

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية



المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف:

د. بمرزوق عبد القادر

إعداد الطالب:

محمد أمين جدوي سيدي

لجنة المناقشة:

- | | | | |
|--------------|--------------------------|-----------------|----------------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ | أ.د. رايس محمد |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذ محاضر "أ" | د. بمرزوق عبد القادر |
| مناقشا | المركز الجامعي - النعامة | أستاذ | أ.د. خلواتي صحراوي |
| مناقشا | جامعة بشار | أستاذ محاضر "أ" | د. بورويس لعيرج |

السنة الجامعية : 2015-2016



كلمة شكر وتقدير

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من لا يشكر الناس لا يشكر الله " (رواه الترمذي).

ومن هنا الحمد لله عزّ وجلّ كثيرا الذي وفقني لإنجاز هذا العمل، إذ يقول المولى تعالى: "لئن شكرتم لأزيدنكم" صدق الله العظيم.

فعرفانا بالجميل وإقرارا بالفضل أقف اليوم وقفة إجلال وترحم على روح أستاذي الراحل مأمون عبد الكريم الذي لن أنسى فضله عليّ ما حييت، الذي لطالما كان نعم الموجه والمرشد فاللهم ارحمه وادخله فسيح جناتك وجازيه خير الجزاء. كما أنني لن أنسى من تلقفني وواصل معي المشوار وكان نعم المشرف والذي لم يبخل علي بوقته وإرشاداته ونصائحه رغم كثرة انشغالاته وضيق وقته الأستاذ الفاضل بمرزوق عبد القادر، فعایش معي الرسالة في كل كلمة، فأسأل الله أن يجزيه عني خير ما جزى معلما عن متعلم.

كما أتقدم بالشكر إلى لجنة المناقشة الذين فتحوا صدورهم من أجل قراءة ومناقشة هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر الموصول لكل من ساعدني من قريب أو بعيد لإتمام هذه الرسالة، خاصة إلى موظفي مكتبة الحقوق بجامعة أبي بكر بلقايد.

جدوي سيدي محمد أمين

إهداء

إلى روح جدتي رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه.

إلى من قال فيهما الله سبحانه وتعالى: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ".

إلى الذي عشق الحياة والشقاء من أجل رؤية أبنائه سعداء.

إلى من منحني الثقة والدعم لمواصلة دراساتي العليا.

إلى أبي الغالي... أطل الله في عمره.

إلى من أفنت حياتها من أجل راحتي وسعادتي .

إلى أمي... أطل الله في عمرهما.

إلى أسرتي الصغيرة ومن دعمني كثيرا لانجاز هذه الرسالة

إلى زوجتي وابني محمد عبد الهادي حفظه الله

إلى من تقاسموا معي الحنان.... إخوتي الأعزاء

إلى أخي الأكبر محمد وكل أفراد عائلته.

إلى كل أصدقائي وزملائي ورفقاء دربي.

جدوي سيدي محمد أمين

قائمة بأهمّ المختصرات:

ص:الصفحة.

ط:الطبعة.

د.م:دار المعارف.

د.ك.ع:دار الكتب العلمية.

د.ف.ج:دار الفكر الجامعي.

د.ش:دار الشعب.

د.ك.ق:دار الكتب القانونية.

د.ف.ع:دار الفكر العربي.

ج:الجزء.

د.م.ع:دار المطبوعات العربية.

ع:العدد.

س:السنة.

د.م.ج:ديوان المطبوعات الجامعية.

ق.ع:قانون العقوبات.

إ.ج.ج:إجراءات جزائية.

P : page.

Ed : édition.

I.V.G : interruption volontaire de grossesse.

R .S.P :revue de la santé publique.

المقدمة

المقدمة:

الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية، تحتم على من يمارسها أن يحترم الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال، وأن يكون في سلوكه ومعاملته مستقيماً في عمله، محافظاً على أرواح الناس وأعراضهم، رحيماً بهم باذلاً جهداً في خدمتهم، فإذا خرج الطبيب في سلوكه عن هذا النهج، كان مسؤولاً مدنياً وربما جزائياً أيضاً.

إن الطبيب إنسان، والإنسان بطبيعته يخطئ ويصيب، والطبيب إنسان مبدع خلاق، يكدر ويجد بحثاً عن علاج للحالة المرضية الماثلة أمامه، وهو في سعيه وجده قد يصيب ومرة ويخطئ مرة، وما من إنسان يكون الصواب نصيبه دائماً.

والطبيب إنسان بكل ما تحتويه هذه الكلمة من معنى، لأنه لا يستطيع بل لا يمكن أن يقف مكتوف الأيدي إزاء مريض يتمزق ألماً ويملاً صوته الآفاق... أو يدوي ببطء ويزدوب كما تذوب الشمعة، دون أن يحاول إعطائه الوصفة التي تشفيه، أو تخفف ألمه على الأقل. والعلاقة بين الطبيب ومريضه هي علاقة إنسانية وقانونية قائمة على أساس الثقة والاحترام، علاقة تحتم على الطبيب أن يبذل العناية اللازمة لمريضه، ليست أية عناية، إنما عناية قوامها جهود صادقة مخلصه مصدرها الضمير، ومؤداها اليقظة والانتباه، والتي يجب أن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة.

كما أن الطب ليس مجرد علم أو تقنية يمارسها الطبيب، وإنما يتضمن جانباً هاماً من المتطلبات الإنسانية، التي ترد على جسم الإنسان، بما له من حرمة لا يجوز المساس بها، إلا بمقتضى هدف مشروع، ولغاية يستهدف مصلحته الصحية.

كما أن الطب يشهد تقدماً ملحوظاً، وذلك محاولة للتغلب على مختلف أنواع الأمراض التي تصيب الإنسان، وهذا ما عبر عنه الأستاذ "برنارد" بقوله: "إن الطب تقدم اليوم في ثلاثين سنة، أكثر مما تقدم في ثلاثين قرناً"¹.

¹ Bernard .j, Grandeur et tentation de la médecine, Éd Buchet Chastel, Paris, France, 1973, p65.

إن حلم أي أسرة هو تزيين حياتها بطفل يملؤها دفئا وفرحا، فحاجة الإنسان إلى إنجاب ذرية تعتبر ضرورة فطرية منذ فجر التاريخ، وهذه الحاجة يبررها حب البقاء على هذه الأرض ، لخلق تواصل بين الأجيال وتكثير سواد الأمة، وهكذا يتم المحافظة على العمود الفقري الذي ترتكز عليه الأسرة لقوله صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة"².

لذلك فقد كان حرص الإنسان على الإنجاب أمرا طبيعيا، وهو ما نلمسه حتى مع الأنبياء ، ومثال ذلك سيدنا إبراهيم الخليل عليه السلام الذي يدعو ربه، وذلك في قوله تعالى: "ربّ هب لي من الصالحين، فبشرناه بغلام حليم"³، وكذلك سيدنا زكريا عليه السلام يتضرع إلى ربه أن يرزقه ولدا، وذلك في قوله تعالى: "وزكريا إذ نادى ربه ربّ لا تدربني فردا و أنت خير الوارثين، فاستجبنا له ووهبنا له يحيى وأصلحنا له زوجه إنهم كانوا يسارعون في الخيرات ويدعوننا رغبا ورهبا وكانوا لنا خاشعين"⁴، وكذلك في قوله تعالى: "وإني خفت الموالي من ورائي وكانت امرأتي عاقرا فهب لي من لدنك وليا، يرثني ويرث آل يعقوب واجعله ربي رضيا، يا زكريا إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى لم نجعل له من قبل سميا"⁵.

إلا أن حلم الأمومة والأبوة كثيرا ما يصعب تحقيقه نتيجة عدة عوامل، لعل أهمها مشكلة العقم وتأخر الإنجاب. لذلك اجتهد الأطباء المتخصصون منذ القديم للوصول إلى حلول طبية تعالج مشكلات العقم من أجل تحقيق حلم إنجاب طفل. لذلك دعت الحاجة إلى وجود تخصص طبي في هذا المجال هو طب التوليد، والذي يقصد به ذلك الفرع من الطب الذي يتعامل مع رعاية النساء

² رواه الإمام أحمد عن أنس، مقتبس من تشوار الجليلي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الطبية الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص100.

³ الآيتان 100-101 من سورة الصافات.

⁴ الآيتان 89-90 من سورة الأنبياء.

⁵ الآيات 5-7 من سورة مريم.

أثناء الحمل (فترة ما قبل الولادة والولادة وفترة ما بعد الولادة)⁶، وأيضا رعاية أطفالهن حديثي الولادة، فظهر في هذا التخصص طبيب يتدخل جراحيا يسمى طبيب التوليد و مشرفة على عملية الولادة فقط دون أن تتدخل جراحيا تسمى بالقابلة.

قبل عام 1930 اعتبر اختصاص التوليد اختصاصا مختلفا عن اختصاص النسائية، حيث كان التوليد أحد اختصاصات الطب الداخلي، بينما كانت النسائية اختصاصا من اختصاصات الجراحة، ولكن حقيقة وجود عدة حالات نسائية لا تتطلب الجراحة كحالات الأمراض المتحركة جنسيا، أو زيادة التقنيات الطبية المتقدمة ومع التطور العلمي الهائل، أدت هذه التحولات إلى نشوء اختصاص التوليد وأمراض النساء ككيان مستقل⁷.

ولكن قبل ذلك كانت القابلة منذ القديم هي المشرفة على التوليد، ففي العصور البدائية كان التوليد عملية بسيطة، حيث كانت الحامل تنعزل بعيدا عن القبيلة لولادة طفلها بدون صعوبة تذكر. ومن المعتاد أن بعض النسوة تقوم بملازمة الحامل عند الولادة، وتسهر على راحتها، وهو ما يسمى في الوقت الحالي بالقابلة، والخطورة الحقيقية فقط هو مواجهة الحامل لوضع غير طبيعي للجنين، ومن المعتاد أن تنتهي الولادة في هذه الحالة بموت كل من الأم و جنينها.

أما في مصر القديمة كانت مهنة القابلة مهنة نسائية معترفا بها، كما تشهد بذلك أوراق البردي إبيرس التي تعود إلى 1550-1900 قبل الميلاد حيث تناقش خمسة أعمدة من هذه الأوراق التوليد وأمراض النساء، وخاصة المتعلقة بتسريع الولادة والتكهن بولادة المولود الجديد، ويشمل ورق البردي "واستكار بابيريس" والذي يعود تاريخه إلى 1700 سنة قبل الميلاد، ويتضمن تعليمات لحساب التاريخ المتوقع للولادة، ويصف أساليب مختلفة من كراسي الولادة، وتشهد نقوش "باس" في غرف الولادة الملكية في الأقصر ومعابد أخرى أيضا، على وجود مهنة القابلة بكثافة في هذه الحضارة. ومن بين الصور التي وجدت على جدران المعابد، صور تظهر

⁶ Miller Keane, Encyclopedia, dictionary of medicine, nursing and allied health, saunderss, 2005, p234.

⁷ Www.hakeem-sy.com/main/node /24527 le : 19 /10/2010.

الحامل جالسة أثناء الولادة على ركبتيها (وضعية السجود)، ونقش آخر يبين الحامل جالسة على حجرين اثنين بوجود مسافة بين الحجرين، وتشارك في الولادة اثنين من القابلات، واحدة تسند ظهر الحامل، والأخرى تستلم الوليد.

وفي العصور اليونانية والرومانية القديمة شغلت مهنة القابلة طائفة واسعة من النساء، بمن فيهن نساء طاعنات في السن، واللواتي واصلن تقاليد طبية شعبية في قرى الإمبراطورية الرومانية، والقابلات اللواتي حصلن على معارفهم من مجموعة متنوعة من المصادر، أما النساء الحاصلات على درجة عالية من التدريب كن يعتبرن طبيبات. ومع ذلك هناك بعض الخصائص المطلوبة في القابلة الجيدة منها التعلم والذكاء وحب العمل وسلامة الحواس والعطف...، وهناك بعض الآراء والدراسات تشير إلى وجود ثلاثة درجات من القابلات في العصور القديمة، الأولى كانت فنية بارعة، والثانية قرأت بعض النصوص في التوليد وأمراض النساء، ولكن الثالثة كانت بارعة على درجة عالية من التدريب وتعتبر طبيبة مختصة في التوليد. ومن أساسيات واجبات القابلة في العصور القديمة المساعدة في عملية الولادة، على الرغم من أنها قد ساعدت أيضا في غيرها من المشاكل الطبية المتعلقة بالمرأة عند الحاجة. وتلجأ القابلة في كثير من الأحيان لاستدعاء المساعدة من الطبيب، عندما يتوقع ولادة أكثر صعوبة، تحضر القابلة اثنين أو ثلاثة مساعدين. في العصور القديمة، كانت تعتقد القابلة والطبيب على حد سواء أن الولادة الطبيعية، تكون أسهل عندما تجلس المرأة في وضع عمودي.

ومن البديهي أن تكون الأعرابية في الجاهلية قد مارست مهنة القابلة، وتدير بعض الولادات العسيرة، وأكثر الاحتمال أن المرأة التي مرت بتجربة الولادة والنفاس والأمومة في حياتها وخبرت هذه الأحداث، هي التي صارت من المولدرات المعروفات. كما أنه أضحى تقليدا إن لم يكن لزاما، أن تكون القابلة أما قبل كل شيء، لأنها بهذه الحالة تكون أدرى بما تعمله للماخض والنفساء والوليد.

وكانت الأعرابية الحبلية عندما تدنو من يوم أو ساعة ولادتها، أن تنعزل في ركن من البيت يسمى "المثير"، فإذا جاءها المخاض جلست القرفصاء، ودفعت بصلبها إلى الأمام وهي تستند براحتي يديها، وركبتيها على الأرض، أما القابلة فتقعد ورائها وتستقبل بيدها مجيء الوليد، كما تضطجع الماخض على جنبها أحيانا، وتلد وهي في هذا الوضع.

و ثمة هناك دلائل تشير إلى أن الأعرابي الرجل قد مارس القبالة بدرجة من درجاتها، وليس بعيد أن تكون العمليات البيطرية التي مارسها الرعاة على الأغنام أو الإبل ، هي التي هدتهم أو اضطرتهم إلى أن يمارس الرجل تطبيق تلك العمليات على الماخض في الحالات المماثلة، حين تفشل المولدة في إتمام المهمة⁸. كما عرفت المولدة الأعرابية بتجربتها وحسها الغريزي، علامات موت الجنين في بطن أمه، وقد سميت هذه الحالة الحش، وإذا سقط الولد يابسا فهو الحشيش. ويقال في ذلك أن المرأة أحشت، أي هلك جنينها وجف في موضعه⁹.

كما ورد في المعاجم أيضا أن الأعراب مارسوا عملية التوليد عن طريق البطن، فيشقون بطن الحامل لحظة وفاتها، لينقذوا جنينها قبل أن يتسرب الموت إليه من أمه، وأطلقوا على هذه العملية مصطلح "الحشعة" (بكسر الخاء وسكون الشين)، وعلى المرأة التي تتم عليها هذه العملية "البقيرة"، والحشعة ولد البقير، والبقيرة المرأة التي تموت وفي بطنها ولد حي، فيبقر بطنها ويخرج¹⁰.

⁸ تذكر المعاجم العربية أن الأعراب مارسوا عملية "السطي"، على أغنامهم وإبلهم، وهذه العملية إجراء يستخرج به صغير الأجنة إذا نفق في بطن أمه، كما ذكرت المعاجم عملية "السطو"، وهي جراحة نظيرة لعملية "السطي" من حيث استطبائها والعمل بها، إلا أنها تطبق على المرأة الحامل إذا توفي الجنين في رحمها، وعسرت ولادته. فقال ابن منظور: لا بأس أن يسطو الرجل على المرأة، إذا لم توجد امرأة تعالجها وخيف عليها، يعني إذا نشب ولدها في بطنها ميتا، فله مع عدم وجود القابلة أن يدخل يده في فرجها ويستخرج الولد. ونستدل من هذا النص أن هناك رجلا قابلين يعملون في هذه المهنة كالنساء القوابل.

⁹ كما قيل لا يخرج الحشيش من بطنها، حتى يسطى عليها. ومدلول ذلك أن الأعرابية كانت تستطيع تشخيص وفاة الجنين. وتستطب له المداخلة بعملية الإسقاط، وهي معلومات بالغة الأهمية في طب التوليد، ومبكرة بالنسبة لذلك الزمن.

¹⁰ ومما يذكر في هذا الصدد أن خارحة بن سنان قد جاء إلى الدنيا بهذه الطريقة، وكذلك بكير بن عبد العزيز، وكلاهما جاهليان، وتقابل عملية الحشعة ما يعرف اليوم بالعملية القيصرية على الحامل المتوفاة، ولا يزال استطباب هذه العملية قائما إلى غاية اليوم.

كذلك يبدو أن حالات الولادة اليسيرة والعسيرة، كانت من اختصاص القوابل على مدى العصور الإسلامية في المشرق والمغرب، ولا توجد معلومات موثقة عن متطلبات عملية التوليد آنذاك، وعن أدواتها وعن آلاتها، والأدوية التي تستعمل من أجلها وما إلى ذلك¹¹.

والقابلة عند العرب هي التي تتلقى الولد عند الولادة، وجمعها قوابل، وتطلق القابلة - أيضا- على الليلة القابلة. والقبل: لطف القابلة لإخراج الولد من بطن أمه. ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

وقد اهتم الفقهاء بمركز القابلة باعتبارها كانت المشرفة على عملية الولادة، وهذا ما تجلّى من خلال بحثهم في قيمة شهادة القابلة في هذا الاختصاص. فقد اتفق الفقهاء على قبول شهادة القوابل فيما لا يطلع عليه إلا النساء، وفي ذلك يقول الإمام الزهري: "مضت السنة أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل، فيما يلين من ولادة المرأة، واستهلال الجنين، وفي غير ذلك من أمور النساء، الذي لا يطلع عليه، ولا يليه إلا هن، فإذا شهدت المرأة المسلمة التي تقبل النساء، فما فوق المرأة الواحدة في استهلال الجنين جازت. فإذا أنكر الزوج أو الورثة وقوع الولادة، أو وجد حمل أو استهلال وشهدت القوابل على ذلك قبلت شهادتها، فيثبت نسب المولود ويشترك في الإرث مع بقية الورثة، وكذا إذا ادعت المطلقة أنها حامل وعرض عليها القوابل، فذكرن أنها حامل قبلت شهادتين، ولزم على مطلقها النفقة إليها سواء أكان الطلاق بائنا أو رجعيا، لأن هذه من الأمور، التي لا يطلع عليها الرجال"¹².

هذا وقد اختلف الفقهاء في شهادة القابلة الواحدة في حق من الحقوق على قولين:

- القول الأول: لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية وقال به أبو حنيفة في حالة عدم قيام الزوجية، إلا أنه لا تقبل شهادة القابلة الواحدة، ولا يثبت لشهادتها حق من الحقوق، سواء أكان

¹¹ ثمة مؤرخون كشفوا عن ممارسة الطب الشعبي بتقليد الحامل بعض الأحجار لمنع الإجهاض، كذلك ربط بعض الدويبات النافقة على فخذ الماخض، لتسهيل الولادة وتعجيلها.

¹² خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي، د.ف.ج، الإسكندرية، مصر، 2008.

ماليا أو غير مالي لعدم ورود ذلك، ولأن هذا لا يقبل فيه شهادة الرجل الواحد وهو أقوى، فإذا لم يثبت الحق بالأقوى، لا يثبت الأضعف من باب أولى.

-القول الثاني: وقال الحنابلة ومحمد أبو يوسف أنه يكفي فيه شهادة المرأة الواحدة، بشرط أن تكون من أهل الخبرة والعدالة، لأن هذا الأمر يقبل فيه شهادة النساء منفردات، فلا يشترط فيه تعددهن كشهادة المرأة في الرضاع، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم: "أجاز شهادة القابلة"¹³، فإذا كان النكاح ما زال قائما، فقد اتفق الحنفية على قبول شهادة القابلة الواحدة، إذا جحد الزوج الولادة، فشهدت بوقوعها لتأييدها بقيام الفراش، ويثبت بذلك نسب الولد بشرط، أن يولد لسته أشهر، وأن النسب يحتاط له ما لا يحتاط لغيره.

-أما الرأي الراجح: يمكن القول أنه لا مانع من الأخذ بقول الحنابلة ومحمد وأبي يوسف من أنه يجوز إثبات حق من الحقوق بشهادة المرأة الواحدة، إذا كان هذا الحق مما لا يطلع عليه الرجال، ويقيد ذلك بشروط هي:

1- أن تكون المرأة التي تحملت الشهادة من أهل الخبرة.

2- أن يشترط فيها شروط الشهادة من إسلام وعدالة وتكليف.

3- أن يتعذر وجود غيرها وقت تحمل الشهادة.

فإذا توافرت هذه الشروط فلا مانع من قبول شهادتها، وذلك لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة في هذه الأمور، بالإضافة إلى أن هذا أمر من الأمور، التي لا يجوز للرجال الشهادة فيه، فيكفي فيه المرأة الواحدة، ولا يشترط فيه التعدد.

هذا ويمكن الإجابة على أدلة الجمهور بما يلي:

¹³ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى باب ما جاء في عددهن، الجزء العاشر، ص 151.

- بأنه قد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من أنه أجاز شهادة القابلة، فينتفي بذلك دعوى عدم ورود ذلك.

- أما القول بان هذا أمر من الأمور التي لا يجوز فيه شهادة الرجل الواحد، فكيف يقبل من الأضعف، ولم يقبل من الأقوى، فيجانب عنه هذا القول ليس له محلا هنا، لأن هذا يمكن القول به في إثبات الحقوق الأخرى غير الأمور، التي لا يطلع عليها إلا النساء وذلك لأمرين:

أحدهما: إن هذا الأمر لا يجوز للرجال الشهادة فيه أصلا، فكيف يقال لا يجوز شهادة رجل واحد.

الثاني: أن هذا أمر من الأمور التي تحتاج إلى خبرة نسائية، فيكفي فيه الواحدة لتعذر وجود غيرها، كما أن القول بغير ذلك، يمكن أن يؤدي إلى ضياع حق من الحقوق، إذا لم توجد أكثر من امرأة وهذا ما لم يقل به أحد.

ولعل أول ما ظهر من الكتب العربية في طب التوليد هو كتاب أبي بكر الرازي، وهذا المؤلف من عباقرة الطب في كل زمان، وثنائ على القواعد البالية في نظريات الطب وتطبيقاته. وقد مارس "الرازي" القبالة على الحامل مباشرة¹⁴، وبواسطة القابلة أيضا.

كما كتب الزهراوي¹⁵ موسوعة في الطب سماها "التصريف لمن عجز عن التأليف" بثلاثين كتابا، كرس الكتاب الأخير منها للجراحة العامة والتوليد. كما أنه قد صمم آلة لدفع طرف الطفل (اليد أو الرجل) إذا سقط من الرحم أثناء الولادة، وسميت هذه الآلة "المدفع". ودرّة ما عمله

¹⁴ مما يحسب للرازي أنه كان يوصي بشق أغشية الرحم الأمامية لإهدار، قسم من المياه الأمينوسية، لكي يسفل الولادة ويقصر من أمدها، وقد أثبتت التجارب المتكررة صدق ما كتبه الرازي في هذا الموضوع، وأصبح شق الأغشية من أحدث التقنيات في تدبير الولادة، التي تبنتها المستشفيات لكبرى بعد خمسينيات القرن العشرين. كما يوصي الرازي بتقطيع الجنين المتحجر إذا تعسرت ولادته. وبدعم التركيز على سحب الحبل السري بعنف حذرا من اندلاق الرحم، كما أنه أشار إلى المشيمة المتقدمة.

¹⁵ الزهراوي أبي القاسم خلف هو من كبار جراحي العرب في قرطبة فيز من علي بن العباس توفي سنة 404 هج / 1012 م. وكان الزهراوي دائم الشكوى من عدم توافر قوايل لمن معلومات كافية في التوليد، وطبيبات بمستوى المسؤولية في ممارسة الجراحات النسوية. نظرا لمعرفته الكبيرة قال بعض الأطباء أن في الطب ثلاثة علماء: يوناني وهو سلس، وبيزنطي وهو بولس الأجيبي، وعربي هو أبو القاسم الزهراوي. وقد طبعت ترجمة كتاب الزهراوي لأول مرة إلى جانب كتاب شيليك في البندقية سنة 1497 م.

الزهرراوي في فن التوليد هو اختراعه لآلة تسمى "المشداخ"¹⁶، وهي آلة لفدخ رأس الجنين، إذا استحال مروره في الحوض أثناء الولادة. وقد استخدمها على الأجنة الميتة أو التي هي في حكم ذلك، لإنقاذ الأم من الهلاك المحقق.

وفي العصور المسيحية في أوروبا أصبحت القابلات مهمات للكنيسة، بسبب دورهم في التعميد في حالات الطوارئ، ووجدن أنفسهن يتبعن القانون الكنسي الكاثوليكي الروماني. وفي القرن الثامن عشر ظهر التقسيم بين الجراح والقابلة، عندما بدأ رجال الطب التأكيد على أن العمليات العلمية الحديثة أفضل للأمهات وللأطفال الرضع من قابلات الطب الشعبي.

ومن جانب آخر فإن الفقه الإسلامي قد عرف حق المرأة في الإنجاب، وذلك من خلال تمكينها وإزالة كافة العوائق التي تحول بينها وبين إنجاب الذرية، تحقيقاً للأغراض الشرعية من الزواج، وإشباعاً لرغباتها النفسية في ممارسة دورها الاجتماعي، كأم ومربية لجيل جديد¹⁷.

كما نصت بعض الاتفاقيات الدولية على حماية حق المرأة في الإنجاب، فقد نصت المادة لعاشرة من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على: "وجوب منح الأمهات العاملات إجازة مدفوعة الأجر..."¹⁸، وأكدت الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية على حظر تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل¹⁹. وما جاء في التوصية رقم 19 في الدورة الحادية عشر سنة 1992 والصادرة عن لجنة القضاء على التمييز العنصري ضد المرأة والتي نصت على أن: "للتعقيم والإجهاض القسريين أثراً سيئاً على الصحة الجسدية والنفسية للمرأة، وفيهما انتهاك لحقوقها في أن تقرر عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر"²⁰.

¹⁶ هذه الآلة ذات فكين مزودين بمسامير، تثبت على رأس الجنين، عند تطبيقها عليه.

¹⁷ المرزوقي ميادة مصطفى محمد، الإجهاض بين الإباحة والتجريم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2012، ص 110.

¹⁸ الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966.

¹⁹ الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966.

²⁰ الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان: مصادره وتطبيقاته الوطنية والدولية، ط5، منشأة دار المعارف، مصر، 2009، ص 310.

إن تحقيق حلم إنجاب الطفل قد يصطدم في الواقع بعدة صعوبات وعوائق لعل أهمها مشكلة العقم وتأخر الإنجاب التي تعود لأسباب مختلفة.

فقد تكون المرأة غير قادرة على الإنجاب بسبب إصابتها بعقم أولي وهو عقم يصيبها عند بداية حياتها الجنسية أو عند زواجها²¹، كما قد تكون مصابة بعقم ثانوي وهو عقم يصيبها بعد إنجاب طفل أو طفلين، أو بعد تعرضها للإجهاد²². وعموماً يمكن إجمال أسباب العقم عند المرأة في حموضة المهبل، وضيق مجرى عنق الرحم والتهاباته وتقرحاته، وانقلاب الرحم وانحرافاته، والتهاب البوقين وانسدادهما...²³.

وعلى عكس الاعتقاد الذي كان سائداً في السابق، في تحميل الزوجة وحدها مسؤولية عدم الإنجاب، فقد كشف الطب الحديث، عن وجود حالات يكون فيها العقم متعلقاً بالرجل، والتي تعود لعدة أسباب، لعل أهمها إصابة الخصية بعدة أمراض تعيق وظيفتها في الإنجاب أو إصابته بعجز جنسي.

لذلك فإن طب التوليد يهتم بجانبين، جانب يتعلق برعاية الأم والجنين و جانب يتعلق بالبحث عن سبل معالجة عوائق تحقق الإنجاب في حد ذاته.

إن طبيب التوليد وهو بصدد القيام بمهمته ورسالته النبيلة، قد يقع في حالات ترتب مسؤوليته المدنية أو الجنائية أو كليهما معاً. ومما تجب الإشارة إليه أن المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد كانت ولا تزال محلاً للبحث والجدل والمناقشة بين فقهاء القانون والباحثين القانونيين من جهة والقضاة من جهة أخرى في محاولة لبحث وتحديد أساس هذه المسؤولية، وذلك كنتيجة طبيعية لنقص النصوص القانونية الحاكمة لتلك المسؤولية.

²¹ ترجع أسبابه إلى أمراض غددية أو هرمونية أو لعدم نضوج الأعضاء التناسلية أو لأسباب تكوينية.

²² ترجع أسبابه إلى مضاعفات الولادة خاصة إذا كانت ولادة عسيرة ونتج عنها نزيف حاد وتمزقات أو التهاب الرحم والنفيرين كالأعراض الزهرية وأمراض الحمى الباطنية.

²³ فاحوري سبيرو، العقم عند النساء والرجال: أسبابه وعلاجه، ط6، دار العلم للملايين، لبنان، 1991، ص 217 وما يليها، و أيضاً، سوكة عبد الرزاق، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، مصر، 1988، ص 28 وما بعدها.

قبل التطرق لذلك لابد أن نبين أن طب التوليد، يلعب دورا هاما في منظومة حماية صحة الأم والمجتمع وذلك في النواحي التالية:

-إن أهم ما يميز هذا الاختصاص هو أنه يهتم بنفس الوقت بكائنين حيين (الأم والجنين) وهذا ما يجعل الطبيب أمام مسؤولية كبرى، وذلك للتوفيق والتوازن بين صحة الأم وصحة الجنين، وهذا النوع من المحاكمة العقلية لا يمكن أن نجده في أي اختصاص طبي آخر.

-هذا الاختصاص يهتم بشريحة عمرية تمتد من الولادة وحتى نهاية حياة المرأة، وهذا ما يعطي هذا الاختصاص صفة الامتداد بالزمان، مما يجعل الطبيب أمام مواجهة حقيقية لفهم التغيرات الفيزيولوجية والمرضية للمرأة الحامل خلال كل مراحل حياتها.

-يواجه الطبيب في هذا الاختصاص مشاكل مختلفة ومتنوعة تخص المرأة منها حالات فيزيولوجية كالحمل والولادة وبلوغ سن اليأس، ويساهم الطبيب بشكل فعال جدا في تدبيرها، وأيضاً حالات بمنتهى الخطورة كالأورام السرطانية والتزيف الشديد المهدد لحياة الأم.

كما أنه من المتعارف عليه أن عملية التوليد تعد من الممارسات المحفوفة بالكثير من المخاطر والمفاجآت، وهذا يعني بدوره أن ما يتصرفه القائم على التوليد، لا يمكن لأي شخص الوقوف على حقيقة الأسباب التي دعت الشخص القائم بالتوليد إلى التصرف على النحو الذي جرى عليه، لذا فإن خطأ التوليد هو من بين الأخطاء الطبية التي تستدعي قيام مسؤولية الطبيب المرتكب له.

هذا وتبدأ مسؤولية الطبيب من ساعة حدوث الحمل، إذ يحضر على الطبيب أن يصف للمرأة الحامل العلاجات غير المناسبة، والتي من شأنها أن تلحق الأضرار بالجنين وتؤدي إلى سقوطه، كإعطاء أدوية ذات طبيعة سمية أو تخديرية كحبوب الفاليوم وغيرها من الأدوية التي يمنع إعطائها للمرأة الحامل في المرحلة الأولى من الحمل. وكذلك يسأل طبيب التوليد عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء الفحص السريري، سواء كان ذلك بالضغط على جدار الرحم، أو عند استخدام الآلات كالمجس الرحمي، إذا ما أدى ذلك إلى الإجهاض، وعلى المحكمة أن تبحث فيما إذا كان الطبيب، قد

أعطى العلاج لضرورة علاجية، أو أنه قام بإعطائه برعونة وعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة في كيفية استخدام الدواء.

كما ويسأل الطبيب المشرف الذي يراقب المرأة الحامل، ويقوم بإجراء الفحوصات الدورية لها، عن الأضرار الناجمة عن تقصيره في هذا المجال، لاسيما إذا لم يستخدم الآلات الحديثة، كالأجهزة التلفزيونية أو الأجهزة التي تستخدم لقياس ضربات قلب الجنين أو انتظام ذلك، وعلى الطبيب المشرف أن يوضح للمرأة جميع المسائل المتعلقة بحالتها.

كما يمكن مساءلة الطبيب عن الإصابات التي تنتج عن جهل أو تقصير أو عدم إتباع أصول علمية ثابتة، كما في حالة تمزق الرحم، وخرقه بواسطة مجس الرحم، أو ثقب الرأس أو بعض أعضاء الوليد دون أي ضرورة، ككسر جمجمته أو فقه عينه، وأيضا كما في حالة إجراء عملية قيصرية بطريقة مخالفة للأصول العلمية الطبية، ودون أن يكون هناك ضرورة لذلك.

هذا وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب، لأنه نزع من أم الطفل أثناء الولادة 6 أمتار و90 سنتمترا من أمعائها الدقيقة. وكذلك قضت إحدى المحاكم الفرنسية بقيام مسؤولية الطبيب نتيجة عدم قيامه بربط الحبل السري للطفل وتركه دون عناية ليموت.

وما تجدر الإشارة إليه أن مجال التوليد كان مجالاً للبحوث العلمية المتتالية، والتي كان لها تأثير كبير على تذليل المصاعب واختراع أساليب جديدة للإنجاب، وللتغلب على مشكلة العقم، وهو ما نتج عنه طرق جديدة للتخصيب والإنجاب كالتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب²⁴، إلى غير

²⁴ عرف العالم هذا التعبير لأول مرة عام 1978 عندما ولدت الطفلة "الويس براون" وهي أول طفلة أنابيب في العالم، وقبل ذلك كان هناك حمل بيوكيميائي عابر قام به باحثو مدرسة فوكستون الأسترالية عام 1973، وأيضا حالة حمل خارج الرحم التي أبلغ عنها ستيتو وادواردز في عام 1976. وبهذه الطريقة تم التمكن من التغلب على بعض العوائق التي تمنع حدوث الحمل عند المرأة مثل انسداد قناة فالوب أو ضعف الحيوانات المنوية عند الرجل. وفي عام 2010 حصل العالم البريطاني "روبرت ادواردز" الذي قام بتخصيب أول بويضة خارج رحم الأم بجائزة نوبل في الطب. كما قامت مجموعة من العلماء في جامعة ستانفورد بكاليفورنيا بالـ و.م.أ بتحسين طريقة التخصيب وزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة.

ذلك من الأساليب المستحدثة. وطبيب التوليد كما أشرنا أثناء قيامه بعملية التوليد قد يرتكب أخطاء كثيرة لعل أكثرها شيوعا حالات الاختناق الولادي، و حدوث الشلل الدماغي للمولود ...

ومما يجعل المسؤولية الجنائية لطبيب التوليد مشددة، أن هذا الأخير والفريق المعاون له يتعاملون مع أكثر من روح، فهو يحرص في نفس الوقت على حياة الأم وسلامة جسدها، وحياة جنينها، كما أن الأضرار الناجمة عن عملية التوليد لا تقتصر على الوالدين فقط بل تمتد لكل أفراد الأسرة خاصة إذا حصل الحمل بعد مرور وقت طويل، وبعد رحلة طويلة من الوسائل العلاجية ، لكي تتكامل في الأخير في إنجاب طفل، لطالما اشتاقوا لرؤيته وبدلوا من أجل ذلك الغالي والنفيس.

هذا وتنظم التشريعات القانونية في كل دولة المتطلبات اللازمة في الشخص لممارسة مهنة الطب بوجه عام وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 المعدل والمتمم²⁵، وباقي القوانين المتعلقة بمنظومة الصحة في الجزائر.

وما يلاحظ في صدد المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد، أن المشرع الجزائري لم يتعرض لطب التوليد بنصوص قانونية خاصة، بل ترك حكمها للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية للطبيب، على الرغم من تلك النتائج الخطيرة، التي يمكن أن تترتب على تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة، دون النظر إلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأعمال الطبية بصفة عامة، وأعمال التوليد بصفة خاصة.

كذلك لا بد أن يتم الأخذ بعين الاعتبار التطور العلمي الكبير في هذا المجال ، والمتمثل في ظهور نظريات وأساليب علمية حديثة وغاية في الدقة والتعقيد باستخدام آلات علمية دقيقة تحتاج،

²⁵ المعدل والمتمم ب:

-القانون رقم 88-15 المؤرخ في 3 ماي 1988، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 18.
-القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 35.
-القانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998 ، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 61.
-القانون رقم 06-07 المؤرخ في 15 يوليو 2006، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 47.
-القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 44.

لتوافر كم معين من الخبرة لدى الطبيب أو الفريق المعاون له. كما أن اشتراك العديد من الأطباء والمعاونين في هذا العمل، يؤدي إلى زيادة نسبة الخطر واحتمال حدوث الضرر سواء بالنسبة للأم الحامل أو للجنين في رحمها، وهذا ما يتولد عنه مسؤولية جنائية عن تلك الأضرار.

إضافة إلى ذلك فقد صاحب هذا التطور، تحول في نظرة الأفراد إلى الأطباء، باعتبار أن تطور الوسائل الطبية الشديدة الدقة وذات الفعالية الكبيرة، جعل من غير المتصور ارتكاب أخطاء وتقصير، كان يمكن تقبلها في الماضي، وهكذا تكون في فكر المريض، اعتقاد بعدم فشل الطبيب وقابليته للخطأ، وتدخّل القدر في الكثير من الحالات²⁶.

ومما هو معلوم فإن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة في حد ذاتها، يسودها انعدام المساواة بين المريض والطبيب، فأحد أطرافها يعاني من علة، أما الآخر فيضع فيه ثقته لمساعدته على مواجهة ما يعاني منه، بل تتجه كل آماله وطموحاته لنجاحه في تخليصه مما يعانيه²⁷.

كذلك فإن عملية التوليد ترتبط بحقين مقدسين يحميها القانون والمواثيق الدولية²⁸ و الدساتير²⁹، وهما الحق في الحياة والحق في سلامة الجسد.

ونظراً لوجود قصور تشريعي في مجال طب التوليد، كان للفقهاء والقضاء دور كبير في مجال رسم حدود وأبعاد المسؤولية الطبية في المجال الجنائي. ولذلك لا بد من الرجوع لأحكام القضاء وآراء الفقهاء في هذا المجال، وذلك لوضع حدود وأبعاد المسؤولية الجنائية في طب التوليد، وتأسيس أحكامها في نطاق النظرية العامة للمسؤولية الجنائية.

²⁶ حسن محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد "دراسة مقارنة"، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص5.

²⁷ الجابري إيمان، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية (على ضوء القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة للقوانين الإماراتية والمصرية والأمريكية واليابانية)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص180.

²⁸ اتفاقية تحريم إبادة الجنس البشري بتاريخ 12/09/1948، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 10.12.1948، اتفاقية جنيف الرابعة بتاريخ 12.08.1949 المواد 1-4-147، والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 16.12.1966 المادة 7، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950.

²⁹ الدستور المصري لسنة 1970 في مادته 42، الدستور الكويتي الصادر في 1962 في مادته 15، والدستور الجزائري لعام 1963 و1976 و1989 و1996 في مواده بالترتيب 10-71-33 والمواد 29-59 لدستور 1996.

إن القيام بهذا البحث واجه العديد من الصعوبات، لعل أهمها هو قلة النصوص القانونية الحاكمة بصفة دقيقة لمجال طب التوليد، إضافة إلى ندرة المراجع القانونية المتخصصة في هذا الموضوع، إضافة إلى أن مجال التوليد يعد من المجالات الطبية التي تتميز بكثافة البحث العلمي وسرعة التطورات و الاكتشافات وهذا ما ترجمته الأساليب الحديثة والجديدة للإنجاب. وهذا كله يضاف إلى اختلاف آراء الفقهاء القانونيين حول الموضوع، وكذلك ندرة الكتب الطبية المتخصصة باللغة العربية، لاسيما وأن المصطلحات الطبية تحتاج إلى ضبط دقيق كونها مصطلحات علمية.

كما أن هذا الموضوع يجعل القضاة في حيرة من أنفسهم فهم مقيدون بمسألتين الأولى توفير حماية أكبر للنساء الحوامل والأجنة، مما قد يصدر من أطباء التوليد أو القابلات خلال الحمل والولادة وبعدها من أخطاء ذات أثر سلبي مثل التشوهات أو الشلل أو الوفيات...

أما المسألة الثانية فهي توفير حماية قانونية للأطباء وتأمينهم من المخاوف الناجمة عن المساءلات القضائية، لتفادي إحجامهم عن الرعاية الصحية بالنساء الحوامل وأجنتهم من جهة و من جهة أخرى تشجيع روح الاكتشاف في العلوم الطبية لعلاج مشكلات العقم وتأخر الإنجاب، وهذا من أجل المصلحة العامة.

كذلك ومن جهة أخرى فإن موضوع المسؤولية الجنائية للأطباء قد طرحت منذ زمن بعيد، فإنه في السنوات الأخيرة أصبح قضية رأي عام، وهذا نتيجة الارتفاع الملحوظ في بلادنا خلال السنوات الأخيرة.

أما من الناحية العلمية الأكاديمية فإن هذا الموضوع لم يحظ بالدراسة اللازمة في بلادنا، خصوصا مع التطور الطبي الهائل في هذا المجال، تماشيا ومتطلبات المجتمع في توفير رعاية أفضل للنساء الحوامل وأطفالهن.

كما أن هذا الموضوع يثير اشكالا هام هو ما مدى مطابقة القوانين بالواقع فيما يخص حماية حقوق أطباء التوليد من جهة وتوفير حماية جنائية للأم والجنين من جهة أخرى؟ إن هذا

الاشكال يتحلل بدوره إلى الكثير من التساؤلات، لعل أهمها يتمثل في أهمية حصول طبيب التوليد على الرضا من الأم الحامل أم من قبل زوجها، وشروط هذا الرضا في مجال التوليد، كذلك لا بد من تحديد لحظة الولادة تحديدا قانونيا وطبيا، وذلك باعتبارها واقعة مادية وقانونية يترتب عليها حقوق للطفل عند ولادته، كما أنه يتمتع بحقوق وهو في مرحلة الجنين، ولا بد من تحديد أساس المسؤولية الجنائية لطبيب التوليد والفريق المساعد له، وما هي صور الخطأ الطبي في هذا التخصص، وهذا دون أن ننسى الطبيعة القانونية لوسائل الإنجاب المساعدة كالتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وما مدى مسؤولية طبيب التوليد في مثل هذه الحالات المستجدة.

ونظرا لأهمية التساؤلات التي يطرحها هذا الموضوع الحساس، فقد تم الاعتماد على أكثر من منهج، كالمنهج الاستقرائي التأصيلي³⁰، المتبع للجزئيات، التي تكشف عن المبدأ العام لمسؤولية الطبيب في مجال التوليد، والأساس الذي تقوم عليه، والقيود الواردة عليها.

كما تم الاعتماد على المنهج الاستنباطي³¹، الذي يعتمد على تحليل القواعد العامة، والنصوص القانونية التي لها علاقة بالبحث، ومحاولة تطبيقها على المسائل، والفرضيات التي يمكن أن تندرج تحتها.

واستكمل البحث بالمنهج المقارن الذي لا غنى عنه، وذلك من خلال المقارنة بين الجانب القانوني في بعض النقاط و الشريعة الإسلامية تارة، وآراء الفقه في بعض النقاط، وأحكام القضاء وقراراته تارة أخرى، في عدة دول منها فرنسا ومصر والإمارات.

ومحاولة لإعطاء البحث أكبر قدر من الموضوعية، تم الالتزام بالحيادية والدقة في اختيار مصادر البحث، من خلال انتقاء المراجع العلمية القانونية والطبية المتخصصة، كما تم الإشارة إلى بعض أحكام المحاكم سواء الجزائرية أو الأجنبية.

³⁰ وهو يقوم على فهم وتأصيل الظواهر المختلفة، بهدف التوصل إلى العلاقات التي تضبط المتغيرات، وأساس هذا المنهج يعتمد على الانتقال من الخاص إلى العام، ثم ينتهي للمبدأ العام الذي يحكم تلك الجزئيات.

³¹ وهو ما يعرف في المجال القانوني، بالمنهج التحليلي ويقوم على الانتقال من الحكم العام، ليصل إلى معرفة الحكم الخاص.

وللإجابة على كل التساؤلات والإشكالات التي يطرحها البحث، تم تقسيم الدراسة إلى قسمين رئيسيين هما:

الباب الأول: أحكام المسؤولية الجزائية الطبية.

الباب الثاني: تطبيقات المسؤولية الجزائية في طب التوليد.

الباب الأول

أحكام المسؤولية الجزائية الطبية

الباب الأول: أحكام المسؤولية الجزائية الطبية.

لاشك في أن عدم المساس بالسلامة الجسدية يعتبر أحد الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان والنابعة في نفس الوقت من فكرة حقه في الحياة فهو حق تحميه المواثيق الدولية³² ودساتير البلدان³³ المختلفة من أجل أن يبقى الجسم سليما محتفظا بتكامله ومؤديا لوظائفه الطبيعية وهذه هي غاية الطب ومضمون رسالته النبيلة.

وما هو معلوم أن الطب يعد من أقدم العلوم والمهن التي عرفها الإنسان، فقد نشأ في عصور ما قبل التاريخ حين كان ممتزجا بالخرافات والسحر كما أن هذه المهنة تعتبر من المهن الأكثر تعقيدا وخطورة خاصة في ظل التقدم الذي أحرزته العلوم الطبية في الآونة الأخيرة.

يعد علم الطب من العلوم المهمة في الحياة البشرية، وتعلمه وتطبيقه، تتحقق الكثير من المصالح العظيمة والمنافع الجليلة للإنسان، التي منها حفظ الصحة ودفع ضرر الأمراض عن بدن الإنسان، والناس في مختلف العصور والأزمنة والأماكن محتاجون إلى وجود الطبيب، الذي يسعى إلى معالجة مرضاهم وتخفيف آلامهم.

كما أن الطبيب وهو بصدد مباشرة مهنته على جسد المريض فهو في الواقع يأتي أفعالا هي من جهة اعتداءات في حقيقتها على الحق في السلامة الجسدية، ومن جهة أخرى فالطبيب بشر يعتره ما يعترى النفس البشرية من جنوح وأخطاء عمدية وغير عمدية تكون لها آثار سلبية على المريض وبالتالي تترتب عليها قيام مسؤوليته الجزائية.

ولدراسة أحكام المسؤولية الجزائية الطبية ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: أساس المسؤولية الجزائية للطبيب.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب وانتفاؤها.

³² اتفاقية تحريم إبادة الجنس البشري بتاريخ 1984/12/09، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 1984/12/10، اتفاقية جنيف الرابعة بتاريخ 1949/08/12 المواد 1/4/147 والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 1966/12/16 م7، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950.

³³ الدستور المصري سنة 1971 في مادته 42، الدستور الكويتي الصادر في 1962 في مادته 15 والدستور الجزائري لعام 1963 و1976 و1989 و1996 في مواده بالترتيب 33، 71، 10، والمواد 29-59 لدستور 1996

الفصل الأول: أساس المسؤولية الجزائية للطبيب.

إن الطبيب قد يلجأ إلى الإجرام كغيره من أفراد المجتمع في مجال عمله، إلا أن جرائمه يصعب على المريض معرفتها فضلا عن إثباته لها.

كما أن علم الطب يتميز بتعقيدات لا يفهمها إلا أهل الاختصاص، مما يصعب من معرفة وقوع جريمة في حق المريض في كثير من الأحيان.

وما يزيد من صعوبة الأمر هو ضرورة التقيد بمبدأ شرعية التجريم من جهة، ومخاطر مستجدات الممارسة الطبية على المجتمع إذا لم تراعى فيها أخلاقيات مهنة الطب من جهة أخرى. الأمر الذي جعل العديد من التشريعات تتجه نحو تجريم بعض الأفعال الصادرة من أعضاء السلك الطبي بشكل خاص ومثال ذلك ما قام به المشرع الليبي بتجريمه للتلقيح الصناعي بين غير المتزوجين، وما قام به المشرع الجزائري في سنة 2009 بتجريمه الاتجار بالأعضاء وهذا ما سيفتح المجال أمام صدور قرارات واجتهادات قضائية في هذا المجال.

المسؤولية الجزائية هي الالتزام القانوني المتضمن تحميل الطبيب الجزاء أو العقاب نتيجة إتيانه فعلا ، أو امتناعه عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجزائية أو الطبية³⁴ ، ولا مسؤولية جزائية بدون نص قانوني.

ولدراسة أساس المسؤولية الجزائية للطبيب ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مخالفة نص جزائي.

المبحث الثاني: الخطأ الطبي الجنائي.

³⁴ قايد محمد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1983 .

المبحث الأول: مخالفة نص جزائي.

ليصل المريض الضحية إلى توقيع العقوبة على الطبيب في حالة خطئه ، لا بد له أن يجد نصا عقابيا يجرم هذا الفعل وينسبه له.

فالأصل أن تدخل الطبيب بالجرح هي أفعال أباحها القانون فلو قام بها غيره في الظروف العادية لقامت مسؤوليته الجزائية. ولكن إضافة إلى وجود مبدأ الشرعية فلا بد من إثبات الخطأ الجنائي للطبيب.

ولدراسة هذا المبحث قمنا بتقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: نص التجريم والعقاب.

المطلب الثاني: توافر النص الجزائي.

المطلب الأول: نص التجريم والعقاب.

تشكل الأعمال الطبية مساسا بجسم الإنسان، وهي بذلك تشابه الأفعال التي تقوم عليها جرائم الاعتداء على سلامة الجسم. ولكنهما مع ذلك يفترقان في أن جرائم الاعتداء تمس مصلحة الشخص في صيانة سلامة جسمه. ومن هنا قدر المشرع أن الأعمال الطبية وإن كانت تمس جسم الإنسان، إلا أنها لم تهدر مصلحته في سلامة جسمه، بل صانتها ولم تعد تشكل اعتداء على الحق الذي يحميه القانون ، وبالتالي انتفت علة التجريم وأصبح الفعل مباحا. ولكن الآراء اختلفت حول الأساس القانوني الذي يستند إليه تبرير الأعمال الطبية³⁵.

³⁵ <http://ar.jurispedia.org. le 20/72/2011>.

الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي.

تعددت التعاريف التي قيلت بشأن العمل الطبي، يمكن القول أن أكثرها دقة هو: "كل فعل يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته مع الأصول والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا بمزاولة ذلك العمل بقصد الكشف عن الأمراض وتشخيصها وعلاجها لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها أو منع الأمراض، ويهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة أن يتوافر رضا من يجري عليه هذا العمل الطبي". ونجد هذا التعريف ما جاءت به وتضمنته غالبية اللوائح المتضمنة لمهنة الطب، ومثال ذلك المادة الحادية عشر من نظام مزاولة مهنة الطب البشري في المملكة العربية السعودية والتي تقول في هذا الجانب: "يجب أن يستهدف العمل الطبي دائما مصلحة المريض، وعلى الطبيب أن يبذل جهده لكل مريض". والمادة السابعة من نفس النظام تقول: "يمارس الطبيب مهنته لصالح الفرد والمجتمع في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته، مراعيًا في عمله العادات والتقاليد السائدة في المملكة مبتعدًا عن الاستغلال"³⁶.

تنازع العديد من الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية، و أثار هذا الموضوع جدلا وخلافا كبيرين، نظرا لأهمية هذا الأساس للتمييز بين عمل الطبيب وغيره من جهة، وإعفاء وحصانة الطبيب من المسؤولية الجزائية عند المساس بالحق في سلامة الجسم من جهة أخرى. وبناء على ذلك سيتم التعرض بإيجاز لتلك الآراء الفقهية، وموقف القضاء المقارن منها.

—لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن سبب إباحة العمل الطبي هو العرف أو العادة³⁷.

—بينما يرى البعض أن الأساس في إباحة العمل الطبي هو رضا المريض بتلك العمليات الجراحية³⁸.

³⁶ - المعاينة عمر منصور، المرجع السابق، ص16.

³⁷ انظر، عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 193.

³⁸ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002، ص80.

-أما الجانب الآخر من الشراح يرى أن أساس إباحة العمل الطبي هو حالة الضرورة، وانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب.

-في حين انتهى البعض من الفقهاء إلى القول بأن الأساس في ذلك يرجع إلى إذن القانون³⁹.

البند الأول: أساس إباحة العمل الطبي في الفقه.

أولاً: الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو العرف أو العادة.

يذهب أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيه "أوبنهايم" أن العادة هي سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية عند المساس بالحق في السلامة الجسدية. والعادة كاصطلاح قانوني هي: "القاعدة التي ينشئها الأفراد وتثبت باستمرارها مدة من الزمن".

يتحجج هذا الفريق من الشراح بأن أغلب التشريعات أخذت بالعرف كمصدر من مصادر القانون. فصحيح هذا القول من جهة، إذ أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات قد أخذ بالعرف في القانون المدني، وجعله كمصدر ثالث بعد النص القانوني والشريعة الإسلامية حيث تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."⁴⁰.

كما أنه وتطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإن الفعل لا يجرم إلا بنص قانوني صريح، ولا مجال للقياس في قانون العقوبات إذ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"⁴¹.

³⁹ بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص391.

⁴⁰ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/6/20

⁴¹ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

ويرى هذا الاتجاه التقليدي انطلاقاً من هذا النص أن العرف لا يقيم الجريمة وهو ما يشير إلى اعتبار العرف كسبب وكأساس لإباحة العمل الطبي.

لقد أخذت المحاكم بحكم العرف في مسألة الختان عند اليهود، فالختان هو بدون شك عملية جراحية يجب أن يجريها جراح أي طبيب مختص غير أن المطهر يجريها بمعرفته حسب ما تعارف عليه الناس عند العرب أو عند اليهود باعتبار الأمر يتعلق بتنفيذ ديني مصرح به منذ أقدم العصور.

هكذا حكمت محكمة الجناح "بورردو" الفرنسية بجواز الختان من المطهر بشرط أن يكون الطفل الذي يجري له الختان يهودياً أي أنها إباحته لليهود فقط⁴².

غير أن الشراح يرون أن محتوى العرف ينطوي تحت فكرة القانون أي أن العرف لا يجب أن يتعارض في مضمونه مع نصوص القانون ووجه⁴³.

وفي هذا الإطار أثير إشكال آخر في إحدى القضايا، حيث قام بنقل دم من شخص متبرع إلى أحد المرضى، واتضح بعد التحاليل التي أجريت أن الدم كان ملوثاً بمكروب الزهري، ولكن الطبيب دفع بأنه اتبع العرف القاضي، بأن الفحص الطبي للأشخاص المتبرعين بالدم يكون كل ثلاث أشهر. غير أن المحكمة لم تقر هذا العذر وقررت بمسؤولية الطبيب، ولا عبرة للعرف المتبع من قبل المستشفيات. مضيئة أن العرف لا يرفع عن المحكمة حرية التعبير إذا وجدت أن العرف، لا يتفق مع قواعد الحيطة والحذر ومع القانون⁴⁴.

لذلك يمكن القول أنه بالرغم من أن العرف هو أول مصدر للقانون في العالم، وهو حتى اليوم يحتل مرتبة مرموقة في مصادر القانون، غير أنه لا أثر له في قانون العقوبات مصدر التجريم

⁴² الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 193.

⁴³ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 355.

⁴⁴ كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير جامعة تلمسان 2010/2011، ص 32.

والعقاب، وأنه لا يجوز لإباحة العمل الطبي على جسم الإنسان بمقتضى العرف كأساس لذلك، حتى في الجروح البسيطة كالوشم وخرق الآذان، حيث تبقى هذه الأخيرة في نظر القانون جروحا عمدية تستوجب العقاب.

كما أن قانون العقوبات لم ينص على أن العرف سبب من أسباب الإباحة، أو مانعا من موانع العقاب.

ثانياً: الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض.

إن رضا المريض هو قبوله بإجراء العلاج الطبي العادي أو الجراحي له من قبل الطبيب، أي رضاه بإتيان الطبيب أفعلا على جسمه، تعد من قبيل الاعتداء في حالة عدم قبوله للعلاج.

إن أساس إباحة الأعمال الطبية حسب هذا الاتجاه هو رضا المريض، بذلك سواء صدر منه شخصيا أو من وليه أو من ينوب عنه قانونا⁴⁵، وهذا ما تشير إليه القاعدة الرومانية التي كانت تنص على أنه: "لا ضرر على من رضي بهذا الضرر".

فقد ساد هذا الرأي لدى الفقه الانجليزي والألماني لمدة من الزمن باعتبار الرضا هو تنازل المريض على الحق في السلامة التي يقررها القانون لجسده وذلك من أجل العلاج حتى لو قام به شخص آخر غير الطبيب⁴⁶.

كما أن الشريعة الإسلامية جعلت من رضا المريض أثر في تخفيف العقاب بل أحيانا الإعفاء من المسؤولية، ولو كان الغرض غير علاجي. فيكفي أن يكون الرضا صحيح والغرض مشروع وذلك عندما أجريت عملية ختان لشاب اعتنق الإسلام ورضي بها تماشيا مع شعائر هذا الدين⁴⁷.

⁴⁵ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص195.

⁴⁶ القبلاوي محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب، درا الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص15.

⁴⁷ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص339.

ومن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أن إذن المريض بالعمل الطبي له، سواء أكان علاجياً أو جراحياً، يعد سبباً من أسباب رفع المسؤولية عن الطبيب الحاذق، فالإمام أبو حنيفة ذهب إلى القول بأن الفساد والبزاع والحجام، إذا سرت جراحاتهم، لا ضمان عليهم بالإجماع، ووجه قولهم أن الموت، إذا حصل بفعل المأذون فيه وهو القطع، فلا يكون مضموناً كالإمام إذا قطع يد السارق فمات منه، وعلى هذا الرأي سار الشافعية إذ يقررون أن من عالج كائناً، أحجم أو فسد بإذن من يعتبر إذنه، فأفضى إلى تلف لم يضمن، وإلا لم يفعله أحد، ويؤيد الحنابلة ما ذهب إليه الحنفية والشافعية. وقد اجمع الفقهاء أن المريض يعتبر المرجع الأول في الإذن، إذا كان أهلاً قادراً على إعطاء الإذن، ولا يعتد بإذن أي شخص سواء متى ما تحقق فيه الأهلية، والقدرة على إبداء الإذن.

إلا أن الشريعة الإسلامية أجازت، أخذ الإذن من الولي على الغير، في حال عجز ذلك الغير، عن النظر في مصالحه. هذا وقد اتفق الفقهاء على اعتبار قرابة المريض، أحق الناس بالإذن، وذلك لعاطفتهم الصادقة.

إلا أن هناك حالات مستثناة، يسقط فيها وجوب الإذن، ومن تلك الحالات التي أجاز علماء الإسلام، التدخل الطبي فيها دون أخذ الإذن، الحالات التالية:

- أن يكون المريض مهدداً بالموت، أو تلف عضو من أعضاء جسده، إذا لم يتم إسعافه، ولا تسمح حالته الصحية بأخذ الموافقة بذلك، وهذه الحالة كثيراً، ما تحدث في جراحات الحروب والكوارث، حيث في مثل تلك الحالات، يكون المريض في حالة لا يستطيع معها إبداء الموافقة أحياناً، ويتعذر الاتصال بوليّه أو معرفته، فالخيار هنا أمام الأطباء، هو الإقدام على فعل العمل الطبي اللازم، مباشرة دون إذن المريض أو وليّه. وهذا الخيار هو المتفق مع أصول الشرع، التي

دعت إلى إحياء الأنفس بتعاطي الأسباب الموجبة، لإنقاذها من الهلاك والتلف، واعتبرته من الضرورات⁴⁸.

- أن يكون المرض من الأمراض الوبائية، التي يخشى من انتشارها سريعا في المجتمع المسلم، حيث أن المريض إذا كان مصابا بمرض وبائي معد، فإنه يهدد سلامة المجتمع، ومن ثم يصبح الحق في إزالة هذا المرض المعدي والخطر المحدق، راجع إلى مصلحة الجماعة والمجتمع. كما أنه يجوز التدخل الطبي في مثل هذه الحالات، حتى إذا امتنع المريض عن الموافقة على إجراء العلاج اللازم، حيث أن امتناعه هنا واقع في غير محله، لكونه متضمنا للضرر بالغير، ومن قواعد الفقه الإسلامي في هذا الجانب، نذكر أن الضرر يزال، وأنه كذلك إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا، بارتكاب أخفهما، فإن ضرر المرض متعلق بالفرد، وضرر ترك المريض دون علاج متعلق بالمجتمع والجماعة، ومعلوم أيضا أن ضرر الجماعة مقدم على ضرر الفرد.

إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات كثيرة لعل أهمها، أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للفرد فقط، حتى يملك التنازل عنه ليكون رضاه هو أساس إباحة الأعمال الطبية، بل أن سلامة الجسم يستأثر بها جانبان الأول فردي والثاني اجتماعي، فهذا الأخير لم يبين رضاه ولم يتنازل عن حقه⁴⁹.

فإذا ما تمعنا في مسألة الرضا نجدها مقتصرة على الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي (المجتمع)، الذي يتقاسم هو أيضا هذا الحق في السلامة الجسدية للشخص، لكي يتمكن هذا الأخير من أداء وظيفته الاجتماعية على أكمل وجه⁵⁰.

بناء على ما تقدم يبقى العمل الطبي على جسم الإنسان دون أساس لإباحته وخاضعا للتجريم. كما اعترض البعض الآخر على أن رضا المريض له قيمة محدودة في جرائم المساس

⁴⁸ المعاينة منصور عمر، المرجع السابق، ص20.

⁴⁹ أبو خطوة أحمد شوقي، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص11.

⁵⁰ محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص98.

بالسلامة الجسدية لأن صحة المجتمع من النظام العام⁵¹، وحماتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. من جهة أخرى أضاف آخرون بان رضا المريض لا يكون دائما موجودا ففي بعض الأحوال يتعذر الحصول على هذا الرضا، وأحيانا أخرى لا يعتد به مثل كون المريض في غيبوبة، أو كونه صادر من صغير غير مميز ولا يوجد مقام في إعلان الرضا.

بل أكثر من ذلك ففي بعض الحالات يكون العمل الطبي حلاف لإرادة المريض ورغبته كإجراء التطعيم الإجباري أو في حالة تفشي أوبئة أو قيام الطبيب بتغذية سجين مضرب عن الطعام، أضف إلى ذلك أن هناك فحوصات تسبق مباشرة أعمال أو وظائف معينة⁵²، حتى ولو بدون رضا الشخص.

في هذا الصدد يمكن القول، لو تم التسليم والقبول بفكرة النص كأساس لإباحة العمل الطبي، فيؤدي ذلك لنتائج غير مقبولة أخلاقيا وقانونا، مثل إباحة الإجهاض متى رضيت المرأة الحامل بذلك، ولو لغير ضرورة شرعية وطبية(قانونية) من طرف الطبيب أو غيره.

فبناء على ما تقدم يتضح أن رضا الشخص، لا يمكن أن يكون أساسا لإباحة الأعمال الطبية، بل ما هو إلا شرط من بين شروط أخرى لممارسة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم. فهناك فرق بين علة وسبب الإباحة لعمل ما، وبين شرط القيام به. في هذا الشأن اعتنق القضاء الفرنسي والمصري هذا الاتجاه، وتطبيقا لذلك قضت "محكمة السان" الفرنسية في 16/7/1937 بانتفاء مسؤولية الطبيب، إذا كان ما يقوم به على جسم المريض من علاج، قد تم برضا هذا الأخير، ثم ما لبث أن عدل عن رأيه وقضى بأن الرضا لا يعد سببا لإباحة الأعمال الطبية، ولا

⁵¹ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص25.
⁵² Xavier lesegretion et Stéphanie Chassany, La protection juridique de l'hôpital, Berger, Levrant, Paris, 1999, p141.

مانعا من موانع المسؤولية، وقضى بمسؤولية طبيب أجرى عملية تعقيم لرجل بناء على طلبه ورضاه⁵³.

أما القضاء المصري فاعتبر في بادئ الأمر رضا الشخص بالعمل الطبي على جسمه سببا لإباحته، حين أقدم شخص غير طبيب على كي رجل بناء على طلبه، فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها بالبراءة له على أساس أن الرضا مانع من موانع العقاب، وأساس لإباحة هذا الكي. ثم ما لبث أن عدل عن هذا الرأي، واتبع اتجاه القضاء الفرنسي، واعتبر أن الرضا لا يعد سببا لإباحة أي فعل يمس بالسلامة الجسدية، مهما كانت الدوافع ونبل البواعث⁵⁴.

ثالثا: الرأي القائل بأن أساس إباحة الأعمال الطبية هو انعدام القصد الجنائي عند الطبيب.

إن تبرير هذا الرأي القائل بأن أساس إباحة الأعمال الطبية يرجع إلى انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب، باعتبار أن إرادة هذا الأخير تتجه إلى شفاء أو تخفيف آلام الشخص المريض دون قصد الإضرار به. وهذا عكس الأعمال الأخرى التي يكون فيها الجاني قاصدا الإضرار بالجني عليه، وعالما بما يقوم به ومريدا لنتيجته⁵⁵.

في هذا الصدد يرى الفقهاء الألمان، أن عمل الطبيب لا يعد اعتداء على حق السلامة الجسدية، لأن نية الاعتداء منتفية لديه. وعليه فالطبيب غير المرخص له بالعمل والمتسبب في موت مريض أثناء علاجه، يعاقب بعقوبة القتل الخطأ دون حاجة لإثبات الإهمال والتقصير.

ولقد تعرض هذا الرأي للانتقاد، على أساس أن قصد العلاج والشفاء يعد من قبيل البواعث، وليس عنصرا من عناصر القصد الجنائي⁵⁶، حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء.

⁵³ القبلاوي محمد، المرجع السابق، ص16.

⁵⁴ محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1999، ص87.

⁵⁵ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص195.

⁵⁶ الشاذلي فتوح عبد الله، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص146-147.

فكأصل عام القصد الجنائي في المساس بالسلامة الجسدية هو قصد عام متوفر بعنصر العلم و انصراف الإرادة إلى هذا الفعل فلو تم الاعتماد على البواعث كأساس لإباحة الأعمال الطبية لتم إباحة "القتل الرحيم" أو القتل بدافع الشفقة لنبل الباعث، و لتم إباحة كذلك التجارب⁵⁷ والأبحاث الطبية على الجسم البشري لعموم مصلحتها.

إن انتفاء القصد الجنائي لدى ممارسة الطبيب لمهنته على جسم الإنسان، يمكن أن يكون ضمن حالات الضرورة فقط، ويبقى الفعل مجرماً رغم إسقاط العقوبة. لكن لا يصلح أن يكون كأساس لإباحة الأعمال الطبية على الجسم البشري⁵⁸.

لقد اعتنق كل من القضاء المصري والفرنسي هذا الاتجاه الآخذ بفكرة الباعث وانتفاء القصد الجنائي أثناء المساس بالحقوق في السلامة الجسدية وقضت "محكمة فرساي" على شخص غير مؤهل بجريمة القتل الخطأ لأنه أجرى خلع ضرس لمريض دون أخذ إجراءات الحيطة والحذر مما رتب عنه حدوث نزيف دموي خطير للمريض أدى إلى وفاته⁵⁹.

بما أن القصد الجنائي غير متوفر لدى هذا الشخص المعالج، الذي لاحق له في العلاج أصلاً. ثم ما لبث أن عدل كل منهما (القضاء الفرنسي والمصري) عن رأيه، وقرر بأنه لا عبرة للباعث في انتفاء القصد الجنائي، مهما كان شرف ونبل الباعث وعليه لا يعد هذا الرأي كأساس لإباحة العمل الطبي.

رابعاً: الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي.

يرى بعض الفقهاء أن الأعمال الطبية تعتبر مباحة لأنها وسيلة لمنع أمراض يبذل المجتمع جهداً لاقتائها، وهذا تأسيساً لقاعدة أن هناك طائفة من الأعمال تعد مشروعاً رغم أنها في الأصل

⁵⁷ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص65.

⁵⁸ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، «الجريمة»، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004،

ص327.

⁵⁹ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص339-340.

اعتداءات على حقوق يحميها القانون، لكنها وسيلة لتحقيق غرض تقرره الدولة وهي الحفاظ على صحة الأفراد والمجتمع ككل.

وبالتالي تصبح هذه الأعمال الطبية مباحة⁶⁰، وهذه هي الغاية والغرض الذي يسعى إليه المشرع، لأن صحة المجتمع من النظام العام.

لقد أيد شراح القانون المصري⁶¹ هذا الرأي حيث يذهبون إلى أن إباحة الأعمال الطبية مرده الغرض المشروع حتى ولو كان العمل الطبي لهدف غير علاجي.

وهذا الاتجاه لم يسلم هو الآخر من الانتقاد، لأنه قد يصلح بيانا لإجازة عمل الطبيب، ولا يصلح أن يكون سندا كافيا له، وهذا لعمومية هذا الأساس مما يجعله غير صالح للتفريق بين عمل الطبيب وغير الطبيب. كما أنه غير دقيق، لأنه يترك لكل منهما الحرية الواسعة في عمل يشاء، طالما أنه متوافق مع الغرض المشروع وهذا يجعل جسم المريض مجالا للمغامرين من المجرمين، وعليه لا يعد هذا الرأي أيضا أساسا لإباحة العمل الطبي، إذ لا يمكن الجزم أنه يتلاءم مع ما يهدف إليه المجتمع من تنظيم المهن الطبية.

خامسا: الرأي القائل بأن أساس إباحة العمل الطبي هو إذن القانون.

يذهب أنصار هذا الاتجاه ومنهم الفقيهين "جارسون" و"فيدال"، إلى القول بأن إباحة الأعمال الطبية على أجسام المرضى يرجع أساسها، إلى إذن القانون بذلك.

إن الفقه الحديث يكاد يجمع على هذا الأساس، باعتباره مقصور على فئة الأطباء بالمؤهلين لمزاولة المهنة دون سواهم. ذلك أن الطبيب عندما يقوم بفحص أو علاج المريض، يكون قد

⁶⁰ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 196.

⁶¹ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 345.

استخدم رخصة⁶² قررها له القانون. ومن ثم لا يكون مرتكباً لأي عمل مجرم، ذلك أن المصلحة المتوخاة من وراء ذلك، أكبر وأهم من حماية الجسد وصيانة له.

فالجراحة التي يجريها جراح لشخص أقعده المرض في الفراش، واحتمال أن يؤدي به ذلك للوفاة، زالت عنها وصف الجريمة، واعتبرت من قبيل النشاط المتلائم مع طبيعة الحياة الاجتماعية. فمثلاً في عملية استئصال ورم سرطاني خبيث، لا يمكن الكلام عن مظهر مادي للجريمة، بل هذا السلوك متلائم مع طبيعة العلاقة الاجتماعية⁶³.

ومع هذا تعرض هذا الأساس لشبه نقد، على أن الإذن القانوني بالممارسة الطبية، لا يعتبر بذاته أساساً كافياً، باعتبار أن المؤهل العلمي هو الأساس الحقيقي والمنشئ للإذن القانوني والشروط الأخرى بالترخيص⁶⁴.

إضافة لذلك فالمشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية لكل من يدعي أنه طبيب، بل قيد ذلك بشروط نصت عليها قوانين الصحة وتنظيم مهنة الطب.

رغم ذلك لقد حظي هذا الاتجاه بتأييد كل من القضاء الفرنسي والمصري، وهذا في الكثير من الأحكام باعتبار أن الطبيب الذي يمارس مهنته على جسم المريض أساس في ذلك أن قانون مهنته اعتماداً على مؤهلاته العلمية.

البند الثاني: أساس إباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية.

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في تقنين وتنظيم الممارسة الطبية منذ فجر الإسلام، وهي بذلك قد سبقت القوانين الغربية بقرون عدة وجمعت بين الدين والدنيا بين النظرية والتطبيق. فلا ضرر فيها ولا ضرار إذ أنها اعتبرت ممارسة الطب فرض من فروض الكفاية

⁶² الطباخ شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص79.

⁶³ رمسيس بنهام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص341.

⁶⁴ القبلاوي محمد، المرجع السابق، ص19.

لا يسقط إلا بتصدي مجموعة للقيام به باعتباره من الضرورات الاجتماعية ولأجل صيانة الكليات الخمسة (الدين، النفس، العقل، النسل، المال). فقد قال الإمام النووي رحمة الله عليه في ذلك: "وأما العلوم العقلية فمنها ما هو فرض كفاية كالطب، والحساب المحتاج إليه"⁶⁵.

ويعود السبب في اعتبار تعلم الطب وتعليمه، فرضاً من فروض الكفاية إلى حاجة الجماعة إلى التطب، لضرورته الاجتماعية، وأهميته في حياة المجتمع والمسلم، وقد اعتبر أيضاً فقهاء الإسلام أن التطب واجب.

غير أن العمل الطبي يستوجب سواء في الفحص أو في العلاج أو في البحث العلمي الطبي المساس بسلامة الجسد وحرمة سواء في الحياة أو عند الوفاة أحياناً أخرى، وهذا ما يدفعنا للتساؤل عن أساس إباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية؟.

فكما هو معلوم أن حقوق الله لا يجوز إسقاطها على العبد أو الصلح بشأنها فلا يكفي إذن المريض لإباحة العمل الطبي بل يجب الحصول على إذن صاحب الحق أي إذن المريض وإذن الشرع أو المجتمع.

وعلى هذا الأساس فغالبية الفقه يرى أن سبب إباحة العمل الطبي، يكمن في إذن الشرع الذي يمنح رخصة الممارسة لهذا العمل، ويبقى إذن المريض عند التدخل المباشر على جسمه. ومن ثم فإن إذن الشرع هو المنشئ الحقيقي لسبب الإباحة من الناحية التجريدية، أما رضا المريض فهو العامل المباشر الذي يسمح للطبيب بالمساس بجسمه بحسب الرخصة الممنوحة له من الشرع وذلك باختيار الطرق العلاجية⁶⁶ لذا تبقى إباحة العمل الطبي سارية المفعول في حالات أخرى كحالات الضرورة والاستعجال.

⁶⁵ المعاينة منصور عمر، المسؤولية المدنية والجنائية عن الأخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004، ص 16.

⁶⁶ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 30.

فيمكن القول أن هذا الأساس الفقهي، الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، قد راعى مضمون الحق في السلامة الجسدية، على نحو سليم. ذلك أن للعبد حق في سلامة جسمه ليستمتع بتكامل جسمه وسلامته. فما العمل الطبي إلا استخدام لرخصة، على اعتبار أن الحق يفترض وجود علاقة معينة بين صاحبه وبين مدين معين به. وهذا لا يصدق على التدخل الطبي في كثير من الأحيان وشتان بين الرخصة والحق⁶⁷.

لذلك يمكن القول أن إذن الشارع بالممارسة الطبية ليس تنازل المريض عن حقه في السلامة الجسدية بل رخصة من أجل صيانة أحد الكليات الخمس ويبقى المرخص له في حدود الترخيص الممنوح له وبشروط معينة.

أي أن إذن الشارع للطبيب بممارسة مهنة الطب بالرغم من تضمنها مساساً بجسم المريض، فيقول الفقهاء أن علة تلك الإباحة تكمن في الفائدة التي تعود على الفرد والمجتمع من خلال قيامها بواجب العلاج⁶⁸. فقد قدر الشرع أن العمل الطبي، وإن كان فيه مساس بجسم المريض، إلا أنه يحفظ مصلحة المريض والشرع في آن واحد من خلال صيانة حياة وجسم المريض، وأن إباحة الشرع مقيدة بهذه الحدود. وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن إباحة الشارع للعمل الطبي إنما قررت لأنها تحفظ مصالح راجحة تتمثل في صيانة الصحة والحياة، الأمر الذي يجعل من ممارسة الطب ضرورة اجتماعية. ومن ثم فإن الإباحة لا تنتج آثارها كاملة إلا إذا تمت ممارسة الطب في نطاق قواعد تضمن عدم انحراف الطبيب عن الطبيب عن الهدف الذي أبيض لأجله ممارسة هذا الفن.

لذلك تخضع ممارسة الطب لعدة شروط شرعية الغاية منها تنظيم المهنة وعدم تجاوز حدود معينة حماية لمصلحة راجحة قدر الشرع أنها تبرر إباحة هذه المهنة.

⁶⁷ رمسيس بنهام، المرجع السابق، ص342.

⁶⁸ المراغي محمد عبد العزيز، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 19، 1368 هج، ص231.

وتتعلق هذه الشروط بصفة المعالج والغرض من عمله، والاحتياطات الواجب اتخاذها عند ممارسة مهنة الطب.

كما تتعلق هذه الشروط بإذن المريض، وهو مقيد كذلك بوجود صدوره من ذوي الصفة والأهلية. ومن ثمة يمكن تقسيم شروط إباحة عمل الطبيب في الشريعة إلى قسمين:

أ- شروط الإباحة المتعلقة بإذن الله:

لانتفاء المسؤولية عن التدخل الطبي يجب أن يصدر عن ذي صفة، وأن تستدعيه حالة المريض لغاية العلاج. كما يجب أن تتم الممارسة الطبية وفق الحدود المرسومة له⁶⁹.

أ.1- صفة المعالج: يشترط في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا "من ذوي حدق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة"⁷⁰. أما من يمارس الطب وليس به علم فهو ضامن (أي مسؤول عن نتائج أفعاله)، كما ثبت في الحديث النبوي الشريف⁷¹.

كما يشترط البعض أن يكون المعالج بصيراً، فإن كان متعاطياً للطب لم يتعلمه فهو ضامن⁷². والمراد بالبصير عندهم من يعرف العلة ودوائها وكيفية علاجها وتلقى الإجازة بممارسة الطب من المختصين، ومارس الفعل مرتين فأصاب. وعليه فلا يكفي عندهم الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم. والطبيب الحاذق يجب أن يكون، فضلاً عن معرفته لعلاج الأبدان، خبرة بأمراض القلوب والأرواح وأدويتها.

⁶⁹ المراغي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص213.

⁷⁰ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج6، طبعة 1347 هج، ص120.

⁷¹ أورده السيوطي "الجامع الصغير وشرحه"، ج6، ص1356 هج، ص106، بلفظ "من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن" رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه، وقال السيوطي صحيح، راجع، أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء.

⁷² شرح الأزهار في فقه الزيدية، الجزء الثالث، ص283 المشار إليه في محمد عبد العزيز المراغي، المرجع السابق، ص407.

ولحماية مهنة الطب من الطبيب الجاهل والدخيل، أوجب الفقهاء صدور الترخيص بممارسة هذه المهنة من الجهات المختصة، أو ما سمي بصاحب الرعية المختص⁷³. كما أوجب الفقهاء أن يحجر على الطبيب الجاهل ويمنع من مزاوله المهنة لأنه يفسد أبدان الناس.

فإذا قام هذا الأخير بالعمل الطبي فهو متعمد غير مأذون من جهة الشرع، كما أنه بادعائه الطب يكون قد غرر بالمريض ويلزمه حينئذ الضمان⁷⁴. وكان أول من ألزم الأطباء بهذا الشرط هو الخليفة العباسي المقتدر بالله سنة 319 هجرية، إذ أسند لأحد كبار الأطباء في عهده، وهو سنان بن ثابت بن قرة الحراني، صلاحية اختبار من يرغب في مزاوله الطب آنذاك وتسليمه إجازة بذلك. وللتأكد من احترام هذا الشرط من قبل الأطباء أمر الخليفة المقتدر محتسبه بعدم السماح بممارسة الطب، إلا لمن يحمل إجازة سنان بن ثابت بن قرة الحراني، وذلك تحاشيا لتسرب المتطفلين وغير المؤهلين لامتهان الطب⁷⁵.

أ.2-قصد العلاج: يجب أن يكون تدخل الطبيب لغاية علاج المريض أو بصفة عامة رعاية لمصلحة مشروعة— لأن العلاج هو الهدف الذي من أجله رخص الشرع للطبيب مزاوله مهنة الطب، لذلك إذا كان عمل الطبيب يستهدف غرضاً آخر غير العلاج تعرض للمساءلة⁷⁶. ومثاله أن يقوم الطبيب بناء على طلب المريض باقتطاع عضو سليم من أعضاء هذا الأخير لغرض إعفائه من الخدمة العسكرية.

ويثور التساؤل هنا حول مدى شرعية الجراحة التجميلية ففي هذا الصدد يرى الفقه أن شرعية الجراحة التجميلية مرتبطة بالحالة النفسية للمريض. فلا يكون هذا النوع من الجراحة مشروعاً، إلا إذا أثرت حالة المريض على صحته النفسية، فيكون الهدف من الجراحة التجميلية

⁷³ بهنسي أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، 1961، ص150. ومحمود ناظم السيسي، قواعد آداب مزاوله الطب في التراث الإسلامي، أعمال المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي، 1980 (طبع بمعرفة وزارة الصحة الكويتية)، ص421.

⁷⁴ المراغي محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص207.

⁷⁵ محمد عطا السيد سيد أحمد، مسؤولية الطبيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، جدة، السعودية، 1994، ص182.

⁷⁶ ابن ادريس البهوتي، كشف القناع، الجزء الثالث، 1947، ص473.

هدفا علاجيا⁷⁷. كما يمكن مساءلة الطبيب عن تدخله إذا استهدف إجراء اكتشاف علمي دون قصد العلاج، غير أنه يجوز إجراء التجارب على المريض بالنسبة للأمراض المستعصية، التي لم يكشف لها دواء معروف، ولكن شريطة ألا يترتب على هذه التجارب، إصابة المريض بضرر أعظم من الضرر الذي يشكو منه⁷⁸.

أ.3- وجوب إتباع أصول مهنة الطب: والمقصود بذلك أن يتم عمل الطبيب وفقا لأصول الطب المتفق عليها في زمان ومكان معينين⁷⁹. ومن ثم إذا خالف الطبيب هذه الأصول أو عمل ما لا يعمله غيره في نفس الظروف والحالات فهو ضامن. ويرى البعض أنه يجوز للطبيب أن يجتهد في علاج المريض، فلا يسأل لو خالف آراء زملائه متى كان رأيه يقوم على أساس سليم⁸⁰. في حين يرى آخرون أنه تنعقد في هذه الحالة مسؤولية الطبيب عن خطئه، وإذا وقع ضرر للمريض تقع الدية على عاقلته⁸¹ أو على بيت المال⁸². فالمطلوب من الطبيب وفقا لرأي الأغلبية الفقه أن يكون حاذقا فيعطي مهنته حقها، بأن يبذل العناية المعتادة التي يبذلها أمثاله في مهنة الطب في تشخيص وعلاج الأمراض.

ب- شروط الإباحة المتعلقة بإذن المريض: فيعتبر رضا المريض شرطا أساسيا آخر، يجب على الطبيب الحصول عليه قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسم المريض. وإذا كان هذا الأخير قاصرا أو من في حكمه وجب الحصول على إذن وليه⁸³. ويستند هذا الشرط من حيث الأساس

⁷⁷ فتوى لإدارة الإفتاء المصرية، سجل 103، مسلسل 212، وفقا لما ورد في الأحكام الشرعية للأعمال الطبية لأحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 48. و أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 19، ص 906.

⁷⁸ ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، المرجع السابق، ص 115، حيث ورد فيه أنه إذا لم يستطع الطبيب تحديد ماهية المرض فلا يستطيع أن يجرب الدواء بما تخاف عاقبته، ولا بأس بتجربته بما لا يضر أثره،

⁷⁹ الطهطاوي أحمد بن محمد، حاشية الطهطاوي على الدر المختار، ج4، المطبعة العامرة، 1283 مج، ص 275.

⁸⁰ أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، المرجع السابق، ص 46.

⁸¹ والمقصود بالعاقله هم من يلزمون بالدية من عصبة أو أقارب أو عشيرة الطبيب الذي تسبب في الضرر.

⁸² التونسي عبد السلام، الخطأ الطبي، تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي عن المسؤولية الطبية، جامعة قار يونس، بنغازي الأيام من 23 إلى

1978/10/28 ص 100.

⁸³ ابن حزم، المحلى، ج10، إدارة الطباعة المنيرية، 1352 هج، ص 444.

الفقهي إلى حق المريض في سلامة جسمه. غير أن بعض الفقه يضيف مبررا آخر لشرط الرضا، وهو دخول كل من الطبيب والمريض في العلاقة التعاقدية الناجمة عن العقد الطبي، والتي تستلزم توافق إرادة طرفيه. وعلى هذا الأساس لا يجوز إرغام المريض على التداوي، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما لو تعلق الأمر بالأمراض المعدية، حيث وضع الشرع نظاما للحجر الصحي⁸⁴.

ويستثنى من ضرورة الحصول على رضا المريض أو وليه الحالات العاجلة التي لا تقبل التأخير، استنادا إلى القاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات"⁸⁵، ويضاف إلى ذلك كما قال بعض الفقهاء الاستثناء الذي يقتضيه العرف⁸⁶ أو المصلحة⁸⁷. على أنه في الحالات التي يجب الحصول فيها على إذن المريض، يجب أن يصدر هذا الإذن ممن هو أهل له، بأن يكون بالغاً، عاقلاً، وأن يوافق على العلاج وهو على بينة من أمره.

وبناء على ما تقدم إذا تدخل الطبيب بدون الإذن المسبق لمريضه أو بدون ضرورة وجبت مسأئلته على أساس خروج عمله من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي⁸⁸. وتخضع مسؤولية الطبيب في هذه الحالة للأحكام العامة، التي تخضع لها مسؤوليته عندما يتحقق ضرر للمريض ناتج عن عدم استيفاء عمل هذا الأخير لشروط مزاولة فن الطب.

⁸⁴ الطبر مصطفى، بين الطب والشرعية، مجلة الأزهر— 1968، ص252.

⁸⁵ أحمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، المرجع السابق، ص49.

⁸⁶ ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، ج2، القاهرة، مصر، بدون تاريخ، ص22.

⁸⁷ ومثاله كما أورده أحدهم الطبيب الذي يخلع ضرسا شديداً الألم بغير إذن صاحبه إذا كان هذا الداء أو الألم يقطع صاحبه على صلاته، مصالحه،

فهذا تعاون على البر والتقوى، ابن حزم، المحلى، ج10، المرجع السابق، ص444.

⁸⁸ ابن همام وآخرون، الهداية والعناية، ج7، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ، ص206.

البند الثالث: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري.

لقد نص القانون الجزائري في قانون العقوبات في المادة 1/39 المتعلقة بأسباب الإباحة على أن: " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...". وقد جاء نص هذه المادة عاما وشاملا، حيث لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون⁸⁹.

ويمكن التفريق بين أمر القانون وإذن القانون ذلك أن الإذن جوازي أي يترك للشخص الحرية في القيام بالفعل أو الامتناع عنه. ومثال ذلك ما أشارت إليه المادة 61 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أين حولت لكل شخص في الجرائم المتلبس بها اقتياد المشتبه به إلى مراكز الشرطة أو الدرك الوطني.

أما أمر القانون فهو إجباري ومخالفته ترتب المسؤولية. و يدخل تحت طائلة إذن القانون، الترخيص بمباشرة الأعمال الطبية، وهذا ما يبرر أن ممارسة العمل الطبي على جسم المريض، ليس حقا كما بينا سابقا، بل هو استخدام لرخصة فحسب.

فليس للطبيب حق الفحص والعلاج، وإنما له رخصة بأن يباشر أعماله مع كل مريض يلجأ إليه طالبا العلاج، إلا في حالات استثنائية ونادرة كتفشي الأوبئة والتطعيم الإجباري....

كما أن المشرع لم يسمح بهذه الأعمال الطبية ويرخص بها لكل من يدعي التطبيب وإنما أحاط هذا الإذن بسياج من الحدود والقيود لضمان استعماله في سبيل غايته النبيلة و إلا يتم العبث بجسم المريض وانتهاك حرمة فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل بين المباح والمجرم.

الفرع الثاني: شروط إباحة العمل الطبي.

لقد أحاط المشرع جسم الإنسان بحماية قانونية ضد أي فعل يمس بسلامته، ولو كان برضاه فيبقى هذا الفعل مجرما ومعاقبا عليه. غير أن هناك حالات، يتم فيها المساس بجسم الإنسان،

⁸⁹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص121.

وينتفي فيها وصف الجريمة، لأنه قد تم في ظل الفعل المباح كتمارس الأعمال الطبية باعتبارها وسيلة لتحقيق غاية سامية كإمتناع الإنسان بسلامته الكاملة أو تقليل معاناته وآلامه بقصد الشفاء ورفع المرض والوقاية منه⁹⁰.

ولكن المشرع أحاط الأعمال الطبية بشروط نصت عليها قوانين حماية الصحة وترقيتها وقانون أخلاقيات مهنة الطب وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

البند الأول: شرط الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب.

إذن الحاكم هو ما يعرف في الفقه الحديث بترخيص القانون، وقد ذهب الإمام مالك رحمة الله عليه في ذلك، إلى أن أساس مشروعية العمل الطبي ودفع المسؤولية عن الطبيب، ترجع أساساً إلى شرط وجود إذن الحاكم.

إن مزاولة مهنة الطب والجراحة، من الأمور التي تحرص الدول على تنظيمها، والاهتمام بتطويرها وتقديمها، وفقاً لما تقرره القواعد التنظيمية للمهن الطبية. ولقد تناول المشرع الجزائري من جانبه، تنظيم هذه المهن بواسطة قوانين تهدف إلى حماية الصحة العمومية، منها قانون الصحة المعدل والمتمم⁹¹.

أضف إلى ذلك مراسيم تنفيذية أخرى كالمرسوم رقم 106/91⁹² والمرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/7/6 المتضمن لمدونة أخلاقيات مهنة الطب.

فأول شرط يجب توافره لاعتبار عمل الطبيب مباحاً هو حصوله على ترخيص قانوني بذلك، والذي يتمثل في ترخيص إداري يمنحه وزير الصحة أو بتفويض منه إلى مدير الصحة الولائي. والهدف من وراء الترخيص الحفاظ على صحة المواطنين وحمايتهم من تدخل الأشخاص

⁹⁰ حسن سعد، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص324.

⁹¹ قانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/2/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

⁹² المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين المعدل والمتمم.

غير المؤهلين الذين ليس لهم مقومات الإعداد الفني والعلمي، وهذا ما نصت عليه 197 من القانون 05/85 بنصها: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

- أن يكون جزائري الجنسية ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

كما أضافت المادة 198 من نفس القانون: " لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه".

علاوة على ذلك أضافت المادة 199 من نفس القانون على وجوب أداء اليمين أمام زملائه حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم".

ولقد تم تعديل هذه المادة بموجب المادة الثالثة من قانون 17/90⁹³ بإضافتها لشرط آخر يتمثل في التسجيل لدى المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب بنصها: " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

⁹³ القانون رقم 17/90 المؤرخ في 1990/7/31 المعدل والمتمم للقانون 5/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

كما أكدت المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان... أن يؤكد عند تسجيله" بالإضافة ما أكدت عليه المادتان 204-206 من نفس المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات على منع الأطباء غير المسجلين في سجلات الفروع النظامية من الممارسة باعتبارهم لا يتوفرون على الشروط القانونية.

على هذا الأساس فإذا قام شخص ليس من المرخص لهم بممارسة المهنة الطبية وأحدث جروحا بجسم الغير ولو كانت بسيطة كان ذلك الشخص مسؤولا جنائيا عن الجرح العم حتى ولو كان حاصل على المؤهل العلمي وعلّة ذلك أن المشرع لا يثق قس غير من رخص لهم بالمزاولة لمهنة الطب فضلا عن التثبت من استفاء الطبيب لكل الشروط التنظيمية⁹⁴.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على الطبيب المرخص له الالتزام بممارسة مهنته في إطار الاختصاص المحدد له في الترخيص لأن هذا الأخير ما هو إلا تحصيل وشرط للأساس الحقيقي للممارسة الطبية ألا وهو الإجازة أو الشهادة العلمية المتحصل عليها. فإذا كان الترخيص محدد لمزاولة أعمال التخدير وقام صاحبه بإجراء عملية جراحية فيكون عندئذ متجاوزا لحدود الترخيص الممنوح له ويسأل جنائيا عن ذلك⁹⁵.

غير أنه يلاحظ أن كل من المادة 199 من قانون 05/85 والمادة 3 من قانون 17/90 المشار إليها آنفا ليس لهما تطبيق كبير وجددي في الميدان العلمي⁹⁶.

هذا ويخضع تنظيم مهنة الطب البشري في السودان لقانون الصحة العامة لسنة 1975 وقانون المجلس الطبي السوداني. إضافة للوائح التي تصدر من المجلس الطبي لتنظيم أمر معين.

⁹⁴ القبلاوي محمد، المرجع السابق، ص23.

⁹⁵ محمد ياسين يوف، المرجع السابق، ص18.

⁹⁶ الدليل على ذلك هو أنه بمطالعة بعض المقالات في الجرائد اليومية يلاحظ أن أغلبية الممارسين الطبيين لم يلجئوا في المجالس الطبية الجهوية المختصة بل ولم يقوموا بتسديد اشتراكهم وهذا بشهادة رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب الدكتور "بقاط بركاني". مأخوذ من كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص44.

وعرفت المادة 1/61 الطبيب البشري بأنه يقصد به: "كل شخص تخرج من أي كلية للطب ونال درجة معترف بها في السودان".

ووضعت الفقرة الثانية من المادة 61 الشروط الواجب توافرها في الشخص حتى يستطيع مزاوله الطب في السودان وهي:

1- أن يكون مسجلا بسجل الأطباء بالمجلس الطبي.

2- أن يكون مرخصا بالعمل كطبيب بشري في مجلس الصحة الولائية.

وبينت المادة 3 من لائحة تسجيل الأطباء وأطباء الأسنان والصيدلة لسنة 1977 المؤهلات اللازمة لمباشرة مهنة الطب:

أ- بكالوريوس الطب والجراحة والولادة من جامعة الخرطوم أو أي جامعة سودانية.

ب- بكالوريوس الصيدلة من جامعة الخرطوم أو أي جامعة سودانية.

ج- بكالوريوس طب الأسنان من جامعة الخرطوم أو أي جامعة سودانية⁹⁷.

وعموما يعتبر الترخيص ضروريا حتى ولو كان الجاني حاصلًا على الشهادة العلمية في الطب طالما لم يرخص له بمزاولة مهنة الطب . ويجدر بنا التمييز بين حالتين من حالات مزاوله مهنة الطب بدون ترخيص:

*الحالة الأولى: وهي مزاوله المهنة من قبل من لا يملك حق مزاولتها أصلا لعدم حيازته على الشهادة العلمية التي تخوله الحصول على الترخيص مما يستلزم مساءلة هذا الشخص عن كل ما يحدث من جروح وما إلى ذلك باعتباره متعديا ولا يعفى من المسؤولية إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية.

⁹⁷ ابراهيم أحمد عثمان(قاضي المحكمة العليا بالسودان)،المسؤولية الجنائية للطبيب في القانون والتطبيق القضائي في السودان،مجلة المحكمة العليا الجزائرية، عدد خاص،قسم الوثائق،الجزائر،2011،ص175-176.

*الحالة الثانية: هي مزاولة المهنة من قبل شخص حائز على الشهادة العلمية المؤهلة للحصول على الترخيص القانوني، لكنه غير حاصل على ترخيص بالمزاولة، حيث لا يسأل إلا عن جريمة مزاولة المهنة بدون ترخيص⁹⁸.

وبناء على ما سبق فإنه بالترخيص وحده تنتفي المسؤولية الجنائية عن فعل الجرح العمد، فالترخيص القانوني، عند البعض⁹⁹ ضروري للإباحة حتى ولو كان الجاني حاصلًا على الشهادة العلمية في الطب والجراحة، طالما لم يكن مرخصًا له بمزاولة مهنة الطب من الجهات المختصة.

ومع ذلك هناك من يتحفظ¹⁰⁰ على هذا الرأي، فلا يعتبر الترخيص القانوني بذاته أساسًا لإباحة العمل الطبي على اعتبار أن أساس الإباحة إنما يرجع إلى المؤهل العلمي، الذي على أساسه يمنح الطبيب هذا الترخيص بمزاولة المهنة، بالإضافة إلى توافر الشروط الأخرى.

الواقع أن التسليم بالرأي الأول يؤدي إلى مفارقة غير مقبولة، فإذا كان هناك طبيبان أحدهما يحمل ترخيصًا بمزاولة المهنة والآخر لا يحمل ذلك الترخيص. وأجرى كل منهما عملية جراحية في حدود الحق المخول له، والغاية منه، فإن أعمال الطبيب الأول لو أدت إلى إصابة أو وفاة تكيف الواقعة على أنها إصابة خطأ أو قتل خطأ. أما الطبيب الثاني فإذا كانت نتيجة عمله مماثلة للأول كيفت الواقعة على أنها إصابة عمدية أو قتل عمدي، ويسأل على أساس ذلك، وهذه مفارقة غير مقبولة، لأن كل منهما يحمل المؤهل الذي يحمله الآخر، وأجرى عمله في حدود الحق المخول له بمقتضى مهنته ولم يتجاوز الغاية منه وكان بناء على رضا المريض، وعليه يجب أن يكون وصف الفعل واحدًا بالنسبة لهما، ويمكن أن تكون المفارقة واضحة جلية لو كان الطبيبان قد

⁹⁸ راشد علي، القانون الجنائي "المدخل وأصول النظرية العامة"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص561.

⁹⁹ ابراهيم أحمد عثمان، المرجع السابق، ص178.

¹⁰⁰ راشد علي، المرجع السابق، ص511.

اشتركا في عملية جراحية واحدة وأدت الجراحة إلى وفاة المريض فطبقا للرأي الأول سوف يختلف تكييف الفعل الواحد، يعتبر قتل خطأ بالنسبة للطبيب الأول ويعتبر قتل عمد بالنسبة للثاني¹⁰¹.

ويتوجب على الطبيب الالتزام بممارسة مهنته ضمن إطار الاختصاص المحدد في إجازة الممارسة الممنوحة له، فإذا كان الترخيص الممنوح للطبيب محدد بمزاولة أعمال التخدير مثلا أو مزاولة فرع معين من فروع الطب، وقام بإجراء عملية جراحية مثلا متجاوزا حدود الترخيص الممنوح له فيسأل جنائيا ولا ينفي مسؤوليته هذه كونه قد أجرى العملية بناء على رضا المريض وموافقته.

والواجب أنه لا يجوز الاكتفاء بحصول الطبيب على الترخيص القانوني لمزاولة المهنة، استنادا إلى المؤهلات العملية، والشروط الأخرى التي تحددها أنظمة مزاولة المهنة لمنحه، كأساس لإباحة العمل الطبي وبالتالي إعفاء الطبيب الذي يحمل هذا الترخيص من أية مسؤولية عن الأعمال التي يزاولها حتى لو ترتب عليها بعض الأخطاء الجسيمة التي تؤدي بحياة الأفراد أو بصحتهم، استنادا إلى ما يحملونه من رخصة تعفيهم من أية مسؤولية لذلك لم يعول فقهاء القانون على شروط الترخيص فقط للإعفاء من المسؤولية¹⁰².

أما بالنسبة لممارسة اختصاص طبي معين، فقد قصره المشرع الجزائري على الحاملين لشهادة علمية في ذلك الاختصاص نفسه أو لشهادة أجنبية معترف بمعادلتها ناهيك عن الشروط السابقة الذكر.

¹⁰¹ إبراهيم أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 179.

¹⁰² أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1983، ص 130.

لكن قد يمنع الطبيب من ممارسة مهنته لمدة معينة بموجب قرار من اللجنة التأديبية بسبب ارتكابه لخطأ مهني، وفي هذه الحالة لا يجوز له القيام بأي عمل ذو صلة بمهنة الطب بصفته طبيبا ، فيما عدا حالة الضرورة القصوى التي تقتضي إجراء إسعاف أولي على وجه الاستعجال¹⁰³ .

وفي حالة ممارسة مهنة الطب بدون رخصة أو خلال فترة المنع من الممارسة، فتعد هذه الممارسة غير قانونية¹⁰⁴ ، وتسري على هذا الشخص - وعلى الحاملين للشهادة المطلوبة الذين يساعدونهم أو يشتركون معهم في مخالفة هذا الحظر القانوني- نص المادة 243 من قانون العقوبات.

ومما تجب الإشارة إليه هو هل يجوز لطلبة الطب ممارسة المهنة؟؟

بالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري نجد نص المادة 200 من قانون الصحة: "يسمح لطلبة الطب خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية، أن يمارسوا تباعا الطب... في المؤسسات الصحية العمومية، تحت مسؤولية رؤساء الهيكل الممارسين".

أما المادة 74 من المدونة الجزائرية لأخلاقيات مهنة الطب، فتتص على ما يلي: " لا يخلف الطبيب... إلا زملاء في الطب العام أو طلبة في الطب..."

وإذا يعرض الطبيب... المختص إلا زملاء من الاختصاص نفسه أو طبيب...مقيم من السنة النهائية في الاختصاص عينه.

ويجب على الزملاء الذين يلجئون إلى الاستخلاف، أن يخبروا الفروع النظامية التي ينتمون إليها مباشرة مع الإشارة إلى اسم المستخلف وصفته وتاريخ الاستخلاف ومدته"

¹⁰³ المادة 204 من قانون الصحة الجزائري.

¹⁰⁴ المادة 214 من قانون الصحة الجزائري.

كما نصت المادة 75 من نفس المدونة: "يتعين على الطبيب المستخلف أن يكف فور انتهاء فترة الاستخلاف وتقديم العلاج خلالها، عن كل نشاط مرتبط بالاستخلاف".

فمما سبق يتضح أنه يجوز بالنسبة للقطاع الصحي العمومي أن يمارس طالب الطب الخاضع للتدريب الداخلي في الدراسة الجامعية الأعمال الطبية تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين. أما القطاع الخاص فلم يشترط أن يكون الطلبة في فترة التدريب الداخلي بالنسبة لاستخلاف طبيب عام، بينما يشترط في استخلاف الطبيب المختص من طرف طالب الطب أن يكون في السنة النهائية من دراسة الاختصاص نفسه¹⁰⁵.

ولكن الإشكال المطروح: لماذا هذه التفرقة في الاستخلاف بين الطبيب العام والطبيب الخاص؟؟ فهل من المنطقي استخلاف طبيب عام من أي طالب مسجل في كلية الطب؟ وبعبارة أخرى هل لدى طالب الطب المسجل في السنة الثانية أو الثالثة أو... الملكة الكافية من الدراية بالعلوم الطبية حتى يسمح له الاستخلاف في القطاع العام ولو لمدة محدودة؟؟ وإذا كانت فترة التدريب الداخلي مقررة في السنة النهائية من دراسة الطب العام، فيكفي أن يأتي النص عاما-في المادة 1/74 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب- ليشمل أي طالب طب بغض النظر عن السنة المسجل فيها؟؟ وبغض النظر عما إذا كان قد مارس المهنة تحت إشراف مدرسيه أو المكلفين بتدريبه في المؤسسات الصحية العمومية؟ الأمر الذي يستدعي تعديل المادة 1/74 السالفة الذكر، باشتراط أن يكون في السنة النهائية من دراسة الطب العام.

فمن الصواب تحديد مدة الاستخلاف وإعلام الفروع النظامية بها-المادة 74 من المدونة- لأنها وضعية عرضية يجب أن تنتهي بانتهاء المدة، وإلا كانت ممارسة غير قانونية لمهنة الطب. كما أنه بالنسبة للطلبة المستخلفين، لا يجوز لهم ممارسة الطب بصفة مستمرة قبل حصولهم على شهادة

¹⁰⁵ ولخاصي سمية، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة

الجامعية 2010/2009، ص107.

الدكتوراه في الطب أو شهادة التخصص في مجال طبي معين بالنسبة لممارسة هذا التخصص بصفة مستمرة.

كذلك مما يجب الإشارة إليه أنه إذا كانت الاخطاء المرتكبة في القطاع العام من طرف طلبة الطب خلال فترة التدريب الداخلي يتحمل مسؤوليتها رؤساء الهياكل الممارسين، فمن يتحمل مسؤولية أخطاء طالب الطب المستخلف في القطاع الخاص؟ هل هو الطبيب المستخلف أم الطالب نفسه؟

لا يوجد نص قانوني بهذا الشأن. لكن بالرجوع إلى المواد التي تتحدث عن الاستقلال المهني في اتخاذ القرارات بصدد حالة مرضية وتحمل المسؤولية الشخصية ، إنما تخص بالذكر الأطباء وليس طلبة الطب، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالمرشح يجيز للطبيب أن يستخلفه طالب الطب، وبالتالي فمسؤولية المستخلف الجنائية منتفية لوجود سبب من أسباب الإباحة، وهو إذن القانون(المادة 74 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب).

البند الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج.

لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا قصد به علاج المريض أو تخفيف آلامه، وخلاف ذلك يؤدي لزوال أساس إباحته بتخلف علقته وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب الجنائية ويجري عليه حكم القانون كلجوء الطبيب إلى التدليس من أجل إجهاض امرأة حامل تسبب هو شخصياً في حملها¹⁰⁶ أو وصف مخدرات لغير العلاج.

إذا كان هذا القدر الذي كان مسموحاً به فيما مضى فإنه في الوقت الحاضر لم تصبح الأعمال الطبية قاصرة، على ذلك بل أصبحت تتدخل في حالات ليست بقصد العلاج من مرض بدني بالمعنى الدقيق، بل لتخليص الجسم من عار غير طبيعي مسبباً للشخص مرضاً نفسياً فتكون تلك الأعمال لازمة للعلاج النفسي كالجراحة التجميلية مما جعل القوانين تأذن بها وتجزئها. إذ أن

¹⁰⁶ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص43.

هذه الجراحة لا يقصد بها شفاء علة وإنما إصلاح تشوه خلقي أو طارئ لا ينال الصحة بالضرر ولا يهدر الجسم في السير الطبيعي ولكنه مؤثر في شكل الإنسان ملحقا ضررا بقيمته الشخصية والاجتماعية.

وفي هذا الشأن فإن المتفحص للمادة 195 من القانون 05/85 نجد أنها توضح التكليف الملقى على عاتق الأطباء بالحفاظ على حماية الصحة في المجتمع وبتقديم العلاج للسكان بنصها: "يتعين على الأطباء والصيدالة وجراحي الأسنان القيام بما يلي:

-السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم...".

كما أضافت المادة 3 من نفس القانون على أنه، من الأهداف المسطرة في مجال الصحة هي الوقاية وتوفير العلاج من أجل التنمية الاجتماعية والاقتصادية¹⁰⁷.

وأضافت في هذا الصدد كذلك المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان...".

ويشترط قصد العلاج ليس فقط في الحالات المرضية العضوية بل أيضا في الجراحة التجميلية التي كثيرا ما يلجئ إليها للملائمة فقط.

وفي هذا الصدد يقرر الفقه الإسلامي توافر قصد العلاج إذا كانت الجراحة التجميلية هي السبيل الوحيد لإزالة تأثير العيوب الجسدية على الحالة النفسية للفرد وأثر ذلك على صحته عامة.

هذا وقد يثور التساؤل حول توافر قصد العلاج في عمليات نقل وزع الأعضاء خاصة بالنسبة للمتبرع، وإن استقر الفقه على توافره عند عدم تعرض حياة المتبرع للخطر¹⁰⁸.

¹⁰⁷ المادة 3 من القانون 5/85 المشار إليه سابقا.

¹⁰⁸ مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي و الصيدلي، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، مصر، 2000، ص52.

فيستخلص مما تقدم أنه بانتفاء قصد العلاج، تنتفي إباحة الأعمال الطبية على جسم المريض، وبالتالي تخضع لنصوص التجريم طبقا للمادة 264 من قانون العقوبات الجزائري.

البند الثالث: شرط رضا المريض.

لإباحة تدخل الطبيب يشترط المشرع أن يتم ذلك برضا المريض¹⁰⁹ أو النائب عنه شفاهة أو كتابة.

إن الرضا معناه الموافقة على العلاج أو رفضه حسب ما تقتضيه مصلحة المريض¹¹⁰. فهي سابقة عن العمل الطبي ذاته. وعلة ذلك هي رعاية ما لجسم المريض من حصانة فقها وقانونا، كما يجب أن يكون الرضا حرا، أي مبنيا على أساس من العلم المستنير بطبيعة، ونوعية التدخل الطبي ومخاطره المحتملة، وهذا من أجل إيجاد نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض إذ أن البعض يصف العقد الطبي بأنه عقد إذعان¹¹¹.

كما يجب أن يصدر الرضا عن من هو أهل له، ومتى كان المريض بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية فإن رضائه المتبصر بالتدخل بالعلاج لا يثير مشكلة.

غير أنه إذا كان في وضع لا يسمح بإبداء الموافقة، لكونه في غيبوبة أو عديم الأهلية أو ناقصها، فصدور الرضا يكون ممن ينصبه القانون ممثلاً له. فلا يجوز أن يرغب شخص على تحمل المساس بسلامة جسده وتكامله ولو كان ذلك من أجل مصلحته حيث نصت المادة 154 السالفة الذكر من القانون 5/85 لحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك..." وأكدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها: "يخضع كل عمل طبي

¹⁰⁹ المادة 154 من القانون 5/85 المشار إليه سابقاً.

¹¹⁰ أبو خطوة أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 119.

¹¹¹ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 72.

يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون....".

كما أضافت المادة 42 من نفس المرسوم على حرية اختيار المرضى لأطبائهم وحرية مغادرتهم لهم بقولها: " للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته... " بالإضافة إلى ما أكدت عليه المادة 52 من نفس المرسوم على ضرورة الحصول على رضا الأولياء أو الممثلين القانونيين عند تقديم العلاج لقاصر أو بالغ عاجز أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...". فإذا رفضا الشخص المراد علاجه التدخل الطبي يكون لهذا الرفض أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب¹¹².

كذلك فإنه يشترط عند رفض المريض للعلاج تصريح كتابي بذلك، أو على الطبيب أن يخبر المريض أو ممثله المخول قانونا بالموافقة بعواقب هذا الرفض¹¹³. إذ أن كتابة رفض العلاج تبرئ ذمة الطبيب من المسؤولية¹¹⁴.

وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: " يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".

لكن هناك بعض الحالات الخاصة، التي يتعذر فيها الحصول على رضا المريض، ومع هذا يقوم الطبيب بعمله دون حاجة إلى انتظار رضا هذا الأخير، وذلك في حالتين:

أ- حالة الضرورة:

هذه الحالة أشارت إليها المادة 90 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج

¹¹² منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989، ص101.

¹¹³ قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1999، ص42.

¹¹⁴ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص41.

الضروري له". ومثال ذلك أن يحضر إلى المستشفى مريض إثر إصابته في حادثة وهو في حالة غيبوبة تستلزم التدخل الطبي الاستعجالي لإسعافه من خطر قد يهدد حياته، وهو ما أكدت عليه المادة 9 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بوجوب تقديم الإسعافات الضرورية للمريض. كما أشارت إلى هذه الحالة المادة 205 من القانون رقم 5/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بنصها: "يمنع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو وقف حقه في ممارسة مهنته أن يجري فحوصا... إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي".

أضف إلى كل ما تقدم نصت المادة 48 من قانون العقوبات على أنه: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة قاهرة لا قبل له بردها"¹¹⁵.

فبناء على ما تقدم نلاحظ أن القانون، أجاز هذه الإسعافات الأولية دون تهاون أو تراخي (حالة الضرورة)، بل أنه حتى أمر بها بالنصوص القانونية، وفي حالة مخالفتها تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية على أساس عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر (المادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري).

ب- حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع:

هناك بعض الأمراض المحددة حصريا كانتشار الأوبئة، وهناك التلقيحات الإجبارية لمكافحةها. وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك، وعندئذ لا تستند الإباحة إلى استعمال الرخصة، وإنما تستند إلى تنفيذ القانون، أو استعمال السلطة العامة لما لها من قوة جبر كتشريع الجثة بناء على طلب من السلطة القضائية، وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري بنصها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...".

إن نص المادة هنا جاء عاما وشاملا، بحيث لم تحدد فيه الأفعال التي تشملها الإباحة، إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون. ويكمن الفرق بين أمر القانون وإذن القانون، في أن الإذن

¹¹⁵ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

جوازي في ترك الحرية للشخص للقيام بالفعل أو الامتناع عنه، بينما الأمر عكس ذلك، فهو اجباري ومخالفته تقيم المسؤولية الجزائية.

فبناء على ما تقدم إذا أجرى الطبيب العمل الطبي في غير هاتين الحالتين، دون رضا المريض يتخلف سبب الإباحة، بتخلف شرط من شروطه، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية.

أما الرضا في القانون الجنائي السوداني فيما أن يكون دفعا كاملا للمسؤولية الجنائية وهذا الذي تغطيه المادة العامة 17 من القانون الجنائي النافذ 1991 وقد يكون الدفع بالرضا دفعا جزئيا للمسؤولية الجنائية وفقا لنص المادة 131 منه¹¹⁶.

البند الرابع: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية.

حتى يكون العمل الطبي مباحا، يشترط إلى جانب الشروط الثلاثة السابقة أن يكون عمل الطبيب مطابقا للأصول الفنية الطبية التي يعرفها أهل الطب، بحيث لا يتسامحون مع من يستهين بها ممن ينتسب إليهم. ولقد عرف الفقهاء الأصول العلمية بأنها: "تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء". أو هي مجموعة القواعد النظرية والعلمية المستقرة بين أهل الطب ولذلك تعد محل نقاش بينهم، أي هي الحد الأدنى الذي يجب مراعاته في العمل الطبي إلا استثناء كحالة الضرورة¹¹⁷.

فقد ذهب الحنفية والشافعية إلى القول، أنه لا مسؤولية على الطبيب، إذا جاء عمله مطابقا للأصول العلمية في الطب، وهذا ما أكده ابن القيم الجوزية بقوله: "إنه لا مسؤولية على الطبيب الحاذق، إذا أتى الفعل على وجهه، أو بذل فيه غاية جهده، فلا ضمان عليه ولا على عاقلته"¹¹⁸.

¹¹⁶ إبراهيم أحمد عثمان، المرجع السابق، ص182.

¹¹⁷ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص199.

¹¹⁸ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج2، ط2، دون دار نشر، 1405 هج، ص146.

وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية ضرورة إتباع الأصول العلمية في العلاج، واعتبرت خروج الأطباء ومساعدتهم عن الأصول العلمية، أمر موجب المسؤولية، فإذا خرج الطبيب عن ذلك الطريق، فإن أفعالهم ترجع إلى حكم الأصل الموجب، لمنعهم من المساس بالجسد على وجهه، يعرضه للهلاك والتلف. وقد أشار بعض فقهاء الإسلام رحمهم الله إلى ذلك، حينما حكموا بوجوب الضمان على الخاتن، الذي تجاوز في قطعه الحد، والقاطع للسلعة الذي تجاوز الموضع، أو قطع في غير زمان القطع، أو بآلة كآلة يكثر ألمها، وقاسوه على الجاني المتعمد. حيث قال الإمام ابن قدامة في ذلك: "فأما إن كان حاذقا وجنت يده مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع السلعة من إنسان، فيتجاوزها أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح فيه، وأشباه هذا ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرم، فيغن سرايته كالقطع ابتداء"¹¹⁹.

فإذا خالف الطبيب إتباع هذه الأصول والقواعد قامت في حقه المسؤولية الجنائية نتيجة لتعمده أو تقصيره. ومعنى هذا أن الطبيب ليس ملزما عند ممارسة مهنته أن يطبق العلم كما في العلوم الدقيقة، فالعلوم الطبية ليست كذلك، إذ يوجد فيها مجال للاختلاف، أي أنه إذا كانت طريقة علمية ليست محل خلاف وأخذ بها الطبيب فلا يعتبر مخالفا لتلك الأصول الطبية.

إن العبرة هي في أداء الطبيب لأعماله على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق اليقظ والذي يتفق مع ظروف وحالة المريض¹²⁰ الصحية وفق الأصول العلمية.

أما في حالة ثبوت مخالفة الطبيب لهاته القواعد والأصول المتعارف عليها بين أهل المهنة سواء نتيجة لجهله التام بها ومثال ذلك إتباع نظرية طبية مهجورة تخلى عنها الأطباء، وأحيانا أخرى إذا اتبع الطبيب النظرية الحديثة ولم يستقر العمل الطبي عليها بعد فحينئذ تقوم مسؤوليته

¹¹⁹ المقدسي عبد الرحمان بن محمد بن أحمد، المغني والشرح الكبير، المنار، مصر، 1346هج، ص121.

¹²⁰ أبو اليزيد علي المتيت، جرائم الإهمال، ط3، دار الجامعة للنشر، القاهرة، مصر، 1975، ص219.

الجزائية كما جاء في المادة 18 بنصها: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية....".

وعلى هذا الأساس يعد هذا الطبيب مخالفا للأصول والقواعد الطبية كاللجوء إلى الكي التقليدي والشعوذة كما جاء في المادة 31 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها: "لا يجوز لطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية... وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة".

في هذا الصدد نصت المادتين 10 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المعدل والمتمم¹²¹ على تحسين المستوى العلمي وتحديد المعرفة من أجل مواءمة التقدم العلمي في ميادين الطب والاكتشافات الجديدة لمساعدة الدولة حيث نصت المادة 10: "تلزّم الهيئة المستخدمة بما يلي:

-تقوم بالتكوين وتحسين المستوى وتحديد معارف الممارسين.

-تحديث معارف الممارسين..."

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التحسين للمستوى عن طريق التكوين يتم على حساب نفقة الدولة من أجل تحسين مردودية العمل الطبي، وهذا ما أكدته المادة 11 من نفس المرسوم بنصها: "يستفيد الممارسون الطبيون في الصحة العمومية من غيابات خاصة مدفوعة الأجر في إطار المشاركة في التظاهرات العلمية".

كما يعد عمل الطبيب غير مطابق للأصول العلمية والطبية، إذا كان مارس المهنة في ظروف سيئة، وغير ملائمة للقواعد الطبية كافتقاره لوسائل الكشف، والتشخيص والعلاج الحديثة، وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها: "يجب أن تتوفر

¹²¹ المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين المعدل والمتمم.

للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء المهمة ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

إضافة إلى ذلك أكدت المادة 15 من نفس المدونة: "من حق الطبيب أو جراح الأسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية ويحسنها" إذ لا يجب أن تمارس المهن الطبية خارج المجال المتعارف عليه بين أعضاء المهنة مما قد ينتج احتمال تعرض المريض لخطر.

لذلك فخلاصة لما تقدم إن إباحة الأعمال الطبية، يجب أن يكون هدفه خدمة الصحة العامة للأفراد والمجتمع، حسب أسس وشروط وقيود أحدها رئيسي وهو إذن القانون والآخرين بمثابة شروط كالترخيص القانوني، ورضا المريض وقصد العلاج حسب الأصول والقواعد الطبية. فإذا تخلف أحد هذه العناصر، أصبح عمل الطبيب غير مشروع، وتنتفي أسباب إباحته وتقوم عندئذ مسؤوليته الجنائية، وهذا الرأي الراجح فقها وقضاء.

وهذا أيضا ما عبر عنه المشرع الإماراتي في نص المادة 2/53 من قانون العقوبات الاتحادي: "لا جريمة إذا وقع الفعل بنية سليمة استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون وفي نطاق هذا الحق" ويعتبر استعمالا لحق الجراحة الطبية وأعمال التطبيب طبقا للأصول الطبية المتعارف عليها في المهن الطبية المرخص بها متى تمت برضاء المريض أو النائب عنه قانونا صراحة أو ضمنا أو كان التدخل الطبي ضروريا في الحالات العاجلة التي تقتضي ذلك"¹²².

المطلب الثاني: توافر النص الجزائي.

لا يكفي ارتكاب الطبيب لأي فعل غير مشروع حتى يسأل جنائيا، وإنما لابد من توافر النص التشريعي الذي يجرم هذا الفعل ويعاقب عليه، وهذا ما يعرف بمبدأ شرعية التجريم والعقاب

¹²²المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية، مقال منشور على موقع:

المتبنى من طرف التشريعات الجنائية الحديثة، بما فيها قانون العقوبات الجزائري، التي تنص مادته الأولى على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".

الفرع الأول: مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

يقتضي هذا المبدأ عدم جواز معاقبة أي شخص على أي سلوك إلا إذا كان هذا السلوك خاضعا لنص قانوني يحدد مضمونه ويقرر له عقوبة معينة. ويلزم في هذا النص التشريعي أن يكون صادرا عن سلطة مختصة وأن يكون سابقا على ارتكاب السلوك المحظور.

يعود مبدأ الشرعية في أساسه إلى قواعد القانون الطبيعي، وأقدم إشارة له جاءت في القرآن الكريم في قوله تعالى: "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"¹²³، وكذلك قوله تعالى: "وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا"¹²⁴.

ومن القواعد الأصولية في الشريعة الإسلامية الدالة على ذلك قاعدة "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة" ومعناها أن كل سلوك مباح ما لم يرد نص بتجريمه. وكذلك قاعدة "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص"، ومعناها أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها. وهذه القواعد التي يستشف منها أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تستند إلى نصوص قرآنية¹²⁵.

وبالتالي فلم يكن لملك إنجلترا "جون" فضل السبق في خلق هذا المبدأ حين منحه لرعاياه من خلال المادة 29 من العهد الأعظم "الماجنا كارتا" الذي أصدره في عام 1215م، وجاء فيها: "لا يمكن إنزال عقاب ما بأي إنسان حر إلا بمحاكمة قانونية من أئداده طبقا لقانون البلاد"¹²⁶.

¹²³ الآية 15 من سورة الإسراء.

¹²⁴ الآية 59 من سورة القصص.

¹²⁵ عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، ط6، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985، ص115-115.

¹²⁶ باسم شهاب، المرجع السابق، ص62.

وبعد ذلك نقله مهاجروا إنجلترا إلى فيلادلفيا بأمريكا الشمالية وأدرجوه في وثيقة الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان لسنة 1774م .

ففي أوروبا كان لتعسف السلطة وتحكمها خصوصا السلطة القضائية في العصور الوسطى أثر في ظهور هذا المبدأ، حيث كان القضاة يملكون سلطة تحكيمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها بالرغم من انعدام النصوص التجرىمية. فالقضاة كانوا يعاقبون بناء على رسائل الملك وبناء على وجهة نظرهم الأمر الذي أدى إلى انتهاك لحقوق وحرىات الأفراد لعدم وجود ما يحدد مسبقا للفرد حدود المباح والمحظور.

وإزاء هذا التحكم القضائي في حقوق الأفراد وحرىاتهم، وجه الفلاسفة النقد للسلطة بصفة عامة والسلطة القضائية على وجه الخصوص. وكان الفيلسوف الفرنسي "مونتسكيو" أول من دعا إلى الشرعية في كتابه "روح القوانين" سنة 1748 منتقدا السلطة وداعيا إلى الفصل بين مختلف السلطات لحماية الأفراد من التعسف، ثم جاء "بكاريا" في كتابه "الجرائم والعقوبات" الذي نشره في سنة 1764 معتمدا فلسفة "روسو"، وبالخصوص نظرية العقد الاجتماعي مؤكدا بأن القانون وحده هو الذي يحدد العقوبات المناسبة مع الجرائم، وأن سلطة التحديد هذه يملكها المشرع وحده الذي يجمع أفراد المجتمع بحكم العقد الاجتماعي¹²⁷.

ففي نظر هذا الفيلسوف أن الأفراد قد تنازلوا عن جزء من حقوقهم مقابل الحماية. وهذه الحماية يجب أن تكون محددة سلفا. كما اشتق من جهة أخرى من نظرية العقد الاجتماعي مبدأ المصلحة الاجتماعية كأساس لمشروعية حق العقاب.

وقد أكد "بكاريا" على دعامين لبناء سياسة التجريم والجزاء وهما أن يلحق التجريم فقط تلك السلوكات التي تشكل عدوانا على المجتمع، وأن يكون الجزاء متناسبا مع الضرر. وهذت التناسب معناه "ألا يفوق الألم أو الأذى الذي تنطوي عليه العقوبة الفائدة التي يأمل من تحدته

¹²⁷ بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص10.

نفسه بارتكاب جريمة أن يحصل عليها من ارتكابها". فهو إذن تناسب يختلف جوهريا عن ذلك التناسب الذي تقتضيه فكرة الحقانية تدرجا مع جسامة الذنب، والذي يميل إلى القسوة في العقاب بهدف التكفير. "فالتناسب الذي نادى به "بكاريا" لا يقتضي القسوة في العقاب لأن العقاب لا ينبغي أن يجاوز القدر الضروري لتحقيق المصلحة الاجتماعية"¹²⁸.

وفي فرنسا أكد المحامي العام السيد "سيفران" في خطابه سنة 1766 أمام برلمان "قرونوبل" بأن القوانين أو القواعد الجنائية يجب أن تعطي للقاضي لوحة مدققة عن الجرائم والجزاءات، بحيث يتعين على القاضي فقط اختيار الجزاء المحدد¹²⁹.

كما تؤكد النص عليه في وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادرة غداة الثورة الفرنسية لسنة 1789 وذلك في المادة 2 منه.

وبعد ذلك تبني هذا المبدأ المجتمع الدولي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت المادة 2/11: ".. ولا يدان أي شخص بجريمة بسبب عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه مجرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي"¹³⁰.

ومن النادر أن يعرف مبدأ الشرعية رغم ما فيه من بساطة ووضوح، غير أن المؤتمر الدولي لرجال القانون الذي انعقد في العاصمة الهندية نيودلهي سنة 1959 قد تصدى لتعريفه بالقول عنه بأنه: "ذلك الذي يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد في مواجهة السلطة ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية".

ومبدأ الشرعية من المبادئ الدستورية فقد كرسته المادة 43 من دستور 1989 والمادة 46 من دستور 1996 إذ نصت: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

¹²⁸ علي راشد، القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص26.

¹²⁹ J-pradel, droit penal.culas.paris,1984,p157.

¹³⁰ عدو عبد القادر، المرجع السابق، ص38-39.

وإذا كان هدف مبدأ الشرعية هو إقامة التوازن في المجتمع بما يضمن حقوق الفرد وحقوق المجتمع، فإن هذا المبدأ قد يصبح مجرد ضمانة شكلية لا تخدم سوى مصالح الدولة وأهدافها لذلك فإن الشرعية في حد ذاتها تحتاج إلى ضمانات من أجل حماية النظام الاجتماعي، وهذه الضمانات هي:

- الرقابة على الدستورية: إن مبدأ الشرعية باعتباره مبدأ دستوريا يقتضي قيام الرقابة على دستورية النصوص الجنائية، وهذا يتأتى من خلال محكمة دستورية يخول لها صلاحية النظر في الدعاوي المرفوعة إليها في هذا الصدد أو من خلال منح القاضي الجزائي صلاحية النظر في الدفع بعدم الدستورية بمناسبة نظره للدعاوي الجزائية. وهذا مرجعه اختصاص القاضي بالفصل بما يتفق مع مبدأ الشرعية.

- يجب أن تكون السلطة التشريعة والمختصة بسن النصوص التجرىمية معبر عن إرادة الجماعة، من حيث أن النص التجرىمي هو حكم تقييمي لقاعدة أو مبدأ سائد في الجماعة.

- يجب أن يكون التجرىم والجزاء محددا بالضرورة الاجتماعية وأن تلتزم الجهة التشريعة بمبدأ عدم الإسراف في التجرىم والجزاء، و"معيار الإسراف هنا تجاوز الحد الضروري لتحقيق المصلحة الاجتماعية العادلة للمجتمع"¹³¹. إن عدم الإسراف في التجرىم من شأنه أن يمكن الفرد من معرفة جيدة لدائرة التجرىم والإباحة¹³².

إن أهمية مبدأ الشرعية لا تقف عند حدود بعينها، ويمكن أن تتكشف محاسن كثيرة له في المستقبل، فهو يتناغم والمنطق السليم، ولا يتقاطع مع شرعة حقوق الإنسان، كما أنه يقلل من فرص الفوضى وعدم الاستقرار.

¹³¹ سرور فتحي، الوسيط في قانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، 1981، ص 132.

¹³² بارش سليمان، المرجع السابق، ص 8.

وما يعزز من قيمة مبدأ الشرعية أن الشرائع المختلفة قد نصت عليه، فمن النادر أن تجتمع كلمة العالم على أمر كاجتماعها على هذا المبدأ. ويرى البعض أن مبدأ الشرعية يقي الإنسان من التجريم والعقاب الاعتباطي، ومن رجعية القانون الذي ليس في صالحه، ويجنبه خطر القياس¹³³.

إن مبدأ شرعية التجريم إلى إقامة التوازن بين مصلحة ومصلحة المجتمع عن طريق حمايتها بالقدر الذي لا يهدر إحداهما لفائدة الأخرى.

أ- حماية مصلحة الفرد: يحقق هذا المبدأ الحماية الكاملة لمصلحة الفرد وحقوقه من خلال:

- منع السلطة من التحكم في حريات الأفراد وانتهاك حقوقهم. إذ يقتضي هذا المبدأ ألا يعاقب الفرد على سلوك أتاه ما لم يكن مجرماً وقت إتيانه. فحصر التجريم في نصوص سارية هو بمثابة إنذار مسبق بتوقيع العقاب.

- إن هذا المبدأ يضع الحدود الفاصلة بين التجريم والإباحة وهو بالتالي يخطر الأفراد بالسلوكات الإجرامية ومن ثم يمكنهم من معرفة الوجهة الاجتماعية المقبولة لممارسة نشاطهم في مأمن من المسؤولية الجنائية.

ب- حماية مصلحة المجتمع: يحقق هذا المبدأ الحماية الكافية للمجتمع من خلال إضافته على العقوبة "أساساً قانونياً يجعلها مقبولة باعتبارها توقع في سبيل المصلحة العامة"¹³⁴.

هذا وتحقق حماية المصلحة العامة من خلال إسناد وظيفة التجريم والجزاء إلى المشرع وحده، لأن من شأن ذلك أن يضمن على الجزاء الجنائي صبغة التأكيد مما يعطي له صفة الفعالية، وفي هذا الصدد يقول "بكاريا" "العقاب المؤكد ولو كان معتدلاً هو أكثر تأثيراً من خشية توقيع عقاب غير مؤكد ولو كان شديداً"، ومن جهته يقول "مونتسكيو" إن فعالية العقوبة تقاس بمقدار

¹³³ سرور فتحي، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 125 وما يليها.

¹³⁴ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 80.

خشية العقاب وهذه الخشية تقاس بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفا أكثر من شدتها¹³⁵.

هذا ويترتب على مبدأ الشرعية في مجال الممارسة القضائية مجموعة من النتائج لعل أهمها:

-امتناع القضاء عن تجريم سلوك غير منصوص عليه: يترتب على مبدأ الشرعية امتناع السلطة القضائية عن خلق جرائم لم ينص عليها قانون العقوبات، أي تجريم ما لم يجرمه القانون. فإذا تبين لها أن سلوكا لا ينطبق عليه أي نص من نصوص التجريم كالإقدام على الانتحار، أو عدم دفع الدين تعين على النيابة العامة إذا كانت الدعوى بيد قضاء التحقيق توجب عليه إصدار أمر بالألا وجه للمتابعة، وكذلك الحال إذا أحيلت الدعوى إلى قضاء الحكم، إذ عليه أن يحكم بالبراءة على أساس انعدام التجريم¹³⁶.

والسلطة القضائية في ممارستها لصلاحياتها في المتابعة القضائية ملزمة بما يعرف بالتكييف القانوني. ومضمون هذه العملية هو التزام النيابة العامة، أو قضاء التحقيق، أو قضاء الحكم بربط السلوك المنسوب إلى المتهم بنص قانوني يستجمع عناصر الجريمة.

والمستقر عليه في قضاء المحكمة العليا، جريا على قواعد قانون العقوبات، أنه في حالة وحدة السلوك ووحدة النص القانوني، فإنه لا يمكن وصف السلوك إلا بوصف واحد.

وترتبا على ذلك لا يمكن وصف السلوك الواحد بجنحة السرقة والاشترك فيها، ومؤاخدة المتهم على الوصفين معا في نفس القرار، وإلا ترتب على ذلك البطلان¹³⁷.

وفي حالة وحدة الواقعة وتعدد النصوص القانونية، فإنه يتعين على السلطة القضائية تكييف الواقعة بالوصف الأشد، وإلا ترتب على ذلك النقض¹³⁸.

بارش سليمان، المرجع السابق، ص9.

¹³⁶ عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص45.

¹³⁷ المحكمة العليا، قرار بتاريخ 1984/12/25، طعن رقم 36665، المجلة القضائية، عدد 1989، 3، ص312.

-عدم تطبيق النص الجنائي بأثر رجعي: يوجب مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات على القاضي الجزائري ألا يطبق نصا جنائيا جديدا على جريمة وقعت قبل سريانه، وذلك باستثناء حالة ما إذا كان النص أصلا للمتهم.

-امتناع القاضي عن تطبيق عقوبة لم ينص عليها القانون: يترتب على مبدأ الشرعية امتناع القضاء عن الحكم بعقوبة لم ينص عليها القانون، أو الحكم بعقوبة مقررة على جريمة أخرى على سبيل القياس. وإذا حدد القانون عقوبة بين حدين، فلا يجوز للقضاء أن يتخطى الحد الأقصى أو يتزل عن الحد الأدنى. كما لا يجوز له أن يحكم على المتهم بتدبير أممي بم ينص عليه القانون.

وإذا خير القانون القضاء بين عدة عقوبات، فلا يجوز له استبدالها بعقوبة غير مقررة، وإلا كان ذلك خروجاً على ما يفرضه مبدأ الشرعية من التزامات.

الفرع الثاني: إباحة العمل الطبي على أساس إذن القانون.

يقصد بإذن القانون ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه. ولفظ القانون الذي استعمله المشرع الجزائري لفظ واسع يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة واردة بالشرعية الإسلامية أو عرفاً سارياً.

ومما تجب الإشارة أن مبدأ الشرعية يرخص بالتفسير الواسع في مجال أسباب الإباحة. وقد نص المشرع المصري في المادة 60 من قانون العقوبات على عدم سريان أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة. أما في القانون الفرنسي فلا يوجد نص يشير إلى هذه الحالة، والسبب في ذلك أنها قاعدة بديهية لا تحتاج إلى نص. إذ أن المشرع عندما يقرر حقاً، فإنه يرخص بالضرورة لصاحبه استعماله في حدود معينة.

غير أنه لكي يستفيد صاحب الحق أثناء ممارسته لحقه من الإباحة، فإنه يجب عليه استعماله في الإطار القانوني المرسوم له. وهذا ما يؤدي بنا إلى تحديد الشروط العامة لممارسة الحق كسبب من أسباب الإباحة، وكذلك حالات استعمال الحق على ضوء ما هو مقرر في فروع القانون والشريعة الإسلامية¹³⁹.

فلكي يستفيد صاحب الحق من الإباحة أثناء ممارسته لحقه يجب أن تتوافر شروط ثلاثة، وهي:

أ- وجود الحق: فالمقصود بالحق في هذا المجال هو الحق في مدلوله القانوني العام، أي تلك المصلحة التي يعترف بها القانون ويحميها، فيبيح تبعا لذلك استعمال ما هو ملائم لتحقيق هذه المصلحة. هذا ولا يشترط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة، فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع، فمثلا حق الطبيب في العلاج هو مصلحة المريض والمجتمع، ولا يشترط أن يكون مصدر الحق القانون بل يكفي أن يكون مستمدا من مصادر أخرى يعترف بها القانون. وبعبارة أخرى فإن الحق وإن لم يكن مصدره القانون مباشرة، فيكفي أن يكون بناء على قانون، ولذلك يستوي أن يكون مصدر الحق هو التشريع أو اللائحة أو الشريعة الإسلامية". وقد يستند الحق كمصدر للإباحة إلى مجرد العرف وذلك خلافا لمصادر التجريم والعقاب".

ب- التزام حدود الحق: يجب على صاحب الحق أن يلتزم حدود الحق أثناء ممارسته، إذ أن الحقوق ليست مطلقة من كل قيد بل هي نسبية، ومن ثم كان متعينا التحقق من دخول الفعل في نطاق الحق ومحددا وفق لكل ما يتطلبه القانون من شروط.

وقيود ممارسة الحق تتمثل في ممارسة الحق بواسطة صاحبه، أو أن تكون الأفعال التي أتاها لازمة لممارسة الحق، وسنفصل ذلك على النحو التالي:

¹³⁹ بارش سليمان، المرجع السابق، ص70.

- أن يمارس الحق صاحب الحق: القاعدة أن ممارسة الحق كسبب إباحة يجب أن تتم من طرف صاحب الحق، حيث أن القانون قد يقرر الحق لشخص بذاته، ولا يقبل من غيره ممارسته كحق ممارسة الأعمال الطبية. غير أنه في الحالات التي يرخص فيها القانون لصاحب الحق التنازل عنه أو نقله إلى الغير، فإن ممارسته من طرف من نقل إليه، يعتبر سبب إباحة ومادامت الحقوق غير متساوية من حيث النقل، فإنه يجب بحث كل حق لتحديد ما إذا كان المشرع يرخص نقله أم لا يرخص ذلك، ومثال ذلك الزوج في تأديب زوجته فخذ الحق غير قابل للنقل.

- ممارسة الحق بأفعال لازمة: يجب أن تتم ممارسة الحق في الحدود التي يسمح بها القانون وإلا كانت هذه الأفعال غير مشروعة. ويتعلق هذا القيد من جهة بجسامة الأفعال ومن ثم فحق التأديب لا يبيح إلا الضرب الخفيف، إذ أنه إذا كان الضرب مشينا نكون بصدد التعارض بين مصلحتين يحمي القانون أجدرهما بالحد الأدنى الضروري لإصباغ هذه الحماية.

ومن جهة ثانية فإن ممارسة الحق تقتضي إتباع إجراءات معينة قبل استعمال الحق، بحيث يترتب على عدم مراعاتها زوال صفة الإباحة عن الفعل الذي ارتكب. فالزوج له حق تأديب زوجته بالضرب، ولكن يجب عليه استنفاد الطرق الأخرى للتأديب قبل الضرب وهي الوعظ والهجر في المضجع، ويثبت عدم جدواهم. ويلاحظ أن هذه القيود الملازمة لاستعمال الحق هي قيود على سبيل المثال "ومن ثم يتعين فحص كل حق على حدا لاستخلاص قيوده لإثبات دخول الفعل في نطاقه."

ج- توافر حسن النية: لكي تتحقق الإباحة يجب على صاحب الحق أن يسعى إلى تحقيق المصلحة الاجتماعية التي شرع أو قرر الحق من أجلها. فالحقوق جميعا غائية أي يعترف بها القانون لاستهداف أغراض معينة. ولا يعرف القانون حقوقا مجردة من الغاية، أي يستطيع أصحابها مباشرتها دون أن يسألوا عن الهدف الذي يريدونه بها¹⁴⁰.

¹⁴⁰ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 117.

ففي ممارسة حق التأديب، فإن استعمال الزوج للضرب مع زوجته، يجب أن يكون غرضه هو مجرد التأديب وهي الغاية الاجتماعية التي شرع من أجلها الحق. فإذا استهدف غرضاً آخر كمجرد الإيلام والتحقير أو استهدف الطبيب غرض التجربة وليس العلاج، فإن سوء النية يتوافر وبتوافره يقع السلوك تحت طائلة العقاب.

المبحث الثاني: الخطأ الطبي الجنائي.

الخطأ لغة ضد الصواب وضد العمد، فيقال أخطأ فلان إذا سلك هذا الأخير طريقاً مخالفاً للصواب¹⁴¹. فالخطأ الطبي هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسة الأعمال الطبية¹⁴².

وعليه يمكن القول بأن خطأ الطبيب هو انحراف عن السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه المهني وفي نفس الظروف الخارجية أثناء ممارسة المهنة الطبية أو بمناسبتها.

ولدراسة الخطأ الطبي الجنائي قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي الجنائي.

المطلب الثاني: وحدة أو ازدواج الخطأ المدني والجنائي.

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي الجنائي.

تتعدد التعريفات التي قيلت في شأن الخطأ الطبي الجنائي باختلاف وجهات النظر والزوايا التي ينظر منها إلى الخطأ الطبي.

الفرع الأول: تعريفه في التشريع.

حرصت بعض التشريعات على وضع تعريف عام للخطأ بنصوص قانونية في القسم العام لقانون العقوبات. وأبرز مثال لهذه التشريعات قانون العقوبات الإيطالي الذي عرف الجريمة غير القصدية في المادة 3/43 منه: "تعد الجريمة غير قصدية عندما لا يريد الفاعل النتيجة ولو كانت متوقعة فتحدث بسبب إهماله أو عدم احتياظه أو رعوثته أو بسبب عدم مراعاته للقوانين واللوائح

¹⁴¹ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 117.

¹⁴² لحسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، ص 11.

والأنظمة". كما تضمن قانون العقوبات السوفياتي الصادر سنة 1960 في المادة 9 منه الجريمة غير القصدية فنص على أنه: "نعتبر الجريمة غير عمدية إذا كان الفاعل قد توقع إمكان النتائج الخطرة اجتماعيا لفعله وامتناعه ولكنه قدر بخفة أنها لن تحدث أو لم يتوقع أنه يمكن أن تكون لهذه الجريمة مثل تلك النتائج بينما كان يجب عليه أو كان في استطاعته أن يتوقعها".

عرف قانون العقوبات الروماني الصادر سنة 1968 الخطأ في المادة 1/19 بقوله: "يعتبر الفعل مرتكباً بخطأ الجاني:

أ- إذا كان قد توقع نتيجة فعله دون أن يقبلها معتقداً-دون أي مساس-أن هذه النتيجة لن تحدث.

ب- إذا لم يتوقع نتيجة فعله بينما كان يجب عليه وفي استطاعته توقعها".

كما وضعت بعض التشريعات العربية تعريفاً للخطأ منها على سبيل المثال قانون العقوبات اللبناني الصادر سنة 1943 في المادة 191 منه على أن: "تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله المخطئين، وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها وسواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها..".

أما المشرع الكويتي فقد عرف الخطأ في الفقرة 2 من المادة 44 من قانون العقوبات بقوله:

"ويعد الفاعل متصرفاً على هذا النحو (الخاطئ) إذا لم يتوقع عند ارتكاب الفعل النتائج التي كانت في استطاعة الشخص المعتاد أن يتوقعها فلم يحل دون حدوثها من أجل ذلك أو توقعها ولكنه اعتمد على مهارته ليحول دون حدوثها فحدثت رغم ذلك"¹⁴³.

¹⁴³ انظر حول ذلك: نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدية، دار النهضة العربية، 1984، ص18. وانظر، المنشاوي سمير، شرح قانون الجزاء الكويتي، ط 1، الكويت، 1985، ص266-267.

أما المشرعان المصري والأردني فلم يوردا تعريفا لمصطلح الخطأ وإن كانا قد أعطيا أمثلة تقديرية عن فكرة الخطأ إلا أنهما لم يقوما بتوضيح ذاتية الخطأ¹⁴⁴.

أما المشرع الإماراتي فقد عرف الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية في المادة 1/14 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية:

"1- الخطأ الطبي هو الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة.

2- لا تقوم المسؤولية الطبية في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه للعلاج أو عدم انتباهه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه، أو كان نتيجة لسبب خارجي، وذلك كله دون إخلال بحكم البند الفرعي (د) من البند (1) من المادة (7) من هذا القانون.

ب- إذا اتبع الطبيب أسلوبا طبيا معينا في العلاج مخالفا لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقا مع الأصول الطبية المتعارف عليها.

ج- إذا حدثت الآثار والمضاعفات الطبية المعروفة في مجال الممارسة الطبية وغير الناجمة عن الخطأ الطبي وفقا لما هو مبين في البند (1) من هذه المادة¹⁴⁵.

لا يستلزم القانون أن يقع الخطأ بجميع صورته، بل يكفي لتحقيق الجريمة أن تتوافر صورة واحدة فيها فقط. وقد أشار قانون العقوبات الجزائري للخطأ في عدة صور، تستوعب الخطأ الذي يحدث في الحياة اليومية تقريبا، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 288 من قانون العقوبات بنصها: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو

¹⁴⁴ ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي "دراسة مقارنة"، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 79-80.

¹⁴⁵ الجابري محمد إيمان، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، درا الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 96.

عدم مراعاته الأنظمة... "وكذلك ما نصت عليه المادة 289 من قانون العقوبات: " إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط...".

وفي هذا المجال نصت المادة 239 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، على أن يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.

وأورد المشرع الجزائري قسماً خاصاً تحت عنوان القتل الخطأ والجرح الخطأ وعبر عن مختلف هذه الصور في المادتين 288 و289 السالفتي الذكر.

وهذه الألفاظ والعبارات التي استعملها المشرع تتسع بحيث تشمل كافة الصور التي يمكن تصورها لقيام الخطأ غير العمدي بغض النظر عن التساؤل عما إذا كانت هذه الصور قد وردت على سبيل المثال أو على سبيل الحصر¹⁴⁶.

فمن خلال هذه النصوص يتبين وأن المشرع جرم بعض الأفعال المضرة بالسلامة الجسدية للإنسان أو بروحه، ولو لم تكن لدى الفاعل نية إحداث النتيجة، لكن بسبب عدم تبصره وعدم احتياظه وعدم انتباهه، حدث ما لم يكن متوقعا. وأن هذه القاعدة وإن كانت عامة، فإنها تطبق أيضا على الأطباء في ممارستهم لمهنتهم، لكن ذلك يحتاج لتفصيل لأن هناك أفعالا مبررة كما ذكرنا ولكي تعتبر مجرمة يجب أن تتوفر عنصر واحد على الأقل من العناصر التالية: الرعونة، عدم الاحتياط، الإهمال وعدم الانتباه، عدم مراعاة الأنظمة.

¹⁴⁶ يحيى عبد القادر، المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا-عدد خاص-، قسم الوثائق، 2011، ص48.

الفرع الثاني: تعريفه في الفقه والقضاء.

يعرف الدكتور محمود نجيب حسني الخطأ في الفقه الجنائي بأنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي تصرفه إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجبا عليه" ¹⁴⁷.

وعرف بأنه: "التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تقضي بها الحياة الاجتماعية" ¹⁴⁸.

ويعرفه البعض بأنه: "مخالفة واجب الحيطة والانتباه كما تضعه قواعد السلوك في الجماعة كما تمليه قواعد القوانين" ¹⁴⁹.

ويعرف أيضاً بأنه: "توقع الجاني نتيجة فعله الإرادي دون قبولها، معتقداً بغير أساس أنها لن تحدث أو عند توقع هذه النتيجة، بينما كان من واجبه وفي استطاعته توقعها" ¹⁵⁰.

ويسمى الخطأ غير العمدى مع توقع حصول النتيجة الجرمية دون قصد إحداثها بالخطأ الواعي أو الخطأ البصير أو الخطأ مع التوقع وفيه يتصور الجاني إمكان تحقق نتائج ضارة من نشاطه ومع ذلك يقدم عليه، إما راجياً عدم وقوع هذه النتائج أو واثقاً في قدرته على دفعها ¹⁵¹، كالطبيب الذي يستعمل أدوات تخرق أنسجة جسم الإنسان على عدة مرضى دون تعقيمها لمجرد أن آلة التعقيم معطلة.

أما الخطأ مع عدم توقع حصول النتيجة الجرمية يسمى بالخطأ غير الواعي أو الخطأ بدون تبصر أو الخطأ مع عدم التوقع. ولكي يعتبر خطأً يجب أن يكون في مستطاع الرجل العادي من

¹⁴⁷ أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 259.

¹⁴⁸ الجوهري فائق، المرجع السابق، ص 355.

¹⁴⁹ القهوجي علي، المرجع السابق، ص 238.

¹⁵⁰ الزغبيني خالد محمد العويد، خطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2003، ص 52.

¹⁵¹ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989، ص 27.

ففته وفي ظروفه توقع النتيجة وتفاديها، إلا أنه رغم ذلك لم يتوقع مرتكبه حصول النتيجة¹⁵²، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية رغم شعوره بالإرهاق الشديد فيحصل أن يصيب عضوا سليما أو يقطع عسبا دون قصد.

ويمكن تعريف الخطأ الطبي بأنه تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب متيقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. أو هو الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب. أو هو إخلال بالعقد الطبي أو بالالتزام المفروض قانونا على الطبيب القائم بالعمل الطبي.

ويجب أن يكون الإخلال الصادر عن الطبيب منضويا تحت إحدى صور الخطأ المشار إليها سابقا والمنصوص عليها في الفصلين 432 و433 من القانون الجنائي المغربي لتكون أمام ركن من أركان المسؤولية الجنائية للطبيب سواء كان ما نتج عن ذلك الخطأ قتلا أم جرحا أو إصابة أم مرضا¹⁵³.

ومن خصائص الخطأ الطبي، أن الخطأ المعول عليه في مسؤولية الطبيب، هو الخطأ المؤكد والثابت بوضوح، والناجم عن إخلال الطبيب بالأصول العلمية الثابتة، ذلك الخطأ الذي يبدأ حيث تنتهي الخلافات العلمية، ولا يأخذ المرء بالشبهات، وإن من مصلحة الإنسانية، أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام الطبيب، حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية، من حيث خدمة المريض وتخفيف الآلام عنه، وهو آمن مطمئن أنهن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتا ظاهرا، بصفة قاطعة لا احتمالية أن ارتكب عيبا، لا يأتيه من له إمام بالفن الطبي، إلا عن رعونة وعدم تبصر.

ومن المتفق عليه أن يكون الخطأ ثابتا، لتقوم مسؤولية الطبيب، ومؤاخذته عن جميع أخطائه مؤاخذة لا تأخذه بالظن والاحتمال، وقد وضحت محكمة ليون الفرنسية هذا الأمر بقولها: "لما كان

¹⁵² منير رياض حنا، المرجع السابق، ص46.

¹⁵³ محمد أكرام (قاضي بالجلس الأعلى بالمملكة المغربية)، المسؤولية الجنائية من خلال التجربة المغربية، مجلة المحكمة العليا الجزائرية-عدد خاص-قسم الوثائق، الجزائر، 2011، ص126.

التزام الطبيب يتحدد بالمستوى العلمي، وبالقواعد المعترف بها في الفن الطبي، ويعد ذلك من الأمور ذات التغيير المستمر، والتي تثير الكثير من الجدل، وإن القضاء يشترط أن يكون الخطأ الطبي، وبصفة خاصة الفني واضحاً، أي مستخلصاً من وقائع ناطقة واضحة، بحيث يثبت أنه يتنافى في ذاته مع القواعد العامة المقررة، التي لا نزاع فيها، فينبغي أن يكون الخطأ ثابتاً ثبوتاً كافياً لدى القاضي، بمعنى أن يكون ظاهراً لا يحتمل المناقشة، أي بصفة قاطعة لا احتمالية¹⁵⁴.

وهذا الأمر أيده الاجتهاد القضائي الجزائري واللبناني والمصري.

المطلب الثاني: وحدة أو ازدواج الخطأ المدني والجنائي.

تذهب بعض الآراء للتوسع من المسؤولية المدنية وإحلالها محل المسؤولية الجزائية خاصة عندما تثار مسؤولية الطبيب. ويعود هذا الجدل إلى التداخل بين عناصر المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية، مما أثار الجدل حول ازدواجية أو استقلال الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني.

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لوحدة الخطأين.

وستتطرق لدراسة هذا الرأي القائل بوحدة الخطأين المدني والجنائي من خلال تبيان مضمونه وأساسه وحججه، وصولاً إلى تقدير مدى صحته.

البند الأول: مضمون الاتجاه وأساسه.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخطأ المدني والخطأ الجنائي لهما مدلول واحد، كما يتحدان من حيث الدرجة. فكما أن الشخص يسأل مدنياً عن كافة أخطائه جسيمياً ويسيرها، فإنه يسأل جزائياً عن إهماله ورعونته أو عدم مراعاته للأنظمة، وكذلك عن أخطائه العمدية متى رتبت ضرراً

¹⁵⁴ المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1 "المسؤولية الطبية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص

عاما، فلا يهتم ما إذا كان الإهمال جسيما أو يسيرا ولا ما إذا كانت مخالفة الأنظمة يسيرة أو جسيمة.

وحسب أنصار هذا الاتجاه، فما دام أن هذين الخطأين من طبيعة واحدة فكليهما يقدران بمعيار موضوعي، أي بالنظر إلى سلوك شخص آخر وجد في نفس الظروف الخارجية، وبغض النظر عن ظروفه الداخلية¹⁵⁵.

ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر ببراءة المتهم لعدم وجود خطأ في جانبه يحول دون أن ينسب القاضي المدني أي خطأ إلى المتهم بشرط أن يكون النص الجزائي يعاقب على الخطأ بكافة صورته. أما إذا كان النص يعاقب على صور معينة فالحكم الصادر بالبراءة لا يمنع القاضي المدني من نسبة الخطأ إلى المتهم، كما هو الحال في المادة 4/483 من قانون العقوبات الفرنسي، والمادة 374 من قانون العقوبات الأردني.

وتبنى هذا الاتجاه الفقه الفرنسي وتأثر بها بعض الفقه المصري وحجتهم في ذلك أن الخطأ المنصوص عليه في المواد 319 و 320 من القانون الجزائي الفرنسي-قبل تعديله- بالمواد 6/221، 20/19/222، يشمل كافة عناصر الخطأ المدني.

البند الثاني: حجج هذا الاتجاه.

من وجهة نظر مؤيدي هذا الاتجاه وطالما أن الخطأين المدني والجزائي متماثلان ولهما طبيعة واحدة فإن كل منهما يتم تقديره بمعيار موضوعي.

هذا وقد بنى المؤيدون لهذا الاتجاه رأيهم على الحجج التالية:

¹⁵⁵ الشوا السيد محمد سامي، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1986، ص366-

- جاءت نصوص المواد 319 و 320 من قانون العقوبات الفرنسي -قبل تعديله- كذلك المواد 238، 244 من قانون العقوبات المصري واسعة بحيث تشمل كل أنواع الخطأ، وأن القانون الجزائري لا يتطلب درجة معينة من الجسامة.

- على الرغم من اختلاف الوظيفة الاجتماعية لكل من المسؤولية المدنية (التعويض)، والمسؤولية الجزائية (العقوبة) إلا أن الوظيفتين تتضامنان معا في تحقيق مصلحة المجتمع. والأصل أن يقوموا معا كأثر لكل سلوك خطأ يسفر عنه ضرر اجتماعي.

- القول أن فكرة ازدواج الخطأين يهيئ للعدالة خدمة لا تتوافر في وحدته قول خطأ، لأن النظام القانوني العام للدولة يجمع بين وحدة الغاية الاجتماعية ووحدة المبادئ الأساسية والعدالة تتأذى من تضارب الأحكام في المسألة الواحدة¹⁵⁶.

- إن الأخذ بمبدأ ازدواج الخطأين يقسم الخطأ على درجات وليس هناك معيار دقيق يمكن من التمييز على أساسه بين درجات الخطأ الجسيم واليسير¹⁵⁷.

البند الثالث: تقدير الاتجاه،

على الرغم من الحجج التي أخذ بها أنصار هذا الاتجاه، إلا أنه وجهت إليه الانتقادات التالية:

* افتقاره إلى أساس مقبول حيث يفتقر هذا الاتجاه إلى أساس مقبول سواء من حيث حرفية النصوص أم من حيث المنطق.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يذكر درجة معينة من الجسامة فإنه لم يذكر أيضا درجة يسيرة من حيث صور الخطأ تصلح كأساس لتطبيق العقوبة. ومن حيث المنطق تعد الغاية الأساسية

¹⁵⁶ حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، المرجع السابق، ص 640.

¹⁵⁷ عوض محمد، قانون العقوبات "القسم العام"، المرجع السابق، ص 273.

للقانون المدني جبر الضرر وبالتالي يكون اهتمامه منصبا على التعويض لا على الخطأ في ذاته، فافتراض الخطأ في المسؤولية المدنية أمر جائز وبالتالي يستفيد المجني عليه أو المضرور من الشك. فهذه المبادئ لا تتفق مع مبادئ وأصول القانون الجزائي لان القاعدة هب لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تحكم القانون الجزائي وتؤدي إلى عدة نتائج في مقدمتها قرينة البراءة حيث يفترض براءة المتهم حتى يثبت العكس.

*يؤدي الأخذ بمبدأ وحدة الخطأين إلى نتائج غير مقبولة ومن هذه النتائج:

-إقامة حجية للحكم المدني أما القضاء الجزائي فهذا الأمر يقودنا إلى نتائج تخرج الدعوى الجزائية عن هدفها وهو تنظيم العدالة¹⁵⁸.

-الأخذ بمبدأ وحدة الخطأين يؤدي إلى التقليل من قيمة الخطأ الجزائي لأن القاضي وفق هذه النظرية يقدر سلوك المتهم بمعيار موضوعي بعيدا عن الظروف المحيطة بالفعل أو الدوافع الشخصية فاهم الوحيد عندئذ هو تعويض المجني عليه دون أن ينظر إلى مصلحة المتهم والحكم في الحالات التي يستحق فيها الجزاء بالفعل، فهذا الأمر أدى في النهاية إلى تشويه فكرة الخطأ في المسؤولية الجزائية بين أصحاب المهن ورجال القانون¹⁵⁹.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بازدواج الخطأين.

على غرار الرأي الأول الذي قال بوحدة الخطأين المدني والجنائي وعلى أساس ما تلقاه من انتقادات ظهر اتجاه آخر قائل بازدواجية الخطأين المدني والجنائي.

¹⁵⁸ عبيد رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط9، دار النهضة العربية، 1974، ص221 وما بعدها.

¹⁵⁹ ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص110.

البند الأول: مضمون الاتجاه و أساسه.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الخطأ يقسم إلى درجات جسيم ويسير، ويشترط لقيام الخطأ الجزائي أن يكون أشد حسامة من الخطأ المدني، حيث يكفي لقيام المسؤولية المدنية أي خطأ ولو كان يسيرا.

ويرجع أصل هذا التقسيم إلى القانون الروماني فقد عملوا على تقسيم الخطأ إلى خطأ فاحش وخطأ مهم وخطأ يسير. وهم يرون أن الخطأ تترتب عليه المسؤولية المدنية ولو كان خطأ يسيرا، لكن يلزم لقيام المسؤولية الجزائية درجة شديدة نسبيا، فلا بد من وجود خطأ فاحش أو خطأ على قدر من الأهمية، أما الخطأ اليسير فلا يرتب المسؤولية الجزائية لأنه دون الكفاية¹⁶⁰.

ولا يزال بعض الفقهاء الفرنسيين يقيمون تفرقة ثنائية بدلا من التفرقة الثلاثية حيث يقسمون الخطأ إلى نوعين:

-جسيم يستتبع المسؤولية المدنية والجزائية معا.

-خطأ يسير يستتبع المسؤولية المدنية وحدها.

وحجتهم في ذلك اختلاف الوظيفة الاجتماعية للعقوبة عن الوظيفة الاجتماعية للتعويض مما يستتبع ذلك اختلاف في درجة الخطأ الجزائي والخطأ المدني¹⁶¹.

البند الثاني: حجج هذا الاتجاه.

بني المؤيدون لهذا الاتجاه رأيهم على ما يلي:

-إن وظيفة المسؤولية المدنية تعوض الضرر، بينما وظيفة المسؤولية الجزائية ردع الجاني وحماية المجتمع من شره، لذلك قد يرتكب أفراد المجتمع أخطاء تافهة لا يلقون لها بالا، ولا يتأثر

¹⁶⁰ القللي محمد مصطفى، المسؤولية الجزائية، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، مصر، 1948، ص215.

¹⁶¹ Chavane, le problème des délits involontaires, r.s.p.1963,p247

الجاني بها إذا عاقب عليها القانون لذلك لا ضرورة لتدخل المشرع الجزائي لغرض العقوبة على مرتكبي مثل هذه الأخطاء.

-إذا سلمنا بوحدة الخطأين الجزائي والمدني، فإن ذلك يقيد القاضي في أن يختار بين أن يحكم بالإدانة والتعويض معا، أو أن يحكم بالبراءة وعدم التعويض معا، فيؤدي به في بعض الحالات إلى رفض التعويض لأنه يستنكر الإدانة الجزائية وأحيانا أخرى يرفض الحكم بالبراءة لشعوره بأن العدالة تقتضي منح التعويض للمصاب، وهذا لا يحقق العدالة، لكن استقلال الخطأ الجزائي عن الخطأ المدني يتيح للقاضي حلا وسطا يبعده عن عيوب المتطرفين¹⁶².

-عند النظر في النصوص القانونية في القانون المدني المتعلقة بالخطأ لوحظ أنها جاءت عامة ومطلقة على نحو يفيد المساواة بين جميع صور الخطأ ودرجاته، ولا فرق بين خطأ بسيط وخطأ جسيم بينما قانون العقوبات أورد صورا محددة للخطأ وهي واردة على سبيل الحصر ولا محل للقياس عليها أو التوسع فيها¹⁶³.

البند الثالث: الفرق بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي.

يرى أنصار هذا الرأي بان القانون المدني لا يفرق في المسؤولية بين درجات الخطأ ويسأل المخطئ مهما كان خطؤه يسيرا، وهذا ما تؤكد المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي نصت: "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"¹⁶⁴، كذلك نصت عليه المادة 163 من القانون المدني المصري التي نصت على: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

¹⁶² محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص41.

¹⁶³ المجاني نظام، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص473.

¹⁶⁴ الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 2005/6/20.

كذلك المادة 256 من القانون المدني الأردني التي نصت على: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر".

لكن الخطأ الجزائي يختلف عن الخطأ المدني من عدة نواحي:

* من حيث طبيعة كل منهما: فينظر الخطأ الجزائي إلى الناحية الإجرامية ومن حيث مدى إضراره بالمجتمع ويكون جزاؤه عقوبة زاجرة، بينما الخطأ المدني ينظر فيه من حيث إضراره بالفرد وإخلاله بالتوازن بين الذمم المالية ويكون جزاؤه إعادة هذا التوازن بتعويض مالي¹⁶⁵.

* من حيث مرجع تقديرهما عند القاضي: يعتبر أمر تقدير الخطأ متروكا للقاضي، فيجب عليه إذا تردد في نسبة الخطأ إلى المتهم أن يرجح جانب البراءة على جانب الإدانة لأن المجتمع الذي يعد مجنيا عليه يستنكر عقاب شخص بريء أكثر من تبرئة شخص مذنب، هذا بالإضافة إلى أن العقوبات التي يوقعها القاضي طبقا لقانون العقوبات تصف المتهم بطابع الإجرام لذلك ينبغي على القاضي أن يتوخى الدقة والحذر فيما يتعلق بثبوت التهمة وترجيح جانب البراءة عند الشك.

أما القاضي المدني إذا وجد أقل شبهة على خطأ المشتكى منه فإنه لا يتردد في الحكم عليه بالتعويض، بينما القاضي الجزائي إذا تشكك وجب عليه الحكم بالبراءة.

* من حيث عبء الإثبات: يقع عبء إثبات الخطأ المدني على عاتق المدعي في دعوى التعويض، أما عبء إثبات الخطأ الجزائي يقع على عاتق سلطات الاتهام¹⁶⁶.

¹⁶⁵ انظر، مرقص سليمان، تعليقات على الأحكام، مجلة القانون والاقتصاد، س15، عدد1-3 بند 13، ص268.

¹⁶⁶ لاقى ماجد محمد، المرجع السابق، ص102.

الفصل الثاني: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب وانتفاؤها.

الأصل في قانون العقوبات أن المسؤولية الجزائية للشخص تقوم بصفة عامة عند إخلاله أو عصيانه لأوامر القاعدة القانونية، وذلك بإتيانه لفعل مجرم ايجابيا كان أو سلبيا.

وتطبيقا لذلك تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة ارتكابه فعل عمدي ايجابي او سلبي أو عند الخطأ، ويجد نفسه معرضا للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب.

وعلى ضوء ذلك فإن الطبيب لا يكون مسؤولا عن جريمة معينة إلا إذا كان قد تسبب في حدوثها ماديا أي وجود علاقة السببية بين النشاط والنتيجة ويكون متمتعا بالأهلية المطلوبة لتحمل التبعة والمتمثلة في عنصري الإدراك والتمييز، أي يكون ارتكابه لهذه الجريمة قد تم إما عمدا وإما عن خطأ. هذا ولا يتطلب القانون في ذلك أن يكون ضرر المريض برضائه أو بدونه، بل حتى بدون ضرر وأحيانا حتى بدون اكتمال الجريمة أي على أساس المحاولة كجريمة الإجهاض والممارسة غير الشرعية لمهنة الطب.

لذلك واستكمالا لما سبق لابد من تبيان حالات قيام المسؤولية الجزائية للطبيب وحالات انتفائها، وهنا قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب.

المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

إن المسؤولية الجزائية للطبيب تقوم في صورتين، إما بصفة عمدية في حالة توفر القصد الجنائي، وإما بصفة غير عمدية وذلك في حالة الخطأ، وذلك لأن إرادة الإنسان في اتجاهها للقيام بالجريمة تأخذ إحدى الصورتين:

-الأولى هي صورة الإرادة الواعية التي تسعى إلى إحداث النتيجة على النحو المنصوص عليه بالقانون وتسمى القصد الجنائي.

-الثانية وهي صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد وتسمى بالخطأ.

ولذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: قيامها في حالة القصد الجنائي.

المطلب الثاني: قيامها في حالة الخطأ.

المطلب الأول: قيامها في حالة القصد الجنائي.

إن دراسة المسؤولية الجزائية للطبيب في نطاق توافر القصد الذي هو أحد صور الركن المعنوي، هو نوع من التجاوز لأن المسؤولية الجنائية ليست جزء من الركن المعنوي الذي هو احد أركان الجريمة مع الركن المادي والركن الشرعي، في حين أن المسؤولية الجزائية هي حصيلة هذه الأركان مجتمعة وقيامها يؤدي إلى خضوع الطبيب لجزاء جزائي يقرره القانون. غير أن ما يبرر هذا التجاوز هو العلاقة الخاصة التي تربط المسؤولية الجنائية بالركن المعنوي، ففي كثير من الأحيان تختلط فكرة المسؤولية الجزائية بالركن المعنوي، فنجد أن موانع الركن المعنوي هي نفسها موانع المسؤولية الجنائية ولهذا قيل أن الركن المعنوي هو ركن المسؤولية الجزائية، ولكي تتحقق هذه

المسؤولية يجب أن يتوفر قصد جنائي من قبل الطبيب، بأن يكون عالماً بالأضرار المترتبة عن أفعاله ومع ذلك قام بها¹⁶⁷.

الفرع الأول: مفهوم القصد الجنائي.

أشار قانون العقوبات الجزائري في كثير من مواده إلى القصد الجنائي، باشتراطه ضرورة توافر العمد في ارتكاب الجريمة، دون أن يشير إلى تعريفه كغيره من قوانين العقوبات على وجه العموم.

وقد حاول الفقه القيام بهذه المهمة، فقيلت تعريفات عديدة لا تختلف في مضمونها، إذ تدور حول نقطتين:

- الأولى: وجوب توجه الإرادة إلى ارتكاب الجريمة.

- الثانية: ضرورة أن يكون الفاعل على علم بأركانها.

فإذا تحقق هذان العنصران معاً (العلم والإرادة) قام القصد الجنائي، وبانتفائهما أو انتفاء أحدهما ينتفي القصد الجنائي.

وبناء عليه يمكن تعريف القصد الجنائي بأنه: "العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها"¹⁶⁸.

ويشتمل القصد الجنائي على عنصرين رئيسيين هما:

البند الأول: العلم.

¹⁶⁷ انظر، مجلة المحامي، منظمة المحامين لسطيف، العدد 11، السنة 2010.

¹⁶⁸ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام / الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 231.

وهو حالة ذهنية أو قدر من الوعي يسبق تحقق الإرادة ويعمل على إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع. والعلم بهذا المعنى يرسم للإرادة اتجاهها ويعين حدودها في تحقيق الواقعة الإجرامية. ولذلك يجب توافر العلم بعناصر الواقعة الإجرامية، وتتمثل في كل ما يتطلبه المشرع لإعطاء الواقعة وصفها القانوني، وتمييزها عن غيرها من الوقائع المشروعة. وإلى جانب الإرادة يتعين أن يحيط الجاني علما بجميع العناصر القانونية للجريمة، أي بأركان الجريمة كما حددها نص التجريم. فإذا انتفى العلم بأحد هذه العناصر، بسبب الجهل أو الغلط انتفى القصد بدوره.

والأصل أن يحيط علم الجاني بكل الوقائع التي يتطلبها القانون لقيام الجريمة فلا يقتصر الأمر على العناصر السابقة على السلوك وإنما يمتد ليشمل العناصر اللاحقة والمعاصرة للفعل طالما كانت ضرورية للتكوين القانوني للواقعة.

والوقائع التي تدخل في تكوين الجريمة، والتي يتطلب المشرع علم الجاني بها هي:

أ- موضوع الحق المعتدى عليه: لقيام القصد الجنائي وجب أن يكون الجاني على علم بموضوع الحق الذي يعتدي عليه. ففي جريمة القتل مثلا يتطلب القصد أن يكون الجاني على علم بأنه يعتدي على إنسان حي. وفي جريمة السرقة يجب أن يعلم بأن المال مملوك للغير. فإذا كان الجاني يجهل هذه الحقائق انتفى القصد.

ب- العلم بخطورة الفعل على المصلحة المحمية قانونا: إذا اعتقد الجاني أن فعله لا يكون خطرا على المصلحة المحمية قانونا ثم قام بفعله على هذا الأساس فإن فعله الضار لا يعد جريمة عمدية إذ ينتفي القصد لديه.

ج- العلم بمكان وزمان ارتكاب الفعل: الأصل أن القانون يجرم الفعل في أي مكان وقع، أو في أي زمان حدث. ولكن القانون اشترط في بعض الجرائم أن ترتكب في مكان محدد فجريمة التجمهر لا تتم إلا في مكان عام طبقا للمادة 97 من قانون العقوبات الجزائري.

كما اشترط القانون على بعض الجرائم أن تتم في زمان محدد كالجرائم التي ترتكب في زمن الحرب (المادة 62 و 73 من قانون العقوبات الجزائري).

وقد يجتمع الشرطان معا وفي نفس الواقعة كاشتراط العلم بزمان ومكان الجريمة، كما هو الشأن في جريمة الاعتداء على مكان ليلا (المادة 40 من قانون العقوبات الجزائري).

د- العلم ببعض الصفات في الجاني أو المجني عليه: قد يتطلب المشرع صفة معينة في الجاني أو المجني عليه. كما يقتضي أن يعلم الجاني بهذه الصفات كي يقوم القصد في الجريمة المرتكبة. ومن الصفات الخاصة في الجاني أن تعلم المرأة التي تحاول إجهاض نفسها بأنها حامل، فإذا قامت المرأة بأعمال أجهضتها وهي لا تعلم أنها حامل لا ترتكب جريمة عمدية أي ينتفي قصدها الجنائي¹⁶⁹.

ومن الصفات الخاصة بالمجني عليه التي يتطلبها القانون والتي يجب أن يعلمها لتوافر القصد لكون المجني عليه موظفا في جريمة اهانة الموظفين (المادة 144 من قانون العقوبات الجزائري). وكون المرأة متزوجة في جريمة الزنا (المادة 339 من قانون العقوبات).

البند الثاني: الإرادة.

لا يتحقق القصد الجنائي بمجرد العلم بعناصر الواقعة الإجرامية وإنما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك وإلى النتيجة أيضا إذا كان القانون يشترط لقيام الجريمة حدوث نتيجة معينة.

وقد عرفت الإرادة بأنها نشاط نفسي اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة¹⁷⁰.

وعلى ذلك فإن إرادة السلوك تتحقق في الجرائم ذات النتيجة عن طريق بذل الجاني جهده في وضع ما استقر عليه عزمه موضع التنفيذ إلى غاية تحقيق النتيجة الإجرامية.

¹⁶⁹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 251-252.

¹⁷⁰ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 123.

وبذلك تحتل الإرادة أهمية كبيرة في القانون الجنائي فلا شأن لهذا الأخير بالأفعال غير الإرادية. والإرادة ليست الرغبة فالأخيرة تعني الاشتهاء الجرد والتمني ، وليس من وظائفها السيطرة على الحركات العضوية للجاني أو توجيه سلوكه. والقصد الجنائي يتطلب الإرادة لا الرغبة وكمثال على تحقق الرغبة أن يتمنى احدهم الموت لآخر فيغيره بالسفر إلى مكان غير آمن فيسافر فعلا ويلقى حتفه. فيقول البعض عن هذا أن إرادة إحداث الوفاة لم تتوفر لديه لأنه لم يكن مسيطرا بإرادته على سبيل تحقق النتيجة، وإنما توافرت لديه الرغبة في حدوث الوفاة وهي غير كافية تماما لتوافر القصد الجنائي¹⁷¹.

أما في الجرائم الشكلية أو جرائم الخطر فتتوقف هذه الإرادة عند حد تحقيق السلوك وفق ما هو مبين في النموذج القانوني للجريمة. وهي تعد شرطا أساسيا للمسؤولية الجنائية بوجه عام، وإلا انتفت المسؤولية في جميع الجرائم عمدية كانت أو غير عمدية.

ولنضرب مثلا على ذلك جريمة القتل، إذ باعتبار هذه الجريمة من الجرائم المادية، أي ذات النتيجة فإنه يلزم لتوافر القصد الجنائي أن تتجه إرادة الجاني للسلوك والنتيجة معا. وتمثل النتيجة في إزهاق روح إنسان، فإذا اتجهت الإرادة إلى تحقيق السلوك دون النتيجة انتفى القصد الجنائي، ومثال ذلك من يطلق عيارا ناريا لتفريق تجمهر، فيصيب شخصا كان متواجدا على شرفة منزله.

والإرادة هي قوة نفسية أو نشاط نفسي يوجه أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق نتيجة إجرامية¹⁷².

وتغطي الإرادة في الجريمة العمدية السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية، في حين يقتصر دورها في الجرائم غير العمدية على تغطية السلوك دون النتيجة، وتساعد الإرادة في التمييز بين درجات القصد الجنائي، والإرادة تتجه إلى النتيجة قبل أن تتجه إلى السلوك، وهي تأتي بعد العلم

¹⁷¹ باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، الجزائر، 2007، ص114.

¹⁷² عدو عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، دار هومة، الجزائر، 2010.

فالأخير يسبقها زمناً، ولا إرادة دون علم سابق، وفي كل الأحوال فإن الإرادة لا تتجزأ، فهي واحدة موحدة بالنسبة لموقف بعينه.

واتجاه الإرادة إلى كل من السلوك والنتيجة ليس محل اتفاق، ففي القديم وتحديدًا في القانون الكنسي ساعدت القاعدة التي تنسب إلى برنارد دو بافي ومفادها "من أتى فعلا غير مشروع كان مسؤولاً عن كل نتائجه ولو لم يردّها". هذا وقد تصدى القديس توماس الاكوييني لهذه القاعدة بأن جعل من الإرادة معياراً لها، فقال أن الإرادة تتجه إلى الأثر متى اتجهت إلى السبب، بمعنى أنها تتجه-أي الإرادة- إلى جميع النتائج طالما ثبت اتجاهها إلى السلوك¹⁷³.

وقول كهذا لا يكون مستساغاً عند محاولة التمييز بين الجريمة العمدية والجريمة غير العمدية. وعلى أية حال فإن الانقسام في الفقه مازال قائماً حول كل من نظرية الإرادة ونظرية العلم. وخلاصة الأولى أن الإرادة تغطي السلوك والنتيجة معاً، وفي نظرية العلم يقتصر دور الإرادة عندها على السلوك دون النتيجة. أما العلم كعنصر فهو محل اتفاق على أنه يغطي كل عناصر الركن المادي للجريمة¹⁷⁴، وما يمكن التأكيد عليه على أن ما يعزز من نظرية الإرادة ضرورة التمييز بين الجريمة العمدية والجريمة غير العمدية، باعتبار أن نظرية العلم لا تحقق ذلك التمييز، مع ما فيها من عدالة، رغم أن بعض الجرائم لا تتطلب نتيجة كجرائم الخطر، مع الانتباه إلى حقيقة غير يقينية مفادها أن ربط الإرادة بالنتيجة قد يضعفها ويجولها إلى مجرد رغبة للمجرم¹⁷⁵.

¹⁷³ Raoul duval, du dol éventuel, 1999, p19.

¹⁷⁴ محمد زكي أبو عامر و علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات "القسم العام"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1984، ص180.

باسم شهاب، المرجع السابق، ص115.¹⁷⁵

*التمييز بين الباعث والقصد الجنائي:

لم يقدم قانون العقوبات الجزائري تعريفا للباعث وهذا على خلاف بعض القوانين الأخرى، إذ عرفه قانون العقوبات اللبناني في المادة 192 بأنه: "العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها"¹⁷⁶.

وقد عرف بعض الكتاب الباعث بأنه: "العلة الدافعة إلى الجريمة". في حين عرفه البعض بأنه: "الغرض البعيد الذي يتوخاه الجاني من جراء ارتكابه الجريمة".

والذي يجمع عليه الكثير من الكتاب هو أن الباعث مجرد إحساس نفسي يوجد لدى الشخص قبل ارتكاب الجريمة. وهو متميز عن كل من الغرض والغاية.

فالغرض هو الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة من وراء ارتكاب السلوك الإجرامي، أي هو النتيجة الإجرامية التي يحددها القانون بصدد جريمة معينة. فالغرض من جريمة القتل هو إزهاق روح المجني عليه والغرض من جريمة السرقة هو الاستيلاء على مال الناس.

أما الغاية فتتمثل في الهدف البعيد الذي يسعى الجاني إلى تحقيقه من وراء الجريمة، فقد تكون الغاية من جريمة القتل هو الحصول على مكافأة مالية، وقد تكون إزاحة المجني عليه كمنافس في مجال معين. وقد تكون الغاية من جريمة السرقة هي إشباع الحاجة إلى الطعام أو إلى اللباس أو غير ذلك من الحاجات الخاصة وتصور أو تمثل هذه الغاية هو الذي يعبر عنه بالباعث على الجريمة، أي أن الباعث هو مجرد إحساس أو شعور بضرورة تحقيق الغاية¹⁷⁷.

وتبعاً لما تقدم فإن الغرض من الجريمة، وهو كما سبقت الإشارة النتيجة الإجرامية التي يحددها القانون بصدد جريمة معينة لا يتعدد بتعدد المساهمين، كما هو الحال في جريمة السرقة، إذ يسعى الجميع إلى الاستيلاء على مال الغير دون خلاف. أما الغاية فإنها قد تتعدد بتعدد المساهمين

¹⁷⁶ وهو نفس تعريف المشرع السوري والمشرع الأردني.

¹⁷⁷ عدو عبد القادر، المرجع السابق، ص 191.

في الجريمة، فقد تكون الغاية عند أحدهم هو توفير الطعام، وعند الآخر توفير الدواء لقريب، وتبعاً لتعدد الغايات من الجريمة يتعدد الباعث إليها أيضاً باعتباره نشاطاً نفسياً يتعلق بالغاية وليس بالغرض¹⁷⁸.

*حكم الباعث: القاعدة في أغلب التشريعات أنه لا يعتد بالباعث، إذ يخرج من تكوين الجريمة، وفي هذا قضت المحكمة العليا أن: "الباعث لا يكون ركناً من أركان جنائية القتل العمدي"¹⁷⁹، ويستوي في هذا أن يكون الباعث شريفاً أو دنيئاً. ففي جريمة القتل يستوي أن يكون الباعث على اقترافها هو الانتقام أو الغيرة أو الشفقة بالمجنني عليه، كمن يجهز على آخر لوضع حد لمعاناته المرضية.

وعلى ذلك فإن الباعث متميز عن القصد الجنائي، إذ هو اتجاه الإرادة إلى السلوك الإجرامي وإلى النتيجة الإجرامية. مع العلم بالعناصر اللازمة لقيام الجريمة. ولا يؤثر في صحة الحكم إغفاله بيان الباعث أو الخطأ فيه، مادام قد بين أركان الجريمة، وأورد أدلة ثبوتها بما يفني بالنتيجة التي انتهى إليها.

ومبرر عدم الاعتداد بالباعث هو أنه أمر باطني من الصعب الوقوف على حقيقته. كما أن الاعتداد به قد يفتح الباب أمام الناس لارتكاب الجرائم ثم التهرب من العقوبة بدعوى أن الباعث إليها كان شريفاً. وفضلاً عن ذلك فإن الباعث يتعدد حتى في الجريمة الواحدة بتعدد المساهمين. ومثال ذلك في جريمة السرقة، فقد يرتكبها أحد المساهمين رغبة منه في إشباع حاجته إلى الطعام، وآخر رغبة في شراء دواء لزوجته. وهذا ما يجعل الاعتداد بالباعث كعنصر في الجريمة أمراً غير لازم.

¹⁷⁸ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 186.

¹⁷⁹ المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1978/10/26 طعن رقم 17863. ج. بغدادي، المرجع السابق، ج 1، ص 299.

وإذا كان لا يعتد بالباعث في تكوين الجريمة، فإن له دور في تقدير العقوبة، إذ قد يأخذ به القضاء لتخفيف العقوبة في الحدود المقررة قانوناً. سواء بين الحدين الأقصى أو الأدنى، أو التزول بها دون الحد الأدنى إعمالاً للظروف القضائية المخففة. وفي هذا قضت المحكمة العليا: "إن الباعث أو الدافع على ارتكاب جريمة القتل العمد ليست ركناً من أركانها، وبالتالي لا تنفي مسؤولية الفاعل الجزائية، وكل ما يترتب عليه هو تخفيض العقوبة في الحدود المقررة قانوناً"¹⁸⁰. وقد ذهب البعض إلى القول بأنه من الواجب على القاضي أن يأخذ في الحسبان الباعث على الجريمة في تقدير العقوبة إعمالاً للظروف القضائية المخففة¹⁸¹.

كما لا يعتد بالغاية أيضاً كقاعدة عامة، وذلك باستثناء بعض الحالات كجرائم التزوير، إذ لا تقوم هذه الجريمة إلا باستعمال المحرر المزور وهذا ما يمثل الغاية، أي الهدف البعيد في جريمة التزوير، بخلاف الغرض، أي الهدف القريب وهو القيام بتغيير الحقيقة.

ومثال ذلك أيضاً جريمة الخطف، حيث يعتد القانون المشرع بالغاية لتشديد العقوبة، وتمثل هذه الغاية في الحصول على فدية، إذ يعتبر دفع الفدية هدفاً بعيداً يسعى الجاني إلى تحقيقه من وراء نشاطه، وهذه الغاية ما هي إلا الجانب المادي من الباعث.

الفرع الثاني: صور القصد الجنائي.

للقصد الجنائي عدة صور تختلف الواحدة عن الأخرى. فقد يكون القصد الجنائي عاماً أو خاصاً، كما أنه قد يكون بسيطاً أو مشدداً، وقد يكون محمداً أو غير محدد، وقد يكون مباشراً أو غير مباشر (متملاً).

¹⁸⁰ المحكمة العليا: قرار بتاريخ 1980/11/25، طعن رقم 22645، ج1، بغدادي، المرجع السابق، ص123.

¹⁸¹ Pierre bouzat, jean pinatel, op.cit.p257.

البند الأول: القصد العام والقصد الخاص.

فالقصد العام يتمثل في انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل وهو يعلم أن القانون ينهي عنه. و إذا كان القصد العام ضروريا لقيام كافة الجرائم العمدية، فقد يشترط القانون علاوة على القصد العام قصدا خاصا.

أما القصد الخاص فيتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة، فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون الجزائي.

وهكذا يشترط القانون، بالإضافة إلى القصد العام المتمثل في إرادة الجاني الواعية مخالفة القانون، إما نية إزهاق الروح كما في جريمة القتل العمد المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 254 من ق.ع، وإما إرادة الاستيلاء على شيء مملوك للغير كما في جريمة السرقة المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 350 من ق.ع، وإما إرادة الإساءة إلى اعتبار وشرف شخص كما في جنحة القذف المنصوص والمعاقب عليها بالمادة 298 من ق.ع.

تشكل نية إزهاق الروح القصد الخاص في القتل العمد، أما إذا كان الاعتداء على المجني عليه ليس بنية إزهاق الروح ولكن مجرد ضرب وجرح عمد أدى إلى الوفاة، مثلما نصت عليه المادة 264 من ق.ع. ففي هذه الحالة تنعدم نية القتل لأن إرادة الجاني لم تتجه نحو إحداث هذه النتيجة.

كما تشكل إرادة الاستيلاء على مال غير القصد الخاص في جريمة السرقة¹⁸²

وإرادة الإساءة إلى شرف واعتبار شخص القصد الخاص في جريمة القذف.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون لا يعتد بالباعث أو الدافع إلى ارتكاب الجريمة، فحتى لو كان الباعث على ارتكابها نبلا أو شريفا، فإن القانون لا يأخذ به. غير أنه قد يشكل عذرا مخففا كما

¹⁸² يتجه القضاء إلى عدم الأخذ بالقصد الخاص في جريمة السرقة.

هو الحال بالنسبة لمرتكب القتل أو الجرح لحظة مفاجأة الزوج متلبسا بجريمة الزنا المادة 279 من ق.ع، وقد يكون الباعث ظرفا مشددا كما هو الحال في المادة 293 مكرر ق.ع التي تعاقب الخطف بالسجن المؤبد إذا كان الدافع إليه هو تسديد الفدية.

البند الثاني: القصد المحدد والقصد غير المحدد.

فالقصد المحدد هو الذي يتوفر لدى الجاني، عندما يعقد العزم على ارتكاب جناية أو جنحة معينة مثل القتل والسرقة في حق شخص معين.

كما يكون محددًا أيضا إذا أراد الجاني النتيجة حتى وإن كان لا يعرف هوية الضحية، ذلك أن تحديد القصد مرتبط أساسا بمدى الإرادة بالنسبة لنتيجة الجريمة.

أما القصد غير المحدد فيكون عندما تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل إجرامي غير مبال بشئ النتائج التي قد تنتج عن فعله وبهوية الضحية، ومثال ذلك من ينهال على عدة أشخاص بالضرب فيصيب البعض بجروح خفيفة والبعض الآخر بجروح بليغة منهم من فقد إبصار أحد العينين، ففي هذه الحالة سيعاقب الجاني تبعا للنتائج المترتبة عن فعله، وحسب خطورتها وإن كان لم يريد بها بالضرورة.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن عدم تحديد هوية الضحية (الخطأ في شخص الضحية) لا يؤثر في قيام الجريمة، كمن يريد قتل (أ) فيطلق الرصاص على (ب) معتقدا أنه (أ) فيرده قتيلا، ومن ثم فإن القضاء يسوي بين القصد المحدد والقصد غير المحدد، معللا ذلك بتوافر إرادة إحداث النتائج المضرة¹⁸³.

¹⁸³ بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 149.

البند الثالث: القصد البسيط والقصد المشدد.

يختلف القصد في درجة الخطورة مما يؤثر على الوصف والجزاء. هذا ويميز الفقه بين القصد البسيط العادي والقصد المشدد، ويقصد به سبق الإصرار والترصد اللذين يشددان الوصف والعقاب. ويقصد بسبق الإصرار عقد العزم قبل ارتكاب الفعل على الاعتداء على شخص، ويقصد بالترصد انتظار شخص لفترة من الزمن للاعتداء عليه. والواقع أن سبق الإصرار ينطوي على الترصد، وهو الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 يتخلى عن الترصد.

وهكذا يتحول القتل العمد (المادة 2/263 من ق.ع) إلى القتل مع سبق الإصرار أو الترصد (المادة 261 من ق.ع)، والعقوبة من السجن المؤبد إلى الإعدام إذا اقترن بأحد هذين الظرفين.

كما يتحول وصف أعمال العنف التي تؤدي إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة لا تتجاوز 15 يوم، وهي المخالفة البسيطة المعاقب بالحبس من 10 أيام إلى شهرين (المادة 1/442 ق.ع) إلى جنحة وتغلظ عقوبتها، لتصبح الحبس من شهرين إلى خمس سنوات إذا وقعت أعمال العنف مع سبق الإصرار والترصد (المادة 266 ق.ع) ويتحول وصف أعمال العنف التي تؤدي إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما وهي الجنحة المعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات (المادة 1/264 ق.ع)، إلى جناية وتغلظ عقوبتها لتصبح السجن من خمسة إلى عشرة سنوات إذا وقعت هذه الأعمال مع سبق الإصرار أو الترصد (المادة 265 ق.ع).

البند الرابع: القصد المباشر والقصد غير المباشر.

القصد المباشر ويتحقق عندما تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب جريمة مع علمه بتوافر أركانها التي يتطلبها القانون.

فالقصد المباشر هو القصد الجنائي سواء كان عاما أو خاصا وهو الذي يميز الجرائم العمدية التي تستلزمه دائما عن الجرائم غير العمدية التي لا تستلزمه¹⁸⁴.

أما القصد غير المباشر فيسمى أيضا القصد الاحتمالي وهو أن يقدم الجاني على نشاط إجرامي معين فتتحقق نتيجة أشد جسامة مما توقع لجريمته. ومثال ذلك مدير شركة طيران الذي يسمح لطائرة بالإقلاع وعلى متنها ركاب وهو يعلم أنها غير صالحة للطيران فإذا ما سقطت الطائرة وتوفي الركاب إثر ذلك فهل يمكن القول بأن مدير الشركة مذنب بقتل عمدا؟ وكذلك حال سائق سيارة يتجاوز سيارات أخرى في منعرج خطير فيصدم سيارة متسببا في قتل سائقها، فهل يسأل هذا السائق من أجل جريمة القتل؟

الواقع أن القصد غير المباشر يختلط تارة بالعمد المطلوب في الجرائم العمدية وتارة أخرى بالخطأ والإهمال غير أن غالبية الفقهاء وكذلك الفضاة يميلون إلى اعتبار القصد الاحتمالي مجرد خطأ.

ومع ذلك فقد أخذ المشرع الجزائري بالقصد الاحتمالي في بعض الجرائم ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 399 ق ع بالنسبة لمرتكب الحريق العمدا الذي يؤدي إلى موت شخص أو عدة أشخاص أو يتسبب في إحداث عاهة أو جرح، فهو يعاقب كما لو ارتكب القتل العمدا أو الجرح المؤدي إلى عاهة.

كما أخذ بالقصد الاحتمالي في المادة 417 مكرر المستحدثة في قانون العقوبات إثر تعديله في 2006 بموجب القانون المؤرخ في 2006/12/20 التي تعاقب بالسجن المؤبد كل من تعمد تقديم معلومات خاطئة يعلم أنها قد تعرض سلامة طائرة في الجو أو باخرة للخطر.

¹⁸⁴ بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص150.

وبوجه عام، أخذ قانون العقوبات الفرنسي بعين القصد الاحتمالي عندما جعل "تعريض الغير للخطر عمدا" ركنا معنويا (المادة 3/121) حيث شدد عقوبة القتل والجرح الخطأ في حالة الإخلال عمدا بموجب الأمن والحذر كما جرم تعريض الشخص للخطر.

هذا وقد عملت محكمة النقض الفرنسية على حصر مجال تطبيق تعريض شخص الغير للخطر، وهكذا اشترطت التزاما سابقا خاصا بالأمن والحذر، كما قضت بأن خطأ التعريض للخطر يتميز بخرق بين وعمدي لالتزام فرضه القانون أو التنظيم دون أن يكون الجاني على علم بالخطر الذي أحدثه إخلاله بهذا الالتزام.

المطلب الثاني: قيامها في حالة الخطأ.

الخطأ الذي يكون الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية قد يقع بفعل إيجابي، وعليه فمن يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولا عنها إذا ثبت أن سلوكه يحمل معنى تجاوز واجبات الحيطة والحذر، حتى ولو أنه لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعه توقعها. ويتضح الفرق بصورة واضحة بين الخطأ والقصد الجنائي، ففي القصد الجنائي تسيطر الإرادة على ماديات السلوك، وتسعى إلى تحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها، في حين أن إرادة الجاني في الخطأ تسيطر على ماديات السلوك فحسب دون النتيجة التي لا يمكن أن تنسب إلى نشاط الإرادة.

على أن العلاقة لا تنقطع بين النتيجة والإرادة الإجرامية، لأن انقطاعها لا يقيم الجريمة ومفاد ذلك، أن القانون يعاقب على تحقيق النتيجة في أغلب الأحيان لا مجرد السلوك المادي المحض¹⁸⁵.

¹⁸⁵ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 270.

الفرع الأول: صور الخطأ الجنائي.

ما يميز الجريمة المقصودة عن الجريمة غير المقصودة هو أنه في الحالة الأولى يخرج السلوك الإجرامي إلى حيز الوجود مصحوبا بعلم من الفاعل وإرادته. أما الحالة الثانية فإن السلوك الجرمي يقع ويظهر إلى حيز الوجود نتيجة خطأ ارتكبه الفاعل، دون إرادة في ارتكاب الفعل ولا إرادة في تحقيق النتيجة. والمقصود بالخطأ هنا هو الخطأ غير المقصود، إذ أن الجريمة القصدية أيضا تقوم على عنصر الخطأ، لكن هذا الخطأ يكون قصديا.

وإذا كان الضرر ضروري لقيام المسؤولية المدنية، فإن هذا العنصر ليس ضروريا دائما لقيام المسؤولية الجزائية.

وصور الخطأ الجنائي نصت عليها المادة 288 من قانون العقوبات الجزائي وهي كالتالي:

البند الأول: الرعونة.

يقصد بها سوء التقدير أو النقص في المهارة أو الجهل بالأمر التي يتعين العلم بها¹⁸⁶. وهذه الصورة تكون عادة عند المهنيين عندما يقدمون على عمل، تنقصهم فيه الدراية العلمية والخبرة الميدانية¹⁸⁷، كأن يقوم الطبيب بتخدير كلي في جراحة، يكفي فيها التخدير الموضعي، فينجم عن ذلك وفاة المريض¹⁸⁸.

و حالات الرعونة تقع عادة في الجراحة والتوليد. وهي تعني قيام الطبيب أو القابلة بأفعال تتسم بالخشونة في التعامل مع جسم المريض أو المريضة، خاصة عملية التوليد. فهناك اعاقات تلحق بالمولود من جراء الرعونة. فمن الملفات القضائية أن امرأة عرضت نفسها على طبيب، قصد توليدها قبل التاريخ المحدد، فتبين أن وضعية الجنين غير عادية. وبتاريخ الولادة لم يأمر بتحويلها إلى

¹⁸⁶ الفهوجي علي، قانون العقوبات "القسم العام"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1999، ص341-342.

¹⁸⁷ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص149.

¹⁸⁸ انظر، الملحق رقم 1.

المستشفى، بل قام بنفسه بتوليدها، وطلب من أمها مساعدته في جذب الوليد من رجله، لكن رأسه انفصل عن جسمه وبقي بالداخل. وبعد أن تم نقل الأم إلى المستشفى توفيت قبل وصولها. وبناء على هذه الوقائع أدانت المحكمة الطبيب مستخلصة الأخطاء التالية:

-عدم اتخاذ الحيطة لمنع الخطر في بادئ الأمر، مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بعدة أيام.

-عندما باشر الولادة فعلا وجد أن الحالة صعبة، ولم يطلب مساعدة طبيب آخر في الوقت المناسب قبل أن يستفحل الأمر إلى أن حصل نزيف شديد وأغمي على الأم.

-أن جذب الجنين مدة من الزمن واستعمال العنف في الجذب رغم أن ذلك لم يكن له جدوى بالنظر إلى حجم رأس الوليد وكل دقيقة تمر تشكل خطرا على حياة الأم وعلى وليدها معا.

حاول الطبيب إلقاء المسؤولية على أم المتوفاة بأنها هي التي جذبت الوليد لكن ذلك لا يبرئه، لأنه هو من طلب منها ذلك وكان عليه طلب مساعدة أخصائي أو إرسال المريضة إلى المستشفى قبل استفحال وضعيتها¹⁸⁹.

وتطبيقا لذلك أيضا فقد حكم بأن الشخص، الذي تدخل في عملية توليد دون أن يكون مرخصا له بمزاولة مهنة الطب، ويتسبب في قتل الجنين عليها، يرتكب جريمة القتل الخطأ طبقا للمادة 288 من قانون العقوبات¹⁹⁰.

¹⁸⁹ الطباخ شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص28 وما

بعدها.

¹⁹⁰ يحيى عبد القادر المرجع السابق، ص49.

البند الثاني: عدم الاحتياط.

هو ذلك الخطأ الذي ينطوي على نشاط ايجابي. أو هو إتيان الشخص لفعل كان يجب الامتناع عنه. بعبارة أخرى عدم الاحتياط هو عدم التبصر بعواقب الأمور، بحيث أن الشخص يكون مدركا لما يمكن أن ينجر عليه هذا الفعل من ضرر للغير، ويمضي في فعله باستخفاف، ضانا منه أنه يمكن تجنب النتيجة.

ويعرفه الدكتور الشواربي بأنه: "الحالة التي يقدم فيها الجاني على فعل خطير وهو يدرك خطورته، ويتوقع النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها، ولكنه مع ذلك لم يتخذ الاحتياطات الكافية التي تحول دون تحقق هذه النتائج" ¹⁹¹.

لذلك فهو يقع بصدد فعل ايجابي، يدل على طيش الفاعل أو عدم تدبره للعواقب، فيسأل جزائيا لأنه يفترض فيه العلم باحتمال حدوث ضرر نتيجة سلوكه الايجابي كالطبيب الذي يجري عملية نقل دم إلى مريض دون أن يجري له فحصا سريريا ¹⁹². أو طبيب الأشعة الذي يسلط الأشعة على مريضه دون أن يغطي الأجزاء السليمة حتى لا تصل إليها الأشعة.

فعدم الاحتياط هو عدم الانتباه لخطر كان متوقعا ومعروفا لكن الطبيب لم يعمل على تجنبه إما جهلا أو نسيانا فأحدث بذلك ضررا للمريض.

إن حالات عدم الاحتياط كثيرة لا يمكن حصرها ومنها على سبيل المثال ملف قضائي تمت فيه متابعة طبيب كان يتابع امرأة حاملا لم يقيم بالاحتياط اللازم لصحة الجنين فأصيب بمرض toxoplasmose نتج عنه فقدان بصره وولد كفيفا.

¹⁹¹ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 341-342.

¹⁹² بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 369.

لكن قاضي التحقيق أصدر أمرا بانتفاء وجه الدعوى، أيده غرفة الاتهام في ذلك. وبعد الطعن بالنقض ضد قرار هذه الأخيرة، تم نقضه لارتكازه على مبدأ أن الطبيب ملزم ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة. لكن وقائع القضية بينت أنه لم يبذل هذه العناية¹⁹³.

من هذه القضايا أيضا حقن مريضة بمادة الأنسولين دون تحليل سابق حول مدى قابلية المريضة لذلك¹⁹⁴. ووضع مولودة بمحضنة درجة حرارتها مرتفعة جدا¹⁹⁵، ونقل دم دون التأكد من فصيلته¹⁹⁶، الأمر الذي أدى إلى وفاة الضحايا وإدانة الأطباء والمرضين المتسببين في ذلك.

البند الثالث: الإهمال وعدم الانتباه.

وصورته تكون باتخاذ سلوك سلبى بالامتناع عما يجب القيام به أي ترك القيام بفعل قد تلزمه مقتضيات الحيطة والحذر للحيلولة دون وقوع النتيجة الجرمية¹⁹⁷، إذ لو قام بما يجب عليه فعله لما حصلت النتيجة¹⁹⁸. وكثيرا ما يتداخل هذا العنصر مع عدم الاحتياط. من ذلك ترك ضمادة في جسم المريض أثناء الجراحة أو عدم متابعته بعد العملية والتأخير في إسعاف المريض وإبعاد الخطر عنه... الخ.

ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد، أن طبيب كان يعمل بعيادته، بينما هو مكلف بالمنوبة. وبعد إحضار مصاب في حادث مرور توفي نتيجة تأخر الطبيب في الوصول إلى

¹⁹³ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 297062 بتاريخ 24-06-2003.

¹⁹⁴ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 314597 بتاريخ 27/07/2005.

¹⁹⁵ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 290040 بتاريخ 26-10-2005.

¹⁹⁶ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 265312 بتاريخ 08/10/2003.

¹⁹⁷ القهوجي علي، المرجع السابق، ص 341-342.

¹⁹⁸ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 365.

المستشفى¹⁹⁹. كما أدينّت طبيبة امتنعت عن إجراء عملية لمريض، كان في حاجة إليها فوراً مما أدى إلى وفاته، وقد رفضت المحكمة العليا طعنها بالنقض²⁰⁰.

من جهة أخرى فإن الإهمال قد يكون من طرف المساعدين الطبيين ذلك أن ممرضة لم تقم بربط الحبل السري جيداً لمولود مما نتج عنه نزيف أدى إلى وفاته وقد حاولت الدفع بأن الأم لم ترجع المولود إلى المستشفى بعد خروجه لكن المحكمة رفضت هذا الدفع كما رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض²⁰¹.

كما انه من المقرر قانوناً وقضائياً أن كل

كما انه من المقرر قانوناً وقضائياً أن كل إهمال أو عدم إنتباه، أو عدم مراعاة للأنظمة، يفضي إلى القتل الخطأ، يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية²⁰².

البند الرابع: عدم مراعاة الأنظمة.

وفيها يخالف الجاني بسلوكه القواعد التي تقررها اللوائح أي أن ذلك يتحقق في مخالفة القاعدة الآمرة التي تقررها القوانين والأنظمة. ولفظ اللوائح يشمل جميع قواعد السلوك الآمرة، الصادرة عن الدولة أياً كانت السلطة التي أصدرتها، وأخصها القواعد التي تستهدف منع وقوع الجرائم غير العمدية كاللوائح الخاصة بالمحافظة على الصحة العامة، واللوائح الخاصة بتنظيم المهنيين.... والتعليمات الإدارية على اختلاف أنواعها كالمنشورات الصادرة من الوزارات²⁰³.

¹⁹⁹ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 293077 بتاريخ 22-12-2004.

²⁰⁰ قرار المحكمة العليا بالجزائر رقم 240757 بتاريخ 26-6-2006.

²⁰¹ قرار المحكم العليا بالجزائر رقم 283373 بتاريخ 22-12-2004.

²⁰² انظر، الملحق رقم 1.

²⁰³ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص151.

والمقصود بذلك هو عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة المختلفة المتعلقة بمهنة الطب، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير كالطبيب الذي يمارس مهنة الطب بدون رخصة.

ومن البديهي أن توفر إحدى هذه الصور للخطأ يعني عن البحث في بقية الصور الأخرى ، إذ يتحدد نوع هذه المسؤولية بنوع الخطأ المرتكب.

ولا يجوز كقاعدة عامة افتراض الخطأ دون بيان عناصر الإهمال أو عدم الاحتياط أو غيرها، وبناء المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب على أساس هذا الافتراض.

ومسؤولية الطبيب هي قبل كل شيء التزام قانوني ينجر عنه جزاء أو عقاب نتيجة إتيانه فعلا أو امتناعه عن فعل، بحيث يشكل ذلك خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجزائية أو الطبية بحيث تكون هذه المسؤولية لصيقة بصفة الطبيب الممارس لها ويستحيل نسبته إلى غيره ويتجلى ذلك في مخالفة المبادئ الأساسية المقررة في علم الطب والحقائق الثابتة والمسلمات العلمية المعترف بها التي تعتبر إجماعاً يعد خطأ فنياً أو مهنياً يستوجب المسؤولية.

ومن تطبيقات هذه الصورة أن يخالف الطبيب الواجب المهني الذي تفرضه عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، بأن تتوفر في مكان عمله التجهيزات والوسائل الكافية والملائمة لأداء عمله إذ تنص هذه المادة على: " يجب أن تتوفر للطبيب... في المكان الذي يمارس فيه مهنته، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

ومن أمثلة التطبيقات القضائية لهذا النوع من الخطأ ما قضت به المحكمة العليا من أن الخطأ في التشخيص الذي على أساسه حد الطبيب حالة المرض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان المعدة يمثل خطأ فنياً كما أن القضاة أدانوا الطبيب الذي أخطأ في التشخيص بسبب

عدم استعماله الأشعة والفحص الكهربائي الذي جرى العمل على استخدامه في مثل هذه الحالة، في قرارها المؤرخ في 27-07-2005 باعتبار أن عدم التأكد من صلاحية الدواء و نجاعته يعتبر إهمالا وتقصيرا من قبل الطبيب المعالج:

القرار في 06-04-2004: اعتبر مغادرة الطبيب المخدر قاعة العمليات إهمالا وعدم احتياط.

قرار في 06-04-2003: الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية يعد إهمالا ويؤدي إلى مساءلة الطبيب جزائيا.

الفرع الثاني: مجالات الخطأ الجنائي الطبي.

العمل الطبي يتميز بتعقيده نظرا لتعدد الأمراض التي يعالجها، لذلك تكثر الأخطاء الطبية ولعل أهمها:

البند الأول: الخطأ في الفحص.

بعد أن يحصل الطبيب من المريض على شكاواه المرضية وتاريخ المرض يبدأ أولى خطوات التعامل مع المريض من خلال الفحص الطبي.

إن الفحص الطبي يتم على مرحلتين:

أ-المرحلة الأولى: هي مرحلة الفحص التمهيدي وتشمل الفحص الظاهري للجسد باستخدام حواس الطبيب وهي النظر بالعين المجردة والسمع بالأذن والإحساس باليدين لمواضع الداء، ويستعين الطبيب في هذا الفحص التمهيدي ببعض الأدوات الطبية البسيطة مثل السماعة الطبية وجهاز قياس ضغط الدم وترمومتر قياس الحرارة. ونظرا لأن الفحص الطبي التمهيدي

للمريض يعد خطوة ضرورية قبل العلاج الطبي أو التداخل الجراحي، فإن القضاء المصري استقر على أن إهمال الطبيب في إجراء هذه الفحوص التمهيدية يشكل خطأ طبي يسأل عنه²⁰⁴.

ب- المرحلة الثانية: هي مرحلة الفحص التكميلي وهي التي يستخدم فيها الطبيب آليات أكثر تقدماً مثل جهاز رسام القلب الكهربائي والمنظار والأشعة التلفزيونية.

البند الثاني: الخطأ في التشخيص.

التشخيص هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له، بحيث يسخر فيه معارفه الطبية، ووسائل الكشف المتيسرة والمناسبة لتشخيص المرض والتعرف على درجة تطوره²⁰⁵.

وتأتي مرحلة التشخيص عقب مرحلة الفحص ويقوم به أي طبيب عام أو متخصص بوصف العلة بناء على الأعراض "الإكلينيكية" أو بعد إجراء التحاليل أو الأشعة. فالتشخيص ما هو إلا استنتاج علمي وعقلي، لنتيجة معينة حول الحالة الصحية للمريض من خلال التقييم الفني لأعراض وعوامل وحقائق بشأن حالة المريض²⁰⁶، وتحديد طبيعتها تمهيدا للعلاج المناسب. كما يتميز التشخيص الطبي بعدة خصائص فهو لا يركز على العلم فقط ولكن أيضا على الخبرة والفتنة وقدرة الاستنتاج وبهذا لا يملك الأطباء هذه السمات بمقدار مماثل مما يسبب ارتكاب الأخطاء²⁰⁷.

إن مرحلة التشخيص هي أهم مراحل العلاج فهي وصف للحالة الصحية للمريض لتحديد طبيعة المرض ومدى تطوره وتقدمه بجسد المريض.

²⁰⁴ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص115.

²⁰⁵ السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992، ص37.

²⁰⁶ باكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ط1، دار حامد للنشر، الأردن، 2002، ص182.

²⁰⁷ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، ط1، جامعة نايف للعلوم الأمنية، السعودية، 2004، ص67.

إن أهمية هذه المرحلة تكمن في أن الغلط في تشخيص المرض تكون نتيجته الطبيعية هي وصف علاج غير مطابق لطبيعة المرض مما قد يؤدي إلى تفاقم المرض ويفوت على المريض فرصة تجنب المضاعفات والتي قد تؤدي بحياته.

وللإشارة فإن تشخيص حالة المريض يبنى على أشياء عديدة منها:

- الأعراض التي يشكو منها المريض والتاريخ المرضي للمريض وعائلته.

- المظاهر الواضحة من خلال فحص الطبيب للمريض بالعين المجردة واستخدام اليدين والسماعة الطبية وجهاز قياس ضغط الدم.

- التحاليل والفحوص الطبية والمعملية بكافة أنواعها (حسب تقييم الطبيب) التي تؤكد أو تنفي شك الطبيب في مرض معين.

- استعانة الطبيب بأي أخصائي من التخصصات الطبية الأخرى يحتاج إلى سؤاله إذا كانت الحالة تستدعي رأي تخصص طبي آخر.

- استخدام الأشعة إذا كانت هناك ضرورة لذلك.

- استشارة زميل من نفس التخصص أكبر درجة علمية وأكثر خبرة منه إذا كان لم يستطع التوصل للتشخيص بالرغم من إتباعه كل الوسائل السابقة.

بعد كل ذلك يستطيع الطبيب التوصل لتشخيص سليم لما يعانيه المريض.

وللإشارة فقد استقر القضاء المصري على أن مجرد الخطأ في التشخيص ووصف العلاج ومباشرته لا يثير مسؤولية إلا إذا كان هذا الخطأ يدل على جهل ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإمام بها بشرط أن يكون الطبيب قد بذل الجهود الكافية التي يبذلها الطبيب المماثل في نفس الظروف.

فإذا وجد الطبيب نفسه إزاء حالة لا يسعفه فيها علمه فعليه أن يستعين بأحد زملائه المختصين إلا أن تحول دون ذلك الظروف وإلا كان مهملًا ويستوجب المساءلة. وعلى سبيل المثال قضت محكمة النقض المصرية بإدانة طبيب عن جريمة قتل خطأ لارتكابه خطأً في تشخيص أعراض مرض الكلب بأنه روماتيزم بالركبة رغم علم الطبيب بأن المريض عضه كلب.

أ- حالة الخطأ العلمي:

غالبًا ما يتمثل الخطأ العلمي في تغليب الطبيب لرأي علمي على آخر. فإن أخطأ فلا مسؤولية عليه. ومن أشهر القضايا قضية أستاذ في أمراض النساء في جامعة باريس حيث تقدمت إليه امرأة تشكو من ألم في أسفل البطن مما جعله يشخص هذا المرض على أنه ورم في المبيض وعالجها على هذا الأساس وبعد مدة وضعت المرأة مولودًا ولما عرض الأمر على القضاء الفرنسي لم يعتبر هذا الخطأ أساسًا للمسؤولية وقال أن الطبيب يحاسب على الجهل بأصول المهنة لا على أساس الاجتهاد العلمي بحكم التقنيات المتوفرة آنذاك للتشخيص²⁰⁸.

ب- حالة الخطأ بالإهمال:

وتظهر هذه الحالة في عدة صور كتسرع الطبيب في تكوين رأيه عن حالة مرضية دون الاستعانة بنتائج التحاليل أو صور الأشعة أو دون استعانة بالزملاء الاختصاصيين. فهذا الخطأ الجسيم أو الفاحش يصفه القضاء بالجهل الذي لا يعذر²⁰⁹.

وفي هذا الصدد قضت محكمة السابن في قرار لها صادر بتاريخ 1934/01/13 بأنه في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من المرض وإلا كان الطبيب مهملًا إهمالًا يحاسب عليه²¹⁰.

²⁰⁸ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137-138.

²⁰⁹ طاهري حسين، المرجع السابق، ص 50.

²¹⁰ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 138.

وعلى هذا الأساس فالطبيب ملزم بالتريث والاستعانة بصور الأشعة ونتائج التحاليل واستشارة الاختصاصيين من زملائه وهذا ما نصت عليه المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بنصها²¹¹: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتم بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

غير أن الطبيب في حالة الاستعجال لإنقاذ مريض غير ملزم بنتائج التحاليل وصور الأشعة لطول مدة انتظارها ولذا يرجع له القرار في هذه الحالة.

خلاصة القول أن الطبيب يسأل عن خطأ التشخيص إذا كان التشخيص الذي توصل إليه ينم عن جهل واضح بالمبادئ الأولية للطب أو إذا تم تشخيصه عن إهمال أو تسرع في الفحص الطبي أو إهمال في استعمال الوسائل الحديثة من تحاليل واسعة أو إذا أهمل استشارة طبيب أكثر علما منه وخبرة عندما تصعب عليه الحالة.

فمثلا بالأمس القريب كان تشخيص الزائدة الدودية الملتهبة من أكثر مجالات الخطأ بسبب تغير موقع الزائدة الدودية خلقيا واختلاف العلامات الإكلينيكية في الأطفال وكبار السن وفي حالة البدانة المفرطة وفي حالة الحمل.

وكان الطبيب لا يسأل عن الخطأ مادام قد التزم في تشخيصه القواعد المقررة من ناحية الفحص الإكلينيكي والمعملي والواقع أن التهاب الزائدة الدودية مازال حتى الآن في غالبية حالاته أكثر الحالات الجراحية خطأ في التشخيص.

²¹¹ المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في: 1992/07/06 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 52، السنة 29، بتاريخ: 1992/07/08.

وعموماً فإن تقدم الطب وما يتبعه من تقدم طرق الفحص الإكلينيكي والمعملي والشعاعي ساهم بقدر كبير في تحسين قدرة الأطباء على التشخيص الصحيح في معظم الأحوال المرضية والاصابية.

البند الثالث: الخطأ في العلاج.

تأتي مرحلة العلاج بعد تشخيص المرض بحيث تعتبر مرحلة العلاج هي الجانب التطبيقي لما أقره التشخيص. فيختار الطبيب العلاج المناسب لحالة المريض الصحية بمراعاة بنيته الجسدية ومدى تحمله للعلاج، إذ من المستقر عليه أن الطبيب حر في اختيار العلاج المناسب، ولا يقيد هذه الحرية إلا تحقيق مصلحة المريض وما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب، سواء بتحرير وصفة طبية أو اللجوء للجراحة والتخدير أو العلاج بالأشعة.

أ- أخطاء تحرير الوصفة الطبية:

ويقصد بالوصفة الطبية التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص. وقد وضع المشرع الجزائري الشكل القانوني للوصفة حيث نص على البيانات الأساسية والرئيسية لمحتوى الوصفة الطبية في المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: "لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات.... إلا البيانات الآتية:

- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية.

- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.

- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها".

كما أشارت المادة 174²¹² من القانون 056/85 المعدل والمتمم على أنه: "لا يجوز للأطباء أن يصفوا أو يستعملوا إلا المواد الصيدلانية الواردة في المدونات الوطنية..."

كذلك لا بد أن يحدد الطبيب في الوصفة الطبية نوع المرض الذي يعاني منه المريض وطريقة تناول الدواء و عدد مرات التناول اليومي والجرعات ومدة تناول الدواء وعلاقته بالطعام(قبل الأكل أو أثناء الأكل أو بعد الأكل)لأن أي إخلال قانوني بمواصفات الوصفة الطبية قد يؤدي إلى مساءلة الطبيب.

إن خطورة الإهمال في الوصف الدقيق بالوصفة قد يؤدي إلى تسمم المريض أو وفاته إذا تناول جرعات زائدة من دواء حساس نتيجة عدم وصف الطبيب للجرعة وطريقة الحقن.

لقد صدر العديد من أحكام محكمة النقض المصرية عن مسؤولية الطبيب جنائيا إذا ارتكب خطأ ضارا في تحديد وصفة الدواء سواء أكانت الغلطة راجعة إلى نقص في معارفه العلمية أو إلى إهمال من جانبه، وسواء كان الدواء ساما بطبيعته أو لم يكن ساما ولكن حدث التسمم بسبب وصف جرعة أكبر من اللازم أو زيادة عدد الجرعات بطريقة خاطئة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه في الحالات الخطيرة تتسع نطاق الواجبات الملقاة على الطبيب وتتخطى حاجز وصف الدواء وتحديد طريقة تناوله لتصل إلى وضع أسلوب للإشراف والرقابة في تنفيذ العلاج ، فإذا أغفل الطبيب المتابعة الدائمة لهذا المريض ذو الحالة الخطرة يعد مخطئا ويسأل عما يترتب من مضاعفات للمريض نتيجة التقصير في متابعة حالته. أي أن الطبيب يسأل عن الخطأ الذي يقع من الممرض إذا كان العلاج مما يحتاج إلى توجيهه ورقابة من الطبيب إلا أنه أهمل في توجيهه ورقابته ووقع الخطأ نتيجة هذا الإهمال وخاصة عندما يكون العمل الذي يقوم به الممرض على جانب من الخطورة يقتضي من الطبيب أن يتأكد بنفسه من سلامة أدائه.

²¹² المعدلة بموجب المادة 9 من القانون 13/088 المؤرخ في 2008/7/20 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

فقد قضت إحدى المحاكم المصرية بعقاب طبيب أخصائي الأنف والحنجرة والأذن بعقوبة جريمة قتل خطأ نتيجة غياب الإشراف الطبي الفعال في الساعات التالية لعملية استئصال اللوزتين نشأ عنها نزيف تسبب في وفاة المريض. وقضت محكمة أخرى بعقاب طبيب بعقوبة القتل الخطأ لإغفاله إعطاء التوجيهات الخاصة لطاقت التمريض وعدم زيارته للمريض لمتابعة العلاج مما نشأ عنه وفاة المريض.

كذلك قضت محكمة النقض المصرية بعقاب جراح النساء والتوليد بعقوبة القتل الخطأ لأنه أجرى عملية كحت لمريضة ووافق على نقلها إلى منزلها فور الانتهاء من العملية و لم يتركها تحت الملاحظة وامتنع عن زيارتها عندما طلب منه ذلك. كما قضت إحدى المحاكم بإدانة طبيب أخصائي في الأذن والأنف والحنجرة حديث التخصص قام بإجراء عملية استئصال اللوزتين لطفل وقام بحشو بلعوم الطفل بقطعة من الشاش لمنع تسرب الدماء الخارجة من الجراحة ونزولها إلى المرىء والقصبه الهوائية وبعد انتهاء العملية نسي إزالة الحشو الذي وضعه في حنجرة المريض وأدى إلى وفاته احتناقاً.

كذلك في الحالات الخطيرة أيضا لا بد من أن يكون الطبيب مدركا لخطورة عنصر الوقت في التعامل مع حالة المريض فالطبيب الذي يترك المريض في استقبال المستشفى ولا يأمر بنقله على القسم المختص بعلاجه يسأل عن أي تدهور في حالة المريض لمخالفته للقواعد الطبية، وكذلك يسأل الطبيب عن نقل المريض وهو غير مستقر من مستشفى إلى مستشفى آخر إذا تدهورت صحته.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الأخطاء المتعلقة بتحرير الوصفة الطبية تناولتها العديد من القضايا، منها ما تم تكييفها على أساس القتل الخطأ ومنها الجرح الخطأ ومنها إعطاء مواد ضارة وكلها نتيجة الإهمال والرعوننة أو الجهل العلمي غير المقبول أو عدم احترام القوانين واللوائح²¹³.

²¹³ الشوا محمد سامي، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص46.

ومن أمثلة ذلك في الجزائر أن مجلس قضاء باتنة قضى بمسؤولية الطبيب بسبب خطأ طبي في قرار له بتاريخ: 15/09/1990، وذلك اثر وفاة شخص نتيجة تناوله دواء موصوف له بغير وضوح مع عدم تبيان طريقة استعماله.

كما قضت محكمة الرويبة بإدانة طبيب أطفال بالحبس لمدة 8 أشهر نافذة لإهماله وعدم حيطته عند تحرير وصفة طبية دون تبيان طريقة استعمال الدواء المحرر فيها بحيث وصف له دوائين متضادين أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها، وعند استعمالهما معا من طرف أم الطفل توفي الولد نتيجة تشنج عضلي ونوبات عصبية.

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه أقام مسؤولية الطبيب عندما أخطأ في تحرير وصفة لمريض بكتابة 25 قطرة وبخط غير واضح مما أدى بالصيدلي إلى الوقوع في خطأ هو الآخر وصرف الدواء على أساس 25 غراما مما نتج عنه وفاة المريضة عقب تناولها لهذه الكمية المفرطة²¹⁴.

من جهة أخرى قررت محكمة "سانت كاتان" في حكمها الصادر عام 1891 بمسؤولية الطبيب إثر خطئه في وصف علاج لم تراع فيه مدى مقاومة المريض للمواد الضارة المقدمة له وعدم مراعاة بنيته الجسدية²¹⁵.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه يجب على الصيدلي في حالة تقديم وصفة طبية له غير مقروءة أو تحتوي على خطأ في الجرعة أو في المقدار أن يراجع الطبيب بالاتصال به لمراجعة هذا الخطأ قبل فوات الأوان وتسليم الدواء للمريض، وإن اقتضى الأمر جاز له أن يرفض صرف الدواء وعرض الأمر على المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب وهذا ما نصت عليه المادة 114 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

²¹⁴ كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، السنة الجامعية 2010/2011، الجزائر، ص72.

²¹⁵ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص150.

ب- أخطاء الجراحة والتخدير:

من المسلم به في عالم الطب الجراحي أنه يتوجب على الجراح قبل الشروع في العملية الجراحية القيام بفحوصات أولية وشاملة، وإعلام المريض بكل الأخطار والمضاعفات كما عليه العمل مع طبيب آخر مختص في التخدير، الذي لا تقل مسؤوليته عن مسؤولية الجراح.

- أخطاء التخدير: يقوم بعملية التخدير طبيب مختص يتأكد قبل التخدير من مدى قابلية المريض في تحمله ونوعية التخدير وجرعته وخاصة عند مرضى القلب ومرضى الشرايين.

إن طبيب التخدير تقع عليه مسؤولية فحص المريض قبل التخدير و بعد انتهاء العملية حتى يفيق المريض ويستعيد وعيه التام²¹⁶. لأنه في حالات نجد أن المرضى المخدرين تطول بهم الغيبوبة نتيجة التخدير أو يستعيدون وعيهم وهم مصابون بشلل في أعضاء حيوية نتيجة أخطاء تخديرية.

إن مسؤولية طبيب التخدير هنا مستقلة عن مسؤولية الطبيب الجراح، إذ ليس هو من تابعيه باستثناء إذا كان رئيس الفريق الطبي هو من اختار طبيب التخدير دون علم المريض. أما إذا كان يعملان مستقلان عن بعضهما وكلاهما تابع لمستشفى عام، فتقوم مسؤولية المستشفى عن تابعيه طبيب التخدير والجراح.

- أخطاء الجراحة: الجراحة هي أحد فروع الطب والتخصص فيه. وهي كعمل طبي تطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية. والجراح لا يقرر إجراء العملية الجراحية إلا بعد استنفاد كل طرق العلاج الأخرى. كما أنه لا يمكنه الاحتجاج بأن الطبيب المعالج هو الذي أشار عليه بإجراء هذه العملية لأنه هو المؤهل علميا وعمليا للفصل في ما إذا كان المريض يحتاج للجراحة أم لا²¹⁷.

كما أنه لا بد من الحصول على رضا المريض المتبصر، وشرح وتفصيل العملية الجراحية إلا في حالة الضرورة والاستعجال. وفي هذا الصدد يسأل الجراح عن تجاهله أصول المهنة وقواعدها

²¹⁶ محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 64.

²¹⁷ إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، 2003، ص 45.

كأن يهمل تنظيف الجرح أو يترك بقايا ضمادة في بطن المريض فيصاب هذا الأخير بالتهاب ينتهي بوفاته. وهذا ما ذهبت إليه محكمة باتنة حيث أدانت على أساس جنحة القتل الخطأ جراحاً لأنه ترك ضمادة في جسم مريضة تسببت في وفاتها، فرأت المحكمة أن خطأ الجراح يتعلق بمخرق أصول مهنة الجراحة، وأقامت مسؤوليته الجزائية والمدنية في منطوق حكمها الابتدائي الصادر بتاريخ: 2001/03/13 وحكمت عليه بستة أشهر حبس موقوف النفاذ وتعويض قدره 600000 دج لأهل المريضة²¹⁸.

كما قضت في هذا الشأن المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب عندما اتفق مع المريض لترع له حصة من إحدى الكلى غير أن الطبيب نزع له الكلية كلياً، وحكمت عليه بتعويض المريض بمبلغ 700000 دج، نتيجة خطأ طبي جراحي²¹⁹.

ونظراً لأهمية وخطورة العمل الجراحي فإن القضاء تشدد مع الجراحين وحملتهم المحاكم مسؤولية ما يحدث للمريض من قبل العملية إلى غاية انتهاء العملية وصحة المريض. لأن حالة المريض في هذه الفترة تتطلب من الجراح أكثر يقظة واحتراز إذ عليه أن يياشر بنفسه كل ما يتعلق بالمريض وأن يراقب كل عمل يقوم به مساعده حيث أنه يسأل مثلاً إذا ترك للممرضة أمر وضع حافظات الماء الساخن تحت رجلي مريض في حالة غيبوبته بعد العملية من أجل استعادة وعيه ولم يراقب درجة الحرارة التي تسببت في حروق للمريض²²⁰.

ج- أخطاء العلاج بالأشعة:

من أهم تكنولوجيات الطب الحديث الأشعة التي تعد من الوسائل المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد. وقد أصبحت هذه التقنية ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية و معالجتها. إن الخطأ في استعمال الأشعة يدخل ضمن إطار الخطأ في استعمال

²¹⁸ كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص 75.

²¹⁹ المحلة القضائية: عدد 2، السنة 2008، ملف رقم: 399828، بتاريخ: 2008/1/23.

²²⁰ بسم محتسب بالله، المرجع السابق، ص 373.

الآلات الطبية الحديثة، والتي يتطلب استعمالها تكويننا خاصا من أجل التشخيص والمعالجة. لذلك فالجهل بطريقة استعمالها واتخاذ إجراءات الحيطة والحذر قد ينجم عن ذلك مخاطر وأضرار جسيمة.

وعليه فإن الطبيب عند لجوئه إليها سواء في الفحص أو العلاج، يجب أن يدرس آثارها الجانبية والتحكم الجيد في استعمالها، وهو مسؤول عن كل إهمال مهما كان نوعه²²¹. ومن أمثلة ذلك في القضاء الفرنسي ما قضت به محكمة "بورديو" في حكم صدر بتاريخ: 1933/06/07 بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه الأشعة من أجل علاج مريض مصاب بورم سرطاني متسببا لها في حروق²²².

²²¹ الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 205.

²²² بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 276-278.

المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب.

إن ممارسة الأعمال الطبية والجراحية تتطلب المساس بسلامة الجسم البشري وتكامله ، ففي كامل التشريعات الجنائية كان المشرع الجنائي يجرم هاته الأفعال في صورة الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة.

نظرا للغاية النبيلة للأعمال الطبية فقد نظمها المشرع فحدد أسسها من ذلك الترخيص القانوني والهدف العلاجي حسب الأصول العلمية ورضا المريض بذلك، ويكفي أن يخلط شرط واحد حتى تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عند خروج أعماله عن دائرة الإباحة ووقوعها تحت نصوص التجريم.

ورغم هذا تنتفي هذه المسؤولية في حالة انتفاء العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة الإجرامية أو عند توافر حالات معينة منصوص عليها قانونا كحالة الضرورة والقوة القاهرة أو في حالة خطأ المريض أو الغير.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: انتفاء رابطة السببية.

المطلب الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة وخطأ المريض أو الغير.

المطلب الأول: انتفاء رابطة السببية.

تتفق مختلف التشريعات والنظم القانونية على أنه لا يقوم الركن المادي بصدور السلوك الإجرامي من الفاعل وحصول نتيجة حتى تقوم الجريمة، بل لابد من وجود علاقة تربط بين سلوك الفاعل وهذه النتيجة أي أنه لولا سلوك الجاني لما حدثت هذه النتيجة.

بناءً على ما تقدم وبمفهوم المخالفة إذا انتفت هذه العلاقة فلا مجال لمساءلة الفاعل سواء في الجرائم العمدية أو غير العمدية باستثناء بعض الجرائم العمدية المعاقب بالشروع فيها دون لزوم بحث العلاقة السببية لأنه لا يتصور هذا الشروع في غير العمدية كما أنه لا يمكن مساءلة طبيب عن أضرار غريبة عن العمل الطبي الذي خضع له المريض وهذا خلف الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة²²³.

الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية وإثباتها لقيام المسؤولية.

لا يخرج الركن المادي للجريمة إلى حيز الوجود، إلا إذا كانت هناك رابطة سببية تربط بين الفعل أو عدم الفعل الذي أتاه الفاعل (الطبيب) والنتيجة الجرمية الضارة التي لحقت بالمجني عليه (المريض) وقد ظهرت نظريات فقهية متعددة حددت معيار السببية ومن أهم هذه النظريات:

البند الأول: نظرية تعادل الأسباب.

تنسب هذه النظرية إلى الألماني "فون بوري" وتقوم على مبدأ المساواة بين جميع العوامل التي قادت إلى حدوث النتيجة، وبالتالي فإن نشاط الجاني صاحب العامل الأول يتساوى مع غيره من العوامل بغض النظر عن وصفها، ونشاطه هذا كان السبب في تسلسل العوامل الأخرى وتداعياتها، والجاني لا يفلت من المسؤولية، مهما توسطت بين سلوكه والنتيجة من عوامل أخرى مألوفة أم شاذة، معاصرة أم لاحقة. ولكنه لا يسأل عن النتيجة متى ما كانت ستقع لا محال ولو غاب سلوكه. أي وجود تسلسل سببي آخر غير ذلك الذي تداعى بسبب نشاط الجاني. فمن يريد قتل غيره، فيجرحه ثم يموت الأخير بسبب عاصفة أعقرت المركب الذي كان عليه، لا يمكن القول بأنه لولا الجرح لما هبت العاصفة، ولما مات الجريح، ما لم يثبت بأن الجرح قد أعاقه في الوصول للشاطئ قبل العاصفة، التي كان يعلم بوقت قدومها، بينما يسأل الجاني عن جريمة قتل، فيما لو قصد قتل غيره فجرحه، ثم نقل إلى المستشفى وأخطأ الطبيب في علاجه فتوفي، فلولا سلوك الجاني

²²³ ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص32.

لما نقل إلى المصاب إلى المستشفى، ولما وقع تحت رحمة طبيب غير حاذق. ففي المثال الأول يسأل الجاني عن جريمة الشروع في القتل، بينما يسأل في المثال الثاني عن جريمة قتل تامة²²⁴، أي أن الجاني سوف يسأل في كل الأحوال، غير أن الأمر يتعلق بطبيعة النتيجة التي سوف يسأل عنها.

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد فليل أنها أقرب إلى السببية الطبيعية منها إلى السببية القانونية، كما أن اجتماع عدة عوامل لا يعني بالضرورة تعادها في القوة، والنظرية تقوم على مفارقة عجيبة، ففي الوقت الذي تساوي فيه بين العوامل تحمل العامل الأول وزر النتيجة، كما أنها تغلب العامل الإنساني على العامل الطبيعي ولو كان للأخير النصيب الأكبر في إحداث النتيجة، لهذا طبعها التطرف والقسوة والطابع الفلسفي والتوسع في مفهوم السببية، والإمعان في الافتراض والمساهمة في توسيع نطاق المسؤولية الجنائية. ومع كل هذا لم تحمل التشريعات نظرية تعادل الأسباب لبساطتها وشدة وضوحها²²⁵.

وقد قبل القضاء الفرنسي بنظرية تعادل الأسباب، كما يعد قانون العقوبات الإيطالي لسنة 1930 من بين التشريعات الرائدة في تفصيل موجبات العلاقة السببية، من ذلك نص المادة 41 من هذا التقنين.

البند الثاني: نظرية السبب الأقوى أو الفعّال أو المباشر.

فلكي يسأل الجاني عن النتيجة الواقعة وفقا لهذه النظرية، ينبغي أن يمثل نشاطه العامل الأقوى بين العوامل، التي ساهمت في حصول تلك النتيجة، والعامل الأقوى لا يعني أقوى من مجموع العوامل الأخرى، بل هو الأقوى بينها، إلى الحد الذي يمكن القول بأن النتيجة حدثت

²²⁴ حدد المشرع العراقي موقفه من العلاقة السببية، حيث جاء في المادة 29 من قانون العقوبات: "1- لا يسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة لسلكه الإجرامي، لكنه يسأل عن الجريمة ولو كان قد ساهم مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر، أو لاحق ول كان يجهله. 2- أما إذا كان السبب وحده كافيا لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه". وهذا النص خليط من نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب الأقوى، والأخيرة طغت على الأولى وحدثت من مجال تطبيقها، فالفاعل يسأل عن ما حققه سلوكه من نتائج، وهو يسأل عن أكثر النتائج المتحققة جسامة إذا كان ما أتاه أقوى العوامل.

²²⁵ محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، د.م.ط، 1983، ص 12.

بنشاط الجاني صاحب العامل الأقوى دون غيره، أما العوامل الأخرى فهي مجرد ظروف أو شروط ساعدت في خلق النتيجة، والذي يبدو من فحوى هذه النظرية أنها تراعي مصلحة الجاني.

وقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد على أساس أن هناك صعوبة في تحديد العامل الأقوى، من بين العوامل التي ساهمت في إحداث النتيجة، بسبب من صعوبة إيجاد معيار يساعد على التعريف بهذا العامل، كما أن إهمال العوامل الأقل قوة لحساب الاعتداد بأقوى العوامل، فكرة لا تقوم على أساس منطقي سليم، وربما تساعد الجاني في التهرب من المسؤولية فيما، لو كان مجموع العوامل الأخرى أقوى من العامل، الذي ينسب إلى نشاطه، كما أن الأخذ بهذه النظرية يقضي على فكرة المساهمة الجنائية، بسبب من تفريد وتشتيت العوامل التي ساهمت في تحقيق النتيجة.

ويرى البعض أن نظرية السبب غير مرحب بها لدى كل من القضاء والفقهاء الفرنسيين، حيث لا يشترط لتوافر السببية قيام علاقة مباشرة بين سلوك الجاني وما تحقق من نتائج²²⁶.

هذا ويأخذ قانون الجزاء الكويتي في المادة 157 منه بنظرية السببية المباشرة ويورد عليها جملة من الاستثناءات، وهذا أيضا ما نصت عليه 264 من قانون العقوبات السوداني.

وفي جميع الأحوال ينبغي عدم الخلط بين نظرية السبب المباشر ونظرية السبب الأخير، التي تقوم على ترجيح العامل الأقرب زما للنتيجة الحاصلة، وليس بعد هذا العامل من عوامل أخرى حسب التسلسل السببي والزمني، ويتخلص الجاني من المسؤولية عن النتيجة الحاصلة عندما يكون العامل، الذي ينسب إلى نشاطه ليس آخر العوامل. ونظرية السبب الأخير لا تقوم على أساس من المنطق، فما هو المرجع يا ترى في القول بأن آخر عامل هو السبب فيما حصل؟ أو أنه أكثر قيمة من غيره، أو بأنه القادر على قطع العلاقة السببية بين العوامل الأخرى والنتيجة؟²²⁷.

²²⁶ باسم شهاب، المرجع السابق، ص 91.

²²⁷ نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات "القسم العام، ط 1، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص 291.

البند الثالث: نظرية السبب الملائم.

قال بهذه النظرية كل من "فون كري" و"رمون باير" و"روملين"، ومضمون هذه النظرية بأن الفاعل يسأل عن النتيجة الضارة إذا كان فعله سببا ملائما لحدوثها وفقا للمجرى العادي لوقائع الحياة المؤلف، وهو يسأل أيضا عن كل النتائج المحتملة التي تترتب على فعله، طالما أن المؤلف والمعروف أن مثل هذه النتائج تنشأ عن هذا السبب المتمثل في فعل الفاعل.

ومن الأمثلة على العوامل المؤلف التي لا تقطع العلاقة السببية عندها، ضعف بنية المجني عليه، أصابته بمرض معد أثناء نومه في المستشفى، إهماله العلاج إهمالا عاديا، خطأ الطبيب في علاجه خطأ الطبيب يسيرا. أما العوامل الشاذة التي تقطع العلاقة السببية فمن مثلها وقوع حريق في المستشفى، القوة القاهرة والحادث الفجائي، تداخل الأفعال الإجرامية دون اتفاق.

والمشرع اللبناني تبني نظرية تعادل الأسباب كمبدأ عام للرابطة السببية إذ نصت المادة 204 من قانون العقوبات في فقرتها الأولى على الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة و بين النتيجة الجرمية من جهة ثانية لا ينفى اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة عن فعله.

إلا أن المشرع خفف من حدة موقفه إذ اعتمد في الفقرة الثانية من نفس المادة مبدأ السبب الملائم إذ نصت هذه الفقرة على ما يلي: "ويختلف الأمر إذا كان السبب اللاحق مستقلا وكافيا بذاته لإحداث النتيجة الجرمية ولا يكون الفاعل في هذه الحالة عرضة إلا لعقوبة الفعل الذي ارتكبه".

وتعرضت هذه النظرية للانتقاد على أساس الاختلاف بين السببية الطبيعية والسببية القانونية، كما أنها تقوم على فكرة الإمكانات الموضوعية للفعل ، وهي فكرة غير واضحة، وأن ترجيح بعض العوامل على البعض الآخر من وجهة علم الجاني بها أو انتفائه هي الأخرى فكرة غامضة وغير منطقية، إذ أن الركون لمعيار العلم المستند إلى التوقع أو إمكانيته هو خلط بين السببية

المادية والسببية المعنوية، وبالتالي يسهل على الجاني التحلل من المسؤولية عند توافر العوامل الشاذة، وتدخل تلك العوامل غير مرهون، بمعرفة الجاني بها، إنما في تداخلها مع سلوكه، بل أن الخلط قد وقع بين منطقة السببية ومنطقة الخطأ²²⁸.

هذا ولم يبين المشرع الجزائري موقفه من هذه النظريات، ومذهبه هذا لا يعني تجاهله لها، مثلما لا يعني بأن القضاء براء منها، بل أن المشرع قد رغب في أن يطلق يد القضاء للوصول إلى حقيقة العلاقة السببية بالطريقة التي يراها باستخدام أدوات المنطق القانوني السليم، والاعتماد على واقع الأشياء، وسكوت المشرع هنا قد يتسبب في تفاوت الأحكام وكثرة فرص نقضها.

والرابطة السببية ركن مستقل عن الخطأ فقد يوجد الخطأ ولا توجد رابطة السببية.²²⁹

فقد يقع خطأ من الطبيب دون أن يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار. كما لو أهمل الطبيب في تعقيم آلاته أثناء تضميده جرحا ثم مات المريض بنوبة قلبية لا ترجع إلى الخطأ الذي ارتكبه الطبيب. ففي هذه الحالة هناك خطأ من الطبيب هو عدم تعقيمه آلاته، وضرر هو موت المريض. ولكن لا توجد رابطة سببية بينهما، إذ أن الموت سببه النوبة القلبية لا عدم تعقيم الآلات فوجد الخطأ ولم توجد رابطة السببية.

وتتعدم الرابطة السببية متى ينشأ الضرر عن سبب أجنبي لا يد للطبيب فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المريض أو خطأ من الغير.

ولالإشارة فإن تقرير رابطة السببية من طرف القاضي أمر عسير، بل وقد تصعب أيضا على أهل الخبرة من الأطباء معرفة سبب الأضرار التي لحقت بالمريض فالعوامل التي تؤثر في سير المرض ونتائج العلاج متعددة ومتشعبة.

²²⁸ نظام توفيق الخالي، المرجع السابق، ص 285 وما يليها.

²²⁹ علي مصباح إبراهيم، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول "المسؤولية الطبية"، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 539.

هذا وقد تشدد القضاء في تقديره لرابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض، مقررًا استبعادها طالما لم يثبت له بطريق قاطع أن خطأ الطبيب قد تفاعل في إحداث الضرر بحيث لولاه لما وقع. وقد أكد الاجتهاد القضائي اللبناني هذا الاتجاه في القرار الصادر عن محكمة استئناف بيروت بتاريخ 1967/05/18 عندما قالت أنه لا بد من أن يكون الضرر المشكو منه راجعًا سببياً إلى خطأ الطبيب بالذات دون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه²³⁰.

كما قضي بوجود العلاقة السببية في حالة عدم بذل الطبيب العناية المناسبة في معالجة الالتهاب الرئوي منذ بدايته لدى أحد موظفي الشركات التي يتولى الطبيب علاج موظفيها، مما أدى إلى إصابته بالتهاب رئوي حاد أدى إلى وفاته. فقد أثبتت التجارب أن العناية الجيدة بهذا النوع من الأمراض ومعالجتها منذ البداية فإنها تتفاد وتؤدي إلى الوفاة.

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن تابعيه.

من أهم المبادئ الذي يقوم عليها القانون الجنائي هو شخصية العقوبة. لكن هناك أحوال يسأل فيها الشخص جنائياً عن فعل غيره. وهي التي أثارَت التساؤل حول إمكانية الاستغناء عن فكرة الخطأ في المسؤولية الجزائية في هاته الأحوال؟ ومن بين هاته الأحوال ما يتعلق بمسؤولية الأطباء عن أفعال مساعديهم، فهي في القانون المدني قائمة على أساس المسؤولية الموضوعية المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، بحيث يستحق المضرور التعويض من المتبوع عن أعمال تابعيه، ولو لم يصدر منه أي خطأ. فهل الفكرة نفها تسري في القانون الجنائي؟

قبل الإجابة على هذا الإشكال نشير إلى أنواع علاقة الطبيب بمساعديه والتي تتمثل فيما

يلي:

²³⁰ علي مصباح إبراهيم، المرجع السابق، ص 540.

أ- في حالة ذهاب المريض للطبيب في عيادته الخاصة ويقرر له الطبيب إجراء جراحة معينة في مستشفى يحددها الطبيب ويختار الطبيب مساعديه من الأطباء وهيئة التمريض وطبيب التخدير، في هذه الحالة يرى القانونيون قيام مسؤولية عقدية بين الطبيب والمريض لأن المريض لم يتفق إلا مع الطبيب واختار الطبيب بإرادته الطاقم المساعد له، وبالتالي يسأل الطبيب عن خطئه الشخصي وخطأ المساعدين الذين استعان بهم. ويرى أصحاب هذا الرأي إضافة إلى ذلك أن المستشفى تكون مسؤولة أمام المريض عن الأخطاء التي ترتكبها هيئة التمريض سواء كان الطبيب هو الذي اختار المستشفى أم المريض.

ب- في حالة ذهاب المريض للطبيب في عيادته الخاصة و يقرر له الطبيب إجراء جراحة معينة ولكن يختار المريض المستشفى الذي سيجري فيه الجراحة ويختار طبيب التخدير، في هذه الحالة يعتبر الطبيب مسؤول فقط عن خطئه الشخصي وليس له علاقة بأخطاء الآخرين.

ومما يمكن الإشارة إليه أنه يمكن القول بوجود اختلاف مع الرأي القائل بقيام علاقة عقدية بين الطبيب والمريض لأن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية للمريض دون أن يتحمل التزام تحقيق نتيجة معينة للمريض. كذلك هناك اختلاف مع الرأي القائل بمسؤولية الطبيب عن أخطاء مساعديه وذلك لأن تخصصات الطب مختلفة ولا يمكن أن تقوم عملية جراحية بدون تضافر جهود كل العاملين فيها، ومادام الطبيب قد استعان بمساعدين متخصصين في مجالهم ومؤهلين علمياً وعملياً فلا يسأل الطبيب إلا عن خطئه الشخصي ويسأل كل مساعد عن خطئه، وإلا سيكون العبء على عاتق الجراحين لا يطاق وسيحد من نشاطهم وعملهم²³¹. فكيف يسأل الجراح عن عمل طبيب التخدير المؤهل وكلاهما يعمل في تخصص مختلف تماماً عن الآخر، و كلاهما منشغل بعمله أثناء الجراحة وغير مطلوب منه نهائياً أن يتدخل في عمل الآخر.

²³¹ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاية الحديثة، مصر، 2007، ص134.

أما إذا كان الجراح استعان في تخدير المريض بطبيب غير مختص في التخدير فهنا فقط تقوم مسؤوليته ويتحمل كل النتائج المترتبة عن هذا العمل.

أما القول بأن الجراح هو قائد الفريق الطبي وعليه سلطة الرقابة والتوجيه للمساعدين وبالتالي يسأل عن أخطائهم فهذا قول يحمل الجراح أكثر من طاقته ويجعله يخرج عن تركيزه في إجراء الجراحة التي هو بصدددها. فبطبيعة الحال فإن الجراح هو قائد الفريق الطبي ولكن هناك نظام طبي متعارف عليه يحدد دور كل فرد في الفريق مما يجعل كل فرد منشغل في عمله ولا يمكنه أن يكون مراقبا بدقة للآخرين.

هذا الرأي يمكن القول أنه لا يتعارض مع المادة 136 من القانون المدني الجزائري²³² التي تنص على أنه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها..." وذلك لأن الواقع العملي يشير إلى عدم تبعية أي فرد في الفريق للآخر لسبب بسيط وهو اختلاف التخصصات، فلا يستطيع الجراح مثلا أن يأمر طبيب التخدير بتغيير طريقة أو جرعة التخدير وبالتالي فلا يعتبر طبيب التخدير متبوعا للجراح لعدم وجود سلطة فعلية لتوجيهه.

ومعنى ذلك أن الطبيب لا يسأل عن أي خطأ يقوم به الأطباء المساعدون له أو الممرضة أو أي شخص متعامل مع المريض مادام الخطأ الذي حدث منهم حدث بطريقة شخصية دون إيعاز من الطبيب، في تلك الحالة فإن مساعد الطبيب هو المسؤول عن خطئه مثل ممرضة أعطت جرعة علاج زائدة أو قامت بالحقن في الوريد بدلا من الحقن تحت الجلد.

إن المسؤولية الجنائية في هاته الأحوال يراها البعض قائمة على أساس خطأ مفترض²³³

²³² القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

²³³ نبيل أحمد السيد زهير، المسؤولية الجنائية المفترضة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، (بدون سنة نشر)، ص 115.

قابل لإثبات العكس، يتمثل في سوء المراقبة أو التخلي عن واجب مراقبة الطبيب لحين سير العمل من هم تحت سلطته، كونه مكلف بحسن مراقبة الفعل المادي²³⁴. أو هو إخلال المتبوع بالالتزامات التي فرضها عليه الشارع، من حيث القيام بالمراقبة والإشراف على نحو يمنع وقوع الجريمة²³⁵، مما أدى إلى حدوث الضرر. بينما يرى البعض الآخر أنها قائمة في كل الأحوال على أساس الخطأ الواجب للإثبات²³⁶.

وعليه يتحمل الطبيب المسؤولية الجزائرية إذا أصدر أمراً خاطئاً للمرض فطبقه هذا الأخير، كما يتحمل المسؤولية عن سوء تنفيذ أوامره إذا قصر في توجيه المريض الذي تحت سلطته ورقابته: أ- حالة الأمر الخاطئ: أي أن يكون الخطأ في الأمر ذاته. إن المريض المساعد له معلومات محدودة في الطب تؤهله لتنفيذ أوامر الطبيب في حدود معارفه، ودون أن يكون له تعديل هذا الأمر. وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المشرع الجزائري من جعل المساعدين الطبيين يعملون تحت مسؤولية طبيب²³⁷.

تبعاً لذلك حكم بالمسؤولية الشخصية للطبيب عن الضرر الناجم عن تدليك المريضة ليد مريض تنفيذاً لأمر الطبيب الذي أخطأ في التشخيص إذ شخص الألم الموجود في قبضة اليد على أنه "ملخ" مع أنه في الحقيقة كسر. كما نسب إليه الخطأ لإصداره أمراً إلى المريضة بتعبئة حقنة بمادة زودها هو بها، وبعد وفاة المريض تبين أن ذلك المحلول غير طبي. وكذا حالة إصداره أمراً بحقن المريض بدواء غير موافق لحالته المرضية، مما أدى إلى وفاته²³⁸.

²³⁴ بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 391.

²³⁵ نبيل أحمد السيد زهير، المرجع السابق، ص 104.

²³⁶ منير ريا حنا، المرجع السابق، ص 35.

²³⁷ تنص المادة 196 من قانون الصحة الجزائري: "يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب."

²³⁸ حكم المحكمة العليا (غرفة الجرح والمخالفات)، صادر بتاريخ 1995/05/30. راجع في ذلك: طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 355-358.

ب- حالة عدم إشراف الطبيب على تنفيذ أوامره: إن صحة أوامر الطبيب وسلامتها من العيوب أو القصور لا تكفي لنفي الخطأ عنه، بل لا بد أن يتبعها بإشرافه الشخصي على صحة تنفيذها. بحيث أنه إذا لم يشرف على عملية التنفيذ أو أنه أشرف ولكن لم يمنع التنفيذ السيئ لأمره، فإنه يعتبر بذلك مخطئاً، وتقوم مسؤوليته الجنائية عن الأضرار الناجمة عن ذلك. فالالتزام بالإشراف هذا، يقصد به الحضور والرقابة المباشرة، وبالتالي ضرورة التدخل عند حصول أي إشكال في التنفيذ.

لكن مع ذلك يمكن القول أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار، ما إذا كان الممرض المساعد للطبيب مؤهل للمهام التي كلفه بها الطبيب، بأن كان خريج "المعهد العالي للتمريض" أو خريج "مدارس التمريض" أم أنه شخص غير مؤهل، فمعاون أو مساعد الطبيب الذي يرتكب خطأ في تنفيذ أمر الطبيب يعتبر مسؤولاً عن نتيجة هذا الخطأ، ولا علاقة للطبيب بذلك مادام هذا المساعد مؤهل لمثل العمل الكلف به. أما إذا كان الطبيب قد كلف شخصاً غير مؤهل طبيًا، ونتج عن هذا التكليف ضرر بالمريض، حتى وإن كان ذلك حدث بطريقة شخصية دون إيعاز من الطبيب، فإن الطبيب مسؤول عن هذا الضرر لاستعانتته بشخص غير مؤهل²³⁹.

ومع ذلك هناك بعض الأعمال الصغيرة التي لا يعقل إشراف الطبيب على قيام الممرضة بها، وإلا كان الأجر الاستغناء عن خدماتها. وفي تلك الأعمال ينسب الخطأ إلى الممرضة. ومثال ذلك قلب ممرضة متخصصة في نزع الدم للمصقة الدم المتروك من المريضة المزعم إجراء عملية بسيطة لها مع ملصقة دم مريض آخر، من أجل تحيد نوع عند الفصيلة، مما أدى نقل دم مغاير لفصيلة دم المريضة فنتج عن ذلك الوفاة. فقرر مجلس قضاء تولوز نسبة الخطأ للممرضة.

²³⁹ هشام عبد الحميد فرج مينا، الأخطاء الطبية، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 2007، ص 135-136.

المطلب الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة وخطأ المريض أو الغير.

إضافة إلى انعدام رابطة السببية بين الفعل والنتيجة كسبب لانتفاء المسؤولية الجزائية، هناك أسباب أخرى إذا توافرت أدت إلى انتفاءها منها توافر حالة الضرورة والقوة القاهرة وخطأ المريض أو الغير.

الفرع الأول: حالة الضرورة والقوة القاهرة.

تعد حالة الضرورة سبب لانتفاء المسؤولية إذا تجلت في أي صورة من صورها العديدة كما في حالة انتشار الأمراض المعدية وضرورة مكافحتها أو في حالة التدخلات الطبية المستعجلة، ففي هذه الحالات لا وجود ولا معنى لأخذ رضا المريض أو ممثليه، إذ قد يؤدي طول الانتظار للموافقة في تعقد الأمور الصحية لان الغاية هي حماية المجتمع كما في حالة ضحايا حوادث المرور أو عند التضحية بجنين من أجل إنقاذ حياة الأم كما نصت على ذلك المادة 304 من قانون العقوبات. كما أن القوة القاهرة هي الأخرى اعتبرها الفقه عاملاً من عوامل نفي العلاقة السببية

البند الأول: حالة الضرورة.

الضرورة لغة مشتقة من الضرر، ويقصد بها الحاجة و الشدة التي لا مدفع لها والمشقة، والجمع ضرورات . وهي اسم لمصدر الاضطرار. والاضطرار هو الاحتياج إلى الشيء. واضطر إليه أحوجه وألجأه فاضطر²⁴⁰.

أما اصطلاحاً فيقصد حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محذور. وبقد عرف الدكتور "وهبة الزحيلي" حالة الضرورة بقوله: "هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس، أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال أو

²⁴⁰ التهامي عبد الله، ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على:

توابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب المحارم أو ترك الواجب أو تأخيرها عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع" ²⁴¹.

لقد صاغ الفقه الإسلامي فكرة الضرورة، وجعل لها نظرية متكاملة تستند إلى أصول كلية مأخوذة من القرآن الكريم والسنة النبوية. ويختصر بعض الفقهاء فكرة الضرورة في الفقه الإسلامي، بأنها الخوف من الهلاك على النفس أو المال، سواء أكان هذا الخوف علما أي أمرا متيقنا، أو ظنا يراد به الظن الراجح، وهو المبني على أسباب معقولة ²⁴².

وقد بنى الفقه الإسلامي نظرية الضرورة في مجال كل من العبادات والمعاملات على قاعدتين هما: "المشقة تجلب التيسير" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" ²⁴³

فيقصد بالقاعدة الأولى أن المشقة التي تخرج عن المعتاد تجلب التيسير، وتحقق هذه المشقة إذا كان على المكلف به من شأنه، أن يؤدي إلى الانقطاع عنه أو بعضه، أو إلحاق الضرر بالمكلف في نفسه وماله أو حال من أحواله.

والدليل الشرعي لهذه القاعدة في القرآن الكريم، قوله تعالى: "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج" ²⁴⁴. وقوله تعالى: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر" ²⁴⁵. وقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج" ²⁴⁶.

أما دليلها في السنة النبوية الشريفة، فهو قول عائشة رضي الله عنها: "ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين شيئين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما" ²⁴⁷.

²⁴¹ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1979، ص67.

²⁴² قاسم يوسف، الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، 1993، ص80.

²⁴³ مذكور محمد، مدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص275-279.

²⁴⁴ سورة المائدة، الآية:7.

²⁴⁵ سورة البقرة/ الآية: 184.

²⁴⁶ سورة الحج، الآية:76.

²⁴⁷ محمد بن صدقي البورنو، الوجيز في إباحة قواعد الفقه الكلية، ط2، مكتبة المعارف، 1989، ص20.

ويتفرع عن هذه القاعدة الأصولية عدد من القواعد الفقهية أهمها:

أ-الضرورات تبيح المحظورات²⁴⁸: ومشروعية هذه القاعدة قوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه"²⁴⁹. وقوله تعالى: "فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لا إثم عليه فإن الله غفور رحيم"²⁵⁰.

ب-الضرورة تقدر بقدرها: أي إذا أبيع شيء من المحظورات للضرورة، كانت إباحته على قدر الحاجة، ولا تجوز الزيادة على ذلك بل يجب الاقتصار على ما تدعو إليه الضرورة ، ويبقى الرمق ويحفظ الحياة، ويكون سدادا من عوز. ومن أمثلة ذلك ألا يأكل المضطر من الميتة إلى حد الشبع ، بل على حسب ما يسد رمقه، ولا ينظر الطبيب إلى عورة المريض، إلا بحسب ما تقتضيه ضرورة العلاج.

ج-الحاجة²⁵¹ تنزل منزل الضرورة²⁵².

²⁴⁸ فالعنى العام لهذه القاعدة أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة. وقد مثل الفقهاء لهذه القاعدة بأمثلة منها: إباحة أكل الميتة عند الحاجة، وكذا إباحة اللقمة بالخمر لمن يئص ولم يجد غيرها، وكذا إباحة كلمة اكفر للمكروه.

²⁴⁹ سورة البقرة، الآية 172.

²⁵⁰ سورة المائدة، الآية:4.

²⁵¹ الحاجة هي ما كانت دون الضرورة، لأن الضرورة هي الحاجة الملجئة إلى ما لا يد منه بخلاف الحاجة.

الفرق بين الضرورة والحاجة:

-من حيث التعريف:الضرورة شدة وضيق ومشقة تبيح المحرم كالمتة والدم ولحم الخنزير ومال الغير.أما الحاجة فهي افتقار ونقص وبذلك فهي أعم من الضرورة.

-الضرورة الفقهية أدلتها نصوص واضحة، والحاجة أدلتها عموميات.

-الضرورة الفقهية لا تحتاج إلى نص في كل حال تنزل فيها، بل أن الإذن بما عام، سوى ما استثني لأدلة أخرى وقرائن . أما الحاجة الفقهية قد تفتقر إلى نص لإثبات اعتبارها ومن أمثلة ذلك الإجازة...

-الضرورة الفقهية ترفع النص وغيره، والحاجة الأصولية مجالها هو تخصيص العموم عند من يراها، وبخاصة ما كان تناوله بالعموم ضعيفا، وقد تخالف قياسا وتستثنى من قاعدة.

-الضرورة الفقهية أثرها مؤقت محدود بما، والحاجة العامة أثرها مستمر.

-الضرورة شخصية لا ينتفع بها غير المضطر، والحاجة لا يشترط فيها تحقق الاحتياج في أحد أفرادها.

-الضرورة رخصة بالمعنى الأخص، والحاجة العامة ليست رخصة بالمعنى الأخص.

-الضرورة ترفع نهيًا في مرتبة عليا من سلم المنهيات كما ترفع غيره، والحاجة لا ترفع نهيًا في مرتبة عليا من مراتب النهي، بل تنوحي المسائل دون محرمات المقاصد.

أما القاعدة الثانية وهي "لا ضرر ولا ضرار"، فغن دليل مشروعيتها الحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار"²⁵³. وقد تفرع عن هذه القاعدة مجموعة من القواعد منها:

أ-الضرر يزال بقدر الإمكان²⁵⁴.

ب-يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام²⁵⁵.

ج-الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف²⁵⁶.

د-الضرر لا يزال بالضرر²⁵⁷.

ذ-درء المفسد مقدم على جلب المصالح²⁵⁸.

-الضرورة تبيح العقود التي يكون الخلل فيها أصليا أو تابعا والحاجة تبيح العقد الذي يكون الخلل فيه تابعا ومضافا.
-الضرورة تبيح الكثير واليسير، والحاجة تبيح التيسير لا الكثير.

الضرورة تبيح الخلل المقصود وغيره، والحاجة تبيح غالبا الخلل غير المقصود في العقد.

-الضرورة لا تختص بعقد دون الآخر- والحاجة تبيح الممنوع أحيانا في سياق إرفاق ومعروف دون قصد المقايضة

-الضرورة لا تفتقر إلى خلاف، والحاجة ترجح الضعيف في محل الاختلاف بشروط.

252 انظر، بن بيه عبد الله، من أجل فهم أعمق للحاجة والضرورة في الإسلام، مقال منشور على موقع: www.aawsat.com:

253 حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا، رواه مالك في الموطأ.

254 الإزالة في هذه القاعدة لا يراد بها إزالة الضرر قبل وقوعه خاصة بل يراد به إزالة الضرر قبل الوقوع وكذا بعده. فالشريعة الإسلامية جاءت بالوسائل التي تكفل إزالة الضرر بقدر الإمكان. فإذا أمكن إزالة الضرر كلياً فيها، وإلا فإنه يزال بقدر المستطاع، مثلاً: تقليم الدية عند إمكان العفو وعند الرضا القصاص.

255 هذه القاعدة ترجع إلى تحكيم المقاصد في دفع الضرر، ومن أمثلة ذلك: هدم الجدار المائل في الطريق العام خشية إضراره بالمارة، وبيع الطعام جبراً على صاحبه إذا احتكره وامتنع عن بيعه مع حاجة الناس إليه.

256 هذه القاعدة يعبر عنها أيضاً بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما، وأمثلتها: جواز تطليق الزوجة من زوجها إذا أضر بها، وهو ما يسمى بالطلاق للضرر، وذلك لأن الضرر الذي يقع بالطلاق أخف من الإضرار بها.

257 إن الضرر يزال شرعاً لكن إذا ترتب على ذلك الضرر حدوث ضرر آخر، فإن الموازنة تقضي بعدم إزالة ذلك الضرر بارتكاب ضرر آخر ومن أمثلة ذلك: عدم جواز دفع الإنسان الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره، أو بحفظ ماله بإتلاف مال غيره:

258 أي أن الأمر إذا دار بين درء مفسدة وجلب مصلحة، كان درء المفسدة أولى من جلب المصلحة. وإذا دار الأمر بين درء إحدى المفسدتين، وكانت إحداها أكثر فساداً من الأخرى فدرء العليا منها أولى من درء غيرها وهذا واضح يقبله كل عاقل واتفق عليه أولو العلم.

وعلى ضوء ما سبق يمكن اختصار فكرة الضرورة في الفقه الإسلامي، في أن المحافظة على الكليات الخمس، وهي حفظ النفس والدين والعقل والعرض والمال، تبيح مخالفة التكاليف الشرعية، لكن بشرط الالتزام بالضوابط التالية:

- أن يكون الخطر الذي يهدد إحدى الضرورات الخمس، يتصف بكونه جسيماً وحالاً، وأن تكون مخالفة القواعد الشرعية هي الطريق الوحيد لدفع هذا الخطر.

- أن تقدر الضرورة بقدرها، أي أن تقتصر مخالفة القواعد الشرعية على الحد الأدنى، اللازم لمواجهة هذا الخطر.

- أن تكون المخالفة مؤقتة، بحيث يتم العودة للقواعد العادية، بمجرد زوال الخطر. فما جاز للضرورة يبطل غيرها²⁵⁹.

كذلك فإن التشريعات الوضعية ومنذ القدم، قد تطرقت لدراسة حالة الضرورة.

البند الثاني: القوة القاهرة.

درج جانب من الفقه على التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ من حيث نتائجهما، وآثارهما على أساس أن الأولى لا يمكن دفعها أو منع آثارها، أما الحادث المفاجئ هو ذلك الحادث غير المتوقع وغير الممكن دفعه، إلا أن هذه التفرقة لا فائدة منها لذلك انتهى الفقه إلى اعتبارها معاً عاملاً من عوامل نفي العلاقة السببية بتوافر شرطين:

أ- أن تكون غير ممكنة التوقع: لكي تؤدي القوة القاهرة إلى قطع العلاقة السببية فيشترط فيها أن تكون غير متوقعة، ويستحيل التحرز منها، وخارجة عن إرادة الشخص ليس المدعى عليه فحسب بل حتى من جانب أشد الأطباء فطنة مع ما للمحكمة من سلطة تقديرية كاملة، ومن أمثلة هذه القوة القاهرة نزول صاعقة احترقت على إثرها الأجهزة، وتعطلت أثناء العملية الطبية أو

²⁵⁹ www.majkesalommah.com le :14/07/2009.

وفاة المريض بسبب رعد أو حرب أو زلزال، فهذه الحوادث لا يمكن تصور التنبؤ بها أو توقعها، وعلى إثرها تنتفي علاقة السببية وبالتالي المسؤولية الجنائية للطبيب.

ب- استحالة الدفع: ليس من العدل قبول دفع المسؤول بالقوة القاهرة، إذا كان في استطاعته دفعها، والعكس إذا كان بإمكانه دفعها تبقى المسؤولية قائمة لعدم انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، بل الأمر لا يقف عن هذا الحد فيشترط أن تكون القوة القاهرة من شأنها أن تجعل تفادي النتيجة أمراً مستحيلاً، استحالة تلتحق بكل من هو في موقف هذا المسؤول وتؤدي إلى حدوث نفس النتيجة، حتى ولو كان طبيب على درجة كبيرة من الخبرة، فلا يمكنه تخطي هذا العائق.

بتوافر هذين الشرطين المتمثلين في عدم الدفع والتوقع تنفي الرابطة السببية، وبالتالي انتفاء مسؤولية الطبيب الجنائية.

الفرع الثاني: خطأ المريض أو الغير.

إضافة إلى ما سبق تنتفي مسؤولية الطبيب الجنائية عند ثبوت خطأ المريض أو الغير.

البند الأول: خطأ المريض.

في أحيان كثيرة يستطيع الطبيب أن يؤكد أن المضاعفات التي حدثت للمريض لم تكن نتيجة خطأ طبي ولكنها حدثت بسبب تصرفات المريض مثل:

- هروب المريض من المستشفى أو العيادة قبل استكمال مراحل العلاج.

- عدم مراجعة المريض للطبيب في المواعيد المحددة للاستشارة، لا بد أن يجدد الطبيب على وصفة العلاج الممنوحة للمريض مواعيد مراجعة الطبيب.

-عدم تقيد المريض بتعليمات الطبيب في تعاطي العلاج أو الغيار على الجرح في المواعيد المناسبة بعد التدخل الجراحي، فلا بد أن يحدد الطبيب على وصفة العلاج أنواع الأدوية ومواعيد تناولها يوميا ومدة التعاطي وذلك بأسلوب واضح وبسيط يتناسب مع درجة تعلم المريض.

ومما يجب الإشارة إليه أنه على الطبيب أن ينبه المريض إلى خطورة عدم إتباعه لتعليمات العلاج بعد التدخل الجراحي على حالته الصحية وتوضيح أهمية تلك الفترة في تجنب حدوث مضاعفات. إن هروب المريض قبل استكمال علاجه وعدم تقيدته بتعليمات العلاج تجعل كفة الطبيب هي الأرجح وقد تبعد عن الطبيب الوقوع في برائن الخطأ المهني. أما إذا رفض المريض علاجاً أو جراحة معينة لعلاج ما أفسده الطبيب فلا يعد المريض مخطئاً ويسأل الطبيب عن خطئه²⁶⁰.

إن خطأ المريض بدوره تنتفي به العلاقة السببية لقيام مسؤولية الطبيب متى كان هذا الخطأ هو السبب في إحداث النتيجة. ومن أمثلة ذلك انقطاع عن العلاج قاصداً الإساءة إلى الطبيب، ذلك أن خطأ الغير ومنهم المجني عليه رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافياً لإحداث النتيجة.

فإذا كان خطأ المريض ينفي علاقة السببية بين الخطأ الطبي والنتيجة الإجرامية فإنه ينفىها أيضاً بين الخطأ وفوات فرصة الشفاء أو تحسن الحالة الصحية كالمريض الذي يرفض العلاج لأسباب مذهبية.

كذلك قد يصدر من المريض نوع من الإهمال في تناول العلاج الموصوف له من الطبيب وهذا ما يؤدي إلى مضاعفات مرضية ففي هذه الحالة هل يعد إهمال المريض مانعاً لقيام مسؤولية الطبيب الجزائية؟

²⁶⁰ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 146.

إن هذا الإشكال يدفعنا للتساؤل فيما يتعلق بإهمال المريض في كونه مانعا لقيام مسؤولية الطبيب فهل الأمر هنا يتعلق بالإهمال المألوف أو الإهمال الجسيم.

أ- الإهمال المألوف: قد يقع المريض في إهمال أو تقصير بحسن نية من جانبه فلا يتناول الدواء الموصوف له من طبيبه فهذا الإهمال البسيط أو المألوف لا يعتبر قاطعا لرابطة السببية بين فعل الطبيب والنتيجة الحاصلة للمريض. وعلة ذلك أن هذا الإهمال صدر بحسن نية المريض وكان بالإمكان توقعه من الطبيب المعالج، وبالتالي تقوم مسؤوليته الجنائية عن كل المضاعفات والأضرار الحاصلة للمريض ما لم يثبت أن المريض كان متعمدا لتجسيم المسؤولية²⁶¹.

فمن أكثر الحالات في مجال الإهمال المألوف حالة المريض الذي يسود في بيته الاعتقاد بعدم جدوى العلاج أو لجهل خطورة إصابته، كأن يكون مصاب بداء السكري ويهمل النظافة مما يعرضه لإصابات أو يكون معوزا وأهمل العلاج²⁶².

ب- الإهمال الجسيم: قد يتعمد المريض الإساءة للمركز القانوني للطبيب فيقوم بإهماله في أخذ العلاج مما يؤدي إلى استفحال المرض وتفاقمه الأمر الذي أدى بالقضاء في جمهورية مصر العربية بالتصريح بأن إهمال المريض الجسيم أو بسوء نية يعتبر قاطعا لرابطة السببية بين سلوك الطبيب والنتيجة.

وبذلك تنتفي مسؤوليته شريطة أن تنشأ علاقة سببية جديدة بين خطأ المريض والضرر والحاصل كإهمال المريض لجرح أصابه وعدم تطهيره ومراقبته طبيا مما ينجم عنه تعفن ومع هذا لا يراجع الطبيب أو كالمريض الذي يغادر المستشفى دون استشارة وإعلام الطبيب لتكملة العلاج²⁶³.

²⁶¹ القبلاوي محمود، المرجع السابق، ص96.

²⁶² الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص42.

²⁶³ المعاينة منصور عمر، المرجع السابق، ص117.

كما أن المسؤولية الجزائية للطبيب تنتفي بانتفاء علاقة السببية كأن يعتمد المريض إلى علاج جرح أصابه بنفسه بالطرق التقليدية والاستغناء عن علاج الطبيب مما سبب إليه تعفن و"غنقرينا"²⁶⁴ انتهت بعاهة مستديمة²⁶⁵.

البند الثاني: خطأ الغير.

الغير هم الأشخاص الخارجين عن الطاقم الطبي وشبه الطبي وإلا كنا أمام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، إذ أن الغير هو كل شخص أجنبي عن الجماعة الطبية المجددة لعلاج المريض، وبالتالي فلا مجال لمساءلة الطبيب عن أضرار تسبب فيها الغير، وكانت هذه الأضرار مستقلة ولولاها لما حصلت النتيجة الضارة، كما إذا تبين أن عدم التثام كسر لدى المريض كان بسبب تدخل مجبر العظام، الذي تسبب في هذه النتيجة وبالتالي تنتفي مسؤولية الطبيب بانتفاء علاقة السببية.

أما في حالة الخطأ المشترك بين الغير والطبيب دون أن يستغرق أحدهما الآخر، فالمساءلة تكون بقدر كل مساهمة في حدوث الضرر، مثلا عدم وجود مادة الأدرينالين في المستشفى المساعدة على مقاومة الحساسية وضعف النبضات القلبية، فهنا المسؤولية تقع على المستشفى والطبيب.

²⁶⁴ غنقرينا: هي موت الأنسجة وتعفننها نتيجة التهاب للأوعية الدموية وبالتالي انسدادها.

²⁶⁵ كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص92.

الباب الثاني

تطبيقات المسؤولية الجزائية

في طب التوليد

الباب الثاني: تطبيقات المسؤولية الجزائية في طب التوليد.

بعد أن تطرقنا إلى الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للطبيب في الباب الأول من هذه الدراسة من خلال تبيان مفهومها وحالة قيامها وانتفائها، نقوم في الباب الثاني بتطبيق هذه الأحكام على طب التوليد نظراً للخصوصية التي يتميز بها هذا الفرع من العلوم الطبية، وذلك لأن الطبيب في هذا التخصص يراعي جانبيين الجنين و الأم الحامل، مما يزيد من فرصة ارتكابه لأخطاء طبية تعرضه للمساءلة الجنائية.

لذلك قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية التوليد.

الفصل الثاني: الخطأ الطبي في عمليات التوليد.

الفصل الأول: ماهية التوليد.

تمر الولادة كجزء من العمل الطبي بمراحل عدة، بداية من لحظة الحمل وحتى لحظة تمام عملية الولادة والعناية بالمولود، لذلك يجب توافر شروط لإباحة عملية التوليد.

ولدراسة ماهية التوليد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التوليد.

المبحث الثاني: أساس وشروط اباحة التوليد.

المبحث الأول: مفهوم التوليد.

الولادة هي اللحظة المنتظرة سواء للزوجين أو لأسرتيهما، فالمولود الجديد هو بهجة العائلة. فمنذ خروجه إلى الحياة يكتسب هذا الأخير شخصية القانونية²⁶⁶. لذلك فلحظة الولادة هي الفاصلة في حياة الإنسان، كونها تعلن تمتعه بحقوقه القانونية، والتي يحميها القانون من أي اعتداء.

لذلك لابد من ضبط مفهوم التوليد من خلال توضيح وشرح المقصود بالولادة، وما هي أنواعها إضافة إلى مختلف المراحل التي تمر بها هذه الأخيرة.

ولتحقيق ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الولادة وأنواعها.

المطلب الثاني: مراحل التوليد.

²⁶⁶ تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".

المطلب الأول: تعريف الولادة وأنواعها.

الولادة هي اللحظة التي ينتظرها كثير من الناس، فهي الفترة التي يشعر فيها كل رجل بأبوته ووجوده وكل امرأة بأبومتها، وهي أسعد لحظات العائلة حين تحتفل بقدوم مولود جديد. والولادة أنواع فقد تكون ولادة طبيعية أو غير طبيعية أي قيصرية.

الفرع الأول: تعريف الولادة

تعدد التعريفات التي تعطى للولادة باختلاف وجهات نظر الأشخاص إليها، وعموما يمكن تقسيمها إلى قسمين تعاريف لغوية وتعاريف اصطلاحية.

فالولادة لغة مشاققة من الفعل ولد يلد، فيقال ولدت الأنثى ولدا وولادة أي وضعت حملها فهي والد ووالدة، ويقال ولدت الجنين.

وكذلك يقال تولد الشيء من الشيء أي نشأ عنه²⁶⁷.

أما المولد فهو طبيب يتولى توليد المرأة والمولدة هي القابلة²⁶⁸، أما الوليد فهو المولود حين يولد للذكر أو الأنثى.

أما الولادة عند أهل الطب هي إخراج الجنين الحي مكتمل النمو والمحيى خلال قناة الولادة الطبيعية بدون مساعدة وبدون حدوث مضاعفات للأم والجنين خلال فترة زمنية محددة.

وهناك نوعان من الولادة هي الولادة الطبيعية والولادة غير الطبيعية، ويحدد الطبيب بأي طريقة تتم الولادة لكل سيدة تبعا للمناسب لها.

²⁶⁷ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، ط4، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

²⁶⁸ القابلة هي المرأة التي تساعد الوالدة وتتلقي الولد عند الولادة.

أما الولادة في نظر القانون فهي اللحظة التي يصبح عندها الجنين صالحاً للحياة خارج جسم الأم، وقابلاً للتأثر مباشرة بالعالم الخارجي، فهي اللحظة التي تفرق بين الجنين والإنسان وما يترتب على ذلك من آثار قانونية هامة. فلا تقع جريمة القتل على الجنين، وإنما يكون محلاً لجريمة الإجهاض. كما لا يعاقب المشرع على الشروع في الإجهاض بينما يعاقب على الشروع في القتل. فالمشرع لا يجرم إيذاء الجنين بينما يجرم الإيذاء البدني الواقع على جسد الإنسان الحي²⁶⁹، فهي التي تحدد بداية حياة الإنسان العادية التي يحميها القانون الجنائي، والتي تختلف عن الحماية الجنائية للجنين المستكن في بطن أمه.

فيتبين من خلال ما سبق أن لحظة الولادة هي أدق مرحلة في التوليد، فهي اللحظة التي يرتفع فيها عن الحمل صفة الجنين ليحل بدلاً منها صفة الإنسان، حيث أنه لا صعوبة إذا وقع الفعل على الجنين قبل بدء عملية الولادة وأدى إلى موته في رحم أمه أو إلى إسقاطه خارج رحمها قبل موعد ولادته الطبيعي، فالفعل يعتبر جريمة إجهاض، حتى وإن كان الحمل في لحظاته الأخيرة، أي لم يكن يفصل بين الفعل وبداية العملية غير لحظات قليلة، ولا صعوبة كذلك إذا وقع الفعل بعد انتهاء عملية الولادة بانفصال المولود نهائياً عن جسم أمه، إذ تعتبر الجريمة قتلاً أو إيذاء عمداً أو خطأً بحسب طبيعة الركن المعنوي المصاحب لهذا الفعل، حيث قد بدأت بذلك حياة مستقلة للمولود وجاوز مرحلة الجنين، حتى وإن لم تمض على انفصاله عن جسد أمه غير لحظات قليلة.

ولكن تتور الصعوبة إذا ارتكب الفعل في الفترة ما بين بدء عملية الولادة وبين تمامها، إذ يثور التساؤل حول ما إذا كان في هذه الفترة إنساناً حياً أم جنيناً؟

وليس هناك شك في أهمية هذا التساؤل في مجال دراستنا لمسؤولية الأطباء الجنائية عن أخطاء التوليد، ولا سيما إذا استغرقت هذه العملية وقتاً قد يطول إذا تعسرت الولادة، خطأ ترتب عليه هلاك المولود قبل تمام ولادته، فحينئذ تظهر أهمية الإجابة عن التساؤل الذي وضعناه، وذلك

²⁶⁹ عبد الستار فوزية، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، ط2، درا النهضة العربية، مصر، 2000، ص355 وما يليها.

لأن اعتبار المولود أثناء الفترة التي تستغرقها عملية الولادة إنساناً حياً، مؤداه مساءلة الطبيب عن القتل الخطأ.

وبالعكس لا تلحق الطبيب مسؤولية جنائية على الإطلاق جريمة القتل وهي لا تقع إلا على إنسان حي، لا تقوم في هذه الحالة، كما لا تتحقق في الوقت ذاته جريمة الإجهاض حيث أن هلاك المولود بفعل الطبيب لم يكن مقصوداً، والإجهاض في جريمة عمدية كما ذكرنا.

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل لم تكن بالأمر الهين، إذا اختلف الرأي حول تحديد اللحظة التي تبدأ عندها حياة الإنسان.

فلقد ذهب جانب من الفقه إلى القول، بأن الحياة الإنسانية تبدأ بواقعة خروج الجنين كاملاً حياً عن رحم الأم وتتمام الولادة، وبمجرد خروج الجنين حياً يكتسب صفة الإنسان، وترتفع عنه صفة الجنين²⁷⁰. ومن ثم يكون الاعتداء عليه جريمة تحكمها النصوص الخاصة بجرائم القتل والضرب والجرح. أما الطفل الحي في رحم أمه أو في طريق ولادته، وإن كان قد تنفس، فلا يعتبر في كلا الحالتين إنساناً، وبالتالي فإن قتله لا يعتبر ارتكاباً لجريمة القتل²⁷¹. ويأخذ المشرع الكويتي بهذا الاتجاه حيث ينص في المادة 155 من قانون الجزاء الكويتي رقم 66 لسنة 1966 على أنه: "يعتبر المولود إنساناً يمكن قتله متى نزل حياً من بطن أمه، سواء في ذلك تنفس أو لم يتنفس، وسواء كانت الدورة الدموية مستقلة فيه أو لم تكن، وسواء كان حبل سرتة قد قطع أو لم يقطع".

والملاحظ أن هذا الرأي، إن كان يتميز ببساطته العملية حيث يحدد بدقة متى تبدأ حماية الإنسان بمعيار واضح سهل، ومع ذلك يؤخذ عليه إهداره لكل حماية للطفل أثناء عملية الولادة. وبيان ذلك أن خطأ طبيب التوليد ولو كان جسيماً، إذا أدى إلى قتل الطفل قبل خروجه من رحم

²⁷⁰ حسن ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد، ط4، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر سنة النشر، ص116.

²⁷¹ سديني سميت وعبد الحميد عامر، الطب الشرعي، في مصر، 1925، ص432.

الأم، لن يعتبر إجهاضاً، لأن الإجهاض لا يعد جريمة إلا إذا وقع بنية إحداثه، ولن يعد قتلاً خطأ ما دمنا قد جردنا الكائن-قبل خروجه حياً- من صفة الإنسان.

وفي اتجاه مقارب لهذا الرأي السابق، يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن الحياة الإنسانية العادية تبدأ بمجرد بروز أي جزء من الجنين إلى الخارج، مهما كان هذا الجزء يسيراً، إذ يكفي ذلك لانتهاه وصف الجنين، لتحل على ذلك الكائن وصف الإنسان الحي، ومن ثم يصبح محلاً لحماية النصوص الخاصة بالقتل والمساس بالسلامة الجسدية، بمعنى أنه لا يشترط أن يكون الجنين قد انفصل تماماً عن جسد أمه لكي يعتبر إزهاق روحه قتلاً، وإنما يكفي أن يظهر جزء منه فقط، ولو لم يكن قد تنفس، ولو لم يكن قد سرت فيه دورة دموية مستقلة، ولو لم يكن حبل سرتة مقطوعاً، وإنما يجب على أي حال أن يكون حياً.

وقد أخذ المشرع السوداني بهذا الاتجاه إذ ينص في الشرح الثالث للمادة 246 من قانون العقوبات على أن: "تسبب موت الجنين في بطن أمه لا يعتبر قتلاً، ولكن تسبب موت جنين حي، قد يبلغ حد القتل ذي النية المؤلمة، إذا كان أي جزء من أجزاء هذا الجنين قد برز إلى الخارج، وإن لم يكن الجنين قد تنفس أو ولد ولادة تامة".

هذا ويلاحظ أن القانون الإنجليزي يشترط الانفصال التام للجنين، وأن يكون قد سرت فيه دورة دموية مستقلة، وكما يقول "كني" لا يكون هناك قتل إذا كان إزهاق الروح قد حصل قبل خروج رجل واحدة، إذ يجب أن يكون جسم المولود قد خرج إلى العالم²⁷².

والراجح في الفقه أن الحياة العادية للإنسان لا تبدأ بالولادة التامة فحسب، أي بانفصال الطفل عن أمه، أو بمجرد بروز أي جزء من الجنين إلى الخارج، وإنما منذ اللحظة التي تبدأ بها عملية الولادة الطبيعية، فلا يشترط أن يخرج الطفل من رحم الأم، وإنما يكفي أن تبدأ آلام الوضع حتى يصبح هذا الكائن الحي خارج نطاق جريمة الإجهاض، ومشمولاً في الوقت نفسه بحماية النصوص

²⁷² محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979، ص 473.

التي تعاقب على القتل، أو التي تعاقب على قتل الأطفال حيثي الولادة، وكذلك النصوص المتعلقة بالجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة.

والملاحظ أن هذا الرأي وإن كان يتميز بأنه يوفر الحماية الكافية للطفل أثناء الولادة، فضلا عن كونه يتفق مع المعقول في وصفه له لحظة تأهبه للانفصال عن جسد الأم والخروج إلى الحياة، إلا أنه يثير مسألة تحديد الضابط الذي تبدأ به عملية الولادة، وبمعنى آخر ما هي العلامات الظاهرة التي يمكن أن يستدل بها على هذه البداية؟

في هذا الخصوص يرى الأستاذ "محمود نجيب حسني" أنه يتعين التمييز بين الولادة الطبيعية والولادة غير الطبيعية، وأن الولادة الطبيعية تتحدد لحظة بدايتها بإحساس الأم بآلام الوضع، والتي تنشأ عن تقلص عضلات الرحم وتفضي في نهايتها إلى القذف بالمولود خارج جسمها، وذلك لأن هذه الآلام تعني اكتمال نضج الجنين وتمتعه بحياة مستقلة عن حياة أمه، واستعداده للانفصال عن جسد أمه، والخروج للحياة وقابليته للتأثر بالانفعال التي ترتكب في العالم الخارجي، والتي قد تقع عليه أو تصيبه مباشرة، أي دون أن يكون تأثره بها نتيجة غير مباشرة لتأثر جسم الأم بها، فهنا يصير شأنه شأن غيره من الناس صالحا، لأن يكون محلا مباشرة لأفعال الاعتداء التي ترتكب في العالم الخارجي، وتقوم الحاجة إلى حمايته إزاء هذه الأفعال، حتى ولو لم ينفصل الوليد انفصالا تاما عن جسم أمه، أو لم تكن عملية الولادة قد انتهت فعلا. أما إذا كانت عملية الولادة غير طبيعية فتكون لحظة بدايتها، هي لحظة تطبيق الأساليب الطبية الفنية -جراحية أو غير جراحية- على جسم المرأة الحامل، إذ الشأن في هذه الأساليب أن تؤدي مباشرة إلى إخراج المولود من جسم أمه، فتعادل في الأهمية القانونية لحظة إحساسها بآلام الوضع²⁷³.

ويلاحظ أن الغرض في الحالة الأخيرة، أن هذه الأساليب الطبية الفنية تطبق على الأم قبل إحساسها بآلام الوضع، وإلا كانت لحظة بداية الولادة هي لحظة تحقق هذا الإحساس.

²⁷³ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 325.

كما يلاحظ أنه لا يقدر في كل هذا اتصال المولود بالأم بالحبل السري، لأن هذا السبيل هو طريقة للتغذية في هذه الفترة من حياته، ولا يعد بسببه جزء منها، وسبيل الغذاء لا يغير من حقيقته، فلا شك أن الطفل حديث الولادة يتغذى بلبن الأم، ومع هذا فلم يقل أحد أنه لا يعد منفصلاً عنها.

ويمكن القول أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير من تحديد بداية الحياة العادية للإنسان باللحظة التي تبدأ عندها عملية الولادة -طبيعية كانت أم غير طبيعية-، وذلك لأن بدء هذه العملية، ما هو إلا إيداناً باكتمال المولود، واستعداده للحياة ككائن مستقل عن جسد أمه، يصلح لأن يتأثر مباشرة بالمؤثرات الخارجية. وبأنه بالتالي أصبح قابلاً لأن يكون محلاً مباشراً لأفعال الاعتداء شأنه في ذلك شأن غيره من الناس، فضلاً عن أن هذا الرأي يحقق للمولود -خلال الفترة التي تستغرقها عملية الولادة، ويكون أثناءها في متناول يد غيره وخاصة طبيب التوليد- الحماية القانونية اللازمة له إزاء الأفعال غير العمدية التي تمس حياته، والأفعال العمدية وغير العمدية التي تؤذي في سلامة بدنه، فضلاً عن حمايته إزاء الشروع في قتله، فالمولود يتعرض -بلا شك- خلال عملية الولادة إلى أفعال لم يكن يتعرض لها حين كان مستكناً في رحم أمه.

الفرع الثاني: أنواع الولادة.

تنقسم الولادة إلى الأنواع التالية:

البند الأول: الولادة الطبيعية.

وهي أكثر أنواع الولادات شيوعاً، وتعريفها علمياً هي الإخراج التلقائي من هلال قناة الولادة الطبيعية لجنين ناضج (37-40 أسبوع من الحمل)، حي بدون أي مضاعفات للجنين أو الأم وبدون أي أدوات مساعدة ماعدا خزع المهبل (شق العجان).

البند الثاني: الولادة القيصرية.

هي نوع من أنواع الولادة غير الطبيعية، وفيها يقوم الجراح بعملية جراحية حيث يتم شق البطن والرحم لاستخراج الجنين عند تعذر الولادة الطبيعية، ويقوم بإجرائها جراح متخصص وهو "جراح التوليد".

وهناك من يعرفها بأنها استخراج الجنين من خلال شق يجري على جدار البطن وجدار الرحم. ومن البديهي أن هذا التعريف لا يشمل استخراج الجنين من جوف الصفاق في حالات تمزق الرحم والحمل البطني²⁷⁴.

أ- كيفية إجراء العملية القيصرية: تجرى هذه العملية في غرفة العمليات تحت تأثير التخدير العام أو الموضعي تبعا لوضع المرأة الصحي، وتبقى المرأة مستلقية مدة 24 ساعة دون طعام أو شراب، وتتغذى فقط بواسطة المصل، ثم تتحرك وتسير رويدا رويدا إلى مسافات أبعد مع القيام بحركات رياضية خفيفة وتناول وجبات الطعام التي تحتوي على مرق الدجاج واللبن وعصير الفواكه بأنواعها، وفي اليوم السابع من إجراء العملية القيصرية، يكشف الطبيب على مكان الجرح فيكون عادة أفقي فوق شعر العانة مباشرة عوضا عن الشق الذي يمتد من السرة إلى الأسفل فيشوه منظر البطن، ولا تعوق العملية القيصرية رضاعة الأم لوليدها، أما مدة إجرائها فلا تتجاوز الساعة الواحدة من الزمن.

ب- دواعي إجراء العملية القيصرية: يتم اللجوء إلى إجراء العملية القيصرية حين تكون الولادة الطبيعية متعذرة، حيث تحمل مخاطرة للأم والطفل. لكن ليست كل الحالات التالية تتطلب إجراء العملية القيصرية بشكل إجباري، بل يظل قرار إجرائها في العديد من الحالات بيد طبيب التوليد.

ومن أهم الدوافع والأوضاع الموجبة لإجراء العملية القيصرية هي:

²⁷⁴ القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، ط1، دار البدر، الجزائر، 2013، ص247.

1- مضاعفات المخاض والعوامل التي تعيق الولادة الطبيعية عبر المهبل مثل:

- طول مدة المخاض وتمزق جدار الرحم.
- مشاكل في المشيمة مثل المشيمة المتراحة أو المشيمة الملتصقة.
- عدم فعالية طلق الولادة بعد مرور عدة ساعات على بدئها.
- مجيء الجنين بالعرض وتعذر الولادة بشكل طبيعي.
- تعسر الولادة بسبب كبر حجم الجنين وضيق حوض الأم.
- مشاكل في الحبل السري كالأوعية المتقدمة.

2- مضاعفات أخرى للحمل أو أمراض تعاني منها الأم مثل:

- حدوث مقدمات الارتعاج للأم الحامل.
- تعدد المواليد (حمل السيدة لأكثر من جنين داخل الرحم).
- إصابة الأم بمرض فقدان المناعة.
- إصابة الأم بأحد الأمراض الجنسية كالهربس والتي قد تنتقل إلى الجنين خلال الولادة الطبيعية عن طريق المهبل.

- تمزق سابق لجدار الرحم.

3- دواعي أخرى مثل:

- حدوث نزف دموي صاعق يهدد حياة المرأة خلال الولادة بسبب تمزق المشيمة أو أحد أطراف المشيمة.
- تسمم الحمل وارتفاع ضغط الدم إلى درجات عالية تشكل خطرا على صحة المرأة الحامل.

- تخطي عمر الجنين أربعين أسبوعا ولم تبدأ الولادة.

- عندما يهدد حياة الجنين خطر مما يستدعي ولادته قبل أن يموت في بطن أمه الحامل.

- كسل الرحم وتوقف الطلق.

- تعب المرأة وتوقفها عن الاشتراك الفعال في عملية الولادة.
- إذا كانت المرأة بكريّة وتعدت سن الخامسة والثلاثين والطفل مرغوب فيه، إذ جاء بعد معالجتها من عقم طويل الأمد.
- في حال كانت المرأة قد تعرضت لعمليات قيصرية من قبل.
- ج-أنواع العمليات القيصرية: للعملية القيصرية نوعان:
- القيصرية العلوية أو الجسمية، ويجرى الشق فيها طولانياً على القطعة العلوية.
- القيصرية السفلية، ويجرى الشق على القطعة السفلية، ويكون إما معترضا وهو أكثر شيوعاً، أو طولانياً وهو نادر لأن استطبباته محدودة جداً.
- أم الفرق بين القيصرتين العلوية والسفلية: فإن القيصرية السفلية مفضلة على العلوية للأسباب التالية:
- بما أن القطعة السفلية أرق مكان في الرحم إبان أشهر الحمل الأخيرة، فإجراء الشق هناك وإغلاقه أسهل مما هما عليه في القطعة العلوية، إضافة إلى أن كمية النزف المرافقة للقيصرية السفلية أقل بكثير من العلوية.
- يؤدي إغلاق الصفاق الحوضي في القيصرية السفلية إلى عزل جوفي الرحم والصفاق بعضهما عن بعض عزلاً تاماً، مما يحول دون انتقال الخمج إلى جوف الصفاق إذا ما أصاب جوف الرحم²⁷⁵.
- والفارق الأكثر أهمية هو قابلية الندبة للتمزق في الحمل التالي. فالمعلوم جيداً أن ندبة جسم الرحم أكثر عرضة للتمزق في الحمل التالي من ندبة القطعة السفلية بعدة مرات. ويحدث التمزق في ثلث الحالات قبل بدء المخاض وإبان أسابيع الحمل الأخيرة، في حين يندر تمزق ندبة القطعة السفلية قبل المخاض.

²⁷⁵ القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص 249.

إضافة إلى ذلك، عندما يحدث التمزق في القطعة السفلية، فالوفيات الوالدية وما حول الولادة قليلة عادة، إذا ما قورنت بمثيلتهما الحادثتين لدى تمزق ندبة القطعة العلوية.

ومع أن اندحاف ندبة القطعة السفلية أكثر حدوثاً من تمزقها خاصة إذا كان الشق من النوع المعترض، وبالرغم من أنه يكون مغطى بالصفاق فقط، إلا أنه لا يحول دون تمام الولادة عن الطريق الطبيعية في كثير من الحالات.

والجدير بالذكر أن شق القيصرية السفلية الطولاني، يماثل في اختلاطاته القيصرية العلوية لكثرة امتداده إلى جسم الرحم، مما أدى إلى تجنبه إلا في حالات الضرورة القصوى وهي نادرة جداً.

د- طريقة الولادة في حالات الحمل التالية للعملية القيصرية: أثبتت الدراسات الحديثة أن الولادة المهبلية بعد قيصرية سابقة هي أسلم من تكرار القيصرية، على أنه قبل اتخاذ قرار الولادة الطبيعية، يجب النظر إلى الشروط التالية:

أ- إذا كانت القيصرية المجراة علوية، فجميع الولادات التالية يجب أن تتم بالقيصرية (السفلية إذا سمحت الظروف بذلك)²⁷⁶.

ب- إذا كانت القيصرية الأولى سفلية، يعتمد في اتخاذ القرار على القرائن التالية:

1- استطبب القيصرية الأولى: إذا كانت القيصرية الأولى مجراة بسبب ضيق الحوض، يفضل تكرارها على الرغم من أن تقارير عديدة أكدت إمكانية الولادة المهبلية في 68 بالمئة من الحالات التي أجريت فيها القيصرية الأولى بسبب عدم تناسب جيني حوضي، وذلك بعد التأكد من أن شق القيصرية الأولى لم يتجاوز حدود القطعة السفلية.

²⁷⁶ القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص 251.

2- عدد القيصرات: تجرى محاولة الولادة المهبلية بعد قيصرية واحدة سابقة، إلا أنه يمكن تجربة الولادة المهبلية بعد قيصرتين سابقتين إذا كان الشق في كليهما محصوراً أيضاً في حدود القطعة السفلية.

3- استقصاء الندبة: تستقص ندبة القيصرية السابقة بعد الولادة المهبلية لكشف اندحاقها أو تمزقها. فإذا تبين أن التمزق كامل وأن جوف الصفاق متصل بجوف الرحم، أو كان الترف شديداً، يفتح البطن مباشرة لإرقاء الترف وترميم الاندحاق أو التمزق. كما ينصح بفتح البطن أيضاً لدى وجود الاندحاق - ولو لم يكن جوف الرحم متصلاً بجوف الصفاق - وترميمه إعداداً لولادة قادمة.

4- استعمال الأوسيتوسين: يسمح البعض باستعمال الأوسيتوسين بحذر شديد مع اتخاذ الإجراءات التالية ذكرها في الفقرة السادسة.

5- لا يسمح بالولادة المهبلية في حالات الحمل المتعدد والمجئيات المعيبة.

6- إذا تقررت الولادة المهبلية، تجرى ضمن الشروط التالية:

- أن تتم في المستشفى حكماً.

- أن تبقى الماخض تحت المراقبة الدقيقة والمباشرة طول فترة المخاض سواء كانت قيد التخدير فوق الجافية أو بدونه.

- أن تكون غرفة العمليات جاهزة لأي احتمال يطرأ إبان المخاض.

- بفضل مساعدة الولادة في أدوارها الأخيرة إما بملقط الجنين الواطئ أو المحجم الولادي.

- استقصاء الندبة بعد انجاز الولادة.

ذ- مخاطر العملية القيصرية: تعتبر العملية القيصرية آمنة لكل من الأم والجنين، ولكن بشكل عام، وكأي عملية جراحية فلا أن يكون هناك بعض المخاطر، وأهم هذه المخاطر التزيف الشديد

أثناء العملية، والتهاب الجرح بعد الولادة، وحدوث تخثر أو تجلطات في الأوعية الدموية الموجودة بالأطراف السفلية.

المطلب الثاني: مراحل التوليد.

من المتفق عليه بين أهل الاختصاص أن التوليد يعد من بين أهم أجزاء العمل الطبي، فهو يمر بعدة مراحل طبية تخضع فيها المرأة الحامل للعناية والمراقبة المستمرة، حتى تكمل في الأخير بخروج الجنين في أفضل صحة و تكون الأم أيضا في حالة مستقرة تنعم بفرحتها بمولودها الجديد. لذلك نخصص هذا المطلب لبيان مختلف مراحل التوليد سواء كانت الولادة طبيعية أو قيصرية.

الفرع الأول: مراحل الولادة الطبيعية.

تمر الولادة الطبيعية بالمراحل التالية:

البند الأول: مرحلة المخاض.

يعرف المخاض بأنه مجموعة الحوادث التي تؤدي إلى انقذاف محصول الحمل (الجنين وملحقاته) عن الطريق التناسلي بعد الأسبوع العشرين من الحمل.

وتبدأ هذه المرحلة بتزول مخاط سميك ومختلط مع دم بسيط. وقد تظهر هذه العلامة قبل أيام من بدء المخاض، لذا يجب التريث حتى تبدأ آلام أسفل الظهر أو البطن، أو حتى نزول الماء قبل الذهاب إلى المستشفى.

عند نزول ماء الجنين، إما بتدفق أو قطرات من الماء الصافي مع الحركة أو المشي، عندها يجب الذهاب إلى المستشفى حتى في حال عدم بدء التقلصات لتجنب خطر حدوث التهابات.

ثم تبدأ مرحلة التقلصات (الطلق) التي تكون في البداية على شكل ألم خفيف في الظهر، ومع مرور الوقت تبدأ تقلصات في البطن مشابهة لآلام الدورة الشهرية لكن بصورة أشد. وتدرجيا

تصبح التقلصات منتظمة، عندها يجب تحديد موعدها بمراقبة موعد بدء التقلص وموعد نهايته، الذي يتراوح بين 20 إلى 40 ثانية على الأقل، وتأتي على فترات متباعدة.

ويدوم أول مخاض ما بين 12 و14 ساعة عادة، وعندما تزداد شدة التقلصات وتصبح مؤلمة وتنقص المدة الزمنية الفاصلة بينها (كل خمس دقائق) عندها يجب الذهاب إلى المستشفى.

في المستشفى ستتم مراقبة نبض الجنين بواسطة جهاز موجات فوق صوتية يربط على بطن الأم لرصد ضربات قلب الجنين وتفاعلها مع شدة انقباضات الرحم التي تسجل عن طريق جهاز آخر لقياس قوة الانقباض والمدة التي يستغرقها ويربط أيضا على بطن الأم.

هذه المرحلة قد تستغرق عدة ساعات تتراوح بين 10 و12 ساعة في الولادة الأولى، لثلاث أو أربع ساعات في الولادات التالية. تعمل تقلصات الرحم المنتظمة على دفع رأس الجنين في الحوض الذي بدوره يضغط على عنق الرحم لكي يتسع تدريجيا.

كما أن انقباضات المتكررة تعمل على توسعة عنق الرحم بمعدل 1 سنتيمتر تقريبا كل ساعة حتى يصل إلى 10 سنتيمتر.

البند الثاني: مرحلة الدفع والوضع.

في هذه المرحلة تصبح الانقباضات أكثر تكرارا، ويستمر كل انقباض من 60 إلى 90 ثانية، والمدة الفاصلة بين الانقباض والآخر من دقيقة إلى ثلاثة دقائق.

تتميز هذه المرحلة بإحساس الأم بضغط في المهبل وعلى فتحة الشرج وبالرغبة في الدفع.

ومما تجب الإشارة إليه أن أكثر الأوضاع فاعلية للولادة هو وضعية شبه الجلوس أو وضع شبه القرفصة، لأن هذا الوضع يعطي فرصة للجاذبية الأرضية لتلعب دورا في عملية الولادة وتجعل الدفعات أكثر قوة.

ولمساعدة الأم على خروج الجنين من المهبل عليها أن تتبع تعليمات الطبيب والتنسيق معه على أوقات الدفع حتى لا تصاب بالإرهاق ، ولكي لا تسبب في إرهاق الجنين أيضا.

إن طريقة الدفع تعتمد على أخذ نفس عميق والاحتفاظ بالهواء داخل الرئتين عند بدء الانقباض، ثم الدفع بكل قوة إلى الأسفل، إلى أن تعجز الأم عن الاحتفاظ بالهواء. كما أن بين كل انقباض وآخر على الأم أخذ عدة أنفاس عميقة لتساعد على استعادة اتزان عملية التنفس، مع محاولة الراحة بين كل انقباض آخر.

هذا ويتحرك رأس الجنين مقتربا من فتحة المهبل، ويضغط على قاع الحوض، ومع الدفع سرعان ما يمكن رؤية شعر الرأس، وهو يتقدم مع كل انقباضة، وربما يتراجع الرأس قليلا مع تلاشي الانقباضة. وعندما يتكامل الرأس (ترى قمته) يطلب الطبيب عدم الدفع، لأنه إذا تمت ولادة الرأس بسرعة فقد يتمزق المهبل، لذا يجب إتباع تعليمات الطبيب، وأخذ أنفاس سريعة، وإذا كان الجنين في ضيق يمكن أن يجري الطبيب، شق لتوسعة المهبل وتسهيل خروج الرأس.

ومما تجب الإشارة إليه أن الرأس يولد متجها نحو الأسفل، ويتأكد الطبيب من عدم التفاف الحبل السري حول العنق ، ثم يدير رأس الطفل نحو أحد الجانبين ليشكل مع الكتفين خطا مستقيما، فتتنظف عينيه وأنفه وفمه، وتسحب السوائل من مجرى الهواء. وبعد ذلك يتزلق الجسم خارجا خلال الانقباضتين التاليتين، فيرفع الطفل من تحت إبطيه، ويوضع على بطن الأم ويتم قطع الحبل السري. وبعد ذلك عادة يعطى الطفل للقبالة أو طبيب الأطفال لتقدير حالته الصحية وتقييم تنفسه ومعدل نبضه، ولون بشرته وتحركاته ووزنه، ثم يوضع على صدر أمه.

البند الثالث: مرحلة نزول المشيمة وانقذافها.

وتختص هذه المرحلة بولادة ملحقات الجنين، ويتم على مرحلتين هما انفكاك المشيمة وانقذافها.

أ- انفكك المشيمة: في نفس الوقت الذي تتكامل فيه ولادة الجنين، تنقبض الرحم على جوفها المتناقض باستمرار، لتشكل بعد ولادة الجنين كتلة يصل قعرها إلى محادة السرة، تحبس في داخلها المشيمة. هذا ويواكب تقلص الرحم الشديد تناقض ملحوظ في السطح المشيمي لبطن الرحم. ولما كانت المشيمة لا تتمتع بالمرونة التي تسمح لها بمجاراة تقلص الرحم، فإنها تنكوم دافعة مركزها نحو جوف الرحم، مما يؤدي إلى تمزق الطبقة الأسفنجية للغشاء الساقط، ومن ثم انسلاخ المشيمة عن الرحم بدءاً من هذه النقطة. وبعد ذلك يتشكل ورم دموي خلفها، مما يساعد على الإسراع بإتمام الانفكك بأكمله. أم الأغشية فتتجدد على نفسها مع انقباض الرحم، وتنسلخ عن جداره حتى بدأت المشيمة بالهجرة إلى القطعة السفلية حاملة معها قسماً من الغشاء الساقط في حين يبقى قسمه الأكبر ملتصقاً على جدار الرحم. وبذلك تصبح الرحم كتلة قاسية يتقابل فيها الوجهان الأمامي والخلفي. أما الجيوب الوالدية المقترحة على المنطقة المشيمية، فتكون قد أغلقت نتيجة لانقباض الطبقة الشبكية من العضلة الرحمية، ويدعي ذلك بالارقاء الحي²⁷⁷.

ب- هجرة المشيمة وانقذافها: متى تم انفكك المشيمة، فإنها تهاجر إلى القطعة السفلية تحت تأثير انقباض القطعة العلوية، وتبقى منحسبة هناك أو في قبة المهبل، إلى أن يتم انقذافها خارج الأعضاء التناسلية، إما بالاستعانة بزيادة التوتر داخل البطن كما في السعال، أو في دفع قعر الرحم إلى الأسفل، مما يدل على أن هذه المرحلة من انقذاف المشيمة تبدأ عفويا وتكتمل بمساعدة المولد.

هذا ويتم انقذاف المشيمة بأحد الشكلين: فإما أن تتقدم بوجهها الجنيني جارة معها الأغشية والورم الدموي المنحسب خلفها، ويعرف هذا الشكل بنموذج "شولتز"، أو بحافتها فيظهر ورم دموي مع حافتها، ومن ثم تخرج الأغشية، ويعرف ذلك بنموذج "دنكان"²⁷⁸.

وبعد أن تتم الولادة الطبيعية بسلام، يتم تنظيف الأم ويقوم الطبيب بخياطة الشق المهلي، ومن ثم نقل الأم إلى غرفتها للاستمتاع بوليدها والراحة معه.

²⁷⁷ القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص170.

²⁷⁸ القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص171.

الفرع الثاني: مراحل تكوين الجنين.

إن الجنين هو بداية تكوين الإنسان ونواة البشرية، والذي هو التهيئة الجسدية، وأول مراحل خلق الإنسان. وهي مرحلة مهمة وتشكل نقطة تكامل في حياة الإنسان، حيث تتشكل أعضاؤه وأجهزته التي توفر له الحياة، وهي تشمل فترتين أساسيتين، الأولى فترة تكون الأعضاء قبل ولوج الروح، والثانية فترة ما بعد ولوج الروح، وتقبل الإحساس والحركة الإرادية.

فالجنين لغة هو الولد مادام في بطن أمه لاستناره، وجمعه أجنة²⁷⁹. وعموما يقصد بالجنين عند أهل اللغة هو الشيء المستتر في الرحم.

أما اصطلاحا فلم تختلف تعريفات الفقهاء والمفسرين عن تعريفات اللغويين، فقد عرفه القرطبي في تفسير قوله تعالى: "هو أعلم بكم إذ أنشأكم من الأرض وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم"²⁸⁰، فإن الجنين هو الولد مادام في بطن أمه²⁸¹.

وقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يحكم على ما في الرحم، بأنه جنين حتى يستبين بعض خلقه، فإذا ظهر عليه شيء من آثار النفوس، حكموا عليه بأنه ولد، أما إذا لم يستبين شيء هو علقه أو مضغة أو دم جامد، لا يدري حقيقته عندهم²⁸². والمقصود بظهور شيء من خلقه، أن يخرج منه إصبع أو ظهر أو شعر²⁸³.

أما المالكية فيرون أن الجنين يشمل، كل ما تحمله المرأة في رحمها، وقد جاء في المنتقى في تعريف الجنين، أن كل ما حملته المرأة مما يعرف، بأنه ولد وإن لم يكن مخلقا²⁸⁴.

²⁷⁹ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، ج2، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996، ص386.

²⁸⁰ الآية 32 من سورة النجم.

²⁸¹ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج17، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص90.

²⁸² زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح الدقائق، ج1، ط3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1993، ص479.

²⁸³ محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية الرد المختار على الدر المختار، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1987، ص201.

²⁸⁴ غانم عمر، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر، 2001، ص30.

وقال الشافعي أن الجنين هو ما تعرف القوابل منه أنه مبدأ خلق آدمي، وإن كان مضغعة أو علقمة، سواء تصور فيه صورة آدمي، بشرط أن تقول القوابل أنه مبدأ خلق آدمي فيه صورة ولو بقي لتصور، أما إذا شككن فيه فليس بشيء²⁸⁵.

أما الحنابلة فقالوا أن بداية الجنين تكون مع تصور الآدمي، أما قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين، وهذه الصورة معتبرة ولو كانت خفية²⁸⁶.

فالجنين هو ما تكون في رحم المرأة عند التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الأنثى، واختلاطهما معا وما تطور وتشكل عنهما إلى لحظة الولادة²⁸⁷.

وقد بين الله عز و جل مراحل تطور الجنين في قوله تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقمة فخلقنا العلقمة مضغعة فخلقنا المضغعة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"²⁸⁸.

وقال جل شأنه: "يا أيها الناس إذا كنتم في ريب من البعث فإننا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقمة ثم من مضغعة مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم..."²⁸⁹.

فقد بينت الآيات السابقتان مراحل تطور الجنين. فأول مراحل هذا التطور هي النطفة، ثم بعد ذلك تتحول النطفة إلى العلقمة، التي سرعان ما تتكاثر خلايا الدم حولها، ثم تتمدد وتتطور وتنمو مكونة أشبه شيء بالقلب، وسرعان ما ينبض القلب ليدفع بالدم في أوعية الجنين، ليمنه

²⁸⁵ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج1، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، 1968، ص365.

²⁸⁶ ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله أحمد بن محمد المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص114.

²⁸⁷ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص15.

²⁸⁸ الآيات 12-14 من سورة المؤمنون.

²⁸⁹ الآية 5 من سورة الحج.

بالغذاء اللازم، وفي نهاية الشهر الأول يصبح الجنين مضغعة، وفي نهاية الأسبوع الخامس والسادس والسابع²⁹⁰، ثم في نهاية الشهر الرابع يتم نفخ الروح فيه²⁹¹، وتتم المراحل بالمراحل التالية:

البند الأول: النطفة.

هي أول أطوار خلق الإنسان، وقد ذكرت في آيات كثيرة منها، قوله تعالى: "ثم جعلناه نطفة في قرار مكين"²⁹². وقوله تعالى: "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعاً بصيراً"²⁹³.

وقوله تعالى: "والله خلقكم من تراب ثم من نطفة"²⁹⁴. وقوله تعالى: "أو لم ير الإنسان أنا خلقناه من نطفة فإذا هو خصيم مبين"²⁹⁵. وقوله تعالى: "أيحسب الإنسان أن يترك سدى أو لم يك نطفة من مني يعني"²⁹⁶.

وفي الحديث النبوي أنه مر يهودي برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يحدث أصحابه، قالت قريش: يا يهودي إن هذا يزعم أنه نبي، فقال اليهودي: لأسأله عن شيء لا يعلمه إلا نبي، قال: فجاء حتى جلس ثم قال: يا محمد، مما خلق الإنسان؟ فقال عليه الصلاة والسلام: من نطفة الرجل والمرأة، فأما نطفة الرجل فنطفة غليظة منها العظم والعصب، وأما نطفة المرأة فنطفة رقيقة منها اللحم والدم، فقال اليهودي: هكذا كان يقول من قبلك²⁹⁷.

²⁹⁰ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1999، ص 361-364.

²⁹¹ انظر، الملحق رقم 2.

²⁹² الآية 13 من سورة المؤمنون.

²⁹³ الآية 2 من سورة الإنسان.

²⁹⁴ الآية 11 من سورة فاطر.

²⁹⁵ الآية 77 من سورة يس.

²⁹⁶ الآيتان 36-37 من سورة القيامة.

²⁹⁷ الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج 1، المكتب الإسلامي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 456.

فالنطفة في اللغة هي الماء الصافي قل أو أكثر، والجمع نطف ونطاف ومنه سمي المني نطفة لقلته، ونطفان الماء سيلانه، والنطفة هي التي يكون منها الولد²⁹⁸.

ويقصد بالنطفة ثلاثة معان:

-النطفة المذكورة: ويقصد بها الحيوانات المنوية الموجودة في المني والتي تفرزها الخصية²⁹⁹.

-النطفة المؤنثة: ويقصد بها البويضة التي يفرزها المبيض³⁰⁰.

-النطفة الأمشاج: وهي التي يكون شطرها من نطفة الرجل، وشطرها الآخر من نطفة المرأة³⁰¹ أي البويضة الملقحة.

وقد عرفت أيضا بأنها: "تلك الخلية المكونة من اتحاد البويضة بالحيوان المنوي-داخليا أو خارجيا-والتي ينشأ عنها جنين"³⁰².

فيرى جمهور الفقهاء المسلمين وعلماء التفسير وعلماء الأجنة، أن المراد بالنطفة "البويضة الملقحة"، وهي تنتج عن اندماج حيوان منوي ببويضة، وتحتوي على جميع الصفات، والخواص الوراثية لكل من الذكر والأنثى³⁰³.

²⁹⁸ ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، المرجع السابق، ص23.

²⁹⁹ فياض محمد، إعجاز آيات القرآن في بيان خلق الإنسان، ط1، دار الشروق، 1999، ص66. و أيضا، جابر علي مهرا، حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، منشور بمجلة الدراسات القانونية، ع 21، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1998، ص152.

³⁰⁰ فياض محمد، المرجع السابق، ص66. وانظر، محمد علي البار، الجنين المشوه والأمراض الوراثية "الأسباب والعلامات والأحكام"، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، بدون سنة نشر، ص37.

³⁰¹ ثناء علي المخيمر الشيخ، الفرق بين الخلق والاستنساخ في القرآن الكريم، منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، مصر، ع22، ص394.

³⁰² السنباطي عطا عبد العاطي، بنوك النطف والأجنة "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، ط1، دار النهضة العربية،

مصر، 2001، ص13.

³⁰³ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص18.

وقد توصل أحد العلماء وهو "هيرتونج" في عام 1875، إلى أن النطفة بعد التلقيح هي مزيج من نطفة الرجل والمرأة. وأثبت "فان بندن" سنة 1883 أن البويضة والحيوان المنوي يساهمان بالتساوي في تكوين البويضة.

البند الثاني: العلقه.

قال تعالى: "اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق"³⁰⁴. ويقول أيضا: "ألم يك نطفة من مني يمى ثم كان علقه فخلق فسوى"³⁰⁵. ويقول أيضا: "ثم خلقنا النطفة علقه"³⁰⁶. فالعلقه في اللغة هي المني الذي ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا. فأهم ما يميز هذه المرحلة هو العلق بجدار الرحم بواسطة خلايا وحملات، تمتص من دم الأم كل ما يلزم لتخلق الجنين من ماء وغذاء³⁰⁷. فعندما تلتصق العلقه بجدار الرحم في اليوم السابع من الحمل تقريبا، يمكن لها الاستمرار في الحياة بسبب التغذية التي تأتيها من الرحم.

يذكر الطب أن العلقه تختلف في تركيبها عن الدم السائل أو المتجمد، فهي تتكون من خلايا نشأت بطريق الانقسام عن النطفة الأمشاج، التي تمثل اللبنة الأولى في تركيب الجنين. ويمتد تطور العلقه لعدة أسابيع³⁰⁸.

ويصف ابن القيم الجوزية رحمة الله عليه هذه المرحلة بقوله: "واقترضت حكمة الخلاق العليم سبحانه أن جعل داخل الرحم خشنا كالسفننج وجعل فيه طلبا للمني وقبولا له، كطلب الأرض الشديدة العطش للماء وقبولها له... فإذا اشتمل على المني ولم يقذف به إلى الخارج، استدار على نفسه وصار كالكرة، وأخذ في الشدة إلى تمام ستة أيام"³⁰⁹.

ويرى أهل الصنعة من الأطباء أن تفسير العلقه بالدم الغليظ المتجمد، ليس تفسيراً دقيقاً، وأنه ناتج عن الملاحظة بالعين المجردة، وأن العلقه هي المرحلة التي تعلق فيها النطفة الأمشاج بجدار

انظر، محمد علي البار، المرجع السابق، ص205.

³⁰⁴ الآية 2 من سورة العلق.

³⁰⁵ الآيتان 37-38 من سورة القيامة.

³⁰⁶ الآية 14 من سورة المؤمنون.

³⁰⁷ خالص الحلي، الطب محراب للإيمان، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982، ص55.

³⁰⁸ علي الشيخ إبراهيم مبارك، المرجع السابق، ص22.

³⁰⁹ شمس الدين محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، التبيان في أقسام القرآن، تعليق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان،

الرحم، وتنشأ فيه. ومع ذلك يرون أن المفسرين القدامى لم يبعدوا بذلك عن الحقيقة كثيراً، فالعلقة العالقة بجدار الرحم، والتي لا تكاد ترى بالعين المجردة، محاطة بدم غليظ يراه كل ذي عينين³¹⁰.

البند الثالث: المضغة.

يقول الله تعالى: "فخلقنا العلقة مضغة"³¹¹، ويقول أيضاً: "ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة"³¹². فالمضغة في اللغة مأخوذة من مضغ الطعام من باب قطع ونصر، والمضغة قطعة من اللحم قدر ما يلقي الإنسان في فمه، والجمع مضغ، وقلب الإنسان مضغة من جسده.

يتفق العلم الحديث مع الشريعة الإسلامية، في أن بداية التخلق والتصور الأدمي للجنين، يبدأ من طور المضغة لا قبل ذلك. ولا يتصور الخلق، ويتشكل وهو نطفة أو علقة، وهي قطعة دم متجمدة ومنعقدة. وقد أثبت علم الأجنة أن بداية التخلق في هذه المرحلة، مع ظهور الكتل البدنية التي يتكون من خلالها الجهاز الهيكلي والعضلي. ويحدث ذلك في اليوم العشرين من تاريخ حدوث التلقيح، وتتكون النطفة الأمشاج³¹³ على إثر ذلك³¹⁴.

ويؤكد القرآن الكريم أن المضغة، قد تكون مخلقة أو غير مخلقة. ويشير معظم المفسرين إلى أن المضغة المخلقة هي التي يكتمل تكوينها و تتشكل منها أجهزة الجسم في التكوين. أما المضغة غير المخلقة فهي التي لا يكتمل لها التكوين ويقصد بها السقط³¹⁵.

³¹⁰ إبراهيم أحمد شوقي، المعارف الطبية في ضوء القرآن والسنة "أطوار الخلق وحواس الإنسان"، ط1، دار الفكر العربي، 2002، ص52-53.

³¹¹ الآية 14 من سورة المؤمنون.

³¹² الآية 5 من سورة الحج.

³¹³ النطفة الأمشاج: بعد الإخصاب مباشرة تبدأ الخلية الجديدة رحلتها إلى الرحم ويسمى علماء الأجنة الخلية الملقحة باللاقحة والأصح استخدام

التعبير القرآني النطفة الأمشاج. والتي لا يزيد طولها عن عشر ميليمتر. كما أن الماء يكون الجزء الأكبر منها. ومن هنا كانت تسميتها في القرآن

الكريم بالماء المهين، وذلك في قوله تعالى: " ألم نخلقكم من ماء مهين، فجعلناه في قرار مكين" الآيتان 20-21 من سورة المرسلات.

³¹⁴ علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص22-23.

³¹⁵ أبو حطب فؤاد وصادق أمال، نمو الإنسان، ط4، مكتب الانجلو المصرية، 1999، ص43.

وقيل أن المضغة المخلفة هي تامة الصورة والحواس والتخطيط لمعالم الجسد، وغير المخلفة هي الناقصة في هذه الأمور، وتسقطها المرأة قبل التشكيل والتخطيط أو بعده، بحيث تبقى ناقصة الصور والحواس، والتخطيطات وتتم ولادتها³¹⁶.

البند الرابع: العظام واللحم.

قال اله تعالى: "فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما"³¹⁷، ويقول أيضا: "وانظر إلى العظام كيف ننشرها ثم نكسوها لحما"³¹⁸. ويقول ابن كثير في تفسير ذلك أي شكلناها ذات رأس ويدين ورجلين بعظامها وعصبها وعروقها، ثم جعلنا على ذلك ما يستره ويشده ويقويه من اللحم³¹⁹. فهذه المرحلة تستغرق الأسابيع الخامس والسادس والسابع³²⁰. مع ملاحظة أن العظام تكون أولا "غروية" ثم "غضروفية"، ثم اعتبارا من الشهر السادس تتحول شيئا فشيئا إلى عظام. وطور خلق العظام وطور كسوتها لحما، مشتركين في التخلق والتكوين. فالله سبحانه وتعالى جعل تكوين العظام واللحم، مرتبطين ببعضهم البعض.³²¹

ويوضح علماء الأجنة أن الهياكل الغضروفية، يبدأ ظهورها في الأسبوع السادس، بينما تبدأ أول علامات وجود العضلات في الأسبوع السابع³²².

³¹⁶ انظر، علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الشهير بالخازن، تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل، ط2، مصطفى الباي الحلبي وأولاده، 1955، ص4-5. وانظر أيضا، وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، دمشق، سوريا، دون سنة نشر، ص157. وانظر أيضا، عشري عبد المنعم السيد، تفسير الآيات الكونية في القرآن الكريم، طبع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1985.

³¹⁷ الآية 14 من سورة المؤمنون.

³¹⁸ الآية 259 من سورة البقرة.

³¹⁹ الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، مكتبة التراث الإسلامي، 1980، ص240.

³²⁰ محمد علي البار، المرجع السابق، ص371.

³²¹ محمد سلام مذکور، نظرة الإسلام إلى تنظيم النسل، ط1، دار النهضة العربية، 1965، ص69.

³²² محمد علي البار، المرجع السابق، ص370-371.

البند الخامس: مرحلة نفخ الروح:

ويعبر عن هذه المرحلة أيضا بمرحلة النشأة وذلك في قوله تعالى: "ولقد علمتم النشأة الأولى فلولا تذكرون"³²³، وقوله أيضا: "ثم أنشأناه خلقا آخر"³²⁴. ويقول ابن عباس رضي الله عنهما والشعبي والضحاك وأبو العالية، وابن زيد أن تفسير هذه الآية هو نفخ الروح فيه بعد أن كان جمادا.

إن الروح هي سبب اكتساب الهوية الآدمية ويترتب عليه أحكام خاصة أيضا كعدم جواز الإجهاض واعتبار الاعتداء على الجنين اعتداء على نفس إنسانية. ففي هذه المرحلة تتكون قوى الحس والإدراك والإرادة. ويطلق العلماء على هذا الطور "طور التسوية". ويبدأ هذا الطور من بداية الشهر الرابع من حياة الجنين و يمتد حتى الولادة³²⁵.

وقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن نفخ الروح يكون بعد مئة وعشرين يوما من بداية التلقيح. وقد استدلوا في ذلك بالحديث الصحيح الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه، حيث قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو الصادق المصدوق قال: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربعة، برزقه وأجله وعمله، وشقي أم سعيد، ثم ينفخ فيه الروح"³²⁶.

وبعد نفخ الروح تكتمل أعضاء الجنين في نهاية الشهر الخامس، ومع ذلك لا يستطيع الحياة خارج الرحم، لعدم قدرة الرئتين والجهاز الهضمي على العمل خارج الرحم³²⁷.

³²³ الآية 62 من سورة الواقعة.

³²⁴ الآية 14 من سورة المؤمنون.

³²⁵ أبو حطب فؤاد وصادق أمال، المرجع السابق، ص43.

³²⁶ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص22.

³²⁷ محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، ط1، دار النهضة العربية، 1969، ص99.

وفي الشهر السادس تظهر الأشعة هيكلًا حقيقًا للجنين. ويقرر الطب الحديث أن أقل مدة للحمل، يمكن أن يبقى الجنين حيا، إذا ولد بتمامها هي ستة أشهر، ولكنه يحتاج إلى عناية خاصة.

ومما يشار إليه أن المفهوم الطبي البيولوجي (العلمي) للجنين عما سواه من المفاهيم والمستند إلى التطور البيولوجي للجنين بشكل أساس الذي تتم مراقبته وحسابه بأسلوبين هما: التصوير أو الأشعة أو السونار، أو الحساب المباشر أو حساب الدورة الشهرية³²⁸.

ويمر تشكل الجنين بالعديد من المراحل على الشكل التالي:

-الأسبوع الأول: تصل البويضة التحويف الرحمي بعد سبعة أيام من تلقيحها، حيث تنغرس هناك في الغشاء المبطن للرحم. وفي هذه المرحلة تظهر عند البويضة المخصبة عدة أجزاء يختص كل جزء بوظيفة معينة. يبدأ الفراغ الذي شكل ضمن كتلة الخلايا تدريجيا بالتوسع ليشمل معظم الجزء الأوسط من الحمل المتطور. وفي نفس الوقت تبدأ مجموعة من الخلايا في منتهى التخصص (كتلة الخلايا الداخلية) في النمو سريعا، وتبذر في الفراغ الكيسي الذي سيصبح أخيرا التحويف الامينوسي، ثم تنمو كتلة الخلايا الداخلية هذه لتصبح الجنين بذاته.

-الأسبوع الثاني: في اليوم التاسع تختفي الطبقة الواقية الخارجية أو تزول، ويحل محلها نمو غير منظم ذو أهداب صغيرة تشبه الأصابع كما أنها تعتبر بداية تكون المشيمة.

-الأسبوع الثالث: تبدو مجموعة الخلايا التي تكون الجنين على شكل قطعة مفلطحة مستطيلة بها قناة في الوسط أو نتوء، ويصيح في حجم يكاد يمكن رؤيته بالعين المجردة، كما أن كثيرا من بدايات الأعضاء تكون قد ظهرت، وينمو الجزء الذي يكون الرأس والمخ بسرعة فائقة، وتظهر انخفاضات قليلة الغور في موضع العينين.

³²⁸ National health and medical research coincil.human embryo- abiological definition. December 2005 ,p3.

-الأسبوع الرابع: يتغير الغشاء المبطن لسطح التجويف الرحمي تحت تأثير البروجيستيرون إلى الشكل النشط والمميز بقابليته على الإفرازات الكثيرة ويبقى على هذه الحال طيلة مدة الحمل ويطلق اصطلاح الغشاء الساقط³²⁹ على هذه التغيرات في غشاء الرحم وتتميز بكونها كثيفة وغنية بالأوعية الدموية.

-الأسبوع الخامس: يبلغ طول الحمل في نهايته 2 ملم تقريبا ويكون مرئيا للعين المجردة، حيث يأخذ الجنين بإبراز أعضائه الرئيسية، فمثلا يأخذ العمود الفقري في التكوين، وتظهر نتوءات الأطراف، أي بداية الأيدي والأرجل.

-الأسبوع السادس: يتشكل الرأس ويعقبه بسرعة تشكيل التجويفين البطني والصدرى، ثم يتم تكوين جهاز الدماغ البدائي، بالإضافة إلى العمود الفقري والنخاع الشوكي، وتظهر الأيدي والأرجل. وتكون الأصابع ملتصقة ويبدأ القلب بالظهور في التجويف الصدري، وتأخذ الأوعية الدموية بتشكيل حبل السرة وكذلك يتم ظهر الأجزاء الأولية من المعدة والأمعاء ضمن التجويف البطني.

-الأسبوع السابع: يبدأ القلب بالنبض بقوة كافية لدفع الخلايا للدوران ضمن الأوعية الدموية. لقد تم تكوين الصدر بشكل تام باستثناء الرئتين اللتين مازالتا صغيرتين ومنكمشتين. وقد تتكون الأمعاء بشكل تام وتتكون الكبد والكليتان ولكنها غير قادرة على العمل. وتنمو العينين والأنف والأذنين تدريجيا ويقارب طول الجنين في هذه المرحلة نحو 1.3 سم³³⁰.

-الأسبوع الثامن: لقد تم تكوين كل الأعضاء الرئيسية الداخلية بشكل بدائية وتستمر بالنمو وتنمو الرئتين وتظهر ملامح الوجه بنمو العينين والأنف والأذنين والفكين ويبلغ طول الجنين في هذه الفترة 2.2 سم.

³²⁹ الغشاء الساقط هو الغشاء الذي يكسو البويضة ويسقط مع المشيمة عند الولادة.

³³⁰ القواسم أحلام، موسوعة الحمل والولادة، ط1، دار البدر للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص14.

-الأسبوع التاسع: تستمر العينين والأذنين والأنف والفم بالنمو والأطراف الأخرى ويبلغ وزنه تقريبا 2 غ وطوله 3سم تقريبا.

-الأسبوع العاشر: تصبح العينين والأذنين أكثر وضوحا كما يمكن تمييز الأصابع ويتشكل حبل السرة تماما ويأخذ الدم بالدوران ولم يكتمل تشكل المشيمة بعد، ويبلغ طول الجنين 4.5م ووزنه حوالي 5غ.

-الأسبوع الحادي عشر: يصبح تمييز الجنين سهلا ككائن بشري مع كون الرأس كبيرا بالنسبة للحجم. والأطراف صغيرة ونخيفة، ويتشكل القلب في هذه الفترة تماما، وتظهر دورة دموية كافية لضخ الدم إلى جميع أجزاء الجسم. ومما يجب الإشارة إليه أن الجنين في هذه الفترة يكون عرضة للتشويه ويكون طول الجنين تقريبا 5.5 سم ووزنه 10 غ.

-الأسبوع الثاني عشر: يستمر بالاستدارة أكثر فأكثر ويكتمل الوجه، وتنمو الأعضاء الداخلية والتناسلية الخارجية، ويزداد نمو العضلات في الجسم في الأطراف من حركة الجنين. ويبلغ طوله هنا تقريبا 6.5سم ووزنه 18غ.

-الأسبوع الثالث عشر: ينتفخ الرحم الآن كلية بواسطة الحمل ويكون للجنين مساحة كافية للحركة وقليل ما يحتك بجدار الرحم. كما يتشكل الوجه والفم والأنف والعين تماما. وتستمر الرئتان والكبد والكليتان والأمعاء بالنمو والوضوح، وتواصل الأعضاء التناسلية الخارجية نضجها ويصبح جنس الجنين الآن مميزا ويقارب طول الجنين 7.5 سم ووزنه حوالي 30غ.

-الأسبوع السادس عشر: يتم تكوين الأطراف وتتحرك جميع المفاصل، ويكتمل تشكيل أصابع اليدين والقدمين وتظهر أظافرهما، ويكتسي الجنين عند هذا الأسبوع بالزغب، أي الشعر الرقيق الناعم ويأخذ شعر الجفون والرموش بالنمو ويبلغ طوله تقريبا 16سم ووزنه حوالي 135غ.

-الأسبوع العشرون: يزداد نمو الجنين ويظهر الشعر على الرأس وتنمو العضلات، ويمتلك الجنين الآن كمية كبيرة نسبيا من السائل الامنيوسي، التي تمكنه من الحركة والدوران بسهولة ويبلغ طول الجنين تقريبا 25.5سم ووزنه حوالي 340غ³³¹.

-الأسبوع الرابع والعشرون: يستمر نمو الجنين في الإضطراب وتحتوي الذراعان والساقان على كمية اعتيادية من العضلات إلا أن الجنين يبقى نحىلا نظرا لرقة الدهون المخزنة تحت الجلد، ويبلغ طول الجنين تقريبا 33 سم ووزنه 570غ.

-من الشهر السابع إلى الشهر التاسع: يكون للجنين القدرة على الاستقلال في وجوده بعد الأسبوع الثامن والعشرون، ويصبح قلبه قادرا أكثر على التحكم بتغيرات الدورة الدموية التي تحدث بعد الولادة. وكذلك ينمو الدماغ ويصبح أكثر سيطرة على وظائف الجسم الرئيسية وتستمر الرئتان والكبد في النمو وما تجدر الإشارة إليه أنه كلما زاد بقاء الجنين في الرحم زادت فرصته في البقاء حيا. ويبلغ طول الجنين التقريبي عند نهاية الحمل 50سم ووزنه 3.4 كغ.

³³¹ القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص 18.

المبحث الثاني: أساس وشروط إباحة التوليد.

إن المبدأ العام في الحياة هو أن الأصل في الأشياء الإباحة، فمبدأ الشرعية التي نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري أن الفعل لا يعد مجرماً ما لم يوجد نص يقضي بذلك. ومن بين الأفعال التي أباحها القانون هي أعمال الطبيب، التي يقوم بها شخص مؤهل علمياً هو طبيب التوليد أو من في حكمه، فالقانون نظم مهنة الطب بأحكام وقواعد قانونية، ومن بين ذلك اختصاص التوليد لذلك يثور التساؤل حول أساس وشروط إباحة التوليد.

لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أساس إباحة عمليات التوليد.

المطلب الثاني: شروط إباحة عمليات التوليد.

المطلب الأول: أساس إباحة عمليات التوليد.

إن طبيب النساء والتوليد يباشر أثناء القيام بعمله بعض الأفعال التي لو وضعت تحت مقياس قانون العقوبات لاعتبرت جرائم، ومع هذا فإنه لا يسأل جنائياً نظراً لتمتعته في ذلك بسبب من أسباب الإباحة، إذا توافرت شروط معينة. فما هو أساس إباحة عمليات التوليد؟

الفرع الأول: رضاء الحامل (المريض).

يمنع القانون إخضاع المريض للعلاج رغم إرادته، وبناءً على ذلك يجب الحصول على إذن المريض في كل التدخلات الطبية سواء تعلق الأمر بالتشخيص أو العلاج أو الوقاية حسب الأحوال.

فلا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على علاج معين أيا كانت نتيجته، وأيا كانت درجة خطورة حالة الفرد الصحية. باستثناء الحالات المرضية الخاصة، عندما تشكل حالة المريض خطورة على الصحة العامة كالأضرار الخطيرة أو المعدية، حيث يرغب المريض على العلاج³³².

لا يشترط كقاعدة عامة في أي شكل معين في موافقة المريض للأعمال الطبية، فقد يكون شفويا أو كتابيا. غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسدية للمريض التي تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله على رضا كتابيا، بل أن من المستشفيات الاستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، من أعدت نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني من خلال بيانات محددة. ويسري هذا الاتجاه بشكل ملحوظ في الأنظمة الأنجلوساكسونية، خاصة منها النظام الأمريكي والنظام الانجليزي أين لا يكون رضا المريض سليما إلا إذا توافر الشرط الشكلي، باستثناء حالة الضرورة³³³.

وقد يكون الرضا صريحا أو ضمنيا، غير أنه يجب في كافة الأحوال، أن يسبق التدخل الطبي. ويثور التساؤل من جهة أخرى عن حكم سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الطبي، فهل يمكن اعتبار ذلك موافقة منه؟.

البند الأول: الرضا الصريح.

في أغلب الحالات يحصل الطبيب على الموافقة الصريحة للمريض، ويكون الرضا الصادر عن المريض أو عن يمثله صريحا إذا كانت العبارات الصادرة بهذا الشأن تدل صراحة وبصفة مباشرة بما لا يدع مجالا للشك على قبوله للعلاج المقترح من قبل الطبيب. ويعتبر الرضا الصريح كما قيل، أصدق الصور في التعبير عن الإرادة الحقيقية.

³³² مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص

.44

³³³ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص198.

ولا يؤثر في سلامة الرضا الأسلوب الذي يستعمله المريض أو من ينوب عنه في التعبير عن رأيه. فقد يعبر القبول بأسلوب التوسل أو الرجاء حتى الأمر بتنفيذ العلاج المقترح. وقد يعبر عن الموافقة أيضا من خلال إبداء الرأي بشأن العلاج. ففي كافة الحالات يجب أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض في الموافقة بحيث لا تحتل الشك أو التفسيرات المختلفة. وعلى العكس من ذلك فالعبارات التي يقصد بها المزاح وعدم الجدية لا يتوافر بها الرضا الصريح³³⁴.

كما أن العبارات الغامضة التي لا توضح القصد الحقيقي لصاحبها، أو تلك التي تحتل أكثر من معنى، كلها صالحة للتعبير عن موقف صاحبها من العلاج المقترح.

وفي حالة الرضا الكتابي، لا يشترط عادة شكل معين، فقد تكون الكتابة بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى معروفة، بشرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها. كما يمكن أن تكون الكتابة عرفية أو رسمية حسب الأحوال. غير أن القواعد المنظمة لهذه المسألة في بعض المؤسسات الصحية تشترط أن يتم الرضا الكتابي باستعمال عبارات محددة أو إجراءات خاصة، كما هو الحال في مجال التجارب الطبية أو نزع الأعضاء، وبصفة عامة في التدخلات الطبية غير العلاجية.

ففي هذا المجال لا يجوز طبقا للمادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري³³⁵، انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص إلا بشروط معينة، منها الموافقة الكتابية من المتبرع بأحد أعضائه.

وقد جرى العمل في بعض الدول على ضرورة توافر شرط الكتابة، بالنسبة لموافقة المريض في حالة العمليات الجراحية والأعمال الطبية، التي تنطوي على قدر من الخطورة، وكذلك في حالات التخدير. فالو.م.أ قد اعتبرت أن إمضاء المريض على وثيقة الرضا، بمثابة قرينة على موافقته

³³⁴ حسني محمد السيد الجدع، رضا المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1983، ص 91.

³³⁵ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

الصريحة على التدخل الطبي، وأنه قد تلقى كل المعلومات الضرورية، المرتبطة بالعملية الجراحية خاصة فيما يتعلق بمخاطرها.

أما في إنجلترا فقد وضعت وزارة الصحة نموذجا كتابيا لرضا المريض يعرف بـ "وثيقة الرضا"، لقي استحسان وموافقة جميع الأطراف المعنية في ميدان الصحة، حيث يتعين على المريض أو من يمثله، الراغب في الفحص أو العلاج ملء هذا النموذج وتوقيعه، أو ترك ذلك لمعية الطبيب حسب الأحوال.

وخلافا لما سار عليه الأمر في بعض الو.م.أ فإن إمضاء المريض لوثيقة الرضا ليس قرينة على تلقيه المعلومات الضرورية قبل الموافقة. وعليه فإن وثيقة الرضا قد لا يشكل رضا حقيقيا وقانونيا، إذا لم يسبق بإعلام مناسب، فيبقى الطبيب ملزما بإعلام المريض في جميع الحالات التي يتطلب القانون موافقته فيها سواء كانت موافقته شفوية أو كتابية. ويلتزم الطبيب عادة بتنفيذ ما ورد في الوثيقة من حيث العمل الطبي الموافق عليه، فإذا تجاوزه بدون سبب مشروع قامت مسؤوليته إزاء النتائج المترتبة على هذا التجاوز.

البند الثاني: الرضا الضمني.

قد يكون الرضا الصادر من المريض أو ممن يمثله ضمنيا بحيث يستفاد من فعل أو تصرف المريض أو من اتخاذ موقف معين وهذا ما أشارت إليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري³³⁶.

ومن صور الرضا الضمني توجه المريض إلى عيادة الطبيب لغرض القيام بفحص طبي، مع العلم أن الرضا هنا خاص بالفحص الخارجي، الذي لا ينطوي على أي مساس بالسلامة الجسدية للمريض، وإن تطلب ذلك استعمال بعض المعدات للتأكد من الحالة المرضية، كما هو الأمر في حالة الكشف عن الأمراض المرتبطة بالأنف والأذن والحنجرة. أما إذا تعلق الأمر بإدخال جهاز معين إلى جسم المريض أو أي عمل آخر فيه مساس مباشر بالسلامة الجسدية للمريض، فعلى

³³⁶ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الطبيب أن يستشير المريض من جديد ويعلمه بطبيعة العمل الذي ينوي القيام به ويحصل على موافقته، ولو أن التدخل يتعلق دائما بالفحص الذي جاء المريض لأجله.

ومن صور الرضا الضمني كذلك مد المريض ذراعه للطبيب لغرض حقنه، أو اتجاه المجروح إلى قسم الاستعجالات لغرض تلقي العلاج الضروري، مما يفيد قبول هذا الأخير بقيام أي طبيب في المصلحة المذكورة بمباشرة الإسعافات الأولية لإيقاف التزيف وتضميد الجرح. فالفعل في هذه الحالات وغيرها كثيرا ما يكون أقوى دلالة في التعبير عن الإرادة الحقيقية لصاحبها من مجرد الكلمات أو العبارات التي ينطق بها أو يكتبها.

من جهة أخرى، يجب أن يتعلق مضمون الرضا الضمني، بما يتوقعه المريض وفقا للسير العادي للأمر، وطبيعة الأشياء والمنطق السليم. فمن يعاني من آلام في الأذن لا يتوقع أن يخضع لفحوص في الجهاز الهضمي، وإن كان بعض الأطباء يفضلون الفحص الشامل قبل إعلام المريض بنتائج الفحص. إلا أن ذلك لا يكون إلا في الحالات، التي يلاحظ الطبيب فيها أعراضا معينة، ويحتمل أن تكون مؤشرات لحالات مرضية خطيرة. يضاف إلى ذلك أنه في مثل هذه الحالات التي تتطلب كشفا عاما، يجب استشارة المريض بذلك والحصول على موافقته مسبقا.

ولما كان لرضا المريض أهمية خاصة بالنسبة للتدخلات الطبية، فإنه لا يعتد بهذا الرضا إلا إذا كان معبرا عن الإرادة الباطنية لصاحبها³³⁷.

البند الثالث: حكم سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الطبي.

لقد تار التساؤل عن حكم سكوت وعدم اعتراض المريض على التدخل الطبي. بمعنى هل يجوز تفسير سكوت المريض وعدم اعتراضه على أنه موافقة على الأعمال الطبية المقترحة؟

³³⁷ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 202-203.

وفقا للقواعد العامة في الشرع الإسلامي "لا ينسب للساكت قول"، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت فيه اعتداء على الحرية الشخصية. لذلك يجب توافر الظروف والأدلة التي تؤكد أن هذا السكوت يكشف عن إرادة حقيقة نحو الموافقة على التدخل الطبي المقترح.

ويذهب الرأي الغالب في الفقه إلى عدم الأخذ بسكوت المريض، وعدم اعتراضه على العمل الطبي كأساس لإباحة التدخل الطبي. فلا يمكن أن يستفاد من السكوت الرفض أساسا، كما لا يمكن أخذه على أنه موافقة، إلا إذا ثبت ذلك من خلال الظروف المصاحبة. فقد يكون السكوت نابعا في بعض الحالات، عن الخوف من الرفض وما قد يترتب عليه من نتائج. وقد يكون مصدره جهل المريض بحالته الصحية أو عدم استيعابه للمعلومات المقدمة له بشأنها، مما يجعله في حيرة من أمره³³⁸.

أما السكوت وعدم الاعتراض الذي يمكن أن يفسر على أنه موافقة، فهو السكوت الذي ينسب إلى الشخص الذي توافرت لديه القدرة على الاعتراض ولم يفعل. فالسكوت الذي يفيد الرضا يشترط أن تصاحبه ظروف وأدلة على توافر الإرادة الحقيقية لصاحبها نحو قبول الإجراء المقترح، وكان هذا الإجراء أو التدخل الطبي يحقق أفضل مصلحة للمريض. ويسمى السكوت بهذا المفهوم في فقه القانون المدني "السكوت الملابس". ويقال أيضا "السكوت في معرض الحاجة بيان"، أي أن السكوت الذي تصاحبه ظروف أو ملابسات فيها دلائل على الرضا يعتبر قبولا³³⁹.

ويشترط أن يصدر الرضا من صاحبه قبل مباشرة العمل الطبي، وأن يستمر حتى بدأ التنفيذ وأثنائه³⁴⁰، ذلك أنه من حق المريض أو من يمثله أن يغير رأيه قبل بدأ التنفيذ أو أثنائه حسب

³³⁸ إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص102.

³³⁹ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص 85.

³⁴⁰ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص225. و مأمون محمد سلامة،

قانون العقوبات "القسم العام"، دار الفكر العربي، ص257.

الأحوال. كما يشترط الحصول على موافقة المريض قبل مباشرة التنفيذ باعتبار أن الرضا شرط لإباحة العمل الطبي أصلاً، وتبعاً لذلك لا يكون للرضا اللاحق أي أثر من الناحية القانونية³⁴¹.

كما يثور التساؤل أيضاً حول حكم العمل الطبي الذي يبدأه الطبيب بدون موافقة المريض، ثم يحصل على إذنه قبل انتهائه من التنفيذ. فهل يمتد أثر الموافقة اللاحقة للأعمال السابقة؟

يرى الفقه أن أثر الموافقة اللاحقة يمتد إلى الأعمال الطبية السابقة لأنها تشكل في مجال العمل الطبي وحدة متكاملة يصعب الفصل بينها ولا تقبل التجزئة. ويفترض أن يمتد رضا المريض في مثل هذه الحالات ليشمل مجمل ما قام به الطبيب من أعمال، إلا إذا ثبت أن من إرادة صاحب الشأن أنه كان يقصد عملاً دون غيره. ففي هذه الحالة يقتصر أثر الرضا على الحالات المقصودة دون غيرها وبشرط بطبيعة الحال أن تكون الأعمال المنفذة قابلة للتجزئة، أما إذا لم تكن كذلك فليس هناك مجال لإثارة هذا الإشكال³⁴².

لقد اختلف الفقه في كون رضا المريض سبباً لإباحة التوليد أم لا، ولكن يمكن القول أن بعض الفقه والقضاء قديماً، ذهبوا إلى اعتبار رضا المريض سبباً عاماً لإباحة التوليد³⁴³، وتدخّل الطبيب جراحياً لمعالجة المريض طالما توافر ذلك الرضاء.

وبتوافر رضا المريض وتفهمه للخطر الذي يحيطه، فإنه لا مسؤولية على من أجرى له جراحة حتى ولو كان غير طبيب، مع الفارق بين الشخص غير الطبيب، والذي يكون عرضة للمجازاة، لأنه قد لا يتوافر لديه الإمكانيات والمعلومات الطبية الكافية لعلاج مريض، فبالتالي ليس لديه القدرة والثقة التي تمكنه من التعامل مع مريضه، وبناءً عليه لو تدخّل الطبيب جراحياً أو قام

³⁴¹ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 196.

³⁴² حسني محمد السعيد الجدع، المرجع السابق، ص 176.

³⁴³ انظر، أسامة عبد الله فايد، المرجع السابق، ص 108.

بعلاج شخص مريض يعد رضاه الأخير بذلك، وكان الطبيب متبعاً للوسائل العلمية والفنية الطبية المتبعة، فلا مسؤولية على الطبيب نهائياً³⁴⁴.

وأرجع بعض الفقه إعفاء الطبيب من المسؤولية عن التدخل الجراحي لمعالجة مرضاه إلى رضاه المريض، وأن رضاه المريض يعد سبباً لإباحة العمليات الجراحية حتى ولو لم يكن الغرض علاجياً، فيكفي لديه أن يكون الغرض من العملية الجراحية تحقيق غاية مشروعة بجانب توافر رضاه المريض بالتدخل الجراحي³⁴⁵.

وذهب بعض الفقه إلى أن هناك عقداً طبيًا بين الطبيب والمريض، وهو سبب إعفاء المريض من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها الطبيب. بمريضه عند مزاولته العادية لمهنته، فالمريض يطلب من الطبيب أن يعالجه من مرضه مقابل أن يتقاضى الطبيب أجراً منه، ويتعهد الطبيب بأن يتبع الأصول والقواعد العلمية والطبية في العلاج، فلو نفذ الطبيب التزامه بلا خطأ ولا تقصير، فلا مسؤولية عليه، وإذا ترتب على فعله ضرر بالمريض، فأساس الإعفاء من المسؤولية يرجع إلى رضا المريض بتدخل الطبيب لعلاجه.

ولقد تبني القضاء المصري قديماً هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة النقض ببراءة شخص اتهم في قضية لإجرائه كيا على مريض برضائه، وبناءً على طلبه وبقصد شفائه من مرضه استناداً إلى رضاه المريض الذي يعتبر مانعاً من موانع العقاب لدى هذا الرأي.

ولكن الفقه والقضاء عدلاً عن هذا الرأي، واستقرا على أن الجريمة لا يمحوها رضاه المجني عليه، وأن الرضا لا يعني من العقاب، وذلك لأن العقاب هنا من حق المجتمع، وليس حقاً خالصاً للفرد فقط.

³⁴⁴ حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية في 8 يوليو 1939 رقم 226 أشار إليه خالد محمد اللعويدي الزغبي، خطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية،

رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص 21.

³⁴⁵ أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 109.

فحق المريض في سلامة جسمه ليس حقا خالصا له، ولكنه ذو طبيعة اجتماعية، فإذا رضي المريض بالاعتداء على حقه في سلامة جسمه، فإن هذا الرضا ينصرف إلى الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي من هذا الحق، لذا يبقى حق المجتمع قائما في الدفاع عنه، وهنا يخضع الفعل للتعريم³⁴⁶.

ومما يؤخذ على هذا الرأي أيضا أن الرضا ليس سببا عاما للإباحة، وقيمه محدودة في جرائم المساس بسلامة جسم الإنسان، فسلامة جسم الإنسان من النظام العام، وحمایته أمر تقتضيه مصلحة المجتمع.

كذلك مما يؤخذ على هذا الرأي أن هذا الاتجاه غير جامع³⁴⁷، لأنه لا يعطي حلا للحالات التي يصعب فيها الحصول على موافقة المريض ورضائه، إذا كان غير واع أو غير قادر على التعبير عن رضائه، أو كان شخصا لا يعتد برضائه، كما لو كان صبيا أو مجنوناً.

ومما سبق يمكن الاتفاق مع الرأي القائل بأن الرضا ليس سبب إباحة، ولكنه يعد عنصرا هاما وشرطا لا غنى عنه، إذا اجتمعت معه الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون والفقه والقضاء، فالرضا يساهم في بنية الإباحة³⁴⁸، وإن كان يمكن القول بأن الرضا يصح كأساس للإباحة، إذا لم يترتب على العمل الطبي، نقص مستديم للإمكانات الذهنية أو الجسمية للمريض، أو إذا كان الفعل لا يخالف النظام العام، وليس له أضرار على المريض تهدد صحته.

وتطبيقا لما سبق فلا يختلف الأمر في طب التوليد، فيجب على الطبيب الحصول على الرضاء الحر المتبصر المستنير من المرأة الحامل قبل مباشرته عملية التوليد، حتى ولو تعارضت مع إرادة زوجها، لأنه لا يحق للزوج إكراه زوجته على العلاج أو منعها لإتمام عملية الولادة.

³⁴⁶ أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء، ط5، دار النهضة العربية،

مصر، ص25 وما بعدها.

³⁴⁷ صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2010، ص98.

³⁴⁸ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص175.

وتطبيقا للقواعد العامة في رضا المريض السابق دراستها، فإن رضاء المرأة الحامل أمر ضروري، فلو رفضت التدخل الطبي وتدخل الطبيب بعمل طبي فإنه يكون مسؤولا طبقا للقواعد العامة.

ولكن الإشكال المطروح هنا هو هل يكون الطبيب مسؤولا إذا ما رفضت المرأة الحامل التدخل الطبي مع كونه ضروريا لحالتها الصحية؟

بالرجوع للقواعد العامة لو تدخل الطبيب هنا ، فإنه يكون مسؤولا لأنه لا يحق له في أي حال من الأحوال إجبار المرأة الحامل على التدخل الطبي ولكن في المقابل عليه إقناعها بضرورة هذا التدخل دون الضغط عليها وله أن يستعين في سبيل ذلك بزوجها أو أي من أقاربها أو المقربين إليها، وإذا ما استمرت على موقفها الراض فعلى الطبيب إثبات ذلك بتقرير كتابي.

كذلك هناك إشكال آخر تطرحه عملية التوليد، ألا وهو رفض المرأة لإجراء العملية القيصرية بالرغم من أنها ضرورية، لأن الولادة الطبيعية فيها خطر على حياة الأم والجنين فما مدى مسؤولية الطبيب؟

تطبيقا للقواعد العامة ليس من حق الطبيب التدخل جراحيا دون رضا الحامل، فالزوج يقوم مقام زوجته هنا، فإرادة المرأة الحامل هنا غير صحيحة وغير حرة، ويرجع سبب ذلك لآلام المخاض، وبالتالي فرضها غير متبصر. ويمكن القول أن التدخل الجراحي للطبيب هنا، لا يرتب مسؤوليته³⁴⁹.

وقد يقع الطبيب وهو بصدد التوليد في حالات يجب عليه الاختيار بين التضحية إما بالجنين أو بأمه. فهنا على الطبيب _قبل إجراء أي تدخل جراحي- أن يحصل على رضاها، وغالبا ما يعبر عنه الزوج، لأن الحامل تكون في حالة لا تسمح لها بالتعبير عن إرادتها. وهناك إشكال آخر وهو أن الزوج قد يغلب إرادته في إنقاذ ابنه، ولاسيما إذا ما انتظره وقتا طويلا، في حين أن المرأة

³⁴⁹ محمد حسن ربيع، المرجع السابق، ص80.

لها الحق في الحياة لأن حياة الجنين ظنية ومحمّلة، لذلك لا بد من احترام حقها في الحياة فهي الأصل.

ومن المنطقي بل يجب على الطبيب أن يضحى بحياة الجنين في سبيل إنقاذ حياة الأم، حتى ولو كانت إرادتها المسبقة خلاف ذلك، لأن رضاها هنا غير صحيح فهو صادر في غير هدى. و على ذلك فلم يعاقب المشرع الجزائري الطبيب إذا أجهض المرأة في سبيل إنقاذ حياتها، وهذا ما نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات.

وهناك إشكال آخر ألا وهو الرضاء في حالة ربط البوقين أي ربط الأنابيب أثناء الولادة القيصرية؟

فهنا يتم التفريق بين حالتين³⁵⁰:

-الأولى: إذا كان الربط لأسباب طبية تتعلق بحالة الأم المرضية، هنا يكفي أن يصدر الرضاء من الأم المريضة نفسها.

-الثانية: إذا كان الربط لتكرار مرات الولادة القيصرية وترغب السيدة نفسها في الربط، وعدم الحمل مرة أخرى، فلا بد هنا أن يصدر الرضاء منها ومن زوجها، لأن الأمر يتعلق به أيضا طالما لا خطورة على السيدة من الحمل مرة أخرى.

وفي فرنسا، وضعت اللجنة الاستشارية للمساعدة العامة سنة 1900 المبادئ الآتية:

1-إذا كانت الحامل التي تلد بالمستشفى وهي كاملة الأهلية، ومالكة لتمام قواها العقلية وترفض إجراء العملية، ليس على الطبيب إلا أن يشرح لها المخاطر التي قد تتعرض لها أثر ذلك الرفض، ولو أصرت على الرفض فليس عليه شيء.

³⁵⁰ طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الاخطاء الطبية في مجال التوليد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، 2013،

2- إذا طلبت الحامل -قبيل الولادة- أن لا تجرى لها العملية إلا وفقا لشروط خاصة، فعلى الطبيب أن ينفذ لها ذلك، إلا إذا كان مخالفا لأصول المهنة أو يجعل إجراء العملية في خطر، وعليه هنا أن يمتنع عن إجراء العملية.

3- إذا تضح من حالة المريضة أو من حالة عرضية أملت بها أنها لا تملك حرية الاختيار، وكانت حالتها تدعو إلى إجراء عملية، على الطبيب أن يحصل على رضا الزوج أو الابن أو أحد الأقارب، ثم يقو بالعملية تحت مسؤوليته الأدبية، ولا تكون عليه مسؤولية جنائية ولا مدنية، ما لم يتضح أنه لم يجر العملية طبقا للأصول والقواعد العلمية في التوليد.

كذلك مما يجب الإشارة إليه في مجال طب التوليد، أن على الطبيب أن يقنع المرأة الحامل بضرورة إجراء العملية واحتياجها إلى تدخل طبي، وبأن الوسيلة الوحيدة لولادة طفلها هي الولادة القيصرية، هذا الطفل التي هي مشتاقة لرؤيته بعد كل أشهر الحمل. وكل ذلك لأن معرفة نتيجة العملية عند المرأة الحامل أهم من طريقة إجرائها. وإن كان من الأفضل في مثل هذه العمليات أن يساعد طبيب التوليد فريقه الطبي المتكون من الممرضة وأخصائي التخدير.

ومن كل ما سبق يجب أخذ موافقة صريحة في جميع الحالات، حيث أن الولادة الطبيعية والولادة القيصرية لها مضاعفات فقد تبدأ الولادة بصورة طبيعية ثم تنتهي بولادة قيصرية أو ولادة مساعدة، لذا يجب أخذ الرضا كاملا لاحتمال إجراء ولادة قيصرية ومضاعفاتها.

كما يجب أخذ موافقة على التخدير و نوعه وطريقته ومضاعفاته، وكذلك أخذ موافقة على أي خطوة إضافية يراها الجراح أثناء عملية التوليد دون الرجوع إلى المريض، حيث أن المريضة تكون تحت مخدر عام، وبخاصة عمليات استئصال الرحم أثناء الولادة القيصرية، لما لها من آثار مدمرة على السيدة. وتزداد قيمة هذه الموافقة في حالة وجود أمراض القلب أو ارتفاع ضغط الدم عند السيدة الحامل³⁵¹.

³⁵¹ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص83.

الفرع الثاني: مشروعية الغرض وإذن القانون.

الأصل أن القانون جرم كل اعتداء أو مساس بحق الإنسان في سلامة جسمه، ولكنه مع ذلك أباح بعض الأعمال بصفه استثنائية رغم اعتبارها اعتداء وهي الأعمال الطبية، لأنها تسعى إلى الحفاظ على صحة الإنسان ومنع الأمراض عنه، حتى لو تطلب الأمر إجراء عمليات جراحية، طالما أن الغرض الأسمى لها هو الوصول إلى شفاء المريض، أو على الأقل التخفيف من آلامه³⁵². وهذا ما ينطبق على حالة الحمل والولادة حيث يسعى الطبيب إلى فحص المرأة الحامل وتشخيص حالتها والمراقبة المستمرة لها و لجنينها طيلة فترة الحمل ، وحتى بعد الولادة أي خلال فترة النفاس.

فطالما أن الأعمال الطبية تجرى لهذا الغرض فقد أباحها القانون، بشرط مراعاة الأصول العلمية والطبية، سواء تم شفاء المريض أم لا، لأن التزام الطبيب كما معروف قانونا، هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة كأصل عام.

إن الغرض يعرف على أنه الهدف القريب الذي تتجه إليه الإرادة، فغرض الإنسان من فعل إرادي ما هو إلا تحقيق المصلحة المباشرة التي له من وراء هذا الفعل³⁵³.

وللإشارة فإن الباعث يختلف عن الغاية من حيث أن الباعث هو القوة المحركة للإرادة أو الدافع النفسي إلى إشباع حاجات معينة كالبعضاء والمحبة، وهو يختلف في الجريمة الواحدة من شخص لآخر، فهو يمثل الرغبة، أما الغاية فهي الهدف البعيد للإرادة بعد بلوغها إشباع حاجة معينة، وهي تمثل إشباع الرغبة³⁵⁴.

وذهب أنصار هذا الرأي إلى أن قتل الجنين في بطن أمه يكون مباحا، إذا كان الغرض منه المحافظة على حياة الأم وإنقاذها³⁵⁵، وهو غرض مشروع وأيضا إذا كان تشريح جثة بقصد إجراء

³⁵² حسن ربيع، المرجع السابق، ص34.

³⁵³ الغريب محمد عيد، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، 1993، ص540.

³⁵⁴ أبوخطوة أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 291.

³⁵⁵ هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 308 من قانون العقوبات.

تجربة طبية تجيزها الدولة وتم وفقا للقواعد الطبية العلمية، يكون مباحا طالما كان لغرض علمي مشروع³⁵⁶.

وذهب رأي مؤيد لهذا الاتجاه إلى أن الإعفاء من المسؤولية الطبية واجب، حتى ولو كان الغرض من العملية الجراحية غير علاجي، وإنما يكفي أن يكون الغرض مشروعاً، وتوافر الرضاء الصحيح بها.

ويمكن القول أن هذا الرأي لم يسلم من الانتقاد، وذلك على أساس أنه لم يقدم أساساً لإباحة التوليد، وإنما يصح أن يكون سنداً لبيان الحكمة التي من أجلها أبيض العمل الطبي.

كذلك فإن مشروعية الغرض لا تصلح سنداً قانونياً لبيان أساس إباحة العمل الطبي، وفيه نوع من التعميم، فهو لم يفرق بين عمل الطبيب وغير الطبيب، ويعطي حرية واسعة لكل منهما في عمله طالما يتفق مع غرض المشرع، وهو الحفاظ على الصحة، وهذا يعتبر تجاهلاً لحقوق المريض التي يجب أن تصان، وذلك يتعارض مع ما ينشده المشرع من حماية حقوق الإنسان الرئيسية.

وعليه أن مشروعية الغرض لا تصلح وحدها، لأن تكون سبباً لإباحة التوليد والعمل الطبي، وإنما هي شرط من شروط إباحته وأحد عناصر وأسباب إباحته³⁵⁷.

يذهب الرأي الراجح في الفقه الجزائري والفرنسي والمصري إلى أن أساس إباحة عمليات التوليد هو ترخيص القانون³⁵⁸، أي الرخصة المخولة لهم قانوناً لمزاولة مهنة طب التوليد وفقاً للشروط والإجراءات المبينة في القانون³⁵⁹.

³⁵⁶ محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 111.

³⁵⁷ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 58.

³⁵⁸ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 157 وانظر، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 131.

³⁵⁹ أحمد شوقي أبو خطوة، المرجع السابق، ص 28.

إن العمل الطبي هو حق مقرر قانوناً، أي اعتراف من المشرع بمهنة الطب والجراحة والتوليد و تنظيمه لممارستها، بحي وضع منظومة قانونية، وهذا في سبيل الحفاظ على حياة الحامل وجنينها وسلامتهما.

ومفاد ذلك أن المشرع هو الذي خول لأطباء التوليد التعرض لأجسام الحوامل، بأن رخص لهم بإجراء العملية الجراحية والأعمال الطبية بمناسبة ممارسة عملية الولادة، وذلك اعتماداً على مؤهلاتهم العلمية (دكتوراه في الطب إضافة إلى شهادة التخصص في طب النساء والتوليد)، وبذلك تنتفي المسؤولية الجنائية عن أطباء التوليد، فهذه الأعمال تهدف إلى الحفاظ على سلامة الحامل والجنين، فهي وإن مست جسمها فلم تؤذيه ولم تهدد مصلحته، وإنما تهدف إلى حمايته وصونه.

ونجد أن التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأجنبية والعربية³⁶⁰، قد نصت على ذلك الحق، فنصت المادة 1/39 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "لا جريمة: إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، ونجد أن هذا النص هو أساس إباحة التوليد والعمل الطبي.

وذهب رأي آخر إلى أن الرأي الذي ينسجم مع المبادئ القانونية مضمونه أن أعمال الطب والتوليد حينما تصدر من مختص تكون مشروعة ولو فشلت في نيتها، لأنها تؤدي لغرض نافع تتطلبه الحياة الاجتماعية وتقره الدولة، وتنظم مهنة الطب الشهادات العلمية الخاصة بها وتراخيص مزاولتها وتحديد الأعمال الطبية الداخلة في اختصاص كل فئة، وهي سبب من أسباب الإباحة تزول به المسؤولية الجنائية عنها، وإلا كان هناك تناقض بين تعليم الطب وتنظيمه، وبين العقاب على إصابات العلاج.

³⁶⁰ من ذلك التشريع البلجيكي إذ تنص المادة 70 على أن أمر القانون يعد سبباً لإباحة أفعال تعد من قبيل الجرائم إذا ارتكبها غير الأشخاص المرخص لهم بذلك. للمزيد راجع أسامة فايد، المرجع السابق، ص 132.

وبناء على ما سبق يتضح أن الأعمال الطبية تكون مشروعة طالما كان القائم بها مرخصا له بذلك، وقد اتبع الأصول العلمية والطبية المقررة، وأنه يقصد شفاء المريض حتى ولو لم يتحقق قصده من العلاج، ولم تزل عنه صفة المشروعية، ولو تدخلت عوامل أخرى لم يكن في وسع الطبيب توقعها وأدت إلى نتيجة سيئة، فقد يفشل العلاج رغم التزام الطبيب بالأصول والقواعد العلمية التي تدعو إلى الحيلة والحذر³⁶¹.

وتأييدا لذلك قضت المحاكم الجزائرية والمصرية والفرنسية في كثير أحكامها بأن الطبيب والجراح لا يعد يعد مرتكبا لجريمة الجرح العمد لأن قانون مهنته -اعتمادا على شهادته الدراسية- قد رخص له إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى بهذا الرخيص، وحتى ترتفع المسؤولية الجنائية عن فعل الجرح للغير.

هذا وقد قضت المحكمة العليا في الجزائر بأن انتفاء المسؤولية الجنائية عن الطبيب أو الجراح الذي يعمل على شفاء المرضى والمصابين، مرده إلى إرادة المشرع الذي حول بالقوانين واللوائح التي وضعها تنظيم الطب، فإن للأطباء حق التعرض للمرضى ولو استدعى الأمر القيام بعمليات جراحية مهما بلغت جسامتها، لأن الفائدة التي قصدها لا تتحقق إلا على أيديهم، بسبب مؤهلاتهم العلمية التي اكتسبوها بعد دراسة طويلة للطب وبحث في فنون العلاج.

ومع كل ما يتمتع به هذا الرأي من صحة، إلا أنه لم يسلم من النقد، على أساس أن تصريح القانون لا يعتبر أساسا لإباحة التوليد والعمل الطبي، وذلك لأن أساس الإباحة يرجع إلى المؤهل العلمي، والذي بمقتضاه يمنح الترخيص. كذلك فإن الغاية من الترخيص هي التأكيد والتثبت من المؤهلات العلمية، التي حصل عليها الطبيب واللازمة لمنح الترخيص، فلا فرق بين طبيب يحمل ترخيصا بمزاولة مهنة طب التوليد، وطبيب آخر لا يحمل هذا الترخيص، لأن الطبيب الثاني سيعاقب على جريمة مزاولة مهنة الطب بدون ترخيص فقط³⁶². إضافة إلى ذلك فإن ترخيص

³⁶¹ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 176.

³⁶² أسامة قايد، المرجع السابق، ص 134.

القانون كاشف لحق الطبيب في مزاولة المهنة، وإجراء العمليات الجراحية وليس منشأ لهذا الحق. كما أن هذه النظرية غير صالحة كأساس لإباحة بعض الأعمال الطبية الحديثة، وذلك في بعض الدول التي لم تواكب التطورات الحديثة بإصدار القوانين التي تتماشى معه، ويجدد موقفه منه بالحظر أو الإباحة.

كذلك فإن نظرية تصريح القانون تقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، إذا وجد تعارض بينهما، فأساس إباحة الأعمال الطبية يرجع إلى ما يترتب عليها من مصلحة اجتماعية ذات قيمة عالية، فضلاً عن تضمينها أيضاً لمصلحة الفرد³⁶³.

وخلاصة القول أن آراء الفقهاء تعددت وتباينت حول بيان أساس إباحة عمليات التوليد باعتبارها كأحد صور العمل الطبي، وانتهينا إلى أن الإجازة العملية التي يحصل عليها الطبيب هي أساس إباحة التوليد، فالأصل في الترخيص الطبي هو المؤهل العلمي، أما الانتماء لمنظمة الأطباء فهي شرط تنظيمي شكلي، ومخالفته لا تلغي الترخيص القانوني³⁶⁴، ولكن لا بد من توافر عدة شروط بجانب الإجازة العلمية.

المطلب الثاني: شروط إباحة عمليات التوليد.

يشترط لإباحة التوليد عدة شروط تطلبها القانون ورجال الفقه والقضاء، وهذا ما نصت عليه المنظومة القانونية في الجزائر المتعلقة بمجال الصحة وحمايتها وترقيتها، وهذا ما سنفصله إن شاء الله في هذا المطلب.

³⁶³ محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 115.

³⁶⁴ السعدي وآثبة، إباحة العمل الطبي والمسؤولية الجنائية للطبيب، بحث مقدم لمؤتمر مسؤولية المهنيين، كتاب وقائع المؤتمر، كلية الحقوق، جامعة

الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2006، ص 142.

الفرع الأول: ترخيص القانون لمزاولة مهنة طب التوليد.

يقصد بترخيص القانون هنا حصول الشخص على الترخيص الإداري لممارسة الطب إعمالاً بالقوانين المنظمة لهذه المهنة. وقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في القسم الأول من الفصل الثاني المعنون "شروط ممارسة مهن الصحة ونظامها" من المواد 197 إلى 227 من القانون رقم 85/05 الصادر بتاريخ 1985/02/16 المعدل والمتمم، يضاف إلى ذلك المرسوم التنفيذي رقم 276/92 الصادر بتاريخ 1992/07/06 والمتضمن أخلاقيات مهنة الطب. ويضاف إلى ذلك في هذا السياق المرسوم التنفيذي رقم 110/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

فقد نصت المادة 197 من قانون حماية الصحة على: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفاً بمعادلتها.
- ألا يكون مصاباً بعاهة أو بعللة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة."

أما بشأن ممارسة الطب الاختصاصي، تضيف المادة 198 من نفس القانون شرطا آخر، يتمثل في وجوب حصول المعني على شهادة في التخصص المرغوب في مزاولته³⁶⁵.

³⁶⁵ تنص المادة 198 من قانون حماية الصحة على أنه: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزاً على شهادة في الاختصاص الطبي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه"

كما أنه يتعين في الأخير على كل من حصل على رخصة مزاولة مهنة الطب سواء العام أو الاختصاصي منه أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأدب الطبية المختص إقليميا، وكذا أداء اليمين أمام باقي زملائه أعضاء المجلس³⁶⁶.

هذا ويحدد الترخيص القانوني الأعمال الطبية التي يختص بها صاحب الترخيص وفقا لتكوينه وتأهيله. فقد يشمل الترخيص كافة الأعمال الطبية كما هو الحال بالنسبة للأطباء والأطباء الاختصاصيين، في حين يقتصر على أعمال دون سواها في حالات أخرى كالترخيص الخاص بالقبالات والمساعدين الطبيين.³⁶⁷

وبناء على ذلك إذا باشر أحدهم عملا طبيا بدون ترخيص مسبق، أو قام بعمل لا يدخل في نطاق الأعمال المرخص له بها، دخل فعلة دائرة التجريم، ويسأل عما يحدثه عمله من أضرار باعتباره معتديا³⁶⁸.

إن أول الشروط الواجب توافرها لإباحة طب التوليد، أن يكون إجراء مرخصا له بذلك قانونا، بمعنى أن يكون قد حصل على الترخيص الذي تتطلبه القوانين واللوائح الخاصة بتنظيم هذا العمل الطبي الحصول عليه قبل مزاولته. وعلى هذا الشرط فإن المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بمزاولة أعمال التطبيب أو التوليد، لأنهم في تقديره هم اللذين تتوافر فيهم عادة الدراية العلمية والخبرة العلمية للقيام بعمل طبي أو جراحي أو توليد، يطابق الأصول العلمية ويتجه إلى تحقيق شفاء المريض ومصالحته³⁶⁹.

³⁶⁶ تنص المادة 199 من قانون حماية الصحة على أنه: "يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأدب الطبية المختص إقليميا المنصوص عليها في هذا القانون وأن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

³⁶⁷ راجع الشروط الواجب توافرها في هذه الطائفة من ممارسي مهنة الطب وأحكامها في القسم السابع من الفصل الثاني تحت عنوان "شروط ممارسة مهنة المساعدين الطبي" في المواد من 217 إلى 227 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³⁶⁸ راجع المادة 214 من القانون 17/90 والمادة 219 من القانون 05/85 من قانون حماية الصحة وترقيتها بشأن تحديد مفهوم الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب، والعقوبات المقررة لها في المادة 234 وما بعدها من نفس القانون.

³⁶⁹ حسن ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد "دراسة مقارنة"، ط4، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص42.

والترخيص بمزاولة مهنة الطب أو التوليد قد يكون عاما شاملا لجميع أعمال المهنة، وقد يكون خاصا بمباشرة أعمال معينة منها في حالات خاصة. وفي هذه الحالة لا يكون مجال للإباحة إلا إذا كان العمل داخلا في حدود الترخيص المقرر. مع ملاحظة أن المشرع الجزائري وضع نصا خاصا أجاز فيه لفئة من المساعدين الطبيين وهم القابلات مباشرة عملية التوليد، فيجب أن يعتبر حكمهم بالنسبة لهذه الأعمال حكم الأطباء، إذ تنص المادة 4/222 من قانون حماية الصحة وترقيتها على: "يرخص للمساعدات الطبيات القابلات بوصف أدوية وطرق أساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرات أعلاه. تحدد الأدوية والطرق والأساليب، التي يمكن للقابلات وصفها من طرف الوزير المكلف بالصحة العمومية".

فيما يتعلق بالقابلات في الجزائر فإن المشرع وضع المرسوم التنفيذي رقم 110/91 المؤرخ في 1991/4/27 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات حيث نص فيه على شروط التوظيف والترقية في سلك القابلات³⁷⁰ وذلك على الشكل التالي:

1- ترقى بصفة قابلة رئيسية:

- عن طريق الامتحان المهني وفي حدود المطلوب شغلها القابلات اللواتي يثبتن خمس سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

- على سبيل الاختيار وبعد التسجيل في قائمة التأهيل في حدود المناصب المطلوب شغلها القابلات اللواتي يثبتن عشر سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة³⁷¹.

2- توظف وترقى بصفة قابلة في الصحة العمومية:

³⁷⁰ انظر، الملحق رقم 3.

³⁷¹ راجع المادة 25 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

-على أساس الشهادة، المترشحات اللواتي نجحن في متابعة تكوين لمدة خمس سنوات في معهد وطني للتكوين العالي للقابلات. يتم الالتحاق بالتكوين المذكور أعلاه من مضمن المترشحات الحاصلات على شهادة البكالوريا للتعليم الثانوي.

-عن طريق امتحان مهني وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات الرئيسيات اللواتي يثبتن خمس سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

-على سبيل الاختيار وبعد التسجيل في قائمة التأهيل في حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات الرئيسيات اللواتي يثبتن عشر سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

تخضع المترشحات المقبولات تطبيقا للحالتين 2 و3 قبل ترقيتهن، لمتابعة تكوين بنجاح لمدة سنة واحدة يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية³⁷².

3- ترقى بصفة قابلة متخصصة في الصحة العمومية، عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات، وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات في الصحة العمومية اللواتي يثبتن خمس سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة وتابعن بنجاح تكوينا مدته سنة واحدة يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية³⁷³.

4- ترقى بصفة قابلة رئيسية في الصحة العمومية عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات المتخصصات في الصحة العمومية اللواتي يثبتن خمس سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة، وتابعن بنجاح تكوينا مدته سنة واحدة يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية³⁷⁴.

³⁷² راجع المادة 26 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

³⁷³ راجع المادة 27 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

³⁷⁴ راجع المادة 28 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

5- تدمج في رتبة قابلة، القابلات المرسمات والمتربصات. تخضع الموظفات المذكورات أعلاه، بعد إدماجهن لمتابعة تكوين تكميلي لمدة تسعة أشهر يحدد محتوى برنامجه وكيفيات تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية³⁷⁵.

6- تدمج في رتبة قابلة رئيسية، القابلات الممتازات المرسمات والمتربصات³⁷⁶.

وبناء على ما سبق هناك من يقول بأن الهدف من الترخيص هو التأكد من صلاحية الحاصل على المؤهل الدراسي بممارسة أعمال الطب والجراحة، فيجب على الطبيب قضاء فترة تدريب تحت إشراف أساتذة متخصصين، فمجرد الحصول على المؤهل الدراسي لا يبيح ممارسة التوليد، ولا يبرر الأفعال المترتبة على هذه الممارسة³⁷⁷.

وذهب رأي آخر إلى أن الترخيص مجرد شرط شكلي، وأن تخلفه لا يحرم الطبيب الحائز على الإجازة العلمية من حقه في ممارسة التوليد، وإذا مارسه بدون ترخيص لا يعاقب على ممارسة الطب بدون ترخيص، ولا يمتد التجريم إلى ما يجريه من أفعال طبية³⁷⁸.

ويمكن القول أن الرأي الراجح هو ترتب المسؤولية الجنائية على من يمارس عمليات التوليد دون الحصول على ترخيص- في غير حالة الضرورة- ويسأل عن أفعاله باعتباره متعديا أي على أساس العمد.

أما في مصر فوفقا لنص المادة الأولى من قرار وزير الصحة رقم 480 لسنة 1982 باللائحة التنفيذية لقانون مزاولة مهنة التوليد رقم 481 لسنة 1981 فإنه يشترط للترخيص بمزاولة مهنة التوليد الحصول على أحد المؤهلات التالية:

-بكالوريوس المعهد العالي للتمريض بالإسكندرية .

³⁷⁵ راجع المادة 29 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

³⁷⁶ راجع المادة 30 من القانون الأساسي الخاص بالقابلات.

³⁷⁷ صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص140.

³⁷⁸ أسامة قايد، المرجع السابق، ص 147، وانظر، حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص 52.

- بكالوريوس العاهد العليا للتمريض الحاصلات على درجة الماجستير في التمريض تخصص نساء وولادة.

- بكالوريوس المعاهد العليا للتمريض اللائي تجتزن بنجاح برنامجا تدريبييا في التوليد تنظمه الجامعات أو وزارة الصحة.

- دبلوم المعهد الفني الصحي/شعبة التمريض مع الحصول على دبلوم تخصص نساء وولادة.

- دبلوم المعهد الفني الصحي/ شعبة التمريض واجتزن بنجاح الدورة التدريبية في التوليد التي تنظمها وزارة الصحة.

- دبلوم التوليد وأمراض النساء نظام خمس سنوات.

- دبلوم التمريض نظام ثلاث سنوات مع دبلوم تخصص نساء وولادة.

- دبلوم المدارس الثانوية الفنية للتمريض مع دبلوم تخصص نساء وولادة.

- دبلوم التمريض نظام ثلاث سنوات واجتزن بنجاح الدورة التدريبية في التوليد التي تنظمها وزارة الصحة.

- دبلوم مساعدات الموليدات.

- دبلوم المدارس الثانوية الفنية للتمريض وتجتزن بنجاح الدورة التدريبية في التوليد التي تنظمها وزارة الصحة.

- شهادة مدارس الدايات بشرط اجتياز الدورة التدريبية التحضيرية التي تنظمها وزارة الصحة على أن تعمل الحاصلات على هذا المؤهل في الفريق الصحي تحت إشراف الوحدات الصحية ويجدد الترخيص لهن كل أربع سنوات بعد أن تجتزن بنجاح الدورة التدريبية التنشيطية وفي ضوء تقرير من الوحدة الصحية المختصة عن مستوى الأداء.

ويشترط للترخيص بمزاولة المهنة لغير الحاصلات على أحد المؤهلات المشار إليها أن تجتاز الدورة التدريبية في التوليد التي تنظمها وزارة الصحة. وأن تعمل كعضو في الفريق الصحي تحت إشراف الوحدة الصحية المختصة، ويجدد الترخيص لها كل أربع سنوات بعد أن تجتاز الدورة التدريبية التنشيطية وفي ضوء تقرير من الوحدة الصحية المختصة عن مستوى الأداء³⁷⁹.

وتجدر الإشارة إلى أن الحاصلات على أحد المؤهلات المتقدمة الذكر ليس هن القيام بعمليات التوليد التي تحتاج إلى تدخل جراحي، إذ أن العمليات الجراحية يقتصر القيام بها على الأطباء فقط لأن قانون مهنتهم-اعتمادا على شهادتهم الدراسية- قد رخص لهم في إجراء العمليات الجراحية بأجسام المرضى، وتؤكد ذلك المادة الثانية من قرار وزير الصحة رقم 480 لسنة 1982 -الآنف الذكر- إذ تقرر بأنه: "يشترط للترخيص في مباشرة بعض وسائل منع الحمل دون التدخل الجراحي الحصول على أحد المؤهلات المشار إليها في البنود من (أ) إلى (ك) من المادة السابقة واحتياز الدورة التدريبية التي تعقد لهذا الغرض".

وينبغي على ذلك أن القابلة التي تجري عملية التوليد عن طريق التدخل الجراحي تسأل جنائيا عن جريمة إحداث الجرح العمد رغم رخصة مزاولة مهنة التوليد التي تحوزها، إذ هي على حسب هذا القانون الذي أعطيت على مقتضاه لا تبيح لها إجراء هذا الفعل³⁸⁰. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: إتباع الأصول العلمية.

الأصول العلمية هي تلك الأصول التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى علمهم أو لهم، وليس معنى ذلك أن الطبيب يلتزم بتطبيق العلم كما يطبقه

³⁷⁹ الفقرة الأخيرة من هذه المادة مستبدلة بقرار وزير الصحة رقم 93 لسنة 1983، راجع في ذلك حسن ربيع، المرجع السابق، ص 44-45.

³⁸⁰ تطبيقا لذلك فقد قضي بأن "حق القابلة لا يتعدى مزاولة مهنة التوليد دون مباشرة غيرها من الأفعال، ومن بينها عمليات الختان التي تدخل تحت عداد ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 التي قصرت على من كان طبيبا مقيدا اسمه بسجل الأطباء بوزارة الصحة ويجدول نقابة الأطباء البشريين، وإجراؤها عملية الختان يطون خروجا عن نطاق ترخيصها، ومن ثم تسأل عن جريمة عمدية"

غيره من الأطباء، فمن حق الطبيب أن يتر له قدر من الاستقلال في التقدير في العمل إلا إذا أثبت أنه في اختياره للعلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبي³⁸¹.

هذا وقد صدر حكم هام للقضاء المصري استند فيه للقضاء الفرنسي، حينما كان بصدد تحديد مسؤولية الطبيب عن أخطائه الطبية وهو "بما أن المحكمة ترى وهي تبحث مسؤولية الطبيب عن أخطائه أنه مما لاشك فيه أن الطبيب وهو يمارس مهنته السامية هو أحوج الناس إلى أن تتوافر فيه الثقة وإلى أن يتمتع بالاستقلال في عمله من جهة اختيار الطريقة الفنية التي يرى أنها أصلح من غيرها في معالجة مريضه، فما زالت النظريات الطبية العلمية في تطور مستمر، وأنه يجب أن يؤمن الطبيب عن أخطائه الناتجة عن عدم استقرار تلك النظريات، فيما يجب عليه في حالة معينة مادام ما رآه ينطبق على نظرية قال بها بعض العلماء، وإن لم يستقر الرأي عليها.

فليس للقضاء كما قال النائب العام الفرنسي دوبان أمام محكمة النقض سنة 1835 أن يفصل فيما إذا كانت طريقة العلاج التي اتبعت في محلها أو في غير محلها" وفيما إذا كان قد ترتب عليها نتائج مفيدة أو ضارة، أو فيما إذا كانت هناك طريقة أفضل منها، أو أن يناقش ما إذا كان الأفضل استعمال آلات خلاف التي استعملها أو السير على منهاج آخر قد يكون أوفر ضمانا للنجاح، فهذه كلها مسائل عملية قد يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها، فلا يصح أن تكون محل مناقشة في تقدير المسؤولية جنائيا أو مدنيا، ولكن إذا خرجت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب بطبيعتها عن نطاق البحث العلمي، وعما يصح للأطباء أن يتناقشوا فيه أو يختلفوا عليه، ومتى أصبح واضحا أن الأمر لا ينطوي على خلاف فني، بل على إهمال فاضح واستهتار بالواجب ظاهر، وإغفال الأمور الأولية التي يتعين على كل طبيب أن يعرفها ويلم بها فحينئذ وفي هذه الدائرة فقط يقع الأمر في متناول بحث القضاء. ويكون للمحاكم أن تقرر المسؤولية وتقدرها. كذلك ترى المحكمة أن مسؤولية الطبيب لها وجهان أحدهما متعلقة بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، وثانيهما ليس متعلقا بذلك ولا شأن له بالفن في ذاته، فخطأ المهنة لا يسلم به إلا في حالات الجهل

³⁸¹ أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 163 وما بعدها.

الطبي الفاضح، وما إلى ذلك، والوجه الثاني لا يخضع لسלטان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفاً بذلك القواعد المقررة طبياً، فهو مسؤول عنه، وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة شأن الطبيب شأن أي شخص آخر³⁸².

يشمل التزام الطبيب بمراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب نوعين من القواعد:

أولهما تلك القواعد العامة المتعلقة بتنظيم الحياة الاجتماعية ككل والتي تشمل واجب الحيطة والحذر الملزم به كافة أفراد المجتمع. بحيث يؤدي الإخلال بهذه القواعد في حالة تحقق الضرر إلى قيام المسؤولية، كتسريح الطبيب للمريض من المستشفى قبل أن يكتمل علاجه، أو قيام الجراح بإجراء عملية جراحية دون مراعاة الشروط الخاصة بنظافة المكان أو دون تعقيم الأجهزة والوسائل المستخدمة. وقد يكون السبب شخصياً كأن يزاول الطبيب أو الجراح عمله وهو في حالة لا تساعد على ذلك كحالة السكر، مما قد ينجم عنه أضرار للمريض وهذا ما يعرف في لغة القانون بالخطأ المادي للطبيب أو الجراح³⁸³.

أما النوع الثاني من القواعد فهو يشمل القواعد والأصول الطبية المعروفة، وهي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية، حسب التخصصات ويشكل الإخلال بها ما يسمى بالخطأ الفني أو المهني³⁸⁴، وهذه القواعد يدركها أهل الفن المختصون، ومعيارها مسلك الطبيب العادي أو الوسط في زمان ومكان معينين.

من المتفق عليه بين الفقه والقضاء أن الأصول الطبية -في علم طب التوليد- هي تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين الأطباء نظرياً وعلمياً والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت قيامه بالعمل الطبي، بحيث إنهما لم تعد محلاً للمناقشة بين الأطباء، بل إن غالبيتهم يسلمون بها

³⁸² طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 95-96.

³⁸³ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43-44.

³⁸⁴ طبقاً للمادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "يتابع طبقاً للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو

صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

ولا يتسامحون -في غير الظروف الاستثنائية- مع من يجهلها أو يتهاون فيها ممن ينتسب إلى عملهم أو فنهم³⁸⁵، فالطب في تقدم مستمر، وما يظهر من نظريات جديدة إلى اليوم يعد في القريب قديماً، ويجب مراعاة الظروف الشخصية والمكانية وقت إجراء العمل الطبي نظراً لتأثير الظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية على استخدام الوسائل الفنية الحديثة في مجال الطب، فلا يمكننا مقارنة طبيب في الريف بطبيب آخر في المدينة مثلاً.

لقد وضع الفقه عدة شروط يجب توافرها في كل نظرية أو أسلوب في نطاق الأعمال الطبية، حتى يترتب على الخروج عن هذه النظرية مسؤولية الطبيب الجنائية، وهذه الشروط هي:

- أن يعلن عن أسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها، على أن يتم استخدامه، وإجراء التجارب على الحيوانات قبل الإعلان عن استخدامه.

- أن يمر وقت كاف لإثبات كفاءة هذه النظرية.

- أن يتم التسجيل العلمي لهذا الأسلوب العلاجي قبل استخدامه على الإنسان.

ومن المستقر عليه فقها³⁸⁶ وقضاء، أن شرط إتباع الأصول العلمية من أهم شروط إباحة التوليد، فلكل مهنة قواعد وأصول عامة تحكم سلوكيات أبنائها، وهي تتسم بالمرونة ولا يستطيع أي قانون مواكبتها نظراً لجموده أو تنامي القواعد بصورة مستمرة، فيجب على الطبيب أن يتبع المبادئ الأساسية في علم الطب، وعليه أن يلتزم بأصول فن الطب في كل تدخلاته الطبية، وهذه الأصول مرسومة بكل العلوم التي درسها والتطبيقات، التي تدرب عليها والأبحاث العلمية التي عليه مواكبتها، والتي يدل مخالفتها على جهل فاضح بأصول العلم ممن خالفها.

³⁸⁵ حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص 109.

³⁸⁶ أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 163.

إن الأصول العلمية ذات طبيعة ملزمة مثلها مثل النصوص القانونية، فلم تستقر إلا بعد أم أخذت من أصحابها الكثير من الوقت والجهد، لذلك من الواجب على رجال الطب والقانون احترامها وتقديرها.

هذا ويعد إتباع الطبيب للأصول المهنية والعلمية الخاصة بمهنته، شرطا لإباحة ومشروعية التوليد، فلا يكفي وجود الترخيص القانوني ورضاء المريض، بل لا بد أن يكون الطبيب قد أجرى التدخل الطبي في حدود القواعد والأصول الفنية، وأن يراعي الواجبات المفروضة عليه طبقا للأصل والقواعد التي تفرض الانتباه والحيطه والحذر وغيرها من الواجبات الطبية³⁸⁷.

هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه من المقرر أن "إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها، حقت عليه المسؤولية الجنائية والمدنية متى توافر الضرر بحسب تعمد الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله وأيا كانت درجة جسامه الخطأ"³⁸⁸.

ومن أمثلة الإخلال بالأصول العلمية الثابتة في علم الطب، أن يقوم الطبيب بضرب مريض أثناء العملية الجراحية ليمنعه من الحركة فمات، أو أن يغفل الطبيب ربط الحبل السري، وترك الطفل بغير عناية بعد مولده، مع أنه ولد قبل الموعد العادي، مما أدى إلى وفاته. أو إذا أعطي المريض مادة سامة ليريجه بالموت من مرض لا شفاء منه³⁸⁹، أو أن يجري عملية جراحية دون تعقيم الأدوات المستعملة، أو أن يترك جسما غريبا في بطن الأم بعد إجراء العملية الجراحية.

وبناء على ما سبق فإنه يتضح جليا أن الطبيب لو أجرى عمله الطبي دون مراعاة الأصول والقواعد العلمية والفنية المتبعة في علم الطب على النحو السابق بيانه ينتفي سبب الإباحة المقررة

³⁸⁷ محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص180.

³⁸⁸ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص84.

³⁸⁹ أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص166.

له، يصبح فعله مجرماً، ويسأل عن نتائج فعله على أساس التعدي العمد أو غير العمد حسب الأحوال المعاقب عليه.

ومع ذلك هناك ظروف استثنائية قد يضطر فيها الطبيب إلى التحلل من الالتزام بالأصول الطبية الثابتة والمستقرة فيراد بها فضلاً عن الظروف الخارجية التي قد تحيط بالطبيب، سواء أكانت متعلقة بالمكان أو الزمان الذي يجري فيه الطبيب عمله، تلك الحالات المستعصية التي يحار فيها الطبيب اليقظ، كما إذا فوجئ الطبيب بحالة مستعصية عليه، ولم يوجد أخصائي، وكانت حياة المريض في خطر فله هنا أن يخرج عن الأصول الثابتة والمتعارف عليها بين أهل مهنته، شريطة أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض وحده، وألا يعرضه لخطر لا يتناسب والفائدة المنتظرة، وإلا كان عليه أن يلجأ إلى طبيب آخر، أو أن يشير إلى المريض أو أهله بالالتجاء إلى طبيب متخصص، فإن أهمل أو قصر في ذلك يعتبر مخطئاً³⁹⁰.

ويمكن القول أن إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية لعدم مراعاته للقواعد والأصول الطبية في الظروف الاستثنائية لا يرجع إلى رأي الفقه والقضاء، وإنما إعمالاً للقواعد العامة التي تعفي من المسؤولية الجنائية، إذا توافرات حالة الضرورة. لأنه إذا ثبت أن ثمة خطراً جسيماً على وشك الوقوع يهدد حياة المريض أو صحته، ولم يكن من سبيل إلى دفعه بغير هذا العمل، امتنعت مسؤولية مرتكبه منه³⁹¹.

³⁹⁰ وعلى هذا ينص صراحة المشرع السوري إذ يقرر في المادة 10 من المرسوم بقانون رقم 69 الصادر بتاريخ 1952/12/22 بشأن مزاوله مهنة الطب بأنه: "محظور على الطبيب غير المختص بمباشرة الأعمال الطبية التي تستوجب الاختصاص كالجراحة الكبرى والولادة العسرة، وجراحة العين والأذن والحنجرة وما شاكل ذلك إلا عند الضرورة الناتجة عن عدم وجود أخصائي في المنطقة والخوف على حصول خطر على حياة المريض".³⁹⁰

حسن ربيع، المرجع السابق، ص133-134.

الفصل الثاني: الخطأ الطبي في عمليات التوليد.

يشترط القانون لإقامة المسؤولية الجنائية عن أي فعل توافر أركان معينة ابتداءً بوقوع الخطأ الذي ينتج عنه نتيجة إجرامية معينة، وهذا بشرط وجود علاقة السببية بين الخطأ والنتيجة، إلا أنه مع ذلك هناك حالات تتقرر فيها المسؤولية الجنائية (الخطأ غير العمدي) دون التوقف على حدوث النتيجة.

لذلك وما دامت دراستنا تنطبق على الخطأ غير العمدي سنتطرق لماهية الخطأ الطبي في التوليد وأنواعه وصوره، والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية في مجال التوليد.

ولتحقيق ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي في التوليد.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد وعمليات الاخصاب المساعد.

المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي في التوليد.

بالرجوع إلى المنظومة القانونية نجد أن المشرع الجزائري سواء في المجالين المدني أو الجزائي، لم يضبط تعريفا دقيقا وواضحا للخطأ الطبي عموما، وصورته في طب التوليد على وجه الخصوص، كما أنه لم يبين معيارا لهذا الخطأ، لذلك ونظرا لهذا القصور التشريعي اجتهد الفقه والقضاء في وضع تعريف للخطأ الطبي في مجال التوليد ومعياره، و أركان المسؤولية الجزائية المترتبة عن هذا الخطأ.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي في التوليد ومعياره.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية الجزائية في عمليات التوليد.

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي في التوليد ومعياره.

قبل التطرق إلى أركان المسؤولية الجزائية المترتبة على خطأ التوليد، لابد من تبيان وضبط تعريف الخطأ الطبي في التوليد و بعد ذلك توضيح معيار هذا الخطأ.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي في التوليد.

الخطأ الطبي يعرف بأنه تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ من أوسط الأطباء وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المشكو في حقه، أو هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت قيامه بالعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيلة واليقظة التي يفرضها القانون و يترتب على هذا الخطأ نتائج جسيمة للمريض.

كذلك يعرف الخطأ الطبي بأنه نقص العناية المعقولة المبذولة في علاج المريض أو نقص المهارة أو الإهمال المتعمد في علاج المريض من جانب الطبيب المعالج، ويترتب عن هذا الإهمال أو الخطأ مضاعفات وأذى أو حتى وفاة المريض³⁹².

وهناك من يعرف الخطأ الطبي بأنه عدم قيام أو عدم تقيد الطبيب بالالتزامات، والقواعد والأصول الطبية الفنية الخاصة التي تفرضها عليه مهنته³⁹³.

ولهذا يمكن القول أن التزامات الطبيب ليس منشأها ذلك الواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير و مناطها ما اتجهت إليه إرادة المريض وقت تعاقد مع الطبيب، بل المرجع فيها إلى القواعد والأصول المهنية للطبيب.

وقد تطرق المشرع الإماراتي للخطأ الطبي حيث نصت المادة 1/14 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية: "1- الخطأ الطبي هو الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإمام بها أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة. 2- لا تقوم المسؤولية الطبية في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الضرر قد وقع بسبب فعل المريض نفسه أو رفضه للعلاج أو عدم إتباعه للتعليمات الطبية الصادرة إليه من المسؤولين عن علاجه، أو كان نتيجة لسبب خارجي وذلك كله دون إخلال بحكم البند الفرعي (د) من البند (1) من المادة (7) من هذا القانون.

ب- إذا اتبع الطبيب أسلوباً طبياً معيناً في العلاج مخالفاً لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوب العلاج الذي اتبعه متفقاً مع الأصول الطبية المتعارف عليها.

³⁹² هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 107.

³⁹³ علي مصباح إبراهيم، المسؤولية الطبية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 526.

ج- إذا حدثت الآثار والمضاعفات الطبية المعروفة في مجال الممارسة الطبية وغير الناجمة عن الخطأ الطبي وفقا لما هو مبين في البند (1) من هذه المادة³⁹⁴.

فضلا عن ضرورة أخذ رضاء المريض بشكل واضح وصريح إذ كان الأطباء في بداية القرن العشرين يعتقدون أن المريض كأبنائهم ، فيقوم الطبيب باختيار العلاج المناسب لمرضاه باعتباره أبا حنونا ويختار طريقة العلاج دون أخذ رأي المريض والشرح له عن كيفية العلاج وإعطائه حرية اختيار العلاج الذي يناسبه. هذا العلاج الأبوي انتهى التعامل به في أغلب البلدان المتقدمة، وأصبح الطبيب قانونا مطالب بتوضيح خطة العلاج بشكل مسبق للمريض وطريقة تشخيصه للحالة المرضية والبدائل المختلفة المتاحة أمامه، وأن يطلب من المريض الاختيار الطريقة التي يريدتها في العلاج باستقلالية ويأخذ إقراره برضاه دون أي ضغط نفسي. وذلك لتقدم الطب وتعدد بدائل العلاج، فأصبح من حق المريض الاستقلال برأيه مع مساعدة الطبيب في توضيح طرق العلاج المناسب والقرار يرجع للمريض³⁹⁵.

فإذا توصل الطبيب المعالج إلى معرفة و تشخيص المرض الذي يعاني منه المريض، وانتقل إلى مرحلة العلاج فعليه أيضا إلزام المريض بكل ما يتعلق بالعلاج الذي يقترحه، ولا بد من إخبار المريض بطبيعة ذلك العلاج والإجراءات المتخذة في هذا الخصوص، كالعملية الجراحية التي تتطلبها حالة المريض وعلى الطبيب إعلام المريض بالنتائج والمخاطر المتوقعة أثناء وبعد العلاج³⁹⁶.

إن الخطأ الطبي المعول عليه في مسؤولية الطبيب، هو الخطأ المؤكد والثابت بوضوح والناجم عن إخلال الطبيب بالأصول العلمية الثابتة، ذلك الخطأ الذي يبدأ حيث تنتهي الخلافات العلمية، ولا يأخذ المرء بالشبهات، وأن من مصلحة الإنسانية أن يترك باب الاجتهاد مفتوحا أمام

إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص96.³⁹⁴

³⁹⁵ استقلال رأي المريض: هو أن يأخذ المريض قرارا محمدا إراديا في طريقة علاجه، بعد أن يتفهم طريقة العلاج بدون أي اكراه خارجي من الطبيب على قراره، أما في الوقت الحاضر إذا حاول الطبيب الضغط على المريض وتجسيد هذه الاستقلالية فإن الطبيب سيكون عرضة للمساءلة القانونية.

³⁹⁶ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص160.

الطبيب، حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه، وهو آمن مطمئن أنه لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية، أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر³⁹⁷.

ومن المتفق عليه أن يكون الخطأ ثابتاً لتقوم مسؤولية الطبيب، ومؤاخذته عن جميع أخطائه مؤاخذة لا تأخذه بالظن والاحتمال، وقد وضحت محكمة ليون الفرنسية هذا الأمر بقولها: "لما كان التزام الطبيب يتحدد بالمستوى العلمي وبالقواعد المعترف بها في الفن الطبي ويعد ذلك من الأمور ذات التغيير المستمر والتي تثير الكثير من الجدل، وأن القضاء يشترط أن يكون الخطأ الطبي وبصفة خاصة الفني واضحاً أي مستخلصاً من وقائع ناطقة واضحة بحيث يثبت أنه يتناقض في ذاته مع القواعد العامة المقررة التي لا نزاع فيها، فينبغي أن يكون الخطأ ثابتاً ثبوتاً كافياً لدى القاضي، بمعنى أن يكون ظاهراً لا يحتمل المناقشة، أي بصفة قاطعة لا احتمالية"³⁹⁸.

الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي في التوليد ودرجته.

وسنبداً أولاً بتوضيح معيار الخطأ الطبي في التوليد ثم نتطرق بعد ذلك إلى درجة هذا الأخير.

البند الأول: معيار الخطأ الطبي.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة وتعددت آرائهم واتجاهاتهم، وهناك طريقتين لتقدير مسلك أي إنسان: فإما أن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادي، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مقصراً، وإلا فهو غير مخطئ، وهذا هو التقدير الواقعي أو الشخصي. وإما أن يقارن ما وقع منه بمسلك شخص مجرد، يتصور أنه على مثال الرجل الحريص اليقظ، الذي يفترض أن تصرفاته وأعماله بلا عيب، وهذا هو التقدير المجرد أو المادي.

³⁹⁷ علي مصباح إبراهيم، المرجع السابق، ص 532-533.

³⁹⁸ Lyon 16/10/1955 Gazette du Palais 1962 p677.

أ-المعيار الشخصي: يرى أنصار هذا الرأي أن المعيار الشخصي يتحدد في نطاق شخص الفاعل نفسه، أي على أساس النظر في شخص الفاعل وظروفه الخاصة³⁹⁹، فإذا تبين من المقارنة بين ما صدر منه من سلوك مشوب بالخطأ، وبين ما اعتاد اتخاذه من سلوك في نفس الظروف أنه هبط بالحيطة والحذر اعتبر مخطئاً، وبذلك يجب النظر إلى الفعل من خلال شخصية الفاعل، و نتأكد عما إذا كان هناك تجاوز في سلوكه المعتاد أم لا، فإذا كان هذا الفاعل على درجة كبيرة من الحيطة والحرص، فإن أي تجاوز في سلوكه يعد إخلالاً بواجباته حتى ولو كان تجاوزاً طفيفاً⁴⁰⁰.

وفي مجال التوليد، يتم النظر إلى سلوك طبيب النساء والتوليد في حالات مماثلة لنفس الحالة التي أخطأ في تشخيصها أو ارتكاب خطأ ما أثناء إجراء عملية التوليد.

ومما يؤخذ على هذا المعيار ما يلي:

-أنه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، إذ تمتنع مساءلة من اعتاد في سلوكه عدم الاهتمام بمصالح الآخرين والإضرار بحقوقهم طالما أنه لم يتجاوز تصرفه الطبيعي، في نفس الوقت الذي يتعرض فيه للمساءلة من اعتاد الحرص على حقوق ومصالح غيره، إن هبط مستوى حرصه في تلك الواقعة نتيجة الظروف المحيطة به، حتى ولو لم يصل هبوطه إلى المستوى الذي اعتاد عليه الشخص المهمل في تصرفاته وسلوكه⁴⁰¹.

-هذا المعيار لا يتطلب من الإنسان أن يبذل جهداً معقولاً حتى يرتفع إلى مستوى الشخص المعتاد، ومن ثم فهو لا يحقق الحماية الكافية التي يوفرها المعيار الموضوعي -هذا من وجهة نظر أنصار النظرية الموضوعية- فهو من المعايير الغامضة والتي يصعب تطبيقها، فالطبيب العام حديث

³⁹⁹ الخيال محمد وجيه، المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي "دراسة وشرح لنظام مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية وبعض الأنظمة العربية والأجنبية"، ط1، مكتبة هوزان السعودية، 1996، ص88.

⁴⁰⁰ فرج وديع، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، ع5، السنة 12، 1970، ص477.

⁴⁰¹ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص56.

التخرج، إذا أخطأ في عمله الطبي، فإنه يعامل من حيث تقرير المسؤولية بالنسبة له على نحو يختلف، عما يعامل به طبيب عام قديم إذا وجد بنفس الظروف وفقا لهذا المعيار⁴⁰².

ب- المعيار الموضوعي: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن المعيار الموضوعي يتحدد في نطاق الشخص المعتاد الموجود في نفس ظروف الواقعة التي وجد فيها الفاعل، فإذا ما تمت المقارنة وتبين منها أن ما صدر عن المتهم من سلوك مشوب بالخطأ، وبين ما يمكن أن يصدر من شخص متوسط الحيلة والحذر في نفس الظروف أنه هبط بالحيلة والحذر عنه يعتبر سلوكه هنا سلوكا خاطئا. ويقصد أنصار هذه النظرية بالظروف: تلك الظروف الخارجية التي أحاطت بالفعل وقت أن اقترف السلوك مثل ظرف الزمان.

إذن فالمعيار الموضوعي ليس في جمهرة الناس، فليس المقصود به الشخص الخارق الذكاء شديد الفطنة، وليس هو الجاهل محدود الفطنة والذكاء⁴⁰³.

ومثال ذلك في المجال الطبي إذا اتفق طبيب مع مريضة لديه بأنه يستقدم استشاريا مشهورا من الخارج لإجراء جراحة في غاية الدقة والصعوبة، هنا من حق المريضة أن تحصل على عناية كافية وممتازة تتلاءم مع شهرة الطبيب الذي تعاهد المريض من أجله ودفع أتعابا كبيرة تفوق أضعاف ما يتقاضاه الجراح العادي، فلا يقبل من هذا الطبيب الاستشاري أن يتذرع لدفع المسؤولية عنه بأنه غير ملزم بأكثر من عناية الطبيب العادي بحجة أن علمه ومركزه وخبرته وتخصصه الطبي كلها ظروف داخلية لا علاقة لها بالتزام الطبيب نحو مريضه⁴⁰⁴.

والجدير بالذكر هنا أن تمسك الطبيب -في المثال السابق- بأنه غير ملزم بأكثر من عناية الطبيب المعتاد هو أمر غير مقبول، لأن تخصصه ومركزه الطبي، وعلمه كلها صفات لا يمكن

402 السعيد كامل، الأحكام العامة لقانون العقوبات الأردني، دار الثقافة للنشر، 2002، ص249.

403 محمد هاشم قاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق جامعة الكويت، ع2، 1992، ص90.

404 طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص101.

إنكارها أو إهمالها عند إجراء المقارنة بينه وبين طبيب آخر، فعقد العلاج يراعي فيه شخصية المتعاقد. فعلى أي أساس يتم إهدار مقومات تلك الشخصية عند مقارنة سلوك طبيب أخصائي، بسلوك طبيب معتمد وقت تقدير المسؤولية والخطأ⁴⁰⁵.

وفي مثال آخر، إذا لجأت سيدة حامل إلى طبيب التوليد في قرية نائية أو منقطع عن العمل، أو طبيب مسن وبعيد عن الأساليب العلمية الحديثة، فهل تتم مساءلته على أساس التزامه ببذل عناية الطبيب المعتاد الذي يعمل في مستشفى كبير أو في مدينة كبيرة ومتابع للأساليب الطبية الحديثة.

إن تكليف الطبيب المسن بأكثر مما يحتمل - رغم ثبوت عدم علمه بالأساليب الحديثة بسبب العزلة التي يعيشها - فيه شيء من الظلم لهذا الطبيب⁴⁰⁶، حيث قضت محكمة استئناف مصر أنه "بالنسبة للأطباء الأخصائيين، فإنه يجب استعمال الشدة معهم، وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم، إلا أن من واجبه الدقة في التشخيص، والاعتناء وعدم الإهمال في المراجعة، فمسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة في المسؤولية، ولهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب الخطأ اليسير، ولو أن هذا الخطأ له سمة طبية ظاهرة⁴⁰⁷".

ج- المعيار المختلط: يعتبر المعيار المختلط ضابطاً توفيقياً أخذ من المعيارين الموضوعي والشخصي، ووفقاً لهذا المعيار يثبت الخطأ في حق المتهم بمطابقة سلوكه للسلوك المألوف للشخص المعتاد أي متوسط الذكاء، ويتمثل في درجة العناية التي يتخذها شخص عادي متبصر عاقل من نفس الفئة التي ينتمي إليها، فإذا ما أردنا تحديد درجة العناية الكافية لشخص يعمل في مهنة معينة كالطبيب، فعلياً أن نقارن سلوكه بسلوك طبيب متبصر لديه المعرفة الفنية والأصول العلمية

⁴⁰⁵ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات "القسم الخاص"، ط3، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص 553.

⁴⁰⁶ نائل صالح عبد الرحمن، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الأردني، المجلد الحادي عشر، ع 4، منشورات جامعة اليرموك، 2005، ص

160.

⁴⁰⁷ حكم محكمة استئناف مصر، صادر بتاريخ 1963/1/2، مجلة الحمامة، السنة 16، رقم 334، ص 713.

المتطلبية لممارسة هذه المهنة، فإذا كان سلوكه قريبا من الشخص المتوسط في نفس الفئة، ومع ذلك تحققت النتيجة غير المشروعة، فإنه لا يسأل عنه وفقا للمعيار الموضوعي، أما بالنسبة للمعيار الشخصي فيجب أن تتوافر الإمكانيات الشخصية لدى الفاعل التي يستطيع بها، أن يتوقع فعله فيمكن أن يحقق النتيجة غير المشروعة، وهذا يختلف من شخص لآخر حتى داخل المهنة الواحدة⁴⁰⁸.

ويجب على القاضي عند تقديره للخطأ الطبي أن يتبع المعيار الموضوعي على أن يأخذ في اعتباره الظروف الداخلية والخارجية والملابس المحيطة بالطبيب، فهي حتما تؤثر في سلوكه ومنها ظروف المكان والزمان، ويقدر ظروف الطبيب بالقياس على سلوك طبيب آخر يقظ وجد في نفس الظروف⁴⁰⁹، ويجب أن يضع في اعتباره أيضا الوسائل التي كانت تحت يد الطبيب وتصرفه وقت ممارسته العمل الطبي.

هذا وقد أخذ الفقه الإسلامي بالمعيارين معا الشخصي والموضوعي، حيث أن كل من يلحق ضررا بالغير يسأل عن فاعله أو المتسبب فيه⁴¹⁰، ومرد ذلك للقاعدة الأصولية أنه لا تكليف بمسحيل، فلا محل لأن تطلب من الشخص التزام مسلك الرجل المعتاد، إلا إذا كانت الظروف التي تحيطه تؤهله لذلك.

وهذا أيضا ما أخذ به الرأي الراجح في الفقه و المؤيد بأحكام القضاء، حيث يذهب إلى القول بأن المعيار الذي يتعين أن يقاس به سلوك الطبيب المتهم بالخطأ الطبي، هو المعيار المختلط الذي قوامه السلوك المألوف من طبيب وسط من نفس فئة الطبيب المتهم ومستواه، وإن الطبيب الوسط الذي يأخذ معيارا للخطأ الطبي، يجب ألا يتجرد من الظروف التي أحاطت بالطبيب المتهم وفقا للقواعد العامة المقررة في هذا الصدد، وهذا يعني أن معيار الخطأ الطبي موضوعي في أساسه،

⁴⁰⁸ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 102.

⁴⁰⁹ Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T.I. éd vi-n.423.p494.

⁴¹⁰ الكساني علاء الدين بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، درا الكتب العربية، لبنان، 1402 هج، ص 271.

أي عند تحديد مدى التزام الطبيب بالقواعد والأصول الطبية، إذ ينظر في تحديده إلى ما يلتزمه الطبيب المعتاد من نفس فئة ومستوى الطبيب المتهم، وهل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج المرضى من مختلف أنواع المرض، أو هو أخصائي لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرض، أم هو العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية، فلكل من هؤلاء أجره، ولكل مستواه المهني ومعياره الفني، فمسؤولية الأخصائي في مراعاته لواجبات مهنته أشد من الطبيب العادي، وهو معيار شخصي من حيث ظروف الطبيب المتهم وقت مباشرته لعمله الطبي، كما كان العلاج وزمانه والإمكانيات المتاحة، كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحد الآلات والأجهزة الطبية الحديثة، أو في جهة نائية منعزلة لا وجود فيها لشيء من هذه الإمكانيات، أو أن تكون حالة المريض من الخطورة، بحيث تستلزم إجراء جراحة عاجلة في مكان وجوده، بالإمكانيات المتاحة دون نقله إلى مستشفى أو عيادة، أو أن يباشر العمل الطبي في زمان معين يصعب فيه العمل⁴¹¹.

هذا وقد عبرت محكمة النقض المصرية في كثير من أحكامها عن اعتناقها لهذا المعيار إذا قضت بأنه: "لما كان واجب الطبيب في بذل العناية، مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه، علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية والثابتة، وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب، يعد خطأً يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض".

كما قضت محكمة استئناف مصر بأنه: "بالنسبة للأطباء الأخصائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة"⁴¹².

⁴¹¹ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 141-142.

⁴¹² حسن ربيع، المرجع السابق، ص 143.

البند الثاني: درجة الخطأ الطبي.

يتفاوت الخطأ من حيث درجة جسامته، فقد يكون خطأ جسيماً أو خطأ يسيراً، وهذا التفاوت لا أثر له في المسؤولية المدنية، فالخطأ يصلح لأن يكون أساساً لقيام المسؤولية المدنية أياً كانت درجته، فنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁴¹³ لم يفرق بين أنواع الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، فنصت المادة المذكورة على أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض، فلفظ الخطأ ورد هنا مطلقاً دون أي تحديد لنوع معين، أو صورة خاصة من صور الخطأ، أما في قانون العقوبات الجزائري فقد جاء حالياً من أية نصوص لتعريف الخطأ الطبي، وإنما نص على بعض صور الخطأ ومنها الرعونة والإهمال...⁴¹⁴، فقد ثار جدل بين الفقهاء حول درجة الخطأ غير العمدى، هل يجب أن يكون على درجة معينة من الجسامه أم أن أي خطأ يستوجب المسؤولية الجنائية ولو كان يسيراً؟.

للإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات يمكن إجمالها فيما يلي:

أ-الاتجاه الأول: يذهب أنصاره إلى التفرقة بين الخطأ الفني والخطأ المادي⁴¹⁵، فنادوا بضرورة أن يكون الخطأ الفني جسيماً حتى يمكن مساءلة مرتكبه جنائياً، أما الخطأ المادي فيكتفي فيه بالخطأ اليسير، ويستند أنصاره إلى حجتين أساسيتين:

-الحجة الأولى: أن المسائل الفنية يصعب على القاضي الحكم فيها، فيجب عليه أن يقضي

بما هو مؤمن به لا بما يؤمن به غيره⁴¹⁶.

⁴¹³ تقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري.

⁴¹⁴ ارجع للمادة 288 من قانون العقوبات الجزائري.

⁴¹⁵ الخطأ المادي هو الخطأ الخارج عن مهنة الطب الذي لا شأن فيه لفن الطب، والذي يقع فيه الطبيب دون علاقة بالمهنة مثل نسيان فوطة أو آلة في بطن المريض أو أن يجري الطبيب الجراحة وهو في حالة سكر.

أما الخطأ الفني فهو المتعلق بالمهنة والذي يقع من الطبيب كلما خالف القواعد التي توجبها عليه مهنته كالخطأ في التشخيص، أو في علاج المريض.

⁴¹⁶ شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1992، ص 332 وما بعدها.

-الحجة الثانية: أن مساءلة أهل المهن كالطبيب، تؤدي إلى تردده في عمله خوفا من الوقوع في الخطأ اليسير.

ب-الاتجاه الثاني: يسوي بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير⁴¹⁷، ويتجه أنصار هذا الرأي إلى أن التمييز بين الخطأ الفني والخطأ المادي، هو نوع من تبني نظرية ازدواج الخطأ، وهي نظرية أصبحت مهجورة، وأن حجج الاتجاه الأول ليست مقنعة، فالقاضي من حقه أن يستعين بأهل الخبرة لمعرفة، إذا ما كان صاحب مهنة ما أخطأ أم لا، كما أن خوف الطبيب -مثلا- ليس مبررا بل هو لمصلحة المرضى المتعاملين معه⁴¹⁸.

ج-الاتجاه الثالث: فرق أنصاره بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني، وسندهم أن القانون الجنائي يعاقب على الخطأ الجسيم فقط، أما وفقا للقانون المدني فإنه يسأل مرتكب الخطأ عن خطئه في جميع صورته.

وهذه التفرقة في غير محلها لأن عبارات وألفاظ صور الخطأ، وردت في القانون الجنائي بصورة عامة، بحيث تتسع لتشمل الخطأ في كافة صورته الممكنة، بلا تفريق بين ما هو جسيم وما هو يسير⁴¹⁹.

د-الاتجاه الرابع: يرى أنصاره أنه يجب مساءلة الطبيب عن جميع أخطائه سواء كان خطأ مادي أم خطأ فني بجميع درجاته سواء كان خطأ جسيما أم يسيرا. هذا وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية التي تتفق مع هذا الاتجاه، وذكرت أن الطبيب يسأل عن إهماله سواء كان

⁴¹⁷ الخطأ الطبي اليسير هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته، أما الخطأ الطبي الجسيم فيقصد به عدم بذل العناية بشؤون المريض بصورة لا تصدر عن أقل الأطباء حرصا، أو هو الخطأ الذي لا يتصور وقوعه إلا من مستهتر، صور الخطأ الجسيم تشمل استئصال الطرف السليم بدلا من الطرف المريض أو خلع الضرس السليم بدلا من الضرس المريض.

⁴¹⁸ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، درا المطبوعات الجامعية، مصر، 1989، ص28.

⁴¹⁹ طه عثمان أو بكر المغربي، المرجع السابق، ص105.

جسيما أم يسيرا، مادام الخطأ ظاهرا لا يحتمل نقاشا فنيا تختلف فيه الآراء. يرى البعض الآخر ضرورة تقرير المسؤولية الجنائية على الاعتداد بجسامة النتائج لا بجسامة الخطأ⁴²⁰.

على أية حال فإن درجة الخطأ مسؤولية موضوعية، يترك تقديرها لقاضي الموضوع الذي يستعين بالظروف المحيطة بالخطأ، وله أن يعتبر أن الخطأ المصحوب بالتوقع أشد جسامة من الخطأ غير المتوقع، وله أن يقدر مدى إخلال الطبيب بواجبات الحيطه والحذر، وكذلك له أن يعتبر بجسامة النتيجة التي ترتبت عن الخطأ، وللقاضي أيضا تقدير مدى تقاعس الطبيب عن إصلاح الأضرار الناجمة عن الخطأ، والحيلولة دون زيادة جسامتها. كذلك تظهر جسامة الخطأ عند تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى، فيتقرر عقوبة أشد كلما كان الخطأ أكثر جسامة⁴²¹.

هذا و أقرت المحكمة العليا مبدأ وحدة الخطأ، وأن أي خطأ يستوجب المساءلة الجنائية في أي عنصر من عناصره، يستوجب أيضا المساءلة المدنية، وبالتالي فإن الطبيب يعاقب على الخطأ بجميع درجاته جسيما أو يسيرا، أما إذا قضت المحكمة ببراءة المتهم في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت خطئه، فإن ذلك يستلزم رفض الدعوى المدنية.

هذا وقد اتجه القضاء الفرنسي والجزائري والمصري في أحكامه الحديثة إلى اعتناق هذا الرأي حيث عدلوا عن تلك التفرقة بين الخطأ المادي والخطأ المهني، وقرروا أن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة، وأنه متى تحقق القاضي وثبت لديه قطعيا الخطأ المنسوب إلى الطبيب، سواء كان مهنيا أولا، وأي كانت درجته جسيما كان أو يسيرا، فإنه يتعين مساءلة الطبيب عن خطئه، وللقاضي أن يستعين في ذلك -بطبيعة الحال- برأي الخبراء.

⁴²⁰ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 112.

⁴²¹ علي منصور، الخطوط العامة للجرائم غير المقصودة، ع4، مجلة الحمامة، السنة 48، 1986، ص 58.

ففي فرنسا قضت محكمة النقض بأن أي درجة من درجات الخطأ، تكفي لقيام مسؤولية الطبيب، وأن المهم هو أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع، ولا حاجة مطلقاً لإثبات الخطأ الجسيم، فإن كان تقرير الخبير قد نفى الخطأ الجسيم للطبيب، إلا أنه لم ينف الخطأ الطفيف⁴²².

وفي الجزائر قضت المحاكم الجزائية بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني، جسيماً أو يسيراً، لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب، الذي يرتكب خطأً يسيراً، ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة، ولا يتمتع الطبيب بأي استثناء.

إن الخطأ الطبي يمكن تقسيمه إلى الدرجات التالية:

-تداخل علاجي جراحي غير صحيح، ولكنه لم ينتج عنه أي ضرر للمريض، وبالتالي لا عقوبة على الطبيب في ذلك، لفقدان أحد العناصر الثلاثة لأركان المسؤولية الطبية وهو الضرر.

-حدوث مضاعفات للمريض نتيجة خطأ الطبيب الذي أحدث ضرر بالمريض، سواء كان هذا الضرر متوقع أو غير متوقع.

-خطأ شديد الوضوح مثل بتر قدم سليمة، أو نقل دم بفصيلة مختلفة.

كما أن المضاعفات التي يمكن أن تحدث قد تكون أحد ثلاثة:

-فرط استعمال شيء مثل المريض الذي يتلقى علاج غير مجد لمثل حالته، بل قد يكون أيضاً هذا العلاج يحمل خطورة للمريض.

-قلة استعمال شيء مثل المريض الذي، يتلقى جرعات علاجية أقل من المطلوب.

-سوء استعمال شيء مثل الخطأ أو النقص في العلاج⁴²³.

⁴²² حسن ربيع، المرجع السابق، ص 160.

⁴²³ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 113.

إن حدوث المضاعفات عقب التداخل الطبي أو الجراحي، لا يشير بالضرورة إلى قلة العناية المبذولة للمريض، وكذلك فإن عدم حدوث مضاعفات لا يشير إلى وجود عناية فائقة للمريض. إن الطبيب عندما يعالج مريض، فهو غير ضامن حدوث نتائج جيدة للمريض، ولكن عليه بذل مستوى من الأداء يتفق مع الأصول الطبية الصحيحة، بمعنى آخر إن حدوث مضاعفات للمريض لا يعني بالضرورة، أن الطبيب سيعاقب لأن المضاعفات واردة حتى مع بذل عناية فائقة للمريض، لكن يسأل الطبيب فقط إذا كان هناك إهمال⁴²⁴ منه في التعامل مع الحالة.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية الجزائية في عمليات التوليد.

يشترط القانون لإقامة المسؤولية الجزائية عن خطأ التوليد، مجموعة من الشروط تتمثل في وقوع الخطأ من طبيب التوليد أو من هم في حكمه لذلك سنقوم بتبيان أنواع هذا الخطأ، إضافة إلى النتيجة الإجرامية المترتبة عليه، وهذا شريطة ارتباط الخطأ بالنتيجة بعلاقة سببية.

الفرع الأول: أنواع الخطأ الطبي في عمليات التوليد.

إن الخطأ الطبي في التوليد يتم تقسيمه وفقاً لعدة معايير من حيث درجة جسامة إلى خطأ جسيم وخطأ يسير، ومن حيث موضوعه إلى خطأ مادي أو غير مهني وخطأ فني أو مهني، و من حيث أساس المسؤولية عنه إلى خطأ مادي وخطأ جنائي.

إن الولادة ورغم أنها فعل تلقائي، إلا أنها تمدنا بحالات كثيرة من الأخطاء الطبية، أدت إلى نتائج جسيمة وأضرار بالغة، سواء بالنسبة لحياة الأم وصحتها، أم بالنسبة لحياة الجنين وصحته.

وفيما يلي نستعرض بعض الأخطاء الطبية الفردية، الواقعة في مجال جراحة النساء والولادة:

⁴²⁴ الإهمال هو الفشل في الوصول للعناية الطبية المعقولة المتوقعة من طبيب متوسط المستوى، إذا تعامل مع حالة مماثلة في نفس ظروف الزمان والمكان.

البند الأول: خطأ طبيب النساء والولادة في عدم إتباع الأصول العلمية الثابتة.

ولعل أول الدعاوى التي عرضت على ساحة القضاء الفرنسي، والمتعلقة بالخطأ الجراحي الفردي في جراحات النساء والتوليد، الدعوى المعروفة بقضية هيلي حيث دعي لتوليد امرأة، فوجد الطفل نازلا بذراعيه، مما كان يقتضي منه تغيير وضعه، ولكنه بدلا من ذلك قام ببتير ذراعيه، فتزل الطفل حيا وعاش. ورأت المحكمة أن الطبيب قد ارتكب خطأ مهنيا جسيما، بعدم محاولة تغيير وضع الجنين قبل إخراجها، أو الاستعانة بما كان يمكن الاستعانة بهم، بل تصرف بغير احتياط، وبتسرع غير مقبول، فارتكب بذلك خطأ يجعله مسؤولا عن الضرر الذي نجم عن بتر ذراعي الطفل.

كما أخذ على الطبيب المذكور، عدم إتباعه الأصول الطبية المستقر عليها في علم الطب - كما هو واضح من حيثيات الحكم السابق - باعتبار أنه لم يقيم بتغيير وضع الطفل، بل قام ببتير ذراعيه، حتى يمكنه إتمام عملية التوليد، فقد أخذ على طبيب آخر - لم يتبع هذه الأصول كذلك - أنه في خلال ولادة نزل فيها الطفل أيضا بذراعه، قرر بغير تثبت، أن الطفل ميت فبتير ذراعه، ثم اتضح أنه حي، ولكنه توفي بعد ذلك، بسبب التزيف الذي حدث نتيجة البتر.

كما أدين طبيب في واقعة تسبب فيها - أثناء قيامه بتوليد سيدة - في إصابة المولود بكسر في رأسه، بسبب استعماله جفت الوالدة بطريقة خاطئة. وثبت من التقارير الطبية أن المولود ظل قلبه ينبض، وتنفس جيدا بعد الولادة، ولكن التزيف الناتج من الجرح قضى عليه⁴²⁵.

كما اعتبر الطبيب مسؤولا عن خطئه الفني، المتمثل في عدم قيامه برتق جزء من التهتك في رحم المريضة، مما أدى إلى حدوث نزف دموي منه (خارجي أو داخلي)، ترتب عليه تجمع دموي كبير بالربط العريض الأيسر للرحم يمضي الوقت، مما استحال معه إمكانية رتق أو تصليح هذا التهتك المتواجد بأسفل يسار جسم الرحم (الممتد من تهتك يسار عنق الرحم) بعد ذلك، بحيث

⁴²⁵ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 316-317.

استلزم الأمر في النهاية إجراء استئصال تحت كلي (غير كامل) للرحم بمستشفى المنصورة الجامعي لاحقاً، وعلى نحو ما جاء بتقرير أطباء النساء والتوليد بمستشفى المنصورة الجامعي، الأمر الذي يكون معه الطبيب، من الجهة الفنية الطبية الشرعية، مسؤولاً عن نتيجة هذا الخطأ منه، بما انتهى إليه أمر المريضة المذكورة من استئصال رحمها استئصالاً تحت كلي، وتخلف عاهة مستديمة لديها تقدر (مع الأخذ في الاعتبار سابقة إنجائها) بحوالي 30 بالمئة.

وفي واقعة أخرى، حاولت امرأة حامل في شهرها الخامس، دون جدوى أن تجهض نفسها، مما أدى إلى إصابتها بتزيف. وقرر الطبيب الذي لجأت إليه صحبة زوجها، أن يجري لها عملية إجهاض. وقد استخدم الجفت لاستخراج الجنين، ولكن المرأة فارقت الحياة في الحال، بعد إجراء العملية. وقد نسب إلى الطبيب ارتكابه لخطأ مهني جسيم، لاستعماله الجفت في هذه الحالة، علاوة على رعونته في تشغيله. ويرجع سبب الوفاة إلى حدوث تمزق بالرحم، مصحوباً بتزيف. وقد رفضت محكمة النقض الطعن المقدم من الطبيب في الحكم القاضي بإدانته.

ويعتبر التعجيل بعملية الولادة، صورة من صور الخروج على الأصول العملية الثابتة، وذلك أنه من المعلوم أن للولادة ميعاد محدد، لا ينبغي أن تتم قبل حلوله، وإلا ساءت العاقبة.

وعلى ذلك فقد أيدت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، حكماً بمسؤولية أخصائي نساء وولادة، صادر عن محكمة تولوز، في واقعة كان الأخصائي فيها قد عجل بعملية ولادة، قبل حلول موعدها الطبيعي ببضعة أيام، وذلك باستخدام الجفت، ونشأ عن ذلك إصابة الأم بتمزق في المثانة، وبعض الأضرار الأخرى⁴²⁶.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية كذلك، حكماً قضى بإدانة أخصائي نساء وولادة لجأ إلى وسيلة تسمى "الولادة الموجهة"، في محاولة منه لتعجيل عملية الولادة، بحيث تأتي مطابقة ليوم بداية إجازته، بأن وضع الأم تحت تأثير مخدر كلي، وجعلها تلد طفلها بمساعدة الجفت، وبعد إتمام

⁴²⁶ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 318.

الولادة، قام بحقن الأم بعدد من الحقن بغرض تسهيل استرداد وعيها، ثم تركها بعد ذلك تحت رعاية زوجها، بدون أن يحتاط لنفسه بإعطاء تعليمات خاصة لطبيبه المعاون. وعندما لاحظ الزوج أن زوجته تعاني من صعوبة في التنفس قام باستدعائه، ولكنه لم يصل إلا بعد أن فارقت الحياة، ووفقا لتقارير الخبراء، فإن الطبيب قد ضاعف من تسمم دم الوالدة، عندما باشر تحت تأثير مخدر عملية الولادة ليست "موجهة" بل "مصطنعة"، وبحيث أن الغيبوبة العميقة، وغير المؤلففة لمريضه، كانت تحتم عليه متابعة خاصة واعية.

هذ وقد يتخذ أخصائي النساء والولادة أحيانا ، قرارا باستخدام الجفت للتعجيل بعملية الولادة، أو لمواجهة عملية ولادة متعثرة، والتي ينظر إليها باعتبارها وسيلة خطيرة، علاوة على أنها أصبحت مهجورة، وقديمة. وينظر إليها القضاء باعتبارها وسيلة غير مطابقة لأصول العلم المكتسبة. وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية "أن هذه التقنية أصبحت اليوم مهجورة، بوصفها وسيلة خطيرة، وغير مطابقة لأصول العلم المكتسبة".

كما يلتزم الطبيب بالعناية بالوالدة في الأشهر الأولى من الحمل، وحتى تمام عملية الولادة، فإن التزامه هذا لا ينتهي عند هذا الحد، بل يمتد لمرحلة ما بعد الوضع.

ومن الاخطاء التي رصدت في هذا المجال، ما قضي به من إدانة طبيب بسبب إهماله، لدى إشرافه على علاج سيدة بعد الوضع. فبالرغم من أن حالتها كانت خطيرة، لم يتخذ أي إجراء منتج لإنقاذها، بل أشار متأخرا بالعلاج اللازم لها، بالإضافة إلى حقنها بعدد من الحقن أكثر من الحد المقرر، فضلا عن استعماله جفت الولادة بطريقة خاطئة، مما سبب وفاتها، عقب إصابتها بحمى النفاس.

البند الثاني: خطأ طبيب النساء والولادة في إجراء التوليد دون وجود استعدادات وتجهيزات طبية كافية.

أيضا يلتزم طبيب النساء والولادة بمباشرة عملية التوليد في أماكن مجهزة بالتجهيزات الطبية اللازمة كالمستشفيات أو العيادات الطبية الكبرى المجهزة لاسيما عند إجرائه للعمليات القيصرية، وإلا كان مسؤولاً عن عدم مراعاة ذلك، والأضرار التي يمكن أن تنشأ عنه.

وعلى ذلك فقد أدانت دائرة الجرح المستأنفة المصرية طبيبا، لعدم إتباعه الأصول الطبية المستقرة عند توليد امرأة، مما أدى إلى حدوث نزيف لها، نتجت عنه الوفاة، وكان من بين أسباب الإدانة أن الطبيب عندما باشر الولادة، ووجد أن الحالة صعبة، لم يبادر بإرسال المرأة الحامل إلى المستشفى.

كذلك فقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكما يقضي بإدانة طبيب أجرى "جراحة قيصرية" للمريضة داخل عيادة خاصة، بغير مساعدة طبيب تخدير، أو أي طبيب آخر، ودون أن تكون العيادة مجهزة بالتجهيزات الطبية الضرورية لمجابهة مضاعفات الجراحة، ولأنه أصر على إجرائها بنفسه في عيادته، ولم يستجب لما أبداه، مرافقوا المريضة -زوجها وشقيقه وطبيبان آخران- من اقتراح نقلها إلى أحد المستشفيات، مقررا لهم أن عيادته مجهزة تجهيزا كافيا، وبأنه سبق وأن أجرى بها مثل هذه العملية، فكان عاقبة ذلك أن أصيبت المرأة الحامل بصدمة جراحية، مما ينشأ عادة نتيجة العملية التي أجريت لها، ولم يتيسر إسعافها، ففاضت روحها بالعيادة، وكان الحكم المطعون فيه قد عول في ثبوت خطأ الطبيب على ما أورده تقرير الطبيب الشرعي، من أن تصدي الطبيب لإجراء عملية قيصرية في عيادته دون الاستعانة بطبيب تخدير، حسب الأصول الطبية، ودون توافر الإمكانيات التي تستلزمها تلك العملية. وأنه لو كان قد نقل المريض إلى أحد المستشفيات، وبوشرت الحالة داخل المستشفى، وبإمكانيات المستشفى التي لا تتوفر في العيادات

الخاصة بما كان قد أمكن من التغلب على ما حدث للمريضة-.. يعد خطأ مهنيا من جانب الطاعن، يسأل عنه وعن نتيجته السيئة، التي انتهت بوفاة المريضة⁴²⁷.

كما اعتبرت محكمة النقض المصرية الطبيب مسؤولاً عن خطئه، باستعماله جفت الولادة في عملية توليد المريضة، مع علمه مسبقاً بوجود تمزق في الرحم، دون أن تكون لديه الاستعدادات الكافية لمجابهة ما يستلزمه علاج تلك الحالة، ثم السماح للمريضة بالانصراف من عيادته دون أن يصلح التهتك لوقف التزيف الناجم عن تمزق الرحم، الأمر الذي انتهى إلى إجراء جراحة لا استئصال الرحم، وهو ما خلف لديها عاهة مستديمة، قدرت نسبتها بنحو 30 بالمئة.

البند الثالث: خطأ طبيب النساء و التوليد في الامتناع عن المساعدة.

إن المادة 2/63 من قانون العقوبات الفرنسي، تعاقب كل شخص يمتنع عمداً عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر. وقد لوحظ في ذلك، أن القضاء الفرنسي لم يقبل بسهولة الادعاء بمراعاة الخطأ في التقدير، وبجيت ألزمت المحاكم الفرنسية الطبيب بأن يتحرى بنفسه عن الوضع الحقيقي للمريض. ومن السهولة أن يفترض القضاة أن الأطباء يمكنهم أن يدركوا تماماً أكثر من غيرهم، الخطر الذي يتعرض له المريض.

وعلى ذلك، فقد أدين طبيب مناوب وزوجته بالامتناع عن تقديم مساعدة، حيث أخبرا تليفونيا بعملية وضع تمت في منزل في ظل استضافة عابرة، وأخبرا أيضاً بجسامة الخطر المحدق بالطفل حيث العهد بالولادة، وقد امتنعا عمداً عن التدخل، وتذرعا بأنهما قد ارتكبا مجرد خطأ في تقدير جسامة الخطأ وسرعة المساعدة، ولكن هذا الادعاء رفض من قبل محكمة النقض الفرنسية.

كما قضى بمعاقبة طبيب النساء والتوليد بعقوبة القتل الخطأ، لرفضه الانتقال للكشف على امرأة في حالة ولادة، مكثفياً بوصفه لها دواء، لتأجيل عملية الولادة.

⁴²⁷ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 320.

البند الرابع: خطأ طبيب النساء والتوليد في التأخير في الاستجابة في أحد أحوال الاستعجال.

يتعين على طبيب النساء والتوليد، على الأخص في أحوال الاستعجال، أن يبادر إلى تلبية دعوة المريضة دون تأخير، وإلا عد مسؤولاً عن الأضرار التي تنشأ عن هذا التأخير.

وعلى ذلك فقد قضى بإدانة طبيب النساء والولادة، الذي رغم حالة الاستعجال الواضحة، التي كانت تقتضي تدخله على وجه السرعة، ورغم استدعائه عدة مرات بمعرفة القابلة للكشف على امرأة حامل، لم يستجب لذلك إلا متأخراً.

البند الخامس: خطأ طبيب النساء والتوليد في إفشاء سر المهنة.

كما يلتزم طبيب النساء و الولادة -شأنه في ذلك شأن أي طبيب مؤتمن على سر مودع لديه- بألا يفشي ما نما إليه من أسرار تتعلق بمرض مريضه، وإلا عد مسؤولاً عن إخلاله بهذا الالتزام.

وبهذه المناسبة، فقد نظرت أمام القضاء الإنجليزي، في نهاية القرن 19، قضية ضد طبيب مشهور بإنجلترا، كما قد استدعي بسبب مهنته لفحص زوجة أخيه، وبعد فحصها وجدها في حالة إجهاض، وعالجها بالأساليب الطبية المتبعة. وعند فحص متحصلات الرحم، ظن بأن به جنينا، وكان زوجها متغيباً مدة طويلة، فعندئذ اعتقد الطبيب أنها سيئة السيرة، وأخبر زوجته بذلك، وانتقل الخبر إلى أقرباء آخرين، كان جل اهتمامهم هو إيقاف نفقتها المقررة قانوناً.

رفعت السيدة الدعوى ضد هذا الطبيب، تأسيساً على خيانتة عهد مهنته الطبية، وطالبته بتعويض قدره 12 ألف جنيه في ذلك الوقت، وقد قضى لها بالمبلغ المذكور.

وكان أهم عناصر دفاع الطبيب، أن الأمر يتصل بمسألة خاصة، ويرتبط بشرف العائلة، وأن الإفشاء وقد تم لأحد أفراد هذه العائلة، فهو مسموح به، ولا غضاضة فيه، ولكن القضاء أطر هذا الدفاع، وقضى بالتعويض المطلوب⁴²⁸.

الفرع الثاني: النتيجة الإجرامية وعلاقة السببية في عمليات التوليد.

إن البناء القانوني للركن المادي للجريمة، يشترط إضافة إلى وقوع السلوك الإجرامي، أن يترتب على هذا الأخير نتيجة إجرامية، فضلا عن علاقة السببية بين فعل الجاني ونتيجته الإجرامية. النتيجة هي الأثر المترتب على السلوك الإجرامي، والتي شرع العقاب من أجلها، فهي تمثل العدوان الذي ينال من المصلحة التي يحميها المشرع، وهي هنا تمثل الحق في سلامة الجسم، والحق في الحياة وذلك بالنسبة للأم والجنين.

لقد تردد الفقه بين مدلولين للنتيجة الإجرامية: المدلول القانوني والمدلول المادي⁴²⁹، ولقد قسم الفقه⁴³⁰ الجرائم وفقا للمفهوم القانوني للنتيجة إلى جرائم ضرر وجرائم خطر⁴³¹.

وعن أهمية النتيجة ذكر الكثير من ذلك، قول البعض أن النتيجة من أهم عناصر الركن المادي للجريمة، فهي ركن في كل جريمة ذات نتيجة، ولا بد من تحققها حتى تستكمل كل عناصرها⁴³².

⁴²⁸ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 231-322.

⁴²⁹ * يقصد بالمدلول المادي الأثر الذي يحدث في العالم الخارجي كأثر للسلوك الإجرامي. وهذا التغيير لا يقصد به التغيير الواقعي، وإنما التغيير

القانوني، أي الذي يتطلبه المشرع في النموذج القانوني للجريمة.

* يقصد بالمدلول القانوني هي الاعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون، سواء تمثل في العدوان في إصابة هذا الحق أو المصلحة بضرر محقق، أو في

مجرد تعريضه للخطر، وعلى ذلك فالنتيجة في القتل وفق هذا المدلول هي العدوان على حق الحياة.

⁴³⁰ رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط8، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص 113.

⁴³¹ تتمثل النتيجة في جرائم الضرر في حالة تحقيق الضرر الفعلي على المصلحة، التي أراد المشرع حمايتها، أما النتيجة في جرائم الخطر فتتمثل في

مجرد التهديد على المصلحة المحمية دون استلزام حصول ضرر فعلي.

أحمد شوقي أبو خطوة، جرائم التعريض للخطر العام "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 45.

⁴³² باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 86.

وفي مجال المسؤولية عن الخطأ الطبي فإن الضرر في مجال المسؤولية الطبية، من الممكن أن يتضح في الحالات الآتية:

- وفاة الجنين أو الأم الحامل.

- عدم قدرة المريض على مواصلة المهنة.

- قد يفقد المريض لحرته خلال فترة من الوقت، حين يقرر الطبيب حجز المريض لفترة زمنية محددة.

- قد يظهر في صورة الاعتداء على حق المريض في تكامل جسمه.

- المساس بالاعتبار الأدبي للمريض، كما في حالة إفشاء سر المهنة⁴³³.

إن الضرر الذي يلحق بالمريض، يمكن تقسيمه إلى ضرر مادي وضرر أدبي. فالضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله، أما الضرر الأدبي فهو الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره، أو عاطفته أو كرامته أو شرفه⁴³⁴. ويشترط في كلا النوعين أن يكون الضرر محققا، ماسا بحق مكتسب للمضرور⁴³⁵. أي أن يكون وقع بالفعل أو محقق الوقوع في المستقبل، كأن يموت المحني عليه بالفعل، أو يصاب بتلف جزئي في جسده، يعجزه عن العمل في المستقبل⁴³⁶، و الضرر المستقبل لا تعويض عنه، إلا إذا كان محقق الوقوع، أما الضرر محتمل الوقوع فإنه لا تعويض عنه⁴³⁷.

433 مأمون عبد الرشيد، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، ط1، القاهرة، مصر، 1985، ص184.

434 الأبراشي حسن زكي، المرجع السابق، ص 184.

435 طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 144.

436 السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، ط2، دون دار نشر، 1964، ص262.

437 عادل حمزة شبيه منصور، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية، رسالة دكتوراه، 1994، ص 970.

فالضرر قد يتمثل فيما إذا كان للمريض فرصة للشفاء، ولو لم يرتكب الخطأ الطبي، وما كان له فرصة للحياة، فكلاهما يمثل ضرراً مؤكداً⁴³⁸. كذلك لا بد من إقامة الدليل على أن حالة المريض، كانت غير ميئوس منها أو أنها كانت في سبيلها للتحسن، أو على الأقل ليست تتجه للأسوأ، ويلاحظ أن مسلك القضاء في التعويض عن تفويت الفرصة متشدد في المسؤولية الطبية، وذلك انطلاقاً من الرغبة في سلامة المرضى، واستناداً إلى ما أحرزه العلم من تقدم في المجالات الطبية. ومن الصور الشائعة للضرر في الخطأ الطبي: الإصابة الخطأ والقتل الخطأ.

أما عبء إثبات الضرر فيقع على من يدعي ذلك، ويطلب بتعويض عنه. فعليه أن يقيم الدليل على ذلك، بكافة طرق الإثبات لأنها مسألة موضوعية تختص بها محكمة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا فيها. فبوجود النتيجة يمكن تصور العلاقة السببية فهي طرف في هذه العلاقة.

إن العلاقة السببية هي رابطة مادية موضوعية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الحاصلة⁴³⁹، والتي من شأنها إثبات أن ارتكاب الفعل هو الذي أدى إلى حصول النتيجة الإجرامية، وعليه فإذا انتفت العلاقة السببية، فإن مسؤولية الفاعل تقتصر على الشروع إذا كانت الجريمة عمدية، أما إذا كانت الجريمة غير عمدية فإنه لا مسؤولية عنها، حيث أن الشروع غير متصور في هذا النوع من الجرائم⁴⁴⁰. لذلك يمكن القول أن علاقة السببية، تعد شرطاً لقيام المسؤولية الجنائية لطبيب التوليد عن خطئه الطبي، فهي عنصر في الركن المادي للجريمة المتابع بشأنها⁴⁴¹.

إن المشرع قد يعتمد على الإشارة صراحة أو ضمناً إلى علاقة السببية، فقد ينص على تجريم السلوك، إذا أفضى إلى نتيجة معينة كالضرب المفضي للوفاة، أو المفضي لعاهة مستديمة. وهذه

438 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 171.

439 باسم شهاب، المرجع السابق، ص 87.

440 محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، السنة 43، 1962، ص 92.

441 القبلاوي محمد، المرجع السابق، ص 82.

كلها عبارات تفيد اشتراط علاقة السببية بين النتيجة والسلوك، وقد يستخدم المشرع ألفاظا تدل على بحكم المعنى اللغوي على علاقة السببية، ومن أمثلتها "كل من قتل" أو "كل من ضرب"⁴⁴².

ومما تجدر الإشارة إليه أن تحديد العلاقة السببية في المجال الطبي هو أمر شاق لسببين:

-أولهما هو تعقد الجسم البشري وتغير حالاته وخصائصه، وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فاستعداد المريضة بدنيا وحالتها النفسية، قد تلعب دورا محوريا في حدوث النتيجة السيئة.

-ثانيهما أن الخطأ الطبي قد يؤدي إلى حدوث سلسلة من الأضرار، التي تتعاقب وراء بعضها البعض⁴⁴³. وبالتالي يتعذر القول بأن سلوك الطبيب المتهم هو السبب الوحيد المباشر في حدوث النتيجة الإجرامية. وهنا يثور التساؤل عن مدى تأثير هذه العوامل في قيام علاقة السببية بين فعل الطبيب وحدث النتيجة المعاقب عليها، وهل أن الطبيب يعد مسؤولا عن حدوث هذه النتيجة، حتى ولو تدخلت بين فعله وبين النتيجة عوامل أخرى متعددة أسهمت معه في إحداثها؟؟ وهل تظل علاقة السببية قائمة بين فعل الطبيب والنتيجة، على الرغم من ذلك أم أنها تنقطع؟ وبمعنى آخر متى يصح القول قانونا بأن السلوك الخاطئ للطبيب، يعتبر سببا للنتيجة الإجرامية التي حدثت؟

إن الرأي الراجح في الفقه اتجه إلى القول بأن الفعل الخاطئ للطبيب، لا يعتبر سببا لوقوع النتيجة الإجرامية المعاقب عليها، إلا إذا تبين أن هذا الفعل صالح إلى إحداث تلك النتيجة، وفقا للمجرى العادي للأمر. فيعد فعل الطبيب سببا في النتيجة، ولو ساهمت معه في إحداثها عوامل أخرى سابقة عليه، أو متعاصرة معه أو لاحقة عليه، مادامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة، وفقا للسير العادي للأمر. أما إذا تضافرت مع سلوك الطبيب في إحداث النتيجة الإجرامية، عوامل

⁴⁴² عدو عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، دار هوم، الجزائر، 2010، ص110.

⁴⁴³ الشوا محمد سامي، مسؤولية الأطباء وتطبيقها في قانون العقوبات "التجارب الطبية-جراحة التجميل-عمليات تحول الجنس-استقطاع

الأعضاء ونقلها"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 77.

شاذة غير متوقعة ومألوفة عادة، فإن علاقة السببية بين فعله والنتيجة تنقطع، وامتنعت المسؤولية عن الطبيب، إلا إذا كان خطؤه بذاته يكون جريمة⁴⁴⁴.

ومعنى ذلك أنه يجب على من يبحث في سببية سلوك الطبيب، أن يتغاضى عن النتيجة التي حدثت، وأن يفترض عدم وجودها، ثم ينظر إلى السلوك نظرة مجردة، فإن كان من شأنه أن يحقق مثل هذه النتيجة عادة، وجب اعتباره سببا للنتيجة التي حدثت، وإلا لم يكن سببا لها حتى وإن كان في الواقع له دورا في إحداث هذه النتيجة.

ومثال ذلك ما عرض على محكمة مصر الكلية، من أن طبيب المدرسة كشف على أحد الطلبة، للنظر في إعفائه من الألعاب الرياضية، فقرر أن قلبه سليم ولا داعي لإعفائه، وذات يوم بينما كان الطالب يقوم بالتمرينات البدنية، سقط مغشيا عليه وتوفي، وقرر الطبيب الشرعي بعد تشريح الجثة أن الطالب كان عنده استعداد للوفاة الفجائية من ثقب بيبضاوي في القلب، وأنه من الممكن أن تكون الوفاة قد نشأت عن هذه الحالة المرضية فقط، دون أن يكون للألعاب الرياضية دخل في حدوثها، وقت قضت المحكمة أمام هذا التقرير بإعفاء الطبيب من كل مسؤولية⁴⁴⁵.

هذا ولا يقتضي التجريد عزل سلوك الطبيب عن كل ما اقترن به من عوامل، سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لاحقة، بل يجب النظر إلى هذه العوامل بدورها نظرة مجردة، فإن كان وجودها أو حدوثها واقتراها بالسلوك أمرا ممكنا، وفقا لما تجري عليه الأمور عادة، فإن دور السلوك كسبب للنتيجة يظل قائما، بالرغم من إسهام تلك العوامل في إحداث النتيجة، لأن وقوع النتيجة في هذه الظروف يعتبر أمرا مألوفاً، أما إذا كانت هذه العوامل شاذة لا تقع إلا نادرا، فإن

⁴⁴⁴ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 164.

⁴⁴⁵ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 148.

اقتراها بالسلوك يحول دون اعتباره، سببا للنتيجة التي حدثته، وتعزى النتيجة عندئذ لا للسلوك، بل للعامل الشاذ الذي اقتحم التسلسل المألوف، فقطعه وحمل وحده عبء النتيجة⁴⁴⁶.

لم يضع الفقه الفرنسي معيارا لعلاقة السببية، بل إنهم فرقوا في تقديرها بين الجرائم المختلفة، فهم وإن كانوا يتطلبون في القتل العمد السببية المباشرة، إلا أنهم يكتفون في جرائم القتل والإصابة الخطأ بالسببية غير المباشرة. وتطبيقا لذلك الرأي الفقهي فقد قضى بأنه لا يشترط أن يكون خطأ الجاني هو السبب المباشر للنتيجة، فيسأل عن الوفاة من تسبب بخطئه في جرح الجاني عليه، إذا مات هذا الأخير أثناء عملية جراحية كان من المفيد إجراؤها⁴⁴⁷.

ومن أمثلة الأمور العادية التي يمكن اقتراها بالسلوك الخاطئ للطبيب، نقص بعض الأدوية اللازمة للمجني عليها، وعدم العثور في الوقت المناسب على دم من فصيلة دمها، أو إعطاء المريضة حقنة معينة كالبنسلين، فماتت بسبب حساسية خاصة بجسمها كامنة فيها، أو أن ينقطع التيار الكهربائي عن غرفة العمليات أثناء إجراء العملية الجراحية. أو أن تتحرك المرأة الحامل أثناء عملية توليدها، تحركا مفاجئا كرد فعل لآلام الوضع، فتسقط من فوق منضدة التولي، مما يترتب عليه إصابتها بكسر في ساقها مثلا، فهذه الأمور تبدو مألوفة في مجال العمل الطبي، ومن الممكن تفاديها ولذلك فإنها لا تنفي علاقة السببية بين إهمال الطبيب، أو إخلاله بما تفرضه عليه واجبات الحيطنة في العناية بالمريض، والإشراف عليه، وبين النتيجة التي حدثت.

ومن الأمور الشاذة التي لا يؤلف وقوعها عادة، ولكنها مع ذلك قد تقترن بفعل الطبيب في أحوال نادرة، كأن يقرر الطبيب إخراج المريضة من غرفة العناية المركزة، رغم أن حالتها الصحية تستدعي بقاءها فيها، لعدم توافر العلاج المناسب خارجها، ثم يشب حريق بالمستشفى فتموت المريضة متأثرة بالحروق التي أصابتها من الحريق، فهذا الأمر لشذوذ يقطع التسلسل المألوف

⁴⁴⁶ لمزيد من التفاصيل أكثر حول علاقة السببية في قانون العقوبات راجع في ذلك: رؤوف عبيد، السببية الجنائية بين الفقه والقضاء، دار الفكر

العربي، 1984. و أيضا محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، درا النهضة العربية، 1983.

⁴⁴⁷ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص149.

لفعل الطبيب، فلا يعتبر الوفاة خاتمة معتادة له، ولذلك فإن فعله لا يحمل قانونا تبعة الوفاة التي حدثت⁴⁴⁸.

ويعتبر خطأ الطبيب أو الجراح الفاضح أو الجسيم من العوامل الشاذة غير المألوفة، وهو يقطع بذاته رابطة السببية⁴⁴⁹. ويدلل على ذلك أن يطعن شخص آخر بأداة قاتلة بطبيعتها، وفي مكان لا ينتج عنه الوفاة، وفقا للسير العادي للأمر، وينقل المجني عليه إلى المستشفى، ويتقاعس الطبيب عن علاجه بعد مناظرته له، ولم يتداركه بالعلاج اللازم في الوقت المناسب مما أدى إلى وفاة المجني عليه، فالقول بأن إصابته غير قاتلة وبعد مناظرة للطبيب له، كان يتحتم على الطبيب ألا يتقاعس عن علاجه في الوقت المناسب، حتى لا يتسبب إهماله الجسيم في وفاة المجني عليه، فعدم تدخل الطبيب لعلاجه يقطع الصلة بين الجرح ووفاته المجني عليه.

ومن أمثلة العوامل التي لا تقطع علاقة السببية ما قضت به محكمة النقض، من أنه إذا كان الالتهاب الذي سبب الوفاة، قد نتج عن الإصابة التي أحدثها المتهم بالمجني عليه، فمسألة المتهم عن الوفاء واجبة، ولا يرفع مسؤوليته أن المجني عليه أو ذويه قد رفض أن تبت ساقه، وأن هذا مما يجتمل معه نجاته، إذ لا يجوز له وهو المحدث للإصابة، أن يتذرع بإحجام المجني عن تحمل بتر ساقه، وهي عملية جراحية عظيمة الخطر، فضلا عما تسببه من الآلام المبرحة، وبأنه إذا كانت الجروح التي أحدثها المتهم، بسبب عدم احتياظه أو إهماله غير مميتة في ذاتها، ولكنها مع ذلك أفضت إلى وفاة المجني عليه، بسبب اعتلال صحته، وعدم استطاعته مقاومة المرض نظرا لكبر سنه، فإن المتهم يعاقب على قتل خطأ، لا على مجرد الجرح.

هذا وقضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل أن خطأ المضرور، لا يرفع المسؤولية بل يخففها، ولا يعفي المسؤول استثناء من هذا الأصل، إلا إذا تبين من ظروف الحادث أو خطأ المضرور، إن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، وأنه بلغ من الجسامة

⁴⁴⁸ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 166.

⁴⁴⁹ مصطفى محمد عبد المحسن، المرجع السابق، ص 106.

درجة، بحيث يستغرق خطأ المسؤول، مثال ذلك انتحار مريض، أو تعاطي المريض لأشياء حرمها عليه الطبيب بصفة صريحة وقطعية، وبين له نتائجها، أو يثبت أن فشل العلاج يكون راجعا إلى خطأ المريض وحده.

والقول بانتفاء رابطة السببية بين نشاط الجاني والنتيجة النهائية، إذا قام الطبيب المعالج بإجراء جراحة، غير التي تتطلبها حالة الجني عليها، فتتوفى أو يحدث لها عاهة مستديمة، إثر هذه الجراحة دون ثمة بحث لمسؤولية الطبيب الجراح عن هذه الجراحة الأخرى، ومثال ذلك أن يجري الجراح عملية استكشاف تمزق للغشاء البريتوني للمجني عليها، إثر إصابتها في حادث، فيجد الزائدة الدودية في حاجة إلى استئصال، ولما يجري استئصالها تموت الجني عليها، نتيجة هذه الجراحة الأخيرة، وليس من الإصابة التي أحدثتها⁴⁵⁰.

ومن أمثلة العوامل الشاذة التي تقطع علاقة السببية ما قضي به من أنه إذا كان الجني عليه قد تعمد جعل مركز المتهم سيئا، فأهمل قصدا أو كان قد وقع منه خطأ جسيم جعل نتيجة تلك الفعل سيئة، فعندئذ لا تصح مساءلة المتهم عما وصلت إليه حالة الجني عليه بسبب ذلك، وأن الجني عليه مطالب بتحمل المداواة المعتادة المألوفة، فإذا رفضها لا يسأل المتهم عما يترتب على ذلك، لأن رفضه لا يكون له ما يسوغه، وأنه متى وجدت القوة القاهرة وتوافرت شروطها في القانون كانت النتيجة محمولة عليها، وانقطعت علاقة السببية بينها وبين الخطأ وامتنعت المسؤولية عن أخطأ إلا إذا كان خطؤه بذاته جريمة⁴⁵¹. وأنه متى كانت الوفاة قد حصلت نتيجة هبوط القلب المفاجئ، وعقب إعطاء حقنة بنسلين بسبب حساسية الجني عليه، وهي حساسية خاصة بجسم الجني عليها كامنة فيه، وليس هناك أية مظاهر خارجية تنم عليها، ولم يتحوط لها الطب حتى اليوم ولا سلطان له عليها، فإن المتهم لا يتحمل المسؤولية عن وفاة الجني عليها.

⁴⁵⁰ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 151.

⁴⁵¹ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 168.

هذا وقد قررت محكمة النقض البلجيكية رفضها الصريح، لإعمال فكرة فوات الفرصة لما تعكسه من شك في رابطة السببية ذاتها، وفي قضية تتعلق وقائعها بوفاة سيدة عقب وضع وليدها، ونسب إلى الطبيب المعالج خطأه، في عدم تطبيق علاج مناسب وملائم لحالة المرض التي كانت تعاني منها الجني عليها، وانتهى الخبراء في تقريرهم إلى أنه "إذا أُجري العلاج الملائم فإن فرصة البقاء على قيد الحياة تقدر بحوالي 9 بالمئة، وبذلك قد سار القضاء البلجيكي على نفس درب القضاء الفرنسي.

إن إثبات السببية مسألة متروكة لمحكمة الموضوع، فالسببية عنصر في الركن المادي للجريمة. ولما كانت محكمة الموضوع ملزمة ببيان الواقعة في حكمها، فعليها أن تضمن هذا الحكم توافر علاقة السببية بين نشاط الجاني والنتيجة التي يسأل عنها، والسببية في قانون العقوبات مسألة موضوعية فنية بحثة لقاضي الموضوع تقديرها، وهي ليست مسألة علمية مادية، بل هي ذهنية ونفسية في آن واحد، ومتى فصل في شأنها إثباتاً أو نفيًا، فلا رقابة لمحكمة النقص عليه، مادام قد أقام قضاؤه في ذلك على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه⁴⁵².

ولما كانت تلك أهمية علاقة السببية لما تؤدي إليه من تحديد نطاق مساءلة الجاني، فإن حكم الإدانة يجب أن يعنى بيان توافرها، بمعنى أن يقيم الدليل على أن الوفاة أو الجرح قد نشأ من السلوك الخاطئ للطبيب، فإن كان الحكم الذي أدان المتهم على اعتباره أنه السبب في حدوث الوفاة أو الجرح بالجني عليه قد خلا من بيان رابطة السببية بين الوفاة أو الجرح، وبين السلوك الخاطئ الذي قال أن الطبيب المتهم أوقعه بالجني عليه، استناداً إلى دليل في، فإنه يكون حكماً قاصراً متعينا نقضه⁴⁵³.

وإذا لم يهتد القاضي إلى تكوين عقيدته واقتناعه بأن الخطأ، الذي ارتكبه الطبيب هو السبب في حدوث الضرر، فالشك هنا يفسر لمصلحة المتهم، وقرينة البراءة هي الأصل الذي ينحدر

⁴⁵² منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 140.

⁴⁵³ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 170.

مبدأ الشك لمصلحة المتهم، وإذا كان حكم البراءة لانعدام رابطة السببية بين خطأ المتهم والحادث الذي وقع، فيجب أن يبين في الحكم كيف يمكن تصور وقوع الحادث بدون الخطأ الذي ارتكبه المتهم⁴⁵⁴.

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد وعمليات الإخصاب المساعد.

إن المسؤولية الجنائية للأطباء كأصل عام، تقع نتيجة الإخلال بالالتزامات المفروضة عليهم قانوناً، كالتزام ببذل العناية اللازمة والحیطة والحذر، والالتزام بالأصول العلمية والطبية السليمة، وكل هذا خدمة لصحة المريض ورعاية له. وتطبيق ذلك على طب النساء والتوليد بالنسبة لعملية الولادة، هو الاعتناء بالمرأة الحامل ومساعدتها على إنجابها، والعناية بها وبعدها بعد الانتهاء من الولادة. إن الممارسة العملية أثبتت أن أكثرية الأخطاء المنسوبة لطبيب النساء والتوليد، والتي تعرضه للمساءلة القانونية لا تكون في مرحلة التشخيص، بل تعدد هذه الأخطاء في العمليات الجراحية، كعمليات الكحت والإجهاض، وهذه الأخيرة قد يترتب عليها نزيف داخلي أو حصول تمزق بالرحم.

هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن سعي العلم الدائم لإيجاد علاج لكثير من حالات العقم وتأخر الإنجاب، نتج عنه ما يسمى بعمليات الإخصاب المساعد، من خلال أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي، وهذه العمليات أيضاً قد تنتج عنها أخطاء طبية، وقد عرض الكثير منها على القضاء.

وقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد العادية.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية في عمليات الإخصاب المساعد.

⁴⁵⁴ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 153.

المطلب الأول: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد العادية.

إن طب التوليد يهتم بكل المسائل المتعلقة بالأم الحامل والجنين، لذلك فإن الطبيب المختص هنا يساءل قانونا أكثر من أي طبيب آخر، وهذا ما يفرض عليه قدرا كبيرا من الحيطة والحذر، وإتباع الأصول العلمية والقواعد المقررة في طب التوليد، ومسايرة المستجدات في هذا المجال.

ومما تجب الإشارة إليه أن طبيب النساء والتوليد، مطالب بالإشراف على علمية الولادة وإخراج الجنين، أي في مرحلة ما قبل الولادة وأثناءها، إضافة إلى مرحلة النفاس والعناية بالمولود، وأثناء قيامه بهذه المهام قد يرتكب خطأ بسيطا أو جسيما، مهنيا أو ماديا. فأين تتجلى مسؤولية طبيب النساء والتوليد في مراحل الولادة الطبيعية؟؟.

الفرع الأول: المسؤولية الجزائية في مرحلتي الحمل وما قبله.

إن خطأ الطبيب في هذه المرحلة له عدة صور، تتمثل في خطئه في تشخيص الحالة المرضية للحامل، وما إذا كانت حاملا أم لا، أو الخطأ في وصف العلاج المناسب، أو قد ينتهي بإجهاض الجنين، أو التعقيم.

البند الأول: خطأ الطبيب في التشخيص.

يبدأ الطبيب تدخله لمباشرة مهنته بتشخيص المرض، أي البحث والتحقق من الداء الذي يعاني منه المريض، بعد الوقوف على أعراضه، وليس هناك شك في أن هذه المرحلة من مراحل التوليد، على جانب كبير من الدقة والأهمية، حيث يترتب عليها حكم الطبيب في اختيار العلاج المناسب⁴⁵⁵، وتحديد ما إذا كانت المرأة حاملا أم لا، وما يترتب على ذلك من آثار للأسرة.

هذا وتكمن أهمية مرحلة التشخيص لكون الغلط في تشخيص المرض، تكون نتيجته الطبيعية هي وصف علاج غير مطابق لطبيعة المرض، مما قد يؤدي لتفاقم المرض، ويفوت على

⁴⁵⁵ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 173.

المریضة فرصة تجنب المضاعفات، والتي قد تؤدي بجياتها. لذلك يبنى تشخيص الحالة على أشياء عديدة منها:

- الأعراض التي تشكو منها المريضة، والتاريخ المرضي للمريضة وعائلتها.
- المظاهر الواضحة من خلال فحص الطبيب للمريضة بالعين المجردة، واستخدام اليدين والسماعة الطبية، وجهاز قياس ضغط الدم⁴⁵⁶.
- التحاليل والفحوص الطبية والمعملية بكافة أنواعها (حسب تقييم الطبيب)، التي تؤكد أو تنفي شك الطبيب في مرض محدد.
- استعانة الطبيب بأي اختصاصي من التخصصات الطبية الأخرى، يحتاج إلى سؤاله إذا كانت الحالة تستدعي رأي تخصص طبي آخر.
- استخدام الأشعة إذا كانت هناك ضرورة لذلك.
- استشارة زميل من نفس التخصص أكبر درجة علمية، وأكثر خبرة منه إذا كان لم يستطع التوصل للتشخيص، بالرغم من إتباعه كل الوسائل السابقة.
- بعد كل ذلك يستطيع الطبيب التوصل لتشخيص سليم، عما تعانیه المريضة الحامل.
- هذا وقد استقر الفقه والقضاء ورجال الطب، على أنه يجب على الطبيب في مرحلة التشخيص الاستماع لشكوى المريضة بدقة وعناية، وأن يحصل منها أو من أهلها على كافة المعلومات، التي يحتاج إليها، لمعرفة حقيقة المرض وظروفه، وأن يشرع في فحص المريضة فحصاً دقيقاً، متلمساً مواضع الألم، متحسساً مواضع المرض، مستعملاً في ذلك جميع الوسائل والأساليب التي يضعها العلم تحت تصرفه، ليكون رأيه بعيداً عن الغلط قدر الإمكان، فإذا راعى طبيب التوليد أصول مهنته، وبذل العناية الواجبة في فحص المريضة الحامل، وشخص مرضها فلا تثريب عليه، و

⁴⁵⁶ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص116.

إن لم يفعل فإن كل خطأ سببه الرعونة أو عدم التبصر أو الجهل بأصول الطب العلمية، التي تعين على كل طبيب توليد أن يعرفها ويلم بها، يرتب مسؤوليته مادام أنه لم يصدر من طبيب يقظ، يمر بنفس الظروف التي يمر بها الطبيب المتهم⁴⁵⁷.

ولالإشارة فإن القضاء الفرنسي فرق بين لفظ الغلط في التشخيص، ولفظ الخطأ في التشخيص، فقرر مسؤولية الطبيب في الأول في حالات الإهمال أو الجهل بالأصول الطبية، وإنما قررها بالنسبة للثاني وفقا للقواعد العامة في المسؤولية غير العمدية، أما القضاء المصري فلم يفرق بين لفظي الغلط والخطأ، وإن كان الشائع استخدامه للفظ الخطأ⁴⁵⁸، وهذا أيضا الشائع في القضاء الجزائري.

إن الغلط في التشخيص وإن كان -بحسب الأصل- لا يشكل بالضرورة خطأ طبيًا، إلا أن مصل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب، إذا تم عن جهل فاحش بالمسلمات الطبية أو عن إهمال في الفحص الطبي، كأن يتم بطريقة سريعة وسطحية أو غير كاملة، فالمحاكم وإن كانت تضع في اعتبارها عنصر الاحتمال، الذي يتضمنه تشخيص المرض، فتقضي بأن الغلط فيه لا يعد خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب، إلا أن الأمر يختلف إذا كان هذا الغلط غير مغتفر، كما إذا كانت علامات و أعراض المرض من الظهور، بحيث لا تفوت على طبيب مثل الذي قام بالتشخيص.

كما قضي بأنه يتعين على طبيب التوليد، أن يحصل من المرأة الحامل على المعلومات الكافية والضرورية عن حالتها، والتي تساعد في تشخيص المرض، وهو يستعمل في ذلك كل الوسائل الخاصة بالفحص التي تقضي بها الأصول العلمية للطب، والتي يضعها العلم تحت تصرفه، حتى يصل إلى معرفة حقيقة الحالة المرضية المعروضة عليه، ولذلك يسأل الطبيب إذا كان خطئه في التشخيص راجعا إلى عدم استعمال الوسائل الطبية الحديثة المتفق على استخدامها في مثل هذه الحالة المعروضة عليه، كالسماعة الطبية والفحص الميكروسكوبي والأشعة. فالإهمال في استخدام هذه الوسائل

⁴⁵⁷ الأبراشي حسن زكي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، 1951، ص 257.

⁴⁵⁸ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 160.

الطبية، التي يفرضها الفن الطبي، يشكل خطأ يسأل عنه الطبيب، ومن ثمة فإن الجراح الذي يشخص أعراض حامل أنها مصابة بورم ليفي، ويجري لها عملية نشأت عنها وفاتها، ينسب إليه الخطأ لإهماله في الاستعلام عن حالتها من الطبيب المعالج، وإهماله في إجراء الأشعة للتأكد من وجود الحمل⁴⁵⁹. وبطبيعة الحال يعفى الطبيب من المساءلة في هذه الحالة، إذا كانت حالة المريضة لا تسمح باستعمال الوسيلة الطبية المتعين استخدامها، أو كانت الظروف الموجودة بها المريضة، لا تؤهل لذلك كوجودها في منطقة نائية.

هذا ويسأل الطبيب كذلك إذا كان خطئه في التشخيص، راجعا إلى استخدامه لوسائل مهجورة، وطرقا لم يعد معترفا بها علميا في هذا المجال. ولذلك فقد قضي بمسؤولية الطبيب جنائيا ومدنيا، بسبب استعماله طرقا طبية قديمة ومهجورة، في الكشف على سيدة حامل، لاسيما وأن من شأن هذه الطرق الإضرار بالجنين.

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير خطأ الطبيب في التشخيص، ينظر فيه إلى مستواه المهني من جهة، وتخصصه من جهة أخرى، فمن البديهي أن خطأ الطبيب الأخصائي يعتبر أدق من خطأ الطبيب العام، ولا يسأل الطبيب الأخصائي عن خطأ في معرفة وتشخيص مرض، لا يدخل في دائرة اختصاصه، وإن كان هذا لا يعفيه من الالتجاء إلى أخصائي في المذكور، لكي يسترشد برأيه كخطوة أولى، حتى يتمكن من القيام بتشخيص الحالة، التي تدخل في دائرة اختصاصه.

كذلك مما يجب الإشارة إليه أن القاعد أن الطبيب لا يلتزم باستشارة طبيب آخر أكثر منه خبرة، أو تخصصا في المسائل الأولية اللازمة، حتى يتبين له طبيعة الحالة المرضية المعروضة عليه، إلا أن هناك حالات يلتزم فيها الطبيب بإجراء مثل هذا التشاور الطبي، وبصفة خاصة إذا طلبت المريضة أو ذويها مثل هذا التشاور، أو إذا وجد نفسه بإزاء حالة لا يسعفه، علمه للقطع برأي في تشخيصها، فإن لم يفعل حقت عليه المسؤولية.

⁴⁵⁹ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 177-178.

وتطبيقا لذلك فقد قضي بأن الطبيب، الذي لا يستطيع أن يقطع برأى في تشخيصه للمرض يكون واجبا عليه أن يستدعي طبيبا أكثر تخصصا منه، للتشاور معه في وضع التشخيص، وإن رفض الطبيب استدعاء أخصائي في فن الولادة، والاكتفاء باستدعاء مساعد عام لمساعدته في عملية الولادة، يشكل خطأ معاقبا عليه⁴⁶⁰.

البند الثاني: الخطأ في العلاج.

بعد الانتهاء من تشخيص المرض، والتوصل لطبيعته ودرجة تقدمه يبدأ الطبيب قي وصف الدواء، ويحدد طريقة العلاج الملائمة للمريضة، ولا يلتزم الطبيب بنتيجة معينة كشفاء المريضة. ولكن كل ما عليه هو بذل العناية الواجبة في اختيار الدواء الملائم للمريضة، أو الإجراء الجراحي المناسب المبني على أسس علمية، معترف بها للتوصل إلى الشفاء، أو تحسين حالتها ما أمكن⁴⁶¹.

ومن المستقر عليه بين الفقه والقضاء هو حرية الطبيب في وصف العلاج، واختياره على أساس أنه غير ملزم بأن يطبق العلم، كما يطبقه غيره من الأطباء، وأن من حقه أن يترك له قدرا من الاستقلال في التقدير، وممارسته لمهنته طبقا لما يملكه عليه ضميره وفنه ومصصلحة المريض⁴⁶²، وما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب أو التوليد، وكذلك اللوائح المنظمة لاستخدام المواد السامة والمخدرة، فليس للقضاء أن يفصل فيما إذا كانت طريقة العلاج، وفيما إذا كان قد ترتب عليها نتائج مفيدة أو ضارة، أو فيما إذا كانت هناك طريقة أخرى أفضل منها، أو يناقش ما إذا كان الأفضل استعمال آلات خلاف التي استعملت في علاج المريضة، فهذه كلها وسائل علمية قد يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها، فلا يصح أن تكون محل مناقشة في تقرير المسؤولية جنائيا أو مدنيا. وقد أكد المشرع الفرنسي على أن الطبيب حر، في وصف العلاج الذي يتناسب مع حالة

⁴⁶⁰ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 179.

⁴⁶¹ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 119.

⁴⁶² أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 257.

المريضة، ويجب على الطبيب أن يمتنع عن الفحص والعلاج، الذي يترتب عليه مخاطر لا مبرر لها⁴⁶³.

كما أنه يتعين على طبيب التوليد، أن يلتزم بمراعاة الحد اللازم من الحيطة والحذر، في وصف العلاج. فيجب ألا يصف العلاج بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض وبنيته وسنه ودرجة احتمالته ومقاومته للمواد الكيميائية التي يحتويها الدواء الموصوف، وألا يعرض مريضته لخطر لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن تنجم عنه وخاصة بالنسبة للحوامل، ولا يعفيه من المسؤولية عن ذلك أن تطلب المريضة منه علاجاً يعرضها لمثل هذا الخطر، ما دام أنه لا مصلحة للمريضة فيها، فمن واجب الطبيب أن يوازن دائماً بين أخطار المرض وأخطار العلاج، فيجب إذن أن يكون العلاج مناسباً لحالة المريضة ومطابقاً للأصول العلمية، وأن تكون الأخطار المتوقعة من العلاج متناسبة مع مخاطر المرض.

كذلك يجب على الطبيب استشارة أخصائيين، إذا وجد نفسه إزاء حالة فوق مستوى علمه. وإذا اشترك في استشارة يجب عليه أن يتبع رأي الأخصائيين الذين شاركوه، وإذا لم يوافق على رأي الأخصائيين أو الاستشاريين فله أن ينسحب عن علاج المريضة، أما إذا وافق واستكمل العلاج، فهو مسؤول عن نتيجة العلاج، وليس له أن يتعلل بأنه لم يكن موفقاً على العلاج بهذه الطريقة. كما يجب على الطبيب سرعة إرسال المريضة إلى المستشفى، إذا كانت حالتها لا تسمح بالعلاج في منزله أو في عيادة الطبيب.

كذلك يسأل الطبيب عن الخطأ في العلاج، إذا كان ذلك يدل على إهمال أو جهل بالمبادئ الأولية والقواعد الأساسية للطب، ويقع الجهل عادة من إعطاء المريضة دواء لا يجب أن تتناوله لوجود موانع صحية أخرى لهذا الدواء، أو إعطاء جرعة أكبر أو أقل من اللازم، أو التداخل الجراحي لمريضة لا تتحمل التخدير. كذلك على الطبيب أن يوازن بين أخطار المرض وأخطار

⁴⁶³ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص166.

العلاج، فإذا كان المرض لا يهدد سلامة المريضة، فإنه لا يكون هناك داع لتعرض المريضة لعلاج من شأنه أن يؤذيها، أو يؤخر حالتها الصحية.

كما أنه لا بد أن يحدد الطبيب في الوصفة الطبية، نوع المرض الذي تعاني منه المريضة، وطريقة تناول الدواء وعدد مرات تناول اليومي والجرعات ومدة تناول الدواء، لأن أي إخلال قانوني بمواصفات الوصفة الطبية قد يؤدي لمساءلة الطبيب⁴⁶⁴.

حينما يصف الطبيب علاجاً للحامل، ويحدد لها طريقة تناوله لا يلتزم بضرورة شفاء المريضة، ولكن كل المطلوب منه، هو بذل العناية في اختيار العلاج المناسب لحالة المريضة. وعدم مسؤولية الطبيب عن شفاء المريضة ترجع لاختلاف قابلية أجساد المرضى، لاستيعاب الدواء لاختلاف مناعة أجسام وحالتهم الوراثية.

في الحالات الخطيرة تتسع نطاق الواجبات الملقاة على الطبيب، وتتخطى حاجز وصف الدواء، وتحديد طريقة تناوله، لتصل إلى وضع أسلوب للإشراف والرقابة في تنفيذ العلاج، فإذا أغفل الطبيب المتابعة الدائمة لهذه المريضة ذات الحالة الخطيرة يعد مخطئاً، ويسأل عما يترتب من مضاعفات للمريضة نتيجة التقصير في متابعة حالتها. أي أن الطبيب يسأل عن الخطأ الذي يقع من الممرض إذا كان العلاج مما يحتاج إلى توجيه، ورقابة من الطبيب إلا أنه أهمل في توجيهه ورقابته ووقع الخطأ نتيجة هذا الإهمال، وخاصة عندما يكون العمل الذي يقوم به الممرض على جانب من الخطورة يقتضي من الطبيب أن يتأكد بنفسه من سلامة أدائه. فقد قضت محكمة النقض المصرية بعقاب جراح النساء والتوليد بعقوبة القتل خطأً، لأنه أجرى عملية كحت لمريضة ووافق على نقلها إلى منزلها فور الانتهاء من العملية، ولم يتركها تحت الملاحظة وامتنع عن زيارتها عندما طلب منه ذلك.

⁴⁶⁴ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص160.

كذلك في الحالات الخطيرة أيضا لا بد أن يكون الطبيب مدركا لخطورة عنصر الوقت في التعامل مع حالة المريضة، فالطبيب الذي يترك المريضة في استقبال المستشفى، ولا يأمر بنقلها إلى القسم المختص بعلاجها، يسأل عن أي تدهور في حالة المريضة لمخالفته للقواعد الطبية. وكذلك يسأل الطبيب عن نقل المريضة وهي غير مستقرة من مستشفى إلى مستشفى آخر إذا تدهورت حالتها⁴⁶⁵.

البند الثالث: جريمة الإجهاض (إسقاط الجنين قبل موعد ولادته الطبيعي).

لقد كفلت الشريعة الإسلامية الحماية للنفس البشرية بعدم الاعتداء عليها بغير حق، في أي مرحلة كانت من مراحل تكوينها، سواء قبل الولادة أو بعدها. ومن جهة أخرى يحمي القانون الوضعي حق الجنين في الحياة، من خلال تجريم الاعتداء على حياته بجريمة تسمى "جريمة الإجهاض". إن كلمة إجهاض مصطلح مشتق من فعل أجهض يجهض إجهاضا، ويقال أجهضت الناقة والمرأة ولدها "إجهاضا": أسقطته ناقص الخلق، فهي جهيض ومجهضة⁴⁶⁶.

وقد جاء في "القاموس المحيط" وفي "ترتيب القاموس المحيط" أجهضت الناقة: ألفت ولدها وقد نبت وبره، فهي مجهض، جمع مجاهيض⁴⁶⁷.

ويعرفه الطب الشرعي بأنه: "طرد محتويات الرحم الحامل قبل اكتمال نمو الجنين. ويعتبر الجنين كامل النمو بعد نهاية الأسبوع 37، معتبرين بداية العد من أول يوم في آخر حيضة

⁴⁶⁵ هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 165.

⁴⁶⁶ العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: د. عبد العظيم الشناوي، د.م، القاهرة، مصر، 1977، ص 113.

⁴⁶⁷ إمام أهل اللغة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتب البحوث والدراسات، درا الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005، ص 574. و الطاهر أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ج1، يطلب من د.ك.ع، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1979، ص 548.

طبيعية⁴⁶⁸. وعرفه البعض بأنه: "خروج محتويات الرحم قبل اثنين وعشرين أسبوعاً من آخر حيضة حاضتها، أو عشرين أسبوعاً من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي"⁴⁶⁹.

كما لا يخرج استعمال الفقهاء لكلمة إجهاض عن المعنى اللغوي، وكثيراً ما يعبرون عن الإجهاض بمفرداته كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص⁴⁷⁰.

أما في الشريعة الإسلامية فقد تباينت أقوال العلماء والفقهاء في حكم الإجهاض، نظراً لأنه لم يرد نص شرعي مباشر في دلالة من قرآن ولا سنة، وإنما جاء في القرآن ذكر القتل عموماً، والتشريع على من قتل نفساً محرمة بغير حق، والنهي الشديد عن قتل الأولاد على الخصوص. أما في السنة النبوية الشريفة فقد وردت أحاديث ذات صلة بالإجهاض، ولكنها لا تحمل تصريحاً بحكمه الشرعي. وقد اختلف الفقهاء على وجه الخصوص في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بين الإباحة والتحریم والكرهية⁴⁷¹. أما بعد نفخ الروح فقد أجمع الفقهاء على حرمة الإجهاض إلا لضرورة إنقاذ حياة الأم.

إن الإجهاض الجنائي جريمة تتكون بأي وسيلة كانت بغية الحصول أو محاولة الحصول بتبصر على قطع حمل حقيقي أو مفترض خارج حالات قطع الحمل الإرادي. أما الإجهاض القانوني فهو عمل علاجي يميزه القانون، عندما تقتضي حماية حياة الأم قطع الحمل ضرورياً. أما التحريض على الإجهاض فهو جريمة متميزة يعاقب عليها⁴⁷²، حتى ولو لم يكن التحريض بإحدى

⁴⁶⁸ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص47.

⁴⁶⁹ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ص431.

⁴⁷⁰ هناك من يقول بأنه يجب التمييز بين مفهومين يخطئ الكثير في التمييز بينهما، وهما الإسقاط والإجهاض: فالإسقاط هو خروج الجنين من الرحم لأسباب متعددة رغم كل محاولات البقاء بداخله، أما الإجهاض فهو خروج مقصود للجنين من رحم الأم، يتم بتدخل خارجي من الأم، أو من أية جهة أخرى بقصد التخلص من الحمل. مقال للدكتور: أنور عبيدين على موقع:

www.anwar45.maktoobblog.com يوم: 23-12-2009.

⁴⁷¹ انظر، الملحق رقم 3.

⁴⁷² راجع المادتين 41 و310 من قانون العقوبات الجزائري.

الوسائل المنصوص عليها في القانون - قد أنتج مفعولا⁴⁷³. وقد عرفه الفقه الانجليزي بأنه: "تدمير متعمد للجنين في الرحم أو ولادة سابقة لأوانها بقصد قتل الجنين"⁴⁷⁴.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الجنائية للطبيب في الإجهاض فقد نصت عليها المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري: "الأطباء أو القابلات أو جراحوا الأسنان أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان، وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضروا العقاقير وصانعو الأربطة الطبية، وتجار الأدوات الجراحية، والممرضون والمرضات والمدلكون والمدلكات، الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه، أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال".

فالمتهم هنا شخص غير الحامل، ولكنه إضافة إلى ذلك شخص ذو صفة، أي صاحب اختصاص كالطبيب أو القابلة أو الصيدلي، أي أحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة 306 السالفة الذكر، وهذا ما يعد ظرفا مشددا في الجريمة.

ويقصر نطاق هذا الظرف على جريمة إجهاض الغير للحامل، فلا تطبيق له على جريمة إجهاض الحامل لنفسها، أي أنه إذا كانت الحامل طبيبة أو قابلة فأجهضت نفسها، وقعت عليها العقوبة التي تنص عليها المادة 309 من قانون العقوبات، لأن الطبيبة أو من في حكمها من ذوي الصفة الخاصة إذا أجهضت نفسها، لم يبعثها إلى الإجهاض الدافع إلى الثراء، ولا يعتبر فعلها مظهرا للاحتراف.

والمرجع في تحديد صفة الجاني كطبيب أو جراح أو قابلة، هو إلى القوانين واللوائح التي تحدد اكتساب هذه الصفة و فقدها. وتوافر هذه الصفة كاف بذاته لتشديد العقوبة، فلا يتطلب القانون عناصر أخرى، فيتحقق الظرف المشدد ولو أجرى المتهم الإجهاض دون أجر، أو كان

⁴⁷³ جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998، ص67.

⁴⁷⁴ أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د.ف.ج، الإسكندرية، مصر، 2005، ص296.

موقوفا عن ممارسة مهنته أو حرفته. ولكن إذا حرم نهائيا من ممارستها فقد زالت عنه الصفة، ولم يعد محلا للظرف المشدد. فصفة الطبيب ومن في حكمه ظرف يغير من وصف الجريمة⁴⁷⁵.

البند الرابع: التعقيم.

التعقيم الجراحي لغة مصدره عقم، والعقم هزيمة في الرحم لا تقبل الولد، ورجل عقيم وعقام: لا يولد له، وعقمت المرأة إذا لم تحمل فهي عقيم⁴⁷⁶.

يقصد بالتعقيم الإجراء الجراحي الهادف إلى جعل الخاضع له، رجلا كان أم امرأة، غير قادر على الإنجاب⁴⁷⁷. والتعقيم هو التأثير على الجهاز التناسلي فيفقد صلاحية الإنجاب مؤقتا أو مؤبدا، وبذلك كل منع حمل جراحي هو تعقيم، وليس كل تعقيم هو منع حمل⁴⁷⁸.

والتعقيم على هذا النحو نوعان:

أ-الأول: تعقيم علاجي، وهو ما تفرضه ضرورة صحية للشخص الذي يخضع له، ويهدف إلى تفادي المخاطر التي تهدد صحته أو حياته، فيما لو لم يتم هذا الإجراء الجراحي، ومن ذلك مثلا تعقيم امرأة يمثل الحمل خطرا على حياتها، ولا تجدي معها الوسائل التقليدية لمنع الحمل⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي

الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص264.

⁴⁷⁶ إمام أهل اللغة مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص1027.

⁴⁷⁷ منير رياض حنا، المرجع السابق، ص646.

⁴⁷⁸ سعد بن عبد الله السير، منع الحمل الجراحي "التعقيم" دراسة مقارنة، بحث مقدم للمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود

الإسلامية، سنة 1431هـ، ص5.

⁴⁷⁹ تعرف وسائل منع الحمل أيضا بوسائل تنظيم الأسرة وهي:

-الحبوب المانعة للحمل: وهي من أكثر الوسائل انتشارا في العالم بدأ استعمالها في الو.م.أ في مطلع الستينات ثم انتشرت.

-الحقن المانعة للحمل: مثل حقن البروفيرا-حقن السايكولوفيم.

-اللولب الرحمية المانعة للحمل: هو جهاز يوضع داخل الرحم بغية منع الحمل لفترة مؤقتة.

-العوازل والامتناع الدوري: وهناك عوازل ذكرية وهناك عوازل نسائية (الحاجز المهبلية وغطاء العنق) وهناك الموانع الكيميائية المهبلية.

راجع في ذلك: القواسمة أحلام، المرجع السابق، ص293-314.

ب-الثاني: تعقيم تنظيمي، ويقصد به منع الحمل أي تعطيل القدرة الإنجابية للرجل أو المرأة بصفة نهائية، ويتم هذا التعقيم بالطريق الجراحي.

هذا ويتم تعقيم المرأة عن طريق قطع الطريق الموصل بين الحيوان المنوي والبويضة-قناة فالوب- مع الاحتفاظ بالدورة الشهرية وانتظامها، إذ أن البويضة التي يكون حجمها بحجم نقطة القلم لازالت تنزل من المبايض في موعدها المحدد كل شهر، لذلك لن تشعر المرأة بأي تغيير⁴⁸⁰.

أما تعقيم الرجل فهو يتخذ شكل الإخصاء، بغرض القضاء على الشهوة الجنسية الجامحة التي تمثل بالنسبة له خطرا يهدد صحته الجسدية والنفسية، أو وضعه داخل المجتمع⁴⁸¹. كذلك يقصد به التداخل الجراحي لتعطيل القدرة الإنجابية للرجل بصفة مؤقتة. ففي جامعة شيكاغو على وجه الخصوص أجريت البحوث على التعقيم الجراحي للرجل، وذلك عن طريق إدخال سدة مؤقتة في الحبلين المنويين، تزال بمجرد الرغبة في الإنجاب الأمر الذي شجع كثيرا من الرجال على إجراء هذا التعقيم الجراحي. ولا تؤثر هذه الطريقة على القدرة الجنسية عند الرجال على الإطلاق⁴⁸².

أما عن مدى مشروعية التعقيم، فقد اختلف الحكم فيه باختلاف نوعه وسببه على النحو التالي:

-بالنسبة للتعقيم العلاجي والذي يتم للحفاظ على حياة المرأة التي لا يمكنها الحمل دون تعريض صحتها للخطر، ويقتصر هذا النوع على النساء، ويعتبر اللجوء إليه مشروعا دون الحاجة

⁴⁸⁰ حنوح حسان، منع الحمل الجراحي، نظرة إسلامية، ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، 1983، ص183.

⁴⁸¹ لقد عرف العرب في الجاهلية نظام "الأغوات" حيث تستأصل الخصيتان من الذكر، فيعوق ذلك عملية الإخصاب، ليضمن المحاربون نقاء ذريتهم وعدم خلط أنسابهم. وعرف الأغوات في العصر العثماني وعصر المماليك، ولعب نظام الأغوات دورا كبيرا في الحكم والانقلابات كما يحدثنا تاريخ العصور الوسطى، ولا يزال هذا النوع من الخنثوية منتشرا في بعض منطقتنا العربية. عن الجنس الثالث، د. سينوت حليم دوس، كتاب اليوم الطبي، العدد 76، بتاريخ 15 يوليو 1988، ص32-33، مشار إليه في: منير رياض حنا، المرجع السابق، ص646.

⁴⁸² علي الدين حمزة، مجلة طبيبك الخاص، العدد 76، السنة السابعة، أبريل 1975، ص67 مشار إليه في: منير رياض حنا، المرجع السابق،

ص647.

لنص قانوني يبيحه، باعتباره احد تطبيقات استعمال الحق -ممارسة العمل الطبي- وذلك لكونه وسيلة علاجية للمرأة التي لا يمكنها الحمل، بشرط أن تكون الوسيلة الوحيدة أمام طبيب النساء والتوليد لوقاية الأم من خطر الحمل، ويتطلب ذلك من الطبيب أمرين: الأول أن يتأكد من أن الحمل من شأنه تعريض حياة المرأة للخطر، ولا يوجد وسيلة علاجية أخرى لتفادي تعريض حياتها للخطر، أما الأمر الثاني فهو أن يتأكد الطبيب من فشل وسائل الحمل المؤقتة، وهو ما عبر عنه أحد الفقهاء الإسلاميين بقوله: "فينبغي ألا يصرار إليها إلا في أضيق الحدود وبالضرورة الشرعية" وقد أوضح المقصود بالضرورة الشرعية بقوله: "ألا يوجد بديل أبدا عن هذا التعقيم لإنقاذ حياة الأم"⁴⁸³.

كذلك مما يجب الإشارة إليه أنه يشترط قبل إجراء جراحة التعقيم موافقة المريضة على تعقيمها، بشرط أن يصدر ذلك الرضا عن إرادة حرة واعية، بعد أن يبصرها الطبيب بمخاطر التعقيم، وكذلك بأضرار عدم التعقيم خاصة إذا حدث الحمل.

وبناء على سبق يعد التعقيم غير مشروع، إذا تم دون استفاء الشروط السابقة، ويسأل الطبيب الجراح الذي قام بإجراء عملية التعقيم جنائيا إما عن جريمة جرح عمد إذا اقتصر أثر التعقيم على إحداث جرح (ربط القناتين المسؤولتين عن زوال البويضة)، وإما عن جريمة إحداث عاهة مستديمة، إذا نتج عن التعقيم استئصال الرحم، وإما عن جريمة قتل عمد متى نجم عنه قتل المرأة، التي كانت تجري عملية التعقيم⁴⁸⁴. فضلا عن الجرائم الأخرى والمتعلقة بشروط ممارسة العمل الطبي بدون ترخيص، أو جريمة هتك عرض المرأة التي تخضع لعملية التعقيم.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا المجال أن غرفة الجنايات، رفضت حكما لمحكمة استئناف "شامبيري" chambrery، والذي أدان طبيبا جراحا، كان قد سمح لنفسه بتعقيم مريضته، أثناء إجراء عملية جراحية لاستئصال كيس على مبيضها، وذلك دون التأكد من

⁴⁸³ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 189.

⁴⁸⁴ الفاضل محمد، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الداوري، دمشق، سوريا، 1978، ص 77.

موافقتها. وقد اعتبرت المحكمة أن الطبيب قد تعدى عمدا على التكامل الجسدي للمريضة، عندما قام بتعقيمها عن طريق ربط قنوات فالوب، وأن تلك العملية لم تشكل ضرورة حتمية، ولم يترتب على عدم القيام بها خطورة فورية، وأن الطبيب لم يتأكد من موافقتها، ولا من تبصيرها بالمعلومات الكافية عن العملية التي سيجريها، ولم يكن لها موافقة حرة مستنيرة⁴⁸⁵.

ومن باب الإشارة فإن فضيلة الشيخ محمد الشعراوي لما سئل عن حكم الدين في التعقيم وربط الأنابيب، فأجاب بأنه حرام بالإجماع لأي سبب، حتى ولو خاف الجراح انفجار الرحم، وذلك لأن علم الطبيب غير علم الله، والمرأة ليست آلة والأطباء لا يعرفون متى سيرزقها الله العافية، والذي يجترئ عليها سيحوجه الله إليهم إلى النسل، ويزيل الله كل من معه فيحتاج للنسل مرة أخرى⁴⁸⁶.

-بالنسبة للتعقيم لغرض عقابي وهو ما يأخذ صورة التطهير العرقي، هو ما كان يطبق على نوعية معينة من المجرمين مثل معتادي الإجرام والمنحرفين جنسيا، أو على نوعية معينة من المرضى كالمصابين بالصرع أو بالتخلف العقلي وبتشوّهات بدنية وراثية⁴⁸⁷.

ومن بين التشريعات التي أبحاث التعقيم الطوعي هناك التشريع الألماني لسنة 1969 والتشريع الدانمركي والسويدي والنرويجي والفنلندي وبعض الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الولايات الكندية، ولم تتعرض التشريعات المقارنة لهذا النوع لا بالتحريم ولا بالإباحة، كما لم تقره كعقوبة لأي جريمة، لذا يخضع للقواعد العامة لقانون العقوبات والتي تجرم التعقيم باعتباره يحدث ايداؤا بدنيا بجسم المجني عليه، دون أن يكون بهدف علاجي كما رأينا سابقا.

⁴⁸⁵ Cass.crim.6 févr.2001.

⁴⁸⁶ الشيخ الشعراوي محمد متولي، الفتاوى كل ما بهم المسلم في حياته يومه وغده، إعداد: د. السيد الجميلي، المكتبة التوفيقية، ص 514.
⁴⁸⁷ هذا النوع من التعقيم مارسه النازية في ألمانيا في عهد هتلر بغرض التطهير العرقي لتجنب ولادة أبناء مجرمين أو منحرفين جنسيا أو مرضى يكونون عالة على المجتمع، وذلك بصورة جبرية وفقا للتشريع الألماني الصادر في 1933/7/4 حيث تم إحصاء 2800 إنسان جبرا عنهم، وقد ألغي القانون بعد ح.ع.2، ثم صدر عام 1969 في ألمانيا قانون الإخصاء الطوعي والطرق العلاجية الأخرى، ويبيح للمجرم المحكوم عليه في جرائم جنسية التطوع الإرادي للإخصاء وليس مجرد التعقيم.

الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية أثناء عملية الولادة.

كما رأينا سابقا فإن الولادة إما أن تكون طبيعية أو قيصرية، وهذه الأخيرة أكثر أنواع الولادة عرضة للأخطاء الطبية، سواء التي تقع من طبيب النساء والتوليد أو من قبل الطاقم الطبي المساعد له، ومن أمثلة ذلك نسيان أدوات أو أشياء داخل بطن الأم بعد الانتهاء من العملية الجراحية أو استخدام أدوات طبية جراحية غير معقمة مما يؤدي إلى تعفن والتهاب الجرح.

إن الولادة فعل طبيعي وتلقائي، ومع ذلك إذا أدى استعمال الأساليب الفنية الحديثة لمواجهة ولادة متعثرة، إلى نتائج جسيمة، تؤدي أحيانا إلى أضرار بالغة، ومنها ما قد يصل إلى أروقة القضاء، ومن جملة الأخطاء التي يمكن أن تقع، والتي يمكن نسبتها إلى طبيب النساء والتوليد هي مثلا التعجيل بعملية الولادة قبل انتهاء الفترة الزمنية المقررة للحمل، وهناك أيضا الخطأ في استعمال الجفت، أو خطأ الإهمال في تشغيله، أو الخطأ الشائع عند الجراحين و هو نسيان قطعة قماش أو مشرط أو أية آلة تستعمل في الجراحة داخل بطن المرأة الحامل.

إن التعجيل بعملية الولادة بدل انتظار حدوثها تلقائيا، يشكل خطأ مهنيا من جانب الطبيب، فالولادة المبكرة والتي يكون فيها المولود غير مكتمل النمو، يجعل هذا الأخير عرضة لعدة إصابات خاصة التزيف بالمخ، إضافة لصعوبة التنفس نظرا لعدم اكتمال نمو الرئتين، وأخيرا سهولة تعرضه للعدوى. ومن القضايا التي طرحت على القضاء في هذا السياق، هو إدانة قابلة بتهمة القتل بالإهمال، عند مشاركتها في عملية ولادة، حيث قررت اللجوء إلى الطلق الصناعي لعدم وجود طلق طبيعي، فقامت بجذب مشيمة الجنين، مما أسفر عنه قلب الرحم أدى إلى نزيف داخلي، وبعد ذلك شخصت القابلة الحالة على أنها عدم انقباض للرحم، وباشرت علاجها دون الاستعانة بطبيب النساء والتوليد، فأدى ذلك إلى وفاة الحامل⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ طه عثمان أبو بكر المغربي، المرجع السابق، ص 194.

هذا وقد وضعت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، نهاية لقضية بتأييد حكم صادر بإدانة أخصائي النساء والتوليد عن تهمة قتل بإهمال. حيث تتلخص وقائع القضية في أن طبيب يرأس مستشفى للولادة أراد أن يعجل وبأي ثمن عملية ولادة لامرأة حامل بحيث تأتي مطابقة لبداية إجازته، إذ لجأ إلى وسيلة تسمى الولادة الموجهة حيث وضع الأم تحت تأثير مخدر كلي وجعلها تلد حملها بمساعدة الجفت، وبعد إتمام عملية الولادة، قام بحقن الأم بعدد من الحقن قصد تسهيل استعادتها لوعيها، وبعد ذلك تركها تحت رعاية زوجها، دون أن يحتاط بإعطاء تعليمات خاصة للطبيب المعاون، وعندما لاحظ الزوج أن زوجته تعاني من صعوبة في التنفس، قد باستدعاء هذا الطبيب، والذي وصل بعد أن فارقت الحياة، وعند عرض المرأة على الخبراء أكدوا في تقريرهم أن الطبيب قد ضاعف من تسمم دم الأم الحامل، عندما باشر تحت تأثير مخدر ولادة ليست موجهة بل مصطنعة، وبحيث أن الغيبوبة العميقة كانت تحتتم عليه إجراء متابعة خاصة وواعية.

كما أدان القضاء أيضا عمليات الولادة المصطنعة، كما أدان اللجوء إلى الجفت⁴⁸⁹ في بعض الحالات، والذي يمكن أن يترتب عليه وفاة الوليد، أو إصابته بأضرار جسيمة أو إصابة الأم بهذه الأضرار.

وتطبيقا لكل ذلك فإن مسؤولية طبيب النساء والتوليد تبدأ من لحظة حدوث الحمل ، إذ يحظر على هذا الأخير أن يصف للمرأة الحامل العلاجات غير المناسبة، والتي من شأنها أن تلحق أضرارا بالجنين أو تؤدي إلى إسقاطه كإعطاء أدوية ذات طبيعة سمية، أو تخديرية كالفاليوم وغيرها من الأدوية التي يمنع إعطاؤها للحامل في المرحلة الأولى من الحمل، كذلك يسأل الطبيب هنا عن الاخطاء المرتكبة أثناء الفحص السريري، سواء كانت بالضغط على جدار الرحم، أو عند استخدام الآلات كالمجس الرحمي إذا ما أدى ذلك إلى الإجهاض. وهنا يتعين على المحكمة البحث

⁴⁸⁹ من الجدير بالذكر أن حالات استخدام الجفت هي:

- استطالة المرحلة الثانية من الولادة نتيجة حمول الرحم وكبير حجم الجنين والجيء المعيب والعجان السميك.
- إعياء الأم أثناء الولادة نتيجة استطالة المرحلة الأولى من الولادة وأمراض القلب والرئة وضغط الدم.
- إعياء الجنين أثناء الولادة نتيجة سقوط الحبل السري أو وجود عقد به، وعدم كفاءة المشيمة من الضغط أو التزيف والولادة قبل الموعد.

فيما إذا كان الطبيب قد أعطى العلاج لضرورة علاجية أو نتيجة رعونة وإهمال. كذلك يسأل الطبيب عند عدم استخدامه لبعض الآلات التي تشرطها الأصول العلمية في هذا المجال كجهاز الموجات فوق الصوتية، أو الأجهزة التي تستخدم لقياس ضربات قلب الجنين⁴⁹⁰.

هذا وقد أدانت محكمة النقض المصرية الطبيب، عندما أخطأ في استعماله الجفت في عملية توليد المجني عليها، مع علمه مسبقاً بوجود تمزق بالرحم، دون أن يكون لديه الاستعدادات الكافية لمعالجة ما يستلزم علاج تلك الحالة، ثم السماح للمجني عليها بالانصراف من عيادته، دون أن يصلح ذلك التهتك لوقف التزيف، فأدى ذلك إلى استئصال الرحم، وهو ما خلف لديها عاهة مستديمة.

أما بالنسبة للولادة القيصرية و هي الولادة التي تحتاج إلى تدخل جراحي، فمسؤولية طبيب النساء والتوليد تخضع للأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للجراحين. ومما لاشك فيه أن الطبيب الجراح هنا هو المسؤول الأول عن العملية الجراحية. وليس هناك شك أن إهمال الطبيب ورعونه في إجراء الفحص قبل الجراحة يمثل خطأً جنائياً يسأل عنه، فقد أدان القضاء المصري جراحاً قام بتشخيص حالة امرأة حامل على أنها مصابة بورم ليفي، وأجرى لها عملية جراحية نشأت عنها وفاتها، نتيجة لإهماله في الاستعلام عن حالتها من الطبيب المعالج، وإهماله في إجراء أشعة للتأكد من وجود الحمل قبل تدخله الجراحي⁴⁹¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن فشل العملية الجراحية لا يعتبر قرينة قاطعة على خطأ الطبيب، فقد تفشل الجراحة رغم التزام الطبيب بالأصول والقواعد العلمية التي يدعو إليها الحذر، والاحتياط في مجال عمله المهني. والفقهاء والقضاء استقروا على وجود قدر ضروري من المخاطر، مرتبطة بطبيعة التدخل الجراحي ذاته. إلا أن هناك حالات يبدو فيها أن الطبيب الجراح، قد أهمل واستهتر

⁴⁹⁰ محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي "دراسة مقارنة في القضاة المصريين والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،

2003، ص72 وما بعدها.

⁴⁹¹ انظر حسن ربيع، المرجع السابق، ص188-189.

بواجبه، وأغفل الأمور الأولية التي يتعين على كل طبيب معرفتها والإلمام بها، وحينئذ يقع الأمر في متناول القضاء، ويكون له أن يقرر مسؤولية الطبيب جنائياً عن نتائج خطئه. وتطبيقاً لذلك فقد قضى بمسؤولية الطبيب الجراح لتركه أجساماً غريبة في الجرح كقطعة من الشاش أو القطن، أو آلة جراحية يتسبب عنها التهابات قد تودي بحياة المريضة، أو لعدم تطهير الجرح بعد إجراء العملية، حتى لا يلتقط العدوى.

وفي الجراحة كما هو معلوم يستعين الجراح بطبيب مختص في التخدير، ففي هذه الحالة تقع على عاتق هذا الأخير مسؤولية ما قد يرتكبه من أخطاء في عمله، تأسيساً على المسؤولية الجنائية- سواء المبنية على أساس الخطأ أو التي تقوم على العمد- هي مسؤولية شخصية، ومن ثمة لا تمتد إلى من يفرض عليه القانون واجبا معيناً، فالمساءلة عن أي إهمال تقتضي ابتداءً واجبا يقع على عاتق طبيب التخدير دون غيره، بمعنى أن الطبيب الجراح لا يعد مسؤولاً عن أخطاء التخدير التي تصدر عن طبيب التخدير. ومن ثمة فإن كل من الطبيين يسأل عن الأخطاء التي تصدر منه، سواء قبل إجراء العملية الجراحية أو أثناءها أو بعد الانتهاء منها. وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن طبيب التخدير هو المسؤول عن تخدير المريضة، قبل العملية والإشراف عليها أثناءها، وتأمين إعادتها إلى وعيها بعد العملية. فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية طبيب تخدير قام بتخدير مريضة تخديراً جزئياً، وتأكد من قدرتها على الحديث في البداية رغم التخدير، إلا أن المريضة توفيت بعد ذلك، على إثر تعقيدات في التنفس. واستندت المحكمة في ذلك إلى أن الطبيب لم يرق برعاية المريضة بنفسه ولم يرق بأي زيارة لها بعد العملية، هذا بالإضافة إلى أنه قد عهد بها إلى أشخاص غير مؤهلين، ودون أن يقوم بإعطائهم أي تعليمات أو توجيهات.

كذلك واستكمالاً لما سبق فالمبدأ المستقر عليه بين الفقه والقضاء والأطباء أنفسهم، أن التزام الجراح لا يقف عند مجرد إجراء العملية الجراحية، وإنما يمتد بالتزامه بالإشراف والعناية بالمريضة

إلى ما بعد إجرائها، حتى يتفادى ما قد ينتج عنها من مضاعفات⁴⁹². وهذا يعني أن على الطبيب أن يتأكد بنفسه، من أن إجراءات العناية و الرعاية، التي يلزم القيام بها عقب العملية قد تمت على خير وجه، حتى ولو تطلب الأمر إجراء أشعة للمراقبة والاطمئنان، وبصفة خاصة إذا كانت العملية على درجة هامة من الخطورة، ويحتمل فشلها لمجرد أي إهمال. ومن ثمة فإن إهمال الطبيب أو إغفاله في ذلك، يعد خطأً تنعقد به مسؤوليته الجنائية.

وتطبيقاً لذلك حكم في مصر بإدانة طبيب جراح عن جريمة إصابة خطأً لإهماله في الإشراف على المريضة والامتناع عن زيارتها في دعوى تتلخص وقائعها في أن جراحاً أجرى لمريضة عملية كحت غشاء الرحم ووافق على نقلها لمتزلها فور الانتهاء من العملية، إلا أنه تبين حدوث تمزق بالجدار الخلفي للرحم، أعقبه تدلي لفة من أمعاء المجني عليها من هذا التمزق، ثم امتنع عن الطبيب عن تلبية استغاثة زوج المجني عليها، عندما أخبره بسوء حالتها، علماً بأن الأصول الطبية تقضي في مثل هذه العمليات، بإبقاء المريضة تحت الملاحظة والإشراف فترة كافية، للتأكد من عدم حصول مضاعفات، وإذا سمح للمريضة بالانصراف إلى منزلها، في حالة التأكد من سلامة العملية الجراحية والمريضة، كان ذلك شريطة أن يولي الطبيب ملاحظة المريضة بالمرور عليها، وأن ينتقل إليها فوراً إذا ما طلب منه ذلك، وهذا لم يقم به الطبيب الجراح في هذه الواقعة⁴⁹³.

واستكمالاً لما سبق إذا كانت الأمور التي تم التطرق إليها، تخضع للقواعد العامة في المسؤولية الطبية، فإن الأمر يزداد دقة في مسائل التوليد، ولعل ما يبرز هذه الأهمية هي الظروف النفسية التي تجري فيها عمليات التوليد، سواء بالنسبة للمرأة الحامل أو لذويها أو لطبيب التوليد نفسه، وذلك لأن حالات قد تطرأ فجأة دون أن تتيح الظروف مكان الإعداد لها إعداد فنياً، ولذلك فلا بد أن يراعى في تحديد مسؤولية الطبيب، كل الظروف المحيطة بالواقعة حتى المتعلقة بمهارة الطبيب، والتي يختلف فيها الطبيب الممارس عن مجرد الأخصائي، عن العالم الثقة التي يقصد

⁴⁹²حسن ربيع، المرجع السابق، ص 197.

⁴⁹³حسن ربيع، المرجع السابق، ص 198.

في الحالات المستعصية، إذ لكل طائفة من هؤلاء مستواها المهني ومعيارها الفني. وأن على القاضي تقدير الخطأ المسند للطبيب بمعياره القانوني الواجب، دونما حاجة إلى الخوض في النظريات العلمية المختلفة، وذلك على أساس أن العناية الواجبة من طبيب التوليد، تقتضي منه بذل الجهود الصادقة اليقظة للحامل، والتي تتفق في غير الظروف الاستثنائية، مع الأصول المستقرة في طب بالتوليد.

ومما لا شك فيه أن أدق مراحل التوليد، هي لحظة خروج الجنين من رحم الأم، فإنها تتطلب حسن تصرف مرفوق بحيلة كافية، وذلك لأن كثيرا من الأخطاء الطبية هنا تؤدي إلى الوفاة وقد عرضت الكثير من الحالات على القضاء الفرنسي والمصري والجزائري، ومن أمثلة ذلك حكم صادر عن دائرة الجناح المستأنفة بمحكمة مصر لسنة 1927 في قضية توليد انتهت بوفاة الوالدة، وكانت محكمة الجناح، قد قررت براءة الطبيب، فأتمت المحكمة الاستئنافية الحكم، وقضت بمعاقبة الطبيب عن تهمته القتل الخطأ، وكان من بين ما أسندته من أخطاء الطبيب في عملية الولادة التي أسفرت عن وفاة الأم الحامل:

1- عدم اتخاذ أي حيلة لمنع الخطر في بادئ الأمر مع ما شاهده من حالة المتوفاة قبل الولادة بشهر ثم بعشرة أيام من وضع الجنين في البطن وضيق الحوض، وكان يجب عليه أن يتوقع تعسر الولادة، وأن يفهم أهل المتوفاة حقيقة الأمر، ويشير عليهم بضرورة إجراء الولادة بالمستشفى، أو عمل ترتيب آخر، إذا رأى أنهم صمموا على أن تكون الولادة بالمنزل، لا أن يذهب وحده طمعا في الأجر، الذي اتفق عليه، وبدون أن يتخذ أي حيلة، حتى أنه أهمل في أخذ العدد الكافية، التي يمكن أن يحتاج إليها في مثل هذه الحالة غير الاعتيادية.

2- أنه عندما باشر الولادة فعلا، ووجد أن الحالة صعبة، كما تقدم لم يبادر بإرسال الأم الحامل إلى المستشفى، أو يطلب طبيبا آخر لمعاونته في الوقت المناسب قبل أن يستفحل الخطر، مع

أن أهل المتوفاة عرضوا عليه ذلك فرفض، ولم يطلب استدعاء طبيب إلا بعد أن ساءت الحالة، وحصل نزيف شديد، وأغمي على المتوفاة⁴⁹⁴.

3- الاستمرار في جذب الجنين مدة من الزمن، واستعمال العنف في الجذب، مع ما بين من كبر حجم رأس الجنين، ومع علم المتهم بوجود ضيق في الحوض، خصوصا بعد أن جرب أن طريقة الجذب، لم تفده في إنزال الرأس لوجود عائق ميكانيكي، يمنع مرور الرأس من الحوض، فلم يكن هناك معنى، لاستمرار الجذب مع وجود العائق، ومع علم المتهم أن كل دقيقة تمر تؤثر على الأم الحامل، وتقربها من الخطر شيئا فشيئا، ومع أن المسموح أن يستعمل طبيب التوليد طريقة الجذب لحد محدود، يقدره الفنيون بـمدة لا يصح أن تزيد عن خمس دقائق، ويقولون أنه بعد ذلك من المؤكد أن الجنين يموت، وفي هذه الأحوال تكون السرعة جد واجبة، ويجب على كل حال أن يكون الجذب فنيا، بحيث يجذب هذا الجنين في اتجاه معين، مع اتخاذ الحيلة لجعل الرأس تدخل في الحوض بأقصر أقطارها، فإذا ما اتخذ الطبيب هذه الإجراءات مدة، ومع علمه بأن الحوض ضيق والرأس كبير، فكان يجب عليه أن يوقف هذه الإجراءات ويتخذ غيرها، وهي ثقب الرأس بثاقب الرأس ليصغر حجمها ويسهل نزولها.

4- وطلب المتهم معاونة أهل المتوفاة له في جذب الجنين، مع أن الجذب يجب أن يكون فنيا، وما كان يصح له أن يستعين بمثلهم في مثل هذا العمل الفني الخطير وهم لا يدرون فيه شيئا، ولا يقبل القول بإلقاء مسؤولية فصل الرأس عن الجسم على أهل المتوفاة، لان المتهم هو الذي طلب هذه المعاونة، فهو المسؤول عن ذلك، ما كان في استطاعتهم في هذا الوقت الحرج عدم معاونته فيما يطلب، وكان الواجب يقضي عليه في هذه الحالة بسرعة طلب طبيب أخصائي

⁴⁹⁴ حسن ربيع، المرجع السابق، ص 201.

لمعاونته، أو يأمر فوراً بإرسال الأم الحامل إلى المستشفى، كما أشار الطبيب الذي استدعي أخيراً عندما رأى الحالة سيئة⁴⁹⁵.

ومما تجب الإشارة إليه أنه يمكن القول، أن الكثير من حالات أخطاء التوليد التي تصل إلى مصلحة الطب الشرعي، هي حالات تعسر الولادة التي تسبب تمزق الرحم، وحالات إساءة استعمال جفت الولادة في الحالات، التي لا يجوز استعماله فيها على جانب كبير من الصعوبة.

وفي قضية طرحت على قضاء مصر أن طبيب حديث التخرج، كان يعمل طبيباً مقيماً بأحد المستشفيات المركزية، واستدعي لحالة ولادة عسرة، وارتأى استعمال الجفت فيها رغم قلة خبرته، في هذا المجال، مما أدى إلى إصابة الجنين ووفاته وإصابة الأم بتمزق في الرحم، واستدعي نقلها إلى المستشفى، حيث أجريت لها عملية لاستكمال الولادة وخياطة الرحم الممزق، وقد حكمت المحكمة عليه بالحبس ستة شهور، وتأييد الحكم استئنافياً⁴⁹⁶.

وتحديد مسؤولية طبيب التوليد عند إجراء الولادة وإصابة الجنين، أو وفاته وإصابة الحامل أو وفاتها، أمر عسير جداً، ويتطلب استقصاء كل دقيقة في الحالة للتوصل إلى الرأي السليم، وكل ما ينصح به طبيب ذو خبرة إلى زملائه الأقل خبرة منه، ألا يجعلوا الكسب الشخصي أو المجد الشخصي غايتهم، بل لا بد أن يجعلوا مصلحة الحامل ووليدها نصب أعينهم.

وبعد خروج الجنين من الرحم إضافة إلى نزول المشيمة وانتهاء الولادة بذلك، فالولادة تتم بشكل طبيعي عادة تحت إشراف قابلة أو طبيب توليد، فهنا قد يعمد الأطباء إلى إعطاء المريضة الحامل، عناصر التخدير المختلفة، للتقليل من آلامها أو تنشيط انقباضات الرحم في حالة

⁴⁹⁵ محكمة الجيزة، الابتدائية في 26 يناير 1935، مجلة الحمامة، السنة 15، ق 216، ص 471، مشار إليه في: حسن ربيع، المرجع السابق، ص

202.

⁴⁹⁶ عبد الله قايد، المرجع السابق، ص 419.

تكاسلها، فهنا يجب على القابلة أو طبيب التوليد بعد ذلك، أن يلزم الأم فترة لا تقل عن ساعة بعد الولادة، للاطمئنان على سلامتها وسلامة مولودها⁴⁹⁷، أي خلال ما يعرف بفترة النفاس⁴⁹⁸.

وعلى العكس مما سبق يعفى طبيب التوليد من المسؤولية، في حالة توافر شروط القوة القاهرة أو حالة الضرورة، كأن يتواجد الطبيب في ظروف شاذة، تستدعي منه سرعة التداخل الطبي أو الجراحي، دون أن يتمكن من اتخاذ الاحتياطات التي توجبها الأصول العلمية، والمهنية لطب التوليد في الأحوال العادية.

ولذلك فقد حكم القضاء الفرنسي، بأنه لا مسؤولية على طبيب التوليد عن الجرح، الذي يحدث منه خلال عملية ثقب رأس الجنين، إذا كان قد اضطر لإجراء هذه العملية لأول مرة بآلات ارتجالية، لم يجد تحت يده غيرها (إبرة من إبر التنجيد)، وفي ظروف تدعو إلى الاستعجال، وكانت العملية هي الأمل الوحيد لإنقاذ الأم، ولو أن الخبراء قرروا أنه لم يجرها بدرجة المهارة الواجبة. كما قضي بأنه ليس للقضاء أن يدين الطبيب، إلا حيث يكون إهماله وخطؤه غير قابل لأي عذر، ولا يصح التعويل في مثل هذه القضايا على أقوال شهود الولادة، لأنه ليس لدى هؤلاء الشهود المؤهلات اللازمة، للحكم على تصرفات الطبيب، وقد يستبنون منهم هذه التصرفات ووصفها بعدم الفائدة والوحشية بغير حق⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ الطباخ شريف، المرجع السابق، ص 59.

⁴⁹⁸ تدوم فترة النفاس لمدة 42 يوماً بعد الولادة، وتتميز هذه المرحلة بتراجع تغيرات الأعضاء التناسلية الطارئة أثناء الحمل إلى طبيعتها قبل الحمل فيما عدا الثديين، وفي حال الولادة المتزلية يجب زيارة الأم النفساء يومياً خلال الأسبوع الأول بعد الولادة، ويجب القيام بالأنشطة التالية: مراقبة حرارة الأم ونضجها، وفحص البطن وفحص الساقين لتتحري أي شعور بالألم، فحص الثديين والاستفسار عن إدرار الحليب، واستحمام الوليد ونوعية ملبسه، والمحافظة على نظافته. ومن دواعي الاستشارة الطبية في مرحلة النفاس: حالة التريف وارتفاع الحرارة وشعور بالألم بالساقين، تسارع نبض القلب، وعدم تراجع حجم الرحم، فهنا لا بد من زيارة أخصائي النساء والولادة لإجراء فحص طبي شامل علاج ذلك.

⁴⁹⁹ الجوهري محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراة، دار الجوهري للطبع والنشر، القاهرة، مصر، 1954، ص 427.

المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية في عمليات الإخصاب المساعد.

إن حلم أي زوجين هي الحصول على أطفال تزين حياتهم ، يقول المولى عز وجل في محكم تزييله: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا ..."⁵⁰⁰ ، فغريزة الإنجاب لا يمكن الاستغناء عنها، ففي ضوء التطور العلمي والتكنولوجي الكبير في مجال الطب ، وخاصة ظهور وسائل الإخصاب المساعد من الإخصاب خارج الجسم(أطفال الأنابيب)، والحقن المجهرية والتلقيح الصناعي بل وصل الأمر أيضا، لحد اختيار أحد الزوجين لجنس المولود، وتحديد صفاته الجينية في إطار الهندسة الوراثية، وما يصحب ذلك من أخطاء قد يرتكبها الأطباء من غير عمد، أو الأضرار التي تنشأ عن العلاج، وما يترتب على ذلك من مدى مساءلة طبيب النساء والتوليد والجراح عن هذه الأخطاء؟.

الفرع الأول: أطفال الأنابيب.

لقد كان العقم من أهم الحواجز، التي تواجه الزوجان على تحقيق حلم الأمومة والأبوة. لذلك كانت طريقة أطفال الأنابيب كأحد وسائل الإخصاب المساعد، قد نجحت في حالات ليست بسيطة (تصل من 20 إلى 40 بالمئة من حالات الإخصاب خارج الجسم) ، لإسعاد الكثير من الأزواج. بمشيئة المولى عز وجل أولا، ثم بالتطور الهائل في المجال الطبي.

البند الأول: تعريف أطفال الأنابيب.

هو إخصاب البويضة بالحيوان المنوي خارج الجسم في أنبوب الاختبار، بعد أخذ البويضات الناضجة من المبيض، لتوضع مع الحيوانات المنوية الجيدة فقط، بعد تنشيطها حتى يحصل الإخصاب، ثم تعاد البويضة المخصبة(الأجنة) إلى رحم الأم، وبعد ذلك يحدث الحمل.

⁵⁰⁰ الآية 46 من سورة الكهف.

وعرفه بعض الفقه⁵⁰¹ بأنه أخذ بويضة المرأة، و تلقيحها بمبي الرجل خارج الجسم في أنبوب، وذلك بوسيلة طبية معينة، وبعد أن يتم تكوين البويضة الملقحة، تنقل إلى داخل الرحم، وتزرع في الرحم، ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور.

ومن الجدير بالذكر أن حقيقة طفل الأنابيب، هي وسيلة تهدف إلى علاج حالة العقم لدى الزوجة، الناشئة عن انسداد قناة فالوب، نتيجة لنوع من الالتهابات التي ينتج عنها، نقص في الإفرازات اللازمة لحدوث عملية التلقيح، وتكوين النطفة والجنين بعد ذلك.

وكانت أول ولادة طفل أنابيب في 1978/07/25 للطفلة "لويزا براون" نتيجة تلقيح بويضة السيدة "ليزلي براون". بمبي زوجها "جون براون" في 1977/11/10 بعملية قيصرية، بعد دراسات وأبحاث استغرقت عقدا ميلاديا.

إلا أنه يجب قبل البدء بإعطاء العلاج بأطفال الأنابيب يجب أن تجرى فحوصات مختلفة للزوج والزوجة للتأكد إذا كانت هناك أسباب تعيق الحمل، ومعرفة إذا كان بالإمكان العلاج بطرق أبسط، وهذه الفحوصات مثل فحص الدم، وفحص الرحم وفحص الحيوانات المنوية وقناة فالوب.

البند الثاني: كيفية إجراء عملية طفل أنابيب وضماناتها(في إطار العلاقة الزوجية).

يتم إجراء عملية طفل الأنابيب على مرحلتين:

-المرحلة الأولى: وفيها يستخرج الطبيب البويضة الصالحة للإخصاب من مبيض الأم عن طريق منظار، ويضعها في أنبوبة بها سائل النمو ومعها الحيوان المنوي للزوج، ليتم التخصيب بينهما.

⁵⁰¹ الصالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 61.

-المرحلة الثانية: وفيها يقوم الطبيب بزرع النطفة بعد تكوينها في رحم الزوجة، وهي وسيلة صناعية تهيئ لولادة عادية. وفي هذه الأيام تستخدم الموجات فوق الصوتية، عن طريق المهبل لاستخراج البويضة.

هناك صور أخرى لاستخدام عملية طفل الأنابيب ومنها:

-حالة زوجة مصابة بعقم في المبيض، وفيها يتم زرع بويضة من امرأة أخرى، وتوضع في الأنبوبة المخصصة، وبعد أن تلقح هذه البويضة بمبي الزوج، تزرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة العقيم.

-حالة ما إذا كان الزوجان مصابين، يتم تلقيح بويضة من امرأة أخرى بمبي آخر ليس الزوج، وبعد إتمام عملية التخصيب تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة.

-حالة ما إذا كانت الزوجة لا تتحمل الحمل لإصابتها بمرض القلب أو أي مرض آخر، وبعد عملية التخصيب تزرع البويضة، لتزرع في رحم امرأة أجنبية تسمى الحاضنة، ويرد الطفل إلى أمه بعد ولادته، وهو ما يطلق عليه الرحم المؤجر⁵⁰².

بالإضافة إلى هذه الاستخدامات، يوجد حالياً في الولايات المتحدة بنوك للأجنة، تحفظ فيها الأجنة، يستطيع من يرغب الحصول عليها أن يرسل صورته لكي يحدد العقل الإلكتروني مواصفاته الجسدية والشكلية، فيرسل له أجنة بها مواصفات قريبة من الزوجين⁵⁰³.

⁵⁰² لقد بدأت تقنية تأجير الأرحام في عالم الحيوان، والتي استعملت بهدف زيادة إنتاج حيوانات ذات صفات ممتازة، فيؤخذ عدد من البويضات من أنثى الحيوان، ذات الصفات الممتازة وتخصب مخبرياً، ثم تزرع الأجنة في أرحام عدد من الحيوانات الأخرى العادية، وكان الأطباء البيطريون يستأجرون أرحام تلك الأبقار العادية لتنمية الأجنة المحسنة داخلها. ومن ثم انتشرت عمليات الرحم المستأجر بين البشر في أوروبا وأمريكا في ثمانينيات القرن الماضي حتى أصبح لها شركات ووكالات خاصة للترويج لتأجير الأرحام.

وتشير وكالات الأنباء والصحف إلى وجود أكثر من 15 مركزاً في الوم. أ وحدها خاص باستئجار الأرحام. إن عملية إيجار الرحم هي بكل بساطة هي قبول المرأة المؤجر رحمها بالحمل لمصلحة الغير وهما زوجين غالباً، أو أي رجل وامرأة، ويكون ذلك مقبل أجر متفق عليه أو بدون أجر.

⁵⁰³ محمد أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص392.

أما ضمانات طفل الأنابيب (في إطار العلاقة الزوجية) فتتمثل:

- أن تتوافر حالة من حالات الضرورة كظروف مرضية خاصة لا تسمح بإتمام الحمل بطريقة طبيعية.

- موافقة الزوجين كتابة على إجراء هذه العملية.

- أن تجرى العملية بمعرفة طبيب مختص، وفي مراكز مخصصة للإخصاب مرخصة من قبل وزارة الصحة.

- أن تقيد هذه العملية في سجلات خاصة يثبت فيها شخصية الزوجين وبياناتهم، مع موافقتهم الكتابية، ومع بيان وجه الضرورة.

- ألا يتم التخلص من السجلات إلا بعد مرور عشر سنوات من تاريخ تحريرها.

- يجب على الطبيب أن يلتزم بالأمانة التامة والتراهة والتحقق من توافر حالة الضرورة التي تقتضيها العملية، وإتباع الدقة الكاملة في مراحل العملية، والتأكد من رضاه كلاً من الزوجين قبل إجراء العملية.

البند الثالث: كيفية إجراء عملية سحب البويضات.

يتم سحب البويضات بواسطة جهاز الموجات فوق الصوتية المهبلية، حيث تعطى المادة المخدرة، وتتم عملية سحب البويضات بالتدرج من المبيض، بواسطة الطبيب المعالج، وأثناء ذلك تأخذ المريضة مسكناً، لأنها قد تشعر بشيء من عدم الارتياح أثناء سحب البويضة.

البند الرابع: شروط عملية إنجاح عملية طفل الأنابيب ومخاطرها.

يتطلب لإنجاح عملية طفل الأنابيب أن يتحقق في الزوجة بعض الشروط منها:

-صغر سن الزوجة ويفضل أن تكون أقل من 35 إلى 40 سنة، فكلما كان السن اقل زادت فرص نجاح العملية.

-الاقتناع النفسي أي أن تكون في حالة نفسية هادئة ومقتنعة بأهمية العملية.

-سلامة الرحم، فهذا شرط ضروري لنجاح العملية.

-أن يكون الطبيب مسلما.

رغم ايجابيات وأهمية عملية أطفال الأنابيب في حل مشكلة الإنجاب لدى الزوجين إلا أن هناك بعض المخاطر التي قد تترتب على العملية ومنها:

-حدوث حالات من مرض الايدز والتهاب الكبد الفيروسي، خاصة في حالة التلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية.

-استخدام الأجنة الفائضة في مجال الأبحاث، وهو أمر مرفوض.

-وجود مراكز تجارية لهذه المشاريع، وهو أمر لا يقره العقل ولا يرضاه الدين، فما يلاحظ أن هذا المجال أصبح تجارة لكثير من الأطباء-تجارة الأجنة التي تجهض طبيعيا، أو التي يتم إجهاضها عمدا-بحيث تباع لإجراء تجارب علمية عليها أو لاستخدامها في زرع الأعضاء أو استخراج بعض الأدوية.

البند الخامس:نقل الجنين.

بعد أن يتم تخصيب البويضة يتم نقل الأجنة عادة بعد مرور يومين إلى خمسة أيام من إجراء عملية الإخصاب، وذلك عن طريق إدخال أنبوب خلال عنق الرحم إلى الرحم، ثم توضع الأجنة في تجويف الرحم، وتعطى السيدة الأدوية التي تساعد على ثبوت الأجنة في الرحم.

البند السادس: موقف الشريعة الإسلامية والفقهاء من تجربة طفل الأنابيب.

لقد صدر قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية، المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة سنة 1985⁵⁰⁴، والذي أكده قرار مجمع الفقهاء الإسلامي الصادر في أكتوبر 1986 في الأردن⁵⁰⁵، واللذان قررا ما يلي بعد استعراض المجلس للبحوث المقدمة في موضوع التلقيح الصناعي (أطفال الأنابيب) والاستماع لشرح الخبراء والأطباء، وبعد التداول الذي تبين من للمجلس أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبعة قررا ما يلي:

أولاً: الطرق الخمس التالية محرمة شرعاً، وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية.

1- أن يجرى التلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم زوجته.

2- أن يجرى تلقيح خارجي بين نطفي رجل غير الزوج وبويضة الزوجة، ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة.

3- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبويضة امرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها.

4- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وامرأة أجنبية، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

5- أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى.

⁵⁰⁴ قرار مجلس الجمع الفقهي الإسلامي المنعقد في مكة المكرمة، في الفترة من يوم 28 ربيع الثاني إلى يوم 6 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق ل: 19-28 يناير 1985.

⁵⁰⁵ قرار مجلس مجمع الفقهاء الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان - المملكة الأردنية المنعقد من 8-13 صفر 1407 هـ الموافق ل: 11-16 أكتوبر 1986.

ثانيا: الطريقتان السادسة والسابعة لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما:

6- أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا، ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

7- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب، من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا.

وقد أصدرت دار الإفتاء المصرية قرارا برقم 2525 ، والذي صدر به قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم (1) بجلسته المنعقدة الخميس الموافق 29 مارس 2001 ، وذكر فيه أن تأجير الأرحام حرام شرعا، لما فيه من فساد تتلخص في إفساد معنى الأمومة التي عظمتها الشرائع وناطت بها أحكام وحقوق عديدة، ونوه بها الحكماء وتغنى بها الأدباء.

وهذا المعنى وذلك التعظيم لا يكون من مجرد بويضة أفرزها مبيض امرأة ولقحها حيوان منوي من رجل، إنما تكون من شيء آخر بعد ذلك مثل الوحم والغثيان والوهن في مدة الحمل، والتوتر والقلق والطلق عند الولادة، والضعف والهبوط بعد الولادة، فهذه الصحبة الطويلة هي التي تولد من الأمومة، كما أن تغطية الأمومة بهذا الحاجز الصناعي، يؤدي إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب، فهل سيكون ولاءه لصاحبة البويضة أو التي حملته وأرضعته من ثديها؟ الأمر الذي يعرضه لهزة نفسية عنيفة، فدرء المفاسد أولى من جلب المنافع.

وبررت دار الإفتاء ذلك بأن الطب يعد من أخصب المجالات التي ظهر فيه تطور علمي هائل، ومن ذلك الحين وطب الإنجاب الصناعي في ثورة مستمرة وتطور دائم، وأضافت الفتوى أن أسباب اللجوء إلى هذا النوع من التأجير متعددة، كمن أزيل رحمها بعملية جراحية مع سلامة مبيضها، أو أن الحمل يسبب لها أمراضا شديدة كتسمم الحمل، أو المحافظة على تناسق جسدها،

وتخلصها من أعباء ومتاعب الحمل والولادة، وهو ما انتشر بصورة كبيرة في دول الغرب، وقد بدأت في محاولة التسلل إلى عالمنا العربي والإسلامي.

أما موقف الفقه من تجربة طفل الأنابيب انقسم الفقه إلى قسمين بين مؤيد ومعارض لتجربة طفل الأنابيب في إطار العلاقة الزوجية:

-الرأي الأول⁵⁰⁶: اتجه أنصاره إلى مشروعية طفل الأنابيب لأنه لا يتعارض مع قواعد الدين والأخلاق ولا يؤدي إلى اختلاط الأنساب فهو يشبه الجماع الطبيعي بين الزوجين إلا أنهم يرون أنه لا ينم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا في حالة الضرورة القصوى وتحت ضوابط معينة، منها الضرورة الطبية الملحة والحرص على عدم اختلاط الأنساب، وذلك بمراعاة الحيطة والحذر في عدم تغيير الأنابيب أو خلط محتوياتها بملقحات أجنبية وأن يغلب الظن لدى الطبيب المعالج إلى عدم وجود ضرر من إجراء العملية، سواء كان الضرر متعلقا بالطفل المراد تخصيبه أو كان متعلقا بالمرأة ذاتها وأن يكون الإخصاب خلال الحياة الزوجية.

-الرأي الثاني⁵⁰⁷: اتجه أنصاره إلى عدم مشروعية وسيلة طفل الأنابيب بحجة أن أضرارها أكثر من مزاياها، ومن هذه الأضرار أن هذه العملية مازالت في مرحلة التجارب، وأن معدل نمو الأطفال المولودين بهذه الوسيلة أقل من معدل نمو الأطفال الطبيعيين، وأن الإخصاب الصناعي بهذه الوسيلة يستلزم انكشاف عورة المرأة، ويؤدي إلى الشك في اختلاط الأنساب، وأن هذه الوسيلة باهظة التكاليف.

ومع كل ما يحمله الرأي الثاني من حجج إلا أن يمكن أن نأخذ عليه ما يلي:

⁵⁰⁶ هيكل حسيني، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، 2006، ص252. وانظر، عدلي أميرة، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، اط1، دار الفكر الجامعي، 2005، ص79. وانظر، بن يحيى بن حسين، الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحریم، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة نصف سنوية محكمة، العدد11، حقوق المنوفية، السنة السادسة، 1997، ص496.

⁵⁰⁷ محمد المرسي زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفقه العربي، 1976، ص134. و أحمد حسين، مجلة منار الإسلام، العدد 8، السنة السادسة، الإمارات العربية المتحدة، 1981، ص70 ومايلها.

- أن النتائج الحالية تثبت أن طفل الأنابيب ليس في مرحلة التجارب وأن نسب نجاحه ليست قليلة.

- قوما بتعلق بكشف العورة فإن الفحص العادي للنساء عند الطبيب المتخصص بأمراض النساء يتطلب الكشف عن عورتهم.

- أما فيما يتعلق بالتكاليف الباهظة فهي قليلة كثيرا مقارنة بتكاليف إجراء العملية في الكثير من البلدان المتقدمة.

- أثبتت الدراسات الطبية أن معدل الذكاء والتركيز عند الأطفال المولودين عن طريق الحقن المجهرية أعلى من غيرهم.

*مدى مشروعية التخلص من أطفال الأنابيب: اتجه معظم أعضاء مجمع الفقه الإسلامي إلى إباحة التخلص من الأجنة الفائضة الموجودة في مراكز أطفال الأنابيب بتركها دون عناية طبية لتموت، سدا للذرائع وعدم التلاعب بتلك الأجنة المحمدة مستقبلا.

فإذا كان التلقيح الصناعي تدعو إليه مصلحة اجتماعية تتمثل في السعي إلى التناسل والتكاثر المرتبط بغريزة حب البقاء⁵⁰⁸، فإن التخلص من البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة تقتضيه الضرورة. فالخوف من أن تزرع هذه البويضات لدى غير الزوجة، أو أن تختلط مع مرور الزمن ببويضات ملقحة للغير يقتضي ضرورة التخلص منها حفاظا على الأنساب، مادام لم ينفخ فيها الروح، الأمر الذي لا يحصل إلا بعد زرعها في الرحم، وليس في أنبوبة الاختبار. كما أن رحم الأم لا يقدر على استيعاب كافة البويضات الملقحة، وحتى في حال إمكانية ذلك، فإنه يشكل خطرا جسيما على صحتها وحياتها، وحياتها أولى بالحفظ من بويضات ملقحة لم تنفخ الروح فيها بعد.

⁵⁰⁸ الشلتاوي محمد عبد الله، ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة (أطفال الأنابيب)، ط1، دون

دار نشر، 1991-1992، ص 85-92.

كما أنه من الناحية القانونية فإن النصوص العقابية القائمة، لا تعاقب على هذا الفعل، كما أن المواد المجرمة للإجهاض، لا تستوعب فعل إتلاف الأمشاج الملقحة، نظرا لما تفترضه جريمة الإجهاض من وجود امرأة حامل، تمارس ضدها أفعال الإسقاط⁵⁰⁹.

البند السابع: مدى جواز إجراء التجارب الطبية على أجنة الأنابيب.

تضاربت آراء الفقهاء ومواقف المشرعين بين مؤيد ومعارض، لهذا النوع من التجارب بينما اتجه غالبيتهم إلى تقييد إجراءاتها بشروط:

-الرضا الصريح للزوجين.

-أن يكون الدافع إلى التجربة متعلق بالأمراض وليس بالصفات الخلقية.

-أن لا تؤدي التجربة إلى إلحاق أضرار ولو بسيطة بالجنين.

ويجمع الدكتور شوقي زكريا الصالحي أهم الضوابط التي وضعت لإجراء هذه التجارب

في:

-حظر أي تخصيص للبويضة لغير الإنجاب.

-جواز الإبقاء على البويضة خارج الرحم وإجراء التجارب عليها خلال 14 يوما.

-حتمية إهلاك البويضة بعد إجراء التجارب عليها.

-توافر رضا كل من الزوجين رضاء واضحا بإجراء التجربة العلاجية.

-يجب أن يكون الهدف من هذه التجربة خدمة الأبحاث العلمية.

-حظر إجراء التجارب على الأجنة لاختيار جنس المولود⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ العزة مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 2001،

ص284.

⁵¹⁰ الصالحي شوقي زكريا، الآثار المترتبة على عملية التلقيح الصناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، 2006، ص35.

وأضيف شرط آخر وهو ضرورة حظر التجارب الطبية على هاته البويضات بغرض الاستنساخ، نظرا لحرمة في معظم الديانات بصفة عامة، والشريعة الإسلامية بصفة خاصة.

البند الثامن: مدى جواز تجميد أجنة الأنابيب.

أن تجميد أجنة الأنابيب يقصد به إيداع البويضة الملقحة في غرفة كيميائية صغيرة -تسمى بنك الأجنة- يستخدم فيها النيتروجين السائل بغرض التبريد، ويتم الحفظ بواسطة تجميد الأنسجة والخلايا تماما. فعندما تتجمد الأنسجة تقف فيها كل التفاعلات الحيوية، وعندما يراد الاستفادة من تلك الأجنة يسمح الأطباء بارتفاع درجة الحرارة تدريجيا، فتعود التفاعلات الكيميائية مرة أخرى، أي تعود لها الحياة مرة أخرى، وبهذه الطريقة يجد الطبيب لديه في البنك أجنة جاهزة يستطيع استخدامها في الوقت الذي يحدده⁵¹¹.

وقد انقسم الفقه بشأنها بين مؤيد ومعارض لهذه العملية:

أ-الاتجاه المؤيد: وقد بنى أنصار هذا الاتجاه رأيهم على الحجج التالية:

-أنه يسمح بإعادة محاولة زرعه في الرحم في حال فشل العلق في المرة الأولى، دون الحاجة إلى إجراء عملية جراحية ثانية، لانتزاع بويضة من رحم المرأة.

-أنه يسمح للطبيب باختيار الوقت المناسب للزرع لضمان أكبر فرص لحصول العلق.

-يتيح للمرأة فرص الحصول على عدة أطفال في المستقبل، في حال وجود خطر استئصال المبيض، أو حال وجود خطر استئصال المبيض، أو حال ما إذا كانت المرأة قد قاربت على سن اليأس.

ب-الاتجاه المعارض: تعددت حجج المعارضين نذكر منها:

⁵¹¹ الخولي عبد الوهاب المرجع السابق، ص132.

- أن التجميد يؤدي إلى تجزئة فترة الحمل إلى فترة سابقة عن التجميد وفترة لاحقة له، فإذا جمعنا هاتين المديتين مع مدة التجميد قد تتجاوز في كثير من الأحيان المدة القصوى للحمل⁵¹². الأمر الذي سيصعب من الناحية القانونية نسبة الطفل الناتج عن هذه العملية إلى والده في التشريعات التي تقيد مدة الحمل كالتشريع الجزائري الذي يقتضي ألا تتجاوز مدته 10 أشهر⁵¹³، وإن كان في إباحته للتلقيح الاصطناعي ملاذ للأزواج الذين يلجئون إلى هذه العملية باستخدام أجنة مجمدة.

- أن علم الطب لازال لم يصل إلى تحديد دقيق للآثار الجانبية الحاضرة والمستقبلية على الطفل الناتج عن بويضة مجمدة⁵¹⁴.

- أن عملية تجميد الأجنة في بنوك تسهل اختلاط البويضات والنطف سواء عن سهو أو عمدا، الأمر الذي ينجم عنه اختلاط الأنساب⁵¹⁵.

أما في الجزائر فقد أصدرت وزارة الصحة تعليمة وزارية رقم 300 بتاريخ 2000/05/12، أكدت على أن التلقيح الخارجي يحتاج إلى تجميد بعض اللقائح الزائدة من أجل معاودة استعمالها في حال فشل المحاولة الأولى في إحداث الحمل، وقيدتها بموافقة الزوجين على عملية التجميد، وحددت المدة القصوى لحفظ هاته اللقيحات المجمدة بثلاث سنوات، يتم بعدها تحطيمها إلزاميا⁵¹⁶.

⁵¹² الخولي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص133.

⁵¹³ المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵¹⁴ الخولي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص133.

⁵¹⁵ لقد حصل خطأ من هذا القبيل في إحدى بنوك الم.م.أ للأجنة، ورفعت الزوجة دعوى قضائية ضده (البنك)، وتتلخص وقائع القضية في أن زوج المدعية أصيب بالسرطان، وخشي أن يؤثر العلاج الكيميائي على قدرته على الإنجاب، فاتجه إلى بنك الأجنة لحفظ عينة من منيه، وبعد تفاقم وضعيته الصحية، قرر الزوجان أن ينجبا طفلا عن طريق التلقيح الصناعي، إلا أن المولود كان طفلة سمراء، رغم أن الزوجان أبيضين وذوا جذور بيضاء الزوجة بعد وفاة زوجها التحقق مما إذا كانت الطفلة بالفعل ابنتها، وذلك بإخضاع أنسجة المولودة بالخلايا الجنسية لزوجها المحفوظة بالبنك، فتبين أنها ليست من نسله، وإنما وقع خطأ من البنك بإمداده بخلايا منوية لأمريكي أسود في إجراء عملية التلقيح.

الصالح شوقي زكريا، المرجع السابق، ص70.

قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الصناعي، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية بكلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، ع3، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2005، ص210.⁵¹⁶

البند التاسع: تكييف المسؤولية الجنائية للطبيب.

- الصورة الأولى لطفل الأنابيب (علاج حالة العقم لدى الزوجة أو الزوج): هي مشروعة لتوافر قصد العلاج، ولا يسأل الطبيب جنائيا عنها إذا توافرت الشروط الأخرى لمشروعية العمل الطبي، أما إذا كان هناك تقصير أو إهمال من الطبيب في إجراء تلك العملية فتخضع مسؤوليته للقواعد العامة الخاصة بالخطأ غير العمدي.

- وفي صورتين الثانية والثالثة، فتكون غير مشروعة لمنافاتها الأخلاق العامة والآداب والدين، ويسأل الطبيب عن أفعاله التي يرتكبها على المحني عليه مسؤولية عمدية لانعدام قصد العلاج.

- أما بالنسبة للصورة الأخيرة فهي غير مشروعة إذ أن التبني محرم شرعا، ومن ثم يكون غير مشروع قانونا، أما الرحم المؤجر فهو غير مشروع لبطلان عقد الإيجار لوجود شبهة الزنا، فلا يجوز وضع مبي في رجل في رحم امرأة غير زوجته، كما لا يجوز وضع بويضة الزوجة في رحم امرأة أجنبية، ومن ثم يكون غير مشروع قانونا⁵¹⁷.

الفرع الثاني: التلقيح الصناعي.

التلقيح الصناعي هو أن يتم حقن السائل المنوي للرجل في المكان المناسب من المهبل ليتم التخصيب، وبذلك يتشابه مع الإخصاب الفطري بالجماع، والذي يختلف هنا هو الاستعانة بالحقن عن الوسيلة الطبيعية لإيصال مبي الزوج لرحم المرأة⁵¹⁸.

وتستخدم هذه الوسيلة عمليا في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته، أي إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال منيه في المواقعة إلى الموضع المناسب في

⁵¹⁷ عادل عبد المجيد، حكم الرحم المؤجر في الشريعة الإسلامية، المؤتمر الإسلامي، 1987، ص 67.

⁵¹⁸ الزبيري علي أحمد لطف، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011، ص 32.

مهبل زوجته لحدوث الحمل الطبيعي⁵¹⁹. ومتى تم إدخال الحيوانات المنوية في الرحم بنجاح، فإن الأمور تسير بعد ذلك كما لو كان التلقيح طبيعياً، حيث تلتقي نطفة الزوج التي تم حقنها التقاء طبيعياً ببويضة الزوجة ويتم التلقيح بينهما.

إضافة إلى ذلك هناك من عرف التلقيح الصناعي بأنه تلك العملية، التي يتم بموجبها نقل اللقاح من عضو الذكير عند الرجل إلى عضو التأنث عند المرأة بطريقة صناعية، سواء تم هذا الإخصاب داخلياً أو خارجياً⁵²⁰.

ويمكن الاتفاق مع الرأي القائل بأن التلقيح الصناعي هو عملية يقصد بها التخلص مما يسمى بنقص أو قلة الإخصاب لغرض العلاج وتحقيق الإنجاب، وذلك عن طريق التقاء الحيوان المنوي لرجل مع بويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي، ويتم ذلك إما عن طريق التلقيح الصناعي الداخلي، أو تخصب بويضة المرأة بالحيوانات المنوية للرجل في أنبوب خارج الرحم في أجهزة طبية وهنا يسمى أطفال الأنابيب.

البند الأول: مشروعية التلقيح الصناعي.

أ- من الوجهة القانونية: اتجهت بعض الدول إلى تنظيم التدخل الطبي في هذا المجال، فصدرت بها تشريعات تتضمن إجراءات وضمانات تنفيذ تلك الوسيلة والقواعد المختلفة المتعلقة بجوانب الموضوع، أي شملت تنظيمًا كاملاً للتدخل الطبي في هذا المجال، ومن أمثلة ذلك قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في المملكة المتحدة عام 1990، والقانون الصادر في ولاية فكتوريا بأستراليا عام 1948، والقانون الخاص باحترام الجسم البشري الصادر في فرنسا عام 1994.

⁵¹⁹ انظر، الخولي محمد عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة "دراسة مقارنة"، ط1، دون دار نشر، 1997، ص24.

⁵²⁰ الجمل أيمن مصطفى مصطفى، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص165.

هذا وقد صدرت قرارات من وزراء متخصصين في العديد من الدول، تنظم تنفيذ وسائل التلقيح الصناعي مثل قرار وزير الصحة الذي صدر لأول مرة في المجر عام 1981، وتتضمن هذه القرارات والقواعد المتعلقة بالسن والحالة الصحية، والموافقة الصادرة من صاحب الشأن، وشهادة طبيب توافر حالة العقم، وصلاحية الوسيلة المقترح استخدامها.

أما في الجزائر فإنه لا يوجد نص قانوني جزائي يمنع التلقيح الاصطناعي، وإن كان قانون الأسرة قد أباح -منذ 2005-⁵²¹ صراحة التلقيح الاصطناعي، وقيده بشروط أوردها في المادة 45 مكرر، التالي نصها:

"يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

-أن يكون الزواج شرعيا.

-أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

-أن يتم بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

ب-من الوجهة الفقهية والقضائية:

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى تحريم التلقيح الاصطناعي، واختلفت علل التحريم، فمنهم من عللها بأنه السعي وراء مخالفة قضاء الله وقدره في جعل بعض الناس عقيمين. واستندوا

⁵²¹ المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

إلى قول الله عز وجل: "لله ملك السموات والأرض، يخلق ما يشاء، يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء ذكورا، أو يزوجهم ذكورا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما، إنه عليم قدير"⁵²².

لكن هذا التعليل منتقد بحجة قوية أجملها الدكتور "محمد عبد الوهاب الخولي" بقوله: "...مادام الإنسان قد أنجب أو يمكن له أن ينجب بالعلاج والمساعدة الطبية المشروعة، فإن ذلك يعني أنه ليس بعقيم، إذ كيف يهبه الله الذرية وهو عقيم، فالإنسان العقيم هو الذي يستحيل عليه الإنجاب حتى بالمساعدة الطبية.

أما إذا كانت المساعدة الطبية (العلاج) يمكنها تذليل العقبة التي تحول بينه وبين الإنجاب بطريق مشروع، فليس في هذا خرق لقوانين الطبيعة أو خروج على الدين أو تحد للمشيئة الإلهية"⁵²³.

ومنهم من عللها بجرمة الاطلاع على العورات إلا للضرورة، وأنه لا ضرورة علاجية تبيح اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

إلا أنه تم الرد عليهم بأنه يجوز هذا الاطلاع إذا دعت إليه الحاجة، وأن حاجة المرأة للإنجاب تعد غرضا مشروعا. وذلك مع مراعاة أن يكون المعالج امرأة مسلمة إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب ثقة مسلم، وإلا فغير مسلم، وألا تتم الخلوة بين المعالج والمرأة العقيم، إلا بحضور زوجها أو امرأة أخرى"⁵²⁴.

أما كون طريق إيصال النطفة إلى رحم المرأة ليست بالطريقة الطبيعية، فإن ذلك لا يحول دون شرعية الحمل وإلحاق نسبه بأبيه. لاسيما وأن فقهاء الشريعة الإسلامية خاضوا في هذه المسألة قبل استحداث عملية التلقيح الصناعي، إذ فصلوا في مسألة العدة والنسب في حال إدخال المرأة

⁵²² الآيتان 49-50 من سورة الشورى.

⁵²³ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 27-28.

⁵²⁴ وهو ما أفتى به مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة، راجع في ذلك: طارق عبد الله محمد أبو حره، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005، ص 17.

مني زوجها، رغم عدم حصول الوطاء بأخذ شيء وإدخاله. ومن هؤلاء الفقيهين "البحيرمي" و"الرملي" وهما من فقهاء الشافعية⁵²⁵. الأمر الذي جعل عددا كبيرا من فقهاء هذا العصر يقولون بشرعية التلقيح الصناعي، ومنهم الشيخ "محمود شلتوت"⁵²⁶.

واتفق جمهور الفقهاء على جملة شروط لصحة التلقيح الصناعي، وهي:

- أن يوجد عقد زواج شرعي قائم بين المقبلين على العملية، بحيث لا تكون العلاقة قد انتهت بطلاق أو وفاة.

- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة.

- أن يتم التلقيح برضا الزوجين.

- أن يستحيل الحمل بالمعاشرة الطبيعية.

- أن تتم العملية في غير خلوة.

- أن يكون القائمون على العملية ممن يؤتمنون على شرعية هذه العملية⁵²⁷.

لذلك فقد اتجه أغلب الفقهاء المعاصرين، إلى القول بمشروعية التلقيح الصناعي بين الزوجين، وانتهوا إلى أن هذا الأسلوب لا يعتبر سببا للطلاق، وأن المولود عن هذا الطريق، هو طفل شرعي مثله كمثل أي طفل جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين الزوجين، ويكون له ما يكون للأبناء الشرعيين من حقوق وما عليهم من التزامات اتجاه آبائهم وأمهاتهم وأقاربهم⁵²⁸.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن هذه الوسيلة، تساعد الزوجين على تحقيق رغبتيهما المشروعة في الإنجاب، وتوطيد العلاقة بينهما، وتمنع في نفس الوقت المشاكل الأسرية المرتبطة بالعقم، فالغرض الإنساني الاجتماعي عند أنصار هذا الرأي يبرر الوسيلة⁵²⁹.

⁵²⁵ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 29-31.

⁵²⁶ ولهاصي سمية بدر البدور، المرجع السابق، ص 175.

⁵²⁷ بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المرجع السابق، ص 596-599.

⁵²⁸ راجع التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي التي نظمتها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة

ومعاملة المجرمين بكلية الحقوق، جامعة القاهرة في الفترة الممتدة من 23 إلى 24 نوفمبر 1993.

⁵²⁹ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 36.

أما الرأي الغالب فقد اتجه إلى أن العقم هو مرض يجوز التداوي منه⁵³⁰، وأن قيام الطبيب باستعمال حقه في العلاج، وتدخله بأسباب يقرها علم الطب، وتقرها الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع، من أجل علاج هذا المرض أو الحد من آثاره الضارة، يجعل عمله علاجياً مباحاً.

وقد أكد البعض على أن الإخصاب الصناعي يحترم الطبيعة ولا يقف ضدها، وإذا كانت الطبيعة حرمت العض من نعمة الإنجاب، فإن التفكير في كيفية التغلب على تلك المشكلة، والحد من آثارها يكون من قبيل مساعدة الطبيعة، بالحصول على ولد تكتمل به سعادة الأسرة، وأنه من الطبيعي أن نستخدم ما منحنا الله من قدرات الذكاء، كي نتغلب به على الآثار الخطير للعقم⁵³¹.

البند الثاني: إشكالية التلقيح الصناعي بمني الزوج بعد الوفاة.

أدى التطور العلمي إلى إنشاء مختبرات عصرية حديثة ما يسمى ببنوك المني⁵³²، يحفظ فيها السائل المنوي للرجل لفترة معينة تسبق تحلله ويبقى خلالها صالحاً للإخصاب، وبفضل بنك المني هذا أصبح من الممكن الاحتفاظ بنطفة الزوج، لاستخدامها في تلقيح الزوجة في الوقت الذي يختاره الزوجان، وقد توفي الزوج قبل إجراء عملية التلقيح للزوجة، وفي هذه الحالة هل يحق لها المطالبة بإجراء العملية من منيه الذي تركه قبل وفاته؟؟.

اختلف الفقه بشأن الحالات التي تم فيها الإخصاب، ثم الحمل بعد وفاة الزوج في بعض الدول الأجنبية، واتجه رأي إلى أن الطفل يكون غير شرعي، لأن العلاقة الزوجية تنتهي بوفاة أحد الزوجين⁵³³، فيجب تحريم الحمل بعد الوفاة، لأنه ليس في مصلحة الطفل.

ويتطلب البعض الآخر ضرورة موافقة الزوج قبل وفاته، على أن يستخدم منيه بعد وفاته، كما في حالة التلقيح في أثناء حياته، والصعوبة عند أصحاب الرأي تكمن في إمكانية إثبات تلك

⁵³⁰ السلمي حافظ، طفل الأنابيب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ندوة طفل الأنابيب، الجمعية المصرية للطب والقانون، الإسكندرية، مصر، 1985، ص 119.

⁵³¹ حومد عبد الوهاب، دراسات متعمقة في الفقه الجنائي المقارن، ط1، المكتبة العصرية، 1995، ص 283.

⁵³² الزبيري علي أحمد لطف، المرجع السابق، ص 20.

⁵³³ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي: أحكامه القانونية وحدوده الشرعية "دراسة مقارنة"، ط1، بدون دار نشر، 1993، ص 94.

الموافقة، فهل يتطلب الموافقة الصريحة، أم يكفي بالتعبير الضمني ومجرد إيداع الرجل لمنه في مركز حفظ المني دليل على الموافقة؟ وخلص هذا الرأي إلى إعلان صعوبة الإجابة على هذا التساؤل. واتجه البعض الآخر إلى أن هذه العملية كلها عبارة عن وصية، ويرون أنه ليس ما يمنع من أن يوصي الشخص بجزء من ذمته الجنينية، كما يوصي بجزء من ذمته المالية، وأنه يجب معاملة المني البشري معاملة التبرع بالأعضاء.

فالتلقيح بعد الوفاة من وجهة نظرهم ممكن إذا نظر إليه في ايطار الوصية، وأنه ليس هناك ما يجرمه، وكل ما يتطلب هو أن تكون الوصية مشروعة ومقبولة، وهذا يستلزم توافر بعض الشروط الشكلية والموضوعية.

لقد أجاز القضاء الفرنسي التلقيح بمني الزوج في قضية باربليكس، لكن ينبغي التنبيه إلى أن في ذلك اعتداء على حق الطفل، في أن يكون له أب موجود على الأقل في مرحلته الجنينية، إذ أن تعتمد إحداث حالة الحمل رغم العلم، بأن صاحب النطفة ميت، يعني الحكم على هذا الجنين باليتم عمدا. وفي ذلك يقول الأستاذ " أوسوكين عبد الحفيظ " إن الإنجاب من ميت لا يراعي مصلحة الولد الذي سوف يولد بدون أب، بل تم القاحه في علاقة... لم يفرزها الفراش بل أنابيب مخبرية بإرادة، هي العلاقة الجديدة الأحادية التي يسمح بها التلقيح الصناعي بعيدا عن العلاقة الثنائية التقليدية، التي تربط بين إنسانين يربطهما مشروع حياتي مشترك...⁵³⁴.

ولكن هناك تساؤل آخر ألا وهو ما هو حكم التلقيح الصناعي عندما يكون الزوج متوفيا دماغيا؟؟

يتفق أهل الطب مع الفقهاء في الحكم على أن الوفاة تكون بمفارقة الروح للبدن، ولكن يرى الأطباء أن نهاية الحياة الإنسانية هي بموت جذع الدماغ، لا بتوقف القلب والدورة الدموية. وقد يحصل أن يموت الدماغ وتتأكد علامات موته بالفحص الطبي وعدم حركته وديمومة

⁵³⁴ اوسوكين عبد الحفيظ، النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، بحث مدرج مع مجموعة بحوث قام بجمعها الأستاذ أوسوكين عبد الحفيظ تحت عنوان "قانون الأسرة والتطورات العلمية"، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007، ص 17.

غيبوبته. ولكن بواسطة العناية المركزة ووجود أجهزة الإنعاش، يبقى قلبه مستمرا في النبض ونفسه مستمرا، مادامت أجهزة الإنعاش باقية عليه. وبمجرد رفعها يتوقف القلب والتنفس تماما.

وهنا ترد أسئلة على هذه الواقعة المستجدة، في حكم رفع أجهزة الإنعاش عن المتوفى دماغيا؟ ثم هل تنسحب أحكام الميت عليه من التوارث وغيره وقد توفي دماغيا مع بقاء نبضات قلبه وتنفسه؟ ومنها مسألتنا الحالية في حكم أخذ حيوان منوي من خصية المتوفى دماغيا ثم تخصيبها بالمعمل مع بويضة زوجته للحمل منه بعد وفاته؟؟

إن هذه المسألة تتفرع إلى ثلاثة مسائل وهي:

1- حكم جواز الفعل ابتداء: لا أعلم للفقهاء قولاً منصوصاً في هذه المسألة بعينها، لذلك يمكن الاعتماد على التخريج على أقوالهم وبعض الأصول والمقاصد، لذلك يمكن القول والله العلم أن قيام الزوجة بأخذ مني الزوج بعد وفاته لغرض الحمل منه، فيه عدة مخالقات شرعية:

* أن شرط الإذن في أخذ أي شيء من المتوفى، لا يتحقق في المتوفى دماغيا، إذ لم يأذن في حياته أو ورثته عند الضرورة في إنقاذ حياة من يحتاج إلى ذلك، وهذا شرط قد نص عليه بعض الفقهاء المعاصرين، بضرورة موافقة المتبرع بنقل أعضائه للغير، كما جاء في نص قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة رقم (26) 4/1: "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين، إن كان المتوفى مجهول الهوية، أو لا ورثة له". وتخريجا على هذا القرار، فإن أخذ حيوان منوي من المتوفى دماغيا حتى ولو كان لزوجته، فيه تعدي على حق الميت بترع بعض خصائصه الحياتية، التي يترتب عليها آثار شرعية وقانونية بغير إذنه الصريح أو موافقة ورثته.

*أن نقل الحيوان المنوي للمتوفى دماغيا لزوجته، لا تدخل في الضرورة الشرعية ولا في معناها، وأغلب الفقهاء المعاصرين ، يشترطون للتصرف بجسد الميت، أن تكون هناك ضرورة لذلك⁵³⁵.

*أن زوج المرأة المتوفى دماغيا في حكم الميت ، وما يتولد منه من فعل لا يعتد به شرعا، ولا ذمة له في التصرف أو الالتزام. والشرعية قد عطلت تصرفات مريض الموت، حتى لا يتضرر بها، أو يتضرر ذووه منها، فكيف بالميت دماغيا، وهو في حكم الميت شرعا وطبا؟

*أنه يمكن تخريج وصف تصرفات المتوفى دماغيا، بحركة المذبوح التي تكلم عنها الفقهاء، حيث قد يحدث في احتضاره، تصرفا تبني عليه أحكام فقهية، وقد تكلم الفقهاء السابقين عما يشبه المتوفى دماغيا وهو الجريح، الذي لم يبق منه، إلا مثل حركة المذبوح، فإن قلبه يعمل وأعضاؤه تتحرك، ومع ذلك فلا يعامل معاملة الحي، ولا يحكم له بحكم الحي، وما ذلك إلا لليقين الحاصل بأنه إلى الموت سائر، وأنه قد تجاوز نقطة اللاعودة، وذلك يبق من حياته ما يعتد به⁵³⁶. قال الإمام النووي رحمة الله عليه: "وإن أمناه رجل إلى حركة مذبوح: بأن لم يبق إبصار ونطق وحركة اختيار ثم جنى آخر فالأول قاتل ويعزز الثاني"، وقد ذكر ابن قدامه رحمه الله كلاما قريبا من ذلك. فهذه الحالات عند الفقهاء في حكم الميت، وما يحدث منه من فعل أو تحرك لا عبرة به، لأنه إلى الموت سائر قطعا.

*أن هذا الاستيلاء قد يخرج أيضا على تصرفات غير العاقل كالصغير دون تمييز أو المعتوه، والذي يشترط فيه إجازة وليه، فيما لو كانت تصرفاته بين النفع والضرر، أما لو كانت تصرفاته محض ضرر، فلا تجري عليه أحكام ذلك التصرف، فالمتوفى دماغيا قد يكون هذا الحمل منه ضرر عليه، وإن كان نفعا لزوجته، ولذلك يحتاج إلى إذن من بقية الورثة، في حالة ترتب النفع المحض له.

⁵³⁵ اشتراط الضرورة في التصرف بجسد الميت، نصت عليه المجامع في حالات عدة منها: التشريح لغرض التعليم (قرار مجمع الرابطة في دورته العاشرة لسنة 1408 هج)، وقرار زراعة الخلايا الجذعية (مجمع الفقه بجدة 5/6/56)، نقل الأعضاء وزراعتها (مجمع الرابطة 1405 هج).

⁵³⁶ الأشقر محمد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع3، 669/2-671.

* وهو استدلال من باب قياس الأولى، في أن الشرع قد منع الوصية لوارث لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوارث" فإذا كان المنع أن يخص وارثا بميزة من مال على بقية الورثة، حتى لا تفضي إلى النزاع والخلاف بينهم، فإن استيلاء طفل من الميت، قد يؤدي إلى ذات النتيجة، وينزع الورثة حصصهم، التي تثبت بموت المورث، ولو جوزنا صحة الوصية للوارث بإجازة الورثة وموافقتهم، فكذا في هذه المسألة، مع أن هناك فوارق بين المسألتين، ولكن من زرع المنع متقارب.

2- لو وقع الفعل وحملت المرأة، هل ينسب المولود إلى زوج المرأة الوالد المأخوذ من المني؟ حدوث الفعل وحصول الحمل، يعني مرحلة أخرى من الحكم بناء على مسألة واقعية، وبالتالي فالشريعة تتشوف بإلحاق هذا الحمل بأبيه الذي تولد منه للأسباب التالية:

* لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵³⁷، ونظرا لبقاء الزوجة في عصمة زوجها، فالولد على فراشه حكما وحقيقة.

* مراعاة مقصد الشريعة من حفظ الأنساب من الضياع، وهذه الحالة داخلية في حفظ المولود بإلحاقه بأبيه.

* أن الفقهاء قد تكلموا عن ذلك، والتأمل في كلام بعض الفقهاء السابقين، نجد أنهم قد تكلموا عما يشبه التلقيح الصناعي، وهي مسألة استدخال المرأة مني زوجها في فرجها.

3- ماذا يترتب على وجود المولود من أحكام؟ هنا قد يحصل خلاف في اعتبار الولد كامل النسب، وله اللحاق بوالده أم لا يعتبر لوجود الشبهة، وهل يتبعص حكمه نظرا لنقص الأبوة التي لحق بها. يقول ابن القيم رحمة الله عليه: "والشريعة طافحة من تبعض الأحكام وهو محض الفقه وقد جعل الله سبحانه البنت من الرضاعة في الحرمة والمحرمية وأجنبية في الميراث والإنفاق، وكذلك بنت الزنا عند جمهور الأمة بنت في تحريم النكاح، وليست بنتا في الميراث، وكذلك جعل النبي

⁵³⁷ رواه البخاري (6368).

صلى الله عليه وسلم ابن وليدة زمعة أختا لسودة بنت زمعة في الفراش وأجنبيا في النظر لأجل الشبه بعتبة⁵³⁸.

ويمكن القول أن الرأي أن المولود له حكم النسب والإرث، والشبهة ليست متعلقة في صحة العقد أو وقوعه خارج العقد، أو ما جرى من مسائل الاستثناء كالمحرمة في الرضاع، بل الشبهة هي في تحقق وفاة الزوج المستولد منه المولود أو في عدم تحققها، ولذلك دخوله في حكم الولد الكامل أولى وأنفع لأهله.

البند الثالث: إشكالية التلقيح الصناعي بين غير الزوجين.

تثير هذه العملية إشكالية اختلاط الأنساب التي هي من أهم أسباب تحريم الزنا، الأمر الذي جعل موقف الفقهاء المسلمين موحدًا بخصوص تحريم هذا النوع من التلقيح. ونذكر من ذلك ما صدر عن دار الإفتاء المصرية في فتواها سنة 1980 التي ورد فيها ما يلي: "تلقيح الزوجة بمني رجل آخر غير زوجها، سواء لأن الزوج ليس به مني، أو كان به ولكنه غير صالح محرم شرعا، لما يترتب عليه من الاختلاط في الأنساب، بل ونسبة ولد إلى أب لم يخلق من مائه. وفوق هذا ففي هذه الطريقة من التلقيح إذا حدث الحمل بها معنى الزنا وتناججه، والزنا محرم قطعاً بنصوص القرآن والسنة"⁵³⁹.

ويسري هذا الحكم أيضا في حالة تلقيح بويضة امرأة أجنبية، بمني رجل حتى إذا حدث اللقاح تم نقل البويضة إلى رحم زوجته. فهنا العملية الإنجابية يتشاطرها ثلاثة أشخاص، من بينهم أجنبي عن العلاقة الزوجية، وهي الخلايا التناسلية للمرأة الأجنبية المشكلة للبويضة. وبالتالي فعلة التحريم هي اختلاط الأنساب.

وقد ورد في توصيات الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، التي عقدت بكلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة 1993 ما يلي: "يعد غير مشروع التلقيح الصناعي

⁵³⁸ أحكام أهل الذمة 1/544 وللاستزادة: الفروع لابن مفلح: 2/528 درا الكتب، فقه النوازل لبكر أبو زيد، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع3، 670-671.

⁵³⁹ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص44.

الذي يجري خارج نطاق العلاقة بين الزوجين أيا كان الأسلوب الذي استعمل في إجراءاته. ويحدد القانون العقوبة المقررة، وتوقع هذه العقوبة على من يجريه -طبيبا كان أو غير طبيب- وتوقع هذه العقوبة كذلك على كل من يشترك في إجراءاته، والطفل الذي يولد من تلقيح صناعي جرى في غير نطاق العلاقة الزوجية يعتبر طفلا غير شرعي، وتطبق عليه الأحكام التي يقرها القانون للأبناء غير الشرعيين⁵⁴⁰.

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فقد اشترط في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، أن يتم بمشي الزوج وبويضة رحم الزوجة، دون غيرهما.

البند الرابع: المسؤولية الجنائية عن تخلف الرضا في عملية التلقيح الصناعي.

لا يوجد نص قانوني جنائي خاص يعاقب على هذا الفعل، مما جعل رجال القانون يبحثون عن الوصف القانوني، الذي يمكن أن تندرج في إطاره ضمن الجرائم المنصوص عليها قانونا، وهنا نفرق بين حالتين:

1- حالة عدم رضا الزوجة: إن هذه الحالة قد تكون بتخدير الزوجة لإخضاعها للعملية، أو باستدراجها عن طريق إيهامها، بأنها مصابة بمرض يقتضي تدخلا جراحيا، إلى غير ذلك من السبل التي يكون الغرض منها إخضاعها للتلقيح الصناعي، من دون علمها أو بدون رضاها. ومما يمكن ملاحظته أن هذا الفعل يتشابه مع بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات كالاغتصاب والفعل المخل بالحياة.

لكن مما نشير إليه أن الاغتصاب يتميز عن التلقيح الصناعي بغير رضا الزوجة، بكونه يشترط فيه فعل الواقعة، الذي يتخلف في هذه العملية الطبية.

أما الفعل المخل بالحياة فيتميز باشتراطه المساس بالحياة العام. فإذا كان الطبيب هو الفاعل فإن الزوج يعد شريكا له، مادام قد اتفق مع الطبيب على إجراء العملية، وممكنه من تنفيذها.

⁵⁴⁰ الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 45-49.

ويرى البعض أنه إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية، فلوليها إعطاء الإذن بإجراء عملية التلقيح الصناعي عليها. لكن يمكن مخالفتهم الرأي، وذلك لأن عدم الانجاب لا يشكل خطرا على صحة الشخص ذكرا كان أم أنثى، وبالتالي فلا مجال لتحويل الإذن للولي، بل تبقى ضرورة الحصول على موافقة القاصر. وعليه فالمصلحة هنا لا يقررها الولي، بل الزوجان هما اللذان يقدران مصلحة حياتهما الزوجية، وبالتالي فالزوجة وحدها، هي التي تتحكم وإرادتها في الحمل وعدم الحمل، وهو ما يتفق و موقف المشرع الجزائري في عدم تفريقه -في شرط رضا الزوجين بالعملية- بين القاصر والبالغ.

وإذا كانت العديد من التشريعات -بما فيها التشريع الجزائري- لم تنص على تجريم خاص بالتلقيح الصناعي بغير رضا الزوجة، فقد حرّمته بعض التشريعات. نذكر منها التشريع الليبي في المادة 403 مكرر(أ) حيث ورد فيها: "معاقبة الفاعل الذي يقوم بإجراء التلقيح الصناعي عن طريق استخدام القوة أو التهديد أو الخداع بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات" ⁵⁴¹. كما شدد العقوبة في حال صدور الفعل عن طبيب برفعها بمقدار النصف أي 15 سنة كحد أقصى. وحرى بالمشرع الجزائري أن يقتدي بمثل هذا الموقف التشريعي.

2- حالة عدم رضا الزوج: من الافتراضات لوقوع هذه الحالة أن يتوجه الزوج إلى أحد مخابر التحليل، لأجل إجراء تحاليل تتعلق بخلاياه الجنسية، فتتفق الزوجة مع مخبر التحاليل على احتجاز بعض هذه الخلايا التناسلية لأجل تلقيحها بها.

وهذا يعني أن العملية في مثل هاته الحالة تتم بناء على غش وخداع للزوج، تقوم معه المسؤولية المدنية للطبيب والزوجة عن الأضرار المادية والأدبية اللاحقة بالزوج ⁵⁴²، وإن كان لا يوجد نص تجريم يمكن إدراج هذا التلقيح في إطاره، مما يحول دون إمكانية مسائلة الطبيب جنائيا في هذه الحالة.

⁵⁴¹ قانون العقوبات الليبي الصادر في 1953 /11/28 المعدل والمنتم.

⁵⁴² الخولي محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص59.

الخاتمة

الخاتمة:

لاشك أن مهنة الطب مهنة إنسانية عريقة، إلا أنها من المهن المعقدة بحسب ما يترتب على الخطأ فيها من إصابات، تمس بجسم الإنسان بشكل مباشر، وقد تفضي في بعض الأحيان إلى وفاة المريض أو إصابته بعاهات مستديمة.

والطبيب باعتباره إنساناً ليس معصوماً من الخطأ، كما كان الاعتقاد سائداً قديماً، حيث كان الطب ابتدائياً وتجريبياً، إذ كان ينظر إلى حادث العلاج الطبي، على أنه من أحكام القضاء ونوازل القدر. بيد أن العلم الطبي الحديث تقدم كثيراً في هذا العصر، واتسعت أمامه آفاق المعرفة، وهو لا يزال يأتينا كل يوم بجديد ويترك باب الأمل أمام المرضى واسعاً، يترقبون ما يأتيهم به الغد من جديد إذا عجز طب اليوم عن شفائهم. فكم قضت الجهود العلمية على أوبئة وأمراض عديدة كانت ولا تزال تفتك بالناس فتكا ذريعاً، ووصل الفن الجراحي إلى أعماق القلب والدماغ وزراعة الأعضاء البشرية، وتحقيق حلم الإنجاب الذي كان مبتغى كل أسرة على وجه المعمورة، من خلال اكتشاف أساليب مساعدة على الإنجاب كالتلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب وغير ذلك.

فقد كان لهذا التقدم الطبي الهائل، أن بدأ الجيل المعاصر بالتخلي عن فكرة الاستسلام المطلق للقضاء والقدر، وذلك أنه حين يكون الطبيب هو الذي يعمل، ثم يرتكب خطأ لا يغتفر، فإنه هو الذي يكون قد أساء، ويتحمل مسؤولية خطئه.

وبفضل قواعد المسؤولية الطبية تلاشت فكرة تمتع الطبيب بحصانة مهنية مطلقة عن أخطائه الطبية، وأصبح انحراف الطبيب عن السلوك الفني الصحيح، وعن الأصول والقواعد الطبية المتعارف عليها كثيراً، ما يؤدي إلى مساءلته جزائياً عن أخطائه، سواء أكانت هذه الأخطاء عمدية، أو غير عمدية، ومثال ذلك أن تكون الآلات المستخدمة في العلاج غير معقمة، أو أن ينس الطبيب فوطة بيطن الأم أثناء توليدها عن طريق قيامه بعملية قيصرية....

فالمسؤولية الجزائية للطبيب تتعلق بشكل صريح وواضح، بالالتزامات الواقعة عليه من حيث المبدأ، ألا وهو الالتزام ببذل العناية والحذر والحيطه، وبناء على ذلك فالطبيب يكون غير مسؤول عن المساس بجسم الإنسان، وما ينتج عنه من مخاطر، ما دام قد اتبع الأصول والقواعد العلمية والطبية السليمة، فأساس عدم مسؤولية الطبيب هنا(كما بينا من خلال الدراسة)، هو استعمال حق مقرر بمقتضى القانون بحسن نية، بقصد تحقيق العلاج، فيكون هذا الاستعمال سببا للإباحة وعدم المسؤولية(المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري والتي تقابلها المادة 60 من قانون العقوبات المصري والمادة 11 من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991)، ففي هذه الحالة يسأل من لا يملك الحق، بمزاولة مهنة الطب بدون ترخيص بداية، ويسأل على أساس الفعل العمد، ولا يعفى من العقاب وتمتنع مسؤوليته، إلا عند قيام حالة الضرورة بشروطها القانونية، أو بإثبات حدوث ظروف أجنبية لا يد له فيها، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، كما أن هناك أيضا حالات معينة، يقع فيها الالتزام أيضا بتحقيق النتيجة المرجوة من بداية مباشرته للحالة.

كذلك مما لا نقاش فيه، أنه يجب على طبيب التوليد وهو بصدد مباشرته لعمله، أن يتبع في ذلك الأصول والقواعد العلمية والطبية، شريطة أن يواكب عمله كل ما استجد من نظريات وتقنيات حديثة في طب التوليد، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

ومما تم التوصل إليه من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري، لم يتعرض للمسؤولية الجزائية لطبيب التوليد بنصوص خاصة، إذ ترك حكمها للقواعد العامة في المسؤولية الجنائية، مما جعل للفقه والقضاء الدور البارز والهام في مجال رسم حدود، وأبعاد المسؤولية الجزائية في مهنة الطب بصفة عامة، والانطلاق منها لوضع حدود المسؤولية الجزائية لطبيب التوليد، وتأصيل أحكامها في نطاق المسؤولية الجنائية تأسيسا على أن مهنة التوليد لا تعدو أن تكون -في حقيقة الواقع- مباشرة لعمل طبي في نوع معين من التخصص، فبحث المسؤولية الجنائية للطبيب، يتناول في الواقع بالضرورة أعمال التوليد، وكل الأمر يتعلق بإبراز النواحي العملية الخاصة بالتوليد، لما تتسم به من جوانب لا تتوافر في العمل الطبي العادي، فإذا كان الطبيب عموما في صراع مستمر،

مستخدما كل الوسائل المتاحة له، محاولا شفاء المريض من علته، وهو في ذلك قد ينجح ويشكر عما قام به من مجهود، أو يفشل ويتعرض للمساءلة القانونية، إلا أن وضع طبيب التوليد أدق من ذلك، فهو يتعامل مع فردين وأحيانا ثلاثة أو أكثر، فهناك الأم والجنين، كذلك فإن الوضع يزداد سوءا إذا ما كانت ولادة الوليد بعد مرور مدة طويلة من الانتظار، وبعد رحلة طويلة من العلاج، واستخدام مختلف التقنيات المستحدثة لتحقيق حلم الإنجاب.

فمن خلال دراسة المسؤولية الجنائية لأطباء التوليد عن أخطائهم الطبية، تم التوصل للنتائج

التالية:

-أساس إباحة عمل طبيب التوليد هي إجازته العلمية في تخصص طب التوليد، التي يتحصل عليها بعد تحصيله على شهادة دكتوراه في الطب، فالأصل في منحه ترخيصا بالعمل هنا، هو حصوله على المؤهل العلمي، وهذا يضاف إلى شرط عدة منها رضاء المريضة الحامل بالتدخل الطبي عليها، لأن التزام طبيب التوليد هنا بتبصير الحامل، يتطلب التوافق بين احترام إرادتها وحريتها، في أن تتخذ قرارها بقبول التدخل الطبي أو رفضها وهي على بينة وتبصر، وعلم تام بحقيقة الأمور، وبين المحافظة على صحتها، فاحترام إرادة الحامل في المساس بجسدها، يتطلب إعلامها واطلاعها بالمخاطر المتوقعة التي قد تترتب على التدخل الطبي في عملية التوليد، خصوصا إذا كانت تتصف بالدقة والصعوبة، مثلا عند إجراء العمليات القيصرية وما شابه ذلك، وكذلك مما يتم التنويه له أن رضاء الحامل على قدر كبير من الأهمية، ولو تعارضت إرادتها مع إرادة زوجها، على أساس أن الزواج لا يعني تنازل المرأة عن حقها في المحافظة على صحتها وتكاملها الجسدي، فلا يجوز إجراء أي تدخل طبي أو جراحي عليها دون الحصول على موافقتها، فلا يستطيع الزوج الحلول محلها إلا عند الضرورة (الحالة التي لا تستطيع فيها إبداء رأيها)، وكذلك التزام الطبيب هنا بإتباع الأصول العلمية، وأن يكون ذلك بقصد العلاج.

-المشروع الجزائري وعلى غرار بعض المشرعين كالمشروع المصري، لم يتعرض للمسؤولية الجنائية لطبيب التوليد بنصوص خاصة، بل ترك حكمها للقواعد العامة، التي تحكم المسؤولية الجنائية للطبيب بصفة عامة، كما أن الفقه والقضاء في هذه الحالة لعب دورا محوريا وهاما لرسم حدود هذه المسؤولية.

-الواقع أصبح يفرض ضرورة إعادة النظر في القوانين المنظمة لمهنة الطب في الجزائر حتى تتماشى والتغيرات العلمية التي يعرفها هذا المجال العلمي، وخاصة فيما يتعلق بنظام المسؤولية الطبية في شقها الجنائي(مثلا اضافة مادة القانون الجزائري لطلبة الطب)، وتحديث قواعدها حتى تواكب هذا التقدم العلمي، فلم يعد العمل الطبي من أجل شفاء المريض فقط، وإنما أصبح هدفه التقدم العلمي أيضا، ووقاية الإنسان من الأمراض قبل أن يصاب بها، فالحكمة تقتضي أن الوقاية خير من العلاج.

-احترام الأصول العلمية في مهنة الطب، يقتضي أنه يجب على الطبيب، قبل أن يشرع في علاجه لمشكلة تأخر الإخصاب أو قلته، أن يحيط بكل المعلومات اللازمة عن صحة المريض، وطبيعة الإجراءات التي قد يقترحها، وما هي بدائلها والمضاعفات والآثار الجانبية، التي يمكن أن تنتج عن استعمالها. ويجب تبليغها وتوضيحها للمريض، حتى يكون على بصيرة بقبولها أو رفضها، أي أن يكون رضاه بالعلاج أو برفضه مبني على أسس حقيقية.

-عملية التوليد شأها شأن الأعمال الطبية الأخرى، اشترط القانون فيها الرضا الصحيح للأم الحامل، ولكن الرضا في الواقع يختلف في الولادة، بين حالتين بحسب نوعي الولادة المعروفتين، فإذا كانت الولادة طبيعية، فلا إشكال في الرضا هنا، فيستوي أن يكون صريحا أو ضمنيا أو مفترضا، أما إذا كانت العملية قيصرية، وتنطوي على خطورة كبيرة كونها تحتاج إلى تدخل جراحي، قد تنتج عنه مضاعفات وأخطار أكثر من التي تنجم في الولادة الطبيعية، فهنا جرى العرف والعادة على أن يكون الرضا هنا مكتوبا من المرأة الحامل، أو من ينوب عنها قانونا كزوجها مثلا.

-يتمثل الخطأ الطبي في التوليد في كل مخالفة يقوم بها طبيب التوليد، من خلال خروجه في سلوكه على القواعد العلمية، والأصول الطبية المتعارف عليها في طب التوليد نظريا وعمليا، وقت إشرافه على لعملية التوليد من بدايتها إلى نهايتها، إضافة إلى مسيرته للمستجدات العلمية في هذا التخصص، باعتباره واحدا من أكثر التخصصات التي تعرف تطورا مستمرا.

-قيام المسؤولية الجنائية لطبيب التوليد، لا تشترط نوعا محددًا ودرجة معينة من الخطأ، فلم يفرق القانون بين الخطأ الجسيم واليسير، بل أن القانون الجنائي تعامل مع هذه الحالات من خلال وضعه لحد أقصى وحد أدنى للعقوبة، وترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع، الذي يحددها بناء على الظروف المحيطة بالطبيب المسؤول جنائيا، بناء على قناعته الشخصية. كذلك فإن القانون الجنائي، لم يحدد صورا وأشكالا محددة للخطأ الجنائي في طب التوليد.

-كذلك اشترط القانون على كل من يقوم بمباشرة عمل طبي أو جراحي أن يكون مرخصا له بمزاولة مهنة الطب و الجراحة، وطبيب التوليد هنا لا بد أن يكون حاصلا على مؤهل علمي يتمثل في شهادة دكتوراه في الطب العام زائد شهادة التخصص في طب التوليد، وحصوله على ترخيص بمزاولة هذه المهنة، وإلا فإنه يسأل جنائيا عما يحدث في المريضة الحامل من جرح على أساس العمد، ولا يؤثر على تلك المسؤولية أن يكون هذا التدخل قد تم بناء على رضا الحامل نفسها أو من ذويها المخولين قانونا بالتعبير عن رضاها، حتى ولو تحقق الشفاء و تمت عملية الولادة بنجاح دون أية مضاعفات.

-كذلك فإن مسألة الإجهاض وإن كان قد عرف منذ القديم، عند مختلف الشعوب والأمم، فهي تعد مسألة حساسة، وقد اختلفت بشأنها آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية بين مؤيد ومعارض، قبل اختلاف الفقهاء في القانون في مختلف التشريعات بين الإباحة والتحریم⁵⁴³، والشيء المتفق عليه بينهم هو جواز بل وجوب إسقاط الجنين بعد نفخ الروح خوفا على حياة الأم، وتطبيقا حالة الضرورة التي تبيح الإجهاض لإنقاذ حياة الأم والتي نصت عليها المادة 308 من قانون

⁵⁴³ انظر، الملحق رقم 4.

العقوبات الجزائية. وللقيام بذلك لابد من إثبات حالة الضرورة التي تستدعي تدخل أهل الخبرة من الأطباء الأخصائيين. ووجوب إتباع الإجراءات القانونية التي وضعها المشرع في مثل هذه الحالات. كذلك ما يلاحظ أن المشرع الجزائري وفي مسألة الإجهاض قد اتفق مع الشريعة الإسلامية في عدم إجراء الإجهاض في غير حالة الضرورة فلم يسمح بإجرائها في حالة المرأة المعتصبة، أو حالة الإجهاض للجنين المشوه أو غير ذلك من الحالات الخاصة.

- كذلك فيما يتعلق بعملية التعقيم للزوجة والتي تعد عملية جراحية، فهنا يجب على طبيب التوليد أن يلتزم بالشروط والأصول العلمية التي تتطلبها إجراء العمليات الجراحية، وهو بصدد القيام بعملية التعقيم بشرط أن يكون غرضها علاجيا فقط، أما إذا قام بإجرائها لأغراض أخرى، فيسأل جنائيا حسب الأحوال عن جريمة إحداث عاهة مستديمة أو قتل خطأ أو جرح ...

- التلقيح الصناعي كطريقة بديلة عن الانجاب العادي (الإخصاب المساعد)، أباحه وشرعه القانون الجزائري، ونظمه بشروط منها أن يكون داخل نطاق العلاقة الزوجية وعند قيامها بشكل قانوني صحيح، إضافة لضرورة علاج العقم، أو مشكلة تأخر الانجاب، إضافة إلى رضا الزوجين وفي حياتهما، وأن يتم هذا التلقيح بمشي الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما حفاظا على الأنساب، وهذا ما نصت عليه المادة 45 مكرر من قانون الأسرة. وبناء على ذلك فإن التلقيح الصناعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية سواء بأنحلالها قانونا أو بوفاة أحد طرفيها لا يجوز قانونا.

- كذلك مما له علاقة بالموضوع أن استئجار الأرحام، وكل ما له علاقة باختلاط الأنساب يعد محرما شرعا مجرم قانونا.

- تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب قانونا بقيام أركانها اللازمة، فلا يكفي ارتكاب الطبيب سلوكا خاطئا نتيجة إهمال أو رعونة أو عدم احتياط أو عدم مراعاة للأنظمة، وتحصل نتيجة ضارة، بل يجب أن تكون هذه الأخيرة نتيجة لسلوك الطبيب الجاني، وهذا تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية الجنائية.

إن موضوع المسؤولية الجزائية للطبيب عموماً تكتسي أهمية بالغة سواء نظرياً أو تطبيقياً، وتزداد هذه الأهمية في طب التوليد نظراً لخصوصية هذا المجال، الذي يعد مجالاً خصباً للدراسة، لذلك في ختام هذه الدراسة يمكن إبداء المقترحات التالية:

-أولاً لابد من نشر الوعي القانوني بين أطباء التوليد، وهذا لا يتأتى إلا بتزويدهم بمختلف النصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب عموماً و ما لهم علاقة بطب التوليد خصوصاً، إضافة إلى تنظيم ملتقيات قانونية حول المسؤولية الجنائية للأطباء بصفة عامة، و تطبيقاتها في طب التوليد لاسيماً وأنه يمس شريحة مهمة من المجتمع وهي النساء الحوامل وصحتهن وصحة أجنتهن.

- كذلك مما يعيق الباحثين في مجال المسؤولية الجزائية لأطباء التوليد، خصوصاً رجال القانون هو عدم ضبط المصطلحات الطبية الدقيقة، لذلك يجب وضع معجم للمصطلحات الطبية في مجال طب التوليد باللغة العربية باشتراك رجال الطب والقانون وأهل اللغة، حتى تصاغ التعريفات للمصطلحات الطبية بمعناها العلمي الدقيق ويفهمها رجال القانون في تطبيقاتهم سواء التشريعية عند صياغة القوانين واللوائح المنظمة، أو القضاة عند مسألتهم لأطباء التوليد.

-استغلال الإعلام سواء العام أو الخاص المرئي أو المسموع أو المكتوب، باعتباره قوة مؤثرة في المجتمع لغرض تقريب وجهات نظر الحوامل وأطباء التوليد ورجال القانون، وهذا عن طريق طرح المشاكل التي تعاني منها الحوامل في المستشفيات أو عيادات التوليد، والعوائق والصعوبات التي تواجه أطباء التوليد أثناء القيام بمهامهم، ورؤية رجال قانون في الأخطاء التي يمكن مساءلة الأطباء هنا على أساسها، لاسيماً المتعلقة بالمسؤولية الجزائية، وترك الأمر في الأخير للدولة صاحبة القرار لتحسين الظروف الصحية للنساء الحوامل، وتوفير الإمكانيات اللازمة للأطباء والقوالب للقيام بعملهم في أحسن الظروف، وجعل المنظومة القانونية تتماشى والمتغيرات الحديثة التي يعرفها هذا التخصص.

- كذلك لابد من الرفع من القدرات العلمية والعملية للقوالب، باعتبارهم الأكثر إشرافاً على عمليات التوليد، مقارنة بالأطباء هنا، وهذا عن طريق تلقينهم أحدث التقنيات المستخدمة في

التوليد، وفتح دورات تكوينية تطبيقية لهم، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، لتبادل الخبرات في هذا المجال، و ذلك لأن الإحصائيات تشير إلى وفاة 700 امرأة سنويا أثناء الولادة، وأكثر من 5000 قابلة متابعة قضايا والعشرات وراء القضبان⁵⁴⁴.

- ما يمكن أن يثار في هذا الإطار هو نقص المراكز الطبية المتخصصة في التلقيح الصناعي في الجزائر، مقارنة بالدول الرائدة في هذا المجال، وهذا ما يترجمه اتجاه الكثير من الجزائريين إلى المراكز الموجودة في الخارج خاصة الموجودة في الاتحاد الأوروبي.

- زيادة دعم الدولة للباحثين في مجال الطب، والتي تتركز أبحاثهم في علاج مشاكل العقم وتأخر الإنجاب، وتوفير لهم المراكز المجهزة بأحدث التقنيات، وتوفير الدعم المادي لهم قصد تشجيعهم على البحث، مما يرفع من مستوى أطباء التوليد، ويزيد من حالات علاج العقم.

- كذلك حبذا لو أن المشرع يفرد قانونا خاصا بطب التوليد، يجمع فيه المؤهلات العلمية الخاصة بطبيب التوليد والقابلات المشرفات على الولادة، و النظام القانونية للمسؤولية المترتبة على أخطائهم، وطبيعتها سواء كانت جنائية أو مدنية أو تأديبية.

- لا بد من زيادة الرقابة على العيادات الخاصة في التوليد، كونها تراعي الجانب المادي كثيرا، وهذا يترجمه الاتجاه إلى إجراء العمليات القيصرية ذات التكاليف الباهظة، رغم أن حالة الحامل لا تحتاج إلى ذلك، و فرض رقابة أكثر على الأطباء في القطاع العام، لمنع نزوحهم نحو العيادات الخاصة، وإهمالهم لعملهم في المستشفيات العامة.

تم بحمد الله

⁵⁴⁴ بحسب جريدة الشروق اليومي الجزائرية في عددها 3094 بتاريخ 24 أكتوبر 2010 الموافق لـ 16 ذي القعدة 1431.

الملاحق

الملاحق:

الملحق رقم 1: قرار قضائي جزائري.

الملف رقم 118720 قرار بتاريخ 1995/05/30.

قضية (ك.خ) ضد (ب.أ): المسؤولية الطبية.

ثبوت الخطأ وعدم الانتباه-وفاة الضحية-توفر العلاقة السببية-المادة 288 من قانون

العقوبات.

من المقرر قانوناً أن كل إهمال أو عدم انتباه، أو عدم مراعاة لأنظمة، يفضي إلى القتل

الخطأ، يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية.

ومتى ثبت في قضية أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية، وتوفرت العلاقة السببية بينهما

استناداً لتقرير الخبرة، واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريم دواء غير لائق بصحة المريض.

فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح، وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

أصدرت المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات القسم الرابع في جلستها العلانية المنعقدة بتاريخ الثلاثين من شهر ماي سنة خمس وتسعون وتسعمائة وألف.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين (..) الساكن ب... الوكيل عنه الأستاذ... المعتمد لدى المحكمة العليا....

الطاعنة بالقرار من جهة

وبين (..) الساكن ب... النيابة العامة.

المطعون ضدهما بالنقض من جهة أخرى.

بعد الاستماع إلى السيدة... المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب، وإلى السيد....

المحامي العام في تقديم طلباته الرامية إلى الرفض.

فصلا في الطعن بالنقض المؤرخ في 9 مارس 1993 الذي قدمه "... متهم ضد القرار

الصادر في 2 مارس 1993 عن مجلس قضاء بسكرة المقضي على المتهم بـ 6 أشهر حبس غير

نافذة وبـ 2000 دج غرامة نافذة، من أجل قتل خطأ وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة

288 من قانون العقوبات.

حيث أن الرسم القضائي قد تم دفعه.

حيث أن الطعن قد استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أودع الأستاذ... مذكرة في حق الطاعن أثار فيها ثلاثة أوجه للنقض.

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة القواعد الجوهرية للإجراءات بدعوى أن القرار المطعون فيه أغفل استدعاء وسماع الشهود والخبراء.

حيث أن الإغفال لم يثار أمام المجلس قبل الفصل في الموضوع مما يجعل الوجه المثار جديد أمام المحكمة العليا ولذا يتعين رفضه.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قلة أو انعدام الأسباب بدعوى أن القرار المطعون فيه لم يعط العناصر التي تثبت علاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية.

عن الوجه الثالث: المأخوذ من خطأ في تطبيق المادة 288 من قانون العقوبات بدعوى أنه لم توجد علاقة سببية بين فعل المتهم بصفته طبيب ملزم شرعاً بالالتزام بوسيلة وليس ملزم بالالتزام بنتيجة، ولم ترتكب أي خطأ.

حيث أجابت عن الوجه الثاني والثالث مما ينبغي القول أن القرار المطعون فيه بين العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية، اعتماداً على تصريحات المتهم، الذي اعترف بأنه أمر بتجريع دواء البنسلين عن طريق حقن واعتماداً أيضاً على تقرير الخبير.

حيث أن الطعن لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني به الضحية من قبل وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما جعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات.

حيث أن القرار المطعون فيه مسبب تسبباً كافياً على مفهوم المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية وتكييف الوقائع المطابقة للقانون.

حيث أن الوجهين غير مؤسسين ولذا يتعين رفضهما.

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا:

بقبول الطعن شكلا وبرفضه موضوعا.

وبترك المصاريف القضائية على المدعي في الطعن.

وبهذا صدر القرار بتاريخ المذكور أعلاه من طرف المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات

القسم الرابع.

الملحق رقم: 02

الماء المهين في قرار مكين	النطفة	العلقة	المضغة	العظام	اللحم	نفخ الروح
﴿ثم جعل نسله في سلالة من ماء مهين﴾	﴿ثم جعلناه نطفة في قرار مكين﴾	﴿ثم خلقنا النطفة علقة﴾	﴿فخلقنا العلقة مضغة﴾	﴿فخلقنا المضغة عظاما﴾	﴿فكسونا العظام لحسا﴾	﴿ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين﴾
		(المؤمنون/١٤)	(المؤمنون/١٤)	(المؤمنون/١٤)	(المؤمنون/١٤)	(المؤمنون/١٤)
(السجدة/٨)	(المؤمنون/١٤)		﴿ثم من مضغة مخلقة وضير مخلقة﴾			(المؤمنون/١٤)
(ماء الرجل وماء المرأة)	القرار المكين: رحم المرأة					
﴿الم نخلقكم من ماء مهين فجعلناه في قرار مكين﴾	النطفة ماء الذكر وماء الانثى		(الحج/٥)			

جدول رقم ١: تطور الجنين في القرآن الكريم

الملحق رقم: 03

ملاحظات	مرحلة نفخ الروح	مرحلة التخلق أو التسوية	اللحم	العظام	المضغة	العقطة	النطفة	تطور الجنين المذاهب	
	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	الحنفية ١	١
يجوز بعذر، ولا يجوز بغير عذر يجوز حتى بدون عذر		يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	٢	
يجوز إسقاط النطفة ما لم تعلق على جدار الرحم	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	يجوز	يجوز	المالكية	٢
رأي الإمام الغزالي رأي بقية الفقهاء الشافعيين	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	الشافعية ١	٣
		يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	٢	
يجوز ما دام الجنين لم يتخلق بعد فهو بحكم غير الآدمي	لا يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	الحنابلة	٤
لا يجوز الإسقاط ولو كان الجنين نطفة	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	الإمامية	٥
لا حرمة لجناد (قياساً على العزل)	لا يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	الزيدية	٦
يظهر ذلك من وجوب الغرة في الإسقاط قبل نفخ الروح. الجنين ليس حياً قبل نفخ الروح ولا يقتل موات	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	لا يجوز	الظاهرية ١	٧
		يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	يجوز	٢	

جدول رقم ١٠ / بيان توضيحي حول مسألة إجهاض الجنين قبل نفخ الروح بحسب المذاهب الإسلامية

الملحق رقم: 04

الدولة	النص القانوني	المواد	نوع الجرم	حالات الإباحة	النظام الطبي للإجهاض الشرعي	حالة الجنين المجهض
١ لبنان	يمنع الإجهاض	من ٥٣٩ إلى ٥٤٩	جُنحة تُشدد الى جناية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	توقيع ٣ أطباء - ١ طبيب مختص ٤ نسخ	الثلاثة أشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة الضرورة
٢ سوريا	يمنع الإجهاض	من ٥٢٥ الى ٥٣٢	جُنحة تُشدد الى جناية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	توقيع ٣ أطباء - ١ طبيب مختص ٤ نسخ	الثلاثة أشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة الضرورة
٣ الأردن	يمنع الإجهاض	من ٣٢١ الى ٣٢٦	جُنحة تُشدد الى جناية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	توقيع ٣ أطباء - ١ طبيب مختص ٤ نسخ	الثلاثة أشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة الضرورة
٤ العراق	يمنع الإجهاض	من ٢٢٩ الى ٢٣١	جُنحة تُشدد الى جناية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	توقيع ٣ أطباء - ١ طبيب مختص ٤ نسخ	الثلاثة أشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة الضرورة
٥ الجزائر	يمنع الإجهاض	من ٣٠٤ الى ٣١٣	جُنحة تُشدد الى جناية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	موافقة الزوجة - في غير خفاء - ابلاغ السلطة الإدارية - الطبيب جراح	الثلاثة أشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة الضرورة

الدولة	النص القانوني	المواد	نوع الجرم	حالات الإباحة	النظام الطبي للإجهاض الشرعي	حالة الجنين المجهض
٦ - المغرب	يمنع الإجهاض	-	جنحة تشدد الى جنائية اذا كان الفاعل من الجسم الطبي.	اسباب صحية وحالات الضرورة	قرار وتوقيع لجنة أطباء (٣)	الثلاثة اشهر الأولى من الحمل قد تمتد الى حين الولادة بسبب حالة لضرورة
٧ - إيران	يمنع الإجهاض	٤٨٧	جنائية	اسباب صحية وحالات الضرورة	قرار وتوقيع لجنة أطباء (٣)	في الاربعة اشهر الاولى وقد تمتد لحين الوضع بسبب حالة الضرورة
٨ - مصر	يمنع الإجهاض	من ٢٦٠ الى ٢٦١	جنائية	اسباب صحية وحالات الضرورة	قرار وتوقيع لجنة أطباء (٣)	في الاربعة اشهر الأولى وقد تمتد لحين الوضع بسبب حالة الضرورة
٩ - ليبيا	يمنع الإجهاض	من ٣٩١ الى ٣٥٦	جنائية	اسباب صحية وحالات الضرورة	قرار وتوقيع لجنة أطباء (٣)	في الاربعة اشهر الاولى وقد تمتد لحين الوضع بسبب حالة الضرورة
١٠ - الكريت	يمنع الإجهاض	من ١٧٤ الى ١٧٧	جنائية	اسباب مرضية وحالات تشوه الصحة	موافقة الزوجة - قرار لجنة طبية - ٣ أطباء قرار وزير الصحة	في الاربعة اشهر الاولى وقد تمتد لحين الوضع بسبب حالة الضرورة
١١ - تونس	يبیح الإجهاض	-	-	حتى بدون ضرورة	يجريه طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية او مضحة مرخص لها قانوناً.	في الثلاثة اشهر الأولى وقد تمتد لحين الوضع لأسباب صحية

جدول رقم ١٧- عن حكم الإجهاض في القوانين الوضعية: قوانين العقوبات في الدول العربية والإسلامية

كما يخضعن، زيادة على ذلك، للنظام الداخلي الخاص بالمؤسسة التي يعملن فيها.

المادة 4 : تستفيد القابلات في الصحة العمومية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما مما يأتي:

أ - النقل عندما يكن ملزمات بعمل ليلي أو مداومة،

ب - خدمات في مجال الإطعام في هياكل الصحة ويكون الإطعام مجانا لمستخدمي المداومة،

ج - اللباس: تلتزم القابلات في الصحة العمومية بارتداء البذلة الطبية أثناء ممارسة مهامهن،

د - التغطية الصحية الوقائية في إطار طب العمل.

تحدد شروط ضمان النقل والإطعام واللباس بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والوزير المكلف بالمالية.

المادة 5 : تستفيد القابلات في الصحة العمومية من كل الظروف الضرورية لتأدية مهامهن وكذا من شروط حفظ الصحة والسلامة المرتبطة بطبيعتهم ونشاطهم.

المادة 6 : تستفيد القابلات في الصحة العمومية من حماية خاصة بمناسبة وأثناء القيام بمهامهن.

المادة 7 : تلتزم القابلات في الصحة العمومية في إطار المهام المخولة لهن، بما يأتي:

- الاستعداد الدائم للعمل،

- القيام بالمداومات التنظيمية داخل المؤسسات الصحية.

الفصل الثالث

التوظيف والترسيم والترقية والترقية في الدرجة

الفرع الأول

التوظيف والترقية

المادة 8 : توظف وترقى القابلات اللواتي يحكمهن هذا القانون الأساسي الخاص حسب الشروط والنسب المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يمكن تعديل النسب المطبقة على كيفية الترقية بمقرر من السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية بعد أخذ رأي اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة.

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالقابلات،

- وبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 11-94 المؤرخ في 21 ربيع الأول عام 1432 الموافق 24 فبراير سنة 2011 الذي يحول مدارس التكوين شبه الطبي إلى معاهد وطنية للتكوين العالي للقابلات،

- وبعد موافقة رئيس الجمهورية،

يرسم ما يأتي :

الباب الأول

أحكام عامة

الفصل الأول

مجال التطبيق

المادة الأولى : تطبيقا لأحكام المادتين 3 و11 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، يهدف هذا المرسوم إلى توضيح الأحكام الخاصة المطبقة على الموظفين اللواتي ينتميين لسلك القابلات في الصحة العمومية، كما يحدد شروط الالتحاق بمختلف الرتب ومناصب الشغل المطبقة.

المادة 2 : تكون الموظفات الخاضعات لهذا القانون الأساسي الخاص في الخدمة لدى المؤسسات العمومية التابعة للوزارة المكلفة بالصحة.

ويمكنهن، بصفة استثنائية، أن يكن في الخدمة لدى الإدارة المركزية.

كما يمكن أيضا أن يكن في وضعية الخدمة لدى المؤسسات العمومية ذات النشاطات المماثلة لتلك التي تقوم بها المؤسسات المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه والتابعة لوزارات أخرى.

يحدد قرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والوزير المعني والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية قائمة الرتب المعنية وكذا تعداد المستخدمين الخاص بكل مؤسسة.

الفصل الثاني

الحقوق والواجبات

المادة 3 : تخضع القابلات اللواتي يحكمهن هذا القانون الأساسي الخاص للحقوق والواجبات المنصوص عليها في الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه.

- تضمن تحيين المعارف بهدف تحصيل مهارات جديدة مرتبطة باحتياجات قطاع الصحة وكذا متطلبات الطب العصبي.

الفصل السادس

التقييم

المادة 14 : زيادة على المعايير المنصوص عليها في المادة 99 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، تقيم القابلات في الصحة العمومية حسب النتائج المرتبطة بما يأتي:

- تحقيق الأهداف،
- روح المبادرة،
- المشاركة في أعمال الأبحاث والمنشورات والمدخلات ذات الطابع العلمي،
- الملف الإداري في جانبه التأديبي.

الفصل السابع

الأحكام العامة للإدماج

المادة 15 : تدمج القابلات التابعات للسلك والرتب المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه، ويرسم ويعاد تصنيفهن عند بداية سريان مفعول هذا المرسوم في الرتب المطابقة، المنصوص عليها في هذا القانون الأساسي الخاص.

المادة 16 : ترتب القابلات المذكورات في المادة 15 أعلاه، في الدرجة المطابقة للدرجة التي يحزنها في رتبهن الأصلية. ويؤخذ باقي الأقدمية المكتسب في الرتبة الأصلية في الحساب عند الترقية في الدرجة في رتبة الاستقبال.

المادة 17 : تدمج القابلات المتربصات اللواتي عينن قبل تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية، بصفة متربصات ويرسم بعد استكمال الفترة التجريبية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.

المادة 18 : يجمع انتقاليا ولمدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ سريان مفعول هذا المرسوم، بين الرتبة الأصلية ورتبة الإدماج في تقدير الأقدمية

الفرع الثاني

التربص والترسيم والترقية في الدرجة

المادة 9 : تطبيقا لأحكام المادتين 83 و84 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، تعين المترشحات اللواتي يوظفن في الرتب التي يحكمها هذا القانون الأساسي الخاص بصفة متربصات بقرار أو مقرر، حسب الحالة، من السلطة المخولة صلاحية التعيين، ويلزم باستكمال تربص تجريبي مدته سنة واحدة.

المادة 10 : ترسم المتربصات، على إثر فترة التربص أو يخضعن لتمديد التربص مرة واحدة للمدة نفسها أو يسرحن دون إشعار مسبق أو تعويض.

المادة 11 : تحدد وتأثر الترقية في الدرجة المطبقة على الموظفات اللواتي ينتمين للسلك التابع للقابلات في الصحة العمومية حسب المدد الثلاث (3) المنصوص عليها في المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 07-304 المؤرخ في 17 رمضان عام 1428 الموافق 29 سبتمبر سنة 2007 والمذكور أعلاه.

الفصل الرابع

الوضعيات القانونية الأساسية

المادة 12 : تطبيقا لأحكام المادة 127 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، تحدد النسب القصوى للموظفات الخاضعات لهذا القانون الأساسي الخاص اللواتي من شأنهن أن يوضعن، بناء على طلبهن في إحدى الوضعيات القانونية الأساسية الخاصة بالانتداب أو الإحالة على الاستيداع أو خارج الإطار بالنسبة للسلك ولكل مؤسسة، كما يأتي:

- الانتداب : 10 %،

- الإحالة على الاستيداع : 10 %،

- خارج الإطار : 5 % .

الفصل الخامس

التكوين

المادة 13 : يتعين على الهيئة المستخدمة أن:

- تضمن التكوين وتحسين المستوى وتجديد المعلومات لفائدة القابلات في الصحة العمومية بهدف تحسين دائم لمؤهلاتهن وترقيتهن،

- الحرص على توفر العتاد والأدوية الضروريين للمداومة والحرص على تبليغ الأوامر،
- المشاركة في تأطير القابلات المتربصات.

المادة 22 : تكلف القابلات في الصحة العمومية على الخصوص بما يأتي :

- ضمان الفحوص ما قبل الولادة،
- تقديم تشخيص ومراقبة الحمل،
- تحضير الزوجين بشأن الولادة ومرافقتهم،
- الكشف عن الحمل ذي الخطر العالي ومراقبته،
- مراقبة ومرافقة الوضع والتوليد وممارسة التوليد العادي،
- استقبال المولود الجديد والتكفل به،
- ضمان متابعة الفترة ما بعد الوضع ومرافقة المرأة إلى الرضاعة الطبيعية،
- تنظيم وتنشيط نشاطات الوقاية والتربوية بشأن صحة الأم والصحة الزوجية وصحة العائلة،
- المشاركة في تكوين الطالبات وتأطيرهن.

المادة 23 : زيادة على المهام المسندة للقابلات في الصحة العمومية، تكلف القابلات المتخصصات في الصحة العمومية حسب تخصصهن بما يأتي :

- ضمان متابعة تطور الجنين والكشف عن الاختلالات والمراقبة الجنينية ومراقبة المبيض ومراقبة وضع الوسيلة الطبية داخل الرحم ومتابعتها،
- إعداد كل المناهج الخاصة بالتحضير لولادة بدون ألم ووصفها وتطبيقها.

المادة 24 : زيادة على المهام المسندة للقابلات المتخصصات في الصحة العمومية، تكلف القابلات الرئيسات للصحة العمومية، على الخصوص بما يأتي :

- إعداد، بالعمل مع الفريق الطبي، مشروع المصلحة وإنجازه،
- ضمان متابعة نشاطات القابلات وتقييمها،
- ضمان تسيير الإعلام المتعلق بنشاطات القابلات،
- استقبال الطالبات والمتربصات وتنظيم تأطيرهن.

المطلوبة للترقية في رتبة ما أو التعيين في منصب عال، بالنسبة للموظفات اللواتي أدمجن في رتب غير تلك المطابقة للرتب التي سبق إحداثها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه.

الباب الثاني

الأحكام المطبقة على سلك القابلات

الفصل الأول

سلك القابلات

المادة 19 : يضم سلك القابلات خمس (5) رتب :

- رتبة قابلة ، وهي رتبة آيلة إلى الزوال،
- رتبة قابلة رئيسية،
- رتبة قابلة في الصحة العمومية،
- رتبة قابلة متخصصة للصحة العمومية،
- رتبة قابلة رئيسة للصحة العمومية.

الفرع الأول

تحديد المهام

المادة 20 : تكلف القابلات على الخصوص بما يأتي :

- ضمان الفحوص في مجال اختصاصهن،
- تقديم تشخيص الحمل ومراقبته،
- تحضير الزوجين بشأن الولادة ومرافقتهم،
- الكشف عن الحمل ذي الخطر العالي ومراقبته،
- مراقبة ومرافقة الوضع والتوليد وممارسة التوليد العادي،
- استقبال المولود الجديد والتكفل به،
- ضمان المتابعة بعد الوضع ومرافقة المرأة في الرضاعة الطبيعية،
- تنظيم وتنشيط نشاطات الوقاية والتربوية بشأن صحة الأم والصحة الزوجية وصحة العائلة،
- المشاركة في تكوين الطالبات وتأطيرهن.

المادة 21 : زيادة على المهام المسندة إلى القابلات ، تكلف القابلات الرئيسيات، لا سيما بما يأتي :

- الحرص على التكفل الجيد بالنساء في حالات المخاض والوضع،

المادة 28 : ترقى بصفة قابلة رئيسة في الصحة العمومية عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات المتخصصات في الصحة العمومية اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة وتابعن بنجاح تكويننا مدته سنة واحدة (1) يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

الفرع الثالث

الأحكام الانتقالية للإدماج

المادة 29 : تدمج في رتبة قابلة، القابلات المرسمات والمتربصات.

تخضع الموظفات المذكورات أعلاه بعد إدماجهن لمتابعة تكوين تكميلي لمدة تسعة (9) أشهر يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

المادة 30 : تدمج في رتبة قابلة رئيسية، القابلات الممتازات المرسمات والمتربصات.

الباب الثالث

الأحكام المطبقة على المنصب العالي

المادة 31 : تطبيقا لأحكام المادة 11 (الفقرة الأولى) من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، يُحدد المنصب العالي بعنوان السلك النوعي للقابلات في الصحة العمومية كما يأتي :

- قابلة منسقة.

المادة 32 : يحدد عدد المناصب المنصوص عليها في المادة 31 أعلاه، بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والوزير المكلف بالمالية والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

الفصل الأول

تحديد المهام

المادة 33 : تكلف القابلات المنسقات، تحت سلطة الممارس الطبي رئيس المصلحة، اللواتي يكنّ في الخدمة بمؤسسات الصحة العمومية، لا سيما بما يأتي :

- تأطير وتنظيم وتنسيق عمل القابلات والمستخدمين المعيّنين على مستوى المصلحة والسهر على استقبال المرضى وراحتهم،

الفرع الثاني

شروط التوظيف والترقية

المادة 25 : ترقى بصفة قابلة رئيسية :

1- عن طريق الامتحان المهني وفي حدود المناصب المطلوب شغلها القابلات اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة،

2- على سبيل الاختيار وبعد التسجيل في قائمة التأهيل في حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات اللواتي يثبتن عشر (10) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

المادة 26 : توظف وترقى بصفة قابلة في الصحة العمومية :

1- على أساس الشهادة، المترشحات اللواتي نجحن في متابعة تكوين لمدة خمس (5) سنوات في معهد وطني للتكوين العالي للقابلات.

يتم الالتحاق بالتكوين المذكور أعلاه من ضمن المترشحات الحاصلات على شهادة بكالوريا التعليم الثانوي.

2- عن طريق امتحان مهني وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات الرئيسيات اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة،

3- على سبيل الاختيار وبعد التسجيل في قائمة التأهيل في حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات الرئيسيات اللواتي يثبتن عشر (10) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

تخضع المترشحات المقبولات تطبيقا للحالتين 2 و3 أعلاه، قبل ترقيتهن، لمتابعة تكوين بنجاح لمدة سنة واحدة (1) يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

المادة 27 : ترقى بصفة قابلة متخصصة في الصحة العمومية، عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات وفي حدود المناصب المطلوب شغلها، القابلات في الصحة العمومية اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة وتابعن بنجاح تكويننا مدته سنة واحدة (1) يحدد محتوى برنامجه وكيفية تنظيمه بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

بصفة استثنائية ولمدة خمس (5) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية، يمكن تعيين القابلات المنسقات من بين القابلات الرئيسيات اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

الباب الرابع

تصنيف الرتب والزيادة الاستدلالية للمنصب العالي

الفصل الأول

تصنيف الرتب

المادة 35 : تطبيقا لأحكام المادة 118 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 والمذكور أعلاه، يحدد تصنيف الرتب التابعة لسلك القابلات في الصحة العمومية، طبقا للجدول الآتي :

- تنسيق وتحسين خدمات ونشاطات القابلات في المؤسسات العمومية للصحة،
- السهر على الاستعمال العقلاني للمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية والعتاد وصيانتها والحفاظة عليه،
- إعداد تقرير عن النشاط.

الفصل الثاني

شروط التعيين

المادة 34 : تعين القابلات المنسقات من بين القابلات للصحة العمومية، على الأقل، اللواتي يثبتن خمس (5) سنوات من الخدمة الفعلية بهذه الصفة.

التصنيف		الرتب	السلك
الرقم الاستدلالي الأدنى	المنصف		
498	11	قابلة	القابلات
537	12	قابلة رئيسية	
578	13	قابلة في الصحة العمومية	
621	14	قابلة متخصصة في الصحة العمومية	
666	15	قابلة رئيسية في الصحة العمومية	

الفصل الثاني

الزيادة الاستدلالية للمنصب العالي

المادة 36 : تطبيقا لأحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 07-307 المؤرخ في 17 رمضان عام 1428 الموافق 29 سبتمبر سنة 2007 والمذكور أعلاه، تحدد الزيادة الاستدلالية للمنصب العالي طبقا للجدول الآتي :

الزيادة الاستدلالية		المنصب العالي
الرقم الاستدلالي	المستوى	
195	8	قابلة منسقة

المادة 38 : تلغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91 - 110 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالقبالات.

المادة 39 : يسري مفعول هذا المرسوم ابتداء من أول يناير سنة 2008.

المادة 40 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 15 ربيع الثاني عام 1432 الموافق 20 مارس سنة 2011.

أحمد أويحيى

الباب الخامس

أحكام انتقالية و ختامية

المادة 37 : تخضع القابلات التلميذات الموجودات في طور التكوين للحصول على شهادة قابلة، دفعات 2011 و 2012 و 2013 لمتابعة تكوين تكميلي لمدة اثني عشر (12) شهرا قبل تعيينهن في رتبة قابلة.

يحدد محتوى برنامج وكيفيات تنظيم التكوين التكميلي بقرار من الوزير المكلف بالصحة.

قائمة المراجع المعتمدة

قائمة المراجع المعتمدة:

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب السنة النبوية:

- 1- الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسبوري، صحيح مسلم، الجزء الثالث، دار ابن كثير، بيروت لبنان، 1987.
- 2- الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، درا ابن كثير، بيروت، لبنان، 1987.
- 3- ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، درا الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 4- الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، الفتح الرباني ترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، أحمد عبد الرحمان البناء، الجزء العشرون، كتاب خلق العالم، باب ما جاء في الجنين وتكوينه، دار العلم للطبع والنشر، جدة، نشر دار الشهاب، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي:

- 1- محمد أمين الشهير بـ ابن عابدين، حاشية الرد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مطبعة ومكتبة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1984.
- 2- ابن الجوزي عبد الرحمان بن علي، أحكام النساء، تحقيق: علي الحمدي، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1993.
- 3- ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله أحمد بن محمد المقدسي، المعني والشرح الكبير، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1347 هـ.

- 4- ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- 5- ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1405 هـ.
- 6- ابن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر، التبيان في أقسام القرآن، تعليق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1982.
- 7- ابن همام وآخرون، الهداية والعناية، الجزء السابع، طبعة المكتبة التجارية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- 8- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء السابع عشر، دار الحديث ، القاهرة، مصر، 2004.
- 9- أبي محمد علي بن أحمد بن حزم، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، دون سنة شر.
- 10- الجلي خالص، الطب محراب الإيمان، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1982.
- 11- الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1974.
- 12- الزحيلي وهبة، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، دمشق، سوريا، دون سنة نشر.
- 13- الطنطاوي أحمد بن محمد، حاشية الطنطاوي على الدر المختار، الجزء الرابع، المطبعة العامرة، 1283 هـ.
- 14- الشيخ الشعراوي محمد متولي، الفتاوى كل ما يهم المسلم في حياته، يومه وغده، إعداد: د. السيد الجميلي، المكتبة التوفيقية، دون سنة نشر.

- 15-السبسي محمود ناظم،قواعد آداب مزاولة الطب في التراث الإسلامي،أعمال المؤتمر العالمي،
الأول للطب الإسلامي، طبعت بمعرفة وزارة الصحة الكويتية،1980.
- 16-بهنسي أحمد فتحي،المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي،دون دار نشر، 1961.
- 17-حتحوت حسان،منع الحمل الجراحي،نظرة إسلامية،ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام،1983.
- 18-زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي،البحر الرائق شرح كتر الدقائق،الجزء الأول، الطبعة
الثالثة، دار المعرفة ،بيروت،لبنان،1993.
- 19-العلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء
التاسع،الطبعة الثانية،دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،1986.
- 20-عادل عبد المجيد، حكم الرحم في الشريعة الإسلامية، المؤتمر الإسلامي، 1987.
- 21-الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن
الكريم، مكتبة التراث الإسلامي، 1980.
- 22-علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم البغدادي الشهير بالخازن،تفسير الخازن المسمى لباب
التأويل في معاني التنزيل،ط2،مصطفى الباوي الحلبي وأولاده،1955.
- 23-عشري عبد المنعم السيد، تفسير الآيات الكونية في القرآن الكريم، طبع الهيئة المصرية العامة
للكتاب، 1985.
- 24-غانم عمر، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر،
2001.
- 25-شمس الدين بن محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى
شرح المنهاج،الجزء الأول، مكتبة ومطبعة مصطفى الباوي الحلبي،القاهرة، مصر،1968.

- 26- فياض محمد، إعجاز آيات القرآن في بيان خلق الإنسان، ط1، دار الشروق، 1999.
- 27- محمد بن صدقي البورنو، الوجيز في إيجاز قواعد الفقه الكلية، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، 1989.
- 28- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، 1999.
- 29- مذكور محمد سلام، مدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 30- مذكور محمد سلام، نظرة الإسلام إلى تنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1965.
- 31- مذكور محمد سلام، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1969.
- 32- محمد المرسي زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفقه العربي، 1976.

رابعاً: المعاجم والقواميس.

أ- باللغة العربية:

- 1- العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: د. الشناوي عبد العظيم، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1977.
- 2- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1996.

3-الطاهر أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة الشرح المنير وأساس البلاغة، الجزء الأول، يطلب من دار الكتب العلمية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1979.

4-جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1998.

5-إمام أهل اللغة مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتب الدراسات والبحوث، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2005.

6-المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الإدارة العام للمعجمات وإحياء التراث، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

ب-باللغة الأجنبية:

1-Larousse médical, librairie Larousse, Paris, France, 2001.

2-Larousse, dictionnaire usuel, librairie Larousse, Paris, France, 1989.

خامسا: كتب القانون الوضعي.

أ-باللغة العربية:

أ-1-المراجع العامة:

1-ابن وارث م، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري "القسم الخاص"، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2006.

- 2- أبو خطوة أحمد شوقي، جرائم التعريض للخطر العام "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، مصر، 1992.
- 3- أبو حطب فؤاد وصادق آمال، نمو الإنسان، الطبعة الرابعة، مكتب الأنجلومصرية، 1999.
- 4- أبو عزة عبد الستار، بحوث في الفقه الطبي والصحة النفسية من منظور إسلامي، دار الأقصى، القاهرة، مصر، 1991.
- 5- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، مطبعة جامعة القاهرة، 1981.
- 6- أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- 7- أحمد عيسى بك، تاريخ البيمارستات في الإسلام، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1981.
- 8- البابا محمد زهير، تاريخ وتشريع وآداب الصيدلة، مطبعة طربين، دمشق، سوريا، 1986.
- 9- الجابري جلال، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، درا الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2002.
- 10- السعيد كامل، الأحكام العامة لقانون العقوبات الأردني، دار الثقافة للنشر، 2002.
- 11- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دون دار نشر، ودون سنة نشر.
- 12- السمراي كمال، مختصر تاريخ الطب العربي، جزءان، دار النضال، بيروت، لبنان، 1989.
- 13- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان وتطبيقاته الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، منشأة دار المعارف، مصر، 2009.

- 14- الشاذلي فتوح عبد الله، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 15- الشواربي عبد الحميد، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 16- الفاضل محمد، المبادئ العامة في التشريع الجزائري، مطبعة الداوري، دمشق، سوريا، 1978.
- 18- القللي محمد مصطفى، المسؤولية الجزائية، مطبعة فؤاد الأولى، القاهرة، مصر، 1984.
- 19- القهوجي علي عبد القادر ومحمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات "القسم العام"، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1984.
- 20- الغريب محمد عيد، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، 1993.
- 21- المتيت علي أبو اليزيد، جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة، درا الجامعة للنشر، القاهرة، مصر، 1975.
- 22- المجاني نظام، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 23- المنشاوي سمير، شرح قانون الجزاء الكويتي، الطبعة الأولى، الكويت، 1985.
- 24- أوسوكين عبد الحفيظ، النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، بحث مدرج مع مجموعة بحوث قام بجمعها الأستاذ أوسوكين عبد الحفيظ تحت عنوان قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، جامعة وهران، الجزائر، 2007.
- 25- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2006.

- 26- باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 27- بنهام رمسيس، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
- 28- تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الطبية الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 29- حسن سعد، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في العلاقة الجسدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 30- حومد عبد الوهاب، دراسات متعمقة في القانون الجنائي المقارن، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، 1995.
- 31- راشد علي، القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامة)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.
- 32- عبيد رؤوف، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، 1974.
- 33- عبيد رؤوف، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.
- 34- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

- 35- عبد الستار فوزية، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص"، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- 36- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
- 37- عدو عبد القادر، مبادئ قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 38- عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1985.
- 39- عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- 40- مأمون عبد الرشيد، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1985.
- 41- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 1999.
- 42- محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقا عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1979.
- 43- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
- 44- محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربي، مصر، 1983.
- 42- مدحت نبيل سالم، الخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
- 43- يوسف قاسم، الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1983.

أ-2-المراجع الخاصة:

- 1-أبو العينين عبد النبي محمد محمود، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 2-أبو خطوة أحمد شوقي، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
- 3-أحمد شوقي إبراهيم، المعارف الطبية في ضوء القرآن السنة أطوار الخلق وحواس الإنسان"، ط1، دار الفكر العربي، 2002.
- 4-إدريس عبد الفتاح محمود، الإجهاض من منظور إسلامي، دون دار نشر، القاهرة، مصر، 1994.
- 5-أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل للتقنيات المستحثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 6-أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحدث، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 7-الجابري إيمان، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية على ضوء القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية "دراسة مقارنة للقوانين الإماراتية والمصرية والأمريكية واليابانية، دار الجامعة الجديدة ،مصر، 2001.
- 8-الجمال أيمن مصطفى مصطفى، مدى شرعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، دار الجامعة الجديدة، 2008.

- 9- الخولي عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1997.
- 10- الخيال محمد وجيه، المسؤولية الجنائية للطبيب في النظام السعودي "دراسة وشرح لنظام مهنة الطب البشري وطب الأسنان السعودي مقارنا مع أحكام الشريعة الإسلامية وبعض الأنظمة العربية والأجنبية"، الطبعة الأولى، مكتبة هوزان، السعودية، 1996.
- 11- السلمي حافظ، طفل الأنابيب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ندوة طفل الأنابيب الجمعية المصرية للطب والقانون، الإسكندرية، مصر، 1985.
- 12- السعدي واثبة، إباحة العمل والمسؤولية الجنائية للطبيب، بحث مقدم لمؤتمر مسؤولية المهنيين، كتاب وقائع المؤتمر، كلية الحقوق، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2006.
- 13- السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 14- السيد سعد بن عبد الله، منع الحمل الجراحي "التعقيم" -دراسة مقارنة-، بحث مقدم للمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431 هـ.
- 15- الشلقاوي محمد عبد الله، ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة (أطفال الأنابيب)، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1991-1992.
- 16- الشوا محمد سامي، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي "دراسة مقارنة في القضاين المصري والفرنسي"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 17- الشوا محمد سامي، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات "التجارب الطبية-جراحة التجميل-عمليات تحويل الجنس-استقطاع الأعضاء ونقلها"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

- 18- الشواربي عبد الحميد، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجناية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 19- الصالحي شوقي زكريا، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، صر، 2001.
- 20- الصالحي شوقي زكريا، الآثار المترتبة على التلقيح الصناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، 2006.
- 21- القبلاوي محمد، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 22- القواسمة أحلام، موسوعة الحمل والولادة، الطبعة الأولى، دار البدر، الجزائر، 2013.
- 23- الطباخ شريف، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 24- المعاينة منصور عمر، المسؤولية المدنية والجناية عن الأخطاء الطبية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2004.
- 25- أفريط محمد فتاح، الحماية المدنية والجناية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 26- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002.
- 27- باحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة والتشريع المعاصر، تقديم: سعيد حمد البشير شيبان، الطبعة الثانية، أدي اديسيون، الجزائر، 2005.
- 28- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية والجناية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، سوريا، 1984.

- 29- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 30- جوزيف داود، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة الأولى، مطبعة الإنشاء، دمشق، سوريا، 1987.
- 31- حسن محمد ربيع، المسؤولية الجنائية في مهنة التوليد "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- 32- دائل صالح عبد الرحمان، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون الأردني، المجلد 11، العدد 4، منشورات جامعة اليرموك، 2005.
- 33- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007.
- 34- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء واثباتها، دار هومه، الجزائر، 2012.
- 35- سوكة عبد الرزاق، أسباب العقم، الجمعية المصرية للطب والقانون، مصر، 1988.
- 36- فاخوري سمير، العقم عند الرجال والنساء: أسبابه وعلاجه، الطبعة السادسة، دار العلم للملايين، لبنان، 1991.
- 37- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة "دراسة مقارنة"، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 38- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 39- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- 40- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون "دراسة مقارنة"، المكتب الجامعي الحديث، 2009.

- 41- علي مصباح إبراهيم، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول "المسؤولية الطبية"، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
- 42- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النفط والأجنة "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 43- لحسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، دون سنة نشر.
- 44- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 45- ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 46- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي "أحكامه القانونية وحدوده الشرعية: دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1993.
- 47- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 48- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 49- محمد علي البار، الجنين المشوه والأمراض الوراثية "الأسباب والعلامات والأحكام"، دار القلم، دمشق، سوريا، دون سنة نشر.
- 50- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

- 51-مصطفى محمد عبد المحسن، الخطأ الطبي والصيدي، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، مصر، 2000.
- 52-منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989.
- 53-هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاة الحديثة، مصر، 2007.
- 54-ياسين محمد نعيم، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الطبعة الثانية، دار النفائس، عمان، الأردن، 1999.
- 55-يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة"دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي، لبنان، 2003.

ب-باللغة الأجنبية:

- 1-Bernard, J, Grandeur et tentation de la médecine, Ed Buchet Chastel, Paris, France, 1975.
- 2-Jean Penneau, La responsabilité du médecin, 2e édition, Dalloz, Paris, France, 1996.
- 3-Guy Nicolas, La responsabilité médicale, Flammarion, France, 1996.
- 4-M.L.Rarrat, droit pénal spécial, précis, Dalloz, France, 1977.
- 5-Kornprobest, La responsabilité du médecin devant la loi et La jurisprudence française, Paris, France, 1957.

6-R.Garraud, Traite théorique et pratique du droit pénal, 3ed, Sirey, Paris, France, 1953.

7-Mazeaud et Tunc, Traite théorique et pratique de la responsabilité civile, ed vi-n.

8-Miller Keane, Encyclopédie, Dictionary of médecine, nursing and allied health, saunders, 2005.

9-National health and médical research coincil human embrvo-abiological définition, décembre, 2005.

10-P.Klotz, L'erreur médicale, Malloine, Paris, France, 1994.

11-Xavier lesegregation et Stéphanie chassany, La protection juridique de l'hospital, berger Levrant, Paris, France, 1999.

سادسا: المذكرات والرسائل.

1-إيهاب يسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994.

2-الأبراشي حسن كي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، 1951.

3-الجوهري محمد فائق، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، دار الجوهري للطبع ولنشر، القاهرة، مصر، 1954.

- 4-الزبيري علي أحمد لطف،المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي"دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق عين شمس،مصر، 2011.
- 5-الزغبى خالد محمد العويد،خطأ الطبيب والمسؤولية الجنائية،رسالة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة القاهرة، مصر،2003.
- 6-السيد حسني محمد الجدع، رضا المجني عليه وآثاره القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1983.
- 7-السيد نبيل أحمد زهير،المسؤولية الجنائية المفترضة،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة، مصر،دون سنة نشر.
- 8-الشوا السيد محمد سامي،الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة عين شمس، مصر،1986.
- 9-العزة مهند صلاح، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2001.
- 10-المرزوقي ميادة مصطفى محمد،الإجهاض بين الإباحة والتجريم،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق لجامعة المنصورة، مصر،2012.
- 11-جدوي سيدي محمد أمين،جريمة الإجهاض بين الشريعة والقانون،رسالة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة تلمسان، الجزائر،2010.
- 12-شديفات صفوان محمد،المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية"دراسة مقارنة"،رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر،2010.

13- شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1992.

14- عادل حمزة شبيه منصور، مسؤولية الشخص الاعتباري التقصيرية، رسالة دكتوراه، 1994.

15- كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق تلمسان، الجزائر، 2011.

16- طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2013.

17- طارق عبد الله محمد أبو جرة، الانعكاسات القانونية للإلجاب الصناعي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2005.

18- قايد محمد أسامة، المسؤولية الجنائية للأطباء "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، مصر، 1983.

19- قشقوش هدى حامد، القتل بدافع الشفقة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، عين شمس، مصر، 1999.

20- ولهاصي سمية بدر البدور، المسؤولية المدنية والجنائية، رسالة دكتوراه، تلمسان، الجزائر، 2010.

21- هيكل حسيني، النظام القانوني للإلجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق لعين شمس، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

سابعاً: المقالات والمجلات.

1- أحمد حسين، مجلة منار الإسلام، العدد الثامن، السنة السادسة، الإمارات العربية المتحدة، 1981.

- 2-القاسم العيد عبد القادر،التلقيح الصناعي،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية بكلية الحقوق بجامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس،العدد الثالث،مكتبة الرشاد، الجزائر،2005.
- 3-الطير مصطفى،بين الطب والشريعة،مجلة الأزهر،1968.
- 4-بمرزوق عبد القادر، حماية الجنين، مجلة العلوم القانونية والإدارية، رقم 13، 2005.
- 5-بن يحي بن حسين،الإنجاب الصناعي بين التحليل والتجريم،بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية،مجلة نصف سنوية محكمة،العدد 11،السنة السادسة، حقوق المنوفية،1997.
- 6-ثناء علي المخيمر الشيخ،الفرق بين الخلق والاستنساخ في القرآن الكريم،منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة،ع22،مصر.
- 7-جابر علي مهران، حكم الاستنساخ والتلقيح الصناعي في الفقه الإسلامي، منشور بمجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق جامعة أسيوط، ع21، 1998.
- 8-سينوت حليم دوس، كتاب اليوم الطبي،العدد 76، بتاريخ 15/06/1988.
- 9-شوقي عبد الفتاح،تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ"مسؤولية الطبيب"،نشرة الطب الإسلامي،العدد 5،1998.
- 10-علي الدين حمزة،مجلة طبيبك الخاص،العدد 76،السنة 7،أفريل1975.
- 11-علي منصور، الخطوط العامة للجرائم غير المقصودة، العدد 4، مجلة المحاماة، السنة 48، 1986.
- 12-فرج وديع،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية،مجلة القانون والاقتصاد، العدد 5، السنة 12،1970.
- 13-مجلة المحامي،منظمة المحامين لسطيف،العدد 11، سنة،2010.

- 14-مجلة المحكمة العليا، عدد خاص "المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي"، قسم الوثائق، 2011.
- 15-محمد أحمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض "دراسة فقهية موازنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد الأول، 2007.
- 16-محمد عطا السيد سيد أحمد، مسؤولية الطبيب، مجلة مجتمع الفقه الإسلامي، العدد 8، الجزء 3، جدة، السعودية، 1994.
- 17-محمد هاشم قاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد 2، 1992.
- 18-محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، السنة 43، 1962.
- 19-مرقص سليمان، تعليقات على الأحكام، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 15، العدد 1-البند 13.
- 20-مصباح المتولي حماد، حكم إجهاض الجنين المعيب، مجلة الشريعة والقانون، الجزء الثاني، العدد 24، شركة نافس للطباعة، القاهرة، مصر، 2002.
- 19 -Ammar Guesmi, La responsabilité du médecin en matière D.I.V.G en France, Revue Algérienne des sciences.

تاسعا: المداخلات.

- 1-بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، نص المداخلة المتعلقة بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المنعقد بكلية الحقوق بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، يومي 23-24 جانفي 2008.

2-دغيش أحمد،التزام الطبيب بإعلام المريض، نص المداخلة المتعلقة بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المنعقد بكلية الحقوق بجامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر، يومي 23-24 جانفي 2008.

3-فتوى رقم 200 بتاريخ 26 محرم 1401 هج الموافق لـ 4 ديسمبر 1980، مختارات من الفتاوى والبحوث للإمام الأكبر جاد الحق علي جاد الحق، مجمع البحوث الإسلامية، مطبعة الأزهر.

عاشرا:القوانين والمراسيم والاتفاقيات الدولية.

أ-الاتفاقيات الدولية:

1-الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966. والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1989.

2-الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1966. والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1989.

3-اتفاقية تجريم إبادة الجنس البشري بتاريخ 09/12/1984.

4-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 10/12/1948. والذي صادقت عليه الجزائر في المادة 11 من دستور 1963.

5-الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 12/08/1950.

ب-القوانين والمراسيم:

+القوانين:

1-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـج الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

2-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـج الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـج الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 08 المؤرخة في 17 فبراير 1985 المعدل والمتمم بـ:

-القانون رقم 88-15 المؤرخ في 16 رمضان 1408 هـج الموافق لـ 3 ماي 1988 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 18 المؤرخة في 4 ماي 1988.

-القانون رقم 90-17 المؤرخ في 9 محرم 1411 هـج الموافق لـ 31 يوليو 1990 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 35 المؤرخة في 15 أوت 1990.

-القانون رقم 98-09 المؤرخ في 26 ربيع الثاني 1419 هـج الموافق لـ 19 أوت 1998 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 61 المؤرخة في 23 أوت 1998.

-الأمر رقم 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 هـج الموافق لـ 15 يوليو 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 47 المؤرخة في 19 جويلية 2006.

-الأمر رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب 1429 هـج الموافق لـ 20 يوليو 2008 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 03 أوت 2008.

+المراسيم :

- 1-المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ 5 محرم 1413 هج الموافق لـ 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 08 جويلية 1992.
- 2-المرسوم التنفيذي رقم 74-200 المؤرخ في 14 رمضان 1394 هج الموافق لـ 1 أكتوبر 1974 المتضمن إنشاء شهادة دكتور في العلوم الطبية والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 81 المؤرخة في 08 أكتوبر 1974.
- 3-المرسوم التنفيذي رقم 96-149 المؤرخ في 09 ذي الحجة 1416 هج الموافق لـ 27 أفريل 1996 المتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 27 المؤرخة في 05 ماي 1996.
- 4-المرسوم التنفيذي رقم 97-291 المؤرخ في 22 ربيع الأول 1418 هج الموافق لـ 27 يوليو 1997 المتضمن إنشاء شهادة الدراسات المتخصصة في العلوم الطبية والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 50 المؤرخة في 30 جويلية 1997.
- 5-المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 10 شوال 1428 هج الموافق لـ 22 أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 67 المؤرخة 24 أكتوبر 2007.
- 6-المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 12 شوال 1411 هج الموافق لـ 27 أفريل 1991 والمتضمن القانون الأساسي الخاص بالقبالات.
- 7-المرسوم التنفيذي رقم 11-94 المؤرخ في 21 ربيع الأول 1432 هج الموافق لـ 24 فبراير 2011 الذي يحول مدارس التكوين شبه الطبي إلى معاهد وطنية للتكوين العالي للقبالات.

الفهرس

الفهرس

1	المقدمة
18	الباب الأول: أحكام المسؤولية الجزائية الطبية.
19	الفصل الأول: أساس المسؤولية الجزائية للطبيب.
20	المبحث الأول: مخالفة نص جزائي.
20	المطلب الأول: نص التجريم والعقاب.
21	الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي.
22	البند الأول: أساس إباحة العمل الطبي في الفقه.
31	البند الثاني: أساس إباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية.
38	البند الثالث: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري.
38	الفرع الثاني: شروط إباحة العمل الطبي.
39	البند الأول: شرط الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب.
47	البند الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج.
49	البند الثالث: شرط رضا المريض.
52	البند الرابع: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية.
55	المطلب الثاني: توافر النص الجزائي.
56	الفرع الأول: مفهوم مبدأ شرعية التجريم والعقاب.
62	الفرع الثاني: إباحة العمل الطبي على أساس إذن القانون.
66	المبحث الثاني: الخطأ الطبي الجنائي.
66	المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي الجنائي.
66	الفرع الأول: تعريفه في التشريع.
70	الفرع الثاني: تعريفه في الفقه والقضاء.
72	المطلب الثاني: وحدة أو ازدواج الخطأ المدني والجنائي.
72	الفرع الأول: الاتجاه المؤيد لوحدة الخطأين.
72	البند الأول: مضمون الاتجاه وأساسه.

- 73 البند الثاني: حجج هذا الاتجاه.
- 74 البند الثالث: تقدير الاتجاه,
- 75 الفرع الثاني: الاتجاه القائل بازدواج الخطأين.
- 76 البند الأول: مضمون الاتجاه و أساسه.
- 76 البند الثاني: حجج هذا الاتجاه.
- 77 البند الثالث: الفرق بين الخطأ المدني و الخطأ الجزائي.
- 79 الفصل الثاني: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب وانتفاؤها.
- 80 المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.
- 80 المطلب الأول: قيامها في حالة القصد الجنائي.
- 81 الفرع الأول: مفهوم القصد الجنائي.
- 88 الفرع الثاني: صور القصد الجنائي.
- 89 البند الأول: القصد العام والقصد الخاص.
- 90 البند الثاني: القصد المحدد والقصد غير المحدد.
- 91 البند الثالث: القصد البسيط والقصد المشدد.
- 91 البند الرابع: القصد المباشر والقصد غير المباشر.
- 93 المطلب الثاني: قيامها في حالة الخطأ.
- 94 الفرع الأول: صور الخطأ الجنائي.
- 94 البند الأول: الرعونة.
- 96 البند الثاني: عدم الاحتياط.
- 97 البند الثالث: الإهمال وعدم الانتباه.
- 98 البند الرابع: عدم مراعاة الأنظمة.
- 100 الفرع الثاني: مجالات الخطأ الجنائي الطبي.
- 100 البند الأول: الخطأ في الفحص.
- 101 البند الثاني: الخطأ في التشخيص.
- 105 البند الثالث: الخطأ في العلاج.
- 112 المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب.

- المطلب الأول: انتفاء رابطة السببية. 112
- الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية وإثباتها لقيام المسؤولية. 113
- البند الأول: نظرية تعادل الأسباب. 113
- البند الثاني: نظرية السبب الأقوى أو الفعّال أو المباشر. 114
- البند الثالث: نظرية السبب الملائم. 116
- الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن تابعيه. 118
- المطلب الثاني: حالة الضرورة والقوة القاهرة وخطأ المريض أو الغير. 123
- الفرع الأول: حالة الضرورة والقوة القاهرة. 123
- البند الأول: حالة الضرورة. 123
- البند الثاني: القوة القاهرة. 127
- الفرع الثاني: خطأ المريض أو الغير. 128
- البند الأول: خطأ المريض. 128
- البند الثاني: خطأ الغير. 131
- الباب الثاني: تطبيقات المسؤولية الجزائية في طب التوليد. 132
- الفصل الأول: ماهية التوليد. 133
- المبحث الأول: مفهوم التوليد. 133
- المطلب الأول: تعريف الولادة وأنواعها. 134
- الفرع الأول: تعريف الولادة. 134
- الفرع الثاني: أنواع الولادة. 139
- البند الأول: الولادة الطبيعية. 139
- البند الثاني: الولادة القيصرية. 140
- المطلب الثاني: مراحل التوليد. 145
- الفرع الأول: مراحل الولادة الطبيعية. 145
- البند الأول: مرحلة المخاض. 145
- البند الثاني: مرحلة الدفع والوضع. 146
- البند الثالث: مرحلة نزول المشيمة وانقذافها. 147

149	الفرع الثاني: مراحل تكوين الجنين.....
151	البند الأول:النطفة.....
153	البند الثاني:العلاقة.....
154	البند الثالث:المضغة.....
155	البند الرابع:العظام واللحم.....
156	البند الخامس: مرحلة نفخ الروح.....
161	المبحث الثاني: أساس وشروط إباحة التوليد.....
161	المطلب الأول: أساس إباحة عمليات التوليد.....
161	الفرع الأول: رضاء الحامل(المريض).....
173	الفرع الثاني: مشروعية الغرض وإذن القانون.....
177	المطلب الثاني:شروط إباحة عمليات التوليد.....
178	الفرع الأول: ترخيص القانون لمزاولة مهنة طب التوليد.....
184	الفرع الثاني: إتباع الأصول العلمية.....
190	الفصل الثاني: الخطأ الطبي في عمليات التوليد.....
191	المبحث الأول: ماهية الخطأ الطبي في التوليد.....
191	المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي في التوليد ومعياره.....
191	الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي في التوليد.....
194	الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي في التوليد ودرجته.....
194	البند الأول:معيار الخطأ الطبي.....
200	البند الثاني:درجة الخطأ الطبي.....
204	المطلب الثاني:أركان المسؤولية الجزائية في عمليات التوليد.....
204	الفرع الأول:أنواع الخطأ الطبي في عمليات التوليد.....
211	الفرع الثاني:النتيجة الإجرامية وعلاقة السببية في عمليات التوليد.....
220	المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد وعمليات الإخصاب المساعد.....
221	المطلب الأول: المسؤولية الجزائية في مراحل التوليد العادية.....
221	الفرع الأول:المسؤولية الجزائية في مرحلتي الحمل وما قبله.....

221	البند الأول: خطأ الطبيب في التشخيص.
225	البند الثاني: الخطأ في العلاج.
228	البند الثالث: جريمة الإجهاض (إسقاط الجنين قبل موعد ولادته الطبيعي).
231	البند الرابع: التعقيم.
235	الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية أثناء عملية الولادة.
244	المطلب الثاني: المسؤولية الجزائية في عمليات الإخصاب المساعد.
244	الفرع الأول: أطفال الأنابيب.
256	الفرع الثاني: التلقيح الصناعي.
269	الخاتمة.
277	الملاحق.
291	قائمة المراجع المعتمدة.

الملخص:

إن حلم أي أسرة عبر المعمورة هو تزيين حياتها بطفل يملؤها سعادة، وفي الكثير من الحالات قد يصطدم تحقيق هذا الحلم بالعوائق. لذلك ظهر اختصاص طب التوليد، والذي اكتسب أهمية كبيرة كونه يهتم بجانبين، جانب يتعلق برعاية المرأة الحامل وجنينها، وجانب آخر يتعلق بالبحث عن سبل معالجة عوائق تحقق الإنجاب في حد ذاته.

وطبيب التوليد وهو بصدد القيام برسالته النبيلة، قد يقع في حالات ترتب مسؤوليته المدنية أو الجنائية أو كليهما معا. والمسؤولية هنا في شقها الجنائي كانت ولا تزال محلا للبحث والجدل والمناقشة بين فقهاء القانون والباحثين من جهة والقضاة من جهة أخرى في محاولة لبحث وتحديد أساس هذه المسؤولية، وذلك كنتيجة طبيعية لنقص النصوص القانونية الحاكمة لتلك المسؤولية.

ولذلك ومن أجل بحث هذا الموضوع تمت دراسة الأحكام العامة للمسؤولية الجزائية الطبية، ثم تطبيقها في مجال طب التوليد.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الجنائية، جرائم، طب التوليد، المتابعة، الجزاء.

Abstract:

The dream of any family across the globe is to decorate a child's life filled with happiness, and in many cases may collide with obstacles to achieve this dream. Therefore Obstetrics competence appeared to receive a great importance since it cared of the two, the pregnant woman and her unborn child, and another side the search for ways to address the pregnancy barriers. The obstetrician is doing a noble mission, may occur in cases resulted in civil or criminal responsibility, or both. And responsibility here is the criminal incising was and still is the object of research and debate and discussion among legal scholars and researchers on the one hand and the judges on the other hand in an attempt to discuss and determine the basis of this responsibility, so as a natural result of the lack of legal provisions governing such responsibility. Therefore, in order to discuss this matter has provisions general study of medical responsibility for a criminal, and then applied in the field of obstetrics.

Key words: criminal liability, crime, obstetrics, follow-up, the penalty.

Résumé:

Le rêve de toute famille à travers le monde est de décorer sa vie d'un enfant rempli de bonheur, et dans de nombreux cas peut entrer en collision avec les obstacles de santé pour atteindre ce rêve. Les compétences obstétriques apparues ont pour une grande importance soigné deux aspects, la prise en charge d'une femme enceinte et son enfant à naître d'un côté, et un autre côté la recherche de moyens pour surmonter les obstacles en matière de grossesse

L'obstétricien est en train de faire sa noble mission, pour produire. Dans des cas d'échec cela donne lieu à la responsabilité civile ou pénale, ou les deux. La responsabilité ici dans ces décisions pénales a été et fait encore l'objet de recherches, de débats et de discussions entre les chercheurs et les juristes d'une part et les juges d'autre part dans une tentative de discussions pour déterminer la base de cette responsabilité, un résultat naturel de l'absence de dispositions juridiques régissant cette responsabilité, s'au pose.

Par conséquent, afin de discuter de cette question comporte des dispositions étude générale de la responsabilité médicale pour un criminel, puis appliquée dans le domaine de l'obstétrique.

Mots clés: la responsabilité pénale, le crime, l'obstétrique, le suivi, la peine.