وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الطبي

من إعداد الطالب :

- أولاد بلقاسم أمين

تحت إشراف الأستاذة:

- عيساني رفيقة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	بن عبو عفيف	رئيسا
الأستاذة	عيساني رفيقة	مشرفا مقررا
الأستاذ	بوسحبة الجيلالي	مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت يوم:2024/06/27

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: أولاد بلقاسم أحسن الصفة: طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 112014848 والصادرة بتاريخ: 2018/12/01

المسجل بكلية: الحقوق و العلوم السياسية قسم: قانون عام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

الحماية الجزائية أثناء التدخل الجراحي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2024/06/30

إمضاء المعني

المعني على شرعية الإمضاء
السيد
بلدية
للصادرة في
مستغانم (ولاية 27)
JUIN 2024

* ملحق القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها

إهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلي والدتي الكريمة والعزيزة

أطال الله في عمرها

دون اننسى زوجتي العزيزة وإبنتي " لبنى"

أطال الله في عمرهم

وجميع أخواي وكل الأصدقاء

وكل من مدلي يد المساعدة في الإنجاز هذه المذكرة سواء من

قريب أو بعيد.

شكر و عرفان

الحمد لله الذي أكننا وامدنا بالعزيمة والإرادة على الإنجاز هذا العمل المتواضع ولا يسعنا في هذا المقام

إلا أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلي الأستاذة المشرفة

عيساني رفيقة

على توجيهتها وارشداتها القيمة وكذا على قبول إشرافها علينا

كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر والعرفان لجميع

أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لمناقشة هذه المذكرة

دون أن ننسى عميد الكلية الحقوق بالأخص رئيس قسم القانون العام وجميع موظفي الجامعة

وخاصة أساتذة تخصص ماستر قانون الطبي .

قائمة المختصرات

ج: جزء

ص: صفحة

ط: طبعة

ع : عدد

دج : الدينار الجزائري

د.س.ن: دون سنة نشر

د.ب.ن : دون بلد النشر

د.ط :دون طبعة

ج .ر: الجريدة الرسمية

د. م. ج :ديوان المطبوعات الجامعية

ق. ع .ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.إ.م .إ . : قانون الإجراءات المدنية والإدراية

م.أ.م.ط : مدونة أخلاقيات مهنة الطب

ق.ح.ص. ت : قانون حماية الصحة وترقيتها.

ق. إ .ج.ج: قانون الإجراءات الجزئية الجزائري

Op.cit : ouvrage précité.

P : page.

مقدمة

يعتبر الحق في سلامة الجسد من حقوق الإنسان الملازمة لشخصيته، إذ يعتبر المساس به أو العدوان عليه افتئانا على الوجود المادي للإنسان في كيانه المحسوس ذاته[1]، لذلك تجرم مختلف تشريعات العالم المساس بجسم الإنسان بشتى ضروب الاعتداء كالجرح والضرب والقتل، وهذا حفاظا على النفس البشرية وتكريما لها وتستثني في الوقت ذاته التدخلات الطبية والجراحية، رغم كونها أهم مظهر من مظاهر هذا المساس، وهذا لوجود مصلحة أقوى من المصلحة التي دفعت إلى تجريم هذه الأفعال .

[1] – وبهذه المثابة فإن الحق في سلامة الجسد هو من الحقوق غير المالية، التي لا يجوز التصرف فيها أصلا، أنظر: عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص 38. لم يتردد الدستور الجزائري في النص عليه، إذ ضمّنه في المادتين 40 و41 من قانون رقم 16–01 مؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.

– الدستور الجزائري الصادر في 1 نوفمبر 2020 ،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20 . 442 المؤرخ في 30 ديسمبر 1 2020 ،المتعلق بإصدار التعديل الدستوري والمصادق عليه في الاستفتاء.

يرى بعض الفقه أن حق الإنسان في سلامة جسده له ثلاثة عناصر

1 – – الحق في أن تقتل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو طبيعي، وكل إخلال بذلك بعد اعتداء على سلامة الجسم،

2– الحق في الاحتفاظ بكل الأعضاء والأجهزة كاملة غير منقوصة،

3– الحق في أن يتحرر من ما يتعرض له من آلام بدنية، ويتحقق هذا الإيلام بما يلحق الشخص من أذى

– حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد بحث مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، بدون ذكر دار ومكان القشر، 1987، ص 2 وما بعدها.

يترتب على مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان، عدة أثار أهمها: قيام مسؤولية الفاعل الجزائية ، إذ يشمل كانون العقوبات مجموعة من النصوص المعدة لحماية الأشخاص وسلامتهم، وهي تتضمن معاتبة مرتكبي جرائم الاعتداء على الأشخاص العمدية وغير العمدية .

الفصل الأول من الباب الثاني من الأمر رقم 66–156 المؤرخ في 03 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل .

– قانون رقم 06/24 مؤرخ في19 شوال عام 1445 الموافق 28 أبريل 2024 ، جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، العدد 30 ، مؤرخة في 2024/04/21، يعدل ويتمم الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

والمتمم، جريدة رسمية عدد 49، المواد: من 254 إلى 290 .

– أمر رقم 21–08 ممضي في 08 يونيو 2021 الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

لقد حققت الجراحة انتصارا باهرا في المجال الطبي، وساهمت بشكل كبير وخلاق في علاج العديد من الأمراض التي كانت بالأمس القريب فتاكة بالإنسان، وتمكن الجراحون من الولوج إلى القلوب، ومن إجراء عمليات دقيقة على مخ الإنسان، وغيرها من العمليات التي باتت إلى وقت ليس ببعيد ضربا من ضروب المستحيل .

ومما لا شك فيه أن إباحة مثل هذه العمليات، يعد خروجا عن قواعد وأحكام العقاب لكونها تقوم على أساس قانوني مفاده الترخيص الممنوح للأشخاص القائمين بها من طرف الجهات المختصة[1]، وهذا بعد التأكد من توفر المؤهل العلمي اللازم لذلك من جهة، ولكونها مشروطة بتوافر رضا المريض من جهة أخرى، وبإتباع الأصول والقواعد العلمية المتعارف عليها بين أهل المهنة.

لكن، ولأن المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من المشرعين في العديد من الدول، لم يهتم بوضع نصوص قانونية خاصة تنظم وتحكم موضوع الخطأ الطبي بصفة عامة، والخطأ الطبي الجراحي بصفة خاصة، ظلت القواعد العامة المتعلقة بالخطأ غير العمدي المحددة

[1] – اختلف الفقه والقضاء في تعليل إباحة العمل الطبي الجراحي، فذهب أ ري إلى أن هذه الإباحة سندها رضاء المجني عليه بالعلاج، وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن رضاء المجني عليه لا يعد سببا للإباحة ، في حين رأى رأي آخر أن سند الإباحة هو انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب، باعتبار أن قصده هو العلاج وليس الاعتداء على سلامة جسم المريض، وهذا الرأي غير مقبول أيضا، لأن القصد الجنائي في جرائم الاعتداء على سلامة الجسم يتوافر قانونا بعلم الجاني أن من شأن الفعل الذي يأتيه المساس بسلامة جسم المجني عليه واتجاه إرادته إلى الفعل وما يترتب عليه من مساس بسلامة الجسم ، والقصد بهذا متوافر في حق الطبيب، أما نية العلاج، فهي لا تعدو أن تكون باعثا يحرك الطبيب في عمله، إلا أن الباعث، ولو كان شريفا لا يمنل قيام المسؤولية الجنائية، لذلك يكون الأساس السليم لإباحة العمل الطبي الجراحي هو استعمال الحق المقرر بمقتضى القانون، فالمشر يعترف بمهنة الطب وينظم مزاولتها تحقيقا لمصلحة المريض والمجتمل في الوقت ذاته.

– فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، أوليات ، القانون الجنائي النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص172.

في قانون العقوبات[1]هي الواجبة التطبيق، وهذا رغم عجزها على إيجاد الحلول لعديد المشاكل العملية التي يطرحها الموضوع .

فضل، ولا يزال الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي يشكل غموضا، ويطرح نقاشا فقهيا وقضائيا من حيث ماهيته وكيفية تحديده، لا سيما مع ما يتميز به من خصوصية، لكونه يجمع بين مختلف صور الخطأ الطبي، مما يجعل نطاقه لا ينحصر في مرحلة العلاج الجراحي بالمعنى الدقيق، بل يتعداها إلى المرحلة السابقة واللاحقة لها، هذا إلى جانب انتقاله من نطاقه الفردي الضيق إلى نطاقه الجماعي، الأمر الذي انعكس على قواعد المسؤولية الجزائية التي أصبح أمر تحديدها في نطاق الفريق الطبي الجراحي أمرا في غاية التعقيد، إذ لم يعد الجراح وحده هو المسؤول عن الخطأ الطبي الجراحي، بل أصبح بالإمكان مسائلة طبيب التخدير أو المساعد الطبي أو أي عضو آخر، بل وحتى مساطة المؤسسة الاستشفائية باعتبارها شخصا معنويا، هذا كله إلى جانب دقة وتعقد الأسس الفنية والتقنية التي يقوم عليها العمل الطبي الجراحي، والتي ينبغي على القاضي مراعاتها، رغم صعوبة أو تعذر إحاطته بها في الكثير من الحالات، وضبط التصرفات التي تشكل خروجا عنها وإخلالا بها، وهذا دون الاستعانة بأهل الخبرة في الميدان، لاسيما بالنظر إلى طبيعة

[1] – تنص المادة 239 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترتبتها، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 08 على ما يلي: يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات، أي طبيب جراح أسنان، أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته .... لكن المشرع الجزائري ألغى هذا القانون بقانون رقم 18–11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018, يتعلق بالصحة،جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، عدد46 ، المؤرخ في 2018/07/29 حيث عوض المادة 239 بالمادة 413 التي تنص على ما يلي: باستثناء الضرورة الطبية، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و 298 و 442 (الفقرة 2 من قانون العقوبات ، كل مهني الصحة عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته"

– أمر رقم 20–02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 30 عشت سنة 2020.

الأعمال الطبية الجراحية وما يكتنفها من خصوصيات وما يعتري ممارستها من اعتبارات وملابسات ،واقعية، دقيقة ومعقدة في الكثير من الأحوال، مما يفرض على القاضي مراعاتها وعدم إغفالها.

أهمية الموضوع

لم يكن من المتصور في أول الأمر مساءلة الأطباء والجراحين عن أخطائهم أثناء التدخل الجراحي ، لكن مع استقرار مبادئ أصبح من الممكن مساءلتهم عما يرتكبونه من أخطاء غير عمدية ، بعد ذلك فأصبح الأطباء مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم وقد سعى الفقه والقضاء منذ زمن طويل إلى إيضاح طبيعة الخطأ الطبي ونوعه ودرجته ،ومعياره كما تكمن أهمية البحث في للطبيب بصفة عامة والطبيب الجراح بصفة خاصة عن أخطائه المهنية في مدى حساسية الموضوع والذي عرف نقاشا فقهيا وقضائيا على مر العصور، حيث أحدث جدلا واسعا حول الأسس القانونية التي على أساسها يمكن إثارة للطبيب عن أخطائه المهنية والتي في الغالب تعد أخطاء لجرائم غير عمدية ومرد ذلك القصور التشريعي في ضبط النصوص الجنائية التي تجرم مفهوم الخطأ الطبي بشكل واضح وصريح دونما الرجوع والركون إلى القواعد العامة قياسا على مفهوم الخطأ بشكل عام.

هذا إلى جانب مزاحمة بعض المبادئ المتعارف عليها طبيا للاجتهاد القضائي في مراقبته للعمل الطبي من أجل مسائلة الأطباء المهنية في شقها الجنائي، مثل مبدأ "حرية الطبيب في العلاج ومبدأ الاستعانة بالغير" ومبدأ تنازع تحقيق نتيجة وبذل عناية وهو ما شكل هاجسا لدينا لمقاربة الموضوع نظريا وتطبيقيا لفك المعادلة بين مصلحتين: حق الطبيب في الاجتهاد الطبي، وحق المريض في العلاج.

أما عمليا فإن الحاجة العلمية لمواكبة التحولات التقنية و الطبية بالخصوص، تستلزم استنفار جميع المستويات التشريعية والقضائية والفقهية والتجند لتخطي أزمة القصور

التشريعي بشكل توافقي لمواكبة التقدم الطبي عبر نصوص تشريعية تحدد المسؤوليات والالتزامات بدقة لجميع الفاعلين بالقطاع الصحي، وتجرم بعض الأعمال الطبية التي تتطلب المساءلة الجزائية حماية لضحايا الأخطاء الطبية من العبث واللامسوؤلية المهنية للأطباء وتكون الغاية والحصيلة في الأخير تجاوز وطي ركن الخطأ كحد فاصل بين ما يجوز من الأعمال الطبية وما لا يجوز، ولا يكون ذلك إلا بتشريع قواعد قانونية ملزمة تساءل الأطباء بوجه خاص ومساعديهم على أساس الالتزامات في جميع مراحل العمل الطبي والجراحي حتى لا تتخلف دائرة العقاب الجنائي تحت ذريعة عدم توافر ركن الخطأ والعلاقة السببية في الجرائم الطبية.

أسباب اختيار الموضوع

فرض الحديث عن الأخطاء الطبية والجراحية نفسه على ساحة الدراسة والنقاش القانوني بعد الارتفاع الملحوظ الذي بلغته الأخطاء في القطاع الصحي في الجزائر، فقد بينت الأرقام والإحصائيات أن عدد الشكاوى المرفوعة أمام القضاء بسبب الأخطاء الطبية بلغ 890 شكوى وأن السنوات الست الأخيرة شهدت ما لا يقل على 600 إدانة متعلقة بالأخطاء الطبية، ومع ذلك لا يزال هناك فراغ قانوني يشوب قضية الأخطاء الطبية في الجزائر، وهو ما أثر بالسلب على الأحكام القضائية التي يصدرها عدد من القضاة في بعض القضايا بسبب غياب مواد قانونية صريحة تعالج هذه الأخطاء هذا بالرغم من استحداث المشرع الجزائري هيئة جديدة مهمتها إبراز الأخطاء الطبية في ظل وجود صعوبة في تحديدها تتمثل في المجلس الوطني لأخلاقيات الطب بموجب المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

ويمكن إجمال ذلك في:

– أن الموضوع عملي يمس حياة معظم أفراد المجتمع ، وتكثر قضاياها فلا بد من بيان الأحكام المتعلقة به وتوضيحها.

– عدم دراية الكثير من الأطباء وعامة الناس بطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض وبالمسؤوليات المترتبة على كلا الطرفين.

– الانتهاكات العديدة والمتكررة التي يتعرض لها جسم المريض والماسة بسلامته والتي تنقص من الحماية المفروضة عليه تحت خطأ العلم وخدمة البشرية وحق الشخص في التمتع بصحة جيدة.

– امكانية وقوع الإنسان ضحية الخطأ الطبي نظرا لتفاقم أمراض العصر واستعصاء علاجها إلا عن طريق الجراحة.

– كثرة ضحايا الخطأ الطبي الجراحي وعجز القوانين في التقليل من هذه الظاهرة.

– تحول العمل الطبي الجراحي من عمل انساني بالدرجة الأولى إلى عمل مادي. كل هذه الأسباب ولدت لدي الرغبة في البحث في هذا الموضوع.

أهداف الدراسة

يسعى هذا البحث إلى التعريف بجملة من الأمور المتعلقة بالخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي وذلك عن طريق بيان الأصول التي تبنى عليها المسؤولية الطبية، وتعريف الخطأ الطبي وإيضاح أقسام وأنواع الأخطاء الطبية وهذا بمحاولة الكشف عن الأفعال التي يمارسها الطبيب والطبيب الجراح والتي يمكن أن تعد من الجرائم التي تستوجب الجزاء عليها وإيضاح الأسس النظرية والقانونية للعمل الطبي.

توفير القدر اللازم من الضمانات للأطباء والجراحين والتي من شأنها أن تكفل بأداء دورهم في معالجة المرضى بكل ثقة وطمأنينة، وفي الجهة المقابلة حماية المرضى من الأخطاء التي قد تصدر من الأطباء في معالجتهم لمرضاهم ، كما يسعى هذا البحث في النظر في مدى كفاية النصوص التشريعية سواء قانون العقوبات الجزائري من خلال المادة 288 والمادة 289 والقانون الخاص بمهنة الطب في استيعاب ومعالجة هذا النوع من الأخطاء.

إشكالية الدراسة

لذا فإشكاليتنا تتمثل في: ماهي الأخطاء الطبية أثناء التدخل الجراحي ؟

المنهج الدراسة

حاولت من خلال هذا البحث بشكل مجمل تقديم صورة عامة عن الأخطاء الطبية أثناء تدخل الجراحي وفق منهجية تطمح إلى تقديم نظرة عن معنى الخطأ والجراحي ،وصوره، ونظرا لطبيعة الموضوع وغايته المتمثلة في محاولة تأصيل المفاهيم وسلوكيات الطبيب الجراح المرتبطة بالظاهرة محل البحث سأعتمد على المنهج الوصفي وذلك بوصف الخطأ الطبي بصفة عامة والجراحي بصفة خاصة ، وإيضاح معنى العمل الطبي ومراحله وكذا المنهج التحليلي وهذا لغرض تحليل القواعد القانونية التي ترتبط أو تنظم الجرائم الناتجة عن هذه الأخطاء، وكذلك تحليل الخطأ الذي على أساسه تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب.

الصعوبات :

– قلة المراجع التي تعالج موضوع الخطأ الطبي بصفة عامة والجراحي بصفة خاصة حيث أن معظمها يتناول الخطأ الطبي بصفة عامة.

– تناثر مادة البحث في كتب كثيرة من كتب الفقه.

ولأجل الإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين تطرقنا في الأول إلى الفصل الأول بعنوان **الإطار ألمفاهيمي الخطأ الطبي الجراحي** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول **ماهية الخطأ الطبي الجراحي** ، وفي المبحث الثاني إلى **مفهوم العمل الطبي وشروحه والتزامات الطبيب الجراح.**

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه **آثار الخطأ الطبي الجراحي ونطاق الجرائم الناجمة عنه** في المبحث الأول سنتطرق **الضرر وعلاقته السببية في الخطأ الطبي الجراحي** ، وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى **جرائم الخطأ الطبي الجراحي**

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول
الإطار ألمفاهيمي الخطأ الطبي الجراحي

يعتبر الخطأ الطبي الجراحي أحد الأخطاء المهنية، باعتباره ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم و يخرجون عن السلوك المهني المألوف و المعمول به و المستقر عليه في تلك المهنة، وقد يرتكب الطبيب الجراح أو أحد أعضاء الفريق الطبي أخطاء لا يمكن التجاوز عنها، باعتبار أنها قد تؤدي إلى إصابة المريض أو إحداث عاهة مستديمة له، وقد تفضي إلى وفاته، وهنا لا تثور المسؤولية المدنية فحسب، وعلى هذا الأساس يعتبر الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية الجزائية أنموذجا واقعيا للخطأ غير العمدي.

ورغم خصوصية الخطأ الطبي الجراحي وما يمكن أن يخلفه من آثار على المريض، لم يوله المشرع الجزائري اهتمامه ولم يضع نصوصا قانونية تنظم حدود المسؤولية الجزائية المترتبة عنه. أمام هذا القصور والعوز التشريعي، يستمر القاضي تائها بين القواعد العامة المنظمة للخطأ غير العمدي المنصوص عليها في قانون العقوبات، ويتعلق الأمر بالمواد 288[1] و289[2] والمادة 2/442[3] منه، في ظل قلة خبرته في ضبط المسائل الفنية والتقنية المتعلقة بعلم الجراحة.

[1] – تنص المادة 288 المعدلة ب قانون رقم 06–23، ممضي في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006، الصفحة 11، يعدل ويتمم الأمر رقم 66–156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات على ما يلي: كل من قتل خطأ، أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20 000 إلى 100 .000 دينار.

[2] – تنص المادة 289 ، المعدلة بالقانون رقم 06–23 على ما يلي :" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر، فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة من 20.000 إلى 100 000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين" .

[3] – تنص المادة 2/442 المعدلة بموجب القانون رقم 06–23 على ما يلي: يعاقب بالحبس من عشر (10) أيام على الأقل إلى شهرين على (2) الأكثر ، وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج ، 2 كل من تتسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن عمل لمدة تتجاوز (3 أشهر، وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال عدم مراعاة النظم ....."

لا شك أن هناك أهمية كبيرة لعنصر الخطأ في المسؤولية الطبية، فهي تدور معه وجودا وعدما، إذ يعتبر الخطأ الطبي الجراحي أحد أوجه الخطأ المهني باعتباره ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم ويخرجون عن السلوك المهني المألوف وعن الأصول المعمول بها والمستقر عليها في تلك المهنة، وللخطأ الطبي الجراحي مميزات خاصة به باعتباره متصلا بممارسة مهنة من أصعب وأخطر المهن فنشاط الطبيب الجراح متصل بجسم الإنسان وحياته وهو غير معصوم من الخطأ أثناء تدخله الجراحي فقد يرتكب أخطاء تستوجب مساءلته.

وعليه، يتعين دراسة هذا الفصل في مبحثين، حيث نتطرق ماهية الخطأ الطبي الجراحي في المبحث الأول، مفهوم العمل الطبي وشروحه والتزامات الطبيب الجراح في المبحث الثاني.

المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

يعتبر الخطأ الطبي أحد أوجه الخطأ المهني الذي يقع فيه الطبيب عند مخالفته للقواعد و الأصول العامة التي تفرضها عليه مهنته، و التي يجب مراعاتها و الالتزام بها، الأمر الذي يضع في يد الطبيب وسائل التشخيص و العلاج وفق الأصول العلمية الطبية المعمول بها، فعليه أن يبذل أقصى الجهود بأخذ الحيطة و الحذر لحماية المريض الذي سلم له نفسه ،وإن الأصل في المسؤولية الطبية هو قيامها على أساس الخطأ، ولتحديد هذا الخطأ والإلمام بجميع جوانبه من حيث التعريف.

وعليه، يتعين دراسة هذا المبحث في مطلبين ، حيث نتطرق مفهوم الخطأ الطبي الجراحي في المطلب الأول، و عناصر الخطأ الطبي الجراحي وصوره في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف الخطأ الطبي الجراحي درجاته ومعاييره

يعتبر الخطأ شرط ا ضروري ا لقيام المسؤولية المدنية، بل انه الأساس الذي تقوم عليه، إذ يجب على المضرور أن يتمسك بخط أ وقع من الفاعل و يقيم الدليل عليه [1].

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق تعريف الخطأ الطبي الجراحي في الفرع الأول، و الخطأ الطبي في العمليات الجراحية درجاته ومعاييره في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف الخطأ الطبي الجراحي

و للخطأ الطبي الجراحي مميزات خاصة به، باعتباره متصلا بممارسة مهنة من أصعب و أخطر المهن، فنشاط الطبيب الجراح متصل بجسم الإنسان و حياته، و هو غير

[1] – محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007 ،ص 147.

معصوم من الخطأ أثناء تدخله الجراحي، فقد يرتكب أخطاء تستوجب مسائلته .

أولا: تعريف الخطأ

1 – الخطأ لغة: الخطأ والخطاء ضد الصواب، وقد أخطأ[1]، وفي التنزيل { أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا ءَابَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللهُ غَفُورًا رَّحِيمًا }[2].

– وفي تعريف آخر : الخطأ ضد الصواب، وأخطأ الطريق عدل عنه والخطأ ما لم يتعمد والخطاء ما تعمد، وأخطأ يخطئ إذا سلك سبيل الخطأ عمدا وسهوا، وقيل خطئ إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد، والمخطئ من أراد الصواب فصار إلى غيره والخاطئ: الآثم[3]، {قالُوا تَاللهِ لَقَدْهَ اشَرَكَ اللهُ عَلَيْنَا وَإِن كُنَّا لَخَطِعِينَ}[4]

2 – الخطأ اصطلاحا:

– عرفه ابن عبد البر المالكي: بأنه كل ما وقع من فاعله من غير قصد ولا أرادة. [5]

– وعرفه علاء الدين البخاري بقوله: هو كل فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود المحل. [6]

---

[1] – محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، باب الخاء (مادة خطأ)، م 14، د.ط؛ دار صادر، بيروت، . ص1192.

[2] – سورة الأحزاب، الآية: 05.

[3] – محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ج 2 ، لا.ط؛ مكتبة لبنان، بيروت، 1995م، ص198.

– احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج 1 ، لا.ط؛ المكتبة العلمية، بيروت، د.ت،ن ص174.

[4] – سورة يوسف، الآية: 91.

[5] – أبو عمر ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة ، ط .2؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 1992م، ص594.

[6] – عبد العزيز علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدويت: عبد الله محمود محمد عمر، ج6 ،ط.1؛ دار الكتب العلمية، بيروت ،.1997م، ص534.

– وعرفه التفتازاني: وهو أن يفعل فعلا من غير أن يقصده قصدا تما، وذلك أن تمام قصد الفعل يقصد محله وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل. [1]

– وقد أجمع هؤلاء الفقهاء في تعريفهم للخطأ أنه ما وقع عن غير قصد {سَتَجِدُونَ اخَرِينَ يُرِيدُونَ أَن يَأْمَنُوكُمْ وَيَأْمَنُوا قَوْمَهُمْ كُلَّ مَارُدُوا إِلَى الْفِتْنَةِ أَرْكِسُوا فِيهَا فَإِن لَّمْ يَعْتَزِلُوكُمْ وَيُلْقُوا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ وَيَكُفُّوا أَيْدِيَهُمْ فَخُذُوهُمْ وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأُولَبِكُمْ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَنَا مُّبِينَان}[2] ، وهو ما يفهم من هذا النص، والإسلام يؤاخذ الإنسان عما صدر عنه بطريق الخطأ فيترتب عليه الإثم وذلك بسبب التقصير وعدم التثبت، وبذلك يكون تعريف علاء الدين البخاري هو المختار في تعريف الخطأ.

3 – الخطأ في الاصطلاح القانوني

لم يرد في التشريع الجنائي تعريف للخطأ وإنما ترك للفقه والقضاء.

فهناك من عرف الخطأ بأنه اتجاه إرادة الشخص إتيان سلوك الخطر دون القيام بما هو واجب عليه من التدبر والحيطة. [3]

وفي رأي آخر كان هو إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يتطلبها القانون وعدم توقعه أي نتيجة لهذا التصرف مع أن من واجبه وبمقدوره أن يتوقعها[4].

يتوقعها[4].

وهناك من عرفه: بأنه كل فعل أو ترك إرادي ترتب عليه نتائج لم يردها الفاعل مباشرة ولا بطريق غير مباشر، ولكن كان في وسعه تجنبه. وفي قول آخر: هو سلوك

[1] – سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح ، ج 2 ، د.ط ؛ مكتبة صبيح، مصر ، د.ت.ن، ص388.

[2] – سورة النساء، الآية: 91

[3] – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب ،د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004م، ص17.

[4] – محمد صبحي نجم الجرائم الواقعة على الأشخاص ، د.ط؛ الدار العلمية الدولية، عمان ، 2002م ، ص107.

ينطوي على إخلال بواجب الحيطة أو الانتباه الذي يفرضه القانون أو الخبرة الإنسانية أو العلمية أو الفنية، ويترتب عليه نتيجة إجرامية كان في الاستطاعة درؤها. [1]

– وبالرغم من اختلاف هذه التعريفات إلا أننا نرى أنها تصب جميعا في معنى واحد وهو أن الخطأ إخلال بالتزامات كان يجب على الفرد مراعاتها واحترامها. بعد إيرادنا للتعريفات السابقة للخطأ في كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني نرى أن التعريفات الاصطلاحية للخطأ لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بالاتفاق هو خطأ في القصد أي أن إرادة الفاعل لم تكن تتجه إلى ارتكاب ذلك الفعل. بينما فقهاء القانون ينظرون إلى الخطأ بأنه إخلال بواجب الحيطة والحذر وعدم اليقظة في تصرف ما يؤدي إلى حدوث نتيجة غير متوقعة كان بالإمكان تداركها لولا ذلك الإخلال.

ثانيا : تعريف الطب

1 – لغة: الطب بكسر الطاء في لغة العرب يأتي على معاني منها :

أ– علاج الجسم والنفس، رجل طب وطبيب عالم بالطب

ب– الإصلاح: يقال طببته أي أصلحته

ت– ويطلق على معنى الحذق والمهارة قال الجوهري: كل حاذق طبيب عند العرب فأصل الطب الحذق بالأشياء والمهارة بها

ث– ويطلق على السحر وهو من المجاز، وقد طب الرجل والمطبوب المسحور، وإنما سمي السحر طبًّا على التفاؤل بالبرء

[1] – فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات القسم العام ،د.ط؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003م، ص 462.

ومنها العادة والدهر ، يقال ما ذاك بطبي، أي بدهري وعاداتي[1]. والمعنى الأول لكلمة الطب هو المراد من هذه الدراسة.

2 - اصطلاحا:

أ- تعرف ابن سينا (علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة و يستردها زائلة). [2]

ب- تعرف ابن رشد الحفيد : (أنه صناعة فاعلة عن مبادئ وصادقة يلتمس بها حفظ بدن الإنسان وإبطال المرض، وذلك بأقصى ما يمكن في واحد من الأبدان). [3]

ت- تعرف أحمد كنعان: (بأنه علم يختص بمعالجة الأمراض). [4]

ومن الفقهاء من قسم الطب إلى قسمين، يقول الإمام بدر الدين العيني بعد تعريفه للطب: ((والطب على قسمين: أحدهما العلم، والثاني العمل.

والعلم : هو حقيقة الغرض المقصود، وهو موضوع في الفكر الذي يكون به التدبر. والعمل: هو خروج ذلك الموضوع في الفكر إلى المباشرة بالحس والعمل باليد.

والعلم ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أحدهما: العلم بالأمور الطبيعية.

والثاني: العلم بالأمور التي ليست طبيعية.

---

[1] - ابن منظور، لسان العرب، باب الطاء (مادة طبب) ، ج 29 ، ص 2630. المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر العروس، ج3، ص258.

[2] - الحسن بن عبد الله ابن سينا، القانون في الطب، ت: محمود أيمن الظاوي، ج 1، د.ط؛ دار صادر، بيروت، د.ت، ص 13.

[3] - أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد القرطبي، الكليات في الطب، ط 2 ؛ د.م مركز الدراسات الوحدة العربية، 2008، ص125.

[4] - أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية :ت محمد هيثم الخياط ، ط 1؛ دار النفائس، بيروت، 2000م، ص644.

والثالث: العلم بالأمور الخارجة عن الأمر الطبيعي.

والمرض هو خروج الجسم عن المجري الطبيعي، والمداواة رده إليه، وحفظ الصحة بقاؤه عليه). [1]

وقد أجازت الشريعة الإسلامية تعلم الطب وتعليمه وأوجبته لحاجة الناس إليه "وإذ كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب، وكان تعلم الطب واجبا، فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه".[2]

أما في القانون فلم يرد تعريف للطب كمصطلح ولكن وردت تعاريف فقهية وقضائية للطب كمهنة أو كعمل .

ثالثا : تعريف الجراحة

1 – لغة: هي مأخوذة من الجرح يقال جرحه يَجْرحُه جرحًا إذا أثر فيه بالسلاح، وهي اسم للضربة والطعنة وجمعها جراح، وتجمع على جراحات أيضا.

وتستعمل مادة جرح في الدلالة على معنى الكسب، فيقال فلان جارح أهله بمعنى كسبهم[3]، وفي التنزيل { وَهُوَ الَّذِى يَتَوَفَّكُم بِاللَّيْلِ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ثُمَّ يَبْعَثُكُمْ فِيهِ لِيُقْضَى أَجَلٌ مُّسَمًّى ثُمَّ إِلَيْهِ مَرْجِعُكُمْ ثُمَّ يُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ }[4]

[1] – محمد بن محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ط :2 ؛ مكتبة الصحابة، جدة، المملكة العربية السعودية ، 1994م ، ص39.

[2] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، لا.ط؛ دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت، ص 520.

[3] – الجوهري، الصحاح في اللغة، ج1، ص 358. وينظر : ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص422.

[4] – سورة الأنعام، الآية: 60.

2 – اصطلاحا: تعرف الجراحة في الاصطلاح بأنها صناعة ينظر بها في تعريف أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض لظاهره من أنواع التفرق في مواضع مخصوصة وما يلزمه[1].

غير أن هذا التعريف للجراحة يعتبر تعريفا تقليديا إذ يقصر على العمليات الجراحة الظاهرة.

والعمليات الجراحية المعاصرة تدخل في كافة أحوال بدن الإنسان الظاهرة والباطنة منه.

ومن التعاريف المعاصرة للجراحة ما جاء في الموسوعة الطبية الحديثة بأنها: (إجراء جراحي يقصد إصلاح عاهة، أو رتق تمزق أو عطب إفراغ صديد أو سائل رضي آخر أو لاستئصال عضو مريض أو شاذ) [2].

– وتنقسم الجراحات الطبية الحديثة إلى قسمين:

الجراحات الصغرى وهي العمليات البسيطة التي تجري عادة تحت التخدير الموضعي وتقتصر على الأعضاء الظاهرة كالجلد والنسيج الدهني. والجراحات الكبرى وتشمل مختلف أنواع الجراحات التي تجرى على الأعضاء الحيوية وتجرى عادة تحت التخدير العام أو التخدير الجزئي. [3]

[1] – أبو الفرج ابن القف، العمدة في الجراحة، ج1 ،ط.1؛ حيدر آباد مجلس دائرة المعارف العثمانية، د. ت، ص4.

[2] – الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص39.

[3] – أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ت: محمد هيثم الخياط ، ط.2؛ دار النفائس، بيروت، 1420هـ/2000 ، ص ص 234–235

رابعا: تعريف الخطأ الطبي باعتباره مركب إضافي

يعرف علماء الشريعة الإسلامية خطأ الطبيب بأنه : " الخطأ الفاحش الذي تقره أصول الطبابة ولا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص، وترتيبا على ذلك فإن الطبيب لم يكن يسأل عن الخطأ اليسير الذي يمكن أن يقع فيه الطبيب، ولكنه يسأل عن الخطأ اليسير الذي لا يجوز أن يقع فيه أي طبيب، وذلك نتيجة الجهل أو الخطأ فاحش لا تقره أصول الطب، ولا أهل المعرفة فيه.

ويعرف فقهاء القانون الخطأ الطبي: هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي وإخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يعرفها القانون وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجب عليه أن يكون يقظا وحذرا في تصرفه حتى لا يضر المريض. [1]

وهناك من عرفه بأنه:" الفشل في إتمام العمل المقصود على الوجه المقصود، أو استعمال عمل خاطئ لتحقيق هدف ما فالطبيب لا يقصد فوات العلاج وإنما حصل له ذلك وهو يقصد تحقيق العلاج، غير أنه لابد من التفريق بين أمرين في ذلك:

* الخطأ الذي هو من جنس العمل الطبي : كالخطأ في التشخيص ونحوه فهنا ينظر إلى العرف الطبي في تحديد، فإن كان ضمن الحدود المعتبرة فلا مؤاخذة عليه، وإن كان غير مقبول في العرف الطبي فإنه يؤول إلى عدم إتباع المهنة، وكلاهما موجب للمسؤولية ولكن يختلفان في الآثار.

[1] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية والجنائية في الأخطاء الطبية ،ط 1؛ الرياض، 2004م، ص43.

* الخطأ الذي ليس من جنس العمل الطبي: كأن تزل يد الطبيب أثناء الفحص أو الجراحة فيضر بالمريض وهذا من جنس الجناية الخطأ، والحكم فيه هو الحكم في الجناية الخطأ[1].

أما فيما يتعلق بدور التشريع في تعريف الخطأ الطبي: فإنه يلاحظ من استقراء نصوص القوانين المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب في الجزائر، وفي فرنسا، وفي مصر، خلوها من نص يقر مسؤولية الأطباء الجنائية والمدنية الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة من جهة، ومن جهة أخرى عدم تعرضها لبيان الخطأ أثناء ممارسة الأعمال الطبية تاركين ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء. [2]

وهناك رأي يعرف خطأ الطبيب على أنه : عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه المهنة سواء كان ذلك راجعا لعدم إلمامه بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها أو إلى إهمال أو تقصير أو عدم احتياط يمكن التنبه إليه بالمقارنة بعنايةالطبيب وما له من الخبرة والثقافة وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به. [3]

وعرفه البعض الآخر بأنه: تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول. [4]

– وهناك من يرى بأن الخطأ الطبي: هو إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب وقواعد المهنة وأصول الفن أو مجاوزتها، وذلك نظرا لأن الطبيب وهو

[1] – محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية دراسة فقهية مقارنة ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 2013م ، ص ص 24–25.

[2] – نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في قدج والمقارن ،رسالة ماجستير فرع القيود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون 2001 م، ص13.

[3] – معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط8 ؛ دار المعارف، الاسكندرية ، 1995م، ص452.

[4] – يوسف جمعة الحداد، المسؤولية الجنائية عن الخطأ الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2003، ص 120.

يباشر مهنة الطب، فإنّ ذلك يستلزم منه دراية خاصة، ويعتبر ملزما بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها ومن كان جاهلا لذلك عد مخطئا. [1]

نرى أن هذه التعاريف اجتمعت على أن خطأ الطبيب إما أن يترتب على جهله للقواعد الفنية والأصول العلمية أو مخالفته لها، فمسؤولية الطبيب الجراح لا تقوم إزاء تدخله الجراحي إذا أدى عمله بالمهارة التي تقتضيها المهنة وفقا للأصول العلمية، بينما تقوم إذا لم يكف ذلك، وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض ، فهو مسؤول عن كل خطأ يصدر منه أيا كانت نتيجة تدخله الجراحي، إذ لا يضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العناية الكافية. [2]

الفرع الثاني : الخطأ الطبي في العمليات الجراحية درجاته ومعاييره

ستناول في هذا الفرع أحوال الخطأ الطبي في العمليات الجراحية وكذا درجات ومعايير هذا الخطأ في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أولا: الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية

تنطوي العمليات الجراحية على مخاطر عديدة وهو ما يفرض على الأطباء عناية دقيقة ويقظة وفائقة سواء في مرحلة الإعداد لها أو أثناء إجرائها أو بعدها والخطأ الجراحي قد يكون ضمن إحدى هذه الحالات وهذا ما ستوضحه فيما يلي:

1- الخطأ الطبي قبل العملية الجراحية:

لابد أن يقوم الطبيب بفحص شامل للمريض قبل إجراء العملية حسب ما تستدعيه حالته وما تقتضيه الجراحة المقبلة، حيث يكون هذا الفحص للحالة العامة للمريض لمعرفة ما يترتب من نتائج جانبية على هذا التدخل الجراحي، مع الأخذ في الاعتبار مكان الفحص

[1] – محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، د. ط ؛ دار هومة،الجزائر ، 2007م، ص149.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ،د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م، ص86.

أو العضو الذي سيكون محل لجراحة [1]؛ وهذا ما يطلق عليه بالفحوص التمهيدية وهي الفحوص الأولية التي يقوم بها كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر، ومن أمثلة الأخطاء في هذه المرحلة هو عدم قيام الطبيب الجراح بإجراء الفحوص البيولوجية اللازمة للمريض أو عدم التأكد من سلامة أعضاءه الحيوية أو عدم قيامه بالاطلاع على ملف حول إليه من طبيب آخر لدراسته[2].

2- الخطأ الطبي أثناء العملية الجراحية:

والخطأ الطبي الذي قد يرتكب في هذه الحالة إما أن تكون أثناء عملية التخدر أو عند التدخل الجراحي، إذ يتطلب التدخل الجراحي تخدير المريض: أي وضع المريض تحت البنج حتى يستطيع تحمل آلام الجراحة حيث بقوم بهذه العملية طبيب مختص، واستعمال هذه المادة يتطلب نوع من الحيطة والحذر والتأكد من قابلية المريض لتحمله فقد حمل القضاء الطبيب المسؤولية حتى عن خطئه اليسير لقيامه بعملية التبنيج على وجه السرعة دون اتخاذ الاحتياطات الطبية الكافية، لاسيما أنه لم تكن هناك ضرورة عاجلة ستلزم ذلك.[3]

أما عند التدخل الجراحي فإن مسؤولية الطبيب الجراح تثور إذا ثبت أنه لم يؤدي عمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض منه، فالطبيب هنا ملزم بالحذر حيث يكون مسؤولا عن كل إهمال أو تقصير يصدر منه لا يتماشى واليقظة التي تتطلبها قواعد المهنة، ويعد ترك الأجسام الغريب داخل جسم المريض أكثر حالات الأخطاء التي تقع من الطبيب الجراح.

[1] – محمد بن منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص73.

[2] – كريم عشوش، العقد الطبي ، د.ط؛ دار هومة، الجزائر، 2007م، ص184.

[3] – محمد منصور، المسؤولية الطبية، مرجع نفسه، ص75.

3 – الخطأ الطبي بعد إجراء العملية الجراحية

إن مهنة الطبيب الجراح وطبيب التخدير لا تنتهي بإجراء العملية الجراحية، بل يقع على عاتق كل منهما مراقبة المريض بعد إجراء العملية له، فعلى الطبيب المخدر ضمان إفاقة المريض إفاقة تامة من عملية التخدير إذ يعد الطبيب مخطئا إذا قام بالمغادرة بعد انتهاء العملية، دون التأكد من ذلك.

كما يسأل الطبيب الجراح عن أخطائه إذا لم يتم معاينة المريض بعد إجراء الجراحة له أو لم يعين شخصا للقيام بذلك، وفي هذه الحالة يتوجب عليه التأكد بنفسه أن إجراءات العناية تامة وعل أحسن ما يرام. [1]

إن طبيعة العلاج الجراحي وكثرة العوامل التي تحيط به وتؤثر عليه، تقتضي استعمال الحذر عند تقرير مسؤولية الطبيب الجراح، إذ يجب على القضاء الاستعانة بأهل الخبرة في ذلك، لأن ما يظنه الرجل العادي خطأ كنسيان قطعة من الشاش بعد العملية، قد يحكم القضاء بعدم المسؤولية الطبيب عنه بسبب ظروف العملية، لأن هناك من العمليات لها من الخطورة الخاصة بحيث يجب إجراؤها بمنتهى السرعة، ومتى كان الحال كذلك فنسيان قطعة من الشاش لا يعتبر خطأ من الجراح بل مجرد حادث جراحي لا يسأل عنه الطبيب [2].

ثانيا : درجات ومعايير الخطأ الطبي الجراحي

1 – درجات ومعايير الخطأ الطبي الجراحي في الفقه الإسلامي

يرى بعض الفقهاء أن الخطأ نوع واحد ولكن بعضهم يقسمه إلى قسمين: الأول الخطأ في الظن أو الخطأ في القصد، والثاني هو الخطأ في الفعل وعللوا ذلك بقولهم: وإنما صار الخطأ في الظن على نوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيتحمل من كل

[1] – كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص ص185 –186 – 187.

[2] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ،ط1 ؛ المؤسسة الحديثة للكتابة ، طرابلس، لبنان، 2004م، ص 287

واحد الخطأ على إنفراد أو الخطأ على الاجتماع بأن رمى آدميا يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس ويدخل في النوع الأول أن يتلف مال غيره يظنه ماله، ويدخل في الثاني أن يقصد مباحا فيصيب محظورا.

– ومثال النوع الأول في المجال الطبي أن يخطئ الجراح في ظنه وتقديره فيقطع عضو المريض خلاف العضو الذي يجري الجراحة من أجله.

– ومثال النوع الثاني أن يترتب على تخدير المريض إصابته بشلل أو وفاته حيث يقصد الجراح فعلا مباحا فيصيب فعلا محظورا. [1]

– قال الإمام الراغب: الخطأ العدول عن جهة وذلك أضرب:

أحدهما: أن يريد غير ما يحسن إرادته فيفعله وهذا هو الخطأ التام المأخوذ به الإنسان

{وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَقٌ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطا كبيرا}[2]

و الثاني: أن يريد ما يحسن فعله وهذا قد أصاب في الإرادة وأخطأ في الفعل وهو المعني بالحديث رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخطأ والنِّسْيان[3] وبخبر من اجتهد وأخطأ فله أجر {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ، وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا } [4]

---

[1] – بابكر الشيخ ، المسؤولية القانونية للطبيب ،ط: 1 ؛ دار حامد للنشر،عمان، 2002م ، ص169.

[2] – سورة الإسراء، الآية: 31.

[3] – رواه ابن ماجة 2045 ، ورواه 2043 ، رواه ابن حبان 7219، والطبراني في الكبير: 11 / 133 (11274)، والدارقطني4306 ، والحاكم : 2 / 198 ، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. وقال ابن حجر في الفتح: 5 / 161، ورجاله ثقات.

[4] – سورة النساء، الآية: 92.

الثالث: أن لا يريد ما يحسن ويتفق منه خلافه فهو مخطئ في الإرادة مصيب في الفعل فهو مذموم بقصده، محمود على فعله[1].

وقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد إجماع الفقهاء على مسؤولية الطبيب إذا أخطأ تطبيبه حيث قال : وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية مثل: أن يقطع الحشفة في الختان وأشبه ذلك، لأنه في معنى الجاني الخطأ. [2]

ويأخذ من هذه العبارة اتفاق الفقهاء على مسؤولية الطبيب عن خطئه الفاحش أو الجسيم الذي لا يتفق مع أصول فن الطب.

أما إذا كان خطأ الطبيب غير فاحش حسب رأى الفقهاء فلا ضمان عليه حيث جاء في المغني لابن قدامة قوله : ((... وجملة أن هؤلاء وهم الحجام والختان والمتطبب إذا فعلوا ما أمروا به ثم لم يضمنوا بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع إبتداءا.

ثانيهما: أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لاتهم قطعوا قطعا مأذون فيه، فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق أو فعل فعلا مباحا مأذونا في فعله[3]). وقد تحدث ابن القيم رحمه الله – عن أقسام الأطباء بحسب الجناية أو ضمان الدية في التلف:

---

[1] – الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: مركز الدراسات والبحوث، د.ط، لبنان، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة مكرمة ، د.ت .ن ، ص201

[2] – أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ، د.ط؛ دار الحديث،القاهرة، 2004م ، ص 200.

[3] – أبومحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، ج 8 ،د.ط؛ ، مكتبة القاهرة ،مصر ، 1968م، ص 113.

أ- طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع أو من جهة من يطبه تلف العضو أو النفس . فهذا إلا ضمان عليه اتفاقا فإنها سراية مأذون فيه.

ب – متطبب جاهل باشرت يده من يطبه، فتلف به، فهذا إن علم المجني عليه أنه جاهل لا علم له، وأذن له في طبه لم يضمن، وإن ظن المريض أنه طبيب وأذن له في طبه لأجل معرفته، ضمن الطبيب ما جنت يده.

ت- الطبيب الحاذق الماهر ،بصناعته اجتهد فأخطأ في اجتهاده، فيه روايتين أحدهما دية المريض في بيت المال والثانية أنها على عاقلة الطبيب.

ث- طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة من غير إذن المريض أو إذن وليه لم يضمن لأنه محسن. [1]

ومعيار الخطأ في الشريعة الإسلامية هو الخروج عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب أخر في العادة، إذا كان في نفس الظروف التي تحيط بالطبيب، قال الإمام الشافعي -رحمه الله-: (وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته فتلفوا من فعله فإن كان فعل ما يفعل مثله مما في الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه) [2]، فما يفهم من قوله: فإن كان فعل ما يفعل مثله، أي كان سلوكه مألوفا لم يخالف المعتاد قيسا على من هو في وضع كوضعه. [3]

[1] – ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، ت: السيد الجميلي، ج1،ط 1؛ دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان، 1990م، ص127.

[2] – محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، ج 6، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 2001م، ص166.

[3] – عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية ،د . ط ؛ جدة: دار الأندلس الخضراء، د.ت.ن، ص86.

وقال ابن القيم: (وإن كان الخاتن عارفا بالصنعة وختن المولود في الزمن الذي يختن في مثله، وأعطى الصنعة حقها لم يضمن سراية الجراح اتفاقا) [1]. فهذه الأقوال تدل على أن الفقهاء اعتبروا معيار خطأ الطبيب هو قياسه على طبيب مماثل من نفس المستوى وفي نفس الظروف فإذا فعل مثله في العادة، فإنه لا يوصف فعله بالخطأ.

2 – دراجات ومعايير الخطأ الطبي الجراحي في القانون

يقسم الخطأ الغير العمد في القانون إلى عدة تقسيمات وسنقتصر في دراستنا على ثلاثة أقسام منهما وهي الخطأ المادي والخطأ الفني، الخطأ اليسير والخطأ الجسيم، والخطأ المدني والخطأ الجنائي.

أ – الخطأ المادي والخطأ الفني:

يعرف الخطأ المادي بأنه الخطأ الخارج عن نطاق المهنة وهو الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين لتجنب ما قد يؤدي إليه هذا السلوك من نتيجة غير مشروعة[2].

أي أن الخطأ المادي يرجع إلى الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم سلوك جميع الأفراد والتي تتطلب الحيطة والحذر في كل سلوك يمارسه الشخص[3].

والخطأ المادي في المجال الطبي هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب كلما فاته واجب الحرص المفروض على الكافة بعدم الإقرار بالغير، ومن أمثلته قيام الطبيب بعملية جراحية في حالة غير طبيعية كالسكر ، أو استخدام أدوات جراحية معقمة[1].

---

[1] – ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، ت: عبد القادر الأرناؤوط، ط : 1؛ مكتبة دار البيان ، دمشق، 1971م، ص244.

[2] – معوض عبد التواب الوسيط في شرح جرائم القتل و الإصابة الخطأ، مرجع سابق، ص26.

[3] – محمود القيلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص79.

فقد قضي بإدانة طبيب العيون الذي كان يباشر عملية الشعرة لمريض تحرك فجأة، فقام الطبيب بضربه بقبضة يده مرتين على صدره ومرة على رأسه وكان المريض مصابا بضغط الدم فتوفي بسبب الضرب والمرض، وكانت الإدانة بوصف الواقعة ضربا أفضى إلى الموت وليس واقعة قتل خطأ، لأن الضرب لا يعتبر من الوسائل العلاجية المتعارف عليها في علم الطب. [2]

أما الخطأ الفني أو المهني فهو الخطأ الذي يرتكبه أهل الفن من كان مخالفا لقواعد المهنة وتعاليمها أو إخلالهم بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليهم مهنهم[3].

وفي المجال الطبي هو الخطأ الذي يقع فيه الطبيب عند مخالفته القواعد الفنية التي توجبها عليه مهنة والتي يجب عليه مراعاتها والإلمام بها كإهمال الجراح أصول مهنة الجراحة[4]. وقد قضت محكمة تمييز دبي بمسؤولية طبيب عن الخطأ في عملية شفط دهون من جسم مريضة مما أدى إلى تشوهات في جسمها وعدم تناسقه، وذلك لعدم إتباع أصول الفن في استخدام آلة شفط الدهون. [5]

---

[1] – إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ،ط1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص26.

[2] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة. المرجع السابق، ص119 –120.

[3] – شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في الفقه والقضاء ،ط:1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص14.

[4] – إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص22.

[5] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، مرجع سابق، ص 120.

ب – الخطأ اليسير والخطأ الجسيم:

الخطأ اليسير هو الخطأ الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته، أما الخطأ الجسيم فهو الخطأ الذي ينم عن جهل فادح بأصول الفن الذي يمارسه الجاني أو عن إهمال شديد لواجبات الوظيفية أو المهنة أو الحرفة أو عن توقع يصير لوقع حديث الوفاة[1].

وقد اشترط بعض الفقهاء جسامة الخطأ حتى تقوم المسؤولية الجنائية، وذهب رأى آخر إلا صلاحية كل درجات الخطأ سواءً كان يسيرا أو جسيما لقيام المسؤولية الجنائية وهو الرأي السائد في الفقه. [2]

وقد انتهى الرأي والتطور في الفقه الحديث إلى تبني وجهة النظر التي تقضي بمسائلة الطبيب عن كل خطأ يرتكبه أثناء ممارسة عمله الطبي سواء كان عاديا أم مهنيا جسيما يسيرا. [3]

ج ـ الخطأ الجنائي والخطأ المدني:

الخطأ الجنائي هو الإخلال بواجب قانوني تكفله القوانين العقابية بنص خاص، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله تلك القوانين[4] .

وهناك من اعتمد التفرقة بين الخطأين المدني والجنائي على أساس التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير ، ذلك أن الخطأ اليسير يصلح لترتيب المسؤولية المدنية، ولكنه لا

[1] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، مرجع سابق، ص120.

[2] – فتوح عبد الله الشاذلي، شرح العقوبات القسم العام ،د.ط؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003م، ص474.

[3] – محمد منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص49 .

[4] – شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، مرجع سابق، ص19.

يصلح لترتيب المسؤولية الجنائية التي تتطلب خطأ أكثر جسامة، وهناك من يرفض هذه التفرقة ويقول بوحدة الخطأين الجنائي والمدني عملا بالاتجاه السائد في الفقه على العموم.[1]

والرأي الراجح هو الذي يذهب إلى تقرير وحدة الخطأ في القانونين وعدم اختلاف عناصره ودرجاته في القانونين. [2]

وقد اختلفت الآراء حول تحديد المعيار اللازم لقياس الخطأ الطبي، فمنهم من يرى وجوب الأخذ بالمعيار الشخصي ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي، وهناك من وفق بين المعيارين وأخذ بما يعرف بالمعيار المختلط ونبيّن هذه المعايير على التوالي:

- **المعيار الشخصي:** ويتحدد هذا المعيار في نطاق شخص الفاعل وظروفه الخاصة[3]، فأصحاب هذا المعيار يرون أن سلوك الإنسان يقاس على ضوء تصرفاته العادية في إمكانية تجنب الفعل الضار إذا وجد في الظروف المحيطة نفسها، حيث يوصف سلوكه بالخطأ إذا ثبت أنه كان في إمكانه تجنب حدوث الضرر ولم يفعل[4]، فهنا ينظر إلى الجاني نفسه وما كان بوسعه فعله في الظروف التي أحاطت به.

ولتطبيق هذا المعيار لابد من النظر في سلوك الجاني ثم البحث فيما إذا كان باستطاعته أو من واجبه أن يسلك غيره، فإن كان يمكنه ذلك، توافر الخطأ[5]. ومن أمثلة هذا المعيار قيام خطأ الطبيب إذا أجرى عملية ويده مصابة بما يعجزه عن إجرائها حسب الأصول. [6]

---

[1] – عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائي القسم العام، مرجع سابق، ص 283.

[2] – فتوح عبد الله الشاذلي، شرح العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص475.

[3] – رائد كمال خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية ،ط 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان ، 2004م، ص 25.

[4] – عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية ،ط 1 ؛ دار الأندلس، السعودية، 1997م، ص129

[5] – قنوع عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص465.

[6] – إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في أطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص36.

– **المعيار الموضوعي** :وقوام هذا المعيار هو الرجل العادي الذي لا يعتد منه بالظروف الداخلية للطبيب، مثل إمكاناته الذاتية ودرجة يقظته وظروفه وسنه وصحته[1]، وينظر على أساس هذا المعيار إلى ما كان يفعله شخص مجرد يتمتع بقدر من الحرص واليقظة لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب كحالة إجراء العملية قي مكان قد لا تكون الأجهزة الطبية متوفرة فيه كما في مكان آخر. [2]

وخطأ الطبيب هنا يقاس على ضوء سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه وعلى ضوء الظروف التي وجد فيها وهذا السلوك يجب أن يتفق مع الأصول الفنية المستقرة [3].

– **المعيار المختلط:** يرى أصحاب هذا المعيار الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي مع ضرورة اعتبار بعض الظروف الخارجية والداخلية المحيطة بالطبيب والتي من شأنها التأثير على سلوكه، ويقدر سلوك الطبيب قياسا على ما كان يفعله. عله طبيب على قدر من الحيطة والحذر في الظروف نفسها، ويرون أن هذا المعيار هو الأنسب لتحديد خطأ الطبيب لأنه يجمع بين خبرات الطبيب في المعيار الشخصي والظروف الخارجية في المعيار الموضوعي[4].

ومعيار الخطأ لدي فقهاء القانون الجنائي معيار موضوعي يحدد العناية الواجبة وفقا للشخص المعتاد المتبصر والذي يفترض فيه قدرا عاديا من الحرص والحذر اللازم لتجنب وقوع النتيجة، غير أن هذا المعيار لا يأخذ على إطلاقه إذ لابد من اعتبار الظروف

[1] – إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في أطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص36.

[2] – قنوع عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص465.

[3] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص69.

[4] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة. مرجع سابق، ص ص79– 80.

المحيطة بالمتصرف حين قيامه بفعله ومدى التزامه بالقدر العادي والمألوف من الحرص والحيطة والحذر وهذا ما يقرره القاضي الموضوعي من خلال الوقائع المعروضة عليه. [1]

ولمعرفة مدى حجم وتحديد الخطأ الطبي في العمليات الجراحية لابد أن يقاس به خطأ الطبيب الذي ينبغي أن يكون معياراً موضوعيا يقيس الفعل على أساس سلوك معين يختلف من حالة إلى أخرى، وهو الشخص المعتاد أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ الطبيب في علاج مريض معين يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى سواء كان طبيبا عاما أو مختصا. [2]

والرأي الراجح في الفقه و المؤيد بأحكام القضاء، يذهب إلي القول بأن المعيار الذي ينبغي أن يقاس به سلوك الطبيب المخطئ هو المعيار المختلط، الذي يقوم على السلوك المألوف من طبيب وسط في نفس فئة الطبيب المخطئ ومستواه، مع مر اعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإن انحرف عن سلوك الطبيب العادي عد مخطئا.

المطلب الثاني : عناصر الخطأ الطبي الجراحي وصوره

تقوم مسؤولية الأطباء عن الأخطاء التي تصدر منهم أثناء قيامهم بعملهم وذلك إذا تبين وجود الخطأ من جانبهم وسنحاول في هذا المطلب إبراز عناصر الخطأ الطبي في الفرع الأول وفي الثاني أهم صوره.

الفرع الأول : عناصر الخطأ الطبي الجراحي

للخطأ الطبي الجراء عناصر يقوم على أساسها وسنبينها فيما يلي:

[1] – محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، د.ط؛ الدار العلمية الدولية، عمان، 2002م، ص ص108 109.

[2] – إبراهيم على حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في أطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص44.

أولا : مخالفة أصول المهنة:

للجراحة أصول علمية وضعها العلماء والمختصون وهي في جملتها تحدد الطريق الذي ينبغي على الأطباء ومساعدوه سلوكه، والتقيد به أثناء قيامهم بمهامهم وقد عرفت بعض المصادر الطبية بأنها: (الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها علميا ونظريا بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي). والأصول العلمية نوعان[1]:

1 - أصول علمية ثابتة: (وهي التي أقرها علماء الطب قديما وحديثا في فروع الطب ومجالاته المختلفة) ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية، فهذه المواد تعتبر علوم أقرها أهل الاختصاص والمعرفة فتطبيقها والسير على طريقتها يعتبر إتباعا للأصول العلمية، بشرط اعتبارها طبيا إلى حين تنفيذها.

2 - أصول علمية مستجدة : وهي التي تطرأ يوميا من كشف حديث أو نظرية علاج جديدة ونحو هذا، وإنما يمكن اعتبارها أصولا علمية بشرطين:

- أن تصدر هذه العلوم من جهة علمية معتبرة

- أن يشهد لها أهل الخبرة بالصلاح للتطبيق والممارسة

وقد ذهبت بعض القوانين الوضعية إلى اعتبار شرط ثالث وهو إجراء التسجيل العلمي أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان. وإذا خرج الأطباء ومساعدوهم عن هذه الأصول فإن أفعالهم ترجع إلى حكم الأصل الموجب لمنعهم من المساس بالجسد على وجه يعرضه للهلاك والتلف.

[1] - الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مرجع سابق، ص473.

أما في القانون فالقواعد والأصول الفنية في مهنة الطب هي مجمو. عة القواعد الأساسية المتعارف عليها طبيا حيث أنها لم تعد محلا للمجادلة والنقاش بين الأطباء، فما يعد اليوم تطورا حديثا قد يعتبر بعد مرور فترة بسيطة تخلفا بل ربما يعتبر خطأ، والجدير بالذكر أنه من الضروري أن تتوافر مجموعة من الشروط من كل أسلوب أو نظرية طبية حديثة، كأن يتم الإعلان عن أساليب العلاج ونوعها من قبل الجهات العلمية الطبية المعترف بها ، وذلك بعد أن تجرب ويمر وقت مناسب لتحقق من جودتها وكفاءتها وتسجل تلك النظريات قبل البدء في استعمالها على المرضى[1].

ومخالفة الطبيب للقواعد والأصول الطبية وقت تنفيذه للعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء الأخطاء الطبية لأن الطبيب أساسا ملزم ضمن اللوائح والتشريعات التي تنظم مهنة الطب بإتباع الأساليب والوسائل الشخصية والعلاجية التي تقوم على الأصول والقواعد والمعارف الطبية الثابتة . والمتعارف عليها في الأوساط الطبية، التي يقضي بها العلم متى عرضت عليه حالة من الحالات المرضية التي تدخل ضمن الحدود التي وضع العلم حلا لها ويستثني من ذلك الظروف الاستثنائية وهي تلك الظروف الخارجية أو الداخلية التي تحيط بالطبيب وقت تنفيذ العمل الطبي، وقد ترجع الظروف الداخلية أو الخارجية إلى الزمان أو المكان الذي يجري فيه الطبيب عمله. [2]

ومن الظروف الخارجية القضية التي عرضة في فرنسا عام 1897م التي نسب فيها للطبيب أنه في علاجه لمصاب كسرت رجله في حادث لم يضع عظمتي الساق متقابلتين، كما تقضي بذلك القواعد الطبية، بل وضعهما واحدة فوق الأخرى فتسبب له بذلك بكسر في

[1] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، مرجع سابق، ص94.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص44.

الساق نجمت عنه عاهة مستديمة، وتبين من تقارير الأطباء أن الطبيب قد اضطر نظرا لظروف الإصابة وسن المريض ورفضت الدعوى على هذا الأساس[1].

أما الظروف الداخلية فهي التي تتعلق بالشخص المريض فإذا فوجئ الطبيب مثلا بحالة مستعصية عليه ولم يكن يوجد من يقوم بالعمل الطبي غيره، وكانت حالة المريض مستعجلة، جاز له أن يخرج عن الأصول العلمية من أجل إنقاذ حياة المريض، وهو ما نصت عليه المادة الحادية عشر من اللائحة التنفيذية لمزاولة مهنة الطب في المملكة العربية السعودية حيث تقول : (لا يجوز للطبيب في غير حالة الضرورة القيام بعمل يجاوز اختصاصه وإمكانياته). [2]

واعتبر المشرع المصري حالة الضرورة إحدى أسباب امتناع المسؤولية الجنائية حيث نص في المادة 61 من قانون العقوبات على أنه (لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى). [3]

ثانيا: الإخلال بواجبات الحيطة والحذر:

وهو العنصر الثاني الذي يمثل أساس نشوء الأخطاء الطبية، فهو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي تمليها على الطبيب طبيعة عمه وتلزمه بها التشريعات واللوائح الطبية، وإن كانت هي مصدر هذه الواجبات إلا أن مصدرها العام هو الخبرة الإنسانية العامة التي درج عليها أهل المعرفة للعلوم الطبية والخبرة تعني ما درجت عليه من أهل المهنة كالأطباء في مجال العمل الطبي، والإخلال بهذه الأمور يعني مجموعة خروج

[1] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، مرجع سابق، ص94.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص45.

[3] – محمد القيلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، مرجع سابق، ص94.

الطبيب عن ما فهو مفروض عليه من الحيطة والحذر واليقظة وذلك يعني مخالفة الطبيب للسلوك الواجب الإتباع، من طبيب يقظ وجد في الظروف نفسها التي أتى فيها الطبيب عمله، وعلى ذلك يكون الطبيب مسؤولا جنائيا إذا أظهر عمله عدم التقيد بواجبات الحيطة والانتباه. [1]

إن الحياة الاجتماعية تتطلب أن يكون الفرد على قدر من الحيطة والحذر في تصرفاته فلا يقدم على عمل أو سلوك يحقق نتيجة إجرامية. [2]وفي هذا الإطار أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936م حكما قررت فيه أن الطبيب في عقد العلاج مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض إلا أنه يلتزم بأن يبذل لمريض عناية كافية وجهودا صادقة يقظة متفقة مع أصول المهنة الطبية، عدا الظروف الاستثنائية وأن الإخلال غير المتعمد بهذا الالتزام التعاقدي جزاؤه مسؤولية عقدية. [3]

ويمكن حصر أشكال الخطأ الطبي في مايلي:

أ- عدم القيام بتنفيذ الالتزام الطبي، كامتناع الطبيب عن إجراء جراحة للمريض ب- التأخر في تنفيذ الالتزام الطبي كالتأخر في إجراء عملية زائدة دودية مما يؤدي إلى انفجارها وحصول مضاعفات مرضيه، أو التأخر في إجراء عملية ولادة وحصول وفاة للجنين نتيجة تأخر الطبيب في إجراء الجراحة.

ج- التنفيذ المعيب للالتزام الطبي وذلك عندما يقوم الطبيب بتنفيذ ما التزم به طبيا للمريض، ولكن حصل عيب ونقص بعد العمل الطبي، كقيام الطبيب بإجراء جراحة للمريض ونسيان قطعة شاش في بطنه.

---

[1] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص.45

[2] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ، ج 1 . د. ط ؛ ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1996م، ص274.

[3] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، مرجع سابق، ص96 97.

د – التنفيذ الجزئي للالتزام الطبي وذلك إذا لم ينجز الطبيب التزامه الكلي وذلك كعدم الإشراف على حالة إفاقة المريض بعد العملية الجراحية. [1]

الفرع الثاني : صور الخطأ الطبي الجراحي

للخطأ الطبي الجراحي صور عديدة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ونبينها كما يلي:

أولا: صور الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية

يسير الفقهاء عامة في الشريعة الإسلامية على قاعدتين عامتين يحكمان مسؤولية الجاني في الخطأ وبتطبيقهما تستطيع أن تقول أن شخصا ما أخطأ أو لم يخطئ.

القاعدة الأولى: كل ما يلحق ضرر بالغير يسأل عنه فاعله أو المتسبب فيه إذا كان يمكن التحرز عنه ويعتبر أنه تحرز إذا لم يهمل أو يقصى في الاحتياط والتبصر فإذا كان لا يمكنه التحرز منه إطلاقا فلا مسؤولية.

القاعدة الثانية: أي كان الفعل غير مأذون فيه (غير مباح) شرعا وأتاه الفاعل دون ضرورة ملجئة فهو تعد من غير ضرورة وما تولد عنه يسأل عنه الفاعل سواء كان مما يمكن التحرز عنه أو مما لا يمكن التحرز عنه. [2]

فالمسؤولية تختلف في حالة ما إذا كان الفعل مباحا عنها في حالة ما إذا لم يكن مباحا، فإن كان الفعل مباحا فالمسؤولية أساسها التقصير الذي يرجع إلى الإهمال وعدم الاحتياط والتحرز أو عدم التقصير، أما إذا كان الفعل غير مباح فأساس المسؤولية هو ارتكاب الفعل غير المباح ولو كان لم يحدث منه تقصير وهو نفس ما يأخذ به القانون

[1] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص ص46 47.

[2] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص105.

الوضعي فهو ينص على المسؤولية في حالة التقصير بصوره المختلفة، من عدم الاحتياط والإهمال وعدم الاهتمام ثم ينص على المسؤولية في حالة عدم مراعاة وإتباع اللوائح.

ثانيا: صور الخطأ الطبي الجراحي في القانون الوضعي:

لقد حذا المشرع الجزائري حذوا بعض التشريعات التي عددت الخطأ صور الجزائي، حيث وردت هذه الصور في مادة 288 قانون العقوبات التي جاء في نصها (كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم اعاته للأنظمة...) واكتفي بذكر البعض منها في المادة 289 من نفس القانون بنصها(إذا نتج عن الرعونة، أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض..)، وورد ذكرها أيضا في الفقرة الثانية من المادة 442 من قانون العقوبات في نصها(كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض... وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم) [1].

وقد وردت هذه الصور على سبيل الحصر و التخصيص غير أن العبارات المستعملة تتسع في مجملها لتشمل كل خطأ أيا كانت صورته وأي كانت درجته. وسنقوم بدراسة هذه الصور وتبيين المقصود بها مع إدراج نماذج تطبيقية

1 – الإهمال: ويقصد به حصول الخطأ بطريق سلبي نتيجة لترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ عمل ما [2].

وفي تعريف آخر (هو إغفال الجاني اتخاذ احتياط يوجبه الحذر على من كان في مثل ظروفه[1] ، إذا كان من شأن هذا الإجراء لو اتخذ أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية).

[1] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج.1، ط5، دار ،هومه، الجزائر ،2012/2013، ص82.

[2] – معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، المرجع السابق، ص39.

وهناك من قرن الإهمال بالتفريط وعدم الانتباه، أي أن يقف الجاني موقفا سلبيا فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر التي كان من شأن اتخاذها الحيلولة دون وقوع النتيجة الإجرامية الضارة. [2]

ومن التطبيقات القضائية للإهمال، ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر عن طريق قرار صادر لها في 30/05/1995 حيث قضت بمسؤولية الطبيب الجنائية على أساس الإهمال وعدم الانتباه عندما أمر بتجريع دواء غير لائق لحالة المريضة، وأن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه المادة 288 من قانون العقوبات. [3]

وفي هذا الاتجاه أيضا قضت محكمة باريس بإدانة طبيب أخصائي في الأنف والأذن والحنجرة عن جريمة التسبب بالوفاة نتيجة عدم متابعة حالة المريض الذي أجريت له عملية استئصال اللوزتين بعد خروجه مباشرة من العملية مما تسبب في حدوث نزيف حاد أدى إلى وفاة المريض بالرغم من أن القواعد والأصول الطبية تقضى بأن يضل المريض بعد العملية الجراحية لمدة أربع وعشرين ساعة كحد أدنى تحت المراقبة الطبية[4].

ويرتكز الإهمال الطبي على مجموعة من الأركان يلزم وجودها مجتمعة كي يمكن توجيه تهمة الإهمال الطبي للطبيب وهي كالآتي:

أ-وجود واجب مهني للطبيب تجاه مريضه من خلال علاقة مهنية بين الطرفين.

---

[1] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، المرجع السابق، ص81.

[2] – رائد كمال خير شروط قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق، ص33.

[3] – قرار صادر عن المحكمة العليا وزارة العدل ،الجزائر، العدد 2 ، 1996م، ملف القضية رقم 118770 قرار بتاريخ30/05/ 1995.

– نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن المرجع السابق، ص18.

[4] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، المرجع نفسه، ص82.

ب- وجود خرق لهذا الواجب المهني من قبل الطبيب كعدم الالتزام بواجبات المهنة مثل الحيطة واليقظة والمهارة والرعاية المطلوبة.

ت- حصول ضرر جسدي أو معنوي أو مادي للمريض من جراء خرق هذا الواجب المهني[1].

2 - الرعونة : هي كلمة تشير إلى الطيش والخفة، وتتمثل في إقدام الشخص على عمل غير مقدر خطورته وغير مدرك ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار وهي مقتصرة على أهل الاختصاص، ويقصد بها سوء التقدير أو نقص الحذق والمهارة في أمور فنية أو متخصصة كإجراء الطبيب عملية جراحية دون مراعاة الأصول العلمية الثابتة[2].

وتندرج تحت هذه الحالة الأخطار المهنية التي تنم عن جهل الجاني بالمبادئ الأولية لمباشرة المهنة. [3]

ومن تطبيقاتها القضية التي عرضت على محكمة النقض المصرية والتي قضي فيها بإدانة طبيب إزاء إجرائه عملية إجهاض لامرأة حامل في الشهر الخامس على أساس أن الجنين ميت ومتعفن حيث أدت هذه العملية الجراحية إلى وفات المجني عليها، وبتقرير الطب الشرعي ثبت أن الجنين كان ما يزال حيا وقت إجراء الجراحة ولم يكن ميتا كما ادعى الجاني، وأن سبب وفاة المجني عليها حدث نتيجة تمزق في الرحم وما صحبه من نزيف وصدمة عصبية نتيجة خطئه في الطريقة التي اتبعها في إنزال الجنين وعد هذا خطأ مهنا جسيما.[4]

---

[1] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، المرجع السابق، ص 83.

[2] – فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق، ص471.

[3] – أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة ،د.ط؛ المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، 2001م، ص 46.

[4] – شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنه، المرجع السابق، ص28.

3 – عدم الاحتراز : وهو صورة للخطأ تنطوي على نشاط الجاني، فعدم الاحتراز يعني الإقدام على أمر كان يجب الامتناع عنه وهو يدل على عدم التبصر بعواقب الأمور[1]. فالجاني هنا لا يدخل في اعتباره قواعد الخبرة العامة فيتحقق عدم الاحتراز بإقدامه على فعله مع علمه بخطورة الأمر وما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار ضارة ومع ذلك لا يبالي ولا يتخذ الاحتياطات التي من شأنها عدم تحقق هذه الآثار[2] .

فمباشرة العلاج تفرض على الطبيب اتخاذ الاحتياطات اللازمة، والتحلي بالحيطة والحذر وخاصة في العمل الجراحي، ومنها التوثق إذا كان المريض على الريق من عدمه، وإغفال هذا الواجب من شأنه أن يعرض المريض لخطر الوفاة خنقا نتيجة لقيء فضلات الطعام تحت تأثير البنج وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس [3].

وقد قضت محكمة باريس بإدانة طبيب أسنان عن جريمة قتل خطأ لإجرائه عملية جراحية لخلع أسنان المريض دون إجراء فحص عام أو إجراء أشعة، ولخطئه في تخدير المريض كاملا دون الاستعانة بطبيب تخدير متخصص، وطبيب جراح في جراحة الفم لإجراء العملية التي تخرج من تخصصه باعتباره طبيب أسنان وليس جراح فم وأسنان، بالإضافة لعدم اتخاذه للاحتياطات الواجبة في مثل هذه العملية، مع سوء حالة المريض الصحية ودون توافر حالة الاستعجال من ما ترتب عليه سقوط جزء من سن المريض في القصبة الهوائية نشأ عنه وفاته. [4]

[1] – فتوح عبد اله الشاذلي شرح قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق، ص469.

[2] – محمد صبحي نجم الجرائم الواقعة على الأشخاص، المرجع السابق، ص112.

[3] – نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص20.

[4] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، المرجع السابق، ص90.

4 – عدم مراعاة القوانين والقرارات والنواتج والأنظمة:

ذه الصورة من صور الخطأ مستقلة بذاتها لا تشكل إهمالا أو تقصيرا وإنما تتحقق بمجرد مخالفة القاعدة الآمرة التي تقررها القوانين والأنظمة. [1]

ويقصد بها عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة واللوائح والقرارات المختلفة الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير[2].

وقد استعمل لفظ القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة للإحاطة بجميع النصوص التي توضع لإقرار الأمن والنظام ولكفالة الصحة العامة سواء كانت قوانين أو لوائح وسواء كانت موجودة في قانون العقوبات أو غيرها من القوانين بالإضافة إلى ما يصدر عن الإدارة من قرارات ملزمة باعتبارها سلطة عامة. [3]

والخطأ الذي ينتج عن مخالفة القوانين واللوائح والقرارات والأنظمة يطلق عليه الفقه مصطلح الخطأ الخاص تمييزا له عن الصور السابقة التي يطلق عليها الفقه الخطأ العام ووجه الخصوص لديهم أن المشروع نفسه هو الذي يصدر مباشرة بالنص الصريح نوع السلوك الواجب، أما في الصور الأخرى فإن الخبرة الإنسانية هي التي تحدد نوع السلوك الواجب. [4]

لكن لا يكفي مجرد الإخلال بواجبات الحيطة والحذر للقول بتوافر الخطأ وقيام المسؤولية الجنائية في حق من أخل بواجباته فلا بد من نتيجة محددة تتم بهذا السلوك الموصوف بأنه مخل بواجبات الحيطة والحذر حتى تقوم المسؤولية، فمسؤولية المتهم عن

---

[1] – رائد كمال خير شروط قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق، ص36.

[2] – يوسف جمعة، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبيب، القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، المرجع السابق، ص36.

[3] – فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام المرجع السابق، ص472.

[4] – أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، المرجع السابق، ص46.

عمله الخاطئ تقتضي أن تتوافر علاقة بين إرادته والنتيجة التي حصلت هذه العلاقة تكون ضعيفة في حالات معينة، وتكون أشد أو أقل ضعفا في حالات أخرى تبعا لإمكانية توقع النتيجة من عدمها، فقد يقوم الشخص بسلوك دون توقع نتيجة سلوكه فهذا يسأل عن النتيجة التي حصلت إذا كان بإمكانه مع التبصر والحيطة أن يتوقع النتيجة ويتجنب الضرر وهذا يعني أن هناك صلة بين إرادة الفاعل والنتيجة وإن كانت ضعيفة تقوم على أساس ما كان يجب على الإرادة أن تفعله ولم تفعله فالإرادة هناك مخطئة لا لكونها أرادت الشر واتجهت إليه كما في القصد الجنائي، وإنما لأنها لم تتجنب الشر وكان بوسعها ذلك، وإذا ثبت أن إرادة الفاعل لم تتوقع النتيجة ولم يكن بمقدورها ذلك، أو أنها لم تتجنب النتيجة لأنها لم تكن قادرة على تجنبها فإن العلاقة بين الإرادة والنتيجة في مثل هذه الحالة تنقطع ولا تقوم الجريمة غير العمدية.

أما في حالة توقع النتيجة فالعلاقة بينها وبين الإرادة تكون أقوى في هذه الحالة، فالفاعل هنا يتوقع النتيجة ولكن يحسب أنه بوسعه تجنبها، فيقوده هذا التقدير الخاطئ إلى ارتكاب الجريمة الغير عمدية.

ومعيار التمييز للقول بإمكانية توقع النتيجة من عدمها هو المعيار الموضوعي المشار إليه سابقا وتنقطع رابطة السببية إذا تدخلت بين الفعل والنتيجة عوامل شاذة غير مألوفة لا يمكن توقعها. [1]

* الأشخاص المسؤولون عن الخطأ الطبي الجراحي:

1- طبيعة الخطأ الطبي للفريق الجراحي:

لقد تضاربت الآراء حول طبيعة الخطأ الذي يمكن أن ينسب للفريق الجراحي فهل يُحاج الجميع بحسب هذا الخطأ؟ ، أو يحاسب الطبيب الجراح باعتباره الرئيس في الفريق

[1] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1، المرجع السابق، ص ص276 – 279.

الجراحي عن أخطائه وأخطأ غيره، فهناك من يأخذ بفكرة الخطأ الشخصي، ومنهم من يأخذ بفكرة الخطأ الجماعي.

أ- الخطأ الشخصي: يرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ"kornpropst" على ضرورة استقلال مسؤولية كل من الطبيب الجراح عن الطبيب المخدر، فلا يكون الطبيب الجراح مخطئا إلا إذا ارتكب هو بنفسه خطأ ما، ونفس الشيء بالنسبة للطبيب المخدر، ويرى أن معيار التمييز بين ما يدخل في اختصاص كل منهما هو معيار الأعمال التحضيرية، فكل الأعمال التي تتم قبل الجراحة تعد أعمالا تحضيرية لا يسأل عنها الطبيب الجراح، في حين يسأل عن الأعمال التنفيذية فقط. وقد استعان القضاء الفرنسي بهذا المعيار في العديد من أحكامه، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 05 ماي 1971م حيث أجريت عملية جراحية لمريضه في ظروف فنية صحية، وقامت إحدى الممرضات بعد العملية بتغير وضعية المريضة أثناء تواجد الطبيب المخدر مما أدى به إلى توقف المريضة عن التنفس ووفاتها، فتمت إدانة الطبيب المخدر وتبرئة الطبيب الجراح إذ لا تعتبر هذه الأعمال من اختصاص هذا الأخير.

ب – الخطأ الجماعي : يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن تجاهل وجود أعمال مشتركة بين كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر والمساعدين الآخرين، لهذا ظهرت فكرة الخطأ الجماعي للفريق الجراحي، حيث يصعب تحديد مرتكب الخطأ، أما التشريع الجزائري فلم يقم بتحديد المقصود بالخطأ الجماعي، ولم يقم بتحديد موقفه من قيام أو عدم قيام مسؤولية الأطباء الجراحين أو المخدرين عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء إجراء العمليات الجراحية[1].

[1] – عشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص ص188 – 189.

2- مسؤولية الطبيب الجراح في إطار الفريق الطبي:

الأصل أن الإنسان لا يسأل جنائيا عن ما يمكن أن يصيب الغير من فعل تابعه، ولذلك فإن الطبيب الجراح لا يسأل عن فعل يقوم به مساعده أو تلميذه أو ممرضه إلا إذا أمكن أن ينسب إلى الطبيب نفسه خطأ غير مقصود ففي هذه الحالة قد يسأل الطبيب وحده إذا لم يكن أي منهم إلا منفذ لأوامره ولم يقع من أحدهم خطأ ما ، أما إذا كان الخطأ قد وقع من أي واحد منهم دون تدخل من الطبيب فلا تكون هناك مسؤولية جنائية على الطبيب، فكل منهم يكون مسؤولا عن خطئه ضمن اختصاصه، ولا يسأل الجراح عن أخطاء طاقمه قبل العملية أو بعدها لأنه يملك توجيههم وتبعيتهم له أثناء الجراحة، وما عدى ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق العيادة أو المستشفى الذي يعملون فيه. ومسؤولية الطبيب الجراح تترتب على فعله الشخصي كما قد تترتب على فعل الغيرمن أعضاء الفريق الطبي. [1]

1 - مسؤولية الجراح عن فعله الشخصي: ترتبط مسؤولية الطبيب الجراح مباشرة بمبدأ إفرادية العقاب، فمن المعلوم أن الطبيب ملزم إزاء مريضه ببذل العناية الواجبة له وبمراعاة أصول الفن المستقرة عند إجراء عملية جراحية فإن قصر في ذلك وخرج عن أسلوب الفن التي أصبحت بمعزى عن أي جدل حول مقدماتها العلمية والعملية، فإنه يكون . أتى خطأ مهنيا يسأل عنه اتجاه من تضرر منه. [2]

وخطأ الجراح عن فعله الشخصي لا يتعدي إحدى الصورتين:

أولهما: صدور أمر غير صحيح من الجراح إلى المساعدين يترتب على قيامهم بتنفيذه حدوث ضرر للمريض، ثم يكتب أن سبب هذا الضرر راجع إلى عدم صحة الأمر الصادر

[1] - محمد بن منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص69.

[2] - رائد كمال خير شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، المرجع السابق، ص 40.

إليهم، فيكون الخطأ هنا هو خطأ الجراح الذي قام بإصدار الأمر، ويسر خطأ المساعد الذي قام بالتنفيذ. [1]

ثانيهما: صدور أمر صحيح من الجراح مع تنفيذ سيئ من قبل المساعد، فعندما يقوم هذا الأخير بتنفيذ أمر الجراح الصحيح فهنا أيضا يمكن أن ينسب للجراح خطأ تترتب عليه مسؤولية في مواجهة المضرور ، وقد يتمثل هذا الخطأ في أنه لم يكن حاضرا أثناء تنفيذ المساعد للأمر الذي أمره به حيث أن هذه الأوامر مما يجب أن يتم تنفيذه في حضور الجراح مصدر الأمر .

2- مسؤولية الجراح عن فعل الغير: أساس المسؤولية عن فعل الغير هو خطأ شخصي ارتكبه هذا الشخص أدى إلى وقوع الغير في الخطأ، إذ تقوم مسؤولية الطبيب الجراح فيما إذا ارتكب أحد مساعديه خطأ أثناء معاونته له في العملية الجراحية، فيكون الطبيب الجراح قد أهمل موجب الرقابة والتوجيه والدراسة الذي يفرض عليه التحقق من سلامة الأعمال التي يقوم بها الفريق الطبي الموضوع في إمرته وتصرفه وإشرافه، فإذا حصل خطأ من أحد أعضاء الفريق الطبي اعتبر الطبيب الجراح مسؤولا جزائيا عن الإيذاء الحاصل لمريضه بفعل مساعده إذا ثبت بحقه إهمال أو قلة احتراز وكان هذا مرتبط بصلة سببية بالحادث.

وبناء على ذلك تترتب مسؤولية الجراح كرئيس للفريق الطبي عن أخطاءه الشخصية أو عن أعمال مساعديه في الفريق مع الملاحظة أنه يبقى لكل منهم مسؤولية شخصية عن أعماله [2].

من كل ما سبق ذكره يتبين لنا أن أساس نشوء الأخطاء الطبية عامة والجراحية منها بصفة خاصة هو مخالفة أصول المهنة والإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وصور هذه

[1] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي،ط:1؛ دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، 2008م، ص 251.

[2] – رائد كمال خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية المرجع السابق، ص42 – 43.

الأخطاء مرتبطة بالجانب الأخلاقي لهذه المهنة التي يجب أن تمارس بحذر لأن الأمر يتعلق بسلامة جسم الإنسان.

المبحث الثاني : مفهوم العمل الطبي وشروطه والتزامات الطبيب الجراح

إن العمل الطبي ليس كأي عمل مهني آخر، بل هو من الأعمال الفنية التي تتعامل مباشرة مع جسم الإنسان ومرضه من حيث التشخيص الدقيق لحالة المريض، وهذا يتطلب لممارسة هذه المهنة التمتع بصفة الطبيب الذي يقوم بعمله لحماية جسم الإنسان، حيث يوازن بين أوجه العلاج للوصول للطريقة المثلى للشفاء. [1]

وكان من الطبيعي أن العلوم الطبيعية ومنها الطب قد سبقت العلوم الإنسانية، وحيث أن الإنسان كان دائماً موضوع اهتمام وحماية القانون على مر العصور، فإن تقدم العلوم الطبية جعل موضوع حماية الإنسان عادة متجددة لبحث قانوني في ضوء أن حق الإنسان في سالمة جسده من الحقوق الأساسية له[2].

وعليه نرى ضرورة العمل على وضع تعريف واضح و محدد يبين ماهية العمل الطبي في القوانين الخاصة بمزاولة مهنة الطب وتبيان ما هو من صميم العمل الطبي وما يعتبر دخيلا على العمل الطبي لغلق الباب على كل عمل من شأنه أن يشكل إرباكاً لدى الفقه والقضاء معا في هذا المجال.

ولما كان العمل بالقطاع الطبي يقتضي المشاركة الدائمة بمجموعة من التخصصات التي تختلف في إطارها المرجعي والتخصصي، تبين أن العمل الطبي هو المصدر الذي تنشأ عنه الأفعال التي يمكن أن تتسبب عنها المسؤولية الطبية، ويتميز هذا العمل بأن له

[1] – محمد أبو بكر أبوعزة، الأخلاق المهنية في العمل الطبي، المجلة اللبية للدراسات العدد 2 ،دار الزاوية للكتاب، ليبيا، أبريل 2014،ص11.

[2] – قاسمي محمد أمين ، الخطأ في إطار المسؤولية المدنية،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامة أحمد دراية، أدرار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق،2020/2019.

طبيعة خاصة تستمد خصائصها من الغرض الذي يباشر من أجله هذا العمل، من حيث كونه غرضاً علاجيا يستهدف مداواة المرضى ورفع العلل الجسيمة والنفسية التي يعانون منها[1]، ويتصل عمل الطبيب بسلامة جسم الإنسان وحياته، وحيث ما كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ، ولا عصمة للبشر العاديين من الوقوع في الخطأ، والطبيب واحد من هؤلاء البشر، فالخطأ يمكن أن يقع منه أثناء ممارسته للعمل الطبي، وذلك بمخالفته للقواعد والأصول الطبية أو عدم اتخاذه للحيطة والحذر وقت تنفيذه للعمل الطبي وحصول ضرر للمريض هو الذي يرتب نشوء خطأ الطبيب.

وعليه، يتعين دراسة هذا المبحث في مطلبين ، حيث نتطرق مفهوم العمل الطبي وشروط مشروعيته في المطلب الأول، و طبيعة التزامات الطبيب الجراح في المطلب الثاني.

المطلب الأول : مفهوم العمل الطبى وشروط مشروعيته

لقد تعددت الآراء في تبيان مفهوم العمل الطبي، فمن الآراء من قال أن العمل الطبي هو ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل مساعدة الغير على الشفاء، مع مراعاة أن يستند ذلك العمل إلى ألأصول والقواعد المقررة في علم الطب، وبصفة عامة يعتبر العمل الطبي بأنه كافة ألأعمال التي يقوم بها الطبيب من أجل شفاء المريض ، ويرتبط خطأ الطبيب أثناء تدخله ارتباطا وثيقا بطبيعة ونوع التصرف الطبي الذي يباشره المريض .

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق تعريف العمل الطبي في الفرع الأول، و شروط مشروعية العمل الطبي في الفرع الثاني.

[1] – فاطمة محمود عبد الحليم، سلوى عطية محمد، العالقة بين العدالة التنظيمية وجودة الأداء المهني لفريق العمل الطبي، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد 40 ،جامعة حلوان، مصر 2013، ،ص945.

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي

أولا: العمل الطبي لغتا واصطلاحا

1 – العمل الطلب لغتا:

العمل الطبي:مثلثة هو عالج الجسم، والنفس، يقال : طباً ، طَبه، إذا داواه وأصلا العمل الطبي هو الحذق في ألشياء، والمهارة فيها، ولذلك يقال لمن حذق الشيء وكان عالماً به: طبيباً[1]، وجمع الطبيب أطباء، وأطبة ألول جمع كثرة، والثاني جمع قلة، والعمل الطبي في اللغة له عدة معا ن، منها:

أ –**بمعنى الإصلاح:** يقال طببته إذا أصلحته.

ب –بمعنى الحذق: فكل حاذ ق عند العرب طبيب، والطب هو المهارة في ألشياء.

ج –بمعنى العالج: فالطب هو عالج الجسم والنفس.

والمعنى المتعلق من هذه المعاني بعنوان البحث هو المعنى الثالث، وهو عالج الجسم والنفس.

2 – العمل الطبي اصطلاحا

العمل الطبي له تعريفات عديدة منها:

أ –هو عمل يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض لها من صحة وفساد.

ب –هو العمل الذي يعرف به أحوال بدن الإنسان من الصحة والمرض.

ج –هو عمل يعرف بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة، ويسترد زائلها

[1] – الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، بيروت ، 1987 ،ص139.

د –هو عمل يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يص ، ويزول عن الصحة ليحفظ الصحة حاصلة، ويستردها زائلة[1].

وقد الحظ بعض الباحثين ما اشترطه جمهور الفقهاء من ضرورة الإذن، أي إذن الشرع أو إذن المريض لممارسة العمل الطبي فوضع له التعريف الآتي العمل الطبي هو: كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا وعلم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانون بالعمل الطبي بقصد الكشف على المرض وتشخيصه وعالجه، لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرض، أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة االفراد، أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شريطةَ توافر رضا من يجرى عليه هذا العمل[2].

ومن خلال هذه التعريفات نستنتج أنها جاءت كلها متقاربة في المعنى والمضمون و اختلفت ألفاظها وعباراتها فهي تصب في وعاء واحد يتمحور حول مضمون عمل الطبيبوالنتائج المرجوة خلال تأديته لعمله، كل هذا بطبيعة الحال في ظل القواعد العلمية المتعارف عليها والأخلاقيات الطبية في هذا المجال.

من هنا كان العمل الطبي هو ذلك النشاط الذي يقوم به طبيب معتمداً على فنه وعلمه الذي يتفق مع الأصول العلمية، ويستهدف من هذا النشاط عالج المرضى من الأمراض التي تصيبهم[3].

[1] – مازن مصباح، المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب (دراسة مقارنة)، مجلة الجامعة للدراسات الإسلامية العدد 2 ، يونيو 2012 ،ص13.

[2] – سامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987م، ص55.

[3] – محمود القبلاوي: المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004 ،ص5.

ثانيا : تعريف العمل الطبي في الفقه الإسلامي:

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي تعريف للعمل الطبي، لكن وردت تعريفات متعددة للطب كمهنة أو صناعة تعمل على علاج المريض، وإزالة العلة عنه أو على الأقل تخفيفها، كما وردت تعريفات متعددة للطبيب باعتباره القائم لهذه المهنة. [1]

وقد سبق لنا تعريف مهنة الطب في الشريعة الإسلامية في المبحث الأول.

ثالثا: تعريف العمل الطبي في القانون الوضعي:

أما عن تعريف العمل الطبي في القانون فقد كانت أغلب الاتجاهات الفقهية، التشريعية والقضائية منها تحصر العمل الطبي في عنصر العلاج، غير أن التقدم الحاصل في كافة الأصعدة، غير من هذا المفهوم فتغيرت معه المفاهيم المختلفة لتحديد معنى العمل الطبي. [2]

1- التعريف الفقهي : اهتم الفقه بوضع تعريف مناسب للعمل الطبي، غير أن آراء الفقهاء اختلفت في ذلك بين مضيق للعمل الطبي الذي قصر مفهومه على العلاج، وبين موسع من نطاق هذا العمل فكان هناك اتجاهين:

أ – الاتجاه المضيق للعمل الطبي اقتصر هذا الاتجاه في تعريفه للعمل الطبي على مرحلة العلاج، ومن بين هؤلاء الفقهاء الأستاذ "سافاتيه" SAVATIER في شرحه للقانون الطبي الذي عرفه على أنه:(العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، والذي

[1] – هشام محمد مجاهد القاضي، الإمتناع عن علاج المريض ، لا.ط ؛ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ، 2007م، ص69.

[2] – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص ص 5 – 10.

يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن الشعوذة). [1]

وفي رأي آخر (هو كل نشاط يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض). [2]

ب – الاتجاه الموسع للعمل الطبي : ذهب أنصار هذا الاتجاه إلي أن مفهوم العمل الطبي يشمل جميع مراحله، من فحص وتشخيص وعلاج وذلك من خلال التعريفات التي قيلت في هذا الشأن نذكر منها تعريف الدكتور أسامة عبد الله قايد الذي غرفه على أنه (كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريّا وعمليا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له به قانونا، بقصد الكشف على المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضا من يجري عليه هذا العمل). يعد هذا التعريف شاملا لمفهوم العمل الطبي حيث أنه كل نشاط يرد على جسم الإنسان، وكذا عدد مراحله من فحص وتشخيص وعلاج ، كما تضمن شروط ممارسة هذا العمل وهي موافقة الأصول العلمية والترخيص القانوني، وقصد العلاج، ورضا من يمارس عليه هذا العمل. [3]

2 – التعريف التشريعي:

أ – **التشريع الفرنسي:** كان نطاق العمل الطبي وفق لنصوص القانون رقم 35 سنة 1892م يقتصر على مرحلة العلاج فحسب، ومع صدور قانون الصحة العامة في 24

[1] – رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ،د ط ؛ المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2005م، ص23.

[2] – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام،ط.1؛ دار الثقافة، عمان ، الأردن، د.ت.ن، ص193.

[3] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، المرجع السابق، ص15.

ديسمبر 1945م المعدل بالمرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953م، أصبح العمل الطبي يشمل مرحلتي الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج، وهو يستفاد ضمنيا من نص المادة 372 [1]، ومفاد هذا النص أن العمل الطبي في مفهوم هذا القانون يشمل التشخيص والعلاج.

ب – التشريع الجزائري: يظهر موقف المشرع الجزائري من العمل الطبي من خلال القوانين الصادرة في مجال الصحة من بينها القانون 85 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[2] والذي نص في المادة 8 منه عن ما يلي: (يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي: الوقاية من الأمراض في جميع المستويات – تشخيص المرض وعلاجه . إعادة تكييف المرضى – التربية الصحية).

كذلك نص في المادة 195 من نفس القانون عن ما يلي:(يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي: السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم...).

كما يلاحظ أن المادة 16 من المرسوم التنفيذي 92 – 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب التي تنص عن ما يلي[3]: (يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال

[1] – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 9.

[2] – قانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405ه الموافق ل 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج . ر ، ع 08 الصادر في 17 فيفري 1985.

– قانون رقم 18–11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018, يتعلق بالصحة،جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، عدد46 ، المؤرخ في 2018/07/29

– أمر رقم 20–02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18–11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 30 عشت سنة 2020.

[3] – مرسوم تنفيذي رقم 92 – 276، المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر، ع52 الصادر في 08 يولو 1992.

التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية).

ويظهر موقف المشرع الجزائري بوضوح أكثر من خلال المرسومين التنفيذيين رقم 106/91[1] الذي يتعلق بالقانون الأساسي الذي يتعلق بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، حيث أورد في المواد 19، 21، 54 مهام الأطباء وجراحي الأسنان والأطباء المتخصصين، ويمكن إجمال هذه المهام في التشخيص والعلاج والوقاية العامة وعلم الأوبئة والتربية الصحية والخبرة الطبية والتحليلات الطبية والبحوث في المخابر، كما أورد المرسوم رقم 91 – 471 [2] المهام نفسها في المواد 18-19-20.

3 – التعريف القضائي: كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يقصر مفهوم العمل الطبي على مرحلة العلاج فقط، وبعدها أضاف مرحلة التشخيص إلى جانب العلاج، وبعدها شهد القضاء تطورا ملحوظا بإضافة الفحوص الطبية البكترولوجية والتحاليل الطبية. [3]

وقد سار القضاء المصري على أثر القضاء الفرنسي، حيث قصر مفهوم العمل الطبي على مرحلة التشخيص والعلاج ومسؤولية الطبيب لا تقوم في ذلك إلا بتوافر الخطأ الجسيم لكن تطور مفهوم العمل الطبي ليشمل أيضا إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير. [4]

[1] – مرسوم تنفيذي رقم91 106، المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج. ر، ع 22سنة 1991.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 91 – 471، المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر، ع 66 سنة 1991.

[3] – محمد قبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص9.

[4] – محمد قبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع نفسه، ص10.

الفرع الثاني : شروط مشروعية العمل الطبي

حتى يكون العمل الطبي مشروعا لابد من توفر مجموعة من الشروط سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي.

أولا : شروط مشروعية العمل الطبي في الشريعة الإسلامية:

لقد حرم الشارع المساس بجسم الإنسان إلا للضرورة والضرورة تقدر بقدرها، لذلك لابد من التوفيق بين معصومية النفس والجسد وبين مشروعية العمل الطبي الجراحي بأن يقيد هذا الأخير بشروط تحقيقا للمصلحة العامة، وكل إخلال بتلك الشروط يعرض الطبيب للمسائلة، وجملة هاته الشروط هي:

1 – أن يكون الطبيب مأذونا : له والإذن بالعمل الطبي عموما والجراحي خصوصا يكون من جهتين:

أ– الإذن العام (إذن الشارع) : ويكون بسماح ولي الأمر للطبيب بمزاولة مهنة الطب، وهو ما يعرف اليوم بترخيص وزارة الصحة وإجازتها للطبيب بالعمل، ذلك أن الشريعة الإسلامية تشترط في من يزاولون مهنة الطب أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة. [1]

وممن نص على إذن الحاكم أو الإمام، خاصة في الجراحات المخوفة، الإمام مالك: (وليتقدم إليهم الإمام في قطع العروق وشبه ذلك ألا يتقدم أحد منهم على مثل هذا إلا بإذنه،

[1] – مازن صباح ونائل يحي، المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب دراسة فقهية مقارنة ،مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية مجلد ،20، العدد 2 ، 2012.

وينهوا عن الأشياء المخوفة التي يتقى منها الهلاك، ولا يتقدم فيها إلا بإذن الإمام، وأما المعروف بالعلاج فلا شيء عليه). [1]

ب- إذن المريض: يجب أن يكون تدخل الطبيب بناءا على إذن المريض أو إذن ولية أو من في حكمه إذا كان قاصرا أو كان في حال لا يمكن فيها من الإذن للطبيب بمزاولة عمله.

ويعرف الإذن بأنه إقرار المريض أو من ينوبه بالموافقة على إجراء ما يراه الطبيب مناسبا له من كشف سريري وتحاليل مخبرية ووصف الدواء، وغيره من الإجراءات الطبية التي تلزم لتشخيص المرض وعلاجه. [2]

جاء في المغني (ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من رجل بغير إذنه، أو من صبي بغير إذن وليه خسرت جنايته ضمنا ، لأنه قطع غير مأذون فيه) [3].

وجاء في تبصرة الحكام إذا(أذن الرجل لحجام يفصده أو يختن ولده أو يبيطر دابته، فتولد من ذلك الفعل ذهاب نفس أو عضو أو تلف الدابة أو العبد فلا ضمان عليه لأجل الإذن). [4]

هذه الأقوال تدل على ضرورة اعتبار إذن المريض أو وليه شرطا لإباحة عمل الطبيب. إلا أن هناك حالات يستثنى منها هذا الشرط خاصة إذا كان المريض فاقدا للوعي، أو كانت إصابته خطيرة تستوجب التدخل الفوري وحالته الصحية لا تسمح بأخذ إذنه، ولا يكون ولي المريض حاضرا لأخذ إذنه، فالمريض هنا يكون مهددا بالموت إذا لم يتم إسعافه فورا، أو في الحالة التي تقتضيها المصلحة العامة كأن يكون المريض مصابا بمرض وبائي

[1] – أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ت: محمد عبد العزيز الدباغ . ط1 ؛ دار الغرب الإسلامي، 1999، ص509.

[2] – أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية ، مرجع سابق، ص52.

[3] – ابن قدامة ، المغني، ج8 ، مصدر سابق، ص117.

[4] – تبصرة الحكام، ابن فرحون.ج2، ص340.

يخشي انتشاره فيجوز في هذه الحالة للطبيب التدخل دون إذن المريض مراعاة لمصلحة الجماعة والمجتمع فلا اعتبار هنا لإذن المريض، والقاعدة الشرعية في هذا الجانب تقول: "الضرورات تبيح المحظورات". [1]

2 – قصد العلاج: يجب أن يكون الباعث على عمل الطبيب هو علاج المريض، ورعاية مصلحته المشروعة، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع ممارسة عمله، ويسأل الطبيب إذا استهدف بعمله غرضا آخر غير العلاج. [2]

3 – إتباع أصول الصنعة : اشترط الفقهاء في من يشخصون الداء ويصفون الدواء أو يقومون بالجراحة أن يكونوا من ذوي المهارة في صناعتهم وغلى درجة عالية من البصارة والمعرفة وأن تكون أعمالهم وفق الرسم المعتاد والقواعد التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب. [3]

مما تقدم ذكره يتضح أن إباحة الأعمال التي يأتي بها الطبيب تحقيقا للغرض الذي لأجله شرعت المهنة تقتضى الشروط السالفة الذكر حيث لو انعدم أحدها أصبح عمل الطبيب غير مشروع وسئل عن نتائجه.

ثانيا: في القانون الوضعي: يفرض المشرع من خلال النصوص المنضمة لمهنة الطب مجموعة من الشروط التي تضفي على عمل الطبيب صفة المشروعية وجملة هذه الشروط هي:

[1] – جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر ، ط: 1 ؛ دار الكتب العلمية، 1990م، ص83 – 84.

[2] – أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ط 2 ؛ د.د.ن ، 1987م، ص48.

[3] – مازن صباح ونائل يحي، المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب، مرجع سابق، ص124.

1- الترخيص القانوني:

يشترط لإباحة العمل الطبي، أن يكون قد صدر ترخيص للشخص الذي يمارس ذلك العمل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي، ذلك أن عمل الطبيب في مختلف تخصصاته يمارس على صحة وحياة البشر وعلى أجسادهم لذلك تطلب القانون أن يكون من يزاول هذا العمل على قدر من الكفاية العلمية والفنية يطمئن إليها المشرع. [1]

والرأي السائد لدى غالبية الفقه الفرنسي والمصري أن أساس إباحة عمل الطبيب في القيام بالأعمال الطبية والجراحية يكمن في الرخصة المخولة لهم قانونا لمزاولة هذه المهنة. [2]

2- رضا المريض:

الذي يقصد به موافقته على إجراء العملية الجراحية، فمن المسلم به أن للمريض على جسمه حقوقا لا يجوز المساس بها بغير رضاه وكل اعتداء على هذه الحقوق يوجب مسؤولية مرتكبه متى كان في مقدوره الحصول على رضا المريض أو رضا من ينوب عنه قانونا، ويتوجب على الطبيب تبصير المريض أو ذويه بالعواقب المحتملة للعمل الطبي وخاصة الجراحي الذي قد ينطوي على أخطار. [3]

وبذلك تتوقف شرعية تدخل الطبيب لمعالجة جسم المريض على موا افقته المسبقة ويعتبر تخلف رضا المريض فقدان العمل الطبي لأحد الشروط الأساسية لمشروعيته ويتحمل الطبيب تبعة المخاطر المترتبة على العلاج ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته. [4]

---

[1] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص28.

[2] – محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص 18 ، 19.

[3] – نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق، ص153.

[4] – نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر، 2003 ،ص 278.

ويجد التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض مصدرا له في القانون الجزائري من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها في المواد 162و 166 منها، وكذا المواد 42 و44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، حيث نصت المادة 42 على (للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا...) أما المادة 44 فنصت على (يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته. [1]

يتضح من خلال المادتين أن أهمية الحصول على رضا المريض تزداد كلما كان العلاج أو الجراحة تنطوي على الكثير من المخاطر، وقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لرضا المريض أو موافقته، حيث أن تخلف هذا الرضا يجعل الطبيب مخطأ ويتحمل تبعات الأضرار التي قد تنشأ عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته[2].

3 – قصد العلاج:

يتعين أن يكون التدخل الطبي سواء كان علاجيا أو جراحيا بقصد العلاج فالغاية الأساسية من مزاولة العمل الطبي هي علاج المريض، وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من المرض وتخفيف آلامه، وهذا تطبيق لشروط حسن النية الذي ينبغي توافره في استعمال الحق كسبب للإباحة، لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايته أمر يقتضيه الصالح العام، ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بسلامة الجسم يحقق فائدة للإنسان ذاته. [3]

---

[1] – المادة 42 44 م أط.

[2] – حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، ملتقي وطني ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 23 – 24 جانفي2008.

[3] – محمود القيلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، المرجع السابق، ص29.

إذ يعتبر عملا لا يهدف الطبيب من خلاله العلاج، بل يقصد من وراء تدخله تحقيق الربح، ويظهر ذلك من خلال اختياره للطريق التي تدر عليه الربح الكثير، رغم أن هناك طرق أخرى أكثر ملائمة للحالة الصحية للمريض، وفي هذا الصدد قضي بمسؤولية الطبيب الذي أقنع المريض كذبا بخطورة حالته، مما دفعه على قبول إجراء عملية جراحية لا تستدعيها حالته، لأنها تدر على الجراح بالربح الكبير[1].

4 – مراعاة الأصول العلمية:

عند قيام الطبيب بمباشرة عمله عليه التقيد بالقواعد والأصول الطبية التي يعترف بها علم الطب وإتباع المبادئ التي يجب على كل طبيب الإلمام بها، والتي تدل مخالفتها على جهل فاضح بأصول العلم وقواعده فإذا أهمل الطبيب مراعاة هذه القواعد وترتب على ذلك سوء حالة المريض أو وفاته، كان مسؤولا. [2]

ويظهر موقف المشرع الجزائري من ضرورة توافر هذا الشرط من خلال نصوص مدونة أخلاقيات الطب في المواد 30 و 31 حيث نصت المادة 30 م أ ط (يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفع عروضه بالتحفضات اللازمة ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط الطبية). [3]

وما يمكن أن نخلص أليه أن هذه الشروط تعد أساس إباحة عمل الطبيب، فإذا تخلف أحدها وتسبب الطبيب بضرر للمريض عد مسؤولا على ذلك.

---

[1] – فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية ، رسالة ماجستير ، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر ، 2002 2003م، ص50.

[2] – رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 63.

[3] – المادة 30 م أ ط.

المطلب الثاني: طبيعة التزامات الطبيب الجراح

إن تحديد طبيعة التزام الطبيب عموما، والطبيب الجراح خصوصا من مسائل الصعبة والمعقدة خاصة في مجال العلاج الجراحي، وهذا راجع إلى عدة اعتبارات منها صعوبة الجراحة في حد ذاتها وتعقيد جسم الإنسان، وكذا التطور العلمي في مجال الطب الجراحي، فما هي طبيعة التزام الطبيب الجراح ؟ (الفرع الأول)، وتحديد أهم التزاماته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة التزام الجراح

أولا: التزام الطبيب في الشريعة الإسلامية:

يقرر الفقه الإسلامي أن فعل الطبيب أو الجراح لا يتقيد بشرط السلامة، وهو ما يعبر عنه في الفقه الوصفي التزام ببذل العناية، وليس بتحقيق نتيجة، وذلك نظرا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمان سلامته من المخاطر لأن ذلك ليس في وسعه، فكل ما يطلب من الطبيب هو بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل، والطبيب أي كان يستعمل حقه في هذه الحالة فهو يقوم بواجبه في نفس الوقت والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة. [1]

ثانيا: التزام الطبيب في القانون الوضعي:

ويكاد يجمع الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب الجراح هو التزام ببذل عناية في سبيل شفاء المريض، وأنه لا يلتزم بتحقيق نتيجة، ومن جهة أخرى يتفقان على أن معيار التمييز بين كل من الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة هو درجة احتمال تحقيق

[1] – أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص52 53.

النتيجة التي يبتغيها المريض، وقد يكون التزام الجراح التزاما بتحقيق نتيجة استثناءا حيث لا يؤدي فعله إلى حدوث ضرر للمريض. [1]

1- الالتزام ببذل عناية

إن ما يلتزم به الطبيب تجاه مريضه هو بذل العناية اللازمة للوصول به إلى الشفاء، ولا يلتزم بتحقيق نتيجة الشفاء، لأن هذه النتيجة أمر احتمالي يخضع لعوامل عديدة كالوراثة، واستعداد الجسم لتقبل العلاج، فالشفاء لا يخضع دائما لسلطان الطبيب الجراح فليس بإمكانه منع المرض من التفاقم وإبعاد الموت، فالطبيب يعالج أما الشفاء فهو من عند الله[2].

والعناية الواجبة على الجراح تتوقف على إتباع الأصول العلمية الثابتة وإننا نرى ضرورة دراسة هذه العناية في ظل الظروف العادية للطبيب الجراح، وكذا في الظروف الاستثنائية.

ففي ظل الظروف العادية:

أ- يلتزم الجراح بتقديم العناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني: وذلك بأن يعنى بفحص المريض فحصا دقيقا قبل إجراء العملية بغير تسرع أو إهمال حتى يكون بعيدا عن الغلط بقدر الإمكان، كما أن عليه الالتزام بإجراء الجراحة في مكان مجهز بالتجهيزات الطبية الضرورية التي تعينه على نجاح مهنته ومجابهة ما قد ينجم عن الجراحة من مضاعفات كما يلتزم بتحصيل الخبرة العلمية التي تمكنه من أداء عمله بكفاءة واقتدار استعدادا لمواجهة الحالات المتنوعة للجراحة[3].

[1] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق، ص.103.

[2] – نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري و المقارن، مرجع سابق، ص92.

[3] – رياض حنا الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق، ص107 – 112 .

كما يلتزم بإجراء الجراحة وهو في كامل لياقته ونشاطه، فإن كان مجهدا عليه إنابة غيره حتى لا يتسبب بالضرر للمريض، ويلتزم بمتابعة علاج المريض كما لزم الأمر أن يقع على عاتقه ذلك تفاديا لمضاعفات ونتائج العملية، وتقديم النصائح والتعليمات اللازمة للمريض وما يجب أن يتخذه في سبيل شفاءه. [1]

ب- التزام الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة: ويكون ذلك بالمباشرة على التزود بالمعلومات ومتابعة كل جديد في مجال العلوم والفنون الطبية، في الفحص والتشخيص والجراحة وما عليها، واختيار أسلوب العلاج والجراحة المناسب لحالة المريض، كما يتعين عليه إجراء نوع من الموائمة بين خطر المرض وخطر الجراحة على المريض كي لا يعرضه لعلاج من شأنه إيذائه إذا كان المرض لا يهدد سلامته، كما يلتزم بفحص المريض وفحص الأجهزة قبل إجراء الجراحة. [2]

في الظروف الاستثنائية :

وتتمثل هذه الظروف في حالات الاستعجال وهي الحالات التي تنطوي على درجة من الخطورة وتحتاج إلى اتخاذ إجراءات سريعة وعاجلة حيث أن للوقت أهمية بالغة في هذه الأحوال، وتتحتم على الطبيب هنا الإخلال بالتزاماته بسبب السرعة.

أما الظروف الشاذة فهي الظروف التي يؤدي توافرها إلى عدم تقديم الجراح العناية اللازمة وقد تتعلق هذه الظروف بالطبيب كالمكان الذي تجرى فيه الجراحة والإمكانيات المتوفرة للقيام بذلك، وقد يتعلق بالمريض ككبر السن، فهذه الظروف تأخذ بعين الاعتبار في تحديد عناية الجراح. [3]

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص107.

[2] – منير رياض حنا الخطأ الطبي الجراحي، مرجع السابق، ص ص 122 – 130.

[3] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع السابق، ص ص135 – 145.

2- التزام الجراح بتحقيق النتيجة:

لا يلتزم الطبيب سواء كان عاما أو أخصائيا أو جراحا تجاه المريض إلا ببذل عناية طبية يقظة من مستواه المهني، ولا يقع عليه التزام بشفاء المريض، لأن الأصل أن الشفاء بيد الله تعالى وليس بيد الطبيب، كما أن فكرة الاحتمال تهيمن على نتائج عمل الطبيب، لكن رغم هذا المبدأ في طبيعة التزام الطبيب على بذل العناية، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام التزامات لا يكون في تنفيذها مجال لفكرة الاحتمال التي تبرز قصر التزام الطبيب نحو مريضه التزام بتحقيق نتيجة معينة ويعتبر الالتزام بتحقيق النتيجة التزام يتعهد الطبيب بمقتضاه بتحقيق نتيجة معينة إذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون الطبيب مسؤولا أمام المريض.

ويمكن دراسة الحالات التي يكون فيها التزام بتحقيق نتيجة استثناء من المبدأ العام بناءا على ما يلي:

1- اتفاق الطرفين: وذلك بأن يكون هناك اتفاق سابق بين الطبيب والمريض على أساس أن يقوم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض بحيث يكون مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها مسبقا ، ومن أمثلته أن يعد الطبيب مريضه بأن يقوم بعمل طبي في وقت محدد أو أن يعده أن يقوم هو شخصيا بذلك العمل الطبي، فإذا وعد طبيب القيام شخصيا بالعملية فإنه يعتبر مسؤولا بقوة القانون عن الضرر الذي ينجم عن فعل الطبيب الذي قام بالعملية بدل منه، وفي غياب أية حالة من حالات السبب الأجنبي، ونفس الأمر ينطبق على الطبيب الذي يعد المريض بأن يكون لتدخله الجراحي نتيجة محددة، خاصة في جراحة التجميل. [1]

[1] – وائل عساف، المسؤولية المدنية للطبيب ، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية الدرسات العليا،جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2008، ص44.

2- أن يكون التزام بتحقيق نتيجة بنص القانون : وذلك يكون عندما يتصل التزام بوجباته الإنسانية كالالتزام بمعالجة المريض، والالتزام بإعلام المريض للحصول على موافقته والالتزام بالسر المهني:

- عندما يتصل التزامه ببعض الأعمال الفنية مثل الأعمال المخبرية، واستعمال الأشعة وزراعة الأعضاء البشرية ووضع التركيبات الصناعية، وعملية الختان

- عند التزامه بضمان سلامة المريض ويكون ذلك بضمان عدم تعرضه لأي أذى من جراء عيب في المنتوجات الصحية من أجهزة وأدوية والالتزام بتعقيم كل ما يستعمل أثناء العلاج الطبي لتفادي نقل الإصابات عن طريق العدوى المرضية، وضمان السلامة لا يعني الالتزام بالشفاء بل يقصد منه التزام عدم تعريض المريض لأي أذى أو مرض آخر[1]. وإذا كان الأصل في التزام المريض هو بذل العناية واستثناءا تحقيق نتيجة فإن هناك التزامات أخرى تقع على عاتق الطبيب الجراح وهو ما سندرسه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : أهم التزامات الطبيب الجراح والأخطاء الشائعة في الجراحة

إضافة إلى الالتزامات التي سبق ذكرها يقع على عاتق الطبيب الجراح التزامات أخرى مرتبطة بالتدخل الجراحي ويمكن حصرها في ما يلي:

أولا: تحديد أهم التزامات الطبيب الجراح

1 - التزام الطبيب الجراح بالتشخيص الصحيح: أي إن تدخل الجراحي يعتمد على صحة التشخيص، فإذا فشل التشخيص قد تصبح الأعمال اللاحقة خاطئة ومنها بطبيعة الحال العملية الجراحية، وبالتالي فلا معنى لعمل الجراح مالم يكن التشخيص الذي يقوم به صحيحا ومؤكدا، فيقع على عاتق الجراح القيام بتشخيص آخر حتى وإن قام به الطبيب المعالج،

[1] - آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، رسالة ماجستير قانون المسؤولية المدنية ،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص19.

وعليه التأكد من طبيعة المرض وتحديد الموضع الذي يخضع للجراحة، وعليه التأكد من قدرة المريض وما مدى تحمله العملية الجراحية. [1]

2- الالتزام بإعلام المريض : يجب على الطبيب أن يحيط مريضه بكافة المعلومات التي من شأنها أن تجعل رضا هذا الأخير سليما ومتبصرا حول كل ما يتعلق بمرضه، ومؤدى هذا الالتزام هو إحاطة المريض بوضوح بكل ما يتعلق بالتدخل الطبي على شخصه والذي من شأنه أن يساعد على اتخاذ قرار لقبول أو رفض هذا التدخل، لقد اهتم المشرع الفرنسي بهذا الالتزام ومن خلال المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي[2]، وتناول المشرع الجزائري هذا الالتزام من خلال عدة مواد قانونية من بينها المواد 43 - 48 من مدونة أخلاقيات الطب وكذلك المادة 145 من قانون حماية الصحة وترقيتها[3] .

ولم يحدد الفقه ولا القضاء الحد الأقصى لهذا الإعلام بل تركوا ذلك للقواعد العامة، وينصب إعلام الطبيب للمريض حول طبيعة المرض الذي يعاني منه بعد تشخيصه وتحديده تحديدا صحيحا، وعلى طبيعة العلاج الذي تلتزمه هذه العلة والبدائل العلاجية المتوفرة، كما يلتزم الطبيب بإخبار المريض عن النتائج التي تترتب على العمل الطبي وبالأخص المخاطر التي تنجر عنه. [4]

3- الالتزام بالحصول على رضا المريض بإجراء العملية: وقد سبق ذكرنا لضرورة الحصول على إذن المريض قبل القيام بالتدخل الطبي، وكقاعدة عامة يلتزم الطبيب لكي يقوم بالعلاج والجراحة بأن يحصل على رضا المريض، فالطبيب يكون مخطئا أو لم يرتكب أي خطأ أثناء

---

[1] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 278.

[2] – عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، رسالة ماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص ص 24 -25.

[3] – قانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405 الموافق ل16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 8 الصادر في 17 فبراير 1985.

[4] – بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص61.

قيامه بالعلاج، ويخرج من هذا الالتزام ما يتعلق بالظروف الاستثنائية التي لا تستلزم الحصول على رضا المريض[1].

4 – الفحص الطبي المسبق قبل إجراء الجراحة: يتعين على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية، التزامه بالقيام بالفحص الطبي اللازم الذي تفرضه حالة المريض وطبيعة العملية الجراحية، وعلى الجراح أن يطلع على كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالمريض وعلى حالته الصحية العامة وردود الفعل المتوقعة ويجب أن لا يقتصر الفحص على العضو الذي سيخضع للعملية وإنما يجب عليه أن يكون الفحص شاملا وذلك لتأكد من نتائج التدخل الجراحي[2].

ويجب أن يكون الفحص السابق للعملية دقيقا ، لأن الجراح يسأل عن كل ضرر يترتب عن إهمال هذا الفحص، وحيث قضت محكمة "السين" الفرنسية بمسؤولية الجراح عن الحروق التي أصيب بها المريض نتيجة وجود بقايا الكحول المطهرة في ثنية الفخذ المتصل بالبطن، وترتب على ذلك اشتعال الكحول وإصابة المريض. [3]

كما يتعين على الجراح استشارة زملاء له سواء في نفس التخصص أو تخصص آخر قبل الإقدام المريض، وعليه استشارة الطبيب الذي كان يعالج عنده ليستنير برأيه في تحمل المريض للعملية. [4]

5– إجراء العملية الجراحية شخصيا : يتعين على الجراح قيامه بإجراء العملية الجراحية بنفسه، فلا يجوز له أن يعهد بها إلى جراح آخر دون موافقة المريض، فإن فعل ذلك يكون مسؤولا عن كل ما ينجم عن ذلك أضرار، كما لا يجوز له أن يعهد إلى أحد مساعديه بتنفيذ

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص49.

[2] – رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية، مرجع سابق، ص202.

[3] – طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص280.

[4] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص60.

الجزء الأخير من العملية ألا إذا كان تحت رقابته وإشرافه المباشر حيث يتسنى له التدخل متى رأى ضرورة لذلك. [1]

وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بمسؤولية الطبيب الذي أجري عملية قيصرية لامرأة حامل، لكنه ترك إتمام الجزء الأخير من العملية المتمثل في خياطة البطن وتعقيم موضع الجراحة لأحد تلاميذه إلا أن هذه المرحلة لم تتم بنجاح، حيث استمر النزيف من رحم المرأة مما أدى بوفاتها، حيث قضت المحكمة بمسؤولية الجراح لعدم إكمال العملية بنفسه أو على الأقل أن لا يغادر المكان ويقوم بالإشراف على عمل التلميذ بشكل مباشر. [2]

6- الالتزام بالعناية والإشراف بعد الجراحة: يمتد عمل الطبيب إلى وجوب متابعة المريض حتى يصحوا من الغيبوبة ويتخلص من أثر المخدر لأن إهمال هذه الناحية قد يترتب عليه نتائج وخيمة، فعلى الطبيب أن يولي عنايته بكل ما له صلة بالعملية بعد إجرائها في هذا الاتجاه قضي في فرنسا بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي لحقت بالمريض قبل إفاقته عقب العملية سبب التدفئة الزائدة التي قام بها طاقم التمريض، إذ كان يتوجب على الطبيب الجراح أن يراقب درجة الحرارة اللازمة بنفسه [3].

قد يثور تساؤل في مرحلة ما بعد العملية الجراحة عن مشكلة تفويض الاختصاص، باعتبار أن الجراحة قد تقام من طريق فريق طبي، فمن المألوف أن الأعمال البسيطة بعد العملية الجراحية كتدفئة المريض أو مراقبته لمنع وقوعه من الطاولة يعهد تنفيذها إلى هيئة التمريض، فمن الممكن أن يفوض الجراح مهمة مراقبة نتائج العملية إلى طبيب آخر أو

[1] – طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 60.

[2] – قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية 28/05/1959.

– طلال عجاج، المرجع نفسه، ص ص282 ، 283.

[3] – محمد بن منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 75

لأحد ممرضيه، إلا أنه يجب أن يكون هذا الطبيب أو الممرض المفوض له السلطة العليا في المهمة المعهود بها، أي أن تكون له القدرة اللازمة علاوة على حصوله على المعلومات الضرورية، وأن يتأكد الجراح بنفسه من تنفيذ تعليماته، طالما اقتضت حالة المريض ذلك، وأي إخلال بهذه الشروط يعرض الجراح للمساءلة في حالة وفاة المريض، عن جريمة قتل بسبب الإهمال لعدم الرقابة اللاحقة على إجراء العملية.

وبخصوص هذا الالتزام أيدت محكمة النقض الفرنسية حكما بإدانة جراح تجميلي بتهمة القتل الخطأ في قضية تتلخص وقائعها في أن جراحا باشر عملية تجميل أنف وأذن لفتاة تبلغ من العمل 21 عام ، وبعد انتهاء العملية نقلت إلى غرفتها بعد أن اطمأن الجراح من إفاقتها من المخدر، وقد وضعها تحت مراقبة الممرضات وانتاب المريضة صعوبة تنفس أفقدها الوعي، وبالرغم من تدخل طبيب التخدير الذي استدعى بعد فوات الأوان، إلا أنها فارقت الحياة في اليوم التالي للعملية [1].

وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة مسائلة الطبيب عن أخطاء مساعديه إذ نص في المادة 2/73 من مدونة أخلاقيات الطب على أن المساعدين الذين يختارهم الطبيب لمساعدته يعملون تحت مراقبته و مسؤوليته، فالطبيب يكون نتيجة لهذا ملزما بمراقبة أعمال مساعديه ويكون مسؤولا جنائيا إذ لم يباشر هذه المراقبة بكل دقة ويحدث بسبب ذلك ضررا للمريض. [2]

[1] – بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري ،2011 ، ص 44.

[2] – لنوار عبد الرحيم، المسؤولية الجنائية للأطباء والإصابة الخطأ ، رسالة دكتورات دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خدة الجزائر 2007، ص 65.

ثانيا : الأخطاء الشائعة في العمليات الجراحية

تثور مسؤولية الجراح بالمهارة التي تقتضيها مهنته والأخطاء التي يمكن أن يرتكبها الجراح أثناء تدخله الجراحي لا يمكن حصرها ولكن الشائع منها هو:

1- إغفال بعض الأجسام الغريبة داخل الجسم:

يعتبر ترك الأجسام الغريبة في الجرح من الأخطاء المتكررة بكثرة، إذ كثيرا ما تترك قطعة من القطن أو الشاش أو آلة مما يستعمل أثناء القيام بالعملية الجراحية، ينتج عنها تقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض وفي هذا الصدد قضت محكمة AiX بتاريخ 12/01/1954م بإدانة جراح بسبب القتل بإهمال عندما أجرى عملية جراحية لمريض، ونسي خلالها ملقط في بطنه، مما استدعى ضرورة إجراء عملية جراحية ثانية التي أودت بحياته[1]. كما قضت محكمة باتنة بإدانة طبيب جراح، أجرى عملية جراحية في أفريل 1999م لامرأة في الخمسين من عمرها لاستئصال ورم من رحمها، وبعد الانتهاء من العملية بقيت المرأة تعاني من آلام حادة، وبعد عرضها على الأشعة ثبت أن جسما غريبا ذات طبيعة نسيجية موجود في بطنها مما أدى إلى إتلاف جزء كبير من الأمعاء الغليظة فقرر الطبيب المخطئ إجراء عملية جراحية ثانية، غير أنه لم يستطع فعل شيء كونه مختصا في أمراض النساء، وبعد نقل المريضة إلى المستشفى الجامعي بباتنة فارقت الحياة. [2]

2- الاستعمال الخطأ للآلات عند مباشرة التدخل الجراحي:

لقد زاد لجوء الأطباء والجراحين إلى ضرورة استخدام الأجهزة والآلات الطبية في العلاجات والجراحات تبعا لتقنيات الحديثة في المجال الطبي، غير أن هذه الأجهزة تلحق أضرار بالغة بالمريض إذا لم تستعمل بشكل دقيق وبات ضروريا الحفاظ على سلامة

[1] – محمد حسين منصور المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص82.

[2] – نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص105.

المريض من المخاطر الناجمة عن استخدامها إذ يلزم القضاء الجرح ببذل العناية التي تفرضها الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب في استخدام هذه الأجهزة والمعدات وذلك أن يولى عناية كبيرة بفحصها قبل إجراء الجراحة، والغاية هي تفادي الأضرار الناجمة عن استعمالها، ومن التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الشأن ما قضت به محكمة "السين" من أنه يجب على الجراح أن يفحص الجهاز الموضوع تحت تصرفه فحصا جيدا ويتحقق من سلامة التوصيلات الكهربائية وعزل جسم المريض عن أي اتصال كهربائي[1].

لقد قضي بمسؤولية جراح عن وفاة مريضة أثناء تدخل جراحي و وكان سبب ذلك انفجار لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، وفي قضية أخرى حكم بمسؤولية طبيب عن ما أصاب مريض من حروق نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب. [2]

أما مسألة تفويض الاختصاص أثناء إجراء العملية الجراحية فقد اعتبر القضاء الفرنسي تفويض الجراح اختصاصه في هذه الحالة بمثابة خطأ يوجب مسائلة صاحبه في قضية تتلخص وقائعها في أن أخصائي أمراض نسائية قرر نقل امرأة بدت له أن عملية ولادتها صعبة إلى المستشفى الذي يعمل به وأسند مهمة تخديرها إلى إحدى الممرضات وتولت القابلة التي تساعده في العملية مهمة تعقيم الأدوات الجراحية التي تستخدم في العملية فهيأت القابلة لتبريد الأدوات في ماء معقم، واقترحت عليها الممرضة استخدام مادة "الأثير" فقامت القابلة بسكب هذه المادة على الأدوات الساخنة فاندلعت النار فقذفت القابلة القارورة على الأرض فانكسرت وأحدثت انفجار ودويا كبيرا جعل الفريق الطبي يهرب ويترك المريضة المخدرة التي التهبت فيها النيران، فأدانت محكمة أول درجة كل من الطبيب والقابلة بتهمة القتل الخطأ ثم برأت محكمة الاستئناف الطبيب بحجة أنه لا يمكن أن يفرض على الطبيب

[1] – منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، مرجع سابق، ص130

[2] – شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنه في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص255.

الذي يمارس عملية ولادة عسيرة باستخدام تقنية الجفت مراقبة كل تصرفات وأفعال مساعديه إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم وأدانت الطبيب ونعت عليه كونه لم يراقب تهيئة الظروف التي سيجري فيها عمليته وعلى وجه الخصوص تعقيم الأدوات التي سيستخدمها[1].

ما يمكن استنتاجه عن طبيعة التزام الطبيب عموما والجراح خصوصا أنها التزام ببذل عناية كأصل للوصول بالمريض للشفاء والذي هو بيد الله تعالى، والتزام بتحقيق نتيجة استثناءا والمتمثل في ضمان السلامة للمريض.

[1] – لنوار عبد الرحيم، المسؤولية الطبية للأطباء عن القتل والإصابة الخطأ، مرجع سابق، ص 98.

الفصل الثاني
آثار الخطأ الطبي الجراحي ونطاق الجرائم الناجمة عنه

أضحى العامل اليوم يعيش ثورة علمية تطورية تكنولوجية لمست مختلف الجوانب الحياتية، وقد مست هذه التطورات المجال الطيب الذي يعتبر من أهم المجلات التي جيب أن تولى لها أهمية كبرى من حيث الوسائل العلاجية والبروتوكولات الصحية، فمن المعروف اليوم أن العامل قد عرف تفشي للأمراض بنسب كبرية وحلقها تعدد في أنواعها وتفاقم لخطورتهما ما دعى بالضرورة لإخضاع العلوم الطبية إلى اهتمام واسع ودقيق كمحاولة لحصر هذه الأمراض والبحث عن علاجات لها، ومع كل هذه التداخلات والتطورات في الميدان الطبي ظهرت العديد الأخطاء من التي قد يقع بما الأطباء، وهي ماقد تؤذي حياة المريض أو تسبب له إعاقات وأضرار خطيرة على حياته، ومن هنا ظهر لنا إشكال جديد إذ أصبح من الضرورة بمكان تدخل القانون وسياساته حتى يتم ضمان حق المريض المتعرض للخطأ الطبي وفق أسس قانونية موضوعية من جهة وحصر عمل الطبيب وإلتزاماته من جهة أخرى، ومن خلال الدراسة لمسألة الأخطاء الطبية نجد هناك فجوة بين كل من العملية التطورية للعلوم الطب والتجاوب والتساير للنصوص القانونية مع هذا التطور، وهو ماقد تضيع فيه حقوق المرضى .

قد يجعل من الأخطاء تتنامي في ظل عدم وجود نصوص قانونية تحكم هذا العمل الدقيق، فالمريض المتعرض لخطأ طبي لا يجد ملجأ له إلا القضاء حتى يكفل له حقوقه والتعويضات التي يستحقها، وفي ظل عدم تمكن الجانب القانوني من مسايرة العمل الطبي والأخطاء الناجمة عنه، يجد المريض نفسه في إشكال عدم وجود قاعدة أو مادة قانونية محددة تحدد حقوقه وتكفل التعويضات له ، ويتعامل الطب مع أثمن شيء يملكه الإنسان وهو الصحة والحياة، فالطبيب يملك المهارة والخبرة التي تسمح له بالتدخل لتقديم علاج لكل من يشكو من علة معينة، ويعلق المريض أمالا عليه لتحقيق الشفاء، غير أن هذا العلاج قد ينتج عنه آثار سلبية على حياة وسلامة جسد المريض فتؤدي إلى إزهاق روحه، أو إصابته

بأذى جسماني وهذا ما يعبر عنه بالضرر في المجال الطبي، ولثبوت هذا الضرر لا بد من توافر علاقة سببية بينه وبين الخطأ الناتج عنه.

وعليه، يتعين دراسة هذا الفصل في مبحثين، حيث نتطرق الضرر وعلاقته السببية في الخطأ الطبي الجراحي في المبحث الأول، جرائم الخطأ الطبي الجراحي في المبحث الثاني.

المبحث الأول : الضرر وعلاقة السببية فى الخطأ الطبي الجراحي

فقد كان الطبيب الجراح إلى مطلع القرن العشرين عُرضة للفشل في معظم العمليات الجراحية التي يقدم على إجرائها، لاسيما قبل اكتشاف المواد المطهرة وبعض أنواع المخدر. أما في العصر الحالي فقد اكتشفت المضادات الحيوية واخترعت المعدات والأجهزة الطبية وتطورت الأساليب العلاجية، مما أصبح معه سهلا وميسورا ما كان صعبا أو حتى مستحيلا على الطب إلى وقت غير بعيد.

لاشك أن التطور الطبي يمثل في الوقت الراهن منعطفا حاسما وخطيرا، على قدر كبير من الأهمية في تاريخ الطب، إذ غدا الطب الحديث سيد العلاج والمرض. فإطالة الحياة بالأساليب الصناعية (أجهزة الإنعاش الصناعي)، قد استرعى الانتباه نحو ضرورة وضع معيار جديد للوفاة. كما أن الأطباء لم يكتفوا بنقل وزرع الكلى والقلب والكبد وغيرها من الأعضاء، وكذا إجراء عمليات التجميل المعقدة، بل نجحوا في إحياء الأجنة خارج رحم الأمهات للتغلب على مشاكل العق لديهن، وصولا إلى الاستنساخ وزرع الجينات والخلايا ... وغيرها من مظاهر التطور الطبي. لقد أصبح الطب فعالا إلى درجة لم يسبق لها مثيل، وبالمقابل وفي نفس الوقت أصبح خطرًا أيضا بدرجة لا مثيل لها، إذ أصبحت تقنيات استعمال الأدوية أو الأجهزة والمعدات الطبية تتضمن أخطارا لا حدود لها. الأمر الذي يستدعي التأكيد على التزام الطبيب ببذل مزيدٍ من العناية بمرضاه، تتماشى وهذا النسق من التطور العلمي والتقني من جهة، ويثير التساؤل حول المسؤول عن تلك الأخطار ومدى تطبيق قواعد المسؤولية الشيئية في هذا الصدد من جهة أخرى. [1]

[1] – بن صغير مراد ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية –دراسة مقارنة – ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تللمسان، كليةالحقوق والعلوم السياسية ،2011/2010، ص 3.

وعليه، يتعين دراسة هذا المبحث في مطلبين ، حيث نتطرق مفهوم الضرر صوره وشروطه في المطلب الأول، و علاقة السببية بين الخطأ الطبي الجراحي والضرر في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الضرر صوره وشروطه

وقد عرف الخطأ الطبي تطورا لا يقل أهمية عن تطور فكرة الخطأ بصفة عامة في مجال المسؤولية المدنية، بل هو يشكل امتدادا لهذا التطور من خلال ما انفرد وتميز به من خصائص ومعايير وعناصر .

وإذا كان الخطأ الطبي يتمثل في عدم قيام أو عدم تقيد الطبيب بالالتزامات والقواعد والأصول الطبية الفنية الخاصة التي تفرضها عليه مهنته. فإن ذلك يقتضي توضيح جملة من العناصر التي تساهم في تحديد مفهوم شامل للخطأ الطبي[1].

قد يتعرض المريض للضرر جراء خطأ طبي جراحي، وهذا الضرر قد يمس كيانه الجسدي أو ذمته المالية.

وعليه؛ فإنه يتعين تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث نتطرق مفهوم الضرر وصوره في الفرع الأول، و شروط الضرر في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مفهوم الضرر وصوره

تثور مسؤولية الطبيب الجراح إذا ترتب عن خطأه ضرر للمريض ولهذا الضرر صور متعددة وهذا ما سيتم درا استه في هذا الفرع.

[1] – Geneviève Duflo : La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie maloine, Paris, 1937 , p 25.
- Emile Arrighi de Casanova : La responsabilité civile des médecins et le droit commun de la responsabilité civile, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1946, p 29.

أولا: مفهوم الضرر

1- التعريف اللغوي : الضرر لغة ضد النفع، والضر بالضم الهزال وسوء الحال[1]، ومنه قوله تعالى: " وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ وَ أَنْ مَسَّنِيَ الضُّرُ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّحِمِينَ"[2] وروي عنه صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[3].

2- التعريف الاصطلاحي

أ - الضرر في الشريعة الإسلامية

وردت مادة ضرر في القرآن الكريم في مواضع عديدة أحدها بمعنى الشدة والبلاء منها قوله تعالى: "وَإِن يَمْسَسْكَ اللهُ بِضُرٍ فَلَا كَاشِفَ لَهُ إِلَّا هُوَ وَإِن يُرِدْكَ بِخَيْرٍ فَلَا رَادَّ لِفَضْلِهِ يُصِيبُ بِهِ مَن يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَهُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ"[4] وتأتي بمعنى المرض والجوع والعلة قال تعالى: "" وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَى أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُم بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ"[5]، وقوله تعالى: " وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ: أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّحِمِينَ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِن ضُرٍ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُم مَّعَهُمْ رَحْمَةً مِّنْ عِندِنَا وَذِكْرَى لِلْعَبِدِينَ"[6].

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب المرجع السابق، مادة (ضرر) ، ج28، ص 2573.

[2] – سورة الأنبياء، الآية: 83

[3] – أخرجه الدارقطني [4/ 228]، ، والحاكم [2/ 577]، والبيهقي [6/ 69- 70]، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

[4] – سورة يونس، الآية: 107.

[5] – سورة الأنعام، الآية: 42.

[6] – سورة الأنبياء، الآية: 83-84.

ب – الضرر في اصطلاح علماء الفقه والأصول:

استعمل الفقهاء الضرر بمقابل النفع ، قال ابن العربي: (الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه، وهو نقيض النفع) [1].

وجاء في المنتقى شرح الموطأ للباجي: قال الخشني(الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة) [2]. كما استعمل الضرر بمعني إلحاق المفسدة بالغير، فقد جاء في فيض القدير: (الضرر الحاق مفسدة بالغير) . [3]

وجاء في شرح القواعد الفقهية للزرقا (الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا). [4] كما استعمل الفقهاء الضرر بمعنى أن ينقص الرجل من أخاه شيئا من حقوقه، قال الحافظ المناوي في شرح لحديث لا ضرر ولا ضرار»: (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه[5].

وفي القواعد الفقهية لليحنوردي: ((... الظاهر من لفظ الضرر عرفا هو النقص في ماله، أو عرضه، أو نفسه، أو في شيء من شؤونه بعد وجوده، أو بعد وجود المقتضى القريب له بحيث يراه موجودا) [6].

وقال العتيبي في الموسوعة الجنائية الضرر) كل مكروه مجرد يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو عرضه)). [1]

---

[1] – أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ط 1؛ دار ابن عفان،د.د.ن، 1418هـ، ص 87.

[2] – أبو الوليد سليمان بن خلف القرطبي الباجي ، ج 6 ، ط 1 ؛ دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1332هـ، ص40.

[3] – زين الدين محمد المناوي، فيض القدير ، ج 6 ط 1 ؛ دار الكتب العلمية ، لبنان، 1994م، ص 559.

[4] – أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية. تحقيق: مصطفى الزرقا ، ج 1، ط2؛ دار القلم، سوريا ، 1989م،ص 165.

[5] – زين الدين محمد المناوي، فيض القدير ، ج 6 ، ط 1 ؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 1994م، ص 559.

[6] – أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع ، سابق، ص 87.

ج – الضرر في الاصطلاح القانوني:

لم يرد تعريف للضرر في القانون، غير أن الفقه تصدى لذلك بإعطاء تعاريف مختلفة الصياغة غير أنها تنصب في معنى واحد منها أن الضرر (هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك). [2]

كما عرف أيضا أنه (حالة نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة ماديه أو معنوية أو كلتيهما للشخص المتضرر) وعلى ضوء هذا التعريف يتحدد معنى الضرر في المجال الطبي بأنه حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يتبع ذلك نقصا في حال المريض أو معنوياته أو عواطفه). [3]

ثانيا: صور الضرر

لا يمكن مسائلة الطبيب عامة والجراح خاصة ما لم يترتب عن خطئه ضرر أصاب المريض وللضرر صور تتمثل في:

1 – صور الضرر في الشريعة الإسلامية:

إن مفهوم الضرر في الاستعمال الشرعي يشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، فالضرر المادي هو ما يصيب الإنسان في حقوقه المالية، وحقوقه في حفظ نفسه، أما الضرر المعنوي فهو ما يؤذي الإنسان في مشاعره وعواطفه، وهذه المضار لا يمكن ردها إلى أسباب أهمها مجاوزة الإنسان في أمره حدود الله تعالى، وحقيقة هذه المجاوزة التعدي

---

[1] – سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية ، ط 2؛ د . د .ن، الرياض ، 1427هـ ، ص 540.

[2] – كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص10.

[3] – منصور عمر المعايطه، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق ، ص 59.

على حقوق الآخرين، أو في استعمال الإنسان ماله من حق أو رخصة على وجه الإخلال بمقصود الشرع وما للآخرين من حقوق أو رخص، أو نتيجة إهمال الإنسان بذل العناية الواجبة عليه اتجاه الآخرين بالتفريط فيما ينبغي لهم. [1]

وقد اهتم الفقه الإسلامي بالأضرار البدنية نظرا لمكانة الإنسان بالمقارنة بالمال، والضرر البدني قد يكون مادي كالضرب والجرح والكسر والقتل، وقد يكون معنوي كالآلام والشين بتفويت الجمال وإذهاب المعاني.

2 - صور الضرر في القانون

تتنوع صور الخطأ الطبي التي قد تصيب المضرور إذ يمكن أن تمس كيانه الجسدي أو ذمته المالية وهو ما يعبر عنه بالضرر المادي، كما قد يمتد هذا الضرر ليصيب شعوره وعاطفته وهو الضرر المعنوي.

أ- الضرر المادي: يعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق مالي أو عير مالي، وقد عرف محمد شريم الضرر المادي أنه: (ذلك الضرر الذي ينقسم إلى ضرر جسدي متمثل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة، وإلى ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو اقتصادية، كإصابة الجسم بعاهة تعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج) [2].

بناء على هذا التعريف يتضح أن الضرر المادي قد يكون ضررا جسديا يمس حياة الإنسان وسلامته أو ضررا ماليا ينقص من الذمة المالية للمضرور.

[1] - أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص40.

[2] - كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص12.

الضرر الجسدي : ويقصد به الضرر الذي يصيب جسم الإنسان، وهذا الأذى قد يقع على حق الإنسان في الحياة فيزهق روحه، أو قد يقع على بدن الإنسان فيعطل بعض وظائفه بإحداث عاهة دائمة أو مؤقتة وذلك كما يلي:

1- الضرر الجسدي المؤدي للوفاة: وهو الضرر الذي تترتب عنه وفاة المريض، ويعتبر أشد أنواع الضرر لأنه يصيب الروح فهو بمثابة عدوان على حق الإنسان في الحياة، فقد يترتب على خطأ الطبيب وفاة المريض وذلك كتأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض وهو تحت التخدير أثناء التدخل الجراحي بعدم الإسراع والسعي لإفاقته وحصول موت خلايا المخ وبالتالي موت الدماغ. [1]

فمن الممكن أن تؤدي الأخطاء الطبية وخاصة الجراحية إلى وفاة المريض في خالة الإهمال وعدم اليقظة، أو عدم بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستقرة في الأصول العلمية الطبية أو عدم إتباع الأصول العلمية المتعارف عليها وفي هذا الصدد عرضت قضية على محكمة ديون في 03 جانفي 1930 أين أجرى طبيب عملية جراحية لسيدة كانت تعاني من مرض في حلقها، وفي أثناء العملية قام بقطع الشريان السباتي أدى إلى إصابتها بنزيف انتهى بوفاتها. [2]

أ - الضرر المؤدي للعجز : وهو تلك الإصابة اللاحقة بجسم الإنسان وما يترتب عنه من عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الانتقاص منه، وهو الضرر الذي يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم وذلك بإصابة المريض نتيجة خطأ الطبيب، أو بسبب سوء العلاج والعناية التي يتلقاها المريض بعاهة مستديمة، وهو ما حدث في قضية عرضت على محكمة التمييز الأردنية تتلخص وقائعها في أن طفلة أصيبت بعاهة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة، وبسبب الخطأ في التشخيص لم يتم علاجه في أوانه

[1] - منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص59.

[2] - منير رياض حنا، المسؤولية الأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص 154.

بسبب عدم تصوير الرقبة وهو ما أدى إلى خطأ في العلاج، ما ترتب عنه إصابة الطفلة بعاهة، ومثال ذلك أيضا إتلاف العين بخطأ طبي في المعالجة، وفقدان البصر نتيجة لذلك وهي صورة من صور العجز الجسماني. [1]

2 – الضرر المالي: ويقصد به في المجال الطبي الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى ونفقات إصلاح الخطأ [2]، هذا ويمكن أن يلحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاة العائل لهم أو أن يثبت أن المريض المتوفى كان يعوله وقت وفاته، إذ يصاب أولاد المتوفى بضرر مالي بسبب حرمانهم من حقوقهم في نفقة والدهم، ونفس الضرر يصيب أقارب المريض المتوفى، متى أثبتوا أن هذا الأخير كان يعولهم فعلا على نحو دائم ومستمر وأن فرصة الاستمرار في ذلك كانت محققة. [3]

ب – الضرر المعنوي : وهو الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة معانات وآلام تنتج عن مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو الجراح ويبدو كذلك في الآلام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها ويتمثل أيضا في ما قد ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء[4].

وتتعدد صور الضرر المعنوي التي تلحق المريض عبر التدخل الجراحي على جسمه، منها ما يجعل المريض يشعر بآلام جسمانية نتيجة الجروح أو فقد أحد أعضاء الجسم أو التشويه، أو ما يصاحب تلك الآلام من آلام نفسية يشعر بها المضرور، وإذا نتج عن تلك

[1] – طلال عجاج ، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص254.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والطبية للأطباء، مرجع سابق، ص59.

[3] – كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص19.

[4] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 169.

الإصابة تشويه يمس المظهر الجمالي للمضرور قد يشعر بآلام معنوية ناتجة عن حرمانه من متع الحياة.

1 – الآلام الجسمانية والنفسية يشعر المريض إثر إصابته بضرر جسماني بآلام جسدية بسبب العجز الدائم أو المؤقت اللاحق بسبب خطأ الطبيب أو الجراح، كما يتسبب بهذه الآلام استعمال الطبيب لأدوات وأجهزة طبية عند التدخل الطبي على جسد المريض بصيغة خاطئة. [1]

فالآلام الجسمانية تحدث ضررا معنويا للمصاب بخلاف الضرر المادي معا العلم بأم هناك ارتباط بينهما وبدون الضرر المادي لا وجود لمثل هذه الآلام، ويلجئ القاضي في تحديده لمدى الألم الجسدي، وذلك بسبب غياب معيار يحكم الأذى الجسدي من جهة ولكون عناصره ذاتية وتختلف من شخص لآخر بحسب السن والجنس ودرجة ومحل الإصابة في الجسم من جهة أخرى. [2]

ومن دون شك أن الإصابة الجسمانية من عاهة أو عطل دائم أو عجز أو بتر لعضو تنتج عنها آلام نفسية تتمثل في الحزن والحسرة والضيق، وهو ما قضت به محكمة باريس بتاريخ 09 مارس 1949 في قضية قام بها طبيب بوضع جبس على قدم المريض، فأخذ هذا الأخير يصرخ من شدة الألم طوال الأيام التالية بشكل غير عادي ولم يعر الطبيب أي اهتمام لتلك الآلام مما أدى إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي نتج عنها حدوث تعفن لا يمكن معالجته إلا ببتر القدم ، وهذا البتر كان نتيجة أخطاء متعددة من قبل الطبيب. [3]

[1] – طلال عجاج ، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص169.

[2] – عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص22.

[3] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص161.

2 – الضرر الجمالي: ويقصد به التشوهات والندبات التي تصيب جسم الإنسان نتيجة الإصابات اللاحقة به وتظهر أهميته أكثر كصورة من صور الضرر المعنوي في مجال جراحة التجميل إذ يرتكز الضرر المعنوي في هذا المجال على الضرر الجمالي بغض النظر عن الآلام الجسمانية وقد يجتمع الضرر بين الجسماني والجمالي في آن واحد، وهو ما توصلت إليه محكمة باريس في 23/10/2013 في قضية فتاة توجهت إلى طبيب التجميل لإزالة شعر كثيف موجود على منطقة الذقن، فقام الطبيب بتعريض الفتاة للأشعة بهدف إزالة ذلك الشعر فأصيبت على إثره بحروق ظاهرة على وجهها ،فإلى جانب الضرر الجسماني المتمثل في الحروق أصيبت في الوقت نفسه بضرر جمالي وهو تشوه وجهها. [1]

الفرع الثاني: شروط الضرر

إن قيام المسؤولية الطبيّة متوقف على وجود عنصر الضرر، غير أن لهذا الأخير شروطا يقوم على أساسها كي تترتب مسؤولية الطبيب.

أولا: شروط الضرر في الشريعة الإسلامية

يشترط في الضرر الموجب لمسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية جملة من الأمور أهمها:

1 – وقوع الضرر : حتى يكون الضرر موجبا للمسؤولية يشترط فيه أن يكون قد وقع فعلا، أو أنه من قبيل محقق الوقوع، وليس من قبيل المحتمل، أو مما يثبت ويستقر أمره بعد، وهذا بديهي لا يتوقف إثباته على دليل شرعي[2]. فالضرر المحقق هو ما يكون قد وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما، وهو ما يسمى بالضرر المستقبلي، ومثال الضرر المحقق والواقع في الحال

[1] – عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص22

[2] – صلاح محمد حسن عبد الله شمسه، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة والعلوم الإسلامية، كلية الفقه، جامعة الكوفة، 1429هـ / 2008م، ص102.

ما نص عليه ابن عابدين بقوله: (قطع الحجام لحما من عينه –أي عين المريض– وكان غير حاذق فعميت فعليه نصف الدية)، ومثال الضرر المحقق وقوعه مستقبلا الأضرار المتراخية في ظهورها كأن يحدث عجز بأحد أطراف المريض في الحال أو إصابته بشلل مستقبلا. [1]

2- أن يكون الضرر بينا : والمقصود بالبين ما كان فاحشا لا يسير ا، فالفقه الإسلامي ينظر إلى مقدار الضرر ، فإذا كان هذا المقدار من الكبر و الفحش بحيث يصير الإخلال بالمصلحة فيه بينا ظاهرا مثله لا يشكل على أهل الخبرة، فإنه يكون ضررا معتبرا يقضى بمنعه وضمان ما تولد عنه، أما إذا كان مما يشق الاحتراز عنه ومثله يحتمل عادة فإنه لا ينظر إليه على أنه ضرر معتبر ، ومن ثم لا يمنع منه . [2]

أن يكون الضرر ماسا بحق محترم شرعا فنصوص الشريعة الإسلامية لا تنفك من تأكيد حرمة الإنسان في نفسه وماله وعرضه، قال رسول صلى الله عليه وسلم: « كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ»[3]، فالضرر مضمون على من يباشره إذا كان ماسا بحق من حقوقه المحترمة شرعا، وحق الإنسان بالحياة أهم الحقوق وقد أولته الشريعة أهمية بالغة لتعلقه بمقصد هام وهو حفظ النفس ، وكذا حقه بالصحة والسلامة من المرض[4].

والضرر له صورتان في المسؤولية الجنائية وهما: الضرر الخاص الذي يصيب المضرور مباشرة من جراء تعدي الطبيب وتقصيره، والضرر العام الذي يصيب المجتمع

[1] – عبد الله بن سالم الغامدي، مرجع سابق، ص96 98.

[2] – أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص 741.

[3] – صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ،رقم 2564، ج4، ص 1986.

[4] – صلاح محمد عبد الله شمسه، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مرجع سابق، ص104

فالطبيب الذي يزاول المهنة دون ترخيص من شأنه أن يضر بالأفراد الذين يقوم بمداوتهم، كما يلحق الأذى بالناس ويضر بهم بصفة عامة نتيجة جهله. [1]

ثانيا: شروط الضرر في القانون

لابد من توافر شروط في الضرر حتى تقوم المسؤولية بصفة عامه والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص وهذه الشروط تتمثل في:

1- أن يكون الضرر محقق الوقوع: ويكون كذلك إذا وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما وقت المطالبة بالتعويض ، أي أن الضرر المحقق ما كان أكيدا سواء كان حالا أو مستقبلا حتمي الوقوع[2]. فلا يكفي الإدعاء بوقوع الضرر بل يستوجب أن يكون مؤكدا، وهذا ما أكدته الدائرة الجنائية بمحكمة النقض المصرية بتاريخ 16/06/ 1947م بأن معيار الضرر المتوقع موضوعي لا شخصي بينما الإدعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداهة، ويلزم أن يكون الضرر مؤكد، ولو في المستقبل. [3]

ويعد الضرر محققا أيضا إذا كان من قبيل الضرر المستقبلي، فليس بالضرورة أن يكون حاليا، ويتمثل الضرر المستقبل في أذى لم يقع في الحال إلا أن وقوعه مؤكدا مستقبلا أي أن سبب الضرر تحقق إلا أن أثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل ويظهر ذالك بصورة واضحة في عمليات التجميل لأنها تتطلب انتظار شهور للتأكد من مدى نجاح العملية والآثار المترتبة عليها ، ويعتبر من قبيل الضرر أيضا الحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة التي تبدوا لأول مرة هينة ثم يتمخض عنها ضرر جسيم في المستقبل وهو سيقع حتما وبصفة أكيدة. [4]

---

[1] – عبد الله بن سالم الغامدي، مرجع سابق، ص97 –98.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية للأطباء، مرجع سابق، ص57.

[3] – منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين مرجع سابق، ص486 487.

[4] – محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص272.

ويصعب على القاضي معرفة مدى الضرر الحاصل للشخص نتيجة الخطأ الفني للطبيب أو الجراح ما يتطلب منه الاستعانة بأهل الخبرة بغية الاستنارة والاهتداء في كشف الخطأ والضرر الحال الناجم عنه وتبيان ما يحصل من ضرر المستقبل ولو بعد سنوات. [1]

2 - أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة حتمية وطبيعية للفعل الضار ويعتبر كذلك في المجال الطبي إذا كان نتيجة مباشرة لعمل الطبيب أي وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ والنشاط والضرر الحاصل[2]. ومثال ذلك سقوط إحدى آلات الطبيب الجراح على المريض أثناء تدخله الجراحي أو نسيان قطعة من الشاش أو أداة من أدوات الجراحة في بطن المريض.

3 - أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور :

فمن شروط الضرر أن يكون قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور وهذا الحق يتمثل في سلامة جسم الشخص وحياته من الأذى ومجرد المساس بهذه المصلحة يكفي لاعتبار الضرر عنصرا في المسؤولية شريطة أن تكون المصلحة المخل بها مشروعة، وقد يكون طالب التعويض عن هذا الضرر المضرور نفسه أو أحد الورثة الذين يلزم المريض بإعالتهم قانونا مثل الأبناء والزوجة[3].

[1] - إبراهيم على حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، مرجع سابق، ص70.

[2] - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص99.

[3] - عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي مرجع سابق، ص44 47.

المطلب الثاني : علاقة السببية بين الخطأ الطبي الجراحي و الضرر

لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب الجراح أن يرتكب خطأ أثناء مزاولته لعمله، ولكن يجب أن يسبب هذا الخطأ ضررا يلحق بالمريض، وأن توجد علاقة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض، وهو ما يعبر عنه بالعلاقة السببية.

الفرع الأول : مفهوم علاقة السببية

إن وقوع الضرر لا يكفي وحده لقيام المسؤولية الطبيّة بل لابد أن تكون هناك رابطة سببية بين خطأ الطبيب والضرر.

أولا: علاقة السببية في الشريعة الإسلامية

يعبر عن رابطة السببية في الفقه الإسلامي بالإفضاء، والإفضاء في اصطلاح الفقهاء هو أن يكون الفعل موصلا إلى نتيجة لا تتخلف عنه إذا انتفت الموانع، فالمقصود بالإفضاء هو تلك الرابطة التي تربط التعدي بالضرر الذي يسأل عنه الطبيب حيث يشترط لقيام مسؤولية الجاني عن الجريمة المنسوبة إليه أن تكون ناشئة عن فعله، وأن يكون بين الفعل الذي أتاه ونتيجة التي يسأل عنها علاقة سببية. [1]

أ – المباشرة والتسبب في علاقة السببية:

إذا اتصل فعل الجاني بالنتيجة اتصلا مباشرا وأحدث النتيجة المعاقب عليها بذاته وبدون واسطة فهنا لا يصعب القول بوجود علاقة السببية بين التعدي والضرر، لكن تكمن الصعوبة في التعرف على هذه العلاقة إذا كان التعدي سببا في إحداث النتيجة، وهو ما سنعرضه بإيجاز نظرا لأهميته.

[1] – عبد الله بن سالم الغامدي مسؤولية الطبيب المهنية، مرجع سابق، ص101.

ب – تعريف المباشرة والتسبب:

1 – المباشرة: هي ما أحدث الجريمة بذاته دون واسطة وكان علة للجريمة، ومثاله الطبيب في واجبه وقيامه ببتر ساق سليمة بدل الساق المريضة. [1]

2– التسبب : هو ما أحدث الجريمة لا بذاته لكن بواسطة وكان علة للجريمة. [2]

مما سبق يتبين أن الجاني بفعله المباشر يكون مسؤولا دائما عن جنايته لأنه ينسب إليه التقصير والإهمال وعدم التحرز، أما ما يحدث عن طريق التسبب فالجاني لا يكون مسؤولا إلا إذا كان متعديا.

مسؤولية المباشر والمتسبب الجنائية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإنه لا فرق بين المباشر والمتسبب فالجاني مسؤول عن نتيجة فعله سواء كان فعله علة مباشرة للنتيجة أو علة غير مباشرة لها ، فإذا كانت النتيجة علة لعلة أو علل أخرى تولدت من فعل الجاني، فهو مسؤول على ذلك مدام المتعارف عليه بين الناس مسؤولية الجاني في مثل هذه الحالة.[3]

وفي حالة تعدد أسباب الضرر فإن جميع الجناة مسؤولون على حد سواء، كما لو اشترك جماعة في قتل واحد فإنه يقتص منهم جميع، وهذا رأى جمهور الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة، وقال بعض الصحابة والتابعين لا تقتل الجماعة بالواحد، وإنما يقتل منهم واحد ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافئ للمقتول، فلا تستوفى أبدال لعبد ،واحد ، كما لا تجب ديات لمقتول واحد. [4]

---

[1] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص451.

[2] – عبد الله بن سالم الغامدي مسؤولية الطبيب المهنية، مرجع سابق، ص103.

[3] – عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤوليتان الجنائية والمدنية في القتل والإصابة الخطأ في ضوء الفقه والقضاء ، ط2، منشأة المعارف، مصر ، 1998، ص107.

[4] – عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص456 457.

أما إذا اجتمع مباشرة وتسبب فهناك ثلاث افتراضات

1 – أن يغلب السبب المباشرة وفيه تقع المسؤولية عن المتسبب دون المباشر

2 – أن تغلب المباشرة على التسبب، وتتغلب المباشرة على السبب إذا قطعت عمله، وتقع المسؤولية ويعزر المتسبب. [1]

ثانيا: علاقة السببية في القانون:

يقصد بعلاقة السببية تواجد رابطة مباشرة ما بين الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب والضرر الذي أصاب المريض ووجود هذه الرابطة ركن أساسي لقيام المسؤولية الطبية، إذ لا يكفي وقوع الضرر للقول بقيام المسؤولية، بل لابد أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للخطأ الذي أحدثه الطبيب وأن يرتبطا ببعضهما ارتباط السبب بالمسبب، حيث لا يمكن تصور حصول الضرر للمريض لو لم يقع الخطأ من الطبيب، وهذا ما ذهب إليه أغلب الفقهاء ورجال القانون. [2]

والعلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها وقيامها، نظرا لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولوجية والتشريحية الوظيفية وتغير حالاته المرضية حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحيانا عند المريض، وتتداخل تلك الأسباب أحيننا أخرى أو قد يكون مصدر ذلك الضرر أشخاص آخرين أو متعددين، كما قد يكون سببه المريض ذاته. [3]

إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية ،الطبيب، فالقضاء يلقي على عاتق الطبيب التزاما بالتأكد من حالة المريض ومدى استعداده الأولي وما به من ضعف، وما لديه

[1] – عز الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤوليتان الجنائية والمدنية في القتل والإصابة الخطأ في ضوء والقضاء، مرجع سابق، ص107.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبيب، مرجع سابق، ص61.

[3] – حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، مرجع سابق، ص13.

من حساسية خاصة قبل التدخل الجراحي، بحيث لا يعفي الطبيب من المسؤولية إذا ثبت أن الضرر الناتج عن تدخله كان غير متوقع أو ضعيف الاحتمال. [1]

إن اشتراك أكثر من عامل في إحداث الضرر يجعل من الطبيب الاعتداد بسبب معين دون غيره من الأسباب التي لها علاقة في إحداث الضرر ، ومن هنا وقع خلاف بين شراح القانون في عملية إسناد الضرر الحاصل إلى عدة أسباب وقد قيل في ذلك عديد النظريات نذكر أهمها:

أ- نظرية تعادل الأسباب وتكافئها : وضع الفقيه الألماني فون بيري أسس هذه النظرية، والهدف منها هو وضع المعيار الذي يتم على أساسه إسناد النتيجة الضارة إلى مصدرها، حيث يرى أنصار هذه النظرية أن كل سبب ساهم في إحداث الضرر بحيث لولاه ما وقع الضرر يعد سببا منتجا له، وتتلخص في أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر ، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة متعادلة كأن كل منها منفرد في إحداث هذا الضرر، بمعنى أن أي سبب منها هو الذي أحدث الضرر ويكون السبب بهذه الصفة أن الضرر لم يكن ليقع لولاه فهذه النظرية توجب الاعتداد بجميع الأسباب التي اشتركت في إحداث الضرر واعتبارها متكافئة في إحداث المسؤولية. [2]

وتتميز هذه النظرية بالبساطة والوضوح، فهي تكتفي لاعتبار علاقة السببية متوافرة بين الفعل والنتيجة مجرد كونه أحد عواملها، دون حاجة للتحري عن مدى فاعليتها أو مقدار إسهامه كما تتميز أيضا بالحسم إذ تأتي بحلول قاطعة ليست محلا للشك أو التردد كما أنها

[1] – محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، مرجع سابق، ص170.

[2] – منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص61.

تتميز بالموضوعية ذلك أنها تقيم معيارها على عناصر موضوعية مادية، فكل تفاصيل التسلسل السببي والنتيجة تتعادل من حيث الأهمية. [1]

فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعا ويعتبر سببا مباشرا ولو تدخلت عدة عوامل ساعدت مع فعل الطبيب على وقوع النتيجة، وقد وجهت انتقادات لهذه النظرية بأنها تؤدي إلى إرهاق المضرور وضياع حقه، لكن ما يلاحظ من الرجوع إلى أحكام القضاء الفرنسي أنه كلما انتقل الضحايا أو ورثتهم إلى درجة قضائية أعلى كلما انحصرت المسؤولية وتركزت في شخص واحد أو شخصين تحت مسمى الإخلال بالالتزام بالإفضاء، أو الالتزام بالسلامة. [2]

ب – نظرية السبب المنتج أو الفعال: مقتضى هذه النظرية هو استعراض جميع الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر وتميز منها بين السبب العارض والسبب المنتج، واعتماد السبب المنتج وحده سببا للضرر ، فهو السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأحداث. [3]

فإذا كانت هناك عدة أسباب أحدثت الضرر فإنه يجب التركيز على السبب المنتج الفعال، ويعتبر كذلك إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حدوث نتيجة من نفس طبيعة النتيجة التي حصلت، وبعكس ذلك فإن السبب يكون عرضيا ولا يهتم به القانون، ووفقا لهذه النظرية تقوم المحكمة بدراسة الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر الذي لحق بالمريض، بحيث يتم استبعاد الأسباب العرضية التي لم يكن لها إلا دور ثانوي في حدوث الضرر[4].

---

[1] – عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤوليتان الجنائية والمدنية في القتل والإصابة الخطأ، مرجع سابق، ص 111.

[2] – فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، 2012، ص 292 293.

[3] – منصور عمر المعايطة، المشؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مرجع سابق، ص62.

[4] – طلال عجاج ، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 387.

وفي هذا الاتجاه قررت محكمة ليون الفرنسية في القرار رقم: 1014/ 2 بتاريخ: 25/05/1971 من أن الطبيب الجراح والمستشفى الخاص غير مسؤولين عن وجود حالة شاذه ولم يكن يعلم بها أو يتوقعها الطبيب، فقطع الشريان السباتي أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم، وبسبب أن الوريد لم يكن في موقعه، وهذا سبب كاف لإعفائه من المسؤولية ولو ثبت أن هناك خللا في الأجهزة الطبية ولم يكن ذا أثر في حياة المريض[1].

يتضح من خلال هذا القرار أن القضاء الفرنسي قد تحول إلى نظرية السبب المنتج بعد أن كان يأخذ بنظرية تعادل الأسباب.

هذا وقد اتجه القضاء المصري حاليا إلى الأخذ بالسبب المنتج حيث قررت محكمة النقض المصرية في القرار رقم: 51/1247 بتاريخ: 24/06/1982 بأن ركن السببية في المسؤولية التقصيرية مناط تحققه توافر السبب المنتج دون السبب العارض ولو اقترن به. [2]

فقد انتصر الفقه والقضاء في مسألة تعدد الأسباب لنظرية السبب المنتج أو الفعال، فإذا تعددت الأسباب المؤدية للضرر وتداخلت فإنه يجب التفريق بين الأسباب الفرضية والأسباب المنتجة حيث تعتبر الأخيرة هي وحدها سبب الضرر ، ويكون السبب منتجا إذا كان يؤدي عادة حسب المجرى العادي للأمور [3]إلى وقوع مثل الضرر الذي وقع، ولا يمكن للطبيب أن ينفى مسؤوليته عن ذلك إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ

[1] – فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص295.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، مرجع سابق، ص175 176.

[3] – صالح حمليل، المسؤولية الجزائية الطبية، مرجع سابق، ص14.

صدر من المضرور، أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك) [1].

نستخلص من هذه المادة أن السبب الأجنبي إما أن يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو من الغير وهذه الأسباب تزيل وصف الخطأ عن الفعل الضار وتنفي علاقة السببية ويترتب عليها انتفاء مسؤولية الطبيب كلها أو بعضها.

سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية يجب على القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يراعي عند استخلاصه للقرائن منتهى الحيطة والحذر وأن يعرف الحدود التي يقصر عليها استنتاجه وتقديره، حيث لا يقحم نفسه في مسائل فنية يجب أن يبقى بحثها مقصورا على أهل الخبرة الذين يقع على القاضي اختيارهم من الأطباء والمشهود لهم بالنزاهة والكفاءة وبعد ذلك تحدد لهم المحكمة المهمة الطبية بكل دقة وعلى الخبير أن يجيب عن الأسئلة حسب المهمة الموكولة إليه بكل وضوح ودقة، وله الاستعانة بذوي الخبرة والفن ليسترشد بمعلوماتهم فيما يعسر عليه أثناء القيام بمهمته. [2]

وفي هذا الشأن قضت محكمة PEAU الفرنسية بأنه يمكن الاستعانة بأهل الخبرة للتأكد من وجود علاقة السببية عندما يتوفى المريض أثناء إجراء العملية الجراحية على إثر توقف القلب نتيجة لعدم قيام الطبيب بالفحص البيولوجي قبل العملية وعدم وجود الأدوية الخاصة بالعلاج في العيادة الطبية. [3]

[1] – أمر 75/ 85 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 مؤرخ 30 سبمتبر 1975م ، المعدل والمتمم.

[2] – طلال عجاج، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، 393.

[3] – حكم محكمة peau الفرنسية في 12 مارس 1953،

– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 177.

الفرع الثاني : فوات الفرصة كصورة افتراضية للعلاقة السببية

لمواجهة عدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي، قرر القضاء الفرنسي إيجاد حل لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعماله لنظرية فوات الفرصة، فقط وضع هذا الأخير مبدأ مفاده أن كل خطأ طبي فني إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سبب في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة، وقد طبق نظرية تفويت الفرصة على كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب.

ففي حين أن القاضي يتمسك بالسببية القانونية متى ثبت له وجود قرائن قوية بما فيها الكفاية تدل على أن ذلك الخطأ قد يكون السبب في إحداث الضرر النهائي، فيفترض توافر رابطة السببية لكن عند تلاشي هذه الرابطة فهو يستعين بنظرية فوات الفرصة[1].

ويعتبر تفويت الفرصة عنصرا من عناصر الضرر، غير أنه ضرر مستقل يختلف عن الضرر النهائي، وهذا ما صرحت به محكمة النقض الفرنسية صراحة في قرار لها في 24 مارس 1981م، والتي تعتبر تفويت الفرصة في الشفاء مظهرا من مظاهر التشديد المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية انطلاقا من مبدأ سلامة الشخص واستنادا لما افرزه العلم من تقدم في المجال الطبي. [2]

مضمون الاتجاه القضائي الخاص بفكرة فوات الفرصة:

يطبق القضاء المدني الفرنسي نظرية فوات الفرصة على جميع الأخطاء الطبية الفنية الإيجابية منها والسلبية.

[1] – ليدية صاحب فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص11.

[2] – محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية،مرجع سابق، ص171.

أولا:الأخطاء الإيجابية:

قد يفوت الطبيب فرصة الشفاء عن المريض أثناء مرحلة التشخيص، أو في مرحلة الرعاية الطبية في مجال التوليد وذلك كما يلي:

1 – الخطأ في التشخيص: استقر القضاء الفرنسي على أن الأصل في الخطأ أو الغلط في التشخيص لا يكفي بحد ذاته لمساءلة الطبيب، مادام التزامه هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة وقضى أن هذا الخطأ أو الغلط في التشخيص كافي لوحده لقيام مسؤولية الطبيب أو الجراح إذا أقيم الدليل على أنه كان من الممكن تفاديه من الناحية العملية لو أن هذا الجراح أو ذاك الطبيب كان قد بذل قدرا أكبر من الاحتياط والدقة والانتباه. [1]

إن مجرد الغلط في التشخيص لا يثير مسؤولية الطبيب إلا إذا كان منطويا من جهة أولى على إهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه (الإهمال في التشخيص) والذي مفاده تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الإستعانه بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص سليم إلى حالته الصحية، ومن جهة ثانيه عندما يشكل ذلك الغلط جهلا جسيما بأولويات الطب وهو ما يسمى (الغلط العلمي في التشخيص). [2]

2 – انعدام الرعاية الطبية في مجال التوليد وتفويت الفرصة: يقع على عاتق الطبيب أو الجراح عدة التزامات لعلى أهمها مباشرة الإشراف على علاج المريض أو مقاربة نتائج العملية الجراحية، فينبغي أن يتبين بأن الطبيب قد مارس العناية والتأكد والإشراف بنفسه أو بو اسطة طبيب آخر كفء و مؤهل لذلك، ومن ثمة فالتقصير في ممارسة الإشراف الطبي

[1] – كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص52.

[2] – إبراهيم علي الحمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤوليه الطبيه، مرجع سابق، ص140.

يستوجب مساءلة الطبيب جنائيا ومدنيا بشرط توفر رابطة سببية ثابتة ومؤكدة بين الخطأ المرتكب من الطبيب أو الجراح والضرر اللاحق بالمريض، لكن القضاء المدني الفرنسي غاير هذا الأصل فنهج نهجا متشددا في واجب الإشراف فأي نقص في الإشراف يضيع على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة أو الشفاء، ويقضي بتحقيق مسؤولية الطبيب أو الجراح بسبب خطأه في المراقبة والإشراف والضرر اللاحق بالمريض أو ذويه[1].

ثانيا: الأخطاء الطبية السلبية:

قد يفوت الطبيب الجراح فرصة الشفاء عن المريض إذا امتنع عن الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير أثناء العمل الجراحي وفي حالة عدم إجراء الفحص التمهيدي وذلك كما يلي:

1 – عدم الاستعانة بطبيب أخصائي تخدير وفوات الفرصة: يلتزم الجراح بوضع المريض تحت تأثير التخدير قبل البدأ بمباشرة العملية الجراحية لأن التخدير يسهل التدخل الجراحي الذي يحتاج إلى سكون تام من جهة، وأن المريض لا يشعر بالآلام التي تصاحب العملية الجراحية من جهة أخرى لذا فالاستعانة بطبيب التخدير أثناءها أمر ضروري وعلى درجة كبيرة من الأهمية ، ويبقى التزام طبيب التخدير قائما بمتابعة المريض حتى إفاقته والى أن يستعيد كافة وظائفه الحيوية. [2]

وفي هذا أيدت محكمة النقد الفرنسية 21 نوفمبر 1978م القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 11 مارس 1977م والتي قضت بمسؤولية الجراح الذي استعان أثناء العملية بطبيب غير أخصائي في مجال التخدير، وما لبث أن مارس هذا الأخير مهمته حتى انتاب المريضة ضيق في التنفس عقبه اضطرابات قلبية، فنقلت إلى المستشفى وهي في

[1] – كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص54.

[2] – طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص304.

غيبوبة ثم توفيت بعد بضعة أيام، أكد الخبراء في تقريرهم خطأ الجراح مما استوجب إدانته من قبل محكمة استئناف باريس التي قررت أن التقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوبة إلى الجراح أدى إلى فقدان المريض فرصة البقاء على قيد الحياة. [1]

2 – عدم إجراء الفحص التمهيدي وفوات الفرصة : يتعين على الطبيب أو الجراح قبل مباشرة التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي إجراء بعض الفحوصات التمهيدية الضرورية لتأكد من الحالة الصحية للمريض، حيث يلتزم الجراح قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل الذي تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة ولا يقتصر الفحص على الموضع الذي سيكون محلا للعملية، وإنما يشمل الحالة العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من نتائج سلبية على التدخل الجراحي[2].

وفي هذا قضت محكمة استئناف (AIX) بمسؤولية جراح مدنيا وإلزامه بالتعويض اثر قيامه بتدخل جراحي لاستئصال زائدة دوديه لمريض دون فحصه مطلقا وبعد انتهاء العملية ظهرت على المريض أعراض انسداد الأمعاء أدى إلى وفاته بسبب تسمم في الدم، قام الطبيب الجراح بنقض الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، فرفضته بتاريخ 18 مارس 1969م وقضت بأنه (مع أنه لم يقم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب، إلا أنه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب بالتعويض) [3].

[1] – ليدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص ص18 19.

[2] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص75.

[3] – كريمه عباشي، الضرر في المجال الطبي، مرجع سابق، ص59.

*** موقف القضاء الجزائي من فكرة فوات الفرصة:**

يرفض القضاء الجزائي الفرنسي بشدة فوات الفرصة كأساس لتقرير مسؤولية الطبيب الجزائية وهذا ما تعكسه عدة قرارات ومن أبرزها قضية "Albertine sarrasin" أين باشر الفريق الطبي المكون من جراح وطبيب تخدير عملية استئصال كلية لمريضة دون إجراء تحليل دموي، الأمر الذي ترتب عنه نقل الدم أثناء إجراء العملية، ثم ما لبث أن توقف جهاز الدورة الدموية والتنفس لدي هذه الأخيرة عن العمل فتوفيت المريضة في الحال.

قررت محكمة (مونبلييه الابتدائية، نظرا لتناقض تقرير الخبراء حول توافر رابطة السببية بين الأخطاء الطبية الثابتة ووفاة المريضة بإدانة الجراح وأخصائي التخدير بجريمة القتل الخطأ على أساس أن الأخطاء المرتكبة قد أدت إلى حرمان المريضة من فرصة على قدر كبير من الأهمية في البقاء على قيد الحياة، وإثر الاستئناف المقدم على الحكم المذكور قضت المحكمة ذاتها ببراءة الجراح وأدانت الطبيب أخصائي التخدير، بحيث استنتجت توافر علاقة سببية بين الامتناع عن نقل الدم وتوقف جهاز الدورة الدموية إذ يكفي أن يكون هذا الخطأ في ترتيب النتيجة، وأنه لعب دورا في تسلسل الأسباب المفضية إليها، ولا يشترط بالضرورة أن يكون هو السبب المباشر والحال في إحداث الوفاة. [1]

ويستبعد القضاء الفرنسي العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والوفاة كلما تعلق الأمر بمجرد فوات فرصة ممكنة، لكن عندما يكون الخطأ الطبي هو الذي أثار خطأ الوفاة وحرم المريض من كل إمكانية من البقاء حيا فإن القاضي الجزائي الفرنسي يتمسك بالسببية الخطأ بين والوفاة.

ومن بين القرارات القضائية التي يتمسك فيها القاضي الجزائي بتوفر السببية بين الخطأ الطبي الثابت والضرر النهائي إلا بعد تأكده من حرمان المريض من كل إمكانية من

[1] – لدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص80 –81.

الشفاء أو من البقاء على قيد الحياة ويقضي بجنحة القتل أو الجرح غير العمدي قضية قرادو Grado ولتي تتلخص وقائعها في وفات امرأة أثناء عملية ولادة تمت بطريقة علاجية طائشة وذالك باستعمال القوة وتحت تخدير كلي قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية الطبيب الجزائية لأنه منع المريضة من كل فرص بقائها على قيد الحياة، وإثر الطعن هذا القرار وتأكيد الطاعن على واجب إثبات علاقة سببية بين الخطأ والوفاة بصفة أكيدة إلا أن الغرفة الجزائية بمحكمة النقض الفرنسية ورغم تأكيدها على ضرورة أثبات هذا المبدأ قررت أن الأخطاء الثابتة اتجاه الطبيب من إنشائه لخطأ الوفاة بطريقة الرعونة ولإهماله في عدم تجنب أثاره حرم المريضة من كل إمكانية في البقاء على قيد الحياة.

كما قضت المحكمة الجزائية (افري) في 17 نوفمبر 1982م بإدانة طبيبين بجنحة القتل غير العمدي ما دامت الأخطاء المرتكبة كانت سببا في إنشاء خطر الوفاة وعدم تجنب آثاره من كل ما سبق ذكره يتبين أنه يمكن للقاضي لجزائي أن يحكم بالمسؤولية الجزائية رغم تلاشي وضعف رابطة السببية متى تبين له أن الخطأ الطبي الثابت ذات جسامة معتبرة تكفي لتدارك ضعف رابطة السببية. [1]

تعرضت نظرية فوات الفرصة لانتقادات كثيرة كونها لا تتماشي وطبيعة المهنة الطبية وذلك بتحول طبيعة التزام الطبيب من التزام ببذل عناية الى التزام بتحقيق نتيجة وتطبيق هذه النظرية يعني رفض الفشل في العملية الجراحية أو العلاج. [2]

لكن القاضي يعتمد في ذلك على القرائن القوية والمحددة ليس فقط بمجرد شك، فإذ ثبت أن المرض في سيره الطبيعي كان مؤديا حتما بحياة المريض سواء أجريت له العملية أو لا فلا يسأل الطبيب عن موته، أما إذا كانت حالة المريض تبعث الاطمئنان على شفائه،

[1] – لدية صاحب، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 83.

[2] – سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها ، رسالة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية 28/02/2011، ص157.

فإن أن أي خطأ من الطبيب المعالج يفوت عليه فرصة الشفاء يعتبر سببا كافيا لقيام المسؤولية. [1]

المبحث الثاني : جرائم الخطأ الطبي الجراحي

تعتبر النتائج الضارة التي تقع من الطبيب أثناء قيامه بالعمل الطبي الجراحي هي التي تحدد نطاق الجرائم المرتكبة من قبله خاصة إذا كانت ناجمة عن خطئه، ومن أخطر نتائج ذلك الخطأ حدوث وفاة للمريض وهو ما يصنف ضمن جرائم القتل الخطأ (مطلب أول)، أو قد يتسبب الطبيب الجراح بخطئه في إيذاء جسماني للمريض وهو ما يندرج ضمن جرائم الإيذاء خطأ (مطلب ثاني).

المطلب الأول : جريمة القتل الخطأ

إن أحد أخطر جرائم الخطأ الطبي عموما والجراحي خصوصا هو حدوث وفاة المريض نتيجة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب وهنا يكون أمام جريمة القتل الخطأ، وما سنتناوله في هذا المطلب التعريف بالقتل الخطأ فرع أول، والعقوبة المقررة له فرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف جريمة القتل الخطأ وأركانها فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أولا: تعريف جريمة القتل الخطأ

1- تعريف الجريمة لغة واصطلاحا

لغة: الأصل الغوي لمادة الجريمة مأخوذ من الفعل جرم والجُرْمِ القِطَّعُ جَرَمَهُ يَجْرمه جُرما، قطعه، وشجرة جريمة:مقطوعة.

والجُرم: التعدي، والجرم الذنب والجمع أجرام وجَرُوم وهو الجريمة، فهو مُجْرم وجريم[1].

[1] – محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص171.

والجريمة من الفعل (ج) ر (م) وجرم جرما من باب أذنب واكتسب الإثم. [2]

2 – الجريمة في الاصطلاح الفقهي

جاء في الأحكام السلطانية للماوردي: (الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير)[3].

وعرفه محمد أبو زهرة: (هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه) [4].

3 – الجريمة في الاصطلاح القانوني:

إن الجريمة في قانون العقوبات هي الفعل أو الترك الذي نص القانون على عقوبة مقررة له.

وهناك من عرفها بأنها الفعل الذي يجرمه القانون ويقرر له جزاءا جنائيا ، أو هي فعل أو امتناع يخالف قاعدة جنائية تحظر السلوك المكون لها وترتب لمن يقع منه جزاءا جنائيا. [5]

وعرفها الدكتور عبد الله سليمان بقوله: هي كل سلوك يمكن إسناده إلى فاعله يضر يهدد بالخطر مصلحة محمية كجزاء جنائي[6].

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ، باب الجيم (مادة جرم)، م7، ص604.

[2] – الفيومي المصباح المنير، مصدر سابق، ص97.

[3] – أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية ، د. ط؛ دار الحديث، القاهرة، د.ت ص322.

[4] – محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط؛ دار الفكر العربي ،القاهرة ، 1998م، ص20.

[5] – منصور رحماني، الوجيز في القانون الجزائي العام، د.ط ؛ دار العلوم ،الجزائر، 2006، ص83.

[6] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، ج 1، د.ط ؛ دار الهدى، الجزائر ، د.ت، ص311.

4 – تعريف القتل الخطأ

القتل لغة : هو فعل يحصل به زهوق الروح. [1]

والقتل: أصله إزالة الروح كالموت ، قتلته قتلا أزهقت روحه فهو قتيل. [2]**القتل اصطلاحا** يعرف القتل بأنه (فعل من العباد تزول به الحياة) أو أنه (إزهاق روح آدمي بفعل آدمي آخر).

والقتل نوعان قتل مباح وقتل محرم ، ويكون القتل مباحا لحق من الحقوق الشرعية أو لحق من الحقوق الشخصية، فالقتل لحق من الحقوق الشرعية هو القتل لمصلحة الفرد أو المجتمع كاستيفاء القصاص أو قتل القاتل أو مهدور الدم كالزاني المحصن أو المحارب المتسلل أو المرتد عن دينه[3] – لقوله : «لا يَحِلُ دَمُ إِمْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثلاث : الثَّيِّبِ الزَّانِي وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسُ وَالتَّارِكَ لِدِينِهِ المُفَارِقُ للجَمَاعَة»[4].

أما القتل المباح لحق من الحقوق الشخصية فهو القتل دفاعا عن النفس أو دفاعا عن المال أو دفاعا عن العرض [5]،لقوله : « مَنْ قُتِلَ دُونَ نَفْسِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ وَمَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ وَمَنْ قُتِلَ دُونَ عِرْضِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ "[6]أما القتل المحرم فهو القتل العدواني.

وقد قسم الفقهاء القتل عدة تقسيمات تختلف حسب وجهة نظر كل واحد منهم وما يعنينا في دراستنا هو القتل الخطأ ، والقتل الخطأ هو ما لم يكن عمدا.

---

[1] – عبد القاهر الجرجاني، كتاب التعريفات، مصدر سابق، ص172.

[2] – المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف ، مصدر سابق، ص268.

[3] – يوسف جمعه يوسف الحداد، مرجع سابق، ص130.

[4] – أخرجه أبو داود (2 / 275) والنسائي والترمذي (2) / (316) وصححه، وأحمد (1652) (1653) وسنده صحيح.

[5] – أخرجه البخاري 6/9 (6878)، ومسلم 5/106 .

[6] – عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص123.

جاء في بدائع الصنائع : القتل أربعة أنواع : قتل هو عمد محض ليس فيه شبه العمد وقتل عمد فيه شبه العمد، وهو المسمى بشبه العمد ، وقتل هو خطأ محض ليس فيه شبه العمد ، وقتل هو في معنى القتل الخطأ). [1]

فمن الفقهاء من يرى أن الخطأ نوع واحد ومنهم من قسم الخطأ إلى نوعين كما جاء عند الكساني وهما :قتل خطأ محض، وقتل في معنى القتل الخطأ.

والداعي إلى هذا التقسيم لدى الفقهاء هو أنهم رأوا طبيعة القتل في الخطأ المحض تختلف عن طبيعته فيما يعتبر قتلا في معنى الخطأ، ففي الخطأ المحض يتعمد الجاني الفعل ، أما في النوع الثاني لا يتعمده. [2]

وقد عرف أحمد كنعان القتل الخطأ بأنه القتل الذي يقع عن غير قصد من الفاعل كقتل المريض بسبب إعطائه جرعة دوائية سمية أكثر من الجرعة الموصى بها، أو بسبب أجراء جراحي خاطئ أو أثناء فحصه بأحد الأجهزة أو بسبب التقصير أو الجهل ونحو ذلك ففي هذه الحالات يعد فعل الطبيب قتلا خطأ ويترتب عليه ما يترتب على القتل الخطأ[3].

5 – القتل في الاصطلاح القانوني

لم يرد في نصوص القانون تعريف مباشر للقتل الخطأ ومن بينها قانون العقوبات الجزائري حيث عرفته المادة 288 قانون العقوبات بطريقة غير مباشرة بنصها (كل من يقتل خطأ أو يتسبب في ذلك...) حيث اقتصرت على ذكر الصور التي تسبب ذلك الفعل[4].

والأمر ذاته في قانون العقوبات المصري حيث نصت المادة 238 من القانون رقم 58 سنة 1937م(من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك نشأ عن إهماله...)

[1] – علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مصدر سابق، ج7، ص233.

[2] – عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج 2، مرجع سابق، ص6.

[3] – أحمد كمال ، الموسوعة الفقهية الطبية، مرجع سابق، ص 268.

[4] – أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص82.

ولقد نصت المادة 232 من قانون العقوبات اليمني رقم 12 لعام 1994م على تجريم القتل غير العمد على أنه (يعاقب بالدية من تسبب بخطئه في موت شخص...) [1]. كذلك نص قانون العقوبات العراقي في المادة 11 فقرة1 (كل من قتل شخص خطأ أو تسبب في قتله من غير عمد...) [2]

فهذه المواد نصت على تجريم القتل الخطأ إذا اقترن بإحدى صور الخطأ وهي الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وعدم إتباع الأنظمة واللوائح دون إعطاء تعريف مباشر للقتل الخطأ كفعل.

ثانيا: أركان القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية والقانون

1 - أركان القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية:

تقوم جريمة القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية على ثلاثة أركان هي: فعل يؤدي إلى وفاة المجني عليه، أن يكون هذا الفعل خطأ ويكون بين الخطأ والوفاة رابطة سببية وتفصيلها كالآتي:

أ - أفعل يؤدي إلى وفاة المجني عليه : يشترط أن يقع بسبب الجاني ومنه فعل على المجني عليه سواء كان الجاني أراد الفعل وقصده، كما لو أراد أن يرمي صيدا فأصاب إنسانا، أو وقع الفعل نتيجة إهماله أو عدم احتياطه دون أن يقصده كأن ينقلب وهو نائم على طفل بجواره فيقتله.

ولا يشترط في الفعل أن يكون من نوع معين كالجراح مثلا بل يصح أن يكون أي فعل مما يؤدي إلى الموت سواء كان هذا الفعل مباشرة أو تسببا[3].

[1] - يوسف جمعة يوسف حداد المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، مرجع سابق، ص131.

[2] - ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2؛ المكتبة القانونية، بغداد ، د.ت، ص210.

[3] - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص108.

ب- الخطأ: وهو الركن المميز لجرائم القتل الخطأ على العموم وذلك لعدم وجود قصد جنائي، فالجاني لم يقصد بفعله قتل المجني عليه أو إقاع الضرر به، فإذا انعدم الخطأ فلا عقاب لأن الجاني لم يقصد جنا يته ولم يقصد إتلاف النفس وإنما حدث ذلك نتيجة خطأ في الفعل أو القصد أو فيهما قد يكون نتيجة إهمال أو تقصير أو عدم حيطة أو قلة حذر[1].

ت- أن يكون بين الخطأ والموت رابطة سببية : يشترط ليكون الجاني مسؤولا أن تكون الجناية قد وقعت نتيجة خطئه بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ويكون بين الخطأ والموت علاقة السبب بالمسبب فإذا انعدمت هذه الرابطة فلا مسؤولية على الجاني ويسأل الجاني عن الموت، ولو ساعد على إحداثه عوامل أخرى كسوء العلاج واعتلال صحة المجني عليه أو صغر سنه وضعف تكوينه، والجاني مسؤول عن خطئه ولو آلت الأسباب وبعدت النتائج مادام العرف يعتبره مسؤولا عن هذه النتائج. [2]

2- أركان القتل الخطأ في القانون:

تتمثل أركان القتل الخطأ في قانون العقوبات في الركن المادي والركن المعنوي وعلاقة السببية.

أ - الركن المادي: يتمثل الركن المادي في جريمة القتل الخطأ في فعل القتل حيث يشترط لقيام الجريمة أن يحدث قتل، إذ يعاقب القانون كل مساس بحياة الإنسان مهما كانت وسيلة القتل. [3]

[1] - حسن على الشاذلي، الجنايات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ، ط.2؛ دار الكتاب الجامعي، د.ب.ن، د.ت، ص396.

[2] - عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص112.

[3] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ج1، ص83.

فقتل المجني عليه يعد الركن الأول في جريمة القتل الخطأ فإن لم يحدث موت فلا مسؤولية عن القتل، ولا يشترط أن يحدث القتل بآلة معينة كما لا يشترط جسامة الإصابة، أو أن تحدث تلك الإصابة أثرا ماديا في جسم المريض. [1]

وفعل القتل من جانب الطبيب يكون بإتيانه حركة اتجاه جسم المريض وذلك باستخدام أجزاء من جسمه كاليدين، أو باستخدام أدوات العلاج مثل أدوات الجراحة أو العقاقير استخداما لا يتفق مع أصول الفن[2].

ب- الركن المعنوي: إن جريمة القتل الخطأ تخلو من نية المساس بحياة الضحية ولكن يفترض فيها أن يرتكب الفعل خطأ، والخطأ هو الركن المميز لهذه الجريمة، وكما سبق وأسلفنا الذكر فإن آراء الفقهاء تعددت واختلفت في تعريف الخطأ، وما خلصنا إليه أن الخطأ هو إخلال من الجاني بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، بحيث يترتب على ذلك عدم توقع حدوث الوفاة وعدم الحيلولة دون حدوثها في حين كان باستطاعته ومن واجبه أن يتوقعها وأن يحول دون حدوثها.

وقد جاءت نصوص القوانين العقابية ومن بينها قانون العقوبات الجزائري في المادة 288 منه مبينة لجريمة القتل الخطأ، ومبينة لصور الخطأ في القتل وهي الإهمال والرعونة وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة، إذ يكفي أن يقع الطبيب في جريمة القتل الخطأ في إحدى تلك الصور ليتحقق الركن المعنوي.

ت – قيام رابط السببية : لابد من قيام علاقة سببية بين فعل الطبيب والوفاة، حيث يشترط قانون العقوبات ضرورة توافر علاقة سببية بين القتل والخطأ فإذا لم توجد تلك الرابطة فإن مسؤولية الجاني تنتفي عن جريمة القتل الخطأ، حيث يكفي لقيام هذه الرابطة أن يكون

[1] – عزت حسنين، جرائم القتل بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة ،دط؛ الهيئة المصرية العامة للكتاب، د.ب.ن، 1939م ، ص 175.

[2] – يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، مرجع سابق، ص134.

الضرر سببا عن الخطأ ولو كان هناك عوامل أخرى من شأنها أن تساعد على حدوثه ما دام الضرر لا يمكن تصور حدوثه لولا وقوع الخطأ. [1]

وهكذا قضي بأن يسأل عن الوفاة من تسبب بخطئه في جرح الضحية إذا ماتت أثناء عملية جراحية كان من المفيد إجرائها لقليل العجز الناتج عن الجرح في وظيفة العضو إذ لا يشترط أن الشخص المسؤول هو الذي أحدث القتل أو الجرح بنفسه بل يكفي أن يكون هو المتسبب فيه بخطئه. [2]

الفرع الثاني : جريمة الإيذاء الجسماني خطأ وأركانها

تتمثل سلامة الجسم في سلامة الكيان الآدمي في مظهره الداخلي والخارجي، وقيام هذا الكيان بوظائفه الطبيعية وأن يكون متكامل الأعضاء، ولا يشترط لقيام صفة سلامة الجسم خلو جسم الإنسان من الأمراض أو اكتمال الصحة العامة إذ يكفي توافر قدر معين من الصحة التي تعين هذا الجسد على أداء وظائفه الطبيعية في مختلف مكوناته العضوية[3].

أولا: الإيذاء الجسماني في الشريعة الإسلامية

أطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على الاعتداء الذي يقع على سلامة الجسم مصطلح الجناية على ما دون النفس، ويعبر هذا المصطلح عن كل أذى يقع على جسم الإنسان من غيره لا يؤدي بحياته وهذا التعبير يتسع لكل أنواع الاعتداء والإيذاء. [4]

فالجناية على مادون النفس تشمل كل اعتداء على الأعضاء والجوارح، وهي لا تقل أهمية عن الجناية على النفس، والشريعة الإسلامية كما حرمت الاعتداء على النفس كذلك حرمت الاعتداء الذي يقع على الإنسان ولا يؤدي إلى وفاته، فكلاهما اعتداء سو اء وقع

[1] – عزت حسنين، جرائم القتل الخطأ بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص178.

[2] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ج1، ص88.

[3] – يوسف جمعه يوسف حداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، مرجع سابق، ص165.

[4] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص204.

على نفس الإنسان أو جسمه الذي كرمه الله سبحانه وتعالى وأحسن صورته وحرم الاعتداء عليه إلا بالحق "ولَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَنَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيرِ "[1]

1- تعريف الجناية على ما دون النفس خطأ:

الجناية على ما دون النفس خطأ هيما تعمد فيها الجاني الفعل دون قصد العدوان، أو ما وقع فيه الفعل نتيجة تقصير الجاني دون قصد منه. [2]

ولقد قسم الفقهاء الجناية على ما دون النفس إلى خمسة أقسام بحسب نتيجة فعل الجاني وهي:

أ - إبانة الأطراف أو ما يجري مجرى الأطراف : وتشمل قطع اليد والرجل والإصبع والظفر والأنف واللسان والذكر والأنثيين والأذن والشفة وفقء العين وقطع الأشفار والأجفان وقطع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحجبان والشارب.

ب - إذهاب معاني الأطراف مع بقاء أعيانها : وتتمثل في تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي وتغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال الذي تقوم به المعاني. [3]

ج- الشجاج: ويقصد بها جراح الرأس و الوجه وهي عند أبي حنيفة أحد عشر شجة

ح - الخارصة : وهي التي تخرص الجلد أي تشقه ولا يظهر منها الدم.

خ - الدامعة: وهي التي يظهر منها الدم ولا يسيل كالدمع في العين.

د - الدامية: وهي التي يسيل منها الدم.

---

[1] - سورة التين، الآية: 04.

[2] - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص204.

[3] - علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع ، مصدر سابق، ج7، ص296.

ذ – الباضعة: وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه.

ز – المتلاحمة: وهي التي تذهب في اللحم أكثر من ما تذهب الباضعة فيه.

ر – السمحاق : وهي التي تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم.

س – الموضحة: وهي التي تقطع الجلدة المسماة السمحاق وتوضح العظم.

ش – الهاشمة: وهي التي تهشم العظم أي تكسرها.

هـ – المنقلة: وهي التي تنقل العظم بعد كسره.

و – الأمة: وهي التي تصل إلى أم الدماغ.

ي –الدامعة: وهي التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ. [1]

2- الجراح: وهي ما كان في سائر البدن عدا الرأس والوجه وهي نوعان جائفة وغير جائفة، أما الجائفة فهي الجراح التي تصل إلى الجوف سواء كانت في الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنبين أو بين الأنثيين أو الدبر أو الحلق، وغير الجائفة التي لا تصل إلى الجوف. [2]

2 – أركان الجناية على ما دون النفس خطأ

إن أركان الجناية على ما دون النفس خطأ تتفق مع أركان جريمة القتل الخطأ أو الجناية على النفس خطأ غير أن الفرق بينهما هو الفعل، فإذا أدى هذا الأخير إلى الوفاة فهو قتل خطأ وإذا لم يؤدي إلى الوفاة فهو جناية على ما دون النفس.

[1] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ج2، ص206 207.

[2] – إبراهيم بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2،د.ط؛ د.د.ن، بيروت ، د.ت، ص213.

ثانيا: جريمة الإيذاء الجسماني في القانون

إن الاعتداء على سلامة الجسم يمكن أن يحدث من قبل الطبيب إنقصا للتكامل الجسدي من حيث الأعضاء القائمة فيه كبتر البد أو الرجل أو استئصال الكلية أو بمجرد إذهاب منفعة عضو معين كإذهاب البصر مع بقاء العين أو بإذهاب جمال العضو كالتشويه في الوجه أو غيره[1].

1 – تعريف جريمة الإيذاء خطأ في القانون:

لم يرد في قانون العقوبات تعريف للإيذاء الجسماني كما هو الحال بالنسبة لجريمة القتل الخطأ حيث اقتصر في ذلك على الإشارة إلى هذه الجريمة وذكر صورها والعقوبة المقررة لها، ومن ذلك ما جاء في قانون العقوبات المصري في نص المادة 244 من القانون 59 لسنة 1973 (من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيذاءه بأن كان ذلك ناشئا عن إهماله..) والأمر ذاته في قانون العقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994 في المادة 245 منه بنصها (يعاقب بالدية أو الأرش على حسب الأحوال من تسبب بخطئه في المساس بسلامة جسم غيره..). [2]

وهو ما جاء أيضا في قانون العقوبات الجزائري الذي اكتفي بالإشارة إلى صور الخطأ في جريمة الإيذاء أو الجرح وذلك في المادة 289 (إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض ..). [3]

2 – أركان جريمة الإيذاء الجسماني الخطأ:

تتفق هذه الجريمة في أركانه مع جريمة القتل الخطأ

[1] – يوسف جمعة يوسف حداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، مرجع سابق، ص166.

[2] – يوسف جمعة يوسف حداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء، مرجع سابق، ص163.

[3] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ج1، ص83.

أ – الركن المادي: ويتمثل في الفعل المؤدي للإيذاء ويمكن تصور هذا الفعل من قبل الطبيب باستخدام يده أو أدواة الجراحة، فإذا خالف بأفعاله تلك أصول المهنة وأدت بدورها إلى وقوع نتائج ضارة فإن فعل الإيذاء قد وقع، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا بمسؤولية الطبيب الذي أجرى جراحة في عين المريض بأدوات جراحية غير حديثة مما فوت على المريض فرصة الشفاء. [1]

ب – الركن المعنوي: ويتمثل في الخطأ حيث أن جريمة الإيذاء خطأ تخلوا من نية المساس بصحة الضحية والمفترض فيها أن الفعل يرتكب خطأ ويكون الإيذاء أو الجرح عرضيا وذلك تبعا لصور الخطأ التي نص بها قانون العقوبات. [2]

ج – الرابطة السببية : يشترط في جريمة الإيذاء الجسماني أن يكون هناك خطأ من الجاني وهو المتسبب في الحادث مبين النتيجة المترتبة عنه وليس من الضروري أن يكون السبب المباشر.

إن طبيعة الجرائم الناتجة عن الخطأ الطبي الجراحي تتمثل في القتل الخطأ وذلك عند حدوث وفاة للمريض نتيجة خطأ طبي ثابت، أو أن تكون جريمة جرح أو إيذاء جسماني غير عمدي، وهي الجرائم الأكثر شيوعا في المجال الطبي.

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجرائم الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

يعتبر المقصد من إيجاد العقوبة في هذه الحياة هو حماية الناس من المفاسد والانحلال وانتشالهم من الجهل وإلزامهم طريق الصواب، فالعقوبات تساعد على كف أيدي

[1] – حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 128 لسنة20 ، بتا ريخ 28/12/ 1999.
يوسف جمعة يوسف حداد، مرجع سابق، ص167.

[2] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق ، ج 1، ص83.

الناس عن المعاصي وحثهم على الطاعة وتحقيق الردع في المجتمع ، وقد شرع العقاب على الجرائم لمنع الناس من اقترافها لان النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه فالعقاب هو الذي يجعل لتلك الأوامر والنواهي مفهوما ونتيجة مرجوة ، فالعقوبات مقررة لإصلاح الأفراد وزجرهم عن الجرائم وحماية الجماعة من الجريمة فهي تمنع الفساد في الأرض وتحمل العباد عن الابتعاد عن ما يضرهم وفعل ما فيه خير لهم وبها يتحقق التوازن في المجتمع ولا يصاب بالخلل والاضطراب.

وستناول في هذا المطلب العقوبات المقررة في الشريعة الإسلامية (فرع أول)، والعقوبات المقررة في القانون الوضعي (فرع ثاني).

الفرع الأول : عقوبات القتل والإيذاء الخطأ فى الشريعة الإسلامية

أولا: تعريف العقوبة

لغة: العقاب والمعاقبة أن تجزي الرجل بما فعل سواء، والاسم العقوبة ، وعاقبه عقابا أو معاقبة بذنبه وعلى ذنبه أخذه به[1]. من ذلك قوله تعالى: "هُنَالِكَ الْوَلَيَةُ لِلَّهِ الْحَقِّ هُوَ خَيْرٌ ثَوَابًا وَخَيْرُ عُقْبَا".[2]

والعقاب أن تجزي الرجل بما فعل سواء عاقبته بذنبه معاقبة وعقابا أخذه به وتعقبت الرجل إذا أخذته بذنب كان منه ،فالعقوبة والمعاقبة والعقاب يختص بالعذاب قال تعالى: "فَحَقَّ عِقاب "[3]

2 – العقوبة اصطلاحا:

اختلف الفقهاء في تعريفهم للعقوبة على النحو التالي:

[1] – ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، م32، ص3027.

[2] – سورة الكهف، الآية: 44.

[3] – سورة ص، الآية: 14.

عرفها الحنفية بأنها الألم الذي يلحق الإنسان مستحقا على الجناية. [1]

وعرفها الشافعية بأنها زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حضر وترك ما أمر. [2]

وعرفها بعض الفقهاء المحدثين : هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع . [3]

أو هي جزاء وصفه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه وترك ما أمر به وهي جزاء مادي مفروض سلفا يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعود للجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره. [4]

العقوبة في القانون: تعرف العقوبة في القانون بأنها الجزاء الذي يقرره المشرع ويوقعه القاضي على من تثبت جنايته في ارتكاب الجريمة وتتمثل في إيلام الجاني بالإنقاص من بعض حقوقه الشخصية. [5]

أولا : آثار جناية القتل الخطأ في الشريعة الإسلامية

متى توفرت أركان القتل الخطأ لم تهمل الشريعة الإسلامية الآثار التي تتولد عن هذه الجناية المتمثلة في العقوبات وهي تنقسم إلى عقوبات أصليه، وعقوبات بدليه وعقوبات تبعية.

ودليل مشروعية هذه العقوبات قوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّاخَطَأْ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَدَقُوا فَإِن كَانَ مِن

[1] – حاشية الدر المختار للطحطاوي، مصدر سابق، ج2، ص388.

[2] – علي بن محمد خبيب الماوردي، الاحكام السلطانيه والولايات الدينية، مصدر سابق، ص337.

[3] – عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ج1، ص524.

[4] – أحمد فتحي بهنسي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ،ط:5؛ دار الشروق ، بيروت ، 1998، ص 13.

[5] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 83.

قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ، وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمان "[1]

أما من السنة فقد روي أن صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن و الديات وقال فيه « في نفس المُؤْمِن مِئَةٌ مِنَ الإِبل»[2].

العقوبات الأصلية في جناية القتل الخطأ : وهي الدية والكفارة

1- الدّية: الدية في القتل الخطأ هي عقوبة أصلية وأصل وجوبها " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَدَّقُوا"[3] . ومن السنة قوله " في نفس المُؤْمِن مِئَةٍ مِنَ الإِبل".[4]

أ - تعريف الدّية :

* **لغة:** هي أصل مادة ودى ويطلق على السيلان ومنه سمي الوادي لأنه مكان سيلان الماء بين الجبال، وأوداه أي أهلكه كأنه أسال دمه، و ودية القتيل أعطيت ديته ويقال لمن يعطى في الدم دية ، وودية القاتل القتيل إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس. [5]

* **الدية اصطلاحا:** هي اسم المال الذي هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودية القاتل القتيل إذا أعطى وليه ذلك. [6]

---

[1] – سورة النساء، الآية: 92.

[2] – رواه باللفظ المتقدم النسائي (4853)، وابن حبان (14/501-505) واللفظ له، والحاكم (1/552)، والبيهقي (4/89)

[3] – سورة النساء، الآية: 92

[4] – رواه باللفظ المتقدم النسائي (4853) ، وابن حبان (14/501-505) واللفظ له ، والحاكم (1/552) ، والبيهقي (4/89)

[5] – الفيومي، المصباح المنير ، مصدر سابق، ص654.

[6] – فخر الدين عثمان الزيعلي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج6، ص126.

وجاء في مغني المحتاج الدية هي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو في ما دونها. [1]

ودية الخطأ على العاقلة لحديث أبي هريرة قال : «اقتتلت امْرَأَتَيْنِ مِنْ هُذَيْلٍ فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى النَّبي صلى الله عليه وسلم أَنَّ دِيَّةٌ جَنِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ وقضى بِدِيَةِ المَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا»[2].

والعاقلة عاقل جمع وهو دافع العقل أي الدية، وسمي دافع الدية بالعاقلة أما لأنهم يعقلون يقيدون الإبل بفناء ولي المقتول أو لأنهم يمنعون عن القاتل الأضرار من قصاص أو دية. [3]

وعاقلة الإنسان هم الذكور من عصبتهم كلهم قريبهم أو بعيدهم ، حاصرهم وغائبهم ويدخل فيه أصوله وفروعه وهم الآباء والأبناء الذكور، الإخوة لغير أم وأبنائهم والأعمام وأبنائهم يبدأ بالأقرب فالأقرب ويأخذ الأسهل عليه.

فإن لم يكن له عاقلة فتجب على الجاني نفسه، فإن لم يكن قادرا فتؤدى من مال بيت المسلمين[4].

وتجب الدية عند مالك وأبي حنيفة في ثلاث أجناس وهي الإبل والذهب والفضة، ويرى أحمد وأبو يوسف من الحنفية أنها تجب في ستة أجناس وهي الإبل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل، أما الشافعي فيرى أن الأصل في الدية هي الإبل. [1]

---

[1] – محمد الخطيب الشربيني، مغنب المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، د.ط؛ دار الكتب العلميه ، بيروت، 1994م، ص295.

[2] – أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1؛ دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002م، كتاب الديات ،87، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد، رقم الحديث: 6910، ص 1709.

[3] – حسن علي الشاذلي الجنايات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص440.

[4] – محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفكر الإسلامي، ج 5 ،ط.1؛ بيت الأفكار الدولية، د.ب.ن، 1430ها 2009م، ص ص56\57.

وتجب دية الخطأ مخمسه وهو ما اتفق عليه الأئمة الأربعة ودليلهم ما روى عبد الله ابن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية الخطأ عشرون حقه وعشرون جدعه وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض. [2]

ولا خلاف في أنها مؤجلة في ثلاث سنين؛ لأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة. [3]

أما دية المرأة فعلى النصف من دية الرجل لإجماع الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا: فس دية المرأة إنها على النصف في دية الرجل وذلك لأن المرأة في ميراثها وشهادتها على النصف من الرجل وكذلك ديتها.

ودية الجنين غرة عبد أو أمة لما روى أبو هريرة .

ب – الكفارة: وهي العقوبة الأصلية الثانية في القتل الخطأ بعد دفع الدية.

* **الكفارة لغة:** ما كفر به من صدقة أو صوم، و سميت الكفارات كفارات لأنها تكفر الذنوب أي تسترها مثل كفارة الأيمان و كفارة الظهار.

* **الكفارة اصطلاحا:** وهي مأخوذة من الكفر وهي الستر لأنها تغطي الذنب وتستره. أو هي ما أوجب الشرع فعله بسبب حنث في يمين أو ظهار أو قتل، والكفارة عقوبة معنى العبادة وهي حق من حقوق الله تعالى. [4]

وهي عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجدها قيمتها يتصدق بها وعليه صيام شهرين متتابعين والذي يدل على أنها عقوبة أصلية قوله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَن

---

[1] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي. ج 2، مرجع سابق، ص201.

[2] – أخرجه أحمد، 384/(3635)، والدارمي (2367)، والترميذي (1386)، والنسائي (43/8)، وأبو داود (4545).

[3] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي. ج2 ، مرجع سابق، ص201.

[4] – حسن علي الشاذلي، الجنايات في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص440.

قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَدِّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِيثَقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ، وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا".[1]

من ظاهر النص أن الكفارة شرعت في القتل الخطأ ومن المتفق عليه أنها واجبة فيه واتفقوا أنّ الكفارة عتق رقبة مؤمنة ولابد، واتفقوا أن من عجز عنها صام شهرين متتابعين، والصوم يعتبر عقوبة أصلية غير انه يعد عقوبة بدليه عندما لا يستطيع الجاني عتق رقبة مؤمنة.

قال ابن قدامه : ((وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكرا أو أنثى وتجب في قتل الصغير والكبير)).

والكفارة واجبة على الجاني لا يدخلها تحمل ، فلا تجب على غير من وجد منه سببها، لأنها شرعت للتكفير على الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره. العقوبات التبعية تتمثل العقوبات التبعية في القتل الخطأ في الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية.

1 – الحرمان من الميراث : وهذه العقوبة مختلف فيها بين الفقهاء في الجناية الخطأ، فالحنفية والشافعية والحنابلة يرون أن القتل العدوان بغير حق سواء كان عمدا أو خطأ مانعا من الميراث لكن اشترط الحنفية أن يكون القتل مباشرة أو تسببا، وقال الشافعية والحنابلة لا فرقا بينهما فكل منهما مانع من الميراث. [2]

[1] – سورة النساء، الآية: 92.

[2] – علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج7، ص256.

أما المالكية قالوا أن القتل الخطأ لا يحرم من الإرث ويرث من مال مورثه ولا يرث من الدية. [1]

2 – الحرمان من الوصيّة : يرى الحنفية منع القاتل من الوصية إذا وقع القتل مباشرة لا تسببا.

الوصية في قول مالك في القتل الخطأ بمنزلة الميراث يرث من المال ولا يرث من الدية، فتجوز الوصية في مال الموصي ولا تجوز في الدية في حال علمه أن الموصى لهسيقتله أما حالة في عدم علمه فلا تجوز الوصية للموصى لاستعجال موت الموصى، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

أما الشافعية فيرون أن القتل الخطأ لا يبطل الوصية لأن الوصية تملك بعقد فأشبهت عقد الهبة وخالفت الميراث.

الحنابلة القتل الخطأ يقتل الوصية لأنه يمنع الميراث وهي أكد منها فهي أولا منحرمان القاتل منها [2].

ثانيا: عقوبة الإيذاء الجسماني خطأ

إن عقوبة الإيذاء الجسماني أو ما يطلق عليه الجناية على مادون النفس خطأ يتمثل في الدية أو الأرش وهي العقوبة الأصلية الوحيدة ولا توجد عقوبة بدلية في ذلك، لكن يمكن أن تكون هناك عقوبة تعزيرية أصلية أو بدلية إذا رأت الهيئة التشريعية ذلك. وتتمثل الدية أو الأرش في الجناية على ما دون النفس في دية الأعضاء أو الأطراف وأصل مشروعية هذه الدية حديث عمر بن حزم عن أبيه عن جده، أن رسول صلى الله عليه وسلم كتب كتابا إلى

[1] – مالك بن أنس بن مالك بن غامر الأصبحي المدني، المدونة، ج 4 ، ط.1؛ دار الكتب العلمية ، د.ب.ن، 1415هـ 1994م) ص 347.

[2] – مالك بن أنس، المدونة ، المرجع نفسه، ج4، ص 3390

أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وفيه: «أن في نفس الدية مائة من الإبل، وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية، وفي اللسان الدية، وفي الشفتين الدية، وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية، وفي الصلب الدية وفي العينين الدية، وفي الرجل الواحدة نصف الدية، وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي كل أصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الإبل، وفي السن خمس من الإبل وفي الموضحة خمس من الإبل».

تجب الدية كاملة بإزالة جنس منفعة العضو، أو بإبانته أو بإذهاب معناه الهيكل أو الصورة.

2 – دية الأعضاء: والأعضاء التي تجب فيها الدية أربعة أنواع:

أ –**النوع الأول** : مالا نظير له في البدل: وهو الأنف واللسان والذكر أو الحشفة والصلب ومسلك البول ومسلك الغائط والجلد وشعر الرأس وشعر اللحية؛ هذه الأعضاء في لإذهابها دية كاملة لأنهم إذا ذهبوا لم يبقى في الجسم فتذهب منفعته فتصير النفس متلفة من وجه. [1]

ب – النوع الثاني : ما في الإنسان منه اثنان والأطراف التي في الإنسان منها ما هو:

اثنان: كالعينين، الأذنين الشفتين، اليدين الرجلين الحاجبين، اللحيين، الإنثيين ...الخ ففي إبانة أحد هذه الأعضاء دية كاملة ، وفي الواحدة منها نصف الدية لان في كل زوجين من البدن تجب فيهما كمال الدية وفي إحداهما النصف لحديث عمر ابن حزم. ففي إذهاب العينين دية كاملة وفي العين الواحدة نصفها. [2]

[1] – علاء الدين الكساني، بدائع الصنائغ، مصدر سابق، ج7، ص 111.

[2] – عبد العظيم بن بدوي، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، ط.3؛ دار الفوائد، المنصورة ، 1421هـ \2001م، ص 597.

ج – النوع الثالث: ما في البدن منه أربع وهما أشفار العينين والأهداب: وتجب في كل واحدة منهما ديّة كاملة، ففي دية أشفار العين الدية إذا قطعها ولم تنبت وفي أحدهما ربع الدية.

د – النوع الرابع: ما في البدن منه عشرة فأكثر : حيث تجب الدية كاملة بإبانة أصابع اليدين أو الرجلين كلها وتتوزع الدية بين الأصابع العشرة بالتساوي دون تمييز بينها ففي كل إصبع عشرة من الإبل لحديث غمر ابن حزم « وَفِي كُلِّ أَصَبْع عَشْرَةٌ مِنَ الإبل». وفي كل سن خمس من الإبل والأصل فيه ما روى عنه صلى الله عليه وسلم « فِي كُلِّ سِن خَمْسٌ مِنَ الإبل»

3 – دية منافع الأعضاء وإذهاب المعاني:

ويقصد بها تفوية منفعة العضو مع بقائه قائما كتفوية السمع والبصر والشم والكلام والجماع والمشي كما يدخل إذهاب العقل وغيره، ففي ذهاب كل منفعة تجب دية كاملة لأن إتلاف منفعة العضو كإتلاف النفس[1]، وقد روي عن عمر أنه قضى رجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها سمعه وعقله وبصره وكلامه.

4 – دية الشجاج: سبق وأن تكلمنا عن الشجاج وأنواعها وذكرنا أن الشجاج هي الإصابات التي تقع في الرأس والوجه، فالخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق لا أرش مقدم فيها وتجب فيها حكومة عدل.

أما الموضحة فيها خمس من الإبل، والهاشمة عشر من الإبل والمنقلة خمس عشرة من الإبل، أما المأمومة والدامغة والجائفة ففي كل منها ثلث الدية.

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجرائم الخطأ الطبي الجراحي في القانون الوضعي

[1] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج2،مرجع سابق، ص205.

لقد شددت القوانين العقابية العقوبة على أصحاب المهن ومنهم الأطباء إذا كانت هناك جرائم قتل أو إيذاء جسماني وقع إخلالا في أصول المهنة، وقد قررت نصوص تلك القوانين عقوبات من حبس أو غرامة أو دية أو أرش، ومن بين أهم النصوص الموجودة بين أيدينا قانون العقوبات المصري والعراقي واليمني والجزائري والتي نصت عن ما يلي:

1 – عقوبة القتل الخطأ

أ – القانون المصري: نص قانون العقوبات المصري في المادة 238 منه لسنة 1938م على أن (من تسبب خطأ في موت شخص بأن كان ذلك ناشئا عن إهماله ورعونته أو عدم إحترازه أوعدم مراعاته القونين والمقرارات و اللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تجاوز مائتين جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين).

فالعقوبة المقررة هي الحبس والغرامة حيث تشدد هذه العقوبة إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه أصول مهنته أو حرفته، أو كان عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث متعاطيا عقاقير مخدرة أي كان نوعها أو كان في حالة سكر بين، أو لم يقدم المساعدة وقت الحادث لمن وقعت غليه الجريمة، أو لم يطلب هذه المساعدة مع تمكنه من ذلك، فتكون العقوبة حينها الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ست سنين، وغرامة لا تقل عن خمسين جنيه ولا تجاوز أربع مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين[1].

ب – القانون العراقي: نصت المادة 411 من قانون العقوبات العراقي في فقرته الأولى على (أنه من قتل شخصا خطأ أو تسبب في قتله من غير عمد... يعاقب بالحبس و الغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين) فالمشرع العراقي جعل عقوبة القتل الخطأ هي الحبس والغرامة دون أن يحدد الحد الأدنى لهما وللقاضي أن يحكم بإحدى العقوبتين.

[1] – ماهر عبد الشويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص210.

كما تضمنت المادة نوعين من الظروف المشددة الأول متعلق بجسامة الخطأ والثاني يتعلق بجسامة الضرر، فالظروف المتعلقة بجسامة الخطأ هي الظروف التي نصت بها الفقرة الثانية من المادة 411 حيث إذا توافر أحدها تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ثلاثة مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين وتلك الظروف هي: وقوع القتل نتيجة خطأ مهني جسيم: فإذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالا جسيما بما تفرض عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته فهذا يعتبر ظرفا مشددا للعقوبة، وكذا ارتكاب القتل والجاني في حالة سكر أو تخدير.

ج – القانون اليمني: نصت المادة 238 من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم 12 لعام 1994 على تجريم القتل غير العمد بالنص على أنه ((يعاقب بالدية من تسبب بخطئه في موت شخص ويجوز فوق ذلك تعزير الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة فإذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول مهنته أو حرفته أو مخافته للقوانين واللوائح وكان ذلك تحت تأثير سكر أو تخدير عند وقوع الحادث كان التعزير بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات [1]

من خلال هذا النص نرى أن المشرع اليمني فرق بين عقوبة جريمة القتل الخطأ حال ارتكابها من قبل شخص عادي أو ارتكابها من قبل طبيب متخصص، الشخص العادي يعاقب بالدية ويجوز فوق ذلك تعزيره بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، بينما تشدد العقوبة نتيجة إخلال الجاني بما تفرضه عليه أصول المهنة وذلك برفع الحد الأقصى لمدة الحبس إلى خمس سنوات. [2]

عقوبة الإيذاء الجسماني الخطأ :

[1] – يوسف جمعة يوسف حداد، المسؤولية عن أخطأ الأطباء، مرجع سابق، ص131.

[2] – يوسف جمعة يوسف حداد، المسؤولية عن أخطأ الأطباء، مرجع سابق، ص138.

تنص قوانين العقوبات على تشديد العقوبة على ذوي المهن ومنهم الأطباء إذا كانت جريمة الإيذاء الجسماني قد وقعت منهم إخلالا بما تفرضه عليهم أصول المهنة، ومما قررته تلك النصوص عقوبة الحبس والغرامة، من ذلك ما جاء في قانون العقوبات المصري حيث أن العقوبة المقررة حسب ما نصت به المادة 244 في سنة 1938 هي الحبس مدة لا تزيد على سنتين وغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه أو بإحدى العقوبتين، وقد سوى المشرع المصري في العقوبة بين ذوي المهن ومنهم الأطباء في حدوث العاهة المستديمة.

أما المشرع اليمني فقد نص على عقوبة الإيذاء الجسماني بالدية والأرش إضافة إلى عقوبة الحبس والغرامة والتي تشدد بدورها في حالة حدوث عاهة مستديمة أو وقوع الجريمة نتيجة إخلال بأصول المهنة وذلك في المادة 245 من قانون العقوبات اليمني. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 289 من قانون العقوبات على جنحة الجرح الخطأ بأنه إذا نتج على الرعونة أو على عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي على العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر تكون العقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 500 إلى 15000دج أو بإحدى العقوبتين.

في القانون الجزائري :

أما بالنسبة للعقوبات المقررة في المسؤولية الجزائية غير العمدية للطبيب فتختلف باختلاف نوع الجريمة فيما إذا كانت قتل خطأ أو جرح خطأ، بالنسبة للأولى يعاقب الطبيب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من20.000 دج إلى 100.000 دج في حين أنه عاقب على الجرح الخطأ بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من من20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

هذه بعض النماذج من العقوبات المقررة في القتل الخطأ وكذا الإيذاء الجسماني الخطأ في بعض القوانين العقابية العربية، والتي تتفق في مجملها على عقوبة السجن

والغرامة ماعدا قانون العقوبات اليمني الذي يتفق في عقوباته مع عقوبة الجناية على النفس وعلى ما دونها في الشريعة الإسلامية.

خاتمة

لقد أصبحت الأخطاء الطبية والجراحية واقعا رهيبا لا مجرد ظاهرة استثنائية أو جانبية، فالمجال الطبي اليوم محفوف بالمخاطر، إذ تصاعدت وتيرة الحوادث الطبية الجراحية مخلفة وراءها العديد من المرضى ضحايا الأخطاء الطبية المتفاقمة

ومن خلال دراستنا لموضوع الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي ، لاحظنا غياب نصوص قانونية كافية تحدد معالم الخطأ الطبي الجراحي، وتضبط أحكام المسؤولية الجزائية الناتجة عنه، إذ اكتفى الكثير من المشرعين، بما فيهم المشرع الجزائري، بل وحتى الفرنسي بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ غير العمدي المتعلق إما بالجرح والضرب أو بالقتل الخطأ، الأمر الذي طرح العديد من الإشكالات، دفعت بالفقه والقضاء الفرنسيين خاصة إلى التماس حلول ومنافذ لها.

وتوصلنا إلى عدة **نتائج**، أهمها:

1 – يعتبر الخطأ الطبي الجراحي أهم صورة من صور الخطأ الطبي بصفة عامة، وأنموذج واقعي للخطأ غير العمدي، لذلك يعبر عنه بأنه:" كل مخالفة أو خروج من الطبيب الجراح – أو أي عضو من أعضاء الفريق الطبي المشارك في إجراء العملية الجراحية – في سلوكه عن القواعد والأصول العلمية التي تتطلبها أصول المهنة، خلال مختلف مراحل العمل الجراحي، أو إخلاله عند تصرفه الإرادي بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وتفرضها مراحل العملية الجراحية، وعدم حيلولته تبعا لذلك دون إفضاء سلوكه لإحداث النتيجة الضارة، في حين كان بإمكانه، بل وواجبا عليه، أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض.

وبهذا المعنى، يختلف هذا النوع من الخطأ عن الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية المدنية، مما طرح مسألة أخرى تتعلق بفصل الخطأين أو وحدتهما، وقد انتهى الجدل بضرورة الفصل بينهما لعدة اعتبارات كتمكين المريض المتضرر – أو ذويه في حالة

وفاته من الحصول على التعويض، إذا صدر حكم جزائي يقضي ببراءة المتهم، كما أن من شأن الفصل بينهما تقدير الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية الجزائية تقديرا واقعيا . خلافا لتقدير الخطأ الطبي الجراحي المدني الذي يتم قياسه بمعيار موضوعي أو بمعيار الرجل العادي –

فالمعيار الواقعي يفرض على القاضي بأن يضع في اعتباره جملة من الأمور التي يستند إليها للحكم ببراءة المتهم أو بإدانته ولعل أهمها: الكفاءة الشخصية للطبيب وكافة الظروف المحيطة بالعمل الطبي الجراحي، إذ ليس من المعقول أن يطلب من جميع الأطباء أن يكونوا على مستوى واحد من الكفاءة فهذه الصفة تحكمها عوامل عديدة، بما فيها الموهبة الطبيعية والدراسة والخبرة وهي تختلف من طبيب إلى آخر.

2 – لا مبرر للتمييز بين الخطأ المهني والخطأ العادي، وبين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط، فمن شأن ذلك أن : يهدر بعض الحقوق ويضعف دور القضاء، إذ أن مسؤولية أهل الفن تخضع للقواعد العامة مهما كانت طبيعة وجسامة الخطأ، ذلك أن النصوص المتعلقة بالخطأ غير العمدي جاءت بصيغة عامة، ولا يجوز تقييدها إلا بنص .

وفي هذا الصدد، أشرنا إلى الخطوة الهامة التي خطاها المشرع الفرنسي في تعديل قانون العقوبات بالقانون رقم 2000–647 ، حين فرق بين الفاعل المباشر وغير المباشر، واكتفى بالخطأ اليسير لمساءلة الأول، بينما اشترط الخطأ الجسيم لمساءلة الثاني، وهو ما انعكس على الأحكام المتعلقة بالخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية الجزائية

3 – يتعدى نطاق الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية الجزائية، مرحلة الجراحة بمعناها الضيق لتشمل الفترة السابقة لها، كما في حالة عدم الحصول على رضا المريض، وذلك بعد إعلامه بحقيقة المرض، والمخاطر التي قد تنجم عن العمل الجراحي، أو عدم إجراء الفحوص الطبية السابقة وهذا ما لم ترد ظروف تعفي الطبيب من ذلك ولتشمل كذلك

الفترة اللاحقة لها، كما في حالة غياب أو نقص المتابعة الطبية للمريض سواء من حيث آثار التخدير أو أثار الجراحة .

4 – شهد الميدان الطبي الجراحي تطورا تكنولوجيا سريعا، أصبح بموجبه العلاج الجراحي يتم بصورة اعتيادية، وشبه دائمة، من خلال اشتراك عدة أطباء ومساعدين طبيين في إطار ما يسمى بالفريق الطبي الجراحي، الأمر الذي حتم على الفقه والقضاء الجنائي – في ظل غياب النصوص القانونية – التعاطي مع هذه المعطيات الجديدة، ودون المساس بمبدأ شخصية المسؤولية والعقوبة، أقر بما يسمى بالمسؤولية المشتركة عن الخطأ المشترك الذي يرتكبه أكثر من طبيب، ويسبب ضررا للمريض. كما أقر ما يمكن تسميته بالمسؤولية الجزائية عن فعل الغير– وإن كانت هذه التسمية غير صحيحة، التي تعبر عن الطبيب في الاختيار، أو التقصير في الإشراف والرقابة على أعمال المساعدين الطبيين الذين قد يستعين بهم طبيب التخدير أو الجراح .

كما أنه، ونتيجة لظهور الشخص المعنوي، وإقرار المسؤولية الجزائية له، أصبح بالإمكان مساءلة المؤسسات الاستشفائية جزائيا عن الخطأ الطبي الجراحي، وهنا يختلف القانون الجزائري عن القانون الفرنسي، إذ يحصرها الأول في الأشخاص المعنوية الخاصة فقط، بينما يمكن أن تطال هذه المسؤولية حتى الأشخاص المعنوية العامة، وفقا للثاني.

5 – تعتبر الدعوى الرامية لإقرار المسؤولية الجزائية الناتجة عن الخطأ الطبي الجراحي صورة من صور الدعوى الجنائية أو الدعوى العمومية، يكون أساس المتابعة فيها إما جريمة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ، بالنسبة للقانون الجزائري، أو حتى جريمة تعريض الخير للخطر، بالنسبة للقانون الفرنسي، يقوم بتحريكها في أغلب الحالات المدعي المدني المريض ضحية الخطأ الطبي الجراحي، أو ذويه في حالة وفاته)، كما تمر بنفس المراحل التي تمر بها أية دعوى جنائية أخرى، وهي مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة.

6 – يعد الإثبات عنصرا جوهريا تتوقف عليه نتيجة الدعوى الرامية لتقرير المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي الجراحي، لكنه لا يزال يعاني صعوبات، أبرزها تلك التي تبقى تثير الكثير من الجدل، والمتمثلة في مدى تجرد الخبراء وحيادهم، باعتبار أن الخبرة الطبية تنفرد بدور بارز في الإثبات، إذ تعتبر الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها تحقيق التقاطع بين المجال الطبي والمجال القانوني، أضحت ملزمة للقاضي الجزائي حين فصله في دعاوى المسؤولية الطبية الجزائية، رغم كونها ذات طابع استشاري فقط، وذلك بسبب قلة خبرته وضعف تكوينه في المجال الطبي.

وعلى ضوء هذه النتائج، أمكن القول بأن فكرة الخطأ الطبي الجراحي والمسؤولية الجزائية الطبية، ليس بوسعها أن تجد مقوماتها وفعاليتها الحقيقية، إلا إذا استندت على أسس قانونية متينة، تقننها وتوضح معالمها، وتضبط العلاقة بين الأطباء والمرضى، لأن طبيعة الأعمال الطبية والجراحية التي يكون محلها الذات الإنسانية، بما لها من حرمة وتكريم تقتضي تدخل القانون لضبط هذه العلاقة ضمن حدودها المعقولة، دون إجحاف في حق أي منهما، لذلك يتعين على المشرع والقضاء إيلاء هذه المسؤولية نوعا من الإقتراحات من خلال:

1 – سن نصوص قانونية في صلب قانون العقوبات أو في شكل قانون مستقل، تقتن من خلالها مسؤولية الأطباء عن الأخطاء الطبية التي يجب ضبطها وتحديد قواعدها، إذ من شأن ذلك أن يسد فراغا قانونيا ملحوظا في هذا الجانب، كما سيساعد القاضي عمليا، حين تصديه لقضايا من هذا القبيل، ويقلل من حيرته وتردده، كما أن من شأن هذا القانون أن يجعل الأطباء، وكل الممارسين الصحيين على بينة من أمرهم، وسيشعرهم بنقل المهام الملقاة على عاتقهم ويحملهم على بذل المزيد من العناية والحرص واليقظة أثناء مباشرتهم للأعمال الطبية المختلفة.

2 – ضرورة تجريم تعريض المريض للخطر، من خلال النص عليه في قانون الصحة ، أو نص عام جديد في قانون العقوبات، إذ بموجب ذلك يصبح سلوك الطبيب الجراح أو غيره الخاطئ الذي يعرض المريض لخطر الإصابة أو القتل، نتيجة مخالفة الالتزام بالأمان أو الحذر مفروض بموجب القانون أو اللوائح معاقبا عليه جنائيا، خاصة وأن المجال الطبي من أكثر المجالات التي يتعرض فيها الشخص للخطر، وهذا أسوة بالمشرع الفرنسي الذي نص على جريمة تعريض الخير للخطر بموجب المادة 123 من قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 ويظل هذا الاقتراح قائما باعتبار أن المشرع الجزائري لم يلتفت إليه في قانون الصحة الجديد رقم 18-11، حيث لا يزال يحيل إلى المواد 288 و 289 و 442/2 من قانون العقوبات رغم الاختلاف الموجود بين تعريض الغير للخطر و جرائم القتل والإصابة الخطأ.

3 – ضرورة النص على وجوب مسلك الملف الطبي للمريض، الذي يجب أن يتضمن وبشكل مفصل كل الأعمال الطبية التي خضع لها ونقصد هنا الملف الذي يدون فيه كل من الجراح وطبيب التخدير مختلف التدخلات الطبية وتطور حالة المريض قبل وأثناء وبعد التدخل الجراحي، فمثلا تحديد نوع المرض طبيعة العملية الجراحية ومكانها، نوع المخدر وكميته، حالة القلب والتنفس أثناء العملية ، درجة حرارته...) ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، حق هذا الأخير الحصول على نسخة منه، حتى يسهل عليه إثبات الخطأ الطبي في حالة تعرضه للضرر، وهذا كذلك أسوة بالمشرع الفرنسي الذي أقر هذا الحق للمريض بموجب قانون 4 مارس 2002

4 – ضرورة تشكيل محاكم خاصة ضمن الجهاز القضائي، تعمل على الفصل في القضايا المتعلقة بالأخطاء الطبية على أن يكون ضمن هذه المحاكم قضاة متخصصين في المجال الطبي والقانوني، باعتباره المخرج الحقيقي للفصل في تلك القضايا بكل نزاهة وحرية وحياد.

5 – ضرورة وضع نصوص خاصة بالخبرة الطبية في مجال المسؤولية الطبية، وعدم الاكتفاء بالنصوص المقررة في قانون الإجراءات الجزائية المتعلقة بقواعد الخيرة الفنية عامة.

6 – ضرورة إسناد الخبرة الطبية في مجال الخطأ الطبي إلى مجموعة من الأطباء المتخصصين لا يقل عددهم عن ثلاث خبراء يكونون منتدبين بصورة جماعية، وذلك الضمان نزاهة هذه الخبرة.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

المعاجم

- ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، ت: السيد الجميلي، ج1،ط 1؛ دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1990م.

- ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، ت: عبد القادر الأرناؤوط، ط : 1؛ مكتبة دار البيان ، دمشق، 1971م.

- ابن منظور، لسان العرب، باب الطاء (مادة طبب) ، ج 29 ، ص 2630. المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر العروس، ج3.

- أبو الفرج ابن القف، العمدة في الجراحة، ج1 ،ط.1؛ حيدر آباد مجلس دائرة المعارف العثمانية، د. ت.

- أبو الوليد سليمان بن خلف القرطبي الباجي ، ج 6 ، ط 1 ؛ دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1332هـ.

- أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد القرطبي، الكليات في الطب، ط: 2 ؛ د.م: مركز الدراسات الوحدة العربية، 2008.

- أبو عمر ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة ، ط .2؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 1992م، ص594.

- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، ت: محمد عبد العزيز الدباغ . ط1 ؛ دار الغرب الإسلامي، 1999.

- أبومحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة، المغني، ج 8 ،د.ط؛ ، مكتبة القاهرة ،مصر ، 1968م.

- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1؛ دار ابن كثير، دمشق، بيروت، 2002م)، كتاب الديات ،87، باب جنين المرأة وأن العقل على الوالد وعصبة الوالد لا على الولد، رقم الحديث: 6910.

- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية. تحقيق: مصطفى الزرقا ، ج 1، ط2؛ دار القلم، سوريا ، 1989م.

-احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج 1 ، د.ط؛ المكتبة العلمية، بيروت، د.ت .

- أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية :ت محمد هيثم الخياط ، ط :1؛ بيروت: دار النفائس، 14، 2000م.

- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، ط 1؛ دار ابن عفان،د.د.ن، 1418هـ.

- أخرجه أحمد، 384/(3635)، والدارمي (2367)، والترميذي (1386)، والنسائي (43/8)، وأبو داود (4545).

- أخرجه الدارقطني [4/ 228]، ، والحاكم [2/ 577]، والبيهقي [6/ 69- 70]، قال الحاكم: صحيح الإسناد على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

- الجوهري، الصحاح في اللغة، ج1، ص 358. وينظر : ابن منظور، لسان العرب، ج2 .

- الحسن بن عبد الله ابن سينا، القانون في الطب، ت: محمود أيمن الظاوي، ج 1، لا.ط؛ بيروت: دار صادر،د.ت،.

- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: مركز الدراسات والبحوث، د.ط، لبنان، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة مكرمة ، د.ت .ن

- أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4 ، د.ط؛ دار الحديث،القاهرة، 1425هـ / 2004م.

- الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير، مكتبة لبنان للنشر والتوزيع، بيروت ، 1987.

- جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر ، ط: 1 ؛ دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990م.

- رواه ابن ماجة 2045 ، ورواه 2043 ، رواه ابن حبان 7219، والطبراني في الكبير: 11 / 133 (11274)، والدارقطني4306 ، والحاكم : 2 / 198 ، وصححه على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. وقال ابن حجر في الفتح: 5 / 161، ورجاله ثقات.

- رواه باللفظ المتقدم النسائي (4853) ، وابن حبان (14/501-505) واللفظ له ، والحاكم (1/552) ، والبيهقي (4/89)

- زين الدين محمد المناوي، فيض القدير ، ج 6 ، ط 1 ؛ دار الكتب العلمية، لبنان، 1415هـ/1994م.

- زين الدين محمد المناوي، فيض القدير ، ج 6 ط 1 ؛ دار الكتب العلمية ، لبنان، 1415هـ/1994م.

- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح ، ج 2 ، لا.ط ؛ مكتبة صبيح، مصر ، د.ت.

- عبد العزيز علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدويت: عبد الله محمود محمد عمر، ج6 ،ط.1؛ دار الكتب العلمية، بيروت ،1418هـ/1997م.

- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفكر الإسلامي، ج 5 ،ط.1؛ بيت الأفكار الدولية، د.ب.ن، 1430ها 2009م.

- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ج 2 ، لا.ط؛ مكتبة لبنان، بيروت، 1415ه/1995م .

- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ت: رفعت فوزي عبد المطلب، ج 6، ط 1، دار الوفاء، المنصورة، 1422ه/ 2001م.

- محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، باب الخاء (مادة خطأ)، م 14، د.ط؛ دار صادر، بيروت، 1414ه.

النصوص القانونية

الدستور

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.

-الدستور الجزائري الصادر في 1 نوفمبر 2020 ،بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20 . 442 المؤرخ في 30 ديسمبر 1 2020 ،المتعلق بإصدار التعديل الدستوري والمصادق عليه في الاستفتاء.

1 – القوانين

- قانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 26 جمادي الأول عام 1405هـ الموافق ل 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج . ر ، ع 08

- قانون رقم 06-23، ممضي في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية عدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006، الصفحة 11، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة،جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، عدد46 ، المؤرخ في 2018/07/29 .

- قانون رقم 06/24 مؤرخ في19 شوال عام 1445 الموافق 28 أبريل 2024 ، جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، العدد 30 ، مؤرخة في 2024/04/21، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

2 -الأوامر

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 03 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49.

- أمر 75/ 85 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 مؤرخ 30 سبمتبر 1975م ، المعدل والمتمم.

-أمر رقم 21-08 ممضي في 08 يونيو 2021 الجريدة الرسمية عدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

-أمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 30 عشت سنة 2020.

-أمر رقم 20-02 مؤرخ في 30 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 والمتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 50 صادر في 30 عشت سنة 2020.

3 - النصوص التنظيمية

أ - المراسيم التنفيذية

- مرسوم تنفيذي رقم91/ 106، المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج. ر، ع 22سنة 1991.

- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 471، المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر، ع 66 سنة 1991.

- مرسوم تنفيذي رقم 92 – 276، المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر، ع52 الصادر في 08 يولو 1992.

ب - قرارات

- قرار صادر عن المحكمة العليا وزارة العدل ،الجزائر، العدد 2 ، 1996م، ملف القضية رقم 118770 قرار بتاريخ30/05/ 1995 .

- حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 128 لسنة20 ، بتا ريخ 28/12/ 1999.

ثانيا : المراجع

1 – المؤلفات

- إبراهيم بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2،د.ط؛ د.د.ن، بيروت ، د.ت.

- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ،ط1؛ منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007م، ص26.

- أبو الحسن على بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية ، د. ط؛ دار الحديث، القاهرة، د.ت.

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج.1، ط5، دار ،هومه، الجزائر ،2012/2013.

- أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة ،د.ط؛ المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ، 2001م.

- أحمد فتحي بهنسي ، العقوبة في الفقه الإسلامي ،ط:5؛ دار الشروق ، بيروت ، 1403هـ/1998.

- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ت: محمد هيثم الخياط ، ط.2؛ دار النفائس، بيروت، 2000 .

- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ط 2 ؛ د.د.ن ، 1987م

- بابكر الشيخ ، المسؤولية القانونية للطبيب ،ط: 1 ؛ دار حامد للنشر،عمان، 2002م

-حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد بحث مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، بدون ذكر دار ومكان النشر، 1987

- رائد كمال خير، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية ،ط: 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، لبنان ، 2004م.

- رمضان جمال كامل مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ،د ط ؛ المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ، 2005م.

- سامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1987م .

- سعود بن عبد العالي البارودي العتيبي، الموسوعة الجنائية الإسلامية المقارنة بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية ، ط 2؛ د . د .ن، الرياض .

- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في الفقه والقضاء ،ط:1؛ دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م.

- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب ،ط1 ؛ المؤسسة الحديثة للكتابة ، طرابلس، لبنان، 2004م.

- عبد العظيم بن بدوي، الوجيز في فقه السنة و الكتاب العزيز، ط.3؛ دار الفوائد، المنصورة ،2001م.

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، لا.ط؛ دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.

- عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية ،د . ط ؛ جدة: دار الأندلس الخضراء، د.ت.ن.

- عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية ،ط 1 ؛ دار الأندلس، السعودية، 1997م

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ، ج 1 . د. ط ؛ ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،1996م.

- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، ج 1، د.ط ؛ دار الهدى، الجزائر ، د.ت.

- عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤوليتان الجنائية والمدنية في القتل والإصابة الخطأ في ضوء الفقه والقضاء ، ط2، منشأة المعارف، مصر ، 1998

- عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.

- فتوح عبد الله الشادلي، شرح قانون العقوبات القسم العام ،د.ط؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 2003م.

-فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، أوليات ، القانون الجنائي النظرية العامة للجريمة، المسؤولية والجزاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.

- كريم عشوش، العقد الطبي ، د.ط؛ دار هومة، الجزائر، 2007م.

- مالك بن أنس بن مالك بن غامر الأصبحي المدني، المدونة، ج 4 ، ط.1؛ دار الكتب العلمية ، د.ب.ن، . 1994م.

- ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2؛ المكتبة القانونية، بغداد ، د.ت.

- محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط؛ دار الفكر العربي ،القاهرة ، 1998م.

- محمد الخطيب الشربيني، مغنب المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، د.ط؛ دار الكتب العلميه ، بيروت، 1994م.

- محمد بن محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، ط :2 ؛ مكتبة الصحابة، جدة، المملكة العربية السعودية ،1994م.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ،د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001م.

- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007 .

- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، د.ط؛ الدار العلمية الدولية، عمان ، 2002م .

- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

- معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ ط : 8 ؛ دار المعارف، الاسكندرية ، 1995م.

- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجزائي العام، د.ط ؛ دار العلوم ،الجزائر، 2006.

- منصور عمر المعايطة، المسؤولية والجنائية في الأخطاء الطبية ،ط 1؛ الرياض، 1425هـ . 2004م.

- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي،ط:1؛ دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، 2008م.

- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية،الجزائر، 2003.

- نظام توفيق المجالي، شرح قانون العقوبات القسم العام،ط.1؛ دار الثقافة، عمان ، الأردن، د.ت.

- هشام محمد مجاهد القاضي، الإمتناع عن علاج المريض ، د.ط ؛ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ، 2007م.

- يوسف جمعة الحداد، المسؤولية الجنائية عن الخطأ الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإماراة العربية المتحدة ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2003.

2 - الرسائل والمذكرات العلمية

أ - رسائل دكتوراه

- بن صغير مراد ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية –دراسة مقارنة – ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان، 2011/2010.

- قاسمي محمد أمين ، الخطأ في إطار المسؤولية المدنية،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامة أحمد دراية، أدرار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق،2020/2019 .

- لنوار عبد الرحيم، المسؤولية الجنائية للأطباء والإصابة الخطأ ، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بن خدة الجزائر 2007.

ب – رسائل ماجستير

- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، رسالة ماجستير قانون المسؤولية المدنية ،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

- بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، رسالة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة ميلود معمري ،2011.

- سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها ، رسالة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، 2011.

- صلاح محمد حسن عبد الله شمسه، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة والعلوم الإسلامية، كلية الفقه، جامعة الكوفة، 2008م.

- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، رسالة ماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، 2012.

- فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية ، رسالة ماجستير ، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة بن عكنون الجزائر ، 2002 2003م.

- محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية دراسة فقهية مقارنة ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 2013م.

- نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في قدج والمقارن ،رسالة ماجستير فرع القيود والمسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون 2001 م.

- وائل عساف، المسؤولية المدنية للطبيب ، رسالة ماجستير في القانون الخاص كلية الدرسات العليا،جامعة النجاح الوطنية، فلسطين 2008.

ثالثا : المقالات

- حمليل صالح، المسؤولية الجزائية الطبية، ملتقي وطني ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 23 – 24 جانفي2008.

- فاطمة محمود عبد الحليم، سلوى عطية محمد، العالقة بين العدالة التنظيمية وجودة الأداء المهني لفريق العمل الطبي، مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية، العدد 40 ،جامعة حلوان، مصر 2013.

- مازن صباح ونائل يحي، المسؤولية الجنائية عن خطأ التطبيب دراسة فقهية مقارنة ،مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية مجلد ،20، العدد 2 ، 2012.

- محمد أبو بكر أبوعزة، الأخلاق المهنية في العمل الطبي، المجلة اللبية للدراسات العدد 2 ،دار الزاوية للكتاب، ليبيا، أبريل 2014.

المراجع باللغة الفرنسية

- Emile Arrighi de Casanova : La responsabilité civile des médecins et le droit commun de la responsabilité civile, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1946.

- Geneviève Duflo : La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie maloine, Paris, 1937.

الفهرس

إهداء

شكر وعرفان

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الفصل الأول: **الإطار ألمفاهيمي الخطأ الطبي الجراحي** 9

المبحث الأول: **ماهية الخطأ الطبي الجراحي..... 12**

المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي 12

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي الجراحي..... 12

الفرع الثاني: الخطأ الطبي في العمليات الجراحية درجاته ومعاييره 21

المطلب الثاني: عناصر الخطأ الطبي الجراحي وصوره..... 32

الفرع الأول: عناصر الخطأ الطبي الجراحي..... 32

الفرع الثاني: صور الطبي الجراحي 37

المبحث الثاني: مفهوم العمل الطبي وشروطه والتزامات الطبيب الجراح 47

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي وشروط مشروعيته..... 48

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي..... 49

الفرع الثاني: شروط مشروعية العمل الطبي 55

المطلب الثاني: طبيعة التزامات الطبيب الجراح..... 61

الفرع الأول: طبيعة التزامات الجراح..... 61

الفرع الثاني: أهم التزامات الطبيب الجراح والأخطاء الشائعة في الجراحة 65

الفصل الثاني: **آثار الخطأ الطبي الجراحي ونطاق الجرائم الناجمة عنه..... 73**

المبحث الأول: **الضرر وعلاقته السببية في الخطأ الطبي الجراحي..... 76**

المطلب الأول: مفهوم الضرر صوره وشروطه..... 77

الفرع الأول: مفهوم الضرر وصوره..... 77

الفرع الثاني: شروط الضرر..... 85

المطلب الثاني: علاقة السببية بين الخطأ الطبي الجراحي والضرر..... 89

الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية 89

الفرع الثاني: فوات الفرصة كصورة افتراضية للعلاقة السببية..... 96

المبحث الثاني : **جرائم الخطأ الطبي الجراحي..... 102**

المطلب الأول: جريمة القتل الخطأ..... 102

الفرع الأول: تعريف جريمة القتل الخطأ وأركانها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي 102

الفرع الثاني: جريمة الإيذاء الجسماني الخطأ وأركانها 109

المطلب العقوبات المقررة لجرائم الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي..... 113

الفرع الأول: عقوبات القتل والإيذاء الخطأ في الشريعة الإسلامية..... 114

الفرع الثاني: العقوبات المقررة لجرائم الخطأ الطبي الجراحي في القانون الوضعي 123

خاتمة..... 127

قائمة الراجع 134

مـلخص مذكرة الماستر

يعتبر الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي صورة من صور الخطأ الطبي بصفة عامة، وأنموذجا واقعيا للخطأ غير العمدي، ورغم خصوصيته، إلا أن المشرع الجزائري – على غرار غيره من المشرعين – لم ينظم أحكامه بنصوص خاصة، بل أخضعه كغيره من الأخطاء للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات، حيث أحالت المادة 413 من قانون الصحة بشأن المتابعة الجزائية للأطباء وغيرهم من المساعدين الطبيين إلى المواد 288 و 289 و 442/2 من قانون العقوبات.

وعلى هذا الأساس يثير هذا الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي عدة إشكالات نظرية وعملية حاول الفقه والقضاء – الفرنسيين خاصة، إيجاد الحلول للعديد منها، وأهمها : ما يتعلق بتحديد مفهومه ونطاقه من جهة، وكذا تحديد الأشخاص المسؤولين عنه لتقرير مسؤوليتهم الجزائية من خلال الدعوى العمومية التي ترفع ضدهم، والتي تتطلب إثبات عناصر جريمة الخطأ الطبي الجراحي، وهنا تلعب الخبرة الطبية دورها في التأثير على قناعة القاضي، إذ تسيره المنحى الذي تريد.

الكلمات المفتاحية:

1 – التدخل الجراحي 2 – الخطا الطبي 3 – العمل الطبي 4 – الضرر

Abstract of The master thesis

Medical error during surgical intervention is considered a form of medical error in general, and a realistic example of unintentional error. Despite its specificity, the Algerian legislator - like other legislators - did not regulate its rulings with special texts, but rather subjected it, like other errors, to the general rules stipulated in The Penal Code, which referred Article 413 of the Health Law regarding criminal prosecution of doctors and other medical assistants to Articles 288, 289, and 2/442 of the Penal Code.

On this basis, this medical error during surgical intervention raises several theoretical and practical problems. Jurisprudence and the judiciary - French in particular, have tried to find solutions to many of them, the most important of which are: what is related to defining its concept and scope on the one hand, as well as identifying the persons responsible for it to determine their criminal responsibility through the public lawsuit that is filed. Against them, which requires proving the elements of the crime of medical surgical error, and here medical expertise plays its role in influencing the judge's conviction, taking him in the direction you want.

key words:

1 -Surgical intervention 2 - Medical error 3 - Medical work 4 - Damage