّ، وهذا ما أكدته أيضاً المواد 16 و17 من مدونة أخلاقيات الطبّ⁽¹⁾.

لهذا يمكن القول أنه من الطبيعي ألا يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة كشفاء المريض، بل يبقى التزامه ببذل عناية فقط في اختيار العلاج بهدف التوصل إلى شفاؤه أو التخفيف من آلامه، ولا يسأل الطبيب نتيجة لذلك لأمر مرده إلى مدى فعالية العلاج من جهة، ومدى قابلية جسم المريض واستيعابه للعلاج من جهة أخرى. ولكن مع ذلك يبقى اختيار العلاج ونوعه ومقدار وكيفية استخدامه، يقتضي من الطبيب منتهى اليقظة والحذر، لأن أي خطأ في تقدير الجرعة يعرضه للمساءلة نتيجة خطئه في وصف الدواء.

زيادة على ما سبق، يجب التنويه إلى أن خطورة هذه المرحلة تظهر أكثر إذا كان العلاج جراحياً، فإذا اتسم مسلك الطبيب بالجهل أو الإهمال سواء في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أو أثناء إجرائها، فإن ذلك يعرضه لا محالة إلى المساءلة.

ثالثاً: مرحلة الرقابة

تظهر أهمية هذه المرحلة خصوصاً بعد التدخل الجراحي، فالطبيب لا يقتصر التزامه على الفحص والتشخيص ومن ثم اختيار نوع العلاج وإنما يمتدّ التزامه ببذل عناية تجاه المريض عقب ذلك، فالرقابة العلاجية هي تتبع حالة المريض بعد العلاج أو الجراحة، للتأكد من سير الجرح على نحو مرض.

¹ - نصت م 16 من م.أ.ط. أنه: " يخول للطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية". أما م 17 فقد نصت على أنه: " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعويض المريض لخطر لا مبرر له من خلال فحوصه الطبية أو علاجه".

وبالرجوع إلى قانون مزاولة مهنة الطبّ سواء في الجزائر أو في سائر التشريعات الأخرى، نجد أنه لم يرد فيها نصّ الرقابة العلاجية، إلا ما تعلق بممارسة مهنة الطبّ أو الجراحة بمقتضى الرقابة⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك، نلاحظ أن القضاء قد استقر على أنّ الطبيب ملزم بمراعاة المريض ومتابعة علاجه بعد العمليّة الجراحية، فإذا رفض الطبيب زيارة المريض خلال فترة العلاج أو بعده أو أهمل الذهاب إليه بالرغم من توجيه عدة نداءات إليه، فإنه يكون مخطئاً ومسئولاً عمّا يترتب عن ذلك من أضرار للمريض.

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة مرسيليا " أن الطبيب الذي شرع في معالجة مريض، ثم تركه، يرتكب إهمالاً يعرضه لفقد أتعابه إذا ترك مسكنه دون أن يترك عنوانه، أو يترك طبيباً آخر بدلاً منه، لأنه طالما شرع في علاج المريض فهو قد تعهّد بذلك تعهّداً ضمنيّاً على أن يستمرّ في هذا العلاج، طالما أن المريض بحاجة إليه..."⁽²⁾.

الفرع الثاني

شروط ممارسة العمل الطّبي

لقد كانت ولا زالت مصلحة المجتمع والفرد في الحفاظ على سلامة الجسد، من المصالح التي أقرتها التشريعات ووضعت لها حماية لضمان سير وظائف الحياة في الجسم على نحو طبيعي، ولكن استثناء من هذه القاعدة فإن الأعمال الطبيّة تتطلب المساس بهذا

¹ - نصت م 90 من م.أ.ط.على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المكلف بمهنة، أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأنه يفحصه بصفته طبيب مراقب أو جراح أسنان مراقب...".

² - حكم صادر من محكمة مرسيليا في 15 ديسمبر 1901، مشار إليه: د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط2، 2011، ص. 362.

الحق، وحتى لا يؤخذ هذا الاستثناء على إطلاقه يجب أن يكون هذا المساس وفق ضوابط مشروعة، فالطبيب قد يأتي أفعالا أثناء قيامه بعمله تعتبر من قبيل الجرائم إذا قام بها شخص عادي - كالعلاجات الجراحية وإعطاء بعض المواد المخدرة وغيرها-، فما يلاحظ هو تطابق هذه الأعمال الطبية والجراحية مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسد، ولكن ما استقر عليه هو إباحة هذه الأعمال في هذا المجال عند توافر جملة من الشروط التي تضي على هذا التدخل صفة المشروعية.

وقد أثير خلاف وجدل فقهي وطرح أسئلة عديدة في التكييف القانوني لإباحة ممارسة العمل الطبي⁽¹⁾، فردّه البعض إلى العرف والعادة وهذا ما أقرته المادة الأولى من مدونة أخلاقيات الطبّ، في حين أسنده البعض الآخر إلى حالة الضرورة ومنهم من قال برضاء المريض...

وأمام هذا الخلاف وقصور كل الآراء السالفة الذكر⁽²⁾، ظهر اتجاه فقهي معاصر ودعّمه القضاء، اعتبر العمل الطبي مشروعاً إذا وجد نص قانوني يرخص هذا العمل (أولاً) ورضاء المريض بالعلاج أو من يمثله قانوناً (ثانياً) وأن يكون هذا التدخل بقصد العلاج (ثالثاً) مراعيًا فيه الأصول العلمية لممارسة هذا العمل الطبي (رابعاً).

أولاً: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطبّ

اعتبر غالبية الفقه أن أساس مشروعية العمل الطبي يرجع إلى إرادة المشرّع، حيث خوّل لهم حقّ التعرض لأجسام المرضى بناء على ترخيص القانون لهم بمزاولة هذا العمل، فبهذا المعنى فإن صدور الترخيص للشخص الذي يمارس هذا العمل يعتبر شرطاً لإباحة العمل الطبي.

1 - نصت م 1 من م.أ.ط. على ما يلي: " أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ وقواعد وأعراف، التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها، وأن يستلهمها في ممارسة مهنته".

2 - د. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب.ط، 2007، ص. 92.

ولكي يتحصل الشخص على هذا الترخيص يجب أن يكون طالبه حاصلًا على الدرجة العلمية المؤهلة لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 197 الفقرة الأولى من قانون حماية الصحة وترقيتها " تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءً على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها..."⁽¹⁾.

وتتضح أهمية هذا الشرط كون المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بمزاولة مهنة الطب، نظراً لإلمامهم وتمتعهم بدراية كافية في هذا المجال. وهذا للحدّ من ممارسة الأعمال الطبية من قبل الممرضين والحلاقين وغيرهم من الذين يقومون بالعمليات الجراحية ومداواة المرضى بالحجامة أو الأعشاب الطبيعية⁽²⁾، فالترخيص إذن متوقف على الدرجة العلمية المتحصّل عليها، بالإضافة إلى ذلك فقد أجازت قواعد ممارسة المهنة بالسماح لطلبة الطب وجراحة الأسنان خلال فترة التدريب أن يمارسوا الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية⁽³⁾.

ويتضح من خلال النصوص السالفة الذكر، أنّ المشرع الجزائري قد اشترط ضرورة الحصول على الترخيص القانوني من الوزير المختص لكي يتمكن الطبيب من مباشرة عمله. وهذا يعني أنه ليس بمجرد حصول الطالب على شهادة دكتور في الطب يستطيع أن يزاول العمل الطبي، فالمؤهل العلمي يعدّ شرطاً للحصول على الرخصة ومن ثم مزاولة المهنة. زيادة على ذلك فقد تضمنت مدونة أخلاقيات المهنة شروطاً إضافية⁽⁴⁾، تتضمن تحديد الإطار القانوني الذي يمكن الدولة من مراقبة مدى احترام الأفراد لقواعد

¹ - تنص م 197 من ق.ح.ص.ت. أيضاً على ما يلي: " 1- ألا يكون مصاباً بعاهة أو بعلّة مرضية منافية لممارسة المهنة. 2- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف. 3- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر بناءً على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

² - انتشر مؤخراً التداوي بالأعشاب والحجامة، وأصبح يمارسها أشخاص ليست لهم علاقة بالطب وأصوله وذلك بغية الحصول على الربح والمتاجرة مما أدى إلى حدوث أخطاء كثيرة وإصابات بليغة، انجرت من ورائها دعاوى قضائية كثيرة.

³ - نصت م 200 من ق.ح.ص.ت. على أنه "يسمح لطلبة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية، أن يمارسوا تباعاً الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية، تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين".

⁴ - أنظر المواد 4، 5 من ق.م.أ.ط.

ترقية الصحة العمومية والمحافظة عليها، عن طريق التنظيم الذي وضعته، والمتمثل في مجالس أخلاقيات الطب⁽¹⁾، وهذا ما نصّ عليه أيضا كل من المرسوم التنفيذي رقم 91-106⁽²⁾ والرسوم التنفيذية رقم 91-471⁽³⁾.

وبناء على ما سبق، فإن ترخيص القانون لا يعتبر لوحده أساسا لمشروعية العمل الطبي، بل يجب توافر شروط أخرى، مثل رضا المريض وأن يكون هذا العمل مطابقا للأصول العلميّة قصد شفاء المريض، فالترخيص بمزاولة المهنة يعدّ كاشفا لحق الطبيب في مزاولة المهنة وليس منشأ لهذا الحق.

ثانياً: رضا المريض

إن تدخل الطبيب لمعالجة المريض يتوقف على موافقة هذا الأخير المسبقة، بحيث لو تخلف رضا المريض أصبح العمل الطبي فاقدا لأحد شروط إباحته، وبالتالي تحمّل الطبيب ما ينتج من مخاطر عن العلاج حتى لو لم يرتكب أي خطأ⁽⁴⁾.

ولقد أثارت مسألة رضا المريض، في إطار إباحة الأعمال الطبيّة، عدّة مشاكل فتباينت التشريعات القانونية حول هذه المسألة. ففي فرنسا لم يتعرض القانون الفرنسي لهذه المسألة في بداية الأمر، وأسندها إلى القواعد العامّة في قانون العقوبات والقانون المدني⁽⁵⁾، ولكنه وضع فيما بعد نصوصا خاصّة تحكم مسألة رضا المريض، حيث أقر ضرورة

¹ - بورويس العيرج، المرجع السابق، ص. 5.

² - المرسوم التنفيذي رقم 91-106، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن القانون الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج. ر. ع. 22 لسنة 1991.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-471، المؤرخ في 7 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الاستشفائي الجامعيين، ج. ر. ع. 66 لسنة 1991.

⁴ - نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1996-1997، ص. 278.

⁵ - Art 1383 c.c.f: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence».

احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك وفي حالة عدم الاستطاعة يُؤخذ رأي أقاربه إلا في حالة الضرورة والاستعجال⁽¹⁾.

أما المشرع المصري وباستثناء ما نصّت عليه المادة 18⁽²⁾ من قانون آداب وميثاق مهنة الطبّ البشري، فإنه لم ينص صراحة على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض وأرجعها إلى القواعد العامّة في قانون العقوبات، أمّا المشرع الجزائري فقد نصّ على ضرورة الحصول على رضا المريض قبل التدخل الطّبي في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽³⁾ وكذا مدونة أخلاقيات الطبّ، فالرضاء هو ذلك الإذن الذي يُعطى من قبل شخص عاقل ومدرك قادر على الإفصاح عن رأيه. وكلما أتاحت للمريض فرصة الاعتراض أو الرفض ولم يقر بذلك، يعد راضيا بهذا التدخل، فإن لم يكون قادرا على الإفصاح أو التعبير عن إرادته فيستعاض عن رضائه برضا ممثله القانوني، عملا بنص المادة 164 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي حدّدت الترتيب الأولي للأشخاص المعنّيين قانونا بالإدلاء بالموافقة في حالة عدم أهلية المعني بالأمر.

غير أنه يجوز للطبيب في حالات معينة القيام بأعمال التطبيب على جسم المريض دون الحصول على رضا المريض ويكون ذلك إمّا في حالة الاستعجال طبقا للمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطبّ بنصّها على أنه " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض... " أو في حالة ما إذا قام الطبيب بعمله تنفيذا لأوامر أو أحكام القانون، كأن تصدر الدولة نصوصا في حالة انتشار الأوبئة⁽⁴⁾، فيكون حينئذ عمل الطبيب أداءا لواجب، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري في المادة 154 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها بقوله: " ... لا تطبق أحكام هذه المادّة في الحالات التي تستوجب بمقتضى القانون تقديم العلاج الطّبي لحماية السكان".

1 - د. ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص. 177.

2 - نصت م 18 من ق. م.أ.ط. على ما يلي: " على الطبيب الذي يدعى لعيادة قاصر أو ناقص الأهلية أو مريض فاقد الوعي في حالة خطيرة، أن يبذل ما في متناوله يده لإنقاذه ولو تعذر عليه الحصول في الوقت المناسب على وليه أو الوصي أو القيمّ عليه...".

3 - أنظر م 164 من ق.ح.ص.ت. و م 44 من م.أ.ط.

4 - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 124.

وتبينانا لما ذكر، فإن المشرّع الجزائري قد اشترط حصول رضاء المريض مقدّما لأن عدم الأخذ برأي المريض، يعرّض الطبيب للمخاطر الناتجة عن تدخله الطبي حتى في حالة عدم ارتكابه لأيّ خطأ، ولكن مقابل ذلك فإن رضاء المريض لا يعني رفع المسؤولية الطبيّة عن الطبيب في حالة توافره وارتكاب هذا الأخير لخطأ في العلاج، أو عدم مراعاة الأصول العلمية للمهنة، فاشتراط المشرّع للرضا يجعل الطبيب بمأمن عن كل مسؤولية.

ثالثا: التدخل قصد العلاج

تنصّ المادة 7 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ على أنه: " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية...، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية..."، يفهم من هذا النص أن التدخل الطبيّ أو الجراحي، يجب أن يكون قصد العلاج حيث يكون الهدف منه هو علاج المريض والتخفيف من معاناته وتحسين حالته الصحيّة، وهذا لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام، فإذا تجاوز الطبيب هذه الغاية وانحرف بها إلى غايات أخرى كالبحت العلمي أو تجربة عقار جديد وآلة جديدة، يعدّ خطأ من جانبه متى أحدث ضررا بالمريض⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن الطب علم قواعده ليست جامدة، فإن تجربة طرق علاجية جديدة قد تنطوي على قدر من الخطورة، أو نسبة معينة من الفشل في تحقيق العلاج لدى بعض الأدوية، ومن ثم فقد اشترط جانب من الفقه لمشروعية هذه التجارب ألا تتضمن أي خطر على صحة الخاضع لها⁽²⁾، وهذا ما أكدته المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ بقولها " يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه". كما نصّت أيضا المادة 18 من نفس المدونة على أنه " لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة،

1 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية...، في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص. 280.
2 - د. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2011، ص. 20.

تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض"⁽¹⁾. وعلى هذا فإن المشرّع الجزائري قد نصّ صراحة على وجوب امتناع الطبيب عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال تدخله الطبّي.

ويعتبر أيضا من قبيل الأعمال التي لا يقصد من ورائها الطبيب العلاج، تلك الأعمال التي يكون الهدف منها تحقيق الربح، فيكون هذا الأخير هو السبب لاختيار الطبيب نوع العلاج مع وجود طرق أخرى أكثر تناسبا وحالة المريض الصحيّة، فقد فُضي بمسؤولية الطبيب حال إقناعه للمريض كذبا بضرورة إجراء عملية جراحية ليست ضرورية لحالته الصحيّة، وإنما من أجل الحصول على الربح الكثير⁽²⁾.

وفي هذا السياق تجدر بنا الإشارة إلى أن هناك عمليّات جراحية لا يقصد بها الشفاء أو التداوي من علة، وإنما يقصد بها إزالة تشويه، يخدش الذوق أو يثير الألم أو الاشمئزاز، وهذا ما يعرف بالجراحة التجميلية "Plastic Surgery"⁽³⁾، فلقد أثار نوع من هذه العمليّات (الفنية الجمالية) التي لا تتجه أصلا إلى العلاج، وإنما تتجه إلى تحسين المظهر، جدلا حول مشروعيتها خصوصا ما يقع من أخطاء وأضرار من جرائها.

رابعاً: مراعاة الأصول العلمية لمهنة الطبّ

زيادة على الشروط السابقة، يجب على الطبيب أثناء مباشرته للعمل الطبّي أن يتبع في ذلك الأصول العلميّة والعملية الخاصّة بهذا العمل في جميع مراحلها (الفحص، التشخيص، العلاج، الرقابة). وعليه أن يقوم بعمله في حدود القواعد والأصول العلمية المعترف بها في علم الطب، فلقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلاميّة منهم (المالكية والحنابلة)

¹ - أنظر كذلك: م 31 من م.أ.ط.

² - فريد عيسوس، الخطأ الطبّي والمسؤولية الطبيّة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص. 50.

³ - د. حسام الدين أحمد، المسؤولية الطبيّة في الجراحة التجميلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2011، ص. 15.

عدة شروط لإباحة العمل الطبّي، من بينها أن يكون العمل الطبّي مطابقاً للأصول العلمية في الطب⁽¹⁾، ولا يعدل عن هذه الأصول إلا طبيب جاهل⁽²⁾.

فإذا أهمل الطبيب مراعاة القواعد والأصول المتعارف عليها في مهنة الطبّ، وترتّب عنه سوء حالة المريض، فإن هذا الإهمال يعرّضه للمساءلة بكل أنواعها. ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما قضت به محكمة "الجيزة"⁽³⁾ بإدانة طبيب أجرى عملية استخراج حصوة من المثانة لفتاة بسبب خطئه وعدم احتياطه، حيث لم يقدّم بوضع درنعة داخلية⁽⁴⁾ "The drains"، ممّا سهل امتداد التقيح من المثانة إلى البريتون، فقد أدّى الأمر إلى حدوث الوفاة نتيجة حدوث التهاب بريتون.

وقد عبّرت محكمة النقض المصريّة عن هذا الشرط في أكثر من حكم لها، وقضت أن إباحة العمل الطبّي يجب أن يكون مطابقاً للأصول العلمية المقرّرة، وفي حالة وجود أي تقريط في إتباع هذه الأصول، فإنه يتعرّض الطبيب للمسؤولية الجزائية بحسب تعمده الفعل أو تقصيره أو عدم تحرّزه⁽⁵⁾.

وعليه فالطبيب يسأل مثلاً إذا قام بإجراء عملية جراحية دون تعقيم للأدوات المخصّصة للجراحة، أو في حالة نسيانه أداة أو شيء ما في بطن المريض، وكذلك يسأل في حالة ما إذا كان ملزماً بالتدخل العاجل كحالة انفجار الزائدة الدودية ولم يسرع، ناهيك عن حالة إجرائه للعمليات الجراحية وهو في حالة سكر.

وفيما يخصّ المشرع الجزائري فقد أكد على هذا الشرط في المادة 30 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها " يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبيّة طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة،

1 - الشيخ شمس الدين محمد ابن أبي بكر ابن أيوب المعروف بـ "ابن القيم الجوزية"، زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق: الشيخ عبد القادر حسونة، دار الفكر لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ب.ط، 1995، ج3، ص. 166.

2 - ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، تحقيق ودراسة وتعليق: د. السيد الجميلي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1990، ص. 113.

3 - حكم محكمة الجيزة، المؤرخ في 26 جانفي 1935، مشار إليه: د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 194.

4 - معنى الدرنعة: أنبوب طويل متصل بكيس يتم إيصاله بالمعدة لتفريغها وهو عمل هام بعد العملية الجراحية.

5 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 31.

ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية". كما نصّت المادة 45 من نفس المدونة على أنه " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أيّ طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة.."، ويفهم من خلال هذين النصّين أن المشرّع ألزم الطبيب ببذل العناية اللازمة من أجل شفاء المريض مطابقاً في ذلك الأصول العلميّة المتعارف عليها في الطبّ. وليس معنى هذا أن الطبيب مطالب بتكرار ما سبق إليه الأطباء دون ابتكار، وإنّما يقصد منه الالتزام بالمعطيات العلميّة وقواعد ممارسة المهنة.

وخلاصة لما سبق، فقد حاولنا في هذا المبحث التمهيدي إبراز أهمية العمل الطّبيّ، من خلال إعطاء مفاهيم مختلفة له، سواء على مستوى الفقه أو القضاء المقارن مع تركيزنا على نظرة المشرع الجزائري تجاه هذه الأعمال، وبالرغم أن هذه الأعمال تنطوي في كثير من الأحيان على المساس بسلامة جسم الإنسان والتي حظيت بحماية خاصّة من قبل الفرد والمجتمع ككل، إلا أنها تعدّ من الأعمال المباحة إذا تمّت مباشرتها وفق ما نصّ عليه القانون، وبالشروط المحددة لذلك. لهذا فإن العمل الطّبيّ إذا تمّت مباشرته من قبل "طبيب" مرخّص له بذلك مع احترامه لبقية الشروط الأخرى، من أخذ رضا المريض وانصراف عمله لغرض العلاج والشفاء، متبعاً الأصول العلميّة الحديثة لمهنة الطبّ. فإنه يكون بمأمن من أيّ مساءلة مهما كان نوعها.

غير أنّ الخروج عن هذه القواعد والشروط تجعل الطبيب معرّضاً لا محالة لجملة من الأخطاء، سواء كانت عادية أم فنية وبغض النظر عن درجة جسامتها ومدى تعمّد الطبيب لارتكابها. وهذا ما سيتمّ التفصيل فيه في **الفصل الأول** من هذه الدراسة. وبما أن خطأ الطبيب في مجاله يعتبر جريمة لما في ذلك مساس بحرمة الجسم، فإنه سيتمّ تعداد بعض التطبيقات لجرائم الخطأ سواء العمدية منها أو غير العمدية في **الفصل الثاني**.

الفصل الأول

الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية للطبيب

لقد أصبحت الايجابية والفاعلية التي نتجت عن التطور الهائل والمستمر في علم الطب، سواء على صعيد المهارات الشخصية أو في المجال التقني، من أهم ما ميز الطب الحديث، والتي جعلته يتجاوز مهمته الأصلية من الوقاية والعلاج إلى تحقيق رغبات الإنسان، في كثير من المجالات غير العلاجية، مغيرا في ذلك وصف الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق الطبيب، الذي أصبح في وضع صعب بالمقارنة مع غيره من المهنيين بحكم تعامله مع أثن شيء في الإنسان، ألا و هو حق الحياة و الصحة.

لهذا فعلاقة الطبيب بسلامة جسم الإنسان وحياته علاقة وطيدة، ما دام هو من يباشر معالجة ما يمس بكل منهما، فعمل الطبيب عمل إنساني يقوم أصلاً على خدمة إنسانية،

الهدف منها تخليص الناس من الالمهم و تأمين سلامتهم، فهو الشخص الذي بيديه المهارة و الخبرة في نظر المرضى لتحقيق الشفاء.

و على النقيض من ذلك، فالشفاء الذي يراه المريض في يد الطبيب قد يكون مساوياً لخسران حياته أحياناً بأي خطأ يرتكبه الطبيب أثناء ممارسته للمهنة، فاحتمال وقوع الخطأ في العمل وارد جداً.

ولو خضنا في هذه المسألة وتتبعنا تاريخ تطور مهنة الطب بشكل عام وقضية الخطأ الطبي بشكل خاص، لوجدنا أنها قد استحوذت على اهتمام الحضارات القديمة، ففي الحضارة المصرية الفرعونية نجد المشرع المصري قد اهتم بحماية الجمهور من أخطاء الأطباء، فلم يكن مسموحاً أن يخالف في علاجه ما جاء في السفر المقدس وإلا تعرض للعقاب⁽¹⁾.

أما الآشوريون فكان عندهم إذا أخطأ الطبيب، أو لم ينجح في علاج المريض، يلتبس لنفسه العذر من الإرادة العليا للآلهة - ويدل ذلك بوضوح أنه يسأل عن خطئه-، في حين كان البابليون يتميزون بالتشديد في معاقبة أطبائهم، و هذا ما نجده في شريعة حمورابي فقد ورد في بعض النصوص أنه: « إذا عالج رجلاً حراً من جرح خطير فمات، أو فقاً له عينا فإنه يعاقب بقطع يده»⁽²⁾، في حين أن الطبيب اليوناني كما ذكر "مونتسكيو" أنه كان يعاقب بالموت إذا كان من الطبقة الوضيعة و بالنفي إذا كان من الطبقة الراقية في حالة ارتكابه الخطأ⁽³⁾.

وفي الشريعة الإسلامية فقد اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب إذا خالف أصلاً من الأصول العلمية الثابتة و نتج عنها ضرر للمريض، لقوله - عليه الصلاة و السلام-: «من

¹ - علا درا غمه، ساري أبو سنيينة، فادي علاونة، تقرير عن واقع الأخطاء الطبية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مؤسسة قيادات، الضفة الغربية و قطاع غزة، فلسطين، 2009، ص. 9.

² - د. بسام المحتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دار الإيمان، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص. 132.

³ - علا درا غمه، ساري أبو سنيينة، فادي علاونة، المرجع السابق، ص. 9.

تطبب - ولم يعلم منه الطب قبل ذلك- فهو ضامن»⁽¹⁾. ويجب أن نضيف في ذلك أن الناس كانوا لا يفقهون شيئاً في الممارسات الطبية، فكانوا ينظرون إلى حوادث العلاج الطبي على أنها من أحكام القضاء و نوازل القدر، ولكن بسبب ارتقاء الثقافة الشعبية وتقدم وسائل الإعلام، التي تنقل إليهم ما يصل إليه الطب الحديث من تطور، تغيّر اعتقادهم بأنّ الضرر الذي أصابهم، إنّما هو خطأ إنسان مدرك لما يفعل، يلزمه القانون بأن يكون يقظاً في عمله. فأصبحوا غير مترددين في ملاحقة الطبيب الذي أخطأ وتسبب لهم في الضرر.

ومن هذا المنطلق أصبح انحراف الطبيب عن السلوك الفني الصحيح، وعدم إتباع الأصول العلمية الطبية المتعارف عليها، يعرضه للمساءلة الجنائية بغض النظر عن نوع الخطأ المرتكب من قبله، و لدراسة هذا الجانب، يتطلّب لذلك دقة في المعالجة تستتبط عن تنظيم بيان جلي مفصّل لماهية الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية (المبحث الأول) وبيان أركانه و مختلف صورته (المبحث الثاني).

المبحث الأول ماهية الخطأ الطبي

تعد دراسة موضوع الخطأ الطبي من الأهمية بمكان، لما يشغله هذا الأخير في مركز الصدارة في المسؤولية الطبية، كونه أحد عناصرها وأهمها. فالخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بوجه عام، فهو على صعيد المسؤوليتين العقدية والتقديرية، عبارة عن إخلال بالتزام عقدي في الأولى وإخلال بالتزام يفرضه القانون في الثانية⁽²⁾.

ونظراً لصعوبة تحديد الخطأ وطبيعته، فقد تجنّب المشرع في مختلف الدول العربية التعرّض لتعريفه، تاركاً ذلك لشُراح القانون، فمنذ صدور قانون "نابليون" درج الشُراح على تعريف الخطأ لكنّ مجمل تلك التعريفات كانت تتفق مع نزعاتهم الشخصية والمفاهيم الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة آنذاك⁽³⁾، حيث ذهب الأقدمون إلى التضييق من

¹ - رواه أبو داود و التّسائي، و ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، أنظر: ابن قيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص. 125.

² - إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص. 17.

³ - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 149.

دائرة الخطأ، في حين وسّع البعض الآخر من المحدثين من هذه الدائرة إلى درجة المناداة بقاعدة عامة تُستبدل بفكرة تحمّل التبعية⁽¹⁾.

وتأكيداً على ذلك يجب الاعتراف بأهمية تحديد معنى الخطأ ومفهومه وذلك لإمكانية حل المشاكل الملموسة للمسؤولية المقامة على الخطأ.

هذا الأمر جعل الفقهاء يتفقون نوعاً ما في تحديد معنى الخطأ بصورة عامة بأنه: «إخلال بالتزام موجود و قائم في ذمة الشخص، وجد أثره و مكانه في نطاقه المادي والمعنوي للمتضرر»⁽²⁾. فإذا كان هذا مفهوم الخطأ بصفة عامة ومن الناحية القانونية، فهو في المجال الطبي له مميزات خاصة به، يجدر بنا أن نقف عليها، محاولين تحديد مفهوم الخطأ الطبي (المطلب الأول) وإعطاء بعض التطبيقات له من الناحية العملية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخطأ الطبي

الواقع أن فكرة الخطأ ظهرت بوادرها، لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى، عائداً الفضل في ذلك للفقهاء "دوما" "Douma" الذي أبرز فكرة الخطأ بشكل واضح في مؤلفه "القوانين المدنية"⁽³⁾، بحيث أقام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ، علاوة على مناداته بتدرج الخطأ في المسؤولية العقدية باعتبار أن الالتزام فيها غالباً ما يكون "إيجابياً" عكس المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الإضرار بالغير، فالالتزام فيها سلبي والخطأ فيها غير قابل للتدرج⁽⁴⁾.

1 - لقد فقدت هذه الفكرة العديد من أنصارها، بسبب افتقارها إلى السند القانوني السليم و العناصر اللازمة لصلاحيّة تطبيقها. أنظر: د. أحمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، م1، ج1، ط3، 1998، ص. 656-7.

2 - د. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ط1، 2004، ص. 43.

3 - علا درا غمه، ساري أبو سنينه، فادي علاونة، المرجع السابق، ص. 14.

4 - أحمد حسن الحباري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2005، ص. 101-2.

ومن هنا نرى أن خروج الطبيب أو مخالفته للقواعد والأصول الطبية، وقت تنفيذه للعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جرّاء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء الأخطاء الطبية، التي هي الركيزة الأساسية لتحقيق المسؤولية، وهو يخضع في هذا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، إلا أن الطابع الخاص والفني للعمل الطبي وخطورته يجعلنا نتساءل حول تعريف الخطأ الطبي (الفرع الأول) ومعيار تحديده (الفرع الثاني) ومن جهة تعداد لأنواعه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الخطأ الطبي

يختلف الخطأ الطبي عن غيره من الأخطاء، لما له من تأثير مباشر على حياة الإنسان وصحته، ولما يحتفظ به العمل الطبي من خصوصية استثنائية وأهمية بالغة. فنجم عن ذلك اختلاف الفقهاء في تعريفهم للخطأ بوجه عام، ومن ثمّ الخطأ في المجال الطبي، فمنهم من ضيق من دائرة هذا التعريف، وهو ما سلكه الأقدمون، فقد حاولوا تعريفه على حسب نزعاتهم الشخصية - كما سبقت الإشارة- أما المحدثون فقد توسعوا في تعريفه بهدف قيام المسؤولية المدنية وحصول المتضرر على التعويض، لهذا فقد تعددت معاني الخطأ و تعريفاته، فأما الخطأ الطبي فتعريفه مستمد من الخطأ بوجه عام.

لذا لا بد أن نتطرق لتعريف الخطأ عموماً، باعتباره أساساً للمسؤولية المدنية بصفة شمولية، سواء أكانت هذه المسؤولية عقدية أم تقصيرية (أولاً) و من ثم قياس معاني الخطأ على الخطأ الطبي لاستخلاص أهم مميزاته (ثانياً).

أولاً: معنى الخطأ بوجه عام

الخطأ في اللغة ضد الصواب، ومنه خَطِيءٌ: خَطَأً وأَخْطَأَ بمعنى واحد، لمن يذنب على غير عمدٍ، وقيل أيضاً: أخطأ في كل شيء عامداً كان أو غير عامدٍ، ومنه خَطِيءٌ إذا تعمد⁽¹⁾.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، باب الهمزة، ص. 65.

أما اصطلاحاً: فقد عرّفه الفقهاء بقولهم: « هو ما ليس للإنسان فيه قصد، فانتفاء قصد الشيء لفاعله موجب لوصفه مخطئاً»⁽¹⁾.

أما من الناحية القانونية، فالخطأ عند بعض الفقهاء هو «اتجاه إرادة الشخص إلى إتيان سلوك خطرٍ دون القيام بالواجب المفروض عليه من حيطة وحذرٍ»⁽¹⁾. كما عرّفه الفقيه "مازو" "Mazeud" بأنه: « انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وُجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل»⁽²⁾.
في حين رأى الفقيهان "لاكانتزي وبارد" أن «الخطأ إخلال بواجب عام يلزمه جزاء قانوني، وأن الإرادة الحرة المميزة هي شرط لهذا الخطأ»⁽³⁾.

ولعلّ أبسط تعريف للخطأ هو ما جاء به الفقيه "بلانيول" "Planiol" فهو يرى أن الخطأ هو « إخلال بالالتزام سابق» و يحصر الالتزامات التي يعتبر بها خطأ في أربعة أنواع: الامتناع عن العنف، الكف عن الغش، الإحجام عن عمل لم تنتهياً له الأسباب من قوة و مهارة، و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص و الأشياء.⁽⁴⁾
أما على مستوى الفقه العربي فقد عرّف الدكتور "أحمد عبد الرزاق السنهوري" الخطأ على أنه: « انحراف في السلوك، هو تعدّد الشخص في تصرفاته الحدود التي لا يجب أن يتجاوزها، و هو إما أن يكون قصدياً أو غير قصدي»⁽⁵⁾.
كما عرفه البعض أيضاً بأنه: « إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يُفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه»⁽⁶⁾.

1 - د. منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص. 43.

2 - د. بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 120.

3 - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 104.

4 - "La faute et un manquement à une obligation préexistante".

citée in Patrice (Jourdain), les principes de la responsabilité civile, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 48.

5 - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص. 884.

6 - د. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط، 2007، ص. 9.

وذهب البعض الآخر إلى أن الخطأ يتحقق كلما أتى الإنسان عملاً، كان عليه أن يتجنبه، أو امتنع عن عمل كان يتعين عليه القيام به، ولكن هذا التعريف وُجّه له النقد من خلال التساؤل التالي: متى يعتبر تصرف الإنسان معيباً؟ وهل يرجع في تحقيق مسلكه إلى تقدير فطنته أم يرجع إلى قياس تصرفه و مسلكه بتصرف غيره من الناس؟.

ومنهم أيضاً من عرّفه بأنّه: «كل تقصير في التزام قانوني سابق يسبب للغير ضرراً مادياً أو معنوياً ويؤدي إلى قيام المسؤولية على عاتق مرتكب التقصير»⁽¹⁾، وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، فإننا نجد غالبتها لم تضع تعريفاً للخطأ، بل اكتفت بذكر صورته فقط، و كان تعريف الخطأ دائماً من نصيب الفقه كما تم بيانه⁽²⁾.

وما يلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري قد حذا حذو التشريعات الأخرى في عدم تعريفه للخطأ، باستثناء نص المادة 124 من القانون المدني⁽³⁾ بقولها: « كل عمل أيّاً كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير، يُلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض»⁽⁴⁾، في حين نصت المادة 125 من نفس القانون على أنه: « لا يُسأل المتسبب في الضرر الذي يُحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيطة إلا إذا كان مميزاً». فالمشرع الجزائري قد أشار إلى ركن الخطأ واعتبره أساساً لقيام المسؤولية بصفة عامة، ولم يكتف أن يكون الخطأ إخلالاً بواجب سابق فقط وإنما أضاف أن يكون ذلك صادراً من مميز ومدرك.

ثانياً: معنى الخطأ في المجال الطبّي

- 1 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 103.
- 2 - التشريع المدني التونسي في المادة 88 منه و كذا التشريع المدني المغربي في المادة 77 منه قد اتجها عكس التشريعات العربية؛ فقد نصّا على تعريف الخطأ على أنه: « عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار».
- أما المشرع الأردني فقد أقام المسؤولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ فقد نصت المادة 256 من القانون المدني: « كل إضرار بالغير يلزم فاعله و لو غير المميز بضمان الضرر».
- أما المشرع الفلسطيني فقد تبنى فكرتي الخطأ والضرر في أن واحد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني مشار إليه: علا درا غمه، ساري أبو سنيّة، فادي علاونة، المرجع السابق، ص. 17.
- 3 - المرسوم رقم 05-10 المتضمن أحكام القانون المدني المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، ج. ر. ع. 44 لسنة 42، الصادرة في 26 جوان 2005.
- 4 - م 124 بالنص الفرنسي قد أشارت إلى كلمة العمل "la faute" يلاحظ أن النص الفرنسي أكثر وضوحاً من النص العربي و ما كلمة "العمل" سقطت إلا سهواً.

بعد استعراض مجمل التعريفات التي قيلت بشأن معنى الخطأ بوجه عام، سنحاول قياس ذلك على الخطأ الطبي بشكل خاص، فالخطأ الطبي هو صورة من صور الخطأ، لذا نرى من المفيد أن ندرج بعض التعريفات الفقهية للخطأ الطبي.

فالخطأ في المجال الطبي كما يراه البعض «هو إخلال الجاني (الطبيب) عند تصرفه، بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيولته تبعاً لذلك دون أن يُفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان في استطاعته وكان واجبا عليه»⁽¹⁾.

وعرّفه رأي آخر أنه: «عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنة الطب، أو هو كل تقصير في مسلك الطبيب»⁽²⁾.

وفي تعريف ثالث «هو إخلال الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه أصول مهنته، وليس عن إخلاله بالالتزامات التي يفرضها الواجب القانوني العام القاضي بعدم الإضرار بالغير»⁽³⁾.

ومن الفقهاء من رأى أيضاً أنه «كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون وواجبات المهنة على الطبيب، متى ترتب عن فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته، وواجبا عليه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضرّ بالمريض»⁽⁴⁾.

وعرّفه كذلك "جون بينو" "Jean Penneau" «بأنّ الطبيب متى كان جاهلاً ولم يحط بأصول فنّه وقواعد علمه، والتي تتطلب منه أن يكون على دراية بها يعدّ مخطئاً»⁽⁵⁾.

1 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص. 663.

2 - د. نهاد خوري، الخطأ الطبي، محاضرة قدمها الدكتور في مركز الأرض، لبنان، 2008. - أنظر: www.terezia.org/section.php.

3 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص. 21.

4 - د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 224.

5 - Jean Penneau, La responsabilité du médecin, 3^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 16.

وعرّفه في هذا السياق أيضا الدكتور "منذر فضل" بأنه «إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة والموافقة للحقائق العلمية المستقرة»⁽¹⁾.

ومن هذا تبيّن أن المقصود بالخطأ في المجال الطبي هو خروج الطبيب عن تنفيذ التزاماته حيال مريضه، والمتمثلة في بذل العناية الطبية التي تشترطها أصول المهنة ومقتضياتها الفنية والعلمية، فالطبيب يكون مخطئاً إذا لم يبذل هذه العناية تجاه المريض⁽²⁾.

ومن نافلة القول يجب علينا ألا نخلط بين الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب وبين مجرد الغلط والذي يقع عادة في مرحلة التشخيص، فقد استند الفقه لبعض أحكام القضاء، ليخلص أن مسؤولية الطبيب تنعقد في حالة ثبوت خطأ من جانبه، في حين أنّها لا تنعقد إذا كان مسلكه ينطوي على مجرد الغلط. فالغلط هو عدم الانتباه الذي لا يمكن لأكثر الأطباء حرصاً تفاديه، ويمكن أن يقع فيه الشخص العادي في مثل الظروف التي وجد فيها الطبيب.⁽³⁾

وعلى مستوى التشريع فقد أشار المشرع الفرنسي إلى ركن الخطأ في المادة 1382⁴ من القانون المدني الفرنسي دون تعريفه، و هذا ما نلاحظه أيضا بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يعرف كعادته الخطأ الطبي وإنما أشار إلى صورته فقط، فنصت المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: « يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو

¹ - عباس علي محمد، مسؤولية الصيدلي المهنية عن أخطائه الطبية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، ط1، 1999، ص. 83.

² - عبّرت عن هذه العناية محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير المؤرخ في 20 ماي 1936. مشار إليه: أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص. 109.

³ - د. محمد حسن قاسم، آليات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ب ط، 2004، ص. 6-7.

أنظر كذلك: د. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ب ط، 2002، ص. 178.

⁴ - Art 1382 C.C.F: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer".

يتسبب في وفاته...». فهذه المادة قد أحالت إلى مادتين في قانون العقوبات⁽¹⁾، فنصت المادة 288 المشار إليها أعلاه « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة للأنظمة...»، في حين نصت المادة 289 من نفس القانون على أنه: « إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض، أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر...»، أما في مدونة أخلاقيات المهنة فقد وجد نص واحد فقط والمتمثل في المادة 211 والتي تنص على « يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسته مهامه..».

فالملاحظ على هذه النصوص أنها لم ترد تعريفاً للخطأ الطبي وإنما أرجعته إلى القواعد العامة في قانون العقوبات، وتجدر بنا الإشارة في هذا المضمار أن عزوف المشرع عن إيراد تعريف للخطأ، اعتبره البعض إيجابية تحسب للمشرع الجزائري لأن أي تعريف قد يعتريه النقص وتكتفه الهفوات والمطبات⁽²⁾. وبناء على هذا، يمكن الخروج بتعريف للخطأ الطبي، بأنه إخلال الطبيب بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي تفرضها عليه القوانين وواجبات مهنته.

الفرع الثاني

معيار تحديد الخطأ الطبي

انتهينا فيما سبق إلى أن الخطأ الطبي له أهمية قصوى وخطورة بالغة من حيث طبيعة أثره وخصوصيته، وهذه الأهمية تنعكس بالنتيجة على أهمية تحديد المعيار الذي يُقاس به، فمن الضروري تقدير سلوك الطبيب لمعرفة ما إذا كان هناك خطأ يسأل عنه أو مجرد غلط يقع فيه أي طبيب آخر، فلا يستوجب لمسؤوليته كما أشرنا إلى ذلك. وعليه فلا يمكن القطع بأن الطبيب قد ارتكب خطأ، إلا إذا قمنا باعتماد معيار ثابت يعرض عليه فعل

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر.ع. 49، الصادرة في 11 جوان 1966 المعدل و المتمم.

آخر تعديل له كان في القانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ج. ر. ع. 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

² - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 152.

الطبيب، ليتضح وجود الخطأ من عدمه. فمسألة تحديد معيار خطأ الطبيب هي من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية، فتجب حسب هذا المعيار على فحص سلوك الفاعل والحكم عليه.

والجدير بالذكر أن التزام الطبيب اتجاه مريضه، يكاد ينعقد الإجماع بين الفقهاء بشأنه، بأنه التزام ببذل عناية، إلا في بعض الظروف الاستثنائية، فهو يلتزم ببذل عناية في شفاء المريض و ليس الالتزام بشفاؤه، و لهذا فهو يسأل عن كل تقصير في بذل العناية اللازمة، و هذا ما أشارت إليه جل أحكام القضاء في كل من مصر وفرنسا. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه العناية هي « العناية الوجدانية اليقظة الموافقة في غير الظروف الاستثنائية للمعطيات المكتسبة للعلم»⁽¹⁾.

أما محكمة النقض المصرية فقد قضت في ذلك بأنها: « العناية التي تقتضي من الطبيب أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة، يتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب»⁽²⁾.

وعليه يجب التنويه أنه ظهرت اتجاهات ومواقف في تقدير هذه العناية التي يجب أن يبذلها الطبيب، وتنازع نتيجة لذلك اتجاهان لقياس الخطأ في بذل هذه العناية. فالأول معيار شخصي يُنظر فيه إلى ذات الطبيب الذي يصدر عنه هذا الخطأ، فسيتم الكلام فيه (أولاً). والثاني معيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي الذي لا يعتد منه بالظروف الداخلية للطبيب (ثانياً)، ونتيجة للانتقادات التي لم يسلم منها كل من المعيارين السابقين، ظهر معيار مختلط يمزج أصحابه بين مراعاة الظروف الداخلية للطبيب وبين ظروفه الخارجية (ثالثاً).

أولاً: المعيار الذاتي (الشخصي)

يقصد بالمعيار الشخصي تقدير الشخص عند شروعه في السلوك لمدى احتمال وقوع الضرر من مسلكه⁽¹⁾. فوفقاً لهذا المعيار يُنظر إلى شخص وذات الطبيب الذي صدر

1 - حكم محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936، قد سبقته الإشارة إليه.
2 - حكم محكمة النقض المصرية في جلستها المؤرخة في 21 سبتمبر 1971، مشار إليه: د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 279.

عنه الخطأ وإلى إمكاناته الذاتية ودرجة حرصه، فالطبيب الحريص يكون مسؤولاً إذا ثبت تقصيره في العناية المطلوبة، وكان بإمكانه تجنب الفعل الضار، في حين لا يكون الطبيب مخطئاً إذا اعتاد اللامبالاة ولم يكن في مقدوره تجنب الفعل الضار، فهو بهذا يقارن ما يقع من الشخص بتصرفاته العادية من حيث إمكان هذا الشخص دفع الضرر.

وطبقاً لهذا المعيار، فإن القاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة عليه البحث في تحركات الطبيب وتصرفاته، ومن ثم الحكم بأن سلوكه يُشكل خطأ أم لا.

هذا الرأي وبالرغم من وضوحه إلا أنه يصعب معه التطبيق، لتطلبه مراقبة كل شخص و تبيين حركاته وتصرفاته، لهذا يرى بعض الفقهاء ممن انتقدوا هذا المعيار أن التسليم به يؤدي إلى إيقاع الظلم بطائفة كبيرة من الأطباء، فهو يعتبر ظلماً لليقظ وتساهلاً مع المقصّر، بالإضافة إلى إهدار الرضا الذي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، فالخطأ في هذه الحالة يقوم على فكرة شخصية.

فلا يُتصور إسناد الخطأ إلى طبيب دون غيره لنفس الفعل المرتكب، و بالرغم من أن هذا المعيار قد أخذت به بعض أحكام القضاء إلا أنه يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته عن تقصيره، وبالمقابل مجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة من الهفوات.

ومن مستخلص ما قيل، فإن الأخذ بهذا المعيار يعني استبعاد كل الظروف الخارجية و المحيطة بالطبيب التي قد يكون سبباً في مسلكه، هذا الأمر دفع بالفقهاء إلى البحث في معيار آخر أكثر دقة من المعيار السابق مبني على معطيات موضوعية.

ثانياً: المعيار الموضوعي (المادي)

يُقصد بالمعيار الموضوعي هو معيار الرجل العادي أي هو الذي يتخذ من سلوك الشخص العادي مقياساً للسلوك الواجب إتباعه، فالرجل العادي كما عرفه الدكتور أحمد

¹ - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 249.

عبد الرزاق السنهوري: « هو الذي يمثل جمهور الناس فلا خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، و لا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض»⁽¹⁾.

فالمعيار الموضوعي في مجال الخطأ الطبي هو اعتماد نموذج عملي مماثل لقياس مسلك الطبيب المدعى عليه، بمعنى قياس سلوك نموذجي لطبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة و تبصر ودقة.⁽²⁾

وعليه فلتحديد خطأ الطبيب من عدمه، يجب أن نقارن سلوكه بسلوك طبيب حريص من نفس الوسط، وهذا ما يعبر عنه بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص المسؤول، فقد ذهب في هذا السياق الفقيهان "هنري وليون ومازو" "Henry Willion, Mazeaud" إلى وجوب التمييز بين الظروف الخارجية التي كانت تحيط بالشخص المسؤول عند وقوع الفعل الضار، والظروف الداخلية، مقتصرين على الأولى عند تعيين مسلك الرجل العادي³. فمثلا يدخل في نطاق الظروف الخارجية حالة المريض وما تتطلبه من إسعافات سريعة، وحالة إجراء العملية في مكان قد لا تكون الأجهزة الطبية متوفرة مثلما هي عليه في مكان آخر. وهذا الرأي كغيره تعرض للنقد من قبل الشراح، آخذين عليه اقتصره على الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب، وما في ذلك من ظلم كبير لطائفة كبيرة من الأطباء، فهو لا يأخذ في الحسبان التخصص الفني ولا الخبرة، مما يترتب عليه مقارنة طبيب عمومي حديث العهد بالمهنة بأستاذ متخصص قديم في المهنة في حالة إذا نسب الخطأ إلى الأول منهما، لهذا فقد نادوا بوجوب الوقوف والأخذ ببعض الاعتبارات المتعلقة بالشخص القائم بالفعل الضار عند إجراء المقارنة، وهذا لا يعني أنه تؤخذ كل الاعتبارات الشخصية إلا أن هناك من ليست لها صلة بالمهنة وإنما المقصود تلك الاعتبارات التي تحدث الأثر في نفس الطبيب الخاضع لها والتي لها علاقة وطيدة بمهنة الطبيب كالتخصص مثلاً.

ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار أيضاً، قيل أنه ينطوي على تسليم جزئي بقيام المسؤولية عن التبعة وقد وضح الدكتور السنهوري هذا الأمر بقوله: « ولا

1 - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص. 864.

2 - د. منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص. 25.

3 - د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 281.

نريد في دفاعنا عن المقياس المجرّد - وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء- أن نخفي ما ينطوي عليه من تسليم جزئي بقيام المسؤولية عن تحمّل التبعة، ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة، إذا أخذ بهذا المقياس، كان عليه أن يتحمّل تبعة نشاطه فيما نزل فيه عن المستوى العادي. فقد يكون أستنفذ ما في وسعه من جهد وبذل ما في طاقته من حرص و يقظة، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي، فيعتد انحرافه عن هذا المستوى تعدياً ويصبح مسؤولاً، ومسؤوليته إذا كانت تقوم على خطأ قانوني بالنسبة إلى المقياس المجرّد، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصي ومن هنا يجيء تحمل التبعة...»⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإن كل الانتقادات كانت تصب في نقطة واحدة وهي ألا يقتصر في تقدير خطأ الطبيب على الظروف الخارجية فقط، بل يجب أن يدخل في الاعتبار خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة على اعتبار ذلك أيضاً يدخل في نطاق الظروف الخارجية، بالإضافة إلى الأخذ بظرف الزمان والمكان الذي يجري فيه العلاج، زيادة على بعض الظروف الشخصية التي تؤثر في عمل الطبيب مثل الطبيب الذي يجري عملية جراحية وهو مصاب في يده، ففي هذه الحالة لا يحق للطبيب أن يدفع عن نفسه المسؤولية بحالته الصحية أو الطبيب الذي يكون في حالة سكر وقت تدخله الجراحي.

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للمعياريين وقصور كل منهما في تقدير خطأ الطبيب، فإن شراح القانون حاولوا إيجاد حل وسط، يجمع بين المعيار الشخصي من جهة وبين المعيار الموضوعي من جهة أخرى، في محاولة منهم مزج كل من الظروف الداخلية والخارجية عند تقدير خطأ الطبيب، وهذا ما يعرف بالمعيار المختلط.

ثالثاً: المعيار المختلط

مع النقد الموجه إلى المعياريين الشخصي والموضوعي، حاول جانب من الفقه تصور معيار حديث يقاس به الخطأ الطبي، وبمقتضى هذا المعيار فإن القاضي في سبيل

¹ - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج3، ص. 1088-9.

تقديره لخطأ الطبيب، عليه أن ينظر في الملابس والظروف الخارجية والداخلية معاً للطبيب ومن ثم يقوم بقياس سلوك طبيب يقظ وجد في نفس الظروف.

وتبعاً لذلك فقد أثرت في هذا الشأن مسائل عدّة من بينها مسألة التخصص الفني للطبيب، وهل هذا يدخل في نطاق الظروف الخارجية التي لها وزن في تقدير مسلك الطبيب، أم أنها تعد من قبيل الظروف الداخلية التي ليس لها تأثير في مسلكه.

فالمعلوم أن المريض عند اختياره لطبيبه، فإن ذلك يكون وفق مؤهلاته الطبية وخبرته، فكيف والحال كذلك، إذا لم تؤخذ هذه الأمور في الحسبان في حالة خطئه.

ولقد استند أصحاب هذا المعيار على اعتبارات كثيرة منها ما هو علمي، فلصعوبة تمييز القضاة بين الأخطاء الجسيمة والأخطاء اليسيرة، فإنهم اقترحوا الأخذ بجسامة النتائج واعتباره معياراً واضحاً. مستبعدين جسامة الخطأ، ومنها ما هو نظري يقوم على حماية المرضى من جسامة النتائج نظراً لما آل إليه علم الطب من تقدم التكنولوجيا والأدوات المستخدمة، كما أسسوا معيارهم على اعتبار آخر قانوني متوقف على ضرورة التزام الطبيب بقواعد الحيطة والحذر واليقظة.⁽¹⁾

هذا المعيار وكغيره من المعايير لم يسلم من النقد، فقد سجلت له عدة نقائص، ففيما يخص عدم الاكتراث لجسامة الخطأ وإنما لجسامة النتائج، فهذا قد يؤدي بالقضاة إلى الخوض في مسائل دقيقة لا يفقهون فيها شيئاً، أمّا ما هو متعلق بتقدم الطب وحماية المرضى مما قد ينجم عن هذا التطور، فهذا قد يؤدي إلى عزوف الأطباء عن استخدام الآلات الحديثة خوفاً من الوقوع في الخطأ.

وعلى هذا فهناك من الفقهاء من اقترح الأخذ بمعيار مألوفية الفعل أو عدم مألوفيته، بصرف النظر عن شخصية من أحدثه، بمعنى أن الخطأ يُقاس من خلال الفعل ذاته، فمتى

¹ - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 165.

تطابق مع الأصول العلمية المستقرة يكون مألوفاً ومن خرج عنها يُعد خطأً يستوجب المساءلة⁽¹⁾.

وصفوة القول أننا نخلص إلى أن معيار تحديد الخطأ الطبي يركز على ثلاث ركائز وهي:

- 1- قياس سلوك الطبيب مع سلوك طبيب آخر له نفس المستوى العلمي.
- 2- تقدير الظروف المحاطة بالعمل الطبي.
- 3- مطابقة العمل الطبي لتقاليد و أصول مهنة الطب⁽²⁾.

الفرع الثالث

أنواع الخطأ ودرجاته

لقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار الخطأ أساس المسؤولية بشكل عام، وليس مجرد مبدأ مقرر في القانون المدني، بل في كل تخصصات القانون **(العام والخاص)**. ولقد شغلت فكرة المسؤولية حيزاً كبيراً لكونها بديل لمخالفة القاعدة القانونية، بغض النظر عن طبيعة الشخص أو الجهة الخاضعة لها.

لهذا السبب ظهرت آراء وتقسيمات كثيرة للخطأ، فمنهم من قال بنظرية تدرج الخطأ و الأخذ بجسامته أساساً للمسؤولية دون اليسير منه، وهناك من فرق بين موضوع الخطأ إلى خطأ طبي فني **(مهني)** وخطأ طبي مادي **(عادي)**، وهناك من قسمه من حيث درجة القصد فيه إلى عمدي وغير عمدي. وعلى هذا الأساس فمسألة تقسيم الخطأ الطبي لا تقل أهمية عن مسألة إيجاد معيار يحدده، وعليه فسيتم بيان نوع الخطأ من حيث موضوعه

1 - رأى الدكتور أنس محمد عبد الغفار، أن هذا المعيار هو أكثر ملاءمة لقياس الخطأ الطبي فمتى ثبت للقاضي عدم مألوفية الفعل و إن غم عليه في ذلك فإنه يرجع إلى العرف أو أهل الخبرة الطبية. وقد عرّف الدكتور الخطأ عن غير المؤلف في كون الخطأ يقدر ابتداءً من سلوك محدث الضرر، أما غير المؤلف فيقدر من منظور ضحية الضرر. أنظر: د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 252.

2 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ب ط، 2001، ص. 19. أنظر كذلك: د. أنس محمد عبد الغفار، المرجع نفسه، ص. 242.

(الخطأ المادي والخطأ المهني) (أولاً)، ومن حيث درجته (الخطأ الجسيم والخطأ اليسير) (ثانياً) وثم من حيث القصد فيه (الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي) (ثالثاً).

أولاً: الخطأ الطبي العادي و الخطأ الطبي الفني

حاول الفقهاء التمييز بين نوعين من الأعمال الطبية التي يقوم بها الطبيب، فقسّموا تلك الأعمال إلى أعمال مادية، تصدر من أي شخص، و أخرى فنية تصدر عن الطبيب فقط وملتصدة بالأصول والقواعد المقررة في علم الطب، وبما أن هذه الأعمال قد تصحبها أخطاء من قبل الأطباء، هذا ما أدى إلى إجماع فقهاء القانون بشأن تقسيم الخطأ الطبي تبعاً لذلك إلى خطأ طبي مادي و خطأ طبي فني.

1- الخطأ الطبي العادي (المادي)

يعرّف الخطأ الطبي العادي هو كل ما يصدر عن الطبيب عند مزاولته مهنته دون أن يتعلق بالأصول الفنية والمهنية، فهو الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية والناجم عن سلوك إنساني مجرد، وهذا الخطأ الطبي العادي مردّه إلى مخالفة الطبيب لقواعد وواجبات الحيطة والحذر التي يلتزم بها كافة الناس.⁽¹⁾

فالطبيب في إطار مهنته ملزم بالواجبات العامة قبل أن يلتزم بالقواعد العلمية والفنية المتعلقة بمهنة الطب، و لهذا فإن ارتكاب الطبيب للخطأ العادي فيه انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي و يسأل عنه حتى لو كان يسيراً⁽²⁾.

وقد عرّفه البعض بأنه ذلك الخطأ الخارج عن نطاق المهنة أو الوظيفة أو الحرفة، ويرجع ذلك إلى الإخلال بواجبات الحيطة والحذر العامة⁽³⁾. ومنهم من عرّفه أيضاً أنه

¹ - مصطفى أشرف مصطفى الكوني، الخطأ الطبي مفهومه و آثاره في الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008-2009، ص. 101.

² - د. عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2005، ص. 21.

³ - د. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيداللة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ب ط، 1989، ص. 41.

الخطأ الذي يصدر عن طبيب باعتراره من الناس، يشكل ارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة...⁽¹⁾

فالخطأ الطبي العادي تنطبق عليه أمثلة عدّة منها: إجراء الطبيب لعملية جراحية وهو في حالة سكر، أو أن يجريها ويده مصابة بعجز، أو أنه لم يتأكد من محتوى الزجاجاة التي يستعملها في حقن المريض، أو أن يجرح المريض في العضو السليم بدلاً من العضو المريض لأنه من البديهيات التأكيد من موضع إجراء العملية الجراحية، فهذا الأمر ليس بحاجة إلى ناحية فنية. ولهذا فإننا نكون أمام خطأ طبي عادي في حالة:

1. عدم تعلق الخطأ بالأصول العلمية والفنية المهنية.

2. رجوع الخطأ إلى الإخلال بواجبات الحيطة والحذر.

2- الخطأ الطبي المهني (الفني)

يقصد بالخطأ الطبي المهني هو ذلك الخطأ الذي يصدر عن الطبيب ويتعلق بأعمال مهنته، و يتحدد بالرجوع إلى القواعد والأصول العلمية التي تحدد أصول المهنة⁽²⁾.

كما عُرّف على أنه الخطأ الذي يرتكبه أهل الفن والصناعة في معرض ممارستهم لصنعتهم وحرقتهم فيعبر عنه بالخطأ الفني المهني⁽³⁾.

وبصورة أدق فالخطأ الطبي المهني يقتضي خروج الطبيب في سلوكه المهني عن القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها نظرياً وعلمياً في علم الطب، وقت تدخله الطبي.

وقد قضت في هذا الشأن محكمة "الجيزة المصرية" بأن: «لمسؤولية الطبيب وجهان: أحدهما متعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، وثانيهما ليس متعلقاً بذلك،

¹ - فتاحي محمد، الخطأ الطبي و المشكلات التي تثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية لكلية الحقوق، جامعة الجبلالي اليابس، سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ع.3، 2007، ص.90.

² - د. شريف الطباخ، المرجع السابق، ص.11.

³ - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص.635.

ولا شأن له بالفن في ذاته، وخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالات الجهل الفاضح وما إليها...»⁽¹⁾.

والأمثلة عن هذا النوع من الأخطاء كثيرة نورد منها على سبيل المثال: إعطاء الطبيب للمريض حقنة "بنسلين" دون إجراء ما يسمى بفحص حساسية المريض من "البنسلين" "test" ووفاة المريض نتيجة هذه الحساسية، أيضا يدخل في هذا النوع أخطاء الجراحة و التخدير. ويجب التنويه أنه في هذا النوع من الأخطاء وفي سبيل تقديرها، فإن القاضي يستعين بأهل الخبرة والاختصاص كي يكون حكمه صائباً⁽²⁾.

إنّ هذا التقسيم قد لقي انتقاداً من جانب الفقه، فهناك من رأى عدم مساءلة الأطباء عن أخطائهم الفنية، بحجة حصول الطبيب على الإجازة العلمية فهي ترخص له مزاوله مهنته في جو من الثقة، بالإضافة إلى ما يلحقه الطب من تطور مستمر، ورغم كل هذا فقد انتهى الرأي بتبني الفقه الحديث وجهة النظر التي تقضي بمساءلة الطبيب عن كل خطأ يرتكبه سواء أكان فنيا أم عادياً.

ثانياً: الخطأ الطبّي الجسيم والخطأ الطبّي اليسير

هذا النوع من التقسيم من صنع القانون الفرنسي القديم، وهو ما يعرف بنظرية تدرج الخطأ، والتي تعود جذورها إلى الفقيهين "دوما وبوتيه" "Douma Poutier"، وبالرغم من أن هذه النظرية قديمة وقد هجرها الفقه إلا أن هناك من القوانين المعاصرة من تأخذ بها.

1- الخطأ الطبّي الجسيم

¹ - حكم محكمة الجيزة الجزئية المؤرخة في 26 جانفي 1935. أشار إليه: د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، المرجع السابق، ص. 258.

² - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011، ص. 40.

لقد تعددت الآراء بشأن تعريف الخطأ الجسيم، فمنهم من قال بأنه: « **الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بافتراض سوء نية الفاعل، حيث لا يتوافر الدليل عليها**»⁽¹⁾. وهناك من عرفه بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهذا يعني أن هذا الخطأ قد يصل إلى درجة العمد - كما شبهه الرومان-.

وبما أن القضاء الفرنسي قد هجر هذه الفكرة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد عرفت الخطأ الجسيم في أحد أحكامها بأنه: « **إهمال خطر من طرف الدائن، يجعله لا يقوم بالالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه...**»⁽²⁾.

فالخطأ الجسيم هو عدم قيام الطبيب ببذل العناية المطلوبة منه بصورة لا تصدر من أقل الأطباء حرصا.

ومن أمثلة الأخطاء الطبية الجسيمة انتزاع العضو السليم بدل المصاب أو إجراء عملية جراحية لعين سليمة بدلا من العين المريضة، فالخطأ الجسيم يفصح عن القصور وعدم الكفاءة من جانب المذنب و يأخذ صوراً متعددة كالإهمال وعدم الاحتراز.

2- الخطأ الطبي اليسير

عبر عنه البعض بأنه ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه شخص متوسط العناية واليقظة، ويقصد به أيضا ذلك الخطأ الذي لا يقترفه شخص عاد في حرصه وعنايته.⁽³⁾

هناك من أطلق عليه أسماء عدّة، فمنهم من قال أنه الخطأ البسيط، وكما أسماه الفقه الجنائي أيضا "الخطأ غير الواعي" أو "الخطأ من دون تبصر"، وكلها تعني « **ذلك الخطأ**

¹ - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 121.

² - Cité in patrice (Jourdain); Les principes de la responsabilité civile, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 65.

³ - د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم مدنيا و جزائيا و تأديبيا، المرجع السابق، ص. 44.

الذي لا يتوقع الجاني نشاطه الإيجابي أو السلبي مع قدرة الشخص العادي وفي ظروف على توقعها و تفاديها»⁽¹⁾.

ومن الفقهاء من سلك مسلكاً مغايراً في تعريفه، بعدما أكدوا على التفرقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير، فقد اهتموا بتعريف الخطأ الجسيم ويكون ما عداه يندرج تحت الخطأ اليسير.

وحقيقة أن اشتراط الخطأ الجسيم لمحاسبة الطبيب، قد عدل عنه وهجره - كما أسلفنا- القضاء في فرنسا، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها أن «المادتين 1382⁽²⁾ و1383 مدني فرنسي، قد قررتا قاعدة عامة هي ضرورة إسناد الخطأ إلى المسؤول، لا مكان إلزامه بتعويض الضرر الذي نشأ من فعله، بل حتى عن مجرد إهماله وعدم تبصره، وإن القاعدة تسري على جميع الناس، مهما كانت مراكزهم وصناعاتهم دون استثناء...»⁽³⁾.

أما القضاء المصري، فقد اتبع نفس النهج، حيث قضت محكمة استئناف مصر أن «مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة، متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء كان خطأ فنياً أو غير فني جسمياً أو يسيراً...»⁽⁴⁾.

أما في القانون الجزائري، فلا زال الفقه في محاولة منه لإعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة الخطأ اليسير، نظراً لصعوبة إثبات الخطأ في المجال الطبي ونقص دراية القضاة في هذا المضمار، غير أن مسؤولية الطبيب عن الخطأ اليسير في القانون

¹ - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 192.

² - Art. 1382 C.C.F: " Chacun est responsable du dommage qu'il non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

³ - حكم محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 جويلية 1919 (دالوز). أشار إليه: د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 262.

⁴ - حكم محكمة استئناف مصر، مؤرخ في 2 جانفي 1936، مشار إليه: إبراهيم علي حماوي الطبوسي، المرجع السابق، ص و هامش. 43.

الجزائري لا تعدو أن تكون مسؤولية تأديبية فقط و هذا طبقاً لنص المادة 239⁽¹⁾ من قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدلة بموجب القانون رقم 17/90 المعدل والمتمم.

و عليه فإن المستقر عليه هو أن الخطأ مهما كانت درجته يصلح سبباً لإثارة دعوى المسؤولية و استحقاق التعويض.

ثالثاً: الخطأ الطبّي العمدي والخطأ الطبّي غير العمدي

إن مسألة تعريف لكل من الخطأ الطبّي العمدي و الخطأ الطبّي غير العمدي، قد كانت محل إتفاق بين الفقه والقضاء، فالطبيب قد يرتكب خطأ مقصوداً ويخالف بذلك واجباته القانونية وقد يكون الخطأ المرتكب من قبله خطأ غير مقصود، وسيتم بيان ذلك على الوجه الآتي:

1- الخطأ الطبّي العمدي

هناك تعريفات عدّة للخطأ العمدي، لاسيما في المجال الطبي، لكنها تصب كلها في معنى واحد، فمن الفقهاء من عرفه بأنه "إرادة الفعل وإرادة النتيجة"⁽²⁾، وهناك من عرفه بأنه "إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير"⁽³⁾، فالخطأ العمدي هو الخطأ الذي أراد به فاعله الإضرار بغيره.

قد رأى البعض أنه لا يكفي في الخطأ لوصفه عمدياً، أن يكون قد تعدد الانحراف، بل يجب أن يكون الانحراف قد قُصد منه إحداث ضرر بالغير⁽⁴⁾، بمعنى إتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل لذاته إذا لم تتجه الإرادة لإحداث النتائج الضارة.

من خلال التعريفات السابقة نستخلص أن الخطأ العمدي يستوجب سلوكاً صادراً من الشخص سواء أكان هذا السلوك إيجابياً أم سلبياً، يخل بموجبه بواجب قانوني مصحوباً

1 - أنظر: م 239 من ق.ح.ص.ت. المعدلة بموجب القانون رقم 90-17.

2 - مصطفى أشرف مصطفى الكوني، المرجع السابق، ص. 98.

3 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 186.

4 - د. أنور رسلان، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، دار النهضة العربية، مصر، ط2، 1983، ص. 201.

بقصد الإضرار، فيرى غالبية الفقهاء أنه ما دام أساسه نية الإضرار بالغير، فإنه يتعين على القاضي تطبيق المعيار الشخصي لقياسه، بمعنى البحث في نفس الفاعل عن توافر هذا القصد من عدمه.

وعلى هذا الأساس فالخطأ العمدي يتكون من عنصرين:

1. عنصر مادي هو الإخلال بواجب عن طريق فعل أو امتناع.
2. عنصر معنوي ويتمثل في قصد الإضرار بالغير.

وهو في المجال الطبي اتجاه إرادة الطبيب إلى إحداث ضرر بالمريض قصدًا، فالطبيب الذي يصف لامرأة عقاقير وهو يعلم أنها حامل وهو يضر بصحتها فيحدث الإجهاض، يكون قد ارتكب خطأ طبيًا عمدياً، ناهيك عن الأخطاء العمدية الأخرى كالامتناع عن تقديم المساعدة لمريض في حالة خطرة، وقتل المرضى الميئوس من شفائهم وكذا التجارب الطبية بغير قصد العلاج.

2- الخطأ الطبي غير العمدي

إذا كان الخطأ العمدي هو إرادة الفعل و النتيجة، فالخطأ غير العمدي هو إرادة الفعل دون النتيجة، فهو كما أطلق عليه البعض الخطأ بإهمال أو الخطأ غير المقصود فهو «إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل بهذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير...»⁽¹⁾.

أما في المجال الطبي يتعين تعيين الواجب القانوني الذي كان يقع على عاتق الفاعل في الظروف التي ارتكب فيها الفعل، ويُقاس بمسلك الرجل العادي – كما أشرنا-.

والتفرقة بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، لها أهمية بالغة، فهناك رأي ذهب إلى القول أنه إذا كان الفعل قُصد به الإضرار بالغير فإن المعيار يكون ذاتياً أي شخصياً، وأما إذا كان الفعل غير المشروع غير عمدي فيؤخذ بالمعيار الموضوعي المجرد (الرجل

¹ - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين..، المرجع السابق، ص. 240.

العادي)، في حين رأى البعض الآخر أن يقاس الخطأ العمد بكل من المعيارين الشخصي والموضوعي.

صفوة القول أن خطأ الطبيب قد يشترك فيه أكثر من نوع، فقد يكون خطأ مهنيًا عمديا جسيماً، وقد يكون خطأ عادياً غير عمدي يسيراً والعكس. وقد أشرنا إلى هذا التقسيم باعتباره الأكثر شيوعاً في المجال الطبي، وهذا لا يغني عن وجود تقسيمات أخرى نجد لها تطبيقات في المسؤولية المدنية دون الجزائية.

المطلب الثاني

تطبيقات قضائية للخطأ الطبي

لعلّ أهم ما يميّز العمل الطبي عن غيره من الأعمال الأخرى، طبيعته الفنية والخاصة، علاوة على صفة القائم به، ومما لا شك فيه أنّ الطبيب كسائر البشر، له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي يحبّذ، إلا أن هذه الحرية - كما رأينا- لا تؤخذ على إطلاقها، فيقع عليه مقابل ذلك التزامه ببذل الجهود الصادقة، التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية، فأيّ خروج عن هذه القواعد والإخلال بها يشكل خطأ طبيّاً من جانبه يستوجب تبعاً لذلك مسؤوليته.

وبعد أن تعرضنا في السابق إلى مفهوم العمل الطبي وبيّنا المراحل التي يمر بها من فحص وتشخيص كمرحلة أولية، إلى مرحلة وصف الدواء، وصولاً إلى مرحلة تنفيذ العلاج، ومن ثم مرحلة الرقابة، فإن تطبيقات الخطأ الطبي لا تخرج عن هذه المراحل، لهذا يستلزم علينا استقصاء صور عملية و تطبيقية لهذا الخطأ.

ونظراً لصعوبة الإلمام بجميع جوانب الموضوع، فقد رأينا أن نبيّن بعض الصور والأمثلة الأكثر شيوعاً في المجال الطبي، بدءاً بالخطأ في التشخيص **(الفرع الأول)**، والخطأ في وصف الدواء **(الفرع الثاني)**، ومن ثم الخطأ في تنفيذ العلاج **(الفرع الثالث)**، وأخيراً الخطأ في الرقابة الصحية **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

الخطأ في التشخيص

تعتبر مرحلة الفحص والتشخيص ذات أهمية بالغة، لكونها مرحلة تسبق مراحل العلاج، و هي مرحلة دقيقة جداً، ففيها يحاول الطبيب معرفة ماهية المرض ودرجة خطورته، أخذاً في الاعتبار ظروف المريض الصحية وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه، فبعدها تتكون لديه معلومات حول نوع المرض ودرجة تقدمه، فهو أول عمل من أعمال العلاج الذي يُظهر فيه الطبيب كل قدراته العلمية وخبراته العملية، وعلى هذا فهو لا يرتكز على العلم فقط، بل يعتمد أيضاً على خبرة الطبيب وفطنته.

ومن البديهي، أنّ الأطباء يتفاوتون فيما بينهم من حيث المستوى العلمي والخبرة، فلهذا فهم عرضة لارتكاب الأخطاء، وفي بعض الأحيان قد يتحصن الطبيب بكل أنواع الحيلة و الحذر ورغم هذا يجد نفسه أمام خطأ لا يغتفر.

وعلى هذا الأساس، فقد أدرك القضاء منذ أمدٍ بعيد أن أصعب المشاكل هي التي يواجهها الأطباء في مرحلة الفحص والتشخيص، ويمكن القول أن نشوء مسؤولية الطبيب تبدأ من هذه المرحلة.

ولتحديد الخطأ في الفحص والتشخيص، يستلزم منا الوقوف على أمرين: الإهمال في التشخيص (أولاً) والغلط العلمي الذي يقع فيه الطبيب (ثانياً).

أولاً: الإهمال في التشخيص

بمجرد توجه المريض إلى الطبيب، فإنه يقع على هذا الأخير التزام بعلاجه، والتي يستهلها بتشخيص المرض، لهذا فلا بد من توخي أقصى غايات الدقة والتأني، حتى يستطيع الطبيب أن يضع يده على نوع المرض الذي يشكو منه المريض، فهو ملزم ببذل العناية المطلوبة في هذه المرحلة و أن يعطيها الوقت اللازم، بمعنى أن لا يتسرع في البث وتقرير حالة المريض، بالإضافة إلى ضرورة إعلام مريضه وتبصيره بعلمته وذلك بعبارات واضحة مفهومة فيخاطب كلاً على قدر شخصيته، فيصف له الحالة التي يمكن أن يؤول إليها المرض في حالة معالجته، وهنا يعطي للمريض الحق في المقارنة بين الأخطار المترتبة على رفض العلاج المفترض بعد التشخيص وبين متابعة مرضه وتطوره، فالقرار

يعود للمريض يتخذه عن علم وبصيرة⁽¹⁾. وعليه أيضا أن يعتمد في تشخيصه على الوسائل والتجهيزات الطبية الضرورية للتشخيص مع الاستعانة بكافة الطرق العلمية الجاري العمل بها لدى كافة الأطباء.

فلقد نصت المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك، وعليه أن يقبل إجراء استشارة يطلبها المريض أو محيطه...» فاستشارة الطبيب لطبيب آخر في الحالات التي يستعصي فيها التشخيص أو الفحص من الأمور التي لا بد منها. فالطبيب إذا أهمل اتخاذ الاحتياطات الضرورية التي تبعده عن مواطن الخطأ كان مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن أخطائه في التشخيص.

ومن الناحية العملية فإن الأخطاء الأكثر شيوعاً في مرحلة التشخيص هي خطأ الطبيب في إعلام مريضه بأخطار مرضه. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 مارس 1996 بمسؤولية الطبيب نتيجة تقصيره في تبصير المريضة بإمكانية انتقال المرض إلى نسلها⁽²⁾. ولم يشترط القضاء أن يكون التبصير كتابياً إلا في حالات استثنائية كإصابة المريض بالصمم⁽³⁾.

بيد أن المشرع الجزائري قد أعطى للطبيب الحق في عدم إعلام المريض عن تشخيصه لمرض خطير، لأسباب يقدرها الطبيب، لكن بالمقابل هو ملزم بإعلام أسرته وهذا ما تضمنته المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: « يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص... غير أن الأسرة يجب إخبارها...».

¹ - Carine Daver, "La télémédecine entre progrès techniques et responsabilités, Dalloz, 2000, N° 35, p. 531.

² - تتلخص وقائع هذه القضية: «أن سيدة راجعت طبيبها من أجل استشارة عما يعانيه زوجها من اضطرابات عصبية، وخشية من انتقال المرض إلى نسلها بالوراثة، ورغم أنها طلبت منه إعلامها بخطورة هذا الأمر، إلا أنه لم يُبصرها بأنه من الممكن أن ينتقل المرض لجنينها لأنه وراثي، والنتيجة كانت أن السيدة عند وضعها لحملها تبين أن جنينها مصاب بنفس المرض، وعلى هذا الأساس رفعت السيدة دعوى قضائية قضت فيها المحكمة بالقرار المشار إليه». - أنظر: د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ط1، ص. 72.

³ - حكمت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها أنه: « من حيث المبدأ لا ضرورة للتبصير الكتابي إلا في حالة المريض في الواقعة المطروحة أمام المحكمة تفرض التبصير الكتابي كونه مصاباً بالصمم».

Voir: Louis Dubois, " La protection Européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine Française", Paris, 2001, p. 45.

لهذا فتعتبر مسألة إعلام المريض من المسائل الجوهرية في مرحلة الفحص والتشخيص، فإهمالها يعدّ خطأ قد يؤدي إلى عواقب وخيمة تظهر نتائجها في المراحل اللاحقة.

كما يعتبر من الأخطاء أيضاً إهمال الطبيب وتقصيره في تشخيص المرض اللجوء إلى الفحوصات العلمية والعملية كالفحص الميكروسكوبي والتحاليل بأنواعها والتصوير بالأشعة، والوصول إلى الفحوص التكميلية إذا تعذرّ عليه الوصول إلى معرفة الحقيقة من خلال الفحص الابتدائي.

إلا أنه يُعفى الطبيب من المساءلة إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى تضليل المريض للطبيب بإعطائه بيانات غير صحيحة، وإخفائه لبعض الحقائق التي لا يمكنه معرفتها، لهذا كان من واجب الطبيب عدم التسرع وأخذ الوقت الكافي لمعرفة المرض، وهذا ما أقره القضاء الفرنسي سنة 1921.⁽¹⁾

ثانياً: الغلط العلمي

إن التطور المستمر الذي لحقه علم الطب يجعل العلماء و الأطباء في خلاف دائم، نظراً لظهور نظريات علمية طبية جديدة، وهذا قد يجعل الطبيب يرجح نظرية أو رأياً على آخر، فإذا وقع خطأ منه في التشخيص بسبب صعوبة الحالة و تعقيدها، فلا يصح أن يُسأل الطبيب عن أمر مختلف عليه فنياً، فالخطأ في التشخيص لا يشكل بالضرورة خطأ طبياً، إلا إذا كان يدل على جهل واضح بالمبادئ الأولية للطب، فنقتصر محاسبته على الأصول العلمية الثابتة، لهذا فهناك فرق شاسع بين الجهل والأخذ بالرأي.

¹ - قد أدان القضاء الفرنسي الطبيب بسبب خطئه في التشخيص بسبب عدم إحاطة تشخيص المرض بالمعلومات المتأنية والكافية وعدم إتباع الطرق العلمية خلال إجرائه الفحص، و تتلخص وقائع هذه القضية: « أن سيدة كانت تشكو من الآم في الرحم ولكنها نتيجة عدم إفصاحها بأنها حامل، أدى ذلك إلى فهم خاطئ من الطبيب، فتم تشخيص المرض على أنه ورم وقرر نتيجة لذلك إجراء عملية استئصال للرحم... و ما حصل أنه أثناء إجراء العملية تبين أن السيدة حامل في الشهر الأخير، فتمت مقاضاة الطبيب طبقاً للمادة 319 عقوبات فرنسي، بسبب استمراره إجراء العملية وإخراجه المولود حياً، مما تسبب في إحداث نزيف للسيدة و حدوث الوفاة، فكان لزاماً عليه غلق الجرح و التوقف عن العملية حسب الخيرة الطبية المنجزة».

- أنظر: د. فائق محمد الجوهري، أخطاء الطبيب، دار المعارف، مصر، ب ط، 1962، ص. 64.

و قد قضت في هذا محكمة النقض الفرنسية أنه: «إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيح الطبيب لرأي علمي على آخر أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى، طالما أننا بصدد حالة لا زالت أمام البحث والتطور العلمي»⁽¹⁾.

ولهذا السبب فقد منع المشرع الجزائري في المادة 30 من مدونة أخلاقيات الطب، من إفشاء طريقة جديدة للتشخيص دون إبداء التحفظ اللازم، علاوة على تحذيره في المادة 31 من نفس المدونة من استعمال أي طرق تسيء إلى مهنة الطب⁽²⁾.

و صور الغلط العلمي في التشخيص عدّة، نذكر منها على سبيل المثال:

1. جهل الطبيب بالأولويات وفحص المريض بطريقة سطحية وسريعة.
2. استعمال الطبيب في التشخيص وسائل مهجورة غير كاملة وطرق لم يعد معترفا بها علمياً في مجاله.
3. إهمال الطبيب استشارة زملائه الأكثر منه تخصصاً.
4. إذا انطوى الخطأ على إهمال واضح من قبل الطبيب ولا يتفق مع مجريات العمل الطبي.

و خلاصة لما سبق، فإن التشخيص هو مسألة فنية خالصة، لا تستطيع المحكمة إبداء الرأي فيها منفردة، وهذا راجع إلى نقص خبرة القضاة في هذا المجال، مما يستدعي اللجوء إلى خبرة طبية والتي يبقى للمحكمة السلطة التقديرية في قبولها أو رفضها.

الفرع الثاني

الخطأ في وصف الدواء

بعد مرحلة التشخيص تأتي مرحلة وصف الدواء للمريض، وتحديد الطريقة الملائمة للعلاج، فالوصفة الطبية هي وثيقة مكتوبة يحررها الطبيب، تتضمن حالة المريض أو تحديد

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية (مدني) مؤرخة في 9 ماي 1967 (دالوز).
أنظر: د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ب ط، 1987، ص. 52 وهامش رقم 2.
² - أنظر: م 30 و 31 من م.أ.ط.

تنظيم معيّن على المريض إتباعه أو وصف أدوية لعلاج العلة⁽¹⁾، فهذه الورقة تتميز عن غيرها من أوراق الأعمال الطبية الأخرى، كالتحاليل والأشعة، فهي تعتبر دليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض⁽²⁾.

فيتطلب من الطبيب في هذه المرحلة، أن يبذل العناية الكافية في اختيار العلاج الملائم للمريض، فهو غير مطالب بشفاء المريض لأن ذلك مردّه إلى مدى فعالية الدواء وقابلية جسم المريض له.

ومن خلال استقراءنا للنصوص الواردة في مدونة أخلاقيات الطب، نرى أنّ المشرع قد أعطى لمسألة وصف الدواء أهمية، فقد طالب الطبيب بأن تكون وصفاته مكتوبة بشكل واضح مفهوم وذلك حتى لا يقع في خطأ، وهذا ما نصت عليه المادة 47 من المدونة⁽³⁾، زيادة على إعطائه الحرية الكاملة في اختيار نوع العلاج وهذا ما نصت عليه المادة 11 بقولها: «يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملاءمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما في نطاق ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية».

في حين نصت المادة 48 من نفس المدونة على أنه: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة أو مجموعة... أن يبصر المريض و من حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد تجاه أنفسهم وجوارهم...». فالمشرع بنصه لهذه المادة قد انفرد عن بقية التشريعات المقارنة، إذ أشار إلى ضرورة تبصير المريض في مرحلة العلاج⁽⁴⁾. كما يعتبر المشرع الجزائري الرائد الأول بنصه على إلزام الطبيب بتدوين معلوماته الشخصية و مؤهلاته العلمية عند الاستشارة الطبية⁽⁵⁾.

¹ - Louis Melennec et Gérard Mameteau, "Traité de droit médical", tome 6, édition Naloine, Paris, France, 1982,p. 83.

² - أحمد حسن الحباري، المرجع السابق، ص. 121.

³ - أنظر: م 47 من م.أ.ط.

⁴ - د. زينة غانم يوسف العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2011، ص. 158.

⁵ - مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 395.

فالطبيب أو جراح الأسنان لهم الحق وحدهم في تحرير الوصفات الطبية، إلا أن
المشروع بعد تعديله للمادة 8 من قانون 17/90 أضاف فقرة للمادة 222 والمادة 239 من
القانون 05-85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، فقد أقرت السماح للمساعدات الطبيّيات
القابلات بوصف أدوية وأساليب حماية الأمومة وهذا خلافا لما كان معمولاً به من قبل.

وتأكيداً للنصوص السالفة الذكر، فما استقر عليه الفقه والقضاء هو حرية الطبيب في
وصف الدواء ولا تُقيّد هذه الحرية إلا مصلحة المريض، وعلى هذا الأساس فيلتزم الطبيب
بمراعاة الحيطة والحذر في هذه المرحلة، أخذاً في الاعتبار حالة المريض الصحية، مما
يتعيّن عليه أن يوازن بين مخاطر العلاج فخطأ الطبيب في مرحلة وصف الدواء يأخذ
شكلين:

1. خطأ ناتج عن عدم مراعاة قواعد الحيطة والحذر وهو خطأ مادي، فيطلب منه عند
كتابة الوصفة الطبية، أن تكون الكتابة واضحة وأن يكون مقدار وجرعة الدواء مناسباً
للمريض.

وفي هذا الصدد فقد قضى القضاء الفرنسي في 11 أبريل 1946، بإدانة طبيب بسبب
تحريره لوصفة طبية بخط سيء⁽¹⁾.

كما كان للقضاء المصري وجهة نظر في هذا الشأن، فقد قضت محكمة مصر المختلطة في
جلستها المؤرخة في 26 جانفي 1923 بأنه: « على الطبيب مراعاة الحد اللازم من الحيطة
في وصف العلاج، فيجب عليه ألا يصف العلاج بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار
حالة المريض وسنه وقوة مقاومته وبنيته ودرجة احتمالته للمواد الكيماوية الداخلة في

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية أن الطبيب أراد أن يصف 25 قطرة من مادة "Daudamun. sy denham" إلا أنه قام
بارتكاب خطأين: الأول هو كتابة الرقم 25 باللغة العربية (مخالفاً للتعليمات وللوائح)، والثاني هو اختصاره لكلمة
قطرات في حرفي g.t، الأمر الذي جعل الصيدلي يخطئ في قراءتها وأولها على أنها تعني جرامين فأعطى المريضة
25 جراماً من الدواء، و النتيجة كانت وفاة المريضة إثر دخولها في غيبوبة بعد تناولها لهذه الجرعة.
أنظر د. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،
ب ط، 1993، ص. 46.

الدواء ومدى حساسيته لها، فإذا لم يراع ما سبق أو أخطأ في تركيب الدواء بإعطاء المريض جرعة أزيد من اللازم فإنه يسأل في تلك الحالة..»⁽¹⁾.

2. خطأ ناتج عن عدم إتباع الأصول العلمية السائدة وقت مباشرة العلاج، وهو خطأ فني، فهذا الالتزام هو عام يقع على عاتق الطبيب، فقد يكون الخطأ في استخدامه فنا قديماً في المعالجة مع وجود وسائل حديثة، فهو ملزم ببذل جهود صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة، وهذا ليس معناه الانزواء عن الاستنباط والاستحداث، وإنما القصد منه في حالة ما إذا عرض على الطبيب حالة قواعد مستقرة وثابتة فهذا يجعله ملزماً بإتباعها، و ليس تعريض حالة المريض للخطر.

وعلى هذا فقد قضت محكمة مصر الابتدائية في جلستها المؤرخة في 03 أكتوبر 1944 على أن: « اختيار الطبيب طريقة العلاج دون أخرى لا يمكن أن يؤدي إلى مسؤوليته عن طريقة العلاج التي اتبعها، ما دامت هذه الطريقة صحيحة علمياً ومتبعة فعلاً في علاج المرض، ومسؤولية الطبيب عن خطأ العلاج لا تقوم بصفة مطلقة على نوع العلاج الذي يختاره إلا إذا ثبت أنه في اختيار العلاج أظهر جهلاً بأصول العلم والفن الطبي»⁽²⁾.

كما تجدر بنا الإشارة إلى أنه يدخل في نطاق الأخطاء في وصف العلاج اختيار نوع العلاج ليس من أجل التحفيف من معاناة المريض، وإنما بقصد تجربة ذلك العلاج، فلا يجوز المغامرة بجسم المريض، وقد منع إجراء هذا الأمر قديماً على أجسام المحكوم عليه بالإعدام، ولا يعتد برضا المريض باعتبار ذلك مساس بالنظام العام⁽³⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب بأنه: «لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود لفائدة مباشرة على المريض».

1 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 79.

2 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 79.

3 - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، الملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية، الجزائر، 12 أبريل 2010، ص. 7.

وصفوة القول أن الطبيب في هذه المرحلة ليس مطالباً بتحقيق الشفاء وإنما ببذل العناية اللازمة في اختيار العلاج والدواء الملائمين لحالة المريض، بهدف الوصول إلى شفاء المريض، ومتى أهمل هذه العناية فإنه يعتبر مسؤولاً عما يترتب عن ذلك بالإهمال من أضرار و هذا ما استقر عليه القضاء في البلاد العربية.

الفرع الثالث

الخطأ في تنفيذ العلاج والعمليات الجراحية

ما دامت مسؤولية الطبيب تقرر في حالة خطئه في وصف العلاج والدواء للمريض، فإنه من البديهي أن تبقى هذه المسؤولية قائمة في حالة خطئه في تنفيذ هذا العلاج.

وكما تمت الإشارة إليه سابقاً، فإن هذه المرحلة تكتسي أهمية بالغة في حالة ما إذا كان العلاج جراحياً، و هذا يعني أن المريض يكون في حالة حرجة يتسع معها نطاق مسؤولية الطبيب.

والمعلوم أن الجراحة تعتبر فرعاً هاماً من فروع الطب، فمجالاتها واسعة، وأنواعها كثيرة، لهذا فالخطأ الطبي الجراحي هو الأكثر شيوعاً في الأخطاء الطبية من غيرها، فعمل الجراح يتطلب درجة عالية من الحرص والمهارة، حيث ينطوي على قدر من الخطورة والمجازفة.

ولا يخفى على أحد أن التدخل الجراحي لا يأتي فجأة، مما يستلزم وجود ضوابط تسبقه، على الطبيب الجراح أن يتقيد بها ومن بينها:

1. الحصول على موافقة المريض، لأن الأمر يتعلق بكيانه الجسدي ولا يمكن المساس بهذا الكيان دون موافقته⁽¹⁾.
2. ضرورة إعلام المريض وتبصيره بالمخاطر الناجمة عن العمل الجراحي وهذا التبصير يبدأ من أول مرحلة من مراحل العمل الطبي – كما رأينا-.

¹ - د. ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص. 242.

3. القيام بالفحوصات اللازمة التي تتطلبها حالة المريض، فالجراح يكون مسؤولاً إذا لم يتم إجراء فحص على العضو الذي سوف تجري له العملية، ناهيك عن التحاليل المخبرية وغيرها.

ولقد رأينا أنه من الأهمية بمكان إدراج بعض الأمثلة الأكثر شيوعاً في الأخطاء التي تقع في العمليات الجراحية، فسيتم الوقوف عند أخطاء التخدير باعتبارها أهم مرحلة تسبق العملية الجراحية (أولاً). ونتيجة لما لحقته عمليات التجميل من تطور وروج، فالأخطاء فيها قد وصلت إلى حد كبير (ثانياً)، دون إغفال ما قد يصدر عن الأطباء من أخطاء في عمليات نقل وزرع الأعضاء (ثالثاً).

أولاً: الخطأ في التخدير

لا شك أن من أهم الانتصارات التي وصل إليها علم الطب هي اكتشاف علم التخدير والذي يلعب دوراً كبيراً في تسهيل العمليات الجراحية وتخفيف آلام المريض، فأصبح اليوم من الصعب أن يكون هناك تدخل جراحي بغير تخدير، سواء أكان تخديراً كلياً أم موضعياً.

ولقد كان الطبيب الجراح فيما مضى هو الذي يقوم بعملية التخدير باعتبارها جزءاً من عمل الطبيب، ولكن نظراً لتشعب التخصصات الطبية أصبح التخدير تخصصاً هاماً قائماً بذاته، يتعين معه أن يكون هناك متخصص يقوم به ويكون بجانب الطبيب الجراح في العملية الجراحية، وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية طبيب التخدير لا تقل عن مسؤولية الطبيب الجراح في حالة عدم إتباعه للأصول العلمية للمهنة.

وقبل أن يوضع المريض تحت التخدير، على الطبيب التأكد من حالة المريض الصحية، إذا كانت تتحمل هذا التخدير أم لا، والاستعانة في ذلك بالفحوصات التي تم إجرائها مسبقاً، خاصة بالنسبة لمريض القلب والتأكد من أن المريض صائم¹. لأن إغفال هذا الأمر قد يؤدي إلى وفاة المريض خنقاً، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في

¹ - د. نهاد الخوري، المرجع السابق. أنظر: <http://www.terezia.org/section.php>

جلستها المؤرخة في 10 ديسمبر 1970، حيث قضت بإدانة كل من الطبيب الجراح وطبيب التخدير، و ذلك لوجوب معرفة الوقت الذي تناول فيه الطفل الطعام⁽¹⁾.

لهذه الأسباب على طبيب التخدير عند استخدام المخدر مراعاة الدقة اللازمة وأن يبذل الدرجة المقبولة من العناية والمهارة وفق مستوى مهارته، فلا يسأل إلا إذا أهمل أو قام بإجراء خطير أدى إلى وفاة المريض.

ومن التطبيقات القضائية أيضا في مجال التخدير، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 10 جوان 1980 « بإدانة طبيب التخدير بسبب عدم التزامه بمتابعة حالة المريض حتى تمام إفاقة من المخدر وأنه يستحيل عليه ترك ذلك لمرضته من أجل متابعته»⁽²⁾.

وخلاصة القول، فطبيب التخدير وأمام كل هذه الالتزامات الملقاة على عاتقه، فإنه يبقى حرا في اختيار طريقة التخدير التي يراها مناسبة، طالما أنه قد أصبح من المتعارف عليه استعمالها شأنه في ذلك شأن الطبيب الجراح.

ثانيا: الخطأ في عمليات التجميل

يقصد بجراحة التجميل تلك الجراحة التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي⁽³⁾.

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية أنه بتاريخ 4 جوان 1966 « تم إجراء عملية لطفل صغير يعاني من ازدواج القدم، وعليه فقد تم تخديره كلياً حتى ترتخي أعصاب القدم، وبعد التخدير قام الطفل باستفراغ كل الحليب الذي تناوله، ولأن العملية كانت في حدود الساعة الحادية عشر والرابع صباحاً، في حين كان قد تناول الحليب على الساعة السابعة صباحاً، فأصيب الطفل نتيجة لذلك باختناق ونجم عن ذلك توقف وشلل في النخاع الشوكي بدرجة جعل فيها الطفل في حالة حيوانية».- أنظر: د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 678.

² - تتلخص وقائع هذه القضية في أن المريض بعد إجراء العملية الجراحية له، وبالرغم من مرور ستة ساعات، فإنه لم يستيق، و هذا ما أدى بزوجة المريض إلى الاستئجار بطبيب التخدير، فتقاعس في الحضور بالرغم من ارتفاع ضغط المريض، وبعد أربع ساعات دخل المريض في غيبوبة، فأخطر طبيب التخدير ثانية فحضر في هذه المرة بعد نصف ساعة من الإخطار، ونتيجة ذلك فقد أصيب المريض بضيق في التنفس والكلام.

- أنظر: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 62.

³ - د. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1995، ص. 6.

وقد ذهب الدكتور "لويس دارتيغ"⁽¹⁾ "Louis Dartigue" إلى تعريف هذه الجراحة بأنها مجموعة العمليات المتعلقة بالشكل، والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري، يؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد⁽²⁾.

ولقد برز هذا النوع من الجراحة منذ الثلاثينات من القرن العشرين وتعددت مسمياتها، فهناك من أطلق عليها "جراحة الشكل" وهناك من أطلق عليها جراحة "البلاستيك" لكثير ما يستعمل فيها من المواد البلاستيكية.

ونتيجة للتطور الذي وصلت إليه هذه الجراحة، فإنها أصبحت اليوم فرعاً من فروع الجراحة الطبية الحديثة، لها تعاليمها وأصولها، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة المتعلقة بالجراحة⁽³⁾. غير أنها تميزت عن باقي الجراحات الأخرى بأن إجراءاتها أمر كماله وليس ضرورياً من أجل استمرار الحياة، لهذا كانت أكثر التشريعات صارمة فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب في هذا النوع من الجراحة حين ارتكابه خطأ ووقوع ضرر للمريض⁽⁴⁾.

ونظراً لانتشار مراكز التجميل، سواء في البلاد العربية أو غيرها بصورة عشوائية، فقد أدى ذلك إلى الاستخفاف بحرمة الأرواح والأجساد والخروج عن الضوابط المعتمدة لدى أهل الاختصاص، مما جعل الاختلاف في مشروعيتها في الشريعة الإسلامية أمراً عدلاً ومنصفاً.

ولقد جاء في إحدى الفتاوى الصادرة من دار الإفتاء المصرية أنه: « وإذا كان الطبيب غير عالم في فنه، أو أجرى الجراحة بدون إذن خاص أو عام، أو وقع منه خطأ فني في عمله ترتب عليه الضرر، أو جاوز المكان المعتاد، أو تعدى القدر المعتاد، أو

¹ - يعتبر لويس دارتيغ من المؤسسين لجراحة التجميل، وقد شغل منصب مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل.

² - د. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 2004، ص. 291.

³ - د. أنور أبو بكر هواني جاف، مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، 2010، ص. 642.

⁴ - د. عبد الناصر كعدان، المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي و الطب الحديث، محاضرة الدكتور بكلية الزقازيق، حلب، سوريا، 2008، ص. 6.

أهمل أو قصر في الاحتياط، كأن استعمل آلة غير صالحة، أو عمل في وقت غير صالح، أو مع قيام حالة بالمريض غير الملائمة، فإنه يكون ضامناً لما يصيب المريض من أضرار نتيجة لعمله وجراحته، وهذا الذي قرره الفقهاء من مئات السنين، هو ما استطاعت القوانين الوضعية والتشريعات الحديثة أن تصل إليه بعد أن اصطدمت بالواقع وانتزعت قواعدها وأحكامها من تجارب الأحداث»⁽¹⁾.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن عمليات التجميل كانت في أول الأمر محل كره وريبة أمام القضاء والفقهاء المقارن، لأنه من الصعب فيها أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بجسم الإنسان وإنقاذ المريض وبذل العناية في شفاؤه، وقد ذهب جانب من الفقهاء القديم إلى اعتبارها عملاً غير مشروع وبوصفها عملاً غير أخلاقي.⁽²⁾

كما صرح الفقيه "جارسون": « بأن الطبيب الذي يتعامل مع عضو سليم من أعضاء الجسد بحجة التجميل يخرج عن حدود المهنة التي تتيحها له شهادة الطب»⁽³⁾.

أما القضاء فقد تشدد في نظره لهذه الجراحة، و تأكد ذلك في أكثر من حكم، فقد قضت محكمة باريس في جلستها المؤرخة في 22 جانفي 1913⁽⁴⁾ بأن: « الجراح يعد مخطئاً حتى إذا أجرى عملية ليس بالغرض منها الشفاء من علة وإنما إصلاح تشويهه إذا سبب ذلك ضرراً للمريض حتى ولو تم ذلك وفقاً لقواعد العلم الصحيحة»⁽⁵⁾.

ولكن ما جرى أنه في مرحلة موالية وتحت تأثير ما نجم من تطورات العالم إثر الحرب العالمية الثانية من آثار تتعلق بمشوهي الحرب، فقد عدل الفقهاء والقضاء عن هذه

1 - الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، م7، ط 1982، رقم الفتوى: 1038، ص. 2415.

- أنظر د. عبد الفتاح بهيج علي العواري، الأحكام الفقهية للجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ودراسات شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2010، ص وهامش. 129.

2 - د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 151-2.

3 - د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 29.

4 - حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص. 37.

5 - لقد كانت وقائع هذه القضية التي صدر فيها هذا الحكم، تتمثل في لجوء فتاة كانت تعاني من نمو شعر في ذقنها إلى جراح التجميل من أجل التخلص من هذا البلاء عن طريق الأشعة، غير أنه وبعد إجراء العملية أصيبت بمرض جلدي خبيث.

- أنظر: د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين...، المرجع السابق، ص. 440.

النظرة المتشددة ولكن بتحفظ، وقام بالتفريق بين نوعين من الجراحة من أجل تحديد مسؤولية الطبيب فيها، فهناك حالات تشويه جسماني تصل إلى درجة المرضية، وهناك حالات يكون الغرض منها فقط تحسين المظهر.

وقد خلص الفقه الحديث إلى أن مسؤولية الطبيب في هذا النوع من الجراحة قد تكون عقدية وقد تكون تفصيلية، وقد يتأرجح معها الالتزام بين بذل العناية وتحقيق النتيجة حسب ظروف كل حالة و ملابساتها.

والقضاء بنظرته المتشددة هذه قد وضع هذه الجراحة في ميزان بين الفائدة المرجوة من إجرائها والأخطار المترتبة عنها.

وعلى هذا الأساس، فقد اتجه القضاء الفرنسي وحتى المصري إلى ضرورة امتناع الطبيب عن التدخل لإجراء جراحة التجميل ما لم يكن واثقاً من تخصصه وفنه، فيتطلب منه عناية كبيرة.

فقد قضت محكمة استئناف باريس – الغرفة الأولى- في جلستها المؤرخة في 7 أفريل 1995: « بإلزام الطبيب بتشديد التزامه بالتبصير في نطاق عملية تجميل الأنف، وذلك بإعلام الخاضع لهذه العملية حتى بالمخاطر النادرة الحدوث، لأن هذا النوع من العمليات تنتفي فيه العناية العلاجية»⁽¹⁾. وكذلك قضت محكمة النقض المصرية في جلستها المؤرخة في 26 جوان 1969 بأن: «جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر مما في أحوال الجراحة الأخرى، اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشوه يعرض حياته لأي خطر»⁽²⁾.

¹ - Droit de la santé, Dalloz, 2002, N°32, p. 1379.

² - تتلخص وقائع هذه القضية في أن «امرأة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعها، فلجأت إلى طبيب جراح، أكد لها إمكانية إزالة الترهل بعملية جراحية، بحيث لا تترك أثراً ظاهراً، فوافقت المرأة و تمت العملية ولكن الذي وقع أن النتائج لم تكن سارة إذ نجم عنها تشوه ظاهر، فرفعت دعوى قضائية على الطبيب المعالج مطالبة فيها بإياه بالتعويض عما أصابها من أضرار، فقضت المحكمة بمسؤولية الطبيب». - أنظر: د. أنور أبو بكر هواني الجاف، المرجع السابق، ص. 685.

وعلى مستوى التشريع، فنجد أن المشرع الفرنسي لم يعالج الجراحة التجميلية صراحة إلا من خلال القانون رقم 303-2002 المؤرخ في 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية، فقد نصّ على شروط الترخيص بمنشآت الجراحة التجميلية في المادة L6322-10 والمادة L6113-4، بالإضافة إلى كل من الأمرين رقم 776-2005 المؤرخ في 11 جويلية 2005، والأمر رقم 777-2005 المؤرخ في نفس التاريخ، والذان حدّدا شروط الترخيص.

أمّا المشرع المصري فلم ينص صراحة على قواعد تنظيم الجراحة التجميلية وإنما تركها للقواعد العامة للجراحة.

وإذا كان القانون المقارن قد استطاع أن يواكب التطور على صعيد الجراحة التجميلية، فإن ما يلاحظ على القانون الجزائري أنه بعيد كل البعد عن تنظيم هذا الاختصاص، ولكن ورغم عدم وجود نص خاص ينظم هذه المسألة، إلا أن هذا لا يعني عدم مشروعية هذه الجراحة، وإنما يمكن افتكاك دليل مشروعيتها من مضمون النصوص المتعلقة بالتجارب الطبية⁽¹⁾. علما أن الجمعية الجزائرية لطب التجميل، تسعى جاهدة من أجل الاعتراف بهذا الاختصاص في الجزائر، وتنظيمه كباقي الأعمال الطبية الأخرى وذلك بفرض تعليمه في الجامعات الجزائرية⁽²⁾.

وعليه فإن جراحة التجميل كما قال عنها البروفيسور J.P. Chavoin أنها: «أحسن بكثير من المهدئات والأدوية المستعملة للاضطرابات النفسية والذهنية، ولكن بما أنها دواء، فيجب أن يستعمل بحذر واحترام القواعد الأساسية لمهنة الطب»⁽³⁾.

¹ - أنظر م 168 و فقراتها الأربع من ق. 17/90 المعدل و المتمم ل ق. ح. ص. ب.

² - بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 54.

³ - Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Coatlgiola; Responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique, Arnette, Paris, 1992, p. 92.

فجراح التجميل مسؤول كغيره عن كل تقصير في مسلكه الطبي، لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول⁽¹⁾، فيقع عليه إلتزام بأخذ رضا المريض وكذا تبصيره بالمخاطر التي قد تنجم عن العملية.

ثالثاً: الخطأ في عمليات نقل وزرع الأعضاء

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء من نوازل الطب الحديث، فقد أصبح اليوم من الممكن نقل أعضاء من شخص لآخر، سواء أكان على قيد الحياة أو توفي حديثاً، ورغم ذلك فقد أثارت هذه المسألة عدة مشاكل من الناحية القانونية والطبية و الشرعية.

والملاحظ في هذا الشأن أنّ المشرع الجزائري ونظراً لخطورة هذه الجراحة، فقد أفرد لها نصوصاً خاصة تنظم قواعد هذه الجراحة، فقد نص على ضرورة توافر رضا المانح قبل استئصال العضو وهذا ما جاء في المادة 162 بقولها: «لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر؛ ويشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة».

وكذا فقد عالج المشرع مسألة التبصير بالأخطار الطبية المحتملة من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة المشار إليها أعلاه بأنه: «ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلاّ بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة».

فالملاحظ أن المشرع قد أباح عمليات نقل وزرع الأعضاء لكن بحذر شديد، إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض وهذا ما تؤكدته المادة 166 من قانون حماية الصحة و ترفيتها بنصها: «لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية...»، كما أن المادة 22 من مدونة أخلاقيات الطب نصت على أنه: «لا يجوز إجراء أية عملية بتر أو استئصال

¹ - بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، م.ج.ع.ق.إ.، ع.3، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص 138.

لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجاليه أو استحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته».

وعليه فهناك ضوابط فنية لا بد للجراح أن يتقيد بها حتى يكون بمأمن من أية مسؤولية، فمن الأخطاء الشائعة التي يقع فيها الجراح هي عدم إجراء الفحوص الأولية قبل إجراء عملية النقل أو الزرع سواء للمانح أو المستفيد، وذلك للتأكد من أنه لا يوجد أي خطر يهدد حياتهما، وكذلك فإن الجراح ملزم بتبصير طرفي العملية بكافة المخاطر والمضاعفات المحتملة⁽¹⁾.

وللإضافة فقد حذرت أغلبية التشريعات لاسيما المشرع الجزائري في أن تكون عملية نقل وزرع الأعضاء موضوع أي معاملة مالية فهي تعد من جرائم الاعتداء على النفس⁽²⁾.

الفرع الرابع

الخطأ في الرقابة

لا يقف التزام الطبيب الجراح عند إجراء العملية الجراحية، بل يقتضي عليه مراقبة مريضه حتى بعد العملية و العناية به، حتى يدرأ عن نفسه المسؤولية، فعليه التأكد من أن المريض قد استفاق من العملية، وأن حالته على أحسن ما يرام، وعليه أيضا أن يلتزم بإعطاء التعليمات الضرورية التي قد يكون لها أهمية بالغة في نجاح العملية أو فشلها.

وبصفة أدق عليه أن يلتزم بمراقبة صحة المريض بعد التدخل الجراحي، ولو تطلب الأمر عمل أشعة للمراقبة، من أجل الاطمئنان أو استخلاف غيره في مهمة المراقبة.

¹ - لقد تضمن القرار الأمريكي الصادر في القضية المشهورة باسم "Canterbury V. Spence" بإدانة الطبيب لإخفائه معلومات عن المخاطر التي تنجم عنها العملية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن «الطبيب لم يقم بتبصير المريض البالغ في العمر تسعة عشر عاماً بأن إمكانية حدوث الشلل من جراء العملية هي بنسبة 1%، فوافق المريض على إجراء العملية دون علمه بهذه النسبة وكانت النتيجة أن المريض أصيب بالشلل».

- أنظر د. سميرة ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2004، ص. 171. أنظر كذلك: د. محمد ماجد لافي، المرجع السابق، ص. 273.

² - أنظر: م 161، ف1، من ق.ح.ص.ت.

هذا ما نصت عليه المادة 50 من مدونة أخلاقيات المهنة بأنه: « يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض»، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب مخطئاً إذا أهمل أو قصر بتركه للمريض، فعليه واجب المراقبة من أجل إكمال علاجه و في حالة غياب الطبيب يُستخلف غيره لهذه المهمة⁽¹⁾.

وعلى الطبيب المراقب إخبار الشخص الخاضع لرقابته بأنه يقوم بفحصه بصفته طبيباً مراقباً⁽²⁾. كما عليه مراعاة الموضوعية الكاملة في استنتاجاته والالتزام بالسر المهني، وعلى هذا الأخير الامتناع عن إعطاء علاج للمريض غير العلاج الذي قرره الطبيب المعالج⁽³⁾.

وفي هذا المضمار تثار مسألة أخرى وهي مسؤولية الطبيب عن فعل الغير، فالواقع أنه من الطبيعي أن يساعد الطبيب عدد من الأطباء والمرضى والمرضات، وأن نتيجة المعالجة مرتبطة بحسن عملهم جميعاً، فإذا قصر واحد منهم ونجم عن ذلك ضرر، فهنا يجب التمييز بين الطبيب في المستشفى الحكومي وفي المستشفى الخاص.

ففي الأولى تكون العلاقة بين الطبيب والمستشفى علاقة التابع للمتبوع، وبالتالي فإن هذه العلاقة كافية لتحمل المستشفى نتائج خطأ الطبيب⁽⁴⁾. أما في المستشفى الخاص فإن الطبيب يكون مسؤولاً عن جميع العاملين معه من مساعدين ومرضات.

كما يجب التمييز أيضاً بين العناية الطبية التي لها علاقة بالتدخل الجراحي، وبين العناية التي يجب أن تتوافر للمريض بصفة عامة، فالطبيب ملزم بالنوع الأول من العناية دون التزامه بالثانية، لأن هذه الأخيرة تقع على عاتق المستشفى أو العيادة (كالنظافة، التدفئة،...).

1 - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 145.

2 - أنظر م 90 من م.أ.ط.

3 - أنظر م 92 من م.أ.ط.

4 - د. بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي، المجلة القضائية، قسم الوثائق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004، ع1، ص. 19.

وفي هذا يرى الفقه أن تدفئة المريض بعد التدخل الجراحي هي جزء من العلاج الإستشفائي وتقع على عاتق المستشفى وليس الجراح⁽¹⁾.

هذه التفرقة كانت وليدة تطور القضاء في فرنسا، ففي بادئ الأمر كانت تعتبر هذه الأعمال من أعمال الطبيب الجراح وأن أي خطأ يقع على عاتقه.

وتعتبر – وفقاً لما سبق- مرحلة الرقابة والإشراف مرحلة هامة لما يترتب عنها من تحقق سليم للوصول إلى شفاء المريض، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 11 أبريل 1984: « أن مرحلة الإشراف والرقابة بعد العمل الجراحي تستمر لغاية استعادة المريض كامل وظائف جسمه الحيوية وعلى الخصوص الأمعاء...»⁽²⁾.

وقد قضت في هذا أيضاً محكمة "طنطا الابتدائية" المصرية في جلستها المؤرخة في 23 جوان 1977: «بمسؤولية الطبيب لإهماله في بذل العناية المطلوبة لخروجه من حجرة العمليات قبل خروج المريض»⁽³⁾.

من أجل ذلك، فإنه لا يمكن الجزم بأهمية مرحلة دون أخرى، فالطبيب يفرض عليه بذل الجهود الصادقة، التي تقتضيها الأصول العلمية في مهنة الطب، بقصد شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، لأن أي إخلال منه أو تقصير يترتب مسؤوليته تجاه المريض.

المبحث الثاني

أركان الخطأ و صورته

رأينا أن الخطأ الطبّي هو مخالفة أو خروج الطبيب في مسلكه عن القواعد والأصول الطبيّة أو المتعارف عليها، والتي يقضي بها علم الطب وقت تنفيذه للعمل الطبّي.

1 - د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص. 89.

2 - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 125.

3 - تتلخص وقائع هذه القضية: «أن الطبيب أجرى عملية اللوز لطالب بالثانوية التجاري، وقام بمغادرة غرفة العمليات قبل خروج المريض منها ولم يطمئن عليه وتركه دون متابعة ورقابة، فقضت المحكمة بإدانته من جراء ذلك». أنظر: د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 679.

وبصورة أدقّ هو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، التي يفرضها قانون مهنة الطب، متى ترتب عن فعل الطبيب نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجباً عليه أن يتجنّبها.

وبالتالي فإن الطبيب ومن في حكمه ممن يزاولون المهن الطبيّة، يتحمّل مسؤولية الأضرار التي تنتج عن أفعاله، سواء أكان فعله عمدياً أم غير عمدي، والذي يتجسد إما في صورة إهمال أو عدم انتباه أو عدم احتياط...

فلا يُتصور إذن انعقاد مسؤولية الطبيب بمجرد ارتكاب خطأ من جانبه، بل يجب أن يُسبب هذا الخطأ ضرراً يلحق بالمريض، وهذا ما يعرف بأركان المسؤولية في المجال الطبّي، إذ أنّ الوجود القانوني لهذه المسؤولية لا يتحقق دون توافر الأركان الثلاثة مجتمعة والمتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

ولا يجب الاعتقاد أنّ الضرر المقصود في المجال الطبّي في هذه الحالة، يتمثل في عدم شفاء المريض، بل هو أثر خطأ الطبيب الناتج عن إهماله أو عدم احتياطه أو رعونته.

وعليه فإذا انتفى ركن من هذه الأركان، لا مجال للكلام عن المسؤولية، فالخطأ مهما كان جسيماً، لا تترتب عنه أية مسؤولية، ما لم ينشأ عنه ضرر، فالمسؤولية الطبية بهذا المعنى شأنها شأن المسؤولية بوجه عام تخضع للقواعد العامة، ولا تنهض إلا بتوافر الأركان السابقة.

ولأهمية هذه المسألة، سنحاول التطرق إليها بشيء من التفصيل، من حيث بيان هذه الأركان **(المطلب الأول)**، وعلى اعتبار أن الخطأ الطبّي ينجم عن صور عدّة قد خصها بالذكر المشرع الجزائري على سبيل الحصر، مقتفياً في ذلك أثر غالبية الدول الأخرى **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أركان الخطأ الطبّي

مما لا شك فيه أن موضوع المسؤولية الطبيّة، يقتضي وجود خطأ مرتكب من جانب الطبيب، فالخطأ هو ركن أساسي تقوم عليه المسؤولية، ولكن مقابل ذلك يستلزم أن يكون الضرر حاصلًا للمريض بسبب ذلك الخطأ، فقد يصاب المريض إثر تدخل الطبيب بضرر يؤثر على حياته و سلامة جسده، و قد يؤدي أحياناً إلى إزهاق روحه أو إصابته بعجز.

لهذا فإن الخطأ مرتبط بالضرر ارتباط العلة بالمعلول، حيث لا يمكن أن يتصور حصول النتيجة الضارة لو لم يتم اقتتراف الخطأ، وعليه فإنه يجب أن تكون الإصابة تالية للخطأ و ناشئة عنه، وهذا يعني قيام علاقة أكيدة بينهما، ففي حالة انعدام هذه العلاقة تنعدم مسؤولية الطبيب تبعاً لذلك.

والأمر لا يقف عند هذا الحدّ، بل يتعدّاه إلى درجة الجزم بعدم أفضلية ركن على ركن، فيعتبر كل من هذه الأركان حجر الأساس في قيام المسؤولية الطبية، فهذه الأخيرة تتطلب إذن توافر ركن الخطأ والذي يعتبر انحراف الطبيب عن مسلكه و تعدياً منه على مصلحة المريض **(الفرع الأول)**، بالإضافة إلى ركن الضرر و الذي هو ركن رئيس، فهو حالة نتجت عن فعل الطبيب مسّت بأذى المريض **(الفرع الثاني)**، غير أنه لا يمكن للمريض أن يقيم دعوى المسؤولية إلا إذا ثبت وجود علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين هذا الضرر و ذاك الخطأ **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

التعدي خطأ

يقصد بالتعدي خطأ هو خروج الطبيب عن السلوك الطّبي الاعتيادي والمألوف، وما يقتضيه من يقظة وتبصر، إما بالإهمال أو التقصير وقلة الاحتراز، أو بالإخلال بالواجبات الخاصة التي تفرضها أعراف مهنته دون قصد إحداث الضرر، فالطبيب إذا التزم بأصول مهنته العلمية والعملية، وترتب على علاجه ضرر فإنه يتحمّل نتائج هذا الضرر لقيامه بعمل غير مشروع⁽¹⁾. فالذي يعد تعدياً هو ذلك السلوك المخالف سواء أكان بقصد إحداث الضرر أم بانتفاء ذلك القصد.

¹ - د. ميادة محمد الحسن، الخطأ الطبي، جامعة الملك فيصل، السعودية.

فالمستقرّ عليه أنّ الخطأ كأساس للمسؤولية بصفة عامة، يقع كلما أتى الإنسان بفعل يجب عليه أن يتجنّب⁽¹⁾، وهو ما يسمى بالتعدي الإيجابي (أولاً)، وإذا امتنع عن فعل يلزم القيام به وهو التعدي السلبي (ثانياً).

أولاً: التعدي الإيجابي

هو ذلك الفعل الذي يأتيه الطبيب بالمخالفة لواجب قانوني بالقيام بعمل معين، أو هو ما يقع بفعل إيجابي، عندما يقتضي الواجب القانوني عدم القيام بذلك الفعل.

عرّفه البعض بأنه: «الفعل الذي يقوم به الأشخاص خارج دائرة العقود وذلك حين يملي القانون واجبات معينة يلزم الأشخاص باحترامها ويمثل فعل الإتيان المخالفة لهذه الواجبات بالخطأ الإيجابي»⁽²⁾.

فالتعدي الإيجابي هو أن يتولد عن فعل الطبيب المهني ضرر إمّا مباشرة أو بالتسبب دون قصد، وأمثلة التعدي الإيجابي كثيرة نذكر منها:

- إتيان الطبيب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في قانون مزاولة المهنة أو قانون العقوبات، فإنّه يرتكب خطأ يستوجب مسؤوليته سواء كان جزائياً أو مدنياً.
- القيام بأعمال الغش والخديعة والتدليس والتلفيق، فهي أفعال خاطئة تلزم فاعلها بالتعويض عما يُسبب للغير من ضرر.
- كل أفعال الاعتداء والنصب...

إن كلمة التعدي في الفقه معناها الجنائية، لأن التعدي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان وهو استعمال شائع يطلق على التعدي على الغير كما يراد به التقصير والإهمال والتفريط وعدم الاحتياط⁽¹⁾.

أنظر الرابط: http://www.imamu.edu.sa/eventd/conference/research/pages/res_39.aspx

1 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 133.
2 - د. محمد المنجي، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، 2000، ص. 291.

وباعتبار أن التعدي هو انحراف في السلوك، فالأخذ بالمعيار الشخصي لقياسه يجعل الأمر يختلف من شخص لآخر، بدليل أن الانحراف في السلوك المألوف يراه الناس انحرافاً محققاً، في حين يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة.

وقد اعتبر الفقه والقضاء الأخذ بالمعيار الشخصي معيياً ولا يصلح اعتباره مقياساً منضبطاً، وذلك لما يتطلبه الكشف عن نوايا الشخص ودرجة فطنته، فاللجوء إلى المعيار الموضوعي لا يقتضي البحث في نفس الشخص، إذ يصبح التعدي أمراً واحداً بالنسبة للجميع وما تجاوز السلوك المألوف هو تعدي.

ومن التطبيقات الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها مؤرخ في 7 جانفي 1997⁽²⁾ اعتبرت أنه: «بمجرد صدور الفعل من الطبيب يكفي لقيام مسؤوليته ولم يكن هذا الفعل منطويًا على خطأ من جانبه».⁽³⁾

ثانياً: التعدي السلبي

يقصد بالتعدي السلبي هو امتناع الطبيب عن تنفيذ التزامه، وهو أيضاً امتناع الطبيب بالمخالفة لواجب قانوني بالقيام بعمل معين، فهو يأخذ صورة ترك أو امتناع، وهو لا يتحقق إلا إذا دلّ على الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم احتياط.

ومثال ذلك امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة لمريض في حالة خطر رغم استدعائه كما في حالات الولادة أو الحوادث.

هناك من عرفه بأنه: «إخلال بالالتزام قانوني بأداء عمل معين سواء إرادياً بقوة القانون أو غير إرادياً ينشأ صراحة أو ضمناً...»⁽¹⁾.

¹ - د. محمد سراج الدين، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنشر، القاهرة، ط1، 1990، ص.316.
² - د. أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2005، ص.257.
³ - تتلخص وقائع هذه القضية، "أن مريضاً كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر نتيجة ضغط واقع على أعصاب وشرابين الذراع عند اتصاله بالصدر، فاستلزم إجراء عملية له، وأثناء العملية قطع الجراح شرياناً شديداً الالتصاق بالشريان الذي تجري الجراحة من أجله، مما أدى إلى وفاة المريض نتيجة حدوث نزيف حاد...".
فقضت محكمة "Evry" الابتدائية بقيام مسؤولية الجراح لارتكابه مسلكاً غير سليم يتصف بالرعونة وخرق للأصول العلمية والطبية. أما محكمة الاستئناف فقد قضت في 3 جوان 1994 " بعدم وجود رعونة، إلا أن محكمة النقض انتهت إلى مسؤولية الطبيب بسبب صدور الفعل منه". أنظر: د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص.135.

ويعتبر الامتناع أو الترك تعدياً سلبياً:

- إذا كان الامتناع أو الترك مخالفاً للقوانين واللوائح، وما يلاحظ على معظم التشريعات أن قوانينها تزخر بالأعمال المنهية عنها، في حين الأفعال الواجب القيام بها قليلة جداً، وهذا ما أدى إلى ظهور مبدأ حرية الامتناع عن عمل ما لم يوجد نص يفرض القيام به، فمن يغفل أداء عمل من الأعمال المفروض القيام بها يعتبر متعدياً.⁽²⁾
- إذا كان الامتناع أو الترك واقعاً على عمل تستدعيه حماية الغير.

ومن التطبيقات القضائية في مسألة التعدي السلبي، ما قضت به محكمة الاستئناف "بو" "Bou" الفرنسية في جلستها المؤرخة في 13 جوان 1913 « بإدانة طبيب بسبب رفضه إجابة دعوة مريض مصاب...»⁽³⁾.

ويدخل في التعدي السلبي حالات كثيرة مثل التأخر عن الحضور لإنقاذ مريض أو رفض علاج الطبيب للمريض.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى التسليم بمساءلة الطبيب عن امتناعه عن العلاج بحجة أن الواجب الإنساني والأدبي يوجب عليه تلبية أي دعوة توجه إليه من المريض، والبعض الآخر اعتبر الطبيب مجبراً للقيام بذلك في حالة الاستعجال فقط، وفي حالة عدم وجود طبيب آخر.⁽⁴⁾

أمّا المشرع الجزائري فقد اعتبر إسعاف المريض في حالة خطر واجب على الطبيب القيام به، وهذا ما أكدته المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: « يجب على

1 - د. خالد محمد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 135.

2 - د. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالّة والمستشفيات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، 1998، ص. 30.

3 - تتلخص وقائع هذه القضية في أن «المريض موظف في إحدى شركات السكك الحديدية وكان مصاباً بالتهاب رئوي، فقام بمناداة الطبيب الذي كان متعاقداً مع الشركة من أجل إسعافه، لكن الطبيب رفض إجابة الدعوة، وعليه رأت المحكمة أن الطبيب أهمل إهمالاً ظاهراً زاد من خطورته أنه لم يقدّم بالرد على البرقيات الثلاث التي أرسلها إليه المريض مما حمل إليه أنه قادم لعلاجه و هذا حال بينه وبين استدعاء طبيب آخر و بالتالي تفويت الفرصة لعلاجه».

- أنظر: د. محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص. 390.

4 - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 308.

الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له».

الفرع الثاني

الضرر الطبي

يعتبر ركن الضرر ركناً رئيسياً لقيام المسؤولية، فحصول خطأ غير مقرون بضرر لا تترتب عنه أية مسؤولية.

فالضرر بوجه عام هو ذلك الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو شرفه أو عواطفه، كما عبر عنه البعض بأنه: «مساس بحق من حقوق الإنسان»⁽¹⁾.

وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه: «واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك...»⁽²⁾.

وما استقر عليه غالبية الفقه حول مفهوم الضرر بأنه: «حالة نتجت عن فعل إقداماً أو إجحاماً مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية و كليهما شخص المضرور و هو إلحاق مفسدة بالغير...»⁽³⁾.

هناك من التشريعات من أسست المسؤولية على الضرر دون الخطأ و هذا ما ذهب إليه المشرع الأردني، أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى ركن الخطأ في المواد 124 إلى 140 من القانون المدني.

فالمسؤولية الطبية تستوجب حدوث ضرر للمريض، تُمكن هذا الأخير من إقامة دعواه.

1 - د. بسّام محتسب بالله، المرجع السابق، ص. 232.

2 - د. أحمد عيد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 854.

3 - حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص. 55.

بالإضافة إلى وجوب أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن خطأ الطبيب، فإنّ الضرر هنا لا يقصد به عدم شفاء المريض، وإنما بذل العناية اللازمة والجهود الصادقة من أجل تحقيق الشفاء، فالضرر يجب أن يكون مستقلاً عن تحقيق الشفاء⁽¹⁾، وهذا كله يعرف بالضرر الطبّي (أولاً)، فالمريض قد يصاب بضرر في جسمه أو ماله وقد يمس في مظهره الجمالي أو مكانته الاجتماعية والمهنية وهي كلها تدخل في أنواع الضرر (ثانياً)، علاوة على ما يستلزمه هذا الضرر من توافر شروط معيّنة حتى تصلح معه إقامة دعوى المسؤولية (ثالثاً).

أولاً: مفهوم الضرر الطبّي

الضرر الطبّي هو أثر خطأ الطبيب نتيجة إهماله أو عدم احتياطه أو رعونته، و قد عرفه البعض على أنه ذلك الأذى الذي يصيب المريض في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه. كما عرفه البعض بأنه: « حالة نتجت عن فعل طبّي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصاً في حال المريض و معنوياته أو عواطفه...»⁽²⁾.

فقد يصاب المريض إثر التدخل الطبّي بضرر يؤثر على حياته و سلامة جسده، أو قد يؤدي إلى إزهاق روحه أو إصابته بعجز جسماني سواء كان عجزاً مؤقتاً أو دائماً، ناهيك عن الأضرار الأخرى.

ويعتبر هذا التعريف هو المقياس في مسؤولية الطبيب والتي يتم إخضاعها للقواعد العامة للضرر في المسؤولية المدنية فحصول الخطأ دون الضرر لا يرتب مسؤولية الطبيب ولو بلغ هذا الخطأ حداً من الجسامة⁽³⁾.

¹ - د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، ب ط، 1987، ص. 140.

² - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 55.

³ - د. عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، ط1، 1967، ص. 295.

وهناك من الفقهاء من عرفه أيضا بأنه: « ما يصيب المريض من جراء الخطأ الطبي، سواء كان ذلك مساساً بسلامة جسمه من إصابته بخسارة مادية أو إلحاق بنفسه ومعنوياته آلام معنوية نتيجة ما لحقه من خسارة...»⁽¹⁾.

ويترتب عن القول بأن التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية⁽²⁾، وليس بتحقيق نتيجة إلا في حالات استثنائية، أنه قد يحدث الضرر للمريض ورغم ذلك لا تثار مسؤولية الطبيب، وذلك لأنه لم يثبت من جانبه تقصير أو إهمال⁽³⁾.

ومجمل القول، فالضرر الطبي هو ما يمس المريض في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كانت هذه المصلحة متعلقة بسلامة جسمه، أو ماله، أو عاطفته أو شرفه، إلى ما في ذلك من مصالح.

ثانياً: أنواع الضرر الطبي

لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب ما لم ينجم عن خطئه ضررٌ للمريض، وهذا الضرر - كما رأينا- لا يتحقق في عدم شفاء أو عدم نجاح العملية وإنما في بذل الجهود الصادقة من أجل تحقيق الشفاء.

فقد يؤدي الضرر إلى إصابة المريض في حياته أو سلامة جسده، فيكون الضرر في هذه الحالة ضرراً جسدياً، كما قد يؤدي إلى أضرار في ذمته المالية فيكون ضرراً مالياً،

¹ - د عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 1417.

² - في قرار لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 20 ماي 1936 - قد تم الإشارة إليه- اعتبر أن العقد الطبي يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض وإنما بتقديم العلاج المتقن اليقظ و الحذر مع المعطيات العلمية المكتسبة.

- Arrêt Mercier, cass.civ. 1^{ère} ch. Mai 1936: «...l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentifs et, réserve faire de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science».

- Cité par: Centre de Documentation Multimédia en Droit médical, voir: www.droit.univ-paris5.fr/eddn/index.php.

³ - عرضت في إيطاليا قضية طبيب نزع من ناب بعض عنده لرضاه مقابل مبلغ من المال، و تم تفتيح عجز بها، فقضت المحكمة ببراءة الطبيب استناداً إلى أنه لم يحصل من جراء العملية ضرر أو مرض للشاب و قررت هذه المحكمة أن العملية مشروعة وأن الطبيب لا يسأل عن نتائجها، طالما أنه التزم في إجرائها بالقواعد الفنية وقد تم تأييد هذا الحكم على مستوى الدرجة الثانية وأقرته محكمة النقض أيضاً.

- أنظر: د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية..، المرجع السابق، ص. 450.

وكل منهما يشكل جزءاً من الضرر المادي، وقد يمتد هذا الضرر ليمس شعوره وعواطفه و هذا ما يعرف بالضرر المعنوي.

1- الضرر المادي

يعرف الضرر المادي بأنه: « الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية»⁽¹⁾. وهو كل إخلال بمصلحة مالية للمضرور، فالمساس بجسم الإنسان أو إصابته، تترتب عليه خسارة مالية متمثلة في نفقات العلاج وغيرها. ذلك أن لكلّ شخص الحق في سلامة حياته وسلامة جسده، فالتعدي على الحياة ضررٌ.

ومن السهل التعويض عن الضرر المادي، إذا كان يمس مصلحة المضرور المالية، فيتم هذا عن طريق تقييم قيمة الشيء الذي ناله الضرر، بيد أنّ الضرر يصعب تعويضه إذا كان متعلقاً بجسم الإنسان وسلامته. وفي كلتا الحالتين يتم تعويض المضرور عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، فعندما يلحق الطبيب ضرراً بالمريض بخطئه، فإنه يتم تعويض المريض في الخسارة التي لحقته كأجر المستشفى والعلاج وأتعبه...، بمعنى كل ما أنفقه المريض في سبيل العلاج، ويتم أيضاً تعويضه عما فاتته من كسب لولا حدوث ذلك الضرر، كالتعويض في حالة تعطل المريض عن مباشرة عمله اليومي.

وعلى هذا الأساس، فإن الضرر المادي ينقسم إلى قسمين: ضرر جسدي وضرر مالي.

(أ) الضرر الجسدي

هو تلك النتيجة المباشرة للمساس بالمزايا التي يخولها الحق في سلامة الجسد أو الحق في الحياة، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب باحترامهما. فالتعدي على الحياة والجسم يُعد ضرراً، وإتلاف عضو من الجسم أو إحداث تشويه فيه هو أيضاً ضرراً جسدياً،

¹ - أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 127.

فمع هذا الضرر الذي لحق بالمريض يصعب ممارسة حياته الطبيعية، والذي قد ينعكس بدوره على جميع متطلبات الحياة بالنسبة للمريض.

ويكون الضرر الجسدي الذي يلحق بالمريض نتيجة الأخطاء الطبية أحد النوعين:

- الضرر الجسدي المميت⁽¹⁾

وهو ذلك الضرر الذي يفضي إلى الوفاة في نطاق المسؤولية الطبية، فهو فقد الحياة بكل ما تخوّله من قدرات بدنية وعقلية، ويعتبر الفقه أن ضرر الموت من أبلغ أنواع الضرر المادي الذي قد يلحق بالمريض، فهو عدوان على حقه في الحياة، ذلك الحق الذي نصت عليه معظم التشريعات في المبادئ الأولية لدساتيرها، إضافة إلى المواثيق الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما حظرت جميع الشرائع السماوية الاعتداء على الروح لأنها من خلق الله تعالى والاعتداء عليها هو اعتداء على حق الله.⁽²⁾

وقد تترتب الوفاة على خطأ الطبيب في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي (الفحص، التشخيص، وصف الدواء، تنفيذ العلاج، الرقابة).

وتأكيداً لما سبق، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 27 ماي 1970 "بإدانة جراح بسبب أخطائه الكثيرة إثر إجرائه لعملية جراحية لثديي فتاة كانت

¹ - قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 14 أكتوبر 1997 « بإدانة كل من طبيب التشخيص والطبيب القائم بإجراء الفحص في قضية وقائعها تتلخص في أن " سيدة أنجبت طفلاً ولكنها عجزت عن مدى خمس سنوات تالية من إنجاب آخر بسبب عقم أصابها، ولم تفلح الفحوصات في معرفة أسبابه، فاقترحت طبيبتها بإخضاعها لفحص المنظار، للتأكد من عدم وجود ضعف في المبايض، ولكنها أوكلت لطبيب آخر القيام بذلك الفحص، والذي أدى إلى إصابة المريض باختناق أدى إلى وفاتها".

في بادئ الأمر رفضت محكمة الاستئناف دعوى التعويض التي رفعها زوج المتوفية ضد الطبيبة التي أشارت بالفحص على أساس عدم قيامها بواجب التبصير، واعتبرت المحكمة أن هذا الالتزام يقع على من قام بتنفيذ الفحص، لكن سرعان ما رفضت محكمة النقض الطعن ولكن عدلت الأسباب بأن الالتزام بالتبصير يقع على كل من الطبيبة التي أشارت بالفحص والطبيب الذي قام بالتنفيذ». - أنظر: د. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص. 124.

² - د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1996، ج1، ص. 404.

تعمل راقصة في ملهى ليلي، أدت إلى وفاتها⁽¹⁾، وهذا يعد أيضاً مثلاً عن الأخطاء المادية الجسدية.

وكما هو معلوم أن إرادة المريض ورضاه، يجب احترامهما إلا في حالة الخطر الذي يهدد حياة المريض، فقد أثارت قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية جدلاً، ففيها اعتبر الاعتداد برضا المريض وإرادته حتى في المسائل التي تهدد حياته الخطرة. ومستخلص هذه القضية: أنّ أحد الأشخاص وهو من جماعة يهودية ذات معتقد ديني يجرم نقل الدم إليه، وبعد إصابته بحادث سير ونقله إلى المستشفى اتّضح أنه أصيب بنزيف داخلي شديد، يستدعي إخضاعه فوراً لعملية نقل الدم، إلا أن اليهودي رفض بشدة وإصرار نقل الدم إليه بالرغم من أنه تم تبصيره بدرجة خطورته مما أدى إلى وفاته، فقضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 30 أكتوبر 1974: «بعدم مسؤولية الطبيب باعتبار أنّ رفض المريض العاقل البالغ الواعي يعدُّ سبباً كافياً لعدم قيام مسؤولية الطبيب وذلك احتراماً لإرادة مريضه»⁽²⁾.

فالفقه اتجه إلى ضرورة أن يوازن الطبيب بين احترام إرادة المريض وبين المحافظة على سلامته البدنية مع ترجيح الأمر الثاني.

وهذا ما أكده القضاء الأمريكي في أكثر من قرار مؤكداً أن حرية المعتقد لا يجب أن تتعارض مع حق الدولة في الحفاظ على صحة المواطنين.

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية المشهورة بأن " راقصة لجأت إلى جراح تجميل من أجل إجراء عملية شد لتدبيها من أجل تحسين مظهرها، وأجريت لها عملية في 01 أكتوبر 1965، فقام الجراح بتخدير موضعي للفتاة بإدخال إبرتين من مادة "السلاستيك" دون إجرائه للفحوصات اللازمة، وبعد ساعتين من العملية ظهرت بوادر نجاحها =نوعاً ما، إلا أن الفتاة ساءت حالتها فنصحها الطبيب بأن تستلقي على السرير وتم الاتصال بأختها من أجل أخذها إلى بيتها بعدما أكد لهم الجراح أن حالتها عادية، وما هذه إلا أعراض طبيعية، وبعد نقل الفتاة إلى بيتها ازدادت حالتها سوءاً مما أدى إلى دخولها في غيبوبة، مما اضطر أهلها بالاتصال بطبيب آخر والذي أكد لهم أن الجراح الأول قد ارتكب عدة أخطاء، وفي اليوم الموالي كانت الفتاة قد فارقت الحياة، وعند تشريح جثتها تبين أن الطبيب ارتكب أخطاءً كثيرة أدت إلى وفاتها.

- Voir: G. Georges (Boyer Chammard), Paul (.Momein), La responsabilité médicale, P.U.F., paris, pp. 235- 236.

² - د. زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص. 241.

ولقد نصّت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر على ضرورة تقديم تصريح كتابي من قبل المريض في حالة رفضه للعلاج وهذا من أجل حماية الطبيب من الوقوع في المسؤولية⁽¹⁾.

- الضرر الجسدي غير المميت

يعرف كذلك بالضرر المادي الجسدي المؤدي للعجز، وهو ذلك الضرر الذي يصيب الجسم فيتعطل كل أو جزء من وظائفه، وهو بصورة أدق ما يفضي إلى عاهة مستديمة أو مؤقتة للمريض من جراء خطأ الطبيب.

هذا النوع من الضرر منتشر بكثرة نتيجة إهمال و تقصير الأطباء في التزاماتهم تجاه المريض، كإتلاف العين أو فقدان البصر كلياً أو إحداث كسور في أعضاء الجسم.

قضت محكمة النقض المصرية في جلستها المؤرخة في 11 فيفري 1973 « بإدانة اختصاصي في الجراحة نتيجة قيامه بالعملية دون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة إثر إجرائه لجراحة في العينين، فقد عرض الجراح المريض بذلك لحدوث مضاعفات سيئة والتي انتهت إلى فقد إبصارهما بصفة كاملة»⁽²⁾.

كما يمكن أن يصاب المريض بعجز جسماني نتيجة خطأ المستشفى عن أعمال التمريض، حيث قضت في هذا الشأن المحكمة العليا بالجزائر في قرارها المؤرخ في 29 جانفي 1979 « بتحميل المسؤولية لمستشفى مصطفى باشا في قضية أدخل فيها شاب للمستشفى بسبب كسر في يده اليسرى، فقدمت له الإسعافات الأولية، و لكن أهمل فيما بعد فترك دون علاج أو مراقبة، مما أدى إلى إصابة يده بتعفن لزم بترها بعد مضي أربع أيام»⁽³⁾.

1 - أنظر: م. 49 من م.أ.ط.

2 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 274.

3 - طاهري حسين، الخطأ الطبي و العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 49.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن الفقه المصري في موضوع الضرر الجسدي قد اعتبره نوعاً مستقلاً عن الضرر المادي والضرر الأدبي وهو ما يطلق عليهم عندهم "بالضرر الجسماني" فيمكن التعويض عنه باستقلال منهما⁽¹⁾.

أ) الضرر المادي

هو ذلك الضرر الذي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو اقتصادية، فهو تلك الخسارة التي تلحق بالذمة المالية للمريض، وتندرج تحته كل نفقات العلاج والإقامة بالمستشفى، زيادة على ما فات المضرور من كسب خلال تعطله عن عمله، وهذا الضرر يصيب حقاً من حقوق المريض...

وقد يصيب الضرر مصلحة مالية إذا كان المريض يعول أحد أقاربه، فمن يعال إذا فقد من يعوله، يكون قد أصيب في مصلحة مالية إذا أثبت ذلك، وهذا ما يعرف بالضرر بالتبعية، ففي حالة الوفاة مثلاً فإن الضرر قد أصاب المتوفى وأصاب بالتبعية أولاد المتوفى في فقدهم من يعولهم⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الإعالة المقصودة هنا ليس بطريق المجاملة⁽³⁾ التي اعتاد المريض أن يقدمها، وإنما الإعالة المستمرة الدائمة وهي مصلحة مشروعة يحميها القانون⁽⁴⁾.

وقد قضت في هذا الجانب محكمة النقض المصرية أن: « الحكم بالتعويض عن الضرر المادي شرطه العبرة في تحقيق الضرر المادي للمدعي نتيجة وفاة آخر هو ثبوت أن المجني عليه كان يعوله فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 337.

2 - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 484.

3 - إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص. 71.

4 - لا يمكن لخليفة المريض أن تطالب بالتعويض لما أصابها من ضرر من جراء فقد خليلها أو عجزه.

عن ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر له التعويض على هذا الأساس، أما مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض»⁽¹⁾.

وعليه فقد يصيب المريض ضرر جسدي و مالي معاً، وهذا ما نجده في غالبية القضايا، فمن يصاب بعجز دائم أو مؤقت فهو يشكو من ضرر بسبب العاهة التي أصابته، ومن ضرر مالي بسبب انقطاع دخله الشهري خلال فترة العلاج في حالة العجز المؤقت أو انقطاعه نهائياً عن العمل في حالة العجز الدائم.

وتثار هنا أيضاً مسألة تفويت الفرصة و هو حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 17 مارس 1961 بأن: « خطأ الطبيب في التشخيص أدى إلى خطأ في العلاج مما أدى إلى إصابة الفتاة بضرر نتج عنه فقدانها عضو وهذا حرمانها من فرصة التقدم للالتحاق بوظيفة مضيعة طيران»⁽²⁾.

2- الضرر المعنوي

وهو ما يسمى أيضاً الضرر الأدبي، وقد عرّفه الدكتور السنهوري بأنه: « الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره... ويسبب له آلاماً نفسية»⁽³⁾. وهو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية. فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو شعوره أو في شرفه أو في عاطفته..⁽⁴⁾. وهو في المجال الطبّي يتمثل في إصابة المريض في شعوره وأحاسيسه الناتجة عن آلامه و معاناته من جراء المساس بسلامته الجسدية.

¹ - طعن مدني رقم 49/494، في جلستها المؤرخة في 13 مارس 1981. - أنظر: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 94.

² - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 131.

³ - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص. 981.

⁴ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ب ط، 1997، ج2، ص. 148.

هذا الضرر ينشأ بمجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته بعجز يترتب عن ذلك آلام نفسية نتيجة ما ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء⁽¹⁾. وقد عرّفه بعض الفقهاء بأنه: **إلحاق مفسدة غير جسمية بالآخرين، في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: « الألم النفسي الذي يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح والتشويه الذي يصيبه منها...»**⁽²⁾.

بالإضافة إلى ذلك، قد يصيب الضرر شرف الإنسان أو عرضه أو تشويه سمعته، وهذا ما يترتب عن إفشاء الطبيب لأسرار مريضه.

ولقد أثير خلاف في بادئ الأمر في فرنسا، حول إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي، وانقسموا إلى رأيين، فمنهم من رأى أنّ التعويض عن الضرر الأدبي أمر يتعذر القيام به لعدم قابليته للتعويض، وحتى لو كان قابلاً للتعويض فإنه يصعب معه الأمر، ومنهم من رأى أنّ التعويض عنه يقتصر فقط على الضرر الأدبي الذي ينجم عن الضرر المادي أو الذي يترتب عن جريمة جنائية⁽³⁾.

ولكن سرعان ما استقر الرأي على اعتبار الضرر الأدبي كالضرر المادي يستحقان التعويض وذلك منذ عام 1943، طبقاً لنص المادة 1382 من القانون المدني.

المشرّع الجزائري قد نص صراحة في المادة 182 مكرر المعدلة بموجب القانون رقم 10-05 المعدّل و المتمم للقانون المدني نص على أنه: **«يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية و الشرف و السمعة...»**.

1 - د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 1417.

2 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 361.

3 - د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1993، ص. 168-9.

قد أشار إلى عدة أحكام منها ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 6 نوفمبر 1976 بتعويض الأم عن الأضرار التي شعرت بها إثر فقدها لابنتها البالغة سنة سنوات في حادث.

كما أنّ مدونة أخلاقيات مهنة الطب قد تضمنت في طياتها نصوص تلزم الطبيب باحترام السر المهني وعدم إفشائه تحت طائلة المساءلة القانونية⁽¹⁾، بالإضافة إلى نص المادة 301 من قانون العقوبات التي جرمت هذا الإفشاء⁽²⁾.

وعلى هذا يمكن إرجاع الضرر المعنوي إلى حالات:

1. الضرر المعنوي الناجم عن إصابة الشخص والألم الذي تخلفه الإصابة، فقد قضت محكمة باريس في 01 مارس 1949: « باعتبار الأثر النفسي البالغ الذي تتركه الإصابة الجسمانية يستوجب التعويض، وهذا في قضية الطبيب الذي وضع جبساً على قدم المريض، ورغم أنّ المريض كان يصرخ بشدة إلا أن الطبيب لم يعره اهتماماً، مما أدى بعد مرور أيام إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها مما أدى إلى حدوث "غغرينا" "Gargarine" فقطعت ساق المريض نتيجة لذلك⁽³⁾.
2. الضرر المعنوي الناجم عن إصابة الشخص في شرفه واعتباره نتيجة لقذف أو سب.
3. الضرر المعنوي الناجم عن المساس بالعاطفة والشعور، فقد نصت المادة 222 من القانون المدني المصري على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضاً، ومن ذلك ما يشعر به الشخص من الحزن والأسى واللوعة.

هناك نوع من الضرر المعنوي يعرف "بالضرر الجمالي"، وهذا النوع تظهر أهميته خاصة في مجال الجراحة التجميلية، بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة⁽⁴⁾.

فالضرر في جراحة التجميل يتمثل أساساً في الضرر الجمالي، وهو يختلف من شخص لآخر، فالضرر بالنسبة للمرأة أشدّ منه عند الرجل وهو يختلف أيضاً على حسب الحالة الشخصية والوضع العائلي للمصاب⁽⁵⁾.

1 - أنظر: م 36 إلى 43 من م.أ.ط.

2 - أنظر: م 301 من ق.ع.ج.

3 - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 161.

4 - عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 25.

5 - Marie Dominique (F. Louzat) et Sami Paul (Tawil), Droit des malades et responsabilités des médecins, Marbort, Italie, p. 111.

ثالثاً: شروط الضرر الطبّي

تعتبر إصابة المريض بضرر جراء التدخل الطبّي العلاجي غير كافية لمطالبة من تسبب فيه بإصلاحه، وحتى يعد الضرر عنصراً من عناصر المسؤولية في المجال الطبّي، لا بد أن يتوفر لذلك جملة من الشروط:

1- أن يكون الضرر محققاً

يقصد بالضرر المحقق هو ذلك الضرر الذي وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل، فلا يكون ضرراً افتراضياً أو احتمالياً⁽¹⁾.

والضرر المحقق يقصد به الضرر الحال وما يشمل من آثار مستقبلية، كأن يموت المريض نتيجة إصابته بتلف في جسمه أو في مصلحة مالية.

ذهبت محكمة الاستئناف الوطنية في مصر في جلستها المؤرخة في 15 جوان 1970 "إلى وجوب تحقق الضرر و لو كان في المستقبل"⁽²⁾.

فالطبيب الذي أهمل و تقاعس في فرض مراقبة طبية مستمرة بالرغم من علمه باحتمال تطوّر حالة المريض، و نتج عن ذلك تحقق الضرر فإنه مسؤول عما ينتج⁽³⁾.

ولكي يعتبر الضرر محققاً، و جب إثبات أنّ الأمل في شفاء المريض كان وارداً لولا وقوع الضرر والذي تحقق بالوفاة أثناء التدخل الجراحي⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للضرر المستقبلي الذي سيقع حتماً، كمن يجري عملية جراحية لالتهاب في صيوان أذن المريض، فيرتكب الطبيب أثناء العملية خطأ لم يصب من جرائه المريض

¹ - Corinne (Renaul-Brahums.ky), L'essentiel du droit des obligations, 3^{ème} édition, Gualino, paris, 2006, p. 84.

² - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 129.

³ - د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2007، ص. 460.

⁴ - د. أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص. 461.

بفقد سمعه، ولكن قد يتطوّر ليصل إلى درجة فقدان السمع كلية، فهنا يستطيع المريض الرجوع على الطبيب نتيجة ما أصابه من ضرر.

وفي هذا السياق، فإنه يستبعد ما يسمى بالضرر الاحتمالي وهو ذلك الضرر الذي لم يقع بعد، ويكون عرضة للشك حول ما إذا كان سيقع مستقبلاً أم لا ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق.

وتبقى مسألة التأكد من وقوع الضرر في المستقبل على عاتق المحكمة، و للقاضي سلطة تقدير التعويض عن الضرر، هذا ما جاء مطابقاً لأحكام المادة 182 من القانون المدني الجزائري بنصها: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره».

فإذا صعب على القاضي تقديره، يمكنه أن يؤجل الحكم حتى يستبين الضرر كله، وهذا ما تأكد في حكم محكمة "كولمار الفرنسية" في جلستها المؤرخة في 09 نوفمبر 1951، حيث قضت المحكمة بتأجيل البث في تقدير التعويض النهائي الواجب دفعه في الوقت الذي يسمح فيه نمو المتضرر لمعرفة الأضرار⁽¹⁾.

2- أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً

يقصد بالضرر المباشر ما كان نتيجة لخطأ، وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه: «ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة»⁽²⁾.

وهو ذلك الضرر الذي تنشأ بينه وبين الخطأ علاقة سببية، ولا يكون في مقدور المصاب أن يتوقاه بالجهد المعقول (الرجل العادي)، ويعتبر الضرر مباشراً حالة المريض الذي توفي نتيجة عملية جراحية لم يتخذ فيها الطبيب المخدر الأصول الفنية اللازمة في عملية التخدير.

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية: " أنّ صبي يبلغ من العمر ثلاثة عشر سنة، أصيب بضرر وهو في مرحلة الدراسة، وقد أثبت تقرير الخبرة أن العجز الدائم الذي أصيب به الصبي قد يتفاقم مع مرور الوقت. وكانت المحكمة صائبة في تأجيلها للحكم بتقدير التعويض إلى حين بلوغ سن ستة عشر سنة. أنظر: عباشي كريمة، المرجع السابق، ص. 35.

² - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1033.

أما إذا كان في مقدور المصاب أن يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي، فإن الضرر لا يكون مباشراً بل هو ضرر غير مباشر، إذ هو الذي لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ بسبب الضرر، فتقطع علاقة السببية بينهما وهنا يجب التمييز بين حالتين:

- حالة تعدد الأسباب التي أدت إلى الضرر، فالضرر واحد في هذه الحالة.
- حالة تعاقب الأضرار بحيث يتولد عن سبب واحد عدة أضرار، وفي المجال الطبي باعتباره زاخراً بتطبيقات الضرر، فقد تختلط الحالتان، فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار فيأخذ بالضرر المباشر دون الضرر غير المباشر⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 27 جانفي 1970 «بإدانة الطبيب الجراح بسبب سقوط إحدى أدوات الجراحة في رئة الطفل»⁽²⁾. فقضت بالتعويض عن الأضرار المباشرة فقط واعتبرت أن الضرر مؤكد ومحقق ومباشر.

المشرع الفرنسي⁽³⁾ والمشرع المصري⁽⁴⁾ قد أقر التعويض عن الضرر المباشر دون الثاني وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحذو حذوهما في هذا⁽⁵⁾.

وعلى هذا، فالضرر المباشر هو نتيجة ضرورية للخطأ، واشتراط الضرر أن يكون مباشراً ليس شرطاً خاصاً، بل هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية⁽⁶⁾. ويقول الدكتور السنهوري في هذا: « لا يعوض عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعوض في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر»⁽⁷⁾.

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 365.

2 - د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 459-60.

3 - «Dans le cas même ou l'inexécution de la convention résulte du dol. Du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain droit il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de convention».

4 - م 221 من ق.م.م. تنص على ما يلي: « إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام....، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

5 - أنظر: م 182 من ق.م.ج.

6 - د. بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 241.

7 - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1031.

أما أن يكون الضرر شخصيا فيقصد به أن يصيب الضرر شخصا معينا بالذات، وهو الحال عندما يتوفى المريض من جراء خطأ الطبيب في إجراء العملية أو سوء فحص أو تشخيص...، أو أشخاصا معينين بذواتهم كما هو الحال في الورثة في حالة الوفاة⁽¹⁾، أو من له صفة قانونية⁽²⁾.

3- أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة

لقد أجمع غالبية الفقه والقضاء أنه لا يكفي توفر شرط تحقق الضرر للمريض حتى نكون بصدد مسؤولية الطبيب، وإنما يشترط أيضا بالإضافة إلى الشروط السابقة، أن يكون الضرر هو إخلال بمصلحة مشروعة للمضروع، وهذه المصلحة لا تتعارض مع مفهوم النظام العام والآداب العامة، هذا ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري بنصها: « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا... ». وفي هذا السياق قد قضت محكمة التمييز الفرنسية في قرار مبدئي لها في جلستها المؤرخة في 27 جويلية 1937 بأنه: « لإقامة المسؤولية المدنية يستوجب المساس بمصلحة مشروعة و محمية قانوناً... »⁽³⁾.

وهذا يظهر في حالة وفاة الزوج إثر خطأ طبي مرتكب من جانب الطبيب، فتقوم الزوجة بالمطالبة بجبر الضرر الذي لحقها نتيجة وفاة عائلها، لأن نفقتها حق ومصلحة مشروعة لها وهذا طبقا لنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون... »⁽⁴⁾.

1 - د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص. 253.

2 - أنظر: م 40، 42، 43، من ق.م.ج.

3 - عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص. 46.

4 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. ع. 24. القانون الصادر في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. ع. 15.

الفرع الثالث

علاقة السببية

تعتبر رابطة السببية ركناً ثالثاً في المسؤولية، فلا يتصور قيام هذه الأخيرة بمجرد حصول خطأ نتج عنه ضرر، بل يجب أن يكون هناك رابط يربط الضرر بالخطأ، والمقصود بالسببية هو ارتباط السبب بالمسبب أو العلة بالمعلول، وتعرف في الفقه الإسلامي "بالإفشاء" ومعناها أن يفضي التعدي إلى الضرر، وعليه فيلزم لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ سبباً في الضرر، فهو ركن مستقل وضروري. وعلى هذا سيتم تحديد معيار رابطة السببية بوجه عام (أولاً)، ومن ثم تحديد معيارها في المجال الطبّي (ثانياً).

أولاً: تحديد معيار رابطة السببية بوجه عام

يقصد بالعلاقة السببية تلك العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور⁽¹⁾.

ورابطة السببية كفكرة قانونية اقتضتها طبيعة الأشياء، فهي ليست مقصورة على القانون المدني فحسب، بل تشمل كل فروع العلم، فقد ظهرت في الفقه نظريات كثيرة تؤيد فكرة السببية من حيث مضمونها. وبالرغم من صعوبة تحديد رابطة السببية لكونها ركناً أساسياً في المسؤولية بصفة عامة، إلا أن تحديد هذه المسألة لم يلق رواجاً على مستوى التشريع في كثير من الدول منها مصر، إلا أن بعض التشريعات كألمانيا فقد تعرضت لهذه المسألة صراحة، إضافة إلى المشرع الإيطالي عام 1930⁽²⁾.

1- نظرية تعادل الأسباب

¹ - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 501.

² - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. و هامش 20.

ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه "فون بيرري"⁽¹⁾، ومفادها أنه إذا تداخلت العديد من العوامل في إحداث الضرر، فيجب النظر إلى تلك الأسباب، فإذا ثبت فيها أنه لولا تلك الأسباب لما وقع الضرر مساوياً مع بعضها البعض، فكل الأسباب متكافئة ومتعادلة وكل واحد منهم أدى إلى حدوث الضرر.

إن هذه النظرية لا تفرق بين السبب المباشر وغير المباشر، فالجاني مسؤول عن النتيجة، مهما كانت العوامل التي أدت إليها.

ووفقاً لهذه النظرية فلا مجال للقول بانتفاء الرابطة السببية لوجود عوامل وظروف خارجية أثرت في حدوث الضرر.

هذه النظرية وجدت تطبيقاً لها في القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض المصرية في جلستها المؤرخة في 23 جانفي 1941: « بأن تعدد الأخطاء يوجب قيام مسؤولية كل من أسهم فيه سواء كان سبباً مباشراً أو غير مباشر، أدى إلى وقوع النتيجة»⁽²⁾.

2- نظرية السبب الملائم

وهي كما تسمى أيضاً بنظرية السبب المنتج أو الفعّال، فقد ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه "فون كريس"⁽³⁾، ظهرت نتيجة للنقد الموجه لنظرية تعادل الأسباب وغيرها من النظريات الأخرى، وقد لقيت تأييداً من جانب الفقه، ومفادها أنه كلما كان فعل المخطئ يصلح أن يكون سبباً مناسباً أو ملائماً لأحداث الضرر بحكم المجرى العادي للأمر. فهو يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي وقع نتيجة الخطأ، ويتم وفقاً لهذه النظرية استعراض جميع الأسباب المتداخلة في إحداث الضرر ويتم التمييز بين السبب العارض والسبب المنتج واعتماد هذا الأخير ليكون وحده سبباً للضرر⁽⁴⁾.

1 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع نفسه، ص. 34.

2 - د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 481.

3 - أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 138.

4 - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 62.

ثانياً: تحديد معيار رابطة السببية في المجال الطبي

نتيجة لتعقيدات العمل الطبي والجسم الإنساني، فإنه ينبغي القول بصعوبة تحديد علاقة السببية في نطاق المسؤولية الطبية، فيعتبر من أشق الأمور وأعسرها.

فعلاقة السببية في المجال الطبي معناها وجود علاقة مباشرة ما بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض، فلا بد أن يكون ما وقع للمريض من ضرر هو نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب.

وعليه قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل خفية أثرت فيها طبيعة جسم المريض، وقد تشترك هذه العوامل بإحداث ضرر واحد، مما يؤدي إلى صعوبة تعيين السبب الحقيقي لهذا الضرر.

يقول الفقيه "سافتيه": « على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل متفقة، وهي ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس وإنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع، والحقيقة أنّ القاضي حرّ في تكوين عقيدته، وأنّ محكمة النقض تنحصر فقط في التحقق من أنّ أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين كل من الخطأ والضرر...»⁽¹⁾.

ولتحديد رابطة السببية فقد اقترح بعض الفقهاء تطبيق نظرية تعادل الأسباب، حيث أنّ تطبيقها يؤدي إلى مساءلة الطبيب حتى ولو ساهمت أسباب أخرى مع خطئه في إحداث الضرر، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في جلستها المؤرخة في 07 ديسمبر

¹ - أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص. 139.

1978 بقولها: « إن تعدد الأخطاء يوجب مساءلة لكل من أسهم في حدوث هذه الأخطاء، سواء كان الذي وقع منه مباشراً أو متسبباً»⁽¹⁾.

إن تطبيق هذه النظرية سيجعله أكثر حرصاً وحيطة في ممارسة عمله وعدم تعريضه لصحة المريض للخطر.

وهناك من طبق نظرية السبب المنتج أو الفعل مثل القضاء السوري الذي أخذ بها في قرار لمحكمة النقض السورية رقم. 2448 في جلستها المؤرخة في 31 جانفي 1964 بقولها: «إذا اجتمع السبب العارض و السبب المنتج وجب الوقوف عند السبب المنتج وإهمال السبب العارض»⁽²⁾.

أما القضاء الجزائري فقد أخذ بهذه النظرية أيضا - السبب المنتج- في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996، حيث جاء فيه: « أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر، أن يكون سبباً فعلاً فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت و نوعه كسبب للضرر...»⁽³⁾.

ومن التطبيقات القضائية في فرنسا فيما يخص رابطة السببية، ما قضت به محكمة "روان" برفض دعوى نُسب فيها إلى الطبيب أنه تسبب بخطئه في وفاة امرأة⁽⁴⁾.

ومن نافلة القول إنَّ الطبيب في سبيل تحرّره من المسؤولية، عليه إثبات أنّ الضرر وقع نتيجة لخطأ المريض، أو قوة قاهرة لا يد له فيها وهذا ما يعرف "بالسبب الأجنبي" وهذا ما أشارت إليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري بنصها: «إذا أثبت الشخص

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 377.

2 - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 62-3.

3 - د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 178.

4 - تتلخص وقائع هذه القضية: أن امرأة توفيت نتيجة تسمم نفاسي عفن على إثر الولادة، وقد قرر زوجها أن التلوث الذي أدى إلى التسمم لم يكن أن يكون ناجم عن سبب خارجي، من ثم فهو راجع إلى فعل الطبيب الذي أهمل في اتخاذ ما يقضي الفن الطبي باتخاذ من احتياطات لمنع العدوى، ولكن الخبراء قرروا أنه كما يجوز أن تكون العدوى قد حصلت بإهمال الطبيب فإنه يمكن أن تكون قد وصلت إلى المتوفاة من أهلها الذين يفوتهم اتخاذ الحيطة اللازمة لاتقاء العدوى، خصوصاً وقد تبين من الواقعة أن والدة المتوفاة هي التي كانت تتولي تمريضها. أنظر: د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 506.

أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر»⁽¹⁾.

المطلب الثاني

صور الخطأ الطبي

لقد سار المشرع الجزائري على نهج غالبية التشريعات الأخرى، في تحديده لصور الخطأ الطبي، وهذه الصورة هي المتعلقة بوجه خاص بالخطأ الطبي غير العمدي، والتي اعتبرها المشرع الجزائري أساساً لقيام المسؤولية الجزائية في حالة توافر عنصر واحد منها على الأقل. ولقد نصت المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بأنه: « يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته...». في حين نصت المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب...».

فهذه العبارات والألفاظ التي استعملها المشرع تتسع بحيث تشمل كافة الصور التي يمكن تصورها لقيام الخطأ غير العمدي، بغض النظر عما إذا وردت هذه الصور على سبيل الحصر أو على سبيل المثال. و من خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع الجزائري قد جرم بعض الأفعال المضرة بالسلامة الجسدية للإنسان، حتى و لو لم تكن لدى الفاعل نية إحداث الضرر لكنه وقع بسبب عدم احتياظه أو رعونته أو إهماله أو عدم انتباهه أو عدم مراعاة الأنظمة، وإذا كانت هذه قاعدة عامة، فإنها أيضاً تطبق على الأطباء في معرض ممارستهم لمهنتهم.

¹ - المشرع الجزائري قد عالج رابطة السببية في م 126، 127، 176 و م 177 من القانون المدني.

وإن كان من الصعب أحياناً التفرقة بين الصور السالفة الذكر لتداخلها مع بعضها البعض، إلا أنه يمكن تقسيمها إلى ثلاث فئات: أوّل الفئات تقتضي سلوكاً إيجابياً (الفرع الأوّل)، أما الثانية فتقتضي سلوكاً سلبياً (الفرع الثاني)، في حين يمكن اعتبار الفئة الثالثة فئة محايدة (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل

الفئة الأولى: عدم الاحتياط و الرعونة

هما صورتان للخطأ يعتمد فيهما الفاعل نشاطاً أو سلوكاً إيجابياً في قيامه بما كان لا يجب عليه القيام به، إذ يتحققان عند إقدام الفاعل على تصرفه وهو مدرك لخطورته وما يترتب عليه من نتائج ضارة، ورغم ذلك لا يقوم باتخاذ الاحتياطات اللازمة، التي تكفل درء المخاطر وتلافي حصولها. وتتسع هاتين الصورتين لتشمل كافة ظواهر الطيش والخفة والرعونة والهوس على مختلف درجاتها، وعليه سيتم الحديث عن صورة عدم الاحتياط (أولاً)، ثم على صورة الرعونة (ثانياً).

أولاً: عدم الاحتياط

هو إقدام الجاني على أمرٍ كان عليه أن يمتنع عنه في مثل تلك الظروف، إذ أنّ النشاط الإيجابي الصادر من المتهم يميّز بعدم الحذر وبتدبر العواقب، وكان لا بد منه اتخاذ وسائل وقائية، ولكنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة رغم ضرورتها⁽¹⁾.

ويقصد به أيضاً تجاهل قواعد الحيطة والتبصّر، وبمعنى أدق هو الخطأ الذي لا يرتكبه الرجل المحتاط⁽²⁾.

وهو أيضاً خطأ ينطوي عليه نشاط إيجابي يقوم به الفاعل وهو مدرك للضرر المتوقع منه، لكنه لا يفعل شيئاً لاتقائه أو درئه أو الاحتياط منه⁽³⁾.

1 - أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص. 14.

2 - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ج1، ص. 78.

3 - د. بسّام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 369.

أو أنه يعرف طبيعة عمله ويعلم أنه قد يترتب على هذا الفعل نتائج ضارة، لكنه لم يتوقع النتيجة لعدم تبصره في العواقب.

هذه الصورة تجعل الفاعل محل مساءلة جزائياً، لأنه علم باحتمال وقوع الضرر وخطورته، ولكنه قام به دون سوء نية من جانبه، ونجد لهذه الصورة تطبيقاً في أعمال رجال الفن ومنهم الأطباء، لما يترتب عن أعمالهم من أخطاء تسبب ضرراً للمريض في روحه و جسده.

ومن أمثلة عدم احتياط في المجال الطبّي، الطبيب الذي يجري عملية جراحية دون أن يعقم الأدوات الفنية المستعملة في إجراء العملية.

وهناك من التشريعات من يعرف هذه الصورة بقلة الاحتراز كالمشرع السوري والأردني حيث اعتبرها هذا الأخير "عدم التقدير على نحو سليم للآثار الضارة لفعله..."⁽¹⁾.

وهذه الصورة قد وجدت لها اجتهادات كثيرة سواء على مستوى القضاء الفرنسي أو القضاء المصري.

حيث قضت محكمة "بورديو" في قرارها المؤرخ في 07 جوان 1933: «بمسؤولية الطبيب الذي لا يراعي حالة الحساسية الخاصة بغلام في الثامنة عشرة من عمره، فتسبب كذلك في إصابته بحروق خطيرة...»⁽²⁾.

كما قضت محكمة "مرسيليا" الفرنسية في جلستها المؤرخة في 26 أبريل 1921 بأن: « الطبيب الذي يكلف بإجراء عملية جراحية لشخص ما يرضى أهله، و في أثناء العملية يخطر بباله أن يخدر المريض بالكوروفورم ليهدئ من أعصابه فيترتب عنه وفاة المريض إثر هذا المخدر، يكون مسئولاً حتى لو ادعى أن الوفاة حدثت لأسباب ما كان في قدر أحد أن يتنبأ باحتمال وقوعها...»⁽³⁾.

1 - علا درا غمة، ساري أبو سنينة، فادي علاونة...، المرجع السابق، ص. 99.

2 - د. فائق محمد الجوهري، المرجع السابق، ص. 110.

3 - د. فائق محمد الجوهري، المرجع نفسه، ص. 412.

أيضا ما قضت به محكمة " نانت " الفرنسية في قرارها المؤرخ في 20 جانفي 1925: " بإدانة طبيب قد هجر المريض و هو تحت تأثير "البينج" واعتبره مسئولاً إن لم يتخذ الاحتياطات بمراقبة إفاقته... "(1).

كما قضي في فرنسا بمسؤولية المولد عن القتل الخطأ، إذ هو أغفل ربط الحبل السري، وترك الطفل بغير عناية بعد مولده مع أنه ولد قبل الموعد العادي(2).

ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن، ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 42/1566 في جلستها المؤرخة في 11 فبراير 1973 والذي قضت به بمسؤولية الطبيب لعدم تحرزه في أداء عمله و هذا كافي لتحمل مسؤوليته مدنياً وجزائياً... (3).

كما قضت أيضا في الطعن رقم 16/1814 المؤرخ في 27 أكتوبر 1946 بأنه: «إذا كان الالتهاب الذي سبب الوفاة قد نتج عن الإصابة التي أحدثها المتهم بالمجني عليه، فمساءلته عن الوفاة واجبة، ولا يرفعها قوله رفض المجني عليه أو ذويه بتر ساق المريض، وأنه بالبتر كان يحتمل معه نجاته، فلا يجوز له التذرع بذلك: لأن هذه عملية عظيمة الخطر إلى جانب ما قد تسببه من آلام مبرحة»(4).

في حين قضت المحكمة العليا بالجزائر في قرارها رقم 297062 المؤرخ في 24 جوان 2003 بمتابعة طبيب كان يتابع امرأة حاملاً و لم يحم بالاحتياط اللازم لصحة الجنين

1 - د. فائق محمد الجوهري، المرجع نفسه، ص. 412.

2 - د. بسّام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 373.

3 - جاء في حيثيات القرار ما يلي: " ... لَمَا كان ذلك و كان من المقرر أنّ إيراد الحكم الاستثنائي أسباب محكمة لأسباب حكم محكمة أول درجة - مقتضاه أن يأخذ بهذه الأسباب فيما لا يتعارض مع الأسباب التي أضافها- وكانت محكمة الموضوع لما لها من سلطة تقديرية بالنسبة للخطأ الموجب للمسؤولية وأنها قررت أن الطاعن أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة في العينين معاً في وقت واحد، ولم يكن الأمر يستدعي الإسراع بالجراحة، ودون اتخاذ الاحتياطات عند إجرائها، فعرض المريض لمضاعفات سيئة في العينين معاً والذي انتهى بفقد الإبصار فيهما، فإنّ هذا القدر من الخطأ كاف وحده لحمل مسؤولية الطاعن مدنيا وجزائياً، لأن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن ما يجريه يجب أن يكون مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإن اخل بها أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية، بحسب تعمده الفعل أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله، و كان يكفي للعقاب عن جريمة الإصابة الخطأ طبقاً للمادة (144 عقوبات مصري) توافر صورة واحدة من صور الخطأ فإن النفي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير سديد...".

أنظر: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 37.

4 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 38.

فأصيب بمرض "Toxoplasmosis" نتج عنه فقدان بصره وولد كفيفاً، لكن قاضي التحقيق أصدر أمراً بانتفاء وجه الدعوى، أيده غرفة الاتهام في ذلك، وبعد الطعن بالنقض ضد قرار هذه الأخيرة، تم النقض بالارتكاز على مبدأ أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وأنه من خلال وقائع القضية تبين أنه لم يبذل هذه العناية⁽¹⁾.

وقد قضت المحكمة العليا أيضاً في قرارها رقم 314597 المؤرخ في 27 جويلية 2005 بإدانة الطبيب إثر حقنه مريضة بمادة الأنسولين دون فحص الحساسية أدى إلى وفاتها، وفي قرار آخر لها رقم 290040 المؤرخ في 26 أكتوبر 2005 قضت بإدانة الطبيب والمرضىين المساعدين له إثر وضع مولودة بمحضنة درجة حرارتها مرتفعة جداً⁽²⁾.

ثانياً: الرعونة

الرعونة من الأرعن وتعني الطيش والخفة⁽³⁾، وإن كانت بهذا المعنى إلا أنها المقصود بها هنا عدم الحذق والرعاية، وهي تنطبق على من يمارس أعمالاً فنية لكن تنقصه الخبرة اللازمة.

ويقصد بها أيضاً سوء التقدير ونقص الخبرة والمهارة اللازمة بشأن الفعل الذي يقوم به الجاني، وهو سوء تقدير يرجع إلى خفة وجهل وعدم اتزان وعدم حذق وسوء تصرف من الجاني...⁽⁴⁾

والرعونة تكشف عن تصور للفاعل وجهله بأصول المهنة، ومثاله أن يخطئ طبيب عظام في قراءة صور الأشعة، فيظن الإصابة كسر لاشتباه تباعد الأجزاء، فيقوم بعلاج المريض على هذا الأساس، ومن ذلك أيضاً إذا اتضح أن ما وقع عن الطبيب يدل على عدم

1 - سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 10.

2 - سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص. 10.

3 - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: معجم اللغة العربية، دار الدعوى، مصر، ج1، ص. 355.

4 - أمير فرج، المرجع السابق، ص. 4-13.

إمامه بواجباته طبقاً للمبادئ العلمية السائدة في مهنة الطب، كالتبيب الذي يتسبب في قطع الشرايين في عملية جراحية دون أن يعيد ربطها.

والرعونة بهذا المفهوم تكون إما أمراً مادياً مبعثه الخفة وسوء التصرف أو أن تكون سوء تقدير معنوي، يعود إلى جهل و عدم كفاءة الفاعل⁽¹⁾.

وما يلاحظ أن حالة الرعونة تقع عادة في الجراحة و التوليد، فهناك إعاقات تلحق بالمولود من جراء هذه الصورة من الخطأ، ومن القضايا التي أثرت إدانة طبيب من اجل امرأة لجأت إليه لتوليدها قبل الموعد، فتبين من خلال فحص وضعية الجنين، أن هذا الأخير في وضعية غير عادية، فلم يتم بتحويلها إلى المستشفى عند حلول موعد الولادة بل قام بنفسه بتوليدها و طلب من أمها مساعدته في جذب الجنين من رجليه مما أدى إلى انفصال رأسه عن جسده، و نتج عن ذلك وفاة الأم بعد نقلها إلى المستشفى⁽²⁾.

وعلى النقيض من ذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 67/10678 في جلستها المؤرخة في 15 أبريل 2001: « بعدم مسؤولية الطبيب الجراح عما يصيب مريضة أثناء إجراء عملية جراحية له نتيجة خلل مفاجئ أو عدم كفاءة جهاز يستخدمه، إذا كان ذلك الاستخدام أساسياً وضرورياً في إجراء العملية وأن الإصابة لا تعد نتيجة خطأ أو إهمال من جانب الجراح، وأن الشخص المسئول عنها هو الموظف المكلف بصيانة الأجهزة وأنه إذا انتفى الخطأ امتنعت المسؤولية وقضت ببراءة الطبيب بما نسب إليه ورفض دعوى التعويض»⁽³⁾.

1 - د. بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 365.

2 - أدانت المحكمة الطبيب مرتكزة على الأخطاء التالية:

- أنه لم يتم باتخاذ الحيطة لمنع الخطر في أول الأمر عند مشاهدته في الأيام الأولى أن حالة المتوفاة في خطر.
- أنه لم يتم بطلب المساعدة من طبيب آخر عند مباشرته الولادة.
- أن جذب الجنين ينطوي على استعمال العنف في الجذب بالنظر إلى حجم رأس الوليد.

أنظر: د. شريف الطباخ، جرائم الخطأ و التعويض عنها، المرجع السابق، ص. 28-9.

3 - كانت النيابة العامة في هذه القضية قد اتهمت الطبيب بالإهمال والرعونة وعدم اتخاذ ما توجب عليه أصول مهنة الطب من فروض وواجبات تفضي بفحص الأجهزة المستخدمة في العمليات الجراحية التي أجراها للمريضة فأصيبت بحروق نتج عنها حدوث عاهة مستديمة بها، وحبس الطبيب وأيد الحكم في مستوى الاستئناف مع تعويض مؤقت للمريضة، وبعد طعن الطبيب في الحكم الاستئنافي بالنقض قضت محكمة النقض بقبول الطعن وتبرئة الطبيب

الفرع الثاني

الفئة الثانية: الإهمال وعدم الانتباه

في هتين الصورتين يعتمد الفاعل موقفاً سلبياً عن القيام بما هو واجب عليه، وتركه التزاماً مفروضاً في مسلكه الشخصي، والإحجام عن اتخاذ الاحتياطات والوسائل الضرورية للحد من الضرر أو لتفادي وقوعه.

وتشمل هذه الفئة صورة الإهمال (أولاً)، وكذا صورة عدم الانتباه (ثانياً)، ناهيك عن كل صور الإدراك وقصر المعرفة و الإغفال...

أولاً: الإهمال

الإهمال في اللغة هو المضيعة والترك⁽¹⁾، ويقصد به هو التفريط والإغفال، وهو يظهر في موقف سلبي للشخص في مواجهة بعض الأوضاع التي تفرض عليه الحذر، أو الامتناع عن القيام بعمل يفرضه القانون كترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما، أو التخاذل في اتخاذ العناية والوقاية اللازمين لتجنب حصول الضرر.

وهو عادة صورة من الخطأ المقترف بالترك أو الامتناع، أو الغفلة عن القيام بما ينبغي للشخص المتزن الحريص أن يفعله بحيث لو قام بواجبه وما تقتضيه ظروف مهنته لما وقع الضرر⁽²⁾.

فالإهمال " سلوك سلبي صادر من الجاني، إذا كان يتعين عليه أن يتخذ من الاحتياطات ما يحول أن يكون الفعل خطراً، يمكن أن يترتب عليه نتيجة ضارة قد تلحق

من التهمة المنسوبة إليه واستندت إلى تقرير الطبيب الشرعي الذي أكد حدوث خلل مفاجئ بالجهاز المستخدم وعدم مسؤولية الجراح في ذلك. أنظر: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 49.

¹ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص. 995.

² - د. بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 365.

بالغير أدى لا يمكن إصلاحه، إذ من شأن اتخاذ الجاني لهذا الإجراء أو الاحتياط أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية"⁽¹⁾.

ويكون الإهمال في الأعمال التي تصطحب بشيء من الخطر، ويكون من واجب الفاعل محاذرة واثقاء هذا الخطر⁽²⁾. ومن ذلك الطبيب الذي يترك شيئاً في جسم المريض أثناء الجراحة أو عدم قيامه بواجب المتابعة بعد العملية ويهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعملية التخدير...

والاجتهادات القضائية في هذا المجال كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 17 ماي 1933 بمسؤولية طبيب الأشعة بقولها: " يعد مسؤولاً وحده عن الأضرار الناجمة عن العلاج بالأشعة إذا نجم ضرر للمريض نتيجة عيب في الآلة... يعد مسؤولاً عن كل إغفال الاحتياطات الواجبة والضرورية والتي يترتب عليها ضرر للمريض... ومتى ثبت الخطأ من جانب طبيب الأشعة نتيجة إهماله في العلاج الكهربائي فإنه تتعدّد مسؤوليته دون تمييز بين درجات الخطأ يسيراً أو جسيماً..."⁽³⁾.

أيضاً ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 21 جوان 1947: "يجب على الجراح قبل إجراء العملية أن يفحص المريض في كافة النواحي، دون الاقتصار على فحصه من ناحية المرض الذي يشكو منه، فإذا ما أدانت محكمة الموضوع الجراح الذي تسبب بإهماله أو عدم احتياظه في كسر ساق مريض أثناء تحريك طاولة العمليات التي كان يرقد عليها وهو مخدر، وذلك بسبب عدم ملاحظة أن الساق كانت مربوطة فيها، و بها مرض معين يقتضي عدم تحريكها، فإن حكمها يكون صحيحاً لا مطعن عليه..."⁽⁴⁾.

1 - د. أمير فرج، المرجع السابق، ص. 13.

2 - د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبّي، المرجع السابق، ص. 65.

3 - د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 135.

4 - د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 160.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 14 جوان 1957 بأنه: "يكون مرتكباً لجنحة القتل الخطأ بسبب إهمال طبيب أمراض النساء الذي كان يشرف على علاج سيدة بعد وضعها لحملها، وبالرغم من أن حالتها كانت خطيرة، لم يتخذ أي إجراء منتج لإنقاذها بل أشار متأخراً بالعلاج اللازم لها، بالإضافة إلى حقنها بعدد كبير من الحد المقرر، فضلاً عن استعماله جفت الولادة بطريقة خطأ مما سبب وفاتها عقب إصابتها بحمي النفاس..."⁽¹⁾.

أما فيما يخص القضاء المصري، فقد قضت محكمة "الزقازيق الابتدائية" في جلستها المؤرخة في 30 ديسمبر 1993 بإدانة الطبيب نتيجة عدم تعقيمه الحقنة أو الإبرة المستخدمة في الحقن و إهماله في تعقيم الجلد في موضع الحقن، ممّا أدى إلى تلوث موضعي، نتج عنه تفيح في موضع الحقن النخاعي، كانت نتيجة إصابة المريض بعاهة مستديمة في الطرفين السفليين بنسبة 100%⁽²⁾.

في حين قضت المحكمة العليا بالجزائر، فقد سجل لها أكثر من اجتهاد قضائي في هذا المجال، و منها ما قضت به بإدانة الطبيب من جراء تأخره في الوصول إلى المستشفى أدى إلى وفاة المريض⁽³⁾. كما قضت في قرار آخر لها بإدانة طبية امتنعت عن إجراء عملية لمريض كان في حاجة إليها فوراً ممّا أدى إلى وفاته و قد رفضت المحكمة العليا طعنها بالنقض⁽⁴⁾.

ثانياً: عدم الانتباه

يقصد به الخفة وعدم التركيز عند تنفيذ عمل ما⁽⁵⁾، وفي المجال الطبي هو عدم انتباه الطبيب لخطر كان متوقّعا ومعروفاً لديه و لم يعمل على تجنبه إمّا جهلاً أو نسياناً.

1 - د. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصيدالة، المرجع السابق، ص. 66.

2 - د، أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 684.

3 - قرار المحكمة العليا رقم 293077 المؤرخ في 22 ديسمبر 2004. أنظر: سيدهم مختار، المرجع السابق، ص. 9.

4 - قرار المحكمة العليا رقم 240757 المؤرخ في 26 جوان 2006. أنظر: سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص. 9.

5 - د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 79.

والقاعدة الذي يستدل بها في تقدير خطأ الطبيب استناداً لهذه الصورة، هي التزامهم ببذل الجهود الصادقة المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبّي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤل.

ولعلّ أهم الحجج التي يستند إليها الأطباء في هذه الصورة من الخطأ في كثرة الساعات المناوبة الطويلة، والتي تجعل الأطباء يفقدون تركيزهم وانتباههم إذا ما طرحت عليهم حالة مستعجلة.

وفي هذا السياق ما قضى به القضاء المصري في الطعن رقم 31/381 في الجلسة المؤرخة في 22 مارس 1966 "إدانة طبيب أمر بنقل مريض من مستشفى إلى آخر قبل إحالته للقسم المختص لفحصه، وأدى ذلك إلى التعجيل بوفاة المريض، فإنه يكون قد ارتكب خطأ بتسريعه لا يعفيه منه التعلل بعدم ضرورة التدخل الجراحي، لأن ذلك لم يكن يمنع إحالة المريض إلى القسم المختص لفحصه وعلاجه، وتأجيل نقله إلى مستشفى آخر إلى وقت ملائم لحالته الصحية"⁽¹⁾.

وأيضاً من التطبيقات القضائية لهذه الصورة، ما قضت به محكمة الجناح المستأنفة في الكويت في القضية رقم 89/4943 في جلستها المؤرخة في 29 جانفي 1990 ببراءة الممرضة لأنها قامت بتجهيز المحلول الذي زود به الطبيب في حقن، وسلمتها لهذا الأخير فقام بحقن المريض به، إلا أن المريض توفي في الحال لأن ما حقن به لم يكن محلولاً طبيياً، وإنما سائل لتنظيف البلاط "السيبتول"، وقد ثبت خطأ الطبيب في عدم انتباهه وإهماله في الإطلاع على زجاجة المحلول للتأكد منه قبل أن يسلمه للممرضة لتجهيزه في حقن، فقضت المحكمة ببراءة الممرضة وإدانة الطبيب⁽²⁾.

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 87.

² - د. محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ط1، 1990، ص. 63.

الفرع الثالث

الفئة الثالثة: عدم مراعاة الأنظمة

لقد جعل المشرع الجزائري من عدم مراعاة الأنظمة صورة للخطأ غير العمدي، صورة قائمة بذاتها، سائراً على نهج قانون العقوبات الفرنسي، وهناك من شرّاح القانون من اعتبرها صيغة ناقصة، فالصيغة المناسبة في نظرهم هي عدم مراعاة القوانين والأنظمة وهي أوسع وأشمل من الصيغة الأولى، وهذا ما اعتمدهت جل التشريعات العربية⁽¹⁾.

والمقصود بالأنظمة والقوانين كل ما يصدر من تشريعات سواء من السلطة التشريعية أو التنفيذية في الحدود التي يختص بها قانوناً، وتمتد حتى لتنظيمات القواعد العرفية المتعارف عليها في المجال الذي وقع فيه الخطأ...

وتشمل هذه الأنظمة، القوانين واللوائح والأوامر التي توضع لحفظ الصحة العامة والأمن والسلامة.

أما في المجال الطبي فيقصد بها عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة المختلفة التي تفرضها مهنة الطب، مما يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر بالمريض...

وفي تعريف آخر لهذه الصورة أنها: « مخالفة السلوك - إيجاباً أو سلباً - الأنماط السلوكية الواجبة الإلتباع بنص القوانين والقرارات والأنظمة واللوائح، ومخالفتها تعد صورة مستقلة من صور الخطأ، فالشخص المخالف لها يعد مسؤولاً عن النتائج الضارة ولو لم يثبت في حقه أية صورة أخرى من صور الخطأ ويعبر عن هذه الصورة بالخطأ الخاص»⁽²⁾.

¹ - قد تظن المشرع الفرنسي للصيغة الناقصة و غيرها في قانون العقوبات الجديد بعبارة "الإخلال بواجب الحيطة أو الأمن الذي يفرضه القانون أو التنظيم". أنظر: د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 79.

² - د. مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ العمدي، ص. 35. نقلا عن: د. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص. 88.

فالخطأ في هذه الصورة يعود إلى إعماد الفاعل موقفا لا شرعيا في عدم انطباق سلوكه الشخصي والمهني على المسلك المقرر في القواعد والتعليمات الصادرة عن السلطات المختصة⁽¹⁾.

وتتحقق هذه الصورة من الخطأ في المسؤولية الجزائية بمجرد إثبات الجاني سلوكا على خلاف السلوك الذي يستلزمه المشرع في القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأنظمة الموضوعية بهدف حماية الأرواح وتقليل حدوث الأفعال الخطرة التي ينتج عنها ضرر للغير⁽²⁾.

يمكن القول أن عدم مراعاة الأنظمة هي جريمة مستقلة بذاتها، حيث يسأل الفاعل عن المخالفة وعن الضرر الذي أحدثه من جراء ذلك، ولا يكون هناك تعارض بين الحالتين، فمثلا: الطبيب الذي يجري عملية جراحية يخالف فيها قانون مهنة الطب، فهو يسأل عن هذه المخالفة، ويسأل مرة أخرى إذا تسبب في موت الشخص الذي أجرى له العملية.

وعليه فالشخص الذي يتبع القوانين لا يمكن أن يتذرع بهذا ليدفع المسؤولية عن نفسه، إذا ما وقع عن فعله ضرر للغير بسبب إهماله أو عدم احتياطه أو رعونته، فهو يسأل عن الخطأ الثاني رغم انتفاء الخطأ الأول.

والملاحظ أن الخطأ في المجال الطبي، شأنه شأن الخطأ في مجال آخر، يستدعي إثباته، إلا أنه في هذه الصورة فإن عدم مراعاة وإتباع الأنظمة والقوانين من السهل إثباته، فيكون الشخص مخطئاً بمجرد وقوع الفعل⁽³⁾.

1 - د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 80.

2 - أمير فرج، المرجع السابق، ص. 14.

3 - د. بسام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 375.

ومن النتائج التي تستخلص من هذه الصورة:

- أن الجرائم التي تنتج عن هذه الصورة، هي مستقلة عن جريمة المخالفة أو الجنحة الناجمة عن عدم مراعاة الأنظمة.
- إن إتباع القوانين و اللوائح، يعفي الفاعل من المسؤولية دون إعفائه منها في حالة ارتكابه لخطأ يشتمل على صورة من الصور الأخرى.

وتطبيقات هذه الصورة، والتي يعد ارتكابها جريمة، كثيرة في المجال العملي، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 42/551 في جلستها المؤرخة في 19 جوان 1972 بأن: « المادة 222 من قانون العقوبات إذا قررت عقوبة الجنحة للطبيب الذي يعطي بطريق المجاملة شهادة مزورة بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة، مع علمه بتزويره ذلك، لم تكن تقصد التزوير المادي وإنما التزوير المعنوي الذي يجعل واقعة مزورة في صورة صحيحة حال تحرير الطبيب الشهادة...»⁽¹⁾. ومنها أيضا مزاولة الطب من دون ترخيص، فالأحكام المتعلقة بها كثيرة. منها ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 50/2260 في جلستها المؤرخة في 02 مارس 1981 أن: «الأصل أن أي مساس بجسم المجني عليه يجرمه قانون العقوبات و قانون مزاولة مهنة الطب، وإنما يبيح القانون فعل الطبيب بسبب الحصول على إجازة علمية طبقا للقواعد واللوائح... أن لا يملك حق مزاولة الطب يسأل عما أحدثه للغير من جروح وما إليها باعتباره معتديا أي على أساس العمد ولا يعفى من العقاب إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية...»⁽²⁾.

وفي قرار آخر لمحكمة النقض المصرية في الطعن رقم 22/884 في جلستها المؤرخة في 02 جويلية 1953 أن: « الشارع عندما وضع المادة 310 عقوبات لم يعمم حكمها، بل أنه خص بالنص طائفة الأطباء والجراحين والصيدالة والقوابل وغيرهم، وعين الأحوال التي حرّم عليها فيها إفشاء الأسرار التي يضطر صاحبها أن يأتهم عليها

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 107.

² - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 115.

باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضي هذا الإطلاع و هم في سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور، فإنه لا يصح التوسع في هذا الاستثناء بتعديل حكمه إلى من عدا المذكورين في النص...»⁽¹⁾.

وصفوة القول أنّ التشريع الجزائري وكغيره من التشريعات الأخرى قام بتعداد صور الخطأ غير العمدي، في حين رأى شرّاح القانون ذلك أنه لا يمكن القول بأن هذه الصور جاءت على سبيل الحصر، وليس على سبيل المثال⁽²⁾. وذلك لاستحالة إحاطة المشرع بكل صور الخطأ غير العمدي، وإن سلمنا بذلك فإننا نصيب القانون بالجمود وغلق الأبواب لأفعال أخرى تشكل في أساسها صوراً للخطأ وبالتالي إخراجها عن دائرة التجريم.

لهذا فبعد دراستنا للخطأ الطبي وأركانه وكذا صورته، نستخلص أنه في المجال الطبي يعتبر أكثر حساسية من غيره في المجالات الأخرى. كونه يمس بالكيان الجسدي، وهو بهذا المعنى جريمة يعاقب عليها القانون وتحق على فاعلها المسؤولية الجزائية، ونظراً للتطور المستمر لعلم الطب فإنّ حصر هذه الجرائم يعتبر أصعب من حصر صور الخطأ الطبي.

الفصل الثاني

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 111.

² - د. ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص. 89.

نطاق الجرائم الناتجة عن الخطأ الطبي

ممّا لا شك فيه أنّ مهنة الطب في الأصل هي مهنة إنسانية، يؤدي بموجبها الطبيب رسالة، هدفها الحفاظ على حياة الناس وصحتهم وسلامتهم، من خلال التخفيف من الآلام، وبذل الجهود الصادقة من أجل تحقيق ذلك، حيث أن المريض تبعاً لذلك يضع ثقته الكاملة في الطبيب عند السماح له بالتعرّض لجسمه وفقاً لثقافته الفنية والشهادة الممنوحة له.

وباعتبار الطبيب إنساناً، فقد يرتكب أخطاء يعاقب عليها جزائياً ترتقي إلى جرائم منصوص عليها في القانون على اختلاف أوصافها الجرمية (مخالفة أو جنحة أو جناية)، وذلك نظراً لخطورة محلّ هذه الجرائم ألا وهو جسم الإنسان.

فالحديث عن الجرائم المرتكبة من قبل الطبيب، هو تحصيل حاصل الكلام عن المسؤولية الجزائية التي تطورت بتطور الطب، فبعدما كان الطبيب بمنأى عن المسؤولية أمام القانون بحجة الشهادة الممنوحة له وكذا الترخيص بمزاولة المهنة، فاعتبرت من قبيل أسباب الإعفاء من المسؤولية، غير أنه أصبح اليوم يُسأل مدنياً وجزائياً عن أخطائه اليسيرة منها أو الجسيمة، وسواء كانت بإهمال أم عن قصد..

فالمسؤولية الجزائية للطبيب يمكن حصرها في تحمّل الطبيب الجزاء أو العقاب، نتيجة إتيانه فعلاً أو الامتناع عن فعل يشكّل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية أو الطبية، مع الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص صراحة في قانون العقوبات على المسؤولية الطبية، وإنما أورد بعض الأعمال التي تعتبر جرائم، والتي ورد في بعضها صراحة اسم الطبيب، وبعضها الآخر ورد فيها بصفته مهنيًا من المهنيين.

ونظراً لصعوبة التعرض لكافة الجرائم المتعلقة بالأطباء، سنكتفي بإيراد بعض الجرائم الأكثر خطورة وشيوعاً في ميدان ممارسة مهنة الطب والتي تستوجب منا تقسيمها من حيث درجة القصد فيها إلى جرائم عمدية **(المبحث الأول)**، وجرائم غير عمدية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الجرائم العمدية

من المعلوم لدينا أنّ الجريمة سلوك إجرامي، ينطوي على ارتكاب فعل جرّمه القانون، أو الامتناع عن فعل أمر به القانون، وعلى هذا فهي سلوك إنساني يتجسد في فعل وإرادة. وهذه الأخيرة تعدّ جوهر القصد الجنائي وأبرز عناصره، فيقصد بها تلك القوة النفسية التي تتحكم في هذا السلوك الإنساني، فإذا توجّهت هذه الإرادة المدركة والمميّزة عن علم لتحقيق الواقعة الإجرامية بسيطرتها على السلوك المادي للجريمة وتوجهها نحو تحقيق النتيجة، قام القصد الجنائي واعتبرت الجريمة عمدية. ففي المجال الطّبيّ يتعرض الطبيب للمسؤولية الجنائية عند مخالفته الأنظمة واللوائح والتعليمات المنظمة لمزاولة المهنة، أو المنصوص عليها في قانون العقوبات سواء حدث ضرر للمريض بسبب هذه المخالفة أم لم يحدث. وبالرغم من أنّ أغلبية أعمال الأطباء وجرائمهم تقع تحت الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة الأنظمة، فهذه الأعمال وفقاً لهذا المعنى تدخل في خانة الجرائم غير المقصودة أو غير العمدية، لتوافر الإرادة فيها دون القصد، غير أنّنا نجد الطبيب أحياناً يرتكب بعض الأعمال التي يطغى عليها طابع العمد. فالجرائم العمدية في المجال الطبي هي انصراف الطبيب إلى ارتكاب الفعل الذي يتطابق مع النص العقابي بإرادة واعية مدركة لنتائج الفعل أو الامتناع عنه. ولكن تجدر بنا الإشارة إلى أنّ هذه الجرائم قد يقوم بارتكابها الطبيب قبل مزاولة المهنة وهذا سيلقى تفصيلاً في (المطلب الأول)، وقد يقوم بارتكابها أثناء مزاولة المهنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجرائم المرتكبة قبل ممارسة المهنة

سبق وأن أشرنا إلى أنّ الطبيب يمارس أفعالاً تعتبر جرائم، إذا ما قام بها أو مارسها شخص غيره، فهو يتعرض لجسم المريض ويسبب له آلاماً ويصيبه بجروح نتيجة العمليات الجراحية التي يجريها، ولا شك أن إباحة هذه الأفعال تشكل خروجاً عن القاعدة العامة التي تقرّ بحرمة الكيان الإنساني، إلا أنّ الطبيب بحكم وظيفته والترخيص الممنوح له، جاز له القانون التعرض لأجسام الناس دون مساءلة، إذ يتمتع بحصانة جنائية منوطة بالتزامه بأصول المهنة.

غير أنه قد يتعدّى الطبيب هذه الأصول، بتعمده لارتكاب أفعال أو الامتناع عن أفعال جرّمتها قوانين مهنته أو قانون العقوبات، فتسقط عنه تلك الحصانة ويتابع جزائياً، وقد تصبح في بعض الأحيان الصفة التي كان يتمتع بها ظرفاً مشدداً للعقوبة.

ومهما كانت هذه الجرائم، فإن المسؤولية تلحق بفاعلها بمجرد إتيانها، سواء أنتج عنها ضرر للمريض أم لم ينتج، إلا أنها قد تختلف في وقت ارتكابها، ومنها الجرائم التي يقوم بها الشخص قبل مزاوله المهنة.

ولعلّ من أكثر الجرائم شيوعاً قبل مزاوله مهنة الطب، ما يتعلّق بجريمة انتحال الصفة (الفرع الأول)، أو ما يتعلّق بجريمة الممارسة غير الشرعية للمهنة إذا ما خالف الأصول المنظمة للمهنة والمقررة قانوناً (الفرع الثاني).

الفرع الأول

جريمة انتحال الصفة

تتجلى هذه الجريمة في المجال الطبي بترويج الطبيب لنفسه بأمر ليس له علاقة بها أو لم يتحصل على الإجازة فيها، وخير مثال على ذلك: ادّعاء الطبيب بأنه مختص في فرع ما من فروع الطب في حين أنه لا يتعدى كونه طبيباً عاماً، أو أنه يقوم بإصدار أوراقه الرسمية⁽¹⁾ ووصفاته ولوحة إعلان عيادته بعبارات وصفات لم يتحصل عليها أصلاً، أو أية وسيلة أخرى من شأن فاعلها انتحال صفة غير صفته الحقيقية.

¹ - د. بسّام المحتسب بالله، المرجع السابق، ص. 421.

وعليه فيسأل أي شخص سواء كان طبيباً أم غير طبيب إذا ارتكب الأفعال المكونة لجريمة انتحال الصفة، والتي لا بد لقيامها من توافر أركانها (أولاً)، ومن ثم تطبيق العقوبة المقررة قانوناً على فاعلها (ثانياً).

أولاً: أركان جريمة انتحال الصفة

هذه الجريمة كغيرها من الجرائم لا بد من توافر أركان لقيامها، بحيث لو انتفى ركن من هذه الأركان المقررة في القانون تنتفى تبعاً لذلك مسؤولية الفاعل.

1- الركن الشرعي

يقصد بالركن الشرعي أن يكون الفعل منصوصاً عليه في قانون العقوبات أو أحد القوانين الخاصة، وهذا طبقاً لنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري: «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن من غير قانون» وهذا ما يدعونا للتعرض للنص القانوني الذي يحكم جريمة انتحال الصفة.

لقد نصّ المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 243 من قانون العقوبات بقوله: «كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً، أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين». كما نصت المادة 247 من نفس القانون على أنه: «كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق يعاقب بغرامة من 500 إلى 5000 دينار».

كما تنص المادة 237 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادتين 243 و247 من قانون العقوبات كل من يخالف أحكام المادتين 207 و224 من هذا القانون».

في حين نصت المادة 207 من نفس القانون على أنه: « يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة أن يمارسوا مهنتهم باسم هويتهم القانونية». وفي نفس السياق فقد نصت المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب على أن: « الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه».

وما يلاحظ أيضا أن هذا الفعل قد تم تجريمه من قبل جل التشريعات في قوانينها نظراً لخطورة هذا الفعل، لأنه يفتح الباب أمام جريمة أخرى وهي جريمة التزوير.

ومن بين تلك التشريعات التشريع المصري، فقد عمد الى تجريم هذا الفعل في المادة 11 من القانون رقم 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب فقد نصت على أنه: « يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة:

- كل شخص غير مرخص له في مزاولة مهنة الطب، يستعمل نشرات أو لوحات أو لافتات أو أية وسيلة أخرى من وسائل النشر، إذا كان من شأن ذلك أن يحمل الجمهور على الاعتقاد بأن له الحق في مزاولة مهنة الطب، وكذلك كل من ينتحل نفسه لقب طبيب أو غيره من الألقاب التي تتطلب من الأشخاص المرخص لهم في مزاولة مهنة الطب...».

كذلك فمن السهل وقوع جريمة انتحال الصفة، لأنّ الجمهور عادة لا يطالب الطبيب بتقديم أوراقه الثبوتية وشهاداته المتحصل عليها، وإنما يصدق ما يقال له، ولن ينتبه إذا لم تقم بذلك نقابة الأطباء.

فالقانون وفقا للنصوص السالفة الذكر قد جرّم هذا الفعل بإعطاء الحماية للجمهور والحدّ من التحايل الذي يقع من جرائمها، ونظراً لحساسية المجال الطبي فإن نتائج هذه الجريمة تكون أكثر شدة من غيرها في المجالات الأخرى، فالطبيب الذي يوهم المريض بأن له اختصاصاً في مجال معين، ويتم اختياره بناء على ذلك، فإنّ ذلك قد يؤثر حتما على طريقة العلاج أو حتى على الفحص والتشخيص، وبالنتيجة إصابة المريض بأضرار.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه بمجرد قيام الطبيب بانتحال صفة غيره، فإن ذلك يعرضه للمسؤولية والعقاب المقرر لهذه الجريمة بغض النظر إذا ما انجرّ من وراء الفعل ضرر للمريض أم لا.

2- الركن المادي

لا تقوم الجريمة كما نصّ عليها القانون ويرتب عليها عقاب، إلا إذا توافر الركن المادي لها، فهو يمثل الفعل العضلي للجاني، وهو فعل الجاني الذي يحدث أثراً في العالم الخارجي، وهذا السلوك هو الذي يمكن محاسبة الشخص على أساسه مهما بلغت خطورة أفكار الفاعل وهو اجسه الداخلية⁽¹⁾. وقانون العقوبات لا يعاقب على الأفكار ولا على النوايا السيئة ما لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل أو عمل⁽²⁾، ويشكل هذا الفعل الذي يعبر عن الجريمة أو الخطأ الجزائي ما يسمى بالركن المادي للجريمة، وهو إما عمل إيجابي أو عمل سلبي يتمثل في الامتناع عن عمل.

وفي جريمة انتحال الصفة، فإن الركن المادي يتمثل في قيام الطبيب بأفعال من شأنها إيهام الجمهور بغير الحقيقة، كتعليق لوحة على مبنى يكتب عليها أنه طبيب... أو يعلق على جدران العيادة صوراً لمؤهلات طبيّة أو شهادات خبرة مزورة، أو أية وسيلة أخرى من الوسائل توفى بهذا الغرض والتي تحمل الجمهور على الاعتقاد بأحقيته في مزاوله مهنة الطب.

وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات المتعلقة بهذه الجريمة، فإننا نجد أن المشرع لم يقدّر بتعداد الوسائل والطرائق التي تستعمل في انتحال الصفة وإنما اكتفى بصيغة العموم بقوله: « كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظّمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادّعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها... » فكل من يخرج عن الشروط المحددة في قانون مزاوله مهنة الطب،

¹ - د. منصور رحمانى، الوجيز في شرح القانون الجنائي العام، فقه، قضايا، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ب ط، 2006، ص. 93.

² - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط8، 2009، ص. 85.

أو ادّعى لنفسه أحقية مزاولتها بأية وسيلة كانت، يعتبر مرتكباً لجريمة انتحال الصفة، ولقد أحسن المشرع فعلاً عندما ذكر النص بصيغة العموم، ذلك لأنّ الوسائل والطرق الاحتمالية كثيرة، وهي في ابتكار دائم، وحصر المشرع لها يجعل الفاعل يتنصل من العقاب بحجة عدم النص عليها.

وطبقاً لنص المادة 247 من قانون العقوبات - المذكورة آنفاً- فقد تضمنت شكلاً آخر من أشكال الانتحال والتي تتمثل في انتحال شخص اسم عائلة خلافاً لاسمه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية، ففي هذه الجريمة يتطلب المشرع توافر عنصرين الأول: استعمال لقب عائلة المنتحل بقصد التهرب من المسؤولية أو للحصول على منفعة أو أي غرض آخر والعنصر الثاني أن تقع تلك الأعمال على وثيقة عمومية أو وثيقة إدارية...

ويرى الدكتور "محمود القبلاوي" أن الركن المادي في جريمة انتحال الصفة، والذي يتكون من الأفعال والوسائل التي يستخدمها الجاني والتي توهم الجمهور بأحقيته في مزاوله المهنة مع وجود علاقة سببية بين هذه الأفعال والضرر الناتج عنها، يراه متشابهاً مع الركن المادي لجريمة النصب وهي استيلاء شخص على منقول مملوك للغير بخداع المجني عليه وحمله على تسليمه⁽¹⁾.

3- الركن المعنوي

إذا كان الركن المادي يعبر عن جسد الجريمة ووجودها، فإن الركن المعنوي يعبر عن الناحية المعنوية لها، فلا تقوم الجريمة بمجرد قيام الواقعة المادية التي تخضع لنص التجريم، بل لا بد من صدورهما عن إرادة فاعلها وارتباطها بها معنوياً...⁽²⁾

فالركن المعنوي يتمثل في النية الداخلية التي يضمها الجاني في نفسه وهو يتخذ صورتين: صورة الخطأ العمد (القصد الجنائي)، وصورة الخطأ غير العمد (الإهمال أو

1 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 39.

2 - د. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ب ط، ج1، 1998، ص. 231.

عدم الاحتياط)، وبما أنّ جريمة انتحال الصفة، هي من الجرائم العمدية، فهي تقوم على القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، وذلك بأن يكون الجاني على علم بأنه لا يملك الحق في مزاوله مهنة الطب، أو لا تسمح شهادته ومؤهلاته بالتخصص المزعوم، وعلمه بأن هذه الأفعال والوسائل التي قام بها من شأنها أن توهم الجمهور وتوقعه في غلط، إضافة إلى اتجاه إرادته لفعل تلك الأعمال وتحقيق النتيجة المتمثلة في الاحتيال على الجمهور.

ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة انتحال الصفة

في حالة توافر أركان جريمة انتحال الصفة، يتم التساؤل عن ماهية العقوبة المقررة لهذه الجريمة في ظل قانون العقوبات الجزائري والقوانين الخاصة، أي في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب.

1- العقوبة المقررة لجريمة انتحال الصفة في قانون العقوبات

إذا توافرت أركان جريمة انتحال الصفة، يجب تطبيق العقوبة المقررة لها في قانون العقوبات، فالمادة 243 تنص على أنه: « كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها، أو ادّعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين».

فمن خلال هذا النص نلاحظ أنّ المشرع الجزائري سلّط عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار على كل شخص يستعمل لقب مهنة منظمة في القانون ويدخل في هذا النطاق مهنة الطب، أو يستعمل هذه الصفة أو شهادة رسمية أو ادّعى أنه طبيب أو طبيب مختص مثلاً قبل استيفائه الشروط المفروضة، فإنه يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة أعلاه.

لقد أعطى المشرع الجزائري وصف الجنحة لهذه الجريمة، بتقريره عقوبة الحبس التي تفوق ثلاثة أشهر أو تساويها دون أن يتعدى السنتين، علماً أنّ سلطة القاضي تبقى سلطة تقديرية في توقيع العقوبة بين الحد الأدنى (ثلاثة أشهر) وبين حدّها الأقصى (سنتين)

بالإضافة إلى الغرامة، كما يمكن للقاضي الاكتفاء بعقوبة الحبس فقط دون الغرامة أو بتقريرهما معاً.

كما تنص المادة 247 من قانون العقوبات الجزائري على انه: « كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه، وذلك بغير حق يعاقب من 500 إلى 5000 دينار».

فالملاحظ على نص هذه المادة أنّ المشرع جعل من جريمة انتحال اللقب مخالفة يعاقب عليها بغرامة من 500 إلى 5000 دينار، وهذه العقوبة قد لا تتماشى مع خطورة الفعل المرتكب.

2- العقوبة المقررة لجريمة انتحال الصفة في القوانين الخاصة

تنص المادة 237 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادتين 243 و247 من قانون العقوبات على كل من يخالف أحكام المادتين 207 و221 من هذا القانون»، مما يعني أن قانون حماية الصحة وترقيتها جاء ليكمل ما يقرره قانون العقوبات وليس لكي يلغيه.

وبالرجوع إلى هذا القانون يتبين أنه تضمّن عدة نصوص تكمل المادة 243 و247⁽¹⁾ ويتعلق الأمر بالمادة 207 التي تنص على أنه: « يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة أن يمارسوا مهنتهم باسم هويتهم القانونية».

وفي نفس السياق فقد اهتمت مدونة أخلاقيات الطب بمسألة احترام صفة الطبيب وممارسة المهنة تحت الهوية القانونية، كما هو منصوص عليه في المادة 13 التي تنص على أن: « الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته القانونية...».

¹ - م 247 من ق.ح.ص.ت. تتعلق بالمساعدين الطبيين الذين تنطبق عليهم نفس أحكام الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة.

كما نصت المادة 19 من نفس المدونة على أنه: « يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان حتى خارج ممارسة مهنته أن يتجنب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها».

فبمفهوم المخالفة -ومن البديهي- أن الطبيب ملزم باحترام مهنته أثناء الممارسة من باب أولى.

وعلى هذا الأساس يتبين من هذه النصوص بأن المشرع حرص على احترام مهنة الطب من خلال تجريم الأفعال التي من شأنها أن الإساءة إليها.

الفرع الثاني

جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب

رأينا في ما سبق أنّ ممارسة العمل الطبي تتوقف على توافر شروط معينة، تخرج هذا العمل من نطاق اللامشروعية إلى المشروعية، لذا فإن الإخلال بتلك الشروط يجعل ممارسة العمل الطبي غير مشروع، وقد اعتبر المشرع الجزائي الحصول على الترخيص القانوني لمزاولة المهنة بعد الإجازة العلمية من أهم تلك الشروط. فهذا الإخلال اعتبره المشرع جريمة يعاقب عليها تحت اسم الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، وقد نجد أن هذه الجريمة تتشابه مع جريمة الانتحال في العقوبة، بحكم أن قانون حماية الصحة وترقيتها قد أحال إلى تطبيق العقوبة المقررة للجريمة الأولى.

ونظراً لخطورة هذه الجريمة فقد أفرد لها المشرع قسماً خاصاً بها، ولكي يتم اعتبارها جريمة قائمة بذاتها لا بد من توافر أركان لها (أولاً)، ومن ثم العقوبة المقررة لمرتكبيها (ثانياً).

أولاً: أركان جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب

لا شك أنّ هذه الجريمة هي كغيرها من الجرائم التي تتطلب لقيامها توافر الأركان المعروفة.

1- الركن الشرعي

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « تعد ممارسة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة ممارسة غير شرعية مع مراعاة المادة 196⁽¹⁾ من هذا القانون في الحالات التالية:

- كل شخص يمارس عمل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في المادة 197⁽²⁾ من هذا القانون أو خلال مدة المنع من الممارسة.

- كل شخص لا تتوفر فيه الشروط المحددة في المادتين 197 و198⁽³⁾ من هذا القانون، يشارك عادة بأجر أو دون إعداد تشخيص أو معالجة أمراض أو إصابات جراحية أو تتعلق بطب الأسنان، وراثية كانت أو مكتسبة، حقيقية كانت أو مفترضة، من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية أو عن طريق أي أسلوب آخر كيفما كان نوعه.

- كل شخص يمارس المهنة في هيكل صحي عمومي أو خاص دون أن يرخص له بمقرر الوزير المكلف بالصحة.

- كل من يقدم مساعدة للأشخاص المذكورين في الفقرتين السابقتين أو يتواطأ معهم ولو كان حائزاً الشهادة المطلوبة».

وتأكيداً على ما سبق تنص المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « لا يجوز لأحد غير مسجل في قائمة الاعتماد أن يمارس في الجزائر مهنة طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي، تحت طائلة التعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون...».

1 - أنظر: م 196 من ق.ح.ص.ت. المتعلقة بمهام المساعدين الطبيين.

2 - أنظر: م 197 من ق.ح.ص.ت. المتعلقة بالشروط الواجب توافرها لممارسة العمل الطبي.

3 - تنص م 198 من ق.ح.ص.ت. على ما يلي: «لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي، إذا لم يكن حائزاً شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه».

وطبقاً للنصوص السالفة الذكر، فإنه يدخل في نطاق الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، ممارسة المهنة من دون ترخيص، ويدخل في نفس السياق منع الطبيب الموقوف من ممارسة المهنة لأي سبب كان، من أن يجري فحوصاً أو يقوم بتحرير وصفات أو تحضير أدوية أو تطبيق علاج⁽¹⁾، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 205 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقوله: « يمنع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أوقف حقه في ممارسة مهنته، أن يجري فحوصاً أو يحضر وصفات أو يحضر أدوية، أو يطبق علاجاً أو يستعمل أية طريقة في العلاج تابعة للطب أو الصيدلة، بصفته طبيباً أو جراح أسنان أو صيدلياً، إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي».

2- الركن المادي

شمل الركن المادي لجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب في إتيان الفاعل للأفعال المحظورة والمذكورة في المواد السابقة، رغم علمه بذلك واتجاه إرادته إلى كافة أركان الجريمة.

ومن خلال استقراء المواد الخاصة بهذه المسألة نجد أن المشرع قد عدّ الأفعال التي تعد من قبيل الممارسة غير الشرعية للمهنة، واعتبر مزاولة المهنة بدون ترخيص ممارسة غير شرعية، باعتبار أن شروط الممارسة محددة تحديداً دقيقاً في قانون حماية الصحة وكذا مدونة أخلاقيات الطب. فكثيراً ما نجد أنّ بعض الأطباء يستعجلون في ممارسة المهنة قبل إتمام الإجراءات اللازمة للحصول على الترخيص، وهذا ما ينطبق عليه القاعدة الفقهية « من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»⁽²⁾.

فتقوم الجريمة إذا قام الطبيب بأحد الأعمال الطبية كالفحص، أو التشخيص أو العلاج على وجه الاعتياد والاستمرار، وقد ذهب جانب من الفقه إلى الاعتبار أن الاعتياد في القيام

¹ - د. حميل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008، ص. 19.

² - عبد الرحمن بن أبي بكر محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ص. 153.

بتلك الأعمال يعد كافياً لقيام الركن المادي لجريمة مزاولة المهنة من دون ترخيص، ولا تقوم في حالة قيام الشخص بتلك الأعمال مرة واحدة فقط⁽¹⁾.

ولا يشترط أن يقوم الطبيب بمعالجة أكثر من مريض، بل علاج مريض واحد على وجه الاستمرار كافٍ لقيام الجريمة، فالطبيب الذي يقوم بعملية جراحية⁽²⁾، أو يعطى حقنة لشخص من غير أن يكون له ترخيص بمزاولة المهنة، يعد مسؤولاً حتى ولو لم يحدث ضرراً للمريض ويسأل عن جريمة عمدية، إذ أنّ ممارسة المهنة من دون ترخيص هي في حدّ ذاتها جريمة ومسألة الضرر اللاحق من جرائمها يعد جريمة أخرى.

والحكمة من تشدد المشرع في الحصول على مزاولة المهنة بالترخيص هو الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من عبث الدخلاء على هذه المهنة، والمقصود بالترخيص الحصول على مقرر من الوزير المكلف بالصحة بعد التأهيل العلمي، وقد يكون هذا الترخيص عاماً بمباشرة العمل الطبي، وقد يكون خاصاً ببعضها مثل الترخيص الممنوح للقابلات.

غير أن القانون أجاز ممارسة مهنة الطب من دون ترخيص وذلك استناداً إلى القاعدة العامة، وذلك في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي، ففي هذه الحالة لا يعدّ ما قام به الطبيب فعلاً مجرماً عملاً بالقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات"⁽³⁾.

وإذا كانت ممارسة المهنة من دون ترخيص قد اعتبرها المشرع الجزائري ممارسة غير شرعية، فإنه من باب أولى تجريم ممارسة المهنة دون استيفاء الشروط المنصوص عليها في المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها. إضافة إلى ذلك وفي نفس السياق، فقد منع المشرع الطبيب الموقوف من ممارسة المهنة لأي سبب كان أن يقوم بأعمال

¹ - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 34.

² - يمكن اعتبار عمليات الختان من قبيل العمليات الجراحية الصغيرة، لأن هذا الفعل يعد جرحاً يمس بالنتيجة الجسم، مما يؤدي إلى تمزيقها في الخارج، وعلى هذا الأساس تقوم مسؤولية الخاتن من غير الأطباء المرخص لهم لأن هذا التصرف من شأنه المساس بجسم المريض دون أن يسوغ له القانون ذلك.

³ - عبد الرحمن محمد السيوطي، المرجع السابق، ص. 43-44.

التطبيب، فالطبيب الموقوف يعد من قبيل غير المرخص لهم، لأنّ التوقيف بمثابة سحب للترخيص سواء كان لمدة قصيرة أو نهائياً.

قد يمنع الطبيب من مزاوله المهنة لأسباب:

1. صدور حكم تأديبي، بتوقيفه عن عمله ويكون لمدة معينة أو نهائياً.
2. صدور حكم جزائي بحرمانه من مزاوله المهنة، كما هو الحال في حالة الحكم على الطبيب في جريمة من الجرائم الأخرى⁽¹⁾.

علاوة على ذلك فقد أشار المشرع إلى من يقوم بمساعدة الأشخاص المذكورين في المادة 214، واعتبره شريكاً في هذه الممارسة حتى لو كان حائزاً للشهادة التي تؤهله للقيام بذلك.

وهذا ما نصت عليه المادة 32 من مدونة أخلاقيات الطب بأنه « يمنع كل تسهيل لأي شخص يسمح لنفسه بممارسة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة غير شرعية ».

فالشريك وفقاً للمادة 42⁽²⁾ من قانون العقوبات الجزائري هو الذي ينحصر عمله في المساعدة أو المعاونة على القيام بالأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة، وبحكم أنّ المشرع قد اعتنق مبدأ استعارة⁽³⁾ العقوبة المقررة للجريمة وليس مبدأ استعارة العقوبة المقررة للفاعل، فإنه يطبق على الشريك العقوبة المقررة للجنة أو الجنائية⁽⁴⁾، مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالظروف الشخصية والموضوعية لكل واحد من المساهمين عند تقرير العقوبة.

وبناءً على ما سبق، فإنّ الشخص الذي يساعد على الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، يعد بمثابة من قام بالفعل وتطبق عليه العقوبة المقررة للجريمة وفقاً لما نص عليه القانون.

1 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء...، المرجع السابق، ص. 66.
2 - م 42 من ق.ح.ص. تنص على ما يلي: « يعتبر شريكاً في الجريمة من لم يشترك إشتراكاً مباشراً، ولكنه يساعد بكل الطرق، أو معاون الفاعل، أو الفاعلين عن ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك ».
3 - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام..، المرجع السابق، ص. 172.
4 - تنص م 44 من ق.ع.ج. الفقرة الأولى على ما يلي: « يعاقب الشريك في جنائية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنة أو الجنحة ».

3- الركن المعنوي

إن جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، هي جريمة عمدية تقوم على القصد الجنائي⁽¹⁾ العام بعنصره العلم والإرادة، فيتمثل الركن المعنوي لها في توافر هذا القصد لدى غير المرخص لهم قانوناً لممارسة مهنة الطب أو من يدخل في حكمهم، وبالتالي توافر علم الجاني أن الأفعال التي قام بها من عداد الأعمال الطبية التي لا يجوز له القيام بها، لعدم حصوله على الترخيص القانوني أو عدم استيفائه للشروط المنصوص عليها قانوناً، إضافة إلى اتجاه إرادته إلى القيام⁽²⁾ بهذه الأفعال على وجه التكرار والاستمرار.

وعليه فمتى علم الشخص -طبيباً كان أم غير طبيب- بأن الأفعال التي يأتيناها قد نهت عنها قوانين مزاوله مهنة الطب أو قانون العقوبات، ورغم ذلك اتجهت إرادته إلى إتيان تلك الأفعال وتحقيق النتيجة، فإنه يكون قد مارس مهنة الطب ممارسة غير شرعية كما هو منصوص عليها، ويستحق بذلك العقوبة المقررة لهذه الجريمة.

فأي مخالفة لما سبق ذكره تعتبر من قبيل الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، كما تشير إليه المادة 214 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب

لقد وضع المشرع الجزائري في حالة توافر أركان الجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، عقوبة لفاعلها، وهذه العقوبة منصوص عليها في قانون العقوبات وأحال إليها قانون حماية الصحة وترقيتها.

1- العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات

¹ - يقصد بالقصد الجنائي العام هو انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل وهو يعلم أن القانون ينهى عنه، أما القصد الجنائي الخاص فهو يلتقي مع القصد الجنائي العام في جميع عناصره ويزيد عنه في تحديد الإرادة الإجرامية لدى الجاني إما بباعث معين قد يدفعه إلى الجريمة وإما بنتيجة محددة يريدها. أنظر: د. منصور رحمانى، المرجع السابق، ص. 112.

² - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 67.

يعاقب الجاني في حالة ارتكابه لجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، بالعقوبة المقررة في المادة 243⁽¹⁾ من قانون العقوبات الجزائي والتي جاءت تحت عنوان: انتحال الوظائف والألقاب أو الأسماء أو إساءة استعمالها، بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فالملاحظ أنّ هذه الجريمة تشترك مع الجريمة الأولى في العقوبة، كما ينطبق نفس الحكم على المساعدين الطبيين.

2- العقوبة المقررة للجريمة في القوانين الخاصة

تنص المادة 234 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: « تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات على الممارسة غير الشرعية للطب وجراحة الأسنان والصيدلة ومهنة المساعد الطبي كما هي محددة في المادتين 214 و219⁽²⁾ من هذا القانون».

فهذه المادة قد أحالت إلى المادة 243 من قانون العقوبات، بذلك يكون المشرع الجزائي قد أعطى وصفا للجريمة بأنها جنحة، إلا أن مسألة تقرير العقوبة تترك للقاضي حسب ما هو معروض عليه من وقائع دون تجاوز في الحدّين الأدنى والأعلى للعقوبة.

والملاحظ أيضاً أنّ هاتين الجريمتين قد نصت عليهما معظم التشريعات نظراً لشيوعهما في المجال الطبي، بيد أنّ العقوبة تختلف من تشريع لآخر. فالمشرع المصري مثلاً قد نص على جريمة مزاوله المهنة من دون ترخيص في المادة 11 من قانون رقم 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب وقد قرر عقوبة الحبس بمدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تزيد عن مائتي جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، غير أنّ القانون المصري

¹ - أنظر: م 243 ق.ع.ج.

² - تنص م 219 من ق.ح.ص.ت. على ما يلي: « يعد ممارساً لمهن الطب ممارسة غير شرعية كل من لم يتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 217 أعلاه من هذا القانون».

قد أضاف علاوة على ذلك أنه في حالة العود يحكم بالعقوبتين ونص على غلق العيادة⁽¹⁾ مصادرة الأشياء ونشر الحكم⁽²⁾.

فالمشرع المصري قد اعتبر مزاوله المهنة من دون ترخيص جريمة مستقلة قائمة بذاتها عكس المشرع الجزائري الذي أوردتها ضمن الأفعال التي تعد من قبيل الممارسة غير الشرعية للمهنة.

وحسنا فعل المشرع المصري بتقريره لهذه العقوبات المتعلقة بهذه الجريمة، حتى يضع حداً لمختلف التجاوزات التي تقع حماية للجمهور، وهذا راجع إلى ما شهدته الساحة القضائية من قضايا كثيرة في هذا الشأن.

فقد قضت محكمة النقض المصرية في طعنها رقم 27/484 في جلستها المؤرخة في 25 جوان 1957 على أنه: « متى كانت جريمة إحداث الجرح البسيط ومزاولة مهنة الطب من دون ترخيص، قد وقعتا بفعل واحد وهو إجراء الحقن وإن تعددت أوصافه فإن ذلك يقيض اعتبار الجريمة إلى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها طبقاً للفقرة الأولى من المادة 32 عقوبات وهي عقوبة إحداث الجرح...»⁽³⁾.

المطلب الثاني

الجرائم المرتكبة أثناء ممارسة المهنة

من البديهي وجوب مساءلة كل شخص ارتكب جريمة عمدية، بغض النظر عن صفته أو مركزه، طبيباً كان أو صيدلياً أو جراح أسناناً وغير ذلك من الألقاب والصفات، ذلك أنّ اقتتراف الفعل الذي جرّمه القانون عن بينة واختيار وعمد يلغي صفة الفاعل مهما كانت، وتبقى صفة الإجرام هي المسيطرة والتي تفرض نفسها في مواجهة مع القانون الذي يحمي المجتمع من مختلف الأعمال والأفعال التي تهدد استقراره وأمنه.

¹ - نصت م 10 من قانون رقم 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب في مصر على العقوبة المذكورة أعلاه، كما أضاف أيضاً بموجب القانون رقم 26 لسنة 1956 المؤرخ في 9 جوان 1965: " أنه يجوز بقرار من وزير الصحة أن يغلق بالطريق الإداري كل مكان تزاوّل فيه مهنة الطب بالمخالفة لأحكام هذا القانون". أنظر: عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 271.

² - هذه العقوبات قد اعتبرها المشرع الجزائري من العقوبات التكميلية طبقاً للمادة 9 من ق.ع.ج.

³ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 71.

والطبيب كغيره من الناس؛ فإنه مسؤول في حالة ارتكابه لفعل مجرم، فقد يجد نفسه في أي لحظة وهو يمارس مهنته، سواء في المستشفى العام أو في عيادته الخاصة، متهما أمام القضاء الجزائري بسبب أخطائه العمدية التي ارتكبها أثناء مزاولته للمهنة.

وقد سبقت الإشارة أنّ الخطأ في هذا المجال هو جريمة مهما كان يسيراً وذلك مردّه لحساسية المجال الطبي وما ينطوي عليه من أخطار ومضاعفات وعلى هذا الأساس، فالجرائم العمدية المرتكبة أثناء الممارسة كثيرة جداً، ممّا جعل المشرع الجزائري يُفصح تارة عن اسم الطبيب في النصوص المجرّمة للأفعال، وتارة يشير إليه بصفته مهنيًا من المهنيين، إضافة إلى بعض الجرائم التي لم يكن للطبيب فيها استثناء، فيسأل باعتباره شخصاً عادياً إذا ما ارتكب جريمة من الجرائم التي يرتكبها الناس وليست لها علاقة بمهنة الطب.

ونظراً لصعوبة حصر هذه الجرائم فإننا سنكتفي بإيراد أهم الجرائم العمدية المرتكبة أثناء مزاوله المهنة وأشدّها خطورة، منها ما ورد في اسم الطبيب صراحة، ومنها ما تم الإشارة إليه بصفته مهنيًا، وعليه فضلنا جريمة إفشاء السر المهني، والتي تعد جريمة أخلاقية قبل كل شيء (الفرع الأول)، وجريمة الإجهاض وهي من أكثر الجرائم وقوعاً (الفرع الثاني)، وكذا جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

جريمة إفشاء السر المهني

يعتبر السر المهني واجبا أخلاقيا ودينيا قبل أن يكون واجبا قانونيا، لأن ذلك فرضته قواعد المروءة والشرف، علاوة على ما تفرضه المهنة وشرفها وكذا الصالح العام.

والطبيب بحكم عمله، فهو يطلع على الكثير من المعلومات والأسرار وخبايا الحياة الخاصة للمرضى، وذلك نتيجة للثقة التي يوليها المريض في الطبيب، وأحيانا قد تكون هذه الأسرار لا علاقة لها بالمرض كالأسرار العائلية وغيرها...؛ فالحفاظ على السر الطبيّ التزام يقع على عاتق الطبيب وإفشاؤه يعد إخلالاً بهذا الالتزام.

ونظراً لأهمية هذا الالتزام ودوره في دفع المرضى إلى عرض أنفسهم على الأطباء، فقد نصّت القوانين العامة وخاصة قانون العقوبات لكثير من الدول على عدم الجواز بإفشاء الأسرار التي يطلع عليها الشخص بحكم وظيفته، كما اعتبرت إفشاء السر المهني جريمة يعاقب عليها.

وقبل التعرّض لأركان هذه الجريمة والعقوبة المقررة لها في القانون، يجدر بنا إعطاء مفهوم السر الطبي ونطاقه (أولاً)، وبعدها تبيان الأركان التي تقوم عليها هذه الجريمة (ثانياً)، ثم العقوبة التي قررها المشرع لفاعلها (ثالثاً)

أولاً: مفهوم السر الطبي ونطاقه

السر في اللغة ما أخفيت، والجمع: أسرار، وأسرّ الشيء أي كتمه⁽¹⁾، لقوله تعالى في القرآن الكريم: (وَإِنْ تَجَهَّرَ بِالْقَوْلِ فَإِنَّهُ يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى)⁽²⁾، وقوله تعالى أيضاً: (يَوْمَ تُبْلَى السَّرَائِرُ)⁽³⁾.

وإصطلاحاً: السر ما حدّث به الإنسان غيره في خفاء وأخفى منه ما أضر في نفسه مما لم يحدث به غيره، والسر حديث نفسك وأخفى من السر ما ستحدث به نفسك مما يكن وهو كائن⁽⁴⁾.

أما من الناحية القانونية، فقد أحجم المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف للسر وما يدخل في نطاقه، موكلاً هذه المهمة للفقهاء والقضاء، ذلك أن تحديد مفهوم السر الطبي مسألة نسبية، تختلف باختلاف الظروف والأزمنة، فما يراه الشخص سراً قد لا يراه شخص آخر وُجد في ظروف أخرى كذلك.

وعليه فقد تكفل الفقه بتعريف السر، فعرف بأنه: «النبأ الذي يجب إخفاؤه حتى ولو لم يترتب عن إفشائه، إضرار بالسمعة أو الكرامة، وكان غير مشين لمن يريد سماعه، بل يكون مشرفاً لمن يرغب في هذا الكتمان»⁽¹⁾.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، ج4، باب الراء، ص. 356.

² - سورة طه، آية. 06.

³ - سورة طارق، آية. 09.

⁴ - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1952، ج11، ص. 170.

وعرّفه البعض أيضا بأنه واقع أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق⁽²⁾.

والسر الطبّي لا يخرج عن هذا المفهوم فقد رأى جانب من الفقه بأنه: « كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته أو بسببها، وكان في إفشائه ضرر لشخص ولعائلته إمّا لطبيعة الوقائع أو للظروف التي أحاطت بالموضوع»⁽³⁾.

في حين يرى رأي آخر أن الالتزام بالسر لا يقوم إلا بالنسبة للوقائع التي يعهد بها العميل إلى طبيبه، بموجب عقد بين مودع السر والمؤمن عليه، يقبل بموجبه المهني تلقي أسرار العميل وحفظها مصونة وأن لا يذيعها أو يفشيها⁽⁴⁾.

ولقد استند هذا الرأي على أساس أنه اشترط صراحة المطالبة بكتمان السر، في حين يدخل في حكم السر كل الأمور التي تكون بطبيعتها كذلك حتى لو لم يشترط صاحب السر كتمانها⁽⁵⁾.

فيمكن وفقاً لذلك إعطاء تعريف للسر الطبّي بأنه كل ما يتعرف عليه الطبيب أثناء أو بسبب ممارسته مهنته أو بمناسبةها، وكذلك كل ما عهد به إليه المريض من معلومات أو خبر وباح له به كونه طبيباً، وليس بصفته رجلاً عادياً، فالأمر متعلق بمهني محترف والذي يقع عليه التزام بكتمان السر المهني إلا في الحالات التي يرخص له القانون بالإفشاء به⁽⁶⁾.

1 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 106.

2 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص. 107.

3 - Jacques. Hamelin, André Damien, Les règles de profession d'avocat, p.p. 309- 310.

4 - د. عبد الراضي محمد هاشم عبد الله، المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، ص. 315. نقلا عن: بومدان عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص. 19.

5 - د. نقادي حفيظ، أصول السر الطبّي، م.ع.ق.إ، سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 3، 2007، ص. 74.

6 - بومدان عبد القادر، المرجع السابق، ص. 19.

فهو ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها، تتعلق بحالة المريض وعلاجه، والظروف المحيطة بذلك، سواء حصل عليها من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بمناسبة ممارسته مهنته.

فهناك من فرق بين السر الطبي والتزام الطبيب بحفظ الأسرار، فاعتبار الالتزام هو التزام الطبيب بالصمت، إلا في الحالات المرخص له بالكشف أو بإفشاء تلك الأسرار⁽¹⁾. هذا الالتزام قد ذكره الفقيه "دوما" في مؤلفه "القوانين المدنية" بأنه: « للأطباء والجراحين فرصة التعرف على أسرار المرضى وأسرار عائلاتهم، إِمَّا بالثقة التي يمنحها هؤلاء إياهم، وإِمَّا لطبيعة عملهم عن هذا الطريق في الصدق⁽²⁾. فنطاق السر الطبي يكون إِمَّا في إفشاء المريض لطبيبه أثناء معالجته بأسرار، سواء أكانت متعلقة بالحالة الصحية للمريض أم حالته الاجتماعية، كما يكمن أيضا إذا توصل الطبيب لمعرفة هذه الأسرار من خلال مزاولته للمهنة.

وعلى هذا الأساس فليس كل ما يصل إلى الطبيب يعد سراً يجب كتمانها إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

- 1- أن يكون للسر صلة بالمهنة، بمعنى أن يتوصل الطبيب إلى معرفة تلك الأسرار أثناء ممارسته للمهنة أو بمناسبةها.
 - 2- وجود مصلحة للمريض في بقاء الأمر سراً مهما كانت هذه المصلحة.
 - 3- أن يطّلع الطبيب على هذه الأسرار بصفته طبيبا وليس شخصاً عادياً⁽³⁾.
- فالتبيب ملزم بالسر الطبي في مواجهة الغير من الأطباء أو ذوي حقوق المريض، فعليه الامتناع عن ذلك، ولا يمكنه الاحتجاج بهذا الالتزام في مواجهة المريض نفسه، عندما يطلب منه معلومات متعلقة بمرضه⁽⁴⁾.

في هذا السياق قد ظهرت نظريات عديدة يدور مضمونها حول النطاق الموضوعي لما يعدُّ سراً.

1 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 50.

2 - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 364.

3 - د. محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص. 60.

4 - عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 148.

فهناك من اتجه إلى اعتبار الواقعة التي ترتب ضرراً للمريض إذا علم بها الغير هي من قبيل الأسرار التي إذا أفشاها الطبيب يعد مسؤولاً عن ذلك الإفشاء، ودليلهم في ذلك أن هذه الجريمة منصوص عليها في الباب الخاص بالقذف والسب وهي جرائم تصيب السمعة والاعتبار سميت هذه النظرية "بنظرية الضرر"⁽¹⁾.

في حين ذهبت نظرية أخرى إلى التفرقة بين الوقائع، فيعدُّ في نظرهم واقعة سرية تلك التي لا يعرفها أحد، أو يكون نطاق المعرفة بها محدوداً في أشخاص معينين، فهذه لا يجوز للطبيب إفشاؤها، أما ما عدا ذلك فإنه لا يسأل الطبيب حالة إفشاؤها وهي تعرف بنظرية التفرقة بين الوقائع.⁽²⁾

أما أصحاب نظرية الإرادة فقد ركزوا على إرادة صاحب السر في إعلانه لهذا السر أو كتمانها، فمتى كانت إرادة المريض تتجه إلى نشر هذا السر فإن الطبيب يعفى من المسائلة على أساس الإفشاء...

ولعلّ أكثر النظريات التي لاقت رواجاً وتأييداً من جانب الفقه نظرية "المصلحة"، فتحدد نطاق السر من الناحية الموضوعية يكمن في مصلحة مشروعة للمريض، إذا كان ذلك لا يتعارض مع القانون⁽³⁾.

وعلى هذا فيعدّ إفشاء الطبيب للسرّ المهني جريمة يعاقب عليها القانون نظراً لارتباط هذه المسألة بالأخلاق والمبادئ بالدرجة الأولى.

ثانياً: أركان جريمة إفشاء السر المهني

1 - د. منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 365.

2 - د. منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص. 366.

3 - د. منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص.ص. 367-368.

لقد طالبت اللوائح المنظمة لمهنة الطب في مختلف دول العالم الأطباء بالحفاظ على أسرار مرضاهم، واعتبرت أنّ إفشاء السر المهني من قبيل الأخطاء الطبية التي ترتب المسؤولية على الطبيب، فالطبيب الذي يفشي أسرار مرضاه يجد نفسه متهماً بجريمة إفشاء السر المهني، ولكي تقوم هذه الجريمة لا بد من توافر أركانها:

1. الركن الشرعي

لقد تم تجريم إفشاء الأسرار من أجل صيانة مصالح الأفراد والحفاظ عليها، والمشرع الجزائري كغيره من المشرعين قد جرّم هذا الفعل وفرض عقوبة جنائية على مرتكبه.

فلقد ورد تجريم إفشاء الأسرار في المادة 301 من قانون العقوبات والتي تنص على ما يلي: « يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة من 2000 دج إلى 10000 دج الأطباء والجراحون والصيدالّة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرّح لهم بذلك».

وقد نصت المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالّة أن يلتزموا بالسر المهني، إلّا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية».

في حين نصت المادة 235 من نفس القانون على أنه: «تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206 و226»⁽¹⁾.

وهذا تأكد أيضا في مدونة أخلاقيات المهنة، حيث نصت المادة 36 منها على أنه: « يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض

¹ - م 226 من ق.ح.ص.ت. تنص على ما يلي: «يجب على المساعدين الطبيين أن يلتزموا بالسر المهني إلّا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية».

والمجموعة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك». كما نصت المادة 37 من نفس المدونة على أنه: « يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه أو يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته».

ومبدأ السرية والخصوصية قد تقرر أيضا بموجب دستور الجزائر لسنة 1996⁽¹⁾، فقد تضمنت المادة 34 منه أن: « الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة».

كما جاء أيضا في نص المادة 39 من نفس الدستور أنه: « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه، ويحمي القانون سرية المواصلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها».

من هنا تبين لنا أنّ الحفاظ على أسرار المرضى، هو التزام مفروض بموجب قانون العقوبات، وكذا القوانين الخاصة بمهنة الطب من أجل حماية المصالح الخاصة والجماعية، علاوة على تعزيز الثقة بين الطبيب والمريض.

والمشرع الجزائري في المادة 301 قد نصّ على جريمة الإفشاء بذكر اسم الطبيب صراحة ودون تحديده لقائمة أصحاب المهن الطبية وهذا يتجلى في العبارة التي يستخدمها في النص ".... وجميع الأشخاص المؤتمنين..." وهذا يعني أنه ترك الباب مفتوحاً، سائراً على نهج قانون العقوبات الفرنسي القديم.

2. الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة إفشاء السر الطبي بتحقق ثلاث عناصر هي: السر الطبي، إفشاء السر، وكذا صفة الجاني (الأمين عن السر).

أ) السر الطبي

السر الطبي هو أحد العناصر التي يقوم عليها الركن المادي للجريمة، فهو كل ما يطلع عليه الطبيب من أحوال مرضاه الصحية، وما قد يراه أو يسمعه أو يفهمه أثناء اتصاله

¹ - التعديل الدستوري المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، ج.ر. ع.46، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996.

المهني بهم، بغض النظر عما إذا تمّ تنبيهه بالمحافظة على السر أو لم يتم ذلك...، وهذا ما أكدته المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب⁽¹⁾، فتعتبر خاصية السرية من أهم الأركان الرئيسية في مزاوله مهنة الطب، إضافة إلى أنّها من المبادئ الأخلاقية التي يجب أن يتحلى بها الطبيب دائماً فهي تعدّ انعكاساً للثقة المتبادلة بين المريض وطيبه⁽²⁾. فالمريض حين يطلع طبيبه على أسرارهِ، فهو يتوقع أن لا يفشى سره لأي شخص مهما كان هذا الشخص سواء أثناء حياته أو بعد مماته⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه: «لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق».

فيدخل في قبيل السر الطبي أية معلومة يسر بها المريض إلى طبيبه أو تصل إلى عمله نتيجة قيامه بالفحص والكشف والتشخيص ويستوي في ذلك أن يعلمها بنفسه أو يخبره بها المريض بذاته⁽⁴⁾.

(ب) إفشاء السر

يقصد بفعل الإفشاء الإفشاء بواقعة معينة إلى شخص بصفة كلية أو جزئية أيّاً كان كمّ المعلومات التي تلقاها⁽⁵⁾، ويقصد به أيضاً إطلاع الغير على السر بأية طريقة كانت⁽⁶⁾. وهو الكشف عن أي حقائق أو معلومات وصلت إلى علم الطبيب أثناء مزاوله المهنة، بغض النظر عن المصدر أو عن الكيفية التي علم بها، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الإفشاء صريحاً أو ضمنياً، تلقائياً أو غير تلقائي⁽⁷⁾.

فالصريح يكون بإخبار الطبيب مباشرة لشخص آخر غير المريض بالأسرار المتعلقة بمرضاه، في حين الضمني قد يقع بتعمد الطبيب ترك أوراق وتقارير ليطلع عليها غيره فنفشى أسرار المريض، وفي هذه الحالة يجب أن يثبت بأن الطبيب قد تعمد ترك الأوراق بنية الإضرار بالمريض.

1 - أنظر م 37 من م.أ.ط.

2 - د. زينة غانم يوسف العبيدي، المرجع السابق، ص. 75.

3 - د. أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص. 36.

4 - د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 4-243.

5 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 125.

6 - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص...، المرجع السابق، ص. 259.

7 - د. أسامة رمضان الغمري، المرجع نفسه، ص. 8-37.

أما التلقائي أن يدلي الطبيب بالسر دون أن يطلب منه ذلك، عكس غير التلقائي الذي يكون عن طريق إجابة الطبيب الغير المتعلقة بأحد المرضى⁽¹⁾.

ولا يشترط أيضا أن يكون إفشاء السر كاملاً فجزء منه كاف لقيام الفعل المجرم، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري في نص المادة 301 من قانون العقوبات، فإنه لم يضع نوع الطريقة المستعملة في إفشاء الأسرار، وهذا يفتح الباب على مصراعيه لأية طريقة يتحقق من ورائها فعل الإفشاء، فقد يقع بالنشر في الصحف أو المجلات التي تنشر عادة فيها أبحاث علمية تتضمن نماذج لحالات المرضى، وقد يقع أيضا عن طريق التقنيات الحديثة كالإنترنت بهدف نشر الثقافة الطبية للرأي العام، فالطبيب ملزم بعدم الكشف عن هوية المريض، إذا ما قام بإعداد نشرات علمية أو بحوث، وهذا تؤكد المادة 40 من مدونة أخلاقيات المهنة بنصها على أنه: «يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية، على عدم كشف هوية المريض». كما نصت المادة 31 من نفس المدونة على أنه: «يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المريض الموجودة بحوزته من أيّ فضول».

وقد أثيرت نقاشات عدة حول مدى جواز إفشاء السر من قبل الطبيب الذي يكون متعاقداً مع الشركة، من حيث إعلامه لرب العمل بالحالة الصحية للعاملين لدى الشركة، واستقر الفقه في فرنسا على أنّ طبيب العمل ليس ملزماً بالسر المهني ما دام يعمل كطبيب مراقب وليس كطبيب معالج⁽²⁾، غير أنّه يجب الاقتصار على مدى أهلية العامل للعمل دون تسبب عدم الأهلية لأنّ التسبب يدخل في نطاق إفشاء الأسرار.

غير أن المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 301 من قانون العقوبات قد نص على «... ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ

1 - د. أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص. 38.

2 - قضت محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 8 جانفي 1965: " بادانة طبيب كان يعمل لحساب شركة طيران، حيث قام بالكشف على طيار فوضع في تقريره أنه مصاب بحالة "Névropathie" وأنه لا يجوز تحميله مسؤولية الطيران، فاعتبرت المحكمة أن الطبيب قد أفشى بذكره العلة المرضية سراً مهنياً، في حين كان يجب أن يقتصر تقريره المقدم لإدارة الشركة عن أهلية أو عدم أهلية الطيار دون التسبب.

- Voir: G.B. Chammard et P. Mouzein, La responsabilité médicale, paris, France, 1974, pp. 227- 228.

عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسريّة المهنيّة.»

فهذا استثناء وضعه المشرع للطبيب بعدم التقيد بالسريّة المهنيّة، خلافاً لما ورد في الفقرة الأولى، إذا ما دعوا إلى الإدلاء بشهادتهم أمام القضاء في قضية الإجهاض.

ج (صفة الجاني (الأمين على السر)

تتطلب جريمة إفشاء السر المهني صفة خاصة في الجاني، وهذا يعني أنه لا يقوم بها أي شخص، فقد اشترط المشرع صراحة في المادة 301 من قانون العقوبات أن يكون من أفشى السر طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة أو أي شخص أؤتمن بحكم وظيفته على السر، واشترط المشرع لصفة خاصة في الجاني في هذه الجريمة، يعود إلى أساس هذه الأخيرة المتمثل في الإخلال بالتزام ناشئ عن المهنة. كذلك فالمشرع رغم ذكره للأشخاص المعنيين بالالتزام، إلا أنه لم يضع قائمة محددة لكل الأشخاص، ما يعني أنه أخذ بالمفهوم الواسع للسر المهني.

علاوة على ذلك فالطبيب لا يعاقب طبقاً للمادة 301 من قانون العقوبات إلا عن الأسرار المعهودة إليه بسبب المهنة أو بمناسبتها، فما عدا ذلك لا يعد سراً مهنيّاً ولا يترتب عليه مسؤولية إن هو قام بإفشائه: كالطبيب الذي يعلم سراً خارج مهنته بوصفه شخصاً عادياً وليس بصفته طبيباً فلا يلزمه القانون كتمانته.

3. الركن المعنوي

باعتبار جريمة إفشاء السر الطبي جريمة عمدية، فيتمثل ركنها المعنوي في توافر القصد الجنائي، ويتحقق هذا القصد متى اتجهت إرادة الجاني إلى اقتراف الجريمة مع علمه بأنّ هذا الفعل يجرمه القانون⁽¹⁾.

¹ - أثبتت في فرنسا قضية الطبيب المعالج للرئيس "ميتيرون" والمسمى "Gulber" والذي قام بنشره كتابه المسمى "Le grand secret"، فقد نشر فيه معلومات سرية عن الرئيس الفرنسي عرف عند انتخابه رئيساً للدولة في 10 ماي 1981 من خلال الفحوصات الطبية أنه مصاب بمرض السرطان، وأنّ تقدير الأمل في الحياة لا يتجاوز ثلاث

فالطبيب بمجرد علمه بأن الواقعة التي وصلت إليه عن طريق مهنته أو بمناسبةها تتصف بالسرية، حتى لو لم يصرّح المريض بضرورة كتمان هذا السر، فإن قيامه بإذاعه رغم كل ما سبق، يكون قد ارتكب جريمة الإفشاء عمداً لتوافر العلم والإرادة.

وعلى النقيض من ذلك، فإذا قام بإفشائه معتقداً أنه ليس سراً بالنسبة للمريض، أو اعتقد أن هذا الأخير راضٍ عن الإفشاء فإنّ القصد ينتفي لعدم توافر العلم⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أنّ المشرع في هذه الجريمة، يتطلب توافر القصد الجنائي العام دون الخاص لعدم توافر نية الإضرار بالغير.

يرى جانب من الفقه أنّ الطبيب حتى ولو كان في معرض الدفاع عن نفسه، فلا يجوز له إفشاء الأسرار، في حين رأى جانب آخر أنّ حق الطبيب في الدفاع عن نفسه يغلب على واجبه في الالتزام بالسر المهني، ذلك أن القاضي في سبيل تحديده للمسؤولية الجزائية للطبيب لا يتحقق إلا بعد الدفاع عن نفسه⁽²⁾. فمتى توافر الركن المادي والمعنوي لجريمة الإفشاء، فإنّه تطبق العقوبات المقررة في القانون.

ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر المهني

يعاقب المشرّع الجزائري على جريمة إفشاء السر المهني بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج وهذا طبقاً للمادة 301 من قانون العقوبات: « يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، أو بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأطباء والجراحون والصيدالّة والقابلات... ».

سنوات، وقد تجندت مجموعة من الأطباء من أجل إنقاذ حياته، وكان الفرنسيون لا يعلمون عن مرضه شيئاً سوى طبيبه المعالج "Gulber" حيث ذكر في كتابه أن الرئيس وقبل وفاته وخلال السنوات الأخيرة لعهدته طلب منه تحرير شهادة طبية مزورة يذكر فيها أن الرئيس لم يكن قادراً على ممارسة مهامه، ثم بيع الكتاب من طرف شركة Plon بتاريخ 17 جانفي 1996، وفي نفس اليوم أقامت أفراد عائلة الرئيس برفع دعوى قضائية ضد الطبيب وتمت إدانته بأربعة أشهر مع وقف التنفيذ بالإضافة إلى إلزامه بدفع تعويض قدره 100 ألف فرنك فرنسي لزوجته الرئيس و80 ألف لأولاده الثلاثة، بالإضافة إلى شطبه من جدول الأطباء كعقوبات تأديبية.

أنظر: نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم والإجازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص. 45.

1 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 64.

2 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 130.

فالمشرع الجزائري سلّط عقوبة الحبس من شهر إلى 6 أشهر وبغرامة من 20 ألف إلى 100 ألف دينار على الأطباء والجراحين والصيدالّة والقابلات وكل الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة، على الأسرار التي أفشوها في غير الحالات المرخص لهم بها، وهذا كله من أجل إعطاء حماية للمرضى الذين أودعوا أسرارهم لدى الأطباء لا اعتقادهم أن تلك الأسرار لا تخرج عن مكتبهم.

فبتقرير هذه العقوبة قد أعطى المشرع وصف الجنحة⁽¹⁾ لهذه الجريمة، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقرير العقوبة بين الحد الأدنى والحد الأقصى للعقوبة، غير أنه يتعين عليه وفقا للمادة المذكورة أعلاه تقرير العقوبة والغرامة معا.

وقد أجاز المشرع الحكم على الشخص المدان بالعقوبات التكميلية الاختيارية كالممنوع من ممارسة المهنة أو نشاط...، وطبقا لنص المادة 14 من القانون المشار إليه فإنه: «يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن يحظر عن المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات».

الفرع الثاني

جريمة الإجهاض

لقد أعفى المشرع الأطباء ومن يدخل في حكمهم من المسؤولية، إذا ما أبلغوا عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارستهم للمهنة، إذا دعوا للشهادة، والمشرع عندما أعطى هذا الاستثناء فهذا يعني أن المسألة المستثناة أكثر أهمية من الأصل وهو عدم إفشاء الأسرار، هذا من ناحية الإبلاغ فكيف الحال إذ ما ارتكب الطبيب هذا الفعل بنفسه؟

¹ - لقد صنّف المشرع الجزائري في م5 من ق.ع. الجرائم إلى جنّاية و جنحة ومخالفة بقوله: «... العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

1. الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى.
2. الغرامة التي تتجاوز 20.000 دج.

فجريمة الإجهاض لا تقل خطورة عن الجرائم الأخرى، فالمشرع عند تجريمه لهذا الفعل قد أعطى حماية غير مباشرة لسلامة الجسم من خلال الحفاظ على حياة الجنين وهو في بطن أمه حتى تتم ولادته بشكل طبيعي.

ورغم تجريمه لهذا الفعل إلا أنه لم يعط تعريفاً له، فتكفل الفقه بذلك فمنهم من عرفه بأنه: « استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم إحداث هذه النتيجة»⁽¹⁾.

أو هو « اعتداءً يقع على الجنين وهو لا زال في أحشاء أمه...»⁽²⁾، وهو أيضاً «تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان يهدف إلى إخراج الحمل مبكراً من الرحم»⁽³⁾. وهو من الوجهة الطبية «إفراغ محتويات رحم المرأة الحامل قبل اكتمال أشهر الحمل الرحمية»⁽⁴⁾.

كما عرفه البعض أنه: « إنزال الحمل ناقصاً قبل اكتمال نموه أو قبل الأسبوع الثامن والعشرين بعد انقطاع الطمث، ولا يشترط أن يكون الجنين قد شكل أو دبّت فيه الحركة، وقد يكون الإجهاض تلقائياً أو إرادياً، وينقسم الإجهاض الإرادي إلى إجهاض علاجي لأسباب تتعلق بصحة الأم وإجهاض جنائي وهو الذي يشكل المسؤولية الجنائية للأطباء في حالة ارتكابه من قبل الطبيب»⁽⁵⁾.

ومن خلال التعريفات التي قبلت في الإجهاض، نلاحظ أنها تدور حول مفهوم واحد وهو القيام بأفعال تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة الحامل قبل الوضع الطبيعي، فهو جريمة اعتداء على الجنين وأمّه سواء أكان برضا هذه الأخيرة أم بغير رضاها.

1 - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 93.
2 - د. حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2009، ص. 124.
3 - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص...، المرجع السابق، ص. 41.
4 - د. أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص. 96.
5 - ربيع حسن محمد، الإجهاض بنظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1995، ص. 164.

ولكي تقوم هذه الجريمة يجب توافر أركانها (أولاً)، ومن ثم تسليط الضوء على العقوبة المقررة لفاعلها (ثانياً).

أولاً: أركان جريمة الإجهاض

حتى تصبح الجريمة قائمة في حق فاعلها لا بد من توافر الأركان المعروضة:

1. الركن الشرعي

لقد تم النص على هذه الجريمة في الفصل الثاني من قانون العقوبات تحت عنوان: الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، حيث خصص القسم الأول منه لجريمة الإجهاض.

فلقد أوردت المادة 304 من قانون العقوبات أنه: « كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف، أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج».

كما نصت المادة 306 من نفس القانون على أن: « الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو طلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير... الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به، تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال».

كما نصت المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: « لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون». وعليه لكي نكون أمام جريمة إجهاض لا بد من وجود الحمل والذي يعتبر محلّ الجريمة فيجب أن تقع جريمة الإجهاض على امرأة حامل، ويقصد بالحمل البويضة الملقحة منذ انقطاع الطمث

وحتى الأسبوع الثامن والعشرين⁽¹⁾، فتكون لحظة التلقيح هي بداية الحمل والتي تنتهي بالولادة، لذا يتحدد الإجهاض بالفترة الممتدة بين التلقيح وعملية الولادة، ومن هنا يبدأ حق الجنين في الحياة⁽²⁾. فالمشرع قد بسط حمايته على الجنين حتى لو لم يكتمل نموه، بل أكثر من ذلك فقد حرم حتى الشروع في الجريمة رغبة منه في مكافحة الإجهاض.

2. الركن المادي

يتمثل الركن المادي لجريمة الإجهاض في إتيان الطبيب ومن يدخل في حكمه سلوكاً إجرامياً وهو فعل الإجهاض، والذي تنتج عنه نتيجة إجرامية وهي إنهاء الحمل قبل موعده الطبيعي.

بالإضافة إلى أنه يجب أن يفضي هذا السلوك إلى النتيجة الإجرامية، بمعنى وجود علاقة سببية بينهما، فإذا انتفت هذه العلاقة، انتفت مسؤولية الطبيب عن جريمة الإجهاض، وبالتالي ينبغي لتحقيق الركن المعنوي وجود عناصر تتمثل في السلوك الإجرامي والنتيجة والعلاقة السببية بينهما.

أ) السلوك الإجرامي

يقصد به ذلك الفعل الإرادي الذي يقوم به الجاني - الطبيب - فيتم بموجبه إخراج الجنين من رحم أمه قبل الموعد الطبيعي للولادة، وقد نص المشرع الجزائي في المادة 301 من قانون العقوبات على بعض الوسائل التي من شأنها أن تحقق نتيجة الإجهاض، فقد تكون الوسيلة إعطاء الحامل مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، فالمشرع ذكر هذه الوسائل على سبيل المثال لأنه لا يمكن حصر الوسائل التي قد تؤدي إلى فعل الإجهاض، كعمل تمرينات معينة أو الرقص أو حمل الأثقال أو أي شيء من هذا القبيل، ويدخل في أعمال العنف المشار إليها في المادة السابقة ضرب الحامل على بطنها مثلاً أو دفعها بقوة، ومهما كانت الوسيلة المستعملة فإنه يجب إثبات أنها كانت السبب

¹ - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 52.

² - د. حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 125.

في حدوث الإجهاض⁽¹⁾. ولا يعتد برضا المجني عليها في دفع المسؤولية عن الطبيب، فهذا الرضا لا يؤثر على سلوك الجاني وهذا مستفاد من المادة 301 بنصها: « ... سواء أوافقت على ذلك، أو لم توافق...».

ب) النتيجة الإجرامية (الإجهاض)

تتمثل النتيجة الإجرامية لفعل الإجهاض في خروج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي للولادة⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع قد عاقب على الشروع في الإجهاض بقوله في المادة 301 السابقة « ... أو شرع في ذلك...»⁽³⁾، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري الذي اكتفى بإيراد الحالات المؤدية للإجهاض ولم يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض باعتبار أنّ هذه الأخيرة جريمة مادية لا تقوم قانوناً إلا بتحقيق النتيجة التي يجرمها القانون، فإذا لم تتحقق النتيجة لا تقوم جريمة الإجهاض وهذا ما نصت عليه المادة 264 من قانون العقوبات المصري⁽⁴⁾.

ج) علاقة السببية

سبق توضيح علاقة السببية في المجال الطبي، والتي مفادها ارتباط خطأ الطبيب بالضرر اللاحق بالمريض، ففي جريمة الإجهاض ينبغي توافرها حتى يتمكن من القول بقيام هذه الجريمة.

يجب أن تكون الوسيلة المستعملة في الإجهاض هي التي أدت إلى إنهاء حالة الحمل لدى الأم الحامل، فإذا ما تداخلت الأسباب في إحداث الإجهاض يتعين على القاضي تحديد

¹ - في هذه الحالة يستعين القاضي في سبيل الفصل في مسألة الإثبات بتقرير الخبرة والتي يهدف منها حل النقاط الغامضة وتوضيحها لقاضي التحقيق أو قاضي الموضوع وهذا طبقاً للمادة 143 من القانون رقم 66-155 المؤرخ في 8 جويلية 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

² - د. حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 127.

³ - تنص م 30 من ق.ع.ج. على أنه: « كل محاولات لارتكاب جنابة تبتدى بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجنابة نفسها.»

⁴ - تنص م. 264 من ق.ع.م. على ما يلي: « لا عقاب على الشروع في الإسقاط.»

السبب المنتج أو الفعال واعتباره سبباً للإجهاض. فتقرير توافر علاقة السببية بين فعل الإجهاض والنتيجة الإجرامية من المسائل التي يختص بها قاضي الموضوع، فإذا تعذر عليه الأمر فإنه يستعين بأصحاب الخبرة في توضيح المسائل المتعسرة.

وعلى النقيض من ذلك إذا ثبت أن فعل الطبيب اتجه إلى الإجهاض إلا أن النتيجة لم تحدث أو حدثت بسبب ظروف وأسباب أخرى غير التي اتخذها الطبيب، ففي هذه الحالة يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض.

3. الركن المعنوي

جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية، التي يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائي وهو علم الطبيب بأن الفعل الذي يأتيه معاقب عليه في قانون العقوبات وأنه يؤدي إلى حدوث النتيجة الإجرامية وهي الإجهاض، فمتى انتفى القصد الجنائي لدى الطبيب، فإنه لا يعاقب على هذه الجريمة وإنما على جريمة (الضرب أو الجرح غير العمدي).

فالتبيب الذي يجهل وجود الحمل عند المرأة ويعطيها أدوية تتسبب في إجهاضها – رغم أن القانون ألزمه باتخاذ الاحتياطات اللازمة- فلا يعاقب على جريمة الإجهاض وإنما على جريمة الجرح الخطأ أو القتل الخطأ إذا ما أدى ذلك إلى وفاتها.

كما يجب أيضاً أن تنصرف إرادته إلى إحداث النتيجة رغم علمه بالحمل، كالتبيب الذي يصف دواءً معتقداً أن ذلك سيكون نافعا للجنين وإذا به يحدث مضاعفات سيئة أدت إلى إجهاض الحامل⁽¹⁾.

كما يجب التنويه أنه لا تقوم الجريمة في حق الطبيب إذا قام بفعل الإجهاض عن علم وإرادة بسبب حالة ضرورة إنقاذ حياة الأم⁽²⁾، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 308 من قانون العقوبات بقوله: «لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية». وهذا ما أكدته أيضاً المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: «يعدّ الإجهاض

¹ - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 55.

² - هذا ما يسمى بالإجهاض العلاجي.

لغرض علاجي إجراءً ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ... يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجريه بمعية طبيب اختصاصي..»، فتعتبر حالة الضرورة مانعا من موانع المسؤولية طبقاً لنص المادة 39 الفقرة الثانية من قانون العقوبات⁽¹⁾.

ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض

في جريمة الإجهاض ميّز المشرع -من حيث العقوبات- بين صور الإجهاض ومرتكبه، وما يهّمنا هو صورة إجهاض المرأة من قبل شخص آخر وبالأخص الطبيب، وطبقاً لنص المادة 304 من قانون العقوبات فقد نص المشرع على عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج من يجهض حاملاً سواء أكانت الجريمة تامة أم شروعاً فقط، وسواء أكان بموافقة الحامل أم من دون موافقتها، وفي هذه الحالة تكون جريمة الإجهاض جنحة، ويتغير وصف الجريمة من جنحة إلى جناية إذا أفضى الإجهاض إلى وفاة الحامل، فتصبح العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة. ولقد نص المشرع على ظروف مشددة للعقوبة في المادة 305 إذا كان الفاعل ممن يعتاد ممارسة الإجهاض أو المساعدة عليه بنصها: « إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن إلى الحد الأقصى».

فتصبح العقوبة حسب هذا النص الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتصبح عشرين سنة.

كما أشار المشرع إلى ظرف مشدد آخر مما نصّ عليه في المادة 306 بخصوص الأطباء والصيدلة والجراحين ومن يدخل في حكمهم والمشار إليهم في نفس المادة إلى اعتبارهم فاعلين أصليين حتى لو اقتصر مساهمتهم على مجرد الإرشاد والتوجيه إلى إحداث الإجهاض.

¹ - تنص م 39 الفقرة 2: « لا جريمة... إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير شرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامته الاعتداء».

أما فيما يخص العقوبات التكميلية فإضافة إلى المنع من الإقامة والمنع من ممارسة أية مهنة منصوص عليها في المادة 311 من قانون العقوبات⁽¹⁾، فقد نصت المادة 306 في الفترة الثانية منها على أنه: «... ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23⁽²⁾ فضلاً على جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة».

الفرع الثالث

جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة

كان القانون الفرنسي سابقاً لتجريم الامتناع عن تقديم المساعدة حيث نصت المادة 63 من قانون العقوبات الفرنسي سنة 1945 على أنه: « يعاقب كل شخص يمتنع إرادياً عن مساعدة شخص في خطر دون وجود خطر يقع عليه أو على غيره، وكان في إمكانه تقديم المساعدة له أو طلب المساعدة من الغير»⁽³⁾.

وفي المجال الطبي فالامتناع عن تقديم المساعدة هو إحجام الطبيب عن العلاج وامتناعه عن المساعدة الطبية لمريض يحتاج إليها، أو كانت حالته خطيرة تستدعي التدخل العاجل.

ومما استقر عليه الفقه أن الطبيب غير ملزم بتقديم العلاج للمريض إلا في حالات معينة، والتي تتمثل في حالات الضرورة والاستعجال أو في حالة عدم وجود طبيب آخر، وبالتالي امتناعه خارج هذه الحالات لا يشكل سبباً لمساءلته جزائياً، وهذا ما أقره أيضاً المشرع الجزائري.

¹ - تنص م 311 من ق.ع.ج. على ما يلي: « كل حكم على إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة، وفي أي مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر». - يرى الدكتور أحمد بوسقيعة أن هذه العقوبات تطبق بقوة القانون، أما المنصوص عليها في م 306 فهي جوازية. أنظر: د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 46.

² - م 23 من ق.ع.ج. قد تم إلغاؤها بموجب التعديل رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، والمشرع لم يتفطن لتعديل م 306 والتي كانت قد أحالت إلى م 23 والتي تعتبر المنع من ممارسة المهنة تدبير أمن فأصبح من قبيل العقوبات التكميلية. أنظر: د. أحمد بوسقيعة، المرجع نفسه، ص. 46.

³ - د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 273.

ولكي نكون بصدد جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لا بد من توافر أركان لها (أولاً)، ومن ثم بيان العقوبة المقررة لها (ثانياً).

أولاً: أركان الامتناع عن تقديم المساعدة

جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة كغيرها من الجرائم تتطلب لقيامها توافر الأركان الثلاثة: الركن الشرعي، الركن المادي، والركن المعنوي.

1. الركن الشرعي

لقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على هذه الجريمة في المادة 182 بقوله: « يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان أو امتنع عن القيام بذلك دون الإخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد نص عليها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمداً عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة به وذلك دون أن يكون هناك خطورة عليه...».

وبهذا فقد ألزم المشرع أي شخص بتقديم المساعدة لشخص آخر في حالة خطورة وهي في المجال الطبي أولى، فيعتبر هذا النص من النصوص العامة التي تعتبر الطبيب إنساناً يقع عليه ما يقع على الناس كافة، فامتناع الطبيب دون مبرر عن تقديم المساعدة لمريض في حالة خطورة لا تقبل الانتظار يعتبر جريمة يعاقب عليها.

ومما زاد تأكيداً لهذه المادة ما نص عليه المشرع في المادة 9 من مدونة أخلاقيات الطب بقوله: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له». أيضاً ما نصت عليه المادة 8 من نفس المدونة على أنه: «ينبغي على الطبيب وجراح الأسنان تقديم المساعدة لعمل السلطات المختصة من أجل حماية الصحة العمومية، وهما ملزمان على الخصوص بتقديم المعونة

طبيباً لتنظيم الإغاثة ولاسيما في حالة الكوارث». بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 16 من نفس المدونة.⁽¹⁾

وطبقا للمواد السالفة الذكر فإنّ المشرع اعتبر تقديم المساعدة لشخص في حالة خطرة أو في حالة الكوارث من الواجبات المفروضة على الطبيب والذي يعد الإخلال بها جريمة.

2. الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة بتحقق ثلاث عناصر أولها: وجود شخص في خطر، إذ يجب أن يكون هذا الخطر حالاً وثابتاً، مما يستدعي معه الضرورة في التدخل العاجل⁽²⁾. فلا يمكن الاحتجاج بان الخطر محتمل الوقوع أو مفترض. وثانيها وجود شخص معرض لهذا الخطر كالولادة المستعجلة، فهذه الحالات تستدعي التدخل السريع من الطبيب. وثالث هذه العناصر هو امتناع عن تقديم المساعدة فإذا امتنع الطبيب مع وجود الخطر والإنسان المعرض له ولم يحرك ساكناً، وامتنع عن المجيء، يعد مرتكباً لهذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 182.

وقضت المحكمة العليا بالجزائر في قرار لها رقم 288870 المؤرخ في 7 ديسمبر 2004 بإدانة الطبيب المناوب الذي لا يتواجد بمكان عمله واعتبرته مرتكباً لجريمة عدم تقديم المساعدة في حالة خطر، إذا ما وقع لهذا الشخص ضرر من جراء غياب الطبيب⁽³⁾.

وفي قرار آخر لها رقم 262715 المؤرخ في 3 سبتمبر 2003 قضت بإدانة الطبيب المناوب إذا ما كان حاضراً ورفض تقديم المساعدة⁽⁴⁾.

1 - أنظر م 16 من م.أ.ط.

2 - د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 69.

3 - سيدهم مختار، المرجع السابق، ص. 21.

4 - سيدهم مختار، المرجع نفسه، ص. 21.

3. الركن المعنوي

لا تكون جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة إلا عمدية وهي من الجرائم السلبية، والتي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، فتتحقق إن علم الطبيب بالخطر واتجهت إرادته إلى الامتناع والإحجام عن تقديم المساعدة.

ومن خلال ما سبق نستنتج أن امتناع الطبيب عن تقديم العلاج والمساعدة ويدخل في نطاق أخطاء الطبيب التي تستوجب مسؤوليته من الناحية الجزائية إلا في حالات محددة وهي حالات الخطر والظروف الطارئة والكوارث.

وفي هذا السياق يجب التفريق بين الامتناع عن تقديم المساعدة وبين ترك الطبيب علاج المريض فالأمر يختلف في الحالتين⁽¹⁾...، فالطبيب ملزم بالألا يترك علاج مريض إلا إذا وجد مبرر بعدم مواصلة تقديم العناية الطبية له، ورغم ذلك فعليه أن يضمن مواصلة العلاج للمريض، طبقاً للمادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب فقد نصت على ما يلي: « لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهنته شرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض».

كما نصت المادة 42 من نفس المدونة أنه: « للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج». وهذا ما أقرته أيضاً جل التشريعات الأخرى⁽²⁾.

وعلى هذا فرفض العلاج قد يثير مسؤولية الطبيب الأخلاقية والإدارية والتأديبية، إذا أدى إلى ضرر ويتحول إلى جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة إذا أدى إلى ضرر جزائي.

1 - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 90.

2 - المشرع الأردني في الدستور الطبي الأردني قد نص في م 40 على ما يلي: « بعد مراعاة ما جاء في المواد 31، 35، 38 من الدستور الطبي الأردني، فإنه باستطاعة الطبيب أن يتوقف عن العناية بالمريض شريطة ألا ينتج عن توقفه ضرر مباشر للمريض وأن يقدم كل ما يلزم وما لديه من معلومات تفيد في مواصلة علاجه».

ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة

في حالة توافر أركان جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة، فإنه تطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة 182 من قانون العقوبات، فيعاقب الجاني بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فلقد أعطى المشرع وصف الجنحة لهذه الجريمة، ويبقى تقرير العقوبة من قبيل السلطة التقديرية للقاضي.

وبالتالي فامتناع الطبيب عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، يجعله تحت طائلة المساءلة القانونية، غير أن انتفاء حالة الخطر تنتفي معه هذه المسؤولية وهذا يستفاد من نفس المادة.

وصفوة القول أن الجرائم العمدية كثيرة بعدد أخطاء الأطباء، وهي السائدة في المجتمع وشائعة الوقوع، فهي تكشف عن دوافع العدوان عند مرتكبيها وتبين خطورة الإجراء عندهم، فضلاً أنها تمس بكيان المجتمع، ولعلّ معالجتنا لهذه الجرائم، كان على سبيل انتقاء الجرائم الأكثر خطورة من باقي الجرائم الأخرى، والتي نذكر منها: جريمة تقديم وصفة طبية صورية المنصوص عليها في المادة 16 من قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية⁽¹⁾، وكذا جريمة الإتجار بالأعضاء المنصوص عليها في المادة 263 من قانون حماية الصحة وترقيتها، ناهيك عن جريمة تزوير التقارير أو الشهادات الطبية المنصوص عليها في المادة 226 من قانون العقوبات، فضلاً عن جريمة المساعدة على الانتحار المنصوص عليها في المادة 273 من قانون العقوبات.

المبحث الثاني

الجرائم غير العمدية

¹ - القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وجمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، ج.ر. ع. 83، المؤرخة في 26 ديسمبر 2004.

غنيّ عن البيان أن المسؤولية الجزائية للطبيب تقوم في حالة ارتكابه خطأ عمدياً يجد تطبيقاً له في الجرائم التي نصّ عليها قانون العقوبات، أو القوانين الخاصة بالمنظمة للمهنة، فتطبق عليه العقوبات المقررة لهذه الجرائم.

غير أن المسؤولية تقوم أيضاً في حالة ارتكابه خطأ غير عمدي، ناتج عن إهمال أو تقصير أو رعونة من جانب الطبيب، أدّى إلى وفاة المريض أو إلى تلف عضو من أعضاء جسمه، وفي هذه الحالة نكون أمام جرائم غير عمدية.

فهذه الجرائم هي التي ينتفي فيها القصد الجنائي، فتتجه إرادة الجاني إلى الفعل دون النتيجة، فالطبيب قد يرتكب أثناء مزاولته للمهنة أخطاء كثيرة غير عمدية، سواء في مرحلة الفحص أو التشخيص أو في مرحلة تنفيذ العلاج، أو حتى في مرحلة الرقابة، فيسبب نتيجة لذلك ضرراً للمريض إما بإزهاق روحه أو إصابته بجروح قد تؤدي إلى عجزه الدائم أو المؤقت.

وبما أن سلامة جسم الإنسان فوق كل اعتبار، فلا مناص من مساءلة الطبيب عن هذه الأخطاء، حتى لو كانت بغير قصد منه، وكان بإمكانه تجنبها، وذلك بغية الحد من تهور الأطباء وجعلهم أكثر حرصاً ودقة في ممارسة مهنتهم، والتي هي في الأصل محفوفة بالمخاطر، ذلك أنّ الطبيب يتعامل مع أثنى شيء لدى الإنسان وهو جسمه وروحه. وعلى هذا الأساس فالجرائم غير العمدية المرتكبة في المجال الطبي هي المنصوص والمعاقب عليها في المادتين 288 و289 في قانون العقوبات.

غير أنّه قد تتداخل أحياناً في عمل الطبيب ظروف لا يد له فيها، فتتسبب في إحداث الضرر، ولم يكن باستطاعته الحيلولة دون إحداثها، وهي ما يعرف بحالات انعدام رابطة السببية فتؤدي إلى انتفاء المسؤولية، فبالرغم من حدوث الضرر إلا أن الطبيب لا يسأل عن فعله.

وعلى هذا الأساس سيتم الكلام عن جريمتي القتل والجرح الخطأ (المطلب الأول)، وعن حالات انعدام رابطة السببية في هاتين الجرائم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

جريمة القتل والجرح الخطأ

يعتبر الخطأ غير العمدى العنصر الرئيسي والمميز في الجرائم غير العمدية، والذي رأينا أنه بوجه عام، هو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخلّ لهذا الإخلال، ودون قصد الإضرار بالغير، أي دون قصد إحداث النتيجة⁽¹⁾.

وهو في هذه الجرائم نشاط لا يتفق مع الحيطة والحذر التي يجب أن يلتزم بهما المتهم لكي لا تقع الجريمة⁽²⁾، وهو في المجال الطبي سلوك إرادي ينطوي على إهمال وعدم تحرز، يؤدي إلى نتيجة ضارة بالمريض، كان بوسع الجاني أن يتوقعها أو كان يجب عليه أن يتوخى حدوثها.

ولقد حصر المشرع الجزائري هذه الجرائم في المادة 228 والمخصصة للقتل الخطأ وفي المادة 289 المخصصة للجرح الخطأ والتي أحالت إليهما المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

فمتى أخل الطبيب بواجبات الحيطة والحذر، وتسبب ذلك في وفاة المريض أو إصابته بجروح، فإنه يسأل عن هذا الإغفال الذي أفضى إلى النتيجة الإجرامية وتسلب عليه العقوبة المقررة لفاعلها حسب الحالة.

وعليه سنتعرض لجريمة القتل الخطأ (الفرع الأول)، وجريمة الجرح الخطأ (الفرع

الثاني).

¹ - د. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص. 240.

² - د. حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 106.

الفرع الأول جريمة القتل الخطأ

يتفق القتل الخطأ وهو ما يسمى "القتل غير العمدى" مع القتل العمد⁽¹⁾ في أنّ محل الجريمة في كليهما هو الإنسان الحي، كما يتفقان في أنّ سلوك الجاني في كل منهما يؤدي إلى وفاة المجني عليه، فالنتيجة واحدة سواء أكان ذلك السلوك عمدياً أم غير عمدى.

لكن هذا التشابه لا يتعدى هذين الأمرين، ذلك أنّ الركن المعنوي فيهما يختلف، ففي جريمة القتل الخطأ تتجه إرادة الجاني لفعله دون إرادته النتيجة، عكسه في جريمة القتل العمد، فتتجه إرادة الجاني إلى الفعل والنتيجة الإجرامية.

ولقد أعطى التشريع الجزائري كباقي التشريعات الأخرى، أهمية كبيرة للقتل بنوعيه، حينما حرص على معاقبة الجاني في القتل الخطأ رغم انتفاء القصد الجنائي، وهذا مرده إلى رغبته في حماية سلامة وصحة الناس، فلو افترضنا عدم مسؤولية الطبيب عن أخطائه الناتجة عن الإهمال والتقصير فهذا يجعله أكثر جرأة على أرواح المرضى. وقبل بيان أركان هذه الجريمة لا بد من تعريفها (أولاً)، وتحديد الأركان التي تقوم عليها (ثانياً)، والوقوف عند العقوبة المقررة لفاعلها (ثالثاً).

أولاً: تعريف جريمة القتل الخطأ

المشرع الجزائري لم يعرف هذه الجريمة تاركاً كعادته أمر تعريفها للفقهاء، الذي كانت له تعريفات عدة لهذه الجريمة.

فمن الفقه من عرفها أنها الجريمة التي يندم فيها القصد الجنائي حيث تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل دون النتيجة (إزهاق الروح) والتي تحدث نتيجة إهماله وعدم

¹ - تنص م 254 من ق.ع.ج. بأنه: « القتل هو إزهاق روح إنسان عمداً ».

احتياطه سواء توقعها أم لم يتوقعها، لكنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لعدم وقوعها مع تمكنه من ذلك⁽¹⁾.

وقد عرّف الفقه الإسلامي بوجه عام القتل الخطأ بأنه: « أن يفعل المكف ما يباح له فعله كأن يرمي صيداً أو يقصد غرضاً، فيصيب إنساناً معصوم الدم فيقتله، وكأن يحفر بئراً فيرتدي فيها إنسان، أو ينصب شبكة - حيث لا يجوز - فيعلق بها رجل فيقتل»⁽²⁾.

ومنهم من عرّفها بأنها: « القتل الذي يحدث بغير قصد الاعتداء لا للفعل ولا للشخص»⁽³⁾، وقد ورد في كتاب الله العزيز قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)⁽⁴⁾.

ويقصد من كل هذه التعريفات سواء من الجانب الفقهي، أو من الجانب القانوني أنّ الشخص يعدّ مرتكباً لجريمة القتل الخطأ، إذا ارتكب أفعالاً إرادية، ولكن لم تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة الإجرامية وهي إزهاق الروح.

وفي المجال الطبّي، قيام الطبيب بأفعال مخلة بالقواعد العامة أو القواعد المهنية، نتيجة لإهماله أو تقصيره أو عدم احترازه تؤدي إلى وفاة المريض.

كالطبيب الذي يخطئ في وصف الدواء فيشربه المريض فيموت، أو الطبيب الذي يجري عملية جراحية فينسى شيئاً في أحشاء المريض فيتسبب ذلك في وفاته، أو الطبيب الذي يجري عملية جراحية وهو في حالة سكر غير واع بما يفعله فيرتكب خطأ يؤدي إلى وفاة المريض.

ثانياً: أركان جريمة القتل الخطأ

¹ - صونية بن طيبة، القتل الخطأ بين الشريعة والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ب.ط، 2010، ص. 9.

² - السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ب.ط، 1987، م2، ص. 467.

³ - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص. 10.

⁴ - سورة النساء، الآية: 92.

من خلال ما سبق يتضح أنّ أركان الخطأ، إضافة إلى الركن الشرعي تتمثل في قتل الجاني للمجني عليه (الركن المادي)، وأن يكون هذا الفعل بغير قصد (الركن المعنوي).

1. الركن الشرعي

عملاً بنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائي والتي تنص على أنه: « لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون»، فإنه لا يمكن اعتبار الفعل معاقباً عليه، إلا إذا وجد نص صريح يجرم هذا الفعل لأن الأصل في الأشياء الإباحة.

وعليه فقد جرم المشرع الجزائي فعل القتل الخطأ بناءً على نص المادة 288 من قانون العقوبات بقوله: « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه، أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دج».

هذا النص يعتبر نصاً عاماً فهو يطبق على كل شخص قام بقتل آخر أو تسبب في ذلك برعونته أو بعدم احتياطه أو بعدم انتباهه أو عدم مراعاته الأنظمة، والطبيب شأنه شأن أي شخص تطبق عليه أحكام هذا النص في حالة قيامه بهذا الفعل.

وقد أشارت إلى ذلك أيضاً المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: « يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته...». فالمشرع قد نص صراحة على تجريم القتل الخطأ واعتبر المسؤولية قائمة في حق الفاعل في حالة تحقق صورة من الصور التي ذكرت في النص، ومما يلاحظ على هذا النص أن المشرع لم يشترط قدراً محدداً من الخطأ، فالقدر اليسير منه يكفي لقيام المسؤولية الجنائية إذا نتج عنه وفاة المجني عليه.

2. الركن المادي

جريمة القتل من الجرائم المادية، وليس من الجرائم الشكلية، إذ أنّ للنتيجة الإجرامية ورابطة السببية أهمية كبرى في البناء القانوني للجريمة، فهذه الجريمة تتطلب أفعالاً مادية، تتطابق مع نص التجريم فيظهر ما يضره الجاني من أفكار إجرامية.

ويتطلب لتحقيق الركن المادي في جريمة القتل الخطأ في المجال الطبي ارتكاب الفعل من قبل الطبيب والنتيجة الإجرامية وعلاقته السببية بها.

(أ) فعل الاعتداء

ويقصد به ذلك السلوك المادي الإرادي الذي يصدر من الإنسان، ويؤدي إلى وفاة المجني عليه دون قصد إحداث ذلك، أو هو ذلك النشاط الذي يأتيه الطبيب سواء أكان إيجابياً أم سلبياً يتعارض مع القانون بسبب وفاة المريض⁽¹⁾.

وللتأكيد فقد ذكر المشرع صور للخطأ - قد سبق التعرض إليها- والتي إن تحققت صورة واحدة منها تكفي لقيام المسؤولية، فمتى أتى الطبيب سلوكاً مصحوباً بسوء التقدير يخرج فيه عن قواعد الخبرة دون تبصر منه لعواقب هذا الفعل، كأن يقوم بإجراء عملية لإستئصال الكلية دون تحليل الدم، فيموت المريض أثناء إجرائه للعملية لأنه مصاب بالسكر، فهنا يسأل الطبيب عن القتل الخطأ بسبب الرعونة.

كذلك إذا لم يقم الطبيب باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تملئها قواعد الحيطة والحذر، كنسيانه تعقيم الأدوات فيصاب المريض بتلوث فيتوفى من جراء ذلك فهنا تقوم مسؤوليته عن الخطأ بسبب الإهمال. أيضاً إذا لم ينتبه فنسي شيئاً في أحشاء المريض فيصاب بتعفن موضعي ومن ثم وفاته، فنكون أمام جريمة القتل الخطأ بسبب عدم انتباه الطبيب.

¹ - نظراً لكثرة وقوع جرائم القتل الخطأ بأفعال سلبية، فقد درج الفقه على تصنيفها ضمن "جرائم الإهمال".
- أنظر: صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص. 27.

كما أن المشرع قد أورد صورة محايدة للخطأ، وهي عدم مراعاة الأنظمة والتي تتحقق عندما يخالف الشخص ما تفرضه القوانين واللوائح والأنظمة وهي تعتبر جريمة قائمة بذاتها، ناهيك عن الضرر الذي يصيب المجني عليه من وراء ذلك.

فالطبيب إذا زاول مهنة التطبيب دون ترخيص فيعالج مريضاً فيتسبب في وفاته يعاقب عن جريمتين، عن مخالفة الأنظمة والقوانين وعن القتل الخطأ.

(ب) النتيجة الإجرامية (الوفاة)

جريمة القتل الخطأ لا تتحقق ما لم يمت المجني عليه بسبب النشاط الإجرامي أو الخطأ الذي يرتكبه الجاني، ومهما كان هذا الخطأ من اليسرة والجسامة، فالنتيجة الإجرامية هي ذلك الأثر المادي المنجر عن السلوك الإجرامي، فإذا ارتكب الطبيب خطأ وعولج المجني عليه وتم إنقاذ حياته، فهنا لا يسأل الطبيب عن جريمة القتل الخطأ وإنما يسأل عن جريمة أخرى وهي الجرح الخطأ.

وقد تكون الوفاة حاصلة عقب ارتكاب الخطأ مباشرة، وقد تعقب نشاط الجاني بفترة سواء أطالت هذه الفترة أم قصرت، المهم أن تحدث الوفاة بسبب نشاط الجاني، فإذا ارتكب الطبيب خطأ ولم تحدث الوفاة، فإن هذا الخطأ لا يعد شروعاً إذ لا شروع في الجرائم غير العمدية⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فإن المشرع لم يعتد بجسامة النتيجة أو ضالتها فالأهم هو تحقق الوفاة، وكما لا يشترط أيضاً أن يرتب السلوك الإجرامي آثاراً مادية فقط فيعتد أيضاً بالآثار المعنوية.

ويجب التفرقة في هذا السياق بين الضرر والنتيجة، فالضرر هو الأثر المتولد عن الجريمة والموجب للتعويض، بينما الثاني هو الحدث الناتج عن الفعل أو الامتناع المرتبط ارتباطاً سببياً⁽²⁾.

¹ - صونية بن طيبة، المرجع السابق، ص. 29.

² - صونية بن طيبة، المرجع نفسه، ص. 29.

ج) علاقة السببية

لكي يتحقق الركن المادي لجريمة القتل الخطأ، لا بد من وجود علاقة سببية بين نشاط الفاعل (**الطبيب**) وبين النتيجة الإجرامية (**الوفاة**)، وهذا يعني أن هذا النشاط هو السبب المباشر لحصول النتيجة. وقد رأينا فيما مضى أن تحديد رابطة السببية بين النشاط المقترف من قبل الطبيب وبين النتيجة التي حدثت، يصعب في هذا المجال نظراً لحساسيته وكذا حساسية الجسم الإنساني وتعقيداته، مما يجعل القاضي مجبراً في الاستعانة بخبراء طبيين، من أجل توضيح الغموض وإعطاء قراءة طبية للأحداث، وهذا راجع طبعاً لقلّة خبرة القضاة في المجال الطبي.

وتكمن الصعوبة أيضاً في تحديد علاقة السببية، عندما تتداخل أسباب عدّة في إحداث نفس النتيجة، فهنا يطرح التساؤل حول من المسؤول عن الوفاة؟

إن علاقة السببية في جريمة القتل الخطأ هي نفس العلاقة في الجرائم الأخرى، فيجب أن تكون النتيجة مرتبطة ارتباطاً مباشراً بفعل الجاني، ولا تختلف هذه الرابطة سواء أكانا بصدد جرائم عمدية أم جرائم غير عمدية.

وعليه فقد أشرنا في معرض سابق أن الفقه قد تصدّى لهذه المسألة وظهرت نتيجة لذلك عدة نظريات، حاولت كلها تحديد معيار دقيق يستعين به القاضي في سبيل تقرير المسؤولية، ولعلّ أكثر النظريات التي لاقت رواجاً في الفقه هي نظرية السبب المنتج أو الفاعل، حيث بموجبها تكون العلاقة قائمة بين فعل الطبيب ووفاة المريض. إذا كان هو السبب المباشر وأن يكون كافياً لوحده في إحداث النتيجة، فمتى انتفت هذه العلاقة فلا يسأل الطبيب عما قد حدث.

3. الركن المعنوي

بانتهاء القصد الجنائي في جريمة القتل الخطأ، فإن الركن المعنوي لهذه الجريمة يتحقق بوجود الخطأ في حد ذاته، فإذا لم يثبت هذا الخطأ لا تجب مسؤولية الفاعل.

وبالرجوع إلى المادة 288 نجد أن المشرع لم يعرف الخطأ متبعاً في ذلك نهج غالبية التشريعات، واكتفى بذكر صورة التي اختلف فيها الفقهاء، في مدى ورودها، على سبيل الحصر أو على سبيل المثال. ونتيجة لذلك فقد تكفل الفقه بمهمة تعريف الخطأ الطبي، فأجمعوا على تعريفه بأنه: « كل تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب المسؤول»⁽¹⁾.

فالخطأ في جريمة القتل الخطأ باعتبارها جريمة غير عمدية لا يقوم قانوناً إذا لم يتوافر فيه عنصر الإخلال بواجبات الحيطة والحذر وتوافر علاقة السببية بين إرادة الجاني (الطبيب) والنتيجة الإجرامية (الوفاة)⁽²⁾.

وتثار في هذه المسألة إشكالية كيفية إثبات هذا الخطأ، فعلى القاضي التأكد من إدانة الجاني فعلاً.

فإثبات الخطأ في جريمة القتل الخطأ ينصب على إثبات انعدام القصد الجنائي الذي يثبت في الجرائم العمدية.

وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وهو في هذا النوع من الجرائم النيابة العامة، فتقوم بتوجيه الاتهام ويستوي في ذلك أن تقوم هي برفعها أو تقوم الضحية بتحريك الدعوى، فعليها في هذه الحالة إقامة الدليل على اقتراف الجريمة، وقد نصت المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: « يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات...».

كما نص هذا القانون على طرق الإثبات التي يتعين على القاضي أن يأخذ بها لكي يكون حكمه صائباً غير معيب.

ومن هذه الطرق، اعتراف الجاني (الطبيب) بأنه هو من ارتكب الخطأ الذي أدى إلى الوفاة، وهذا ما نصت عليه المادة 213 من القانون المشار إليه أعلاه أن: « الاعتراف شأنه

¹ - د. وفا أبو جميل، المرجع السابق، ص. 41.

² - د. ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص. 81.

شأن جميع عناصر الإثبات ترك لحرية تقدير القاضي»، وهذا الاعتراف يجب أن تتوفر فيه الشروط:

- 1- أن يتعلق الاعتراف بشخص المتهم فلا يتعدى غيره.
- 2- أن يصدر عن إرادة حرة وواعية⁽¹⁾.
- 3- أن يكون صريحاً وواضحاً وصادراً بناءً على إجراءات صحيحة.

كما يجوز إثبات الخطأ عن طريق الخبرة القضائية، والتي يتم من خلالها توضيح النقاط الغامضة التي يصعب على القاضي معرفتها في المجال الطبي. وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 143 من نفس القانون بأن: « لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناءً على طلب النيابة العامة، وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم» كما أشارت إلى ذلك المادة 219 منه على أنه: « إذا رأت الجهة القضائية لزوم إجراء خبرة فعليها إتباع ما هو منصوص عليه في المواد 143 إلى 156».

كما حددت هذه المواد المشار إليها شروط نذب الخبير وكيفية إنجاز الخبرة والأجال المحددة.

إضافة إلى ذلك يجوز الاستعانة بشهادة الشهود طبقاً للأحكام المبينة في المواد من 220 إلى غاية المادة 233 من قانون الإجراءات الجزائية. فقط يستدل القاضي بشهادة أطباء قد حضروا العملية الجراحية وشاهدوا ما وقع من الطبيب المدان مثلاً.

علاوة على ذلك فقد نص هذا القانون على طرق كثيرة تضاف إلى ما سبق، يمكن إثبات الخطأ على محاضر وتقارير تم لإعدادها من قبل الموظفين المختصين قانوناً⁽¹⁾، ناهيك عن إجراء التنقلات اللازمة التي من شأنها إظهار الحقيقة⁽²⁾.

¹ - محاضر الضبطية القضائية تؤخذ على سبيل الاستئناس لأنها قد تدون صادرة عن ضغط وإكراه وهذا ما نصت عليه م 215 من ق.إ.ج.ج. أنه: «لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجرح إلا مجرد الاستدلالات ما لم ينص على خلاف ذلك».

ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ

باستقراء المواد 288 و290، قد نص على عقوبتين للقتل الخطأ فالأولى متعلقة بالقتل الخطأ في صورته البسيطة، والثانية عقوبة القتل الخطأ في صورته المشددة.

1. عقوبة القتل الخطأ في صورته البسيطة

لقد تقرر وفقاً لنص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دج، حيث نصت على « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دج».

فالقاضي عند تقريره للعقوبة عليه مراعاة الحد الأدنى لهذه العقوبة (ستة أشهر) بأن لا يحكم بأقل منها، ومراعاة الحد الأقصى لها (ثلاث سنوات) فلا يتجاوزها، كما عليه مراعاة هذا المبدأ في مسألة تقرير الغرامة أيضاً. وما يلاحظ على هذا النص أنّ المشرع الجزائري قد جعل الحكم بالحبس والغرامة أمراً وجوبياً لا جوازياً، فيجب أن يكون الحكم بالإدانة مصحوباً بالغرامة.

هذه المادة تتعلق بالفعل الخطأ في صورته البسيطة وبساطتها تكمن في عدم اقتران القتل بأي ظرف.

2. عقوبة القتل الخطأ في صورته المشددة

يقصد بالقتل الخطأ في صورته المشددة، هو اقترانه بظرف أو أكثر من الظروف التي نص عليها قانون العقوبات والتي تستلزم معها تشديد عقوبة فاعلها، ففيما يخص هذه

¹ - تنص م 214 من ق.إ.ج.ج. على ما يلي: « لا تكون للمحضر أو التقرير قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحاً في الشكل ويكون قد حرره واضعه أثناء مباشرة أعمال وظيفته وأورد فيه عن موضوع داخل في نطاق اختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه».

² - تنص م 235 من ق.إ.ج.ج. على ما يلي: « يجوز للجهة القضائية إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العامة أو المدعي المدني أو المتهم أن تأمر بإجراء الانتقالات اللازمة لإظهار الحقيقة».

الجريمة فقد نص المشرع على ظرفين مشددين تضاعف معها العقوبة المقررة في المادة 288، وهذا ما أقرته المادة 290 من قانون العقوبات بنصها على ما يلي: « تضاعف العقوبات المنصوص عليها في 288 و 289 إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن أو بأية طريقة أخرى».

فالمادة تنص على ظرفين هما:

(أ) إذا كان الجاني في حالة سكر، فالطبيب الذي يجري عملية جراحية وهو في حالة سكر، فيصيب المريض بضرر أدى إلى وفاته، يعد مرتكباً لجريمة القتل الخطأ وتطبق عليه العقوبة المشددة، ولعل من أهم الأسباب التي أدت بالمشرع إلى النص على هذا الظرف، أنه حالة السكر - وما يدخل في حكمها من تعاطي المخدرات أو غيرها من المواد المؤثرة على العقل- تجعل صاحبها غير قادر على اتخاذ واجب الحيطة والحذر نتيجة لعدم وعيه وعدم سيطرته على نفسه، فيكون الإضرار بالغير أمراً متوقعاً و محتملاً.

(ب) إذا حاول الجاني التهرب من المسؤولية الجزائية والمدنية، وذلك إما بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن، أو بأية طريقة أخرى يتضح من خلالها أن الجاني حاول الإفلات من العقوبة أو التعويض.

وما يستفاد من نص هذه المادة أنه يكفي توافر أحد الظرفين لتشديد العقوبة وهذا ما يستخلص من استعمال المشرع لمصطلح "أو" وقد يتوافر الظرفين معاً.

فمتى ثبت أن الطبيب كان في حالة سكر أو حاول التنصل من المسؤولية عن طريق الفرار أو ما شابه ذلك، تطبق عليه العقوبة على النحو الآتي:

- تصبح من سنة إلى سنة (6) سنوات.

- وغرامة من 40.000 إلى 200.000 دج.

وإضافة إلى العقوبات الأصلية المنصوص في المواد السالفة الذكر، فإن المشرع لم يستثن⁽¹⁾ جريمة القتل الخطأ بعقوبات تكميلية خاصة، وهذا يستدعي تطبيق العقوبات التكميلية العامة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون العقوبات⁽²⁾.

وبالرجوع إلى بعض التشريعات العربية وخاصة المشرع المصري نجده في المادة 238 من قانون العقوبات المستبدلة بالقانون رقم 120 لسنة 1962 ينص على ظروف مشددة أخرى، فاعتد بجسامة الخطأ، واعتبر أن الخطأ لا يكون جسيماً إلا إذا كان الجاني شاغلاً لوظيفة أو مهنة أو حرفة وأخطأ أثناء مزاولته للمهنة أو بمناسبةها، وهو ما نجد له تطبيقات كثيرة في المجال الطبي.

والعبرة في تشديد العقاب لوجود هذا الظرف يكمن في جعل أصحاب المهن في حرص شديد، على أساس أن الخطأ الصادر منهم ليس كخطأ غيرهم.

وعلى هذا قد نصت المادة 238 من قانون العقوبات المصري على « من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذاك ناشئاً عن إهماله ورعونته أو عدم احتياظه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ما وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عن الحادث أو نكل وقت

1 - د. أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص. 85.

2 - تنص م 9 من ق.ع.ج. المعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

تنص على ما يلي:

«العقوبات التكميلية هي:

1- الحجز القانوني، 2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، 3- تحديد الإقامة، 4- المنع من الإقامة، 5- المصادرة الجزئية للأموال، 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط، 7- إغلاق المؤسسة، 8- الإقصاء من الصفقات العمومية، 9- الحظر من إصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع، 10- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة، 11- سحب جواز السفر، 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة».

الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة مع تمكنه من ذلك...».

الفرع الثاني

جريمة الجرح الخطأ

بالرغم من أن جريمة الجرح الخطأ والقتل ذات طبيعة واحدة، إلا أنهما في الأصل جريمتان متغايرتان⁽¹⁾، لكل منهما كيانه الخاص، إضافة إلى أن المشرع قد أفرد لكلتيهما عقوبات خاصة.

وأهم ما يميز الجريمتين عن بعضهما البعض هي النتيجة المادية الضارة، فهي القتل في جريمة القتل الخطأ، وهي الإصابة في جريمة الجرح الخطأ، وهذه الأخيرة تعد أيضاً من الجرائم غير العمدية التي ينتفي فيها القصد الجنائي، فيكون عنصر الخطأ هو الميّز فيها، وبانتفائه تنتفي الجريمة كلية.

وللتفصيل أكثر في هذه الجريمة لا بد من بيان الأركان الواجب توافرها لقيامها (أولاً)، والوقوف عند العقوبة التي قررها المشرع الجزائي لفاعلها (ثانياً).

أولاً: أركان جريمة الجرح الخطأ

هذه الجريمة كغيرها من الجرائم التي يستلزم لقيامها توافر أركان والمتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي، وكذا الركن المعنوي.

1. الركن الشرعي

¹ - قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 2185 في جلستها المؤرخة في 19 فيفري 1968 بأنه: « تبين من المقارنة بين المادتين 238 و244 من قانون العقوبات ومن ورودهما على غير منوال في التشريع أنهما وإن كانتا من طبيعة واحدة، إلا أنهما تعالجان جريمتين متغايرتان، لكل منهما كيانه الخاص، وقد ربط القانون بكل منهما عقوبات مستقلة، وهما وإن تماثلتا في ركني الخطأ وعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، إلا أن مناط التمييز بينهما هو النتيجة المادية الضارة فهي القتل في الأولى والإصابة في الثانية، ولم يعتبر الشارع القتل طرفاً مشدداً في جريمة الإصابة الخطأ بل ركنا في جريمة القتل الخطأ مما لا محل معه لاعتبار المجني عليهم في جريمة القتل الخطأ في حكم المصابين في جريمة الإصابة الخطأ وأن القتل الخطأ يتضمن على وجه اللزوم وصف الإصابة الخطأ، ومن ثم فإن القول بوجوب =تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 244 من قانون العقوبات عن جريمة القتل الخطأ موضوع الدعوى، التي أسفرت موت أشخاص وإصابة آخر، يكون تقييداً لمطلق نص الفقرة الأولى من المادة 238 وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص...».

أنظر الرابط: <http://helmylawyers.blogspot.com/2010/03/blog-post29.html>.

لا يكون فعل الجرح الخطأ مجرماً إلا إذا وجد له نص تجريم في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة، وبالرجوع إلى قانون العقوبات والذي يعد المصدر الأول في التجريم، فإننا نجد المشرع الجزائري قد نص على هذه الجريمة في المادة 289 بقوله: « إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط⁽¹⁾، إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين».

كما تنص الفقرة الثانية من المادة 442⁽²⁾ من نفس القانون على أنه: « يعاقب بالحبس من عشرة (10) أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16.000 دج:

كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة (03) أشهر، وكان ذلك ناشئاً على رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه، أو إهمال، وعدم مراعاة النظم...»⁽³⁾..

وعلى هذا الأساس فالمشرع الجزائري قام بتجريم فعل الجرح غير العمدي وأقر عقوبة لفاعله، والجدير بالذكر أن تجريم هذا الفعل نابع من رغبة المشرع للحد من التهور والطيش والخفة التي يمتاز بها بعض الناس، وهي في المجال الطبي أكثر حدوثاً، فقد يؤدي عدم انتباه الطبيب أو عدم احتياظه وإهماله إلى إصابات خطيرة في أجسام المرضى.

¹ - اكتفى المشرع في النص العربي بذكر صورتين فقط من صور الخطأ، في حين نص المادة بالفرنسية «défaut d'adresse et de précaution» فهي تشمل كل الصور.

- أنظر: د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 76.

² - أضاف المشرع الجزائري فقرتين للمادة 442 بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

³ - تقابلها المادة 244 من ق.ع.م. التي تنص على ما يلي: « من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة أو إذا وقعت الجريمة نتيجة إحلال الجاني إخلالاً جسماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدراً عند ارتكاب الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو نكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو بمن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك...»

وتكون العقوبة الحبس إذا نشأ عن الجريمة إصابة أكثر من ثلاث أشخاص فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الواردة في الفقرة السابقة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات».

2. الركن المادي

قد يشترك الركن المادي لجريمة الجرح الخطأ مع جريمة القتل الخطأ في محل الاعتداء في الجريمتين وهو جسم الإنسان، وعليه فيتحقق هذا الركن في هذه الجريمة بتحقق فعل الإيذاء غير العمدى الذي يقوم به الجاني والنتيجة التي تترتب على هذا الإيذاء، وهي المساس بسلامة جسم المجنى عليه وارتباط هذه النتيجة بفعل الإيذاء (ارتباط العلة بالمعلول).

(أ) فعل الإيذاء

المشرّع لم يحدد صور هذا الإيذاء لسلامة الجسم في المادة 289 من قانون العقوبات، أو حتى في المادة 442 (الفقرة الثانية)، وإنما اكتفى بإيراد عبارة "كل من تسبب" وهذا يعني أنه تعمد العموم من أجل أن يتسع الجرح الخطأ لكل فعل من شأنه أن يمس بسلامة الجسم، لذلك تقوم الجريمة في حق الطبيب الذي يصف دواءً معتقداً أنه نافع للمريض فيصيبه بالأذى، أو إذا قام بقطع العضو السليم بدل العضو المريض بسبب خطئه في تقدير صور الأشعة، أو إذا تسبب في إجهاض حامل بوصفه دواءً مع جهله بحملها دون اتخاذ الاحتياطات اللازمة والضرورية لتجنب نتيجة الإجهاض.

وعلى هذا الأساس فأى فعل يرتكبه الطبيب بسبب رعونته أو إهماله أو عدم انتباهه أو عدم احتياظه، إضافة إلى عدم مراعاته الأنظمة، فيصيب المريض بأذى في جسمه مع بقاءه حياً فإنه يكون قد ارتكب جريمة الجرح الخطأ.

(ب) النتيجة الإجرامية

رأينا أن النتيجة في جريمة القتل الخطأ تتحقق بتحقق الوفاة، وهذا يختلف في جريمة الجرح الخطأ، فإن النتيجة التي يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة هي ذلك الأذى الذي يلحق بجسم المجنى عليه من جراء فعل الجاني مع بقاءه على قيد الحياة.

فقد تكون النتيجة جرحاً أو رضوضاً أو إصابة، كما لا يشترط أن تكون هذه الجروح ظاهرة أو باطنية⁽¹⁾، كما قد تكون نتيجة نقل الأمراض بطريق الخطأ، في حالة لم يقيم الطبيب بالتحقق من أن الدم⁽²⁾ المنقول للمريض ملوث بجرثومة، فالطبيب ملزم بتخفيف آلام المريض وليس بإضافة علة جديدة إلى المرض الذي يعالجه.

ج) علاقة السببية

ويقصد بها أن يفضي هذا الإيذاء أو فعل الجاني إلى إصابة المجني عليه، أو هي تلك العلاقة بين نشاط الجاني والنتيجة التي لحقت بالمجني عليه. فإذا انتفتت العلاقة وتداخلت أسباب أخرى في إحداث هذه النتيجة فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء مسؤولية الطبيب عن الضرر اللاحق. فإذا أخطأ الطبيب في وصف الدواء وأصيب المريض بسبب تناوله هذا الدواء بجرعة زائدة غير مراعي لتعليمات الطبيب في ذلك، فالطبيب لا يسأل عن هذا الضرر على أساس أنه لم يتناوله بالقدر الموصى به لما حدث من ضرر رغم خطئه في نوعه.

3. الركن المعنوي

يتحقق هذا الركن في جريمة الجرح الخطأ بتوافر الخطأ في حد ذاته، وقد حدد المشرع الجزائري صور هذا الخطأ، وهي الصور التي تشترك فيها جريمة القتل الخطأ مع الجرح الخطأ، حيث أن في كليهما ينتفي القصد الجنائي. وهذا معناه أن الجاني لا يفعل الفعل عن قصد، ولا يريده بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وإنما يقع الفعل خلاف قصده نتيجة عدم احتياظه أو إهماله...

¹ - د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 77.

² - من التطبيقات القضائية في مصر، وفي أول حكم للقضاء المصري في شأن الدم الملوث، فقد قضت محكمة "الدرب الأحمر" في الدعوى رقم 8930 في جلستها المؤرخة في 23 سبتمبر 2002 بأنه: « بعد مطالعة أوراق الدعوى ستقر في عقيدتها ثبوت الاتهام قبل المتهمين العاملين بينك الدم وحدة الغسيل الكلوي بالمستشفى، ثبتت في حقهم جريمة القتل والإصابة الخطأ، وهو ما أكدته تقرير مصلحة الطب الشرعي إضافة إلى اللجنة من الطب الوقائي، كشفت عن سبع عشرة حالة إصابة بفيروس الإيدز وأكدت وجود خطأ من الأطباء والعاملين فإن الفترة التي عولج فيها المصابين كافية لنقل الفيروس إليهم» علماً أن هذه الحادثة أدت إلى وفاة بعضهم ومعاناة البعض الآخر من الأم الشديد وتقف لهم الحياة تقريباً من الرغم من بقائهم أحياء، وقد عاقبت المحكمة 39 من العاملين بمستشفى أحمد ماهر بالحبس لمدة سنة مع الشغل والكفالة لتسببهم في إصابة المرضى بمرض التهاب الكلوي والإيدز نتيجة نقل دم ملوث إليهم.

أنظر: د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 646.

وعليه فمتى أخل الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها قانون المهنة، وعدم حيلولته دون حدوث النتيجة غير الوفاة فإنه قد ارتكب جريمة الجرح الخطأ أو الجرح غير العمدي.

ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الجرح الخطأ

لقد ميز المشرع بين نوعين من العقوبة في هذه الجريمة على النحو التالي:
1- متى نتج عن الفعل إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر: فقد تقرر ذلك بموجب المادة 442 بمعاينة مرتكب فعل الجرح الخطأ الذي يؤدي إلى إصابة أو مرض أو عجز كلي لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، بالحبس من عشرة (10) أيام إلى شهرين وبغرامة من 8.000 إلى 16.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويكون بذلك المشرع قد أعطى وصف المخالفة لهذا الفعل، غير أن هذه المخالفة لا يمكن متابعة مرتكبها إلا بناءً على شكوى تتقدم بها الضحية إلى وكيل الجمهورية وهذا يعني أنه لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى من تلقاء نفسها، فالشكوى تعتبر قيداً لرفع هذه الدعوى وهذا وفقاً لما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 442 من قانون العقوبات بأنه: «لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية في الحالة 2 من هذه المادة إلا بناءً على شكوى الضحية».

كما يمكن أيضاً وضع حد للمتابعة الجزائية في حالة صفح الضحية وهذا طبقاً للفقرة الخامسة من نفس المادة بأنه: «... ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية عن الأفعال المنصوص عليها في الحالتين 1 و2 أعلاه».

2- متى تنتج عن الفعل إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر: وهي العقوبة المنصوص عليها في المادة 289 من قانون العقوبات، فقد قرر المشرع عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يصيب آخر بجروح أو مرض أدى إلى

عجزه الكلي عن العمل مدة تتجاوز ثلاثة أشهر، والملاحظ أن المشرع برفعه العقوبة المقررة في هذه الحالة قد راعى مدة العجز وتغير تبعاً لذلك وصف الجريمة إلى وصف الجنحة.

في كلتا الحالتين يبقى من قبيل السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقرير العقوبة، بين الحد الأدنى والحد الأقصى، وكذا الغرامة، كما يمكن له تقرير عقوبة الحبس والغرامة معاً أو الاكتفاء بواحدة من هاتين العقوبتين.

غير أنه تجدر الإشارة إلى تقرير نفس الظروف المشددة لعقوبة القتل الخطأ والمشار إليها في المادة 290 - سابقاً- والمتمثلة في حالة ما إذا كان مرتكب الفعل في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية بأية طريقة وتكون العقوبة وفقاً لذلك كالآتي:

- الحبس من أربعة أشهر إلى 4 سنوات.
- الغرامة من 40.000 إلى 200.000 دج.

المطلب الثاني

حالات انعدام رابطة السببية في جرمي القتل والجرح الخطأ

من المسلم به أن المسؤولية الجزائية تقوم إذا ارتكبت جريمة من الجرائم عمدية كانت أم غير عمدية، مما يعني توافر الأركان الثلاثة لهذه المسؤولية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

وبدراستنا للنظريات التي قيلت في تحديد معيار رابطة السببية، رأينا أنه قد تتداخل عدة أسباب لإحداث نفس النتيجة، وما يؤخذ منها استناداً إلى نظرية السبب المنتج أو الفعال، فتطرح الأسباب العارضة ويؤخذ بالأسباب المنتجة.

بهذا المعنى يمكن للطبيب أن يتخلص من المسؤولية إذا ثبت أنّ الضرر الذي لحق بالمريض لا يد له فيه، نتيجة لخطأ صادر من المريض نفسه أو خطأ شخص آخر غير المريض.

وهذا ما تضمنته المادة 127 من القانون المدني الجزائري بنصها « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك».

فالتنصل من المسؤولية هو انعكاس لانعدام وانتفاء رابطة السببية بين خطأ الطبيب وبين الضرر الذي لحق بالمريض.

فعلاقة السببية من الأمور العسيرة في المجال الطبي، التي يكون وجودها مفترض غالباً، مما يجعل الطبيب ينازع في إثباتها، وطبقاً لما سبق فإن هذه الحالات لها أثر في انتفاء المسؤولية الجزائية الجزئية أو الكلية عن الطبيب⁽¹⁾.

وهناك من الفقهاء من يجمل هذه الحالات في معنى السبب الأجنبي وهو ما أخذ به المشرع المصري⁽²⁾.

وعليه سنتناول الحالة الأولى المتمثلة في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (الفرع الأول)، وبعدها حالة خطأ المضرور (الفرع الثاني)، وأخيراً خطأ الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول

القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

تعتبر هذه الحالة وسيلة من الوسائل التي يمكن للطبيب أن يدفع عن نفسه بإثباتها، فهذه الحالة لها أثر في مسؤولية الطبيب سواء المدنية أو الجزائية، فإذا تحققت تنتفي علاقة السببية بين الخطأ المرتكب من قبل الطبيب والضرر اللاحق بالمريض.

وحتى في الفقه الإسلامي فقد اعتبر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ سبباً من أسباب دفع الضمان، فإذا لم يثبت أن الشخص قد تعدى فلا يضمن، فهو سبب يحول دون انعقاد

¹ - قد تنتفي مسؤولية الطبيب الجزائية وتقوم المسؤولية المدنية.

² - تنص م 165 من ق.م.م على ما يلي: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

المسؤولية، والضمان عملاً بالقاعدة الفقهية "ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه"⁽¹⁾. فكل فعل يتسبب في إحداث الضرر ولا صلة لإرادة الجاني فيه ولا يمكنه توقعه أو دفعه يعد من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

وللتفصيل أكثر نتعرض لمفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (أولاً)، ومن ثم بيان أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في المجال الطبي (ثانياً).

أولاً: مفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

لقد أحجم المشرع الجزائري عن إعطاء تعريف للقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، والتي يعتبرهما الفقه مصطلحين لمدلول واحد، فتولى أمر تعريفهما.

فهناك من عرّفها بأنه: « كل فعل يتسبب في إحداث الضرر، ولا صلة لإرادة المدين به، ولا يمكنه توقعه أو دفعه»، فهذا التعريف قد شمل عنصر الضرر الذي حدث وعنصر آخر هو استقلال هذا الفعل عن إرادة المدين مع عدم القدرة على دفعه⁽²⁾.

كما عرّفها البعض أنّها: « الواقعة التي يتعذر على الإنسان دفعها، والتي لا تتوقع عادة والتي يمكن إسناد ضرر الحادث للغير إليها، رغم ما يمكن نسبته من خطأ إلى شخص من الأشخاص»⁽³⁾.

فهي حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه فيصبح معه تنفيذ الالتزام مستحيلًا.

وقد عرّفها الدكتور انس عبد الغفار بأنها: « حادث يتسبب في إحداث الضرر ويستحيل على المدين توقعه أو دفعه، وفقا للعرف والعادة»⁽⁴⁾. وقد أعطاه الفقه الإسلامي

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 499.

2 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 498.

3 - د. جميل، مصادر الالتزام، ص. 532. نقلا عن: د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 499.

4 - د. أنس عبد الغفار، المرجع نفسه، ص. 500.

عدة مسميات منها: الآفة السماوية، الأمر الغالب، الفجاءة، وهي كلها تصب في معنى واحد وهو كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان⁽¹⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة يتضح لاعتبار القوة القاهرة سبباً من أسباب امتناع المسؤولية توافر شرطين:

1- عدم إمكانية التوقع

ويقصد بذلك أن تكون القوة الواقعة على الجاني فجائية، وهنا يرجع للقضاء تقدير ما إذا كانت هذه القوة بإمكان الجاني توقعها أم لا، وقد كان القضاء في فرنسا متشدداً في هذا الشرط، حيث قضي في أكثر من حكم بعدم توافر شرط عدم التوقع في بعض الحالات كحالة وجود بركة ماء في الطريق إثر عاصفة هوجاء، وقد تحجج بها المتهم للدفع عنه تهمة القتل الخطأ إثر حادث مرور⁽²⁾.

فمسألة تقدير إمكانية توقع القوة القاهرة مسألة موضوعية تعود لمحكمة الموضوع والمحكمة العليا لها حق الرقابة فيما إذا كانت هذه الوقائع المعروضة تنطوي على قوة القاهرة أم العكس⁽³⁾.

ومن الأمور التي لا يمكن توقعها الزلازل والفيضانات والحرائق، بمعنى مجمل الكوارث الطبيعية التي لا يد للإنسان فيها، علاوة على الكوارث الأخرى التي يستحيل توقعها وتنجم عنها أضرار جسيمة.

وقد ذهبت في هذا الصدد محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 44/773 في جلستها المؤرخة في 03 جانفي 1978 بأنه: « لا يشترط وعلى ما جرى به قضاء هذه

¹ - د. عبد الحميد الشورابي، المرجع السابق، ص. 41.

² - Cass. Crim. 1-10-1975, BC N° 215.

نقلا عن: د. أحمد بوسقبة، الوجيز في القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص. وهامش. 187.

³ - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 316.

المحكمة لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة»⁽¹⁾.

فإذا توقع الجاني حدوث الضرر ولم يتم باتخاذ الاحتياطات اللازمة والضرورية للحيلولة دون حدوث الضرر، فلا يمكنه التحجج بالقوة القاهرة لدفع المسؤولية عن نفسه.

2- استحالة الدفع

ويقصد به أن يكون الفاعل في موضع يستحيل عليه القيام بأي تصرف غير ارتكاب الجريمة⁽²⁾، والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، فإذا كانت نسبية فإنه لا يمكن الاحتجاج بها كقوة قاهرة لدفع المسؤولية.

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى اعتبار إن الاستحالة المقصودة هي استحالة تنفيذ الالتزام مع استخدام الوسائل المعقولة وذلك ببذل الجهود المعقولة من جانب الملتزم، وهذا ما قرره المادة 221 من القانون المدني المصري⁽³⁾.

كما قضت محكمة النقض المصرية في طعنها المدني رقم 41/423 في جلستها المؤرخة في 29 جاني 1976، وكذلك في طعنها رقم 47/979 في جلستها المؤرخة في 27 مارس 1980، قضت بأنه: « مفاد نص المادة 165 مدني أن القوة القاهرة تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً كما قد يكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ بشرط: أن يتوافر فيها استحالة التوقع واستحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية فلا يكون هناك حمل للتعويض في الحالتين... وهذان الشرطان يستمدان من واقع الدعوى التي تستقل محكمة الموضوع لتحصيل فهمه من أوراقها»⁽⁴⁾.

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 500.

2 - د. أحمد بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 187.

3 - أنظر م. 221 من ق.م.م.

4 - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 99.

فبناءً على ما تقدم فإن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يعتبران من الأسباب التي تقطع رابطة السببية فتنتفي معها مسؤولية الفاعل. وإضافة إلى القوة القاهرة فإنه يمكن قياس حالة الضرورة عليها، والتي تكون أحياناً حادثاً مفاجئاً، وحالة الضرورة يقصد بها تلك الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه مضطراً لأن يحدث ضرراً للغير لكي يمنع ضرراً أكبر، أو أن يكون الجاني مضطراً لارتكاب الجريمة لدفع الضرر عن الغير.

هذا ما عبرت عنه المادة 48 من قانون العقوبات بنصها على أنه: « لا عقوبة على من اضطرت به إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها». وعبرت عنه أيضاً المادة 128 من القانون المدني بنصها: « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أن عن ماله كنا غير مسؤول..»، في حين نصت المادة 130 من نفس القانون على أنه: « من تسبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً»⁽¹⁾.

وقد تناول المشرع المصري هذه الحالة في المادة 61 من قانون العقوبات بقوله: « لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى».

أما على مستوى الفقه الإسلامي فقد عرفها بأنها: «الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً...»⁽²⁾، وقد اشترط شروطاً معينة لكي يمكن اعتبار الواقعة ضمن حالة الضرورة:

- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة.
- أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يخشى تلف النفس أو الأعضاء.
- ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى في المباحات.
- أن يصف المحرّم ولا يوجد غير المحرّم أو ما يقوم مقامه.

¹ - تقابلها م 168 من ق.م.م، فيلاحظ أن المشرع قد استعار نفس المادة.

² - د. يوسف القاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 1993، ص. 83.

- أن يقتصر في تناول المحظور أو ترك الواجب على القدر اللازم لدفع الضرر.
- أن لا يخالف المضطر مبادئ الشريعة فلا يحلّ للطبيب قتل المريض بحجة إراحته من مرضه وهو ما يعرف بالقتل الرحيم⁽¹⁾.

ثانياً: أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في المجال الطبي

تظهر حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ وحتى حالة الضرورة في المجال الطبي، كونه مجالاً خصباً تجد تطبيقاتها فيه، وهي أن يجد الطبيب نفسه إمّا مضطراً لارتكاب الفعل نتيجة لقوة لا قبل له بدفعها أو بسبب حادث مفاجئ لم يتوقعه ويستحيل معه دفع الضرر الذي ينجم عنه. فالطبيب ملزم بحكم مهنته بدفع الألم عن المريض، وأن يقوم بكل ما في وسعه من أجل حماية المريض من الأخطار التي تهدد صحته، ولكن مع هذا فقد يقف أمام حالة تجعله يتصل من التزامه المفروض عليه، لأجل القيام بفعل قد ينجر منه ضرر للمريض، وقد يؤدي في بعض الأوقات إلى وفاته. ومتى كانت القوة القاهرة وحالة الضرورة من الأسباب التي تنتفي معها مسؤولية الطبيب، فإن هذا لا يعني الإخلال وعدم التقيد بواجبات الحيطة والحذر التي تملئها قواعد وأصول مهنة الطب، حيث أنه تبعاً لذلك يُسأل الطبيب عن خطئه في هذه الحالة فيما عدا حالة القوة القاهرة أو الضرورة.

ومع غياب تطبيقات قضائية على مستوى القضاء الجزائري لهذه الحالة، فإن القضاء الفرنسي والمصري قد كانت لهما أحكام كثيرة، فقد قضت محكمة "ليل" في حكمها الصادر سنة 1930 ببراءة الطبيب في قضية الفتاة الصغيرة التي توفيت أثناء العملية معلّين حكمهم أن الوفاة ترجع إلى حادثة من حوادث العلاجات المتوقعة، وأن الأطباء قد تعرّفوا وفق الحدود المعطاة لهم في اختيار العلاج⁽²⁾.

1 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 506.

2 - تتلخص وقائع هذه القضية "أن فتاة صغيرة أصيبت بكسر في عظم الفخذ على إثر حادث سيارة، مما استدعى ذلك ضرورة إجراء عملية جراحية لها، لكن الفتاة توفيت أثناء العملية، وقد أفاد تقرير الخبرة المنجزة أنّ المخدر أعطي للفتاة بالقدر الواجب دون زيادة أو نقصان، والخطر مستبعد منه إلا في حالات استثنائية كانت حالة المجني عليها واحدة من هذه الحالات، وقد أصيبت إثر ذلك بتضخم في المعدة النموسية غير معتادة عند الفتيات عند البلوغ، فهذه الحالة ترجع إلى حادثة من حوادث العلاجات المتوقعة".

أنظر: د. فائق محمد الجوهري، المرجع السابق، ص. 416، هامش رقم 02.

كما قضي في فرنسا أيضا بمسؤولية الطبيب لانتفاء حالة الضرورة التي كان قد احتج بها إثر قطعه الذراع اليسرى للمريضة التي كانت تعاني من ورم خطير، مما أدى بمحكمة النقض في حكمها الصادر في 27 أكتوبر 1953 إلى تأييد الحكم المطعون فيه لنفس السبب⁽¹⁾.

كما جاء في محكمة "باريس" لعدم توافر علاقة السببية بين عدم إعطاء الحقنة للمريض الذي أصيب بجرح بسيط سطحي، ووفاته من مرض "التيتانوس"، فقد أثبتت تقارير الخبراء أن هذه الحالة لم تكن خاصة بجرح كبير عميق، ما يبرر عدم إعطاء الطبيب للمريض حقنة المصل الواقي من التيتانوس وعليه فإن الطبيب لا يتحمل نتائج التيتانوس الذي أدى إلى وفاة المريض لعدم توافر علاقة السببية بين خطئه والنتيجة⁽²⁾.

فمتى ساهم خطأ الطبيب في إحداث الضرر دون نسبته إليه، وكانت الأمور مما لا يمكن توقعها أو تفاديها، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء المسؤولية لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فيصبح خطؤه سبباً عرضياً في ظل حالات القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، فيأخذ بالسبب المنتج دون العارض وهذا إعمالاً بنظرية السبب الفعال.

ولقد حذا المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي في عدة أحكام له وتقريره لانتفاء المسؤولية لوجود حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو حالة الضرورة.

فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في 02 نوفمبر 1933 بأن: «الطبيب لا يسأل عن فقد شعر المريضة بسبب معالجتها بأشعة إكس، على اعتبار

¹ - تتلخص وقائع هذه القضية في: " أن مريضا كان يشكو من ورم في ذراعه الأيسر وبعد موافقته لإجراء العملية من أجل إزالة هذا الورم على اعتبار أن العملية سهلة وعديمة الخطورة، فقد اتضح أثناء إجراء العملية أن الورم خطير، يصعب استئصاله، فقام الطبيب بقطع ذراع المريض على أساس أنه كان مضطراً لذلك، وعليه فقد أصدرت محكمة النقض القرار التالي:

Cass. Civ- 27/10/1953- j.C.P°. 1953-II-7891: «...décide que si l'intervention q été pratiquée suivant toutes les règles de la technique opératoire, il n'y avait ni urgence, ni nécessité de procéder à l'ablation immédiate de la tumeur...».

- أنظر: د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 319؛ وهامش رقم 01.

² - د. منير رياض حنا، المسؤولية الجزائية للأطباء والصيدلة، المرجع السابق، ص. 139.

أن الطبيب لا يسأل عن الضرر الناجم عن العلاج، إذا كان راجعاً إلى حساسية خاصة لدى المريض طالما لم يمكن للطبيب أن يتنبأ بها»⁽¹⁾.

وعلى هذا نستخلص وفقاً لما سبق أن هذه الحالة تظهر في المجال الطبي بصورة واضحة خصوصاً فيما يتعلق بإعلام المريض أو الحصول على موافقته وإعلامه بمخاطر العلاج والتدخل السريع⁽²⁾، فاقتران إخلال الطبيب بهذه الالتزامات مع وجود حالة الضرورة أو القوة القاهرة، فإن ذلك لا يعني إعفاءه كلية من المساءلة وإنما يسأل عن خطئه بعيداً عن تلك الحالات، فهذا السبب لا يؤخذ على إطلاقه، وهذا ما ذهب إليه غالبية الفقه أنه إذا أشتركت في الحادثة قوة القاهرة مضافاً إليها خطأ الطبيب، فمسؤوليته تحقق بقدر اشتراك القوة القاهرة، حيث أن خطأ الطبيب لا يعتبر سبب الحادث الوحيد. وبالتالي فالعدل ألا يتحمل المسؤول النتيجة كلها إنما بقدر خطئه.

الفرع الثاني

خطأ المضرور (المريض)

عرّف الفقه خطأ المضرور بأنه: « ذلك التصرف غير المشروع الصادر عن المضرور والذي يساهم في إحداث الفعل الضار ومن شأنه إذا تحققت شروطه أن يهدم علاقة السببية بين الخطأ والضرر»⁽³⁾.

فقد أجمع الفقه والقضاء على اعتبار خطأ المضرور سبباً أجنبياً، يعفي الطبيب من المسؤولية إعفاءً جزئياً، ولسنا بصدد دراسة خطأ المريض لوحده دون ارتكاب أي خطأ من جانب الطبيب، فهذا لا مناص منه أن المسؤولية تقع على المريض وحده وإنما بصدد وجود خطأين من المريض والطبيب وحدوث النتيجة؟، ومن ثمّ فقد يكون خطأ المريض أدّى إليه

1 - د. فائق محمد الجوهري، المرجع السابق، ص. 412.

2 - قد يتدخل الطبيب تدخلاً سريعاً لإنقاذ حالة المريض دون أن يكون ملتزماً بذلك، وهذا ما يعرف بالفضالة حيث نصت م. 150 من ق.م. ج. على أن: « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك».

- عبّر عنها المشرع المصري في م. 188 من ق.م.م.: « الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص، دون أن يكون ملزماً بذلك».

3 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 459.

خطأ الطبيب، وقد يكون العكس وهذه الحالة تعرف باستغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر (أولاً)، وقد يستقلان عن بعضهما وهو ما يعرف بالخطأ المشترك (ثانياً).

أولاً: حالة استغراق أحد الخطأين للآخر

هذه الحالة تضم صوراً عدّة فقد يكون خطأ المريض بقدر من الجسامة⁽¹⁾، فيستغرق خطأ الطبيب بحيث يكون خطؤه أقوى، كما يضم صورة أن يكون خطأ المريض لاحقاً لخطأ الطبيب أو أن خطأ هذا الأخير لاحقاً لخطأ الأول. ومثال ذلك أن يقوم المريض بتناول جرعات زائدة من الدواء بعد العملية الجراحية رغم تحذير الطبيب له، فيتوفى من جراء ذلك فهنا خطأ المريض استغرق خطأ الطبيب في عدم متابعته لحالة المريض بعد العملية الجراحية، وبالتالي لا يسأل الطبيب عن الوفاة، أيضاً قد يقوم المريض بتضليل الطبيب بإعطائه معلومات كاذبة عن تعاطيه أية أدوية أو إتباعه علاجاً معيناً، مما يؤدي إلى خطأ الطبيب في وصف العلاج، فيصاب المريض بضرر في صحته⁽²⁾.

وفي هذا الصدد فقد استقر القضاء في فرنسا على أن خطأ المضرور لا يعفي من المسؤولية بشكل كامل، بل يعفي المرفق الطبّي سواء كلياً أو يخفف من مسؤوليته ويبقى على المستشفى إقامة الدليل لإثبات خطأ المضرور.

فمتى أقدم المريض على الانتحار أو هرب من المستشفى، فهنا لا يكون الطبيب والمستشفى مسؤولين، إلا إذا كان هناك خطأ من جانبيهما...

قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها المؤرخ في 05 أبريل 1970 "بعدم إمكانية مساءلة الطبيب أو المستشفى الخاص عندما يقدم المريض على وضع حد لحياته عن طريق الشنق، ما دام لم يكن من المسموح التكهّن بإمكانية إقدامه على ذلك"⁽³⁾.

1 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع نفسه، ص. 288.

2 - د. منير رياض حنا، المسؤولية الجزائية...، المرجع السابق، ص. 520.

3 - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 321.

فمتى ثبت أن الطبيب قد ارتكب خطأ سواء كان هذا الخطأ أقل جساماً من خطأ المريض أو ارتكبه قبل أو بعد خطأ المريض، فإنه تجب مسؤوليته في الضرر إلا إذا اتضح أنه لم يكن السبب المباشر والأول في حدوثه.

فقد قضت محكمة النقض في مصر في الطعن رقم 37/1995 في جلستها المؤرخة في 29 جانفي 1968 قضت بأنه: « إن خطأ المضرور لا يرفع مسؤولية المسؤول وإنما يخففها، ولا يعفي المسؤول استثناءً من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه وأنه بلغ من الجسامه درجة بحيث يستغرق خطأ المسؤول»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها في الطعن رقم 39/911 في جلستها المؤرخة في 17 سبتمبر 1969 نصت أنه: « من المقرر أن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسناد القضية إلى الجاني ومساءلته عنها طالما كانت تتفق مع السير العادي للأمور، وأن خطأ الغير ومنهم المجني عليه تقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة»⁽²⁾.

وعليه متى قام الطبيب بإثبات أن الخطأ الذي ارتكبه المريض كافياً لوحده في إحداث الضرر، انتفت علاقة السببية بين خطئه والضرر، ومن ثمّ عدم مساءلته عن الضرر الذي لحق بالمريض.

بالإضافة إلى ذلك فقد اعتبر الفقهاء، أنّ رضاء المريض بالضرر يعدّ خطأ منه، وهنا تحقق المسؤولية عن الطبيب، فمتى رضي المريض بإجراء عملية تجميل ذات خطورة رغم تحذير الطبيب بعدم إجرائها، ففي هذه الحالة يكون قد رضي بالضرر، وبالتالي رضائه يخفف المسؤولية عن الطبيب في حالة حدوث ضرر له.

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 98.

² - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 99.

وبالمقابل فإن رضائه بإجراء العملية رغم علمه بمخاطرها لكن بناء على استشارة الطبيب لا يعد خطأ ولا يخفف المسؤولية عنه⁽¹⁾.

قد عرضت على المحكمة الفرنسية قضية الطبيب الذي كان يصف لمرضاه دواءً واحداً، من دون تغيير شريطة أن يصرف هذا الدواء من صيدلية ابنه، فتوفيت مريضة نتيجة تعاطيها لهذا الدواء، لكن ثبت من خلال تشريح الجثة أن الوفاة لا ترجع إلى الدواء نفسه، وإنما إلى الجرعة الزائدة في تناوله على خلاف تعليمات الطبيب، وكانت قد أدانت محكمة "أفريه" الطبيب في حين استأنف الحكم وصدر قرار في 4 ديسمبر 1845، وأرجع موت المريضة إلى الإفراط في الجرعة وليس إلى فعل الطبيب، ونسب الخطأ المتسبب في الوفاة إلى المريضة وليس إلى الطبيب⁽²⁾.

ثانياً: حالة الخطأ المشترك

تتمثل هذه الحالة في أن يشترك خطأ المريض مع خطأ الطبيب، وهذه الحالة قد أثارت جدلاً في الفقه، حيث أن خطأ كل منهما قد يكون عمدياً أو جسيماً أو يسيراً، أو يختلف كل منهما عن الآخر.

ولكن مهما كانت هذه الاختلافات في الخطأ، المهم أن لا يستغرق أحد الخطأين الآخر، فهذا الأمر قد يعفي صاحب الخطأ المستغرق من المسؤولية سواء كان المخطئ طبيباً أو مريضاً بحيث يساهم خطأ الطبيب بأي قدر مع خطأ المريض في حدوث الضرر⁽³⁾.

فاشترك الطبيب والمريض في الخطأ وتفاعل كل من الخطأين في إحداث الضرر⁽⁴⁾، فإن ذلك لا يعفي الطبيب من المسؤولية، وإنما يتحملها بدرجة خطئه المرتكب ناهيك عن تحمل المريض تبعية فعله المرتكب، فالمعيار الحاسم في هذا الشأن هو مساءلة

1 - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 1237.

2 - د. فائق محمد الجوهري، المرجع السابق، ص. 521.

3 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 289.

4 - د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 322.

الطبيب عن خطئه مهما كان هذا الخطأ يسيراً وأن يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في نفس مستواه وجد في نفس الظروف المحيطة بالمسؤول.

فقد قضت محكمة النقض المصرية في طعنها رقم 40/331 في جلستها المؤرخة في 20 أبريل 1970 أن: « الخطأ المشترك لا يسقط مسؤولية أي من المشاركين فيه، لأن استيثاق الطبيب من جرعة الدواء الذي يعطيه للمريض، وعدم بذله العناية، وتقاعسه عن تحريره والتحرر فيه والاحتياط له إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها، وعليه أن يتحمل وزره، وأن التعجيل بالموت مرادف لإحداثه في توافر علاقة السببية ووجوب المسؤولية ولا يصلح ما استندت إليه المحكمة من إرهاق الطبيب بكثرة العمل مبرراً لإعفائه من العقوبة، وإن صلح ظرفاً لتخفيفها»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر لها في الطعن رقم 37/1981 في جلستها المؤرخة في 22 جانفي 1968 قضت بأنه: « تعدد الأخطاء الموجبة لوجوب الحادث، يوجب مساءلة لكل من أسهم فيه أيًا كان قدر الخطأ المنسوب إليه»⁽²⁾.

لهذا فالأصل في الخطأ المشترك أن كلا من الخطأين يعدّ سبباً في إحداث الضرر، وهذا يجعل المسؤولية موزعة بينهما على حسب درجة خطأ كل واحد منهما، ولقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 126 المعدلة من القانون المدني أنه: « إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض»⁽³⁾.

وخلاصة القول أنه لكي يمكن اعتبار خطأ المريض سبباً في إعفاء الطبيب من المسؤولية فقد وضع لذلك القضاء الفرنسي شروطاً:

¹ - السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 98.

² - قد تمت الإشارة إلى نفس الحكم في معرض سابق.

³ - تنص م 246 من ق.م.م. على ما يلي: « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض، ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه».

1- أن لا يكون خطأ المريض متولداً عن خطأ الطبيب، فمتى كان ذلك لا يعفي الطبيب من المساءلة⁽¹⁾.

2- أن يكون خطأ المريض هو السبب في إحداث الضرر، بمعنى توافر علاقة السببية بين خطأ المريض والضرر الذي لحقه من جراء ذلك.

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي يتفق أيضاً مع القانون الوضعي في اعتبار تعدي المضرور سبباً أجنبياً عن فعل الطبيب، فيعفى من الضمان إذا كان تعدي المضرور هو العامل الذي يسند إليه الضرر.

وقد فرّق فقهاء الشريعة⁽²⁾ في الأثر المترتب عن فعل المضرور بين ثلاث حالات:

1- أن ينفرد المريض بإحداث الضرر، وهنا لا ضمان على الطبيب، إذ أن المريض هو الذي يتحمل تبعية فعله.

2- أن يشترك الطبيب والمريض في إحداث الضرر، واستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب، فلا ضمان على الطبيب.

3- أن يشترك الطبيب والمريض في إحداث الضرر دون استغراق خطأ أحدهما للآخر، وهنا اتّجهوا إلى تضمين كل واحد من المشتركين لما أتلفه للآخر. ومنهم من اتجه إلى تضمين كل واحد منهم نصف ما أتلفه للآخر⁽³⁾.

الفرع الثالث

خطأ الغير

¹ - لا يشترط أن يكون خطأ الطبيب فعلاً مادياً، فقد يقوم بتحريض المريض على فعل ما أو نصحه أو أرشده، وقد يكون عملاً سلبياً يشركه المريض يرتكب خطأً.

- أنظر: د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص. 324.

² - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 513.

³ - ومن القضايا الخاصة بخطأ المضرور في الفقه الإسلامي هي قضية "زبيدة الأسد" وهي التي أرسدت قواعد الإهمال المشترك، ومفادها أن حفر قوم زبيدة حفرة توقع فيها الأسد، فاجتمع دوله الناس، فوقع داخل الحفرة رجل امسك بأخر في محاولة لإنقاذه نفسه، وأمسك الثاني بالثالث لنفس السبب، حتى صاروا أربعة وقعوا في الحفرة، فماتوا في الحفرة. فقضى علي رضي الله عنه للأول بربع الدية لأنه مات نتيجة تدافع مشاهدي الأسد ووقع الثلاثة فوقه، أما الثاني فقد قضى له بثلث الدية لأنه مات بجذب الأول ووقع الاثنان الآخرين عليه وقضى للثالث بنصف الدية لأنه مات بفعل الثاني لأنه مات بجذب الأول ووقعه عليه وقضى للرابع بالدية الكاملة.

- أنظر: د. خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص. 460.

مما لا شك فيه أن الخطأ إذا وقع من غير الطبيب، وسبب ضرراً للمريض، فإن الغير يكون وحده المسؤول عن هذا الضرر، ولكن ما يجعلنا نتساءل حول حالة وقوع الخطأ من الغير يصاحبه خطأ من الطبيب وقد يشترك معهما خطأ المريض أيضاً فمن تقع عليه مسؤولية الفعل؟

للإجابة عن هذا التساؤل علينا تحديد المقصود بالغير (أولاً)، ومن ثم بيان مسألة تعدد المسؤولين وأثرهم في مسؤولية الطبيب (ثانياً).

أولاً: تحديد معنى الغير

يقصد بالغير في المجال الطبي أي شخص غير الطبيب المعالج أو المريض، كما لا يعد من قبيل الغير الأشخاص الذين يعملون تحت مسؤولية الطبيب كمساعديه والممرضين العاملين معه⁽¹⁾، فمتى كان الخطأ من جانب الأشخاص الذين سبق ذكرهم، فإننا أمام مسؤولية الطبيب عن تابعيه، وهذا باعتبار أن رئيس الفريق الجراحي يعتبر مسؤولاً عن من يعمل تحت رقيبته وإشرافه⁽²⁾.

فالتبيب لا يستطيع التحجج بأن الخطأ صادر من الممرضين للتصل من المسؤولية لأن عمل الممرضين يقوم أساساً تحت إشراف الطبيب، وأي خطأ منهم لا بد للطبيب تفادي وقوعه عن طريق المراقبة المستمرة لعملهم⁽³⁾.

فالغير هو كل شخص أجنبي عن الطبيب والمريض، ولا يشترط القانون شروطاً معينة في الغير، فلا يهم إذا كان معروفاً أم لا، إذ قد يرتكب الشخص خطأ ويتصل من المسؤولية بهروبه.

1 - د. عمر منصور المعاينة، المرجع السابق، ص. 116.

2 - د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 509.

3 - ما قضت به محكمة "نيم" سنة 1934 بمسؤولية الطبيب عن خطأ الممرضة في قضية تتلخص وقائعها في "أن الممرضة قد قامت بإعطاء حقن "ستريكينين" لفتاتين كانتا مريضتين بالتفويد، ولكنها أهملت تعقيم الإبرة، فنتج عن ذلك مضاعفات سيئة في مكان الحقن، مما أدى إلى وفاتهما، فأدانت المحكمة الطبيب على أسا أن إهمال الممرضة مع تكرار حصوله ما كان ليحصل أن يمر على الطبيب المعالج أو يقع عليه واجب تبیین هذا الإهمال واتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنع وقوعه.

أنظر: د. فائق محمد الجوهري، المرجع السابق، ص. 378.

فالغير إذا كان هو المتسبب الوحيد في الضرر اللاحق بالمرضى، فتنتفى مسؤولية الطبيب تبعاً لذلك، لأن الخطأ ينسب لغير الطبيب، وبالتالي تقوم علاقة السببية بين خطأ الغير والضرر اللاحق.

وهذا ما أكدته المادة 127 من القانون المدني⁽¹⁾ الجزائري بنصها على أنه: « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، وخطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...»⁽²⁾.

غير أنه إذا استغرق خطأ الطبيب خطأ الغير، فإن المسؤولية تقع على الطبيب دون غيره والعكس صحيح.

ومثال ذلك ما قضت به محكمة "فوا" سنة 1938 بإدانة طبيب لاستعانتة بشخص غير قادر، وبالتالي توافر رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق، وذلك في قضية الطبيب الذي كان يجري عملية إزالة ورم ليفي من الرحم بمعونة والد المريضة، وترك أمر تخدير الابنة لوالدها، دون معرفته أي شيء عن التخدير، مما أدى إلى إصابة الابنة بمضاعفات انتهت بحدوث نزيف دموي انتهى بوفاة المريضة⁽³⁾.

وعليه فمتى كان خطأ الطبيب لوحده سبباً كافياً في حدوث الضرر فإنه تقع عليه المسؤولية لتوافر علاقة السببية بين الفعل المرتكب من جانبه وبين النتيجة.

وتبقى الأمثلة في هذا السياق كثيرة، فقد تكون تصرفات أقرباء المريض وأصدقائه، إذا ما تسبب ضرراً للمريض، كإعطائه كميات من الأدوية بغير أمر من الطبيب، سبباً

¹ - Art: 1147. C.C.F.: «le débiteur est condamné, s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputé...».

² - يرى الدكتور رايس محمد أن المشرع قد أسقط سهواً كلمة "أجنبي" التي عمدت جل التشريعات على تضمينها في المواد المتعلقة بأسباب الإعفاء من المسؤولية وأنه على المشرع استدراك هذا الأمر بإضافة الكلمة حتى يستقيم المعنى.

- أنظر: د. رايس محمد، المرجع السابق، ص. 331.

³ - د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص. 515.

لإعفاء الطبيب من المسؤولية لأنهم يعدّون من قبل الغير، والخطأ ينسب إليهم لا إلى الطبيب⁽¹⁾.

ثانياً: تعدد المسؤولين وأثرهم في مسؤولية الطبيب

في هذه الحالة يشترك كل من الطبيب والغير في إحداث الضرر، دون أن يستغرق أحد الخطأين للآخر، بمعنى أن يكون كل من الخطأين سبباً في إحداث الضرر، وهنا كل من ساهم بخطئه في إحداث الضرر فهو مسؤول عن جبر ذلك الضرر وتقوم في حقه المسؤولية الجزائية والمدنية.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، إلى أنّ: «تعدد الأخطاء الموجبة لوقوع الحادث، يوجب كل من ساهم فيه، أيّا كان قدر الخطأ المنسوب إليه» ويستوي في ذلك أن يكون مباشراً أو غير مباشر في حصوله.

وفي هذه الحالة تثار مسألة الخطأ المشترك بين الطبيب والمستشفى، فإذا تسبب المستشفى في إحداث الضرر بسبب قلة النظافة أو الآلات المستعملة أو عدم توفير العدد الكافي من المساعدين، أو عدم مراعاة التهوية والتبريد، فإنها تكون مسؤولة عن النتائج، مصحوباً بذلك بخطأ الطبيب في العملية الجراحية أو التشخيص أو العلاج أو المتابعة، فإنه يتحمل أيضاً المسؤولية⁽²⁾. وتجدر الإشارة أنه إذا ساهم خطأ كل من الطبيب والغير بقدر في إحداث الضرر فإن المسؤولية تقع عليهم جميعاً بقدر حساسية وخطورة الفعل المنسوب لكل واحد منهم⁽³⁾.

وقد فرّق الفقه الإسلامي⁽⁴⁾ بين الحالات التي يشترك فيها الطبيب مع الغير في الخطأ وتكون المسؤولية على النحو التالي:

1 - د. رابيس محمد، المرجع نفسه، ص. 332.

2 - إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، المرجع السابق، ص. 9-178.

3 - د. رابيس محمد، المرجع السابق، ص. 336.

4 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 516.

1- أن يضمن المباشر أو المتسبب: واعتبروا الضمان عليهم جميعاً، وهذا نجد له تطبيقاً في نظرية تكافؤ الأسباب.

2- أن يضمن المباشر دون المتسبب: فهذه الحالة إذا كان أحد الأسباب مباشراً والآخر متسبباً، وجب الضمان على المباشر دون المتسبب.

وعلى هذا الأساس فإذا توافرت حالة من الحالات المشار إليها في المادة 127 من القانون المدني، اعتبر ذلك من قبيل السبب الأجنبي والذي تنتفي معه علاقة السببية وبالنتيجة الإغفاء من المسؤولية الجزائية.

فالطبيب إذا أثبت أن الخطأ كان بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ يستحيل توقعها أو دفعها، أو أن الخطأ لم يصدر منه بل من المريض نفسه، أو صدر من الغير وكان هو السبب الوحيد في إحداث النتيجة، أي وفقاً للشروط المبينة فإنّ هذا يجعله بمأمن من المسؤولية.

وهذه الحالات تكثر في المجال الطبي لتشعبه وتداخل عوامل كثيرة وهي التي تجعل العمل الطبي محفوفاً بالمخاطر على جسم الإنسان.

خاتمة

تبيّن لنا من بحث موضوع المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبيّ، أنّه على درجة بالغة من الأهمية، لاتصاله بجسم الإنسان وحياته، وعلى الرغم من أن العمل الطبيّ مباح، إلا أنّ المشرع قد وضع شروطاً خاصة وصارمة لممارسته، فتشدد في الحصول على الرخصة القانونية، وأخضع الطبيب لضرورة أخذ رضا المريض قبل التدخل، علاوة على ضرورة انصراف هذا العمل لتحقيق الشفاء لا لأغراض أخرى.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اكتفى بتحديد التزامات الطبيب المهنية في مدونة أخلاقيات الطب، دون إعطاء الخطأ الطبي مساحة معتبرة، فلم نجد نصوصاً واضحة تعالج خطأ الطبيب والذي يعتبر كل مخالفة من الطبيب في مسلكه الطبي، وإخلاله بواجبات الحيطة والحذر التي تفرضها القواعد والأصول الطبية في القانون أو المتعارف عليها في الواقع العملي.

فمسؤولية الطبيب تنهض عند ارتكابه خطأ، مهما كان نوع الخطأ الصادر من جانبه عادياً كان أم فنياً، ومهما كانت درجة جسامته جسيماً أم يسيراً، فهذا التمييز لم نجد له أثراً في التشريع الجزائري في القواعد العامة، ودون النصّ عليه في القواعد الخاصة، فكانت هذه التفرقة وليدة القضاء الفرنسي الذي يعود له الفضل في ترسيخ قواعد المسؤولية الطبية بوجه عام.

فالرجوع إلى القواعد العامة في المسائل الفنية، هو قصور يحسب على المشرع الجزائري رغم أن المجال الطبيّ مجال واسع ومتشعب. مما ينبغي معه تخصيص مساحة قانونية لاستصدار دستور طبي خاص، كما فعلت بعض الدول العربية.

ومستخلص القول أنّ الأخطاء الطبية، لا تخرج عن صورتين، فالأولى تتمثل في تلك الأخطاء التي تنجم عن إخلال الطبيب بالتزامه تجاه المريض، فهذه الالتزامات تفرض عليه ضرورة إعلام المريض أو أهله وتبصيرهم بمخاطر العلاج، ويبقى للمريض الحرية في رفض أو قبول ذلك العلاج، أما الصورة الثانية فهي المتعلقة بالأخطاء الفنية التي يرتكبها الطبيب أثناء ممارسته للعمل الطبي، والتي لها علاقة بالمهنة، وهي المنتشرة في الواقع العملي وهذا مردّه لنقص خبرة الأطباء.

وأبعد من ذلك فالخطأ الطبي ليس كالخطأ في مجال آخر، لأن الطبيب يتعامل مع أثنى شيء في الوجود هو جسم الإنسان، فبالتالي الخطأ في هذا المجال يعد جريمة لا بد من تشديد العقاب على مرتكبيها حتى يوضع حد للتهور والطيش والخفة التي تصاحب الأطباء في عملهم.

ولعلّ أبرز ما توصلنا إليه في دراسة هذا الموضوع، إنما يتمثل في نقاط معينة نسوق منها مع مقترحاتنا ما تسمح به الخاتمة ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- أنّ المشرع الجزائري قد أرجع موضوع الخطأ في المجال الطبي إلى القواعد العامة، سواء في قانون العقوبات، أو القانون المدني، بحيث أغفل الإشارة إليه كنوع خاص من الأخطاء، ممّا أدى إلى جهل الأطباء بمختلف الأخطاء المعاقب عليها والتي تتداخل في هذا النطاق، فالإشارة إلى الخطأ الطبي بوجه خاص، وتخصيص نصوص قانونية في قانون مزاوله مهنة الطب، وتحديد أنواع هذه الأخطاء ودرجاتها، وجزاء الإخلال بها مما يجعل الأطباء أكثر حرصاً ويقظة وحذراً في مهنتهم، هي من الأمور التي لا بد أن يتداركها المشرع الجزائري.

2- بالرغم من وجود أخطاء كثيرة وجرائم عدة مرتكبة من قبل الأطباء، إلا أنّ التحفظ في هذا الأمر واضح، وهذا يرجع إلى دور المجلس الوطني للأطباء المنشأ بقانون حماية الصحة وترقيتها، في مدى مراقبة لهؤلاء الأطباء، وتشخيص الأخطاء المرتكبة من قبلهم، وتحديد مصدرها الأول، وإعطاء إحصائيات دقيقة لمعدّل الأخطاء سنوياً، فتفعيل هذا الجهاز أكثر من شأنه المساعدة للوقوف على واقع الحال كما هو عليه، وذلك باعتباره الجهاز الأول المعني بالنظر في الشكاوى المرفوعة من ضحايا الأخطاء الطبية ضد الأطباء.

3- إن صعوبة تحديد الخطأ ونوعه، وكذا إثباته، ترجع إلى قلة خبرة القضاة في المجال الطبي، وهذا ينعكس بالنتيجة على نوع العقوبة المسلطة على الأطباء، فقد تكون الأخطاء جسيمة ولكن لا يمكن للقاضي التوصل إلى هذا الأمر، رغم استعانتة بالخبرة التي تبقى الشكوك حولها نتيجة تضامن الأطباء فيما بينهم، ففسح المجال أمام القضاة

للتكوين والتدريب في المجال الطبي، يجعل الأمر أكثر مرونة وهذا من خلال تعزيز تبادل الخبرات بين القضاة الجزائريين والأجانب من جهة، والأطباء المتخصصين من جهة أخرى بإعطاء مجال أوسع للمؤتمرات والملتقيات الدولية.

4- إن طبيب اليوم هو طالب أمس، فمتى ألم الطالب بأصول تخصصه، وعرف ما له وما عليه، كان أكثر حذراً ودراية، فكان من الضروري تدريس القانون الطبي في كليات الطب وإبراز العلاقة بين الطب والقانون لأن الجهل لا يعفي من المسؤولية ولا يعذر المرء بجهل القانون.

وأخيراً فيمكن القول أنه مع التطور الحاصل في المجال الطبي، فإن كل من قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب أصبحا جامدين لا يواكبان هذا التطور. مما يستدعي ضرورة استصدار تشريع خاص بالمسؤولية الطبية تولى حماية خاصة بخطأ الطبيب، وتتولى تبيانها على نحو مفصل جلي، تسطر فيه التزامات الطبيب وحقوق المرضى يسمى "القانون الطبي" شأنه شأن قانون العقوبات والقانون المدني، كما لا بد للقضاء الجزائري أن يتفاعل مع هذا المجال وأن يجسد حضوره من خلال اجتهاداته وآرائه مواكباً في ذلك القضاء الفرنسي، وعليه فوضع قانون طبي ليس بالضرورة هو تحامل على الأطباء فلا يمكن بأي شكل من الأشكال التغاضي عن مجهوداتهم في سبيل علاج المرضى وإنقاذ أرواحهم.

قائمة المراجع

باللغة العربية

المصحف الشريف.

أولاً: الكتب

- 1- إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007.
- 2- ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1990.
- 3- -----، زاد المعاد في هدى خير العباد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، 1987.
- 4- أبو عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، الجزء 11، 1952.
- 5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري، صحيح البخاري، دار الرشيد، باب الواد، الجزائر، الجزء الثالث، دون طبعة، 2007.
- 6- أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثامنة، 2009.
- 7- -----، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، الجزء الأول، 2010.
- 8- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 1998.
- 9- أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2007.
- 10- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبيّة، دار الجامعة الجديدة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الأولى، 2009.

12- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2009.

13- أسعد عبید الجبيلي، الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، دون طبعة، 2009.

14- أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2007.

15- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الأولى، 2010.

16- أنور أبو بكر هواني الجاف، مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الأولى، 2010.

17- أنور رسلان، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1983.

18- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، دون طبعة، 2002.

19- بسام المحتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1984.

20- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011.

- 21- -----، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، بدون طبعة، الجزء الثاني، 1997.
- 22- **حسين فريجة**، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الاعتداء على الأشخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
- 23- **خالد عبد الفتاح محمد**، المسؤولية المدنية- مسؤولية المهندس المعماري- مسؤولية المقاول- مسؤولية رب العمل- مسؤولية الطبيب- مسؤولية حارس البناء، في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، الطبعة الأولى، 2009.
- 24- **رايس محمد**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2007.
- 25- **ربيع حسن محمد**، الإجهاض بنظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1995.
- 26- **رمضان جمال كمال**، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، دون طبعة، 2005.
- 27- **زينة غانم يونس العبيدي**، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الأولى، 2011.
- 28- **سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنياً وجنائياً وتأديبياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2004.
- 29- **سميرة ديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشرع والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 30- **السيد سابق**، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، المجلد الثاني، 1987.

- 31- السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009.
- 32- شريف الطباخ، جرائم الخطأ والتعويض عنها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، الطبعة، 2003.
- 33- صونية بن طيبة، القتل الخطأ بين الشريعة والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2010.
- 34- طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة،
- 35- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 36- عباس علي محمد، مسؤولية الصيدلي المهنية عن أخطائه الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.
- 37- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1998.
- 38- عبد الرحمن بن أبي بكر محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1983.
- 39- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى، 1967.
- 40- عبد الفتاح بهيج علي العواري، الأحكام الفقهية للجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الطبعة الأولى، 2010.
- 41- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.

- 42- **عبد اللطيف الحسيني**، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، دون طبعة، 1987.
- 43- **عبد الله سليمان**، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دون طبعة، الجزء الأول، 1998.
- 44- **عبد جميل غصوب**، الخطأ الطبي، منشورات رين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 45- **عشوش كريم**، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2007.
- 46- **علا دراغمة**، ساري أبو سنيّة، فادي علاونة، تقرير عن واقع الأخطاء الطبية في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، مؤسسة قيادات، الضفة الغربية وقطاع غزة، فلسطين، 2009.
- 47- **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1993.
- 48- **عمر منصور المعاينة**، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 2004.
- 49- **فائق محمد الجوهري**، أخطاء الطبيب، دار المعارف، دون طبعة، مصر، 1962.
- 50- **ماجد محمد لافي**، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 51- **محسن البيه**، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى، 1990.

- 52- **محمد المنجي**، دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية بصفة عامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2000.
- 53- **محمد حسن القاسم**، آليات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2004.
- 54- **محمد حسنين منصور**، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 55- **محمد سامي الشوا**، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، 1993.
- 56- **محمد سراج الدين**، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990.
- 57- **محمد نجيب حسني**، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1977.
- 58- **محمود القبلاوي**، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2011.
- 59- **منذر الفضل**، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1995.
- 60- -----، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1996.
- 61- **منصور رحماني**، الوجيز في شرح القانون الجنائي العام، فقه وقضايا، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، دون طبعة، 2006.
- 62- **منير رياض حنا**، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 1989.
- 63- -----، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2011.

64- هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2007.

65- وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 1987.

66- يوسف القاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1981.

ثانياً: رسائل ومذكرات جامعية:

(أ) أطروحة الدكتوراه:

1- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والقانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1996-1997.

(ب) مذكرات ماجستير:

1- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.

2- بومدان عبد القادر، المسؤولية الجراحية للطبيب عن إفشاء السر المهني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون والمسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.

3- بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

- 4- **عباشي كريمة**، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.
- 5- **فريد عيسوس**، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع حقوق ومسؤولية، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، 2002-2003.
- 6- **مصطفى أشرف مصطفى الكوني**، الخطأ الطبي، مفهومه وآثاره في الشريعة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008-2009.
- 7- **نصيرة ماديو**، إفشاء السر المهني بين التجريم والإجازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

ثالثاً: المقالات

- 1- **بن عودة حسكر مراد**، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الثالث، 2007.
- 2- **بودالي محمد**، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، قسم الوثائق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2004.
- 3- **ماحي محمد**، الخطأ الطبي والمشكلات التي تثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الثالث، 2007.
- 4- **نقادي حفيظ**، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، الجزائر، العدد الثالث، 2007.

رابعاً: الملتقيات

- 1- بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008.
- 2- جمال ولد آكاظ، إثبات الخطأ الطبي أمام المحاكم الجزائرية في النظام القضائي الموريتاني، اليوم الدراسي المنظم من طرف المحكمة العليا بالجزائر حول المسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي.
- 3- حميل صالح، المسؤولية الجزائرية الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008.
- 4- سيدهم مختار، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، الملتقى الدولي حول الأخطاء الطبية، الجزائر، يوم 12 أبريل 2010.
- 5- عبد الناصر كعدان، المسؤولية الطبية بين التراث الطبي العربي الإسلامي والطب الحديث، محاضرة بكلية الزقازيق، حلب، سوريا، 2008.

خامساً: النصوص القانونية

أ) النصوص التشريعية:

- 1- دستور 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية. عدد 46، الصادرة في 08 ديسمبر 1996.
- 2- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية. عدد 49، الصادرة في 10 جوان 1966، المعدل والمتمم.
- 3- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية. عدد 49، الصادرة في 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

4- القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها، الجريدة الرسمية. عدد 83، المؤرخة في 26 ديسمبر 2004.

5- القانون رقم 05-85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405هـ الموافق لـ 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية. عدد 08، الصادرة في 17 فيفري سنة 1985 المعدل والمتمم.

6- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جويلية 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية. عدد 24، الصادرة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

7- أمر رقم 78-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن أحكام القانون المدني، الجريدة الرسمية. عدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

8- قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937، المعدل والمتمم.

9- القانون رقم 415 لسنة 1954 المتعلقة بمزاولة مهنة الطب (مصر).

10- الدستور الطبي الأردني لسنة 1987.

11- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم.

ب) النصوص التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل 1991، المتضمن القانون الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية. عدد 22، الصادرة في 15 ماي 1991 .

2- المرسوم التنفيذي رقم 91-471 المؤرخ في 30 جمادى الأولى عام 1412 الموافق 7 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الاستشفائيين الجامعيين، الجريدة الرسمية. عدد 66 لسنة 1991.

3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية. عدد 52، الصادرة في 8 جويلية 1992.

باللغة الفرنسية:

A- Textes Juridiques:

- 1- **Code civil Français**, lexis Nexis, letec, paris, 2005.
- 2- **Code santé publique Française**. lexis Nexis, Dalloz, paris, 2002.

B- Les Ouvrages:

- 1- **Carine Daver**, La télémédecine entre progrès techniques et responsabilités, Dalloz, paris, France, 2000.
- 2- **Corinne (Panaul-Brahums.Ky)**, L'essentiel du droit des obligations, 3^{ème} édition, Gualino, paris, 2006.
- 3- **Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Coatagliola**, Responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique, Arnette, paris, 1992.
- 4- **G. Georges (Boyer. Chammard), Paul (Momein)**, La responsabilité médicale, P.U.F, paris, France, 1994.
- 5- **Jacques Hamelin, André Damian**, Les règles de profession d'avocat, paris, France.
- 6- **Jean Penneau**, La responsabilité du médecin, 3^{ème} édition, Dalloz, paris, France, 2004.
- 7- **Louis Dubois**, La protection Européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine Française, paris, 2001.

- 8- **Louis Melennec et Gérard Mameteau**, Traité de droit médical, tome 6, édition Naloine, paris, France, 1982.
- 9- **Marie Dominique (Flouzat) et Sami Paul (Tawil)**, Droit des malades et responsabilité des médecins, Marbout, Italie.
- 10- **Patrice (Jourdain)**, Les principes de la responsabilité civile, 5^{ème} édition, Dalloz, paris, France, 2000.

C- Jurisprudence Française:

- 1- Arrêt Mercien, cass.civ. 1^{ère} ch: mai 1936: **Centre de documentaire Multimédia en droit médical.**

Le site: www.droit.univ-paris.5Fr/eddn/index.php.

الفهرس

إهداء

شكر وتقدير

قائمة المختصرات

1مقدمة
6المبحث التمهيدي :المدخل إلى المسؤولية الجزائرية للطبيب
6المبحث الأول : المدخل إلى المسؤولية الجزائرية للطبيب
7المطلب الأول: ماهية العمل الطبي
8الفرع الأول: المفهوم الفقهي للعمل الطبي
8أولاً: التعريف الضيق للعمل الطبي
9ثانياً: التعريف الموسع للعمل الطبي
11الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعمل الطبي
11أولاً: موقف المشرع الفرنسي والمصري من العمل الطبي
14ثانياً: موقف المشرع الجزائري من العمل الطبي
16الفرع الثالث : موقف القضاء من العمل الطبي
16أولاً: موقف القضاء الفرنسي
17ثانياً: موقف القضاء المصري
18المطلب الثاني: مراحل العمل الطبي وشروط ممارسته
18الفرع الأول : مراحل العمل الطبي
19أولاً: مرحلة الفحص الطبي والتشخيص
20ثانياً: مرحلة العلاج
22ثالثاً : مرحلة الرقابة العلاجية

23 الفرع الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي.
24 أولاً: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب
25 ثانياً: رضاء المريض.
27 ثالثاً: التدخل قصد العلاج.
29 رابعاً: مراعاة الأصول العلمية لمهنة الطب.
32 الفصل الأول: الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية للطبيب .
34 المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي.
35 المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي.
35 الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي.
36 أولاً: معنى الخطأ بوجه عام.
38 ثانياً: معنى الخطأ في المجال الطبي.
41 الفرع الثاني: معيار تحديد الخطأ الطبي.
42 أولاً: المعيار الذاتي (الشخصي) .
43 ثانياً: المعيار الموضوعي (المادي) .
45 ثالثاً: المعيار المختلط.
47 الفرع الثالث: أنواع الخطأ ودرجاته.
48 أولاً: الخطأ الطبي العادي والخطأ الطبي الفني.
50 ثانياً: الخطأ الطبي الجسيم والخطأ الطبي اليسير.
53 ثالثاً: الخطأ الطبي العمدي والخطأ الطبي غير العمدي.
55 المطلب الثاني: تطبيقات قضائية للخطأ الطبي.
56 الفرع الأول: الخطأ في التشخيص.
56 أولاً: الإهمال في التشخيص.
58 ثانياً: الغلط العلمي.
60 الفرع الثاني: الخطأ في وصف الدواء.
63 الفرع الثالث : الخطأ في تنفيذ العلاج والعمليات الجراحية.

64	أولاً: الخطأ في التخدير.....
66	ثانياً: الخطأ في عمليات التجميل.....
70	ثالثاً: الخطأ في عمليات نقل وزرع الأعضاء.....
72	الفرع الرابع: الخطأ في الرقابة.....
74	المبحث الثاني: أركان الخطأ الطبي وصوره.....
75	المطلب الأول: أركان الخطأ الطبي.....
76	الفرع الأول: التعدي خطأ.....
77	أولاً: التعدي الايجابي.....
78	ثانياً: التعدي السلبي.....
80	الفرع الثاني: الضرر الطبي.....
81	أولاً: مفهوم الضرر الطبي.....
82	ثانياً: أنواع الضرر الطبي.....
90	ثالثاً: شروط الضرر.....
95	الفرع الثالث: العلاقة السببية.....
95	أولاً: تحديد معيار رابطة السببية.....
97	ثانياً: تحديد معيار الرابطة السببية في المجال الطبي.....
99	المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي.....
100	الفرع الأول: الفئة الأولى: عدم الاحتياط والرعونة.....
100	أولاً: عدم الاحتياط.....
103	ثانياً: الرعونة.....
105	الفرع الثاني: الفئة الثانية الإهمال وعدم الانتباه.....
105	أولاً: الإهمال.....
107	ثانياً: عدم الانتباه.....
109	الفرع الثالث: عدم مراعاة الأنظمة.....
113	الفصل الثاني: نطاق الجرائم الناجمة عن الخطأ الطبي.....

114	المبحث الأول : الجرائم العمدية.....
115	المطلب الأول: الجرائم المرتكبة قبل ممارسة المهنة.....
115	الفرع الأول :جريمة انتحال الصفة.....
116	أولاً: أركان جريمة انتحال الصفة.....
120	ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة انتحال الصفة.....
122	الفرع الثاني :جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب.....
123	أولاً: أركان جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب.....
128	ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب.....
130	المطلب الثاني: الجرائم المرتكبة أثناء ممارسة المهنة.....
131	الفرع الأول :جريمة إفشاء السر المهني.....
132	أولاً: مفهوم السر الطبي ونطاقه.....
136	ثانياً: أركان جريمة إفشاء السر المهني.....
142	ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة إفشاء السر المهني.....
143	الفرع الثاني :جريمة الإجهاض.....
144	أولاً: أركان جريمة الإجهاض.....
148	ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض.....
150	الفرع الثالث: جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.....
150	أولاً: أركان جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.....
153	ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.....
154	المبحث الثاني: الجرائم غير العمدية.....
156	المطلب الأول: جريمتي القتل والجرح الخطأ.....
157	الفرع الأول: جريمة القتل الخطأ.....
157	أولاً: تعريف جريمة القتل الخطأ.....
159	ثانياً: أركان جريمة القتل الخطأ.....
165	ثالثاً: العقوبة المقررة لجريمة القتل الخطأ.....

168	الفرع الثاني: جريمة الجرح الخطأ
169	أولاً: أركان جريمة الجرح الخطأ
172	ثانياً: العقوبة المقررة لجريمة الجرح الخطأ
174	المطلب الثاني: حالات انعدام رابطة السببية في جرمي القتل والجرح الخطأ
175	الفرع الأول: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ
176	أولاً: مفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ
180	ثانياً: أثر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في المجال الطبي
182	الفرع الثاني: خطأ المضرور (المريض)
183	أولاً: حالة استغراق أحد الخطأين للآخر
185	ثانياً: حالة الخطأ المشترك
187	الفرع الثالث: خطأ الغير
188	أولاً: تحديد معنى الغير
190	ثانياً: تعدد المسؤولين وأثرهم في مسؤولية الطبيب
192	خاتمة
195	قائمة المراجع
208	الفهرس