

34. 10. 7 98
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق

المسؤولية الجنائية الأطباء عن

الأخطاء المستترة في الطب و البراعة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام و العلوم الجنائية

من إعداد :

مكرلوف وهيبة

لجنة المناقشة:

- 1- أ. تشوار جيلالي، أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، رئيسا.
- 2- أ. العربي شحط عبد القادر، أستاذ محاضر، جامعة وهران، مشرفا و مقررا.
- 3- أ. قلفاط شكري، أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، مناقشا.
- 4- أ. مامون عبد الكريم، أستاذ مساعد مكلف بالدروس، جامعة تلمسان، مناقشا.

السنة الجامعية 2005/2004

إهداء

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى أساتذتي في كل مراحل
الدراسة الذين بفضلهم توصلت إلى هذا المستوى من الدراسة.
كما أتقدم بشكري الكبير للأستاذ الدكتور العربي شحط عبد القادر
على قبوله الإشراف على رسالتي بدون تردد وتقديمه لي يد العون بدون كلل
أو ملل.

كما لا يفوتني أن أتقدم بشكري إلى الأستاذ شنة محمد من جامعة
البحرين على النصائح القيمة التي قدمها لي دون أن يبخل علي بوقته إلى
جانب تشكراتي إلى كل من الأستاذ رايس محمد و الأستاذ شهيدة قادة
و كل الأساتذة بجامعة تلمسان على النصائح و الإرشادات التي قدموها لي
و ساعدتني في إعداد هذه المذكرة. دون أن أنسى الأستاذ بصغير مراد من
جامعة معسكر و الأستاذ أوسكين عبد الحفيظ و الأستاذ قمر اوي عز الدين
من جامعة وهران على مجموعة الكتب القيمة التي قدمها إلي، و التوجيهات
و النصائح القيمة التي أعانتني خلال تحضير هذا العمل المتواضع.

شكرات

أول كلمة شكر أتقدم بها إلى عائلتي من كبيرها إلى صغيرها
أخص بالذكر والدي الكريمين علي تحملهم لي طيلة فترة دراستي
خاصة صبرهم علي أثناء تحضيرتي لهذه الرسالة.
و أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى الأستاذ بومديو عبد
الله علي تشجيعاته المتواصلة لإعداد هذه المذكرة، إلى جانب شكري
المليء بالإحترام إلى الأستاذين شناني جمال و مسلم سعيد علي
المساندة المعنوية التي قدماها إلي.

و إلى كل زميلاتي الأساتذة في سلك المحاماة بمحكمة أرزيو اللواتي
شجعن معنويا علي تحقيق هذا العمل، دون أن أنسى الأستاذة شاط
مونية بمحكمة وهران علي كل الجهود التي بذلتها لمساعدتي في إتمام
هذا العمل علي خير. دون أن أنسى شكر كل عمال مكتبة الحقوق
بجامعة تلمسان و جامعة وهران علي المساعدات القيمة التي قدموها
إلي التي سهلت علي عملي و هذا لتشجيع البحث العلمي.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أوجه شكري إلى السيد " طابري
توفيق " و " بلعاليا رضا " علي الجهود القيمة التي بذلها في كتابة
و طباعة هذه المذكرة و علي تحملهم و صبرهم علي أثناء إعدادها.

قائمة المختصرات

LISTE DES ABREVIATIONS

Art	Article
B	Bulletin
Cass.Crim	Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation
Con.int.mor.med	Congrès international de morale médicale
C.D	Code déontologie
C.f	Se Conformer
D	Dalloz (France)
D.P	Dalloz Périodique
D.H	Dalloz Hebdomadaire
Dr.Pén	Droit Pénale
Ed	Edition
Encycl	Encyclopédie
G.P	Gazette du palais
J.C.P	Juris- Classeur Périodique (semaine juridique) (France)
L.G.D.J	Libraire Générale de Droit et de Juris Prudence
OP.Cit	Ouvrage cité
P.U.F	Presses Universitaires de France
Rev.Sc.Cr	Revue Trimestrielle de la science criminelle et Droit Pénale Comparé
R.T.D.C	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Somm	Sommaire
T.G.I	Tribunal de Grande Instance.

مقدمة :

إن الهدف الأسمى لجميع فروع العلم هو توفير الحياة الهانئة لبني الإنسان. ومما لا شك فيه أن صحة الإنسان هي قمة تلك الحياة ، و على مر العصور فإن الإهتمام بها كان هو الشغل الشاغل و المحور الرئيسي لأبحاث العلماء على اختلاف تخصصاتهم. و لقد أدى الإهتمام بفروع علوم الطب إلى تقدم كبير و مذهل أصبح من الصعب على غير المتخصصين ، بل في بعض الأحيان على المتخصصين أنفسهم متابعة ذلك التطور الكبير، و الإطلاع على أحدث طرق التشخيص و العلاج.

و لقد واكب تقدم طرق العلاج تطورا كبيرا في علم الطب و الجراحة، و أصبح بالإمكان التغلب على الجديد من الأمراض و حماية صحة الإنسان و حياته ، فعلى يد الجراح أمكن استبدال قلب المريض بأخر سليم، و تغيير أعضاء و أجهزة من جسم الإنسان إلى غيره. و كان للتقدم العلمي و التكنولوجي أثر في تطور و سائل العلم الطبي ، مما نتج عنه العديد من الأخطاء الطبية نتيجة استخدام هذه الوسائل .

كل هذا أثار موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب عن أخطائه الطبية التي ما زال تثير العديد من الجدل و النقاش بين رجال القانون و الأطباء في حالة قيام الطبيب بعمل يشكل خروجاً أو مخالفة لأحكامها . و أدى كل هذا إلى خلق صور عديدة للمسؤولية الطبية . فالطبيب الذي يرتكب خطأ يمكن أن يجد نفسه أمام مسؤوليات مختلفة و متعددة، فقد يتسبب بخطئه في إحداث ضرر مادي أو أدبي للغير و يلزم بالتعويض عنه ، فتقوم في هذه الحالة مسؤوليته التقصيرية ، كما قد يخل بالإلتزامات التي تنشأ عن العقد الذي يربطه بالمريض فيكون مسؤولاً مسؤولية تعاقدية⁽¹⁾. كما أن الطبيب الذي يخل بواجباته الوظيفية ، قد يسأل تأديبياً على حسب الهيئة التي يكون تابعاً لها ، بالنظر إلى الأخطاء التي تصدر عنه ، وتوقع عليه جزاءات تأديبية منصوص عليها في مدونة أخلاقيات مهنة الطب⁽²⁾ .

كما قد تقوم المسؤولية الإدارية ، المتمثلة في تعويض المضرور عما حل به من أضرار مادية و معنوية من طرف المستشفيات العامة أمام الجهات القضائية الإدارية،

(1) أنظر، عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000، ص.18.

(2) أنظر، محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1997، ص.14.

على أساس الخطأ الوظيفي المرتكب من طرف إدارة مرفق الصحة العام أو أحد تابعيها أو على أساس نظرية المخاطر المقررة في المسؤولية بدون خطأ⁽³⁾ .
و التشريعات الجنائية هي التي تحدد طبيعة الأفعال و التصرفات التي تعد غير مشروعة و معاقبا عليها طبقا لمبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص. و هذا النوع من المسؤولية هو الذي سنركز دراستنا عليه .

كما يمكن القول أن المسؤولية الجنائية للأطباء تتحدد بالإلتزام القانوني القاضي بتحمل الطبيب الجزاء أو العقاب نتيجة إتيانه فعلا أو إمتناع عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها التشريعات الجنائية أو الطبية⁽⁴⁾ .

و على هذا النحو لا تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية إذا كان عمله يستند إلى أساس قانوني، و توافرت فيه الشروط الأخرى التي إستقر عليها الفقه القانوني و القضاء لمشروعية العمل الطبي .
و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للمسؤولية الجنائية للأطباء، وهذا ما يجعلنا نرجع إلى التعاريف الفقهية :

هناك من يذهب إلى القول أننا نكون بصدد مسؤولية جنائية للطبيب عندما يقوم هذا الأخير بارتكاب جرائم مختلفة أثناء ممارسته لنشاطه الطبي و التي تمس بسلامة جسم و حياة المريض.⁽⁵⁾

و هناك اتجاه آخر يذهب إلى القول أن المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم إذا ارتكب جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات و التي من شأنها أن تمس صحة و سلامة جسم الغير⁽⁶⁾ .

و اعتبرها آخرون أنها تنشأ عن كل مخالفة للقانون يرتكبها الطبيب و يكون معاقبا عليها بغرامة أو حبس ، و يمكن الحديث في هذا المجال عن جنحتي الجرح الخطأ و القتل الخطأ⁽⁷⁾ .

(3) أنظر ، مقال حول المسؤولية المدنية و الجزائية و الإدارية للطبيب ، M. Gueut-Develay ،

<http://www.droitmedical.org> ، ص.7.

(4) أنظر، أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء. دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1990، ص.9.

(5) C.f, Jean Penneau, la responsabilité du médecin, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996, P.83.

(6) C.f, M.M. Hannouz et A.R Hakem, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, offices des publications universitaires, Alger, 2000, P.85.

(7) C.f, Jean Guérin, guide pratique de responsabilité médical, les médecins devant les tribunaux, l'Argus, Paris, 1979, P. 163.

و المسؤولية الجنائية للأطباء تجد جذورها في العصور القديمة، إذ نجد قدماء المصريين عرفوا فن الطب، كما أن الشريعة الإسلامية الغراء تعد أول تشريع في العالم ينظم أحكام الطب و هذا منذ خمسة عشر (15) قرنا و قبل القوانين الطبية الوضعية⁽⁸⁾.

كما يعد موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء، أحد الموضوعات الأساسية في قانون العقوبات⁽⁹⁾. ففي الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالأفعال المبررة، بين المشرع أساس مشروعية العمل الطبي المتمثل في إذن القانون. و في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث الخاص بالجنايات و الجنح ضد الأشخاص، نص المشرع على جرائم القتل و الجرائم الأخرى الرئيسية و أعمال العنف العمدية و جرائم القتل الخطأ و الجرح الخطأ، و التي تشمل غالبية الجرائم التي يمكن أن تقع من الأطباء أثناء ممارستهم للمهنة.

و قد أوجدت بعض الأعمال الطبية المستحدثة ميدانا خصبا للجدل العلمي بين رجال القانون و الطب و علماء الاجتماع و الأخلاق و الدين بشأن مدى انسجامها مع القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي و القواعد الأخلاقية و الأعراف الإجتماعية⁽¹⁰⁾. و شمل الخلاف كذلك مدى أهمية تدخل المشرع لتنظيم إجراءات تدخل الطبيب في هذه المجالات، و الجزاءات الملائمة التي توقع في حالة مخالفة الأحكام و القواعد القانونية.

و بناء على ذلك كان إختيارنا لموضوع البحث في المسؤولية الجنائية للأطباء خاصة في مجال الوسائل الفنية الحديثة لبيان مدى مسؤوليتهم عن تلك الوسائل.

إن تحديد المقصود بالأعمال الطبية المستحدثة، يكون بالرجوع لمعيارين متكاملين، الأول زمني بإعتبار أن ظهور هذه الأعمال كان منذ مدة زمنية قصيرة والثاني يتعلق بطبيعة هذه الأعمال التي تخرج عن الأطر التقليدية لممارسة العمل الطبي⁽¹¹⁾.

و الوسائل الطبية الحديثة عديدة و متنوعة منها ما يتعلق بجراحة التجميل و الأمراض النفسية و العقلية و تغيير الجنس و زرع الأعضاء البشرية، و التعقيم

(8) أنظر، بلحاج العربي، الأخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة

الثالثة عشر، العدد 52، نوفمبر - ديسمبر 2001، جانفي 2002، الرياض، ص.7.

(9) أمر رقم 66 156، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات.

(10) أنظر، منذر الفصل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1995،

ص.7.

(11) أنظر، مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية

- دراسة مقارنة -، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص.397.

بالنسبة للرجال والنساء و زرع الأجنة و غيرها. و عليه لن نتناول مجالات الطب الحديثة كافة، بل سنقتصر على أربع مجالات تعد أكثر خطورة و تثير مشاكل متعددة النواحي عمليا، و هي كالتالي : التلقيح الإصطناعي و تغيير الجنس، و كذا عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية و الجراحة التجميلية .

و الهدف من إختيارنا لهذا الموضوع ، هو حدائته و زيادة الإهتمام به و الإقبال عليه و تعلقه بحقوق الإنسان، كالحق في سلامة البدن و الحق في الرعاية الصحية، بالإضافة إلى حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة على جسم المريض هذا من جهة، و من جهة أخرى توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم. فالطبيب الذي يخشى قيام المسؤولية سيحجم عن الإقدام على فحص المريض و تبني الطرق اللازمة التي تستدعيها حالته⁽¹²⁾. كما يعتبر هذا الموضوع من الموضوعات المهمة للسياسة الجنائية الحديثة لأنه يساعد في مدها بأفكار جديدة.

كما أن من أثر التقدم في العلوم الطبية زيادة المخاطر و إقتراب هذه الأجهزة من جسد الإنسان للفحص أو التشخيص ، الشيء الذي يقتضي ضرورة تغيير و تطور التشريعات حماية للإنسان من الآثار الضارة للتقدم الطبي و تشجيعا للأطباء على الإبتكار و التقدم العلمي.

إن إستخدام الطرق و الأساليب الطبية الفنية الحديثة، يطرح مشاكل عملية تؤدي بنا إلى التساؤل، حول مدى كفاية مبادئ و نصوص قانون العقوبات و إمامها بجميع أنواع الجرائم التي يمكن أن تصدر عن الأطباء و إذا استطاعت أن تواكب التطورات العلمية الحديثة في المجال الطبي بما يكفل ضمان سلامة جسم الإنسان. و لهذا إرتأينا تقسيم هذا البحث إلى فصلين رئيسيين يسبقهما فصل تمهيدي نعرض من خلاله إباحة المساس بسلامة الجسم لأجل ممارسة الأعمال الطبية ، و تعرضنا في الفصل الأول إلى مسؤولية الطبيب الجزائية عن عمليات التلقيح الإصطناعي و تغيير الجنس. أما في الفصل الثاني فسنتناول مسؤولية الطبيب الجزائية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية و الجراحات التجميلية .

(12) أنظر، طاهري حسين، الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة -، دار هومة، الجزائر، سنة 2002،

الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي:

إباحة المساس بسلامة الجسم لأجل ممارسة الأعمال الطبية:

الأصل طبقاً لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعها مباحة ما لم يخضع المشرع فعل منها لنص التجريم. و يقرر من أجله عقوبة، حفاظاً لمصلحة معينة يراها المشرع جديرة بالحماية. فإذا جرم المشرع أفعال الضرب أو الجرح، فذلك من أجل حماية حق الإنسان في سلامة جسمه و تكامله الجسدي.

وعليه ، فإن الفعل الذي لا يتناوله المشرع بالتجريم من الأصل يكون مباحاً إباحتاً أصلية عملاً بقاعدة أن "الأصل في الأشياء الإباحة". أما الفعل الذي يخضع ابتداءً لقاعدة التجريم، و لكن يسمح المشرع به استثناءً إذا وقع في ظروف معينة و محددة يكون مباحاً. و إستثنائية هذه الظروف التي نص عليها المشرع و جعل من آثارها إباحتاً الفعل المجرم تسمى أسباب الإباحة أو الأفعال المبررة.

و مما لا شك في أن ممارسة العمل الطبي و الجراحي يتطلب المساس بسلامة جسم الإنسان، ولما كان المشرع الجنائي يجرم أفعال المساس بسلامة الجسم سواء في صورتي الجرح أو الضرب، فإن عمل الطبيب أو الجراح يتطابق مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم، و لكن المتفق عليه هو إباحتها لأنه يهدف إلى تحقيق سلامة جسم الإنسان، وفي ذلك تحقيقاً لمصلحة أكيدة للمجتمع نفسه. و من ثم فإنه لا يخضع العمل الطبي لنص التجريم إذا توافرت شروط معينة، و هذا ما يقتضي منا تحديد عناصر العمل الطبي و مراحلها و البحث عن أساس مشروعيته لنفي مسؤولية الطبيب أو الجراح في (المبحث الأول)، إضافة إلى تحديد الأخطاء الطبية، و أركان المسؤولية الجزائية الناجمة عن الأخطاء الطبية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

العمل الطبي و تحديد أساس مشروعيته:

في بداية تعريف هذا المبحث سنتناول في المطالب الأول العمل الطبي بصورة عامة و نتعرض في المطالب الثاني لأساس مشروعية العمل الطبي.

المطلب الأول:

تعريف العمل الطبي :

من خلال هذا المبحث نحاول إعطاء تعريف للعمل الطبي بصورة واضحة لتمييزه عن غيره من الأعمال التي قد تختلط به و لعل تحديد مدلوله يعد من الأمور العسيرة و المعقدة، فضلا عن صعوبة الوصول إلى ما يثيره علم الطب من غموض، كما سنتطرق إلى أساس إباحة كل من العمل الطبي و العمل الجراحي (الفرع الأول) و المراحل التي يمر بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

ماهية العمل الطبي :

أ- تعريف العمل الطبي :

لقد اختلفت آراء الفقه حول تعريف العمل الطبي، و جاءت متباينة على النحو التالي: يذهب جانب من الفقه إلى تعريفه بأنه : " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، و يجب أن يستند ذلك العمل على الأصول و القواعد الطبية المقررة في علم الطب، فالجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن السحر والشعوذة"⁽¹⁾.

كما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن : " العمل الطبي أيا كان من يمارسه لا يكون أكثر من ضرورة لفن العلاج، و أنه يتعلق بحرية العمل على جسم المريض"⁽²⁾.

و عرفه الآخرون بأنه : " ذلك العمل الذي يكون أساس إجراءاته و تنفيذه تحقيق مصلحة مباشرة للمريض"⁽³⁾.

و عرفه البعض بأنه: " هو ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء و تخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض".

(1) C.f, Savatiez. R, Traite du droit médical, paris, 1956, P11, 12 ; Henri anrys, les professions médicales et paramédicales dans le marché commun , Bruxelles, 1979, P. 67.

(2) C.f, M.M.F. Heger Gilbert et P. gloriaux, la nécessité d'un critère de l'acte médical, le conf.int. Med, Paris, 1955, T.1, P. 74.

(3) C.f, M.M.F. Heger, Gilbert et P. gloriaux. Op. Cit, p. 79.

من استقراء التعاريف السابقة، يتضح أنها جاءت ناقصة.

- 1- أنها قصرت نطاق العمل الطبي على العلاج، دون ذكر الأعمال الطبية الأخرى التي تكون غايتها المحافظة على صحة و حياة الإنسان، أو تنظيم حياته.
 - 2 - أنها أغفلت الإشارة إلى مراحل العمل الطبي الأخرى و التي تعتبر من الأعمال الطبية كالفحص و التشخيص و الوقاية.
 - 3- أغفلت أيضا شروط مشروعية العمل الطبي.
- و نظرا لهذه العيوب التي شابت التعاريف السابقة، ذهب جانب من الفقه المصري إلى تعريف العمل الطبي بأنه: " ذلك النشاط الذي يتفق في كميته و ظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب و ينتج في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمر، إلى شفاء المريض. و الأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا، أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه، و لكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسبابه سواء الصحية أو مجرد الوقاية من المرض"⁽⁴⁾.

و هذا التعريف و إن كان شاملا بحيث شمل العلاج من الأمراض و الوقاية منها، إلا أنه لم يتضمن مشروعية العمل الطبي، فقد يكون العمل من حيث الموضوع طبيا و لكنه من حيث الشكل غير مشروع لإتيانه من غير طبيب، أو أن يتم بدون رضاء المريض أو توافر قصد الشفاء، أو إتباع الأصول الطبية .

و عليه نؤيد التعريف التالي للعمل الطبي الذي يذهب إلى أن: " العمل الطبي هو كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، و يتفق في طبيعته و كميته مع الأصول العلمية و القواعد المتعارف عليها نظريا و علميا في علم الطب، و يقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف عن المرض و تشخيصه و علاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو الحد منه، أو منع المرض أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة إجتماعية شريطة توافر رضاء من يجرى عليه هذا العمل"⁽⁵⁾.

يتضح من هذا التعريف أنه شمل كل جوانب العمل الطبي و المتمثلة في ما يلي :
أولا: طبيعة النشاط، إذ يتطلب أن يكون متفقا مع الأصول العلمية في الطب و المبادئ العلمية المتعارف عليها نظريا و علميا بين الأطباء.
ثانيا: حدد صفة القائم بالعمل الطبي، فاشتراط صفة الطبيب في من يزاوّل هذا النشاط.

(4) و (5) أنظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص176

ثالثا: تجاوز غاية النشاط الطبي، و هو تحقيق الشفاء أو التخفيف من آلام المرض أو الحد منها إلى المحافظة على صحة الفرد أو حياته.
رابعا: حدد هذا التعريف مراحل العمل الطبي المختلفة، من فحص و تشخيص و علاج ووقاية بعد أن كان نطاق هذا العمل محصورا في العلاج.
خامسا: تطلب رضاء المريض الصريح و الحر، أو رضاء من ينوب عنه قانونا قبل مباشرة العمل الطبي.

في حين أن تعريف العمل الطبي من الوجهة القضائية، و من خلال تحليل بعض أحكام القضاء الفرنسي، نلاحظ أنه كان فيه تطور، إذ اتسع نطاقه في مفهوم قضاء النقض، و كان في بدء الأمر محددا في العمل العلاجي، و عملا بهذا المفهوم قضت محكمة النقض الفرنسية أنه " يعد مرتكبا لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج مرض دون أن يكون مرخصا له بذلك"⁽⁶⁾ ثم تغير مفهومه من خلال حكم محكمة النقض: " أنه يعد مزاولا لمهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض"⁽⁷⁾.

و بعدها اتسع مفهوم القضاء للعمل الطبي فشمّل الفحوص البكتريولوجية و التحاليل الطبية و ظهر ذلك في أحكام النقض الحديث إذ قضى بمعاقبة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوص الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بعقوبة جريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب .

و ما دام أن المشرع الجزائري لم يورد في نصوصه القانونية تعريفا للعمل الطبي، فما علينا إلا تبني التعريف الذي جاء به الفقه و هنا يثار التساؤل حول أساس إباحة العمل الطبي و هذا ما سنحاول توضيحه.

ب- أساس إباحة العمل الطبي :

و سنعالجه من خلال التطرق لأساس الإباحة في الفقه و موقف القانون الجزائري.

أولا: الجدل الفقهي حول أساس الإباحة:

ثار الخلاف بين الفقهاء بشأن الأساس السليم لإباحة عمل الطبيب أو الجراح و تمخضت عن ذلك ثلاثة آراء رئيسية:

الرأي الأول: رضاء المريض.

و الرضاء عند أصحاب هذا الرأي يعني تنازل المريض على الحماية التي يقرها القانون لجسمه، فتنتفي بذلك عن العمل الطبي صفة الإعتداء على حق يحميه القانون، فيعد بذلك فعلا مباحا.

(6) C.f, Crim 20- 06-1929, b. Crim. 1929. m 172.

(7) C.f, Crim 20- 02-1957, b. Crim. 1957. m 174-176.

و هذا الرأي معيب لأن الحق في سلامة الجسم ذو أهمية اجتماعية واضحة، بل أنه حق للمجتمع الذي يهمله محافظة كل فرد من أفرادها على سلامة جسمه كي يستطيع القيام بوظائفه التي يفرضها عليه المجتمع الذي يعيش فيه. و أثر رضاء المريض ينصرف إلى الجانب الفردي للحق دون الجانب الاجتماعي فيظل حق المجتمع قائماً ويظل فعل الإعتداء خاضعاً للتجريم⁽⁸⁾.

الرأي الثاني: إنتفاء القصد الجنائي.

إتجه بعض من الفقه إلى البحث في إطار الركن المعنوي للجريمة وذهب إلى القول أن أساس الإباحة هو إنتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب لأن إرادته لم تتجه إلى الإضرار بصحة المريض أو إيقاع الأذى به و إنما إتجهت إلى شفائه من مرضه و تخفيف آلامه⁽⁹⁾.

و هذا الرأي بدوره معيب، إذ ينطوي على تحديد غير صحيح لعناصر القصد الجنائي و يخلط بين عناصر القصد و الباعث. فالباعث ليس ركناً من أركان الجريمة و لا عنصراً من عناصرها، و قد يكون الباعث شريفاً، و مع ذلك يتوافر القصد الجنائي⁽¹⁰⁾. و في مجال العمل الطبي و الجراحي الذي ينطوي على المساس بسلامة الجسم يعلم الطبيب أو الجراح طبيعة العمل، و أن من شأنه إحداث الجرح أو غير ذلك من صور المساس بسلامة الجسم، و تتجه إرادته إلى هذه النتيجة، و لكن الباعث على هذا العمل يختلف عنه في جرائم الإعتداء على الأشخاص. فالطبيب يقصد شفاء المريض بينما في جرائم الإعتداء على الأشخاص تتجه إرادة الجاني إلى إحداث الضرر بالمجني عليه و إيدائه .

الرأي الثالث: ترخيص القانون.

إتجه أنصار هذا الرأي إلى القول بأن إباحة الأعمال التي يباشر بها الأطباء على أجسام المرضى ترجع إلى استعمال حق مقرر بمقتضى القانون لهؤلاء الأطباء لمباشرة مهنة الطب⁽¹¹⁾.

والنتيجة المنطقية لوجود هذا الترخيص القانوني الذي يأذن بموجبه المشرع في ممارسة مهنة الطب وفق الشروط و القواعد التي يحددها هي اعتراف المشرع

(8) أنظر، محمد عبد الوهاب الجولي ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إستخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة دراسة مقارنة .، دون دار النشر، الطبعة الأولى، سنة 1997، ص 06.

(9) أنظر، كتاب ماروك نصر الدين، الحماية... ، ص 259.

(10) أنظر نقض 3-10-1939، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الرابع ، رقم 417 ، ص . 585 .

(11) أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية، سنة 1986 ، ص.28.

لطائفة الأطباء بحقهم في مباشرة الأعمال الطبية، و من إباحة جميع الأفعال التي يباشرون من خلالها هذا الحق⁽¹²⁾.

و تأييدا لما ذهب إليه الفقه قضت المحاكم المصرية و الفرنسية في الكثير من أحكامها بأن الطبيب أو الجراح لا يعد مرتكبا لجريمة الجرح العمدي لأن قانون مهنته و إلى جانب شهادته الدراسية يرخص له إجراء العمليات الجراحية على أجسام المرضى و بهذا الترخيص وحده ترفع مسؤوليته الجنائية عن فعل الجرح⁽¹³⁾.

و يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن المشرع و إذن المريض⁽¹⁴⁾.

و يظهر أن هذا الأساس الفقهي هو الأقرب للصواب، لأنه راع مضمون الحق في سلامة الجسم على نحو السليم، ذلك أن الحق في سلامة الجسم هو مصلحة لصاحبه في التمتع بعناصر هذا الحق على نحوها الطبيعي، بيد أن هذا الحق ترد عليه إرتفاقات معينة يحددها القانون و على ذلك إذا حصل الطبيب على رضاء المريض باعتباره صاحب الحق في سلامة الجسم في القدر المعترف له به فإن مؤدى ذلك إباحة الأعمال الطبية في هذا النطاق تأسيسا على هذا الرضاء. فإذا أضفنا لذلك إذن الشرع بإتيان هذه الأعمال، فأثر هذا الإذن ينصرف إلى إباحة الأعمال الطبية إذا مست النطاق المحدد للمجتمع و من ثم يعد الفعل من أفعال الإباحة.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري.

بعد أن تعرضنا إلى أساس الإباحة من خلال مواقف الفقه نتطرق لموقف القانون الجزائري من هذه الآراء لمعرفة الأساس القانوني لإباحة العمل الطبي والعمل الجراحي.

بخصوص العمل الطبي تنص المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها⁽¹⁵⁾ على أنه : " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخص يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

(12) أنظر، محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العالمية، سنة 1962، ص. 118.

(13) أنظر، نقض مصري، 1958/10/27، مجموعة الأحكام س 9، رقم 208، ص. 849.

أنظر، نقض مصري، 1968/01/08، مجموعة الأحكام س 9، رقم 208، ص. 21.

أنظر، نقض فرنسي، 1937/07/01، سيرى 1938-1-193، Tortat، الدالوز الأسبوعي، 1938، ص. 537.

(14) أنظر، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط 2، (دون دار النشر)، القاهرة، سنة 1987، ص. 42.

(15) قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08.

أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية دكتور في الطب⁽¹⁶⁾ أو جراح الأسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها...".

كما نص في المادة 02 من مدونة أخلاقيات الطب⁽¹⁷⁾ على ما يلي: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عنها في التشريع و التنظيم المعمول بهما".

و يتضح من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري يؤسس إبادة مباشرة العمل الطبي و الجراحي على ترخيص القانون الذي يسلم من وزير الصحة. و عن طريق هذا الترخيص يستطيع الأطباء مباشرة جميع الأعمال التي يجيزها هذا الإذن، كإحدى تطبيقات إبادة المساس بسلامة الجسم إستعمالا للحق. كما يتضح أيضا أن مشروعية الطبيب أو الجراح لا تستند إلى شهادة في العلوم الطب بقدر ما تستند إلى ترخيص بمزاولة المهنة الطبية أو الجراحية، و ينبني على ذلك أن كل شخص يحدث جرحا للغير، و هو يعلم أن هذا الفعل يؤلم المجروح و لا تحميه نصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها، و لا يشمل سبب الإبادة فإنه يسأل عن الجروح العمدية و نتائجها وفقا لأحكام المواد 264 و 266 من قانون العقوبات الجزائري و لا يقبل منه الدفع بأنه متحصل على شهادة العلوم الطبية أو أنه ارتكب الفعل برضاء المريض أو أن الغرض الذي قصده هو شفاء المريض، و قد تحقق أو بأنه لم يقع منه خطأ مادي أو فني، إذ أن فعله قد وقع غير مشروع ابتداء. وهذا ما نصت عليه المادة 198 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بقولها: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أو صيدلي إختصاصا إذا لم يكن حائزا على شهادة في الإختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بها " ⁽¹⁸⁾.

و عليه، فإن كل من يمارس عمل طبي أو جراحي يجب أن يكون مرخصا له بمزاولة مهنة الطب، و هذه الرخصة تمنح له من وزارة الصحة، و لكن ما يجب أن يلاحظ هنا هو أن مجرد الحصول على المؤهل الدراسي لا يعني الحصول على الترخيص القانوني فالأمران مختلفان، فقد لا يحصل صاحب المؤهل الدراسي على الترخيص و من ثم لا يستطيع ممارسة مهنة الطب. و العلة من اشتراط الترخيص لمزاولة مهنة الطب أو الجراحة تكمن في أن القانون لا

⁽¹⁶⁾ يتحصل الطالب الجزائري على الدكتوراه بعد دراسة جامعية تدوم 07 سنوات، منها 06 دراسة نظرية و سنة

دراسة تطبيقية ثم بعدها يتحصل على ترخيص من وزارة الصحة يؤهله لممارسة العمل الطبي.

⁽¹⁷⁾ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06-07-1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية عدد

52، بتاريخ 08-07-1999

⁽¹⁸⁾ تستغرق دراسة طبيب جراح 9 سنوات كاملة، 06 منها دراسة جامعية و تطبيقية، و 03 سنوات دراسة

متخصصة في الجراحة و قد تختلف هذه المدة من تخصص لآخر .

يثق في غير من رخص لهم بالعلاج، إذ يعتبرون في تقديره الذين يستطيعون القيام بعمل طبي يطابق الأصول العلمية و يتجه في ذاته إلى شفاء المريض.

و كل شخص لا يحترم هذه القاعدة يعد ممارسا لمهنة الطب بطريقة غير شرعية حسب أحكام المادة 214 من قانون حماية الصحة التي تنص على أنه: " يعد ممارسا الطب و جراحة الأسنان و الصيدلية ممارسة غير شرعية... كل شخص يمارس الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة دون أن تتوافر فيه الشروط المحددة في المادة 197 من هذا القانون، أو خلال مدة منعه من الممارسة..." و تكون عقوبته حسب ما ورد في أحكام المادة 234 من ذات القانون و التي بدورها تحيل على المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري.

نخلص من كل ما تقدم إلى القول بأن المشرع الجزائري في إباحته العمل الطبي الجراحي قد ساير الرأي الثالث، و هو الرأي الذي نعتقد أنه الراجح و الذي أخذت به معظم التشريعات المقارنة.

الفرع الثاني:

مراحل العمل الطبي:

كان للتطور الطبي أثرا كبيرا على العمل الطبي، فقد إتسع نطاق العمل الطبي ليشمل الفحص الطبي Consultation، و التشخيص Diagnostic، و العلاج Traitement، كما ظهر إلى جانب ذلك عنصر جديد و هو الوقاية la Prévention التي تعدت العلاقة المباشرة بين المريض و طبيبه فلا يلزم أن يكون المرض قد حدث فعلا حتى يعتبر العمل من الأعمال الطبية. و قد كشف العلم الحديث عن وسائل علمية و طبية يمكن عن طريقها تفادي الأمراض مثل التطعيم ضد بعض الأمراض. كما أدخل التغيير الإجتماعي فكرة جديدة لم تكن معروفة قديما و هي فكرة الفن الصحي و هي التي تعدى بها العمل الطبي نطاق الطب الوقائي Medicine preventive⁽¹⁹⁾. فأصبح الشخص في الوقت الحالي لا يطلب من الطبيب أن يشفيه من المرض أو التخفيف من آلامه فقط، بل يطلب منه أن ينظم له حياته، و حالته الصحية و النفسية، فأصبح من حق الطبيب أن يصف لمريضه الهرمونات و الفيتامينات اللازمة و الغذاء المناسب لحالته الصحية، أو استئصال أحد أعضاء الجسم لنقلها إلى شخص مريض، أو نقل الدم من شخص لآخر. لهذا لم يعد العمل الطبي موضوعه و جوهره شفاء المريض فحسب و إنما أصبح يتصل بسيطرته على جسم الإنسان.

(19) C.f, Organisation Mondiale de la Santé, Genève 1976, p.44 et s, "L'éléments de santé dans la protection des droits de l'homme face aux progrès de la biologie et de la médecine.»

من كل ما تقدم، يمكن تقسيم مراحل العمل الطبي حسب تسلسلها إلى مرحلة الفحص و مرحلة التشخيص و مرحلة العلاج و تحرير الوصفة الطبية ثم مرحلة الرقابة الطبية و الوقاية و عليه نقسم هذا المطلب كما يلي:

أولاً: مرحلة الفحص الطبي.

يعتبر الفحص الطبي بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب، و يتمثل في فحص الحالة الطبية للمريض بفحصه فحصاً ظاهرياً، و ذلك بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض و جسمه، هذا ما نصت عليه المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب. و يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعرة الطبية و جهاز قياس الضغط أو خافض اللسان أو غيرها من الأدوات الطبية البسيطة التي تستخدم في عملية الفحص. و قد يلجأ الطبيب أحياناً إلى استخدام يده أو أذنه أو عينه في إجراء الفحص و الغاية من هذا الفحص هو إثبات أو تحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد في وضع التشخيص للمرض. و هذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يجب أن تتوفر للطبيب... في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة...".

هذا و قد قسم القضاء الفرنسي الفحص الطبي إلى مرحلتين :
المرحلة الأولى: هي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدماً يده أو أذنه أو عينه أو بعض الأجهزة البسيطة كمقياس الحرارة أو الشوكة الرنانة أو العدسات المكبرة أو خافض اللسان.

المرحلة الثانية: أطلق عليها مرحلة "الفحص التكميلي" و هي التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا لبيان حالة المريض كاستخدامه التحاليل الطبية و الأشعة و إجراء رسومات القلب أو استخدام المناظر الطبية أو الموجات فوق الصوتية و التي تساعد في وضع التشخيص.

ثانياً: مرحلة التشخيص.

في هذه المرحلة يحاول الطبيب أن يترجم هذه الدلائل و الظواهر الناجمة عن الفحص الطبي، لكي يستخلص منها النتائج المنطقية و الصائغة وفقاً للمعطيات العلمية لوضع التشخيص و تحديد نوع المرض و مركزه بين أنواع الأمراض الأخرى، و هو في هذه الحالة يختلف عن الفحص.

و هذا ما نصت عليه المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يخول الطبيب... القيام بكل أعمال التشخيص... و التشخيص يؤدي إلى التحقق من وجود معين. أما الفحص فقد لا يؤدي إلى نتيجة معينة، فهو بذلك عبارة عن إثبات أو التحقق من وجود دلائل و ظواهر معينة، أما ترجمة هذه الدلائل لإستخلاص نتائج منها فهو التشخيص، وفي سبيل التشخيص قد يلجأ الطبيب إلى الإستعانة

بأطباء الأشعة التشخيصية أو التحاليل الطبية، لأن ذلك يساعد الإستقصاء على حقيقة المرض و دقة تشخيصه من أجل وصف العلاج المناسب.

هذا و قد عرف جانب من الفقه التشخيص بأنه " البحث و التحقق من نوع المرض الذي يعاني منه المريض، و يقوم بتشخيصه الطبيب سواء كان ممارسا عاما أو متخصصا"⁽²⁰⁾.

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: " العمل الذي يشتمل على البحث و تحديد الأمراض أو الإصابات الجراحية عند الشخص المريض"⁽²¹⁾.

و عرفه آخرون بأنه: " العمل المحدد للأمراض عند المريض و صفاتها و أسبابها".

و نخلص من هذه التعاريف إلى أنه يتطلب لإجراء التشخيص أن يتوافر لدى الطبيب شرطان المعرفة العلمية و البحث لتحديد المرض.

1- المعرفة العلمية: و هذا الشرط نصت عليه المادة 36 من قانون أخلاقيات الطب في فرنسا والتي أوجبت على الطبيب أن يجري التشخيص بعناية أكثر دقة وتخصصا⁽²²⁾. هذا ما يجب أن يكون بالنسبة لكافة الأطباء الممارسين، أما بالنسبة للأطباء الاختصاصيين، فالتخصص المهني من المبادئ المعروفة في طب اليوم، فيجب أن تكون عنايتهم أكثر دقة، لأن عملهم ومعرفتهم يجب أن تكون أكثر دقة وثقة من غيرهم ، و مثال ذلك حالة أخصائي الأشعة⁽²³⁾.

2- تحديد المرض: يقوم الطبيب في مرحلة التشخيص بأعمال ثلاثة هي : الملاحظة الشخصية، إستخدام الأجهزة العلمية في التشخيص، و إجراء التشاور الطبي بشأن التحديد الدقيق للتشخيص.

أ- الملاحظة الشخصية للطبيب لمعرفة نوعية المرض و درجة خطورته و تطوره: يجب على الطبيب في بادئ الأمر أن يتعرف على ظروف المرض و المريض من حيث حالته الصحية و سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية و النفسية و البيئية.

ب- إستخدام الأجهزة العلمية في التشخيص للطبيب أن يلجأ في تشخيص المرض إلى إستخدام الأجهزة العلمية الحديثة من أجهزة الأشعة و التحليل، و الكهرباء و مولد الخلايا، و استخدام النظائر المشعة على الخلايا الحية، و ذلك لتشخيص سوء التغذية. و استخدام هذه الأجهزة لا يكون إلا في حالة

⁽²⁰⁾ C.f, Jacques Ferant, Quelques aspects nouveaux de la responsabilité, thèse, Aix 1970, p.43.

⁽²¹⁾ C.f, Savatier, OP. Cit. , p.43 .240, n° 30, 263.

⁽²²⁾ C.f, art 36 du code de déontologie, 1979 "le médecin doit toujours établir son diagnostic avec le plus grand soin en y consacrant le temps nécessaire en s'aidant dans toute la mesure du possible, des méthodes scientifiques les plus appropriées et sil y'a lieu en s'entourant des concours les plus éclairés."

⁽²³⁾ C.f, Cass. 3 avril 1939, gaz- pal 1939 - 1 - 872 - d. h. 1939, 337. s. 1939 - 1 - 166

الشك في التشخيص للتحقق من الحالة المرضية و التأكد من صحة التشخيص قبل الإقدام على مرحلة العلاج متى ثار حول التشخيص شك يدعو إلى وجوب تثبيت الطبيب من صحة رأيه من هذه الوسائل و هذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر السالفة الذكر.

ج- التشاور الطبي: أوجبت المادة 69 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على الطبيب ضرورة التشاور الطبي مع زملائه و الأخصائيين في الحالات المستعصية و ذلك بنصها: " يجب على الطبيب... أن يقترح إستشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك..." و قد سار القضاء الفرنسي على هذا النهج فاشتراط ضرورة إجراء الطبيب التشاور الطبي مع زملائه و الأخصائيين في الحالات المستعصية، وخاصة إذا كان يقوم بالعلاج ممارساً عاماً⁽²⁴⁾.

و نص المشرع الفرنسي على التشاور الطبي في المادة 24 من قانون أخلاقيات الطب، إضافة إلى نظام المعاونة الطبية، حيث من حق الطبيب أن يستدعي أكثر من طبيب لمساعدته في وضع التشخيص. كما للطبيب أن يختار من الأطباء من يساعده في هذا العمل بعد الحصول على موافقة المريض، أو من يمثله قانوناً في حالة الإستعجال، و مع ذلك فإن للمريض الحق في رفض هذا الإختيار مع احترام الطبيب المعالج في الإنسحاب⁽²⁵⁾.

ثالثاً: مرحلة العلاج.

العلاج هو المرحلة التالية مباشرة للتشخيص، و هو المرحلة التي يحدد فيها الطبيب وسائل العلاج الملائمة لنوعية المرض و طبيعته، و إن كان من الصعب فصل مرحلة التشخيص عن العلاج، لأن الهدف من وضع التشخيص هو الإعداد للعلاج، التشخيص و العلاج يتصلان ببعضهما البعض بسبب تتبع حالة المريض، و ما يطرأ عليها من تحسين أو سوء، يقتضي الإستمرار في العلاج أو تغييره أو إيقافه و هذا يرجع إلى التشخيص المتتابع لحالة المريض⁽²⁶⁾. و المشرع الجزائري لم ينص على تعريف للعلاج في قانون حماية الصحة و لا قانون أخلاقيات مهنة الطب و إن كان قد نص في المادة 08 من قانون حماية

⁽²⁴⁾ C.f, Nancy, 19-01-1928 , g.p, 1928 -11- 410 - cir . II. Jan 1932- s - 1932 - 1- 110, Rabat 19- 1951 .d. 1952. som. 31 .

⁽²⁵⁾ C.f, Savatier, Op. Cit. , p.243 .244.

⁽²⁶⁾ لقد عرف الإسلام العلاج قبل أن تعرفه القوانين الوضعية فقال النبي صلى عليه و سلم: " تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء... " . و هذا الحديث الشريف يدل دلالة واضحة على أن الإسلام عرف العلاج كعنصر من عناصر العمل الطبي، يعتمد على الدواء لا على السحر، يقوم به طبيب لا كاهن كما ثبت من عدة أحاديث صحيحة أن الرسول عليه الصلاة و السلام أمر بالمداواة و كان يدمم التطبيب في حالة صحته و مرضه.

الصحة على أهداف العلاج وحددها في الوقاية الصحية و تشخيص المرض و إعادة تكييف المرض و التربية الصحية.

كما نص على مصطلح العلاج في المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: " يخول الطبيب القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج... "

و من ثم فقد عرف جانب من الفقه العلاج بأنه : " الوسيلة التي تؤدي إلى الشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه، سواء بتسكينها أو بالقضاء عليها"⁽²⁷⁾.

ما يتضح من هذا التعريف هو أن غاية العلاج هو تحقيق الشفاء أو الحد من آلام المرض أو تخفيفها، و كان يجب أن يتضمن هذا التعريف صفة القائم بالعلاج و توافر رضاء المريض و أن يكون العلاج وفقا للأصول الطبية.

كما لم نعثر في أحكام القضاء الجزائي على تعريف للعلاج، و هذا عكس القضاء الفرنسي، حيث عرفت محكمة باريس العلاج بأنه: " كل إجراء أيا كان يؤدي إلى الشفاء من المرض أو تخفيف الحالة المرضية"⁽²⁸⁾.

من خلال هذا، نلاحظ أنه قد عرف العلاج بالهدف منه و هو تحقيق شفاء ما أو تخفيف آلام المرض دون أن يشير إلى أن الغاية من العلاج كذلك أيضا الحد من آلام المرض ومنع تفاقمه أو الوقاية منه. و هذا يكون واضحا بالنسبة للأمراض المستعصية الشفاء مثل مرض فقدان المناعة الذي ذاع إنتشاره في الفترة الأخيرة، فقد لا يستطيع شفاء المريض منه أو تخفيف آلامه أو الحد منه⁽²⁹⁾.

رابعاً: مرحلة تحرير الوصفة الطبية.

يقصد بها الوصفة التي يثبت فيها الطبيب ما إنتهى إليه بعد الفحص و التشخيص، و قد أطلقت عليها مدونة أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر هذا المصطلح، إذ جاء في المادة 11 ما يلي :

" يكون الطبيب... حر في تقديم الوصفة التي يراها أكثر ملائمة للحالة... " و تتميز الوصفة الطبية عن غيرها من الأوراق التي تثبت فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية كالتحاليل والأشعة، وتعتبر الوصفة الصحية كدليل إثبات العلاقة بين الطبيب و المريض.

و في القانون الفرنسي لم ينص المشرع صراحة على ضرورة تحرير الوصفة الطبية، و مع ذلك نصت المادة 372 من قانون مزاولة مهنة الطب على وجوب إثبات التشخيص و العلاج كتابة. ثم نص في المادة 03 من لائحة الأعمال الطبية

⁽²⁷⁾ C.f, P. Brouardel, l'exercice de la médecine et le charlatanisme, paris, 1899, L.J.B.B. Et f. P. 5.

⁽²⁸⁾ C.f, Paris, 15 - 03 - 1899, s. 1899.02. 176, paris 11 mars 1935. Gaz - pal.

⁽²⁹⁾ أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق ص.69.

على أنه يجب على الطبيب أن يبين في التذكرة الطبية طبيعة و نوعية العمل الطبي ووصفه ومن قام بتنفيذه و مباشرته، وفقا لما نص عليه في لائحة الأعمال المهنية⁽³⁰⁾. إضافة إلى ذلك فإن مفهوم العلاج حديثا اتسع نطاقه، إذ أصبح يشمل الآلام النفسية و الإضطرابات العقلية و جراحات التجميل.

كما نص في المادة 37 من قانون أخلاقيات مهنة الطب في الباب الخاص بواجبات الطبيب نحو مريضه على ضرورة إلزام الطبيب بوصف الأدوية بوضوح حتى يستطيع المريض فهمها و تنفيذ العلاج له⁽³¹⁾.

و جرى في سياق نص المادة 47 من ذات القانون على أن ممارسة الطب تشمل تحرير الشهادات الطبية و الأوراق الصادرة بناء على النصوص التشريعية و اللائحية⁽³²⁾.

يتضح من هذه النصوص مجتمعة على أن المشرع الفرنسي يطلب من الطبيب كتابة العلاج للمريض، حتى يمكنه معرفته و كيفية إستعماله. كما إشتراط أن تكون كتابة هذه التذكرة بلغة يفهمها المريض، و هذا يقتضي بالضرورة تحرير التذكرة الطبية.

هذا و قد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه يجب أن يكون تحرير الوصفة الطبية في ورقة لا تتجاوز مساحتها 30/25 سم⁽³³⁾، كما يجب أن يكون مدونا بها تاريخ و اسم الطبيب و تخصصه و عنوانه و موقعا عليها من طرفه، و أن تكون مقروءة و واضحة. كما يجب أن تحدد الأدوية الموصوفة تحديدا دقيقا، و ليس هذا فحسب بل يجب أن يشمل طرق الإستعمال بالتفصيل و مدة إستعمالها. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 47 من مدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها:

" يجب على الطبيب... أن يحرر و صفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم و صفاته و صفا جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ العلاج."

هذا و يعد المشرع الجزائري الرائد الأول في توضيحه لهذه الإشكالية بحيث نصت المادة 77 من نفس القانون على: " لا يسوغ للطبيب... أن يثبت على

(30) C.f, Article 03 : " le praticien ou l'auxiliaire médical doit indiquer sur la feuille maladie non pas la nature de l'acte pratique mais simplement sa notion comportant la lettre clé prévus à l'article précédant selon le type de l'acte et la qualité de celui qui l'exécute et immédiatement après, les coefficients fixé par la nomenclature".

(31) C.f, Article 37 c.d" le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté nécessaire, il doit veiller à la bonne compréhension de celles-ci par le malade, il encourage il s'efforce d'obtenir la bonne exécution du traitement".

(32) C.f, Article 47 c.d "l'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatation médicales qu'il est en mesure de faire de certificat d'attestation et documents dans la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires".

(33) C.f, Savatier, Op. Cit. , N°206, p. 235.

الورق المخصص للوصفات و البطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

- 1- الإسم و اللقب و العنوان و رقم الهاتف و ساعات الإستشارة الطبية.
- 2- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.
- 3- الشهادات و الوظائف و المؤهلات المعترف بها.

خامسا: مرحلة الرقابة الطبية.

يعد عنصر الرقابة من العناصر الهامة في العمل الطبي، لما يترتب عليه من أهمية في تحقيق الغاية المرجوة من العلاج، أو إجراء العمليات الجراحية. و يرى الباحث أن لهذا العنصر أهمية كبرى و خاصة بالنسبة للعمليات الجراحية، لما يكون للفترة اللاحقة على إجراء العملية من أهمية في نجاحها أو فشلها.

هذا و قد وسع المشرع الجزائري مجال الرقابة، بحيث اعتبرها عاملا مهما في الوقاية من الأمراض، فنص في المادة 56 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه " تستهدف الرقابة الصحية في حدود الوقاية من تفشي الأمراض المعدية برا و جوا و بحرا، تطبيقا للقوانين و التنظيمات الجاري بها في العمل".

كما نصت المادة 139 من ذات القانون و التي جاءت تحت عنوان تدابير الرقابة خلال الإستشفاء على أنه: " يتعين على الطبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يحرر شهادة وصفية عندما يحول الوضع رهن الملاحظة إلى ترتيب إرادي أو إستشفاء إجباري".

هذا و قد نص المشرع الجزائري في المادة 90 من أخلاقيات الطب على ما يلي : " يجب على الطبيب... المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأن يفحصه بصفته طبيب مراقب... و يجب أن يكون شديد الاحتراز في حديثه، و يمتنع عن إفشاء أي سر أو الإدلاء بأي تفسير...".

و نصت المادة 91 من المدونة على ما يلي: " يكون الطبيب... المكلف بالمراقبة ملزما بالسر اتجاه إدارته أو المؤسسة التي تشغله...".

ونصت المادة 92 من ذات المدونة على مايلي: " يجب على الطبيب المراقب أو الجراح المراقب ألا يقدم بحال من الأحوال، تقدير للعلاج المقدم ...".

و أخيرا نصت المادة 93 من ذات المدونة على أنه: " لا يجوز لأحد أن يكون طبيبا مراقبا و طبيبا معالجا... لنفس المريض".

هذا و لقد كان للقضاء الفرنسي السابق في تقدير مسؤولية الطبيب و المستشفى عن خطئها في الرقابة، حيث قضى بمسؤولية المستشفيات العقلية عند إخلالها بالتزاماتها في رقابة مرضاها⁽³⁴⁾.

كما أقرت المحاكم الفرنسية في هذا الشأن بمسؤولية الطبيب بسبب إهماله في رقابة المريض، مما أدى إلى تفاقم مرضه⁽³⁵⁾. و في حكم محكمة النقض الفرنسية قضت المحكمة بمسؤولية الجراح بسبب إهماله العناية بالمريض بعد إجراء العملية الجراحية، و حكمت أيضا بمسؤولية جراح التجميل بسبب إهماله رقابة مريضه بعد إجراء جراحة تجميل له⁽³⁶⁾. و نحن نعتقد أن عنصر الرقابة لا يمكن فصله عن عنصر العلاج بل هو مكمل له، و هو العنصر الفعال في تحقيق نتيجة العلاج.

سادسا: مرحلة الوقاية.

لقد كان للتطور الإجتماعي و العلمي أثرا كبيرا على العمل الطبي، و هذا ما جعل الوقاية من الأمراض عنصرا هاما من عناصر العمل الطبي، فلم يعد نطاق العمل الطبي حاليا مقصورا على تحقيق الشفاء من المرض، و إنما اتسع ليشمل الوقاية من الأمراض و لينظم حياة الإنسان. ولأهمية عنصر الوقاية من حماية الصحة من الأمراض، فقد عالجت المنظمات العالمية، وبصفة خاصة التنظيم العالمي للصحة في عام 1976 تحت عنوان الصحة الإلزامية، الوسائل الخاصة بحماية الصحة العامة و التي تتمثل في التطعيم ضد الأمراض القابلة للإنتقال من شخص إلى آخر، أي الأمراض المعدية، و الفحص الطبي الإلزامي و الإجراءات الخاصة بإنتاج السيارات و الإيداع في المستشفيات العامة بقصد تحقيق العلاج⁽³⁷⁾. و قد أعطى المشرع الفرنسي أهمية خاصة للوقاية و حماية الصحة العامة مما يجعله يفرد لها الكتاب الأول من قانون الصحة العامة تحت عنوان الحماية العامة للصحة العامة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد خصص حيزا كبيرا في نصوصه، لحماية الصحة و الوقاية من الأمراض المهنية و مكافحتها و إعتبرها عاملا أساسيا في التنمية الإجتماعية و الإقتصادية في البلاد حيث نص في المادتين 2 و 3 على كون حماية الصحة تساهم في رفاهية الإنسان الجسمية و المعنوية، و رتب مسؤولية

(34) C.f, Cour de cassation, 1^{er} ch. civ. 17- 01- 1967. d. 1968.j. 357.

(35) C.f, Paris, 26-11-1968. d. 1969. som.72.

(36) C.f, Cour de cassation, ch. Crim, 09-11-1977, G.P, 1978.2, 233.

(37) أنظر، تقرير التنظيم العالمي للصحة، ص. 44 .

جزائية و إدارية على مخالفة هذه القواعد بموجب المادة 54 من قانون حماية الصحة.

بعدما تعرضنا بنوع من التحليل لمضمون العمل الطبي ننقل لتحديد الأساس الذي يستند إليه لتبرير مشروعيتها من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

أساس مشروعية العمل الطبي :

يقوم الطبيب أو الجراح عند ممارسته لمهنته بأفعال تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها أو أتاها أشخاص عاديين، لما ينتج عنها من التعرض لأجسام المرضى، كما يحدث ذلك في العمليات العلاجية و الجراحية أو في إعطاء الأدوية و العقاقير التي قد تسبب ألاما جسمانية أو نفسية للمريض أو تصيبه بجروح، أو قد تؤدي إلى إستئصال بعض الأعضاء من جسمه. كما قد يحمل الطبيب مريضه على تناول بعض المواد الضارة والمخدرة، و قد ينتج عن هذه العمليات تحقيق الشفاء للمريض، كما قد تزيد من آلامه و مرضه، و قد يتخلف عنها عاهة مستديمة، أو تؤدي إلى الوفاة في بعض الأحيان.

و هنا يثور التساؤل عما إذا كان الطبيب مسؤولا عما يحدثه من جروح و إصابات، أو ما يترتب من الألام نتيجة إخفاقه في تحقيق الشفاء للمريض أم أنه معفى من المسؤولية الجزائية. وإذا كان الأمر كذلك، فما هي الشروط المطلوب توافرها لإنتفاء المسؤولية الجزائية عن الأطباء أثناء ممارستهم لأعمالهم ؟. للإجابة على هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مشروعية العمل الطبي تقتضي توافر أربعة شروط سنحاول التطرق من خلال مايلي :

الفرع الأول:

رضاء المريض:

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض، فالقانون يرخص للأطباء علاج المرضى إن دعوه لذلك، و لكنه لا يخول الحق في إخضاعهم للعلاج على الرغم منهم. و في هذا الخصوص نصت المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن " يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك... " .

و نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقتة موافقة حرة و متبصرة... " . يتضح من هاتين الفقرتين أن رضاء المريض هو شرط من شروط الإباحة، و هو غير كاف وحده لإباحة العمل الطبي. و سبب تطلب هذا الشرط هو

رعاية ما لجسم المريض من حصانة، فلا يجوز أن يرغم المريض على تحمل المساس بجسمه و لو كان ذلك في مصلحته.

و لا يكون لرضاء المريض أية قيمة قانونية إلا إذا بني على أساس من العلم الصحيح لنوع العمل الطبي الذي ينسب إليه الرضاء به. و ليس من السائع القول بأن الرضاء يستفاد ضمنيا من مجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب، ذلك لأن العلاقة بين الطبيب و المريض جوهرها و شرط نجاحها ثقة الثاني في الأول، و هذه الثقة تفترض قبول المريض للعلاج⁽³⁸⁾.

و نصت الفقرة 02 من المادة 154 من قانون حماية الصحة على أنه: "... يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم و يتعذر الحصول على رضاء الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب...".

و نصت المادة 44 المذكورة أعلاه في شطرها الثاني على ما يلي : "... أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، و على الطبيب... أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقتهم".

و حسب نص الفقرتين أعلاه، فإن الرضاء قد يصدر عن المريض نفسه أو ممن يمثله قانونا و يكون ممثل المريض هو ولي النفس إذا كان المريض صغيرا، أو إذا كانت إرادته غير معتبرة قانونا.

و المشرع الجزائري لا يعتد بالرضاء الصادر عن المريض، لا يكون أهلا للتعبير عن رضائه بمباشرة الأعمال الطبية على جسمه، أو كان في ظروف يتعذر فيها الحصول على هذا الرضاء. ففي الحالة الأولى يكون المريض غير متمتع بالأهلية القانونية التي ترخص له التصرف في النطاق الفردي لحقه في سلامة جسمه، كأن يكون صغيرا غير مميزا أو مجنونا أو سفيها، و هنا يعتد المشرع برضاء ممثله القانوني كالولي و الوصي و القيم لمباشرة الأعمال الطبية على المريض، مع أن ذلك يعرض مصلحة المريض للمساس بسلامة جسمه للخطر.⁽³⁹⁾

كما قد يتعذر على الطبيب الحصول على رضاء المريض، كأن يحضر للمستشفى إثر إصابته في حادث و تستلزم حالته سرعة إسعافه، و تعذر الحصول على رضائه لوجوده في حالة غيبوبة ففي هذه الحالة يستطيع تجاوز الحصول على موافقة المريض بإجراء العمل الطبي، و هنا يقوم دوره مقام رضائه

⁽³⁸⁾ أنظر، محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية...، المرجع السابق، ص. 120.

⁽³⁹⁾ أنظر، محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص. 186.

بمباشرة العمل الطبي، كما يستطيع الطبيب أن يقدم العلاج على مسؤوليته في حالة الإستعجال و كان من شأن تدخل الطبيب إنقاذ حياته. و هذا ما أكدته المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: " يجب على الطبيب... أن يسعف مريضا يواجه خطرا و شيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له".

هذا و قد إستقر الفقه و القضاء في كل من مصر و فرنسا و بين غالبية الأطباء، أن الرضاء الحر و الواضح المعطى بواسطة المريض البالغ العاقل، أو ممن ينوب عنه قانونا بعد علمه بشروط التدخل العلاجي و آثاره، شرط ضروري لإباحة العمل الطبي، فلا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا رضي المريض به، و علم بأخطاره⁽⁴⁰⁾. و إن كان القانون لم يتطلب شكلا خاصا في الرضاء، فقد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا إلا أن غالبية الأطباء و القانونيين يطلبون أن يكون رضاء المريض مكتوباً.

و العلة في تطلب شرط الرضاء مرجعها حق الإنسان في حصانته الشخصية التي تمتد لكل مظاهرها سواء النفسية أو العقلية أو الجسمية، و التي تجعل كل تصرف من الطبيب لا يكون مشروعاً إلا برضاء المريض. فلا يجوز أن يرغم شخص على تحمل المساس بتكامله الجسدي، و لو كان من أجل مصلحته، هذا ما أقرته كثيرا من النظم القانونية المقارنة⁽⁴¹⁾.

و قد إستقر الرأي على أنه يقع على المريض عبء إثبات قيام الطبيب أو الجراح بإجراء العلاج أو الجراحة دون رضائه.

و تزداد أهمية الحصول على رضاء المريض أو من يمثله قانونا إذا كانت العملية المراد إجراؤها من العمليات التي استحدثت في الطب والجراحة مثل عملية التلقيح الإصطناعي... نظرا لما تتطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض مستقبلا⁽⁴²⁾.

الفرع الثاني:

ترخيص القانون

سبق الذكر أن الترخيص القانوني هو الأساس الذي تستند عليه إباحة الأعمال الطبية التي تباشر على جسم المريض، و يعطى هذا الترخيص لطائفة معينة من الأشخاص يطلق عليهم الأطباء، في شكل إذن من وزير الصحة، يجيز لهم مباشرة الأعمال الطبية و الجراحية التي تستند لإذن القانون.

(40) أنظر، محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص. 182 و 185 و ما بعدها.

(41) أنظر، محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة، المرجع السابق، ص. 186.

(42) أنظر محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 14.

و يمنح وزير الصحة في الجزائر الترخيص لمن تتوفر فيه الشروط التي يحددها القانون لمباشرة الأعمال الطبية، و ذلك طبقا نص المادة 197 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

و ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن المشرع الجزائري قد إستهدف بهذا الترخيص منع أدعياء الطب من مباشرة الأعمال الطبية، و إقبال غير ذوي الإختصاص و التجربة على مزاوله هذه الأعمال لما تتطوي عليه من مساس بسلامة جسم المريض.

هذا و قد يشترط القانون لطالب الترخيص بعض الشروط التي نصت عليها المادة 197 من قانون حماية الصحة، و فصلتها في مجمل فقراتها فنصت في الفقرة 03 على ما يلي: "... أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة..."

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع اشترط فيمن أراد مزاوله مهنة الطب ألا يكون مصابا بعاهة كالأعمى، و الأصم و الأبكم، لأن مثل هذه العاهات من طبيعتها أن تجعل صاحبها غير قادر على أداء عمل الطبيب لما يتطلبه هذا الأخير من جهد شاق، كما لا يجب أن يكون مصابا بعلة مرضية تجعله ينقل الأمراض للآخرين.

كما اشترطت في الفقرة 4 ما يلي: "... أن لا يكون قد تعرض بعقوبة مخلة بالشرف..."، و علة هذه الفقرة أن مهنة الطب من أشرف المهن و أنبلها، و فيها يطلع الطبيب بحكم عمله على خفايا و أسرار المجتمع الخاصة بالأمراض المختلفة و من هذا المنطق اشترط المشرع هذا الشرط حتى لا يتسلل لهذه المهنة من لا خلق له فتصبح أعراض الناس في غير مأمن⁽⁴³⁾.

و اشترطت الفقرة الأخيرة من المادة 197 أن يكون جزائري الجنسية و هذا الشرط ورد عليه إستثناء، و هو أن للأجانب حق ممارسة الأعمال الطبية و الجراحية، و ذلك حسب الإتفاقيات و المعاهدات التي تبرمها الدولة الجزائرية مع غيرها من الدول الأخرى في مجال تبادل الخبرات الطبية.

و نشير إلى أن المشرع الجزائري قد عطل المادة 199 من قانون حماية الصحة و ترقيتها⁽⁴⁴⁾، لتصبح كما يلي: " يجب على كل طبيب ... مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه، و من أجل الترخيص له بممارسة مهنته أن يسجل نفسه لدى المجلس الجهوي لأخلاقيات الطبية المختص إقليميا، و المنصوص عليه في هذا القانون و أن يؤدي أمام زملائه أعضاء المجلس اليمين... "

(43) طالعنا صحف وطنية عن جرائم أخلاقية كان المتهمون فيها الأطباء ضد ضحايا مريضات وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر قضية الحراش، قضية البليدة، قضية السطيف ... أنظر جريدة المساء ليوم 02-12-1990.

(44) عدلت هذه المادة بموجب قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 في الجريدة الرسمية عدد 35.

و إلى جانب هذه النصوص، قد نصت المادة 02 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان...أو طالب في الطب... مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما " .

هذا و تتماثل هذه الشروط في القانون الفرنسي لطالب الترخيص لمزاولة مهنة الطب أن يكون حاصلًا على دبلوم في الطب و أن يكون من جنسية فرنسية، و أن يكون من رعايا السوق الأوروبية و المغرب و تونس، و أن يكون مسجلاً في سجل الأطباء في فرنسا⁽⁴⁵⁾.

يتضح مما تقدم أن النظم القانونية المقارنة لا تكتفي بالمؤهل الدراسي لإباحة مزاولة الأعمال الطبية، و إنما تشترط لذلك الحصول على الترخيص القانوني الذي يجيز هذه الأعمال، و على ذلك يسأل جنائياً من يجري عملية جراحية على جسم المريض دون الحصول على ترخيص بمزاولة الأعمال الطبية و لو كان حاصلًا على أعلى الشهادات الجامعية في الطب و الجراحة، و تكون مسؤوليته عما يحدثه للغير من جروح على أساس العمد.

الفرع الثالث :

إتباع الأصول العلمية:

لكي يكون عمل الطبيب المرخص له بالعلاج شرعاً مكتمل الإباحة، يجب أن ينسق مع الأصول الفنية المراعية في علم الطب، و هذا الشرط ينبثق عن الإلتزام العام الذي يقع على عاتق الأطباء حال مباشرتهم لأعمالهم الطبية وهذا الإلتزام يكمن في ضرورة أداء هذه الأعمال على قدر من العناية و بذل الجهد الصادق اليقظ، و الذي يتفق مع ظروف و حالة المريض، و ذلك وفقاً للأصول العلمية الثابتة لأجل تحقيق الشفاء و تحسين حالة المريض الصحية. فإذا قام الطبيب بأداء عمله على نحو لا يتفق و الأصول العلمية المتعارف عليها في علوم الطب، فإنه يعد مسؤولاً عن نتائج عمله أياً كانت درجة المساس الذي نال فيه جسم المريض، و يسأل جنائياً عن أفعاله و لا يكون هناك مجال للقول بتوافر الإباحة في عمله⁽⁴⁶⁾.

و عرف جانب من الفقه الأصول العلمية التي يجب أن يراعي الطبيب إتساقها و ما يجريه من أعمال طبية " بأنها تلك المبادئ و القواعد الثابتة و المتعارف عليها

(45) المادة 01/356 من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(46) أنظر، محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص. 187 .

أنظر ، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق ، ص. 206 .

نظريا وعمليا بين طائفة الأطباء، و يجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية⁽⁴⁷⁾.

كما عرفها القضاء بأنها "الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم و لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسب إلى عملهم أو فنهم"⁽⁴⁸⁾.

و قد أشار المشرع الجزائري إلى شرط الأصول العلمية في المادة 01 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بالقول: " أخلاقيات الطب هي مجموعة المبادئ و الأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح... أن يراعيها و أن يستلهمها في ممارسة مهنته ".

و تطبيقا لذلك، فالطبيب الذي يجهل أوليات الطب و مبادئه فيقوم بفحص المريض، و توصيف العلاج له، دون الإلتفات لأعراض ظاهرة يأتي توصيفه العلاج على خلافها و يعد مسؤولا عن نتائج عمله لإهداره الأصول الطبية المرعية و التي تحتم عليه مراقبة العلامات الظاهرة لدى المريض⁽⁴⁹⁾. و نصت على ذلك المادة 13 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بقولها: " الطبيب أو الجراح... مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به... " كما يعد عمل الطبيب غير متسق مع الأصول الطبية إذا قام بتشخيص المرض، والكشف على المريض دون استخدام الأدوات اللازمة التي يتطلبها الفن الطبي كالسماعة و جهاز الضغط طبقا لأحكام المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: " يجب أن تتوفر للطبيب أو الجراح... في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة و وسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، و لا ينبغي للطبيب أو الجراح، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية ".

كما يعد مخالفا للأصول الطبية عدم قيام الطبيب بالاختبارات و التحاليل الأولية للمريض قبل إجراء جراحة خطيرة له، كالاختبارات الأولية لمعرفة فصيلة دم المريض من حيث نوعها و درجة السيولة فيها لتفادي المخاطر أثناء الجراحة، و أيضا عدم متابعة الطبيب الأخصائي أو المختص في التخدير لمريضه بعد إجراء الجراحة، و حتى إستعادة وعيه كاملا. كما يعد الطبيب مخالفا للأصول و القواعد الطبية لعدم تمكنه من إكتشاف حالة المريض بإطلاع على الأشعة و توصيف العلاج على نحو مخالف.

هذا و قد تجدر الملاحظة في هذا النظام هو أن القضاء المصري اشترط إتساق الأعمال الطبية الثابتة في علوم الطب، فقضى بتوافر مسؤولية الطبيب الجنائية عند مخالفة هذه المبادئ، فاتباع نظريات طبية مهجورة أو حديثة لم يستقر العمل

(47) أنظر ، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق ، ص. 207.

(48) أنظر، حكم محكمة مصر الابتدائية الصادر في 03-10-1942، منشور بمجلة المحاماة، السنة 26 ، رقم 55،

(49) C.f, Paris, 19-03-1971, j.c.p, 1975, p. 180.

الطبي عليها، يعد مخالفة للأصول و القواعد الطبية⁽⁵⁰⁾. وهذا المبدأ القضائي تبناه المشرع الجزائري و نص عليه في المادتين 18 و 31 من مدونة أخلاقيات الطب، فنص في المادة 18 على ما يلي: " لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمرض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض ".

و نص في المادة 31 على ما يلي: " لا يجوز للطبيب... أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو لا خطر فيه، و تمنع عليه كل ممارسة للشعوذة ".

و لئن كان الإختلاف في تطبيق الوسائل أو أساليب العلاج التي يختلف حولها الأطباء و كذلك النظريات و الطرق الحديثة التي تكون محلاً للمناقشة من الوجهة العلمية، فإن مسؤولية الطبيب الجنائية تكون منتفية إذا نتج عن عمله نتائج ضارة، شريطة أن تكون خالصة لفائدة المريض و أن تتناسب المزايا المنتظرة مع الخطر من العلاج.

أما إذا ثبت أن الطبيب قد خرج على الأصول الطبية أو تعسف في إستعمالها لعلاج المرضى بارتكابه أفعالاً تعد من قبيل الجرائم إذا مارسها على الأشخاص، أو تشكل خطأً جسيماً، يدل على جهل تام بمبادئ علم الطب و بأصول تطبيقه، فإن الطبيب يسأل عن نتائج فعله، بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية على حسب الأحوال، و مثال ذلك أن يضرب الطبيب مريضاً أثناء العملية الجراحية ليمنعه من الحركة فيتسبب في موته.⁽⁵¹⁾

الفرع الرابع :

قصد العلاج

يجب أن يكون التدخل الطبي أو الجراحي بهدف العلاج، فالغاية من ممارسة العمل الطبي أو الجراحي هو علاج المريض و تحسين حالته الصحية، أي تخليصه من آلامه أو علاجه. و هذا تطبيقاً لشرط حسن النية و هو وجوب إتجاه إرادة من يستعمل الحق إلى الغاية التي من أجلها قرر القانون الحق له.⁽⁵²⁾ و في هذا المعنى تنص المادة 03 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن : " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الإنسان من الأمراض و الأخطار و تحسين ظروف المعيشة و العمل...".

كما نصت المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب على أن: " تتمثل رسالة الطبيب و الجراح... في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية، و في التخفيف من

⁽⁵⁰⁾ أنظر، حكم محكمة الجيزة الابتدائية الصادر في 26-01-1935، منشور بمجلة الحمامة، السنة 12 ،

ص.471.

⁽⁵¹⁾ أنظر ، بالتفصيل أسامة قايد ، المرجع السابق، الهامش 06 ، ص. 161-162.

⁽⁵²⁾ أنظر، محمود نجيب حسني ، أسباب الإباحة ، المرجع السابق، ص. 186 .

المعانة ضمن إحترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية، دون تمييز من حيث الجنس و السن و العرق و الدين...".

و تطبيقا لذلك، إذا انتفى قصد العلاج لدى الطبيب، فإن فعله يخرج عن دائرة الإباحة أي بانتفاء قصد العلاج يعني انتفاء سبب الإباحة ذاته، و من ثم يظل الفعل خاضعا لنص التجريم و يؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب الجراح عن جريمة عمدية أو جرح عمدي أو جرح أفضى إلى الموت، إذا نجمت الوفاة عن التدخل الجراحي.⁽⁵³⁾ و يجب التركيز على المعنى القضائي لنظرية الشفاء أو تخفيف آلام المريض، إذ من الواضح أنه عندما نبرر العمل الطبي ليس فقط بهدف علاجي و لكن علينا البحث في التكييف الذي يعطيه القضاء بطريقة أوسع للهدف الطبي. و من المؤكد أن فكرة الهدف الطبي L'intérêt Médical هي فكرة مرنة يستطيع في الواقع أن يندرج تحتها ليس فقط الهدف العلاجي و إنما أيضا الهدف الوقائي، وأي تدخل يمارس على جسم الإنسان و يعتبر عملا مشروعاً من طرف المجتمع.⁽⁵⁴⁾

أما موقف القضاء الفرنسي فتمثل في الحكم " بإدانة الطبيب الذي يجري إجهاضا لإمرأة دون توافر أي قصد للشفاء أو توافر الضرورة العلاجية، كما قضى بأن الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة لإمرأة ليستأصل منها مبيض التناسل بناء على طلبها يكون مرتكبا لجريمة عمدية،⁽⁵⁵⁾ أو نقل ميكروب شخص سليم لمجرد معرفة ما إذا كان هذا الميكروب معديا، أو قتل مريضا تخلصا من آلام مبرحة غير قابلة للعلاج، و هو ما يعرف بالقتل بدافع الشفقة أو الرحمة، أو حقن المريض بالمواد المخدرة في غير أحوال العلاج.

و كذلك قضت المحاكم الفرنسية في عدة مناسبات بأن إخضاع الطبيب مريضه لفحوص و أبحاث طبية أو جراحية لم يكن الدافع منها مصلحة المريض، وإنما تحقيق مصلحة علمية، يكون مرتكبا لخطأ مهني يستوجب عقابه.

هذا و ننتهي إلى القول بأن انتفاء قصد العلاج أو الشفاء في عمل الطبيب أو الجراح أو تجاوزه حدود الحق أو الغاية التي من أجلها رخص له المشرع في إتيان أفعال تعد من قبيل الجرائم إذا ارتكبها غيره من الناس، ينفي عن أعماله صفة المشروعية و يجعلها خاضعة لنصوص قانون العقوبات الخاصة بالجرائم العمدية (المواد من 264 و ما يليها من قانون العقوبات الجزائي و التي تقابلها المواد 240-244 من قانون العقوبات الفرنسي) و لو أتى فعله تلبية لرغبة المريض أو لتحقيق مصلحة خاصة به.

(53) أنظر، أحمد شوقي عمر بوخطوة، المرجع السابق، ص. 31.

(54) C.f, Jean Penneau, O.P, CIT, p. 85-86.

(55) أنظر، نقض فرنسي، 01 يوليو 1937، سيري 8-1، و تعليق R. Torta، دالوز الأسبوعي 1937،

يمكن القول بناء على كل ما سبق ذكره أنه إذا تخلف شرط من هذه الشروط يعتبر الفعل غير مشروع لأنه أصلاً خاضع لأصل التجريم، و لا يخرج عن نطاقه إلا إذا توافر سبب الإباحة بكل شروطه، فإذا إنتفى شرط منها، إنتفى سبب الإباحة و ظل الفعل غير مشروع.

و لكن يمكن أن تتوفر كل هذه الشروط التي تبيح العمل الطبي و يشرع الطبيب في علاجه و يصدر منه خطأ طبي، فهل يمكن مساءلته إذا سبب ضرراً للمريض و ثبت وجود علاقة السببية، أم أن فعله هذا يدخل ضمن أسباب الإباحة ؟ هذا ما سنحاول توضيحه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

أركان المسؤولية الجزائية نتيجة أخطاء الطبيب غير العمدية :

الأطباء أثناء ممارستهم للنشاط الطبي، يمكنهم أن يرتكبوا جرائم متنوعة من شأنها المساس بسلامة جسم المريض أو حياته، و يسألون عنها جزائياً، و يمكن أن تكون هذه الجرائم عادية⁽¹⁾ ، كما يمكن أن تكون متعلقة بممارسة المهنة الطبية⁽²⁾. و تنثور مسؤولية الطبيب الجزائية عندما يرتكب جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات، و التي تمس الأشخاص إما بصورة عمدية أو بصورة غير عمدية. و هذه الأخيرة هي التي تنصب دراستنا عليها من خلال جنحتي القتل الخطأ و الجرح الخطأ. و تتفق هاتين الجريمتين في عناصرهما ، لكنهما تختلفان في جسامته النتيجة الناجمة عن النشاط الإجرامي، و يجد الطبيب نفسه معرضاً لعقوبة جزائية في حالة ارتكابه لخطأ طبي و تقوم مسؤوليته الجزائية متى توافرت أركانها.

المطلب الأول:

الخطأ الطبي

لم يعن كل من المشرع الجنائي الجزائري و الفرنسي بتعريف الخطأ، و إنما اكتفى بإيراد صور الخطأ، تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه و القضاء، و هذا ما يدفعنا لبيان ماهيته، و صورته في قانون العقوبات، و أخيراً عبء إثباته.

الفرع الأول:

ماهية الخطأ

لقد تناول فريق كبير من الفقه الجنائي تعريف الخطأ، فمنهم من عرفه بأنه " التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تتطلبها الحياة الاجتماعية"⁽³⁾. و منهم من عرفه بأنه: " كل فعل أو امتناع إرادي، تترتب عليه نتائج لم يقصدها

(1) الجرائم العادية: و هي الجرائم النظامية التي لا صلة لها بالأصول الفنية الدقيقة للمهنة الطبية ، بوصفها سلوكات إجرامية قد تأخذ طابعاً نظامياً عاماً في أي مهنة .

(2) الجرائم المهنية : هي الأخطاء التي يخرج فيها الطبيب على الأصول و القواعد الفنية، و يخالف قواعد الفن الطبي، كالخطأ في التشخيص الطبي أو العلاج ، أو في الإشراف و الرقابة .

(3) أنظر، رؤوف عبيد، جرائم الإعتداء على الأشخاص و الأموال، دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة، سنة 1985،

الفاعل، لكن كان في وسعه، بل كان من واجبه أن يتجنبها".⁽⁴⁾ وهناك من عرفه بأنه: "التصرف الإرادي لشخص مميز، لم يتخذ الحيطة و الحذر المألوفين ، لدى الرجل العادي عند قيامه بهذا التصرف الذي أحدث ضررا بالغير. هذا التصرف الإرادي نجم عنه نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان من اليسير عليه أن يتوقعها ولكنه لم يهدف إلى إحداثها ولم يقصد وقوعها".⁽⁵⁾ والتعريف الراجح في الفقه هو الذي يذهب إلى أنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة و الحذر التي يفرضها عليه القانون، و عدم حيولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى حدوث نتيجة إجرامية في حين كان ذلك في إستطاعته، و كان واجبا عليه".

و يتبين من خلال هذا التعريف أن جوهر الخطأ هو إخلال بواجبات الحيطة والحذر، و هو التزام ينطوي على جانبين : الأول، إجتنب التصرفات الخطيرة أو إتيانها وفقاً لأسلوب معين يجردها من خطورتها. و الثاني، التبصر بآثار هذه التصرفات بمعنى الامتناع عن أي تصرف يمس بالمصالح المحمية.

و من هنا نستنتج أن عناصر الخطأ غير العمدي تتجلى من خلال عنصرين : الإخلال بواجبات الحيطة والحذر : و هذا ما أدى بمحكمة تولوز إلى القضاء : بمسؤولية الطبيب للإهمال و عدم التبصر و الذي نقل دما غير متوافق عليه مع دم المريض ، المنقول إليه مخالفاً بذلك أصول الفن الطبي نتيجة إختلاط الزجاجات التي تحتوي على دم بشري مع مجموعة مختلفة و هذا مخالفة لواجبه في الحيطة و التبصر.⁽⁶⁾

العلاقة النفسية ما بين إرادة الجاني و النتيجة⁽⁷⁾: و من صور العلاقة النفسية أن تكون النتيجة متوقعة عن ذاتها، و في استطاعة الجاني الحيولة دون حدوثها. المنطق يأبى أن يكلف شخص بتوقع ما ليس متوقعا ، أو أن يتوقع الجاني النتيجة، و لكن لم تتجه إليها إرادته، و هذه الصورة يطلق عليها الخطأ الواعي⁽⁸⁾. و من خلال ما سبق، نصل إلى أن هذا هو أيضا مفهوم الخطأ الطبي، و كل ما في الأمر أن عدم التذرع بواجبات الحيطة و الحذر يعني هنا عدم قيام الطبيب في غير الظروف

⁽⁴⁾ أنظر، عبد الوهاب حومد، مسؤولية الطبيب الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، يونيو

1981، الكويت ، ص159 .

⁽⁵⁾ أنظر ، أبو اليزيد علي المتيت، جرائم الإهمال، مؤسسة الشباب الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 1975،

ص.86.

⁽⁶⁾ أنظر، تولوز 11-01-1960 ، دالوز 1266، 14-12-1956 الأسبوع القانوني 1402-02-1960 .

⁽⁷⁾ أنظر ، محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، رقم 709 ، ص.672.

⁽⁸⁾ أنظر ، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص.159.

الإستثنائية بمهمته و واجباته وفقا بما تقضي به القوانين و اللوائح و القرارات و الأنظمة في هذا الشأن فضلا عما تقضي به أصولها العلمية و الفنية المقررة و الثابتة .

و التعريف الراجح في الفقه أن الخطأ الطبي: هو كل مخالفة أو خروج الطبيب في سلوكه عن القواعد، و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا و عمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة و اليقظة التي يفرضها القانون ، متى ترتب على فعله نتائجا جسيمة في حين كان في قدرته ، و واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض⁽⁹⁾.

و الخطأ بهذا المفهوم يجرنا إلى البحث عن معناه في كل من القانون المدني و القانون الجنائي و تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية .

أولا: الخطأ في كل من القانون المدني و القانون الجنائي .

تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري بأنه: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ."

و تنص المادة 288 من قانون العقوبات: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته للأنظمة يعاقب بالحبس... "

و تنص المادة 289 من قانون العقوبات: " إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز 03 أشهر فيعاقب الجاني بالحبس ... " ⁽¹⁰⁾.

و تنص المادة 442 الفقرة الثانية عقوبات: " يعاقب بالحبس ... فقط كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل يجاوز 03 أشهر و كان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياظه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة النظم " .

من استقرائنا لنصوص المواد السابقة يمكن القول أن الخطأ الجنائي من شأنه أن يوقع صاحبه تحت طائلة قانون العقوبات، و يخضع لمبدأ لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص. أما الخطأ المدني⁽¹¹⁾ فيستوجب مسؤولية من صدر منه بتعويض الضرر.

(9) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.200.

(10) أنظر ، أسامة عبد القايد، المرجع السابق، ص.224 .

(11) هنا نشير إلى نقطة هامة تساعدنا على فهم الأمور بصورة أكثر وضوح ، و هي أن الخطأ المدني إما يكون منسوب أو مفترض ، فالخطأ المنسوب هو وحده الذي يمكن إثارته أمام المحاكم الجنائية للمطالبة بالتعويض المدني بصفة فرعية لدعوى عمومية تقام ضد الفاعل ، أما الخطأ المفترض فهو من اختصاص المحاكم المدنية إذ أن الضرور أمام المحاكم الجنائية ملزم بإثبات خطأ الفاعل ، لهذا تقبل دعوى المسؤولية المبنية على الخطأ المفترض أمام المحاكم المدنية استنادا على عدم القيام بواجب الرقابة أو التوجيه أو الإدارة الذي يلتزم به الفاعل قبل تابعيه و من يعملون تحت إشرافه ، أنظر جرائم الأعمال ، ص.78.

و قد إنقسم الفقه في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية الجنائية إلى اتجاهين :

1- نظرية التفرقة بين الخطأ الجنائي و الخطأ المدني:

يستند أنصار هذه النظرية إلى أن لكل من الخطأين الجنائي و المدني مضمونه الذي يتحدد وفقا لاختلاف الهدف من الجزاء المقرر لكل منهما، فالعقوبة كجزاء جنائي تختلف عن التعويض كجزاء مدني.

و أن صور الخطأ في قانون العقوبات جاءت محددة، بينما الخطأ المدني جاءت عباراته عامة ، مما يعني أن أي خطأ في مجال القانون المدني يصلح أساسا للمسؤولية المدنية، بينما لا يصلح أساسا للمسؤولية الجنائية إلا الخطأ الذي يندرج تحت الصور المحددة قانونا⁽¹²⁾.

فالأستاذين فيدال و ماينول هما من أنصار التفرقة، يقولان: " أن الرعونة و الإهمال يجب أن يفسرا تفسيراً يختلف في الدعوى المدنية عنه في الدعوى العمومية لاختلاف وجهة النظر التي تقدم بها كل من الدعويين"⁽¹³⁾.

و يقول الأستاذ برت دي جريسان: " أن الرجل لا يسأل جنائياً عن تصرفاته غير المشروعة أو المخالفة للقانون، و إنما فقط عن عدد معين من التصرفات المنصوص عليها مقدما في قانون العقوبات، بينما يسأل الرجل في القانون المدني عن جميع أفعاله التي يترتب عليها أي اعتداء على حق لآخر"⁽¹⁴⁾.

و تأسيسا على ما سبق ذكره، لم يكن القضاء أقل من الفقه في عدم الاستقرار بشأن التفرقة أو الوحدة بين الخطأين المدني و الجنائي، إذ نجد أن القضاء الفرنسي قبل سنة 1912 كان يأخذ بالتفرقة بين الخطأين⁽¹⁵⁾، على غرار القضاء المصري الذي قضى بأن الحكم بالبراءة في جنحة القتل الخطأ لا يمنع من الحكم بالتعويض و ذلك لاختلاف درجة الخطأ و الإهمال من الوجهة الجنائية عنه من الوجهة المدنية⁽¹⁶⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، و من خلال قرار صادر بتاريخ 10 نوفمبر 1970 عن مجلس قضاء وهران الذي بالرغم من أن الحكم بالبراءة كان حائزا لقوة الشيء فيه في حق المتهم بالجرح الخطأ طبقا للمادة 289 من قانون العقوبات، كون الطرف المدني استأنف الحكم لوحده إلا أنه في الدعوى المدنية فإن المجلس ألغى الحكم المستأنف و تصدى من جديد و قضى بتعويضات في حق الضحية، و استند في قراره إلى أن قاضي الموضوع هو الذي يكيف الخطأ الذي يوجب

(12) أنظر ، فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 1977، ص.118

(13) و (14) أنظر، أبو اليزيد على المتيت، المرجع السابق، ص.75.

(15) أنظر ، دائرة العرائض الفرنسية ، 16-05-1887 ، سيري 1888 ، القسم الأول، ص.73.

نقض مدني فرنسي ، 15-04-1889 ، القسم الأول ، ص.192.

(16) أنظر ، محكمة أسبوط الكلية 08-11-1933 ، المحاماة السنة 14 ، القسم الثاني ، ص.425.

التعويض، و حيث أن الطبيب المتهم ارتكب في خطأ متمثلاً في تجريع إمراة على وشك الوضع لدواء Syntocinon في بداية الولادة دون الحاجة إليه، كون الولادة كانت طبيعية، و الجنين كان في وضعية جيدة، و نسب للطبيب خطأ عدم الإحتياط و الرعاية المتمثلة في نقص المهارة الذي أدى إلى إصابة المولود بإعاقة جزئية للجهة العلوية اليمنى لمدة تفوق 03 أشهر هذا ما ثبت من خلال تقرير الخبير⁽¹⁷⁾.

و يظهر جليا من خلال هذا القرار بأن القاضي حكم بالتعويض بالرغم من أن القرار كان حائزا لقوة الشيء المقضي في الدعوى العمومية كون أن المتهم والنيابة لم يقوما باستئناف حكم البراءة، و هذا يدل أن القضاء الجزائري في هذه الفترة تبنى مبدأ التفرقة بين الخطأين المدني و الجزائي.

و يذهب أنصار التفرقة أن الخطأ الجنائي لا بد أن يكون أكثر جسامة من الخطأ المدني، لكن التسليم بهذه الفكرة يؤدي إلى نوع من التناقض، إذ أننا نقول أن تقدير الخطأ مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضي، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن ما يراه قاض خطأ جسيما قد يراه آخر أقل جسامة، و هذا الخلاف في التقدير له خطورته على المجتمع وعلى ثقة الجمهور بالعدالة. كل هذا يؤدي بنا إلى التأكيد أن مجال البحث هنا ليس الخطأ المدني بالمعنى الواسع و إنما الخطأ المدني الذي يعتبر في نفس الوقت خطأ جنائيا .

2- نظرية الوحدة بين الخطأين المدني و الجنائي:

يستند دعاء هذه النظرية للتأكيد على فكرة الوحدة، إلى أن القانون الجنائي و إن كان غالبا ما يحرص على تحديد صور الخطأ الجنائي، فيوردها على سبيل الحصر بينما القانون المدني يستخدم نصا عاما. إلا أن ذلك لا ينهض دليلا على ازدواج الخطأين، ذلك أن ملاحظة الصور التي أوردها المشرع الجنائي تدل على أنه قد ضمنها كل درجات و حالات الخطأ مما يعني أن الخطأ في كلا القانونين واحد، و أن الخلاف بينهما شكلي بحت⁽¹⁸⁾.

و بالرجوع إلى الفقه و القضاء الفرنسي نجد أنه كان يفرق بين الخطأين المدني و الجزائي، و استمر الحال حتى 18-12-1912 حيث أقرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الوحدة بين الخطأين المدني و الجنائي.⁽¹⁹⁾

و معنى هذا المبدأ أن الفعل الخاطئ نفسه يكون سببا للمتابعة الجزائية ، كما يكون سببا للمتابعة المدنية، أي أن المسؤولية الجزائية و المسؤولية المدنية، تقومان معا على الأفعال الطبية الضارة التي ترتكب خطأ مهما كان هذا الخطأ ضعيفا، بعد أن

(17) أنظر، قرار مجلس قضاء وهران، غرفة الجنح و المخالفات، 10-11-1970، غير منشور.

(18) أنظر، فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص.119.

(19) C.f, Paul Lombard, pierre, Bernard ; le médecin devant ses juges, Edition Laffont, paris, 1973, p.132.

أقر الإجتهد القضائي وحدة الخطأين المدني و الجزائي، الأمر الذي يجعل التفريق بين المسؤولية الجزائية و المسؤولية المدنية عسيراً جداً.⁽²⁰⁾ و هذا المبدأ الذي نادى به الأستاذ Savatier بقوله : " لقد أصبح اليوم مقبولاً أن الخطأ الذي يجب أن يتحقق لقيام جريمة قتل لعدم الإحتياط هو نفس الخطأ الذي يكفي لالتزام الفاعل بتعويض الضحية مدنياً". و هذا المبدأ يطبق حالياً على الأطباء و مستقر قضائياً⁽²¹⁾.

و قد قام الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية في 1912 بدور كبير في تغيير إتجاهات الكثير من رجال الفقه و القضاء خاصة في البلاد التي تأثرت بالتشريع الفرنسي كما هو الحال بالنسبة للجزائر، حيث اتجه القضاء إلى الأخذ بهذا المبدأ في القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران، غرفة الجنح، بتاريخ 11-07-1967 و الذي تتمثل وقائعه فيما يلي:

أن مولوداً يبلغ من العمر 04 أشهر أدخل إلى المستشفى الجامعي بوهران في حالة خطيرة، و التشخيص لم يتوصل إلى الكشف عن المرض الذي يعاني منه وفي إحدى الليالي أصيب المولود بعضات جرذ (Des Morsures de rat) بعد أسبوعين في أنحاء مختلفة من جسده، و أصيب المولود بإسهال (Toxicose) و بعدها توفي. و لم يتوصل تقرير الخبير و في غياب تشريح الجثة لإمكانية أن ينسب إلى الطبيب أي خطأ، و هذا ما أدى إلى القضاء ببراعته، و القول بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية.⁽²²⁾ ومن خلال هذا القرار نلاحظ أن القضاء الجزائري أخذ بمبدأ وحدة الخطأين الجزائي و المدني، إذ أنه قضى بعدم اختصاصه للفصل في الدعوى المدنية ، لعدم ثبوت الخطأ الموجب للمسؤولية الجزائية. و يترتب على الأخذ بهذا المبدأ النتائج التالية: . أن الدعوى المدنية تسقط بنفس التقادم الذي تسقط به الدعوى العمومية (و هو التقادم الثلاثي).

إن الخطأ مهما كان بسيطاً، يكون محلاً للمساءلة الجنائية و المساءلة المدنية، لأن الصور التي أوردها قانون العقوبات للخطأ تتسع عباراتها و ألفاظها بمعنى الخطأ بكل صورته بغير تفريق بين الخطأ الجسيم و الخطأ البسيط و الخطأ العادي و الخطأ الفني. إن ثبوت الخطأ في المسؤولية الجنائية يكفي لترتيب المسؤولية المدنية، و متى كان الأمر كذلك فإن براءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المنسوب إليه يستلزم حتماً عدم قبول الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ، و يكون لحكم البراءة قوة الشيء المحكوم فيه ، إذا رفع النزاع المدني أمامها أو أمام المحكمة المدنية، و تستلزم حتماً برفض الدعوى المدنية المؤسسة عليه، و لا تكون المحكمة في حاجة

(20) أنظر ، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص.157.

(21) أنظر، محكمة استئناف باريس ، 10-02-1954، دالوز ، 1954 ، ص.257 .

(22) أنظر ، قرار مجلس قضاء وهران، غرفة الثانية الجنح، 11-07-1967 ، غير منشور

لأن تتحدث في حكمها عن هذه الدعوى و تورد فيه أسبابا خاصة. (23) من خلال إستقرائنا لأحكام القضاء الجزائي ، يتبين لنا بوضوح عدم إستقراره، في الأخذ بالوحدة أو التفرقة بين الخطأين المدني و الجزائي. فأحيانا يأخذ بالتفرقة و أحيانا أخرى يأخذ بالوحدة. و أمام عدم اتخاذ المحكمة العليا لموقف محدد بشأن هذه المسألة، فإنه يتعين علينا كباحثين إعطاء رأي بسيط في هذا الصدد. و نحن نميل إلى الأخذ بمبدأ الوحدة بين الخطأ المدني و الخطأ الجنائي الذي يعتبر الراجح عند بعض الفقه، و لاقترابه من المبادئ المعمول بها من قبل الاجتهاد القضائي الجزائي في قضايا من نوع آخر ، و هو الرأي الذي يتماشى مع قواعدنا. و من تم فإن الخطأ الذي يستوجب المساءلة الجنائية بمقتضى المواد 288- 289، 2/442 من قانون العقوبات، لا يختلف عن الخطأ الذي يستوجب المساءلة المدنية بمقتضى المادة 124 من القانون المدني، ما دام الخطأ مهما كانت درجته يكفي قانونا لتحقق كل من المسئوليتين. (24) و كل ما في الأمر هنا أن الشخص الذي يتضرر من خطأ الغير المتمثل في الإهمال، عدم الاحتياط، الرعونة، عدم الانتباه... له الاختيار بين أحد الإجراءين طبقا للمادتين 03 و 04 من قانون الإجراءات الجزائية(25).

أ- إما أن يتوجه إلى القضاء الجزائي، و يطرح الشكوى جزائية أمام وكيل الجمهورية، أو شكوى مصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق، طبقا للمواد 288- 289، 2/442 من قانون العقوبات، و يكون المتسبب في الخطأ معرض لعقوبة جزائية، و يلزم بتعويض الضحية عن الضرر الذي سببه له.

ب- إما أن يتوجه أولا إلى القضاء المدني ، للمطالبة بالتعويض عن الضرر طبقا للمادة 124 مدني و هنا ليس له الرجوع إلى القضاء الجزائي، إلا إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكما في الموضوع و هذا ما نصت عليه المادة 05 من قانون الإجراءات الجزائية . و في هذه الحالة لا بد من التنبيه إلى نقطة هامة نحدد فيها نطاق الأخذ بمبدأ الوحدة و هي :

أن وحدة الخطأين لا تتحقق إلا بالنسبة للخطأ المدني الشخصي الذي يرتب المسؤولية الشخصية، و ذلك في الحدود الذي يجرم فيها القانون الجنائي هذا الخطأ. أما خارج

(23) C.f, Jean Penneau, O.P, CIT, P.93-94.

Civ., 1er janvier 1991, 92, p.05.

(24) C.f, M.M .Hannouz et A.R. Hakem, OP.CIT.,P.159.

(25) تنص المادة 03 من أمر رقم 66- 155 مؤرخ في 1966/06/08 الجريدة الرسمية عدد المتضمن قانون الإجراءات

الجزائية، تنص على: " يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها ..". أما

المادة 04 تنص: " يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة على الدعوى العمومية، غير أنه يتعين أن ترجع

الحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى ... "

نطاق هذه الحدود، فإن للقاضي المدني إعتبار الخطأ الذي لم يواجهه القانون الجنائي خطأ مدنياً، و من ذلك الخطأ المدني الذي تقوم عليه المسؤولية الناشئة عن الأشياء، و المسؤولية عن فعل الغير⁽²⁶⁾.

و طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية، فإن الطبيب يسأل عن الخطأ الواقع منه هو ذاته خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و لا يجوز مساءلته جنائياً عن فعل شخص آخر. فالقانون الجنائي يقوم على مبدأ شخصية العقوبة، و الطبيب لا يسأل جنائياً عن فعل يقوم به مساعده أو تلميذه أو ممرضه إلا بشروط منها:

1- أن ينسب إلى الطبيب نفسه خطأ في إحدى الصور المنصوص عليها في المادتين 288 و 289 من قانون عقوبات.

2- أن يكون التابع منفذا لأوامر الطبيب و لم يقع منه خطأ ما. و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 196 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي:

" يكلف المساعدون الطبيون، حسب إختصاصهم و تحت مسؤولية طبيب.. بما يأتي... ". أما إذا كان الخطأ قد وقع من مساعد و الأطباء من تقنيين و ممرضين و حدهم فنكون بصدد خطأ علاجي⁽²⁷⁾، يسأل عنه المتسبب فيه، و لا تقوم مسؤولية الطبيب عنه.

و أما إذا وقع من كل منهما خطأ في أدائه إختصاصه المخول له قانوناً، فكلاهما يسألان عن أخطائهما. و تطبيقاً لما سبق ذكره، فإن المساعد الطبي الذي ينفذ أوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه، بل إن الذي يسأل عن الضرر الذي يترتب عن هذا الخطأ هو الطبيب المخطأ وحده⁽²⁸⁾، خاصة إذا كان العلاج مما يحتاج إلى توجيه و رقابة من طرف الطبيب.

و في هذا الصدد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18-11-1976 قضي بإدانة طبيب بجريمة القتل خطأ كونه قام بتخفيف جرح في إيهام طفل عمره 18 شهراً، أمر الممرضة التي تساعده بتخديره مع أنها غير مؤهلة لذلك و لم يرقم بالإشراف على رقبته و إنما ألزم الممرضة بذلك، فمات الطفل. غير أنه ينبغي أن يثبت أن ما أصاب المريض من ضرر راجع إلى نقص في خبرة الشخص الذي قام بالمساعدة،⁽²⁹⁾ و يعد مسؤولاً كذلك الطبيب الذي ترك للمريض أن يقوم بعمل هو من صميم إختصاصه.

و في جميع الأحوال التي يحكم فيها بمساءلة الطبيب عن أخطائه، فهذا لا يمنع من الحكم على المساعد أو الممرض بما يقع منه من خطأ في دائرة إختصاصه، و يتخذ إحدى الصور التي حددها القانون. و هذا ما يقتضي منا تحديد مسؤولية الطبيب عن

(26) أنظر، فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص. 120-121

(27) أنظر، طاهري حسين، المرجع السابق، ص. 29.

(28) C.f, Jean Penneau, op. cit, p.53.

(29) أنظر، محكمة النقض الفرنسية، 18-11-1976، مجلة النقض، سنة 1976، رقم 333.

أخطائه في النقطة الموالية .

ثانياً: تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية

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

و الخطأ الجنائي للطبيب قسمان: خطأ في التقدير و هو الخطأ الطبي الفني، و خطأ في الفعل و هو ترك المريض أو إهمال الرقابة العلاجية⁽³⁰⁾.

فهل يسأل الأطباء جزائياً عن كل أخطائهم، هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال التعرض لآراء الفقهاء التالية:

الرأي الأول : يرفض بعناد مسألة الطبيب عن أخطائه الطبية لا جزائياً و لا مدنياً، طالما أنه لم يتعمد الأذى ،كونه يحمل شهادة في الطب تثبت أنه كفاء و صالح لممارسة المهنة و أدى امتحان بنجاح. و لكن أصحاب هذا الرأي ، حتى بين الأطباء قلة لا يعتد بها .

الرأي الثاني: يقصر المسؤولية الطبية، على الحالات التي يرتكب فيها الأطباء خطأ فاحش فقط ، و هذا يعني أن مجرد الجهل بالعلم الطبي و تطبيقاته ، لا يكون سبباً للمعاقبة لأنها تشترط الخطأ الفاحش .

الرأي الثالث: يعتبر الطبيب مسؤولاً جزائياً ، إذ ألحق بالمريض ضرراً يقع تحت طائلة القانون الجزائي بخطئه ، و لكنها لا تشترط أي درجة من الجسامة، إذ يكفي في مفهومها أن يكون الخطأ إحدى الحالات التي حددها القانون مهما كان خفيفاً، و هذا المبدأ يتماشى مع مبدأ الوحدة بين الخطأ في القضايا الجزائية و الخطأ في القضايا المدنية على السواء⁽³¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد نص في المادة 239 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي الطبيب... على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، و يلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته ... " .

و بالتالي من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد رتب مسؤولية جزائية في جانب الطبيب عن كل تقصير أو خطأ مهني يلحق ضرراً بالمريض وفقاً لأحكام

(30) أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.40.

(31) أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص.155-156.

قانون العقوبات على أساس جريمتي القتل الخطأ أو الجرح الخطأ⁽³²⁾ و هنا لا بد من التعرض لمسألة مهمة تتعلق بصفة الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب جزائياً، إذ أن الفقه في بادئ الأمر اتجه إلى التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني. فالخطأ العادي هو ما يصدر عن الطبيب كغيره من الناس كإجراء العملية الجراحية و هو في حالة السكر أو إهمال في التخدير قبل العملية. أما الخطأ المهني فهو ما يتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب .

و استقر القضاء في بداية الأمر، على مساءلة الطبيب عن خطئه العادي بجميع درجاته، و عن الخطأ المهني أو الفني إذا كان الخطأ جسيماً. و استمرت محكمة النقض الفرنسية في التفرقة بين نوعي الخطأ⁽³³⁾ و سايرها في ذلك القضاء المصري. و لكن سرعان ما عدل القضاء عن هذه التفرقة و انتهى إلى مساءلة الطبيب عن خطئه مهما كان نوعه سواء الفني أو غير الفني (عادي) و مهما كانت درجته جسيماً أو يسيراً، و هذا ما أقره القضاء الفرنسي في حكم شهير له صادر في 20 ماي 1936 إلى الاستبعاد الصريح لكل تفرقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير متى كان واضحاً⁽³⁴⁾. و نحن نؤيد هذا الاتجاه القضائي الذي يقيم مسؤولية الطبيب عن كل أخطائه الطبية كلما سببت ضرر للغير و تواجدت علاقة السببية لسببين:

1- أن المادتين 288 و 289 عقوبات التي أحالت إليها المادة 239 من قانون حماية الصحة ترقيتها، قررتا قاعدة عامة تسند الخطأ إلى المتسبب في الضرر لإمكان مساءلته جزائياً عن مجرد الإهمال و عدم التبصر، و هي قاعدة تسري على جميع الناس ، مهما كانت مراكزهم و صناعتهم دون استثناء، إلا في الحالات التي نص عليها القانون بصفة خاصة. و أنه بتفحص القوانين المتعلقة بالطب لا يوجد أي استثناء من هذا القليل بالنسبة للأطباء. مما يدل على أنها وردت عامة و لم تفرق بين المخطئين الفنيين و غير الفنيين.

2- نظراً لكثرة الأخطاء التي يقع فيها الأطباء، و حتى لا يتملص الأطباء من المسؤولية تحت ستار أن هذا الخطأ يعتبر بسيطاً في المجال الطبي و ليس جسيماً، و عدم وجود معيار ثابت للتفرقة بين الخطأ الجسيم و الخطأ البسيط. و بناء على ما سبق الذكر، فإن الأطباء يخضعون للقواعد العامة للمسؤولية غير العمدية، فيسأل الطبيب عن خطئه الجسيم و اليسير، كما يسأل عن خطئه العادي. و هذا ما يجرنا للحديث عن صور الخطأ في قانون العقوبات في الفرع الموالي.

(32) و نشير هنا إلى نظرية حديثة في موضوع المسؤولية الطبية ، هي نظرية الأستاذ Tunc الذي يقترح التخلي عن نظرية المسؤولية التعاقدية ، السائدة حالياً، و إحلال نظرية المخاطر محلها ، أنظر في هذا الصدد مقال

www.droitmedical.org, gueut- devalay ص.1.

(33) C.f, Civ., 18-10-1937, Dalloz, 1937, 549.

(34) C.f, Civ., 21-07-1919, Dalloz, 1920, 30.

الفرع الثاني:

صور الخطأ في قانون العقوبات.

تتباين التشريعات في تحديد الصور التي تبلور الخطأ، فينص بعضها على الإهمال والرعونة، و عدم الاحتياط و عدم مراعاة الأنظمة⁽³⁵⁾، و يقتصر البعض على صورتين فقط هما الخطأ البسيط و الخطأ الفني. أما المشرع الجزائري فقد ساير بعض التشريعات التي عدت صور الخطأ فعددها في المواد 288 و 289 من قانون العقوبات و هي تتمثل في: الإهمال، الرعونة، عدم الاحتياط و عدم اللإنباه، و عدم مراعاة الأنظمة .

و قد ثار الخلاف بين الفقهاء عما إذا كان المشرع قد نص على هذه الصور على سبيل الحصر أم على سبيل المثال. فذهب فريق أنها وردت على سبيل المثال، و سنده أن بعض النصوص تذكر صورة أو صورتين و البعض يذكر صوراً عديدة، و ليس من السائغ القول أن نطاق الخطأ يختلف ضيقاً و اتساعاً باختلاف عدد الصور التي يذكرها القانون له. و أنه ليس صحيحاً أن حصر صور الخطأ ، يبرره اقتصار نطاق الخطأ الجنائي على الصور الخطيرة للخطأ ،لأنه ثبت أن التمييز بين الخطأ المدني و الخطأ الجنائي لا سند له من القانون، و لم يعد الرأي الراجح فقها و قضاءً. و ذهب رأي آخر و هو الراجح في الفقه أن صور الخطأ وردت على سبيل الحصر⁽³⁶⁾. و نحن نؤيد هذا الرأي كون الصور التي أوردها المشرع تحيط بكل صور الخطأ تقريباً. و يترتب على الأخذ بهذا الرأي أنه على قضاة الموضوع ذكر أن الخطأ الصادر عن المتهم في جريمة معينة غير عمدية يندرج ضمن إحدى الحالات الواردة في النص الخاص بهذه الجريمة. و هذا ما تبناه القضاء الجزائري من خلال الأحكام التي سنوردها في الحديث عن صور الخطأ بنوع من الإيجاز و المتمثلة فيما يلي:

1- الرعونة : Maladresse

يقصد بها سوء التقدير أو نقص المهارة أو جهل بالأمور التي يتعين العلم بها و أوضح حالاتها الشخص الذي يقدم على عمل و هو لا يقدر خطورته، و لا يدرك النتائج التي تترتب عليه⁽³⁷⁾. و هي تصدر عن شخص صاحب إختصاص معين، تؤدي إلى الإخلال بأصول مهنته

(35) أنظر، المادة 222 الفقرتين 19 و 20 من قانون العقوبات الفرنسي.

(36) أنظر ، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 146-147.

(37) أنظر، فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص. 102.

أو حرفته أو وظيفته، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية للمريض دون القيام بالتحاليل الطبية مسبقاً ، فيكون مخالفاً بقواعد فن الجراحة الطبية.

و في هذا الصدد نذكر قضية طرحت أمام القضاء الجزائري تتمثل وقائعها في مايلي:
تقدمت السيدة (ح.م) بشكوى ضد المستشفى الجامعي بوهران، كونه تسبب في وفاة ابنها(ع) في القسم المخصص للإنعاش، و تبين بعد تشريح الجثة أن الوفاة قد وقعت نتيجة خطأ مهني و بالضبط رعونة (ك.ن) الذي كان مسؤولاً على تخدير المريض. إذ أهمل أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لعملية التخدير لكونه لم يرق بإيصال الجهاز التنفسي بالقضيب للتحري من خلو المعدة قبل التخدير، و لهذا أدانت محكمة وهران الطبيب المخدر بتاريخ 19-09-1992 بتهمة القتل الخطأ و حكمت عليه بغرامة نافذة قدرها 2000دج ، و بعد استئناف الحكم من طرف وكيل الجمهورية صدر قرار عن مجلس قضاء وهران بتأييد الحكم⁽³⁸⁾.

2- عدم الإنتباه : Inattention

و في هذه الصورة يقف فيها الجاني موقفاً سلبياً، فلا يتخذ الإحتياطات التي يدعو إليها الحذر و لو اتخذها لحالت دون حدوث الجريمة. و من تم تضم هذه الصورة حالات الخطأ عن طريق الامتناع، كالأم التي تمتنع عن إرضاع مولودها فيؤدي ذلك إلى موته، أو كالطبيب الذي لم يراع المرض الذي تعاني منه الضحية، و أمر بتجريعها دواء غير لائق لحالتها مما أدى إلى وفاة الضحية، و هو الأمر الذي أكدت عليه المحكمة العليا⁽³⁹⁾.

3- عدم الإحتياط : Imprudence

و هو صورة للخطأ الذي ينطوي على نشاط إيجابي يتميز بعدم التبصر بالعواقب و يتحقق في الحالة التي يقدم فيها الجاني على فعل خطير، و هو يدرك خطورته و يتوقع النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها، و لكنه مع ذلك لا يتخذ الإحتياطات الكافية التي تحول دون تحقق هذه النتائج .

4- الإهمال : Négligence

هو سلوك سلبي يتمثل في عدم التحلي بما يفرضه الواجب على الشخص العادي المحترس إزاء أي موقف من مواقف الحياة، بحيث لو اتبعه لما حدثت النتيجة الإجرامية، حيث يقدم الشخص على عمل دون أن يتخذ له عدته من وسائل العناية

⁽³⁸⁾ أنظر ، مجلس قضاء وهران، غرفة الجنح، 28-10-1992، غير منشور.

⁽³⁹⁾ أنظر، المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، 30-05-1995 ، ملف رقم 118720، م.ق سنة 1996 ،

العدد الثاني ، ص.179-181.

و الإهمال و الوقاية. و قد قضت محكمة تولوز بمسؤولية الطبيب على أساس الإهمال، و عدم التبصر الذي نقل دما غير متوافق مع دم المريض المنقول إليه، مخالفاً بذلك أصول الفن الطبي نتيجة اختلاط الزجاجات التي تحتوي دم بشري مع مجموعة مختلفة، و هذا مخالفة لواجبه في الحيلة و الحذر (40)

أو كأن يترك الجراح في جوف المريض رباطاً أو مقصاً، فيؤدي إلى وفاته. هناك قضية حدثت بالمستشفى الجامعي لوهراي والتي تعود وقائعها إلى ليلة الاثنين إلى الثلاثاء بتاريخ 06 و 07 أكتوبر من سنة 2003 و بالضبط في حدود العاشرة و النصف ليلاً، عندما توقفت الأجهزة المزودة بمادة الأوكسجين و الهواء للمرضى المتواجدين تحت العناية الطبية المركزة إثر إصابتها بعطل كهربائي، بغرفة الإنعاش بمصلحة الاستعجالات بمستشفى وهران مما أدى إلى وفاة أربعة أشخاص، و اتهم الطبيب المناوب (أ. الشيخ) بالقتل الخطأ لارتكابه خطأ الإهمال المؤدي إلى الوفاة. (41)

5- عدم مراعاة الأنظمة : Inobservation des Règlements

تختلف هذه الصورة عن سابقتها في أن المخالفة ليست لقاعدة متعارف عليها، و إنما مخالفة لقاعدة قانونية، و لو من درجة أقل كمخالفة لائحة إدارية أو لقانون داخلي لجمعية معينة يفرض على المنخرطين فيها سلوكاً محدداً اتجاه موقف ما .

و يلاحظ أن مجرد مخالفة النصوص ليس كافياً لمسائلة المتهم عن القتل أو الإصابة، و إنما يجب أن تتحقق عناصر الخطأ، و أن تتوافر سائر الأركان الأخرى للجريمة بما في ذلك العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي و النتيجة، و بعبارة أخرى فإن مخالفة النصوص هي مجرد صورة من صور الخطأ، و هي لا تغني عن وجوب توافر عناصره. و أن تتوافر إحدى صور الخطأ، فإن ذلك يغني عن البحث عن باقيها .

و الحديث عن الخطأ يثير مشكلة عبء إثباته، و مدى سلطة القاضي في تقديره، هذا ما سنعالجه في الفرع الآتي:

(40) أنظر، محكمة تولوز، غرفة الجنح، 11-01-1960، الدوز 14,1266-12-1956، الأسبوع القانوني،

1960.1402-02-

(41) أنظر، ن ث " قضية وفاة 04 مرضى بمصلحة الاستعجالات"، جريدة الجمهورية، الصادر يوم الخميس 12-02-

2004، العدد 2105، ص.05.

الفرع الثالث:

عبء إثبات الخطأ و سلطة القاضي في تقديره

من العناصر التي تثير الصعوبة في المسؤولية الجنائية للطبيب، مسألة إثبات خطأ الطبيب و سلطة القاضي في تقدير الخطأ.

أولاً: عبء إثبات الخطأ

إن القاعدة التي مفادها أن البينة على من ادعى ، لا نجد لها مجالاً للتطبيق في هذا النوع من النزاعات، حيث أن إثبات المسؤولية الناجمة عن الفعل الشخصي للطبيب يقع على المريض، الذي عليه إثبات عناصر المسؤولية الطبية من خطأ و ضرر و علاقة سببية.

وهنا نشير إلى أنه إذا كانت مسألة الإثبات تثير بعض الصعوبات بالنسبة للمريض في مجال المسؤولية المدنية، إلا أنه في المسؤولية الجنائية، الأمر يختلف إذ أن للنيابة العامة أو قاضي التحقيق بحسب الأحوال دور هام في مساعدة الشاكي (المريض عادة أو وليه أو وراثته) في تقديم أدلة الإثبات، لأنه بمجرد تحريك الدعوى العمومية من قبل وكيل الجمهورية له أن يأمر الشرطة القضائية بسماع المتضرر و استدعاء الطبيب المسؤول عن الخطأ و سماعه في محضر، على أن ترجع هذه المحاضر لوكيل الجمهورية، و لهذا الأخير إتخاذ أحد الإجراءات :

1- إما إحالة القضية على المحكمة الجزائية إذا توافرت أركان الجريمة وفقاً لقانون العقوبات.

2- و إما أن يحيل القضية للتحقيق فيها من قبل قاضي التحقيق، و هذا الأخير له سلطات واسعة في البحث عن أدلة الإثبات. فله أن يأمر بإجراء بحث معمق، كما يمكنه أن يطلب إجراء تشريح للجثة، و سماع الشهود، و مواجهة المتهمين و غير ذلك من السلطات المخولة له. فاللجوء إلى القضاء الجزائي هو سلاح ذو حدين، فهو من جهة يخفف على الشاكي عبء الإثبات، و من جهة أخرى فهو يتشدد تجاه المشتكى منه أي الطبيب فله أن يوجه له الإتهام إذا دارت حوله شكوك⁽⁴²⁾.

أما فيما يتعلق بإثبات خطأ الطبيب، فلا بد من النظر إلى طبيعة التزام الطبيب، فالأصل أن التزامه ببذل عناية، و هذا يلزم المريض على إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو إنحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة ، أي أن يكون سلوكه لم يكن مطابقاً لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به⁽⁴³⁾، و يجب أن يثبت أن عدم تنفيذ التزامه يعد خطأ في حق الطبيب، و لهذا الأخير أن ينفية بإثبات العكس .

⁽⁴²⁾ C.f, P. Lambard et autres, op.cit, p.134-135.

⁽⁴³⁾ أنظر ، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص.162.

أما الحالات التي يلزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض⁽⁴⁴⁾ ، فإنه يكفي لإقامة المسؤولية، إثبات الالتزام الذي يقع على عاتقه، بالإضافة إلى حدوث الضرر أثناء تنفيذ الطبيب لالتزامه، لعدم تحقيق النتيجة المقصودة، دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدد طبقاً للمعيار العام للخطأ من جانب الطبيب. فمجرد حدوث ضرر للمريض يعتبر كافٍ لقيام المسؤولية إذا كان الخطأ ثابتاً في حق الطبيب⁽⁴⁵⁾.
و لا بد في هذا المجال التذكير بقواعد المسؤولية الجنائية، فيما يتعلق بالخطأ، فالقانون الجنائي لا يعرف الخطأ المفترض - على خلاف المسؤولية المدنية - من أي نوع كان، و لا توجد به قرائن قانونية للإثبات. وعلى من يدعي بصدور خطأ من طرف الجاني (الطبيب) مكلف بإثباته، باعتباره خطأ شخصي منه تسبب عنه إيذاء المجني عليه أو وفاته⁽⁴⁶⁾.

و على هذا الأساس فإنه فيما يتعلق بالإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي معناه أن هذا الأخير لا ينطق بالعقوبة إلا إذا اقتنع أن هناك خطأ ثابت، ولا يأخذ بالقرائن، حتى القاطعة منها⁽⁴⁷⁾.

و لا يستطيع الطبيب أن يدرك تلك المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير، كما يمكنه إثبات قيام حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال.

إلا أنه ينبغي الإشارة ، أن هناك حالات يشدد فيها القضاء مسؤولية الأطباء ، كعمليات التجميل، أو العمليات العادية التي لا تحتمل أي صعوبة مثل عمليات الختان، التي لم يعد يسودها الطابع التجريبي⁽⁴⁸⁾.

ثانياً: سلطة القاضي في تحديد الخطأ:

للقاضي سلطة واسعة في تقدير المسؤولية الطبية، و القاضي لا يحكم منفرداً في القضايا الطبية بل له أن يستعين بأهل الخبرة عند الحاجة. و قد جرت العادة على انتداب طبيب شرعي لبيان الخطأ الذي وقع من الطبيب. و قد نص المشرع في المادة

(44) الالتزام بالسلامة obligation de sécurité لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بالألا: يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية ، و بالألا ينقل إليه مرض آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم أو خلافه.

(45) أنظر، أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب - مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة، ذات السلاسل، الكويت ، سنة 1986، ص.66.

(46) أنظر ، رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص.172.

(47) C.f, Jean Guérin ; op.cit, p.164.

(48) أنظر، أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب - دراسة مقارنة، ذات السلاسل، الكويت ، سنة 1986، ص.246.

206 فقرة 04 المعدلة⁽⁴⁹⁾ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي: " لا يلزم الطبيب... سواء أكان مطلوب من القضاء أو خبيراً لديه بكتمان السر المهني... و لا يمكنه الإدلاء في تقريره... إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ... "

من خلال هذا النص يتبين أن مهمة الطبيب الخبير قاصرة على المسائل الفنية الطبية، و يجب عليه أن يلتزم في تقريره بكشف المسائل التي هي من الطبيعة الفنية التي دعي لفحصها.

و للمحكمة مطلق الحرية في تقدير الأدلة و في قبولها أو عدم قبولها ، بل لها الحق طبقاً للقواعد العامة، في رفض طلب تعيين خبير بدون أن يكون في ذلك أية مخالفة للقانون، طالما كان لديها سبب جدي ، كما لها الحرية في تقدير أقوال الشهود.

و ليس للقضاء التدخل في المسائل العلمية للأطباء، كونها مسائل مبهمة للقاضي و يجهلها، و ليس له أن يبدي رأيه فيها⁽⁵⁰⁾، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 جوان 1835 الذي أقرت فيه THORY NORRY في حكم شهير لها مسؤولية الأطباء عن أخطائهم. و أعلنت أنه ليس للقضاء على حد قول النائب العام الفرنسي Dupin أن يفصل فيما إذا كانت طريقة العلاج التي إتبع في محلها أولاً، أو إذا كانت هناك طريقة أفضل منها، و كل هذه مسائل علمية، قد يتجادل فيها الأطباء و يختلفون فيها، فلا يصح أن تكون محل مناقشة في تقدير المسؤولية الجنائية أو المدنية⁽⁵¹⁾. أما إذا خرجت الواقعة المسندة إلى الطبيب من نطاق البحث العلمي، و أصبح الأمر لا ينطوي على خلاف فني بل على إهمال فاضح و إستهتار بالواجب ظاهر، و إغفال الأمور الأولية التي يتعين على كل طبيب أن يعرفها و يلم بها، فحينئذ يقع الأمر في متناول بحث القضاء⁽⁵²⁾.

و لقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاجتهاد و تواترت أحكامه عليه ، و قضى بمسؤولية الطبيب عن خطئه الظاهر أو إهماله أو عدم احتياطه⁽⁵³⁾ و مهما يستقل القاضي بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب، و إستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، من وقائع ثابتة تذكرها في حكمها و إلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه. في حين أن إستخلاص علاقة السببية، بين الخطأ و الضرر هي مسائل الواقع، التي تستقل بها محكمة الموضوع و لا رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة النقض⁽⁵⁴⁾.

(49) المعدلة بموجب قانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، جريدة رسمية عدد 35.

(50) C.f, Jean .Penneau, op.cit, p.44.

(51) C.f, A .App. Aix et autres, o.r.l, op.cit, p.165.

(52) C.f, P.Lambard P. Mecaigue et autres, op.cit, p.132.

(53) C.f, M.M. Hannouz et A.R Hakem, op.cit, p20.

(54) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.190.

و المعيار العام في تقدير الخطأ، هو معيار موضوعي ينبني على السلوك المألوف من شخص عادي، أما بالنسبة للخطأ المهني فيقاس بسلوك المهني مرتكب الفعل الضار بالسلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة و المستوى. و على هذا الأساس فإن القاضي عند تقديره لخطأ الطبيب، فإنه يقيسه على سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه، و على ضوء الظروف التي وجد فيها، مع مراعاة الأصول الفنية المستقرة.

و المشكل في حد ذاته ليس فقط في تحديد الأخطاء الطبية و إنما أيضا في معرفة الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب الجزائية.

الأصل أن علاقة الطبيب مع المريض تعاقدية، إلا أن القضاء الفرنسي استقر على أن مسؤولية الطبيب تأخذ طابع المسؤولية التقصيرية عندما يمثل الخطأ الطبي خطأ جنائيا، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية⁽⁵⁵⁾، و عمل القضاء على تطبيقه في عدة أحكام لها منها القرار الشهير الصادر عن محكمة Aix بتاريخ 12 جانفي 1954 الذي جاء في إحدى حيثياته :

" إذا كانت المسؤولية الطبية هي الأصل في مسؤولية تعاقدية فإنها تتخذ وجهها آخر عندما التقصير في واجبات الجراح يتخذ طابع عدم الإحتياط أو الإهمال المكون للجنة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 319 من قانون العقوبات " ⁽⁵⁶⁾

⁽⁵⁵⁾ C.f, Dorsner Dolivet, op.cit, p.53.

C.f, Crim, 12 dec 1946, j.c.p, 1947, II ; 3621, obs.r.rodier.

⁽⁵⁶⁾ C.f, P. Lambard P. Mecaigue et autres, Op.Cit, p.131.

C.f, Dorsner Dolivet, OP. Cit, P. 54.

المطلب الثاني :

أركان المسؤولية الجزائية نتيجة أخطاء الطبيب غير العمدية.

تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية عند ارتكابه لأفعال تكون جنحة أو مخالفة لقانون العقوبات أو القوانين المتعلقة بتنظيم مهنة الطب، و تكون عقوبتها الحبس و الغرامة، و هنا نركز على الجرائم غير العمدية، و التي تتمثل في جنحتي القتل الخطأ و الجرح الخطأ.

و يتمثل الركن الشرعي لهما في نصوص المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، و اللتان تختلفان عن بعضهما في جسامته النتيجة المتسببة في النشاط الإجرامي كما يشترط المشرع توافر ركنين آخرين هما : الركن المعنوي، و المتمثل في عنصر الخطأ (الفرع الأول)، الذي يخلو من نية المساس بحياة أو صحة المريض. أما الركن المادي، فيتكون من نشاط الجاني (الطبيب) و النتيجة الحاصلة عن هذا النشاط، و هي فعل القتل أو الجرح ، المؤدي إلى إزهاق روح إنسان حي أو إلى عجز مؤقت أو عاهة مستديمة، أي تتمثل في عنصر الضرر (الفرع الثاني)، الذي يصيب الضحية، كما يتطلب توافر رابطة السببية (الفرع الثالث)، بين النشاط الإجرامي و النتيجة.

الفرع الأول :

عنصر الخطأ الطبي.

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الأخطاء التي يقع فيها الأطباء، و تعرضهم للمسؤولية. و على هذا اتجه الفقه و القضاء إلى استنباطها من الميدان الطبي، و كانت هناك صعوبة في تحديدها كونه لا يوجد معيار محدد يساعد على تحديدها.

و لهذا المشرع تداركا منه لهذا النقص أحدث هيئة جديدة، مهمتها إبراز الأخطاء الطبية في حالة وجود صعوبة في تحديدها. هذه الهيئة تتمثل في " المجلس الوطني لأخلاقيات الطب" الذي نظمت تشكيلاته و سيره مدونة أخلاقيات الطب و حددت مهامه بموجب المادة 168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدلة بموجب قانون 90-17 المذكور سابقا.

و لهذا المجلس ثلاثة مهام أساسية هي : التوجيه ، التأديب و الاستشارة التقنية، و هذه الأخيرة تمثل الدور التقني للمجلس الطبي الذي أوكلت له مهمة تحديد و إبراز الأخطاء المهنية الطبية عندما تطرح دعاوى المسؤولية الطبية ضد أحد أعضاء المهنة الطبية. و يكون موضوع دعوى المسؤولية متعلقا بصعوبات تخص تحديد الخطأ الطبي المهني الذي لم يكن قد عالجه القانون.

في هذه المسألة تلجأ المحاكم إلزاما إلى المجلس الطبي من أجل أن يقدم لها الرؤية العلمية للمسألة المطروحة في النقاش، و يكون للمجلس الطبي دور تقني علمي ينير القاضي بالمسائل التي تحتاج إلى توضيح الخطأ الطبي، اعتمادا على معطيات علمية، ليصل إلى إثبات أو نفي المسؤولية الطبية⁽⁵⁷⁾.

و على هذا سنحاول التطرق لبعض صور الأخطاء التي يمكن أن تقع من الأطباء أثناء مراحل العمل الطبي، من خلال الأمثلة العملية التي عرضت على القضاء، و التي كان يصعب تحديدها لعدم وجود معيار محدد و تغييرها من حالة لأخرى.

1- في حالة رفض علاج المريض :

يقع على الطبيب التزام بعلاج المرضى الذين يقدمون إليه، و له في ذلك أن يرفض، لأسباب شخصية تقديم العلاج، هذا ما جاء في المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب، و لا تقوم مسؤوليته.

و لكن هذا المبدأ يجب أن لا يخل بما جاء في المادة 09 من نفس المدونة، التي تنص على أنه يجب عليه أن يقدم الإسعاف لمريض في حالة خطر أو يتأكد من تقديم العلاج الضروري له⁽⁵⁸⁾.

و هنا مخالفة هذا الإلتزام يرتب قيام مسؤولية جنائية في حق الطبيب بموجب المادة 02/182 من قانون العقوبات⁽⁵⁹⁾، إذا توافرت أركانها. و في هذا الصدد قررت المحكمة العليا بتاريخ 26-11-1995 نقض قرار قاضي بإدانة طبيبة مختصة في طب العيون بتهمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر - وهي فتاة كانت مصابة بالتهاب في عينها، و لم تقدم لها المساعدة اللازمة مما تسبب في فقدانها البصر - لعدم توافر العنصرين المعنوي و المادي للجريمة كونها قدمت المساعدة الطبية المطلوبة منها هاتفيا للطبيب المداوم بالمستشفى⁽⁶⁰⁾.

و بالمقابل أقر القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب جنائيا و مدنيا، إذا امتنع عن التدخل بمناسبة حالة وضع رغم إبلاغه بخطورة الحالة و بصعوبة الظروف المحيطة به⁽⁶¹⁾.

(57) أنظر، بداوي علي، الإلتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ص.29.

(58) أنظر، الملحق رقم (1)، مسؤولية الطبيب المداوم، ص.191 م.بايلها .

(59) المادة 02/182 عقوبات : " و يعاقب ... كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطرة كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير " .

(60) أنظر، المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، 26-12-1995، ملف رقم 128892، م.ق سنة 1996، العدد

الثاني، ص.182.

(61) C.f, Crim, 17 fév. 1972, D.1972.395

2- تخلف رضاء المريض :

سبق و أن ذكرنا أن الرضاء شرط من شروط مشروعية العمل الطبي و تعرضنا إلى شروط صحته في القانون الجزائري، أما بالنسبة لمسؤولية الطبيب في حالة تخلف هذا الشرط فنتصور أمام حالتين:

الحالة الأولى: الأصل أن تخلف شرط رضاء المريض يجعل عمل الطبيب غير

مشروع و يوجب مسؤوليته جزائيا طبقا للمادة 264 و ما يليها من قانون العقوبات. و يعتد بالرضاء النافي للمسؤولية في حالة صدوره قبل مباشرة العمل الطبي، و ليس بعده. و يجوز للمريض أن يتراجع عن رضائه، و هنا لا يكون للرضاء السابق أي قيمة في إعفاء الطبيب من المسؤولية، و مع ذلك يمكن أن يعفى الطبيب من المسؤولية إذا تخلف شرط الرضاء إذا أثبت و جود حالة الضرورة المتمثلة في:

- توافر حالة الاستعجال لإنقاذ المريض.

- الوقاية من الأمراض المعدية، و هذا ما جاء في المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الحالة الثانية: هنا المريض هو الذي يرفض علاجه (Refus de Malade)

ويشترط القضاء لتخلص الطبيب من المسؤولية إثبات رفض المريض لتدخله كتابة⁽⁶²⁾.

3- الإخلال بالتزام إعلام المريض:

يقع على عاتق الطبيب إتزام بإعلام المريض بكل تدخل أو و صف علاجي مسبقا، ما عدا في الحالات المستعجلة. و قضت محكمة النقض الفرنسية أن الإعلام يمنح المريض الترجيح بين المزايا التي يحققها التدخل الطبي، و بين المخاطر التي يواجهها⁽⁶³⁾.
وقد أكد القضاء الفرنسي بتاريخ 17-02-1998 أن الإلتزام بالإعلام يشمل المخاطر الجسيمة، المتوقعة و الإستثنائية⁽⁶⁴⁾.

و أن الإخلال بهذا الإلتزام و على حد قول القضاء الفرنسي بتاريخ 17-11-1969 أن عدم إعلام المريض قبل العملية الجراحية يشكل خطأ مدنيا و ليس مخالفة جنائية.⁽⁶⁵⁾

أما موقف المشرع من هذا الإلتزام ، فإنه أكد عليه من خلال المادتين 162 و 166 من

(62) C.f, Civ, 07 Nov. 1961 ; D.1962.71.

(63) C.f, Civ, 1er -19- Avr. 1988.

(64) أنظر، شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، موسوعة الفكر القانوني، المرجع السابق، ص.87.

(65) أنظر، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص.89.

C.f, Encyclopédie, Droit Civil, note médecine, p.18.

قانون حماية الصحة و ترقيتها، و لكنه لم يرتب جزاء على مخالفة القاعدة ، و حتى القضاء الجزائي لم يحدد موقفه في هذه النقطة ، خاصة و أنه يصعب إثبات علاقة السببية بين الإخلال بهذا الالتزام و الضرر الذي قد يصيب المريض.

4- الخطأ في مرحلة التشخيص:

المبدأ المستقر عليه في الفقه و القضاء الفرنسي، هو الإعفاء المطلق للأطباء من كل مسؤولية عن الخطأ في التشخيص. إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، فإذا أظهر الخطأ في التشخيص جهلاً واضحاً، لا يغتفر أو مخالفة صريحة للأصول العلمية الثابتة و السائدة في علم الطب، فإنه يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب مسؤولية جزائية. و لهذا أقر القضاء الفرنسي مسؤولية الجراح الذي قام بإجراء عملية جراحية لمريض، معتقداً أنه مصاب بورم خبيث، و تبين له أثناء العملية أنه ورم بسيط (Simple Lipôme) و نسب إليه خطأ في التشخيص و في إجراء الفحوص الطبية المسبقة.⁽⁶⁶⁾ و يسأل الطبيب عن الخطأ في التشخيص ، إذا كان ذلك راجعاً إلى عدم إستشارة زملائه أكثر تخصصاً في المسائل الأولية اللازمة ، حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه، أو إذا أصر على رأيه رغم تبينه من خلال آراء زملائه لطبيعة خطئه في التشخيص.⁽⁶⁷⁾

5- الخطأ في مرحلة العلاج:

على الطبيب أن يراعي عند اختياره للعلاج الحالة الصحية للمريض، و سنه و مدى مقاومته و درجة احتمالته للمواد التي سيتناولها و الأساليب العلاجية المطبقة عليه، و هنا تصور الخطأ في حالتين:

الحالة الأولى: عدم إتباع الأصول العلمية السائدة.

لقد أقام القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب الذي باشر العلاج بطريقة تتم عن إهمال و لا مبالاة و دون مراعاة الأصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشأن.⁽⁶⁸⁾

الحالة الثانية: الإخلال بقواعد الحيطة و الحذر.

فقد أدانت محكمة مرسيليا طبيبا بتهمة القتل بإهمال الطبيب و بمساعدة فريق طبي في علاج عدد من المرضى في وقت واحد باستخدام الصدمات الكهربائية. و بإعتبار أن المريض كان يعاني من إنهيار عصبي و خضع لهذا العلاج فتوفي، نتيجة إصابته

⁽⁶⁶⁾ C.f, Cour d'Appel d'Agent, 06-07-1977, Jean Guérin , Guide pratique de responsabilité médicale, l'Argus, paris, 1979, p.19.

⁽⁶⁷⁾ أنظر، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، سنة 1999 ، ص.52.

⁽⁶⁸⁾ C.f, Crim, 16 Avr. 1921, D.1921,1. 184.

بأزمة قلبية لم ينفطن إليها أحد بسبب عدم وجود أية رعاية بعد العلاج⁽⁶⁹⁾.
و على هذا إذا خرج عمل الطبيب عن تحقيق هدف العلاج، و يضيف على عمله
الصفة الإجرامية، و يشكل مساسا بسلامة جسم الإنسان أو حياته كقتل المريض بدافع
الشفقة و التعقيم⁽⁷⁰⁾.

6 - الخطأ من خلال العمليات الجراحية:
العمليات الجراحية بدورها تمر بمراحل: و نشير إلى أن خطأ الجراح لا يختلف عن
الخطأ الطبي و إنما فقط يأخذ صورة خاصة⁽⁷¹⁾.

أ- قبل إجراء العملية الجراحية:
يتطلب القضاء من الطبيب أن يتخذ كل الإحتياطات اللازمة لمعرفة الحالة الصحية
للمريض بإجراء فحوص مسبقة شاملة، و إختيار الطريقة المناسبة للجراحة قبل أن يقرر
إجراءها إلا في الحالة الإستعجالية⁽⁷²⁾.
و بما أن المريض له الثقة في الطبيب الجراح، هذا لا يعني أن يقبل كل العلاجات التي
يريد إجراءها له، و إنما لا بد على الطبيب الحصول على رضاء المريض بعد إعلامه
بكل مخاطر العملية، و الطريقة التي يريد إتباعها.
و هنا يستعين الجراح بطبيب تخدير، و هذا الأخير ملزم بفحص المريض و مراعاة
حالته قبل العملية، و هو يسأل عن كل الأخطاء الشخصية التي تصدر منه أثناء ممارسة
عمله.

و هذا ما قضت به محكمة استئناف باريس بتاريخ 05-05-1977 التي أقرت
مسؤولية طبيب التخدير و حكمت عليه بعام حبس غير نافذ و غرامة كونه لم يقيم
بفحص الطفل قبل تخديره مما تسبب في بقاءه في فترة غيبوبة طويلة⁽⁷³⁾.

ب- أثناء العملية الجراحية:
لا تثور مسؤولية الجراح إلا إذا لم يؤدي عمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته، و بالمستوى
الذي ينتظره منه المريض، بسبب عدم احتياطة أو إهماله أو رعونته أو عدم
إنتباهه⁽⁷⁴⁾. و يصعب أحيانا تحديد الخطأ الجراحي من طرف القضاء. فلقد رفض إقامة
مسؤولية الجراح عن وفاة طفل تم نقله إليه بسرعة لإجراء عملية جراحية، تمت

⁽⁶⁹⁾ أنظر ، سبايس-مرسلي، الأخطاء الطبية و مسؤولية الطبيب الجراحية ، مذكرة القضاء ، الدفعة العاشرة ، سنة 1999 -
2001 ، ص. 29-30 .

⁽⁷⁰⁾ C.f, Jean Penneau, op.cit, p.86

⁽⁷¹⁾ C.f, Dorsner Dolivet, op.cit, p.55.

⁽⁷²⁾ C.f, Jean Gerin, op.cit, p.15.

⁽⁷³⁾ C.f, C.a. Paris, ch., corr., 05 mai 1977

⁽⁷⁴⁾ C.f, M.M. Hannouz et A.R Hakem, op.cit 61.

بالعناية المطلوبة، لكنها لم تتجح لعدم إحراز الطب في هذا الميدان للتقدم العلمي الكافي.⁽⁷⁵⁾

و أقام مسؤولية جراح ترك أجسام غريبة في جسم المريضة (ضمادة) تسببت في تعفن لها⁽⁷⁶⁾.

مسؤولية طبيب التخدير تثار أيضا أثناء العملية ، كون التقدم العلمي الحديث ، جعل استعانة الجراح بطبيب تخدير على درجة كبيرة من الحيوية ، يتعين عليه متابعة حالة المريض أثناء العملية.

و هنا نشير أنه في الميدان الجزائري ، لا يسأل الجراح عن أخطاء طبيب التخدير، باعتباره تابع للطاقم الذي يساعده - عكس المدني- و إنما تقوم المسؤولية الجزائية لكل منهما إذا ارتكبا خطأ شخصيا⁽⁷⁷⁾، و هذا ما أقره القضاء الفرنسي الذي أكد وجود خطأ مشترك للجراح و طبيب التخدير اللذان باشرا العملية الجراحية بدون التأكد من عدم تناول المريض الأكل قبل العملية⁽⁷⁸⁾ كما قد يسأل الطبيب الجراح جزائيا لعدم مراقبته لصلاحية الأجهزة التي يستعملها أثناء الجراحة .

ج- عقب العملية الجراحية:

لا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجراحية ، إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض ، عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج و مضاعفات، و يستطيع الخروج من الغيبوبة ، و يستعيد نفسه من جديد، و لا يصل ذلك إلى حد ضمان شفاء المريض و نجاح العملية، بل الاستمرار في الرعاية و بذل العناية⁽⁷⁹⁾.

و هنا أيضا يظل التزام طبيب التخدير قائما، حتى يتأكد من الاستفاقة الكاملة للمريض، ليكون جاهزا للتدخل في أي لحظة حتى تمر مرحلة الخطر، و قد أقام القضاء الفرنسي مسؤولية طبيب التخدير و حكم عليه ب 03 أشهر حبس غير نافذ لارتكابه جريمة الجرح الخطأ بسبب تركه لمريض قبل استفاقته مما تسبب في نزعه لجهاز التنفس و تم إنقاذه بصعوبة⁽⁸⁰⁾.

و من أمثلة خطأ طبيب التخدير في الجزائر نذكر قضية السيد(ظ.م) الذي اتجه بتاريخ 18-11-2000 إلى مستشفى "تس" لإجراء عملية جراحية بسيطة لاستئصال كيس مائي على مستوى أسفل الظهر، و تم إجراء العملية في ذات اليوم بعد تخدير الجسم، و كان من المفروض أن يستعيد المريض وعيه في مدة لا تتجاوز 03 ساعات، غير أن

(75) C.f, Crim, 13 mars 1971, b.crim.78.

(76) C.f, Tribunal de police de Toulon, 04 mai 1977, J. Guérin, p.39.

(77) C.f, Dorsner Dolivet, op.cit, p.311

(78) C.f, Crim, 22 juin 1972, gaz.pal.1972, II, p.757.

- Crim, 18 nov 1976, J.Guerin, op.cit, p.81.

(79) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.103.

(80) C.f, T.G.I Lille, 14 oct. 1976

الذي حدث ، أن المصاب استعاد وعيه لمدة قصيرة فقط ، قبل أن يدخل في غيبوبة تامة، و السبب في وفاته هو نقص الأكسجين أو بالأحرى نفاذه و لم يحرص الطبيب على استبدال القارورة الفارغة إلا بعد 10 دقائق مما أدى إلى وفاة المريض⁽⁸¹⁾.

7- الخطأ في مرحلة تحرير التذكرة الطبية:

تعد مرحلة تحرير التذكرة الطبية، المرحلة الأخيرة من مراحل العمل الطبي غير الجراحي، و إن كانت أهم هذه المراحل، كونها تعد المستند و الوثيقة الوحيدة التي تثبت وجود العلاقة بين الطبيب و المريض بدون فيها الطبيب نوع العلاج المقرر، و طريقة استعماله. و إن كان إهمال أو عدم احتياط في تحريرها أو الامتناع عن تحريرها ، يعتبر إخلالا بالتزام قانوني ، يستوجب عقاب مرتكبيه. و من أهم تطبيقات هذا الموضوع، حكم بإدانة طبيب بجريمة قتل خطأ نتيجة إهماله في بيان الجرعات و كيفية تعاطي الدواء الخطر المدون بالتذكرة الطبية، و الذي قد يؤدي استخدامه إلى تسمم.

كما حكمت محكمة فرنسية على طبيب أطفال بعقوبة القتل الغير العمدي ، لسهو في تحريرها، و كتابة اسم دواء محل آخر لطفل مما تسبب في وفاته نتيجة تأثيره الضار، و أصر الطبيب على استعماله رغم ظهور بعض الأعراض الجانبية للدواء ، إلا أنه لم يشترك في وصفه للدواء، و كان في مقدوره أن يتفادى ذلك الخطأ بالتأكد من حقيقة العلاج المقرر و لكنه أهمل ذلك.

هذا و من خلال ما ذكر، الأخطاء الطبية متعددة ، و لا يمكن حصرها نظرا لاختلافها من حالة لأخرى ، و حسب الظروف المحيطة بكل حالة . و ما تم التطرق إليه ما هو الأعلى سبيل المثال و جزء من بحر القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي ، و بعض قضايا القضاء الجزائري. و تبقى مسألة تحديد الأخطاء الطبية، من الأمور الصعبة لا يستطيع القضاء الفصل فيها لوحده، و إنما لابد من مساعدة خبراء في المجال.

هذا و وقوع خطأ من الطبيب لا يكفي وحده لمساءلته جنائيا، و إنما لابد أن يتسبب بفعله هذا في إحداث ضرر للغير.

الفرع الثاني:

عنصر الضرر.

إن إصابة المرض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جرائها هو نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الجزائية الطبية، فووقوع الضرر للمريض، هو العنصر المستلزم لقيام المسؤولية الجزائية، مع مراعاة أن التزام الطبيب هو ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة، و بالتالي يمكن رغم حدوث ضرر ألا تثور المسؤولية الطبية ، إذا لم يثبت أي

(81) أنظر، ع.م "عندما تخطى ملائكة الرحمة"، جريدة الخبر ، 19-03-2001 ، ص.12.

تقصير أو إهمال من جانب الطبيب المعالج. و لا شك أن القواعد العامة للمسؤولية الجنائية التي تحكم عنصر الضرر باعتباره النتيجة الحاصلة عن النشاط الإجرامي للجاني هي التي تنطبق هنا. لم يعرف المشرع الجزائي الضرر، لكن بالرجوع إلى الفقه نجد أنه عرفه أنه: "الأثر الخارجي للخطأ الذي وقع من الجاني. و يشترط في هذا الأثر أن يكون حقيقيا و مؤكدا و حالا. بمعنى أن الضرر لا يفترض، بل لابد أن يكون حقيقة واقعة"⁽⁸²⁾ و بالرجوع إلى القواعد العامة في الجنائي نجد أن الضرر الموجب للمسؤولية الجنائية لابد أن تتوافر فيه شروط:

1- أن يكون الضرر مباشرا: أي أنه هو النتيجة التي ترجع أساسا إلى خطأ الجاني. و للقاضي أن يقدر توافر السببية بين الخطأ و النتيجة الضارة. بمعنى أن يكون نتيجة مباشرة لعمل الطبيب.

2- أن يكون الضرر شخصا: و هو يشمل الضرر الجسماني و المادي و الأدبي.

أ- الضرر الجسماني: هو كل اعتداء على سلامة الجسم .

ب- الضرر المادي : هو كل اعتداء على المصالح المترتبة بالذمة المالية للمدعي بالحق المدني.

ج- الضرر الأدبي أو المعنوي: قد يمتد إلى المصاب ذاته، أو يمتد إلى غيره في حالة وفاته.

و بهذا قضت محكمة النقض أن تعويض الوالد عن فقدان ابنه لا يعتبر تعويض عن ضرر محتمل الحصول في المستقبل، و إنما تعويض عن فقد الولد و ما يسببه من اللوعة للوالد أي أنه حال.⁽⁸³⁾

3- أن يكون حالا و أكيدا: أي وجوده ثابتا و حالا، كما يمكن أن يكون مستقبليا. و قد ذهب القضاء إلى التوسع في مفهوم الضرر إذ أجاز أن تقوم المسؤولية الطبية على أساس الضرر المتمثل في تفويت الفرصة للشفاء أو الحياة.⁽⁸⁴⁾

القضاء الفرنسي يطبق هذه النظرية في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب مند سنة 1965 حتى الآن، و لا يحكم بالتعويض إلا عن تفويت الفرصة فقط وليس عن الضرر الجسدي أو الموت، لأن فوات الفرصة في حد ذاته يصلح كأساس للتعويضولا يشكل جريمة جنائية، و لهذا رفضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض أن تؤسس المتابعات الجزائية على مجرد فوات الفرصة.⁽⁸⁵⁾

(82) أنظر، أبو اليزيد علي المتيت، المرجع السابق، ص.92.

(83) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.165.

(84) C.f, Crim.6 juin 1990, d.1990.I.r.209; d.1991, 125.

(85) C.f, Cass. Crim, 20 nov. 1996, dr.pèn, mars 1997, n34.

Cass.crim, 9jan1979, j.c.p1980, II, 19272, note chabas

Oussoukine Abdelhafid, traité de droit médical, publication du laboratoire et les nouvelles technologies, Oran, 2003, P.189.

و في الأخير نقول أن وجود الضرر إلى جانب الخطأ لا يكفي لقيام المسؤولية، إذا لم تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر.

الفرع الثالث:

عصر علاقة السببية

لا يكفي مجرد وقوع الضرر للمريض، و ثبوت خطأ الطبيب، بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ و الضرر، و هذا ما يعرف بركن السببية. تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور العسيرة نظرا لتعدد الجسم الإنساني و تغير حالاته و خصائصه من شخص لآخر. و قد تتعدد السلوكات التي تؤدي إلى نتيجة واحدة، مما يدفعنا إلى ضرورة إيجاد معيار يمكننا تحديد أي الأفعال أدت إلى نتيجة تسند إلى صاحبها . و لهذا ظهرت نظريتين في الفقه الحديث هما:

1- نظرية تعادل الأسباب:

يعد سببا كل شرط ساهم في إحداث النتيجة، و كانت مساهمته ضرورية بحيث يمكن القول أنه لولا ذلك الشرط، لما تحققت النتيجة. و بالتالي يتحمل من وفر ذلك الشرط أو العامل كل المسؤولية .

2- نظرية السبب الملائم:

إذا تعددت الأفعال و تمخضت عنها نتيجة ، فإن إسنادها يكون إلى ذلك السلوك الذي يؤدي إليها عادة في مثل تلك الظروف.

و قد تبنى القضاء الفرنسي نظرية السبب الملائم، بالرغم من كل الانتقادات الموجهة إليه، و التي رد عليها الكاتب الأمريكي بمقولة : " إن كل ما كتب على هذا الموضوع يؤدي إلى نشر دخان في ضباب"⁽⁸⁶⁾.

وفي هذا المجال فقد أقر القضاء الجزائري بتاريخ 15-11-1967، براءة الطبيب من تهمة القتل الخطأ المنسوبة إليه و المتمثلة وقائعها في:

تسببت في وفاتها بعد نزيف أن امرأة حامل أجري لها عملية قيصرية في المستشفى C.H.U.O دموي حاد. و نسب إلى الطبيب خطأ نقل دم مختلف عن الدم الذي تحمله. و بالرجوع إلى تقرير أحد الأطباء و صيدلي تم التأكيد على أن الفحص الذي أجري على المرأة بين أنها كانت، مصابة بمرض عدم تجمع كريات الدم بعد التخثر (Fybrinolyse)، و أنه حتى و لو أن الدم الذي تم نقله لم يكن نفس الدم الذي تحمله إلا أنه لم يكن السبب في وفاتها. و بالتالي لا توجد علاقة سببية بين الخطأ المنسوب إلى الطبيب و وفاة المرأة، و لهذا أيد حكم البراءة.⁽⁸⁷⁾

(86) C.f, Encyclopedie, Civ 1er, janvier 1991, d.1991.129

(87) نظر، مجلس قضاء وهران، غرفة الجنح و المخالفات، 15-11-1967، غير منشور.

و بالتالي من خلال هذا الحكم، الذي تطلب توافر علاقة السببية، و الذي أخذ فيه بالسبب الأكثر ملائمة، كونه اعتبر أن نقل دم مغاير لدمها ليس من المعتاد أن يؤدي إلى الوفاة ، و إنما المرض الذي كانت مصابة به هو الذي من المعتاد أن يؤدي إلى هذه النتيجة، و هي الوفاة.

لكن يجب ملاحظة أن السببية شرط مستقل عن شرط الخطأ، فقد يقع الخطأ من الطبيب و لكن لا يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار، و عليه إذا أثبت لطبيب أن المصاب قد تسبب بخطئه في حدوث الضرر الذي أصابه أو في استفحال ذلك الضرر بإهماله، فقد أثبت أن الضرر سببا أجنبيا غير الخطأ الذي وقع منه هو، لأن من حقه أن يتوقع أن يسلك المصاب مسلكا سليما لا خطأ فيه و ليس عليه أن يتوقع منه سلوكا خاطئا، فلا يحتاج إلى أن يثبت أنه لم يتوقع هذا الخطأ فعلا، ولا أنه كان في الوسع تفاديه. و من العوامل التي لا يمكن توقعها و استحيل دفعها القوة القاهرة التي من شأنها إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة توافرها.

و قيام رابطة السببية بين الخطأ و القتل أو عدم قيامها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أن عدم استظهار الحكم لهذه العلاقة يجعله حكما معيبا.

الفصل الأول

الفصل الأول :

المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات التلقيح الإصطناعي وتغيير الجنس.

أثار التقدم العلمي في المجال البيولوجي العديد من المخاوف و التساؤلات عن مسؤولية الطبيب في هذا المجال، خاصة بعد ظهور بنوك حفظ المني و انتشار ظاهرة التلقيح الإصطناعي و ميلاد طفل الأنابيب. كما أدى التطور الطبي إلى إمكانية تحويل الأشخاص من ذكور إلى إناث أو العكس، لأسباب جسدية أو نفسية، و كل هذه الأساليب أثارت الكثير من الجدل حول مشروعيتها، و ما يترتب عليها من نتائج إجتماعية و أخلاقية، تتعكس بدورها حول الفكر القانوني و سبل مواجهتها، خاصة و أن الأمر يتعلق بالنظام العام القائم على أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر. و لقد ارتأينا أن نتطرق لمسؤولية الطبيب عن عمليات التلقيح الإصطناعي (المبحث الأول)، و كذا مسؤوليته عن عمليات تغيير الجنس (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المسؤولية الطبية عن عمليات التلقيح الإصطناعي.

توصل علماء الطب إلى أساليب فنية تساعد الفرد على الإنجاب ، إذ كان يعاني من العقم أو غيره من الحالات الصحية التي تحول دون أن يتمكن من الإنجاب بالطرق الطبيعية، فظهرت فكرة التلقيح الإصطناعي و طفل الأنابيب، بمعنى آخر التلقيح داخل الرحم أو خارجه.

و إذا حللنا التقنيات المعتمدة في إطار الإنجاب الإصطناعي نجدها تتمثل في وسيلتين: الأولى تستهدف علاج عقم و ضعف خصوبة الزوج، و الثانية تسعى لعلاج ضعف خصوبة الزوجة و عقمها.

و هذه الوسائل و إن كانت ذات طبيعة طبية إلا أنها تثير بعض المشاكل و الخلافات من الوجهة القانونية و الأخلاقية و الدينية و الإجتماعية و كذلك الصحية. و لبيان مدى مشروعيتها، و مسؤولية الطبيب عنها، نتناول البحث في التلقيح داخل الرحم (المطلب الأول)، و يليه التلقيح خارج الرحم (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التلقيح الإصطناعي داخل الرحم

التلقيح الإصطناعي داخل الرحم؛ هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لغير زوجها في رحمها. فهذه الوسيلة تقوم على استبعاد الإتصال الجنسي بين الرجل و المرأة كوسيلة للإنجاب ليحل محله الحقن⁽¹⁾.

كما يعرفه البعض على أنه " عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي ". هذا التعريف يبقى أقرب إلى الواقع، لأنه يبرر الطابع العلاجي لعملية التلقيح الإصطناعي، و يؤدي إلى استبعاد كل طريقة أخرى غير علاجية أو تقليدية، حتى و لو كان من شأنها أن تحقق عملية الإنجاب عن طريق الإستدخال⁽²⁾.

و بالرغم من أن هذه الوسيلة قد ساعدت في التغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب بالطرق الطبيعية، خاصة في حالة عقم الزوج أو ضعف خصوبته، إلا أنه نظرا لكونها تؤدي إلى تدخل الطبيب في نطاق علاقات يجب أن تظل قاصرة على الزوجين فحسب، فقد أثارت الكثير من المشاكل الدينية و القانونية. و الخلاف بشأن مدى مشروعيتها، حين تتم في نطاق العلاقة بين الزوجين (الفرع الأول)، و كذلك حين تتم بتدخل الغير (الفرع الثاني)، و مدى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط هذا التلقيح (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مدى مشروعية التلقيح الداخلي بين الزوجين.

يقصد بالتلقيح الإصطناعي في نطاق العلاقة بين الزوجين، التلقيح الذي يتم بين خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين يربط بينهما - وقت إجراء التلقيح - زواج شرعي⁽³⁾.

و هنا تستخدم في عملية التلقيح نطفة الزوج بنفسه، و ذلك لتلقيح بويضة زوجته و نسمي هذه الطريقة التلقيح الإصطناعي بنطفة الزوج *Insémination Artificielle Conjugale* ، و تستخدم هذه الوسيلة، عمليا في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته أي إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب في مهبل زوجته، لحدوث الحمل الطبيعي. و قد يكون

(1) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 23.

(2) أنظر، العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الانجاب الاصطناعي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، سنة 1999 - 2000، ص - 7 .

(3) أنظر، توصيات الندوة العلمية الخاصة بالأساليب الطبية الحديثة و القانون الجنائي المنعقدة بمركز بحوث و دراسات مكافحة الجريمة و معاملة المجرمين، بالقاهرة، نوفمبر 1993.

ذلك لكونه عنينا أو ليست لديه القدرة على إيصال السائل المنوي إلى أغوار المهبل لكونه سريع الإنزال، أو كان السائل المنوي للزوج ليس بالكف أو النوعية الكافية لإتمام عملية الإخصاب⁽⁴⁾. و لا تكفي النسبة الضئيلة الباقية لتلقيح البويضة، و في هذا الفرض يعمل الأطباء على جمع هذه الحيوانات المنوية الصالحة على فترات، و تجميدها فترات زمنية إلى أن يتم تجميد الأعداد الكافية للتلقيح، و حينئذ تحقن في مهبل الزوجة⁽⁵⁾.

فالسائل المنوي صالح تماما لعملية الإخصاب لكن الصعوبة تكمن في إستحالة، أو صعوبة التقاء نطفة الزوج مع بويضة الزوجة.

و متى تم إدخال الحيوانات المنوية في الرحم بنجاح، فإن الأمور تسير بعد ذلك كما لو كان التلقيح طبيعيا، حيث تلتقي نطفة الزوج التي تم حقنها إلتقاء طبيعيا ببويضة الزوجة، و يتم التلقيح بينهما.

و من شروط التلقيح الأساسية وجوب إجرائه في زمن الإباضة عند المرأة، أي ما بين اليوم العاشر و الرابع عشر في بدء الدورة الشهرية. و قد دلت الإحصائيات أن نسبة نجاح التلقيح الصناعي قد تصل إلى 70 % اذا أجريت العملية في اليوم المحدد للإباضة، و أحيانا يتحتم إعادة التلقيح مرتين أو ثلاث مرات⁽⁶⁾.

و لتحديد مشروعية هذه الوسيلة سنتعرض لموقف الفقه و القضاء ثم نحدد موقف المشرع الجزائري منها.

أولا : موقف الفقه القانوني

ذهب أغلب الفقهاء المعاصرين إلى القول بمشروعية الوسيلة المشار إليها، و انتهوا إلى أن الطفل المولود عن هذا الطريق، هو طفل شرعي مثله كمثل طفل جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين الزوجين، و يكون له ما للأبناء الشرعيين من حقوق، و عليه ماعليهم من التزامات تجاه آبائهم و أمهاتهم و أقاربهم⁽⁷⁾، لأن هذه الوسيلة تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهم المشروعة في الإنجاب.

و توصل الرأي الغالب في الفقه إلى تصنيف العقم بأنه مرض يجوز التداوي منه⁽⁸⁾، و أن قيام الطبيب باستعمال حقه في العلاج، و تدخله لأسباب يقرها علم الطب و تفرها الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع من أجل علاج هذا المرض أو الحد من آثاره الضارة يجعل عمله عملا علاجيا مباحا.

(4) انظر، عبد الرزاق سوكة، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب و القانون ، القاهرة، سنة 1988، ص. 32.

(5) أنظر، مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص. 400 .

(6) أول تلقيح صناعي بين الزوجين في التاريخ البشري قام به « HUNTER » سنة 1799 .

(7) أنظر، التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية، سنة 1993، السابق الإشارة إليها.

(8) هناك نقاد يعارضون تصنيف العقم على أنه مرض أو اعتلال صحي الا أنهم يسلمون بأنه ضار بالنسبة لكثير من الأزواج و ذلك بالنسبة لسلامتهم الإجتماعية و أنه يمكن أن يؤدي الى أعراض سيكولوجية مثل الإكتئاب، أنظر بهذا الصدد الخولي، المرجع السابق، ص. 37.

- و قد تطلب الفقهاء لإباحة اللجوء إلى هذه الوسيلة ضرورة توافر عدة أمور منها :
- 1- أن يكون التلقيح الإصطناعي هو المخرج الوحيد لتمكين الزوجين من مباشرة حقهما المشروع في الإنجاب.
 - 2- أن يتم إجراء العملية بناء على موافقة الزوجين معا.
 - 3- أن يكون الهدف من وراء إجرائها مكافحة العقم و التغلب على آثاره الضارة، و ليس التحكم في جنس الجنين أو تغيير صفاته الوراثية⁽⁹⁾.

و هنا قد يثار التساؤل حول التلقيح الذي يقع بعد الوفاة خاصة بعدما تم غلق ما يسمى ببنوك حفظ المنى ؟

و هنا اتجه الرأي إلى أن الطفل يكون غير شرعي، لأن العلاقة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين. أما البعض الآخر فتنحصر المشكلة في اعتقاده، في ضرورة موافقة الزوج قبل وفاته على أن يستخدم منيه على هذا النحو، كما هو الحال في حالة التلقيح في أثناء حياته، و الصعوبة عند أنصار هذا الرأي تكمن في إمكانية إثبات تلك الموافقة⁽¹⁰⁾.

و في هذا الصدد فقد أوصى التقرير الذي وضعته لجنة "WARNOCK" الذي نشر سنة 1984 في إنجلترا، حول الخصوبة البشرية و علم الأجنة بأن الإرث في حالة الطفل الذي يولد بعد الوفاة يجب أن يقتصر على ما إذا كان الحمل قد تحقق في ظل حياة الأب، و اقترح البعض في هذه الظروف أن يقتصر حق الطفل في الإرث على حالات الوصية من قبل الزوج قبل وفاته. هذا و بصفة عامة، فإن الزوج إذا توفى و بعد ذلك استخدمت الخلايا التناسلية في تكوين الجنين، و إحداث الحمل فلا يعد والد الطفل⁽¹¹⁾.

ثانيا : موقف القضاء الفرنسي

في السابق كان القضاء الفرنسي يرفض اللجوء إلى هذه الوسيلة، حيث أن القضايا التي عرضت عليه في ذلك الوقت تؤكد ذلك و نذكر من بينها القضية التي عرضت على محكمة "بورديو" سنة 1883 و التي جاء فيها : " أن الطبيب الذي قام بهذا التلقيح، إنما قام بعمل غير مشروع، نظرا لأن هذه الطريقة، ليس من شأنها معالجة أسباب العقم لدى الرجل أو لدى المرأة، لكي يكونا صالحين للإنجاب، و إنما من شأنها أن تعاون في فعل الإنجاب نفسه و إنجازه في المكان الأكثر حشمة، فأصبح الطبيب وسيطا بين الرجل و المرأة مستخدما وسائل إصطناعية، يستقبحها القانون

⁽⁹⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 37.

⁽¹⁰⁾ C.f, Noel Joun mazen , l'insémination artificielle une réalité ignorée, par le législateur, J.C.P 1978, Doc 2889

⁽¹¹⁾ أنظر، ماروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسمين المرجع السابق، ص. 402 .

الطبيعي، و أنه من كرامة الزواج، ألا تنتقل أمثال هذه الوسائل من نطاق العلم، إلى مجال التطبيق...⁽¹²⁾

ولكن تراجع القضاء، و أجاز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بين الزوجين، طالما أن عملية الإخصاب عن طريق الصلة الجنسية الطبيعية بينهما مستحيلة، لعيب يعاني منه أحدهما أو كلاهما و ليس فيه أي تعارض مع النظام العام و الآداب العامة.

كما أجاز القضاء الفرنسي أيضا التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج، و أعطى للزوجة الحق في أن تلحق نفسها إصطناعيا بعد وفاة زوجها من منيه الذي تركه قبل وفاته، و ذهب إلى أن الإجراء في هذه الحالة ليس فيه تعارض مع القانون، أو مع أهداف الزواج و هو الإنجاب.

و من الحالات التي عرضت على القضاء الفرنسي فيما يخص التلقيح بعد الوفاة نذكر:

حالة السيد " بربليكس "، الذي كان على علاقة بكورين ريشارد، و أصيب بسرطان في الخصيتين و حذره الأطباء بأن العلاج سيؤدي إلى العقم، فاتجه في 07-12-1981 إلى مركز حفظ المنى، و قام بإيداع كمية من نطفته لتجميدها و تخزينها، و استمر علاجه خلال عامين 1982-1983، ثم توفي بعدها في 25-12-1983 بعد أن تزوج كورين قبل وفاته بيومين.

توجهت الزوجة و معها والد الزوج المتوفي إلى المركز المشار إليه، لتسلم الخلايا التناسلية المحفوظة و استعمالها في عملية التلقيح بها، بعد حصولها على موافقة والدي الزوج المتوفي على ذلك. إلا أن المركز رفض، فتوجهت إلى المحكمة لإلزام المركز بتنفيذ طلبها. و عند بحث الموضوع، تبين للمحكمة عدم توافر أي دليل يثبت اعتراض الزوج على التلقيح بعد وفاته باستعمال الخلايا التي سبق له تخزينها، و استخلصت المحكمة من اتجاه الزوج إلى تخزين خلاياه التناسلية في المركز، ثم إبرام الزواج بالشاكية و شهادة الوالدين الذي وضح منها موافقة الزوج قبل وفاته على ذلك توافر إرادة المتوفي بشأن الإنجاب، يشكل غرضا من أغراض الزواج، لذلك قضت المحكمة بقبول طلب الشاكية، و إلزام المركز بتسليمها الخلايا التناسلية موضع الخلاف⁽¹³⁾.

و لقد كان لهذا الإجتهد القضائي في فرنسا، و غير المسبوق في مجال التلقيح الإصطناعي أثر كبير على الفقه القانوني الذي عارض في أغلبه موقف محكمة " كرتاي " من مسألة التلقيح الإصطناعي من نطفة الزوج بعد الوفاة⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ C.f. Kornprobst, Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, paris, Flammarion, 1957, P. 540

⁽¹³⁾ C.f. T.G.I de Créteil, 1aout 1984, Gaz - Pal. 1984, P560 & J.C.P 1984, 20321 et R.T.C.D 1984, P. 703

⁽¹⁴⁾ C.f. Sériaux, Alain, la procréation artificielle, sans artifices - illicites et responsabilités, D 1988-I- P. 58.

و مهما يكن من أمر، فإن هذا الإجتهد القضائي يعد فريدا من نوعه، و يعكس صعوبة و دقة المهمة التي قامت بها المحكمة.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري.

لم يتصدى المشرع الجزائري في حقيقة الأمر لعملية التلقيح الإصطناعي، و صورته المختلفة بنصوص تشريعية خاصة أو قواعد تنظيمية لها. غير أن ذلك لا يمنعنا من أن نستشف موقف مشرعنا من خلال التطرق إلى مسألة البنوة أو النسب و بصورة أدق للابوة الشرعية، التي حسمها في نص المادة 41 من قانون الأسرة⁽¹⁵⁾، و التي جاء فيها: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة".

و عليه فإنه طبقا للتشريع الجزائري يبقى الزواج هو الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب لأنه هو وحده أساس النظام الإجتماعي عندنا طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة.

و هذا معناه أنه لا يمكن أن نتصور إمكانية اللجوء إلى الإنجاب الإصطناعي في غير صورته التي تتماشى مع الشريعة الإسلامية، و التي تبقى المصدر الوحيد لتنظيم مسائل الأسرة عندنا.

و من خلال ما سبق، يمكن القول أن التلقيح الذي يتم بمني الزوج جائز من الناحية القانونية، حيث يمكن تشبيه هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن علاقة جنسية عادية بين الزوج و زوجته. فهذا النوع يساعد على الإتحاد الطبيعي بين البويضة و المنى، أي تلقيح الحيوان المنوي للزوج ببويضة الزوجة، لينتج عن إندماجهما مولود بصفة لا تدع مجالاً للشك في شرعيته. بل أنه يمكن للطبيب المسؤول عن عملية التلقيح أن يشهد على العلاقة البيولوجية بصورة قطعية⁽¹⁶⁾.

لذلك يتطلب التلقيح الإصطناعي توافر شروط خاصة بالزوجين يمكن حصرها فيما يلي:

- لا يتم التلقيح الإصطناعي إلا إذا كان هو الوسيلة الوحيدة الممكنة للإنجاب.
- لا يمكن اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي إلا إذا كان الزوجان مرتبطان بعقد زواج شرعي، وكانت العلاقة الزوجية مازال قائمة بينهما. ومعنى ذلك أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب بعد وفاة زوجها خضوعها للتلقيح بنطفة زوجها المتوفى قبل الإنتهاء من عملية التلقيح، أو قبل قبل عملية تخصيب البويضة و زرعها⁽¹⁷⁾، لأن ذلك لا يتماشى مع نص المادة 42 من قانون الأسرة.
- 3 - أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها.

(15) أنظر، قانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(16) أنظر، مروك نصر الدين، التلقيح الصناعي في القانون المقارن للشريعة الإسلامية، المجلس الأعلى الإسلامي،

الجزائر، سنة 1998، ص.45.

(17) أنظر، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.258.

4 - ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحضى بعملية قانونية تامة. و نظرا لأهمية الرضا، فإنه يستلزم إفراغه في شكل معين لتتظن الأطراف المعنية بخطورة هذه العملية، وللإطلاع على محتواها و إدراك نتائجها.

والتحدث عن هذا الوضع مرتبط ببلوغ سن أهلية الزواج، التي حددها المشرع في المادة 7 الفقرة 1 من قانون الأسرة، ببلوغ الزوج 21 سنة، وبلوغ الزوجة 18 سنة وقت إبرام عقد الزواج (18).

و رضا الزوجة يتم على قدم المساواة مع رضا الزوج، من حيث صحته والتراجع عنه، ما دامت عملية التلقيح لم يبدأ فيها بعد (19). أما إذا كانت العملية قد شرع فيها، فإن القول بإمكانية الزوجة النكول عن موافقتها، من شأنه أن يخلق مشكلة عويصة. تتعلق بحق الزوجة بطلب الإجهاض، حيث أن المادة 304 من قانون العقوبات، تعاقب المرأة التي تقوم بإجهاض نفسها و كل من يساعدها على ذلك، و لا يوجد أي تبرير على ذلك إلا إذا تعلق الأمر بالحالة الصحية للمرأة التي تكون في خطر محقق. إذا كان المشرع الجزائري يبيح التلقيح الإصطناعي بين الزوجين إذا توفرت شروطه، فماذا لو تمت هذه العملية بتدخل الغير فيها، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مدى مشروعية التلقيح الداخلي بين غير الزوجين

يقصد بالتلقيح الإصطناعي خارج نطاق العلاقة بين الزوجين، التلقيح الذي يتم بين خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين لا يربط بينهما - وقت إجراء التلقيح - زواج شرعي (20).

لقد رأينا في التلقيح الإصطناعي بين الزوجين، أن الزوج بالرغم من قدرته على الإخصاب إلا أنه عاجز لسبب أو لآخر عن إيصال السائل المنوي إلى المكان المناسب في رحم زوجته، حتى يستطيع أن يلتقي بالبويضة في قناة فالوب ليتم التلقيح بينهما.

أما في الحالة التي نحن بصدها، فالزوج ليس لديه القدرة على الإخصاب، بالرغم من أنه قد يكون قادرا على إيصال السائل المنوي إلى المكان المناسب في رحم الزوجة. و قد عجز الطب عن علاج مثل هذه الحالات، ولم يجد لها حلا لمن يرغب في الإنجاب إلا بالحصول على نطفة رجل آخر، تحل نطفته محل نطفة الزوج. ثم

(18) يمكن للقاضي للقاضي أن يرضخ للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، طبقا للمادة 7 فقرة الثانية من قانون

الاسرة

(19) أنظر، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 263.

(20) أنظر توصيات الندوة العلمية بالقاهرة سنة 1993. المذكورة سابقا.

يتم بعد ذلك حقن النطفة في رحم زوجة الرجل المصاب بالعقم حتى تلد ببيوضة الزوجة، فيتم التلقيح بينهما وتسمى هذه العملية بالتلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج
Insémination Artificielle Par Donneur⁽²¹⁾.

و قد تضمنت الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية في 1980/03/23 النص التالي : " تلقيح الزوجة بمني زوج آخر غير زوجها سواء لأن الزوج ليس به مني أو كان به ولكنه غير صالح محرما شرعا، لما يترتب عليه من الإختلاط في الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه، وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث بها الحمل تحمل معنى الزنا و نتائجه، و الزنا محرم قطعا بنصوص القرآن والسنة"⁽²²⁾.

و لا يتغير الحكم بإدخال تلك النطفة إلى رحم الزوجة، فذلك ليس من شأنه تصحيح الإختلاط غير المشروع الذي تحقق، ويؤدي إلى أن العملية الإنجابية يشارك فيها ثلاثة أطراف، وبالتالي يصعب إثبات النسب السليم .
ولهذا إرتأينا إلقاء نظرة على موقف الفقه والقضاء من هذه المسألة لإمكان تحديد موقف المشرع الجزائري منها.

أولا : موقف الفقه الفرنسي

ذهب بعض الفقه الفرنسي، إلى القول بإباحة هذه الوسيلة، بل وانتقد موقف بنك حفظ المني في فرنسا لقصره هذه العملية على الحالة التي يكون فيها الزوج مصابا بعقم غير قابل للشفاء، واعتبر هذا الشرط معيارا ظالما و تحكما ، وذلك لأن هناك بعض الأزواج يعيدون عن حالة العقم، قد تكون لديهم مشاكل وراثية تجعلهم يترددون في الإنجاب، و يفضلون اللجوء إلى هذه الوسيلة .

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل أجاز البعض للمرأة غير المتزوجة اللجوء إليها، وذلك قياسا على حالة المرأة غير المتزوجة التي تتبنى طفلا.

كما أجاز أنصار هذا الإتجاه هذه العملية للعشيقة، التي لا ترتبط بعشيقها برابطة قانونية رسمية، واشترط البعض لإجازة هذه العملية للعشيقة إثبات الرابطة الحرة بينها وبين عشيقها، والحصول على رضاه بإجراء العملية حفاظا على مصلحة الطفل⁽²³⁾.

فبينما يعتبر الإتجاه الأول، أن التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج نوعا من العلاج لعدم الإنجاب، فإن فريقا آخر يرى أن هذه الممارسة غير مشروعة ، وأن أي تصرف قانوني يبرم بشأنها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، بل أكثر من ذلك فإنه يطالب بترتيب المسؤولية الجزائية و المدنية في جانب كل شخص، و بالأخص الطبيب الذي

(21) أول عملية تلقيح بواسطة الغير قد تمت سنة 1884.

(22) أنظر، الفتوى الصادرة عن دار الافتاء المصرية، رقم 23، 23 مارس 1980، في عهدة الشيخ المرحوم جاد الحق

على جاد الحق، مذكورة في أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.154.

(23) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.48.

يشرف على ممارسته هذا النوع من التلقيح⁽²⁴⁾. فبالنسبة لهذا الإتجاه و الذي يدعم فكرة عدم شرعية التبرع بعينات النطف غير نطفة الزوج ، فإنه يرى أن هذه العملية تتنافى ومبدأ عدم جواز التصرف في حالة الشخص، وأن اللجوء إلى التلقيح بهبة النطف البشرية لصالح الغير، ينجم عنه إحلال شخص أجنبي محل الأب البيولوجي و الحقيقي للمولود.

أما العلاقات الحرة السائدة في البلدان الغربية، والتي يمكن لأي من طرفيها التحلل منها في أي وقت يشاء ، فإن الطفل الناتج عن هذا النوع من التلقيح الإصطناعي يبقى بدون أدنى ضمان لمستقبله المعلق على نوعية و طبيعة العلاقة التي تربط الطرفين. وأن ذلك يؤدي إلى القول بأن العملية في حد ذاتها باطلة لبطلان سببها ومحلها⁽²⁵⁾.

ثانيا : موقف القضاء الفرنسي.

يتبين من إستقرار بعض أحكام القضاء الفرنسي بشأن موقفه من التلقيح بغير نطفة الزوج أنه يعتبر الإتفاق الحاصل يتضمن تصرفا في كائن بشري له حقوق ثابتة قانونا و شرعا، وأن المساس بها ينطوي أصلا على مخالفة للمبادئ الدينية ولقواعد الأخلاق بل و لأحكام القانون الوضعي. وكذلك كل إتفاق بشأنها يبقى باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما ذهبت إليه محكمة إستئناف تولوز في قضية تتمثل وقائعها في : أن عشيقا مصاب بالعقم تقدم بدعوى قضائية يتراجع فيها عن اعترافه بأبوته الطبيعية لطفل، وذلك بعد أن نشب خلاف بينه و بين عشيقته، أم الطفل الناتج عن عملية التلقيح الإصطناعي بنطفة متبرع. وقد استجابت المحكمة لطلبه، إلا أنها ألزمته بالمقابل بأدائه تعويضا للطفل، و قد بررت حكمها بأن هذا العشيق يكون بفعله قد تسبب في وجود طفل، بدون أب حقيقي . كما أوضحت بأن هبة النطفة الذكرية من شأنها أن تؤدي إلى ميلاد طفل، أي إنشاء حالة إنسانية من المتبرع وأن السماح له بإنكار أبوته له سيؤدي إلى معاملة هذا الكائن الإنساني معاملة الأشياء، وأنه فضلا عن ذلك فإن هذه الهبة تصطدم بمبدأ حظر التصرف في حالة الشخص، والتي لا يمكن أن تكون محلا للتنازل عنها سواء في شكل تبرع أو عن طريق المعاوضة.

وعليه، فإن المحكمة توصلت إلى أنه فيما يتعلق بمحل الإتفاق المبرم بين العشيقين المتضمن إجراء عملية تلقيح إصطناعي بنطفة الغير، فإن هذا الإتفاق يعتبر غير مشروع، بل و أنه يتضمن إعتداء على حقوق الطفل⁽²⁶⁾.

بينما يرى جانب آخر أن هذه الوسيلة تكون جريمة الزنا ، و هو الرأي الذي أيدته المحكمة العليا لولاية (اونتاريو) بكندا في قضية *Orford VS.Orford* ، وتتخلص وقائعها في أن السيدة " أرفورد " قامت برفع دعوى ضد زوجها بقصد الحصول على نفقة غذائية بعد انفصالها مؤقتا، و رفضها مواصلة الحياة الزوجية معه. فنقدم الزوج

(24) et (25) C.f, Seriaux. Alain. OP. cit ;P.201 et P.205

(26) محكمة إستئناف تولوز، 21 سبتمبر 1987، الأسبوع القانوني 2، ص.36-61.

بطلب مقابل يتمثل في طلب الطلاق منها مؤسسا طلبه على إرتكاب زوجته جريمة الزنا، لأنها أنجبت طفلا من زوج آخر.

و دفاعا عن موقفها بررت الزوجة إنجابها للطفل عن طريق التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير بحجة موافقة زوجها على ذلك، وأن فعلها ذلك لا يعد جريمة الزنا. وفي هذه الصدد أكدت المحكمة بأن هذا الفعل (I.A.D) ، وإن لم يعتبر في حد ذاته مكونا لجريمة الزنا، فإن المحكمة حرصا منها على الأخلاق العامة، ترى إعطائه هذا الوصف⁽²⁷⁾.

ولكن المشرع الفرنسي تدخل وأنهى هذا الخلاف، وأضفى على عملية التلقيح بواسطة الغير صفة المشروعية متى توافرت الشروط المتطلبة قانونا لإمكانية اللجوء إليها⁽²⁸⁾.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري .

لقد سبق و أوضحنا أن من الشروط الأساسية للإستفادة من التلقيح الإصطناعي هو وجوب إجرائه في إطار علاقة زوجية شرعية، و بين الزوجين . أما إذا تعلق الأمر بالتلقيح الإصطناعي بواسطة الغير، أي بدون نطفة الزوج، فإنه أمر محظور شرعا، لأن ذلك من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي ، كما أنه ينتج عن ممارسته وجود نوعين من الأبوة، أبوة بيولوجية ترجع للأب المتبرع، وأبوة قانونية تكمن في الزوج وهو أب الطفل قانونا، وهو الأمر الذي يسمح للزوج برفع دعوى إنكار نسب الطفل الذي أتى عن طريق التلقيح الإصطناعي بغير نطفة الزوج .

ولذلك يرى البعض أن في مثل هذا الإخصاب تزوير في شهادة الميلاد، وأن هذا التزوير سوف يستمر تحت غطاء قرينة شرعية⁽²⁹⁾. وعلى ذلك فلا يمكن إباحة هذا التلقيح في مجتمعنا، حتى و لو كان يهدف إلى تحقيق غرض علاجي. فالإلتزامات الناتجة عن الزواج لاسيما واجب الإخلاص تعتبر من قبيل النظام العام، وكل إتفاق يخالف ذلك يعتبر باطلا، ولا يعتد برضاء الزوجين بإجراء هذا النوع من التلقيح.

إضافة إلى أن هذا النوع من التلقيح له نتائج وأثار نفسية خطيرة على جميع أطراف العلاقة : فبالنسبة للزوج هو الأب الوهمي أو بالحلول، فعلى الرغم من موافقته على إجراء العملية ، فإن مشاعره تجاه الطفل ستكون مختلفة تماما عن مشاعر الزوجة اتجاهه، فهي الأم الحقيقية بيولوجيا للطفل، فيصعب على الزوج أن يعامله نفس المعاملة، وأن شعوره بعدم القدرة على الإنجاب ينعكس سلبيا على معاملته لزوجته، بل وقد يعرضه لصدمات وعقد نفسية ، تؤدي به إلى الإنتحار أو تدفعه إلى الجريمة.

⁽²⁷⁾ أنظر، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.41.

⁽²⁸⁾ C.f, Jean .H et Jaques .B et Fabrice .P , le gynécologue...,oP.cit. P. 118.

⁽²⁹⁾ C.f, Kornprobst, oP.cit, P.561.

وبالنسبة للزوجة فإن هذه العملية تثير فيها الرغبة لمعرفة الأب البيولوجي للطفل، فيدفعها ذلك للتحقير من شأن زوجها و الإشمئزاز منه ، وهذا كله ينتج عنه مشاكل و اضطرابات تهدد كيان الأسرة .

وبالنسبة للطفل، فإنه يواجه نتائج أشد خطورة، فقد يعلم الطفل بأصله الحقيقي، الأمر الذي ينعكس سلبا على حالته النفسية و الإجتماعية ، وقد ينكر الزوج نسبه إليه ليجد نفسه فجأة بدون أب حتى ولو كان وهميا (30).

ولهذا نحن نناشد المشرع الجزائري للتدخل بوضع نصوص واضحة يبين من خلالها موقفه من مسألة الإنجاب الإصطناعي، ومن مختلف الطرق المعتمدة طبيا في هذا المجال، خاصة و أنها تمس ميدانا حساسا و هو قانون الأسرة، وقد يمتد هذا التأثير ليشمل الميدان الجزائي بالأخص مسؤولية الطبيب، والتي سنحاول التطرق إليها وفقا للأحكام التقليدية لقانون العقوبات في الفرع الموالي .

الفرع الثالث:

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح

الداخلي :

توصلنا إلى أن التلقيح الإصطناعي هو إحدى وسائل علاج العقم، والتي تعد مما يجرم إجراؤه وممارسته شرعا طالما كان المانح والمتلقي، لا يرتبطان بعلاقة زوجية قائمة و حالة. فإن التساؤل عن مدى إستجابة القواعد العامة في قانون العقوبات لهذا النوع الجديد من الممارسات الطبية يعد أمرا ضروريا ؟.

والتساؤل يظل قائما حول التكييف الصحيح للمسؤولية الجنائية عن القيام بهذه الممارسة، وما إذا كانت النماذج الجرمية و القوالب القانونية التقليدية في قانون العقوبات الجزائي تعد وافية وقادرة على إستيعاب هذا النوع المستحدث من الممارسات ؟

باعتبار أن التدخل الطبي في هذا المجال يشترط ضرورة توافر رضا أصحاب الشأن، ويكون التدخل بغرض العلاج، وأن يتبع الطبيب أثناء تدخله ما تقضي به الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء أهل الإختصاص، وتخلف أحد هذه الشروط يرتب مسؤولية جنائية في جانب الطبيب، ولهذا نحاول أن نرسم حدود هذه المسؤولية على النحو التالي :

أولا : تخلف شرط الرضا

من المعلوم أن رضا الزوجين شرط أساسي لمشروعية عملية التلقيح الإصطناعي، ومعنى ذلك أن العمل الطبي يكون غير مشروع إذا لم يصدر الرضا السليم من جانب

(30) انظر ،عبد الحميد الشواربي ،المرجع السابق ،ص.249.

وأنظر ،مروك نصر الدين ،الحماية الجنائية ...،المرجع السابق ، ص.406 - 407 .

أحد الزوجين، ولكن قد يقوم الطبيب بإجراء العملية في نطاق العلاقة بين الزوجين أو خارج نطاق هذه العلاقة أي عن طريق تدخل الغير بدون علم و موافقة أحد الزوجين، والتساؤل الذي يثار هنا ماهي الجرائم التي تكونها واقعة التلقيح في هذه الحالة، والتي يجب مساءلة الطبيب عنها ؟
وللإجابة على ذلك نتعرض لأثر تخلف شرط الرضا عند إجراء التلقيح في نطاق العلاقة بين الزوجين ثم أثر تخلف هذا الشرط عند إجراء العملية خارج نطاق هذه العلاقة، وذلك على النحو التالي:

1/ بين الزوجين :

أ - عدم موافقة الزوجة :

قد يستجيب الطبيب لرغبة الزوج و يجري العملية للزوجة، بالرغم من عدم موافقتها على ذلك، و الأفعال الداخلة في تكوين هذه الممارسة قد تقترب من النماذج الجرمية الواردة في قانون العقوبات، خصوصا ما تعلق منها بتجريم أفعال الإعتداء على العرض، ونحاول أن نبسط هذه الجرائم على هذه الممارسات لمعرفة مدى إنطباقها عليها كما يلي :

1 - جريمة هتك العرض : (الإغتصاب)

نصت عليها المادة 1/336 من قانون العقوبات التي جاء فيها : " كل من ارتكب جنابة هناك العرض يعاقب بالسجن المؤقت ..."
الواقع لا يمكن القول بوجود جريمة هتك العرض، لأن أساس هذه الجريمة تقوم على إتصال الرجل بالمرأة إتصالا جنسيا كاملا، دون رضاها⁽³¹⁾ .
فجريمة هتك العرض تقتضي توافر ركن الواقعة أو الجماع أي إيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى، أو يقصد به وطء ومجامعة امرأة جماعا طبيعيا تاما في المكان المعد للجماع من جسم المرأة⁽³²⁾، وهذا الركن لا يتوفر في التلقيح الإصطناعي الذي يقتصر على حقن السائل المنوي في رحم المرأة دون وقاع .
ومن تم لا يسأل الطبيب عن جريمة هتك العرض (الإغتصاب) في هذه الحالة .

2- جريمة الفعل المخل بالحياء :

نصت عليها المادتين 334 و 335 من قانون العقوبات على جريمة الفعل المخل بالحياء و التي تختلف عن جريمة هتك العرض، فهذه الأخيرة لا يمكن تصور وقوعها إلا بإيلاج الجاني ذكره في المكان المقابل له من جسم الأنثى دون رضاها، في حين أن الفعل المخل بالحياء، فهو فعل مناف للأداب و مخل بالحياء، يقف عند

(31) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الاخلاقية في قانون العقوبات الجزائري ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر،

سنة 1982 ص.36.

(32) انظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص.37.

حد العيب بجسم المعتدى عليها و عرضها⁽³³⁾، وبالتالي يمكن القول بتوفر الركن المادي لجريمة الفعل المخل بالحياء، وهو قيام الجاني بالكشف عن عورة المجني عليها أو ملامستها، وهو أمر متحقق في حالة تلقيح الزوجة إصطناعيا، رغما عنها أي بدون رضاها، إذ يترتب على ذلك حتما كشف عورتها ولامستها بما يחדش حياءها⁽³⁴⁾.

ويسأل الطبيب هنا عن ارتكاب جريمة الفعل المخل بالحياء، طالما أنه يعلم بما يرتكب في حق الزوجة ولم يمتنع عن إجراء العملية. كما يسأل معه الزوج ويكون الطبيب في هذه الحالة فاعلا للجريمة، والزوج شريكا فيها، إذا اقتصر دوره على مجرد الإنفاق مع الطبيب على هذا الفعل و مادام قد مكن الطبيب بذلك من كشف عن عورة زوجته، والمساس بحياتها العرضي.

ونشير في الأصل أن صاحب الحق يلتزم في ممارسة سائر الحدود و القيود المقدرة لإستعمال الحق، فلا وجود للحق إلا في حدود و بالقيود التي يتطلبها النظام القانوني، ولا يعتد هنا بتصرف الزوج الذي إتفق مع الطبيب و حرضه على الإخلال بحياء زوجته أو إيدائها في بدنها مادامت الزوجة كاملة الأهلية، فالرضا لا يصدر إلا منها هي أو من له الولاية على نفسها إذا كانت ناقصة الأهلية وليس من زوجها⁽³⁵⁾.

وقد يقال أن جريمة الفعل المخل بالحياء مباحة في الأصل للزوج على زوجته، وللزوجة على زوجها رضى به من وقع عليه الفعل أم لم يرضى، وذلك لأنه إذا كان الوطاء بين الزوجين مشروعاً، ولو بغير رضا من وقع عليه كان ما دون الوطاء من أفعال تمس العرض مشروعاً من باب أولى.

و الواقع من الأمر أنه إذا كان هذا القول صحيحاً فيما يأتيه أحد الزوجين إلا أنه لا يصدق إذا عمد أحدهما إلى تمكين الغير منه. حتى ولو كان الطبيب والذي لا حق له في الكشف عن عورة إنسان، إلا في حدود ممارسة مهنته، وفي أثناء إجراء الكشف أو العلاج أو الجراحة، وبشرط أن يكون العمل الطبي مطابقاً لأصول فن المهنة، وحاصلاً برضاء المريض أو من ينوب عنه من أوليائه الشرعيين.

ولا يغيب عنا هنا أنه إلى جانب مساءلة الطبيب والزوج ومن شاركهما في ذلك الفعل جنائياً، فإن هذا الإكراه يفقد العملية شرط الرضا، فتفقد بذلك قانونيتها ولا يترتب عليها من أثر، ولا يعترف بنتائجها⁽³⁶⁾.

(33) أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص.43.

(34) يقول النائب العام **Dupin**: " إذا كان حياء المرأة المتزوجة يختلف عن حياء العذراء ، فليس معنى ذلك ان ننكر على المتزوجة ان يكون لها عرض وحياء ويجب احترامهما " مذكور في محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص.56.

(35) أنظر ، أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق ، ص.176.

(36) أنظر ، محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص.57.

3 - جريمة الفعل العلني المخل بالحياء :

نصت عليها المادة 333 من قانون العقوبات التي جاء فيها "يعاقب بالحبس ... كل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء...".

ويقصد به كل فعل يقع على ما يعتبر عورة في جسم الإنسان ، وموضوعة عفة وحشمة، على مرأى أو مسمع شخص أو أكثر، ويخدش عاطفة الشعور العام بالحياء (37).

وهنا يسأل الطبيب عن هذه الجريمة، إذا أجرى العملية في حضور الغير، سواء كانت المرأة راضية به أو غير راضية لأن الفعل هنا يخل بحياء الغير.

ب- عدم موافقة الزوج :

تناول بعض الفقهاء في فرنسا بحث مدى مشروعية التلقيح الذي يقع على خلايا تناسلية للزوجين بدون توافر علم وإرادة الزوج، و يحدث ذلك في حالات يمكن تصورها عمليا.

كما إذا لجأ الزوج إلى معمل لتحليل الخلايا التناسلية لأي سبب من الأسباب، فتنفق الزوجة مع الطبيب المختص بالتحليل على إحتجاز بعض منها، حتى يتم تلقيحها بخلاياها داخل الجسم، وإتجه البعض إلى عدم مشروعية هذا الإجراء، لأن التلقيح الإصطناعي في هذه الحالة يتم بناء على غش و خداع بين الزوجين، مما قد يبرر الطلاق.

وقد تتوافر المسؤولية في مواجهة الطبيب نظرا للأضرار الأدبية و المالية، التي قد تصيب الزوج نتيجة لهذا التصرف، ولا يصل الأمر إلى حد المسؤولية الجنائية في إعتقاد أنصار هذا الإتجاه (38).

2/ بين غير الزوجين :

أ- عدم موافقة الزوج :

قد تعمل الزوجة في سبيل الحصول على طفل، إلى الإتفاق مع الطبيب على أن يجري لها تلقيحا إصطناعيا بنطفة من غير زوجها، وبغير علم وموافقة زوجها، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن الجريمة التي تكون واقعة التلقيح ؟

1- جريمة الزنا :

الزنا شرعا هو كل وطء أو جماع تام غير شرعي، يقع من رجل متزوج أو مع امرأة متزوجة، إستنادا إلى رضائهما المتبادل، وتنفيذا لرغبتهما الجنسية (39). ولقد ورد

(37) أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 11.

(38) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 59.

(39) أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 52.

النص على جريمة الزنا في المادة 339 من قانون العقوبات التي جاء فيها : " يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل إمراة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا ...". وفي القانون على الرغم من أن المشرع لم يعرف جريمة الزنا إلا أن المسلم به دون خلاف أن جريمة الزنا تشترك مع جريمة هتك العرض، في شرط الوطء، أما ما دون ذلك من الأفعال، فلا يعد من قبيل الزنا، ومن تم فملازمة فرج المرأة من الخارج فلا يعد زنا، ولو أدى الأمر إلى القذف أو حتى حصول على الحمل، لكنه لا يشترط فيه الإيلاج، حتى تتحقق جريمة الزنا أن يكون الإيلاج كاملا فيكفي الإيلاج ولو بجزء بسيط من عضو التنكير.

فتلقيح الزوجة إصطناعيا بنطفة رجل غير زوجها، و لو كان يؤدي إلى إختلاط الإنساب و إختلاطها كالزنا تماما، لكنه يفترق للعنصر الجوهري الذي لا تقام بدونه الزنا وهو الإتصال الجنسي بالطريق العادي، بالرغم من أن النتيجة واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي في حرت ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية.

و الأمر هنا لا يختلف إذا غضضنا النظر عن ركن الإتصال المباشر بين الزاني و الزانية، وإعتبرنا مثلا أن الإتصال البيولوجي عن طريق التلقيح الإصطناعي يعد بمثابة الوقاع الحكمي الذي يرى البعض إمكانية قيامه مقام الوطء والوقاع الفعلي⁽⁴⁰⁾، فإن ثمة تفرقة يقيماها القانون بين زنا الزوجة، إذ يشترط في المرأة أن تكون متزوجة -العلاقة الزوجية القائمة- كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 339 من قانون العقوبات السابق ذكرها.

ولما كان الواقع العملي للتلقيح أبرز إمكانية حصول المرأة "غير المتزوجة" بكرا أم ثيبا على حيوانات منوية مجمدة من أحد البنوك العاملة في المجال البيولوجي لتلقح بها، وتتجب طفلا دون حاجتها للزواج، فإن القول بذلك يجعلها أحسن حظ من النساء المتزوجات إذ لا يمكن مساءلتها عن جريمة الزنا بالرغم من وقوع الفعل المادي لهذه الجريمة.

لذلك فالقول بتوافر جريمة الزنا في عملية التلقيح الإصطناعي من المرأة الملقحة بمني الغير لا يستقيم و التفسير الصحيح للضوابط التي تحكم جريمة زنا الزوجة .

ولكن هل يختلف الوضع وتختلف الجريمة التي تكونها واقعة التلقيح إذا تم بعلم الزوج، ورضاه، و هل الرضاء بالتلقيح ينفي عن الواقعة وصف الجريمة ؟

في هذا الصدد تار الخلاف بين فقهاء القانون الجنائي حول الطبيعة القانونية وحقيقة أثر سبق رضاء الزوج بزنا زوجته، فأعتبره البعض ظرفا مخففا للعقاب، وآخرون اعتبروه بمثابة إجازة ضمنية للفعل من جانب الزوج، وتنازل مسبق عن الحق في رفع شكوى ضد زوجته⁽⁴¹⁾، وفريق آخر ذهب إلى القول بعدم فعالية رضاء الزوج

(40) أنظر، مهندس صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجنس البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة

الجديدة للنشر، الاسكندرية، سنة 2002 ص.272

(41) نصت المادة 3/339 من قانون العقوبات على أنه "...ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور،

وأن صفح هذا الاخير يضع حدا لكل متابعة "

في هذا الصدد إستنادا إلى القواعد العامة التي تحكم أسباب الإباحة، وأخيرا هناك من يرى أن سبق رضاء الزوج في واقع الأمر، لا يعدو أن يكون واحد من الأسباب التي يسقط بها الحق في تقديم الشكوى، بحيث لا يسع الزوج أن يشكو من زنا زوجته بعد أن ارتضاه وربما جنى من ورائه ثمارا ومكاسب⁽⁴²⁾.

ولقد ذهبت إحدى المحاكم في مصر إلى اعتبار أن الزنا في الحقيقة موجهة ضد شرف الزوج، وإذا ثبت أن هذا الزوج قد تنازل عن شرفه وسمح لزوجته بمعاشرة الرجال، فإن هذا الزوج لا يصح أن يعترف به كزوج، ومن ثم لا يقبل منه أن يطلب محاكمة زوجته إذا زنت⁽⁴³⁾.

ولقد لقي هذا الرأي تأييدا من بعض الفقهاء في مصر، إذ اعتبروا من الصواب، حرمان الزوج الذي سمح لزوجته بالزنا من حق تقديم شكوى ضد زوجته⁽⁴⁴⁾.

ولكن الفقه يرى أن هذا الموقف لا يستند إلى أساس قانوني، إذ لا يوجد أي نص يحرم على الزوج من حق رفع شكوى، وإذا كان رضاء المجني عليه يعتبر من أسباب الإباحة، فإنه يشترط لذلك أن يكون الحق المعتدى عليه، مما يجوز للمجني عليه التصرف فيه و أن حقوق الزوجية لا يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام، ومن ثم فرضاء الزوج بوقوع الزنا لا يبرره.

ولقد صدر عن محكمة بونني حكم بتاريخ 18 جانفي 1990 تتلخص وقائعه في : أن زوجا يعاني من حالة العقم إتفق مع زوجته على إجراء تلقيح اصطناعي بغير نطفته وكل ذلك بميلاد طفل لهما. وبعد مدة ثار خلاف بين الزوجين، فلجأ الأب إلى القضاء ليطلب إنكار أبوته لهذا الطفل، واستند الزوج إلى أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية برجل آخر خلال فترة سابقة، وليس ثمرة تلقيح اصطناعي بنطفة الغير. أما الزوجة فتمسكت بالرضا المسبق للزوج على عملية التلقيح، واتخذت المحكمة موقفا ورفضت الطلب الذي تقدم به الزوج أمامها⁽⁴⁵⁾.

ولما كان التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، يجتمع مع الزنا في إطار واحد من حيث النتيجة فإن رضاء الزوج بعملية التلقيح، لا يرفع عن الفعل صفة الإثم، ولا يبرر بأي حال وقوعه .

وإذا كانت هذه الواقعة لا يمكن تكييفها أبدا على أنها تكون جنحة الزنا، نظرا لعدم تجريم المشرع لهذه الأفعال بنص قانوني .

ونخلص مما تقدم أن جريمة الزنا بأركانها وشروطها المنصوص عليها في قانون العقوبات الحالي، لا تصلح على الإطلاق لإستيعاب عملية التلقيح من داخل الجسم من

(42) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.274.

(43) أنظر، محكمة مصر الابتدائية، 9/03/1941، مجلة المحامات، س.21، رقم 436، ص.39.

(44) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، رضاء الجني عليه دائره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

سنة 1983، ص.230.

(45) أنظر، بالتفصيل هذه القضية، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.190-200.

الغير في أي صورة من صورها أو حالاتها، وبالتالي لا يمكن مساءلة من ساهم في هذه الممارسة الطبية المستحدثة، على أساس جريمة الزنا.

2- جريمة هتك العرض (الإغتصاب) :

جريمة هتك العرض تقتضي واقعة أنثى بغير رضاها، وهي تفترض فضلا عن القصد الجنائي، الوطاء الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التنكير في المكان المعد له في جسم الأنثى و انعدام رضا الأنثى، وكلاهما غير متوفر في الحالة التي نحن بصددنا كون التلقيح يتم بدون مباشرة جنسية، وبرضاء الزوجة كاملا .

3- جريمة الفعل المخل بالحياء :

إن واقعة التلقيح الإصطناعي لا تكون فعلا مخلا بالحياء، لأن هذا الأخير لا يتصور وقوعه على الأشخاص الذين يفوق سنهم 16 سنة إلا بالعنف، وبدون رضاه حسب المادة 335 فقرة 1 من قانون العقوبات التي جاء فيها : "يعاقب بالسجن المؤقت ... كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بالعنف أو شرع في ذلك ...".

وهذا الركن لا يتوفر في هذه الحالة كون الفعل وقع برضا الزوجة، فلا يعد فاعله مرتكبا لجريمة الفعل المخل بالحياء.

ولا يبق سوى احتمال وقوع التلقيح على الزوجة التي لم تبلغ 16 سنة كاملة وقت التلقيح، فحسب نص المادة 334 فقرة 2 من قانون العقوبات، يعاقب الطبيب القائم بالعملية على أساس هذه الجريمة. لكن قد لا يتوفر عند الطبيب القصد الجنائي أي لا يقصد الإخلال بحياء الزوجة، مما قد ينفي وصف الجريمة على فعله.

كما أنه لا يتصور أن يسأل الطبيب عن جريمة الفعل الفاضح العلني، كونه لا يتصور أن يتم التلقيح في مكان عام أو خاص يعرض لنظر الجمهور، بحيث يستطيع من كان في الطريق العام مشاهدة ما يجري.

وفي الأخير يمكن القول أن هناك فعلا فراغا تشريعيًا، يقتضي سده بسن أحكام قانونية صارمة تعاقب كل من تسول له نفسه ممارسة عملية تلقيح إصطناعي باستعمال نطفة الغير.

ب - عدم موافقة الزوجة :

قد يتم التلقيح الإصطناعي للزوجة عن طريق الغش و الخداع، من جانب الطبيب أو من جانب الزوج، الذي يحصل على سائل منوي من رجل آخر ويقدمه لتلقيح زوجته موهما إياها بأنه سائله أو قد يلجأ الزوج إلى استعمال القوة والضغط على زوجته وإكراهها على إجراء عملية التلقيح بنطفة الغير. فبعض التشريعات ترتب على ذلك مسؤولية جزائية في جانب كل من إستعمل هذه الطرق الإحتيالية⁽⁴⁶⁾ .

(46) أنظر ، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.141.

وهنا يجب مساءلة الطبيب الذي يقوم بتلقيح الزوجة إصطناعيا بعد إيهامها بأن السائل المنوي مستخلص من زوجها، وهو في الحقيقة لشخص آخر، بإعتباره فاعلا للجريمة، حتى ولو تم ذلك بعلم الزوج ورضاه، لأن رضا هذا الأخير لا يمحي عيوب الإرادة التي شابت رضا الزوجة، ويسأل الطبيب هنا عن جريمة الفعل المخل بالحياة بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 فقرة 1 من قانون العقوبات لكون التلقيح أجري على الزوجة بدون رضاها.

ولا بد من التأكيد و التذكير هنا أن التلقيح الإصطناعي داخل الرحم خارج نطاق العلاقة الزوجية أي بواسطة نطفة الغير، غير جائز شرعا. فالزواج و البنوة و الأسرة من النظام العام و حمايتهم أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. وبالتالي الطبيب و الجراح الذي يجري هذه النوع من التلقيح يسأل جنائيا -على أساس العمد- عن أفعاله التي يرتكبها لانعدام قصد العلاج و لمخالفة الفعل للنظام العام و الأداب العامة. وإذا كانت نصوص القانون الجزائي، لم تنظم هذه الحالات، فعلى المشرع أن يتدخل تشريعيًا، ويجرم هذه الأفعال بنصوص خاصة نظرا لما تتضمنه من خروج على مقتضى الأخلاق و الشرع و القانون، وذلك بمعاقبة الطبيب وكل من يشارك معه في إجراء هذه العملية.

ثانيا : عدم إتباع الأصول العلمية.

من المتفق أنه يجب على الطبيب عند مزاولته مهنة في مجال الأعمال الطبية العادية، أن يراعي ما تقضي به واجبات الحيطة والحذر في هذا الشأن، وأن يبذل للمريض جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

هذا الواجب يلتزم به الطبيب أيضا عند إجراء عملية التلقيح الإصطناعي التي تتطلب منه قبل تطبيق الوسيلة محل البحث ضرورة إجراء الفحوصات اللازمة وتشخيص الحالة، وأن يتحرى الدقة في التشخيص، ولا ينتهي واجبه عند هذا الحد، بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ. فإذا أهمل أو أخطأ في ذلك وكان هذا الخطأ مما لا يقع فيه الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الرعاية والحيطة فإنه يسأل جنائيا ومدنيا حسب الأحوال، إذا توافرت العناصر الأخرى اللازمة للمسؤولية و أهمها رابطة السببية و النتيجة وهي المساس بسلامة الجسم و سنتناول بعض الحالات العملية للخطأ في هذا المجال :

1 - الخطأ في مرحلة الفحص :

وهنا يفحص الطبيب الزوج أو الزوجة، فحصا ظاهريا للتعرف على ماهية المرض وتاريخه وذلك بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية، وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعية الطبية وجهاز قياس الضغط. و الغاية من هذا الفحص هي الإثبات أو التحقق من وجود الدلائل أو ظواهر معينة تساعد الطبيب في وضع التشخيص للمرض. وبجانب هذا الفحص التمهيدي، يوجد

أيضا فحوصا تكميلية لإجراء فحوصا أكثر عمقا، لبيان حالة المريض بالتحديد، كإجراء تحاليل طبية، وأشعة واستخدام المناظير الطبية أو الموجات الصوتية⁽⁴⁷⁾. وقد استقر القضاء الفرنسي أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية للمريض أمر ضروري قبل تنفيذ العلاج، وإهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص التمهيدية أو التكميلية اللازمة للمريض يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته⁽⁴⁸⁾. كما قضت المحاكم الفرنسية، بأن إجراء الطبيب للعملية دون إجراء الفحوص الدقيقة و الضرورية للمريض مع عدم وجود سبب يسوغ تعجيله في إجراء مثل هذه العملية يشكل خطأ يسأل عنه⁽⁴⁹⁾.

2 - الخطأ في التشخيص :

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل، ففيها يحاول الطبيب أن يترجم الدلائل و الظواهر الناتجة عن الفحص الطبي يستخلص منها النتائج السائغة وفقا للمعطيات العلمية لوضع التشخيص وتحديد نوع المرض⁽⁵⁰⁾. وفي هذه المرحلة يجب على الطبيب عند تشخيصه للحالة أن يبذل عناية أكثر، وأن يستخدم في كل إجراء يقوم به الطرق العلمية الأكثر تخصصا و دقة ووضوحا، وهذا باتباع الأصول العلمية التي تتماشى مع المعطيات العلمية الحديثة المتعارف عليها بين الأطباء أهل الاختصاص. وبناء على ذلك يمكن القول بوجود مساءلة الطبيب إذا أخطأ في التشخيص ورأى أن أحد الزوجين يعاني على خلاف الحقيقة من حالة عقم، مما أدى إلى توجيهها لوسيلة التلقيح الإصطناعي الذي قد يعرض الزوجة لمخاطر معينة. ولكنه لا يسأل عن الخطأ في التشخيص إذا كان الخطأ الذي وقع فيه يرجع أساسا إلى معلومات خاطئة أدلى بها الطبيب الباطني أو غيره من الأطباء الذين سبق لهم التعامل مع الزوجين أو أحدهما أو إستند في تشخيصه إلى نتائج و فحوصات مخبرية، غير سليمة من الوجهة الفنية، وكان هذا الخطأ في الحاليتين مما يمكن أن يقع فيه الطبيب في مجال التخصص المتعلق بالحالة محل البحث⁽⁵¹⁾.

3 - الخطأ في تنفيذ العملية :

تعتبر مرحلة تنفيذ عملية التلقيح من المراحل الدقيقة، ففيها يقوم الطبيب بنقل الحيوانات المنوية للزوج إلى رحم الزوجة، ولذا يجب عليه مراعاة الحيطة والحذر،

(47) أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.61.

(48) C.f, Paris ; 29/03/1969 ; D.1969 ; Som 59. Cass. cit ; 31/05/1960 ; D.1960 ; J.571 ; J.C.P.1960-11 914. Not Savatier

(49) C.f, Montpellier ; 5/05/1971 ; J.C.P. 1971 ; II . 16783.

(50) C.f, Jean .H et Jaques .B et Fabrice .P; OP .Cit ; P.114.etP.115.

(51) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.50.

والدقة في إجرائها في أن يبذل للزوجة الخاضعة للعملية جهودا يقظة تتفق مع الأصول الفنية المتعارف عليها بين الأطباء أهل الإختصاص .
ويسأل الطبيب عن خطئه في إجراء العملية إذا كان الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا تختلف فيه الآراء، ولكنه لا يسأل إذا فشلت عملية التلقيح طالما اتبع كافة وسائل الحيلة والحذر في إجرائها.

فالتزام الطبيب في هذه العملية كباقي الأعمال الطبية هو "التزام ببذل عناية" وليس بتحقيق نتيجة⁽⁵²⁾. هذا وإذا كانت طريقة التلقيح الإصطناعي داخل الرحم والتي تتم عن طريق نقل السائل المنوي للزوج إلى رحم الزوجة لها فائدتها الكبيرة في علاج بعض صور العقم إلا أنها لم تستطع التغلب على كافة أنواع العقم، ومن تم تلبية رغبة الكثير من الأسر التي تعاني من العقم، فهناك عقم ذكري وعقم أنثوي، ولكل من أنواع العقم أسبابه⁽⁵³⁾، ولذلك تطلب الأمر وسيلة أخرى لعلاج حالات العقم الأنثوي، وهذا ما أدى إلى ظهور ما يعرف بالإخصاب خارج الرحم و أطفال الأنابيب، وهذا ما نحاول أن نتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني :

التلقيح الإصطناعي خارج الرحم :

التلقيح الإصطناعي الداخلي و إن كان قد نجح في علاج بعض صور العقم، إلا أنه لم يتمكن من علاج البعض الآخر ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الوسيلة تفترض بحكم طبيعتها إجراء عملية التلقيح داخل رحم الزوجة، وسواء كان التلقيح بنطفة الزوج أو بنطفة الغير، فالتقاء النطفة بالبويضة يتم داخل رحم الزوجة، وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يكون رحم الزوجة صالحا لإجراء عملية التلقيح وقادرا على الإحتفاظ بالبويضة الملقحة بعد ذلك.

لكن عندما تكون الزوجة عقيمة، بسبب إنسداد القناة التي تصل ما بين المبيض والرحم والتي تسمى قناة فالوب، حيث يستحيل في هذا الفرض إجراء عملية التلقيح داخل رحم الزوجة بالطريقة السابقة، ولهذا كشفت التجارب العلمية عن وسيلة طبية يمكن عن طريقها التغلب على هذه المشكلة عند الزوجات، وإتمام عملية التلقيح أو الإخصاب خارج الرحم في الأنابيب، ثم إعادة البويضة الملقحة إلى داخل الرحم، فالتقاء البويضة مع الحيوان المنوي هنا يتم خارج الرحم وليس داخله.

(52) أنظر ،محمد عبد الوهاب الحولي ،المرجع السابق ،ص.78.

(53) والعقم عند الرجال له أسباب مختلفة منها : ضعف قدرة الضحية في إنتاج الحيوانات المنوية ، و إنسداد في القنوات الموصلة للخصية والمؤدية للخارج او عوامل اخرى لها علاقة بالقدرة على الإتصال الجنسي .

ومن أهم أسباب العقم عند النساء : عدم قدرة المبيض على إنتاج بويضات ناضجة سليمة قابلة للتلقيح أو وجود إنسداد بقناة فالوب مما يمنع التقاء الحيوان المنوي بالبويضة الناضجة .وقد يكون المبيض سليما راجع في هذا الصدد ،عبد الرزاق سوكة ،المرجع السابق ،ص.31.

و هذه الوسيلة كسابقتها تتم في نطاق العلاقة بين الزوجين، وقد تتم عن طريق تدخل الغير، إلا أن الغير هنا قد يكون رجلاً يشارك بالحيوانات المنوية هنا يتم خارج الرحم وليس داخله.

و هذه الوسيلة كسابقتها قد تتم في إطار العلاقة بين الزوجين، وقد تتم عن طريق تدخل الغير. إلا أن الغير هنا قد يكون رجلاً يشارك بالحيوانات المنوية أو امرأة تشارك بالبويضة أو الرحم.

وقد حققت هذه الوسيلة فوائد عديدة للأزواج الذين يعانون من العقم، إلا أنها أفرزت كثيراً من المشاكل الدينية والقانونية لم تكن في الحسبان، ولا زالت تثير النقاش بين الفقهاء، بشأن مدى مشروعيتها بين الزوجين (الفرع الأول)، وعندما تتم بتدخل الغير (الفرع الثاني)، ومدى مسؤولية الطبيب في حالة تطبيقها ومخالفة ضوابطها (الفرع الثالث).

الفرع الأول :

مدى مشروعية التلقيح الخارجي بين الزوجين :

يلجأ الطبيب إلى إجراء عملية التلقيح الخارجي بين نطفة الزوج وبويضة الزوجة، عندما تكون الزوجة عقيمة كما ذكرناها، بسبب إنسداد الأنابيب (قنوات فالوب) ولا يكون هناك أي أمل في إصلاح هذه الأنابيب عن طريق التدخل الخارجي أو عندما تكون الحيوانات المنوية قليلة أو ضعيفة، وفي هذه الحالات يقوم الطبيب بعد موافقة الزوجين بإعطاء الزوجة عقاقير منشطة للمبيض وهي عبارة عن أقراص من عقار الكلوميفين أو حقنة خلاصة الغدة النخامية أو كلاهما، وذلك بهدف الحصول على عدد كبير من البويضات. وعندما تصل البويضات إلى الحجم المطلوب وترتفع الهرمونات إلى النسبة المطلوبة يقوم بإعطاء الزوجة حقنة من هرمون (CHG) ثم يستخرج البويضات عن طريق استخدام منظار البطن أو بواسطة إبرة يتم إدخالها البطن تحت مخدر موضعي وملاحظتها بواسطة جهاز الموجات الصوتية .

وبعد استخراج هذه البويضات يتم وضعها مع الحيوانات المنوية للزوج في أنابيب اختبار خاصة ، وتوضع هذه الأنابيب في جهاز حضانة معمل يحافظ على درجة الحرارة و الرطوبة والحموضة والضغط الأسموزي المساوي لسائل قنوات فالوب وذلك لمدة تتراوح بين 24-48 ساعة .وبعد نجاح عملية الإخصاب ، يتم استدعاء الزوجة، ثم إعادة اللقيحة أو اللقيحات⁽⁵⁴⁾ ، إلى رحمها بواسطة قسطرة خاصة رفيعة يتم إدخالها عن طريق المهبل وعنق الرحم ثم متابعتها لمعرفة حدوث الحمل من عدمه، ولتحديد مشروعية هذه الوسيلة ،لابد من إلقاء نظرة على موقف الفقه والقضاء و ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري.

⁽⁵⁴⁾ يلاحظ ان تكلفة انجاب طفل بواسطة هذه الوسيلة مازالت لحد الان مرتفعة للغاية وقد تمت ولادة اول طفلة انابيب

في المملكة المتحدة سنة 1978 .لويز بروان. وتمت هذه الطريقة في اغلب مستشفيات العلم وجامعاتها .أنظر محمد عبد الوهاب الخولي المرجع السابق .ص82.

أولاً : موقف الفقهاء .

يذهب الموقف الراجح في الفقه إلى تأييد وسيلة التلقيح الخارجي، بناء على ذات الحجج التي تبرر التلقيح الداخلي.
فالتلقيح الخارجي يمثل تطوراً علمياً في المجال الطبي، وذلك لمواجهة المشاكل المختلفة الفردية والاجتماعية المرتبطة بحالة العقم. أما المسألة التي أثارت ولا زالت تثير النقاش بين الفقهاء، فتتعلق بمدى جواز استخدام الوسيلة محل البحث بغرض التحكم بجنس الجنين وتغيير صفاته الوراثية. ويميل أغلب الفقهاء نحو عدم الموافقة على التوسع في هذه الأمور بحجة أن أضرارها تتجاوز مزاياها التي لا تزال بدورها غير مؤكدة، فالتحكم في الإنجاب وفي اختيار الجنس و تغيير الصفات وغيرها قد يسبب أضراراً للأجيال القادمة .
واتجه أنصار الرأي الراجح إلى ضرورة تدخل المشرع لتحريم استخدام هذه الوسيلة في المجالات المشار إليها، أي تحريم التعامل مع الجينات في تغيير الصفات أو تحسين السلالات وما في حكمها، فيتعارض ذلك مع حق الفرد في الذاتية باحتفاظه بصفاته الوراثية⁽⁵⁵⁾ .

ثانياً : موقف القضاء .

من استقراء بعض الأحكام التي صدرت عن القضاء في هذا الشأن، يتضح أنه يجيز الإنجاب عن طريق الوسيلة محل البحث، حيث حكم القضاء السعودي بمشروعية الإخصاب في الأنابيب الذي يتم بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية، وبثبوت النسب الشرعي للمولود عن هذا الطريق .⁽⁵⁶⁾
كما قضت إحدى المحاكم الأمريكية سنة 1989 بصحة العقد المبرم بين الزوجين وعبادة مختصة بالعقم والذي وصف الجنين بأنه من ممتلكات الزوجين، فإذا رفضت العيادة تسليم الأجنة حق لهما برفع دعوى لاستردادها⁽⁵⁷⁾ .

ثالثاً : موقف المشرع الجزائري .

سبق وأن أوضحنا أن المشرع الجزائري، يعتبر أن الزواج هو الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب، ومن ثم فإن الإخصاب في الأنابيب الذي يتم بين بويضة الزوجة ومني الزوج جائز شرعاً و قانوناً، لتوفر قصد العلاج⁽⁵⁸⁾ .

(55) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 88.

(56) أنظر، جريدة الأهرام، الصادرة بتاريخ، 23/04/1986، ص. 1.

(57) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 89.

(58) تم إجراء أول عملية تلقيح خارج الرحم في الجزائر بعبادة الفراي بعنابة في بداية شهر أوت 1999، عن يومية الخبر الجزائرية، في 04/أوت/1999، ص. 24.

وفي هذا الصدد، تعرضت الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية لحالة التلقيح خارج الرحم، وانتهت إلى أن هذا الإجراء "جائز شرعا" بشرط أن تكون البويضة من الزوجة والمني من زوجها، وأن تعاد البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة دون استبدال، أو خلط بمني رجل آخر، وأن تكون هناك ضرورة طبية داعية لهذا الإجراء كمرض بالزوجة، يمنع الإتصال العضوي مع زوجها.

كما صرح الشيخ محمد مامون بقوله: "إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة، لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال، وينسب المولود للأب والأم..."⁽⁵⁹⁾.

و من تم يمكن القول أنه لا يمكن مساءلة الطبيب جنائيا عن إستخدام هذه الوسيلة⁽⁶⁰⁾. إذا توافرت شروطها والتي نتصور منها:

- 1- أن تكون ثمة ضرورة تقتضي هذا الإجراء، من ظروف مرضية أو خلقية خاصة لا تسمح بإتمام الحمل بالطرق الطبيعية في جانب الزوجة أي بقصد علاج عقم الزوجة.
- 2- ألا تجرى هذه العملية إلا بين الزوجين فحسب أثناء قيام العلاقة الزوجية، وليس بعد وفاة الزوج، بشرط موافقتها معا كتابيا، بعد تبصير كامل من الطبيب.
- 3- ألا تجرى العملية إلا بواسطة طبيب مختص على مستوى عال من الخبرة في وحدات أو مراكز للإخصاب متخصصة في المستشفيات العامة أو الخاضعة لرقابة وزارة الصحة⁽⁶¹⁾.
- 4- أن تقيد هذه العمليات في سجلات خاصة يثبت فيها شخصية كل من الزوجين، وكافة البيانات الخاصة بهما، مع وثيقة تثبت موافقتهما ورضائهما بإجرائها مع بيان وجه الضرورة الملجئة إليها.
- 5- التزام الطبيب بالتأكد من حالة الضرورة التي تقتضيها العملية، واتباع الدقة الكاملة في كل مرحلة خاصة عند الحصول على بويضة الزوجة وإستخلاص مني الزوج والمحافظة عليه، والتأكد من عدم اختلاطهما بغيرهما.
- 6- أن يكون الهدف من إجراء التلقيح، مساعدة الزوجين على تحقيق رغبتهما المشروعة في الإنجاب وليس التحكم في جنس الجنين⁽⁶²⁾ أو تحسين النسل.

⁽⁵⁹⁾ أنظر، تشوار الجليلي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية

الجزائرية، سنة 2001، ص.104.

⁽⁶⁰⁾ أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.364.

⁽⁶¹⁾ أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.325.

⁽⁶²⁾ لأنه إذا تم السماح بهذا الإجراء على النطاق الفردي، وكتب هذه العملية الإنتشار، فإنها سوف تؤدي إلى اختلاف

التعادل الإلهي في الكون وإلى طغيان جنس على آخر، هذا يؤدي بدوره إلى صعوبة أو استحالة الزواج، إذا طغت

الذكور أو إنتشار الزنا أو طغت الإناث كما أن فتح هذا الباب سيكون ضرر أكبر من نفعه، فلا يكفي أن تكون

الرغبة مشروعة في حد ذاتها، بل يجب ألا تؤدي إلى مفسدة.

إذا كان التلقيح الخارجي جائز شرعا وقانونا، فما الحكم إذا تمت مساهمة الغير في هذه العملية ؟

الفرع الثاني:

مدى مشروعية التلقيح الخارجي بين غير الزوجين .

أوضحنا أن عملية التلقيح أو الإخصاب خارج الرحم (طفل الأنابيب) نشأت أصلا لعلاج العقم الأنثوي الناشئ عن انسداد قناة فالوب، ولكن يمكن إستخدام هذه الوسيلة لعلاج حالات أخرى للعقم ومن صورها :

- 1- حالة الزوجة التي ليس لها مبيض أو التي توقف المبيض عن العمل بصفة نهائية، بالرغم من قدرتها على الحمل، يتم هنا الإستعانة ببويضة امرأة أخرى، وتلقيح بنطفة الزوج في الأنابيب، ثم يعاد زرعها في رحم الزوجة العقيم.
- 2- حالة الزوج المصاب بالعقم في السائل المنوي (لا بذرة في مائه)، هنا يمكن الإستعانة بنطفة رجل آخر، لإخصاب ببويضة زوجته في الأنابيب، ثم يعاد زرعها في رحم الزوجة. في هذه الحالة يكون الطفل ابنا حقيقيا للأم فقط دون الأب الذي يقتصر دوره على إعطاء إسمه للمولود ليكون بذلك أبا إجتماعيا.
- 3- نكون بصدد زوجين عقيمين، كأن يكون الزوج مصاب بعقم في نطفته، والزوجة مصابة بعدم قدرتها على التبويض مع قدرتها على الحمل، هنا يمكن الإستعانة بنطفة الغير وبويضة امرأة غريبة، وتلقيحها في الأنابيب، ثم تعاد البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة.
- وهنا النطفة والبويضة ليستا من الزوجين، لذلك فإن الطفل ليس ابنا من الناحية البيولوجية ويقتصر دور الزوج على إعطاء إسمه للطفل، والزوجة على الحمل والوضع⁽⁶³⁾.
- 4- نكون بصدد زوجين سليمين، لكن الزوجة لا تتحمل الحمل مع قدرتها على التبويض، نظرا لإصابتها بمرض القلب أو بأي مرض آخر يحول بينها وبين حملها، أو ذات رحم معيب، في هذه الحالة يمكن أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بنطفة زوجها في الأنابيب، ثم تعاد البويضة المخصبة لتزرع في رحم امرأة أخرى، ذات رحم سليم، تسمى "حاضنة"⁽⁶⁴⁾ أو صاحبة الرحم المعار أو المستأجر أو الأم البديلة. تكون مهمتها الحمل نيابة عن الزوجة، حتى إذا

(63) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.92.

(64) أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.324.

تمت الولادة أعيد المولود إلى أصحاب البويضة المخصبة (الزوجين)⁽⁶⁵⁾. ومن شأن هذه الوسيلة أن تثير مشاكلًا عملية تؤثر على المراكز القانونية⁽⁶⁶⁾. والملاحظ هنا أن تقدم وسائل الإخصاب أدى إلى الفصل ليس فقط بين الإتصال الجنسي والإنجاب، وإنما أيضا بين الأبوة والأمومة الحقيقية أو البيولوجية، والأبوة والأمومة الإجتماعية أو القانونية. ولم يعد حمل المرأة ووضعها قرينة قاطعة على أنها الأم الحقيقية من الناحية البيولوجية، بعد أن كانت هذه القرينة لا تقبل حتى وقت قريب مجرد الشك. ولهذا تباينت آراء الفقهاء حول حكم هذه الوسيلة بين مؤيدين و معارضين نتعرض لكل منهما كما يلي:

أولا : حجج المؤيدين لعمليات التلقيح الإصطناعي الخارجي بين غير الزوجين :

ذهب البعض إلى تأييد التلقيح الخارجي بين غير الزوجين إستنادا إلى الحجج التالية :

- 1- أنها تساعد الزوجين على الإنجاب وتكوين أسرة، وتحمي الزوجين أو أحدهما من نظرة، قد تكون سلبية أو متدنية من المجتمع باعتبارهما يعانيان من نقص معين، وغير قادرين على أداء دورهما الأساسي في الأسرة وهو الإنجاب.
- 2- أن تحريم الإنجاب بهذه الوسيلة معناه حرمان المرأة التي تقبل القيام بدور الأم البديلة من حقها في التصرف في بدنها كما تراءى لها.
- 3- أنها تمكن الأم البديلة من إثبات ذاتها، والقيام بدور الأم ولو لفترة محدودة أثناء فترة الحمل، فقد لا تسمح ظروفها بالإنجاب إما لمرض الزوج أو وفاته أو لاعتبارات مالية أو إقتصادية أو إجتماعية⁽⁶⁷⁾.
- 4- أن المبلغ المقدم من طرف الزوجين للأبوة، ما هو إلا تعويض بعيد تماما عن فكرة المتاجرة غير المشروعة.

⁽⁶⁵⁾ ولد أو طفل نتيجة الوسيلة محل البحث ويعرف بـ Babycotton ، وأعلنت السيدة Cotton أنها وافقت على القيام بهذه العملية من أجل الحصول على المال

انظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 111. انظر أيضا، العربي شحط عبد القدر، المرجع السابق، ص. 74.

⁽⁶⁶⁾ انظر، تشوار جيلالي . المرجع السابق، ص. 110 ومايها .

⁽⁶⁷⁾ أنظر في عرض هذا الاتجاه، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 100.

ثانياً : حجج المعارضين لعمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي بين غير الزوجين :

إتجهت أغلب الآراء إلى معارضة التلقيح الخارجي بين الزوجين، واستندت إلى الحجج التالية :

- 1- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل و أمه الحقيقية، ويجعل الحمل مجرد وظيفة مؤقتة لإنجاب طفل بعد أن كان يمثل مرحلة من مراحل العلاقة الدائمة و المستمرة بين الطفل و أمه. كما أنه يؤدي إلى النظر للطفل نظرة متدنية، حيث يتحول في ظل هذه العملية إلى مجرد وسيلة لإشباع رغبة أو حاجة للمرأة الحاملة بحسب إختلاف الدافع من امرأة إلى أخرى، وهو أمر لا يتفق مع كرامة الإنسان وعزته.
 - 2- إن معرفة الطفل للطريقة التي تم إنجابه بها قد يؤثر على شعوره النفسي.
 - 3- إن هذه العملية غالباً ما يكتنفها نوع من السرية، ويمكن أن يؤدي هذا الوضع إلى إشاعة عدم الثقة بين أفراد الأسرة.
 - 4- إن الإنجاب عن طريق هذه الوسيلة يؤدي إلى اعتبار المرأة الحاملة مجرد أداة أو جهاز مهمته الحمل و وضعه لا أكثر، وتتحول العملية إلى ما يشبه عارية الإستهلاك إذ يتم في هذه الحالة إستعارة جسم الأنثى من أجل إشباع رغبات أشخاص آخرين ويصبح الأمر في غاية الخطورة إذا تمت العملية مقابل أجر إذ يتحول الأمر إلى إستثمار جسم المرأة تجارياً.
 - 5- إن الإنجاب بهذه الوسيلة يساعد على إستغلال القادرين مالياً لغير القادرين، وقد يتحقق الإستغلال من الأم البديلة للزوجين.
 - 6- إن إنتشار هذه الوسيلة يساعد على خلق نوع من تجارة الأطفال، كما أن إشراك طرف ثالث (الأم البديلة) في عملية الإنجاب فيه مساس بالقيم الجوهرية المرتبطة بالعلاقات داخل الأسرة⁽⁶⁸⁾.
 - 7- إن اللجوء إلى إستئجار الرحم من شأنه أن يتعارض مع المصلحة التي وجد من أجلها وهي علاج عقم المرأة، بحيث تلجأ إليه النساء القادرات على الإنجاب بحجة أنهن منشغلات بالعمل، والمناصب الرفيعة التي تحول دون إمكانية الحمل⁽⁶⁹⁾.
- من خلال عرض هذين الإتجاهين، فما هو الإتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري.

(68) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.101.

(69) أنظر، مهند صلاح أحمد فححي العزة، المرجع السابق، ص.266.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري.

أكد المشرع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة، أنه لا يعترف بنسب الطفل لأبيه، إلا إذا كان هناك زواج قائم بحد ذاته، واشترط لذلك إمكانية الإتصال بين الزوجين، بمعنى أن لا يتم تحقيق النسب إلا إذا إتصل الزوج بزوجه جنسيا أو إنقبت بويضة الزوجة بماء زوجها.

وعليه التلقيح الإصطناعي بواسطة الغير تصرف غير مشروع، لأن ذلك من شأنه المساس بأحكام النسب الشرعي، والأولى أن تكون كذلك عملية استئجار الرحم⁽⁷⁰⁾.

لكن نلاحظ أن المشرع في المادة 43 من قانون الأسرة نص على أنه : "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". يكون قد ربط الأمومة بالوضع، وهذا الموقف لا يتماشى والتطور الطبي الذي يمنح الأولوية للحقيقة البيولوجية⁽⁷¹⁾.

ولهذا نؤكد أنه على المشرع التدخل لوضع نصوص واضحة يبين من خلالها، موقفه من مسألة التلقيح الإصطناعي وذلك نظرا للمشاكل التي تثيرها في الحياة العملية. خاصة وأنها تتطلب تدخل الطبيب الذي عليه التزام ببذل عناية خاصة، وإخلاله بهذا الإلتزام يمكن أن يرتب في جانبه مسؤولية جزائية.

الفرع الثالث :

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الخارجي :

أوضحنا فيما سبق القيود اللازمة لمشروعية التدخل الطبي أو الجراحي في مجال التلقيح الإصطناعي داخل الرحم وخارجه، وبيننا مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة هذه القيود عند إجرائه التلقيح داخل الرحم، وما قلناه في هذا الشأن ينطبق هنا أي في مجال التلقيح خارج الرحم.

ولذلك سنقصر حديثنا على بيان مدى مسؤولية الطبيب عند مخالفة القيود أو الضوابط التي تتميز بها العمليات محل البحث عن سابقتها، والتي تجعل عمله غير مشروع ونذكر منها :

أولا : عدم تبصير الزوجين بالمعلومات الكافية.

تبصير الزوجين بالمخاطر المرتبطة بالتلقيح الإصطناعي خارج الرحم، ونسبة النجاح المتوقعة، وصحة الطفل وما يمكن أن يهددها من مخاطر و تعدد الأجنة، وغير ذلك

(70) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.121.

(71) أنظر، العربي شحط عبد القادر، المرجع السابق، ص.270.

انظر أيضا، مروك نصر الدين، الحماية جنائية...، المرجع السابق، ص.429.

من المعلومات المتعلقة بتنفيذ الوسيلة محل البحث، يعد من الواجبات الجوهرية للطبيب في مواجهة الزوجين، وقد يتعمد الطبيب عدم التبصير لكي يضمن الموافقة لأسباب ترجع إلى مصلحة خاصة به سواء مالية أو مهنية أو غير ذلك، فيكون الرضا معدوم الأثر من الوجهة القانونية، وتسري في هذه الحالة القواعد الخاصة بالمسؤولية في حالة تخلف شرط الرضا. وقد يكون سببا في عدم التبصير بالمعلومات اللازمة عن الموقف بكل جوانبه هو الإهمال وعدم الإحتياط فتقوم مسؤولية الطبيب عن الخطأ غير العمدي.

ثانيا : عدم إجراء الإختبارات اللازمة على الجنين .

لا ريب في أن واجب العناية والحيطه و الحذر يتطلب من الطبيب أن يجري على البويضة والنطفة بعد الحصول عليهما من الزوجين كافة الإختبارات اللازمة، لقياس مدى صلاحيتهما وقدرتهما على تحقيق الغرض المنشود، وأن يتأكد من خلوهما من الأمراض الوراثية التي يمكن أن تنتقل إلى الطفل أو تتسبب في إحداث بعض التشوهات به أو أية آثار سلبية أخرى (كالحالات العصبية والقدرات العقلية وخلافه). ومعيار خطأ الطبيب هنا هو بحث مدى إمكانية تفادي هذه الأمراض و التشوهات أو على الأقل حصرها في الحدود الدنيا، فإذا ثبت أن الطبيب كان يستطيع بالفعل لو بذل في ذلك ما يجب أن يبذله من عناية و تبصر ويقظة تتفق مع ما هو مستقر في علم الطب أن يجنب الطفل مثل هذه التشوهات كان مخطئا، وحققت عليه المسؤولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية حسب الأحوال، لكنه يجب من ناحية أخرى أن تكون هذه الأضرار نتيجة مباشرة لتقصير و إهمال الطبيب، ويستطيع الطفل في هذه الحالة أن يطالب الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب خطئه وإهماله⁽⁷²⁾ .

ثالثا : خلط البويضات الملقحة .

يلتزم الطبيب بالعمليات محل البحث بأن يحافظ على البويضات الملقحة، وأن يحمي الأنابيب من الإختلاط أو الإستبدال بغيرها، فإذا تعمد أو أهمل في تخزينها و الحفاظ عليها، مما أدى إلى ذلك الخلط، فقد تتوافر المسؤولية المدنية أو الإدارية و حتى الجنائية⁽⁷³⁾ .

⁽⁷²⁾ أنظر ، هذا الصدد قضية "Quarez" بتاريخ 14/02/1997 ، وكذا قضية "Perruche" بتاريخ

2002/11/18 التي كان فيها الطفل المولود مشوها 1982 كونه مصاب بمرض "Trisomie 21" الذي أدى إلى إعاقة ونسب الخطأ إلى الطبيب الذي كان بإمكانه تفادي ولادة هذا الطفل ، أو أجرى الفحوصات اللازمة، موجودة

— www.google.com

⁽⁷³⁾ وقد تداركة بعض التشريعات هذا الأمر واعتبره مكون لجريمة تغيير الحالة الأسرية .

وفي هذا الصدد نذكر قضيتين عرضتا على القضاء الأجنبي : الأولى في سنة 1990 والثانية في سنة 1995⁽⁷⁴⁾. فبالنسبة للقضية تتمثل في أن إحدى الزوجات بالولايات المتحدة الأمريكية رفعت دعوى على المركز (يعمل به أطباء) على إثر إنجابها لطفلة سمراء البشرة مع أن الزوجين كانا من الجنس الأبيض، فتم إجراء أبحاث وتحاليل على مستوى مركز الحفظ، كشفت عن وقوع خطأ في المخبر أثناء استعمال العينات المحفوظة .

أما بالنسبة للقضية الثانية فتتمثل في أنه على إثر إجراء عملية تلقيح خارج الرحم، وضعت سيدة هولندية توأمين، ولد أحدهما بمواصفات جد مختلفة عن الآخر. كما أن مواصفاته كانت مختلفة عن والديه، إذ كان يحمل مواصفات رجل إفريقي (أسمر اللون وأنف مفرطح). بعد فترة من البحث و التحري على مستوى المركز المعالج، تبين لعائلة المرأة أنه حصل فعلاً خطأ علمي غير عمدي، ناجم عن إستخدام المركز المعالج أنبوب حفظ النطف سبق إستعماله لحفظ نطف رجل أسمر البشرة، ولم يتم تنظيفه بصفة كاملة، وهو الأمر الذي نتج عنه ميلاد أحد التوأمين بمواصفات خاصة. فهنا يمكن أن يسأل الطبيب على أساس العمد أو الخطأ حسب الأحوال طبقاً للقواعد العامة لقانون العقوبات.

إلا أننا كنا نود لو أن مشرعنا تدخل وجرم هذا الفعل بنصوص صريحة كون هذا الفعل يتعارض مع أحكام الشريعة التي تعتبر قواعدها من النظام العام في مجتمعنا، كما أنه يجب أن يمتد التجريم ليشمل حالات إستخدام خلايا تناسلية لأكثر من شخص في الحالة الواحدة⁽⁷⁵⁾، بإعتبار أن هذا الفعل من شأنه أن يؤدي إلى إختلاط الأنساب ولما قد يحققه من أضرار صحية و إجتماعية قد تصيب الأم و الإبن.

رابعاً : الإسـتـيلاء على البويضـة الملقحة .

قد يستولي الطبيب على البويضة المخصبة من الزوجين لأغراض معينة فهل يمكن مساءلته عن جريمة السرقة أو خيانة الأمانة ؟

من المتفق عليه أن جريمة السرقة وغيرها من جرائم الإعتداء على الأموال لا تقع إلا على مال قابل للتملك وله قيمة مالية أو معنوية، و لا يشترط أن تبلغ قدراً معيناً. فتقع الجريمة ولو كان المال زهيد القيمة أو كان من الصعب تحديد قيمته المالية، فقيمة المال ليست من عناصر الجرائم المشار إليها وإن كانت تأخذ بعين الإعتبار عند تحديد خطورة الجاني، وبالتالي تحديد العقوبة المستحقة، كما لا تقع تلك الجرائم إلا على الأشياء المادية التي يمكن حيازتها و السيطرة عليها.

وواقع أن البويضة المخصبة وإن كانت لا تصلح كقاعدة عامة لكي تكون من الأشياء التي تدخل في نطاق المعاملات المالية والتجارية، إلا أن هناك من يرى أنها

(74) أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 146.147.

(75) والحالة التي ذكرناها "Pisabia" من أنه يوجد في أحد أحياء جوهانسبورغ في جنوب إفريقيا ، أكثر من 90 ولداً تم تلقيحهم من رجل واحد ... ،مذكور في عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق، ص.183.

لا تختلف عن أعضاء أو أنسجة الجسم الآخر، فإذا تم تسليمها إلى جهة أو شخص معين لأغراض محددة وجب الإلتزام بهذه الاعراض، فإذا تم الإستيلاء عليها، فقد تتوافر جريمة السرقة أو خيانة الأمانة حسب الأحوال وتقوم المسؤولية على الطبيب الذي تسلمها (76).

ولعله يكون هناك من المناسب تقرير مسؤولية الطبيب جنائيا إذا تسبب بخطئه أو إهماله في إتلاف أو فساد البويضات المخصبة من الزوجين، قبل إستقرارها في رحم الزوجة، ومن باب أولى، إذا كان الإتلاف عمدا بقصد عدم إتمام الحمل والوصول به إلى نتيجته المرتجاة، وقد يكون من الملائم أيضا، تحريم التعامل بمقابل أو بدون مقابل، في الخلايا التناسلية الذكرية أو الأنثوية سواء على سبيل الإتجار أو لمرة واحدة (77).

خامسا : فشل عملية زرع البويضة المخصبة.

قد تفشل عملية زرع البويضة المخصبة، ويحدث الإجهاض أو قد يتربس على الإجراءات تعدد الأجنة، وفي هذه الحالة لا مسؤولية على الطبيب، إذا إتضح أنه قد إتبع كافة وسائل الحيطه والحذر وفقا للمعيار السابق الإشارة إليه.

فالتزام الطبيب بوسيلة وليس بتحقيق نتيجة معينة، فالتلقيح الخارجي يندرج بين الأعمال الطبية، وهي بصفة عامة ليست مؤكدة النتائج، فتتوافر احتمالات الفشل، وتختلف درجة جسامتها وإحتمال حدوثها من حالة لأخرى.

ولكن تتوافر بشأنه عناصر المسؤولية الجنائية، عن جريمة عمدية من جرائم المساس بسلامة الجسم حسب الأحوال، إذا تبين أن الحالة لا تستوجب من حيث الأصل الإلتجاء إلى الوسيلة محل البحث، بمعنى أنه يتوافر بشأنها احتمال كبير في أن وسائل علاج أخرى، يمكن تحقق الغرض المرتجى وهو الإنجاب وكان على علم بذلك ولكنه، قرر تنفيذ الوسيلة المشار إليها لمزيد من الخبرة أو البحث أو لأغراض أخرى (78).

سادسا : إفشاء السر الطبي .

الإلتزام بالحفاظ على السر الطبي يشكل واجبا أدبيا وإجتماعيا وفرديا وقانونيا في ذات الوقت. ولهذا إتجهت أغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري إلى النص على تجريم فعل الإفشاء للأسرار الطبية، إذ نص في المادة 301 من قانون العقوبات على ما يلي :

(76) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 143.

(77) أنظر، مهند صلاح احمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 143.

(78) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 134.

"يعاقب بالحبس من شهر إلى سنت أشهر ... الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين، بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك"
ولذلك يسأل الطبيب جنائيا إذا أفشى أسرار الزوجين المتعاملين معه في غير الاحوال المصرح له فيها بذلك قانونا⁽⁷⁹⁾. وهنا يمكن ان يسأل الطبيب على اساس المادة 301 من قانون العقوبات .

سابعاً : تنفيذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة .

أوضحنا أن المشرع الجزائري إستبعد اللجوء إلى الحمل عن طريق الأم البديلة وإعتبرها وسيلة غير مشروعة . وقد يأخذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة حكم التبني المحرم شرعا و قانونا⁽⁸⁰⁾.

عدم وجود نص خاص يجرم هذا الفعل يجعلنا نعتقد أن الطبيب وشركائه في هذه العملية يفلتون من العقاب ولكن من خلال تفحص مواد قانون العقوبات نجده ينص على بعض الجرائم التي من شأنها أن تهدد الطفل بالخطر في القسم الثاني المعنون "بترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر"، ونذكر منها بعض المواد كالتالي :

المادة 316 التي جاء فيها : " كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو عرضه للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة..."
كما جاء في المادة 320 مايلى : " يعاقب بالحبس ...

1/ كل من حرص أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة.

2/ كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلها الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو إستعمله أو شرع في إستعماله .

3/ كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك".
كما قد يسأل عن جناية الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل المعاقب عليها بالمادة 321 التي جاء فيها : " يعاقب بالسجن ... كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو إستبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع ..."

وهي تتطابق مع الحالة التي تصرح فيها الزوجة صاحبة البويضة أن الإبن الذي حملته الأم البديلة هو إبنها، في حين هي لم تلده. ويشهد فيها الطبيب أن المولود هو

⁽⁷⁹⁾ أنظر ،العربي شحط عبد القادر ،المرجع السابق ،ص.134.

⁽⁸⁰⁾ أنظر ،اسامة عبد الله قايد ،المرجع السابق ،ص.325.

الإبن البيولوجي لصاحبة البويضة، فهنا يكون قد قدم شهادة تثبت أنه ابنها البيولوجي، ولكن هذه المرأة لم تضعه.

كما نص قانون الحالة المدنية في المادة 61 على عقوبات الأشخاص الذين لا يصرحون بالولادة في مدة 5 أيام منها إلى ضابط الحالة المدنية، كما تحيل هذه المادة على المادة 442 فقرة 3 التي جاء فيها:

" يعاقب بالحبس ... كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة، وكل من وجد طفلا حديث العهد بالولادة ولم يقدمه إلى ضابط الحالة المدنية ...".

إضافة إلى كل هذه النصوص فإنه على المشرع أن يتدخل بنصوص عقابية لتجريم استخدام هذه الوسيلة أو الترويج لها، بالنسبة للأطباء ومساعدتهم.

ثامنا : إجراء العمليات محل البحث في الأماكن غير المرخص لها .

أغلب الدول إتجهت إلى تحديد مستشفيات أو مراكز طبية أو عيادات تكون مختصة دون غيرها بتنفيذ الوسيلة محل البحث، وذلك حتى يمكن مراقبة التنفيذ في كافة مراحله .

كما أوجب البعض الآخر منها الحصول على ترخيص بالنسبة للطبيب الذي يقوم بالتنفيذ لضمان الخبرة و الدراية. ولذلك يسأل إذا قام بتنفيذ عمليات الإخصاب في الأماكن التي لم تحصل على ترخيص بذلك من الجهة المختصة.

تاسعا : مسؤولية الطبيب في حالة تخلف الغرض العلاجي .

سبق وأن وضحنا أن التلقيح الإصطناعي بين الزوجين داخل الرحم أو خارجه، إنما شرع لتحقيق هدف وحيد، وهو التغلب على مشكلة العقم عند أحد الزوجين أو كليهما إذا إستعصى علاجه بالطرق ووسائل العلاج التقليدية المعمول بها في المجال الطبي. فإذا ما تخلف هذا الضابط العلاجي الذي يعتبر أحد الشروط الأساسية لإباحة العمل الطبي، فإنه بلا شك تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية⁽⁸¹⁾، سواء تم التلقيح الإصطناعي داخل الرحم أو خارجه .

وعلى ذلك إذا تم اللجوء إلى هذه الوسيلة بين غير المتزوجين، فإن الأمر واضح أن قصد العلاج غير قائم، كون أن اللجوء إلى هذه الوسيلة فيه مخالفة صريحة لأحكام الشريعة، ويجعل الطبيب المشرف عليها مسؤول مسؤولية عمدية لإنعدام قصد العلاج. ونفس الشيء ينطبق على المتزوجين القادرين على الإنجاب، ولا توجد لديهم أية موانع جدية تحول دون تحقيق هذا الهدف⁽⁸²⁾، ومع ذلك يختارون هذه الوسيلة

(81) أنظر، العربي الشحط عبد القادر، المرجع السابق، ص. 135.

(82) إذ هناك دواعي اجتماعية قد تحول دون قيام الزوجة بالحمل بنفسها مثلا لا نشغلها بالعمل وما يتطلب منها منصبها القيادي من الظهور الدائم بشكل لائق .

للإنجاب، فإن الطبيب يسأل هنا أيضا عن جريمة عمدية. كما يسأل الطبيب إذا أجرى التلقيح الإصطناعي بتدخل الغير أي بنطفة أخرى أو بويضة امرأة أخرى، لمخالفة النظام العام وتكون مسؤوليته على أساس العمد.

كما يسأل الطبيب إذا تم التلقيح بغرض البحث العلمي، حتى ولو تم برضا الزوجين، كون أن عمل الطبيب يكون قد خرج هنا عن أحكام المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب التي جاء فيها : " يجب أن يمتنع الطبيب ... عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية " وبالتالي تكون مسؤوليته الجزائية عمدية طبقا لأحكام المادة 264 وما يليها من قانون العقوبات.

و نخلص مما تقدم إلى أنه يجب صدور قانون ينظم إجراءات التلقيح الإصطناعي داخل الرحم و خارجه، من حيث الجهات و الأشخاص المسؤولين عن التنفيذ و الشروط الواجب توفرها، و ضوابط المتابعة و المراقبة و الجزاءات الجنائية و المدنية و الإدارية بحسب الأحوال في حالة مخالفة ضوابط التلقيح.

المبحث الثاني

المسؤولية الطبية عن عمليات تغيير الجنس

لقد أصبحت عمليات تغيير الجنس-Transsexualisme- من نوع لآخر ذات أهمية بالغة في وقتنا الحاضر، لأن هذه العملية تمس حالة الشخص التي تتأسس عليها الكثير من القواعد القانونية، و التي ترتبط بالإسم أو نوع الجنس المثبت في شهادة الميلاد أو الصلاحية للزواج.

و يتمثل العمل الطبي في التدخل الجراحي قصد تغيير جنس شخص ما و تحويله إلى الجنس المخالف، أي تغيير الجنس الذي ينتمى إليه ماديا بالجنس الذي يشعر بالإنتماء إليه بإجراء عملية جراحية على جهازه التناسلي. و قد ينجر عنه المساس بسلامة جسم الشخص، فهل يمكن تبرير هذا المساس بالعلاج الطبي الذي يهدف إلى تحقيق عملية تغيير الجنس؟

إن طبيعة المرض الخاص بهذه العملية، مازالت في طي الكتمان، و لم يتوصل الباحثون إلى إثبات أسبابها أو الدافع إليها، فهل هو مرض سيكولوجي أم مرض خاص بالغدد الصماء أم مرض يحتاج إلى عملية جراحية ؟

كل هذه التساؤلات من شأنها أن تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع الذي يمس بسلامة جسم الإنسان، كما يثير مسألة التوفيق بين المبادئ المستقرة في القانون و الدين و الإكتشافات الطبية الحديثة، و التي لو تركت و شأنها بدون ضوابط لقصت على الكثير من المبادئ. و عليه كان من اللازم السعي إلى البحث عن نظام قانوني يصلح للتوفيق بين ما يحقق مصلحة الفرد و المجتمع في صعيد واحد، و ذلك من النواحي الطبية و القانونية و الدينية، و لهذا لا بد من إلقاء نظرة على الجانب الطبي و القضائي لعمليات تغيير الجنس (المطلب الأول)، و كذا البحث عن مدى مشروعية هذه العمليات و مسؤولية الطبيب عنها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظرة الطب و القضاء لعمليات تغيير الجنس

نظرا لأهمية موضوع تغيير الجنس و بغية الوصول لمعرفة أسبابه كان لابد من التوجه إلى أهل الاختصاص في المجال الطبي لتفسيره و إعطاء صورة شاملة له، خاصة و أنه يثير من الناحية العملية مشاكلًا قانونية يصعب على القضاء أحيانا إعطاء القول الفصل فيها. و لهذا كان لابد من البحث في الجانب الطبي لهذه العمليات (الفرع الأول)، و كذا محاولة التعرف على ما وصلت إليه التطبيقات القضائية في هذا المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجانب الطبي لعمليات تغيير الجنس.

لا يعد مرض الرغبة في التحول إلى الجنس الآخر من قبيل الأمراض العصرية، بل أعراضه و ظواهره قديمة قدم التاريخ ذاته، بحيث روي عنها في أساطير الآلهة اليونانية القديمة، كما أن هناك آلهة خاصة بطائفة الهندوس مسؤولة عن وفرة هرمونات الذكورة والأنوثة. و قد أصيبت شخصيات تاريخية بهذا المرض مثل الإمبراطور الروماني COLIGERLA، و الملك الإنجليزي هنري الثالث و الإمبراطورة السويدية COTHERINE. و قد خصصت عقوبة الخصاء للأشخاص الذين يميلون إلى نفس جنسهم و حاليا هناك حركة تتادي برفض كل تفرقة بين الجنسين و بإباحة الحرية الجنسية⁽¹⁾.

هذا و لم يهتد علم الطب في الماضي إلى الإفصاح عن سبب هذا النوع من المرض، لذلك استخدم عدة مصطلحات للتعبير عنه⁽²⁾، و هذا يعكس بذاته مدى اضطراب الأفكار و التصورات الخاصة بطبيعته و أسبابه⁽³⁾. و يعد مصطلح Transsexualisme الأكثر شيوعا للتدليل على عمليات تغيير الجنس، و تم إستعماله لأول مرة من طرف الطبيب GAULD WELL سنة 1949⁽⁴⁾، و لم يستقر المفهوم الطبي الحالي إلا سنة 1952، عندما نشر مقاله الذي تعرض فيه إلى الإفصاح عن ذاتية مرض التحول إلى الجنس الآخر و أسبابه.

(1) C.f, J. Petit, l'ambiguité de droit face au syndrome transexuel, rev. Tr. Dr. Civ, R.T.D.C, LXXIV, 1976, P. 264.

(2) C.f, Transexualité, transsexisme, genuinetransvertum, éonisme, hermaphrodime, psycho-sexuel, interséxualité...

(3) C.f, Gilbert dreyfo, les interséxualités, que sais je ?, P.U.F, 1972, P. 123.

(4) C.f, Abdelhafid Oussoukine, le droit à l'épreuve des rites, Dar El Gharb, Oran, édition 2000-2001, P. 44.

و قد ساهم أيضا في هذا المجال تقدم دراسات علم النفس و الغدد الصماء، و فن الجراحة في الوقوف على خصائص هذا المرض⁽⁵⁾.
و من خلال ما سبق يتضح لنا أن الجانب الطبي هو الذي يسمح لنا بالتعرف على المفهوم الحالي لتغيير الجنس، و تحديد طبيعة هذا المرض، و بيان أساليب علاجه.

أولا : مفهوم تغيير الجنس.

لقد حاول بعض فقهاء إعطاء مفهوم لتغيير الجنس، مما أدى إلى بروز عدة تعريفات نذكر منها:

هناك جانب عرفه بأنه : " هو شعور نفسي بالإنتماء إلى الجنس المضاد للجنس الطبيعي، بالرغم من أن الشخص له جنس مرفولوجي مميز و محدد تماما، و معنى ذلك أن الشخص يشعر في هذه الحالة بأنه امرأة في جسم رجل أو رجل في جسم امرأة"⁽⁶⁾.

و آخر عرفه أنه : " شعور الشخص بكراهية الجنس الذي ولد عليه نتيجة لعوامل مختلفة قد يعود أغلبها -كما يقول الأطباء- إلى فترات مبكرة من حياة الإنسان و تربيته، و تكون التربية غير سليمة، و هؤلاء الأشخاص لا يوجد فيهم أي لبس في تحديد جنسهم سواء من ناحية المظهر أو من ناحية الجوهر"⁽⁷⁾.

و بهذا يكون المغير لجنسه -Transsexuel- هو الشخص الذي يطلب تغييرا لجسمه، و هذا بعدما يوافق مع مظاهر الجنس المقابل بإسم إعتقاد راسخ في ذهنه أن جنسه الحقيقي عكس الجنس البيولوجي له. هذا الطلب مرفوق برفض الذات و تصور ذهني أن يكون آخر⁽⁸⁾.

و بهذا يتميز تغيير الجنس عن بعض ظواهر الشذوذ الجنسي التي قد تختلط به مثل: ظاهرة Travestime التي يقصد به تبني كل من الجنسين للباس الجنس الآخر و عاداته، بمعنى أن الشخص يجد متعة بمجرد إرتداء ملابس النساء، على الرغم من علمه اليقين بحقيقة نوع الجنس الذي ينتمي إليه و تمتعه بقدراته الجنسية العادية و هذه الظاهرة قليلة عند النساء⁽⁹⁾.

(5) C.f, J. Petit, OP. Cit , P. 261.

(6) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 19 .

(7) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية و الآثار المرتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية، سنة 1994 ، ص . 199 .

(8) C.f, Abdelhafid Oussoukine, l'Etique Biomédicale, édition Dar El gharb, Oran, 2000, P. 203.

(9) نضرب هنا مثلا لجورج صاند الروائية الشهيرة التي سمت نفسها بإسم رجل، و كانت تلبس ملابس رجل، و كل عناصر الرجولة متوفرة لديها مع أنها امرأة.

أما ظاهرة Homosexualité، فهي تتسم بميل الشخص إلى نفس الجنس الخاص به، فهي تعني اللواط بالنسبة للذكور و السحاق للإناث، و يدرك الشخص أيضا المصاب بهذه الظاهرة، حقيقة جنسه من الناحية البيولوجية. و لا يبدي الشخص في الظاهرتين السابقتين أي رغبة في الخضوع لعملية جراحية بغرض تغيير نوع الجنس، و لا يحس بأي نفور إتجاه أعضائه التناسلية. و إنما يشعر بأنه مجلوب عاطفيا و جنسيا بالأشخاص الذين هم من جنسه⁽¹⁰⁾.

أما ظاهرة Hermaphrodisme تعني التخنث، يجمع فيها الشخص بين الأعضاء التناسلية الخاصة بالتذكير و التأنيث في آن واحد و يعارض في نفس الوقت عملية الفصل بينهما⁽¹¹⁾.

لكن رغم تنوع هذه المفاهيم، فإنها مع ذلك لا تشمل حالة " الجنس النفسي أي البسيكولوجي" التي اصطنعتها إكتشافات البيولوجيا و الأبحاث الطبية. و قد تبين جليا الإختلاف بين الجنس المختلق " الإصطناعي بيولوجيا و طبيا " و الجنس الطبيعي، إذ أن التغيير لم يكسب للشخص الجنس الذي يزمعه، بحيث و لو أنه فقد عددا من سمات جنسه الأصلي، فإنه مع ذلك لم يكتسب تلك التي للجنس المقابل. و لذا فالقانون كما يقول أحد الفقهاء : " عليه ألا يرتبط بالظواهر، بل بالحقيقة، بحيث أن مثل هذا التغيير ما هو دوما إلسراب"⁽¹²⁾.

كما أن تغيير الجنس كمرض لا علاقة له بالختان⁽¹³⁾ (l'exision)، الناجم عن إجبار معنوي جماعي و سلفي يحتفظ به الشخص على جنسه و لا يغيره، و إنما يعتبر إمتثال للشرع لما فيه من إصابة الفطرة و الإهتداء بالنسبة التي حثت على فعله⁽¹⁴⁾.

و من خلال ما سبق ذكره يمكن القول أن تغيير الجنس يجيب على حلم شخصي، أو وهم و على شهوة الجنس الحاد ليدخل ألفة النساء أو الرجال، و بالتالي فإن قطع عضو جنسي بالجراحة ليحقق شهوة أو رغبة لمجرد اعتقاد في ذهنه أنه وقع ضحية خطأ الطبيعة لا يمكن إعتبره مرض من قبيل الأمراض العقلية⁽¹⁵⁾، فهو لا يخل بقدرات صاحبه الذهنية أو المهنية أو الإجتماعية.

ولهذا يثار التساؤل حول طبيعة المرض الذي يعاني منه هذا الشخص (المغير لجنسه) و الذي يدفعه للمطالبة بتغيير جنسه على خلاف الطبيعة التي وجد عليها ؟

(10) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 20.

(11) C.f, J. Petit, OP. Cit , P. 267.

(12) فالحالة الظاهرة إذن هي ليست إلا مظهرا خارجيا لتغيير الرجل بإمرأة أو امرأة برجل، بحيث لا يمكن إفتراض تماشي الحقيقة مع المظهر. فليس كل من له تدين امرأة، كما أن ليس كل من له لحية رجل، فالجسم كل متكامل. أنظر في هذا الصدد تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 44.

(13) الختان يعني قطع الجلد التي تغطي الحشفة - رأس الذكر - بالنسبة للرجال، أو قطع أدنى جزء من جلدة اعلى الفرج بالنسبة للنساء .

(14) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 125.

(15) C.f, Gilbert Dreyfus, OP. Cit , P. 125.

ثانيا : طبيعة المرض.

إحترام الكرامة و حرية الشخص هي من المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، و هذا معناه أن الشخص يجب أن يكون حرا لمواجهة نفسه و إختيار القدر الذي يظهر أكثر ملاءمة لشخصيته ما دام لا يضر بالمجتمع، فهو مستعد لمواجهة نفسه و اختيار قدره. في هذه الوضعيات المتناقضة مع القانون الطبي و القانون بصفة عامة، و لهذا نحن نتساءل أين هو المريض؟ و هل يجب إعتبار المغير لجنسه كمريض؟ الإجابة على هذه الأسئلة من المفروض أن تعطي لنا من طرف الأطباء.

في الواقع القانون الطبي يؤيد العمليات الجراحية المبررة بترخيص من القانون و باتباع الأصول العلمية و في مصلحة المريض.

بالنسبة ل Verdain، تغيير الجنس مرض أو بالأحرى تزامن أعراض مرض من الأمراض أين تكون العلامات الأساسية للمرض هي:

- إحساس عميق و راسخ للإنتماء للجنس المقابل، فالموضوع خاضع لإستعداد أو ميل خاص.

- مرضه لا ينعكس (في إتجاه واحد). و لهذا كل المحاولات المعمولة من أجل تطابق نفسية هذا الشخص مع مظهره الطبيعي بلا جدوى⁽¹⁶⁾.

و ينتاب المريض شعور بعشق الذات، و الرغبة في الإستقرار الفاضح و يمر عادة بمراحل ثلاثة كما يلي:

الأولى: هي مرحلة إرتداء ملابس مخالفة لجنسه.

الثانية: الشعور بالرغبة في تملكه الأعضاء التناسلية الخاصة بالجنس الآخر.

الثالثة: الرغبة في التخلص من أعضائه التناسلية و المطالبة بإجراء عملية

جراحية.

و في حالة رفض الإستجابة لطلبه فقد يلجأ إلى إحداث تشويه بنفسه أو الإنتحار، و يظهر هذا المرض عادة بالنسبة للذكور ما بين 13 إلى 50 سنة، و بالنسبة للإناث فلا يتعدى العشرين عاما⁽¹⁷⁾.

و يتطلب تشخيص هذا المرض من جانب الطبيب قدرا من الصبر و الإخلاص، فهو من الأمور الصعبة و الشائكة، و يلزم فحص المريض نفسيا و بيولوجيا و بحث ميوله الأسري و الإجتماعي و المهني قبل إجراء العملية الجراحية.

و يبرر المتحمسين لتغيير الجنس طلبهم بحجة مفادها، أن الشخص الذي يريد أن يغير جنسه يكون في وضعية قهرية لا يستطيع تحملها، و في الواقع هذه الحجة لا يمكن التسليم بها في كل الأحوال، و لا يمكن الأخذ بمدلولها بصفة مطلقة. فإذا كان هذا الضغط النفسي يستبعد حرية الإرادة، فإنه غير مفهوم على الإطلاق الأخذ به في هذا المجال، إذ ليس من المعقول أن يباح لمن إلتمس التغيير بناء على إرادة غير صحيحة كون صاحبها على غير بينة من أمره، و من تم فلا يكون لإرادته سلطان كامل،

⁽¹⁶⁾ C.f, Abdelhafid Oussoukine, l'Etique..., OP. Cit, P.205.

⁽¹⁷⁾ أنظر، مارك نصر الدين، الحماية الجنائية ...، المرجع السابق، ص. 440.

فكيف يمكن للأطباء الحصول منه على رضا مستتير و حر في عمليات جد خطيرة و تقريرية لمصيره.

و لذلك هناك من يرى أنه من الأسلم إقتراب هذا العيب المتمثل في الضغط النفسي بتناذر شنوذ عقلي، و بذلك عوضا من معاملته على أساس أنه مريض و أن تغيير أعضائه التناسلية يبرر هدف علاجي محض، فإنه من المستحسن البحث عن معالجته نفسيا، إذ أن التبرير العلاجي الكامن في التغيير فهو ليس بتاتا مقحما⁽¹⁸⁾، فالعملية أجرد ما تكون دواء مسكن في غياب علاج نفسي ناجع.

و لهذا الأطباء النفسانيين، عالجوا تغيير الجنس كمرض الطب النفسي العصبي، و ليس جراحة الهرمونات، و اقترحوا تكفل نفسي، قبل أن نمر إلى العلاج الجراحي⁽¹⁹⁾.

كما أن رجل القانون رغم عدم إختصاصه إلا أنه يبحث عن إمكانية إصلاح هذا الإضطراب أو غموض الهوية بواسطة الجراحة، و عن مكانة الطبيب في معالجة هذا المرض.

و الحقيقة أنه إذا كان معظم الأشخاص يكتسبون أعضاء تناسلية عادية، بحيث يمكن تحديد جنسهم بسهولة، فإنه توجد في عالمنا هذا طائفة من الأشخاص أفرزت الطبيعة لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، إذ قد تبرز فيهم ظاهرة الأنوثة و الذكورة في آن واحد، و قد لا يكون لهم شيء منها أصلا و يدعى الخنثى.

فالخنثى هو شخص شاذ في تكوينه لا يعرف إذا كان ذكرا أو أنثى بحيث يبقى أمره متردد بين الذكورة و الأنوثة، و قد لا يتضح أمره إلا بعد مضي الزمان، و ذلك بعد ظهور إمارات الرجولة كخروج اللحية و الإحتلام و الوصول إلى المرأة، و إمارات الأنوثة كالثدي و الحيض و إمكانية وطئها. كما قد يبقى طول حياته على حالته الأصلية⁽²⁰⁾.

غير أنه مما يزيد الأمور تعقيدا، أنه قد لا تتضح ذكورة الشخص من أنوثته بأية علامة مميزة، و في هذه الحالة نكون أمام خنثى مشكل.

فمن الناحية الطبية يمكن تفسير هذه الظاهرة بطريقة علمية، و ذلك بإرجاع الأمور إلى أصلها بالقول أن جنس الإنسان يتحدد بإندماج الحيوان المنوي بالبويضة الأنثوية أي هو خلية واحدة، ثم تصل بعد ذلك إلى ملايين من الخلايا تبعا لنوع الكروموزوم الذي يحمله الحيوان المنوي، و هناك كروموزوم واحد هو الكروموزوم الموجود في الحيوان المنوي إما حرف X أو حرف Y و البويضة الأنثوية بها كروموزوم جنس واحد و هو حرف X. و عند الإندماج يتحدد جنس الجنين و تبدأ البويضة في النمو و تتعد إلى أجهزة و ينمو في الإنسان الجهازين، الجهاز الأنثوي و الجهاز الذكري

(18) عن التجارب قد علمتنا أن الوردة لاتعيش إلا عمر الورود. و على ذلك فإنه قد ظهرت في الواقع بعض الحالات

أين إنتحر المغير لجنسه بعدما أحرقت عليه العمليات الجراحية الخاصة بهذا التغيير .

(19) C.f, Abdelhafid Oussoukine, l'Etique ..., OP. Cit, P. 205.

Voir aussi, D. Malicier , A. Miras et P. Feuglet et P. Faivre, la responsabilité médicale-Données Actuelles-, édition ESKA, 2^{ème} édition, Prais, 1999, P. 192.

(20) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 16.

معا حتى الأسبوع السادس من الحمل، ثم يبدأ تبعا لجنس هذا الجنين الذي حدد و هو بويضة مخصبة، و ينمو الجهاز الذكري مثلا. و يضمحل الجهاز الأنثوي أو العكس إذا كان الجنين أنثى⁽²¹⁾.

هذا و أحيانا ما تحدث اضطرابات هرمونية، و اضطرابات في عدد الكروموزوم الجنسية. يكون في بعض الأجنة إثنين (X) واحد (Y) أو ثلاث (X) و واحد (Y). كما أن الاضطرابات الهرمونية إما في غدد الأم أو في غدد الجنين من شأنها أن تحدث إرتباكا أو إختلاطا في تكوين الجهاز التناسلي، و يمكن أن ينمو الجهاز التناسلي كذكر مع نمو بعض الأجهزة التناسلية الأنثوية معه⁽²²⁾ و هذا ما يطلق عليه الخنوثة. و هذه الأخيرة مقسمة إلى قسمين خنوثة حقيقية و خنوثة كاذبة:

فالخنوثة الحقيقية تعني أن يكون الإنسان لديه جهاز تناسلي ذكري كاملا و جهاز تناسلي أنثوي كاملا. و هذه الحالة نادرة جدا و تناولتها الكتب العلمية، و قد لا يتاح لأجيال كاملة أن ترى مثل هذه الخنوثة الحقيقية، و لم يسجل الطب قيام الخنثى الحقيقية بدور مزدوج كامل مع وجود أعضاء ظاهرية إما لأنثى أو لذكر أو لكليهما معا، و غالبا ما تكون الغدة التناسلية (الخصية أو المبيض) مندثرة أو هادمة⁽²³⁾. أما **الخنوثة الكاذبة** فهي كثيرة جدا و هي إما أن تكون ذكورية، بمعنى أن يكون الإنسان أنثى أصلا، و يظهر من مظهره الخارجي أنه أنثى، مثال ذلك أن يولد الطفل ذكرا و هو أصلا ذكرا من لحظة ما كان بويضة مخصبة. و أحيانا تكون الخصيتان معلقتان في بطنه و يكون كيس الصفن مشقوق، و بمجرد النظر لهذا الطفل يظن الناس أنه أنثى و يعتبرونه أنثى و يلقبونه بإسم بنت و يظل بنتا، و يعامل معاملة البنات حتى يصل إلى سن البلوغ فنجد أن الصوت يخشن و شعر الذقن يظهر. و بالنظرة العلمية لهذا نجد أنه ذكر و ليس أنثى. و يمكن إصلاحها عن طريق عملية جراحية.

أما إذا كان الشخص ذكرا كامل الذكورة، و تؤكد الفحوص و التحاليل الطبية ذلك. ثم يعلن و يقول أنه أنثى و يعلن عن رغبته في التحول إلى أنثى، نحن نعتقد أن هذا الشخص به خلل نفسي و واجب علاجه نفسيا بالدرجة الأولى. و علماء النفس يوضحون ذلك بالقول أن الشخص إذا أصر على إعتقاده أنه أنثى رغم أنه في الحقيقة ذكر، ففي هذه الحالة يجب علاجه في المستشفيات النفسية و الأمراض العقلية. و إن إجراء الجراحة لمحاولة جعل الشخص الذكر أو الأنثى أو العكس هو أمر منافي للطبيعة.

⁽²¹⁾ و (22) أنظر، محمد نور الدين ، تحديد جنس الجنين منذ بداية الحمل، بحث منشور بمجلة منبر الإسلام، العدد 12، السنة 1946 ، جويلية 1988، ص.106.

⁽²³⁾ أنظر، محمد خالد منصور ، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان ، الطبعة الثانية، سنة 1999، ص.206.

هذا و في إعتقادنا أنه لكي نضع الحكم أو القاعدة لمسألة ما يجب أن نضع الشيء في حقيقة وضعه و ليس بمجرد السماع، و ذلك بمعرفة الأمر من أهل الإختصاص لنضع لكل حدث فقهه وواقعة حكمها للوصول الى علاج ناجع.

ثالثا : أساليب العلاج (24)

اختلفت وجهات نظر الوسط الطبي بشأن هذا المرض، الأمر الذي أدى إلى بروز عدة أساليب لمعالجته نذكر منها :

1- أسلوب العلاج النفسي :

إذا إعتبرنا أن هذا المرض هو من قبيل الأمراض النفسية، فإنه يستوجب معالجة المريض بتصحيح مسلكه السيكولوجي، سواء بإعطائه هرمونات علاجية منشطة، أو بممارسة أساليب علاجية نفسية أخرى.

و قد يسفر العلاج النفسي أحيانا عن نتائج فعالة و مثمرة، بشرط عدم تجاوز المريض لمرحلة البلوغ، و قد ينتهي أحيانا أخرى بالفشل، خصوصا إذا تخطى المريض هذه المرحلة.

و قد أجريت العديد من التجارب، سواء باستخدام التحليل النفسي أو التنويم المغناطيسي، بغرض إقناع المريض بحقيقة جنسه و تحقيق الإنسجام بين ذاته و جنسه الظاهر و لكنها لم تؤد إلى نتائج مرضية بعد.

2 - أسلوب العلاج بالجراحة :

الأسلوب الجراحي يهدف إلى التوفيق و الإنسجام ما بين طبيعة خلايا جسم المريض و أعضائه التناسلية.

و لهذا يبدو أن العلاج الجراحي في ظل الوضع الراهن، هو العلاج الوحيد لهذا المرض، فهو يتدارك أوجه الفشل، بالنسبة للأساليب العلاجية الأخرى.

و تتمثل هذه العملية عند الذكور في إستئصال الخصيتين و القضيب، و عمل مهبل صناعي بإستخدام جزء من الأمعاء، و سمح علم التشريح الجنسي الداخلي بإزالة خصائص أو صفات جنسية ثانوية كنمو الشعر على الغشاء (Pilosity) و الجهاز العضلي (Musclateur) و جوزة العنق (Pomme d'Adam) و إظهار الصفات الأنتوية الثانوية مثل الثدي... و لدى الإناث بإستئصال الثديين و الرحم و زرع جزء

(24) العلاج كلمة عامة لها معان مختلفة تشمل كل ما يؤدي إلى التخلص من الآلام النفسية أو البدنية أو القضاء على

مرض معين أي إصلاح أي خلل في أجهزة الجسم أو التخلص من عاهة أيا كان سببها أو الحد منها . أنظر في هذا

الصدد، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 37.

من الجلد على هيئة قضيب⁽²⁵⁾.

و في كلتا الحالتين يجب أن يخضع الشخص الذي تجرى له الجراحة إلى علاج نفسي و هرموني. و معدل نجاح هذه العمليات الجراحية عند الرجال تفوق مثيلاتها عند النساء نظرا لما تنطوي عليه عملية تحول أنثى إلى ذكر من مخاطر جسيمة.

و في هذه المجال يقول « RASSAT » أن هناك إستحالة لتغيير الجنس و يبرر موقفه، بأن تدخلات الطب الكلينيكي أو العمليات الجراحية تتطور نحو الأعدد حاليا، فهي لا تسمح أبدا أن تغير كليا الجنس التشكيلي، و هذا لكون في كل فرضية الأجهزة الجنسية الأنثوية المهياة غير وظيفية، و بهذا فهي لا تسمح له بالإنجاب و أن الأنثى التي تتحول إلى ذكر يكون في كل الحالات عاجز جنسيا (عنين)، و هذا يجعله عقيما⁽²⁶⁾.

3 - أسلوب علاج الخنثى :

بخصوص مسألة علاج الخنثى و الطريقة المتبعة فإنه يجب أن نفرق فيها بين عدة حالات حسب الآراء العلمية، فإذا نظرنا إلى شخصية الخنثى الذي لديه أعضاء مزدوجة ذكرية و أنثوية سواء كان رجلا أو امرأة. فإذا أمكن رده إلى حالة يستقر عليها، فمن الجائز أن يقوم الطبيب بهذه المحاولة، ولكن يشترط إتباع الأصول الطبية. و المشكلة لها جانبان من حيث تركيب الشخصية له مظهر خارجي و هناك أيضا تركيب وراثي يسمى بالكرموزومات. فربما يكون هناك تنافر بين التركيب الخارجي، و بين التركيب الوراثي. و في هذه الحالة نجد أنه من حق الطبيب و برضاء المريض أو وليه أن يرد حالته بما يتفق مع التركيب الوراثي كما هو الأصل. مع ما يظهر على الشخص خارجيا، بما يكون إنعكاسا غير سوي و هذا لا خلاف عليه.

و الحالة التي تحتاج إلى دقة في التعامل معها هي الخنثى الكاذبة و لها حالات كثيرة و منها أن يكون العضو الذكري دون خصيتين، و يلقب الطفل بإسم ذكر، و عند البلوغ و الفحص بالأشعة تبين أن الطفل لديه مبيض و رحم، و هذه الحالة نجد فيها إختلافا في التركيب الداخلي و الخارجي. فإذا إجتمعت فيها أصول المهنة و رضاء المريض أو رضاء وليه، يجوز إجراء العملية لرده إلى أصله السوي الذي يتفق دائما مع التركيب الوراثي يعتبر مقياسا حقيقيا لشخصية أو تحديد جنس أو نوع الشخصية. و هناك حالة نجد تركيبها الخارجي متفق مع التركيب الوراثي الخارجي، و لكن تعترى الشخصية رغبة جامحة في الجنس الآخر، و هو ما يعرف بالحالة المرضية النفسية، في هذه الحالة لا يجوز تغيير الجنس لأن الجسم مستقر على ذكر

(25) C.f, Abdelhafid Oussoukine, le droit à l'épreuve... , OP. Cit. P. 52.

Abdelhafid Oussoukine, l'Étique ... , OP. Cit, P. 206.

أنظر أيضا محمد المختار الشنقيطي ، المرجع السابق، ص.199.

(26) C.f, Abdelhafid Oussoukine, l'Étique ... , OP. Cit, P.53.

RASSAT M.L, sexe, medecine et droit. Mélanges offerts à Pierre Raynaud. Dalloz, Sirey 1985. P. 665.

أو أنثى. فهنا الحالة النفسية تتطلب العلاج النفسي، لكن الواقع أظهر أن هناك بعض الحالات هذا العلاج لا يجدي هذا العلاج نفعا فيها، و ليس أمامه سوى التدخل الجراحي.

و في الأخير نقول أن طرق العلاج المقترحة من قبل المختصين، لا يمكن التسليم بها، لأن الحكم القانوني يختلف من حالة إلى أخرى في مسألة تغيير الجنس و لا يجوز التعميم فيها.

و تعتبر قضية الجنس قضية معقدة، و تعقيدها يرجع إلى تحديد جنس الإنسان الذي تحدده الكروموزومات التي يحملها الجنين منذ الإخصاب، ثم هناك عادات مكتسبة من تقليد و سلوكات يمارسها الإنسان لتؤكد ذكورته أو لتأكد أنوثته مع إحتكاك مستمر بالبيئة، و لهذا لا بد من محاولة لإيجاد معايير تمكننا من تحديد الجنس و هذا ما سنحاول البحث عنه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

المعايير المعتمدة قضائيا لتحديد الجنس.

لم تهتم التشريعات بتوضيح فكرة الجنس، و من تم فإن القضاء أمام هذا الفراغ التشريعي يقع على عاتقه مهمة تكملة هذا النقص، و لهذا تبنى في البداية فكرة المعايير المشكلة الخارجية، و إن كانت غير كافية بذاتها لحل جميع المشاكل الناشئة عن ازدواج الجنس، فالجنس فكرة متطورة و قابلة للتعديل، و يمكن أن نستشف بعض هذه المعايير من خلال أهم القضايا التي عرضت على القضاء الفرنسي و التونسي و المصري على التوالي.

أولا : القضاء الفرنسي.

عرضت على محكمة النقض الفرنسية قضيتين متعلقتين بعمليات تغيير الجنس (27)، احدهما سنة 1975 (28). و الثانية في سنة 1987 (29).

تتلخص وقائع القضية الأولى في أن المدعو M.A كان قد ولد في سنة 1943، و قيد في سجل الحالة المدنية بصفته ذكرا، و لم يكن هناك شك عندئذ في أنه ذكر، لأن عضو التناسل الذكري كان ظاهرا في جسمه، أي أنه لم يكن خنثى مشكل Hermophrodite.

(27) أنظر، علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص. 259-261.

(28) صدر حكم محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1975/12/06، الدالوز 1975، رقم 397.

(29) صدر حكم محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 1987/03/31، الدالوز 1987، رقم 445.

و لما بلغ أشده و استوى أخذ يشعر بمعالم أنثوية، من حيث سلوكه و صوته، فأخذ يتناول هرمونات الأنوثة، و سافر إلى خارج فرنسا، و أجرى عملية جراحية في جسمه ليصبح أنثى ظاهريا، ثم عاد إلى فرنسا، و تقدم إلى محكمة بوردو الابتدائية، طالبا تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية، و استند في دعواه إلى تقارير وضعها خبراء تشهد بأنه ليس متمتعا بالميول النفسية التي يتمتع بها الذكر، و أن كل نواحي سلوكه تدل على أنه أنثى.

فرفضت المحكمة الابتدائية طلبه، فرفع استئنافا أمام محكمة استئناف بوردو، فأيدت الحكم الابتدائي في 13-06-1972، فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى، فكانت على حق في حكمها الذي قضى بأن مبدأ إثبات حالة الإنسان الجنسية و استقرارها يهيم النظام العام، و لا يجوز أن تتغير هذه الحالة على إثر عمليات جراحية أجريت على الجسم و غيرت معالمه تغييرا إصطناعيا، و أن هذه الحالة تتحدد منذ الميلاد، فمتى ولد المولود ذكرا. و سجل في الحالة المدنية ذكرا، فلا يمكن أن يطلب تغيير جنسه فيما بعد نتيجة تدخل جراحي.

أما القضية الثانية فتتلخص في أن المدعو Nobert.A تقدم إلى محكمة بوردو الابتدائية طالبا تغيير جنسه من ذكر إلى أنثى في سجل الحالة المدنية، و تغيير اسمه إلى Lyne- Antoinette، فرفضت المحكمة طلبه، فرفع استئنافا أمام محكمة استئناف بوردو، فأيدت الحكم الابتدائي في 30-5-1985، فرفع نقضا أمام الدائرة المدنية الأولى، فقضت بأن محكمة الاستئناف كانت على حق حينما رفضت إدعاء المدعي بأن الجنس يتحدد ليس فقط بالمعالم الحيوية Biologiques، بل و كذلك بالمعالم النفسية.

و دفعت المحكمة إدعاءه بأنه على الرغم من تناوله الهرمونات الأنثوية، و على الرغم من العملية الجراحية التي غيرت جنسه إصطناعيا، فإن Nobert ما زال يتسم بمعالم الذكورة، و ليست حالته الجنسية الحالية نتيجة عناصر سابقة على العملية الجراحية التي أجريت له بناء على طلبه، و لم تكن إستجابة لضرورة علاجية حتمية. يتضح من هاتان القضيتان أن موقف القضاء الفرنسي في البداية استقر على أن جنس الإنسان يتحدد منذ ميلاده، و أنه من النظام العام. بحيث لا يجوز تغييره إصطناعيا مهما كانت هناك ظواهر أخرى، و أيده جانب من الفقه⁽³⁰⁾.

(30) نفس الموقف إتخذه القضاء الفرنسي من خلال الحكم السابق بتاريخ 1990/05/21، دالوز 1990، رقم 139.

أنظر أيضا، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 266.

ثانيا : القضاء التونسي.

تعرض القضاء التونسي لعمليات تغيير الجنس بموجب الحكم الصادر بتاريخ 28-03-1990، تحت رقم 691 و تتلخص وقائع القضية 31 في أنه على إثر زواج نائب المدعي، أنجب مولودا إعتقد الجميع أنه بنتا، و تم تسجيله بدفاتر الحالة المدنية على أنه أنثى إلا أنه بعد عملية التسجيل تبين أن المولود لم يكن بنتا، بل ذكرا فتقدم نائب المدعي لدى المحكمة الابتدائية بن عروس طالبا إصلاح مضمون المولود بإعتباره ذكرا لا أنثى و تغيير إسم أميرة إلى أمير، إعتمادا على الشهادة الطبية، فقامت المحكمة بعرض المولود على الفحص الطبي الذي أكد إنتماه إلى جنس الذكور رغم اللبس الحاصل منذ ولادته. و حكمت المحكمة بتغيير الجنس الذي وقع تسجيله في دفاتر الحالة المدنية. و الحكم تبعا لذلك بتغيير الإسم، و استندت المحكمة في عرضها لأسباب الدعوى إلى الوقائع التالية :

إن المشكل المطروح في القضية يتمثل في المعيار الواجب إعتماده لتحديد جنس المقام في حقها الدعوى.

حيث أن لا القانون التونسي، و لا فقه القضاء، كلاهما لم يحددا المعيار الواجب الإلتباع في مثل هذه القضايا، و من تم وجب الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي بإعتباره المصدر الأساسي في قانون الأحوال الشخصية، و القانون المقارن مصدر إثراء له. حيث إعتبر الفقه الإسلامي منذ نشأته مكان التبول عند الخنثى، معيارا لتحديد الجنس عملا بسنة رسول الله.

هذا و استطرد الحكم قائلا أن الفقهاء الغربيون إختلفوا حول معيار الجنس الواجب إعتماده، فبرزت لديهم معايير ثلاثة هي :

1- المعيار المرفولوجي : أنه لا يمكن تغيير الجنس إلا في حالة الإلتباس الحاصل في الأجهزة التناسلية، أو وجود غموض في المظاهر الخارجية للمعني بالأمر.

2- المعيار النفساني الإجتماعي : الذي يعيب على الأول عدم إلتفاته للأمراض النفسية للخنثى، و لذلك فهو يطلب الرغبة الشخصية للمعني بالأمر في الإنتماء إلى أي الجنسين إذ يبحث في تصرفاته الذاتية الداخلية، دون الإلتفات إلى مظاهره الخارجية و طبيعة الأجهزة التناسلية لديه.

3- المعيار البيولوجي : الذي يمثل إفرزا لما توصل إليه علم الطب الحديث، إذ يعتمد التحاليل البيولوجية لضبط جنس الشخص، بناء على مميزاته الوراثية، و ذلك بواسطة أهل الخبرة.

هذا و ذهبت المحكمة في تقييمها للمعايير السابقة بالقول :
حيث أن المعيار المرفولوجي غير فاصل للنزاع في قضية الحال لعدم إكتمال المظاهر الخارجية للمقام في حقها و وجود جهاز التناسل لديها و يتعذر بالتالي إعتماده.

و حيث أن المعيار النفساني الإجتماعي يشجع على التخثث الإصطناعي، إضافة إلى أن معالجته للأمراض النفسية غير ثابت... إضافة إلى أنه يسمح بالتصرف في الجسم البشري لكونه يمكن الشخص من تغيير جنسه كيف و متى شاء، و هو يتنافى و القانون و الشريعة الإسلامية، و يتعذر على المحكمة إعتماده.

حيث يوفر المعيار البيولوجي لرجل القانون الحل الموضوعي و الدقيق، فلا هو ضيقا كالمعيار المرفولوجي و لا واسعا لحد التميع كالمعيار النفساني و الإجتماعي، و بناء على ذلك ترى المحكمة من الوجيه الأخذ بالكشوف الطبية المدلى بها من طرف نائب المدعي و التي تثبت إنتماء المقام في حقها لجنس الذكور حسب خصائصها الوراثية. و استطرقت المحكمة قائلة حيث و لزيادة التأكد من ذلك تم عرض المعنية بالأمر على الطبيب المختص الذي أثبت أن الخطأ في التتصيص على جنس المولود نتج عن وضعية يكتنفها الغموض، غير أنه وضح وراثيا للمعنية بالأمر المقومات الأساسية و الطبيعية لجنس الذكور رغم اللبس الحاصل عند ولادتها نتيجة غموض في أجهزتها التناسلية مفترضا بالتتصيص على ذلك بدفاترها المدنية بإعتبارها الحل الأسلم نتيجة إصابة المعنية بمرض خنثى الذكر.

و حيث يتضح من أوراق الملف و خاصة من نتيجة الكشوف الطبية، أن غموض جنس المقام في حقها لم يكن بفعل فاعل، و لا بصورة إصطناعية مثلما يحدث بالمجتمعات الغربية من عمليات جراحية أو تناول لمواد كيميائية، بل أنه أمر طبيعي ليس فيه أي مخالفة لمقتضيات القانون الجنائي أو الديانات السماوية، و هو إن كان أمرا نادرا فإنه إذا ما حدث يجعل من طلب تغيير جنس المعني بالأمر بدفاتر الحالة المدنية أمر شرعي، لكون مقومات الجنس المرغوب فيه متوفرة وراثيا لديه و أضحي من الحتمي إستنتاج النتائج المدنية من خروج المعنية بالأمر من جنس الإناث إلى جنس الذكور.

حيث خلق سبحانه و تعالى بني آدم ذكورا و إناثا كما قال في محكم كتابه الكريم : ﴿ و بث منهما رجالا كثيرا و نساء ﴾ ، ﴿ و يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء ذكورا ﴾ ، و يبين حكم ميراث الذكر و حكم ميراث الأنثى، و لم يبين حكم شخص هو ذكر و أنثى فعرفنا أنه لا يجمع الصفات في شخص واحد.

و انتهت المحكمة إلى قبول الدعوى و تغيير إسم البنت من إسم أميرة إلى إسم أمير و ذلك كإصلاح جنس المولود في المواد المخصصة له، و ذلك بالتتصيص على أن جنس المولود ذكر لا أنثى و الإذن بالتتصيص على ذلك بدفاتر الحالة المدنية، و قد أثار هذا الحكم نقاشا حول مدى إمكانية قبول القضاء التونسي بعمليات تغيير الجنس. فذهب جانب من الفقه التونسي إلى القول بأن القضاء التونسي قبل بتغيير الجنس الذي وقع تسجيله في دفاتر الحالة المدنية عند الولادة، و كأنه بذلك أقر عملية تغيير الجنس من الناحية الطبية و مع إقرارها بحق الشخص في تغيير جنسه إلا أنها وضعت شرطا أساسيا لقبول هذه العملية ألا و هو أن تكون عملية التغيير قد فرضتها أسباب خارجة عن نطاق إرادة الشخص، و تتمثل هذه الأسباب في وجود لبس حول حقيقة الجنس، و بذلك يتضح من خلال حيثيات هذا الحكم، أنه لا يمكن قبول تغيير الجنس الذي يكون بالإنتقال من جنس معين مخالف لمجرد رغبة الشخص في ذلك الإنتقال.

فالقضاء التونسي في الحكم السابق قد حصر حالة تغيير الجنس في الصورة التي يوجد فيها تناقض بين الجنس القانوني (المذكور في دفاتر الحالة المدنية) و الجنس البيولوجي و الذي يعتمد الخصائص الوراثية للشخص، مستبعدة في ذلك اعتماد أي معيار آخر غير المعيار البيولوجي، و هي ترفض بالخصوص المعيار النفساني (بناء على شعور الشخص) و المرفولوجي (المستند على المظاهر الخارجية) .

هذا و يتبين من هذا القضاء أيضا أن المحكمة إستجابت إلى طلب تغيير الجنس إقتناعا منها بضرورة إقرار موازنة بين الوقائع البيولوجية للشخص و واقعه القانوني إلا أنها و نظرا لأسباب دينية و قانونية قد جعلت من هذا التغيير خاصا بحالة وحيدة، و هي صورة وجود لبس حول حقيقة الجنس، و لم تكتف المحكمة بجعل التغيير صورة استثنائية، بل أقرت كذلك المعيار الذي يجب إعتماده لرفع هذا اللبس و قد فضلت المعيار البيولوجي و إعتبرته المعيار الوحيد الذي يمكن إعتماده للفصل في حقيقة الجنس⁽³²⁾.

ثالثا : القضاء المصري.

القضاء المصري كان له أيضا السبق للنظر في قضايا من هذا النوع و التي من بينها قضية تتلخص وقائعها في : أن طالب بجامعة الأزهر يدعى " سيد محمد عبد الله " كان يصدر منه تصرفات غير طبيعية وضحت على مظهره الخارجي، تشتمل في محاولة التشبه بالجنس الآخر (الأنثوي) من حيث وضعه لمساحيق تجميل على وجهه و شفثيه و إرتدائه ملابس النساء و الكماليات من أقراط و خلائف من الأمور الخاصة بالنساء⁽³³⁾، الأمر الذي أدى بعميد كلية الطب (بنين) جامعة الأزهر بإصدار قرار بوقف الطالب المذكور عن مواصلة الدراسة بالكلية، و منعه من دخولها، و تشكيل لجنة طبية للكشف على الطالب المذكور، و ذلك لتقدير حالته، و بيان ما إذا كانت قد أجريت له عملية جراحية لتغيير نوعه و طبيعة هذه العملية، و مدى ما أحدثته من تغييرات، و هل كان ثمة داع لإجراء العملية المذكورة، و ما استجد في حالته من قيامه بتحويل نفسه من ذكر إلى أنثى ؟ و على هذا أجري التحقيق على " سالي " من الجانب النفسي.

(32) لكن القضاء التونسي رفض في قرار لاحق بتاريخ 1992/05/02 تحت رقم 5984، الإعتراف بتغيير جنس شخص يدعى سامي الذي أجرى عملية جراحية بإسبانيا سنة 1989، و تقدم للقضاء لتغيير حالته المدنية بحجة أن هذه العملية المدنية من شأنها أن لا تغير إلا المظاهر الخارجية للجنس المقابل مع بقاء المكونات البيولوجية للجنس الأصلي و وصفت هذا التصرف بالشدوذ اللاأخلاقي. لمزيد من التفصيل أنظر،

Abdelhafid Oussoukine, le Droit à l'épreuve..., OP. Cit, P. 60-62.

(33) أنظر، احمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإباحة، دار النهضة العربية، سنة 1996، ص.84.

1- الجانب النفسي :

قامت اللجنة الطبية بإستدعاء الدكتور عادل صادق - أستاذ الطب النفسي - بكلية الطب جامعة عين شمس، و ذلك بإعتباره أحد أخصائي الطب النفسي في مصر، حيث قام بمناقشة الطيبية (س) و الإخصائية النفسية و التي كانت تباشر الحالة النفسية للطالب المذكور، و قد أفرزت المناقشة بينهما عن النتائج التالية :

- أن الطيبية المذكورة أعلاه قد قامت بإجراء إختبارات نفسية للطالب المذكور لتحديد الصورة النفسية المتكاملة للمريض.

- قامت بإتخاذ خطوات قبل إصدار قرارها بالموافقة على إجراء التدخل الجراحي لتحويل الطالب إلى أنثى حيث أجرت أولا - جلسات - إستمرت لمدة عام كامل في محاولة لكي يعيش الطالب المذكور حياة رجل و ذلك نظرا لتكوينه الجسماني و بعد تيقنها من فشل هذه الجلسات، حيث أصيب بحالات إكتئاب نفسي، الأمر الذي أدى بقبول معاشته كامرأة، و قامت بإعطائه عقاقير لعلاج حالة الإكتئاب التي يمر بها.

- إن الآلام النفسية التي عايشها الطالب المذكور نتيجة لحالة Transsexualité ، و أن علاجه و تخليصه من هذه الآلام النفسية يتلخص في حل واحد هو إجرائه العملية الجراحية.

- قامت الطيبية (س) بإتخاذ قرار إجراء العملية في عام 1985 بمفردها، و قد أشارت على الجراح بذلك بعد أن قررت له أن الحالة ميؤوس منها بالنسبة للعلاج النفسي، و أن علاجه يتلخص في حل واحد و هو إجراء العملية.

- قررت أن قرارها المذكور جاء بعد إتخاذ الخطوات العملية الواجب إتباعها في مثل هذه الحالات.

- قررت أيضا أن هناك حالتان متشابهتان للحالة المعروضة، أجري عليهما علاج نفسي، وإحداها قد تقرر إجراء جراحة لها بمستشفى العباسية بعد إجراء علاج نفسي لها.

هذا و بسؤال الطبيب الجراح (ع) الذي قام بإجراء العملية الجراحية لإزالة مظاهر الذكورة و إعادته لحالة الأنوثة صرح أنه أجرى العملية إعتقادا على تقرير الطيبية (س) و ذلك لتيقنه من أنها تتابع حالة المريض منذ عام 1980، و أنها أخصائية طب النفس، و لا يستطيع أن يشك في قدرتها، حيث أنها تعمل رئيسة لقسم الطب النفسي بمستشفى " منشية البكرى "، و زيادة في الإحتياط فقد أخذ رأي أخصائي آخر في الطب النفسي هو الطبيب (هـ). و هذه المناقشات الطبية أدت إلى نتائج هامة نتعرض لها من خلال مناقشة قرار هيئة التأديب في النقطة الموالية.

2- قرار مجلس تأديب الطلاب بكلية الطب (بنين) بالأزهر :

إستنادا إلى التقارير الطبية التي وضعتها تلك اللجنة الطبية بعد إجراء العملية الجراحية للطالب المذكور أن نتائج هذه التقارير في جملتها تتلخص في الآتي :

- أنه تبين من الفحص الظاهري أن الأعضاء التناسلية الذكورية للطالب كاملة من حيث الحجم و التكوين.

- عدم وجود أي إشتباه بالإختلاط بالجنس الآخر.
- بينت الأشعة بالموجات فوق الصوتية وجود غدة البروستاتا كاملة الحجم و التكوين وعدم وجود رحم أو مبيض.
- أن تضخم ثدي الطالب يرجع إلى أنه تناول هرمونات الأنوثة لمدة طويلة و إزاء ما تقدم، فإنه ثبت لمجلس التأديب أن الطبيب (س) قد أجرى العملية الجراحية للطالب المذكور دون موجب طبي لها، و أنها تخالف أصول المهنة، و تعاليم الدين الإسلامي الحنيف.
- حيث أن الطالب كان كامل الذكورة و لم يوجد أدنى شك في إختلاط جنسه بالجنس الآخر، الأمر الذي أدى لإجرائه العملية التي أفقدته رجولته، فلا بقي ذكر و لا أصبح أنثى. وأكد الأطباء أنه كان يجب التركيز على العلاج النفسي مع التوقف عن تعاطي الهرمونات الأنثوية.
- و بهذا قرر المجلس في جلسته المنعقدة بتاريخ 07-06-1988 بعد المداولة و إجماع الآراء، و بعد الإطلاع على الأوراق و التقارير، فصل الطالب نهائيا من كلية طب الأزهر.

3- الإجراءات القضائية :

طعن الطالب في قرار فصله أمام محكمة القضاء الإداري مطالبا وقف تنفيذ القرار و إلغائه، فرفضت المحكمة الطلب مستندة إلى الأسباب المذكورة أعلاه (التي إعتد عليها مجلس التأديب لفصله).

قام الطالب بإستئناف الحكم بمحكمة إستئناف القاهرة و قضت بجلستها المنعقدة بتاريخ 02-07-1991: " بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر عن كلية طب الأزهر بنين بفصل الطالب (س) لوقوعه على غير محل، و رفض ما عدا ذلك من طلبات و ألزمت المدعية جامعة الأزهر المصروفات بينها ". و إستندت المحكمة في قضائها إلى الأسباب التالية :

أن قرار جامعة الأزهر جاء مخالف لأحكام القانون رقم 103 لسنة 1961 بشأن إعادة تنظيم الأزهر و الهيئات التي يشملها، و لائحته التنفيذية الصادرة بقرار رئيس الجمهورية، رقم 250 لسنة 1975.

حيث أن الطالب المذكور قد أجريت له جراحة تحول على إثرها إلى أنثى، رغم عدم وجود رحم أو مبيض، و أنه غير حالته المدنية بشهادة صادرة في 11-05-1988، بإعادة قيد إسمه بإسم أنثوى (س) و تغيير من نوعه إلى أنثى، رغم عدم وجود رحم أو مبيض، حسبما هو ثابت من الأوراق أن الطالب المذكور قد قام بتغيير حالته المدنية بإصدار صورة قيد ميلاد بإسمه الجديد في 06-12-1988، كما أصدرت المصلحة المدنية بطاقة شخصية من مكتب مدني المطرية بمحافظة القاهرة بتاريخ 25-09-1988 بإسمه الجديد (س) و هي جميعها شهادات رسمية تكشف تغيير الطالب المذكور لجنسه كذكر بعد إجراء العملية الجراحية، و هي مستندات لها حجيتها، و يتعين الإعتماد عليها في مسائل الأحوال المدنية.

و من ناحية أخرى، فقد غير الحالة الإجتماعية له بما يتناسب و وضعه الجديد بإعتباره أنثى و ليس ذكرا، حيث حصل على شهادة ميلاد تحمل إسمه الجديد

(سالي)، بل و أكثر من ذلك فقد أعلنت سالي أنها قد تزوجت بإعتبارها أنثى و كون أنها غير قادرة على الإنجاب لعدم وجود رحم لها، فإن ذلك لا يمثل عائقا لها، حيث أن ملايين من النساء غير قادرات على الإنجاب، و أن ذلك لا يغير من طبيعتهن أنهن نساء.

و هكذا انتهت قضية سالي و انتهت تفاصيلها بالإعتراف لها -قانونا- بوضعها الجديد بإعتبارها أنثى و ما ترتب على ذلك من آثار إجتماعية و قانونية و دينية⁽³⁴⁾. و من خلال حيثيات هذا الحكم يتبين أن الطالب (س) كان كامل الذكورة من الناحية العضوية و لكنه طبقا لتقارير الطب الشرعي، كان يعاني من حالة نفسية و هي تحول جنسي نفسي، لم يجد معها العلاج النفسي و الأدوية. حيث أنه من المعروف علميا أن العلاج النفسي لهذه الحالة المرضية عادة لا يجدي نفعا بعد سن البلوغ، و أن التدخل الجراحي التحويلي هو الحل الأوحد في مثل هذه الحالة. حيث أن المريض أنثى من الناحية النفسية و غير صالح لحياة الذكورة، و بهذا يكون القضاء المصري أخذ بالمعيار النفساني الإجتماعي لتحديد الجنس، و عليه سمح للطالب أن يغير جنسه من ذكر إلى أنثى بعد إجراء عملية جراحية لمجرد رغبة الشخص في ذلك التغيير.

4- التحقيق الجنائي :

من بين الإجراءات التي تمت في هذه القضية هي إحالة الملف على النيابة العامة لإجراء تحقيق مع الطبيب(ع) الذي أجرى العملية الجراحية للطالب (س) و وجهت له تهمة إحداث عاهة مستديمة للطالب المذكور.

و لكن تقرير الطب الشرعي السابق بين الحالة النفسية للطالب، و بذلك برأ ساحة الطبيب، حيث شهد بأنه لم يتم بإجراء العملية الجراحية إلا بعد الإطلاع على تقارير الأطباء النفسانيين، و أنه لا توجد من الناحية الفنية ما يمكن نسبته من خطأ مهني إلى الطبيب، و لم تتخلف لدى المذكور أية عاهة مستديمة، و أنه يعتبر بعد إجراء هذه العملية أنثى رغم عدم وجود رحم و مبيض أو حدوث دورة شهرية. أخذت النيابة العامة بهذا التقرير و قررت استبعاد شبهة جنائية بالنسبة للطبيب، و تم قيد القضية و حفظها إداريا، و إعتد النائب العام هذا القرار⁽³⁵⁾.

و بهذا يمكن القول أن مصر هي أول بلد إسلامي يسمح بهذا النوع من العمليات معتمدا على المعيار النفساني.

بعد ما تعرفنا على عمليات تغيير الجنس، لا بد من البحث عن مدى مشروعية إجراء مثل هذه العمليات الجراحية وحدود مسؤولية الطبيب عنها في المطلب الموالي.

(34) أنظر، مروت نصر الدين، الحماية الجنائية...، المرجع السابق، ص. 464-465.

(35) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 70.

المطلب الثاني

مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس و مسؤولية الطبيب عنها.

تثير عمليات تغيير الجنس مشاكلًا على قدر كبير من الأهمية سواء من الناحية الجنائية أو المدنية. فمن الناحية الجنائية تبرر مشكلة عدم وضوح قصد العلاج على نحو تام، ومرد ذلك الغموض الذي يكتنف هذا المرض وأسبابه وأساليب علاجه، وهذا يفسر لنا تباين الحلول التي أخذت بها الأنظمة القانونية المتشابهة بخصوص هذه المشكلة. وهذا ما أدى إلى ظهور اتجاهين مختلفين حول حكم مسألة تغيير الجنس، ولهذا لا بد من معرفة الإتجاه الذي أجاز هذا النوع من العمليات (الفرع الأول)، و الإتجاه الذي منعها (الفرع الثاني)، و نتعرض لموقف المشرع الجزائري منها لإمكان تحديد المسؤولية الجنائية للطبيب عنها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإتجاه القائل بإباحة عمليات تغيير الجنس.

إتجه بعض الفقه إلى إباحة عمليات تغيير الجنس مستندا في رأيه إلى الرغبة في تحقيق العلاج المبتغى من ورائه على أن تتوافر شروط:

- أن تجرى العملية بعناية و مهارة معقولتين.
- أن يكون هناك ما يدعو إلى الإعتداء بضرورة إجراء العملية، بالنظر إلى الحالة الصحية للشخص لحظة إجراء العملية، و إلى جميع الظروف الأخرى المحيطة به.
- أن يكون المريض في حالة نفسية سيئة، بحيث تكون العملية الجراحية هي الوسيلة الوحيدة للقضاء على الإضطرابات النفسية التي يعاني منها بالإضافة إلى ضرورة الحصول على رضائه الحر و المتبصر، و يقع على عاتق الطبيب مهمة تقدير العلاج الملائم لحالة المريض. و يسوي الفقه بين قصد العلاج سواء من الناحية الفيسيولوجية أو السيكلوجية، فالصحة البدنية و النفسية وجهان لعملة واحدة. كما يعاقب الطبيب الذي يمارس هذه العمليات، بدون أدنى ضرورة علاجية⁽³⁶⁾.

و لقد إتجه بعض من الفقه إلى القول بمشروعية هذه العملية، إذا كان لها غرض علاج حقيقي مؤداه تحسين أكيد في صحة المريض، و يذهب جانب منه إلى القول بضرورة الحصول على إذن من الطبيب الشرعي قبل إجراء العملية لتجنب أي غش أو تحاليل، و أن يفهم قصد العلاج في إطار الضرورة الحقيقية.

(36) أنظر، مروه نصر الدين، الحماية الجنائية ...، المرجع السابق، ص. 442-443.

كما أنه ظهر الإختلاف في الإجتهد الفرنسي الذي عدل عن موقفه الراض لهذه العمليات و إعترف بها و أيدته المحاكم⁽³⁷⁾.

و هذا من خلال القضية التي عرضت على محكمة تولوز 1976 و قضت فيها بصحة طلب التعديل و إعترفت صراحة بإمكانية التغيير بشروط⁽³⁸⁾.

1- لا بد من إجراء فحص طبي دقيق و طويل المدة :
و قد عللت المحاكم هذا الشرط بأسباب نفسية لصيقة بطبيعة الشخص المقبل على التغيير و التي تختلف إختلافا واضحا من شخص لآخر، لأن ذلك غالبا ما يؤكد على أن الشخص موضع الإعتبار قد صرف النظر نهائيا عن حالته الجنسية الأصلية، و أنه فضلا عن ذلك قد قطع كل رغبة له في البقاء على جنسه الطبيعي و مقتنع إقتناعا باتا على أنه رجل في جسم امرأة. و من تم فالقيام بذلك الإجراء مع إنتفاء هذا الشرط قد يجعل الشخص نادما على تغيير جنسه إذ قد يكون، و هو مقبل عليه في حالة نفسية مكتتبة عابرة أزالت عقله مما يؤثر على تصرفه هذا. و هذه نتيجة غير مرغوب فيها و يجب السعي دائما إلى تلافئها.

2- أن التغيير لا يسري مفعوله من الناحية القانونية إلا في المستقبل :
يترتب على الإعتراف القضائي بالتغيير الجنسي أن يصبح الشخص أجنبيا عن جنسه السابق من جميع النواحي و بالنسبة لكافة الأغراض، فلا يتمتع مستقبلا بالحقوق الخاصة بجنسه السابق، و لا يكلف بالواجبات التي كانت مفروضة عليه لإنتمائه لذلك الجنس، و إنما تطبق بالنسبة له كافة الأحكام الخاصة و المتعلقة بحالته المدنية الجديدة. غير أن تطبيق هذه الأحكام بأثر رجعي يتنافى و مصالح الغير الذي تعمل معه قبل التعديل لذا تقضي قواعد العدالة كما يقضي إحترام الحقوق المكتسبة بالأ تسري هذه الآثار إلا من تاريخ الإعتراف القضائي فلا تشمل حقوق الشخص و واجباته في الماضي. و من تم، فإن جميع العقود التي أبرمها الشخص قبل الإعتراف و كذلك كافة التصرفات التي قام بها و الدعاوى التي رفعت عليه لا تتأثر بهذا الإعتراف بل تظل خاضعة للقانون الذي يحكمها وفق حالته المدنية السابقة. و بهذا لا يستطيع الشخص أن يتخلص من إلتزاماته إعتقادا على أن حالته المدنية الجديدة تعفيه منها⁽³⁹⁾.

كما أباح بعض الفقه الفرنسي، تغيير الجنس إذا تم بعملية جراحية أجريت على شخص كانت كل مظاهر حياته النفسية، تدل على أنه من جنس آخر غير الجنس الذي تدل عليه أعضائه التناسلية، و برروا رأيهم هذا بأن تغيير جنس مثل هذا الشخص سوف يترتب عليه تلاؤم و إنسجام بين جنسه و بين مظاهر حياته النفسية، و قالوا أن مثل هذه العملية الجراحية تكون إضطرارية لا دخل لإرادة الشخص فيها، و من

(37) أن 18 من بين 21 محكمة التي عرضت عليها هذه المسألة قد إعترفت بتغيير الجنس، و 06 من 10 غرف

إستئناف قد إعترفت به، راجع تشوار جيلالي المرجع السابق، الهامش 02، ص.24.

(38) أنظر، محكمة تولوز، 1976/01/29، الدالوز، 1976، فهرس 61.

(39) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.24-25.

شأنها أن تعيد التوازن الجسمي و الروحي لدى هذا الشخص⁽⁴⁰⁾، بمعنى أنه أخذ بنظرية الضرورة، فأى عمل جراحي إذا لم يتوافر له ضرورة علاجية، فإنه يتجرد من المشروعية حتى و لو كان بناء على رضا صاحب المصلحة، و ذلك رعاية لسلامة جسم الإنسان.

كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان أصدرت أربع قرارات أيدت بمقتضاها عمليات تغيير الجنس من خلال المبادئ المذكورة في المادتين 8 و 12 من الإتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان و التي تنص على احترام الحياة الخاصة و الحق في الزواج و تكوين أسرة⁽⁴¹⁾.

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بتحريم عمليات تغيير

الجنس.

الشريعة الإسلامية إعتبرت هذا النوع من الجراحة محرماً شرعاً، لأن فيه كشف كل من الرجل و المرأة عن موضع العورة. و قياساً على أن الخشاء لا يحل و غير جائز لأن فيه تغيير لشيء من مهمة العضو، فالأولى و الأحرى تحريم التغيير الكامل⁽⁴²⁾، و كل هذا حفاظاً على أنوثة المرأة و رجولة الرجل، و بذلك فلا يتمنى الرجل أن يكون امرأة و لا امرأة أن تكون رجلاً لقوله تعالى ﴿ فلن تجد لسنة الله تبديلاً، و لن تجد لسنة الله تحويلاً ﴾⁽⁴³⁾.

و في هذا الصدد نذكر قضية المرأة الكويتية التي تعتبر كاملة الأنوثة تميل سلوكياتها الإرادية للرجال، سافرت الى خارج الكويت و أجرت عملية جراحية إذ تم عمل ما يشبه عضو الذكر لها، و لكن لم يستأصل حتى الآن الصدر و لا الرحم، و لا زالت الأعضاء التناسلية الأنثوية موجودة و تأتيها العادة الشهرية و قد وعداها الطبيب بإستكمال كل شيء. و قد أجابت اللجنة التي عرضت عليها هذه المسألة بأنها متشبهة بالرجال لأنها كاملة الأنوثة، و أن العملية الجراحية لا تخرجها عن كونها أنثى، و إقدام الطبيب على مثل هذا العمل يعتبر جريمة⁽⁴⁴⁾.

و على هذا الأساس إتجه بعض الفقهاء إلى تحريم عمليات تغيير الجنس سواء من الناحية المدنية أو الجنائية. فمن الناحية الجنائية، لا يتوافر قصد العلاج في هذا النوع

⁽⁴⁰⁾ أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.266.

⁽⁴¹⁾ C.f, Abdelhafid Oussoukine, l'Etique ..., OP. Cit, P.208.

⁽⁴²⁾ أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.201-202.

⁽⁴³⁾ سورة فاطر، آية 43.

⁽⁴⁴⁾ أنظر، نعوم مراد، مقال عن بعض الأعمال الطبية و الجراحة المستحدثة، ألقى في المنتدى الدولي الأول حول المسؤولية الطبية، ص.06.

من العمليات الجراحية، و لهذا يوقع جزاء في حالة القيام بها، أما مدنيا فيبطل كل اتفاق يترتب عليه إنقاص خطير و مستديم بسلامة الجسم. أما الفقه الفرنسي، فمنذ البداية كان يجيز هذا النوع من العمليات الجراحية مستندا إلى نظرية الضرورة. و لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الرأي في حكم حديث لها بتاريخ 21-05-1990، كما أنها رفضت تفسير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، و قالت : " أن المادة 8-1 من الإتفاقية الأوروبية الخاصة بحقوق الإنسان السابقة الذكر لا تفيد إباحة تغيير الجنس"، و محكمة النقض على حق في ذلك، لأن حق الإنسان بأن تحترم حياته الخاصة و العائلية، لا يعني مطلقا حقه في تغيير جنسه، بل هذا حق له كفرد، لا كعضو في المجتمع. كما أن نص المادة 12 من الإتفاقية لا يفيد مطلقا تغيير الجنس لنفس الإعتبار، أي أن الحق في الزواج و في تكوين أسرة، حق فردي للإنسان لا علاقة له بالمجتمع⁽⁴⁵⁾.

و أنه تحت تأثير إجتهدات قضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، عدلت محكمة النقض عن موقفها بقرار مقدم من طرف غرف محكمة النقض مجتمعة (Assemblée Plénière) في 11-12-1992 سمحت لبعض الأشخاص بتغيير صفاتهم و جنسهم بهدف علاجي أي تبعا لمعالجة طبية-جراحية عندما يكون هذا الشخص لا يملك على الإطلاق جميع خصائص جنسه الأصلي، و له مظهر جسدي يقربه من الجنس الآخر و الذي يتطابق مع تصرفه الإجتماعي، فالإعتراف الطبي و تحقق جراحة تغيير الجنس تفرض على ضابط الحالة المدنية أن يغير الإشارة المرتبطة بالنوع البشري⁽⁴⁶⁾.

كما أن الفتوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية أجازت إجراء جراحة الأعضاء التناسلية للجنس الذي سيتم التحويل إليه لغرض علاجي، تداويا من علة جسدية. أما إذا كان لمجرد الرغبة في تغيير نوع الإنسان من امرأة إلى رجل و العكس فهو غير جائز.

الفـرـع الثالث

موقف المشرع الجزائري و مسؤولية الطبيب عن عمليات تغيير الجنس.

أولا : موقف المشرع الجزائري.

في البداية نشير إلى أن الفقه الإسلامي المعاصر إنتهى إلى أن جراحة تحويل الرجل إلى امرأة و بالعكس جائزة للضرورة، لإبراز ما إستقر من أعضاء الذكورة أو من الأنوثة المغمورة أو المطمورة، بل إنه يصير واجبا، بوصفه علاجا للمخنثين من الرجال و المترجلات من النساء، متى نصح بذلك الطبيب الشرعي المختص.

(45) C.f, Cour de cassation Civ., 21/05/1990, D. 1990, P. 139.

(46) C.f, Dalloz, 2002, N°02, note de Laurance Mauger-Vielpeau, P.127.

أما إذا كانت جراحة تحويل الرجل إلى امرأة أو العكس، لمجرد الرغبة إلى تغيير نوع الجنس، و دون دواع جسدية صريحة و واضحة، فهذا حرام شرعا، و يترتب على ممارسة مثل هذه العمليات الجراحية مسؤولية الطبيب الجنائية، لما رواه البخاري عن أنس قوله : " لعن رسول الله صلى الله عليه و سلم المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء " (47).

إذا رجعنا إلى تشريعنا، و بحثنا في مجموعات القوانين الجزائرية، نلاحظ أنه لا وجود لنصوص بشأن تغيير الجنس و المسائل التي يثيرها و لذلك يعمل بالقواعد العامة في هذا الصدد.

و في اعتقادنا أن موقف القانون الجزائري لا يخرج عن ما ذكر أعلاه، و ذلك إستنادا إلى أن المواطن الجزائري عضو في مجتمعه، و من تم فإنه مقيد في حرية التصرف في جسمه، متى كان هذا التصرف يمس المجتمع الجزائري الذي يعيش فيه و تغيير الشخص لجنسه من ذكر إلى أنثى أو بالعكس يمس المجتمع الجزائري و يمس بقيمه الدينية و الأخلاقية و القانونية، فضلا عن مخالفته لقوانين الجمهورية، فمثلا قانون الأسرة يشترط أن يختلف الزوجان جنسا فنص في المادة 4 منه على مايلي:

" الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ..."، فإذا كان الطرفين من جنس واحد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا من جهة، و من جهة ثانية فإن قواعد الميراث في القانون الجزائري تجعل للذكر حظ الأنثيين، فإذا أبيض للأنثى أن تغير جنسها إلى ذكر، إختل نظام الميراث على أساسه، إضافة إلى أن اللجوء إلى عمليات تغيير الجنس فيه مخالفة لحكم الله الذي يقول : ﴿ يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء ذكورا ﴾.

كما أن تغيير الجنس يخل بنظام الحالة المدنية، ذلك أن الشخص الذي سجل في دفاتر الحالة المدنية على أنه أنثى ثم تغير لذكر فكيف يكون نظام تسجيله الجديد، و مامصير التسجيل القديم، وهنا يخل نظام التسجيل في الحالة المدنية.

و من هذا المنطلق، و من خلال هذه الحقائق نستطيع أن نتمسك بدون ريب بوجود تطبيق القانون بصرامة متى عرض المشكل على القضاء الجزائري و يكتفي لرد طلب المغير لجنسه في هذا الإطار، أن يوجه له مبدأ عدم المساس بجنسه بحيث يجب على كل شخص أن يعيش مثلما صنعه الله جل جلاله إذ أن المستحسن من الواجهة الطبية و البيولوجية ليس هو المستحسن من الواجهة التشريعية، و لا يجوز للقاضي تحت ستار الإستحسان الطبي أن يحل محل المشرع و يقضي على أساس ما يجب أن يكون التشريع بل عليه أن يقضي وفقا لأحكام القانون (48).

بالإضافة إلى أن الإنسان عضو في المجتمع فإنه مقيد في حرته، في التصرف في جسمه، متى كان هذا التصرف يمس المجتمع الذي يعيش فيه و من تم لا ينبغي أن يباح تغيير الجنس لكونه يضر بمصلحة المجتمع، و يشيع الإضطراب في نظمه من جهة، و من جهة أخرى لضرورة ثبات الجنس و دوامه و إستقراره على ما كان عليه يوم

(47) أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 51.

(48) أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 44.

ميلاد الطفل و تسجيله في سجلات الحالة المدنية، إلا إذا تعلق الأمر بالخنثى الذي تتوفر لديه أعضاء الذكورة والأنوثة معا، وسجل في الحالة المدنية كذكر أو كأنتى، فلا جناح عليه إذا ما أجرى على نفسه فيما بعد عملية إستئصال عضو الذكورة أو عضو الأنوثة لديه، فأصبح أنثى أو ذكر بحسب الأحوال بعد أن كان خنثى مشكل. في هذه الحالة مثل هذا الشخص لن يغير جنسه، وإنما حدده تحديد نهائيا بعد أن كان مشكوك فيه، وأوضحه بعد أن كان مبهما وغامضا، فلا ضير عليه أن طلب تغيير جنسه المسجل في الحالة المدنية، ولا يجوز أن يرفض طلبه لتوافر حالة الضرورة⁽⁴⁹⁾.

ثانيا : المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات تغيير الجنس.

لقد بسط القانون حمايته على جسم الإنسان وجعل له حرمة، واتخذ موقفا واضحا في نص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب جاء فيها :

" لايجوز إجراء عملية بتر أو إستئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو إستحالة إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقه " .

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى حماية على أعضاء جسم الإنسان ومنها تغيير الشخص لجنسه، وبهذا قرر مسؤولية الطبيب عن كل عملية جراحية يجريها على أعضاء الجسم دونما ضرورة طبية، وتكون مسؤوليته الجنائية عمدية وفقا للقواعد القانونية العامة طبقا لما يفرض إليه فعله من نتائج ضارة ويمكن أن نتمسك في هذا الصدد بتطبيق قانون العقوبات :

1/ المادة 264 من القانون العقوبات التي جاء فيها :

" كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي يعاقب..... وإذا ترتب عن أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد أبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات...".

ومن خلال هذه المادة يعتبر القانون الطبيب مسؤولا لإرتكابه عمدا جنائية الضرب والجرح العمدي التي نتج عنها بتر أحد الأعضاء لتغيير منظره الخارجي، وذلك كإستئصاله لأعضائه التناسلية الذكرية وإستبدالها بأعضاء تناسلية أنثوية أو العكس.

و الطبيب القائم بهذه العملية لا يحق له أن يدافع عن نفسه بموجب المادة 39 من قانون العقوبات حتى يعفى من المسؤولية الجنائية، وذلك حتى ولو كان المريض في حالة نفسية خطيرة لأنه لا يمكن الأخذ بعين الإعتبار ما يسمى بحالة الضرورة، كما أن هذا الفعل لا يأمر أو يأذن به القانون، حتى ولو قام بعمله هذا بناء على رضاء المريض ورغبته ورجائه .

⁽⁴⁹⁾ أنظر، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 265-266.

ولا يكون برضاء الشخص بإعتباره باطلا أي أثر على عدم شرعية هذه العملية، لكون جسم الإنسان ذاته يخرج عن التصرف الحر للشخص.
2/ المادة 274 من قانون العقوبات التي جاء فيها :
" كل من ارتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد، ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة ".
وهنا يمكن القول أن عملية تغيير الجنس تشبه جريمة الخصاء المنصوص عليها في

المادة 274 السابق ذكرها، والتي توضح أن هذه الجريمة هي من جرائم الإيذاء العمدية ومحلها الحق في سلامة الجسم والإعتداء فيها واقع على العنصر الأول من عناصر الحق في سلامة الجسم المتمثل في عدم سير الوظائف الحيوية لأعضاء جسم الإنسان على النحو الطبيعي، لأن الأمر هنا يتعلق بإستئصال أو بتر إرادي لعضو ما ضروري للنسل، بالإضافة إلى ذلك القانون لم يفرق ما إذا كان الأمر متعلق بالرجل أو المرأة لأن مرتكب هذه الجريمة يسلب عمدا شخصيته وسيلة الإنجاب وهي عاهة مستديمة، بالرغم من أن ذلك ليس هو الهدف المتبع من طرف الجراح، وبهذا لا يمكن للطبيب أن يعفى من المسؤولية الجنائية.

3/ الخطأ في التشخيص :

باعتبار أن حالة الخنثى هي الحالة الوحيدة التي أجاز فيها فقهاء القانون إجراء الجراحة العلاجية، للتمكن من تحديد جنس الإنسان نهائيا. فعلى الطبيب المقبل على هذه الجراحة أن يتأكد من أن هذا الشخص يحمل مواصفات الخنثى، أي لديه أعضاء مزدوجة ذكورية و أنثوية.

هذا الأمر يتطلب من الطبيب إجراء جميع الفحوصات الضرورية من أشعة و تحاليل و غيرها حتى يستطيع تشخيص حالته الجنسية لتحديد الجنس الأرجح عنده⁽⁵⁰⁾.
و بما أن هناك نوعان من الخنثى كما سبق توضيحه، فإن الحالة التي تحتاج إلى دقة في التعامل معها هي الخنثى الكاذبة، لا سيما و أن الطبيب قد يقع في لبس أثناء فحصه مما يصعب عليه تحديد الجنس الحقيقي له، أو قد يخطأ و يؤكد أن الجنس الراجح هو ذكر في حين أن الأمر على عكس ذلك.

و على هذا الطبيب أن يدقق في فحصه، حتى يستطيع أن يعطي التشخيص الصحيح الذي على أساسه يمكن إجراء عملية تحديد جنس الخنثى. فإذا أخطأ في التشخيص و أكد أن الخنثى له مواصفات الذكر رغم أنه في الحقيقة أنثى، حسب ما تبينه تقارير الخبراء فإنه بذلك سيسبب لهذا الشخص إضطرابات في شخصيته، فيمكن مساءلته جزائيا على أساس جريمة غير عمدية طبقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات حسب الأحوال. و لكنه لا يسأل عن الخطأ في التشخيص إذا كان الخطأ الذي وقع فيه يرجع أساسا إلى معلومات خاطئة أدلى بها غيره من الأطباء الذين سبق و أن تعامل معهم الخنثى أو إستند إلى نتائج و فحوصات مخبرية غير سليمة، و كان هذا الخطأ مما يمكن أن يقع فيه الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الحيطة و العناية و الخبرة و الدراية في مجال التخصص المتعلق بالحالة محل البحث.

(50) C.f, D. Malicier, A. Miras et P. Feuglet et P. Faivre, OP. Cit, P.194.

4/ خطأ الطبيب في علاج الخنثى:

سبق و أن توصلنا إلى أن حالة الخنثى هي الحالة الوحيدة التي تتوافر فيها الضرورة العلاجية، و تهدف إلى تحديد جنس الإنسان نهائيا بعد أن كان مشكوكا فيها، و يجوز للطبيب فيها بعد الحصول على إذن المريض، و إتباع الأصول العلمية إجراء عملية تحديد الجنس الحقيقي له. لكن يمكن لهذا الطبيب أن يجري هذه العملية و يصدر منه خطأ أثناء إجرائها، و يتسبب في فشل هذه العملية، أو إصابة الخنثى بعاهة مستديمة، فهنا تقوم مسؤولية الطبيب عن جريمة غير عمدية بحسب الأحوال طبقا للقواعد العامة لقانون العقوبات.

هذا عن مسؤولية الطبيب عن هذه العملية، و في هذا الصدد و نظرا للفراغ التشريعي الموجود بالنسبة لعمليات تغيير الجنس، و إحتراما لمبدأ الشرعية، فإننا نناشد المشرع الجزائري للتدخل بوضع قواعد محكمة لتنظيم هذه المسألة، و إيقاع جزاءات على مخالفة ضوابطها.

و في هذا الصدد يتبادر إلى أذهاننا التساؤل حول مسؤولية الطبيب في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية و كذا الجراحات التجميلية، هذا ما سنحاول التطرق إليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

الفصل الثاني:

المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و الجراحة التجميلية :

أثار خروج الأعمال الطبية عن إطارها التقليدي، و ما زال يثير الكثير من المشاكل في مجالات مختلفة، لا سيما تلك المتعلقة بمسؤولية الطبيب، و التي تتطلب تحديد الشروط التي تضمن خدمة العلم للإنسان و ليس العكس.

و من أهم الإنجازات الطبية التي تحققت ظهور عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية التي لم ينعقد إجماع حول إباحتها بدون قيود، و هذا ما جعلها موضوعا قديما متجددا تعقد له الملتقيات الوطنية و الدولية من حين لآخر قصد الوقوف علي المستجدات التي يطرحها مع مرور الزمن. إلى جانب ذلك ظهرت جراحات التجميل التي تهدف إلى إصلاح بعض التشوهات في الجسم و إعادته للشكل الطبيعي له، و خصوصا التشوهات التي تسبب أمراض نفسية و تؤدي بالإنسان للتخلص من حياته بسببها، و في نفس الوقت لا تسبب أضرارا بالبدن. و من شأن هذا النوع من الجراحات أن تثير الكثير من الجدل حول مشروعيتها نظرا لكونها تغير خلق الله.

و نظرا لأهمية هذه المواضيع، و الدور التي يقوم به الطبيب في هذا المجال إرتأينا أن نتعرض لمسؤولية الطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية في المبحث الأول، و مسؤوليته عن الجراحة التجميلية في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

مسؤولية الطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء

و الأنسجة البشرية:

لقد توصل علماء الطب في الآونة الأخيرة إلى وسائل فنية حديثة تساعد على استمرار حياة الإنسان بعد أن يصل إلى مرحلة تكون حياته فيها ميؤوسا منها، كما قد تساعد على تخليص الإنسان من آلام و معاناة بسبب الإصابة بأمراض معينة أو لتوقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها. و من بين هذه الوسائل الفنية الحديثة نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية.

و عمليات نقل الأعضاء البشرية لم تعد قاصرة على زرع الكلى أو القرنية، بل امتدت لتشمل كل أعضاء الإنسان، و بالتالي يكون موضوعها إستئصال عضو أو نسيج بشري.

و العضو في المفهوم الطبي: " هو ذلك الجزء المحدد في جسم الإنسان و الذي ينهض بأداء و وظيفة أو عدة وظائف محددة مثل القلب، الكبد، الكلية، الرئة...".⁽¹⁾

أما من الناحية القانونية هناك من التشريعات من عرفته أنه :
" كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة من الأنسجة و الذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم إستئصاله بالكامل".⁽²⁾

أما النسيج فهو " خليط من المركبات العضوية كالخلايا و الألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق و عمله كالنسيج الضام و العضلي و العصبي".⁽³⁾

و في نظر القانون، فإن نقل العضو أو النسيج يقصد به "عملية إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي للمساهمة فيما تعانيه و وظائفه الفسيولوجية من أوجه النقص".⁽⁴⁾
و قد أصبح من الممكن نقل أعضاء أو أجزاء منها أو أنسجة إلى الشخص ذاته المنقول منه العضو أو النسيج أو من شخص لآخر سواء كان الأول على قيد الحياة (المطلب الأول) أو كان قد توفي حديثا (المطلب الثاني).

(1) لقد طرأ على تحديد فكرة العضو، بالنظر لتقدم العلوم الطبيعية الحديثة تطورا ملحوظا، فقد جاء في قاموس بيار دوبار الفرنسي أن كلمة عضو و التي يرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر مشتقة أساسا كلمة و معناه الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل. أما من الناحية البيولوجية فهي تعني مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة و المتشابكة و القادرة على أداء وظيفة محددة.

(2) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص15.

(3) و (4) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و التشريعية الإسلامية دراسة مقارنة،

الجزء الأول من الكتاب الأول - سلسلة القانون الجنائي و الطب الحديث - دار هومة، سنة 2003، ص132.

المطلب الأول

نقل الأعضاء و زرعها بين الأحياء

يجدر التوضيح بداية المقصود بنقل الأعضاء بين الأحياء، أنه لا يجوز أن يتنازل الشخص عن عضو من أعضاء جسمه الذي يؤدي وظائف هامة، و التي تؤثر على حياته و تهددها بالإنقراض في غير موعدها. كذلك لا يجوز من باب أولى التصرف في عضو ليس له بديل في الجسد كالقلب مثلا⁽⁵⁾، لقوله تعالى " و لا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة".⁽⁶⁾

و البحث في مشروعية نقل الأعضاء بين الأحياء ينحصر في التنازل عن الأعضاء المزروجة في جسم الإنسان، بحيث يقوم العضو المتبقي مقام العضو المنزوع بنفس الأداء كالكلية أو القرنية أو جزء من الكبد...⁽⁷⁾، وهذا يتطلب منا تحديد أساس مشروعية هذه الوسيلة (الفرع الأول)، و أهم ضوابط و شروط المشروعية في هذا المجال (لفرع الثاني)، حتى نستطيع على ضوء ذلك تحديد مدى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفته قيود المشروعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

أساس مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء :

سبق و أن أشرنا أن المشرع الجزائري أباح ممارسة العمل الطبي تأسيسا على الإقرار باستعمال الحق كسبب من أسباب الإباحة الذي يجد سنده في إذن القانون.⁽⁸⁾ كما أن عمليات نقل زرع الأعضاء البشرية في الجزائر لم تنظم في نطاق تشريعي إلا في منتصف الثمانينات، بينما أصدرت فيه لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى فتوى قبل ذلك بحوالي ثلاثة عشر سنة، حيث أجاز نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء و من جثث الموتى.

و كان منطوقها أن تسبق هذه الفتوى القانون باعتبار أن الجزائر بلد إسلامي و الأطباء حريصين على معرفة رأي المشرع في هذه الأمور التي تمس القيم الدينية و لهذا سنتعرض للأساس الشرعي للإباحة ثم الأساس القانوني التي تقوم عليه.

(5) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.338.

(6) سورة البقرة، الآية 195.

(7) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء.....، المرجع السابق، ص.36.

(8) تنص المادة 39 الفقرة من قانون العقوبات على ما يلي " لا جريمة : 1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به

القانون...."

أولاً : الأساس الشرعي لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء.

قبل أن تصدر لجنة الإفتاء الجزائرية الفتوى الخاصة بنقل و زرع الأعضاء بتاريخ 1972/04/20 إستتمعت إلى بيان الأطباء الذي شرح وجهة نظر الطب في مسألة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، ثم تدارست لجنة الإفتاء هذا البيان و توصلت إلى إصدار هذه الفتوى حسب ما يلي :

1/ "... و يدخل في أسباب الهلاك كل إشراف على الموت بمرض ميؤوس من شفائه أو بواسطة نقل الدم أو زرع عضو مما يحفظ الحياة أو يعيد النظر إلى من فقد نوره و عدم الإبصار، و من المعلوم أن من قواعدها أن المشرف على الهلاك أو الوقوع في مضرة شديدة يجب إنقاذه...

2 - حيث أن هذا الإنقاذ يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه يتطوع بذلك عن إختيار و إحتساب دون أن يخاف ضرراً أو هلاكاً، كما هو الحال في نقل الدم أو الكلية، فإنه من باب الإحسان و عمل البر و الإيثار على النفس... فالظاهر أن النقل من حي صحيح سالم برضى منه و تبرع بعيد عن كل التزام أو إكراه ليس فيه خطر على صحته و حياته محقق أو مضمون مما لا ينبغي أن يتوافر في جوازه ، و لا شك في الثواب عليه و الأجر...".

يتضح من خلال فقرات هذه الفتوى الخاصة بنقل أو زرع الأعضاء بين الأحياء، أنها تخلص إلى جواز نقل الأعضاء من جسم الأحياء لزرعها في أجسام المرضى، إذا تعين ذلك علاجاً ضرورياً لهم، و قد حرصت لجنة الفتوى إلى الإشارة أن هذا العمل يعد من جانب المتنازل نوعاً من إيثار الغير على النفس، كما أن نقل عضو من إنسان لآخر لا يعد تغيير في خلق الله لأن المؤمنين كالجسد الواحد.⁽⁹⁾

ثانياً : الأساس القانوني لعمليات نقل الأعضاء بين الأحياء.

تستند شرعية عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء في النظام الجزائري إلى نص المادة 162 لفقرة الأولى من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، و تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة...".

إن أول ما يلاحظ على هذه الفقرة أنها تناولت الأساس القانوني لعمليات نقل و زرع الأنسجة و الأعضاء بين الأحياء، كما تناولت بعض الشروط الواجب توافرها في المتنازل.

و يتضح من هذا النص أن مشروع أباح إستئصال الأعضاء من جسم الشخص الحي - المتنازل - و اعتبره في هذه الحالة متبرعاً بالعضو المراد إستئصاله، و هكذا يكون

(9) أنظر، مروك نصر الدين، نقل الأعضاء..... المرجع السابق، ص.126-128.

المشرع الجزائري قد حسم الخلاف القائم حول شرعية أخذ الأنسجة و الأعضاء من الأحياء من عدمه، فنظم عمليات نقل الأنسجة و الأعضاء حسب المبادئ و الشروط التي حددها علم الطب و الفقه الجنائي الحديث. كما أن مشرع أورد شروطا في غاية من الأهمية، و ليس من السهل توافرها، و أول هذه الشروط عدم تعريض حياة المتنازل للخطر و هذه مسؤولية ملقاة على عاتق الأطباء، ولذا ربط المشرع موافقة المتنازل بالترخيص الطبي لما فيه من تعريض لحياته و صحته للمخاطر.

و يجدر الذكر أن الفقرة 1 من المادة 164 لم تحدد العضو المطلوب التنازل عنه، إذ جاءت بصورة عامة دون تحديد لعضو معين، و هذا على عكس الفتوى السالفة الذكر، و التي أشارت بوضوح لعمليات نقل و زرع الكلى و ذلك للنجاح الذي تحقق في الميدان العملي لهذه الأعضاء على غيرها من بقية الأعضاء الأخرى، و هذا التعميم يفهم منه أن جميع الأعضاء يمكن أن تخضع لعمليات النقل و الزرع و هو أمر إيجابي، إذ يسمح بمسايرة تقدم العلوم الطبية في هذا المجال، دون أن يلحق به ضررا مع مراعاة أن تكون الأعضاء مزدوجة.

بناء على ما تقدم يمكن القول أن كلا من الفتوى، و النص القانوني يصلحان أن يكونا أساسا قانونيا لعمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية بين الأحياء و هذه الإباحة القانونية مشروطة بضوابط و شروط محددة سنتحدث عنها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

شروط إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء.

وضع المشروع الجزائري في المادة 161 الفقرة 1 عرض محدد لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء، و هو قصد العلاج أي علاج الإنسان لنفسه كأن يستقطع أحد أوردة ساقه لمعالجة انسداد شريان قلبه أو أن ينقل أصبع بنصر نفس الشخص مكان الإبهام لديه و نقل العضو من نفس الشخص لصالحه لا يثير أية مشكلة من الناحية القانونية لأن قصد العلاج متوافر على النحو لا غبار عليه.

و لكن قد يكون الشخص المعالج شخصا آخر غير الشخص نفسه، و هنا يصعب تحديد توافر قصد العلاج ، لأنه في هذه العمليات يتوافر هذا القصد للمريض أو المستفيد من التنازل كونه يؤدي إلى إنقاذ حياته أو تخليصه من آلامه و أن يحيا حياة سعيدة خالية من الأمراض. أما بالنسبة للمتنازل فإن المشرع الجزائري قد تلمس قصد العلاج من صلة القرابة كون أن معظم العمليات الجراحية الخاصة بنقل و زرع

الأعضاء التي تمت بالجزائر لحد الآن كانت بين الأقارب.⁽¹⁰⁾
إن عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية بين الأحياء تتطلب توافر شروط قانونية دقيقة، منها ما يتعلق بالعمل الطبي الجراحي، و منها ما يتعلق بالمتنازل و أخرى متعلقة بالمريض. هذا بالإضافة إلى شروط عامة تتعلق بالطبيب أو الجراح الذي يشترط أن يكون له صفة طبيب ، و يهدف بعمله إلى تحقيق الشفاء و عليه إتباع الأصول العلمية (السابق الإشارة إليها في الفصل التمهيدي) إضافة إلى شرط خاص هو أن يكون متخصص في هذا النوع من العمليات. ويضيف الفقه شرطاً آخر ألا يكون هناك تعارض بين نقل و زرع الأعضاء و النظام العام و الآداب العامة.⁽¹¹⁾

أ - الشروط المتعلقة بالعمل الطبي الجراحي :

و يقصد بها الشروط الطبية الواجب توافرها لعمليات نقل و زرع الأعضاء و هي كالتالي:

أولاً: الحالة الصحية للمتنازل و المتلقي

يشترط أن لا يتجاوز سن كل من المتنازل عند الإستئصال و المتلقي عند الزرع الخمسين سنة، أو لا يقل سنهما عن 10 سنوات، كما يشترط في المتنازل - وقت إجراء عملية الإستئصال - أن يكون خالياً من الإلتهابات البكتيرية و الفيروسية و الفطرية، و يجب تصحيح أي عيب خلقي في المسالك البولية قبل مباشرة عملية نقل الكلية مثلاً و هذا ما نصت عليه المادة 2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بقولها : " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض حياة المتبرع للخطر.....".

كما يجب أن تكون حالة المتلقي النفسية عند عملية زرع العضو في وضع عادي ، و هو ما نصت عليه المادة 163 من نفس القانون بقولها: " ما يمنع إنتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل...".

كما أنه ينبغي على الطبيب الجراح أن يثبت قبل إجراء عملية إستئصال عضو من المتنازل أو زرعه في جسم المتلقي مدى صلاحية هذا العضو طبيياً للمتلقي، بحيث إذا ثبت عدم قابلية جسم المتلقي له فلا يمكن تبرير عملية الزرع. و ينبغي هنا أن نفرق بين مجرد نقل عضو بسيط، و بين عضو مركب كجزء من الكبد.

(10) يتضح من خلال السجلات المسوكة بقسم الكلى. بمستشفى مصطفى باشا الجامعي بالعاصمة أنه سجل به حوالي 126 عملية نقل و زرع الكلية تمت كلها لأعضاء أسرة واحدة، و ترجع نتائج نجاح عمليات نقل الكلى لمصدرها، فإذا كان مصدرها الأقارب فيعني ذلك أن الأنسجة متطابقة و نسبة النجاح عالية جدا حيث تبلغ أحيانا 95%، فمثلا خلال 10 سنوات تبين 74% من الكلي التي تم زرعها من الأقارب لا تزال تعمل بصورة جيدة، أنظر بالتفصيل مجلة الحوادث، موضوع الطب تحت عنوان أيها العرب اتحدوا في زراعة الأعضاء، العدد 741 ، 19 مارس 1990، ص.58.

(11) أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.58.

فبالنسبة للنوع الأول: فهو لا يحتوي عادة على نسيج واجد سرعان ما يتآلف و خلايا جسم المتلقي. و يكون بذلك بمنأى عن ظاهرة الطرد، فهو أشبه في هذه الحالة بالعضو الإصطناعي ويطلق على هذه العملية GREFFE⁽¹²⁾.

أما بالنسبة للنوع الثاني: فإن العضو المركب كالكلية يحتوي في ذاته على خليط أنسجة متباينة تماثلت في أوعية دموية أو لمفاويات أو أعصاب، و غالبا ما تهدد هذه العمليات بظاهرة الطرد حيث لا تتآلف مع جسم المريض و يطلق على هذا النوع من العمليات مصطلح TRANSPLANTATION⁽¹³⁾.

ثانيا: حالة حفظ العضو المنقول.

يتفاوت مقدار المدة اللازمة للمحافظة على صلاحية العضو المراد نقله من جسم المتلقي حسب تكوينه التشريحي، لذلك حاول الأطباء التغلب على هذه المشكلة باستعمال بعض الأساليب الخاصة منها حفظ الكبد في درجة حرارة منخفضة تتراوح ما بين 15 و 20 درجة مئوية، و هو ما يسمح بإطالة فترة تحمله لنقص الدم تزيد عن ساعة واحدة و أيضا بالنسبة للكلى يمكن حمايتها.

ثالثا : توافق أنسجة المتلقي و المتنازل.

يعد التحقق من توافق أنسجة المتنازل و المتلقي، أحد العوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل الأعضاء، فأخطر ما يهدد هذه العمليات هو ظاهرة " رفض الأجسام الغريبة " Phénomène de rejet ، فلم يعد الفن الجراحي الخاص بإستئصال الأعضاء و زرعها يمثل أي مشكلة، بيد أن إستمرار تحفز الجسم لطرد العضو المنقول إليه و الغريب عنه هو ما يقلل من فرص نجاحها.⁽¹⁴⁾

و نشير هنا أن الطبيب إذا كان لا يلتزم بضمان سلامة المتلقي أو بضمان نجاح العملية، فإنه يلزم عليه أن يراعي في إجراء عملية الإستئصال و الزرع أصول فن الطبي، و ما تقتضي من أن يقيم الطبيب الجراح عملية المقارنة بين مزايا الإستئصال من المتنازل و الزرع للمتلقي و مخاطره و عدم إقدامه على العملية إلا إذا كانت عملية زرع العضو المتلقي ترجح عملية إستئصال العضو من المتنازل، بمعنى آخر إذا كانت مصلحة المتلقي الجديدة الراجعة تبرر النقل فإنها لا تبرر الإستئصال من جسم المتنازل إلا بعد إجراء المقارنة بين المزايا و العيوب المترتبة على العملية في مجموعها لدى كل من المتنازل و المتلقي بحيث ترقى النتيجة العلمية إلى مستوى يجعل منها مصلحة إجتماعية محترمة تبرز التضحية ببعض حقوق المتنازل، بحيث يترتب على التضحية بجزء من الحق الأول بإنقاذ الحق الثاني بأكمله. و هذا ما توخاه

(12) C.f. CH. Gernez- Rieux et M. Gervois, élément de médecine préventive, santé publique et hygiène, Flammarion, 4^e édition, Paris, 1976, P.395.

(13) C.f. CH. Gernez- Rieux et M. Gervois, OP.cit, P.394.

(14) أنظر، محمد صفوت، القصور الكلوي و أعراضه تقرير إلى الندوة نقل الكلى، منشور في المجلة الجناحية القومية،

العدد الأول، مارس 1978، ص.146.

المشروع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

رابعاً: مكان إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء.

لم تألف مجتمعاتنا العربية لحد الآن هذا النوع من العمليات، لذلك فإن الدول التي تجيز إجراء عملية نقل الأعضاء، أحاطتها بقدر من الضمانات اللازمة و الكفيلة لإنجاح هذه العمليات و ذلك لسلامة طرفي الموضوع، وحتى لا تصبح حياة الأشخاص و سلامة أبدانهم عرضة للتلاعب، خاصة في وقتنا الحاضر أين طغت الماديات على القيم الإنسانية و الأخلاق، و لهذا أكد المشروع الجزائري على هذه الضمانة في المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة التي جاء فيها:

" لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية، و لا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرفض لها بذلك وزير الصحة...".

و يتضح من هذا النص أنه لا يجوز إجراء عمليات إستئصال الأنسجة و الأعضاء و لا زرعها إلا في المستشفيات التي تعتبر المكان الطبيعي لإجراء مثل هذه العمليات الخطيرة، و ذلك لأنها مؤسسات عمومية و تستطيع أن تتحمل المسؤولية بشقيها الجنائي و المدني، كما أنها تراعي الإعتبارات التي يتطلبها القانون.

و تطبيقاً لما جاء في المادة 1/167 من قانون حماية الصحة و ترقيته أصدر وزير الصحة قراراً وزارياً رقم 19 بتاريخ 23 مارس 1991 تضمن هذا القرار كيفية تطبيق المادة 167، و لكن بتاريخ 02-10-2002. أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قراراً جديداً ألغى بموجبه القرار المذكور أعلاه، و نص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بإنزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية و هذه المستشفيات هي :

أ/ القرنية :

- 1- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا الجزائر
- 2- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة لطب العيون وهران
- 3- المركز الإستشفائي الجامعي بني مسوس الجزائر
- 4- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي الجزائر
- 5- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة

ب/ الكلى :

- 1- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا الجزائر
- 2- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقي قسنطينة

ج/ الكبد :

- مركز بيار ماري كوري.

لكن هذا النص و القرار المنظم له أثار مشاكل عملية تتعلق باستبعاد مستشفيات القطاع الخاص التي تتوفر على تجهيزات متطورة جداً، و على أطباء على قدر كبير من الكفاءة، و هذه المستشفيات أصبحت في وقتنا الحاضر أحسن من مستشفيات

القطاع العام، و هو الأمر الذي يجب أن يراعيه المشرع و يعيد النظر في النص و ذلك بتوسيع دائرة المستشفيات التي تجرى فيها عمليات زرع الأعضاء لتشمل أيضا عيادات القطاع الخاص.⁽¹⁵⁾

ب - الشروط المتعلقة بالمتنازل:

من إستقراء ما ورد في أحكام قانون حماية الصحة و ترقيتها لا سيما المادة 162 منه يتضح لنا أن أهم هذه الشروط هي رضاء المتنازل عن العضو، و تبصيره بعواقب العملية و أثارها، كما ألزم المتنازل في حالة موافقته على عملية الإستئصال أن يقبل صراحة تحمله المخاطر أو الأضرار الناتجة عن العملية و دون مقابل مالي.

أولا : صور التعبير عن الإرادة

اشتراط المشرع الجزائري في المادة 2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه: "... لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الإنتزاع و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة".

من خلال هذه الفقرة اشتراط المشرع في المتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقته في شكل كتابي، و كأن المشرع بهذا النص أراد أن ينبه المتنازل إلى مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، و حقيقة فإن تطلب الشكل الكتابي للرضاء يوفر المزيد من الحماية للمتنازل، نظرا لما تنطوي عليه عملية إستئصال عضو منه من خطورة بالنسبة له. و ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد من يحزر وثيقة الموافقة على التنازل هل المتنازل نفسه أو الطبيب أو رئيس المصلحة أو مدير المستشفى....؟ و هذا الإشكال مطروح عمليا.⁽¹⁶⁾

و لم يكتف المشرع باشتراط الشكل الكتابي للرضاء، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث إشتراط أن يكون التعبير عن الرضا بحضور شاهدين، و هذا ضمانا آخر للمتنازل توفر له المزيد من الحماية. هنا يؤخذ على المشرع أنه لم يحدد من يقدم الشهود هل المتنازل أو المريض.

(15) أنظر، مروك نصر الدين، مقال حول المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة

الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، مجلة فصلية، الجزء 37، رقم 03-1999، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002، ص.38.

(16) أنظر، مروك نصر الدين، مقال المشاكل القانونية.....، المرجع السابق، ص.23.

كما إشتراط المشرع أن تودع الموافقة لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة⁽¹⁷⁾، و هي ضمانة أخرى للمتنازل حتى إذا ما أراد العدول عن رضائه فله ذلك.

ثانيا: مميزات الرضا

رضا المتنازل حتى يكون صحيحا لا بد أن يصدر عن إرادة حرة خالية من العيوب. و لكي يكون الرضا الصادر من المتنازل صحيحا و منتجا لآثاره يجب أن تتوافر فيه بعض المميزات منها أن يكون الرضا متبصرا، حرا، و بدون مقابل و صادرا عن ذي أهلية، وهي كما يلي :

1- تبصير المتنازل:

تجمع كل التشريعات التي تناولت عمليات نقل و زرع الأعضاء على أهمية و ضرورة تبصير المتنازل تبصيرا كاملا و شاملا لجميع المخاطر الجراحية المترتبة على عملية الإستئصال الحالة منها و المستقبلية، و على المدى الطويل.

فإذا كان الترخيص للطبيب بإخفاء بعض المعلومات عن المريض يبرره تحري مصلحة هذا الأخير و تحقيق الشفاء له، فإن هذا الأمر لا نجد له ثمة صدى في حالة الشخص الذي يوافق على التنازل عن جزء من جسمه دون أن يعود عليه ذلك التصرف بأي فائدة أو مصلحة علاجية.⁽¹⁸⁾

و لهذا لا يكفي إطلاع المتنازل على طبيعة العملية الجراحية فقط و إنما تبصيره بجميع المخاطر التي تترتب على عملية الإستئصال.⁽¹⁹⁾

فمن ناحية يجب إعلام المتنازل بكافة المخاطر و الآلام المصاحبة لإجراء العملية، و من ناحية أخرى لا بد أن يعي المانح تماما ما ستؤول إليه حالته الصحية بعد إجراء عملية إنتزاع العضو المزعم نقله منه، و مدى تأثير كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام، و للعضو المتبقي على وجه الخصوص.⁽²⁰⁾

و قد أشار المشرع في المادة 2/162 من قانون حماية الصحة و ترقيتها إلى هذا بقوله:

"... و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع.....".

و يتضح من هذه الفقرة أن القانون الجزائري قد ربط رضا المتنازل عن عضو من أعضائه بالتزام الطبيب بتبصيره، ليس فقط المخاطر الطبية الجراحية العادية التي

(17) المشرع الفرنسي يتطلب زيادة علي ذلك أن تتم الموافقة أمام هيئة قضائية و هذا فيه ضمانة و حماية لكل أطراف

العلاقة. أنظر بهذا الصدد. Jean Pemmeau, OP. Cit, P. 41.

(18) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء.....، المرجع السابق، ص.112.

(19) C.f, Auby et Péquignot & Savatier, op.cit, p.215.N°239.

(20) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.134.

تترتب على عملية الإستئصال، بل القانون ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث ألزم الطبيب بأن يبصره بالمخاطر المحتملة.

و ترتباً على ما سبق، فإنه تتعقد مسؤولية الطبيب الجنائية إذا لم يبصر المريض تبصيراً شاملاً و وافياً يتضمن كافة العناصر، إذ يجب تبصير المعطي بالعناصر و المعلومات التالية :

- المخاطر التي يحتمل أن يتعرض لها نتيجة الاستئصال.
- الفائدة التي تعود عليه من الناحية النفسية.
- طبيعة الجراحة و الإجراءات و الاحتياطات المتخذة.
- أهمية عملية النقل و الزرع بالنسبة للمتلقي.
- مدى تأثير عملية الاستئصال على القدرة الجنسية للمعطي و على قدرته على العمل.
- المدة اللازمة للشفاء الكامل من آثار الجراحة.
- المتابعة الصحية المطلوبة.⁽²¹⁾

و هناك جانب من الفقه يرى أن التبصير يشمل أيضاً كافة المعلومات التي تحيط بعملية الزرع خاصة بيان الفرض الحقيقة لنجاح العملية. و لا يرى أصحاب هذا الرأي أن قيام الطبيب بالإفصاح للمتنازل عن كافة التفاصيل الخاصة بعملية الزرع إفساء لسر المهنة، لأن المتنازل في الواقع يعد طرفاً في عملية نقل و زرع العضو و ليس غريباً عنها.⁽²²⁾

2- الرضا الحر:

لا يكفي لصحة الرضا أن يكون متبصراً، بل يلزم أيضاً أن يكون هذا الرضا حراً، بمعنى أنه يتعين أن تكون إرادة المتنازل خالية مما يعيبها حتى يعتد بالرضا الصادر عنه. فلا يكون لرضا الشخص أية قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو خداع أو وقع تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم الإختيار لديه.⁽²³⁾

و تبدو أهمية هذه المتطلبات بصفة خاصة في مجال زراعة الأعضاء لتأخذ بعداً خاصاً.

لم يتناول المشرع الرضا الحر للمتنازل بصورة مباشرة، و إنما نستنتجه من استقراء أحكام المادة 2/162 السابق ذكرها و التي يلاحظ من خلالها أن المشرع إشتراط أن يكون رضا المتنازل حراً، أي صادراً عن متنازل يتمتع بكامل قواه العقلية و قادراً على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضا، و ألا يتعرض لأي ضغط أو إكراه حتى لا يكون رضاؤه معيباً.

(21) أنظر، أحمد محمد بدوي، نقل و زرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الاقتصادية، القاهرة،

سنة 1999، ص.43.

(22) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.135.

(23) أنظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، بند 260، ص.263.

و لا يري جانب من الفقه في توافر شرط البلوغ و كمال الأهلية قرينة كافية على أن المتنازل قد قام بالتبرع عن رضا واع منه و حر، بل يلزم فوق ذلك التثبت أن موافقته قد جاءت مجردة من أي ضغط نفسي أو انفعال عاطفي، إذ أنه من المتصور أن تلعب هذه العوامل دورا كبيرا و مؤثرا في اتخاذ القرار بالتبرع، لذلك يرى هذا الفقه ضرورة إخضاع المتنازل لاختبارات نفسية تبين مدى سلامة و رجحان قراره بالتبرع و تجدد من الضغوط المعنوية و الإنفعالات اللحظية.⁽²⁴⁾ و قد اعتبر المشرع الجزائري السجن في حد ذاته سببا في نقص إرادة المحكوم عليه، و أن الحالة النفسية التي يعاني منها من شأنها أن تعيب إرادته، و عليه فلا يملك الحق في إبرام التصرفات الواردة على جسمه.

و هنا نشير إلى أن المشرع الجزائري أجاز للمتنازل أن يعدل عن رضائه، و ذلك رغبة منه ألا يقع المتنازل ضحية أي نوع من أنواع الضغوط المادية، و هذا ما جاء في المادة 162 فقرة 2.

3 - أن يكون الرضا بدون مقابل مالي :

إذا كانت المصلحة العلاجية للمتلقي تبرر إستقطاع عضو من جسم المتنازل ليزرع له، فان ذلك لا يباح إلا بقدر هذه المصلحة و دون زيادة، بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية، و مما يتعارض و هذه الكرامة أن يعلق المتنازل رضاه على قبض الثمن.

و قد أجمعت التشريعات القانونية التي تناولت هذه العمليات علي منع المقابل المالي، و يجب أن يكون التنازل بدون مقابل، و لهذا وصف المتنازل بالمتبرع. و يعود سبب إستبعاد المقابل المالي من عمليات نقل و زرع الأعضاء، إلى أن جسم الإنسان و أعضائه لا يمكن أن يكونا محلا للمعاملات المالية و التجاري، و التنازل هنا لا بد أن يكون في شكل هبة.⁽²⁵⁾

و مبدأ التنازل بدون مقابل تناوله المشرع في المادة 2/161 من قانون الصحة بالقول: "... و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملات مالية"، يتضح من خلال هذه الفقرة أن القانون الجزائري استبعد المقابل المالي بخصوص عمليات و نقل و زرع الأعضاء، و اعتبر جسم الإنسان أعلى من أن يقوم بالمال. كما أن المشرع أقر أيضا هذا المبدأ في 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و الخاصة بنقل الدم، حيث اعتبر المتنازل عن الدم متبرعا لأغراض علاجية. و بهذا يكون المشرع قد استبعد من المعاملات المالية كل ما يتصل بجسم الإنسان، سواء أكان عضوا أو نسيجا أو جزءا من الدم. لكن التنازل بدون مقابل لا يتعارض مع تعويض المتبرع عما فإنه من كسب خلال

(24) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.134.

(25) أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.48.

فترة إجراء العملية، و تأمينه ضد المخاطر المستقبلية التي قد يتعرض لها نتيجة نقل العضو منه.⁽²⁶⁾

و من صور التعويض المادي المقترح لدى أصحاب هذا الرأي شراء شهادة تأمين على الحياة لمصلحة المتبرع لمدة معينة أو تخصيص مكافآت تشجيعية تقوم بصرفها مؤسسات الدولة و الجهات الخيرية، مع مراعاة ألا تصبح مثل هذه التعويضات المادية و المعنوية بمثابة ثمن يتم دفعه مقابل العضو المتبرع به.⁽²⁷⁾ و رغم أن المشرع نص على أن يكون التنازل مجانا، إلا أن هذا لم يمنع بعض الأشخاص من المبادرة في بيع أعضائهم، و وصل بهم الأمر إلى نشر إعلانات في الصحف الوطنية بذلك.⁽²⁸⁾

و هنا يظهر مشكل ممثل في موقف القانون الجزائري من هذه التصرفات كونه لا يوجد أي نص على توقيع أحكام جزائية عند مخالفة نصوصه، و ترك فراغ قانوني. مما قيد النيابة العامة في مجال تحريك الدعوى العمومية، و عطل القضاء في توقيع جزاءات قانونية على المروجين لهذه الأعمال الخطيرة هذا من جهة، و من جهة ثانية موقف الطبيب الجراح في هذه الحالة، إذا كان يجري العملية، أم أنه يمتنع عن إجرائها. و هذا ما يتطلب من المشرع التدخل لإبداء موقفه تجاه هذه التصرفات، كما فعل المشرع الفرنسي الذي فرض عقوبات جنائية على بائعي أعضائهم و المتاجرين فيها.

4- أهلية المتنازل:

يقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء، أي صلاحية الشخص لصدور عمل قانوني منه على وجه يعتد به شرعا. و يعرف بين الرشد في التشريع الجزائري تباينا ملحوظا في نصوصه المختلفة.

أما قانون حماية الصحة و ترقيتها، فإن نصوصه المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية، لم تحدد سنا معينا يعتبر فيها المتنازل بالغا سن الرشد، و هو إغفال خطير من المشرع كون أن التصرفات الواردة على جسم الإنسان و الخاصة بالتنازل عن الأعضاء تعتبر من أهم التصرفات التي يقدم الشخص على إبرامها. و أمام هذا الفراغ التشريعي، علينا الرجوع لنصوص قانون حماية الصحة و ترقيتها لنستخلص قصد المشرع لتحديد مسألة سن الرشد حتى لا تخرج عمليات زرع الأعضاء عن الإطار الذي وجدت من أجله.

تنص المادة 2/162 منه على أنه: "... لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية...". يتضح من خلال هذا النص أن المشرع اعتبر

(26) أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 87.

(27) أنظر، منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1992،

ص. 67.

(28) طالعا في جريدة المساء، الأحد 02-12-1990 إعلانات مفادها أن أشخاصا مستعدون لبيع أعضاء من

أجسامهم مقابل مبالغ مالية هم في حاجة إليها.

المتنازل عن عضو من أعضائه متبرعا، و التبرع من التصرفات الواردة في النصوص القانون المدني، و هذا الأخير يعتبر التبرع هبة يتم لشخص معين بذاته. و من هذا فإن سن الرشد الذي يأخذ به المشرع في هذا المجال منصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة ".

يتضح من هذه المادة أن الشخص المتنازل إذا بلغ سن الرشد (19 سنة) و كان متمتعا بكامل قواه العقلية، يعتبر راشدا و التصرف الذي يبرمه بشأن أي عضو من أعضائه قصد التنازل عنه للمنتقي يكون صحيحا و منتجا لأثاره القانونية.

يجب الإشارة هنا أن الوقت الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للمتنازل هو الوقت الذي يتم فيه الإتفاق على الإستئصال، و ليس الوقت الذي يباشر فيه عملية الإستئصال.⁽²⁹⁾ و هنا يثور التساؤل عن حكم تصرف القاصر في أعضائه هل هو جائز أم غير جائز؟

على عكس بعض التشريعات التي أجازت للقاصر بناء على رضا وليه التصرف في أعضائه بالتنازل عنها للمنتقي، فإن المشرع الجزائري أورد نصا صريحا يمنع فيه القاصر و الراشد غير المميز من التصرف في أعضائه بالتنازل عنها، و قد جاء ذلك في المادة 163 من قانون حماية الصحة التي جاء فيها : " يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قدرة التمييز..."، و حسنا ما فعل المشرع الجزائري في هذا الإتجاه، لأن القاصر غير أهل لإبرام التصرفات، و لا يجوز أن ينوب عنه أحد في هذا المجال لأن النيابة القانونية عن القصر تكون فيما ينفع لا فيما يضر، و إستئصال عضو من جسم القاصر فيه ضرر لا محالة إن لم يكن عاجلا فهو واقع آجلا، لأن الله سبحانه و تعالى عندما خلق الإنسان و جعل له أجزاء مزدوجة كالكلبي و العينين، فإن ذلك لضرورة يتطلبها جسم الإنسان. و عليه فالتصرفات الخطيرة للجسم لا يملكها إلا شخص المتصرف نفسه متى كان أهلا لذلك. و متى لم يكن أهلا لها فلا يملك أحد مطلقا النيابة عنه في هذا الخصوص. و لا يعتد بالرضا الصادر عن القاصر، و يقع تنازله باطلا بطلانا مطلقا طبقا للقواعد العامة للقانون المدني.

ج - الشروط المتعلقة بالمثاقبي :

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي المريض به، فالقانون الطبي يرخص للطبيب علاج المرضى إذا تمت دعوته لذلك، و لكنه لا يخوله الحق في إخضاع المريض لذلك رغما عنه. و رضا المريض بالعلاج ليس سببا للإباحة بل هو شرط من شروطها.⁽³⁰⁾

(29) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء...، المرجع السابق، ص.233.

(30) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص.183.

و في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء، فإن الحصول على هذا الرضا يعد أمر ضروريا و حيويا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل. و هذا ما يجعل دراسة رضا المتلقي لا تقل أهمية عن رضا المتنازل، إذ يشترط فيه أن تكون موافقة المريض متبصرة و أن يكون مؤهلا لإجراء هذا النوع من العمليات.

أولا : رضا المتلقي

تناول المشرع رضا المتلقي في مجال زراعة الأعضاء في المادة 1/166 من قانون حماية الصحة نصت على أنه: " لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضائه بحضور رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين...". و نصت المادة 44 من المدونة على أنه: " يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون....".

و يتضح من المادتين المذكورين أعلاه، أن المشرع ساوى بين المتنازل و المتلقي في مجال الرضا، فإشترط أن يوافق المريض بإرادته الحرة بعد أن يتأكد أن هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه. و حرص على النص على رضا المتلقي و اعتبره أمرا ضروريا لا غنى عنه في مجال زراعة الأعضاء، لأن الهدف هو تنبيه المتلقي لأهمية الجراحة التي سيخضع لها، و لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا. و من ذلك لا يمكن القول في مجال زراعة الأعضاء، بأن دخول المتلقي إلى المستشفى يعد رضا مقدم لكل أنواع العلاج أو التدخل الجراحي الذي يراه الطبيب لازما لحالته الصحية.⁽³¹⁾

كما نصت المادة 166 الفقرة الثانية على إذا تعذر الحصول على رضا المريض شخصيا أمكن أن يعطي الموافقة الكتابية أحد أفراد أسرته الأب أو الأم أو الزوج أو الزوجة.... حسبما هو وارد في أحكام المادة 164 من نفس القانون و تتم الموافقة بنفس الشروط السابق ذكرها. لكن هذا المبدأ ورد عليه إستثناء من المشرع في المادة 166 فقرة أخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها: " يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية، دون الموافقة المذكورة في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه، إذا اقتضت ذلك ظروف إستثنائية، أو تعذر الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته...".

و من خلال هذه الفقرة أصبح للطبيب الحق في التدخل بعمل جراحي ليزرع العضو له، إذا كان هناك إستعجال متمثل في حالة وجود المتلقي في خطر حقيقي و حال،

⁽³¹⁾ فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا مسؤولية على الطبيب المتخصص إذا لم يحصل على رضا المريض بالعلاج الذي بعثه إليه الطبيب المعالج ، إستنادا إلى أن مجرد الذهاب للطبيب المتخصص يعتبر رضا بالعلاج الذي تخصص فيه.

و أن عملية الزرع تهدف إلى إنقاذ حياته و هو في حالة نفسية و عضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية من عدمها، و إذا لم يكن هناك أحد من أقاربه. و لكن عمليا يبدو من الصعب في هذه الحالة تقدير جسامه الخطر، إذ يترك القضاء للطبيب تقدير حالة الخطر التي يوجد فيها المريض بلا رقيب عليه، و لكن هذا لا يمنع القاضي من أن يحمل الطبيب المسؤولية إذا لم يتسنى له تقديم إيضاحات جدية تبرر تدخله، خاصة إذا لم تتوفر شروط الحالة العاجلة.

و الأصل أن الرضاء الصادر من المتلقي ليس له شكل معين، فقد يتم بأية وسيلة كانت وذلك لأنه المستفيد من عملية النقل، إلا أن المشرع نص في المادة 1/166 من القانون حماية الصحة على أنه : " لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على الحياة المستقبلية أو سلامته البدنية، و بعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها و حضور شاهدين اثنين...".

و هذا ما يدل أن المشرع اشترط أن يتم رضاه المتلقي في الشكل الكتابي، ليس هذا فحسب بل و أمام رئيس المصلحة التي قبل بها المتلقي العلاج و بحضور شاهدين. و علة ذلك هو رغبة المشرع في الكشف المادي و الملموس عن رضاه المتلقي، و أن يشارك مشاركة فعالة في اتخاذ هذا القرار بصوره في الشكل الكتابي و موقعا عليه منه.

أما بشأن إثبات هذا الرضاء، فإنه حسب القواعد العامة في الإثبات في المجال الطبي أنه يقع على عاتق المريض، غير أنه في مجال نقل و زرع الأعضاء، فالوضع يختلف كون الأمر يتعلق بالمساس بجسم المريض و ليس خروجا على الحق في سلامة الجسم و تكامله الجسدي، فيجب أن يكون عبء الإثبات بوجود رضاه المريض ملقى على عاتق الجراح.⁽³²⁾

ثانيا: تبصير المتلقي.

مبدأ الإلتزام بتبصير المتلقي يقوم على ضرورة قيام الطبيب بتبصير المتلقي بحقيقة المرض و نوع التدخل الجراحي، و بالمخاطر التي قد تترتب على العلاج، و أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية. ذلك أن المتلقي لا يستطيع أن يقبل أو يرفض تحمل العلاج و المخاطر الناجمة عنه، إلا بعد أن يبصره بحقيقة هذا التدخل و ما ينطوي عليه من مخاطر.⁽³³⁾

وقد نص المشرع على هذا المبدأ في 5/166 من قانون حماية الصحة التي جاء فيها أنه: ".... لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص

(32) أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص. 54-55.

C.f, Jean Penneau, OP. Cit, P. 40.

(33) C.f, Oussoukine Abdelhafid, Traité de droit médical, publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003, P. 120. Savatier, Auby et Péquignot, OP. Cit, N° 251.

المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك....".

و في المادة 43 من المدونة جاء فيها: " يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه، بمعلومات واضحة وصادقة وبشأن أسباب كل عمل طبي ".

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع ربط رضاء المريض بالأخطار الطبية والجراحية، ومن تم يقع على الطبيب إلزام بتبصير المتلقي بالحقيقة. و أن يعطيه فكرة مناسبة عن ظاهرة رفض الجسم للأعضاء الجديدة، وطريقة حياته وبعد الجراحة. و مدى إمكانية إجراء عملية زرع أخرى إذا ما فشلت العملية الأولى.

وما يساعد الطبيب عند إطلاع المريض على الحقيقة، أن المريض في مجال زرع الأعضاء توجد لديه الرغبة الشديدة في الحياة، ولهذا يستطع أن يتقبل ما يطلعه عليه الطبيب دون أن يؤثر في نفسه⁽³⁴⁾.

وبناء على ذلك يصدر رضاء المريض حرا بقبول العلاج أو التدخل الجراحي، ويكون المشرع في مجال زراعة الأعضاء لم يخرج عن القواعد العامة في القانون الطبي.

ثالثا : أهلية المتلقي

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

و المشرع في نصوص قانون حماية الصحة، فيما يتعلق بزراعة الأعضاء، لم يحدد لنا سنا معينا يعتد بها كأهلية للمتلقي، خاصة إذا عرفنا أن مسألة الأهلية بالنسبة للمتلقي تختلف عنها بالنسبة للمتازل، حيث أن المتلقي يمكن أن يكون بالغا سن الرشد أو قاصر أو عديم التمييز، عكس المتازل الذي يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد. وعليه المتلقي متى بلغ سن الرشد المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني، وكان متمتعاً بقواه العقلية، فإن رضائه بعملية زرع العضو له تكون صحيحة إذا ما توافرت لها بقية الشروط السابق ذكرها ولا يجوز أن يحل رضاء شخص آخر محل رضائه وهذا لا يثير إشكال، أما إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها، فإن المشرع في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها قد تناول الأشخاص الذين يمثلونهم في إتخاذ القرار. و فرق المشرع بين المتلقي الذي لا يملك الأهلية قانونا، والذي لا يملكها فعلا.

1- إنعدام الأهلية القانونية :

بالرجوع إلى المادة 3/166 من قانون حماية الصحة التي جاءت فيها "... إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة....".

(34) أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص. 55.

و من خلال هذه الفقرة يتبين لنا أنه إذا كان المتلقي غير أهل للتعبير عن رضائه أو كان فاقد الوعي، فإن الرضا بعملية الزرع ينتقل لمن له سلطة قانونية عليه. و في حالة إذا كان المريض قاصرا، فإن المشرع في المادة 4/166 من نفس القانون نصت أنه: "... أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و إن تعذر ذلك فالولي..."، يكون قيد الطبيب بالرضاء الصادر ممن يمثل القاصر قانونا و هو الأب أو الولي الشرعي.

و على ذلك لا يتطلب أن يكون للمتلقي من الأهلية أكثر من الأهلية اللازمة لتقدير أهمية عملية زرع عضو له، و مدى مناسبتها لحالته الصحية، و هذه الأهلية لا تتطلب سوى قدر كاف من الفهم و الإدراك الذي قد يختلف من شخص لآخر. و هذا ما دفع بعض الفقه إلى القول أن القاصر إذا كان قادرا على إدراك المخاطر التي يتعرض لها من جراء التدخل الجراحي لزرع العضو له، و أنه أهل لفهم التدخل بالنسبة له، و اعترض على عملية زرع العضو، فلا يجوز في هذه الحالة للطبيب الجراح أن يجري التدخل رغما عن إرادة المتلقي، و لو أبدى ممثله القانوني موافقته على ذلك.⁽³⁵⁾

أما إذا تبين للجراح أن المتلقي القاصر لا يستطيع التعبير عن إرادته لعدم تمتعه بقدر كاف من الإدراك أو الفهم، و لعدم إستطاعته تقدير خطورة حالته و أهمية عملية الزرع له، فلا يجوز للطبيب الجراح الإعتداد بالرضا الصادر عن هذا المتلقي القاصر، و إنما يجب الحصول على رضا ممثله القانوني.

1- إنعدام الأهلية الفعلية :

إذا لم يكن المتلقي قادرا على التعبير عن رضائه، فإن الأمر يتطلب موافقة من تربطهم بالمريض رابطة القرابة لأنهم هم الذين يستطيعون التعبير عن إرادة المتلقي، كونهم الحماة الطبيعيون له، و رضاؤهم يقوم مقام رضاء المتلقي كلما كانت حالته الصحية لا تتيح له التعبير عن إرادته و الحصول على رضائه. و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 166 فقرة 2 و المادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

أما في أحوال الإستعجال طبقا لحالة المريض فجعل المشرع من خلال المادة 166 فقرة أخيرة الطبيب الجراح رئيس المصلحة هو الممثل الطبيعي للمتلقي في الظروف الإستعجالية أو التي تعذر فيها الإتصال في الوقت المناسب بأحد أعضاء أسرته.

كما أن الطبيب الجراح يستطيع أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقته أو موافقة أهله، إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المتلقي بأضرار جسيمة. كونه هو الوحيد الذي له أن يقدر ضرورة إجراء العملية.

د- شرط عدم تعارض نقل و زراعة الأعضاء مع النظام العام و الآداب العامة:

هذا الشرط قال به الفقهاء و مفاده أن رضاء المتلقي و موافقة المتنازل بالشروط المحددة لذلك لا يعني أن إجراء العملية الجراحية الخاصة بنقل و زرع الأعضاء البشرية قد أصبحت مباحة، لكن يجب أن يسير إجراء هذه العمليات في إطار احترام قواعد النظام العام و الآداب العامة، فإذا تم رضاء المتنازل و موافقة المتلقي و كان

(35) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء.....، المرجع السابق، ص.259.

لهذا الرضاء و لهذه الموافقة آثار تصطدم بالنظام العام و الآداب العامة في المجتمع، فإن هذا الرضاء من الجانبين لا يعطي أي أثر و يفقد كل ما يترتب عليه، و مجرد من كل أثر إباحي.⁽³⁶⁾

و من القواعد الأساسية التي يقوم عليها عدم تعارض عمليات إستئصال و زرع الأعضاء البشرية مع النظام العام و الآداب العامة، أن تكون هذه العمليات الغرض منها علاج المريض المراد إنقاذ حياته، ألا يترتب عليها ضرر مجحف بحياة الشخص المعطي و تمنعه عن أداء واجباته الإجتماعية، و ألا يترتب على هذه العمليات إختلاط للأنساب⁽³⁷⁾ و هذا ما سنوضحه بإيجاز:

أولاً: أن يكون الغرض من العملية هو العلاج:

بمعنى أن يكون الغرض من إستئصال العضو لزراعته في جسم شخص آخر هو علاج هذا الشخص و إنقاذه من الموت المحقق و ليس هدف آخر، كمن يقوم ببتنر عضو من جسمه للتخلص من الخدمة العسكرية، فتصرفه هذا لا يستهدف العلاج.⁽³⁸⁾ كما أن نقل و زرع الأعضاء لإجراء التجارب الطبية على الإنسان لا تستهدف علاجاً، و إن كانت ستفيد المجتمع فيما بعد إلا أن هناك إنسان سيكون ضحية لها، فهي تصطدم بالنظام العام طالما يوجد بدائل أخرى.⁽³⁹⁾

و لهذا نص المشرع في المادة 161 على أنه: " لا يجوز إنتزاع أعضاء ... إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..."، و بهذا يكون المشرع قد سد الطريق أمام الأطباء الذين قد يتوخون من هذه العمليات أغراضاً غير علاجية.

ثانياً: ألا يترتب على هذه العملية ضرر كبير بالمتنازل:

من المتعارف عليه أن عمليات إستئصال الأعضاء من الأحياء تكون من الأعضاء المزدوجة بالجسم مثل العين، الرئة، الكلية،...، و هذا ما ذهب إليه فقهاء القانون الجنائي، و هذا يعني أن أي إستئصال للأعضاء الفردية غير جائز و باطل.⁽⁴⁰⁾

و لكن إذا كان الإستئصال من الأعضاء المزدوجة و كان من شأنه أن يؤدي بضرر كبير بالمتنازل و يعوقه عن أداء وظائفه الإجتماعية، فإنه يعتبر مخالفاً للنظام العام، فنقل الطبيب إحدى كليتي شخص مع أن الأخرى تالفة يعتبر مخالفاً للنظام العام.

ثالثاً: ألا يترتب على هذه العملية إختلاط الأنساب:

من الضروريات الأساسية في عمليات زرع الأعضاء ألا يترتب عليه إختلاط الأنساب بين المتنازل و المتلقي و لو كان ذلك بهدف علاجي للمتلقي و لم يترتب عليه أي ضرر بالمتنازل، لأن إختلاط الأنساب يصطدم بقواعد النظام العام و الآداب العامة ذات الطابع الديني و الأخلاقي. وقد كشف الطب أن الأعضاء التناسلية للذكر

⁽³⁶⁾ أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص. 208.

⁽³⁷⁾ أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص. 58-59.

⁽³⁸⁾ أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص. 59.

⁽³⁹⁾ أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 342.

⁽⁴⁰⁾ أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 338.

أو الأنتى تستمران في حمل و إفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في شخص آخر، و عليه يكون زرعها محرما مطلقا و هو الرأي الذي أيده جانب من الفقه. (41)

و من خلال كل ما تقدم، فإنه حتى تكون عملية و نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية بين الأحياء مشروعة، لابد أن تتوفر فيها كل الشروط السابق ذكرها مجتمعة، و يترتب على تخلف أداها جعل عمل الطبيب غير مشروع و يوجب مساءلته جنائيا حسب الأحوال و هذا ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة شروط مشروعية نقل و نقل زرع الأعضاء:

يترتب على عدم تحقق الشروط المتطلبة لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء صيرورة الفعل غير مشروع و من تم تتحقق مسؤولية الطبيب عنها. (42) و لكن في بداية الأمر لابد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري عندما نظم عملية نقل و زرع الأعضاء في قانون حماية الصحة و ترقيتها في المواد من 161 إلى 168 لم يوقع أي جزاءات عقابية في حالة مخالفة الأحكام المنظمة لهذه العملية على عكس المشرع الفرنسي، و هذا ما يدفعنا بالرجوع للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي و القواعد التي تحكم العمل الطبي بوجه عام، لمحاولة بسط مبادئها على مسؤولية الطبيب في إطار نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية بين الأحياء و ذلك على النحو التالي :

أولا : في حالة تخلف شرط الرضا

أوضحنا أن رضا المتبرع و المريض شرط لإباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية، و معنى ذلك أن العمل الجراحي يكون غير مشروع كقاعدة عامة إذا لم يتوافر الرضا السليم من جانب صاحب الشأن و سنوضحه في حالتين :

1- تخلف رضا المتنازل :

قد يتدخل الجراح و يستأصل العضو من جسم المتبرع بدون موافقته، أو قد يحصل على هذه الموافقة عن طريق إستخدام و سائل إحتيالية أو نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية الجادة و الصادقة و في مثل هذه الحالة، فإن الطبيب يسأل جنائيا و مدنيا و تأديبيا و تكون مسؤوليته عن جريمة عمدية، (43) لأن إرادته سيطرت سيطرة فعلية شاملة على ماديات الجريمة و بالتالي توافر لديه القصد الجنائي بعنصريه العلم و الإرادة، و لو كان ذلك قد

(41) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.392-398.

(42) C.f, Jean Penneau, op.cit, p 89.

(43) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.247.

تم بقصد إنقاذ شخص آخر.⁽⁴⁴⁾ و يتوقف التكليف القانوني للفعل و المسؤولية عنه في هذا المجال على طبيعة الجزء الذي تم إستئصاله من الجسم من جهة و النتائج المترتبة على هذا الإستئصال من جهة أخرى.

فإذا كان الجزء المستأصل من الجسم عضو نكون أمام إفتراضيين :
الإفتراض الأول : ألا تؤدي عملية الإستئصال إلى موت المجني عليه(المنقول منه العضو)، هنا نكون بصدد جريمة ضرب و جرح عمدي أفضى إلى عاهة مستديمة مكتملة الأركان، فالركن المادي يتمثل في سلوك الطبيب الذي قام بالإستئصال، و الركن المعنوي يظهر من خلال قيام الطبيب بإستئصال عضو سليم دليل على توافر عنصر العلم و الإرادة و إنصرافه إلى إحداث عاهة مستديمة و المعاقب عليها بموجب المادة 264 الفقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري.

و لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية هنا الدافع على إرتكاب الفعل إذا كان بغرض إنقاذ شخص آخر مثلا، و إن كان يمكن للقاضي أن يرى فيه ظرفا مخففا للعقوبة. أما فيما يتعلق بالإثبات، فإن المجني عليه يقع عليه عبء إثبات حدوث واقعة الإعتداء على تكامله الجسماني فقط، و لا يلتزم بإثبات أن ذلك تم دون موافقة، بل يجب على الطبيب إذا ما أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه أن يثبت أنه سبق موافقة المجني عليه (المتنازل) على إجراء العملية، فإذا دفع هذا الأخير أنه عدل عن موافقته في وقت لاحق وقع عليه عبء إثبات ما يدعيه.⁽⁴⁵⁾

الإفتراض الثاني : أن تؤدي عملية الإستئصال إلى وفاة المنقول منه العضو. و هنا نكون أمام حالتين:

1- إذا كان العضو المستأصل لا يؤدي إنتزاعه عادة إلى الوفاة وفقا للقواعد العلمية و الأصول الطبية التي تحكم عمليات نقل و زرع الأعضاء. فهنا نكون بصدد جريمة الجرح و الضرب العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها، و المعاقب عليها بموجب المادة 264 فقرة 4 من قانون العقوبات و هي من الجرائم المتعدية القصد. لكن لو إفترضنا هنا أن المنقول منه العضو كان راضيا بالعملية و تسبب في وفاته، فإن الطبيب إذا كان إلتزم الأصول العلمية لإجراء عملية نقل و زرع العضو، و لم يرتكب أي خطأ طبي فلا مجال لمساءلته عن الوفاة.

2- إذا كان العضو المستأصل حيوي و لازم لإستمرار الحياة و يؤدي إنتزاعه حتما إلى الوفاة مثل القلب. ففي هذه الحالة يكون الطبيب مرتكبا لجناية القتل العمد مكتملة الأركان يراعي فيها التأكد من توافر كافة الظروف المشددة التي قد تقترن بها و يعاقب عليها المشرع بموجب المادة 254 و ما يليها من قانون العقوبات.

و كذلك يسأل الطبيب عن وفاة المنقول منه العضو و لو كان العضو الذي تم إنتزاعه من الأعضاء التي لا يترتب على نقلها عادة وفاة الشخص مثل الكلية، طالما أن حالته الصحية تنبئ عن وجود خطر جسيم يهدد حياته إذا ما تم إجراء الإستئصال، إذ القصد هنا هو قصد إحتمالي يمكن للطبيب توقعه و مع ذلك قبل النتيجة المتوقعة حدوثها،

(44) أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.68.

(45) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.144.

و يسأل على أساس العمد كون القصد الإحتمالي يقوم مقام القصد المباشر و يرتب نفس الأثار.⁽⁴⁶⁾

و هنا على عكس الحالة الأولى فإن رضا المجني عليه لا يؤثر مطلقا في تكييف المسؤولية الجنائية للطبيب، و يظل مسؤولا مسؤولا مسؤولية عمدية عن وفاة المنقول منه العضو و إن كان رضاه أساسا لمشروعية نقل العضو إلا أنه لا يمكن اعتباره سببا لإباحة إهدار الحق في الحياة.⁽⁴⁷⁾

قد يتم التبرع بمقابل، بالرغم من أن المشرع منع ذلك إلا أنه لم ينص على جزاء مخالفة هذا المبدأ، فقانون العقوبات لم يورد نصا خاصا يعالج مسألة الإتجار بالأعضاء، و لا يؤخذ في القواعد العامة ما يمكن تطبيقه على هذه الأفعال، و بهذا يثار التساؤل حول موقف الطبيب الذي يعلم بذلك إذا كان يقوم بإجراء العملية أم لا و حدود مسؤوليته؟

هنا نجد تباينا في الآراء، فمنهم من يرى أنه من المناسب عدم الإعتداد بالرضا الصادر من المتبرع و مساءلة الطبيب إذا كان هذا الرضا بمقابل مادي و علم الطبيب به و لم يمتنع عن إجراء العملية، ذلك أن القانون لم يجز إلا التصرف التبرعي.⁽⁴⁸⁾

هناك من يرى أن إمتناع الطبيب عن إجراء العملية خاصة إذا كانت حالة المريض في خطر، من شأنه أن يوقع الطبيب تحت جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر و المعاقب عليها بموجب المادة 182 من قانون العقوبات.⁽⁴⁹⁾

و نظرا لهذا الإختلاف، و إستنادا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، و أمام غياب نص صريح حول هذه العملية لا يمكن مساءلة أي أحد على بيع أعضائه و هذا ما يتطلب تدخل المشرع و إعادة النظر فيه لتنظيم مسألة التبرع بالأعضاء و توقيع جزاءات على مخالفة أحكامها.

لم يجز المشرع الجزائري للقاصر التبرع بأعضائه و منع أن يجري عليه أي تصرف كون أن الإستئصال لا ينطوي على منفعة علاجية له، بل بالعكس يهدد حياته بالخطر.⁽⁵⁰⁾

وعلى هذا يسأل الطبيب جنائيا إذا أجرى عملية الإستئصال على القاصر و لو برضاه، ولا يعتد هنا بالرضا الصادر من القاصر لكونه باطل ولا يعتد به قانونا ولا تتعدم به الجريمة.⁽⁵¹⁾

(46) أنظر، مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص.146.

(47) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء...، المرجع السابق، ص.204.

(48) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.216.

(49) أنظر، مروك نصر الدين، مقال المشاكل القانونية...، المرجع السابق، ص.22.

(50) أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.80.

(51) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص.144.

2- تخلف رضاء المريض :

لا شك في القول بتوافر مسؤولية الطبيب عن فعل عمدي إذا لم يلجأ إلى الحصول على موافقة المريض أو من يمثله قانوناً أو كانت الموافقة غير سليمة لعدم توافر التبصير أو لعدم توافر القدرة على الإدراك و الإختيار أو لصدورها نتيجة لتهديد أو إكراه أو غش أو وسائل إحتيالية.

و لا يكفي لنفي المسؤولية إدعاء الطبيب أن ما إتخذه من إجراءات يتفق تماماً و مصلحة المريض، أو أن تلك الإجراءات تتفق و أحدث ما توصل إليه العلم أو ما أسفرت عنه التجارب و الأبحاث، أو أن ما قام به تم وفقاً لأعلى مستوى من الأداء في هذا المجال.

غير أنه إذا تم الحصول على رضا المريض و هو عالم بمدى المخاطر التي يعرض نفسه لها من جراء إجراء عملية الزرع و بدون أي تدليس أو إحتيال، فإن هذا الرضا يعفي الطبيب من المسؤولية عن الأضرار و المخاطر الناجمة عن هذه العملية، خاصة إذا كانت هذه المخاطر عادية و متوقعة طالما أن الطبيب اتبع الأصول العلمية المعمول بها في مجال نقل و زرع الأعضاء. أما إذا ارتكب إهمالاً أو خطأ فإنه يسأل جنائياً عن نتائج فعله باعتبارها جرائم غير عمدية على حسب جسامتها طبقاً للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات.

و لا شك أيضاً أن لرفض المريض العلاج أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب، إذ يعفى الطبيب من المسؤولية إذا رفض المريض عملية الزرع، و لكن يجب على الطبيب في هذه الحالة إقناع المريض بالمنفعة التي ستعود عليه من إجراء هذه العملية و أن يعمل على تشجيعه على إتخاذ القرار دون أي ضغوط على إرادته في هذا الشأن. ولهذا حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب غير العمدية الذي تلقى ببساطة رفض إحدى زبائنه أخذ حقنة ضد الإسهال مما تسبب في وفاته، و نسب إليه خطأ متمثل في الإهمال.⁽⁵²⁾

و لكن إذا أصر المريض على رفضه فليس من سبيل أمام الطبيب للتخلص من مسؤولياته إلا إثبات رفضه كتابة بإجراء هذه العملية رغم أهميتها الحيوية له.⁽⁵³⁾ كما أنه إذا كان المريض في حالة الإستعجال و تعذر الإتصال بأهله فإن الطبيب هو الممثل الطبيعي للمريض، و يمكن له أن يعطي الموافقة للمتلقي لإجراء زرع العضو، فإذا أخل بهذا الإلتزام الذي على عاتقه ، وكان المتلقي في حالة خطر، فإن فعله هذا يشكل جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر طبقاً للمادة 2/182 من قانون العقوبات.⁽⁵⁴⁾

⁽⁵²⁾ C.f, Jean Penneau, op. Cit, p.21.

⁽⁵³⁾ C.f, Dalloz N° 74-27, 14 Jan 1974, art 742 ET 60.

Jean Penneau, op. Cit, p.22.

أنظر أيضاً، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 101.

⁽⁵⁴⁾ أنظر، مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء....، المرجع السابق ، ص. 262.

ثانياً: حالة تخلف الغرض العلاجي.

سبق الذكر أنه يشترط لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء أن تكون بغرض العلاج، وأن تكون إجراءات زرع العضو أو النسيج المريض هي الأسلوب الأمثل الذي لا بديل له لإنقاذ حياته أو صحته من تدهور شديد يهددها.

وبناء عليه، فإن الرضا الذي تتوافر فيه كافة الشروط لصحته لا يحدث أثره في إباحة عمل الطبيب، الذي يتعلق بنقل أو زرع الأعضاء أو الأنسجة إذا توافرت احتمالات قوية على أن الإجراء لن يحقق للمريض أي مصلحة أو قد يعرضه لمخاطر تزيد عن تلك التي يواجهها بسبب حالته الصحية.

وقد قضت إحدى المحاكم في قضية تتمثل وقائعها بمباشرة أطباء مستشفى لورك بورت بنيويورك عملية إستئصال كلية لأحد الأشخاص إعتقاداً منهم أنه مصاب بورم، وبعد إجراء العملية إكتشف الأطباء أن الجزء المستأصل لم يكن إلا إحدى الكليتين التي كانت ملتصقة بالأخرى، وعندما ساءت الحالة الصحية للمريض أعربت والدته عن رغبتها في التنازل عن إحدى كليتيها كي تنتقل إلى ابنها، وبعد مضي ثلاث سنوات من إجراء عملية نقل الكلية رفض جسم المريض الكلية المنقولة وعندئذ قام الإبن و والدته برفع دعوى على أطباء المستشفى مطالبين بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهما نتيجة :

- الخطأ الطبي المتمثل في إستئصال كلية المريض بدون ضرورة طبية .
- إستئصال كلية من جسم الأم وهي عملية لم يكن لها فائدة في تحسين حال الإبن، وقد أدى ذلك بالتالي إلى تدهور حالة الأم الصحية، وقد قضت المحكمة بالتعويض للإبن ورفضته بالنسبة للأم لأنها تنازلت عن كليتها بمحض إرادتها.⁽⁵⁵⁾
وقد تكون عملية الزرع من العمليات التي لازالت في طور التجارب، فهل يجوز للطبيب تنفيذها ؟ هنا يمكن القول مبدئياً أنه يجوز ذلك ولا تثار مسؤولية الطبيب بشروط :

- أن يثبت أن هذه الوسيلة هي أفضل الوسائل بالنسبة للمريض وظروفه لتحقيق علاجه،

- أن الأضرار المحتملة تقل بشكل ملحوظ عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها المريض في حالة علاجه بالأساليب التقليدية.

- يجب أن تكون الوسيلة البحثية (العلاج التجريبي) قد سبق التحقق منها سواء من خلال تطبيقها على حيوانات أو إخضاعها لبحوث ودراسات مختلفة لضمان تجنب الأضرار بقدر الإمكان.⁽⁵⁶⁾

ولكن إذا كان تدخل الطبيب يخرج عن الشفاء المريض محل التجربة الطبية، فإنه تقوم مسؤولية الطبيب حسب جسامه الضرر الذي يصيب المريض.⁽⁵⁷⁾

(55) أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي ، المرجع السابق ، ص.213-214.

(56) أنظر، أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق ، ص.306 ومايلها .

(57) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.25.

كما أن القضاء قبل مسؤولية الطبيب الجنائية على أساس فعل العمد الذي يجري عملية جراحية لهدف غير علاجي، وإنما فقط لتحقيق الربح.⁽⁵⁸⁾

ثالثاً : حالة إهمال الطبيب إجراء الفحوص الطبية :

استقر القضاء الفرنسي كما سبق توضيحه، أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض، يعد أمراً ضرورياً قبل إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج، وأن إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته. وبناء عليه نرى مع الرأي الغالب أن عمليات نقل الأعضاء أياً كانت طبيعتها يجب أن يسبقها فحوص شاملة على المتبرع للتأكد من سلامته صحياً وعدم إصابته بمرض فقدان المناعة أو التهاب الكبد الوبائي بجميع أنواعه أو الأمراض الوبائية الأخرى القابلة للانتقال من إنسان لآخر، وأن تمتد هذه الفحوص لتشمل التأكد من توافق الأنسجة وصلاحيه العضو أو النسيج المطلوب نقله لأداء الغرض بالنسبة للمريض، و أن نقل العضو أو النسيج لن يعرض المتبرع لأخطار أو أضرار جسيمة. وتزداد أهمية هذه الفحوص في حالات الأعضاء غير المتجددة مثل الكلية، ففي حالة نقل الكلية يجب التأكد من أن الأخرى سليمة تماماً وتؤدي وظيفتها على الوجه المطلوب، وليس هناك ما يهدد صحة المتبرع ولو بخطر بسيط في المستقبل والعبارة بالحالة الصحية وقت إجراء العملية. وعلى ذلك لا يسأل الطبيب من الوجهة القانونية مادامت الكلية المتبقية كانت سليمة تماماً وقت إجراء عملية نقل الكلية الأخرى، ولو تعرض المتبرع لأخطار في المستقبل تؤثر على أداء هذه الكلية لوظائفها إذا لم تكن تلك الأخطار متوقعة وقت إجراء العملية وفقاً للمجرى العادي للأمور، وكان الطبيب قد اتخذ كافة الإجراءات اللازمة للفحص للتأكد من سلامتها. فإذا شاب سلوكه إهمال أو عدم احتياط أو رعونة أو عدم إنتباه أدى إلى عدم توقع أخطار معينة، فإنه يسأل عن الخطأ غير العمدي في حالة تحققها مع توافر الشروط اللازمة لذلك، و يتابع على أساس جريمة القتل الخطأ إذا أدى خطأه إلى الوفاة المنصوص عليها في المادة 288 من قانون العقوبات، أو على أساس جريمة الجرح الخطأ المنصوص عليها في المادة 289 من نفس القانون إذا أدى خطأه إلى عجز أو عاهة مستديمة بحسب الأحوال . كما أنه لا يكون عمل الطبيب مباحاً لو كان إحتمال نجاح العملية محدوداً، سواء كان يعلم بذلك أو لم يتوفر لديه هذا العلم بالنتيجة المشار إليها، بسبب إهماله في إجراء الفحوص اللازمة للتأكد من طبيعة الحالة الصحية، وتتوافر حينئذ المسؤولية عن الخطأ العمدي أو غير العمدي حسب الأحوال، إذا توافرت شروط المسؤولية الجنائية.⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁸⁾ أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 24.

⁽⁵⁹⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 218.

رابعاً : حالة إرتكاب الجراح خطأ في تنفيذ عمليتي النقل و الزرع :

إذا إنتهى الطبيب من إجراء الفحوص اللازمة للمتبرع و المريض، فإن واجبه لا ينتهي عند هذا الحد، بل يجب أن يمتد إلى مرحلة التنفيذ (إجراء العملية) و ما يتبعها. و في هذه المرحلة فإن واجب الطبيب في الرعاية و الحيطه يكون أكثر تشددا و دقة و يقتضي المزيد من المهارة و الرعاية و الحيطه بسبب جسامه الأخطار و الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمتبرع و المريض نتيجة أخطاء الطبيب.

و لا تنتهي مسؤولية الطبيب بإنهاء عملية النقل و الزرع، بل تمتد إلى مرحلة النقاها فتشمل المتابعة الدقيقة لتجنب المضاعفات و لاتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب لمنع تفاقم الأضرار، فالمتابعة بعد الجراحة ضرورية.

و يرتبط بالجراحة إجراءات التخدير و يقع على الجراح و طبيب التخدير واجبات التأكد من الحالة الصحية للمتبرع أو المريض لبيان قدرته على تحمل تخدير من طبيعة معينة. كما يكون طبيب التخدير مسؤولاً عن ضبط كمية المخدر بما يتفق و ظروف الحالة، فالزيادة في الكمية قد يؤدي إلى الإضرار بالمتبرع أو المريض، هذا إلى جانب ضرورة تواجده أثناء إجراء الجراحة لمتابعة الحالة و مراقبة ضغط الدم و التنفس و حالة القلب و خالفه.

و إذا كان هذا ما تقضي به الأصول الطبية في هذا الشأن، فإنه يمكن القول بناء على هذا بوجود مساءلة الطبيب عن خطئه في تنفيذ عملية النقل أو الزرع، كما أن إهمال الجراح أو إغفاله الإشراف على المتبرع بعد عملية النقل أو على المتلقي عقب إجراء عملية الزرع يكشف عن إخلاله بواجباته و يعد خطأ تتعد به مسؤوليته الجنائية. كما أن تغيب طبيب التخدير أو إهماله في المتابعة أثناء العملية و بعدها و حتى تمام الإفاقة قد يؤدي إلى توافر الخطأ لو تعرض المتنازل أو المتلقي لمضاعفات تتطلب التدخل السريع من جانبه.⁽⁶⁰⁾

رابعاً: حالة إجراء عملية النقل و الزرع في المنشآت غير المرخص لها قانوناً:

لا شك أن المشرع عندما حدد مكان إجراء هذا النوع من العمليات في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة حسب ما جاء في المادة 167 فقرة 1 من قانون حماية الصحة و ترقيتها، يكون قد منع على المستشفيات الأخرى لا سيما عيادات القطاع الخاص إجراء هذا النوع من العمليات، و من تم فمخالفة هذه القاعدة يترتب عليها قيام مسؤولية الطبيب إذا قام بنقل أو زرع عضو من أعضاء شخص ما في غير هذه المراكز و يوجب مساءلة مدير المستشفى إذا تم النقل و الزرع بموافقه أو بعلمه.

و لكن و أمام عدم وجود نص جزائي يطبق في حالة مخالفة هذه القاعدة، فإن هذا من شأنه أن يجعل النيابة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية في مثل هذه الحالة، وهذا ما يجعل تدخل المشرع لوضع نص جزائي يضبط هذه المسألة أمراً لا غنى عنه.⁽⁶¹⁾

⁽⁶⁰⁾ نقض جنائي فرنسي، 30 ماي 1986 ، مذكور في محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.219.

⁽⁶¹⁾ أنظر، مارك نصر الدين، مقال عن المشاكل القانونية...، المرجع السابق، ص.40.

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

المطلب الثاني:

نقل و زرع الأعضاء من جثث الموتى إلى الأحياء :

لقد أدت عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية إلى إنقاذ حياة و صحة الآلاف من المرضى بعد التقدم الطبي الكبير في هذا المجال، و رغم ذلك لا زالت هناك صعوبات تواجه المرضى في المستشفيات من هذه العمليات، و التي ترجع إلى عدم توافر الكمية المطلوبة من الأعضاء و الأنسجة البشرية لتلبية هذه الإحتياجات خاصة و أن بعض الأعضاء يستحيل إستئصالها من إنسان حي كالقلب مثلا. و لذلك إتجه الأطباء إلى نقل الأعضاء و الأنسجة من جثث الموتى حديثي الوفاة حيث أصبحت جثث الموتى مصدرا أساسيا للحصول على الأعضاء البشرية. ولهذا فالجثة تمثل المصدر الخصب و الوفير لقطع الغيار البشرية.

إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، و ذلك لأنه يصطدم بكثير من العقبات، و لعل أبرزها هو تحديد لحظة الوفاة. و ذلك لعدم كفاية المعيار التقليدي في تحديدها خاصة عندما أثبتت التقنيات الطبية الحديثة جواز إمتداد حياة الإنسان بواسطة الأجهزة الصناعية، و هذا ما يسمى بالإنعاش الصناعي، الذي من شأنه جعل الشخص في حد فاصل لا هو حي و لا هو ميت. و للوقوف علي حقيقة الأمور نبدأ بتحديد لحظة الوفاة (الفرع الأول)، ثم نعرض لمدى مشروعية النقل من الجثة و أهم شروط و ضوابط المشروعية (الفرع الثاني)، حتى نستطيع على ضوء ذلك تحديد مدى مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة هذه القيود (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تحديد لحظة الوفاة:

الموت أو الوفاة هو مفارقة الروح للجسد بصعودها إلى بارئها مصداقا لقوله تعالى : " و يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي و ما أوتيتم من العلم إلا قليل".⁽⁶²⁾ و تحديد لحظة الموت يوضح الخط الفاصل بين الحياة و الموت، و بالتالي الواجبات التي تفرض علي الطبيب. فقبل الموت نكون أمام إنسان حي، يجب على الطبيب أن يبذل كل جهده لإنقاذ و معاونته بكافة الوسائل المختلفة مثل الإنعاش الصناعي.⁽⁶³⁾

⁽⁶²⁾ سورة الإسراء، الآية 85.

⁽⁶³⁾ الإنعاش الصناعي هو : مجموعة من الوسائل و الإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما، قد تطول أو تقصر

لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، و ذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل، أنظر، أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق و التشريعية، السنة الخامسة، العدد الثاني، الكويت، يونيو

أما منذ لحظة الوفاة فيكون الطبيب أمام ميت، و هنا يبدأ التفكير في المساس بالجثة لنقل جزء منها إلى شخص آخر.⁽⁶⁴⁾

فالوفاة تكون نقطة البداية اللازم توافرها لإمكان إستئصال عضو من الجثة لزرعها في جسم الإنسان الحي المحتاج إليها، و أي مساس بالجسد قبل لحظة الوفاة يعد جريمة جنائية قد تصل إلى القتل العمد، و لذلك يبذل الأطباء جهدا كبيرا في محاولة لإيجاد معيار لتحديد لحظة الوفاة، كما حاول المشرع التعرض إلى مسألة تحديد الوفاة مسائرا بذلك إتجاهها خاصا به. و هذا ما سنحاول توضيحه في حينه.

أ - الإتجاهات المختلفة لتعريف لحظة الوفاة.

ثار خلاف بين فقهاء الطب و القانون و الدين حول المعيار الواجب الأخذ به في تعريف أو تحديد اللحظة الحقيقية للوفاة، و تمخض عنه بروز الإتجاهات الآتية :

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

و طبقا لهذا الإتجاه لا يجوز للطبيب الجراح إستئصال أي عضو قبل توقف القلب تلقائيا عن العمل، و موت خلاياه و توقف النفس. و يتبنى هذا الإتجاه المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة⁽⁶⁵⁾، و هو ما يسمى بالموت الظاهري.

الإتجاه الثاني : يعرف الوفاة بموت المخ، و هو توقف الدماغ عن العمل، و عدم إبداء جهاز رسم المخ لأي رد فعل. و هذا الإتجاه تبني المعيار الحديث للموت لأن الطب الحديث استقر على أن حياة الإنسان تنتهي عندما تموت خلايا مخه حتى و لو ظلت خلايا قلبه حية.⁽⁶⁶⁾

فإذا ماتت خلايا المخ بصفة نهائية، فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة، و من ثم يستحيل عودة الإنسان إلى الحياة الطبيعية، و يكون ذلك عندما يدخل الشخص في حالة الغيبوبة الكبرى أو النهائية.⁽⁶⁷⁾

و هذا التعريف للموت أثار بدوره الإتجاهات الآتية :

1- الإتجاه الصامت :

إلتزمت فيه بعض التشريعات الصمت، فلم تحدد معيار للموت، و هذا الإتجاه ظل محل نظر لأنه ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء ليقرروا بشأنهما ما يشاؤون دون معقب عليهم، و هو بهذا المسلك منح الأطباء صكا على بياض للإعتداء على حق الإنسان في الحياة وهو من أهم و أغلى الحقوق على الإطلاق دون مسؤولية لملاحقتهم.

⁽⁶⁴⁾ أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.105

⁽⁶⁵⁾ أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية و الرق العذري في

الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 1993، ص.71.

⁽⁶⁶⁾ أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص.173 و ما بعدها.

⁽⁶⁷⁾ أنظر، أحمد جلال الجوهري، المرجع السابق، ص.126-127.

2- الإتجاه الإكلينيكي :

يرى جانب من الفقه أن الموت هو زوال الحياة و يثبت بعلاماته الظاهرية أو الإكلينيكية مثل توقف القلب، ضعف البصر، إسترخاء القدمين، و إوجاج الأنف، و إنحساف الصدغ.

و هذا الإتجاه هو الذي قننته كتب الطب الشرعي قديمها و حديثها، و لكن ثبت بعد التطور الطبي الهائل و ما استحدثته من أجهزة، أن الموت الإكلينيكي هو أولى مراحل الموت، و ليس الموت ذاته متى تم إستخدام جهاز التنفس الصناعي، أو جهاز القلب أمكن بمقتضاه تدفق الدم إلى المخ.

3- الإتجاه الحديث :

يرى أنصاره بوجود مسايرة المعيار الطبي الحديث للوفاة، الذي أثبت أن موت المخ هو التعريف الصحيح للوفاة متحججا في ذلك بأن الطب هو صاحب الإختصاص الواجب الإتباع في هذا الخصوص و ليس العكس.

4 - الإتجاه الشامل :

يأخذ أنصاره بالمعيار المزدوج، أي إتباع التعريفين معا التقليدي و الحديث،⁽⁶⁸⁾ فلا يثبت الوفاة إلا بعد موت جذع المخ، و الموت الإكلينيكي بعلاماته، و هذا ما أخذ به الفقه الإسلامي الحديث.⁽⁶⁹⁾

ب - موقف التشريع الجزائري من تحديد لحظة الوفاة :

أثارت مسألة تحديد لحظة الوفاة خلافا بين فقهاء القانون و الطب، حول مدى إمكانية إخضاع مسألة الموت للتشريع، بمعنى هل الموت مسألة قانونية، و من تم و جب على المشرع أن يتدخل بخصوصها و يضع لها نصوصا قانونية، تعرف الموت بدقة، كما هو الشأن في بعض التشريعات المقارنة، أم أنه مسألة طبية بجثة تترك لأهل الفن و الإختصاص و هم الأطباء ليتولوا تعريفها دون معقب عليهم، و هذا الإشكال لا زال محل خلاف لحد الآن. و لقد نظمت بعض التشريعات الوفاة بنصوص قانونية، و هناك بعض التشريعات جاءت بنصوصها خالية من كل إشارة لتعريف الوفاة. و بالرجوع إلى القوانين التي نظمت الوفاة بالجزائر يمكن إجمالها فيما يلي:

1 - قانون العقوبات :

تتاول قانون العقوبات ضمن نصوصه الجرائم المتعلقة بالمدافن في المواد من 150 إلى 154، فجرم إنتهاك حرمة المقابر سواء تمثل الإنتهاك في صورة هدم أو تخريب

⁽⁶⁸⁾ أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.110.

⁽⁶⁹⁾ لقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في عمان في شهر أكتوبر 1986، و إصدار قراره التالي:

" يعتبر شرعا أن الشخص قد مات و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، إذا تبين فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1- إذا توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما، و حكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، و حكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه،

و أخذ دماغه في التحلل " ، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.71.

أو تدنيس أو بأي طريقة كانت، كما جرم المساس بالجثة سواء عن طريق التدنيس أو التشويه أو أي عمل من أعماله الوحشية و الفحش، أو قام بإخفاء الجثة. وهذا ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء في وجوب تكريم جثة المتوفى وعدم التعريض بها.

2 - قانون الحالة المدنية :

نصت المادة 78 أن الترخيص بالدفن لا يمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا شهادة صادرة من الطبيب الذي كلف بالتأكد من حالة الوفاة.⁽⁷⁰⁾ و نصت المادة 80 من نفس القانون على أن يتضمن الترخيص محرر الوفاة يوم و ساعة و مكان الوفاة و هذا الإلتزام لا يفرض إلا من وقت العلم به. كما نصت المادة 2/81 على أنه: " في حالة حدوث الوفاة في المستشفيات أو...المؤسسات العمومية الأخرى يجب أن يخطر خلال 24 ساعة ضابط الحالة المدنية ".

و تنص المادة 3/81 على أن ضابط الحالة المدنية هو الذي ينتقل بنفسه ليتأكد من الوفاة ثم يحرر ضابط الحالة المدنية بعد ذلك شهادة الوفاة، و ذلك بعد تجميعه البيانات الخاصة بالمتوفى.

3 - قانون الصحة :

لم يهتم المشرع بتحديد لحظة الوفاة حتى أثناء وضعه لقانون حماية الصحة و ترقيتها رغم أنه تعرض لمسألة الوفاة في المادة 164 الفقرة الأولى من نفس القانون و التي نصت على أنه : " لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة...".

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع لم يحدد لحظة الوفاة و إنما إكتفى بالإحالة على وزير الصحة، الذي يقع على عاتقه وضع تعريف للوفاة حسب المقاييس العلمية التي توصل إليها الطب.

و لكن هذا الأمر لم يحدث فوراً، فمنذ صدور قانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1985، لم يصدر عن وزارة الصحة ما يفيد تحديد لحظة الوفاة وفق المقاييس العلمية. و هذا الفراغ التشريعي جعل الأطباء يعتمدون في تحديد لحظة الوفاة على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة مثل نبض القلب، برودة الجثة...كل حسب إمكانياته، و هذه المؤشرات ليست في الحقيقة دليل قاطع على الوفاة الحقيقية.

وفي سنة 1989 أصدر وزير الصحة القرار رقم 39-89 في 26-03-1989 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية، و نص صراحة في هذا القرار أن الموت المعتمد به في مجال زراعة الأعضاء، هو موت المخ - Mort Cérébrale -

(70) صدر قانون الحالة المدنية بموجب الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة 1389،

الموافق ل 19-04-1970.

و وضع في المادة الأولى منه العلامات الواجب توافرها للقول بموت المخ، وفي المادة الثانية عدد الأطباء الذين يجب أن يعينوا الوفاة.

و في سنة 1990، ورغم أن المشرع عدل قانون حماية الصحة⁽⁷¹⁾، و أنشأ مجلس وطني لأخلاقيات مهنة الطب إلا أنه ترك تحديد لحظة الوفاة بدقة لرجال الطب ليحددوها وفق القواعد المعمول بها في الحقل الطبي دون تدخل من جانب القانون في هذه المسألة، و هذا ما نصت عليه المادة 1/168 معدلة من قانون حماية الصحة : "ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عمليات إنتزاع الأنسجة و الأعضاء وزرعها...".

و فعلا ظهر للوجود هذا المجلس سنة 1998 يقوم بمهام السهر على تطبيق المواضيع و المهام المذكورة في المادة السابقة.

رغم كل هذا فإنه لا بد من التأكد على أن مسألة تحديد الوفاة هي من إختصاص وزير الصحة طبقا للمادة 164 من قانون الصحة و المجلس الوطني لأخلاقيات الطب. و بناء على ما تقدم نستطيع القول أن المشرع الجزائري يساير الإتجاه القائل بوضع نصوص قانونية لتعريف الوفاة، كون القرار رقم 39-89 الصادر سنة 1989 عرف بموجبه المشرع الوفاة و العلامات الواجب توافرها للقول بوفاة الشخص، كما ساير الإتجاه القائل بتترك المجال للأطباء في تعريف الوفاة و ذلك بإنشائه لمجلس وطني توكل له مهمة تعريف الوفاة، و بهذا ينفرد المشرع الجزائري بإتجاه خاص.⁽⁷²⁾

و لعل سبب الخلافات يعود إلى القوى الثلاثة (الرئتان، المخ، وخلايا المخ) المسيطرة على الجسم التي لا تموت دفعة واحدة، و إنما على ثلاث مراحل زمنية متتابعة: أولهما: مرحلة الموت الإكلينيكي، تتوقف الرئتان عن العمل ثانيهما: مرحلة موت المخ.

ثالثهما: مرحلة موت الخلايا (جذع المخ أو توقف المراكز العصبية عن العمل).⁽⁷³⁾ لقد إستقر الطب الحديث على أن موت خلايا المخ هو معيار موت الإنسان، موتا حقيقيا، و يقصد بموت المخ الغيبوبة النهائية⁽⁷⁴⁾، و هي أحسن حل لنقل الأعضاء من

(71) قانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 جريدة رسمية عدد 35، المعدل و المتمم لقانون 85.05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

(72) أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء...، المرجع السابق، ص. 374-375.

(73) أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص. 106. الهامش 2.

(74) "الغيبوبة النهائية" : تعني توقف المخ نهائيا بما في ذلك المراكز العصبية الهامة التي تتحكم في الوعي و الكلام و الحركة و الذاكرة و التنفس و السمع و البصر و الدورة الدموية و السيطرة على الغدد و على درجة الحرارة و تنظيم وظائف الأعضاء الهامة، و قد أثبت الطب الحديث عدم الفائدة من استمرار علاجها بكافة الوسائل الصناعية.

و هذه الحالة تختلف عن الغيبوبة العميقة التي يفقد فيها الشخص كل إدراك و قدرة على الاتصال بالعالم الخارجي رغم أن خلايا المخ لا تزال حية أي أن الشخص لم يموت، و هذا ما يبرر استخدام أجهزة الصناعي. أنظر بالتفصيل أحمد جلال الجوهري، المرجع السابق، ص. 126 وما بعدها.

أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 174 و ما بعدها.

جثت الموتى، لأن جذع المخ لو مات دخل صاحبه في غيبوبة مستديمة لا يعود بعدها إلى الحياة أبداً.⁽⁷⁵⁾

لكن المشكل لا زال قائماً، لأن الغيبوبة النهائية لا يتعرض لها كل الناس، بل يتعرض لها عدد محدود من الأشخاص في بعض الحوادث، و أن الشخص في هذه الحالة يعتبر في نظر الطب ميؤوس منه. و هذا مصطلح لا وجود له في نصوص القانون و لا في أحكام الشريعة لقوله تعالى: " و لا تياسوا من روح الله إنه لا يياس من روح الله إلا القوم الكافرون".

فالمشكلة إذن لا تكمن في تعريف الوفاة في حد ذاتها بقدر ما تكمن في أساليب التحقق من الوفاة و القابلة للتعديل بصفة مستمرة.

الفرع الثاني

مدى مشروعية النقل من الجثة

سبق وأن ذكرنا أن إباحة عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية تجد أساسها الشرعي في الفتوى الصادرة عن لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في 20 أفريل 1972 و التي أجازت النقل بين الأحياء و من جثت الموتى⁽⁷⁶⁾، ثم تلتها نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تعتبر الأساس القانوني لهذه العمليات التي أجازت في المادة 164 معدلة عمليات إستئصال الأعضاء من الجثة قصد زرعها لأشخاص أحياء. إلا أن شرعية الإستئصال مقيدة بشروط أوجب الشارع مراعاتها عند إجراء عمليات الإستئصال من جثت الموتى وهي كالتالي :

أ- الشروط العامة :

وهي تلك الشروط التي تناولتها غالبية التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء وتنتمثل فيما يلي :

1 - مكان إجراء العملية:

لا يجوز القيام بعمليات إستئصال الأعضاء ونقلها إلا في المستشفيات ، ودور الصحة العامة، التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصحة ، ويبين هذا القرار الشروط الواجب توافرها في دور الصحة كما يعدها، وهذا ما أشار إليه قانون حماية الصحة وترقيتها في المادة 167.

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

(75) أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 173 .

(76) أنظر، مروك نصر الدين ، نقل الأعضاء، المرجع السابق، ص. 390.

في المادة 2 منه، وهي نفس المراكز التي تطرقنا إليها في المطلب الأول من هذا المبحث في إطار نزع وزرع الأعضاء بين الأحياء.

2 - عدم جواز ذكر هوية المتبرع للمستفيد :

لا يجوز الإعلان عن اسم المتنازل للمتلقي أو لأسرته والعكس صحيح، وهذا الشرط إستحدثه المشرع في المادة 165 الفقر الثانية المعدلة بقانون 90-17 حيث نصت على أن : "...كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع...". و الهدف من هذا النص هو أن تبقى عمليات نقل الأعضاء في طبيعتها الإنساني البحت، بحيث أن المريض لا يعرف الشخص الذي منح له العضو حتى لا يبقى أسيراً للمعروف الذي قدمه له المتبرع ، و كذا المتبرع لا يعرف المريض حتى لا يمن عليه بالعضو الذي قدمه له. و نشير هنا إلى أن التطبيق العملي جاء مخالفاً لهذا النص، بحيث أننا نجد أن معظم العمليات التي تتم بين الأشخاص تكون بين الأقارب، كأن يتنازل الأب لأبيه أو الأم لابنها أو الأخت لأخيها...، و في هذه الحالة الأطراف يعرف كل منها الآخر. كما أن الشخص المتنازل إذا افترضنا أنه من الغير، فإنه لا يمكن أن يوافق على أن يتنازل لشخص مجهول لا يعرفه و لم يره، كونه قد يريد التأكد من أن حالته الصحية تتطلب فعلاً عملية نقل العضو إليه، و بغير علمه و رؤيته للشخص المريض فإنه سيعتقد أن الأطباء يكذبون عليه، و أنهم سيستغلون العضو الذي سيتنازل عليه إما لإجراء التجارب أو البيع...، و هذا ما يتطلب من المشرع إعادة النظر في هذا الشرط بصياغته بطريقة واضحة.⁽⁷⁷⁾

3 - عدم جواز الإستئصال من الجثة إذا كان هناك شبهة جنائية :

لا يجوز إجراء عمليات إستئصال من جثة المتوفي إذا كان هناك شبهة جنائية، إقترنت بحالة الوفاة إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص. و ما يلاحظ هنا أن المشرع قد أغفل النص على هذا الشرط في القانون الجزائي، و لكن ما يجب ملاحظته هنا هو أن هذا الشرط رغم عدم النص عليه إلا أنه يطبق تلقائياً.

ب- الشروط الخاصة :

إلى جانب الشروط العامة هناك الشروط الخاصة الواجب توفرها في كل من المتنازل و المريض و الطبيب. فبالنسبة للشروط الخاصة بالمريض فهي نفسها الشروط المتطلبة فيه عندما يتم النقل و الزرع بين الأحياء و التي سبق التطرق إليها في المطلب الأول و لا داعي لإعادة ذكرها هنا. و لهذا سنقتصر هنا الدراسة على الشروط الخاصة بالأطباء و المتنازل و هي كالتالي:

1 - التحقق من موت المتبرع :

لا يجوز مباشرة عمليات إستئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتنازل، و خاصة إذا كانت الأعضاء المراد إنتزاعها أعضاء ضرورية للحياة

(77) أنظر، مروك نصر لدين، مقال المشاكل.....، المرجع السابق، ص. 36-37.

كالقلب مثلاً، و الذي لا يجوز إستئصاله من شخص حي. و قد ترك المشرع تحديد الوفاة لوزير الصحة و المجلس الوطني لأخلاقيات الطب و هذا الشرط نصت عليه المادة 164 الفقرة الأولى معدلة من قانون الصحة.

أما إثبات الوفاة فيكون من طرف لجنة طبية حددها قرار 39-89 في المادة الثانية منه التي تتكون من ثلاث أطباء.

2 - عدم جواز الجمع بين الطبيب الذي يثبت الوفاة و الطبيب الذي يستأصل الأعضاء:

هذا الشرط نصت عليه المادة 165 الفقرة الثالثة معدلة من قانون الصحة الذي إستحدثه المشرع و يهدف من خلاله إلى استبعاد كل تلاعب بجسم الإنسان و خاصة بأعضائه، و جعل الأطباء في منأى عن كل شبهة، لذلك جعل الفريق الذي يعلن وفاة الشخص غير الفريق الذي يقوم بعملية نقل العضو.

لكن في الواقع العملي و خاصة في الوطن العربي، فإن تطبيق هذا النص يطرح إشكال كبيراً إذا كان بقسم الجراحة طبيب واحد فقط أو طبيبان و ليس فريق، كما ينص القانون، فما مصير عملية نقل العضو خاصة و أن التأخير من شأنه أن يؤدي إلى تفويت الفرصة على المريض في نقله.⁽⁷⁸⁾

3 - الإذن بالإستئصال :

نص المشرع في المادة 164 الفقرة الثانية و الثالثة معدلة على أنه: "... يجوز الإنتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله لذلك.

إذا لم يعبر المتوفي أثناء حياته لا يجوز الإنتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب التالي :

الأب و الأم - الزوج و الزوجة - الإبن و البنت - الأخ و الأخت - أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفي أسرة....".

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

1/ إذن المتوفي :

من خلال النص السابق يتبين لنا أن الشخص المراد إستئصال أعضائه قد يعبر على إرادته أثناء حياته بالقبول أو الرفض، و تترتب على كل حالة آثار متباينة، و لهذا سنحاول التعرض لكلا من الموقفين :

الحالة 1 : قبول الإستئصال من الجثة :

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

(78) أنظر، مروك نصر الدين، مقال المشاكل القانونية...، المرجع السابق، ص. 37.

و من تم رضاء المتنازل يكون بكافة الأساليب، و أيا كان أسلوب هذا التعبير، سواء كان بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو التعبير الضمني. ليس هذا فحسب، بل يجوز للمتنازل قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة بذاتها، تكون محلا للانتزاع و أن يحرم أعضاء أخرى يترتب عليه تشويه مظهر جثته.⁽⁷⁹⁾ كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية كأن تكون علاجية حسب المادة 1/161 من قانون حماية الصحة و ترقيتها أو تكون لأغراض علمية تجريبية حسب المادة 1/168 و 2 من نفس القانون.

الحالة 2 : رفض الإستئصال من الجثة :

نص المشرع في المادة 165 الفقرة 1 على أن: " يمنع انتزاع الأنسجة... إذا كان الشخص المعني قد رخص كتابيا و هو على قيد الحياة...". يتضح من هنا أن المشرع أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته، على أن يتم هذا الاعتراض في الشكل الكتابي. و في الأخير فلا بد من التأكيد على أن إرادة المتوفي تعلق في هذه الناحية إرادة أقاربه، و لا يجوز مخالفتها، و من الواجب إحترامها ما دامت صدرت منه و هو متمتع بالقدرة على التفكير و التقدير و الإختيار.⁽⁸⁰⁾

2/ إذن أسرة المتوفي:

من إستقراء نص المادة 164 الفقرة الثالثة معدلة يتبين أن المشرع إشتراط للحصول على موافقة أفراد الأسرة من أجل إجراء عمليات إستئصال الأعضاء من الجثة، و هذا الشرط ما هو إلا تعبيراً عن حماية حقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، تلك الحقوق التي تجد جذورها في صلة الدم و القرابة التي تربط أفراد الأسرة. و لذلك فهم يخلفون قريبهم في المحافظة على كرامة جثته، فالتغاضي عن موافقة الأسرة ينطوي عليه إعتداء صارخ على حقوقهم المعنوية، و الإحترام الواجب نحو الميت.⁽⁸¹⁾

و هذا يعني أن المتوفي إذا لم يوصي أثناء حياته بأخذ أعضائه، فإن هذا الحق ينتقل إلى أفراد أسرته حسب الترتيب الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي. و هناك فريق من الفقه من يرى أن إستئصال عضو من المتوفي دون إذن أسرته يعد من قبيل سرقة عضو من الجثة، يؤدي للإضرار بأصحاب الحقوق المعنوية على الجثة، بل أن ذلك يعتبر من جهة الطبيب من قبيل خيانة الأمانة التي عهد بها المريض و أقاربه.⁽⁸²⁾

⁽⁷⁹⁾ C.f, Oussoukine Abdelhafid, Traité de droit ..., OP. Cit, P. 119. n° 259.

⁽⁸⁰⁾ أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 207.

⁽⁸¹⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 266 .

أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 220.

⁽⁸²⁾ C.f, Savatier, Auby & Pequignot, OP. Cit, P. 171-172.

3/ الحصول على الأعضاء دون موافقة أحد:

المشروع قد إشتراط في الإستئصال من الجثة الحصول على إذن من المتوفي أو أحد أفراد أسرته، إلا أنه استحدث فقرتين جديدتين بتعديل 90-17 للمادة 164 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي جاء فيها : " ...غير أنه يجوز إنتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الإتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفي أو ممثله الشرعيين أو كان التأخير في أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع. إذا إقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

و من هنا يجوز للطبيب أن يقوم بالمساس بالجثة، و إستئصال العضو المحتاج إليه، و هو إما كلية أو قرنية العين لزرعها للمريض الذي هو في حاجة ماسة إليها دون موافقة أحد، إلا موافقة اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بعد إثبات حالة الإستعجال، و كأن المشروع قد جعل طرفا آخر غير المتوفي و أسرته محل هؤلاء في الرضاء. و يمكن تفسير ذلك بان المشروع عند وضعه لهذه الفقرة قد راعى المنفعة العامة التي تعود على المجتمع بعد عملية الزرع، و التي يجب أن تكون أكبر من قبل، بمعنى أن النفع الذي يعود من عملية الإستئصال من الجثة و زرعها في جسم شخص حي، هو في حاجة إليها يزيد في مجمله عما كان عليه قبل إجراء العملية.⁽⁸³⁾

و التدخل هنا للمساس بالجثة مرده حالة الإستعجال التي يفرضها ظروف المتلقي، و تقرير حالة الإستعجال من عدمها يعود لإختصاص اللجنة الطبية. هذه الأخيرة أوكل لها الكلمة الفصل بخصوص المساس بالجثة للإستئصال. كما أن المساس الطبي بجثة المتوفي دون الموافقة المسبقة مرده الإعتراف بمثل هذه العمليات، و النص عليها صراحة، فالقانون هو الذي يرخص للطبيب بمباشرة هذه الأعمال حتى لا تكون إعتداء على حرمة الميت، و لكنها تستهدف المحافظة على حياة الشخص المريض الحي، و ذلك بغض النظر عن النتيجة التي ستسفر عنها عملية الزرع للمتلقي، طالما أن الطبيب قد وجه فنه الطبي إلى علاج المريض .

و بهذا يكون المشروع أباح إستئصال الأعضاء دون موافقة أحد، و لكنه قيده بشروط حسبما وضحناه سابقا، و رفض مسابرة الإتجاه الذي أخذ بتأميم الجثة، و اعتبارها ملك للمجتمع يتصرف فيها كيفما يشاء.⁽⁸⁴⁾

⁽⁸³⁾ كلما كانت المصلحة أقوى و أهم من المفسدة المعنوية، فإن المصلحة تتقدم، و بهذا يجوز لنا أن نأخذ من أعضاء الميت، لأن الإنسان إذا مات تبطل علاقة كل الناس به و الميت لا يورث و إنما تورث تركته، أما هو فقد أصبح من هذه الأرض التي لا يملكها احد، و لذلك ليس من الضروري أن نستأذن أحد لاقتطاع عضو من أعضاء الميت. أنظر في هذا الصدد المحاضرة التي ألقاها سماحة العلامة محمد حسين فضل الله في مستشفى الشرق الوسط، بيروت، بتاريخ

12-09-1995 ، موجود ب www.google.com .

⁽⁸⁴⁾ أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء...، المرجع السابق، ص. 445.

و من خلال كل ما تقدم، فإنه حتى تكون عملية نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء مشروعة لا بد أن تتوافر فيها كل الشروط السابقة الذكر مجتمعة. و يترتب عن تخلف إحداها، اعتبار عمل الطبيب غير مشروع، و يوجب مسؤوليته جنائيا حسب الأحوال، و هذا ما سنحاول توضيحه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط النقل من الجثة :

سبق و أن وضحنا أن المشرع يبيح إستئصال الأعضاء و الأنسجة من الشخص بعد التأكد من وفاته و موافقة ذوي الشأن. أما قبل حدوث الوفاة، فإن الواجب المهني و الإنساني الملقى على عاتق الطبيب يفرض عليه أن يبذل للمريض أو المصاب قصارى جهده، و أن يقدم له العلاج الطبي العادي و غير العادي حتى و لو كان في النزاع الأخير، من أجل إبقائه على قيد الحياة طالما وجدت فرصة حقيقية لذلك. لكن قد يتجاهل الطبيب هذا الواجب، و يتمتع عن تقديم العون و المساعدة لهذا المريض المهدد بالموت، بل و قد يرى أنه ميوؤسا من شفائه فيقدم على قتله بدافع الشفقة، و لكن يستفيد في نفس الوقت بأعضائه في عملية الزرع، أو قد يستأصل الأعضاء و الأنسجة منه بعد وفاته بدون إذن يخوله هذا الحق. فما مدى مسؤولية الطبيب عن هذه الجرائم ؟ هذا ما سنتعرض له بنوع من التحليل الموجز تباعا:

أ- جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر :

جرى الفقه على تقسيم الجرائم العمدية إلى جرائم إيجابية يتكون ركنها المادي من فعل إيجابي كالقتل و السرقة، و جرائم سلبية يتخذ الركن المادي فيها صورة الإمتناع و تحقيق نتيجة إيجابية ناشئة عن هذا الإمتناع. و هذا النوع من الجرائم تتدرج ضمنها الجريمة المنصوص عليها في المادة 182 في الفقرة الثانية من قانون العقوبات التي جاء فيها: "... و يعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له و ذلك دون أن تكون خطورة عليه أو على الغير ...". يتضح من خلال هذه المادة أن تتطلب لقيام هذه الجريمة توافر ركنين هما:

1 - الركن المادي: و يتحقق بوجود شخص حي في حالة خطر، و بذلك ينطبق هذا النص على الشخص الذي يكون في النزاع الأخير.⁽⁸⁵⁾ و لا يشترط جسامه معينة في الخطر و إنما المهم أن يكون الخطر حال، ثابت و حقيقي. بحيث يقتضي ضرورة التدخل الحال و المباشر بالنسبة له.⁽⁸⁶⁾

إضافة إلى ذلك أن يكون في إمكان الطبيب تقديم المساعدة، على أن تكون تلك المساعدة بأسلوب أكثر جدوى لمواجهة الخطر حسب ظروف كل حالة، و يكون تدخل الطبيب حال و فوري لأجل أن ينتج أثره في اللحظة المطلوبة و المناسبة.⁽⁸⁷⁾

⁽⁸⁵⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 281 .

⁽⁸⁶⁾ C.f, Cass, 31 - 05 - 1949, D. 1949 - 347.

⁽⁸⁷⁾ أنظر، أسامة عبد الله فايد، المرجع السابق، ص. 278 .

و تقع جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر في مجال العمل الطبي بمجرد إخلال الطبيب بالإلتزام بقواعد المهنة، أو بالواجب الإنساني، فلا يشترط أن يكون من شأن تدخله المساعدة في إنقاذ حياة المريض، و أن ارتكابه خطأ في تقدير مدى الفائدة من تقديم المساعدة أو الإستعجال من التدخل لا يعفيه من المسؤولية الجنائية.⁽⁸⁸⁾

2 - القصد الجنائي: و يتمثل في توافر العلم و الإرادة لدى المتهم أي أن يكون عالما بوجود شخص في خطر، و يمتنع عمدا عن تقديم المساعدة له. و لا تقوم هذه الجريمة إذا كان إمتناع الطبيب غير متعمد، و لهذا ذهب القضاء الفرنسي للقول أن جريمة عدم تقديم المساعدة لا تقوم عندما يوجد خطأ بسيط في التقدير، لأن الشخص الذي يخضع لحكمها يجب أن يكون عالما بوجود خطر حال و ثابت و مستمر و تطلب التدخل الفوري، و يأخذ في الإعتبار هذا الخطأ في التقدير الذي يعطي إعتقاد لدى المتهم بعدم وجود خطر.⁽⁸⁹⁾

و إستنادا إلى ما تقدم يمكن القول بأنه يجب اعتبار المريض المهدد بموت أكيد و حال في خطر مما يتعين على الطبيب إنقاذه، و مد يد العون و المساعدة له بقدر الإمكان حتى وفاته، طالما هناك فرصة حقيقية لبقائه على قيد الحياة، و أن إمتناع الطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي مثلا أو ترك المريض بدون مساعدة بعد قفل الأجهزة على جسمه و قبل موت خلايا المخ، فإنه يتسبب بذلك في موت المريض موتا حقيقيا. و من تم يسأل جنائيا عن جريمة الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، طبقا للمادة 182 الفقرة الثانية من قانون العقوبات لرفضه قبول المريض على أساس أنه ميت من وجهة نظره دون أن يقوم بفحصه أو التأكد من موته.⁽⁹⁰⁾ و إذا كان من المؤكد أن إلتزام الطبيب بالمساعدة يكون كبيرا إذا كان الخطر الذي يتعرض له المريض يدخل في مجال إختصاصه، فإن هذا لا يسمح له برفض المساعدة بحجة أن الخطر الحال بالمريض، لا يدخل في هذا المجال فعلى الرغم من أن تخصص الطبيب يعتبر حدا لنطاق إلتزامه، إلا أنه لا يستطيع أن يبرر إمتناعه عن المساعدة بكل ما في وسعه لحفظ حياة المريض أو منع تفاقم حالته بخروج الخطر من مجال إختصاصه، لأن مجرد صفته كطبيب تجعله أقدر من غيره على إسعافه.⁽⁹¹⁾

⁽⁸⁸⁾ C.f, Cass. Crim, 17 Fév. 1972 & 16 mars 1972, J.C.P 1973 II, 17474 note Lismoret.

M.M. Hannouz & A.R. Hakem, OP. Cit, P. 91.

⁽⁸⁹⁾ C.f, Crim, 25-06-1964 , D. 1964. 549.

⁽⁹⁰⁾ C.f, Cass.crim, 23 mars 1953, Bull crim.1.4 d.1953, P.371.

أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 173 .

⁽⁹¹⁾ C.f, M.M.Hannouz & A.R. Hokem, OP. Cit, P. 89.

و يذهب رأي من الفقه أنه يقع على الطبيب الذي لم يحصل على ترخيص قانوني بمزاولة المهنة أن يتدخل في هذه الحالة لإنقاذ هذا المريض و إلا تعرض للمساءلة.⁽⁹²⁾

ب - جريمتي القتل العمدي و القتل غير العمدي :

جناية القتل العمد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 254 من قانون العقوبات و التي يتطلب توافر أركانها المتمثلة في وقوع الفعل على إنسان حي، و أن القتل هو نتيجة لفعل الجاني، و قصد إحداث الوفاة.

و عليه، إذا ثبت أن الإعتداء وقع على ميت، فإن الفاعل لا يعد قاتلا و لا يعاقب بعقوبة الإعتداء على الحياة.

و تطبيقا بذلك فإن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي عمدا قبل موت خلايا مخ المريض يجعل الطبيب مسؤولا جنائيا عن جريمة القتل العمد متى قصد إحداث الموت و يعاقب عليه جزائيا. أما إذا كان ما وقع منه سببه الإهمال أو التقصير يسأل عن جريمة القتل الخطأ لوقوع فعل على إنسان حي و لم يتعمده الطبيب.

أما إذا كانت وظائف المخ متوقفة تماما، و قام الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش ليستأصل عضوا، فإنه لا يوجد خطأ و لا مسؤولية جنائية على الطبيب كونه وقع على شخص ميت.⁽⁹³⁾

و أيضا إذا كان تركيب الأجهزة تم بعد موت خلايا مخ المريض، فحياته هنا كانت غير محققة و بالتالي تنتفي مسؤوليته الجنائية، و لا يعاقب على أساس أنه قاتل، بعد أن يتم إثبات الوفاة من خلال لجنة طبية قانونية.

و لكن الصعوبة الحقيقية توجد في حالة ما إذا كانت هذه الأجهزة قد علق على المريض قبل موت خلاياه، أي في وقت كانت حياته محققة، و أوقفت عن العمل بعد ثبوت موت مخه، فالمريض في هذه الحالة و إن كانت وفاته طبيعية في رأي الطب إلا أنه مازال يتمتع بالحياة طالما لم تتخذ الإجراءات الرسمية لإعلان الوفاة، و أن واجب الطبيب في مفهوم القانون يكمن في المحافظة على الحياة أو ما تبقى منها، و ليس في إطفاء شعلة الحياة التي تظل حقوقها قائمة لحين إعلان الوفاة رسميا، بعد عرض الأمر على لجنة طبية متخصصة.⁽⁹⁴⁾

في بعض الأحيان يتوقف الطبيب عن العلاج بسبب تأكده من الوفاة ثم يفاجئ بعودة المريض إلى الحياة، كما شهد ذلك مستشفى " دامرجي " بولاية تيارت و هي ظاهرة فريدة، إذ عادت امرأة إلى الحياة بعد تأكيد الطبيب المعالج لها عن وفاتها عياديا

⁽⁹²⁾ أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 280 .

⁽⁹³⁾ أنظر، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص. 179 .

⁽⁹⁴⁾ أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 147 .

(كلينيكيا). و بعد حوالي نصف ساعة عن تحريره شهادة وفاة بإسمها، فوجئ برأيها و هي تكلم من حولها، و المرأة تبلغ من العمر 40 سنة و قد توفي جينيتها.⁽⁹⁵⁾ لذلك فإن إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الصناعي، يعتبر مخاطرة قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية، الأمر الذي يدفعه إلى ترك الأجهزة معلقة على المريض الذي يعد إنسانا حيا في نظر القانون، معطلا بذلك هذه الأجهزة عن الإستفادة منها لدى الأحياء. و على هذا، من المناسب أن يتطور مفهوم الموت لدى القانون بحيث يتطابق مع مفهومه الطبي أو على الأقل تمكن الطبيب من إثبات موته موتا طبيعيا بموت خلايا مخه حتى قبل إتخاذ إجراءات إعلان وفاته رسميا.⁽⁹⁶⁾

ج- جريمة القتل بدافع الشفقة : - Euthanasie -

القتل بدافع الشفقة⁽⁹⁷⁾ أو إنهاء الحياة إشفاقا أو موت الإراحة أو قتل الرحمة، يقصد به: "ذلك الموت الرحيم الذي يخلص مريضا لا يرجى شفاؤه من آلامه المبرحة".⁽⁹⁸⁾ فهذا النوع من القتل يفترض وجود حياة إنسانية طبيعية تسبب لصاحبها آلاما لا تحتمل، و يضع حدا لهذه الآلام بقتل المريض طبييا.

و لا بد من الإشارة هنا إلى أن القتل الرحيم يختلف عن القتل بناء على طلب أو برضا المجني عليه في كون القاتل يرتكبه دون طلب أو رضاء سابق على الفعل من المجني عليه، بل يرتكبه من تلقاء نفسه بدافع الشفقة عليه لإراحته من الآلام التي حلت به.⁽⁹⁹⁾

هذه الصورة من القتل نجدها غير مجرمة في قانون العقوبات الجزائري أو بمعنى أصح لا يوجد نص خاص يجرم القتل بدافع الشفقة و لا عقوبة خاصة، و هذا لكون أن هذا النوع من القتل يأخذ بالباعث و هو الشفقة. و المعلوم في القواعد العامة في القانون الجنائي أن الباعث لا علاقة له بالركن المعنوي و لا تأثير له على المسؤولية الجنائية، إذ يقوم القصد الجنائي متى أراد الجاني النتيجة أيا كان الدافع أو الباعث لو كان الشفقة على المجني عليه. فالحياة الإنسانية محل الحماية القانونية حتى لحظتها الأخيرة.

و بناء على ما تقدم، من الضروري عدم الإعتداء بدافع الشفقة أو أية دوافع أخرى في جرائم القتل، و هذا يعني أنه في هذه الحالة، فإن مسؤولية الطبيب الجنائية تكون على أساس القتل العمد طبقا للمادة 254 عقوبات، تحقيقا لحماية أكثر فعالية للحق في الحياة على أن ينص على عدم تمتع الجاني بالظروف القضائية المخففة للعقاب.⁽¹⁰⁰⁾

⁽⁹⁵⁾ أنظر، جريدة الخبر اليومية، السنة 11 ، العدد 3380 المذكور في مقال نعوم مراد، بعض أنواع الأعمال الطبية، و الجراحة المستحدثة، المرجع السابق، ص. 8.

⁽⁹⁶⁾ أنظر، مارك نصر الدين نقل و زرع الأعضاء ...، المرجع السابق، ص. 346.

⁽⁹⁷⁾ Euthanasie : mort calme et exemple de souffrance, survenant, grâce à l'emploi de substances calmantes et stupéfiantes. C.f, Jean Penneau, OP. Cit, P. 87.

⁽⁹⁸⁾ أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص. 176.

⁽⁹⁹⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 276.

⁽¹⁰⁰⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 294.

و إذا ما تم إيقاف الأجهزة من الطبيب بعد موت خلايا المريض، فلا يعد مرتكباً لجريمة القتل بدافع الشفقة، و لا تقوم مسؤوليته الجنائية، كون أن حياته انتهت و يستحيل عودتها.

لكن هذه الجريمة تفترض وجود آلام مبرحة، و هذا العنصر لا يتوافر بسبب الانعدام التام لأي رد فعل لجسم الشخص الذي هو في حالة غيبوبة نهائية غير قابلة للإصلاح أو العلاج لموت خلايا مخه.⁽¹⁰¹⁾

د- جريمة انتهاك حرمة الموتى :

نصت المادة 153 من قانون العقوبات على أن " كل من دنس أو شوه الجثة أو وقع منه عليها أي عمل من الأعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات...".

هذه المادة تعاقب كل من هتك حرمة الميت، فهل ينطبق هذا الأمر على الطبيب ؟ سبق الذكر أن إستئصال الأعضاء و الأنسجة من المتوفى (في غير الحالات المستثناة قانوناً) يتطلب ضرورة الحصول على موافقة المتوفى أثناء حياته أو موافقة أحد أفراد أسرته بعد وفاته.

لكن إذا كان الطبيب قد قام بالإستئصال في غير حالة الإستعجال المنصوص عليها في المادة 164 الفقرة 3 و 4 من قانون حماية الصحة و ترقيتها بدون الحصول على الموافقة من الأشخاص المحددين قانوناً، فعلى أي أساس يمكن مساءلته ؟ بالرجوع إلى القانون الجنائي لا يوجد نص خاص يجرم هذا الفعل بالرغم من أنه مخالف للنظام العام .

هناك جانب من الفقه يرى مساءلته على أساس جريمة السرقة أو خيانة الأمانة⁽¹⁰²⁾ إلا أن جثة الإنسان لا تعد مالا مملوكا لأحد، و بالتالي لا تصلح محلاً للسرقة. و يرى جانب من الفقه القانوني أنه يعاقب على جريمة انتهاك حرمة الموتى.⁽¹⁰³⁾ و نحن من جانبنا نؤيد هذا الإتجاه، و نرى وجوب معاقبة الطبيب الذي يباشر عملية الاستئصال على جثة المتوفى في غير حالات الاستعجال و دون موافقة ذوي الشأن، و قيام المسؤولية الجنائية اتجاهه، و بالتالي معاقبته على أساس جريمة إنتهاك حرمة الموتى المنصوص عليها في المادة 153 من قانون العقوبات.

هـ- جنحة إفشاء سر المهنة:

نص المشرع الجزائري في المادة 165 الفقرة 2 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه: "...يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد و كذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع...". و من تم فإنه من واجب الطبيب أولاً أن يحرص على عدم الكشف عن هوية أطراف العلاقة و هذا الواجب يصبح من أسرار مهنته التي يتعين عليه عدم الإفشاء بها.

⁽¹⁰¹⁾ أنظر، مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء...، المرجع السابق، ص. 348.

⁽¹⁰²⁾ C.f, Savatier, Auby & Piquignot, OP. Cit, P. 171-172.

⁽¹⁰³⁾ أنظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص. 302.

و عليه تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عن إفشاء أسرار المهنة المعاقب عليها بالمادة 301 من قانون العقوبات، إذا قام بإطلاع المتنازل عن هوية المتلقي أو العكس و قد جاء في المادة 301 النص التالي: " يعاقب بالحبس... الأطباء و الجراحون ... و جميع الأشخاص المؤتمنين، بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة، على أسرار أدلى بها إليهم و أفسوها في غير الحالات التي يتوجب عليهم فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك...".

المبحث الثاني:

مسؤولية الطبيب عن الجراحة التجميلية:

ما من كائن حي إلا و تعتريه الصحة و المرض، و الإنسان ذلك الكائن الحي يتعرض لما يتعرض له غيره من صحة و مرض، و قد يولد الإنسان و به عيوب أو تشوهات، و قد يحدث للإنسان في خضم و معتك الحياة التي يعيشها حوادثا و إعتداءات أو حروقا على جسمه و تحدث له ألما نفسية من جراء ذلك.

و مع تقدم الطب في العصر الحديث، يقوم الأطباء بإجراء عمليات جراحية تعيد الوضع إلى حالته الأولى أو إلى وضع يريح نفسية المريض، و هذا النوع من الجراحات يسمى في العصر الحديث "بالجراحات التجميلية". و هذه الأخيرة ليست وليدة هذا العصر، و لكن سبق العرب و المسلمين في هذا المضمار و أن وضعوا اللبنة الأساسية التي إرتكز عليها العلم الحديث، مما يدل على أن للجراحة التجميلية تاريخ عند العرب (1).

و لم تكن عمليات التجميل منتشرة بكثرة في العصور السابقة لعدم وجود أطباء متخصصين في هذا النوع من الجراحة و التطبيب، و لكنها اليوم إنتشرت بكثرة في جميع أنحاء العالم و زاد الإهتمام بها و الإقبال عليها بشكل ملحوظ مما أدى إلى إزدياد الأطباء المتخصصين بإجرائها، و أصبحت عمليات التجميل من ضمن العمليات الجراحية و أعمال الطب المرخص بها قانونا و التي تشجعها الدولة في جميع أنحاء العالم (2).

و نظرا لأهمية الجراحة التجميلية و خصوصيتها، فلا بد من التطرق إلى ماهيتها من خلال التعريف بها و تعداد أنواعها و صورها، و الشروط المتطلبة لشرعيتها (المطلب الأول)، و البحث عن قيود إباحة الجراحة التجميلية، و مدى مسؤولية الطبيب عن إجراء مثل هذه العمليات (المطلب الثاني).

(1) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص. 87-88.

(2) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص. 194.

المطلب الأول:

ماهية الجراحة التجميلية:

كانت الجراحة التجميلية في أول عهدها في مطلع القرن العشرين، في الأصل غير جائزة، و غير مسموح بها قانونا، بقطع النظر عن النتائج التي تؤدي إليها على اعتبار أن غاية الطب و الجراحة يقتصر على شفاء المريض و ليس على تعديل و تغيير البنية الطبيعية التي هو عليها بالولادة أو الفطرة أو أصبح عليها بحادث حاصل⁽³⁾. غير أن التقدم الذي حققته الجراحة التجميلية جعل معظم الفقهاء يميلون إلى القول أنها جزء من الأعمال الطبية الجراحية، و يعترفون بشرعيتها إذا لم يترتب عليها أضرار و أخطار جسيمة، و لم يكن هناك مانع يتعلق بالمصلحة العامة في أداء واجب إجتماعي⁽⁴⁾.

زيادة على ذلك ظهرت عمليات إصلاح البكارة التالفة للفتاة العذراء و إعادتها إلى وضعها السابق قبل التمزق و يسمى هذا الإصلاح بالرتق العذري. هذا التقدم الطبي و خصوصا في جراحات التجميل التي تخصص فيها العديد من الأطباء، يتطلب منا تحديد المفهوم الصحيح لهذه الجراحات و أنواعها (الفرع الأول)، وصورها (الفرع الثاني)، و التطرق لعمليات الرتق العذري و مكانتها ضمن الجراحات التجميلية (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

مفهوم الجراحة التجميلية و أنواعها:

في هذا الفرع نتطرق إلى مفهوم الجراحة التجميلية و تعداد أنواعها.

أولا: مفهوم الجراحة التجميلية:

لقد اختلفت آراء فقهاء القانون و رجال الطب حول تعريف الجراحة التجميلية، ف جاءت آراؤهم متباينة على النحو التالي :

(3) أنظر، القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية - الحقوق الجزائرية العامة أسباب التبرير -، المجلد الرابع، دار صادر،

بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1995، ص. 126.

(4) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص. 194.

ذهب الأطباء المتخصصون إلى تعريف جراحة التجميل أنها: " جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه ".
و تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: إختياري و هي جراحة تحسين المظهر و تجديد الشباب.
النوع الثاني: ضروري يشمل عددا من الجراحات التي يقصد منها إزالة العيب، سواء كان في صورة نقص، أو تلف، أو تشوه، فهو ضروري بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله، و تجميلي بالنسبة لآثاره و نتائجه، و يشمل العيوب الخلقية و المكتسبة⁽⁵⁾.

أما رجال القانون عرفوها بأنها: "أعمال علاجية ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي"⁽⁶⁾.

و هناك من عرفها بأنها: " لا تهدف إلى العلاج من مرض، و إنما إزالة تشويه في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي"⁽⁷⁾.

كما يذهب فريق آخر إلى اعتبارها تتمثل في: " إزالة العيوب الخلقية، و التشوهات و الشين و النقص الذي يصيب المرأة في جسمها، و إعادته و رده إلى أصل خلقتها التي وضعها عليها أحكم الحاكمين"⁽⁸⁾.

و هناك من عرفها أنها: " تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أخرى فقدت أو نتيجة عيوب خلقية ولد بها الإنسان"⁽⁹⁾.

كل التعاريف السابق ذكرها تنصب في مجرى واحد، ألا و هو تخليص الجسم من أي نقص أو تلف أو تشوه يصيب الجسم، و من شأنه أن يسبب لصاحبه ألم نفسي لا يستطيع تحمله.

ثانيا: أنواع الجراحة التجميلية:

فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا جراحة التجميل إلى ثلاثة أنواع منها :
أ- الجراحة التجميلية التعويضية: و هي تصحيح و تعويض في البدن نشأ عن حادثة أو إعتداء، و ذلك كالحوادث التي ينتج عنها بتر عضو أو تحدث به منظر غير مألوف، و الحرائق التي تسبب تشوهات في البدن، و كذلك بناء مئانة بالشرايح العضلية التي تتحكم في البول عند الإنسان، وعن طريق الجراحة بواسطة أطباء

(5) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.182.

(6) أنظر، محمود نجيب حسني، القسم العام، المرجع السابق، ص.189.

(7) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.91.

(8) أنظر، محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النقاش، عمان، الطبعة الثانية،

سنة 1999، ص.185.

(9) أنظر، أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص.85.

مهرة يمكن إصلاح كل هذه العيوب و إعادة الصحة المفقودة، و إزالة العيوب أو تقليها بقدر الإمكان.

ب- الجراحة التجميلية التصليحية: وهي إصلاح العيوب الخلقية التي يولد الإنسان بها منذ الصغر، و تسبب لصاحبها أذى نفسي و يمكن للجراح أن يعيد الحال إلى ما كان عليه بقدر الإمكان، و ذلك مثل: عملية إلتئام الشفتين المفتوحتين، العلاج من السمنة المفرطة، و نحو ذلك مما تدعو إليه حاجة الناس و تدفع عنهم الألم النفسي.

ج- الجراحة التجميلية التحسينية أو الجمالية: و يقصد بها الغلو في مقاييس الجمال بهدف إظهار الزينة و المحاسن كترقيق الأنف، و تقليج الأسنان و إزالة التجاعيد و تكبير الثديين، ووصل الشعور الطبيعية بالشعور المصطنعة⁽¹⁰⁾.

أما رجال الطب و القضاء في الوقت الحاضر فيعدد نوعان من العمليات منها :

أ- العمليات التي ترمي إلى تطبيع البنية الإنسانية (Normalisation):

أي إصلاح عضو ملتو أو معوج و إعادة الشكل الطبيعي إليه كفصل الأصبعين الملتصقين أو إزالة الأصبع السادس و غير ذلك من الأعمال التي ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي. و لا يثير هذا النوع أي إشكالات قانونية لأنه يدخل حكما ضمن العمليات الجراحية أو العلاجية بحسب طبيعتها و ماهيتها، كما أكد ذلك العلماء الجزائريون⁽¹¹⁾.

ب- العمليات التي تهدف إلى تصحيح البنية الإنسانية (Rectification):

وهي تبعد عن الصحة و السلامة و الشفاء ليقرب أكثر من إزالة التشويه و البشاعة و التجاعيد و غير ذلك من الأمور التي يعتقد الإنسان أنها تعيده إلى الشباب و الجمال، لأسباب فنية أو نفسية، و هي عمليات ذات طابع كمال لا تتسم بالضرورة الملحة و العاجلة، لذا يبدوا التشديد فيها واضحا⁽¹²⁾.

و هذه هي جراحات التجميل التي أصبحت واقعا حيا في العصر الحديث، و التي يقوم بها نخبة من كبار أساتذة الطب في العصر الحديث، و اعترفت بها الهيئات العلمية و أنشأت كراسي لدراستها في أكبر الجامعات، الأمر الذي يزيل كل شبهة في مشروعية مثل هذه الأعمال. و هي إن لم تكن علاجاً لمرض جسماني فإنها علاجاً لعلّة نفسية لأنه قد يصل التشويه إلى درجة تصبح معه حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه إلى الخلاص من حياته⁽¹³⁾.

و قد توسع الإجتهد القضائي الحديث في تقبل مختلف طرق التجميل ليس فقط عن طريق التصرف بالعضو المشوه قصد تحسينه، و إنما أيضا بإجتزاء أحد الأعضاء أو إقتطاع قسم من الجلد لتطعيم قسم آخر شرط ألا يكون من شأن هذا العمل المساس

(10) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.90.

(11) أنظر، القاضي فريد الزغبي، المرجع السابق، ص.126.

(12) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.107.

(13) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.217.

بالسلامة الجسدية أو تحويل المظهر الخارجي أو تغيير الشكل البنيوي و أن يكون من نتيجته تحسين القسم الذي يتطلب هذا الأمر بغية حفظ التوازن و التناسق الإجماليين في البنية البشرية، و ألا تنشأ عن هذه الجراحة علة ظاهرية دائمة، تكون أشد من تلك التي كان يراد بالجراحة محوها أو الحد منها⁽¹⁴⁾.

هذا عن أنواع الجراحة التجميلية، فما هي الطرق التي يمكن للجراحة التجميلية أن تزيل بها العيوب التي تصيب الجسم هذا ما سنوضحه من خلال التطرق لصور هذه الجراحة.

الفـرـع الثـانـي:

صـور الجـراحـة التـجـمـيـلـية:

سبق و أن ذكرنا أن الجراحة التجميلية يقصد بها إزالة العيوب سواء كان في صورة نقص أو تلف أو تشوه. و إذا نظرنا إلى العيوب التي توجد في الجسم فإننا نجدها على قسمين:

1- عيوب خلقية: وهي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه، لا من سبب خارج عنه، فيشتمل ذلك على نوعين من العيوب هما، العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان و مثالها: الشق في الشفة العليا، إلتصاق أصابع اليدين و الرجلين، إنسداد فتحة الشرج، و عيوب ناشئة عن الآفات المرضية التي تصيب الجسم و مثالها: عيوب صيوان الأذن الناشئة عن الزهري و الجدام و السل.

2- عيوب مكتسبة (طارئة): وهي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم كما في العيوب و التشوهات الناشئة عن الحوادث و الحروق، و من أمثلتها: كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق⁽¹⁵⁾.

و لإصلاح هذه العيوب بنوعيها، أوجد الأطباء بعض الجراحات المتعلقة بتعديل قوام الأعضاء نذكر من بينها:

أ- تغيير هيئة الأعضاء بالزيادة أو النقصان:

يكثر اللجوء إلى مثل هذه العمليات في الأوساط الفنية عند بعض الفتيات، إذ يرغبن في تغيير أشكال الأعضاء الظاهرة و منها تجميل الأنف بتصغيره و تغيير شكله من حيث العرض و الإرتفاع، و تجميل الأذن بردها إلى الوراء إذا كانت متقدمة، و تجميل الشفتين و الفك، و تجميل الذقن و ذلك بتصغير عظمها إن كان كبيرا أو تكبيره، و تجميل الثديين بتصغيرهما إذا كان كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويف الثديين، أو بحقن الهرمونات الجنسية، أو بإدخال النهد الصناعي داخل جوف الثدي بواسطة فتحة في الطية الموجودة تحت الثدي⁽¹⁶⁾.

(14) أنظر، القاضي فريد الزغبي، المرجع السابق، ص. 127.

(15) أنظر، محمد مختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص. 183-184.

(16) C.f, Jean. H et Jacques. B et Fabrice. P, OP. Cit, P.97.

كل هذه العمليات تندرج ضمن عمليات الشكل، أي إعطاء الصورة الأجمل للمظهر، و كل هذا سعياً وراء تحقيق الحسن و الجمال، و جلب نظر و إعجاب المشاهدين، فهي كما يعبر بعض الفقهاء تمثل رغبة المرأة في إتساع نزعة غرور تعتريها و تطلعها إلى فترة ثانية من الشباب بعد تقدمها في العمر⁽¹⁷⁾.

ب- بناء الأعضاء بإستقطاع جزء من الأدمي المبتور :

و نكون أمام هذه الحالة مثلاً بعد حادث مرور إذا بتر عضو كالأنف مثلاً، و يبني بإستخدام شرائح جلدية تنقل إلى الأنف إما من الجبهة، أو من جدار البطن ثم تقوى بعظم يؤخذ إما من القفص الصدري أو الحوض. و هنا يمكن إستقطاع شرائح جلدية و عضلية من الشخص لنفسه، أو من الغير، لإصلاح التشوهات و هذا ما ناقشه المؤتمر المصري لجراحة التجميل المنعقد في 18/02/1987 الذي تناول مجالات التجميل المختلفة و كلها تدور حول :

1- الإستخدامات المختلفة للشرائح الجلدية العظمية بشتى أجزاء الجسم، و ذلك بهدف إصلاح التشوهات بالرأس و الرقبة خاصة بعد عمليات إستئصال الأورام، و إعادة بناء الثدي بعد إستئصاله، و علاج قرح الفراش و القرح المزمنة بالساق.

2- إستخدام شريحة جلدية عضلية جديدة من جدار البطن لبناء مثانة بولية، في حالة التشوهات الخلقية بمجرى البول⁽¹⁸⁾.

ج- شد التجاعيد:

تجرى لكبار السن، و يقصد منها إزالة آثار الكبر و الشيخوخة، و تتواجد التجاعيد بسبب وقف حيوية بعض الخلايا الجلدية، و فقدان مرونة الجلد و تظهر إما في سن الشيخوخة (طبيعية) أو في مرحلة الشباب (غير طبيعية)، بسبب عوامل مرضية. و عملية شد التجاعيد قد تشمل الوجه، بإجراء عملية داخل شعر الرأس و خلف الأذن، و تدوم لإجرائها سبعة أيام يكون الوجه فيها متورماً بعض الشيء، و نتيجة هذه العملية ليست نهائية، بل تعود بعد خمس سنوات⁽¹⁹⁾.

كما يمكن أن تشمل عملية شد تجاعيد اليدين، و يسمى في عرف الأطباء، بتجديد شباب اليدين، و تجميل الحواجب، و ذلك بسحب المادة الموجبة لإنتفاخها، نظراً لكبر السن و تقدم العمر⁽²⁰⁾.

د- عملية سحب الدهون:

يقوم بها الطبيب المختص على النساء اللواتي يعانين من السمنة و حتى الرجال، و يتم إدخال أنبوبة إمتصاص تحت الجلد و يسحب بواسطتها كميات كبيرة من الدهن⁽²¹⁾. و يندرج ضمنها عمليات تجميل الأرداف بإزالة المواد الدهنية في المنطقة

(17) أنظر، نعوم مراد، المرجع السابق، ص.09.

(18) أنظر، جريدة الأهرام المصرية، الصادرة بتاريخ 20-02-1987، ص.12.

(19) أنظر، نعوم مراد، المرجع السابق، ص.10.

(20) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.193.

(21) أنظر، نعوم مراد، المرجع السابق، ص.10.

الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداف ثم تشد جلدها، و يهذب حجمها بحسب الصورة المطلوبة⁽²²⁾.

فهذه مجمل صور الجراحة التجميلية كما بينتها الكتب المختصة بجراحة التجميل، إلا أنه إستحدثت هذه الأيام عمليات جراحية تهدف إلى إصلاح البكارة التالفة للفتاة أو ما يعرف بالرتق العذري و هي تتدرج ضمن الجراحات التجميلية و نظرا لحدائتها إرتأينا أن نتعرض لها بشيء من التفصيل في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

جراحة إعادة غشاء البكارة و مكانتها من جراحات التجميل:

من العمليات الجراحية التي إستحدثت في الآونة الأخيرة إصلاح بكارة الفتاة العذراء، و إعادتها إلى وضعها السابق قبل التمزق، أو إلى موضع قريب منه وهو عمل يقوم به الأطباء المتخصصون في ذلك، و يسمى هذا الإصلاح بالرتق العذري. فما المقصود بالرتق العذري؟ و هل هذه العملية لها مكانة ضمن الجراحة التجميلية؟ و هل يجيز القانون الجنائي هذا النوع من الجراحة؟، هذا ما سنحاول الإجابة عليه تباعا في النقاط التالية:

أولا: تعريف الرتق العذري:

هو إصلاح البكارة التي بها إفتضااض عند المرأة البكر التي لم يمسه رجل بأي سبب من الأسباب و إعادتها إلى الحالة التي كانت عليها من قبل⁽²³⁾. و البكارة كسائر أعضاء الجسد، معرضة لأن تصاب بتلف كلي أو جزئي نتيجة حادث مقصود أو غير مقصود.

و باعتبار أن هناك أعراف و تقاليد إجتماعية تعطي كثيرا من الأهمية و الإعتبار لوجود هذا الغشاء الرقيق في الفتاة البكر، و تجعله دليلا على عفنها، و تجعل تمزقه قبل الزواج عنوانا على فسادها و إنحلال أخلاقها و إرتكابها فاحشة الزنا، الشيء الذي يؤدي إلى تدمير الأسر، و إيقاع الأذى بتلك الفتاة و يكون مصيرها الهلاك. و لهذا بات من الضروري إيجاد حل لهذه الحالة ووجد ما يعرف برتق البكارة، بمعنى إصلاحها و إعادتها إلى وضعها السابق قبل التمزق، أو إلى وضع قريب منه و هو من عمل الأطباء المتخصصين.⁽²⁴⁾

و قد ابتلى القطاع الطبي الحديث بالعديد من أمثال هذه الحالات، فالفتاة التي تفقد عذريتها سواء كان هذا السبب مشروعا أو غير مشروع، يمكن أن تذهب إلى طبيب

(22) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، المرجع السابق، ص.192.

(23) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.126.

(24) أنظر، محمد نعيم ياسين، عملية الرتق العذري في ميزان المقاصد الشرعية، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية ،

السنة الخامسة، العدد العاشر، جامعة الكويت ، سنة 1988، ص.83.

متخصص و عن طريق جراحة بسيطة و غير معقدة و بتكاليف غير مرهقة للطبقات المتوسطة، يمكنها أن تعود في وقت بسيط عن ذواتها كما كانت، و ذلك لأن الطبيب قام بنقل أو غرس شريحة جلدية رقيقة جدا مكان غشاء البكارة الذي زال، وبواسطة هذه الجراحة التجميلية البسيطة يمكن للفتاة التي لا زالت بكارتها أن تفوز بفتى أحلامها، و أن تزف إليه كآية عن ذواتها تحلم بهذه الليلة السعيدة التي لا يعكر صفوها سوى علم الزوج بزوال بكارتها، و ضياع عذريتها إن لم تقم بمثل هذه الجراحة، لكون الأعراف و التقاليد الإجتماعية في المجتمعات العربية و منها "الجزائر"، تعطي كثيرا من الأهمية لوجود هذا الغشاء في الفتاة البكر، و أن زواله يعرض الفتاة المقبلة على الزواج لردود فعل عاصفة لا ترحمها، عند الزوج و أهله و أهلها أيضا و من جميع الناس مما قد يسبب للأسرة جمعا آلاما نفسية لا توصف.

إن إصلاح تمزق البكارة عند الفتاة يريح الجميع من هذه المتاعب النفسية، و يحافظ على بناء الأسرة الجديدة التي ما زالت في دور التكوين، خاصة إذا كانت الفتاة لا دخل لها في تمزق غشاء البكارة، كأن يكون ذلك نتيجة حوادث و آفات خارجة عن إرادتها، و ذلك كالسقطة الشديدة من أعلى إلى أسفل و الصدمة الشديدة، و العمل الثقيل، و طول العنوسة، و كثرة دم الحيض، و الخطأ في بعض العمليات التي يكون الغشاء محلا لها و نحو ذلك⁽²⁵⁾، و يلتحق بذلك جرائم الإغتصاب التي قد تقع على الفتاة.

و هناك نوعان من العمليات الجراحية التي تجرى لإعادة عذرية الفتاة :
الأولى: إرجاع مؤقت للعذرية تسمى " كشكشة الغشاء"، حيث يقوم الطبيب الذي يجري مثل تلك العملية بعمل كشكشة لبقايا الغشاء المقطوع بإبرة و فتلة، و هذه العملية عمرها يوم أو يومان على الأكثر، حيث أن الطبيب يقوم بها إذا كان الزواج في اليوم التالي لإجراء الجراحة.

الثانية: هي عملية دائمة و تسمى " رفي الغشاء" أو ترقيع الغشاء، و تتم بأن يأخذ الطبيب الجراح جزءا من أنسجة المهبل، عن طريق إستخراج جزء من جدار المهبل الخلفي و لابد أن يفصل ثم يتم تفكيكه و تشريحه و يعاد ترقيعه ووضعه مرة أخرى مكان غشاء البكارة، ثم يقوم الطبيب بحياتته بالغرز.

و هذه العملية تتم بمخدر كلي داخل المستشفى و هذا مهم لأن المخدر الكلي له مضاعفات خطيرة خصوصا إذا قام طبيب غير متخصص بهذه العمليات و في عيادته الخاصة، مما يسبب خطورة شديدة على الفتاة، إذ من الجائز حدوث التهابات و جرح للأنسجة القريبة أو حدوث نزيف⁽²⁶⁾.

(25) أنظر، محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص.84.

(26) أنظر، أحمد محمد البدوي، المرجع السابق، ص.98.

ثانياً: مكانة الرتق العذري من جراحات التجميل :

سبق و أن ذكرنا أن عمليات التجميل إذا كانت تستهدف إصلاح عضو و إعطائه الشكل الطبيعي له، كفصل الأصبعين الملتصقين أو إزالة الأصبع السادس فهي في حقيقتها علاجية، باعتبارها ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي. أما عمليات التجميل في مدلولها الضيق، فمن السائع إباحتها إذا لم يكن من شأنها أن تتال الصحة بضرر، إذ أنها بذلك لا تهدر مصلحة الجسم في أن يسير السير الطبيعي العادي، و أنه تحقق له مصلحة ذات أهمية. و بتطبيق ذلك على عملية الرتق العذري، نجده لا يختلف أبداً عن هذا، فالرتق هو إصلاح عضو تالف و إعطائه الشكل الطبيعي الذي كان عليه، و يرمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي. و لا تهدر مصلحة الجسم في أن يسير السير الطبيعي له، و أنها تحقق له مصلحة ذات الأهمية، و هي إن لم تكن علاجاً لمرض جسماني، فإنها علاج لعلّة نفسية قد تصبح حياة من تشكو منه عبئاً يدفعها للخلاص من حياتها. و أنه يشترط لعملية الرتق العذري و إصلاح البكارة المفقودة، ألا تنشأ منها علة ظاهرة دائمة، تكون أشد من تلك التي كان يراد بالجراحة محوها أو الحد منها⁽²⁷⁾. و بالتالي فإن عملية الرتق العذري تندرج ضمن العمليات الخاصة بالجراحة التجميلية.

ثالثاً : مدى مشروعية عمليات الرتق العذري:

في الحقيقة أن القانون الجزائري لم يتعرض لمثل هذه العمليات لأنه حينما أباح مزاوله مهنة الطب قيد ذلك بقصد العلاج من علة جسدية يعاني منها الشخص أو علة نفسية يراد بالعلاج إزالتها أو التقليل منها. و باعتبار أن عمليات الرتق العذري تندرج تحت الجراحة التجميلية، فلا مانع من تطبيق القواعد العامة الخاصة بالجراحة التجميلية على عمليات الرتق العذري.

و نظراً لعدم وجود نص عقابي يمنع إجراء عمليات الرتق العذري و إستناداً لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات، فإن الأصل أن هذه الجراحة مباحة، و يجوز للطبيب إجراءها و ضميره مرتاح إذا كان فقدانها لعذريتها بسبب خارج عن إرادتها، أما إذا كان فقدان العذرية بسبب الزنا، فإنه من الأفضل للطبيب الإبتعاد عن هذا النوع من الجراحات - بالرغم من عدم وجود نص عقابي صريح- نظراً لما تثيره من مشاكل دينية و أخلاقية و هذا لأن فتح الباب لعمليات الرتق العذري للبكارة التالفة بسبب غير مشروع سيفتح طريقاً لغش البكارة، و يتسبب في غش و خداع المقبل على زواج هذه الفتاة هذا من جهة، و من جهة أخرى سيجعل المقبلين على الزواج يلجؤون إلى

(27) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.221.

إجراء فحوصات طبية لإثبات عذرية الفتاة و التأكد من أن الغشاء الطبيعي أم مصطنع بفعل الجراحة، و هذا سيحط من قيمة المرأة المسلمة.

هذا مع الأخذ في الاعتبار ضرورة وضع تشريع و تقنين ينظم مثل هذه العمليات إذا تم إقرارها للفاقدات للعذرية بسبب خارج عن إرادتهن، على أن تقمن بإجرائها في المستشفيات المرخص لها قانوناً، مع ضرورة وجود شهادة طبية شرعية تثبت حالتها و تصريح بإجراء مثل هذه العمليات، أما الفتيات الفاقدات للعذرية بإرادتهن كالزنا، فإنه لا بد من تدخل المشرع لسن قوانين تعاقب الطبيب على هذا الفعل و من يلجأ إليه، و توقعه تحت طائلة التجريم.

و مما سبق ذكره يتبين لنا أن القانون أباح الجراحة التجميلية، و لكن هذه الإباحة ليست مطلقة و إنما ترد عليها قيود، لا بد من توافرها و أن تخلفها من شأنه أن يؤدي إلى مسألة الطبيب جزائياً إذا إقتضى الأمر، و هذا ما سنوضحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

قيود إباحة الجراحة التجميلية و مسؤولية الطبيب الجزائية عنها :

الجراحة التجميلية فرع من فروع الجراحة العادية، و لا يقصد بها الشفاء من مرض، و إنما تقويم بعض التشوهات أو النشوء التي تفقد العضو شكله الطبيعي، فيراه صاحبه مستقبلاً فيسعى إلى جراح التجميل لإزالته و إنقاذه منه.

و لو بقي الأمر عند هذا الحد لما كان في ذلك خوف، فالطبيب الذي يحمل شهادة دكتوراه في الطب يستطيع من حيث المبدأ ممارسة كل أنواع المعالجة، لذلك فإن الجراحة التجميلية ليست جراحة ممنوعة قانوناً بذاتها. لكن إذا ترتب عليها أضرار فإن الأمر يختلف، إذ أن الميدان العملي في هذا المجال أدى أحياناً إلى نتائج غير مرضية. و على هذا نجد أن القضاء بصورة عامة ينظر بقسوة لهذا النوع من الجراحات لأنها لا ترمي إلى الشفاء من داء، بالمقابل أطباء التجميل ينزعجون من نظرة القضاء القاسية إليهم لأن الجراحة التجميلية كثيراً ما أنقذت أشخاصاً من عقد نفسية صعبة، و أعادت إلى نفوسهم البهجة و الأمل بل و هيأت لهم فرص عمل كانت الإدارات ترفضها لهم بسبب عاهة فيهم. و أنهم يؤكدون أن بعض مرضاهم يهددون بالانتحار إذا لم يخلصوهم من عييبهم الخلقى⁽²⁸⁾.

لا يوجد أي نص قانوني عقابي يجرم ممارسة الجراحة التجميلية، الشيء الذي يؤكد أنها تأخذ حكم الجراحة العادية، و تخضع لنفس أحكامها مع بعض الخصوصية. لكن إذا نشأ عن هذه الجراحة موت أو عاهة، قد تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم تكن قد تمت في الشروط التي يتطلبها القانون. و هذا ما يظهر أهمية الحديث عن الشروط التي تتطلبها هذه الجراحة و التي تميزها نوعاً ما عن الجراحة العادية (الفرع الأول)، و نحاول تحديد طبيعة التزام جراح التجميل (الفرع الثاني)، حتى نستطيع تحديد مسؤولية الطبيب الجزائية في هذا المجال (الفرع الثالث).

(28) انظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص. 192-193.

الفـرـع الأول :

الشـرـوط المتطلبـة لمشروعـية الجراحـة التجميلية :

الجراحة التجميلية تخضع لنفس القواعد العامة التي تضبط الجراحة العادية، هذه الأخيرة تسمح للأطباء المساس بجسم الإنسان بإجراء عمليات جراحية مهما بلغت جسامتها على ألا يتم ذلك إلا إذا توافرت شروطها.

و الجراحة التجميلية بدورها تتطلب شروطا أساسية يلزم توافرها قبل الإقدام على عملية التجميل، و من أهم هذه الشروط الحصول على رضاء المريض و إعلامه بالعلاج و طبيعته و مخاطره، و أن يكون الطبيب مؤهلا من ناحية الإختصاص العلمي و الكفاءة الطبية بما يتناسب و حجم العمل الطبي و مخاطره و أن يقوم الطبيب بإنجاز جميع الفحوصات الطبية اللازمة⁽²⁹⁾، و أن تجرى هذه الجراحة بقصد العلاج الجسدي أو النفسي، و ألا يقع من الطبيب إهمال أو خطأ أثناء عمله أي عليه اتباع الأصول العلمية و الفنية المتعارف عليها.⁽³⁰⁾

و من ضمن هذه الشروط سنتناول بنوع من التفصيل شرطين أساسيين هما قصد العلاج و رضاء المريض، نظرا لبعض الخصوصيات التي تميزهما عن الشروط المتطلبية في العمل الطبي بوجه عام و التي سبق تفصيلها (في الفصل التمهيدي).

أولا: قصد العلاج.

ذهب بعض فقهاء القانون في البداية إلى القول أن الجراحات التجميلية لا تهدف إلى العلاج من مرض، و إنما إصلاح أبسط التشوهات الجسمية، و في هذا الصدد أصدر القضاء الفرنسي في فترة معينة من الزمن عدة قرارات قضائية، اعتبرت أن غياب قصد العلاج في الجراحة التجميلية يمثل في حد ذاته خطأ من شأنه أن يلحق بالمريض خطرا معتبرا بالمقارنة مع الفائدة المتوقعة، و يوجب تعويض مالي⁽³¹⁾.

و تطبيقا لذلك محكمة باريس في 23 جانفي 1913 بمسؤولية طبيب التجميل رغم عدم ارتكابه خطأ طبي و قيامه بمراعاة أصول الفن و العلاج و تتمثل و قائمها فيمايلي :

قام طبيب فرنسي بتعريض فتاة " لأشعة X "، بهدف إزالة الشعر من ذقنها، فتسبب في إصابة جسدها بحروق ظاهرة على وجهها، فانتدبت المحكمة خبيرا لفحص المصابة للتعرف على الخطأ الذي يمكن نسبته للطبيب. و جاء في تقرير الخبرة أن الطبيب لم يرتكب أي خطأ على الإطلاق كونه راع أصول الفن و العلاج الطبي المتيسر آنذاك، و أن النتيجة تعود لأمر لا يمكن التنبؤ بها مسبقا و لكن رغم هذا فإن

⁽²⁹⁾ C.f, D.Malicier, A.Miras et P.FReuglet et P.Faivre, OP.Cit, p.336.

⁽³⁰⁾ أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.232.

⁽³¹⁾ C.f, Dorsner- Dolivet, op.cit,p.439.

المحكمة قضت على الطبيب بالمسؤولية و حكمت عليه بالتعويض على أساس أنه ارتكب نوعا من الرعونة لإستخدامه علاجا خطيرا لا يتناسب مع هذا المرض البسيط، و كان بإمكان حلاق بسيط التخلص منه. إلا أن هذا الحكم لم يلق قبولا من رجال الطب و القانون لأنه ليس للقاضي التدخل في صميم عمل الطبيب.⁽³²⁾

و على هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 29 نوفمبر 1920، عندما اتبعت أنسة علاج بالأشعة للتخلص من الشعر الموجود على وجهها، " أن الطبيب عندما يجد نفسه أنه ليس أمام مرض لشفائه و إنما مجرد تشوهات جسدية بسيطة لإصلاحها أو إزالتها يجب أن يرفض تدخله في هذه الجراحة"⁽³³⁾.

و هذا الموقف يدل على أنه في هذه المرحلة كان القضاء الفرنسي ينظر لجراحة التجميل مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء المصابات بتشوهات سببت لهن أمراضا نفسية .

فالقارات السابق ذكرها يظهر أنها كانت متشددة، فهي ترفض أن تأخذ بعين الإعتبار الحالة النفسية التي يعاني منها المريض، لإضفاء الشرعية على الجراحة التجميلية، و التي تعتبر ضرورية لإعادة توازنه، خاصة و أن التشوهات تسبب آلاما نفسية قد تؤدي بالإنسان إلى التخلص من حياته بسبب هذه الأمور، و في نفس الوقت لا تسبب أضرارا بالبدن، و إجراء الجراحة التجميلية من شأنه أن يريح المريض نفسيا و جسميا.

و بهذا سيكون محكوما على هؤلاء الأشخاص أن يعيشوا بهذه الإصابات و لا يستفيدون مما توصل إليه العلم في هذا المجال، لأن بعض القضاة يرون أنه يمكن العيش بهذه التشوهات، لأنها لا تجعل الحياة في خطر.⁽³⁴⁾

و لكن إبتداء من سنة 1931 و بقرار محكمة إستئناف باريس الذي أدان طبيبا لأنه لم يعلم زبونته بمخاطر العملية التجميلية، و الذي يستنتج منه ضمنا أنه يعترف بالجراحة التجميلية و لايعتبرها مكونة لجريمة.⁽³⁵⁾

الإجتهاد القضائي واصل تطوره ليتوصل إلى اعتبار البشاعة، مرض و آثارها النفسية هي التي تبرر العمل الجراحي التجميلي.⁽³⁶⁾

و قد توصل إلى القول أن التوازن الداخلي للإنسان يمكن أن يحل محل الدافع العلاجي من الناحية القانونية⁽³⁷⁾، و أن عملية التجميل قد ترمي إلى شفاء صاحبها من عقد نفسية تكون في مستوى المرض أحيانا⁽³⁸⁾.

(32) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 93-94.

(33) C.f, Cass,29-11-1920,G.P 1921,I,68.

Paul. L et Pierre .M et Bernard .O, OP.Cit, p.274.

(34) C.f, Dorsner- Dolivet, op.cit,p.439.

(35) C.f, Paul .L et Pierre.M et Bernard.O ,OP.Cit, P.274.

(36) C.f, Paul.L et autres, OP.Cit, P.275.

(37) C.f, Oussoukine Abdelhafid ,Traité ,...OP.Cit ,p.133.

(38) أنظر، القاضي فريد الزغبي، المرجع السابق، ص.127.

و نحن نؤيد هذا الإجتهد القضائي لا سيما و أنه يتماشى مع :

1- المدلول العام لمفهوم العلاج الذي يعرف أنه : يشمل كل ما يؤدي إلى التخلص من الآلام البدنية أو النفسية، أو القضاء على مرض معين أي إصلاح أي خلل في أجهزة الجسم أو التخلص من عاهة أيا كان سببها أو الحد منها⁽³⁹⁾.

ولا شك أن العلاج بهذا المفهوم يشمل العلاج بالجراحة التجميلية بأنواعها، التي تهدف إلى القضاء على الآلام النفسية التي يعاني منها المصاب بالتشوهات في جسده.

2- أن العمليات التجميلية التي تهدف إلى الغلو في مقاييس الجمال عن طريق تجديد الشباب فلا شك أنها تعطي للإنسان الشعور بالسور و السعادة و هما شرطا قمة الإنسان⁽⁴⁰⁾. هذا المفهوم يتطابق مع معنى العلاج الذي أيضا كل ما يحقق سعادة و راحة الإنسان لأسباب تتعلق بالجوانب النفسية أو العقلية أو البدنية أو الإجتماعية⁽⁴¹⁾

و بناء على ما سبق ذكره، فإن القضاء الفرنسي غير موقفه و لم يقرر مسؤولية الجراح لعدم وجود الخطأ من جانبه. فقد عرضت على محكمة أكس (Aix) بتاريخ 17 ماي 1976 قضية تتمثل و قائعها في :

أن امرأة توقفت غدد ثديها عن النمو، فقامت بتركيب جهاز تكبير و لكنها لم تتحمله، مما تطلب إستئصال هذا الجهاز و إجراء جراحة ترقيع، تسببت في إصابتها بالغرغرينيا (Gangrène) و إستئصال الثدي اليمني. الضحية تابعت الجراحين على أساس أنهم إرتكبوا خطأ. لكن تقارير الخبراء بينت أنه لا يوجد أي خطأ ينسب إلى الجراحين، و بذلك قضت المحكمة بعدم مسؤوليتهم⁽⁴²⁾.

و بهذا نقول أن الجراحة التجميلية من بين العمليات التي يتوافر فيها قصد العلاج بالمفهوم الواسع تماشيا مع المستجدات الطبية، و أن تخلفه يجعل تدخل الطبيب غير مبرر مما يوجب مساءلته.

ثانيا: رضاء المريض.

لا يكون العمل الطبي مباحا، إلا إذا رضي به المريض فالقانون الطبي يرخص للطبيب علاج المرضى إذا دعوه لذلك، لكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم.

(39) محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.37.

(40) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.91.

(41) أنظر، عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.37.

(42) C.f, Aix, 27 mai 1976, cite par Jean Guérin, op.cit, p.55.

كما أن القانون الطبي لا يجبر الأشخاص و لا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي إحتراما لما لجسم الإنسان من حصانة. و رضاء المريض بالعلاج ليس سببا للإباحة بل هو شرط من شروطها.

و القضاء الفرنسي لم يغفل مبدأ وجوب رضا المريض مسبقا في إجراء العلاج الطبي سواء في جراحة التجميل أم في الجراحة العادية الأخرى، و هو يمثل إلتزام على عاتق الطبيب. و الحصول على الرضا يعد أمرا ضروريا و حيويا لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل⁽⁴³⁾.

و العلة في تطلب شرط الرضا، مرجعها حق الإنسان في حصانته الشخصية التي تمتد لكل مظاهرها سواء النفسية أو العقلية أو الجسمية، و التي تجعل كل تصرف صادر عن الطبيب لا يكون مشروعا إلا برضاء المريض، فلا يجوز أن يرغم شخصا على تحمل المساس بتكامله الجسدي و لو كان من أجل مصلحته⁽⁴⁴⁾. و لهذا نص المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن :

" يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخوله القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...".

و نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة موافقة حرة و متبصرة...".

يتبين من خلال هاتين الفقرتين أن رضاء المريض خاصة في الجراحة التجميلية التي تنطوي على المخاطر لا يكون سيما إلا إذا بني على أساس من العلم الصحيح لنوع العمل الطبي الذي ينسب إليه الرضاء به، بمعنى أنه لا بد أن يحاط المريض علما بالطريقة المتبعة لعلاجها و طبيعتها و مخاطرها. و هذا الإلتزام و إن كان عاما بصدد كل أنواع العلاج و الجراحات، إلا أنه يبدو أكثر شدة بالنسبة لجراحة التجميل. ذلك أن في الجراحة العادية، فإن الطبيب لا يلتزم بإعلام المريض بالأخطار التي تعتبر نادرة الحدوث⁽⁴⁵⁾، إلا أنه في الجراحة التجميلية ينبغي أن يوجه نظر المريض إلى كافة المخاطر سواء أكانت هامة أو ثانوية أو نادرة الحدوث.⁽⁴⁶⁾

إشتراط الإعلام بالمخاطر النادرة الوقوع أو الإستثنائية يجد تبريره من قبل القضاة في أن تلك المخاطر، و إن كانت قائمة في كافة أنواع التدخل الجراحي، و هي مبررة في الجراحة العادية حيث تقتضيها الضرورة الصحية للمريض، إلا أنها لا تجد ما يبررها في جراحة التجميل، حيث يخفي عنصر الضرورة و السرعة في هذه

(43) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.99.

(44) أنظر، مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية..، المرجع السابق، ص.274.

(45) C.f, Dorsner- Dolivet, op.cit,p.442.

(46) C.f, 17 nov. 1969 ,J.C.P, 1970.II, 16507, savatier.

الجراحة. لأن الطب هدفه هو تغيير أو تحويل المرضى إلى أصحاء و ليس العكس بتحويل الأشخاص الأصحاء إلى مرضى.⁽⁴⁷⁾

و من تم ينبغي على الطبيب أن يكون واثقا من تدخله و دقة عملياته، و مدى النتائج المتوقعة منها بحيث لا تتجاوز نسبة المخاطر المحتملة.⁽⁴⁸⁾

و الإلتزام بالإعلام لصحة الرضا لا يشمل فقط المخاطر التي تلازم العملية، إذ لا يكفي فقط للحصول على رضا المريض بالجراحة، بل يمتد إلى ما بعد ذلك في كافة مراحل العلاج. و لا ينتهي بانتهاء العملية الجراحية أي التطور المحتمل حصوله لحالة المريض، لأنه قد يحدث مخاطر لاحقة للعملية يستوجب إصلاحها بجراحة لاحقة، الأمر الذي يتطلب إعلام المريض بها مسبقا.⁽⁴⁹⁾

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 19 أفريل 1988 أنه يشترط في الإعلام أن يكون له من المواصفات ما يمنح للمريض التوجيه بين المزايا المتحققة من التدخل الطبي و بين المخاطر التي يواجهها⁽⁵⁰⁾. كما قضت بضرورة أن يكون الإعلام واضحا و بإخلاص و مفهوما للمريض و لائقا⁽⁵¹⁾، و هو المبدأ الذي أكدته المادة 43 من المدونة بقولها:

" يجب على الطبيب أو الجراح ... أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

و ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المجال هو القاعدة التي جاء بها الفقيه " Crespi " و التي مفادها :

" في كل مرة تكون فيها حياة الشخص أو صحته أو سلامة جسمه في خطر فإنه يجوز للطبيب الجمالي إجراء أية تقويمات أو تعديلات، و لو طلب المريض إجراءها". و على هذا لا ينبغي مطلقا إجراء جراحة تجميلية تحمل في جوانبها مجرد وجود خطر على حياة الشخص أو شلله أو بتر أحد أعضاء جسمه أو ترك تشوهات تتجاوز العيب المبدئي المراد إصلاحه⁽⁵²⁾.

فمن واجب الطبيب أن يتمسك بالقاعدة السابقة تمسكا شديدا إذا كانت التجميلات طفيفة، و لكن يجوز تخفيف هذا التشدد إذا كانت الغاية من العمليات إصلاح تشوهات من شأنها أن تقف حائلا في طريق حياة الشخص⁽⁵³⁾.

(47) « Le souci que la médecine, dont le but est après tout de transformer des malades en gens bien portant, ne dévie pas vers son contraire en métamorphosant des gens bien portant en malade » cité par Paul. L & autres, OP.Cit, P.276.

(48) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.107.

(49) C.f, Lyon ,08 jan 1981, J.C.P.1981,II,19699,note chabat.

(50) C.f, civ,1er , 19 avril 1988.

(51) أنظر، شهيدة قادة، المرجع السابق ، ص.84.

محكمة النقض الفرنسية 14 أكتوبر 1997.

(52) C.f, 25 fév. 1929 ,D1931.II ,141 ,note Jean loup.

(53) أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص.194.

و كل ما في الأمر أن القضاء يتطلب من الطبيب الإمتناع عن التدخل لإجراء جراحة التجميل إذا كانت تحمل قدرا من المخاطر لا تتناسب مع الغاية المرجوة.⁽⁵⁴⁾

و هذا ما أكد عليه قرار محكمة إستئناف آكس (Aix) في قضية تتمثل وقائعها في : أن فتاة جميلة ولكنها كانت تعاني من وجه منتفخ وسوء في بشرتها توجهت إلى الطبيب بغرض تجميلها، لكن بعد إجراء العملية فإن الفتاة أصيبت بعلامات إضافية أخرى على بشرتها و ظهر لها مشكل آخر هو صلابة بشرتها إلى درجة جعلتها تتضايق حتى في فتح فمها. فالمحكمة هنا إستبعدت الخطأ الجراحي و لكنها إعتبرت أن الجراح عرض حياة الفتاة للخطر بإستعماله لوسيلة لا تتماشى مع حالة المريضة. بطريقة لا نجد لها مبررا لأنن نستبدل عيبا جسديا بسيط بضرر حقيقي.⁽⁵⁵⁾

و من خلال هذا القرار يظهر إلتزام آخر على عاتق جراح التجميل يتمثل في التناسب بين المخاطر الحاصلة و الفائدة المتوقعة أو المرجوة من العمل الطبي التجميلي، و هو الأمر الذي يتطلب أن يكون هناك تناسبا بين نوع العمل الطبي التجميلي و مخاطر الوسيلة المستخدمة، فإذا كان العيب بسيطا كالأصبع الزائد أو ورم غير خبيث مثلا فإنه يلزم اللجوء إلى وسيلة علاجية ليست خطيرة على الشخص.⁽⁵⁶⁾

و بهذا أثر القضاء بمسؤولية الطبيب لعدم وجود تناسب بين النتيجة المرجوة و المخاطر العادية للعلاج بالأشعة، إذ حاول إزالة الشعر الزائد عن ساقى سيدة فأصيبت بتقصف في جلدها، و كان يمكن للطبيب أن يتوقع هذه النتيجة.⁽⁵⁷⁾

و لهذا يجب على الطبيب أن يقدر مدى مناسبة تدخله، و ليس له أن يترك الأمر بين يدي زبونه مهما كان إصراره على إجراء العملية⁽⁵⁸⁾، و على هذا يجب إذا اقتضى الأمر قبل إجراء العملية أن يأخذ رأي طبيب نفسي، عندما يلاحظ أن المريض يعاني من حالة نفسية⁽⁵⁹⁾.

إن حرية إختيار الطبيب للطريقة و العلاج محددة بحماية جسم المريض، بحيث لا يباشر جراحة تعرضه لخطر و لا تجلب له أية فائدة. و إنما ينبغي على الطبيب أن لا يجري العملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته.⁽⁶⁰⁾

و قد أدانت المحكمة الطبيب، رغم ثبوت قيامه بالجهود و اليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في مثل هذا النوع من العمليات⁽⁶¹⁾.

(54) C.f, D. Malicier, A. Miras et P. Feuglet et P.Faivre ,OP.Cit, p.187.

(55) C.f, 1er ch., 16 avril 1981 ,D.1982 ,I.R. 274. Observation Penneau.

(56) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.96.

(57) C.f, Cour de Lyon, 27 mai 1936 ,D.M.1936,465 .

(58) C.f, Paris , 13 jan 1959,D.1959.26.

(59) C.f, Dorsner- Dolivet,op.cit,p.442.

(60) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.107.

(61) C.f, Paris, 07 nov. 1972.

ومن خلال هذا يتبين أن القضاء يتشدد في إلزام الطبيب بإعلام المريض و الحصول على رضائه لكون أن الجراحة التجميلية تجري في ظروف متأنية، لا تتطلب العجلة أو التسرع، و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التبصر مما يستدعي أن يكون رضاؤه حرا، بعد تبصيره بكل جوانب الجراحة الموجودة.

و لهذا تفاديا لاحتجاج المريض، إذا وقع له ضرر ما أن رضائه كان معيبا لعدم علمه بكل جوانب الجراحة و مخاطرها و خاصة أن قرينة الخطأ المفترض التي يقيمها القضاء المدني لا تصلح كأساس للمسؤولية الجزائية للطبيب التي تقوم على إثبات الخطأ، فإنه من المستحسن أن يحتاط الطبيب في مثل هذه الحالة بأن يحصل على رضاه المريض و إقراره كتابة بإمامه بكافة المخاطر المتوقعة.⁽⁶²⁾

و بناء على ما تقدم فإن تخلف أي شرط من شروط الجراحة التجميلية، قد يترتب مسؤولية الطبيب العمدية حسب النتيجة الحاصلة، و بهذا لا بد قبل كل شيء تحديد طبيعة إلزام طبيب التجميل حتى يتسنى لنا رسم حدود مسؤوليته، و هذا ما سنحاول توضيحه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

طبيعة إلزام جراح التجميل:

في بداية الأمر كان القضاء الفرنسي ينظر للأعمال الطبية التجميلية بالسخط و الشك، فبينما كان يقرر أن رضاه المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تتجم عن العمل العلاجي، إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الجراحة التجميلية عند حدوث نتائج ضارة، حتى و لو أجري العلاج التجميلي طبقا لأصول الفن الطبي، بل حتى و لو لم يرتكب أي خطأ في العلاج.

و في هذا تبني واضح لموقف الإتجاه الراض لجراحة التجميل، إذ كان هذا القضاء يلقي على عاتق الطبيب إلزاما ضمنيا بضمان نجاح العملية و هو يعني أنه اعتبر إلزامه هو إلزام بتحقيق نتيجة⁽⁶³⁾. فقد قضت محكمة باريس سنة 1974 بأن النتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، نظرا لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل و لم يتم تحذير المريض منها⁽⁶⁴⁾.

(62) C.f, Jean Penneau ,op.cit ,p40..

أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق،ص.111

(63) C.f, D. Malicier, A. Miras et P. Feuglet et P. Faivre, op.cit, P. 186.

(64) C.f, M.M .Hannouz et A.R .Hakem , op.cit.p.64.

Dorsner- dolivet,op.cit,p.444.

و لكن إحرار التقدم العلمي و تطور الفكر الإنساني و رغبة الإنسان الدائمة في البحث عن الأفضل، جعل القضاء الفرنسي يغير موقفه و يخضع جراحة التجميل لنفس المبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام. و بهذا فإن الجراحة التجميلية تأخذ من جديد مكانتها ضمن الجراحة العامة، إذ تم إلغاء كل تفرقة بين الجراحة التجميلية و الجراحة العلاجية، و سمح للجراح أن يتخلص من المسؤولية طبقاً للقواعد العامة.⁽⁶⁵⁾

و هذا ما أكده القضاء الفرنسي في عدة قرارات لاحقة⁽⁶⁶⁾، و نفس الموقف اتخذه القضاء المصري من خلال قضيتين عرضت عليه⁽⁶⁷⁾، أكد من خلالهما أنه لا يوجد مبرر للتفرقة بين جراحة التجميل و الجراحة العادية، و إنما أخضع النوعين لقواعد موحدة.

المبادئ التقليدية للمسؤولية الجراحية تلقي على عاتق الجراح إلتزام ببذل عناية و ليس إلتزام بتحقيق نتيجة. و بإعتبار أن جراحة التجميل من فروع الجراحة لها تعاليمها و أصولها، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة. و عليه يجمع القضاء الفرنسي على أن إلتزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة و يلقي عبء إثبات الخطأ على عاتق المريض.⁽⁶⁸⁾ أما مقدار العناية المطلوبة، فإن الأمر يختلف، فلكل حالة ظروفها و ملابساتها و مقدار العناية و نوعها و درجته. و جراح التجميل، و إن كان كغيره من الأطباء، لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحة العادية، دون أن يصل إلتزامه إلى تحقيق نتيجة⁽⁶⁹⁾، بإعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر.⁽⁷⁰⁾

لكنه و إن كان إلتزام جراح التجميل هو نفس إلتزام الجراح العادي إلا أن القضاء المصري يعتبره إلتزاماً ببذل عناية خاصة، أي العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة، يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل نقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁵⁾ C.f, Paul .L et autres ,op.cit.p.275.

⁽⁶⁶⁾ C.f, Paris, 05juin 1962, II; 12809 ,R.T.D.C1963,87 ,
Paris, 13 janvier 1959 ,D.1959 ,26 ,R.T.D.C1959 ,, 322.

⁽⁶⁷⁾ أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 104.

⁽⁶⁸⁾ C.f, D .Malicier, A .Miras et P. Feuglet et P.Faivre ,op.cit , p.186.

Paris, 28 septembre 1990 ,D.1991 ,somm .359.

Dorsner- Dolivet ,op.cit p.441.

⁽⁶⁹⁾ C.f, Jean Guérin ,op.cit ,p.15.

⁽⁷⁰⁾ أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 109.

⁽⁷¹⁾ نقض مصري، 26 يوليو 1969، س 20، ص 85.

أما عن موقف القضاء الجزائري، فإنه نظرا لعدم وجود قضايا متعلقة بالجراحة التجميلية، فإنه لا يمكن تحديد موقفه و هذا ما يجعلنا نتجه إلى إخضاع الجراحة التجميلية إلى نفس الأحكام العامة للجراحة العادية مع بعض الخصوصية على غرار القضاء الفرنسي.

و بتحديد طبيعة التزام جراح التجميل نكون قد رسمنا حدودا لنطاق مشروعية هذه الجراحة، و أن تجاوز هذه الحدود من شأنه أن يجعل فعله غير مشروع مما يوجب مساءلته جنائيا، و هذا ما نحاول التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

مسؤولية الطبيب الجزائرية عن العمليات التجميلية:

إن الإجتهد القضائي الفرنسي رغم أنه أكد على أن الجراحة التجميلية تأخذ حكم الجراحة العادية و لا فرق بينهما⁽⁷²⁾، إلا أنه لم يقبل بانتفاء المسؤولية الجزائرية على أساس تبرير العمل التجميلي، و أخضع هؤلاء الجراحين إلى القواعد العامة للمسؤولية الجزائرية العادية على أساس أن هذه الجراحة فنا أكثر مما هي نوعا من الطب.

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

أما بالنسبة لعمليات الرثق العذري التي تعتبر من العمليات الحديثة في مجال الطب و مندرجة ضمن عمليات الجراحة التجميلية، و بما أنه لا توجد أحكاما خاصة بهذه العمليات الحديثة، فإنه لا مانع أيضا من تطبيق القواعد العامة الخاصة بالجراحة التجميلية عليها.

و مما سبق الذكر، فإنه لا توجد نصوص خاصة بمسؤولية الطبيب عن أعمال الجراحة التجميلية، مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي، و القواعد التي تحكم العمل الطبي بوجه عام، و سنحاول بسط هذه القواعد على مسؤولية الطبيب في إطار عمليات التجميل بما فيها الرثق العذري و ذلك على النحو التالي:

(72) أنظر، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص. 87.

أولاً: تخلف شرط الرضا:

أوضحنا أن رضا المريض شرط لإباحة عمليات التجميل، و معنى ذلك أن العمل الجراحي يكون غير مشروع كقاعدة عامة إذا لم يتوافر الرضا السليم عن صاحب الشأن خاصة في الجراحة التجميلية، و التي تتطلب إعلام المريض بكل مخاطر العملية بما في ذلك الإستثنائية منها، وبهذا يكون الطبيب مخطئاً إذا أخل بهذا الإلتزام، و نظراً لكون ذلك يؤدي إلى جعل الرضا معيباً. و عليه فإن تخلف شرط الرضا يجعل المساس بجسم المريض عملاً غير مشروع، و بالتالي تقوم مسؤولية الطبيب بحسب الأحوال:

1- إجراء الجراحة دون موافقة المريض:

لا شك أن غياب الرضا كشرط ضروري لإباحة العمل الطبي من شأنه يجعل عمله غير مشروع. و لهذا إذا قام الطبيب بإجراء جراحة التجميل لشخص دون أخذ موافقته أو عن طريق إستخدام وسائل إحتيالية أو نتيجة إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية، و في مثل هذه الحالة فإن الطبيب يسأل جنائياً و مدنياً و تقوم مسؤوليته عن جريمة عمدية. و يتوقف التكيف القانوني للفعل و المسؤولية عنه في هذا المجال على جسامته الضرر الذي يسببه للمريض، فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الجرح العمدي إذا سبب له عجزاً يتجاوز 15 يوماً طبقاً للمادة 264 فقرة 01 من قانون العقوبات. أما إذا ترتب على فعل الطبيب عاهة مستديمة كبتير عضو من أعضاء المريض أو فقد البصر...، فإنه يسأل عن جريمة ضرب و جرح عمدي أفضى إلى عاهة مستديمة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 264 من قانون العقوبات. أما إذا أدى عمله إلى وفاة المريض دون أن يقصد ذلك، فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الضرب و الجرح العمدي أدى إلى الوفاة دون قصد إحداثها طبقاً للفقرة 04 من المادة 264 من قانون العقوبات.

2- إخلال الطبيب بالالتزام إعلام المريض بمخاطر الجراحة:

لا شك أن إخلال طبيب التجميل بالالتزام بالإعلام بالمخاطر التي تحيط بالعملية من شأنه أن يؤثر على رضا المريض في اتخاذه القرار بإجراء العملية، لأن الإقدام على مثل هذه الجراحة الخطرة يقتضي من الطبيب أن يبصر المريض بالمخاطر التي يتعرض لها خلال إجراء عملية التجميل خاصة المخاطر الثانوية و النادرة الوقوع حتى يتسنى له إتخاذ قرار حاسم بإجراء مثل هذه الجراحة. و بهذا الطبيب الذي يخل بهذا الإلتزام لإهماله يكون مخطئاً مما يوجب مساءلته عن جريمة غير عمدية طبقاً للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات.

كما تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في هذا المجال، و هذا ما أكدته محكمة إستئناف باريس في قضية تتمثل وقائعها في : أن سيدة عمرها 66 سنة، إتفقت مع جراح جمالي لإجراء عملية جراحية لإزالة الغضون و الجيوب الموجودة تحت عينيها، و قد نتج عن هذه العملية عمى العين اليمنى، و هو حادث نادر الوقوع أي من الأمور

الإستثنائية، و صرحت المحكمة أن المخاطر الجسيمة، كخطر العمى التي ينذر أن تحدث توجب على الجراح أن يخبر الشخص بإحتمال وقوعه حتى يكون هذا الشخص في وضع يستطيع فيه أن يتخذ قراره الحر بالموافقة، لاسيما و أن المطلوب من الطبيب ليس معالجة أو عناية صحية، و إنما إزالة عيب جسدي صغير لدى امرأة بلغت 66 سنة. و أيدت محكمة النقض هذا الحكم بلا تحفظ⁽⁷³⁾.

و في قضية أخرى عرضت على محكمة إستئناف باريس في 20 جوان 1960 أدانت طبيب مختص في التجميل الذي أراد أن يصحح بطن راقصة التعري الذي كان متدلي (Ptôse) فأصابها بندبة في أسفل بطنها لا تتاح الفرصة عادة لإظهارها في الحياة العادية لراقصة لأنها تقلل من إقبال الجمهور على مشاهدة جسدها⁽⁷⁴⁾.

و قضية أخرى تتمثل و قائعها : في أن سيدة تبلغ 43 سنة لاحظت وجود هرم أنفي (Pyramide nazale) فأرادت إصلاحه بغرض تجميل شكل وجهها، فقامت بإجراء جراحة تجميلية في سنة 1959، بغرض ترقيع أنفها وفقا للطرق الطبية المعمول بها آنذاك، و لكن النتيجة لم تتحقق، اضطرت لإجراء 04 عمليات بعدها متتالية من سنة 1961 على سنة 1966، انتهت بمتابعة الجراح قضائيا بعدما وثقت فيه و أجرت بين يديه 05 عمليات جراحية. تقارير الخبراء في جراحة التجميل الذين فحصوا هذه السيدة وجدوا أن الجراحة غيرت نوعا ما من حالة أنفها للأحسن ومع هذا هناك ضرر. المحكمة ألفت على عاتق الطبيب الإعلام غير الشامل لزبونته لأنه لم يخبرها بأن النتائج العملية غير أكيدة، و أن الإلتزام بالإعلام الشامل يعد أمرا ضروريا⁽⁷⁵⁾.

و بالتالي يمكن مساءلة الطبيب على أساس الخطأ المتمثل في الإخلال بالإلتزام بالإعلام الشامل الذي جعل رضا المريضة معيبا، لأنها لو علمت بكل المخاطر العملية مسبقا لكان ذلك له دور في رفضها أو قبولها لإجراء الجراحة التجميلية. أما بالنسبة لعمليات الرتق العذري، فإن شرط الرضا ضروري و الحصول عليه أمر مهم جدا، و هذا لأن الطبيب سيقوم بعمل جراحي في أحد أجزاء جسم المرأة، و خصوصا أن البكارة التالفة للفتاة تقع في منطقة من المناطق ذات الحساسية الخاصة. و لهذا يترك للفتاة الحرية الكاملة في قبول أو رفض إجراء عملية الرتق العذري بعدما يوضح لها الطبيب مزايا و عيوب هذه العملية. و يجب أن يكون رضاها حرا بمعنى أن لا تقع ضحية إكراه معنوي معيب للرضا، و ذلك كأن يؤكد الطبيب للفتاة أن حياتها تترتب على إجراء هذه العملية، فهنا يعتبر الطبيب مسؤولا اتجاهها، كما أنه إذا وقعت الفتاة ضحية لتصرف الطبيب الذي يجري لها العملية بدون موافقتها أيا كان الباعث، ومهما كان الهدف شريفا أو غير شريف أو على سبيل التجربة، و في هذه الحالة يسأل الطبيب مسؤولية عمدية على تصرفه⁽⁷⁶⁾. و يثار

(73) أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص. 195.

(74) C.f, Paul .l et autres ,op.cit , P.278.

(75) C.f, Paul .L et autres ,op.cit ,p.279.

(76) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص. 167.

التساؤل عن الجريمة التي تكونها هذه الواقعة، فهل يمكن مساءلة الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف في هذه الحالة؟.

و هنا يمكن القول أن الطبيب الذي يجري عملية الرثق العذري بدون رضا المرأة أو بعد إيهامها أن حياتها متوقفة على إجراء هذه العملية يسأل عن جريمة الفعل المخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 الفقرة 01 من قانون العقوبات لكون أن فعل الطبيب هنا يمثل عملا من الأعمال المنافية للحياء، لأنه وقع في موضع العفة من جسم المرأة ألا و هو فرجها و بدون أن ترضى بهذا الفعل.

ثانيا : عدم إتباع الأصول العلمية:

من المنفق عليه أنه يجب على الطبيب عند مزاولته لمهنته في مجال الأعمال الطبية العادية أن يراعي ما تقضي به أصول الفن الطبي، و أن يبذل للمريض جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

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

و يدخل ضمن أصول و متطلبات الفن المختص به واجب حصول الطبيب على شهادة تؤهله للقيام بالجراحة التجميلية، فإذا أقدم شخص غير مؤهل علميا لإجراء هذه الجراحة بصورة متطابقة كليا مع الأصول الفنية، فلا يمكن له تبرير عمله، بل يبقى مجرما و بهذا يمكن ذكر بعض الحالات العملية للخطأ في هذا المجال منها:

1- عدم إجراء فحوصات طبية:

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

و عليه تقوم مسؤولية الطبيب الذي لم يقم بإجراء أي فحص على زبونه قبل إجراء الجراحة، و هذا ما قضت به محكمة باريس في 27-05-1970 في القضية التي تتمثل وقائعها في: أن إحدى الفتيات تعمل راقصة في ملهى ليلي سمعت ثناء زميلة لها على أحد الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل، كان قد أجرى لها عملية شد ثدييها و منع تدليهما و تحسين منظرهما، فذهبت إلى هذا الطبيب و اتفقت معه على إجراء عملية مماثلة. قام الطبيب بدون إجراء أية فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم، بتخدير زبونه تخديرا موضوعيا بالمادة Xylocaine، ثم حقن غدتي الثديين بال: Silastic، و دامت العملية ساعتين بصورة عادية، غير أن السيدة كانت متعبة، و أخبرت الطبيب بذلك لكنه لم يكلف نفسه لإجراء أي فحص لها و كل ما

فعله أنه نصحتها بأن تتمدد على السرير في مكتبه، و استدعى أختها لتأخذها إلى بيتها، فحضرت و قد لاحظت الأخت إصفرار وجه المريضة، و عجزها عن الكلام، لكن الطبيب طمأنها بأن لها حساسية من حقنة المخدر، و أنها ستزول و لا خطر عليها، و تركها الطبيب تغادر إلى البيت دون أي تعليمات طبية عدا طلبه بتدفئة رجلها عند النوم، و بعد ساعات لاحظت أن حالتها ساءت و راحت في غيبوبة كاملة، فاتصلت بالجراح هاتفياً فطلب منها ألا تقلق، و اكتفى بأن كلفها بأخذ حرارتها و تخبره. فاتصلوا بطبيب آخر و لكن حين وصوله كانت المريضة قد فارقت الحياة. و قد أثبت تشريح جثة الراقصة أن الطبيب ارتكب عدداً من الأخطاء منها:

- 1- إجراء العملية للراقصة دون فحوصات طبية.
 - 2- ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.
 - 3- سماح الطبيب للممرضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.
 - 4- لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جدية.
 - 5- رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية.
- و بهذا أخذ على الطبيب رعونته بإرسال المريضة إلى بيتها و هي في هذه الحالة، ثم رفضه الذهاب إلى بيتها لزيارتها و اعتبر القضاء ذلك خطأ جسيماً منه. و مع ذلك فإن المحكمة لم تؤاخذ على القتل الخطأ و إنما اكتفى بمعاقبته عن الإمتناع عن مساعدة مريض في حالة خطر، و بهذا قضت المحكمة على الطبيب العقوبة الجزائية و التعويض⁽⁷⁷⁾.

2- عدم اختصاص الطبيب في جراحة التجميل:

الجراحة التجميلية تعتبر من أنواع الجراحة التي تحتاج إلى التخصص و الكفاءة الطبية للطبيب الذي يقوم بإجرائها، و هذا نظراً لكونها تتطلب مهارة عالية و دراسة خاصة في هذا المجال. و على هذا فإن المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم إذا لم يكن مختصاً في جراحة التجميل و يعتبر مرتكباً لخطأ مهني⁽⁷⁸⁾. و في هذا الصدد نذكر ثلاثة قضايا عرضت على القضاء الفرنسي في هذا المجال و هي:

أ- حكم محكمة باريس بتاريخ 11 جوان 1974:

شاب يبلغ من العمر 10 سنوات أصيب بألم في أذنيه، أجريت له عملية من طرف الجراح، و بعد العملية وجد أن إحدى الأذنين تعمل بطريقة عادية، أما الأخرى فساءت حالتها على ما كانت عليه، أي أن النتيجة لم تكن تلك المتوقعة من الجراحة. القضاة بالرغم من تقارير الخبراء التي تدل على غياب الخطأ إلا أنهم استخلصوا خطأ مهنياً نظراً لفشل العملية. لأن العملية التي تم إجراؤها بسيطة و علاجها متفق

(77) أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص. 195.

عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 101-102.

(78) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 255.

عليه و معروف. و الخطأ هنا أن الجراح الذي باشرها مختص في جراحة البطن و ليس جراحة التجميل، و هو الأمر الذي يؤكد مسؤولية الطبيب.⁽⁷⁹⁾

ب- حكم محكمة باريس بتاريخ 15 جانفي 1974:

فتاة صغيرة باشرت عملية لتصليح هيئة أنفها فأدت إلى بتر مقدمة أنفها و إعوجاجه و هي نتائج بشعة، مما تسبب في اضطراب وظائفه.

المحكمة قررت أن الجراح ارتكب خطأ كونه باشر جراحة ليست من تخصصه بدون حاجة للبحث عن النتيجة.⁽⁸⁰⁾

ج- حكم محكمة الجنج لباريس بتاريخ 03 أفريل 1968:

أن إحدى السيدات الباحثات عن الجمال اطلعت في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه فيه على أحد الأطباء الذي استخدم طريقة جديدة مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلق جبهة الإنسان عند التقدم في السن. فذهبت إلى عيادته و اتفقت على إجراء هذه العملية، و قام بإجرائها و بعد مرور بضعة أسابيع على مغادرتها للعيادة، لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانب من رأسها خاليا من الشعر. و بدت و كأنها أصيبت بالقرع و صار جلد جبهتها أزرق اللون كريحه المنظر. رفعت القضية إلى محكمة الجنج بباريس، و انتدبت خبيرين في القضية جاء في تقريرهما أن الطبيب ليس مختصا و غير مؤهل لإجراء هذه العمليات، و قد دفع الطبيب أنه قد يحمل شهادة في الطب تجيز لحاملها ممارسة كل فروع الطب. إلا أن المحكمة ردت على هذا الدفع قائلة:

" أنه إذا كان الحصول على دبلوم في الطب يجيز لحامله ممارسة سائر فروع هذا العلم، إلا أن ذلك لا يعفي الطبيب الذي يريد ممارسة فرع دقيق من الطب يتطلب تخصصا و مهارة خاصة، أن يتزود بما يتطلبه هذا الفرع من دراسة و معلومات خاصة، و لا يقبل من الطبيب الذي لم يحصل إلا على دبلوم في الطب، أن يجازف دونما ضرورة أو حالة الإستعجال في ممارسة هذا الفرع من الجراحة الذي يحتاج تخصصا و مهارة عالية. كما وجدت أن الطبيب لم يقيم بإجراء فحوص على زبونه قبل إجراء العملية. و بهذا قررت مسؤولية الطبيب الجنائية عن الأضرار اللاحقة بالضحية.⁽⁸¹⁾

و من كل ما تقدم يمكن القول أن جراح التجميل لا بد أن يكون متخصصا في هذا النوع من الجراحة، بعد دراسة تطبيقية و نظرية، و ألا يتجاوز حدود إختصاصه و هو الشيء نفسه الذي نجده في الجراحة العادية الأخرى، و يجب إحترامه في الجراحة التجميلية لأنها تتطلب عناية من الجراح على درجة كبيرة من الأهمية.⁽⁸²⁾

(79) & (80) C.f, Dorsner- Dolivet, op.cit, p.443.

(81) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.100.

(82) C.f, Dorsner- Dolivet, op.cit, p.444.

3- الخطأ في تنفيذ العملية:

تعتبر مرحلة تنفيذ العملية الجراحية من المراحل الدقيقة، و لذا يجب مراعاة الحيطة والحذر و الدقة في إجرائها، أن يبذل لمريضه جهودا يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.⁽⁸³⁾

فعمليات الرق العذري باعتبارها من ضمن الجراحة التجميلية، تتطلب دقة كبيرة لأن البكارة تقع في منطقة ذات حساسية خاصة. إذ يختلف شكل غشاء البكارة من فتاة لأخرى فقد يكون هاليا أو حلقيا، و قد يكون له أكثر من فتحة كالمصفاة، و قد تكون له فتحة على شكل شق طولي. و نادرا ما يكون غشاء البكارة مسدودا تماما. و في هذه الحالة ينزل دم الحيض شهريا، و لكنه يتجمع و يتخزن في المهبل و الرحم. و هنا تحتاج الفتاة إلى عملية جراحية لفتح غشاء البكارة ليسمح لدم الحيض (الطمث) بالخروج. و كذلك توجد أنواع مختلفة من هذا الغشاء، فمنه ما يكون يتمزق بسهولة، و يكون سهل التمدد و منه ما يكون سميكا و مطاطيا و محكما و يحتاج إلى طبيب لإزالته قبل الزواج أي قبل حدوث العلاقات الجنسية، و مادام الأمر كذلك، فإنه يحتاج إلى مهارة و عناية فائقة و دقة في إجراء هذه الجراحة.⁽⁸⁴⁾

فإذا أخطأ الطبيب أو أهمل أو لم يراع الأصول الفنية وقواعد المهنة عند إجراء هذه الجراحة، مما يؤدي إلى حدوث نزيف مثلا أو تمزق جدار المهبل أو الرحم أو نفسخ الجلد الخاص بمكان هذا الغشاء أو تقرحات تؤدي إلى حدوث مالا تحمد عقباه عند هذه الفتاة، فهنا يسأل الطبيب عن الفعل الخطأ الذي ارتكبه. فعلى أي أساس يمكن مساءلة الطبيب الذي تسبب خطأ في تمزق جدار المهبل أو الرحم؟ هنا الخطأ الطبي من جراح التجميل الذي يصيب جسم المريض بضرر يعرضه للمساءلة على أساس جريمة الجرح الخطأ المعاقب عليها في المادة 289 من قانون العقوبات. و الثابت أن جراح التجميل لايسأل عن فشل عملية التجميل طالما أنه اتبع وسائل الحيطة و الحذر في إجرائها، و هذا لأنه لا يضمن نجاح العملية كون إلتزامه ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة، فإنه يكون مسؤولا⁽⁸⁵⁾.

4 - عدم مراقبة المريض بعد إجراء العملية :

يقع على عاتق الطبيب و طبيب التخدير مهمة مراقبة المريض و تتبع حالته الصحية بعد إتمام العمل الجراحي. و أن إهمال الطبيب لهذا الإلتزام يعد خطأ موجبا للمسؤولية في جانبه، على حسب الضرر الذي يصيب المريض.

و بهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الجنائية بمسؤولية جراح التجميل الجنائية الذي تسبب في وفاة الضحية في قضية تتمثل وقائعها فيما يلي: أرادت فتاة معالجة أذنهما بالجراحة، فقام جراح التجميل بنفسه بتخدير المريضة، و أجرى لها

(83) أنظر، القاضي فريد الزغبي، المرجع السابق، ص.144.

(84) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص.168.

(85) C.f, Paris,07 nov 1972.

العملية و بعد إتمامها كانت الفتاة تتنفس بصعوبة، ثم نقلها إلى غرفتها و تركت بدون مراقبة. ساعة و ربع بعد العملية توقف قلبها، و بقيت 06 أيام فاقدة الوعي بعدها توفيت. فنسب إلى الجراح إهمال متمثل في عدم مراقبة المريضة بنفسه، معتقدا أن مجرد إستيقاظ المريضة و إنتهاء مفعول المخدر فإن مهمة الطبيب تنتهي، و أن المراقبة اللاحقة من مهام الممرضين. و بررت المحكمة قرارها أن الطبيب الجراح هو المسؤول عن المراقبة خاصة بعد الجراحة و أنه هو من باشر التخدير و كان عليه أن يعطي تعليمات واضحة للممرضة حتى تتمكن من الإشراف على المريضة و هذا لم يحدث، و لهذا نسب الخطأ المتمثل في الإهمال المؤدي إلى الوفاة و قضى بإدانة الطبيب ب08 أشهر حبسا غير نافذة.⁽⁸⁶⁾

5- عدم التناسب بين الضرر الحاصل و الوسيلة المستعملة للعلاج:

جراحة التجميل لا تمارس من حيث المبدأ لأهداف علاجية بالمعنى الصحيح، و من تم يجب أن تتناسب الأضرار و المخاطر وراءها مع الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها خاصة و أنها تجري في ظروف متأنية، فليس هناك ما يبرر العجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات، و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التبصر. و بما أنه لا يجوز إفتراض خطأ لم ينص عليه المشرع، فيشترط القضاء أن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص و الفائدة المرجوة من العمل الطبي التجميلي⁽⁸⁷⁾، و هذا ما يتطلب من الطبيب إجراء موازنة بين مخاطر إجراء العملية و المنافع المرجوة منها قبل الإقدام عليها، و إخلاله بهذا الإلتزام يعد من أعمال الرعوننة الموجبة لمسؤولية الطبيب الجزائية، لأن جراحة التجميل تعتبر مشروعة شرط ألا تلحق ضررا بالمريض أشد من العيب الجسدي الذي يعاني منه، و على هذا تقوم في جانبه مسؤولية غير عمدية حسب المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات.

⁽⁸⁶⁾ C.f, Cass ,crim09 nov 1977,G.P,1978.2.233.

⁽⁸⁷⁾ C.f, Paris, 16 juin 1995 ,D.1995.I.R.251.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة، تناولنا موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة من حيث القانون الجزائري، و ما توصل إليه القضاء الفرنسي في مجال مسؤولية الطبيب في مختلف مجالات الطب.

وقد سلطنا في عرض هذا الموضوع مسلكا ينفق و الهدف منه، بحيث قسمناه إلى فصلين يسبقهما فصل تمهيدي تطرقنا فيه إلى إباحة المساس بسلامة الجسم لأجل ممارسة الأعمال الطبية، وفي الفصل الأول تطرقنا إلى مسؤولية الطبيب الجزائية عن عمليات التلقيح الإصطناعي و عمليات تغيير الجنس، أما الفصل الثاني فتناولنا فيه مسؤولية الطبيب الجزائية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و الجراحات التجميلية .

واقترضت منهجية البحث التعريف أولا بالعمل الطبي و أساس مشروعيته، وتوصلنا إلى أنه على رجل القانون أن يحرص على تحقيق التوازن بين اعتبارين متكاملين الأول هو حماية سلامة جسم المريض أثناء ممارسة العمل الطبي، و الثاني إعطاء الطبيب قدر من الحرية لممارسة العلاج. كما لاحظنا ظهور تطور ملحوظ في قواعد المسؤولية الطبية الجزائية، إذ لم يكن من التصور أن الطبيب سيكون محلا للمساءلة الجزائية عن أخطائه غير العمدية. غير أن إستقرار مبادئ المسؤولية الجزائية أتاح إمكانية مساءلة الطبيب أخطائه العمدية وغير العمدية، متى كانت مخالفة لأصول مهنته. إضافة إلى أن عمله لم يعد مقتصر على بعض الحالات التي يبذل فيها الجهد و العناية اللازمة لذلك، و إنما تحول هذا العمل إلى التزام بتحقيق نتيجة في الحالات التي يكون مجالها محددًا تحديدا دقيقا ولا يحتمل أية صعوبة بالنسبة للطبيب العادي، و ذلك بسبب التقدم العلمي الذي أحرزه الطب في هذا المجال و منها عمليات تحاليل الدم والختان و غير ذلك.

ثم تعرضنا لمسؤولية الطبيب الجزائية عن عمليات التلقيح الاصطناعي و تغيير الجنس، وأبرزنا أن عملية التلقيح الإصطناعي داخل و كذلك خارج الرحم مشروعة ممارستها إذا كان الهدف منها هو تحقيق غاية مشروعة، وهي المساعدة على الإنجاب أثناء قيام العلاقة الزوجية الشرعية، و بموافقة صريحة من الزوجين بعد إحاطتهما بكل المعلومات التي تحيط بهذه العملية من الأطباء المتخصصين، وفي الأماكن المعدة لذلك قانونا بناء على تقرير طبي يؤكد أن الزوجة لا يمكنها الحمل إلا بهذه الطريقة. أما التلقيح الإصطناعي الذي يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية عن طريق الإستعانة بشخص أجنبي فإنه غير مشروع، لأنه يدخل في حكم الزنا ويعرض الأنساب للإختلاط و بالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية. أما عمليات تغيير الجنس، فمشروعيتها ثابتة إذا كانت تهدف إلى تصحيح عيب خلقي في الأعضاء التناسلية لتحديد جنس الإنسان بعد أن كان مشكوكا فيه، ويمكن للطبيب القائم بها إذا وقع منه خطأ طبي أن يسأل عن جريمة غير عمدية. و لكن إذا كانت من قبيل حب المغامرة

نتيجة لخلل نفسي في الشخص، فإنها تعتبر غير مشروعة لأنها تدخل في تغيير خلق الله، وتوجب مسؤولية الطبيب القائم بها على أساس جريمة عمدية.

ثم تطرقنا بعد ذلك إلى مسؤولية الطبيب الجراحية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية و الجراحات التجميلية، وأوضحنا أن عمليات نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية مشروعة سواء بين الأحياء أو من الأموات إلى الأحياء، إذا توافرت شروطها و التي من بينها أن يكون المتبرع بالعضو كامل الأهلية، و أن تتم موافقته في شكل مكتوب بعد تبصيره بجميع مخاطر العملية، و أن يكون العضو المتبرع بين الأحياء من الأعضاء المزدوجة التي لا تؤثر في صحة المتبرع، و أن النفع المتوقع من وراء عملية الزرع أرجح من الضرر الذي يصاب به المتبرع، و أن يكون التنازل عن العضو بدون مقابل مادي، إلى جانب ضرورة الحصول على رضاء المتلقي بعد تبصيره بكل عواقب العملية. كما أعطى للطبيب الحق في إجراء هذه العملية، دون الحصول على رضاء المريض إستثناء في حالة تواجده في خطر حقيقي و حال، لا يتيح له الفرصة في الحصول على رضائه و لم يكن هناك أحد من أقاربه، نظرا للنقطة التي يوليها المشرع للأطباء. أما بالنسبة للنقل من الأموات إلى الأحياء، فاشتراط المشرع أن يكون إثبات وفاة المتبرع من طرف لجنة طبية متخصصة تتكون من ثلاثة أطباء من بينهم طبيب شرعي للتمكن من إجراء عملية النقل و بعد الحصول على رضاء المتبرع قبل وفاته. وبهذا يكون الطبيب مسؤولا جزائيا إذا ما خالف هذه الضوابط على أساس جريمة عمدية أو غير عمدية بحسب الأحوال.

أما فيما عمليات التجميل، فلقد توصلنا إلى أنها تأخذ حكم الجراحة العادية مع بعض الخصوصيات و بالتالي تعتبر مشروعة من حيث المبدأ شريطة ألا ينشأ عنها علة ظاهرية دائمة تكون أشد من تلك التي كان يراء بالجراحة محوها أو الحد منها. لاحظنا أن القضاء الفرنسي كان يتشدد في هذا النوع من الجراحات باعتبارها لا تهدف إلى الشفاء من مرض يمس سلامة الشخص و إنما مجرد إصلاح تشوه أو نقص أو تلف في الجسم أو تجديد شباب الإنسان. وقد تطلب القضاء أن تجرى هذه الجراحة من طبيب متخصص في جراحة التجميل بعد الحصول على رضاء المريض الصريح بعد إعلامه بمخاطر العملية حتى الإستثنائية، على أن يخضع هذا الشخص لفحوصات طبية كاملة و يعرض على طبيب نفساني قبل الإقدام على هذه العملية، و أن مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للمسؤولية الجزائية على أساس جريمة عمدية أو غير عمدية بحسب الأحوال. كما تطرقنا لعمليات الرتق العذري التي تدخل ضمن الجراحة التجميلية وهي مشروعة شرط ألا يكون الهدف منها هو إخفاء جريمة الزنا و إلا تعرض الطبيب القائم بها للمسؤولية الجزائية.

و من خلال هذه الدراسة لاحظنا أن التطور الحديث في المجال الطبي أدى إلى اتساع مفهوم العلاج، فلم يعد قاصرا على المعنى التقليدي الذي يقصد به شفاء المريض من أمراض أو إصابات معينة في أجهزة الجسم، بل أصبح يتسع ليشمل الآلام النفسية،

و كل ما يحقق راحة و سعادة الإنسان لأسباب تتعلق بالجوانب النفسية أو العقلية أو البدنية و الاجتماعية.

وبعد أن كان السائد أن الطبيب يتمتع بسلطة في مواجهة المريض، فيختار أسلوب الفحص أو العلاج الذي يراه محققاً لمصلحته، و كان لا يسأل عن نتائج ما يبشره من إجراءات بصفة عامة ما لم يشبها خطأ طبي، فقد تغيرت طبيعة تلك العلاقة و أصبح من شروط إباحة العمل الطبي أن يتم بموافقة المريض بعد تبصيره الكامل بكل ما يحيط العلاج الذي سيخضع له من مخاطر، كما أصبح الطبيب ملتزماً في مباشرة إجراءاته بالقدر المتوسط من الحيطة و الحذر الذي تغير مضمونه في ظل المتغيرات العملية الحديثة.

كما توصلنا إلى أن المبادئ التقليدية المستقر عليها في القانون الجنائي، أصبحت غير كافية لتنظيم وضبط الممارسات الطبية و العملية الحديثة في الطب و الجراحة، و لم يستطع قانون العقوبات أن يواكب هذه التطورات في المجال الطبي بما يضمن سلامة جسم الإنسان .

ولقد رأينا أن القانون الجزائري إهتم بوضع قواعد قانونية في بعض المجالات ليواكب التطورات الطبية الحديثة، لاسيما في مجال نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية، محققاً بذلك خطوات ثابتة في ثورة التشريع. غير أنه ثمة بالتأكيد بعض النقص و القصور لا تستقيم معها الحماية الجنائية لسلامة الجسم المطلوبة إلا على يد المشرع.

ولهذا نرى أنه قد حان الوقت بأن يقنن المشرع الجزائري بعض ما اعتري قواعده من نقص أو قصور بأن يضيف فيها أو يعد لها بحسب الأحوال، و ذلك وفق الاقتراحات المتوصل إليها من خلال هذا البحث تذكر منها:

1- ضرورة إصدار تشريع ينظم إجراءات التلقيح الإصطناعي، في كافة الأحوال و يضع الضوابط اللازمة للتلقيح الإصطناعي بين الزوجين و دون تدخل طرف ثالث، و أن يجرم كل عملية تلقيح إصطناعي تتم خارج العلاقة الزوجية بما في ذلك الحالات التي يتم فيها استعمال غير نطفة الزوج أو بويضة متبرع بها أو الحمل بواسطة الأم البديلة.

2- وضع نصوص ضمن قانون العقوبات تنص صراحة على معاقبة الطبيب و كل من يساهم من قريب أو بعيد في إجراء عمليات تغيير الجنس بإستثناء حالة الخنثى.

3- وضع نصوص ضمن قانون العقوبات تنص صراحة على تجريم الإتجار بالأعضاء، كما تجرم عمليات النقل و الزرع التي تتم في غير الأماكن المرخص لها قانوناً إجراء مثل هذه العمليات حسبما حدده القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2 أكتوبر 2002 .

4 - وضع نصوص تمنع نشر الإعلانات بأي وسيلة من وسائل الإعلام إذا كان موضوعها عرض شراء أو بيع أي عضو من أعضاء الجسم و توقيع جزاءات جنائية في كافة هذه الأحوال . إضافة إلى نصوص خاصة تعاقب جزائيا كل مخالفة لنصوص مواد نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية .

5- وضع نصوص تجرم صراحة إجراء جراحات التجميل من طبيب غير مختص في هذا المجال، أو إذا أدت إلى إصابة المريض بعلّة تفوق تلك التي كان يعاني منها و تعويض حياته للخطر. إضافة إلى ضرورة وضع المشرع لضوابط عملية الرثق العذري باعتبارها تدخل ضمن الجراحة التجميلية و وضع نصوص لمعاقبة الطبيب القائم بها لإخفاء جريمة الزنا.

و بهذا فإن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب و الجراحة ، يجب أن يتم في إطار الضوابط التي تضمن حماية سلامة جسم المريض ، و إحترام كرامته و عدم الإعتداء عليها مصداقا لقوله تعالى " ولقد كرّمنا بني آدم " (1) .

وأخيرا فإن بحثنا هذا يعد مساهمته علمية، و بمثابة منارة لأبحاث أخرى تنصب حول التطبيقات الطبية و الإشكالات القانونية و الأخلاقية التي تثيرها الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة.

(1) سورة الإسراء ، الآية 70.

الملاحق

قائمة الملاحق

- 1- نسخة من التقرير الصادر في دورة المجلس الوطني للأطباء في فرنسا حول مسؤولية الأطباء المناوبين.
- 2- نسخة من قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 13-01-2004.
- 3- نسخة من حكم جزائي صادر عن محكمة وهران (بن زرجب) بتاريخ 03-03-2004.
- 4- نسخة من حكم جزائي صادر عن محكمة وهران بتاريخ 03-02-2001.
- 5- نسخة من قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 26-12-2001.
- 6- نسخة من عريضة الطعن بالنقض الموجه ضد القرار الجزائي الصادر بتاريخ 26-12-2001.
- 7- نسخة من قرار المحكمة العليا عن غرفة الجنح و المخالفات الصادر بتاريخ 09-04-2003.
- 8- نسخة من قرار جزائي صادر عن مجلس قضاء وهران بعد الطعن بالنقض بتاريخ 13/07/2004.
- 9- نسخة من مقال من جريدة الجمهورية الصادرة بتاريخ 12-02-2004، العدد 2105، ص 5.
- 10- نسخة من مقال من جريدة " الجمهورية " الصادرة بتاريخ 17 نوفمبر 1999، العدد 806، ص 11.
- 11- نسخة من مقال من جريدة " Le Matin " الصادرة بتاريخ 21 جانفي 1999، العدد 2095.
- 12- نسخة من مقال آخر من جريدة " Le Matin " الصادرة بتاريخ 10-12-2004، العدد 2981، ص 13.
- 13- نسخة من مقال من جريدة " Le Matin " الصادرة بتاريخ 27-07-2001، العدد 2862، ص 11.

COMMUNICAR

INFORMATION

SCIENTIFICS

INFORMATI

INFORMATI

INFORMATI

INFORMATI

INFORMATI

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

PROFESSIONNEL

deontologie

DEONTOLOGIE

DEONTOLOGIE

DEONTOLOGIE

deontologie

DEONTOLOGIE

DEONTOLOGIE



Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins d'octobre 2001
Dr Jacques Lucas
M. Francisco Jemel

RESPONSABILITÉ DES MÉDECINS DE GARDE OU D'ASTREINTE ANALYSE JURIDIQUE ET DÉONTOLOGIQUE

AVANT PROPOS

Par sa nature même, la note qui suit ne porte ni approbation ni improbation de décisions juridictionnelles puisque celles-ci sont revêtues de l'autorité de la chose jugée. Cette note ne fait que décrire l'état actuel du droit. Nous espérons qu'elle répondra aux interrogations qui nous ont été adressées par les Conseils départementaux.

Elle laisse cependant apparaître que le statut du médecin qui remplit, lors d'une garde ou d'une astreinte, une mission d'intérêt public devra être clarifié et précisé. En effet, c'est le statut de ce médecin qui détermine le régime des responsabilités qu'il engage sur le plan juridique dans les domaines assurantiel, civil, pénal et déontologique.

La définition de ce statut figure au premier rang des recommandations qui ont été adressées au Ministère par le Conseil national et qui ont été rendues publiques début octobre 2001. Le Conseil national de l'Ordre des médecins devra être associé au travail juridique nécessaire à cette définition au regard des implications éthiques et déontologiques qu'elle comporte et sur laquelle nous sollicitons, avec cet envoi, les observations et contributions des conseils départementaux.

INTRODUCTION

L'étude de la jurisprudence de la Cour de Cassation statuant en matière pénale, et de la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins dans les affaires impliquant les médecins de garde permet de mieux cerner les responsabilités qu'ils doivent assumer, mais aussi et surtout les limites à leurs obligations.

A l'occasion de la réunion des délégués régionaux aux gardes et urgences du 3 février 2001, le besoin d'une clarification émanant du CNOM sur ce sujet a été exprimé.

Tout d'abord, le nombre infime de contentieux mettant en cause le comportement des médecins de garde par rapport à l'importance de leur

activité ne doit pas occulter l'accroissement significatif des récriminations, voire des plaintes dont ils font l'objet. Les conseils départementaux nous rapportent de façon générale ce phénomène même s'il est difficile de le quantifier.

Par ailleurs, les médecins de garde, confrontés aux exigences de plus en plus fortes des patients, qu'elles soient justifiées ou non éprouvent des difficultés croissantes à exercer sereinement leur office et ont tout intérêt à mieux connaître ce qu'imposent aujourd'hui la loi pénale et la déontologie, appliquées et interprétées respectivement par la Cour de Cassation et la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins.

Ce rappel sera aussi utile aux médecins régulateurs qui doivent solliciter à bon escient les médecins de garde.

Enfin, de façon concrète, cette étude doit permettre de s'assurer de la viabilité des maisons médicales de garde (CAPS, AGRU...). Quel avenir pourrait avoir cette nouvelle organisation de la permanence des soins si le médecin de garde devait systématiquement se déplacer sur-le-champ au domicile du patient ?

1. Le médecin de garde et le juge pénal : analyse de la jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de non-assistance à personne en danger

Si le médecin de garde doit être joignable, toute défaillance pouvant relever de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui (article 223-1 du code pénal) ou de la responsabilité pénale par faute d'imprudence (articles 121-3, 221-6 et 221-19 du code pénal), le juge pénal s'est essentiellement intéressé aux différents types de réponse apportés par le médecin de garde aux appels qu'il reçoit.

1.1 - Le fondement légal de l'omission de porter secours

Ce devoir d'humanité est en effet également un délit pénal défini comme suit à l'article 223-6 alinéa 2 du code pénal : « Sera puni des mêmes peines (5 ans d'emprisonnement et 500.000 F d'amende) quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui et pour les tiers, il pouvait lui porter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.

1.1.1 - Les personnes visées par le délit

A la lecture du texte : « Quiconque... », on constate que le délit de non-assistance à personne en danger ne concerne pas que les médecins ou plus généralement les professionnels de santé.

Cependant, l'analyse de la jurisprudence permet de conclure que les poursuites engagées sur ce fondement ont principalement visé les médecins, toutes catégories confondues : médecins généralistes ou spécialistes, libéraux, salariés ou hospitaliers.

Les médecins hospitaliers doivent d'ailleurs savoir que le refus de se déplacer constitue pour le praticien de garde une faute personnelle, détachable par sa nature même de la fonction qu'il occupe. Cette faute engage donc leur responsabilité personnelle, et non celle de leur hôpital, et pourra être sanctionnée sur le plan pénal mais aussi civil.

Parmi les médecins libéraux, les médecins généralistes sont beaucoup plus souvent impliqués dans des contentieux que les médecins spécialistes, qu'ils aient agi comme médecin traitant ou plus spécifiquement –et c'est ce qui nous intéresse dans le cadre de cette étude– comme médecin de garde.

1.1.2 - L'appréciation du péril par le médecin de garde

L'omission de porter secours suppose à titre préalable que la personne à

secourir soit en péril (cf 1.1).

Cette appréciation qui devra porter sur la gravité du péril et son caractère imminent est particulièrement délicate lorsque le médecin est contacté par téléphone. C'est pourtant la situation la plus fréquente pour le médecin de garde.

Si la loi n'a pas défini l'état de péril, les juges le voient comme un état dangereux ou une situation critique (en réalité ou en apparence) qui fait craindre de graves conséquences.

Il appartient au médecin d'apprécier l'utilité ou l'urgence de son intervention, sous le contrôle de sa conscience et des règles de sa profession. Telle est la position constante de la Cour de Cassation depuis 1949.

Le médecin n'est pas tenu de se déplacer pour constater le péril si les renseignements obtenus par téléphone lui paraissent suffisants pour se forger une opinion et prendre les décisions adéquates.

Les juges tiennent compte du sérieux avec lequel l'interrogatoire téléphonique est mené. Bien entendu, en cas de doute sur l'état réel du patient, le médecin de garde devra se déplacer.

Compte tenu des difficultés de l'entretien téléphonique, on se reportera utilement au rapport du Président HOERNI sur ce sujet intitulé « Appels téléphoniques de patients et déontologie médicale ».

En particulier, il est recommandé que le médecin de garde :

a. identifie lui-même la nature de la demande en se méfiant des aléas d'une transmission par personne interposée ;

b. s'assure de la bonne compréhension de la réponse qu'il a pu apporter ;

c. conserve par tous moyens, une trace de l'échange aussi bien pour le transmettre au médecin traitant habituel que pour justifier, le cas échéant, que les renseignements recueillis étaient fiables et ne nécessitaient pas une intervention immédiate.

L'absence d'utilité d'une intervention immédiate ne signifie en aucun cas l'inertie ou l'indifférence pour le médecin de garde. Il pourra ainsi effectuer une prescription médicamenteuse par téléphone, inviter le patient à se déplacer à son cabinet, à consulter le médecin traitant le lendemain, ou encore à se déplacer lui-même mais pas de façon immédiate. Ces conseils valent également pour les médecins régulateurs.

On peut ici rappeler qu'aux termes de la loi, les consultations médicales sont données au cabinet du médecin sauf lorsque l'assuré ne peut se déplacer en raison de son état (article L.162-3 du code de la sécurité sociale).

Les juges sanctionnent de façon sévère le désintéret manifesté par le médecin face à l'appel reçu et, au contraire, prennent en considération l'attitude du médecin qui rappellera la personne qui l'a contacté ou l'invitera à le rappeler pour connaître l'évolution de la situation.

1.4 L'attitude du médecin de garde face au péril pressenti ou identifié

Contrairement à une idée reçue, la non-assistance à personne en danger n'est pas constituée du seul fait de l'absence de déplacement du médecin sollicité. Le code pénal mentionne bien que l'obligation de porter assistance peut prendre deux formes : l'action personnelle ou le recours à un tiers. Ce choix n'est pas discrétionnaire et le médecin a le devoir de mettre en œuvre les moyens les plus adaptés à son patient.

On peut ainsi retenir, par exemple, que le recours à un transport médicalisé ou non vers un établissement hospitalier s'impose d'emblée au médecin alors que son action personnelle n'aurait fait que retarder la prise en charge efficace du patient, ce qui pourrait d'ailleurs lui être reproché.

Le recours à un tiers n'est pas non plus à exclure si le médecin de garde doit faire face à plusieurs urgences au même moment.

Selon la jurisprudence, la réponse adaptée peut aussi tenir au cumul d'une intervention personnelle du médecin et à l'appel à un tiers.

Les juges se montrent sévères face aux mesures dilatoires telles qu'une prescription médicamenteuse ordonnée par un médecin au téléphone dès lors qu'il ne pouvait se méprendre sur la gravité du péril encouru.

Le recours à un tiers face à une urgence doit faire l'objet d'une attention particulière. En effet, le médecin devra personnellement faire appel à ce tiers. Il n'a pas à laisser au patient le soin de le faire en se déchargeant ainsi de son obligation d'assistance. Enfin, il devra s'assurer de l'intervention effective de ce tiers.

On ne saurait nier que les juges portent une appréciation stricte sur l'attitude des médecins, et notamment des médecins de garde compte tenu de leur rôle.

1.5. L'absence de risque pour le médecin de garde

La non-assistance à personne en danger du code pénal sanctionnée par le code pénal suppose l'absence de risque pour la personne à qui l'assistance est demandée.

Les tribunaux vont donc prendre la mesure du danger couru par la victime et du risque invoqué par le médecin pour déterminer si on se trouve bien dans une cause d'exonération de l'obligation d'assistance.

Dans une décision récente, les chutes de neige et la fatigue invoquées par le médecin de garde n'ont pas convaincu le juge face à l'état d'un enfant âgé de 11 mois présentant des symptômes alarmants. Le médecin de garde ne s'était pas déplacé et n'avait pas non plus provoqué de secours.

Si ce comportement est répréhensible, et d'ailleurs a été également sanctionné par les juridictions disciplinaires, on ne peut s'empêcher de songer à d'autres situations telles que les appels de nuit au médecin de garde dans des quartiers où les risques d'agression physique sont réels.

2. Le médecin de garde et le juge disciplinaire

2.1 Les fondements légaux de l'obligation de porter assistance

Ils sont les mêmes pour tous les médecins et résultent tout d'abord des termes de l'article L.4121-2 (ex L.382) du code de la santé publique : « *L'Ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L.4127-1* ».

L'article 9 du code de déontologie médicale commande à tout médecin qui se trouve en présence d'un malade ou d'un blessé en péril, ou informé qu'un malade ou un blessé est en péril, de lui porter assistance et s'assurer qu'il reçoit les soins nécessaires. Cet article est bien sûr l'écho de l'article 223-6 du code pénal.

Plus loin, l'article 47 du code de déontologie médicale prévoit « *Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée. Hors le cas d'urgence et celui où il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles...* ».

L'article 7 du code de déontologie, consacré notamment à l'écoute dont le médecin doit faire preuve et au concours qu'il doit apporter en toute circonstance, n'est pas sans rapport avec notre étude.

De façon générale, la disponibilité du médecin constitue une de ses qualités cardinales (R. Villey).

A côté de ces dispositions applicables à l'ensemble du corps médical, des

2 dispositions plus particulières existent pour le médecin de garde : l'article 77 lui fait obligation de participer aux services de garde de jour et de nuit dans le cadre de la permanence des soins, et l'article 78 lui enjoint de prendre toutes dispositions dans le cadre de la garde pour être joint au plus vite.

2.2 La mise en œuvre de ses principes par la Section disciplinaire

De 1991 à 2000, une cinquantaine de décisions ont concerné l'omission de porter secours à une personne en danger, avec une augmentation sensible au cours des dernières années (11 décisions en l'an 2000).

La majorité d'entre elles, qu'elles sanctionnent le médecin ou qu'elles le relaxent, ont concerné des médecins généralistes de garde.

D'emblée, on rappellera que la garde est une obligation déontologique à laquelle le médecin ne peut se soustraire sans violer la déontologie et encourir des sanctions disciplinaires : les décisions de la Section disciplinaire confirmées par le Conseil d'Etat en témoignent.

On ne s'intéressera donc ici qu'aux modalités suivant lesquelles le médecin remplit son obligation. On est, à ce sujet, frappé à l'analyse des décisions par l'analogie des solutions apportées par le juge disciplinaire aux problèmes posés par le comportement des médecins de garde avec celles de la Cour de Cassation.

2.3 Le médecin de garde et l'appréciation du péril

Bien entendu, aucune appréciation ne doit être portée ni aucune décision prise sans interrogatoire sérieux de l'appelant.

Le médecin de garde ne doit pas se contenter des renseignements qu'on lui donne et devra prendre l'initiative de demander les informations pertinentes.

Est condamnable le médecin qui pose un diagnostic hasardeux alors qu'il n'a pas eu réellement les moyens de s'assurer de l'absence de péril.

En cas de doute sur le péril encouru, le juge disciplinaire comme le juge pénal estiment nécessaire son déplacement.

Ici non plus, l'absence de danger ne peut en aucune manière entraîner, pour le médecin qui a pris la décision justifiée de ne pas se déplacer, un désintéret.

Le médecin doit marquer une véritable attention vis-à-vis de l'appelant, et ce point est souvent relevé dans les affaires où des parents affolés appellent le médecin de garde pour leurs jeunes enfants.

Le médecin devra prendre le temps de rassurer l'appelant et reprendre contact avec lui pour s'assurer de l'absence d'aggravation de l'état du patient.

L'appelant ne doit pas avoir le sentiment que le médecin ne s'intéresse pas à son appel.

De la même manière, le médecin de garde pourra reprendre contact avec le médecin traitant s'il a conseillé au patient ou à sa famille d'aller le consulter.

2.4 Le médecin de garde face au péril pressenti ou réel

Là aussi, les moyens les plus adaptées doivent être mis en œuvre, et il est des situations où l'intervention personnelle du médecin de garde ne ferait que retarder l'hospitalisation.

Le médecin doit privilégier l'efficacité et ne pas abandonner sa garde si sa présence auprès du patient est inutile. Le médecin ne doit pas non plus prendre de mesures dilatoires telles que la prescription de médicaments banals face à un état alarmant.

Le médecin de garde doit agir selon sa conscience et ne peut se laisser porter par la demande du patient. Ainsi, il devra se déplacer si la situation l'exige alors même que l'appelant ne l'avait pas expressément demandé et, à l'inverse, il n'aura pas à le faire s'il estime la demande injustifiée.

Si le recours à un tiers s'avère nécessaire, il lui appartient de le provoquer lui-même ainsi que de s'assurer de la réalité de son intervention.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

مجلس قضاء وهران
الغرفة الجزائية

قرار جزائي

قرار يوم : 2004/01/13

ملف رقم : 2003/2556

فهرس رقم : 2004/301

بالجاسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثالث عشر من شهر ج
سنة ألفين و أربعة على الساعة التاسعة صباحا بم
المجلس القضائي بوهران الكائن بساحة الأست
تيفني للنظر في استئنافات الجرح والمخالفات .

- ♦ تحت رئاسة السيد :عبدي بن يونس ، رئيسا.
- ♦ وعضوية السيدين:فردي عبد العزيز و قاضي مليكة مستشارين
- ♦ وبمحضر السيد(ة) : عرار بن خالد فاطمة ممثل ال
العام.

- ♦ وبمساعدة الأستاذ(ة) : بونايل لحسن أمين ضب
صدر القرار التالي بين الأطراف المبينة أسفله بين :
- السيد النائب العام مدعيا باسم الحق العام لدى مجلس وهران .

من جهة

الضحية: الساكنة بوهران -مستأنف - حضر-

من جهة ثاني

المتهم: المولودة في 1965/05/04 بوهران ابنة مذ
ومصطفاوي رقية الساكنة ب
حضر-

التهممة:
الخطأ والتقصير المؤدي الى المساس
بالسلامة البدنية



تحت رئاسة السيد :عبدي بن يونس ، رئيسا.
وعضوية السيدين:فردي عبد العزيز و قاضي مليكة مستشارين
وبمحضر السيد(ة) : عرار بن خالد فاطمة ممثل ال
العام.

بصفتها ممرضة ونصفت المريضة لأنها ولدت عن طريق عملية جراحية وبعد 10 أيام لاحظت رائحة كريهة ونزيف الدم لم يتقطع وفي 20/06/2001 ذهبت الى طبيبة مختصة والتي وجدت بعد فحصها مكمدة (compresse) بجهازها التناسلي مملوءة بالدم الأسود تعفن أصابها بعجز مدته 98 يوم ومازالت تعاني الى يومنا.

أكدت الشاهدة أمام التحقيق أن المتهمه قصرت في عملها لأن الطبيب أشار للممرضة بنزع الكمادة وتنظيف المريضة في عملها لأن الطبيب أشار للممرضة بنزع الكمادة وتنظيف المريضة لكنها امتنعت المشتكى منها أنكرت مانسب اليها

و عليه فان المجلس

من حيث الشكـل: حيث جاء إستئناف المتهمه والطرف المدني مستوفيا شروطه القانونية مما يقبل شكلا.

من حيث الموضوع: حيث المتهمه متابعه لارتكابها بتاريخ 10/06/2001 منذ زمن لم يتقادم بدائرة اختصاص محكمة وهران جناحة الخطأ والتقصير المؤدي المساس بسلامة صحة مريضة الفعل المعاقب عليه بالمادة 239 من قانون الصحة 05/85

حيث حضرت المتهمه وبعد استجوابها أنكرت التهمة المنسوبة اليها حيث حضر الأستاذ صوفي قائلاً أن التنظيف الطبي لم يقع من طرف المتهمه وعليه التمس تأييد الحكم

حيث التمس ممثل النيابة العامة تطبيق القانون .

حيث حضر كل من الأستاذين جلال زهير وقمراوي وقالوا بأن المتهمه ليست مسؤولة ولا يمكن محاكمتها لانعدام الملف الطبي الخاص بالضحية وأن المتهم لم تقع بأي عمل طبي وأما في الدعوى المدنية لا يمكن الفصل بعد تبرئة المتهمه أمام القسم الجزائي لأنه يبقى غير مختص

حيث بعد دراسة مستندات القضية تم تمديد المداولة مدة أسبوع بغرض التعمق وفهم القضية في كل جوانبها بغرض تحديد مسؤولية كل واحد من المتهمه بصفتها ممرضة والطبيب والقابله



4

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

محيط قضاء وهران

محكمة وهران

قراي من زرع

بموجب أحكام المحضر رقم

حکم جزئي

المطالبة المندرجة تحت رقم 2004/1318
من غير مرسوم سنة الفسح وأما
تلك التي قضت بها في
بموجب أحكام المحضر رقم 2004/03/03
و بمضمون المندرج / مرسوم محمد
و بمساعدة المندرج / محضري كريمة
صدر الحكم الآتي بطلبه من الأثر
المندرج / محضري كريمة

رقم الحكم: 2004/03/03
رقم قنطرة: 2004/1318

من سيرة

الضحية /
الطرف المدني /
الطرف المدني /
الطرف المدني /
: بولبران حضر

شهادة

تمسكهم /
تمسكهم /
تمسكهم /

لا يبيد: /
الشيء: /
الشيء: /

الشيء: /

الشيء: /

وهران / حضر

من الجهة الأخرى

مضمون الحكم

بموجب أحكام المحضر رقم 2004/03/03
رقم قنطرة: 2004/1318

أحببت أن أكتبهم ~~في~~ سابقاً لأرتكابته خلافاً لسنة 1997 وعلى كل حال منذ زمن لم يمض أحد لتقادم وهو ان
لخصاص محكمة وهران جثة القتل الخطأ الفعل المصنوع والمعاقب عليه بالمادة 288 قانون العقوبات .
أحببت أنه أحيل على محكمة الجناح بموجب أمر إحالة صادر عن السيد قاضي التحقيق بتاريخ 2003/11/18 .
أحببت أن وقائع الدعوى تتلخص في أنه بتاريخ 1997/9/13 قدم لدى

بواسطة وكيلهم / سماع عبد الحمادي لدى المجلس الدستوري منسوخة بادعاء مدني أمام عبد فصاهة لتحقيق
لمحكمة وهران ضد السيد عفيف صاحب عمارة الشان بشارت يحيى بسطون الطبيب العام
من أجل ارتكابهما جناحة القتل الخطأ الذي راح ضحيته المرحوم عاصمي سيد أحمد مفاد شكروهم ان المرحوم سيد أحمد
عاصمي نجى إلى عيادة من أجل إجراء عملية للمعدة ونهته الألام التي كان يعاني منها بسبب الأمساك الذي
أصابه غير أنه في اليوم الموالي لدخوله لجريت له عملية جراحية من طرف الدكتور الاستئصال لآلة
لدودية يصفه استئصاله دون أية فحوصات مسبقاً وعليه بدأت صحته المرحوم في التدهور بسبب
ظهور قيح على مستوى الساق الأيمن مما أدى إلى إجراء عملية جراحية ثانية بتاريخ 1997/8/13 وكذا في 97/8/4
ويتم إجراء فحوصات بكتريولوجية للقيح بتاريخ 97/8/9 وهذا الموضوع قام والده المرحوم
عيادة ابن تلقى العلاج إلى غيبة وقلته بتاريخ 1997/8/15 نتيجة لتسمم الناتج عن القيح
للمرط.

/ حيث أن ذوي حقوق المرحوم لم يسيروا نظراً منديته في الدعوى أمام السيد قاضي التحقيق .
/ حيث أن المتهم فكر التهمة المنسوبة له أمام السيد قاضي التحقيق مصرحاً فيه وبعد اكتشافه لمرض آلزده لدودية
الذي كان يعاني منه لمريض قرر بصفه مستعجلة إجراء عملية جراحية له دون إخضاعه إلى أية تحاليل طبية .
/ حيث أن الطبيب المختص سخط عن التطور أثناء التحقيق رغم سداد عمارة
/ حيث تم سماع الطبيب الشرعي الدكتور كيتاهد خلال مرحلة التحقيق والذي صرح بأن العملية الجراحية
الخاصة باستئصال آلزده لدودية لا تحتاج إلى تحاليل طبية ما عدا فحص قصبلة الدم .
/ حيث تم سماع المدعى بصفتها مسؤولاً مدنياً

/ حيث أن المتهم حضر جلسة المحكمة ونسك بنفسه بالتهم المنسوبة إليه مضيفاً أن عملية آلزده لدودية التي أجراها
للمرحوم لم تكن تحتاج إلى أي تحليل طبي مهما كان نوعه وأنه حتى ولو كان على علم مسبقاً بأن
المرحوم كان يعاني من داء السكري فإن ذلك لم يكن سبباً شيقاً بالنسبة للعملية الجراحية .
/ حيث أن ذوي حقوق المرحوم وعم والده
أقدموا طلبات كتابية واتمسوا بموجها / حصون عبد الحمادي لدى المجلس تكفي كل واحد منهم من
تعويض فرد 3 000 000 دج .

/ حيث أن اللجان التمهيدية التحكم على المتهم بسنة حبساً نافذاً و 100 000 دج غرامة لآلة
/ حيث أن نطاق التمسوم / محامي لدى المجلس رافع في حق مركله ملتصبا إبانته بالبراءة على أساس
لعدم تشریح جثة المرحوم للضروري لتحديد العلاقة تسببه بين الوفاة والعملية الجراحية التي
خضع لها

/ حيث أن ابن قارة الحمادي لدى المجلس رافع في حق عمارة بصفتها المسؤول المدني وبمشاركة البندين التعاضدية
للنفساء آتلة المتهم بالبراءة .
/ حيث أن ابن عني شواش وبكيل بنفرقة التأميين أيد التمسات ابن قاره .
/ حيث أن المتهم هو آخر من تناول الكمامة

بعد تيب للمحكمة من خلال سماعه الدكتور العسوي أثناء مرحلة التحقيق أن إجراء تحقيق في تسممه دم
المريض قبل العملية الجراحية ضروري وإذا ما تبين أن المريض مصاب بداء السكر يتعين إعطاءه جرعة من
الأنسولين قبل مباشرة العملية الجراحية إلى أن يلتئم الجرح مع تكييف العلاج والمتابعة الدائمة ويقتضي وضعه
الصحي عناية مكثفة .

/ وحيث تبين من تفحص التقرير الطبي للحكيم بن / للمعين من طرف السيد قاضي التحقيق تفطن وجود
تفسير في علاج المرحوم الذي لم يخضع للفحوصات الضرورية في حالته بعد معاينه للقيح
/ حيث التاب من تملف ومناقشات التي دارت بالمجلس أن التهمة المنسوبة للمتهم قائمة مما يعين إدانتها بها وعقابه
وفقاً للقانون وفي الدعوى المدنية حيث أن تأسيس التمسات كأطراف مدنية لا يبرهن شكلاً
/ حيث أن طلبه للتعويض جاء مرسماً يتعين إلتزامهم به مع خفضه إلى حد مقبول
/ حيث أن المصاريف التعاضدية دفع على عاتق المحكوم خشية طاعة المادة 36 قانون الإجراءات الجزائية

تأجيل هذه الأقساط عن أطوار

فإن المحكمة حين الفصل في مواد الجرح بحكم عيني ابتدائي / مستعجل

في الدعوى المدنية /

الحكم بإدانة المتهم
بمخلة العقل الخطأ والحكم عليه بشهرين حبسا مؤقثا و غرامة نقدية قدرها
1 0000 دج عشرة آلاف دج.

بتحميل المتهم المصاريف القضائية.

و فيما يتعلق بالغرامة و المصاريف المستحقة للتقاضي و تعويضات فان المحكمة الابتدائية سألجىء إليه طبقا
لذا المواد 600/367 من قانون الإجراءات الجزائية .

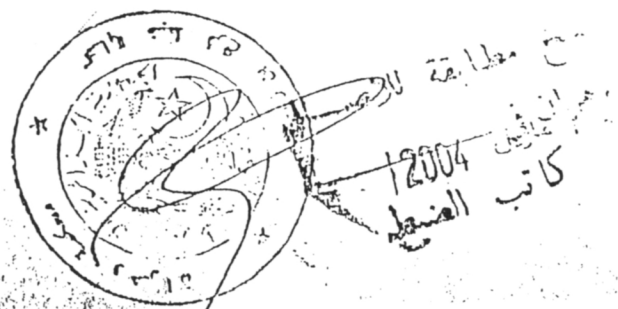
فيما يتعلق بالدعوى المدنية /

التصريح بقبول الإحتواء المدني شكلا و في الموضوع الحكم على المتهم بإدانة
قبول تأسيس الضحايا
بإدانة لهم ولحث ضمان شركة التأمين و على عائلة المسؤول المدني
التعويض مبلغ 00 - 500 000 دج خمسمائة ألف دج لكل واحد منهم تعويضاً عن الضرر اللاحق
بهم

بذا حكم و نطق به جهازة بالجنسية المدنية المنعقدة في اليوم و الشهر و السنة التمام فيها إعلان
ووقعه كل من الرئيس و أمين الضبط .

أمين الضبط

الرئيس



باسم الشعب الجزائري

حکم جزائري

الولاية القضائية
بلس قضاء وهران

محكمة وهران

بالجاسة العلوية المنتقدة بمحكمة وهران بتاريخ الثالث
من شهر فيفسي سنة الف وتسعمائة وسبعة وتسعون على الساعة

م الجتج :
النهرس : 2001/522
اريخ الحكم : 2001/2/8

للنظر في قضايا الجتج

- تحت رئاسة السيد / سامان صافي
- وبحضور السيد / مصطفى نورالدين
- وبمساعدة السيد / شراك بن عبد

رئيس المحكمة
وكيل الجمهورية
كاتب الضبط المحلف

صدر الحكم الاتي بيانه بين الاطراف التالية.

اليد وكيل الجمهورية لدى محكمة وهران - مدعيها باسم الحق العام.

النيابة ضد /

من جهة

الطراف المدعي /
الرقم : 4 شارع هوو خطاوسالت اوجان وهيران / تصيب /

حقه الاستاذ بن سامي احمد ومحسن عمار وفراحي طبيب .

الطراف المدعي /
الرقم : 110 شارع هوو خطاوسالت اوجان وهيران / تصيب /
طبيب ومحسن عمار .

من جهة دائرية

الرقم : 110 / 14

الرقم : 110 شارع هوو خطاوسالت اوجان وهيران / تصيب /

وتصيب في حقه الاستاذ بن قارة عفيف وهوانوا و اوين .

من جهة اخرى

منطوق الحكم /

ح / هوادة المتضم .

بعد الاطلاع على طرفي الدعوى والمحاضر المرفقة به .

بعد الاستماع الى التماس بعد توجيهه له الهوية الكاملة والتمتع المتسوية اليه والى الكرامة .

بعد الاستماع الى دفاع الطرف المدعي الذي تقدم مذكرة بابطال الاجراءات وحفظ حقوقه المدنية
المذكرة التي ضمت الى الملف .

بعد الاستماع الى الالتماسات وكبار الجمهورية الذي طالب تطهير القانون .

بعد الاستماع الى دفاع التماس الذي اتهمه البراج كما قدم مذكرة رد على دفاع الطرف المدعي .

بعد الاطلاع على ...

حيث ان التماس اجراء على محكمة الجناح وهو يجب ان يكون له صفة امر صادر من السيد القاضي ال

لا ركنه بتاريخ 15/8/1997 وعلى كمال حال منسك زمن امينني عليه التبادم وهو ان ...

محكمة وميران لجنة القضا الخطا افعال المصهور والمخالف اليه بالمادة 288 من قانون المحاكم

محيث ان بتاريخ المذكور قام التماس 1997/9/3 اودع الاستدال استعاضه المحامي بالمرجع ...

في حق وكيله

قضية التحقيق محكمة وميران منذ الرد عسوين

طبيب جراح بالحيادة المذكرة من اجراء التماس الذي كان ضحيته المرحوم

تضمنت الشكوى وقاد فتح خيرا المرحوم عاصمي التماس سيد اخذ الى حيادة ايد كتور

1997 اين اجريت له عملية جراحية مستعملة بعد فحص اولى الذين منه ان المرحوم وهو في حالة اسالك ...

ايام بخاني من الزائدة الدودة وايد كتور وهو الطبيب الجراح الذي بواسطته دخل الجراح ...

اخره شلتى بالتمديد الينج الا ان حالة المرحوم اخذت لتد مسور بعد يومين من استبداله من ...

اذى الى الرد خيرا بعملية جراحية ثانية يوم 3/8/97 وكذا يوم 4/8/97 وفي محاولة لوضع حد ...

المساق الايمن المرحوم بقي على وتيرة وثقة على الحادة لدرجة الحرارة والتحلل الكرومي ...

الينج ثم الاجراء له اوك 9/8/97 انظر النتائج يوم 13/8/1997 وجود جرحه له استبدال ...

التمديدات الجراحية الا ان والد المرحوم السيد

اه تقصير في الحيادة الطبية به الا انه بالرغم من ملاحظة العلاج المكلف للمريض الا ان واقته المنية يوم ...

للحجة مناسقات التماس الناتج عن التقييم المطلوب

حيث ان التماس حضر وفي التماس المتسوية اليه

محيث ان التماس غير ثابت في حقه ويوشي التماس المرحوم ان يجدى الجراحية الى المرحوم

حيث انه ثابت من الطرف انه فعلا خرقوا الاجراءات خرقا كبيرا وان وفاة المرحوم

وقعت خطأ من الطبيب الجراح المرحوم والمقدر

التي تقامها بحياد بعد نقرة اليه الاماراتي كحياد معسمة المحكمة الطرف للبرهان ...

ماتراه مناسبا طبقا لقانون

محيث انه يتعين حفظ حقوق الاطراف كما ان المصارف القضاة

فلهذه الأسباب و من أجلها

فان المحكمة حين العمل في مواد الجرح بحكم علني ابتدائي حضوري - حضوري في
غير مواجهة المتهم - فيلبي /
في الدعوى العمومية /

و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني

و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني
و في حق المتهم من جهة أخرى في الخطأ المتعمد أو القصد العيني

فيما يتعلق بالدعوى المدنية /

التصريح بقبول الادعاء المدني شكلا وفي الموضوع الحكم على المتهم بادائه

بذاتكم ينطق به جهازا بالجلسة العلنية المنعقدة في اليوم والشهر والسنة المشار
اليها اهلا ووتمة كل من الرئيس وكاتب الضبط.

كاتب الضبط

الرئيس



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وزارة العدل

مجلس قضاء وهران

الغرفة الجزائرية

ق ر ا ج ز ا ن ي

بالجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس والعشرون من شهر فيفري سنة ألفين و واحد على الساعة التاسعة صباحا بمقر المجلس السني بطناسي بـوهران الكائن بساحة الاستاذ تيفني للنظر في استئنافات الجرح والمخالفات

قرار يوم: 2001/02/26

رقم الملف: 2001/0218

رقم الفهرس: 2001/1010

+ تحت رئاسة السيد : كدروسي لحسن رئيس غرفة رئيسا.

+ وبعضوية السيدين: منصور الدين و لطفي الطاهر مستشارين.

+ ومحضر السيد : حيمر كمال ممثل النيابة العامة

+ وبمساعدة الاستاذة): بونايل لحسن أمين ضبط

- مستشار القدر الثالث بين الاطراف السيدة: أسقفية بين :

- السيد انائب العام مدعيا باسم الحق العام لدى مجلس وهران مستأنف .

من جهة ثانية

المتهم : المولود في 06/28 بوجدة المغرب

ابن بن يونس بن حبيب ربيعة الساكن بشارع غير مستأنف حضر

المتهم : المولود في 1980/10/09 بارزيو ابن حميد وبن

عمارة بشارية الساكنة بلوط 12 رقم 01 غير مستأنفة حضرت

4 طعن بالتمسك بالملف رقم 01/3/3

الهيئة القضائية

د. جهاض

منطوق القرار

انظر منطوق القرار



تاريخ الجلسة 2001/02/26 رقم الملف 2001/0218 رقم الفهرس 2001/1010

خفنة وطلب منها الرجوع اليه في يوم محدد ، وهو يوم سقوط الجنين ، حسب تقديره ، وعند رجوعها اليه لم تجده ، فتوجهت الى المدبرة التي كانت تدير المخبأة المختصة في ادراس النساء والتي اكدت لها انها تعرضت الى عملية الاجهاض مقابل مبلغ مالي ، وقد اكدت الشاهدة هذا التصريح أثناء جلسة المحاكمة . وكان ان المتهم اعترف امام رجال الامن ، بالوقائع المنسوبة اليها واكدت هذا الاعتراف امام السيد قاضي التحقيق باعطائها مبلغ مالي قدره 46000.00 دج مقابل اجهاضها وان الطبيب اعطائها جرعات .

اما المتهم طالب بن دياب رضا فسمع من طريف رجال الامن اكدانه فعلا في تاريخ 2000/11/12 تقدمت الى عيادته المسماة "السلامة" وهذا لغرض الفحص عليها ، فكتب لها وصفة دواء لتسكين الالام ، مضيفا انه اضافة الى ذلك كتب لها ادوية مضادة للجراثيم ، وذكر ان هذه الاخير لم يكشف عليها بالاكاذيب كوكما كانت عتراء ولها شهادة طبية تثبت ذلك ، ورغم هذا اكتشف انها حامل وسبق لها ان زارت وعرضت عليه القيام باجهاضها ، طلبها وهذا كونه قلم في المهنة ولم يسمع له ضميره المهني بذلك ، نافية يامد بعناية الاجهاض . وامام التحقيق اثبت على تكررته للوقائع وكل ما في الامر انه افاد المريضة ببعض الادوية المخصصة ، ثم راجعت ثانية واشتركت له من تزايد الالام ونفي انه استام مبلغ 46000.00 دج مقابل مساعدتها الاجهاض ولا الحسد من اجل تسهيل العملية .

وحيث انه امام المحكمة انكرا المتهمان للوقائع المنسوبة اليهما .

وحيث انه بجلاسة 2001/02/26 ام المجلس ، حضرت المتهمتان وتراجعت عن كل اقوالها التي جاءت بها امام رجال الضبطية القضائية وامام السيد قاضي التحقيق ، نافية بذلك عملية الاجهاض ، وكان كذلك الامر .

بالنسبة للمتهم الذي افاد ان زارت بعيادته من اجل اعطائها دواء لتهدئة الوجع الذي كان بها ، قائما انه مكتنها من دواء "سياسفو"

وحيث ان المجلس استمع الى الشاهدة التي ادعت ان المتهمتين اجتمعتا بها في جلسة علانية انها انحطرت رجال الشرطة بعملية الاجهاض كوكما تعرفت في ملورة الاقوال التي جاءت بها المتهمتان والتي ادعت انهما حين سقوط الجنين وافادت ايضا ان المتهمتان اتصلتا بها شهر قبل الوقائع من اجل الاجهاض ، فرفضت لها الطل من خطورة الامر وعدم شرعية ، وحثت ان الجنين كان ميتا 24 ساعة قبل الوضع وافادت كذلك ماجاءت من تصريحات امام الضبطية القضائية والسيد التحقيق حول مسألة المبلغ المسلم الى المتهم

تاريخ الجلسة 2001/02/26 رقم الملف 2001/0218 رقم الفهرس 2001/1010

الذي قدر في 46000 دج المبلغ الذي سلم الى المتهم ولايهم الامر ان المتهم سلم المبلغ مباشرة او غير مباشرة .

X حيث ان نفس المتهم كان يعلم يقينا ان اثار الحقنة التي اعطيت له ، سيكون اجابيا واكيد النتيجة والفعالية ، وبالتالي فالمتهم كان المتسبب في الاجهاض .

حيث ان التدرع باقول ان المتهم مكن التهمة في حقنة من اجا كهدئة الوجع ، مشيرا الى دواء "سياسفون" ماهو الا وسيلة يراد منها التماص من المسؤولية عن واقعة الاجهاض

حيث ان التفاصيل التي جاءت بها التهمة امام رجال الضبطية القضائية وخاصة امام السيد قاضي التحقيق تبقي ذات معزي قوي ، وهي التي افادت انها صرحت للطبيب انها تريد اسقاط الجنين ، فوافق الطبيب شريطة ان تدفع مبلغ 50000 دج وحقيقة دفعت ماقيمت 46000 دج من اجل الغرض ومكنت من حقنة نتج من بعدها سقوط الجنين .

حيث ان هذه الاعترافات اكدتها الشهادات ، بصفة موحدة .

حيث ان جريمة الاجهاض تبقي قائمة بعناصرها الثلاثة ووفق ماهو منصوص عليه بالمادة 304 من قانون العقوبات ، فاسقاط الجنين كان قبل اوانه وقبل حلول اجل الولادة الطبيعي ، وكان ان العملية تمت استعمال وسائل اسقاط الجنين ، فانما زاد المهة التي ارتكبها مع العلام مع العناصر القانونية لها .

حيث اخرا وعمى لا مما نصت عليه المادة 306 ففترتها الثانية من قانون العقوبات وتبعها لخطورة الوقائع ، يجرم المتهم من ممارسة مهنة الطبيب لمدة ثلاثة سنوات ، كن الجريمة التي ارتكبها لها صلة مباشرة المهنة التي يمارسها .

حيث ان قاضي المحكمة اخفق في تقدير عناصر القضية ، لدى رأى ان المجلس الغاء الحكم المعاد امانه : انه حال التصدي من جديد تبع لما كتب اعلاه من اسباب يقضي بادانة المتهمين ، بما نصت عليه المواد 23، 304، 306 من قانون العقوبات .
حيث ان المعاريف القضائية تبقي على عاتق المحكم عليهما .

فلهذه الاسباب ومن أجلها

قضى مجلس قضاء وهران غرفته الجزائية علانيا حضوريا كائنا بعد المداولة وفقا للقانون

بما يلي :

من حيث الشكك : قبول الاستئناف شكلا .



- إبقاء المصاريف القضائية على عاتق الخزينة العامة.

بذا صدر هذا القرار و أفصح به جهارا في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المشار إليه أعلاه و مع نفس الهيئة و لصحة ما ذكر أمضاه كل من الرئيس و المستشار المقرر و أمين الضبط.

أمين الضبط

المستشار المقرر

الرئيس



ملحق رقم 06

المحكمة العليا
غرفة الجناح و المخالفات
قضية رقم 283370

الاستاذ بومديو عبد الله
محام لدى المجلس و المعتمد لدى المحكمة العليا
بـ 16 شارع العربي بن مهدي بأرزو
الهاتف : 041-47-73-23

الى

السيد الرئيس و السادة المستشاريين
المكونين للغرفة الجزائرية
لدى المحكمة العليا

- الموضوع : طعن بالنقض الموجه ضد القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية
لدى مجلس قضاء وهران بتاريخ 2001/2/26 قضية رقم 01/218 فهرس
01/1010 في القضية التي وجهت النيابة العامة ضد السيد
و الـ

- لصالح : السيد ، طيب، جزائري الجنسية، الساكن بـ : بأرزو :
المدعي في الطعن بالنقض و الممثل من طرف الاستاذ بومديو عبد الله محام لدى المجلس و المعتمد لدى
المحكمة العليا و الكائن مقرمكتبه برقم 16 شارع العربي بن مهدي أرزو و الذي يتنصب في حقه في
هذه الدعوى وتوابعها.

- ضد : النيابة العامة، المثلة من طرف السيد النائب العام لدى المحكمة العليا.
أطراف أخرى : السيدة بدوغمهنة، جزائرية الجنسية، الساكنة بجي بن بولعيد عمارة 12 رقم 1
بأرزو.

- ليطيب للمحكمة العليا -

- مقدمة :

- ان السيد يقوم بطعن بالنقض ضد القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية بتاريخ 2001/2/26
قضية رقم 01/0218 فهرس 01/1010 في قضية التي وجهته بالنيابة العامة و الذي جاء في منطوقه مايلي :

﴿ في الشكل :

- قبول الإستئناف شكلا .

- في الموضوع :

- الغاء الحكم المستأنف فيه و تصديدا من جديد القضاء على المتهم
عليه بعقوبة سنتين حبسا نافدا و غرامة نافذة قدرها 5000 دج مع منعه من ممارسة مهنة الطب لمدة ثلاثة سنوات.
-إذانة المتهمه و عقابا لها الحكم عليها بستة أشهر حبس نافذة.

﴿- أنه قد صرح بأن بتاريخ 00/11/12 تقدمت الى عيادته المسماة و هذا لغرض الفحص عليها كتب لها وصفة دواء لتسكين الألم، مضيفاً أنه بالإضافة الى ذلك كتب لها أدوية مضادة للجراثيم، وذكر ان هذه الأخيرة لم يكشف عليها بالكامل كونها كانت عذراء و لها شهادة طبية تثبت ذلك ، و رغم هذا الا انه اكتشف انها حامل حيث سبق وان زارته و عرضت عليه القيام بإجهاضها فيقول أنه رفض لها طلبها وهذا كونه قديماً في المهنة و لم يسمح له ضميره المهني بذلك، ناقياً قيامه بعملية الاجهاض﴾.

- الشيء الذي اكده على مستوى مراحل الخاصة بالقضية اكملها.

- حيث ان القضية المحقق فيها وأثناء سريانها فإن القاضي التحقيق قد أمر بإجراء خبرة و التي قد حررت بالفعل من طرف الطبيب الشرعي و الذي جاءت في خلاصة خبرته الطبية المؤرخة في 00/12/06 مايلى ﴿ الأمر يتعلق بمجنين من جنس أنثى لا يظهر عليه أي تشوه خلقي عضوي هام قد وضع قبل الأوان بعد حمل عمره 6 أشهر﴾.

- حيث ان على إثر هذا قد اصدر حكماً جزائياً من طرف محكمة أرزيو بتاريخ 00/12/24 و الذي حكم ببراءة الطبيب و السيد و هذا لعدم وجود أي دليل يدينهما بجريمة الإجهاض التي كان

متابعين على أساسها﴾.

- حيث ان القاضي الابتدائي بعدما قام بتحليل و تقدير جيد للوقائع الخاصة بالدعوى الجزائية، بالنظر الى الوثائق المتعلقة بالملف و تحرير الخبرة الشرعي وأقوال الأطراف و المناقشات التي أجريت امامه، فإنه اصدر حكمه مؤسس ومبرر بصفة عادلة مناسب للقانون و لحماية حقوق المواطنين الدستورية و لاسيما الحقوق التي تتعلق بحرية الأشخاص و ضمانتها

- حيث ان الحكم الذي اصدر عن محكمة أرزيو بتاريخ 00/12/24 قد كان محل إستئناف من طرف النيابة العامة امام مجلس قضاء وهران و ان غرفته الجزائية قد اصدرت قرار بتاريخ 01/2/26 غير مبرر وخال من كل قاعدة قضائية شرعية و على اساس هذا فإن السيد قد يطعن بالنقض ضد القرار الجزائي الصادر عن مجلس وهران امام حرم المحكمة العليا وهذا من أجل الأسباب و الوسائل القانونية التالية.

- فيما يخص الوسائل المقدمة لتدعيم الطعن بالنقض :

الوجه الأولي :

-المأخوذ من تجاوز السلطة ومخالفة قواعد جوهرية في الاجراءات الأخودين تطبيقاً لفقرات 2-3 من المادة 500 من قانون

الاجراءات الجزائية :

- حيث انه من الضروري يجب ان نلاحظ بأن القضية الجزائية موضوع هذه الدعوى قد سجلت في الجدول الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران جلسة 01/2/5 و قد أجلت لجلسة 01/02/19 و هذا لحضور الشهود و ان خلال سريان هذه الجلسة فإن المناقشات كلها قد قدمت امام المجلس و ان المرافعات قد أجريت من طرف المحامين الدفاع

- غير ان لاسباب تبقى مجهولة للدفاع قد قرر قاضي الغرفة الجزائية تأجيل القضية من جديد لجلسة 01/02/26 من أجل ان تحضر الشاهدة الطبية لكي تسمع تصريحاتها

- حيث ان محامي الدفاع قد التمس بدوره من الغرفة الجزائية ان يستدعى وتسمع تصريحات طبيب الشرعي الذي حرر الخبرة الطبية الشرعية من أجل تنوير المجلس بشروحات طبية حول القضية المعروضة عليه

- حيث ام و بتاريخ 01/2/26 فإن القضية الجزائية تصدى من جديد و نوقش فيها للمرة الثانية بحضور الشاهدة الطبية و لكن بغياب الطبيب الشرعي الذي لم يستدعي من طرف المجلس لاسباب مجهولة

- حيث ان و اثناء سريان المناقشات التي أجريت امام المجلس مع الطبية في بداية الأمر اكدت بالنصريحات التي أدلت بها امام المحكمة الابتدائية و أصرت ان الأمر لا يتعلق ابدا بعملية إجهاض وان الجنين قد ولد ميتا قبل الأوان في عيادتها الطبية و إنها أقدمت على اعلام الشرطة من أجل ان ينقل الجنين الي مستشفى المحقق فقط.

- بينما يجب الأخذ بعين الاعتبار بأن الشاهدة قد الح عليها و ازعجت من طرف الغرفة الجزائية التي اشارت الي النتائج حول مايتعلق بشهادة الزور، و تبعا لذلك و لاسباب مجهولة فإن الحكمة قد غيرت جزء من تصريحاتها حول شهادتها و اشارت الي عدة وسائل جاءت بها لأول مرة امام المجلس و التي لم تدلي بها ابدا اثناء كل المراحل تحقيقا للقضية الجزائية.

- حيث ان طريقة تأجيل القضايا حتى بعد ان اجريت المناقشات و المرافعات في جلسة 01/02/19 و كذلك الازعاج و الضغط المعنوي الذي وجه الي الشاهدة رغم إحتجاجات الدفاع قد ابعدت من طرف الغرفة الجزائية و ان هذا الموقف يكون تجاوز السلطة و مخالفة القواعد الجوهرية في الاجراءات تمس بالحقوق المقدسة للدفاع المتهمين التي لا يتقبلها حكم عادل.

- حيث ان في قضية الحال يجب ان نلاحظ بأن المجلس لم يوجه الشاهدة الطبية بأداء اليمين الحاسمة قبل شهادتها كما تنص عليه القانون في المواد 93-222 و 227 من قانون الاجراءات الجزائية.

- حيث ان كل القواعد و الاجراءات المتعلقة بالشهادة و الشهود و حقوق دفاع المتهمين قد أجهلت من طرف المجلس رغم الاحتجاجات الخاصة بخرق القواعد الجوهرية للإجراءات على مستوى المجلس.

و بسبب كل هذه التجاوزات المضادة لروح العدالة فإن القرار الذي هو موضوع الطعن الحالي يجب نقضه شكلا و موضوعا.

- الوجه الثاني :

- المأخوذ من إنعدام وقصور لاسباب و مخالفة القانون و الخطاء في تطبيقه وانعدام الاساس القانوني وفقا للفقرات 4-7 و 8 من المادة 500 من قانون الاجراءات الجزائية :

- حيث ان يظهر من تحليل و قراءة سليمة لحتوى القرار الجزائي الصادر عن الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران ان قضاة الموضوع لم يرروا اطلاقا قرارهم كما تنص عليه المادة 379 من قانون الاجراءات الجزائية.

- و بالفعل ، فإن كل الأسباب التي إستند عليها المجلس لكي يرر القرار الجزائي لا تتركز على بلاغ قضائي موضوعي ولكن على استدلالات و تقديرات تقريبية التي ليس لها أي قاعدة قانونية لتبرير موقف المجلس و هذا للأسباب التالية :

- حيث ان قضاة الموضوع يكتفوا فقط في احد حيثياتهم بالقول ان ﴿ حيث ان ثمة عناصر قوية تفيد ان عملية الاجهاض تمت بعبادة المتهم و بمساعدته شخصيا، هذا الأخير اعترف اول وهلة انه مكن المتهمة من حقنة دواء وهذه الحقنة كان اثارها بسبب وفاة الجنين قبل الوضع و هو أمر اكدت الشاهدة امام الجلسة اذا افادت بكل وضوح ان الجنين كان قد توفي في 24 ساعة قبل سقوطه ﴾.

- و ان التحليل الذي يوجد في هذا الحث هو في حقيقة الأمر تحليل غير موضوعي وذاتي و الذي على أثره حاول المجلس اعطاء قالب منطقي، لكن لايتأسس على القانون و يدعم بأي دليل و بأي تفكير قانوني موضوعي موافق للحق.

- وحيث ان ليكن من السهل للمحكمة العليا ان تشهد ان مجلس قضاء وهران لم يشير ابدا الي تقرير الخبرة الشرعي الذي حرر من طرف الطبيب الشرعي الذي فحص و قام بتشريح جثة الجنين بالمستشفى الجامعي للمحقق الذي له كل

الوسائل التقنية المناسبة من أجل اجراء العمليات من هذا النوع و الذي قد تبين في خلاصته بوضوح ان الجنين قد كان محل وفاة عادية وطبيعية قبل أوانه فقط.

- و بالفعل وكما أكده الطبيب الشرعي قد بين وبرهن في محتويات خبرته ان الجنين لم يكن يوجد عليه أي آثار لمادة رخوة ناتجة عن الأدوية و ان كل الأعضاء وأحشاء خاصة بجسم الجنين كانت سالمة و لم يكن يوجد عليه أي ضرر داخلي أو خارجي وزيادة عن كل ذلك، كان الأمر يتعلق و يخص بوفاة الجنين بصفة عادية وطبيعية قبل الأوان لا أقل ولا أكثر.

و عليه، حيث ان قضاة الموضوع لم يأخذوا بعين الاعتبار عدة عناصر مثل :

1- التصريحات السيدتان و أختها اللتان أكدتا امام الهيئات القضائية ان الاولى من هن قد عالجت نفسها لعدة أشهر باستعمالها أعشاب عدة أدوية هامة قبل زيارتها للأطبة.

2- التصريحات التي أدليت من طرف الحكيمة التي أكدت ان من المسحيل إطلاقا ان حقنة من من SPASFON® أو أدوية أخرى يمكن ان تنتج منها إجهاض إمراة حامله مند ستة أشهر بدون ان تتوفر المرأة الحامل وأكدت هذه التصريح على أساس شروح طبية.

- و زيادة عند ذلك فإن الحكيمة جاموس نائيلة بصفتها كشاهدة مرتبطة بسر المهني الطبي لم تسرح أبدا امام المجلس ان الجنين كان ميتا مند 24 ساعة قبل فحص السيدة من طرفها .

- و بالعكس ان قضية الحال لم يكن لها أي علاقة بعملية إجهاض بل اكتفت بالقول انها قد أتصلت بمصالح الشرطة من اعلامهم على وضع جنين ميت قبل أوانه من طرف السيدة ، و انها قد قامت بهذا الاعلام فقط لينقل الجنين الي المستشفى من أجل تشريحه.

- و حيث ان وفيما يتعلق بالمبلغ النقدي المزعوم المشار اليه في قضية الحال ، فإن لم يتب ماديا في القضية من طرف الأختين و لا من السيدة التي أدعت البنين انهما قد سلما لها ذلك المبلغ من أجل تسليمه الي المتهم.

- و ان السيدة التي سمعت من طرف السيد قاضي التحقيق قد نفت تماما التصريحات الاولى التي وجهت لها من طرف الأختين فيما يخص المبلغ النقدي، بل صرحت انها هي التي إصطحبتها الي عيادة الدكتورة عندما شاهدت السيدة كانت تعاني من ألأم قوية .

- و حيث ان السيدة امام المحكمة الابتدائية و امام المجلس قد انكرت و أنفت تماما أنها سلمت أي مبلغ نقدي للسيد و انما إختلقت هذه الرواية لأنها قد أمرت بذلكمن الغير و ان خوفا من النتائج القضية أكدت هذه التصريحات عند السيد قاضي التحقيق و أنفتها تماما امام محكمة أرزيو و على مستوى الاستئناف امام الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران في اطار المناقشات العلنية التي دارت حول القضية.

- و حيث ان كل الاسباب المقدمة من طرف مجلس قضاء وهران هي منعدمة من الأساس القانون وماهي في حقيقة الأمر إلا تركيب لتأمل نظري فكري معاكس للحق و القانون الذي يفرض وجود أدلة قاطعة من أجل الوصول الي متابعة فعل جنائي.

- و ان في الحالة الطبية التي تخص هذه القضية الجزائية فإن وحدها دراسة الجثة للجنين بواسطة تشريح طبي يمكن ان ينتج منها البحث عن الأسباب و الظروف التي أدت الي وفاة الجنين و ان يكون ذلك الا بواسطة طبيب شرعي مختص في

هذا المجال من أجل الوصول الي تركيب طبي شرعي الذي ارتكزت عليه المحكمة الابتدائية بصفة جيدة وابعدمن طرف المجلس (SYNTHESE MEDICO-LEGALE) و ان في القضية الجزائية الحالية فإن الطبيب الشرعي الذي شرح اللجنة للجنين قد جاء في خلاصته الواضحة ان وفاة الجنين كانت طبيعية وعادية وكانت لا توجد عليه أي أثار او تشوهات في أعضائه وأحشائه و لم يوجد في القضية أي علاقة بعملية إجهاض.

– وتبعاً لذلك، فإن الغرفة الجزائية لم تقدر الوقائع بصفة موضوعية بما أن توصلت الي وجود جريمة الإجهاض في القضية رغم الأدلة الطبية الموجودة في الخبرة الطبية الشرعية المنجزة من طرف طبيب شرعي مختص، و تبعاً لذلك أخطنت في القانون.

– وحيث ان نلاحظ أيضاً ان من قراءة سليمة للخبرة الطبية المذكورة اعلاه لا يوجد عليها أي ملاحظة حول جرح أو وجود آثار أدوية في جسم الجنين.

– وحيث ان المجلس قد إكتفى و احتفظ لدرس القضية الي على اساس الوقائع فقط و ليس على أساس القانون القانون و الأدلة و المناقشات التي أجريت أمامه.

– وحيث ان لم يقدم أي دليل قانوني امام المجلس له علاقة سببية مع العناصر المكونة لجريمة الإجهاض المأخوذة بمفهوم و تطبيق نص المادة 304 من قانون الجزائي وهذا لأن لم يظهر أي مشروبات أو أدوية من أجل تبرير وجود علاقة سببية مع الوفاة الطبيعية للجنين.

– و ان زيادة عن ذلك.

1- فإن عملية الاجهاض لم ثبت بعنصر قانوني.

2- لم يثبت أي استعمال حقيقي لوسيلة إستناعية المؤدية الي الاجهاض.

3- كما لم يثبت القصد الجنائي للمتهم من طرف المجلس حول ادانة في قضية الحال.

– و ان في حقيقة الأمر القضية الحالية لها موضوع بسيط خاص بوضع حمل قبل اوانه بصفة عادية لا يمكن عقوبته لأن هذه الوضعية لا تكون عملية إجهاض الذي لا يمكن ان يبين استئنايا الا بواسطة الطب الشرعي و ليس بمجرد تفكير تقريبي.

– وحيث ان المجلس لم يبين أبدا ان حقنة الدواء (SPASTON) التي كتبها المتهم للمتهمه من أجل تمكين الألم الذي

كانت تعانينه، هي التي نتج منها سقوط الجنين، كما لا تبين ايضاً بأي دليل ان السيد ^{المرتكب} كان مسؤول عن وضع الجنين رغم ان السيدة وضعت حملها في عيادة طبيب آخر.

– و حيث ان في الخلاصة يتضح ان العناصر تأسيس جريمة الاجهاض لم تبين ابداً من الناحية القانونية من طرف قضاة

الموضوع و ان القول ان توجد «عناصر قوية» غير ممكن ان تكون دليل أو سبب كاف لأدانة المتهم ، و يتبين ان

القضية الجزائية الحالية كان قد نتج منها حكماً قضائي غير عادل و غير مسبب و غير مبرر.

ان بالعكس لما جاءت به الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران فإن الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة أرزيو بتاريخ

00/12/24 هو الذي جاء مؤسس ومبرر وموافق للقانون و ان البراءة التس افناد منها المتهمين كانت مؤسسة قانوناً

بالاستثناء الادلة الطبية الناتجة عن تقرير الخبرة الشرعي.

– فلهمذا الأسباب و من أجلها –

– ليطيب للمحكمة العليا.

- في الشكل :

النظر و القضاء بقبول الطعن بالنقض الحالي الموجه ضد القرار الصادر عن الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران بتاريخ 01/02/26 لأنه جاء موافق لكل الشروط الاجرائية المنصوص عليها في المواد 495-497-498-504-505 و 506 من قانون الاجراءات الجزائية.

- في الموضوع :

- الاشهاد و الاثبات على ان قضاة الموضوع المكونين للغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران لم يقوموا بتقدير جيد لوقائع الدعوى الجزائية، و قد طبقوا تطبيقا سيء للقانون في حل القضية الجزائية التي عرضت عليهم على مستوى الاستئناف.

- بالاشارة لكل الاسباب و الوسائل الدفاعية المذكورة في محتويات الطعن بالنقض الحالي ليطلب للمحكمة العليا ان تنقض القرار الصادر عن الغرفة الجزائية لدى مجلس قضاء وهران و تقضي في القضية وفقا للقانون.

أرزيو، في 2001/11/14

مع جميع التحفظات

عن المدعي في الطعن بالنقض ووكيله الاستاذ بومديو

أنظر الي الوثائق المرفقة.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

السلطة القضائية
الجزائري

المحكمة العليا
غرفة الجرح والمخالفات
القسم الأول

قرار

أصدرت المحكمة العليا غرفة الجرح والمخالفات القسم الأول في جلستها العلانية المنعقدة بتاريخ التاسع من شهر أفريل عام الفين وثلاثة، وبعد مداولة قانونية، القرار الآتي نصه:

رقم الملف :
283370

بين :

الساكن :

رقم الفهرس :
747

والوكيل عنه الأستاذ/ بومديو عبد الله محام مقبول لدى المحكمة العليا والكائن مقره ، رقم 16 شارع العربي بن مهدي اريزو ، وهران .

و :

الساكنة :

قرار بتاريخ :

2003 .04 .09

، وهران ،
والوكيلة عنها الأستاذة/ ميلود مقران شهرزاد محامية مقبولة لدى المحكمة العليا والكائن مقرها ، 04 شارع الحدائق رقم 46 ، اريزو ، وهران .

قضية :

المدعيان في الطعن بالنقض من جهة

وبين : النيابة العامة .

المدعي عليها في الطعن بالنقض من جهة اخرى

بعد الاستماع الى السيد المستشار المقرر خنشول احسن في تلاوة تقريره المكتوب والى السيد المحامي العام هراوي امحمد في تقديم طلباته المكتوبة .

ضد :

النيابة العامة

فصلا في الطعنين بالنقض المرفوعين من طرفي المتهمين المسميين ،
بواسطة محاميها

وذلك يوم 03 .03 .2001 ، ضد القرار الصادر عن عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 26 .02 .2001 والذي يقضي بالغاء الحكم المستأنف فيه وتصديا من جديد ادانة المتهم ، وعقبا له الحكم

عليه بسنتين حبسا نافذا (02) ، وغرامة نافذة قدرها خمسة الاف دينار (5000 دج) ، مع منعه من ممارسة مهنة الطيب لمدة ثلاث سنوات

(03) ، وادانة المتهمه بستة اشهر حبسا نافذة (06) ، وكان ذلك من اجل تهمة الاجهاض ، الفعل المنوه عنه والمعاقب عليه بالمادتين 304 و 309 من قانون العقوبات .

.... /

حيث أن الرسوم القضائية قد تم تسديدها .
حيث انه تدعيما لطعنه أودع المتهم الطاعن المسمى
رضا ، عريضة في الطعن بواسطة الأستاذ/، بومديو عبد الله ، المحامي المعتمد لدى
المحكمة العليا ، اثار فيها وجهين لنقض .

حيث اودعت المتهمة المسماة
من جهتها عريضة تدعيمية
لطعنها بواسطة الاستاذة / ميلودي مقراني شهر زاد ، المحامية المقبولة لدى المحكمة
العليا ، اثار فيها ثلاثة اوجه للنقض .

حيث أن هذين الطعنين قد استوفيا اوضاعهما القانونية والشكلية ، فهما
صحيحان ومقبولان شكلا .

عن وجهي الطعن المثارين من طرف الأستاذ/ بومديو عبد الله ، القائم في حق
المتهم

الوجه الثاني : المأخوذ من انعدام وقصور الاسباب ومخالفة القانون والخطأ
في تطبيقه وانعدام الأساس القانوني ، المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية ،
الفقرات 04، 07، 08، المثار مسبقا والمؤدي وحده للنقض .

ذلك انه يتبين من تحليل وقراءة القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لم
يبرروا اطلاقا هذا القرار كما تقتضيه المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية ، إذ أن
الاسباب التي استند عليها المجلس مبنية على استدلالات وتقديرات تقريبية ، إذ اكتفى قضاة
الموضوع في احدى حيثياتهم بالقول : ((- حيث أن ثمة عناصر قوية تفيد أن عملية
الاجهاض تمت بعبادة المتهم وبمساعده شخصيا ، هذبا الاخير اعترف اول وهلة انه مكن
المتهمة من حقنة دواء وهذه الحقنة كان أي اثارها بسبب وفاة الجنين قبل الوضع وهو أمر
اكده الشاهدة امام المجلس ، إذ افادت بكل وضوح أن الجنين كان قد توفي

24 ساعة قبل سقوطه)) ، وان التحليل الذي يوجد في هذه الحيثية هو تحليل غير
موضوعي وذاتي ولا يتأسس على القانون ، ذلك أن المجلس لم يشر الى الخبرة الشرعية
التي اجريت على الجنين والتي اثبتت انه كان محل وفاة عادية وطبيعية قبل اوانه فقط ، كما
أن المجلس لم ياخذ بتصريحات المسميتين ، () ، اللتان اكدتا

أن الاولى منهما قد عالجت نفسها عدة اشهر باستعمالها اشباب عدة وادوية قبل زيارتها
للاطباء ، وكذا لم ياخذ بتصريحات الطبيبة المسماة التي ذكرت انه من

المستحيل أن تكون حقنه دواء سباسفون : « S PASFON » وادوية اخرى أن تؤدي الى
اجهاض امرأة حامل منذ ستة اشهر (06) دون ان تتوفى المرأة الحامل ، كما انها أي
الطبيبة قد قامت باخطار مصالح الامن بوضع جنين أن ميت قبل اوانه من طرف المسماة .

قواجلية فتيحة حتى يتم نقله الى المستشفى لاجل تشريحه ، اضافة الى انه وفيما يتعلق بالمبلغ النقدي المزعوم فانه لم يثبت ماديا في قضية الحال بادعاء الاختين انهما سلمتا الى المدعوة لاجل تسليمه الى الطبيب المتهم ، وان عملية الاجهاض لم تثبت بعنصر قانوني ، وان العناصر المكونة لجريمة الاجهاض لم يتم ابرازها قانونيا من طرف قضاة الموضوع وان القول انه توجد عناصر قوية لا يمكن ان تكون دليلا أو سببا كافيا لادانة المتهم ، مما يؤدي الى نقض وابطال القرار المطعون فيه .

عن اوجه الطعن المثارة من طرف الاستاذة / ميلودي مقراني شهر زاد ، القائمة في حق المتهمة

الوجه الاول : المأخوذ من القصور في الاسباب المادة 4/500 من قانون الإجراءات الجزائية .

ومفاد ذلك انه بالرجوع الى حيثيات القرار المطعون فيه ، لا يتبين منها ما هي الاسباب الطبية والعلمية والقانونية التي اعتمد عليها المجلس لالغاء الحكم المعاد وادانة الطاعنة ، اذ لم يبين قضاة الموضوع كيف توصلوا الى أن هناك عملية اجهاض مرتكبة من المتهمة الطاعنة ، وذلك وفق مفهوم المادة 309 من قانون العقوبات ، وان قول قضاة الموضوع بكون انه كانت هناك علاقة جنسية غير شرعية بين الطاعنة و احد الاشخاص وذهابها عند الطبيبة الاولى ثم ذهابها عند الطبيب الثاني (أي الطاعن) ، يفسر بكون انها كانت ترغب في تحقيق عملية اجهاض الجنين المحمول به ، وهذا التحليل ناقص ولا يعتمد على أي اساس ، اذ أن الذهاب والاياب عند الطبيب لا يشكل دليلا أو حجة على اقتراف عملية الاجهاض ، كما أن القول بان هناك عناصر قوية تفيد أن عملية الاجهاض قد تمت بعيادة المتهم الطاعن وبمساعده دون تبيان ما هي هذه العناصر وما هي طبيعتها ووصفها القانوني ، يجعل منها انه لا اساس لها ، اضافة الى ذلك أن قضاة الموضوع لم يبينوا صفة الحقنة ما هي علاقتها من الناحية الطبية بعملية الاجهاض المزعومة ومدى تأثيرها على الحمل ، مما يجعل أن هناك قصور في التسبب يؤدي الى نقض وابطال القرار المطعون فيه .

عن الوجهين معا (المتعلقين بانعدام أو قصور الاسباب) والمؤدبين وهدما للنقض وبالفعل حيث انه بالرجوع الى القرار المطعون فيه نجده قد اعتمد في ادانته للمتهمين الطاعنين المسميين .

الاجهاض طبقا للمادتين 306 و 309 من قانون العقوبات ، وذلك بتصريحه بان هناك قرائن قوية لاقترافهما جريمة الاجهاض بمفهوم المادة 309 قانون العقوبات ، وان هناك عناصر قوية تفيد أن عملية الاجهاض قد تمت بعيادة المتهم وبمساعده شخصيا ، خاصة وانه قد

اعترف انه ممكن المسماة من حقنه دواء ، و اضاف القرار أن نفس المتهم كان يعلم أن اثار الحقنة سيكون ايجابيا و اكد النتيجة و الفعالية ، و بذلك فانه كان المتسبب في الاجهاض ، و اورد القرار المنتقد ذلك بقوله في الحثيات التالية : ((- وحيث يرى المجلس أن ثمة قرائن قوية تفيد أن المتهمين جريمة الاجهاض بمفهوم المادة 309 من قانون العقوبات)) .

((- حيث أن ثمة عناصر قوية تفيد أن عملية الاجهاض تمت بعيادة المتهم و بمساعدته شخصا ، هذا الاخير اعترف اول وهلة انه ممكن المتهمة من حقنة دواء ...))

((- حيث أن نفس المتهم كان يعلم يقينا أن اثار الحقنة التي اعطيت ، سيكون ايجابيا و اكد النتيجة و الفعالية ، وبالتالي فالمتهم كان المتسبب في الاجهاض .)) ، الا أن القرار المنتقد لم يتعرض لمناقشة الوسائل و نوعية الادوية التي تكون قد اعطيت للمتهمة فعلا من طرف الطبيب (المتهم الطاعن) و ادت الى اسقاط الجنين و كان ذلك بنية الطرفين في القيام بعملية الاجهاض هذه ، لاسيما وان المتهم الطاعن يتمسك و فيما يتعلق بالحقنة المشار اليها اعلاه ، انه قد اعطى حقيقة المسماة حقنة من دواء سباسفون " ،

وذلك بغية تسكين الامها و اوجاعها لا غير ، كما أن القرار المذكور لم يتعرض الى خبرة الطبيب الشرعي المعين من قبل السيد قاضي التحقيق لتشريح جثة الجنين و تحديد اسباب وفاته و التي انتهت في خلاصتها الى كون الجنين قد ولد ميتا و قبل او انه و انه كامل النمو و خال من أي تشوه و لا توجد عليه اثار للعنف ، اضافة الى تصريحات الشاهدة الطيبة المختصة في امراض النساء المسماة امام محكمة اول درجة ، التي حصل

الوضع داخل عيادتها وهي التي اشرفت عليه ، هذه التصريحات التي جاء فيها و بصفتها مختصة انه لا يمكن اجهاض امراة في شهرها السادس من الحمل كون ذلك يؤدي الى وفاة الحامل دون الاجهاض ، و ان دواء " سباسفون " الذي تم حقنه للمتهمة الطاعنة لا يؤثر على الحمل و لا على الجنين و يؤدي فقط الى تسكين الالام ، بالاضافة الى أن تصريحات الشاهدتين المسميتين (اخت الطاعنة) و بخصوص المبلغ

المالي المقدّر بـ 46000 دج المسلم أو المدفوع من قبل الاولى الى الثانية لمساعدة تهافي مداواة اختها الطاعنة تبقى غير واضحة ، خاصة وان المدعوة

(الوسيطة) نفت تسلمها لهذا المبلغ و لا علاقة لها بذلك ، كما أن القرار المطعون فيه لم يات باسباب كافية يفند بها حكم محكمة اول درجة الذي صرح ببراءة المتهمين ، مما يجعل أن ما ينهه الطاعنان على القرار المطعون فيه في هذا الوجه كان صائبا و موقفا للقصور في التعليل و التسبيب ، مما يؤدي الى نقضه و ابطاله ، وهذا الوجه وحده كاف لذلك و بدون حاجة لمناقشة بقية الالوجه

...../..... من 5 / 283370 / 747 / را .

لهذه الأسماء

- تقضي المحكمة العليا :
- بقبول الطعنين شكلا وموضوعا .
- وبنقض وابطال القرار المطعون فيه واحالة القضية والاطراف على نفس المجلس ، مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون .
- المصاريف على الخزينة العامة .

- **بذا** صدر القرار بالتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات القسم الاول والمترتبة من السادة :

الرئيس	فاتح محمد التيجاني
المستشار المقرر	خنشول احسن
المستشار	كريد سعد الدين
المستشار	عون الله بومدين
المستشار	بوشيرب لخضر

- وبحضور السيد المحامي العام هراوي امحمد وبمساعدة السيد صالح دلياش امين الضبط .

امين الضبط



المستشار المقرر

الرئيس

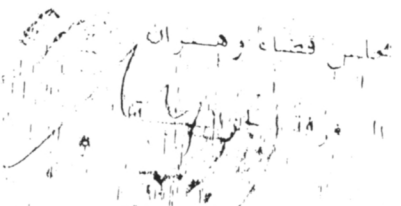
Handwritten signature and official stamp of the Chairman and the Referee.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وزارة العدل

مجلس قضاء وهران



قرار بحدود : 2004/07/13

ملف رقم : 2004/3060

فهرس رقم : 2004/5193

بالجلسة العادية المنعقدة بتاريخ الثالث عشر من شهر
جويلية سنة ألفين و أربعة على الساعة التاسعة صباحا بمقر
المجلس القضائي بـ وهران الكائن بساحة الأستاذ تيفني للنظر في
استئنافات الجرح والمخالفات

تحت رئاسة السيد(ة) : بلخير بلحاج

وبعضوية السيدين : بهيرش محمد و بوخاري الجيلالي

مستشارين

وبمخضرم السيد : بن خالد فاطمة

وبمساعدة الأستاذ(ة) : بو عريش كريمة

صدر القرار التالفي بين الأطراف الميينة أسفله هي :

السيد النائب العام مدعيا باسم الحق العام لدى مجلس وهران.

رجوع الدعوى بعد الطعن بالنقض

و الإحالة

خ 05

من جهة تاتر

المولود في 6/28

الساكن

المستند رقم : 1

9

ارزيو / حضر.

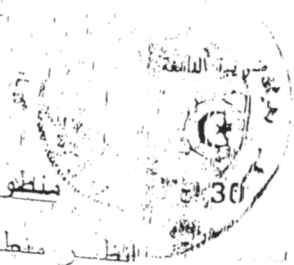
2

السا

المولودة في 1980/10/09 تارزيو أبنا

ارزيو / حضرت.

منطوق القرار



النايب العام، رخصاً، الأضاح

• حديث / - المتهم - الإطراف القضائية

• في (د) بيرش محمد مستشار مقرر تقريره

• الاستماع المنبسط في الدفاع المنبسط اليه فعلياً

• استمع إلى تصريحات في الموضوع

• اعترض الكلمة إلى الطرف المتهم

• اعترض الكلمة إلى ممثل النيابة العامة

• اعترض الكلمة إلى محامي المتهم

• في هذا الخصوص، الوقضية في المداولة من أجل إصدار القرار مع نفس النيابة

و عليه فإن المجلس

• بعد الاستماع إلى السيد (د) بيرش محمد ومستشار مقرر تقريره

• بعد الاستماع إلى ممثل النيابة العامة في التماساته

• بعد الاستماع إلى مزاعة الدفاع

• بعد أن كانت الكلمة الأخيرة من المتهم لتدعيم دفاعه

• بعد المداولة وفقاً للقانون و مع نفس النيابة

بتاريخ 2001/02/26 صدر قراراً عن مجلس قضاء وهران قضى بالغاء الحكم المستأنف فيه و

تعييناً من جديد القضاء على المتهم

بستين نافذة و غرامة قدرها 5000 دج مع بعبه من ممارسة مهنة الطب لمدة ثلاث سنوات و اذانة

المتهمه و عقاباً لهما الحكم عليهما بستة اشهر حبساً نافذة.

حيث ظهر في القرار من طرف المتهمين و

بتاريخ 2001/03/03 فصدراً قرار المحكمة العليا في 2003/04/09 و الذي قضى بقبول الطعن شكلاً و

موضوعاً و برفض و ابطال القرار المؤرخ في 2001/02/26 و احواله القضية و الاطراف امام

بعض المجلس مسكناً من هيئة اخرى للعض فيها من جديد طبقاً للقانون

و عليه فإن المجلس

من حيث الشكوى : قبول رجوع الدعوى عن التماس و الاحالة

من حيث الموضوع : حيث يستدل من ملف الدعوى انه بتاريخ 2000/11/15 تلقت مصالح

الضبطه الفصانه بكامله هاتفياً من اعادة البدعة مختصه في امراض النساء

مصرحاً بها تلقت في عيادتها فتدا و وضعت لولداً من حينئذى توفيت على الفور و بعد

الانتقال و التحريات في غير التماس و حسب المدعه التي صرح بها أنها توجهت الى



والتي سلمت مبلغ 500.000.00 دج مقابل حقة و ادوية

حيث تم تحفيو فصالي بانه حبت طلب افتتاحي مؤرخ في 2000/11/18 صد
بشياء الاجهاض طبقا للواد 304 و 309 في ع.

حيث صرح امام السيد قاضي التحقيق انه ينكر التهمة الموجبة اليه.

سببها ان قدمت الي عيادته من قبل الكنت و كانت ماسر و لما كانت تتالد سالتها
بعض الادوية عبر طريقه و صفة صفة تاكرا تسلمه مبلغ 40000.00 دج.

امام المتهمه فقد صرحت انها سلمت المبلغ الي الطبيب و سلمتها حقة و اثبت من انها جعل
البشيين يبتط سببها انها كانت تتالد بطريقا غير شرعية.

حيث امسلا المتهمين على محكمة الجنج بمرجيب امر احالة مؤرخ في 2000/12/12 فصدر
حكم 2000/12/4 ببراءة المتهمين من حقة الاجهاض.

بعد الاستئناف صدر قرار 2002/02/26 قضى بالغاء الحكم المستأنف و حال التصدي من جديد
بإزالة التهم من حساب التهم من افعال.

حيث تم الطعن في هذا القرار من طرف المتهمين يوم 2001/03/03 فصدر قرار من المحكمة
العليا بتاريخ 2003/04/09 و الذي قضى بابطال القرار المطعون فيه و احالة القضية و
الاطراف على نوس المجلس مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيه من اجديد طبقا للقانون.

حيث اجريت القطبية على غرفة الجنج من جديد اجاسة 2004/07/13 و قد حضر المتهم
و انكر الافعال المنسوبة اليه مصرحا انه حقتها بحقة سياسفو و قدمت

له مبلغ 200 دج مقابل العلاج.

كما صرحت التهمة اثيا تقدمت الي الطبيب و اعطاها حقة كويها كانت تتالد و انها وضعت
جنيتها بعيادة

حيث بعد الاستماع الي ممثل النيابة العامة الذي التمس تطبيق القانون.

و بعد المناوئة قانونا تبين من خلال المناقشات التي دارت بالجلسة المناقشات التي دارت بالجلسة
ان التهمة غير ثابتة في حق المتهمين و ذلك ان الطبيبة المختصة في امراض النساء اكدت

في مراحل التحقيق بان الادوية الموسوفة من طرف المتهم و التي استعملتها

المریضة لا تؤثر على الحمل و لا الجنين و انما هي ادوية مهندنة كما ان عمليا

الاجهاض لا يمكن ان تتم في الشهر السادس من الحمل و ذلك مله هو ثابت ان المريضة كانت

أجواء وهران

قضية وفاة 4 مرضى بمصلحة الاستعجالات

تأجيل النطق بالحكم الى الأسبوع القادم

● النيابة العامة تلتبس سنة حبسا نافذا للمتهمين الإثنين

أمام الغرفة المدنية التابعة لمجلس قضاء وهران أما في الدعوى العمومية فيكتفون بالتماسات ممثل الحق العام.

للتذكير فإن القضية تعود تفاصيلها الى ليلة الإثنين الى الثلاثاء بتاريخ 06 و07 أكتوبر الفارط من سنة 2003 وبالضبط في حدود العاشرة والنصف ليلا عندما توقفت الأجهزة المزودة لمادة الأوكسجين والهواء للمرضى المتواجدين تحت العناية الطبية المركزة بغرفة الانعاش بمصلحة الاستعجالات بالمستشفى بوهران مما أدى الى وفاة ثلاثة أشخاص في منتصف الليل ويتعلق الأمر بالضحايا (و.سعيد) 29 سنة موظف بالولاية (و.ز.ب. يونس) 55 سنة سائق سيارة الإسعاف، والمدعوة (ع.ب. فاطمة) فيما تم تسجيل الضحية الرابعة صبيحة الثلاثاء بعد انقاذها ليلا من سكتة قلبية في فترة الخلل الكهربائي.

نوال.ث

أما من جهة دفاع المتهم (أ. الشيخ) فقد أكد بأن موكله ليس مذنباً إذا مات هؤلاء المرضى وليس له أي علاقة بوفاتهم. وليس من العدل أن توجه له تهمة الإهمال المؤدي الى وفاة لأنه كان غائبا عن منصبه وقت الحادثة وإنما من المفروض أن تنسب له تهمة القتل الخطأ.

وأضاف مؤكداً بأن التقارير الطبية أوضحت بأن وفاة المرضى كانت طبيعية راجعة الى معاناتهم من أمراض بها ليطلب في الأخير براءة موكله من التهمة المنسوبة إليه.

ومن جهته أكد دفاع المتهم (خ. نورالدين) بأن هذا الأخير تلقى تعليمة من عند المدير شخصيا بعدم مغادرته منصبه المتمثل في مراقبة المولد الكهربائي للمستشفى لأي سبب كان، مضيفاً بأن موكله لا علاقة له بالعطب الكهربائي الذي وقع مطالبا بذلك براءة موكله.

أما عن دفاعي ذوي الحقوق في الدعوى المدنية فصرحوا بعدم اختصاص المحكمة ورفع الدعوى

لمجلس محكمة الصديقية في جلسة أمس لبعاء النطق بالحكم في قضية مصلحة استعجالات بالمستشفى الجامعي بوهران التي راح ضحيتها 4 مرضى نتيجة توقف رة الانعاش وإصابتها بعطب كهربائي إلى ليلة الأسبوع القادم بعدما كانت قد أجلتها لحكمة في جلسة 28 جانفي الى جلسة أمس من استدعاء مدير الصحة ومدير المستشفى. إن لم يحضرا في جلسة أمس بالرغم من يابهما تم النظر في القضية وتمت المرافعة التي انتهت ساخنة دامت أكثر من 4 ساعات.

ما التمس ممثل الحق العام سنة حبسا نافذا من المدعويين (أ. الشيخ) مدير المناوبة وجود رهن الحبس المؤقت منذ 4 أشهر بتهمة إهانة المؤدي الى وفاة (خ. نورالدين) إهراي الموجد تحت الرقابة القضائية تهمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة

سعيدة

وفاة مولودة بخطأ في الحثنة

تفاجأ سكان مدينة سعيدة مساء أول أمس بعيادة الولاية القريبة من حي الرياض التابعة لمستشفى أحمد عذكري بسعيدة عندما اكتشف والد الضحية «ز.س» أمين الخزينة العمرمية بولاية سعيدة الخطأ الطبي الذي حدث أثناء إجراء تعيين فصيلة الدم للوالدين وذلك بأسر من التقني السامي بالمصلحة للتذكير أن الضحية كانت تعاني من نقص في الدم واثناء عملية الحقن اتضح الخطأ في الزمرة وأنه في حقيقة الأمر يعود بالدرجة الأولى الى اللامبالاة والتقصير في أداء الواجب بجدية وبذلك تتوالى الفضائح والمهازل القطاع الذي أصبح رديفاً في تقديم الخدمات للعرضي الماكثين بالمستشفى بعد فضيحة المختل عقلياً (ب.ع) الذي تعرض لحريق بمصلحة الأمراض الجلدية والتحرش الجنسي لبعض المرضى لاحدى المريضات بجراحة النساء... ورغم أن جميع مواطني الولاية ينتظرون بشغف زيارة السيد يحيى قيدوم وزير الصحة والسكان للاطلاع بنفسه على سير القطاع عن كثب هذا القطاع الذي أصبح يخشاه أي مريض وبإية مصلحة وكان آخرها الأمهات الحوامل ناهيك عن المواطنين الذين يتعرضون للسخرية خاصة بمصلحة الاستعجالات خاصة الفترة المسائية .
فهل تبقى الصحة مريضة بسعيدة دائماً؟

Tiaret**Quand l'erreur médicale s'en mêle**

Une erreur de diagnostic médical a été fatale à la famille Dellal de Tiaret dont le petit Anouar Mohamed a payé le lourd tribut.

En effet, sentant l'extrême nécessité d'une visite médicale, les parents munis de leur enfant âgé d'à peine dix mois, se présentent chez un praticien privé. Le dia-

gnostic établi par ce dernier ne mentionne pas autre anomalie qu'une simple fatigue alors que le petit souffrait d'une méningite. Son état de santé se dégrade et contraint le père à l'évacuer d'urgence vers Alger où il sera admis à l'hôpital El Keitar.

En dépit de l'abnégation et du dévouement dont fit

preuve l'équipe médicale qui l'a pris en charge, le petit continue à lutter contre la mort. Les parents inquiets et désespérés, confient l'affaire entre les mains de la justice et attendent qu'un miracle surgisse pour que leur enfant survive à un péril qui le guette sans relâche !...

Mourad B.

Un enfant contracte la maladie de Guillian Barré à Sougueur

Le cas de la maladie de Guillian Barré signalé avant hier à Sougueur, wilaya de Tiaret, et qui n'était jusque-là qu'au stade de la suspicion, vient d'être confirmé hier, a-t-on appris de source médicale. Il s'agit en effet d'un élève âgé de 12 ans et fréquentant l'école Saâdoun-Tayeb à Sougueur. Le malade, qui a contracté le virus deux semaines avant son admission à l'hôpital de la même ville, présente une paralysie générale.

Son état de santé lui a valu une orientation vers un médecin spécialiste à Tiaret. Ce der-

nier, et après consultation approfondie, a certifié la présence de symptômes liés au syndrome. Des prélèvements de sang effectués sur l'enfant ont été envoyés à l'Institut Pasteur pour analyse.

Au moment où nous rédigeons, le patient est toujours sous contrôle médical à l'hôpital de Sougueur.

L'apparition de ce malaise « mystérieux » n'a pas été sans générer l'inquiétude parmi ses camarades de classe et son entourage familial.

M. Benamer

Frenda, affaire du vaccin antirabique périmé Les parents réclament justice

L'affaire du vaccin antirabique, qui a été à l'origine du décès de deux personnes le 27 mars dernier à Frenda dans la wilaya de Tiaret n'a révélé jusqu'à présent aucune suite déterminant les causes réelles de ce drame. Ce silence n'a pas été du goût des parents des deux victimes qui se sont présentés à notre bureau pour écrier leur chagrin.

Même les lettres adressées aux instances concernées n'ont pas eu l'effet escompté, ce qui n'a fait qu'augmenter leur désarroi. « À qui incombe la responsabilité », s'interrogent-ils désespérément. Aussi, dans une missive de finée dernièrement au Président de la République, les deux plaignants n'y sont pas allés de main morte pour dénoncer avec fracas cette négligence entraînant inéluctable-



ment la mort de Benali Amar Yazid et de Boumediène Tidjim, âgés respectivement de 12 et 38 ans.

Pour rappel, les deux victimes, élève et enseignant de leur état, ont succombé des suites d'un choc anaphylactique après qu'on leur eut inoculé à Frenda un vaccin antirabique qui serait périmé. Evacués d'urgence aux urgences de l'hôpital Youcef-Damienlji de Tiaret, les deux personnes rendirent l'âme en dépit de la mobilisation de l'équipe médicale de service pour les sauver. Depuis cette date fatidique, les parents visiblement désappointés ne savent plus où donner de la tête et leur cri n'est pas encore parvenu à la bonne oreille.

Alors y aura-t-il une nouvelle enquête pour que ces parents connaissent au moins, ceux qui sont à l'origine de leur mal ?

Mourad Benameur

المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1/ الكتب العامة :

- 1- أبو اليزيد على المييت، جرائم الإهمال، مؤسسة الشباب الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 1975.
- 2- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001.
- 3- عبد الرزاق سوكة، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب و القانون، القاهرة، سنة 1988.
- 4- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 1982.
- 5- علي علي سليمان، نظريات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994.
- 6- رؤوف عبيد، جرائم الإعتداء على الأشخاص و الأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، سنة 1985.
- 7- فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1977.
- 8- القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية، الحقوق الجزائرية العامة - أسباب التبرير -، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1995.
- 9- محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1983.
- 10- محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، سنة 1962.
- 11- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، سنة 1988.

2/ الكتب المتخصصة :

- 1- أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، - دراسة مقارنة -، دار السلاسل، الكويت، سنة 1986.
- 2- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي و الطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1986.
- 3- أحمد محمد بدوي، نقل و زرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للمطبوعات القانونية و الإقتصادية، القاهرة، سنة 1999.
- 4- أحمد محمود سعد، تغيير الجنس بين الحظر و الإباحة، دار النهضة العربية، سنة 1996.
- 5- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1990.
- 6- طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة - دراسة مقارنة -، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.
- 7- العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الإصطناعي - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، الجزائر، سنة 2000.
- 8- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2000.
- 9- محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية، سنة 1994.
- 10- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999.
- 11- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الطبعة الثانية، سنة 1999.
- 12- مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، الجزء الأول من الكتاب الأول، دار هومة، سنة 2003.
- 13- مروك نصر الدين، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المجلس الأعلى الإسلامي، الجزائر، سنة 1998.
- 14- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة -، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2003.

- 15- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن إستخدام الأساليب المستحدثة في الطب و الجراحة -دراسة مقارنة-، دون دار النشر، الطبعة الأولى، سنة 1997.
- 16- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية و الرثق العذري في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، سنة 1993.
- 17- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1995.
- 18- الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2002.

3/ المقالات و المجلات :

- 1- أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق و الشريعة، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، سنة 1981.
- 2- بلحاج العربي، الخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني و الخمسون (نوفمبر - ديسمبر 2001، جانفي 2002)، الرياض.
- 3- بداوي علي، الإلتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
- 4- عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني (يونيو 1981)، الكويت.
- 5- شهيدة قادة، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، موسوعة الفكر القانوني، ملف المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
- 6- محمد صفوت، القصور الكلوي و أعراضه تقرير إلى ندوة نقل الكلى، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول مارس 1978.
- 7- محمد نعيم ياسين، عملية الرثق العذري في ميزان المقاصد الشرعية، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، السنة الخامسة، العدد العاشر، جامعة الكويت، سنة 1988.
- 8- محمد نور الدين، تحديد جنس الجنين منذ بداية الحمل، مجلة منبر الإسلام، العدد الثاني عشر، السنة السادسة و الأربعين، جويلية 1988.
- 9- مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية (مجلة

فصلية)، الجزء 37، رقم 03، 1999، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002.

10- نعوم مراد، بعض انواع العمال الطبية و الجراحة المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة و التحريم، الملتقى الدولي الول حول المسؤولية الطبية، جامعة مستغانم، الجزائر، سنة 2002.

4/ بحوث و مقالات عبر الأنترنت :

1- ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، المنعقدة بالكويت، بتاريخ 18/04/1987، بتنظيم و إشراف من المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، <http://www.sehha.com>

2- المحاضرة التي ألقاها سماحة العلامة محمد حسين فضل الله، مستشفى الشرق الأوسط، بتاريخ 12/09/1995، بيروت، <http://www.google.fr>

3- مقال حول المسؤولية المدنية و الجزائية و الإدارية و التأديبية للطبيب، من إعداد <http://www.droitmedical.org>, M. Guent – Develay

5/ الدوريات :

1- المدجلة القضائية، العدد 02، سنة 1996.
2- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، الجزء 37، رقم 03، 1999، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2002.

6/ الجرائد :

1- جريدة الخبر اليومية، الصادرة بتاريخ 19/03/2001، "عندما تخطئ ملائكة الرحمة".
2- جريدة الخبر اليومية، الصادرة بتاريخ 04/08/1990، " أول عملية تلقح إصطناعي بالجزائر ".
3- جريدة الجمهورية اليومية، الصادرة بتاريخ 12/02/2004، العدد 2105، " وفاة 4 مرضى بمصلحة الإستعجالات ".

7/ النصوص القانونية :

- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى 1405 هـ الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، جريدة رسمية رقم 1985/08.
- قانون رقم 90-17 المؤرخ في 9 محرم 1411 هـ الموافق ل 31 جويلية 1990 المتضمن تعديل قانون حماية الصحة و ترقيتها، جريدة رسمية رقم 1990/35.
- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 هـ الموافق ل 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية رقم 1992/52.
- قانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999.
- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية رقم 1966/49.
- أمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1999،
- أمر 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية .

- 1- A. Appaix / J. Marchand / P. Fleury, les accidents en thérapeutique O.R.L conséquences sur le plan de la responsabilité médicale, librairie Arnette, Paris, 1976.
- 2- Abdelhahid Oussoukine, l'éthique biomédicale, Edition Dar El Gharb, Oran, 2000.
- 3- Abdelhahid Oussoukine, le droit à l'épreuve des rites, Edition Dar El Gharb, Oran, 2000-2001.
- 4- Abdelhahid Oussoukine, traité de droit médical et les nouvelles technologies, Oran, 2003.
- 5- Braouardel .P, l'exercice de la médecine et le charlatanisme, Paris, 1899, L.G.B.B & F...
- 6- Danniell Malicier, A. Miras & P. Feuglet & P. Faivre, la responsabilité médicale – données actuelles-, Edition ESKA, 2^{ème} édition, Paris, 1999.
- 7- Dorsner Dolivet, Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos du chirurgien, Paris, L.G.D.J., 1986.
- 8- Gibbert Dreyfus, les intersexualités que sais-je ? P.U.F, 1972.

- 9- M.M. Hannouz et A.R. Hakim, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Offices des Publications Universitaires, Alger, 2000.
- 10- M.M.F. Heger, Glber et Glorieux, La nécessité, un critère de l'acte médical, Conf. int. mor. med, Paris 1955.
- 11- Jacques Ferron, Quelques Aspects Nouveaux de la responsabilité, thèse, 1970.
- 12- Jean Guérin, guide pratique de responsabilité, Les médecins devant les tribunaux décisions récentes, l'Argus, Paris, 1979.
- 13- Jean Henri Soutoul, Jacques Bertrand & Fabrice Pierre, Le gynécologue faces aux juges, Edition Ellipses, France, 1995.
- 14- Jean Penneau, La responsabilité du médecin, 2^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1996.
- 15- J. Petit, L'ambiguïté de droit face au syndrome transsexuel, Rev. Tr. Dr. Civ., LXXIV, 1976.
- 16- Korn Probst, Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence française, Paris, Flammarion, 1957.
- 17- Paul Lambard, Pierre Mecaigne, Bernard Oudin, Le médecin devant ses juges, Edition Laffont, Paris, 1973.
- 18- Savatier, Auby et Pequignot, Traité de droit médical, Librairies techniques, Paris, 1956.
- 19- Seriaux Alain, La procréation artificielle sans artifices illicites et responsabilité, D. 1991.

الفهرس

- 01..... مقدمة
- 05..... الفصل التمهيدي: إباحة المساس بسلامة الجسم لأجل ممارسة الأعمال الطبية
- 07..... المبحث الأول: العمل الطبي و تحديد أساس مشروعيته
- 07..... **المطلب الأول: تعريف العمل الطبي**
- 07..... **الفرع الأول: ماهية العمل الطبي**
- 07..... أ - تعريف العمل الطبي
- 09..... ب - أساس إباحة العمل الطبي
- 13..... **الفرع الثاني: مراحل العمل الطبي**
- 14..... أولاً : مرحلة الفحص الطبي
- 14..... ثانياً مرحلة التشخيص
- 16..... ثالثاً : مرحلة العلاج
- 17..... رابعاً : مرحلة تحرير الوصفة الطبية
- 19..... خامساً : مرحلة الوقاية الطبية
- 20..... سادساً : مرحلة الوقاية
- 21..... **المطلب الثاني: أساس مشروعية العمل الطبي**
- 21..... **الفرع الأول: رضاء المريض**
- 23..... **الفرع الثاني: ترخيص القانون**
- 25..... **الفرع الثالث: إتباع الأصول العلمية**
- 27..... **الفرع الرابع: قصد العلاج**
- المبحث الثاني : أركان المسؤولية الجزائية نتيجة أخطاء الطبيب
- 30..... غير العمدية
- 30..... **المطلب الأول : الخطأ الطبي**
- 30..... **الفرع الأول: ماهية الخطأ**
- 32..... أولاً : الخطأ في كل من القانون المدني و القانون الجنائي
- 38..... ثانياً : تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية
- 40..... **الفرع الثاني: صور الخطأ في قانون العقوبات**
- 43..... **الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ و سلطة القاضي في تقديره**
- 43..... أولاً : عبء الخطأ
- 44..... ثانياً : سلطة القاضي في تقدير الخطأ

المطلب الثاني : أركان المسؤولية الجزائية نتيجة أخطاء الطبيب

47.....غير العمدية.....

47.....الفرع الأول: عنصر الخطأ الطبي.....

53.....الفرع الثاني: عنصر الضرر.....

55.....الفرع الثالث: عنصر العلاقة السببية.....

الفصل الأول : المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات التلقيح الإصطناعي و عمليات

57.....تغيير الجنس.....

58.....المبحث الأول: المسؤولية الطبية عن عمليات التلقيح الإصطناعي.....

59.....المطلب الأول : التلقيح الإصطناعي داخل الرحم.....

59.....الفرع الأول: مدى مشروعية التلقيح الداخلي بين غير الزوجين.....

60.....أولا: موقف الفقه الفرنسي.....

61.....ثانيا: موقف القضاء الفرنسي.....

63.....ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....

64.....الفرع الثاني: مدى مشروعية التلقيح الداخلي بين غير الزوجين.....

65.....أولا : موقف الفقه الفرنسي.....

66.....ثانيا: موقف القضاء.....

67.....ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط

68.....التلقيح الداخلي.....

68.....أولا: تخلف شرط الرضا.....

75.....ثانيا: عدم إتباع الأصول العلمية.....

77.....المطلب الثاني: التلقيح الإصطناعي خارج الرحم.....

78.....الفرع الأول: مدى مشروعية التلقيح الخارجي بين الزوجين.....

79.....أولا: موقف الفقه.....

79.....ثانيا: موقف القضاء.....

79.....ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....

81.....الفرع الثاني: مدى مشروعيته بين غير الزوجين.....

82.....أولا: حجج المؤيدين لعمليات التلقيح الخارجي بين غير الزوجين.....

83.....ثانيا: حجج المعارضين لعمليات التلقيح الخارجي بين غير الزوجين.....

84.....ثالثا: موقف المشرع الجزائري.....

84.....الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب في حالة مخالفة ضوابط التلقيح الخارجي.....

84.....أولا: عدم تبصير الزوجين بالمعلومات الكافية.....

- 85.....ثانيا:عدم إجراء الإختبارات اللازمة على الجنين
- 85.....ثالثا: خلط البويضات الملقحة
- 86.....رابعا: الاستيلاء على البويضات الملقحة
- 87.....خامسا: فشل عملية زرع البويضة المخصبة
- 87.....سادسا: فشاء السر الطبي
- 88.....سابعا: تنفيذ الإنجاب بواسطة الأم البديلة
- 89.....ثامنا: إجراء العمليات محل البحث في الأماكن غير المرخص لها
- 89.....تاسعا: في حالة تخلف الغرض العلاجي

91.....المبحث الثاني: المسؤولية الطبية في عمليات تغيير الجنس

- 92.....المطلب الأول: نظرة الطب و القضاء لعمليات تغيير الجنس
- 92.....الفرع الأول: الجانب الطبي لعمليات تغيير الجنس
- 93.....أولا: مفهوم تغيير الجنس
- 95.....ثانيا: طبيعة المرض
- 98.....ثالثا: أساليب العلاج
- 100.....الفرع الثاني: المعايير المعتمدة قضائيا لتحديد الجنس
- 100.....أولا: القضاء الفرنسي
- 102.....ثانيا: القضاء التونسي
- 104.....ثالثا: القضاء المصري

المطلب الثاني: مدى مشروعية عمليات تغيير الجنس و مسؤولية

- 108.....الطبيب عنها
- 108.....الفرع الأول : الإتجاه القائل بإباحة عمليات تغيير الجنس
- 110.....الفرع الثاني: الإتجاه القائل بتحريم عمليات تغيير الجنس
- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري و مسؤولية الطبيب عن
- 111.....عمليات تغيير الجنس
- 111.....أولا: موقف المشرع الجزائري
- 113.....ثانيا: المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات تغيير الجنس

الفصل الثاني: المسؤولية الجنائية للطبيب عن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

- 116.....و الجراحة التجميلية
- 118.....المبحث الأول: مسؤولية الطبيب عن نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية
- 119.....المطلب الأول: نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية و زرعها بين الأحياء
- 119.....الفرع الأول: أساس مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء

160.....	أولاً: مفهوم الجراحة التجميلية.....
161.....	ثانياً: أنواع الجراحة التجميلية.....
163.....	الفرع الثاني: صور الجراحة التجميلية.....
	الفرع الثالث: جراحة إعادة غشاء البكارة و مكانتها من جراحات التجميل.....
165.....	أولاً: تعريف الرتق العذري.....
167.....	ثانياً: مكانة الرتق العذري من جراحات التجميل.....
167.....	ثالثاً: مدى مشروعية عمليات الرتق العذري.....

المطلب الثاني: قيود إباحة الجراحة التجميلية و مسؤولية الطبيب

168.....	الجزائية عنها.....
169.....	الفرع الأول: الشروط المتطلبة لمسؤولية الجراحة التجميلية.....
169.....	أولاً: قصد العلاج.....
171.....	ثانياً: رضا المريض.....
175.....	الفرع الثاني: طبيعة إلتزام جراحة المريض.....
177.....	الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب الجزائية عن العمليات التجميلية.....
178.....	أولاً: تخلف شرط الرضا.....
180.....	ثانياً: عدم إلتباع الأصول العلمية.....
185.....	خاتمة.....
189.....	الملاحق.....
233.....	المراجع.....
239.....	الفهرس.....