وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع: .....

قسم: القانون العام.

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الأخطاء الطبية للجراحة التجميلية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: الحقوق.

التخصص: القانون الطبي.

من إعداد الطالب(ة):

◆ ڤبابي بن ذهيبة.

تحت إشراف الأستاذ(ة):

◆ جلطي عمر.

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) بن عوالي علي	رئيسا
الأستاذ(ة) جلطي اعمر	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة) بن عودة يوسف	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم: 2023-07-02

إهداء

بسم الله و الصلاة و السلام على نور القلوب و سيد الوجود و خير الأنام حبيبنا محمد وعلى آله و صحبه أجمعين.

أهدي ثمرة جهدي إلى من كانا سببا في وجودي و تعليمي و دعماني في كل الأحوال والظروف،

إلى نبع الحنان و الصبر و من رافقني دعائها في كل زمان و مكان و من أنارت درب خطايا **"أمي ثم أمي ثم أمي"** أطال الله في عمرها، كما أسأل الله الولي القدير أن يحفظها ويرفع مقامها و يجعلني سببا في رفع شأنها.

و إلى من أحمل اسمه و سندي في الحياة و اعترف بفضله في الوجود، إلى من رباني على الفضيلة، و حب العلم و كان مرشدي حتى أوصلني بر الأمان **"أبي العزيز"** الذي تحمل المشقة في سبيل وصولي و علمني الصبر و التواضع تمنياتي له بالصحة و طول العمر.

إلى جميع عائلتي و أصدقائي، إلى جميع من أحبنا في الله و أحببناه فيه.

إلى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي.

إلى كل من يقرأ مذكرتي الآن، إليكم جميعا اهدي هذا العمل المتواضع.

شكر وعرفان

الحمد لله الذي أمر بشكره ووعد من شكره بالمزيد، ونشهد أن لا اله إلا الله هو

المبدئ والمعيد، ونشهد أن محمدا عبده ورسوله الذي بعث بالقران المجيد،

اللهم صل عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

والحمد لله الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع، وما توفيقنا إلا بالله عليه توكلنا

وعليه فل يتوكل المتوكلون.

" من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

أتقدم بأحر تشكراتي إلى:

الأستاذ المشرف **د. جلطي** لقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وعلى ملاحظاته النيرة و تشجيعاته القيمة التي ساعدتني في إعداد بحثي هذا.

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نشكر الأساتذة والدكاترة الأفاضل أعضاء اللجنة وكل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة مستغانم على المجهودات المبذولة خلال فترة الدراسة.

وإلى كل من ساعدنا من بعيد أو من قريب في إنجاز هذه الدراسة.

الفهرس

كلمة واهداء	
فهرس المحتويات	
المقدمة	**1**
الفصل الأول: جراحة التجميل و مفهوم الخطأ الطبي	
تمهيد	**4**
المبحث الأول : ماهية جراحة التجميل	**5**
المطلب الأول: مفهوم جراحة التجميل	**5**
المطلب الثاني:جراحة التجميل في القانون المقارن	13
المطلب الثالث: جراحة التجميل في القانون الجزائري	35
المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي	**44**
المطلب الأول: مفهوم الخطأ الطبي	44
المطلب الثاني :عناصر الخطأ الطبي	46
المطلب الثالث : التمييز بين الخطأ الطبي المدني والخطأ الطبي الجزائي	48
الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية لطبيب التجميل و آثارها	
تمهيد	**50**
المبحث الأول :مفهوم المسؤولية الجزائية	**51**
المطلب الأول :المسؤولية الجزائية وشروطها	51
المطلب الثاني : الاتجاهات الحديثة وموانع المسؤولية الجزائية	65
المبحث الثاني: آثار مسؤولية جراح التجميل	**77**
المطلب الأول: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية	77
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية	82
المطلب الثالث : جبر الضرر في المسؤولية الطبية	**87**
الخاتمة	
قائمة المراجع	
الملخص	

مقدمة

المقدمة:

إذا كان الفكر البشري قد عرف منذ أمد بعيد المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم، فإن هذه المسؤولية لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تلقته في عصرنا الحاضر، ولعل أهم الأسباب التي أدت إلى ازدياد أهمية المسؤولية الطبية هي تطور العلم وتقدمه في ميدان الطب.[1]

وتبدو حساسية هذا الميدان من خلال اتصاله بالجسم الإنساني و ما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير، فالقضاء في حيرة بين أمرين، الأول هو حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة، وضمان توفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الأطباء، والثاني هو توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، وضمان ممارستهم لمهنتهم في جو من الثقة والأمان الكافي، ذلك لأن الطبيب الذي يشعر أنه في كل لحظة مهدد بالمساءلة، لا يستطيع أن يمارس مهنته بإبداع وابتكار بل يتهرب من القيام ببعض التدخلات الطبية الضرورية غير المستعجلة خشية الوقوع في الخطاء ، ومن ثم المساءلة، فالطبيب الذي يخاف ويخشى المسؤولية، سيمتنع عن الإقدام على فحص المريض وسلوك الطرق اللازمة التي تستدعيها حالته وعليه فإن عمل الأطباء ينبغي أن يتم في جو يكتنفه الثقة والاطمئنان.[2]

لذلك تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية، ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم.[3]

1- محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الأول السنة الثالثة، الكويت،1979 ، ص7.

2- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى،2004 ، ص13 - 14.

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

ورغم تذمر الأطباء إلا أن التطور قد استمر وبدأ الالتزام ببذل عناية المفروض على الأطباء تتضح معالمه أمام القضاء، إذ أصبح على الطبيب أن يبذل أمام مريضه العناية اليقظة التي تقتضيها ظروفه وأصول المهنة على ضوء التطور العلمي، وإلا فإن مسؤوليته الطبية عن مخالفته هذا الالتزام ولو عن غير قصد يمكن أن تثور أمام القضاء.[1]

ورغم هذا التشدد في مسؤولية الأطباء فإن هذا لم يمنع الطب من أن يسير قدما في تحقيق الإنجازات العلمية الكبيرة غازيا مجالات كانت محظورة عليه لأمد بعيد وأهمها مجال الجراحة التجميلية التي فرضها الواقع و الممارسة خاصة بعد الحربين العالميتين و ما نتج عنهما من مشوهين كان أملهم الأكبر هو إزالة تشوهاتهم لمواجهة الآخرين بشكل أفضل وأجمل .ومن هنا تبرز أهمية موضوعنا، إذ أنه ورغم التطور الطبي الكبير فقد بقيت الجراحة التجميلية حبيسة النظرة العدائية ومحل جدل فقهي وقضائي كبير خاصة على مستوى القانون المقارن .

ولذا فإشكاليتنا المحورية تتمثل في: **كيف تميزت المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية عن القواعد العامة في المسؤولية الطبية؟**

ولمعالجة هذا الإشكال ارتأينا أن نقسم موضوعنا إلى فصلين:

تتناول في الفصل الأول الخصوصية القانونية لجراحة التجميل، والتي تظهر بداية في مسارها التاريخي نحو افتكاك المشروعية مركز على دور القضاء في ذلك وتأثيره على التشريع الذي بقي دائما متحذرا ومتشددا في آن واحد في تنظيم قواعد هذا النوع من الجراحة، ثم سنقف على ماهية الخطأ الطبي.

ونظرا لما تثيره المسؤولية المدنية الجراح التحميل من مشاكل قانونية على المستوى العملي فقد ارتأينا أن نركز على هذا النوع من المسؤولية في الفصل الثاني، وذلك بحليل عناصرها لنبين تميزها عن الجراحة العامة من حيث طبيعة الالتزام أولا أين قد يرقى التزام جراح التجميل إلى حد الالتزام بتحقيق نتيجة مخالفا في ذلك القواعد العامة في المسؤولية الطبية .وثانيا على مستوى التزام الطبيب بإعلام المريض حيث يكون ملزما بالإعلام عن الأخطار الاستثنائية إضافة إلى الأخطار المتوقعة.

1- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة المعارف، الإسكندرية،2004 ، ص6 .

أما من حيث شروط المسؤولية فإن خصوصية الجراحة التجميلية ستتبدى من خلال عدة مظاهر أهمها صور الخطأ أين تبرز أهمية التحكم في التقنية ومراعاة التناسب بين المخاطر والفوائد المتوحاة من العملية.

كما سنقف على آثار مسؤولية جراح التجميل من حيث الاختصاص القضائي وتقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطاء جراح التجميل وحتى يتسنى لنا الإلمام بمحاور هذا البحث إلماما كافيا اجتهدنا – في قدر المستطاع – أن تتوخى الدقة العلمية والتحليل المنطقي، فقد استعنا بالمنهج الوصفي أولا في نقل قواعد الجراحة التجميلية، ثم المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية خاصة في القانون المقارن (الفرنسي والمصري) وبالتالي كان المنهج المقارن – هو الآخر حاضرا بقوة في هذه الدراسة، وذلك لإبراز التفاوت بين القوانين في معالجة هذا الواقع مع التركيز على القانون الجزائري.

الفصل الأول:

مفهوم الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية

تمهيد:

يعتبر العمل الطبي من أهم الأعمال ذات الطابع الإنساني والتي تعطي لهذا الأخير الطبيب كل الاحترام والتقدير، بالنظر للمجهودات المقدمة والتي يبذلها من اجل انقاذ حياة وأرواح المرضى.

وبما أنه كان قديما الطبيب لا يُسأل عن أخطائه أثناء ممارسة مهامه، بالرغم من اتساع صلاحيته في مجال تخصصه ، ولكن بتطور الوسائل الطبية وتوافر الإمكانيات في هذا المجال أصبح الطبيب يقع تحت المسؤولية ، حيث ترتبط هذه الأخيرة بارتكابه لأخطاء ذات طابع طبي أثناء القيام بمهامه تختلف عن الأخطاء التي قد يرتكبها إنسان عادي[1].

رغم أن اتجاه فقهي يذهب إلى تحديد دقيق للأخطاء في المجال الطبي الجراحي متمثل خصوصا في الجراحة التجميلية، والذي فرضه الواقع والممارسة بعد ما نتج من التشوهات التي مست الكثير من البشر بسبب الحوادث الطبيعية أو الخلقية.

لهذا ازدادت أهمية هذا الموضوع بالنظر لخصوصيته ومدى تأثريه على الناحية الجمالية وسلامة بدن الإنسان ، وأصبح من المواضيع التي تطرح جدلا كبيرا بين الفقه والقضاء وعلى مستوى التشريعات العالمية ، التي استقرت على تحديد الأخطاء الطبية الأخرى وإعفاء الطبيب منها في حالة العلاج حسب القواعد والضوابط المهنية والقانونية ،إلا ان هذا المبدأ يدفع بالكثير منهم إلى التمسك بضرورة عدم التوسع كثيرا في هذا المجال أمام الممارسة في الواقع خاصة في مجال العمليات ذات الطابع غير العلاجي.[2]

ومن خلال ما تم التطرق له، تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين رئيسيين ، حيث تضمن الأول ماهية الجراحة التجميلية، أمنا المبحث الثاني فقد تمت معالجة الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية.

[1] ياسين قوتال، الأخطاء الطبية في العمليات الجراحة التجميلية بين الواقع القانون، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الرابع ، العدد الثاني ، جوان 2019 ، ص74.

[2] بومدين سامية ، مذكرة ماجستير بعنوان " الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية لها " ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، سنة2011 ، ص 72.

المبحث الأول :ماهية جراحة التجميل :

يعتبر العمل الجراحي من بين الوسائل ذات الطابع النبيل ، إذ سجل هناك فشل في التداوي عن طريق الدواء في تحقيق الشفاء أو التخفيف منه ، لذا نجد أن الجراحة التجميلية هادف إلى إصلاح الخلل الذي مس جسد الإنسان من تشوهات قد تؤدي إلى الآلام أو الاشمئزاز ونفور الناس من المريض ، رغم وجود اختلاف بين الجراحة التجميلية من حيث التسمية عن بعض المصطلحات الأخرى.

لذلك نتناول هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول :مفهوم جراحة التجميل:

الجراحة التجميلية هي جزء من العلوم الطبية والذي تم اكتشافه في فرنسا عام 1898 من خلال التسمية" الجراحة البلاستكية التقويمية التجميلية" والتي هي ليست كباقي الجراحة يقصد بها الشفاء من علة، وإنما الغاية منها إصلاح تشويه المعيب لهيئة وشكل الانسان، ولم يكن هذا النوع من الجراحة حديثا، إنما لها تطبيقات قديمة[3]، ولقد تعددت وتنوعت تعاريف الجراحة التجميلية من قبل فقهاء القانون ورجال الطب، تبعا لتعدد أنواعها وأسبابها لذا سنتناول التعريف بجراحة التجميل في(فرع أول) وتبيان أنواعها في(فرع ثان)، و تحديد أسبابها في (فرع ثالث).

أولا : التعريف بجراحة التجميل:

جراحة التجميل"chirurgie esthétique " هي في الأصل كلمة يونانية مكونة من مقطعين: الأولkeirourgia ويقصد به العمل اليدوي، والثاني Aisthetikos ويعني القدرة على الإحساس المتولدة من الشعور بالجمال[4].

[3] عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى،1967 ،ص396 .
[4] محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص146 .

لذا أتجه الفقه إلى تعريف الجراحة التجميلية بأنها تلك الجراحة التي لا يكون الغرض منها علاج مرض عن طريق التدخل الجراحي، بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي.

كما يذهب البعض إلى اعتبارها جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه[5].

وبالتالي فهي لا تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة لعضو في المريض، وإنما من أجل إصلاح بعض التشوهات الطبيعية كأنف معوج، أو توسيع عين، أو إزالة ندبة بالوجه، أو التشوهات التي يصاب بها الإنسان نتيجة حروق وإصابات في حوادث مختلفة، وبالتالي الجراحة التجميلية تؤدي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي[6].

وعليه يرى الأستاذ (لويس دارتيج) louis dartigue بأن الجراحة التجميلية هي مجموعة العمليات المتعلقة بالشكل ، والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية والاجتماعية للفرد[7].

وعرفها" هارشي رامو مرشال " أن جراحة التجميل لا تقتضيها أسباب ضرورية أو لازمة وإنما القصد منها تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل[8].

لذلك يقصد بالعمليات التجميلية عموما " تلك العمليات التي تنبني على أغراض وظيفية أو جمالية تسعى لاستعادة التناسق والتوازن لجزء من أجزاء الجسم عن طريق مقاييس الجمال المناسبة لهذا الجزء".

---

[5] محمد بن المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية،1992 ، ص182 .

[6] جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2000 ، ص 426-427 .

7 لويس دارتيج من المؤسسين الجراحة التجميل، وكان يشغل مدير الجمعية العلمية لجراحة التجميل أنظر :طلال عجاج، المرجع السابق، ص 291 .

[8] بومدين سامية ، المرجع السابق ، ص16.

لذا يمكن القول أن جراحة التجميل ليست بعلم جديد، بل إنها حرفة قديمة، حيث قام جراح بيزنطي بأول عملية لتصغير حجم الثدي في القرن السابع الميلادي، وأما بالنسبة لعمليات شد الجلد بمنطقة الوجه والبطن فقد بدأ إجراؤها في أواخر القرن التاسع عشر[9] .

غير أن تطور الجراحة التجميلية كانت بتطور الجراحة العلاجية (العادية)، حيث ظهرت بشكل واضح بعد الحرب العالمية الثانية، بحيث أصبحت لها أصولها وتعاليمها ،وقد بلغ من تقدم هذا النوع من الجراحة إلى أن أصبح يمكن أن يعوض الإنسان عن أي جزء يفقده من جسده[10].

وقد شهدت جراحة التحميل تطورا ملحوظا في النصف الثاني من القرن العشرين ويرجع ذلك إلى تطور دراسة فن التجميل في كل من فرنسا وألمانيا والولايات المتحدة الأمريكية، واتسع مجال هذه الجراحة بحيث أصبح يشمل علاج الجروح والتشوهات الناتجة عنها، وعلاج العيوب الخلقية كالشفاه الأرنبية، والأذن ناقصة النمو والأصابع الملتصقة .....الخ.

كما أن تطور علم الميكروسكوب المركب، وتطور علم الجراحة أديا إلى ظهور ما يسمى بعلم الجراحة الدقيقة تحت الميكروسكوب، التي بدورها ساهمت بشكل فعال في تحقيق إعادة زراعة الأعضاء المبتورة من الأطراف مثل الأصابع واليد، وساهمت أيضا في نقل بعض الأنسجة في الجسم من مكان لآخر لأغراض تجميلية، بحيث أصبحت الجراحة تحت الميكروسكوب من أساسيات جراحة التجميل و ضرورياتها[11].

[9] عبد السلام التنوخي ، المرجع السابق ص 396 بسام محشب بالله المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1984، ص 207، وأنظر كذلك رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2004-2005، ص 146.

[10] محمد سامي الشوا، المرجع السابق ص147 .

[11] طلال عجاج، المرجع السابق، ص 291-292.

ثانيا : أنواع جراحة التجميل:

يرى الفقه أن الجراحة التجميلية يمكن أن نصنفها إلى نوعين وهذا بالنظر إلى المجال الذي تدخل فيه الجراحة ، إلى جانب الهدف الذي تصبو إلى تحقيقه ، وعلى ضوء هذا نجد نوعين هما:

1/الجراحة التجميلية العلاجية (الجراحة الترميمية) :

هذا النوع يكون الهدف من وراء اللجوء إليه هو عملية تخليص الفرد المريض من الآلام وتحقيق الشفاء له ، وان كان هذا الهدف يتقاسم مع أي هدف من الجراحات الأخرى ، ثم المرحلة الثانية وهي الامتياز الذي تمتاز به الجراحة العلاجية التجميلية وهو تحسين المظهر الخارجي للمريض كخطوة أخرى تأخذ بعين الاعتبار إزالة التشوه.

فإذا نظرنا إلى العيوب التي تبدو على الجسم البشري نجدها على قسمين:

أ/عيوب خلقية:

يشتمل ذلك على نوعين من العيوب هما، العيوب الخلقية التي ولد بها الإنسان، ومثالها الشق في الشفة العليا، التصاق أصابع اليدين والرجلين والعيوب الناشئة عن الآفات المرضية التي تصيب الجسم، ومثالها عيوب صيوان الأذن الناشئة عن الزهري والجذام والسل.

ب/عيوب مكتسبة (طارئة):

وهي العيوب الناشئة بسبب خارج الجسم، كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق، ومن أمثلتها، كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور، تشوه الجلد بسبب الحروق[12].

[12]محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أطروحة الدكتوراه السالفة الذكر، ص 183-184.

2/الجراحة التحسينية (الاصلاحية):

نتيجة للتطور الحاصل في المجتمع وخاصة في مجال وسائل الإعلام بمختلف أنواعها ،والذي دع الكثير من الأفراد إلى الاهتمام بالشكل العام للجسد سواء كان رجل أو امرأة والبحث للقيام بعمليات تدخل في إطار تجميل الفرد، وبالتالي هي التي لا تتجه أصلا إلى تحقيق الشفاء، وإنما تهدف إلى علاج بعض التشوهات البسيطة، كون أصحابها يرون أنها تؤثر على الجمال والكمال الجسدي، كالأنف الطويلة أو إزالة ندبة أو تقوية النهدين[13].

فهذه الجراحة تهدف إلى تحسين المظهر وتجديد الشباب والمراد بتحسين المظهر هو تحقيق الشكل الأفضل والصورة الأجمل دون وجود دوافع ضرورية أو لازمة لذلك .

والعمليات المتعلقة بهذه الجراحة تنقسم إلى نوعين:

أ/ عمليات الشكل:

فمن أشهر صورها

- تجميل الأنف: بتصغيره وتغيير شكله من حيث العرض و الارتفاع.

- تجميل الذقن: بتصغير عظمه إن كان كبيرا، أو تكبيره بوضع ذقن صناعي يلحم بعضلات وأنسجة الحنك إن كان صغيرا.

- تجميل الثديين: بتصغيرهما إذا كانا كبيرين، أو تكبيرهما بحقن مادة معينة مباشرة في تجويفهما.

- تجميل الأذن :بردها إلى الوراء إن كانت متقدمة.

- تجميل البطن: بشد جلدتها وإزالة القسم الزائد بسحبه من تحت الجلد جراحيا[14].

[13] Ossoukine abdelhafid, traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003, P 131.

[14] طلال العجاج ، المرجع السابق ، ص 211.

ب/ عمليات التشبيب:

هذه العمليات تجري لكبار السن، ومن أشهر صورها:

- تجميل الوجه: بشد تجاعيده سواء برفع جزء منه، ومن الرقبة، وهو ما يسمى بالرفع الكامل، أو تحميله بعملية القشر الكيماوي.

- تجميل الأرداف :وذلك بإزالة المواد الشحمية في المنطقة الخلفية العليا، أو المنطقة الجانبية من الأرداف، ثم تشد جلدتها ويهذب حجمها بحسب الصورة المطلوبة.

- تجميل الساعد: بإزالة القسم الأدنى من الجلد والشحم.

- تجميل اليدين: ويسمى في عرف الأطباء تحديد شباب اليدين، وذلك بشد التجاعيد الموجودة في أيدي المسنين والتي تشوه جمالها.

- تجميل الحواجب: بسحب المادة الموجبة لانتفاخها، نظرا لكبر السن وتقدم العمر[15].

وتجدر الإشارة إلى أن عمليات الأنف والثدي هي أكثر التدخلات التي تؤدي إلى قضايا، لأنهما أكثر التدخلات المطلوبة في الجراحة التجميلية[16].

لذلك نجد أن هذا النوع من الجراحة يتبنى على أساس التغيير من طبيعة العضو وهو ما لا يشترك مع النوع الأول ، لذلك يصطلح عليها بالجراحة التزينية أو التحسينية ، أي أن الدافع منها درجات جمال الإنسان وان كان هذا النوع غير مقبول عند غالبية الفقه القانوني والأطباء ، لهذا نجد أن الجراحة العلاجية هي الأخرى تقترب إلى معنى الجراحة العادية أكثر منها إلى الجراحة التجميلية الإصلاحية، أي الجراحة الترميمية تخضع لنفس قواعد المسؤولية الطبية العادية، حيث تهدف إلى قصد الشفاء حقيقة[17]، في حين أن جراحة التجميل التحسينية تحكمها المسؤولية الطبية المشددة من

[15] جاسم علي سالم ، المرجع السابق ، ص 198.

[16] Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op.cit, P 125.

[17] Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, Responsabilité medicale de la chirurgie a l'eshetique, Arnette, paris, 1992, P92.

نواحي معينة، سواء بالنسبة لرضا المريض وتبصره بكافة المعلومات المرتبطة بها، أو الموازنة الدقيقة بين مخاطرها وفوائدها، فالهدف منها تحسين شكل عضو معافى من الناحية الصحية أو بالأحرى تحقيق غرض جمالي بحت [18].

ثالثا : أسباب جراحة التجميل:

تتمثل أسباب جراحة التحميل فيما يلي:

1/طبيعة المهنة:

قد يعوق عمل كل من الممثلة أو الراقصة أو لاعبة السيرك أو السكرتيرة الإدارية، مجرد تشوه بسيط، قد يفضي إذا لم يتم إزالته إلى قدر من التدني في المستوى المهني المطلوب، وبما يؤدي في النهاية إلى عرقلة الحياة الاجتماعية لصاحب هذا التشوه، أو على الأقل يجعل من مواجهة الحياة عبء ثقيل الوطأة [19].

وفي هذا الصدد أدانت محكمة استئناف باريس في 5 جوان 1962 جراحا بلاستيكيا لكون النتيجة المرجوة كانت ناقصة بل مشوهة لتدخل جراحي على فنان مما أدى إلى توقف الفنان عن مهنته، وكان تسبيب القضاة لقرارهم هو عدم التناسب بين الخطر والفائدة المرجوة لهذا الشخص الذي كان مظهره ضروريا لممارسة مهنته، لكونه فنانا يقدم أعماله أمام الجمهور [20].

[18] العشوش كريم، العقد الطلبي مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر،2001-2000 ، ص136 .

[19] Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993, p 7-8.

[20] قرار محكمة استئناف باريس في 5/ جوان /1962، أشار إليه.

2/اضطرابات نفسية:

فجراحة التجميل ذات صلة وثيقة بعلم النفس إذ أن كثيرا من الأمراض النفسية، كالكآبة والانطواء، والشعور بالحزن والعزلة الاجتماعية وغيرها يعود سببها إلى قبح الشكل، حيث يسعى صاحب التشوه إلى محاولة إصلاح شكله بعملية تجميلية أو يسعى إلى إنهاء حياته[21].

فإجراء هذه الجراحة قد يفتح لصاحبها أفاق متعددة لبناء حياته بشكل أفضل ، بعد أن تتحسن بها حالته النفسية، غير أن عدم إجرائها قد يعرض صاحبها للاستهزاء والسخرية بما يعرضه للاضطرابات العصبية والنفسية، وتجعل حياته عبنا قد يدفعه إلى التخلص منها بالانتحار إذا توافرت عوامل أخرى[22].

1- تحسين الشكل الخارجي للإنسان:

إن مجتمعنا الحالي كأي مجتمع متطور يعطي أهمية لمفاهيم الجمال، فمعظم أغلفة المجلات هي لصور، وغالبا ما تكون نساء ، يعكس معايير الجمال التي وصفها مجتمع الاستهلاك، هذه الظاهرة الثقافية لها من النتائج أن تؤثر على استهلاك

منتجات العلاج، ثم بدرجة أقل اللجوء إلى الجراحة التجميلية، وهذا من أجل إحداث ملائمة بين المعايير الثقافية والمظهر المرغوب فيه.[23]

لذلك تعتبر جراحة التجميل أحد الوسائل الناجحة لتحسين الشكل الخارجي للإنسان، وقد صدق الشاعر الإنجليزي kipling حين قال: " إذا كان كل ما لديك هو الجمال وحده ولا شيء سواه، فأنت تملك أفضل شيء خلقه الله" [24].

---

[21] محمد سامي الشواء ،المرجع السابق، ص149 - 148

[22] عبد الوهاب عرفة ،الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2005 ، ص 41.

[23] cyril clément, op.cit,P59.

[24] ((si vous avez la simple beauté et rien d'autre, vous avez à peu près ce que dieu à fait de mieux)).

المطلب الثاني :جراحة التجميل في القانون المقارن:

من بين القضايا البارزة في هذا المجال والتي كان لها موقف تجاه هذه العمليات الجراحية القضاء الفرنسي والذي كان قديما يدين من الناحية الجنائية بسبب توافر جملة من المخاطر المحدقة بهذه الممارسة إلى جانب عدم وجود سبب حقيقي للعلاج ، لذا لقد كان القانون المقارن وعلى رأسه القانون الفرنسي سباقا في التكفل بمعالجة هذا النوع من الجراحة انطلاقا من واقعه الذي فرض عليه ذلك، وإن لم يكن بالسرعة المفترضة إلا أنه استطاع أن يتدارك النقص خاصة على مستوى أهم مصدر من مصادر القانون وهو التشريع (الفرع الأول).

ولكن جاءت المعالجة التشريعية متأخرة فإن القضاء قد كان المبادر في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللاشرعية الذي كان يطوقها لتخرج إلى المشروعية ولو بشكل من التشدد (الفرع الثاني)، وانطلاقا من موقف القضاء راح الفقه ينظر لقواعد هذه الجراحة وضوابطها من أجل تنوير رجل القضاء ورجل التشريع ولا محالة أنه نجح في ذلك إلى حد ما(الفرع الثالث).

أولا: جراحة التجميل في التشريع المقارن

إذا كانت جراحة التجميل قد بدأت رحلتها في فرنسا نحو افتكاك الشرعية منذ1931 ، فإن المشرع الفرنسي لم يعالج الجراحة التجميلية صراحة إلا في القرن الجديد من خلال قانون 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضـــى و نوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية إذ نجده صرح – ولأول مرة – بالقواعد المنظمة للجراحة التجميلية وذلك من خلال المواد L-6322-1 التي تضمنت شروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية، حيث جاء فيها إن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية المذكورة في الكتاب الأول لا يمكن أن يتم ممارسته إلا يتوفر منشآت مقبولة تلبي الشروط التقنية للعمل المنصوص عليها في المادة [25] L6113-3.

[25] أنظر المادة L6322-1 الواردة في القانون2002 - 303المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية.

وقد خول القانون للسلطة الإدارية المختصة إقليميا، حق منح التراخيص بخصوص إنشاء منشآت جديدة، هذا الترخيص هو محدد المدة ويتم بعد زيارة تقوم بها السلطة المختصة للتأكد من توفر الشروط.

ويعتبر الترخيص باطلا بعد ثلاث سنوات إذا لم تبدأ المنشأة العمل، وكذلك فإن أي توقف عن الممارسة لمدة تفوق سنة أشهر تؤدي إلى بطلان الترخيص إلا إذا تم ذلك بموافقة السلطة المختصة . وفي كلتا الحالتين فإن البطلان يجب أن تؤكده السلطة الإدارية المختصة.

يتم سحب الترخيص إذا ما كانت منشأة ما موضوع الحمل الدعاية لا يهم إن كانت مباشرة أو غير مباشرة، وهذا السحب يكون جزئيا أو كليا من طرف السلطة المختصة وفق الدوافع والشروط المحددة في المادة L 6122-13...[26]

ثم المادة L6322-2 1 من نفس القانون المتضمنة لشروط الإعلام والتي جاء فيها ما يلي:

" يجب قبل كل استفادة من خدمات الجراحة التجميلية أن يقوم الجراح بإعلام المريض أو ممثله الشرعي عن الأخطار والنتائج والمضاعفات المحتملة .هذه المعلومات يجب أن ترفق بتقدير للتكاليف يكون مفصلا، ويجب أن يحدد أجل معين يحترم من طرف الطبيب بين تسليم فاتورة التكاليف ويوم العملية خلال هذه المدة لا يترتب على المريض أي التزام سوى دفع أتعاب الطبيب عن الفحوص والاستشارات السابقة للعملية".

كذلك المادة L6322-3 التي مهدت لصدور الأمرين2005 - 776و2005 - 777وذلك من أجل تحديد شروط الترخيص التي نصت عليها المادة L 6322-1-2 ومدة التفكير والشروط التقنية لسير وعمل منشآت الجراحة التجميلية[27].

ولقد جاء الأمر2005 - 776 المؤرخ في 11 جويلية 2005 ليحدد تلك الشروط، ثم الأمر 2005- 777 المؤرخ بنفس التاريخ المتعلق بمدة التفكير المنصوص عليها في المادة2 - L 6322

[26] انظر المادة L6322-2 الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقا.
[27] أنظر المادةL6322-3 الواردة في القانون 303-2002 المشار إليه سابقا.

من قانون الصحة والشروط التقنية السير وعمل منشآت الجراحة التجميلية المعدل لقانون الصحة العمومية وسيأتي التفصيل في هذه الشروط لاحقا.

إن خلفية الحظر الذي عاشته جراحة التجميل في فرنسا كغيرها من الدول كانت السبب الرئيسي في تأخر المشرع كل هذه المدة في التقنين لقواعد الجراحة التجميلية، بل إن هذه الخلفية بقيت موجودة حتى بعد النص صراحة على مشروعيتها، وذلك من خلال التشدد في منح الترخيص في إقامة منشآت الجراحة التجميلية والصرامة في المسؤولية الناتجة عن ممارستها[28].

وبالرجوع الى المادة 18 من قانون أخلاقيات المهنة الفرنسي على سبيل المثال نجد أن غطاء المشروعية قبل هذه النصوص الصريحة، كان يلتمس من خلال القواعد العامة المنظمة للعمل الجراحي، حيث نصت على ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية وفوائدها، وتعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد التي يجب إعمالها في ميدان الجراحة التجميلية، وكذلك تضمنت المواد 11،12،13 من قانون أخلاقيات المهنة التزام الطبيب بالسر المهني الذي يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق جراح التحميل، وذلك لأن الأمر يتعلق بجمال الجسم، كما جاء في المادة 23 من قانون أخلاقيات المهنة وجوب عدم ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية رغم أن وسائل الإعلام أضفت على هذه الجراحة طابعا تجاريا، وذلك لاتصال هذه المهنة بالجسم الإنساني وما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير، إضافة إلى ذلك تضمنت المادتين 67 و 68 من قانون أخلاقيات المهنة على أنه لا يسوغ للطبيب أن يثبت على الورق المخصص للوصفات أو لوحات باب عيادته إلا الشهادات والمؤهلات المعترف بها تؤكد على عدم جواز تجاوز الطبيب لاختصاصه[29].

أما القضاء المصري فقد سار في نفس سياق القضاء الفرنسي ، بالنتيجة نجد أن القضاء يستند في هذه المسالة إلى التمييز بين نوعين من الجراحة وكان التوجه العام للقضاء التشدد في هذه المسالة وأصر على ضرورة إعلام وتبصير المريض بكل كبيرة وصغيرة.

[28] عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، ص 89.

[29] داودوي صحراء ، مذكرة ماجستير " مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية " ، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، سنة2003 ،ص56.

أما التشريع العراقي والذي عرف عمليات الجراحة التجميلية منذ1953 ، فإنه لم ينظم الموضوع إلا من خلال تعليمات السلوك المهني لعام1985 ، حيث تحدثت عن الاختصاص كشرط ضروري لأداء هذا النوع من الجراحة، وإن كان ظاهر النص العموم إذ جاء فيه يقصد بالاختصاص حصول الطبيب على معرفة خاصة وجدارة وحذق في فرع من فروع الطب يمنح بموجبها لقب الاختصاص في الفرع الذي اختص فيه إن ما منحته شهادة التخرج للطبيب العادي من حق الممارسة العامة في نطاق واسع تلزمه بنفس الوقت بعدم تجاوز حدود اقتداره في ممارسة عمل من الأعمال الطبية التي لم يألف ممارستها ويتطلب مهارة خاصة تدخل في نطاق الاختصاص[30].

إلا أن لفظ الاختصاص يحتم علينا أن ندرك أن الجراحة التجميلية اختصاص قائم بذاته وذلك انطلاقا من أن شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية قد وجدت منذ تشكيل أول وحدة للجراحة البلاستيكية في كلية الطب ببغداد عام1968[31].

ثانيا: جراحة التجميل في القضاء المقارن:

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللاشرعية الذي كان مضروبا عليها لأمد بعيد، غير أن هذا الموقف إنما جاء بعد تردد طويل، فقد كان هذا القضاء ينظر للجراحة التجميلية أنها مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء[32]، ومن ثم كانت روحه مشبعة لا بالشك والريبة فحسب، بل بالسخط والكراهية أيضا[33]، فبينما كان يقرر أن رضا المريض يعفي الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل الجراحي إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الأعمال التجميلية، عند حدوث نتائج ضارة

[30] منذر الفضل ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، مكتبة دار الثقافة، عمان ، الأردن، الطبعة الثانية، 1995، ص 68-69.

[31] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 75.

[32] ومن الأمثلة الواقعية الحديثة على ذلك أن ملكة جمال البرازيل جوليانا بورج -قد أجرت أربع عمليات تجميلية وتسعة عشر تدخلا جراحيا صغيرا حتى تمكن من الفوز بلقب ملكة الجمال في بلادها، أنظر :طلال عجاج، المرجع السابق، ص296 ، الهامش الأول.

[33] عبد السلام التويجي، المرجع السابق، ص 397 .

حتى ولو أجرى الجراحة التجميلية طبقا لأصول الفن الطبي، بل حتى ولو لم يرتكب أي خطأ في الجراحة.[34]

لذا اعتبرت محكمة استئناف باريس في 23 جانفي 1913 "كل علاج يخالف مقصده ، يجعل من الطبيب المكلف به أمام المسؤولية القانونية، وبالتالي يتحمل بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج، وليس بذي شأن أن يكون العلاج قد أجرى طبقا لقواعد العلم والفن الصحيحين"[35].

وقد صدر هذا القرار في قضية ملخصها أن فتاة كانت تعاني من ظهور شعر كثيف نسبيا في منطقة الذقن، الأمر الذي حملها إلى التوجه لطبيب التحميل كي يساعدها في وضع حد لهذا العيب، وما لبث أن قام الأخير بمباشرة علاجها بالفعل عن طريق تسليط أشعة خاصة Radiotherapie على المنطقة المعيبة، حتى أصيبت الفتاة بتشوه مستديم بالوجه[36].

وقد أحالت المحكمة الدعوى إلى خبير لكي يعد تقريرا عن الموضوع، ولكي يستظهر ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ في العلاج من عدمه.

وقد أودع الخبير تقريره و انتهى فيه إلى انتفاء شبهة الخطأ المهني في حق الطبيب على أساس أن المريض هو الذي طلب العلاج، وأن الطبيب استخدم في ذلك الوسائل العادية[37].

إلا أن المحكمة وقد طرحت تقرير الخبير جانبا، فقد انتهت إلى إدانة الطبيب من الوجهة المدنية، وجاء في أسباب حكمها أنه إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة متى اقتضت صحة المريض وحالته المرضية ذلك، إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على جراحة التجميل والتي تهدف إلى مجرد إصلاح عيب بدني لا الشفاء من المرض في حد ذاته، ومن ثم فليس من مصلحة العلم ولا المريض نفسه، أن يسمح بتعريض هذا الأخير لخطر الموت، أو خطر إصابة

[34] محمود زكي شمس المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية، مؤسسة غبور للطباعة دمشق الطبعة الأولى،1999 ، ص 57 .
[35] قرار محكمة استئناف باريس، في 23 جانفي1913 ، أشار إليه عبد السلام التونجي المرجع السابق، ص-397 398.
[36] محمد سامي الشواء المرجع السابق م.157-156
[37] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 241.

بالغة في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة وغير هامة وهي إصلاح عيب جسدي[38]، فواجب الطبيب يقتضي منه في هذه الحالة بوصفه أكثر علما من غيره باحتمالات فشلها واحتمالات الخطورة المترتبة عليها أن يرفض هذا التدخل.

وقد طعن في الحكم السابق أمام محكمة النقص الفرنسية، إلا أنه رفض، وجاء في حكم النقض المشار إليه : أن الطبيب حين يجد نفسه أمام حالة لا يطلب منه فيها شفاء مرض بل مجرد إصلاح عيب جسدي أو إخفائه، فإن هذا الهدف، لا تبرر السعي إليه، لا مصلحة المريض ولا مصلحة العلم، نظرا لضآلة المصلحة المبتغاة من التحميل[39].

وأضافت محكمة النقض أن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى، هو أكثر الناس علما بنتائجها وفشلها المحتمل، لذلك كان يجب عليه أن يمتنع عن إجرائها، وأن محكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف والملابسات ما يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أحدثه، فإن حكمها قد لاقى تطبيقا سليما للقانون والمادتين 1382-1383 من القانون المدني الفرنسي[40].

وكان لهذا القضاء صداه في عالم القضاء الفرنسي، فقد تأيد من قبل محكمة النقض، واطردت الأحكام في هذا الموضوع، إلى أن صدر حكم محكمة السين في 25 فيفري 1929 [41]، وخلاصة القضية أن فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى فاستشارت طبيبا مختصا في الغدد، والذي نصحها بالعدول عن إتباع أي علاج طبي في هذا الشأن، ولكن وتحت تأثير رغبتها الملحة، فقد أحالها إلى طبيب جراح، والذي قام بدوره بفحصها وأدخلها إحدى المستشفيات، حيث قرر إجراء عملية في ساقها، والتي انتهت بالفشل نظرا لإخفاقه في خياطة الجروح الناشئة عنها بسبب طبيعة أنسجة جسمها التي استعصت على الالتئام، وقد ترتب على ذلك تفشي (الغنغرينا) في مكان العملية، فقرر الطبيب المعالج باستحالة إنقاذ المريضة إلا ببتر ساقها، وفعلا قام الطبيب بهذا الإجراء، وبعد

[38] محمود زكي ن المرجع السابق ، ص 111.
[39] محمد سامي ، المرجع السابق ، ص 178.
[40] قرار محكمة النقض الفرنسية أشار إليه: محمد سامي الشواء المرجع السابق ص158
[41] قضت محكمة ليون على طبيب لأنه تسبب في حدوث ندوب وخروج في نهدي امرأة عجوز، لمحاولته إجراء عملية شد خلدها، ثم أيد الحكم في قضية مماثلة من محكمة النقض الفرنسية عام 1920 أنظر محمود زكي شمس المرجع السابق، ص 59 .

أن قضى الأمر على هذا النحو، سارعت المريضة برفع دعوى تعويض ضد الطبيب نظير ما أصابها من أضرار[42].

وقد أدانت محكمة السين مسلك الطبيب، وقررت بوجوب مساءلته من الناحية المدنية والحكم عليه بالتعويض، وجاء في أسباب حكمها:

- إن جسامة الخطر الذي تعرضت له المريضة واضح على نحو لا يقتضي إحالة الدعوى إلى خبير مختص.

- إن مجرد واقعة إجراء عملية جراحية على عضو سليم من الجسم مع اقتصار هدفها على مجرد تصحيح تشوه جسدي دون أن يكون هذا التدخل الجراحي لازما لضرورة علاجية، فإن ذلك يكون في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤولية الجراح.

- إن الخطأ المسند إلى الطبيب يستخلص من القواعد العامة، بغض النظر عن الاعتبارات الطبية، ودون حاجة للاستعانة بمعلومات أهل الفن إذ ليس بذي شأن أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنيا في مباشرة العملية، بل أن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ ليؤكد خطورة العملية في ذاتها، وقد أدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضتها للموت، رغم اتخاذ الاحتياطات وإتباع قواعد الفن[43].

إلا أن المحكمة ردت دفعه بأنه كان من الواجب عليه إحالة الأمر إلى أخصائي في الأمراض النفسية وتأجيل العملية لفترة أخرى، بعدما حاول الطبيب دفع المسؤولية عنه بأنه اضطر إلى القيام بالعملية تحت ضغط المدعية التي انتابها اليأس جراء تردده في إجراء العملية، إلا انه لم يفلح.[44]

[42] حكم محكمة السين، في 25 فيفري1929 ، أشار إليه :عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية،1998 ، ص95 .
[43] بومدين سامية ، المرجع السابق ، ص 176.
[44] بومدين سامية ، المرجع السابق ، ص 180.

ويرى الأستاذ (Kornprobst) بأن هذا العيب الذي كانت تعاني منه الفتاة لم يكن له أهمية وقت صدور الحكم، لأنه كان زمن الفساتين الطويلة، ولكن يمكن أن يكون لهذا العيب أهمية في عصرنا حيث تتنافس النساء بنشاط ومهارة على ارتداء الفساتين القصيرة.[45]

وقد أثار هذا الحكم ضجة واحتجاجا شديدين في الأوساط الطبية، بحيث يعتبر إطراده وكأنه حكم بالإعدام على الجراحة التجميلية، ولأن الأحكام في هذا الاتجاه قد تقضي على هذا النوع من العمليات على الرغم من خدماته الجليلة للإنسانية.[46]

وفي نفس السياق قرر الأستاذ Frutnusan : (أنه ليس من العدل أن يعاقب طبيب وأن يسند إليه خطأ لمجرد استجابته النداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية بل تفوقها أحيانا، وأن القضاء المشار إليه يجرد الأطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون ما أمل في الاستفادة منه، كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوهاتهم).[47]

لذلك فإن نقابة الجراحين تدخلت في الدعوى – في مرحلة الاستئناف – مساندة الطبيب المستأنف، وطلبت إلغاء الحكم المستأنف، بدعوى أن الجراح لا يرتكب أي خطأ إذا قرر إجراء عملية في ظروف تجيز إجراءها من الناحية الفنية[48]، وقضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12 مارس 1931 بتأييد الحكم الصادر بالتعويض، ولكنها استندت في ذلك إلى أسباب مغايرة لتلك التي وردت بحكم محكمة السين، حيث قررت محكمة الاستئناف :بأنه لا يصح للمحاكم أن تقضي بمسؤولية الجراح إلا إذا قام لديها الدليل على وجود خطأ معين نشأ عنه الضرر مباشرة، وذلك مهما كان نوع العملية التي أجريت ومهما كان الغرض الذي قصد منها.[49]

[45] سعيد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص95 .
[46] محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص 160 ، رايس محمد، أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص148 .
[47] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق ص 339.
[48] قرار محكمة استئناف باريس، في: 12 مارس 1931، أشار إليه
[49] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق ص 340

ولا يعتبر خطأ مرتبا للمسؤولية مجرد قيام الجراح بإجراء عملية جراحية قد تعرض للخطر الشديد عضوا سليما وذلك بقصد تعديله، ودون أن يكون من وراء هذه العملية أي فائدة خاصة لمصلحة من أجريت له، ولكن في هذه الحالة يجب أن توضح للشخص أخطار العملية توضيحا دقيقا، وتؤخذ موافقته على إجرائها وهو عالم بكل ما تنطوي عليه من أخطار، فإذا أهمل الجراح في تنبيه المريض إلى أخطار العملية ارتكب خطأ موجبا لمسؤوليته[50].

فالمحكمة الاستئنافية بنت وسببت حكمها القاضي بالتعويض على أساس عدم إجراء الفحوص اللازمة والكافية لتفادي الأخطار المنتظرة من العملية نتيجة طبيعة أنسجة جسم المريضة من جهة، ومن جهة أخرى على أساس عدم إعلام المريضة بجميع أخطار العملية وبالاحتمالات السيئة التي يمكن أن تترتب عليها، أي أن الطبيب أجرى العملية بسرعة لا مبرر لها، وختمت المحكمة قولها برفض تدخل نقابة الأطباء لعدم الصفة، لأن موضوع الدعوى لا يخص المساس بحرية العمل الجراحي[51].

وهكذا أنقذت جراحة التجميل من ذلك العداء المستحكم الذي نصبه القضاء الفرنسي لها[52]، إلا أنها بقيت محل ريبة، لأنه من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بحرمة الجسد الإنساني، وهي ضرورة شفاء المريض من علة، وأن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من الجراحة التجميلية.[53]

بيد أن تطور مفاهيم الحياة كان أقوى، فاستمرت مع هذا جراحة التجميل بالسير نحو تحقيق سعادة الأفراد فأدت إلى إنقاذ كثير من البشر من التشويه الذي قد يدفعهم إلى الخلاص من هذه الحياة، لذلك أصبحت جراحة التجميل فرع من فروع الجراحة ،الضرورية لها تعاليمها وأصولها، وليس ثمة ما يبرر إخراجها عن القواعد العامة، لا سيما الحالات التي يرقى فيها التشويه إلى مقام العلة المرضية، كمشوهي الحرب الذين نجد أن تشويههم كثيرا ما يحرمهم من حقهم الطبيعي في الرزق، أو

[50] محمود زكي شمس المرجع السابق، ص 62

[51] رايس محمد أطروحة دكتوراه السالفة الذكر، ص 148-149.

[52] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص95 .

[53] عبد السلام التونجي، المرجع السابق من 400-401.

يجعلهم محلا لسخرية الناس، أو مبعثا لنقمة البشرية، كما وأن المشوهين أنفسهم قد يتعرضون من جراء تشوههم إلى حالات عنيفة من العصبية.[54]

لهذا بعد هذا النوع من الجراحة ضروريا لأنه لم يعد قاصرا على علاج الاعتلال الجسماني الذي يصيب الفرد، بل أصبح يعالج كل حالة نفسية ناجمة عن تشويه قد يكون لها انعكاس على صحة المريض، أو سلامة أعضائه .[55]

وتأييدا لهذا المعنى قضت محكمة استئناف ليون في 22 مارس 1936 بما يلي : " بأن لا مسؤولية على الجراح في قيامه بعملية تحميل إذا كانت العملية هي الوسيلة الوحيدة في علاج امرأة من حالة تدهور نفساني شديد".[56]

لذلك على الطبيب أن يثبت في هذه الحالة أن المريض فعلا كان في حالة تدهور نفساني شديد وأنه لم تكن هناك وسيلة أخرى لعلاجه غير الطريقة التي أبتعها وفي هذه الحالة تكون حرية الطبيب واسعة في اختيار وسائل العلاج التي يراها مناسبة.

أما النوع الآخر من الحالات، وهي التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها إصلاح ما أفسده الدهر، وطلبا للوصول إلى درجة من الجمال الخلقي وحسنه في هذا النوع لا يكون لتدخل الطبيب مبرر إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي بحسب السير الطبيعي للأمور على خطر ما على حياة المريض أو سلامة أعضائه، أما إذا أقدم على عملية جراحية لا تتناسب مخاطرها مع ما قد يناله الشخص من فائدة أو علاج فإنه يعد مخطنا ويسأل عن الأضرار الناشئة عن ذلك.[57]

وعملا بهذا المبدأ قضت محكمة استئناف ليون في 27 ماي 1936 بما يلي: " إن الطبيب الذي يقوم بإزالة الشعر الغزير من جسم سيدة بواسطة الأشعة، فإذا لم يقع منه أي تقصير في العلاج فلا

[54] عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص401 -403.

[55] عبد الوهاب حومد، مقاله السابق، ص193 .

[56] قرار محكمة استئناف ليون في: 22 مارس 1936، أشار إليه: عبد السلام التونجي، المرجع السابق ، ص 404-405 .

[57] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340

يسأل عن الضرر الحادث لتلك السيدة، متى ثبت أنه لم يكن هناك عدم تناسب بين النتيجة المرجوة والمخاطر العادية للعلاج بالأشعة"[58].

تخلص مما تقدم أن ما شهدته جراحة التجميل من تطور ملحوظ بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، واللتين نتج عنهما عدد كبير من المشوهين، ناهيك عن الإصابات الهائلة الناتجة عن حوادث الطرق والعمل في المصانع، وما أحرزه التقدم العملي وتطور الفكر الإنساني ورغبة الإنسان الدائبة في البحث عن الأفضل، حدا بالقضاء إلى تغيير موقفه العدائي من جراحة التجميل، والتسليم بمشروعيتها وإخضاعها للمبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام.[59]

إلا أنه على الرغم من هذا التطور، فإن الوضع لم يصل إلى حد المساواة تماما بين جراحة التجميل والجراحات الأخرى، بحيث ما زال القضاء يظهر نحوها التشدد لأنها في الأصل لا تمارس لغرض علاجي، ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة المترتبة عليها مع الهدف الكمالي والتحسيني المرجو منها، بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الجراحة تجري في ظروف ليست مستعجلة، بحيث يكون المريض بحالة كاملة من اليقظة و التبصر، وهو ما يتطلب شروطا خاصة في رضائه ومعرفته الجوانب العملية التي يرجوها[60].

ومن ثم فالقضاء يتشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة، وفي التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه من جهة أخرى.

كما يظهر وجه التشدد في التوسع في تحديد مفهوم الخطأ الفني واشتراط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص في إجراء العملية، وأن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلا

[58] قرار محكمة استئناف ليون في 27ماي 1936 أشار إليه منذر الفضل، المرجع السابق، ص 81.

[59] عيسوس فريد الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2002-2003 ، ص 72.

[60] طلال عجاج، المرجع السابق، ص 298 .

للتجارب.[61] لذا تم التأسيس لقواعد أكثر دقة وصرامة من طرف الاجتهاد القضائي من أجل جعل الجراحة التجميلية مقبولة قانونيا.

أما القضاء المصري كان له رأي وموقفا اخر ، ففي سنة 1933 تصدى لمناقشة مشروعية جراحة التجميل ، حيث عرض أمر جراحة التجميل على القضاء المصري في قضية مشهورة ملخصها: أن رجلا يدعى عبد الحميد أفندي أصيب في سنة 1914 بتشوه بسيط على إثر التئام دمل أصيب به في مؤخرة العنق، تاركا مكان التئامه بروزا جعل منظره مشوها، ففكر في عام 1928 أن يعالج نفسه بمخترعات الطب الحديث حتى يصبح أثر الالتئام رحوا متجانسا مع الجلد المجاور له، فعرض نفسه في مستشفى القصر العيني على طبيب الأمراض الجلدية (ميخائيل عازر) والذي قام بعلاجه فترة من الوقت، نصحه بعدها بالتوجه إلى طبيب متخصص في العلاج بالأشعة ليتولى متابعة علاجه[62].

وما لبث أن توجه المريض إلى ذلك الطبيب (مقار) والذي بدأ علاجه عن طريق الأشعة لجلسات عديدة، حتى أصيب بتقيح جلدي انتهى إلى قرحة جلدية.

فأقام هذا المريض الدعوى على طبيب الأشعة الدكتور (مقار) مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من معالجة الندية التي كانت تشوه رقبته.

غير أن محكمة مصر رفضت الدعوى بحكمها الصادر في 30 ماي1933 ، فأقرت بذلك ضمنا مشروعية جراحة التجميل.[63]

أما محكمة استئناف مصر قضت بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء بمسؤولية الطبيب المعالج، وجاء في حيثيات حكمها :وحيث أن الفصل في هذه الدعوى يستوجب البحث أولا في المسؤولية الطبية المدنية حسب القواعد القانونية، وثانيا، تطبيق هذه القواعد على تقارير الخبراء وآراء الأطباء المودعة بملف الدعوى، وعلى الوقائع الصحيحة التي تستخلصها المحكمة من التحقيقات والمستندات

[61] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص105 -106.

[62] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 106-107.

[63]M.M. hannouz et A.R. Hakem, précis de droit médical, office des publications universitaires, Alger, 1992, P64 .

الموجودة بملف الدعوى[64]، لمعرفة ما إذا كان المستأنف عليه مسؤولا عن الإصابة التي وجدت في المستأنف أم لا، وأن المحكمة عندما تطرقت لوقائع الدعوى استخلصت منها أن إصابة المريض نشأت عن معالجته بالأشعة، وأن الطبيب أخطأ في تجاوزه عدد جلسات العلاج التي تسمح بها الأصول العلمية[65].

ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة من تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه، سواء خطأ فنيا أو غير فني جسيما أو يسيرا، أما بالنسبة للأطباء الأخصائيين، فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيرا خصوصا إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم، لأن من واجبهم الدقة[66].

يتبين من هذا القرار أن القضاء المصري قد أقر ابتداءً بمشروعية جراحة التجميل، وإن كان قد استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للقائمين على ممارستها باعتبارهم متخصصين في هذا النوع من فروع الطب.

وفي قضية حديثة نسبيا، عرضت أمام محكمة النقض المصرية تتخلص وقائعها: [2] أن سيدة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعها، توجهت على إثره لاستشارة أحد الجراحين والذي أبدى بدوره إمكانية إزالة هذا الترهل بواسطة عملية جراحية لا تترك أي أثر، وقد أجريت العملية بالفعل ولكنها باءت بالفشل، حيث أدت إلى تشوه ظاهر بذراع المريضة، الأمر الذي دفع هذه الأخيرة على رفع دعوى ضد الطبيب المعالج، للتعويض كما أصابها من أضرار مادية وأدبية في آن واحد[67].

وقد نفى الطبيب الخطأ المنسوب إليه، حيث قرر التزامه بالأصول الفنية والطبية، وأن اتساع الجرح في الذراع الأيمن سببه اشتباهه في وجود ورم خبيث به، قام بإزالته بالكامل الأمر الذي استوجب إجراء عملية ترقيع.

---

[64] محمود زكي شمس المرجع السابق، ص 73 .
[65] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص104 .
[66] قرار محكمة استئناف مصر في /24 جانفي1936 ، أشار إليه محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص160 - 161 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ،ص104 .
[67] قرار محكمة النقض المصرية، في :26 جوان1969

وقد أودع الخبير تقريره مؤكدا التزام الطبيب بالأصول الطبية والفنية، وأنه اشتبه في وجود ورم سرطاني فأجرى ما يجب إجراءه في مثل هذه الحالة من استئصال الورم استئصالا كاملا مع ما حوله من أنسجة سليمة، مما أدى إلى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح بعد أن اتسع نتيجة للاستئصال[68].

وقد رفضت محكمة أول درجة التعويض استنادا إلى هذا التقرير باعتبار عدم توافر خطأ في جانب الطبيب المدعى عليه .وقد استأنفت المضرورة الحكم، وقدمت أمام محكمة الاستئناف تقريرا استشاريا انتهى إلى أن الطبيب لم يلتزم بالأصول الفنية، فضلا عن ارتكابه لعدد من الأخطاء في إجراء الجراحة، وأن ذلك أدى إلى تشويه جسم المدعية مما يؤثر على جمال أنوثتها بنسبة 15% .

وقد ندبت محكمة الاستئناف خبيرا طبيبا لأداء ذات المأمورية التي أداها خبير محكمة أول درجة، وقد إنتهى هذا الخبير الثاني إلى عدم توافر أي خطأ في جانب الطبيب وأن ما حدث من تشويه إنما يرجع إلى طبيعة جلد المضرورة، وهو أمر لا يمكن للطبيب التنبؤ به قبل إجراء العملية، وأن استئصال الورم هو الذي حتم عليه الترقيع بالذراع الأيمن لتغطية الجزء الذي استؤصل منه الجلد[69].

وقد ردت المضرورة من جانبها على هذا التقرير بتقريرين استشاريين فندا حجج الخبير المنتدب، حيث جاء بهما أن التشوه الذي أصيبت به المضرورة لا يتفق مع شروط عملية التجميل التي يشترط فيها أن تخفي عيوب الجسم، لا أن تحدث به التشوهات، وأنه ليس لطبيعة الجلد أي دخل في الموضوع، وأن الزعم بوجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله لم يثبت بتحليل علمي واجب الاتباع في مثل هذه الحالات، ولكن محكمة الاستئناف رفضت الطعن وأيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض التعويض[70].

طعنت المضرورة أمام محكمة النقض على أساس أن حكم محكمة الاستئناف قد شابه قصور في التسبيب وخطأ في تطبيق القانون على أساس أنها – أي الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن

---

[68] . أشار إليه إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2003 ، ص ص43-9.

[69] عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة السابعة2002 ، ص1438 -1441.

[70] منذر الفضل، المرجع السابق،ص92-93.

التشوه الذي حدث بذراعها لم تكن تستلزمه عملية التحميل التي إتفقت مع الطبيب على إجراءها، وأن ذلك يكون خطأ ثابتا في حقه، وأن ما ادعاه الطبيب من وجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله هو أمر مستحيل وفقا للأصول العملية، وهو إدعاء غير صحيح أنكرته الطاعنة أمام قضاء الموضوع، فضلا عن أنه إدعاء بتوافر حالة ضرورة كان يتعين على المحكمة أن تكلف الطبيب بإثباتها حيث يقع على عاتقه عبء هذا الإثبات[71].

وأضافت الطاعنة أن مسؤولية الجراح هي مسؤولية تعاقدية، وأن هذه المسؤولية تختلف باختلاف مستوى الطبيب العادي، فمسؤولية الطبيب الأخصائي أشد من مسؤولية الطبيب العادي و التزام الطبيب في جراحة التجميل هو التزام بنتيجة، فإذا لم تؤد العملية إلى تحميل بل أدت إلى تشويه، فإن الطبيب يكون قد أخل بالتزامه العقدي وحقت عليه المسؤولية.[72]

وقد نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه مقررة مسؤولية الطبيب وجاء في أسباب حكمها: "إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجربها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية، أي أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل المريضة جهودا صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول."[73]

وتضيف بصدد تحديد الطبيعة الخاصة الجراحة التجميل: "وجراح التحميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجربها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لاتعرض حياته لأي خطر[74]."

[71] محمد سامي الشواء، المرجع السابق ص 151-152.
[72] طلال عجاج، المرجع السابق ص293
[73] رايس محمد أطروحة دكتوراه السالفة الذكر ص 146
[74] منذر الفضل ، المرجع السابق ن ص 145.

وتنتقل إلى عبء الإثبات فتضيف بأنه : "وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة، أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترفيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرج، والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي العملية التحميل وفقا للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فنقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال"[75].

وهكذا يتسق هذا القضاء وقضاء محكمة الاستئناف السابق الإشارة إليه، وبذلك يتبلور منهج القضاء المصري بشأن مشروعية جراحة التجميل، إلا أن التشديد بشأنها ظهر جليا من خلال قرارات محكمة النقض المصرية التي أوجبت عناية أكثر في جراح التجميل، واتجاهها إلى تخفيف عبء الإثبات على المريض بإقامتها قرينة بسيطة لصالحه.

أما القضاء العراقي فعلى الرغم من وجود العديد من الأخطاء الطبية سواء في مجال الجراحة التجميلية أم في مجال الجراحة العادية – وهذا ما تؤكده الصحف اليومية التي تنشر بعض الأخطاء الطبية الجسيمة – إلا أن أغلبية الأفراد يستسلمون الفكرة القضاء والقدر يفعل الجهل أو عدم إثارة المشكلات فتذهب حقوقهم هدرا وفي بعض الأحيان يحرك المريض أو ممثله الدعوى الإدارية ضد وزارة الصحة أو إدارة المستشفى فيجرى التحقيق الإداري وغالبا ما تصدر في حق الطبيب العقوبة التأديبية، وربما هذا ما يفسر تأخر القضاء العراقي بخصوص المسؤولية الطبية، ولهذا نادى بعض الفقهاء على ضرورة وضع قواعد وأحكام مستقلة للمسؤولية الطبية في العراق.[76]

[75] محمد سامي ، المرجع السابق ن ص 211.
[76] منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 59.

ثالثا: جراحة التجميل في الفقه المقارن:

انقسم الفقه في فرنسا إلى ثلاثة اتجاهات حول هذه الجراحة:

1. الاتجاه الأول : رافض لجراحة التجميل:

سلم الفقه الفرنسي في بادئ الأمر بعدم مشروعية جراحة التجميل ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي[77] ، ومن أبرز الفقهاء الذين رفضوا جراحة التجميل الفقيه (جارسون) الذي لم يجز هذه الجراحة على وجه الإطلاق باعتبار أن القواعد العامة تقضي أن يكون تدخل الجراح مقصودا به تحقيق هدف علاجي[78]، فالعلاج هو الأساس الذي يعطي للطبيب الحق في الجراحة والتطبيب، إذ الهدف يجب أن يكون إما الشفاء من مرض أو التخفيف من الآلام، والقبح ليست مرضا[79].

وفي هذا الصدد يقول الفقيه سافتيه:

(la santé est autre chose que la beauté et la laideur n'est pas une maladie).

فقد قرر (حارسون) بأن:" الطبيب الذي يتعامل في عضو سليم من أعضاء الجسم بحجة التحميل، يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب".[80]

إلا أن الفقيه جارسون لم يستطع أن يتمسك بهذا الرأي حتى النهاية، حيث أورد استثناءات تدخل بطبيعتها ضمن نطاق الأعمال التجميلية [81].

في حين يرى الأستاذ ((Kornprobst)) بأنه " يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعم به جراحو عمليات التجميل من إدعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله".

---

[77] (le médecin qui sous prétexte esthétique ou plastique, s'attaque à un corps sain sort des attributions qui lui confere son diplome).

[78] منذر الفضل السابق، ص 29.

[79] محمد سامي الشوا، المرجع السابق ص .152

[80] محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص152

[81] طلال عجاج، المرجع السابق، ص 294

والواقع أن هذا الاتجاه لم يكن حاسما، فهو لم يثبت بأن جراحة التجميل لا تباشر لأغراض علاجية، فالتشوهات التي يصاب بها الإنسان تؤثر على نفسيته وعلى وضعه الصحي، فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالألم في حياته الاجتماعية، بينما يباح له التدخل لمعالجته من أي ألم آخر مهما كان بسيطا، خاصة وأن مهمة الطبيب لم تعد قاصرة على معالجة اعتلال الجسم، وإنما أصبح من واجبه أن يعالج المريض وكل حالة نفسية قد يكون لها أثر على صحته، ومشوهو الحروب وما يعانونه من الآلام هو خير مبرر الإجازة جراحة التجميل، ووضعها على مستوى الجراحة العامة[82].

2. الاتجاه الثاني : وهو يمثل الرأي الوسط:

تحت تأثير النتائج التي توصلت إليها جراحة التحميل في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى والثانية، عدل الفقه الفرنسي عن وجهة نظره المتشددة وميز بين نوعين من تلك الجراحة، وانتهى إلى جواز إجراء الجراحة التجميلية في مجال العيوب البسيطة التي لا تنطوي على ،خطر، مثل إزالة اللحميات الزائدة والعظام البارزة في الجسم، وشد التجاعيد في الوجه وخلع الأسنان المعوجة، وإصلاح الأنوف الناقصة، وذلك لتعرض أصحابها للسخرية بين الناس، أما العيوب الجوهرية والتي فيها مخاطر على الحياة فهي غير جائزة ولا مبرر لها[83].

ويمكن القول أن الدافع لأصحاب هذا الإتجاه لحصر الجراحة التجميلية ضمن حدود العيوب البسيطة، هو عدم التناسب بين المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها المريض والفائدة المرجوة من العمل التجميلي، هذا بجانب الحد من هذه الجراحة كجراحة ترف.[84]

[82] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 340
[83] محمد سامي الشوا، المرجع السابق ص152.
[84] منذر الفضل، المرج السابق، ص30.

3. الاتجاه الثالث : وهو الاتجاه الموسع لجراحة التحميل:

ينادي أنصار هذا الإتجاه بوجوب التوسع في هذه الجراحة، بإعتبار أنها تحدد الشباب، وتجلب السرور والسعادة للمريض، وهما شرطا قمة الإنسان، كما أن هذه الجراحة تهدف إلى تحقيق الغايات السامية حتى بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية[85].

ومن جهة أخرى فإن فكرة المرض لم تعد قاصرة على الأمراض العضوية فقط بل والنفسية أيضا كما يقول الأساتذة مازو ونيجر ولاكاس وبيدو.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ J.p. chavoin : "إن الجراحة التجميلية هي أحسن بكثير من المهدئات والأدوية المستعملة للاضطرابات النفسية والذهنية، ولكن بما أنها دواء فيجب أن تستعمل بحذر و باحترام القواعد الأساسية لمهنة الطب".[86]

ويذهب غالبية الفقه في فرنسا إلى أن جراحة التجميل فرع من الجراحة العامة، وتخضع لقواعدها ومنها وجوب الملاءمة بين درجة العيب والخطر الذي قد يتعرض له المريض، فإذا كانت التشوهات كبيرة وتغلق باب الزواج أو الرزق في وجه المريض أو تجعله عرضة للسخرية بين الناس، فإن الجراحة التجميلية في هذه الحال ترقى إلى درجة الجراحة العلاجية.[87]

وهناك من يشايع الإتجاه الموسع الجراحة التحميل، بإعتبار أن مسألة التمييز بين العيوب الجوهرية و البسيطة لا تخضع المعيار محدد، فما يعتبر عيبا بسيطا في نظر شخص معين، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى شخص آخر، كما أن إجراء الجراحة التجميلية برضا الشخص وبإذن المشرع وحسب قواعد الفن الطبي، لا يوجب قيام مسؤولية الطبيب حتى وأن حصلت بعض الأضرار الثانوية، كأن تترك العملية بعض الندب على الجسم، كما توجد بعض الأعمال الطبية التي تحمل على المخاطر الضرورية بدلا من الخضوع لليأس.[88]

---

[85] محمود زكي شمس، المرجع السابق ،ص54 -55

[86] - Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, op.cit,P93.

[87] طلال عجاج، المرجع السابق، ص 295 .

[88] منذر الفضل، المرجع السابق، ص32

وفي انجلترا فإن جراحة التجميل تتعلق بالناحية الجمالية لجسم المريض في كثير من الحالات، ولتحسين الوضع الصحي في بعض الأحيان، وتجرى عمليات التجميل برضا المريض الإصلاح التشوهات والعيوب في جسمه، ولذلك فإن الفقه في إنجلترا أجاز عمليات التجميل، اعتمادا على المبدأ السائد عندهم من أن رضا المريض يبرر كل فعل، ما لم يكن ممنوعا قانونا أو يؤدي إلى خطر كبير على حياة المريض أو صحته .[89]

أما الفقه في بلجيكا فقد أجاز عمليات التجميل ما لم تمنع من أداء واجب اجتماعي، أو أن يكون الغرض هو كسب المال، ولذلك لم يجز هذا الفقه للزوجة المنتظر أن تضع مولودها أن تقوم باستئصال بعض من ثدييها لتعديل قوامها، فتعطل بذلك وظيفة الرضاع، ولم يجز للشاب أن تنتزع منه بعض غدده ليلقح بها رجل عجوز لقاء مبلغ من المال .وفي ألمانيا إن جراحة التجميل مشروعة، لأنها تلائم الغايات التي تقرها الدولة على اعتبار أنها تنطوي تحت الانظمة التي وضعتها فيما يتعلق بالصحة و استعادتها .

أما الفقه المصري والمتأثر أساسا بالشريعة الإسلامية فذهب رأي إلى التفرقة بين العمليات الجراحية التي تهدف إلى علاج التشوهات الجسيمة، وبين نوع آخر يقصد به الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها على حد تعبيره إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ومحاولة التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمن، مقررا إباحة النوع الأول على أساس أن التشويه يرقى إلى مقام العلة المرضية ومحرما النوع الثاني.

وقد استند هذا الرأي إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والفالجات والمتفلجات للحسن، المغيرات خلق الله " ، وأيضا على ما جاء في الحديث الشريف بخصوص واقعة عرفجة بن أسعد، وأيضا ما روي عن الظاهرية أنه " إذا أراد الرجل أن يقطع إصبعا زائدة أو شيئا آخر فقيل بعدم الإباحة إن كان الغالب الهلاك، وإباحته إن كان الغالب هو النجاة. " [90]

[89] طلال عجاج ، المرجع السابق ، ص 157.

[90] محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص145 .

و يرى الدكتور محمد سامي الشوا أن هذا الرأي يعيبه فساد في الاستدلال مرجعه الاستناد إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " لعن الله الواشمة ..." ، فالتأمل الهادئ المتروي في المعاني الواردة بهذا الحديث الشريف تفيد بأن علة التحريم فيه تنصب على خصال مكروهة في ذاتها يحصل بها الغش والتدليس، وبالتالي فلا يجوز أن نستنتج من هذا الحديث تحريم عمليات جراحة التجميل التي غايتها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال ، فقد روى ابن قدامة في كتابه" المغنى والشرح الكبير إن حصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة لا يحرم ." [91]

وقد تحتم هذه المصلحة نفسها إجراء عمليات التجميل، وبخصوص ما استند إليه هذا الرأي فيما روى عن الظاهرية بشأن قطع أصبع زائدة، فهو لا ينهض كحجة على تحريم هذا النوع من جراحة التجميل، بل على النقيض، فهذه الرواية تفصح عن الأساس الشرعي الجراحة التجميل، والقائم على أساس فكرة الموازنة بين غلبة الهلاك أو النجاة، وأما ما دفع به هذا الرأي بخصوص واقعة عرفجة فلا يستشف منها النتيجة التي انتهى إليها بل هي أول سابقة شرعية على جواز عمليات جراحة التجميل ذاتها.

ويميل الفقه المصري في غالبيته إلى الإقرار بمشروعية جراحة التجميل، فإزالة العيوب الخلقية ينطوي بالضرورة على علاج لصاحبها من الأمراض النفسية، ومن ثم يجب مباشرة هذه العمليات وفقا للأصول الطبية وألا يكون من شأنها أن تنال الصحة بضرر.

وعلى كل حال أصبحت جراحة التحميل واقعا حيا في العصر الحديث، والتي يقوم بها نخبة من كبار أساتذة الطب، و اعترفت بها الهيئات العلمية وأنشأت كراسي لدارستها في أكبر الجامعات.

وعقدت المؤتمرات بهذا الشأن، ومن هذه المؤتمرات المؤتمر المصري لجراحة التجميل بأسلوب جراحي جديد لشد الوجه والجفون وزرع الشعر، وزرع شرائح جلدية وعضلية لإصلاح التشوهات، وقد

---

[91] الإمام مسلم في كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات، حديث رقم1386 ، أنظر الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، دار ابن عفان المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1411 هـ، ص362 .

نظمت الجمعية المصرية لجراحي التجميل و الإصلاح هذا المؤتمر في 18 فيفري1987 وتم فيه مناقشة خمسين بحثا جديدا في مجالات التجميل المختلفة وكلها تدور حول:

1- الاستخدامات المختلفة للشرائح الجلدية بشتى أجزاء الجسم بهدف إصلاح التشوهات بالرأس والرقبة خاصة بعد عمليات استئصال الأورام وإعادة بناء الثدي بعد استئصاله، وعلاج قرح الفراش والقرح المزمنة بالساق[92].

2- استخدام شريحة جلدية عضلية جديدة من جدار البطن لبناء مثانة بولية في حالة التشوهات الخلقية بمجرى البول وقد أمكن استخدام هذه الشريحة في علاج قرح الفراش المزمنة.

وبوجهة نظر قريبة من الفقه المصري، ذهب الفقه العراقي إلى الاستناد إلى أحكام الشريعة الإسلامية في إباحة الجراحة التجميلية، وإن كان الأستاذ منذر الفضل يرى بأنه لا يوجد ضابط للتفرقة بين الجراحة التجميلية العلاجية والجراحة التجميلية التحسينية والقول بإباحتهما، وأن الحديث الذي استدل به على حرمة الجراحة التجميلية التحسينية" لعن الله الواشمة..." إنما إسقاطه إسقاط خاطئ إذ أن هذا الحديث إنما تعلق بأعمال ليست طبية وإنما أعمال عادية تحمل معاني الغش وخداع الغير، وهو رأي مقارب لا أي الأستاذ محمد سامي الشوا.[93]

وعلى ضوء ما سبق في دراستنا لموقف القانون المقارن من الجراحة التجميلية فإننا نلمس ذلك الدور البارز الذي لعبه التشريع والفقه والقضاء خاصة في إضفاء المشروعية على هذا النوع من الجراحة والذي طالما نوصب العداء لغياب الهدف العلاجي في ممارسته.

كما نلمس الموقف الشجاع للمشرع الفرنسي – وإن كان متأخرا – في تنظيمه لقواعد هذه الجراحة، خلافا لكثير من التشريعات التي مازالت مهملة للموضوع رغم أهميته.

ولكن أمام هذا الوضوح في معالجة الموضوع على مستوى القانون المقارن كيف كان موقف القانون الجزائري انطلاقا التشريع ثم القضاء والفقه ؟

---

[92] محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص155 -156.

[93] محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، ص217 .

المطلب الثالث : جراحة التجميل في القانون الجزائري:

إذا كان القانون المقارن قد استطاع أن يواكب التطور الموجود على صعيد الجراحة التجميلية، فإن القانون الجزائري مازال بعيدا عن تنظيم هذا الاختصاص الحساس من مجالات الطلب والذي بات واقعا تكرسه الممارسة[94].

لقد بقي المشرع الجزائري صامتا إزاء الموضوع فلم يعالجه بنصوص صريحة فاقتصر على النصوص العامة (الفرع الأول) وعلى النهج نفسه سار القضاء والذي كان من المفترض أن يكون سباقا كما حدث في فرنسا ومصر وكثير من الدول (الفرع الثاني)، أما الفقه فتبقى مساهماته ضئيلة وحتى ما وجد منها فهو لا يترجم سوى موقف الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

أولا: جراحة التجميل في التشريع الجزائري:

لا يوجد حتى الآن نص قانوني ينظم الجراحة التجميلية في الجزائر صراحة بالرغم من سبق التشريعات المتأثرة بها وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

إن غياب النص التشريعي الذي ينظم الموضوع لا يعني عدم شرعية ممارسة هذا النوع من الجراحة، بل إننا نلتمس دليل المشروعية من خلال القواعد العامة المنظمة لمهنة الطب وقواعد المسؤولية فيها.[95]

فإباحة التجارب الطبية العلمية بموجب نص المواد1/168 ،2/168 ، 3/168 و 4/168 من قانون 17/90 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها والنص على ذلك صراحة يعتبر سندا لمشروعية الجراحة التجميلية، إذ أن الهدف العلاجي بالنسبة للمريض غالب في هذا المجال من مجالات الطب، بل إن الفائدة المباشرة للمريض موجودة في الجراحة التجميلية وقد يكون لها الدور

[94] منذر الفضل المرجع السابق، ص 14 وما بعدها.

[95] -تنص المادة 162 فقرة أولى من قانون رقم 05-85 مؤرخ في 26 جمادى الأولى1405 ، الموافق 16 3 فيفري 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها .الجريدة الرسمية، العدد الثامن السنة ، 22مؤرخة في 27 جمادى الأولى 1405الموافق لـ 17 فيفري 1985 / على ما يلي ... وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضاءه....

العلاجي النفسي في حين أن التحارب الطبية العلمية قد تكون عديمة القائدة المباشرة بالنسبة للمريض وإن عادت بالنفع على الإنسانية[96].

كما يمكن أن نستأنس بتلك النصوص المنظمة لنزع الأعضاء وزرعها وذلك للتشابه البين بين هذا المجال ومحال الجراحة التجميلية.

إذ قد تكون الجراحة التجميلية عن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية، وبالتالي يكون زرعه الغرض جمالي لا علاجي بحت.

حيث نجد من المواد ما يتعلق بشكل رضا المريض وهو الشكل الذي يتطلب في الجراحة التجميلية، ومنها ما يتعلق بشرط إبلاغ المريض بالأخطار الاستثنائية، وهذا ما يشترط في رضا المقدم على هذا النوع من الجراحة.

كما يمكن الاستئناس بمواد أخرى وإن جاءت عامة مثل المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة برضا المريض، إذ يشترط أن تكون موافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة للإقدام على هذا النوع من الجراحة، كذلك ما تضمنته المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب من ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية التجميلية وفوائدها، وتعتبر هذه القاعدة أساسية في الجراحة التجميلية ، وأيضا ما نصت عليه المواد45 ، 46 و 50 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بمتابعة علاج المريض، وما تضمنته المادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمعدلة بموجب القانون 17/90 والمواد36 -37-38-39- 40 و41 من مدونة أخلاقيات الطب المتعلقة بالتزام الطبيب بالسر المهني.[97]

[96] تنص المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، على مايلي :مولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يغيره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع

[97] تنص المادة 44 من المرسوم التنفيذي 276-92 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجريدة الرسمية، العدد 52 السنة 29 مؤرخة في 7 محرم 1413 الموافق 81 جويلية 1992 على ما يلي :يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض الموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المحولين منه أو من القانون .

كما تناول المشرع الجزائري شرط الكفاءة لممارسة هذا النوع من الجراحة من خلال المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تشترط حيازة شهادة الاختصاص من أجل ممارسة مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي.

وعلى الرغم من عموم لفظ النص وتعلقه المباشر بالاختصاصات الطبية الموجودة في الجزائر، فإن اشتراط شهادة الاختصاص في الجراحة التجميلية إنما يجد سنده في هذا النص حسب رأي بعض الأساتذة .

ورغم كل هذا الاجتهاد في تفسير هذه المواد على أنها تعالج الجراحة التجميلية كاختصاص قائم بذاته مثل الاختصاصات الطبية الأخرى، فإن القصور يظل قائما في حق المشرع الجزائري إذ يجب تنظيم المجال صراحة وبنصوص خاصة تتلاءم و خصوصياته، وذلك حماية للمقدم على هذه الجراحة بالدرجة الأولى، ولتحديد المسؤولية الطبية بوضوح حتى لا يكون الطبيب تحت رحمة السلطة التقديرية للقضاء بالدرجة الثانية، ولعل النشاط الذي تشهده الساحة الطبية الجزائرية اليوم في مجال الجراحة التجميلية سيكون الدافع للمشرع من أجل تدارك النقص الملحوظ.

ثانيا: جراحة التجميل في القضاء الجزائري:

على عكس ما كان عليه الحال في فرنسا ومصر أين لعب القضاء الدور الريادي والبارز في تحرير الجراحة التجميلية من النظرة التقليدية و الخروج بها إلى المشروعية – كما سبق وأن رأينا – فإن القضاء الجزائري كان غالبا غيابا يكاد يكون كليا عن الموضوع فلم يسجل له موقفا فيه على الرغم من أن الواقع الجزائري لم يشذ عن التطور الذي عرفه العالم في ميدان الجراحة التجميلية، حيث عرف مستشفى الدويرة الجراحة التجميلية العلاجية منذ الحرب العالمية الثانية.

وإذا كان البعض يذهب إلى أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية حتى في الآونة الأخيرة[98]، فإن ذلك أمر مشكوك فيه لأن إقدام الجراحين العامين على ممارسة الجراحة التجميلية أمر كرسه الواقع بوضوح، ولا محالة أن تكون هناك أخطاء ناتجة عنها .بيد أن القاضي

[98] Ossoukine Abdelhafid, op. cit, p133.

الجزائري لم يملك الشجاعة الكافية على أن يقول كلمته في الموضوع بصفة تظهر تميز الجراحة التجميلية عن الجراحة العامة مما يستوجب أن تكون لها قواعدها الخاصة التي كان من المفروض أن يكون هو – أي القاضي الجزائري – مؤسسا لها متأسيا بالقاضي الفرنسي والقاضي المصري.

كما يرد البعض هذا الغياب لرأي القاضي الجزائري إلى أن الجراحة التجميلية لا تزال في أطوارها الأولى، فلا يمكن أن نقارنها بالدول الغربية، وعليه فالقاضي الجزائري سيبدي موقفه بوضوح لما أن تصل الجراحة التجميلية إلى حد معين من التطور مما سيفرض تواجد النزاعات فيها على مستوى المحاكم[99].

وهنا يطرح السؤال هل كانت الجراحة التجميلية في فرنسا أو في مصر سنة 1931 و 1933 – أين قال القاضي الفرنسي والقاضي المصري كلمتهما بوضوح– على هذا المستوى من التطور ؟ دون شك فإن الجواب سيكون بالنفي.

وعليه فمشكلة القاضي الجزائري إنما هي ذات صلة بجرأته وقدرته على المشاركة الفاعلة في المنظومة القانونية الجزائرية .إذ أنه شهد من القضايا المتعلقة بالجراحة التجميلية ما كان من المفروض أن يعلن فيه عن الموقف المنتظر منه[100]، ولكنه لم يستطع أن يفعل ذلك، وإن فعل فلم يستطع أن يسمع الجميع ..!!

ثالثا: جراحة التجميل في الفقه الجزائري :

لا يوجد موقف مستقل يميز الفقه الجزائري حول الجراحة التجميلية، وإنما نجد في بعض الكتابات القليلة في المجال نقلا الرأي الفقه الإسلامي في الموضوع ككل أو في جزء منه.

[99] هذا ما ذكره الدكتور رايس محمد في مقالة بعنوان المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، مجلة المحامي العدد الرابع، السنة الأولى، 2005، سيدي بلعباس ، ص11 -12.

[100] صرح لنا الطبيب (ص – ط) المختص في الجراحة التجميلية وهو من القلة الموجودين على مستوى الجزائر، والذي يحمل شهادة في الاختصاص من فرنسا، أن هناك إدانات صدرت في حق الجراحين العامين (م – م) و (م – ب) اللذين مارسا الجراحة التجميلية وذلك لانعدام كفاءتهما، إلا أننا لم تستطع الوصول إلى القرارات القضائية المدينة لهما.

فالأستاذ طالب عبد الرحمن برى بمشروعية الجراحة التجميلية العلاجية انطلاقا من كونها وسيلة لإزالة العيوب التي يتضرر بها الإنسان حسا ومعنى، وعليه فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة مما يستوجب الترخيص بفعلها إعمالا للقاعدة الشرعية التي تقول: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".

ويذهب بعيدا في الضرر الحسي حيث يرى أن العلاج متى كان لإراحة المريض وإسعاده فهو مباح ولو كان المرض معنويا مستندا على قول الشيخ أحمد الألوسي:"... إزالة الضرر الحسي والمعنوي أثر معروف من هديه صلى الله عليه وسلم، فإذا كان من هديه صلى الله عليه وسلم اختيار الاسم الحسن للمولود حتى لا يكون محلا للسخرية والاستهزاء والتشاؤم والتطير، فإن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة وغير الطارئة، الضرورية منها والحاجية سائغ من باب أولى".

بل ويرى أن الجانب المعنوي لا يقل أهمية عن الجانب الجسدي مستدلا برأي علماء النفس الذين يرون أن التأثير المعنوي يؤدي إلى الإحباط والانهيار، وقد ينطوي صاحبه على نفسه بل ويفكر أحيانا في الانتحار إن لم تكن له ثقة بالله.

ولكنه يعود إلى الاستدلال على إباحة الجراحة التجميلية العلاجية في الشريعة ، موردا مجموعة من الأدلة العقلية والنقلية.

الأدلة العقلية :

1. هذه الجراحة التجميلية وجدت على أساس الحاجة الموجبة للتغيير فأوجبت استثناءه من النصوص الموجبة للتحريم، التي يقول فيها الرسول صلى الله عليه وسلم : " المتفلجات للحسن المغيرات خلق الله"[101]، والتي وردت في كتاب الله قوله عزوجل : ﴿ **ولآمرنهم فليغيرن خلق الله** ﴾.[102]

[101] انظر الإمام الحافظ أبي العلا محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ص379

[102] - طالب عبد الرحمن المرجع السابق، ص109 .

2. إن هذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلقة قصدا، لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر، وإنما التحميل والحسن جاء تبعا.

3. إن إزالة التشوهات والعيوب الطارئة لا يمكن أن يصدق عليه أنه تغيير لخلقة الله، وذلك لأن خلقة العضو هي المقصود من فعل الجراحة وليس المقصود إزالتها.

4. إن إزالة تشوهات الحروق والحوادث يعتبر مندرجا تحت الأصل الموجب الجواز معالجتها، فالشخص مثلا إذا احترق ظهره أذن له في العلاج، وذلك بإزالة الضرر وأثره، لأنه لم يرد نص يستثني الأثر من الحكم، الموجب لجواز مداواة تلك الحروق، فيستصحب حكمه إلى الآثار، ويؤذن له بإزالتها[103].

أما الأدلة النقلية فقد أورد مجموعة من الأحاديث والوقائع التي تدل على شرعية هذا النوع من الجراحة، موافقا في ذلك كثيرا ممن كتبوا في هذا المجال.

حيث أورد حادثة عرفجة الذي أجرى عملية جراحية تجميلية للأنف بإذن النبي صلى الله عليه وسلم عن الصحابي عرفجة بن أسعد التميمي قال : " أصيب أنفي يوم الكلاب فاتخذتها من ورق ، فأنتن علي، فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتخذ أنفا من ذهب".[104]

تحدث حول شرعية جراحة الأسنان والتي اعتبرها من قبيل الجراحة التجميلية العلاجية استنادا على كتاب تحفة الأحوذي و أورد مجموعة من الأحاديث منها:

روى الإمام الترمذي بسنده في جامعه فقال :روي عن غير واحد من أهل العلم أنهم (الصحابة الكرام) شدوا أسنانهم بالذهب.

وروى الحافظ سليمان الطبراني في معجمه الوسط عن عبد الله بن عمرو، أن أباه سقطت ثنيته، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يشدها بذهب.

[103] - أنظر المباركفوري، المصدر السابق، ص380

[104] رواه الإمام البخاري في كتاب الجهاد والسير، باب دواء الخرج بإحراق الحصير وغسل المرأة عن أبيها الدم عن وجهه، وحمل الماء في الترس، حديث رقم3037 ،أنظر الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري الجلد الرابع المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422هـ 2001 م ص229 .

أما ما انفرد به من أدلة فتجد حادثة النبي صلى الله عليه وسلم وعلاجه مما وقع له في غزوة أحد، حيث روى الإمام البخاري بسنده عن الصحابي سهل رضي الله عنه قال : " لما كسرت بيضة النبي صلى الله عليه وسلم على رأسه وأدمي وجهه وكسرت رباعيته، وكان علي يختلف بالماء في المجن وكانت فاطمة تغسله، فلما رأت الدم يزيد على الماء كثرة عمدت إلى حصير فأحرقتها وألصقتها على جرحه فرقأ الدم".[105]

واستدل على وجود جراحة تجميلية علاجية من نزع حلقتين من حلقات المغفر من وجنة النبي صلى الله عليه وسلم ووضع رماد الحصير على الجرح.

كما رأى بأن ثقب الآذان لوضع الأقراط فيها يعتبر من الجراحة التجميلية وأورد الأدلة الشرعية على إباحتها – بالرغم من اختلاف العلماء بين الجواز والمنع – ومن الأدلة في ذلك نجد :حديث أم زرع التي قالت فيه: " زوجي أبو زرع، فما أبو زرع ؟ أناس من حلي أذني ، قالت عائشة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم :كنت لك كأبي زرع لأم زرع".

ويرى أن وجه الدلالة من هذا الحديث أن السيدة عائشة لما أخبرت الرسول عليه الصلاة والسلام بقصة أم زرع، وأن زوجها أناس من حلي أذنيها، أي ملأ أذنيها بالحلي، فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم :كنت لك كأبي زرع لأم زرع، فدل هذا على جواز ثقب الأذن لتعليق القرط فيها.

ومما أورده أيضا في مجال الجراحة التجميلية حديث المرأة القصيرة وروى في ذلك الصحابي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر الدنيا فقال: " إن الدنيا حضرة حلوة، فاتقوها واتقوا النساء، ثم ذكر نسوة ثلاثا من بني إسرائيل امرأتين طويلتين تعرفان وامرأة قصيرة لا تعرف فاتخذت رجلين من خشب....".[106]

واستدل على شرعية هذا الفعل بسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عما قامت به المرأة القصيرة، من وضع رجلين من خشب لتظهر بمظهر المرأة الطويلة .

[105] طالب عبد الرحمن المرجع السابق، ص15

[106] البنا :أخرجه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه، ورحاله عند أحمد ثقات، كتاب المدح والدم الجزء 19 من 303 أشار إليه :طالب عبد الرحمن المرجع السابق، ص15

أما الجراحة التجميلية التحسينية فقد رأى بحرمتها موافقا في ذلك من كتبوا في الموضوع ومستندا على مجموعة من الأدلة منها:

1. إن التحميل طلبا للحسن فهو محرم تحريما قاطعا لأنه من عمل الشيطان وخطواته، كما قال الله عزوجل : ﴿ **ولأضلنهم ولأمنينهم ولآمرنهم فليبتكن آذان الأنعام ولآمرنهم فليغيرن خلق الله**﴾.

2. تحريم النبي صلى الله عليه وسلم كل تغيير لمعالم الوجه إذا كان فقط طلبا للتحميل والتماسا للحسن، كالوشم والوصل والتفليج والتنمص ، فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لعن الله الواشمات و المستوشمات، والنامصات والمتنمصات والفالجات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله".

واستدل من هذا الحديث أنه جمع بين تغيير الخلقة وطلب الحسن يهذان المعني مان موجودان في الجراحة التجميلية التحسينية، لأنها تغيير للخلقة بقصد الزيادة في الحسن، فتعتبر داخلة في هذا الوعيد الشديد ولا يجوز فعلها.

3. إن هذه الجراحة تتضمن في عدد من صورها الغش والتدليس وهو محرم شرعا، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل والمسن في وجهه وحسده وذلك مفض للوقوع في المحظور من غش الأزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك، وغش الزوجات من قبل الرجال الذين يفعلون ذلك.

وبهذا فنرى بأن الأستاذ طالب عبد الرحمن لم يأت بجديد يميز الفقه الجزائري وإنما اقتصر دوره على نقل رأي الشريعة الإسلامية فقط مع إيراد أدلة التحليل أو التحريم في الجراحة التجميلية بصفة عامة.

أما الأستاذ بلحاج العربي فقد ساهم في الموضوع برأي يستند هو الآخر إلى أحكام الشريعة الإسلامية فتكلم عن شرعية الجراحة التجميلية الهادفة إلى استبدال جزء من جسم الإنسان بالذهب كما هو الشأن في الأسنان والعظام، كما خص بالحديث نوعا آخر من الجراحة التجميلية وهو التغيير الجنسي، وذكر بأن جراحة تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس جائزة للضرورة، وقد استند في ذلك إلى ما جاء عن المفتي الشيخ جاد الحق علي جاد الحق الذي ذكر أنه يجوز شرعا إجراء الجراحة لإبراز

ما استتر من أعضاء الذكورة المغمورة أو الأنوثة المطمورة[107]، بل أنه يصير واجبا باعتباره علاجا للمخنثين من الرجال والمترجلات من النساء، متى نصح ذلك الطبيب الشرعي المختص، ويوافق هذا الرأي رأي الأستاذ منذر الفضل، واستند هذا الأخير إلى ما أشار إليه القسطلاني والعسقلاني في شرحيهما لحديث المخنث من أن عليه أن يتكلف بإزالة مظاهر الأنوثة، وهذا التكلف قد يكون بالمعالجة الطبية والجراحة هنا علاج بل لعلة أنجح علاج.

أما إذا كانت إجراء هذه الجراحة لمجرد الرغبة في تغيير نوع الجنس دون دواعي جسدية صريحة غالبة فهذا حرام شرعا، لما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "لعن النبي صلى الله عليه وسلم المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء ".

ليأتي بعد ذلك الأستاذ جيلالي تشوار ويتناول هذا النوع من الجراحة (التغيير الجنسي transsexualisme) بشيء من التفصيل، مؤكدا نفس الحكم وهو حرمة هذا النوع من الجراحة مستبعدا إجراء الجراحة للخنثى من حكم الحرمة " وقد ظهر تفصيله في الموضوع من خلال تعريف التغيير الجنسي وضبط هذا المصطلح، مع تعليل حكم الحرمة عقلا ونقلا.

وخلاصة القول أن الفقه الجزائري لم يستطع أن يستقل بموقف مميز وإنما نقل رأي الشريعة الإسلامية، مغيبا رأي المشرع الجزائري بل وحتى القاضي الجزائري لعدم وجود الرأي الصريح في الموضوع لديهما.

[107] طالب عبد الرحمن المرجع السابق، ص 18.

المبحث الثاني : الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية:

لم يفرد المشرع الجزائري تعريفا للخطأ في القواعد العامة للقانون المدني تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، ولقد درج شراح القانون منذ صدور قانون نابليون على تعريف الخطأ [108]، لكن هذه التعريفات تتباين وفقا لنزعاتهم الشخصية وتنسجم مع تطورات المجتمع من الناحية الاجتماعية والاقتصادية، ففي حين ذهب البعض من الفقية إلى التضييق من دائرة الخطأ وبالتالي الحد من المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض، ذهب البعض الآخر منهم إلى التوسع في تعريفه لتسهيل قيام المسؤولية وتيسير السبيل على المضرور للحصول على التعويض على ما أصابه من ضرر [109]وقد عرف الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol الخطأ على أنه :

< La faute est un manquement à une obligation préexistante >

والمقصود بذلك أن الخطأ هو الإخلال بواجب سابق ، وقد اتخذ كل من الفقيهين "ريبير وسافاتيي Ripert et Savatier " تعريف الفقيه" بلانيول" كأساس لتعريف الخطأ فعرفه الأول على أنه" الإخلال بالتزام سابق ينشأ من العقد أو القانون أو قواعد الأخلاق" وعرفه الثاني على أنه " الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته". كما عرف الفقيه "إمانويل ليفي Emanuelle levy" الخطأ بأنه :"الإخلال بالثقة المشروعة".

والمقصود بذلك أن الخطأ هو " انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل".

المطلب الأول : تعريف الخطأ الطبي:

يرى بعض الشراح أن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه ،مهنته ويرى البعض الآخر أنه عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي لا ينسؤوها الواجب القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، وإنما المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها، ويضيف البعض

[108] محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضو القانون الجزائري، دار هومة الجزائر،2007 ، ص 147 .
[109] عجاج طلال المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004 ، ص182 .

الآخر أن الخطأ الطبي يتمثل في إخلال الطبيب بالتزاماته الخاصة والعامة[110]، كما يعرف بأنه إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب وقواعد المهنة وأصول الفن أو مجاوزتها ، وذلك نظرا لأن الطبيب وهو يباشر مهنة الطب فذلك يستلزم منه دراية خاصة ويكون ملزما بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها ومتى كان جاهلا لذلك عد مخطئا.

هكذا فالخطأ الطبي يستمد تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام، هذا الأخير الذي يعرف على أنه " الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة " [111]، فلا يقوم إلا أثناء ممارسة مهنة معينة، وهو يترتب عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن والمهنة ذاتها، فالخطأ المهني هو ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم ويخرجون في ذلك عن السلوك المهني المألوف وعن الأصول المعمول بها والمستقر عليها لدى أصحاب تلك المهنة.

وإذا كان معيار الرجل الحريص يصلح تطبيقه على كافة الناس، فالمسألة تختلف بالنسبة للطبيب الذي ينتظر منه أكثر مما ينتظر من الرجل العادي، فالمريض حينما يلجأ إلى الطبيب يركن إلى درايته ويعتمد على خبرته، مما يستوجب على الطبيب أن يكون أهلا لذلك حتى يكسب ثقة ذلك المريض وذلك لا يتأتى إلا إذا التزم الطبيب بما هو مفروض عليه في قواعد مهنته[112]، والتي لولاها لما وضع المريض جسمه وحياته بين يديه والأكيد أن عدم اتخاذ الطبيب للاحتياطات اللازمة وعدم إظهار يقظة الرجل الحريص على أداء الواجب يعتبر إهمالا منه وخطأ موجبا للمسؤولية.

فيكون الطبيب مخطنا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 المشار

---

[110] أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص104 .

[111] محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام القواعد العامة والقواعد الخاصة . دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1986 ، ص67-68.

[112] – محمد رئيس المرجع السابق ، ص149.

إليه آنفا وبوجه عام إذا لم يقم الطبيب بواجباته تجاه المريض نتيجة تهاونه أو بجهله هذه الحقائق العلمية المكتسبة أو المستقرة[113]

بناءاً على كل ما سبق ذكره نخلص إلى أن التعريف الأخير هو الذي يتماشى ونصوص القانون الجزائري ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين."

المطلب الثاني : عناصر الخطأ الطبي:

يتبين من خلال ما تقدم أن خطأ الطبيب هو خطأ من طبيعة خاصة ، وبهذا فهو ينطوي على عناصر بدونها لا يتكون ولايترتب أي أثر ، فبالإضافة إلى العناصر العامة للخطأ والمتمثلة في سلوك الانحراف أو التعدي والتمييز أو الإدراك، أكدت التشريعات الحديثة أن خروج الطبيب عن القواعد والأصول العلمية الطبية أهم عنصر لقيام الخطأ الطبي وهذا ما سنتعرض إليه من خلال الفروع التالية:

أولا : العناصر العامة للخطأ الطبي :

من أهم القواعد التي تنظم حياة الإنسان تلك التي تفرض عليه أن يمتنع عن القيام بأعمال قد تلحق أضرارا بالغير، فإذا خالف هذه القواعد وسبب ضررا بالغير يكون قد أتى بفعل يشكل الركن المادي للخطأ وهو ما ينطبق أيضا على الطبيب، فالخطأ الطبي ينطوي على عنصر قوامه الانحراف أو التعدي[114]، فيقع الانحراف من الطبيب إذا تصرف تصرفا يخالف مبدأ الاستقامة أو إذا ترك ما

[113] محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، الكويت،1979، ص 87 .

[114] زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال المباحة، منشورات المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، لبنان، ص88 .

وجب فعله فيكون بذلك قد أتى بفعل سلبي يتمثل في الامتناع، أو إذا فعل ما وجب تركه ويكون بذلك قد أتى بفعل إيجابي أو ما يعرف بالتعدي الايجابي.

أما فيما يتعلق بالعنصر الثاني فيتمثل في الركن المعنوي قوامه الإدراك أو التمييز فحتى تقوم مسؤولية الطبيب يجب أن يكون مدركا بأنه قد أخل بالواجب الذي فرضته عليه مهنته كون أنه يفترض في الطبيب أن يكون حائزا على معارف كافية لممارسة مهنته وأن يكون عالما بواجب اليقظة والحكمة البالغة اللتين تقتضيهما مهنة الطب وأن يكون على علم أنه يزاول مهنته مع طرف يعوزه الإدراك الكلي والكامل للمعطيات والتقنيات الطبية وهو إن لجأ إلى الطبيب إلا لغاية وحيدة وهي تحسين حالته الصحية ويكون هذا الأخير في خدمة المريض ويمارس مهامه ضمن احترام حياته وشخصه البشري بالتالي فلا خطأ بغير إدراك بكل ذلك.

والإدراك بهذه الصورة يكون مرتبطا بتمييز الطبيب وأهليته حسبما تفرضه القواعد العامة، فإذا كان هذا الأخير مميزا وصدر منه فعلا الحق ضررا بالمريض، يكون مسؤولا مسؤولية كاملة، وذلك تطبيقا لما أورده المشرع الجزائري في المادة 125 من القانون المدني المعدل والمتمم [115]حيث نص على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا ."والتمييز مرتبط بالسن وقد حدده المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون السالف الذكر ببلوغ سن الثالثة عشر (13) وإن كان ليس من المتصور عمليا أن يوجد طبيب يبلغ عمره ثلاث عشرة (13) سنة ولا يتجاوز تسع عشرة (19) سنة وهو سن البلوغ؛ لاعتبارات ترتبط بالمدة التي يتطلبها تكوين الأطباء حتى تقوم مسؤوليته خلال هذه المرحل.

ثانيا : خروج الطبيب عن القواعد والأصول العلمية الطبية :

أكدت التشريعات الصحية في العديد من الدول على ضرورة التزام الطبيب أثناء مزاولته لمهنة الطب بعدم الخروج عن القواعد والأصول العلمية في علم الطب وإلا اعتبر مرتكبا لخطأ طبي يوجب مسؤوليته المدنية.

[115] أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص108 .

ولقد أكد المشرع الجزائري على أن أخلاقيات الطب عبارة عن مجموع القواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب وجراح أسنان وصيدلي الالتزام بها وأن يكون الطبيب ملما بمضمونها العلمي حين مباشرته للعمل الطبي، وهذا ما تنص عليه المادة الأولى من المرسوم التنفيذي المتضمن مدونة أخلاقيات الطب السالف الذكر، كما يقوم الطبيب ببذل العناية الكافية تجاه المريض، فبمجرد موافقته على علاجه يلتزم الأول بأن يقدم للثاني علاجا يتسم بالإخلاص والتفاني ومطابق لمعطيات العلم الحديث[116].

عرف جانب من الفقه الأصول العلمية التي يجب على الطبيب مراعاتها على أنها تلك المبادئ والقواعد الثابتة المتعارف عليها نظريا وعلميا بين طائفة من الأطباء ويجب الإلمام بها حال مباشرة الأعمال الطبية، وقد عرفها القضاء على أنها الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها مما ينسب إلى عملهم أو فنهم[117] ، و يتبين مما تقدم أنه من واجب الطبيب مسايرة التطور العلمي ما دام أن الخطأ الفني يتصل بالمسائل العلمية المسلم بها والأصول الفنية المستقرة ولا عبرة بجسامة الخطأ.

المطلب الثالث : التمييز بين الخطأ الطبي المدني والخطأ الطبي الجزائي:

بعد أن أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ وحدة الخطأ بين دائرة القانون الجزائي ودائرة القانون المدني وتبعها بعد ذلك القضاء المصري، لاحظ الفقيه سافاتيي Savatier أن الخطأ الذي يجب أن يتحقق لقيام جريمة القتل هو نفسه الخطأ الذي يكفي لالتزام الفاعل بتعويض الضحية مدنيا وذهب هذا الفقيه إلى أن هذه القاعدة يجب أن تطبق أيضا على الأطباء.

وبناء عليه فإن الخطأ الذي يستوجب المساءلة الجزائية بمقتضى نصوص قانون العقوبات الجزائري وخاصة المواد 288 و289 [118]منه لا يختلف في عنصر من عناصره عن الخطأ الذي

[116] وهذا ما تتضمنه المواد 31،18 و 45 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[117] نصر الدين ماروك الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر،1997/1996 ، ص275 .

[118] تنص المادة 288 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم على أنه 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 دج .وتنص المادة 289 من نفس القانون على أنه" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين."

يوجب المساءلة المدنية طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني المعدل والمتمم التي تنص على أنه " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، وعليه فإن الخطأ كاف لتحقيق المسؤولية المدنية مهما كان يسيرا أو تافها أو ضئيلا، وإن ثبتت صحة ذلك فإن تقرير براءة الطبيب المتهم في الدعوى الجزائية لعدم ثبوت الخطأ يستلزم رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ فيكون لحكم البراءة في الجانب الجزائي حجية الشيع المقضي فيه إذا رفع النزاع أمام الجهة المدنية.

وتجدر الإشارة إلى أنه بإستقراءنا لقانون حماية الصحة وترقيتها وكذلك مدونة أخلاقيات الطب وكذا المرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين[119].

والمرسوم المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية وكذلك الأمر المتعلق بتنظيم مهن الأطباء، الصيدليين وجراحي الأسنان والقابلات والمرسوم المتعلق بكيفيات تطبيق الأمر السالف الذكر[120]، بالإضافة إلى الأمر المتضمن قانون الصحة العمومية[121] لم نعثر على أي نص يقرر مسؤولية الأطباء المدنية الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة ولا إلى بيان الخطأ في نطاق الأعمال الطبية وقد اقتصرت معظم النصوص الواردة في هذه القوانين على بيان التزامات الطبيب دون تقرير الجزاءات المدنية في حالة عدم احترام وعدم الخضوع لها أو الخروج عليها أو الإخلال بها وهذا يدفع القضاة إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء، شأنهم في ذلك شأن جميع الممتهنين كالمهندسين والمحامين والموثقين وغيرهم، أمام هذا القصور يتوجب علينا الوقوف عند تقسيم الخطأ الطبي من حيث أنواعه ودرجاته وكذا معيار تقديره.

[119] رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، شركة بأس للطباعة، الطبعة الأولى، مصر،2005 ، ص106
[120] الأمر رقم 66-65 المؤرخ في 04 أفريل 1966 ، ج .ر رقم67 ، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 05 أفريل1966 .
[121] المرسوم التنفيذي 66-67 المؤرخ في 04 أفريل1966 ، ج.ر رقم67 ، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 05 أفريل1966 .

الفصل الثاني:

المسؤولية الجزائية لطبيب التجميل وآثارها

تمهيد :

الجراحة التجميلية تتكون من جزئيين، الجراحة والتجميل فالجراحة التجميلية هي فن من الفنون الطبية، يعالج بالإصلاح او الزراعة او الاستئصال وغيرها من الطرق التي تعتمد كلها أو بعضها على الجرح والشق والخياطة، وقد لا تعتمد على الجراحة التجميلية لكنها تدخل في عمليات التجميل كأحد انواعها. [1]

أما الجراح هو الذي يجري العملية الجراحية التجميلية سواء كانت من الجراحات الصغرى[2]، أو من الجراحات الكبرى[3] ، وهما من أقسام الجراحات الطبية.

وقد تجرى عمليات التجميل دون وجود تدخل جراحي، وهناك عمليات يمكن ان تكون بسيطة مثلا العلاج بأشعة الليزر كما في إزالة الوشم دون تدخل جراحي وكذلك قد يكون بالعلاجات الطبيعية والمساجات والمشدات الخاصة بالعلاج التجميلي كما في مرض الدوالي، اما العمليات التي يحصل فيها تدخل جراحي المتمثلة بالعمليات التحسينية، مثلا ازالة تشويه حدث بفعل مكتسب او ارادة ذاتية لزيادة الجمال نتيجة رغبة[4]، فالذي يميز جراحات التجميل عن غيرها من الجراحات، بأن إجراءها هو أمر كمالي وليس ضروريا من أجل استمرار الحياة.[5]

منقسم دراستنا في هذا الفصل إلى ثلاث مباحث في المبحث الاول أتناول فيه ماهية المسؤولية الجزائية لطبيب الجراحة التجميلية اما المبحث الثاني أخصصه لبيان ماهية المسؤولية الجزائية للطبيب، وفي المبحث الثالث أبين تعريف عمليات الجراحة التجميلية وصورها.

1- عمليات نقل الجينات الوراثية، والحقن وغيرها.

2- العمليات البسيطة وهي التي تجرى دائما تحت التخدير الموضعي، وتقتصر على الاعضاء الظاهرة كالجلد والنسيج الدهني.

3- وتشمل مختلف انواع الجراحات التي تجرى على الاعضاء الحيوية، وتجرى عادة تحت التخدير العام أو التخدير الجزئي.

4-اورفلي سمير ،(1984)، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، بحث منشور في مجلة رابطة القضاء بالدراسات القانونية والقضاء، السنة 20 العدد 8 ، ص30 .

5- مصطفى محمود محمود(1998) ، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، دار الإسراء للنشر والتوزيع، القاهرة، ص159 .

المبحث الأول :مفهوم المسؤولية الجزائية:

للاطلاع على ماهية المسؤولية الجزائية، علي بدءا ان أعرف المسؤولية الجزائية وشروطها في المطلب الاول، وللتعرف ايضا على الاتجاهات الحديثة وموانع المسؤولية الجزائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول :المسؤولية الجزائية وشروطها:

للتعرف على المسؤولية الجزائية علي التعرف اولا على ماذا يعني المسؤولية الجزائية وما هي الشروط الواجب توفرها لقيام هذه المسؤولية والذي أوضحه في هذا المطلب.

أولا :تعريف المسؤولية الجزائية :

– المسؤولية لغة: مصطلح المسؤولية الجزائية يتكون من كلمتين وهما، (المسؤولية) و (الجزائية)، ولمعرفة المعنى اللغوي للمسؤولية الجزائية، لابد من تعريف كل كلمة على حدا.

- **المسؤولية:** ان أصل كلمة المسؤولية في اللغة للفعل، سأل يسأل سؤالا ومسألة وتسألا ومسألة.[1] واسم الفاعل من سأل سائل [2]، واسم المفعول من سأل مسؤول والمصدر منه السؤال . والمسؤولية مصدر صناعي من الفعل سأل بزيادة الياء وتاء التأنيث على كلمة مسؤول [3]،والفعل سأل لها معاني كثيرة منها:[4]

1. **الطلب** : سأل الشي اي طلبه.
2. **الدعاء** : سأل سائل اي دعا داع .
3. **المعرفة** : سأل فلان عن شيء، اي استخبر فلان وطلب معرفة شيء منه، ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ﴾[5].
4. **الفقير الطالب للمعرفة:** سأل سائل اي محتاج لحاجة طالب للعون،﴿وأما السائل فلا تنهر﴾[6].

1– ابو لبة، مسؤولية الطبيب بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ص25.

2– قلعجي، محمد وقنيبي معجم لغة الفقهاء، ص178.

3– ابو غدة، عبد الستار،(2010) ، مسئولية المراجع وسلوكياته في ضوء القواعد الفقهية، الكويت، ص20.

4– الصالح، صالح، المعجم الصافي، ص239.

5– سورة المائدة، الآية رقم 103.

6– سورة الضحى، الآية رقم 10 .

5. رجل ذو قيمة من رجال الدولة : سأل مسؤول أي الرجل الذي يقع على عاتقه مهام يكون مسؤول عنها.

- **الجزاء :**

الجزاء بفتح الجيم، اسم مصدر للفعل جزى يجزي مجازاة جازي، فيقال جزى الشيء جزاء، جازيه فجزيته اي غلبته، والجزائية اسم مؤنث منسوب الى كلمة جزاء، وقال فلان اجتزاء اي طلب منه الجزاء، وللفعل جزى معني كثيرة نذكر منه.[1]

- **المكافأة :** الجزاء على الشيء، أي مكافأة عليه.
- **قام مقامه:** يقال جزى مجزى فلان، أي قام مقامه.
- **الثواب والعقاب :** فلان جازى فلان، اي أتابه أو عاقبه. [2]

– المسؤولية اصطلاحا: اختلف الفقهاء في تعريف المسؤولية الجزائية، فعرفها البعض، على انها صلاحية الشخص على تحمل العقوبة التي أقرها القانون نتيجتا للجريمة التي ارتكبها، لكن هذا التعريف شابه القصور وذلك لأغفالهم العلاقات بين السلطة والفرد، وهذه العلاقة تعتبر جوهر المسؤولية الجزائية.

وعرف ايضا بأنه (هو الالتزام بتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر اركان الجريمة)، وموضوع الالتزام هو الجزاء الجنائي التي تكون على شكل العقوبة او التدابير الاحترازية الذي يفرضه القانون على المسؤول عن الجريمة، فالمسؤولية ليست ركنا للجريمة،[3] حيث لا تنشأ الا اذا توافرت بدئا جميع اركان الجريمة ، فلفظ المسؤولية مرادف للمساءلة اي سؤال مرتكب الجريمة عن سبب ارتكابه للجريمة واتخاذه مسلكا مناهضا لنظم المجتمع ومصالحه، ويصاحبه اللوم الاجتماعي جراء هذا المسلك، واعطاء هذا التعبير المظهر المحسوس اجتماعيا في شكل التدابير للاحترازية او العقوبة. [4]

1– مصطفى ابراهيم المعجم الوسيط، الجزء الاول والثاني المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر، تركيا ص122 .

2– شبل، بدر الدين محمد(2011) ، القانون الدولي الموضوعي دراسة في بنية القاعدة الدولية الجنائية الموضوعية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ص199 .

3– حسني محمود نجيب، المرجع السابق، ص469 .

4– المجالي، نظام توفيق، (2017) شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ص443 .

- الجزاء اصطلاحا: يطلق على مصطلح المسؤولية الجزائية ايضا المسؤولية الجنائية، فهو المصطلح نفسه مع اختلاف في التسمية فقط، ويعرف المسؤولية الجزائية بأنه (هو ان يتحمل الشخص نتائج الافعال المحرمة التي يأتيها مختارا، وهو مدركا لمعانيها ونتائجها)[1]، ويعرف بأنه (أهلية الشخص لأن ينسب إليه ويحاسب عليه).[2]

وعرف أيضا بأنه(قدرة الانسان العاقل على تحمل الجواء العقابي الذي نص عليه القانون، نتيجة اقترافه جريمة منصوص عليها) .[3]

وعرف بأنه(صلاحية الانسان لتحمل الجزاء الجنائي عما يرتكبه من الجرائم) [4]، وبالتالي فأن المسؤولية الجزائية لا تتوافر الا بوجود اركان الجريمة جميعها، فهي الأثر المترتب على قيام الجريمة.[5]

ثانيا :شروط المسؤولية الجزائية:

يشترط لقيام المسؤولية الجزائية بتوفر شرطين الاول الوعي والادراك والثاني الارادة، كما حددت المادة 74 من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة الأولى شرطي المسؤولية الجزائية وجاء فيه "لا يحكم على احد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة "[6]، حيث يضع الشارع الاردني شرطين للمسؤولية هما الوعي والارادة، وفي حال اذا انتفى احد هذا الشرطين انتفى المسؤولية الجزائية عن مرتكب الفعل، وجاء في المادة 60 من قانون العقوبات العراقي (111 في 1969)، " لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الادراك أو الارادة لجنون أو عاهة في العقل أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة او مخدرة اعطيت له قسرا أو على غير علم منه بها، أو لأي سبب اخر يقرر العلم انه يفقد الادراك او الارادة ..... " [7].

1- عودة، عبد القادر،(2006) ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي392 .

2- زيتون، الاحداث مسؤوليتهم ورعايتهم في الشريعة الإسلامية، ص79 .

3-عالية، سمير ،(2001) ، شرح قانون العقوبات القسم العام المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، ص273.

4-الحداد، يوسف جمعة يوسف(2003) ، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات، مكتبة الحلبي الحقوقية، ص38 .

5-المبحوح، محمود احمد عبد الرؤوف(2017) ، المسؤولية الجزائية للصيدلاني في التشريع الفلسطيني، دراسة مقارنه بالشريعة الاسلامية كلية الشريعة والقانون جامعة الاسلامية بغزة استكمالا النيل شهادة الماجستير في القانون، القسم العام، ص35.

6- قانون العقوبات الجزائري، رقم 16 لسنة 1972.

7- قانون العقوبات العراقي، رقم 111 لسنة 1969.

فالمشرع العراقي ايضا اكد على الادراك و الارادة لقيام المسؤولية الجزائية، وسأوضح الشرطين كما هو آتي:

1. الوعي أو الإدراك :

الوعي هو المقدرة على فهم ماهية الفعل وطبيعته وتوقع النتائج والاثار التي من شأنها احداثها وعلى التفريق بين المحرم والمباح، ففكرت الادراك تتعلق بمجال علم النفس، كونها تعبر عن العملية العقلية التي باسطتها نتعرف على العالم الخارجي للفرد، وله الدور المهم في احداث التفاعل والتوافق بين الفراد و البيئة التي يعيش بها[1] ، اذ يدخل فيها الشعور والتذكر والتخيل والعلم، اذا فهي العملية التي يصبح الفرد عندها عالما بالتغيرات والموضوعات الخارجية بما فيها من علاقات، فالإدراك عبارة عن الاحساس مضافا اليه معني المحسوسات [2].

وتمر عملية الادراك في مجاله النفسي لدى الانسان في ثلاث مراحل :

- **المرحلة الأولى :المستوى الطبيعي:** حيث يغلب على هذه المرحلة طابع الاحساس أكثر من الادراك بمفهومها الضيق، فمفهوم هذه المرحلة هو العالم الخارجي وما يصدر عنه من مؤثرات تتصل بحواس الانسان واتحقق الادراك على هذا المستوى يتعين وجود المثير الخارجي من جهة واتصاله بالجهاز الحسي سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة وفي حال ان كان هناك عارضا بينهما، في هذه الحالة لا يتحقق الادراك على المستوى المطلوب.

- **المرحلة الثانية :الادراك الحسي:** أو المرحلة العصبية او الفيسيولوجية، تبدأ هذه المرحلة عند استقبال الجهاز الاحساسي لدى الانسان للتغير او المؤثر الخارجي وبعدها نقل الاشارة الى مركز الاحساس بالمخ بواسطة الجهاز العصبي، حيث يقوم بدورة بتوصيل المؤثرات الحسية بالمخ بواسطة الألياف العصبية الموردة، حيث تصدر بعدها تنبيهات اخرى تنقلها الياف عصبية تسمى ، الألياف المصدرة للتنبيه الحركي، مما يؤدي الى حركة العضلات بناء على التنبيه، أي تحويل الايعاز العصبي الى حركة خارجية، حيث لا تتم مرحلة الادراك الحسي الا اذا وجدت المراكز العصبية في المخ بحالة صحية جيدة، لو ثبت انحرافها او فسادها عن الحالة الطبيعية المعتادة كأثر لوجود احد الأمراض العصبية التي تفقد من سيطرة الجهاز العصبي على اعضاء جسم الانسان مما يؤدي الى اختلال في الادراك والمقدرة على الفهم كأحد عناصر للأهلية الجنائية للشخص.

1- المجالي، نظام توفيق، المرجع السابق، ص446 .

2- قريني علي عادل يحيى(2000) ، النظرية العامة للأهلية الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ص147 .

- **المرحلة الثالثة :مرحلة الادراك العقلي:** تعتبر عملية عقلية وذهنية خالصة، يتحول عندها الاحساسات من امور مادية حسية الى معنى ومفاهيم ذهنية لها دلالتها، والتوافر الادراك على هذا المستوى يلزم سلامة القوة العقلية للشخص وانتفائه من الأمراض العقلية والنفسية التي يؤثر سلبا على قواه الذهنية، سواء ما يشمل كل القوة الذهنية (كالجنون التام) أو يتحدد على افساد بعض هذه القوى الذهنية (كالجنون الجزئي).

فالإدراك العقلي للشخص أو قدرته على الفهم تتأثر بالأمراض العقلية والنفسية، فهذه القدرة قد تنعدم او تتضاءل بمرور الزمن وبصورة معتبرة رغم توافر ادراكه الحسي تحت تأثير السن مثلا الطفل حديث الولادة رغم تواجد ادراكه الحسي(أي يستطيع سماع الاصوات المختلفة)، ينعدم لديه الادراك العقلي او القدرة المجردة على الفهم حيث لا يستطيع تحديد معاني وعلى ماذا يدل هذه الاصوات فالطفل في سنوات عمرة الأولى وعلى الرغم من ادراكه الحسي الا ان ادراكه العقلي ناقص لا تسمح بالاعتداد به.

فالتحديد السابق لفكرة الادراك لها اهمية خاصة في مجال المسؤولية الجزائية، فهي تؤكد الرابطة الدقيقة بين الادراك كعنصر للمسؤولية الجزائية وبين الحالة النفسية والعقلية للجاني وقت ارتكاب الفعل الجرمي او الامتناع عن الفعل المكون للجريمة، كما يبين مدى تأثير الادراك عند الاشخاص المصابين بالأمراض النفسية والعقلية.[1]

2. الإرادة :

هي تصميم واع على أداء فعل معين، ويستلزم هدفا ووسائل لتحقيقه بالإضافة إلى العمل الإرادي وليد قرار ذهني سابق أوضح انجلز ان حرية الإرادة لا تعني شيئا إلا المقدرة على اتخاذ القرارات بمعرفة الذات ، فالإرادة بهذا المدلول كظاهرة نفسية ، كما تصدق على الأفعال غير المشروعة، كون اختلاف التكييف القانوني للعمل أو الفعل لا يغير من طبيعته.[2]

1- قريني علي عادل يحيى المرجع السابق، ص151 .

2- المجالي، نظام توفيق، المرجع السابق448 .

لاشك في اهمية الدور الذي تقوم به الارادة في البناء القانوني او الهيكلة القانونية الأركان الجريمة، سواء كان في الركن المادي او الركن المعنوي، فأهمية هذا العنصر تبدو كعنصر لبناء المسؤولية الجزائية، اذا الارادة هو تعبير عن قدرة الشخص في السيطرة على افعاله، وقدرته في الاختيار بين البواعث المختلفة التي تدفعه الى ارتكاب الجريمة، وتلك الافعال التي تدفعه إلى الامتناع عنه، في ضوء ادراك طبيعة الفعل وماهيته فهي تعبير الحالة النفسية والعقلية الساكنة للفرد وقت ارتكاب الفعل او الامتناع والذي هو سبب لوقوع الجريمة ، ولا تتوافر الارادة بهذا المدلول للفرد منذ لحظة ولادته وانما تنمو وتتطور بتطور الجهاز العصبي والتي تساعد الشخص على التحكم في افعاله والسيطرة عليها وتتأثر ايضا بما يصيب الفرد من امراض نفسية وعصبية سواء ادت تلك الأمراض الى انتفاء القدرة على التحكم الذاتي في افعاله او اقتصرت على الانتقاص من هذه القدرة.[1]

ثالثا : الاتجاهات الحديثة وموانع المسؤولية الجزائية :

هناك اتجاهات حديثة في المسؤولية الجزائية والمتمثلة بالمسؤولية الجزائية عن فعل الغير وايضا المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وكي لا ننسى أن هناك موانع للمسؤولية الجزائية والتي تكون حائلا لقيامها.

الاتجاهات الحديثة وموانع المسؤولية الجزائية:

1. المسؤولية الجزائية عن فعل الغير:

إن من أهم مبادى القانون الجزائي هو شخصية المسؤولية الجزائية وشخصية العقوبة باعتبار ان الانسان كي يسأل عن النتائج التي تحدث في العالم الخارجي، لابد ان يكون قد تسبب في احداثها بسلوكه، فقد حظيت المسؤولية الجزائية لفعل الغير جدلا فقهيا واسع النطاق فيما يتعلق بالأساس الذي عليه. [2]

فقد برز اتجاهين للفقه والقضاء في مجال تفسير المسؤولية الجزائية عن فعل الغي، أحدهما يعتبرها مسؤولية عادية لا تمثل خرقا لمبدأ شخصية العقوبة، فالشخص يسأل فيها عن خطأ الشخصي حيث لا يمكن ان يسأل عن خطأ غيره فيرى الاتجاه الثاني انها تخالف الاحكام والمبادئ العامة للمسؤولية ،الجزائية، ويرى أن فيها انتهاكا لمبدأ الشخصية، وهو الاتجاه الموضوعي [3].

1- قريني علي عادل يحيى المرجع السابق، ص 161 .

2- الشواربي، عبد الحميد، المرجع السابق، ص26 .

3- مالكية، نبيل،(2017) ، المسؤولية الجزائية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، قسم القانون، ص29 .

الاتجاه الذي يؤسس المسؤولية الجزائية عن فغل الغير على فكرة الخطأ الشخصي :

وهو الاتجاه السائد والغلب في الفقه ومؤداه ان المسؤولية الجزائية عن فعل الغير ليست سوى تطبيق لمبدأ شخصية العقوبة طالما انها تؤدي الى معاقبة الشخص الذي كان السبب في ارتكاب الجريمة، أي ان المسؤولية الجزائية عن فعل الغير هي مسؤولية شخصية قوامها اهمال رب العمل في منع من يعمل في خدمته عن ارتكاب الجريمة.[1]

والاساس الذي اعتمد عليه في ذلك، هو اسناد أحد ادوار المساهمة الى ذلك المسؤول عن فعل الغير وذلك باعتباره فاعلا او شريكا.

يرى مؤيدي هذا الاتجاه ان المسؤول جزائيا عن فعل الغير (المتبوع بشكل عام) فاعل اصلي في الجريمة التي يسأل عنها، وستندون في ذلك الى نظرية الالتزام القانوني، والتي ترى أن المتبوع يسأل عن جريمته الشخصية والتي تجد اساسها فيما يفرضه عليه القانون من التزامات قانونية عليه تنفيذها وتخضعه للجزاء الجنائي في حالة الاخلال بها، وحسب هذه النظرية فالقانون يلزم المتبوع بمراقبة تابعه والاشراف عليه في حال ان ارتكبت الجريمة من قبل احد تابعيه، فأنها تعني اخلال المتبوع بالتزاماته القانونية، وهذا الاخلال انشأ خطأ شخصي في حقه، وفي نفس الوقت نشأ جريمة ركنها المادي هو الاحجام عن القيام بما الزمه به القانون وركنها المعنوي هو الاهمال والاخلال بواجباته.[2]

2. المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي :

الجريمة ليس كيانا ماديا خالصا قوامة السلوك الاجرامي واثاره فلا يكفي مجرد الاسناد المادي للفعل او الامتناع المخالف للقانون الى شخص محدد ليكون ذلك الشخص مسؤولا جزائيا، أو أن تكون هناك ثنة جريمة، حيث يجب ان تكون الى جانب هذه العلاقة المادية علاقة اخرى لها تتمتع بخصائص نفسية، فالعناصر النفسية للجريمة تجتمع في ركن يختص بها وهو الركن المعنوي، فالركن المعنوي يقوم على العلاقة بين النشاط المادي والنشاط الذهني، فأول ما يستلزمه ان يكون النشاط المادي للجريمة ثمرة ارادته فان لم يكن كذلك فلا يعتبر مجرما، ولو ترتب على توجيهها ضرر،

1- خميخم، محمد، ، (2010)، الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر، ص55 .

2- الشواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص27 .

فتوجيه الارادة الى السلوك لا يكون كافيا لإقامة الركن المادي، بل يجب أن تكون اردته اجرامية، أي يجب ان تكون ائمة لأنها تربط الفاعل بالواقعة الاجرامية، فالإثم هذا هو اساس الركن المعنوي وبالتالي هو اساس المسؤولية الجزائية.[1]

جاء في نص المادة 2/74 من قانون العقوبات الجزائري ،(يعتبر الشخص المعنوي باستثناء الدائرة الحكومية أو المؤسسة الرسمية أو العامة مسؤولا جزائيا عن أعمال رئيسه أو أي من أعضاء إدارته أو مديرية أو أي من ممثليه أو عماله عندما يأتون هذه الاعمال باسمه أو بإحدى وسائله بصفته شخصا معنويا) [2]، وفي الفقرة الثالثة من نفس المادة (لا يحكم على الاشخاص المعنويين الا بالغرامة و المصادرة، واذا كان القانون ينص على عقوبة اصلية غير الغرامة استعيض بالغرامة عن العقوبة المذكورة، وانزلت بالأشخاص المعنويين في حدود المعينة في المواد من 22 الى24) هذا وفضلا عن امكانية الحكم على الشخص المعنوي بالتدابير الاحترازية الى جانب العقوبة كما جاء في نص المادة 36 من قانون العقوبات الجزائري على أنه (يمكن وقف كل نقابة وكل شركة او جمعية وكل هيئة اعتبارية من خلال الادارات العامة اذا اقترف مديرها أو أعضاء ادارتها أو ممثلوها أو عمالها باسمها أو بإحدى وسائلها جناية أو جنحة مقصودة يعاقب عليها بسنتين حبس على الاقل).[3]

موانع المسؤولية الجزائية :

نصت غالبية التشريعات على اسباب حددتها صراحة من شأنها رفع المسؤولية عن الفاعل، والحيلولة دون معاقبته، وقد تضمنت النصوص التشريعية اسبابا عديدة بعضها يبيح الفعل وبعضها يمنع العقاب وبعضها يرفع المسؤولية الامر الذي ادى الاختلاف الفقهي في تكييف هذه الاسباب، والفصل بينها علميا، ووضعها المنهجي في البحث الجزائي.

فقد توصل الفقهاء الى الفصل بين اسباب الاباحة، باعتبارها تعدم أثر الفعل وترفع عنه الوصف الجرمي، وبين موانع المسؤولية الجزائية التي ترفع المسؤولية الجزائية، ويظل الوصف الجرمي لصيقا بالفعل كما تظل المسؤولية المدنية عنه قائمة، أو قد يؤخذ الفاعل بتدابير امنية للمحافظة على حق المجتمع في السلامة والاستقرار.

1- حسني، محمود نجيب،(1994) ، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، العدد6 ، ص503.

2- قانون العقوبات الجزائري رقم 16 لسنة 1972.

3- العطور، رنا ابراهيم سليمان(2006) ، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد2، ص347 -348.

بالكاد يتفق الفقه الجزائي العربي والفقه الجزائي الأوروبي فرنسا وايطاليا"، على بحث موانع المسؤولية الجزائية عند دراسة الركن المعنوي للجريمة[1]، حيث يلتصق النص التشريعي تماما بالفقه، اذ يرى في عوارض المسؤولية الجزائية أو موانعها نوعين ،موانع موضوعية تتصل بالواقعة المادية ذاتها مثلا "الاكراه"، وموانع شخصية تتعلق بفاعل الجريمة وتتصل بالتمييز وحرية الاختيار" مثلا صغر السن والجنون والسكر"، فهناك سؤال كي يمكن تحرير موانع المسؤولية هل هي تتعلق بفاعل الجريمة أو بالفعل المرتكب؟

فالتعريف الفقهي لموانع المسؤولية يؤكد صلتها بالفاعل وينفي ارتباطها بالفعل، كما يقول الدكتور السعيد مصطفى السعيد (موانع المسؤولية هي الاسباب التي من شأنها اسقاط المسؤولية الجزائية عن الفاعل لأنها تؤثر في شرطين وهما الادراك وحرية الاختيار – فتفقدهما او تفقد احدهما وهذه الاسباب شخصية ترتبط بالفاعل ولا شأن لها بالجريمة فهي تبقى على أصلها من التحريم) [2]، كما ان تعريف موانع المسؤولية يؤكد صلتها بالتمييز وحرية الاختيار، صلة وجود وعدم وجود، فاذا امتنع التمييز وحرية الاختيار امتنع المسؤولية الجزائية وتوجد بوجودها.[3]

إذا كان موانع المسؤولية الجزائية ترتبط بالفاعل وتنفصل عن الفعل إذا اين مكانها من البحث الجزائي؟، حيث اتجه فريق من الفقهاء الى القول بتعلق الموانع بالركن المعنوي، هنا المراد بموانع المسؤولية الجزائية هي الحالات التي تتجرد فيها الارادة من قيمتها القانونية، فلا يعتد بها القانون ولا تصلح محلا للوصف السابق ولا يتوفر فيها الركن المعنوي للجريمة.[4]

هذا الرأي محل شك، حيث تم الخلط بين الارادة التي هي قوام الركن المعنوي، الا وهي شرط لازم لقيام الجريمة بركنيها المادي والمعنوي وبين حرية الاختيار التي تقوم بها المسؤولية الجزائية، وبحكم الضرورة العقلية ان تكون ثمة جريمة وقعت وان يقوم بالفاعل علة تجعله غير اهل لعقوبتها. [5]

1- القللي، محمد مصطفى(1948) ، المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة الفؤاد الأول، مصر، ص239 .

2- السعيد السعيد مصطفى، (1957) الاحكام العامة في قانون العقوبات، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، ص438 .

3- امام محمد كمال الدين(1991) ، المسؤولية الجنائية اساسها وتطورها، دراسة مقارنة في القانون الوصفي والشريعة الاسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2، ص213.

4- حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص54.

5-محمد عوض(2000) ، قانون العقوبات القسم العام جامعة الاسكندرية ص461 .

وما اتفق عليه الفقهاء من رأي ان مانع المسؤولية الجزائية لا يرفع وصف الجريمة عن الفعل، وانه شخصي يتعلق بكل مجرم على حد فاعلة أصليا أو شريكا ويستفيد منه من قام بالفعل وحده ويسأل المساهمون، وان التعريف الفقهي لموانع المسؤولية الجزائية يؤكد ارتباطها بالفاعل وينفي ارتباطها بالفعل.[1]

اذن موانع المسؤولية الجزائية تتعلق بحرية الاختيار والتمييز حيث لا صله لها بالجريمة سواء في ركنها المادي أو ركنها المعنوي حيث تجد نفسها كما قيل في نظرية المسؤولية لا في نظرية الجريمة، فموانع المسؤولية الجزائية في حدها الصحيح الذي نرتضيه (هي الاسباب التي تفقد الشخص قدرته على التمييز او الاختيار فتجعله غير اهل لتحمل المسؤولية الجزائية)، فهي عن اسباب الاباحة لان الاسباب المباحة يرفع وصف الجريمة عن الفعل اما مانع المسؤولية لا يرفعه وهي تختلف أيضا عن موانع العقاب وذلك أن موانع العقاب يرفع العقوبة ولا يرفع المسؤولية عن الشخص اما مانع المسؤولية يرفعها ، فموانع المسؤولية ثلاث هي (الصغر والجنون والسكر) ولكل مانع احكامه، ولكنها تتفق في المبادئ التالية:

- انها ترفع المسؤولية الجزائية فقط اما المسؤولية المدنية تكون قائمة يتحملها الفاعل في ذمته المالية.
- انها ترفع المسؤولية الجزائية فقط، لكن الجريمة باقية ويعاقب المساهم فيها شريكا كان او فاعلا .
- الموانع شخصية، فلا تمتد الى غير من توافرت فيه.
- اما اثر المانع عند توافره، فهو امتناع المسؤولية الجزائية عمن توافرت فيه، وبالتالي امتناع الجزاء الجنائي.

فان موانع المسؤولية الجزائية هي اسباب شخصية تتعلق بالجاني، وتتصل بالتمييز وحرية الاختيار ولا صلة لها بالموانع الموضوعية التي لها ارتباط بالواقعة المادية ذاتها، وبشكل دائم هي اسباب داخلية تتعلق بالحالة النفسية والعقلية للفاعل، كون اساس الموانع هي التمييز والاختيار، وهما امران داخليان في الانسان ومرتبطان بتكوينه العقلي والنفسي بشكل عام.

1- امام محمد كمال الدين المرجع السابق، ص213-214.

1- الصغير والمسؤولية الجزائية:

تتفق جميع التشريعات الجزائية على ابعاد الصغير من نطاق المسؤولية الجزائية، وهذا مبدأ عام في الفكر الجزائي المعاصر، حيث يدور خلاف بين التشريعات حول السن التي إذا بلغها الشخص تجاوز مرحلة الصغر ، وأصبح اهلا للمسؤولية وهذا الخلاف لا يمس المبدأ، وانما بالتفاصيل والتطبيقات، ولأهمية السن ودوره على ملكة التمييز عند الشخص، حيث وجدت التشريعات الجزائية حرجا في اقرار المسؤولية الجزائية الكاملة دفعه واحدة، فان اغلب التشريعات مالت الى البدء بمسؤولية جزائية مخففة (مسؤوليات الاحداث)، وعند بلوغ سن معين (السن القانوني في اغلب التشريعات العربية من أكمل الثامنة عشر) يصبح الشخص صالحا لتحمل المسؤولية الجزائية، ويصبح محلا للمسؤولية الجزائية كاملة.

كما جاء في المادة 94 من قانون العقوبات الجزائري رقم 16 لسنة 1972، في الفقرة الأولى (لا يلاحق جزائيا كل من لم يتم التاسعة من عمره)، وفي الفقرة الثانية (ويعفى من المسؤولية الجزائية كل من لم يتم الثانية عشة من عمره الا إذا ثبت أنه كان في مقدوره عند ارتكابه الفعل ان يعلم انه لا يجوز له ان يأتي ذلك الفعل). [1]

2- الجنون والمسؤولية الجزائية :

ربما كان الجنون اقدم مانع من موانع المسؤولية الجزائية عرفته التشريعات الجزائية بلا شك فان الشريعة الاسلامية هي أول نظام قانوني نص على الجنون كمانع عام للمسؤولية في نظرية الجريمة، اما دول الغرب حتى القرن التاسع عشر كانت القوانين تعترف المسؤولية الجزائية للمجنون، اما في القرون الوسطى كانت تخيلات الناس تضطرب امام المجنون، الذي كانوا يرونه ذا طبيعة شيطانية غامضة، وعلى اساس هذه النظرية قرروا مسؤولية المجنون عن افعاله، وهذا كان رأي الفقه (موياردي فوجلان) الذي دعا إلى معاقبة المجنون كما يعاقب العاقل [2] ، فقد أقرت فرنسا في عام 1810 عدم مسؤولية المجنون عندما نص القانون الصادر في المادة 64 منه، على عدم مسؤولية المجنون،

1- قانون العقوبات الاردني، رقم 16 لسنة 1960.

2- حومد عبد الوهاب ،(1987) اصول المحاكمات الجزائية المطبعة الجديدة، ص261.

وبعدها أصبح مبدا عام في جميع التشريعات الجزائية الحديثة، ويترتب على اثبات حالة الجنون ان يقضي بعدم مسؤولية من توافرت فيه حيث يترتب على ذلك امتناع العقاب في حال ان لم تصل الحالة العقلية للشخص الى هذا الحد فانه يسأل جزائيا، ولا يشترط ان يكون الجاني قد فقد اختياره وشعوره كليا، بل يكفي ان يكون قد فقد أحدهما .[1]

ويشترط لقيام مانع المسؤولية الجزائية في حالات الثلاث شروط :

- ان يكون الجاني او الفاعل مجنونا او مصابا بعاهة في العقل.
- ان يتسبب ذلك من تجريده من الاختيار والادراك
- ان يتعاصر الفعل مع العاهة أو الجنون.[2]

ففي التشريع الجزائري في المادة 92 من قانون العقوبات الجزائري رقم 16 لسنة 1972، في البند اولا (يعفى من العقاب كل من ارتكب فعلا او تركا إذا كان حين ارتكابه اياه عاجزا عن إدراك كنه افعاله او عاجزا عن العلم بأنه محظور عليه ارتكاب ذلك الفعل او الترك يسبب اختلال في عقله)[3]، اما في التشريع العراقي، ففي المادة 60 من قانون العقوبات العراقي، رقم 111 لسنة 1969. جاء (لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فقد الادراك او الارادة لجنون أو عاهة في العقل).[4]

3- السكر والمسؤولية الجزائية :

لا شك ان السكر إذا أحدث أثره وأفقد الشخص التمييز وحرية الاختيار، فأنه يرفع عنه المسؤولية الجزائية، وتطبيقا لمبدأ مستقر في الفكر الجزائي الحديث (يجعل التمييز والاختيار اساسا للمسؤولية الجزائية)، فالمشرع الوضعي ومواجهتا لهذه المشكلة قام بالتفريق بين السكر الاختياري والسكر غير الاختياري او القهري او الاضطراري من خلال اثباتها في الحالة الأولى ومنع المسؤولية في الحالة الثانية.

1- السعيد، السعيد مصطفى، المرجع السابق، ص 455.

2- محمد عوض المرجع السابق، ص 471.

3- قانون العقوبات الجزائري، رقم 16 لسنة 1972.

4- قانون العقوبات العراقي، رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

- السكر غير الاختباري (القهري او الاضطراري) :

وصورته ان يتناول الشخص مادة مسكرة يجهل طبيعتها ويؤدي به إلى فقد الادراك والاختيار، ففي حال ان ارتكب جريمة وهو واقع تحت تأثير المادة المسكرة او المخدرة، تمتنع مسؤوليته جزائيا، وبالتالي ترفع عنه العقاب، وهو ما انتهت اليه التشريعات الحديثة.

ويشترط للاستفادة من هذا المانع كما يلي:

1- أن يتناول الفرد المادة المسكرة وهو جاهلا بطبيعتها او مرغما عليها.

2- أن يترتب على هذا التناول الفقدان التام للإدراك والاختيار.

3- أن يكون الفعل المرتكب معاصرا مع فقد الشخص لإدراكه وشعوره.

فإذا توافرت هذه الشروط امتنعت المسؤولية الجزائية عن الشخص السكران ولا يحكم عليه بأي عقوبة، فالرأي الراجح في الفقه لا يجد ما يدعو لتطبيق التدابير في هذه الحالة، لأن السكر غير اختياري وتعتبر حالة عرضية بطبيعتها مؤقته اذ تنتهي كليا عندما يتوقف مفعول المادة المسكرة .[1]

أساس أمتناع المسؤولية : امتناع المسؤولية في هذه الحالة هو مجرد تطبيق القواعد العامة، التي تستبعد المسؤولية الجزائية في كل حالة ينعدم فيها إدراك الشخص ويفقد فيها حرية الاختيار.

وقد جاء في المادة 93 من قانون العقوبات الجزائري رقم 16 لسنة 1972، (لا عقاب على من يكون فاقد الشعور او الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل لغيبوبة ناشئة عن الكحول أو عقاقير مخدرة أيا كان نوعها إذا اخذها من دون رضاه على غير علم منه بها)[2]، وجاء في المادة 60 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاتها (لا) يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الادراك او الارادة او عاهة في العقل او بسبب كونه في حالة سكر او تخدير نتجت عن مواد مسكرة او مخدرة اعطيت له قرا على غير علم منه بها).[3]

1- عثمان ،امال ،(1972) السكر والمسؤولية الجنائية مجلة القضاء، العدد 7, ص91.

2 - قانون العقوبات الجزائري، قم 16 لسنة 1972.

3- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

- السكر الاختياري :

هو تناول الشخص المادة المسكرة عن ارادة وعلم بنتائجها واحاطة بطبيعتها وخواصها، ومحل الاختيار هو فعل التناول فكلما كانت الارادة حرة واعية عند القيام بالفعل كان السكر اختياريا .[1]

الموقف التشريعي من السكر الاختياري: اختلفت التشريعات من النص الصريح على مسؤولية السكران، حيث نصت المادة 90 من قانون العقوبات الليبي على (لا يحول السكر الاختياري دون مسؤولية الفاعل ولا ينقصها) أما التشريعات الاخرى فقد التزمت الصمت فنصت على امتناع مسؤولية من تعاطى المادة المسكرة قهرا او دون علم ولم تتحدث عن السكر الاختياري، ولا شك ان القول بمسؤولية السكران باختياره بغض النظر عن غياب الادراك وفقدان الاختيار يعتبر خروجا واضحا على القواعد العامة للمسؤولية الجزائية وتقريرها يتم الاعتبارات عمليه، ورأى احد الفقهاء في وصفه الموقف بالافتعال لأنه يجعل من السكران فاقد الوعي- مجرما - مسؤولا جزائيا عن واقعة لا تربطه بها الا المادية السببية وحدها أي عن واقعة لها اثر لاختياره فيها[2]، ووفقا للمنطق حيث كان ينبغي ان السكران أيا كان شخصه وطالما انه ارتكب الفعل وهو فاقد الادراك والاختيار فأن حاله كالصغير والمجنون الذي لا يدرك ما يفعل، وبالتالي ينبغي ان لا يسأل فالخروج عن المنطق جعل الفقهاء وان اتفقوا على اصل مسؤولية السكران، فقد اختلفوا حوا مداها وتأصيلها، فأن بعض التشريعات نصت صراحة على مسؤولية السكران اختيارا، وبعض التشريعات اكتفت بالنص على حكم السكران الاضطراري، الأمر الذي فتح باب الخلاف امام الفقه والقضاء على حد سواء[3]، فالمسؤولية الجزائية التي أقرها الفقه والقضاء والتشريع وأيا كان مداها فقد خالفوا القواعد العامة في الفكر الجزائي، فالمشرع لم يراعي التناسق في حكمه، ولم يكن يعنيه ان يوصف بالتناقض عندما قرر في انن واحد مسؤولية السكران المختار وعدم مسؤولية المضطر فالعنصر المفتقد واحد في كلا الشخصين وهو (فقد الادراك والاختيار)، سواء كانت هذه المسؤولية مسؤولية مفترضة من الشارع او صورة من صور المسؤولية المادية عن الفعل،

1- محمد، عوض، المرجع السابق، ص 488.

2- راشد علي (1974)، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 343.

3- بهنام رمسيس، (1676) الجريمة والمجرم والجزاء، الاسكندرية، ص 910، 2، الالفي، احمد، بدون سنة نشر)، الموسوعة الجنائية، ص313.

فهذه المسؤولية التي سبق وصفها هي محض افتعال ولا ينبغي على المشرع وهو يجرم الافعال ان يتجاوز الحقيقة الواقعية، فالواقع بأن حالة السكران بغير اختياره لا تختلف في الطبيعة والاثر عن حالة السكران باختياره. [1]

ويرى الباحث على الطبيب وخصوصا طبيب الجراحة التجميلية عند اجرائه العمليات ان يكون حالته النفسية والصحية مستقرة، لان مثل هذه العمليات تكون بدرجة عالية من الحساسية والخطورة حيث لا يتحمل اي هفوات او اخطاء لا من الطبيب ولا من الكادر الطبي الذي يعمل معه عند اجراء العملية لان عند حصول الخطأ فيها من الصعب معالجتها كون اغلب عمليات الجراحة التجميلية ترتبط بالمظهر الخارجي للإنسان (التعامل مع الجلد).

المطلب الثاني: ماهية المسؤولية الجزائية للطبيب:

إنه لما كان موضوع عمل ونشاط الطبيب هو الانسان جسما وعقلا ونفسا ، وكان عمل الطبيب يتعلق بالأساس بحياة الناس وصحتهم وسلامتهم.

وتبعا لذلك بصحة المجتمع وسلامته وأمنه وسعادته ، ويتطلب موضوع المسؤولية الجزائية الطبية توضيح مفهوم تلك المسؤولية من حيث تعريفها وبيان الأساس الذي تقوم عليه ومن تم التطرف لتطورها التاريخي وهذا ما سوف نتطرق إليه.

أولا : تعريف المسؤولية الجزائية الطبية:

إن المسؤولية الجزائية في معناها العام هي التعبير عن ثبوت نسبة الوضع الإجرامي للواقعة المادية التي يجرمها القانون إلى شخص معين متهم بها، بحيث يضاف هذا الوضع إلى حسابه فيتحمل تبعيته ويصبح مستحقا للمؤاخذة عنه بالعقاب[1]، والحقيقة أن إيتان المادي للجريمة لا يؤدي بالضرورة إلى إنزال العقوبة على مرتكبيها ما لم تثبت مسؤوليته الجزائية بمعرفة القضاء[2] ، وعلى هذا النحو فإن المسؤولية الجزائية الطبية يراد بها التزام الطبيب بتحمل نتائج فعله الإجرامي.

1- عز الدين الديناصوري- عبد الحميد الشرابي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية الفنية – مصر – الإسكندرية، 2000، ص11.

2- إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011، ص55.

والاختلاف الدائر لدى علماء وفقهاء القانون الجنائي عن اساس المسؤولية الجزائية يعد موضوعا مهما، فأساس الاختلاف هل ان الانسان مخير أم مرغم وقت ارتكاب الجريمة؟

فقد رأى البعض أن لا يتم البحث في مسألة ان الجاني مخير ام مسي، كونها من المسائل المعقدة والشائكة، والتي لا يصل النقاش فيها الى حلول تجدي نفعا، فالمسؤولية الجزائية هي" التزام الافراد بالأثر القانونية للجريمة.[1]

يكون الاسناد في القانون الجزائي على نوعين: أولا اسناد مادي نسبة الجريمة إلى جاني محدد ونسبة النتيجة إلى فعل ونسبة هذا الفعل الى فاعل، ثانيا اسناد معنوي فيعني نسبة الجريمة الى شخص يتمتع بالأهلية الجنائية المطلوبة لتحمل المسؤولية الجزائية أي شخص كامل الاهلية.[2]

فموقف المشرعين المصري والجزائري حول اساس المسؤولية الجزائية فقد اعترف قانون العقوبات المصري ضمنا بحرية اختيار أساس للمسؤولية ،الجزائية، فالنصوص التي تقرر امتناع المسؤولية الجزائية على اساس حرية الاختيار، ففي المادة (62) من قانون العقوبات المصري" لا عقاب على من يكون فاقد الشعور والاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل اما لجنون أو عاهة في العقل او غيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة ....." فالتشريع الجزائي المصري اكد بحرية الاختيار كأساس لمسائلة الانسان جنائيا عن جريمته، هنا المسؤولية ليست مطلقة تتأثر بعوامل بيئية و فردية مختلفة، حيث يختلف المسؤولية الجزائية ويتدرج من الانعدام من المسؤولية الجزائية او التخفيف أو تحمل المسؤولية كاملا هنا لم يختلف المشرع الاردني على ما انتهجه المشرع المصري اساسا للمسؤولية الجزائية فقد رجح حرية الاختيار ".[3]

إن المسؤولية الجزائية في معناها العام (هي تعبير عن ثبوت نسبة الوضع الاجرامي للواقعة المادية التي يجرمها القانون الى شخص معين متهم بها، بحيث يضاف هذا الوضع الى حسابه فيتحمل تبعاته ويصبح مستحقا للمؤاخذة عنه بالعقاب).[4]

1- بهنسي، أحمد فتحي، (1976)، المسؤولية الجنائية بين الشريعة والتشريعات الوضعية المجلة الجنائية القومية، القاهرة، ص 91.

2- شديفات، صفوت المرجع السابق، ص 53.

3- حسني، محمود نجيب، المرجع السابق، ص 513.

4- الديناصوري، عزالدين والشواربي، عبد الحميد (2000)، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والاجراءات الجنائية، الفنية للتجليد الفني، مصر – الاسكندرية، ص 11.

مباشرة الطبيب لفعل اجرامي:

الاصل والمبدأ العام الوارد بنص المادة 1 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته، " لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على قانون ينص تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون"، وان الافعال والسلوكيات التي اعتبرها المشرع خروجا عن السلوك السوي والمعتاد من خلال الحاق الضرر بالأخرين، فقد حصر المشرع مجموعة افعال بعينها او ما كان بحكمها في جملة نصوص تضمنها العقوبات والجزاءات ووفق نصوصها يعاقب من يأتيها بالمباشرة او الامتناع بنفسه او بشراكة الغير فاعلا ماديا او محرضا. [2]

للاعتياد بالنشاط الإجرامي باعتبارها مخالفا للنصوص، لابد ان يكون نص التجريم ساريا على الفعل المرتكب اي ما يعرف بسريان النص الجنائي من حيث الزمان أي يكون النص الجزائي ساري التطبيق وقت ارتكاب الطبيب للفعل الذي يوافق نصها، والا اعتبرت الإجراءات والمحاكمة على ضوء نص غير معمول به اثناء ارتكاب الفعل الاجرامي باطلة.[3]

ما ذكر عن سريان النص الجنائي من حيث الزمان يذكر ايضا عن سريانه من حيث المكان بحيث يتم تطبيق قاعدة اقليمية النص الجنائي، اي ان السلوك والنشاط الموصوف قانونا انه اجرامي فهاذا السلوك مقيد بنطاق اقليمي اي سريان قانون التجريم في النطاق المرتكب من خلال مراعاة المتابعة والمحاكمة بشكل دائم، فهنالك استثناءات على مبدأ الاقليمية وفق الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة في مجال تنازع القوانين والتعاون القضائي.[4]

1- الجابري، ايمان محمد (2011)، المسؤولية القانونية عن الاخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص55.

2- قانون العقوبات العراقي (111) في 1969 المادة الأولى.

3-خير رائد كامل (2004) ، شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ص 13.

4-الجابري ايمان، محمد المرجع السابق، ص 56.

ثانيا: اساس المسؤولية الجزائية الطبية:

ان اثبات مسؤولية الفاعل عن الجريمة بمعنى انها استندت إلى اساس خاص يبرر مشروعية توقيع الجزاء تبعا لهذه المسؤولية.

فالاتجاه الذي تبنى المفهوم الموسع للمسؤولية الجزائية، أي بمقتضاه يدمج هذا الاخير مع مفهوم الاثم او مفهوم الاسناد مبررا بأن مجرد التصريح بتوافر الاثم يفترض ان جملة العناصر المطلوبة لقيام المسؤولية الجزائية تحقق بالأخص توافر الصفة الغير مشروعة للفعل والواقعة المادية التي تؤلف الجريمة وشروط الاسناد [2].

الأصل في اي جزاء هو تحمل المسؤولية واصل تحمل المسؤولية يأتي من حرية الاختيار، إذا من ارتكب جريمة ما هل هو مخير في ذلك او مجبر عليها؟

إن معظم التشريعات تبنت مذهب حرية الاختيار والارادة اساسا للمسؤولية الجزائية، منها قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت المادة (92) على (يعفى من العقاب كل من ارتكب فعلا او تركا اذا كان حين ارتكابه اياه عاجزا عن ادراك كنه أفعاله او عاجزا عن العلم بانه محظور عليه ارتكاب ذلك الفعل او الترك بسبب اختلا في عقله)[3]،

ولقيام المسؤولية الجزائية الطبية يشترط ما يلي :

- مباشرة الطبيب الفعل الاجرامي.
- نسبة الفعل الاجرامي إلى شخص الطبيب :

من البداهة أن يأتي الفعل الاجرامي من شخص معين، ولابد من نسبة الفعل إلى شخص مرتكبيه (الطبيب) بمعنى أن من سلك النشاط الاجرامي كان مفترضا فيه العلم بما يقوم به ، ومن تم فلا يمكن مسائلة شخص لم يأتي جريمة أو لم يثبت ارتكابها في حقه بمعنى التقاء رابطة سببية بين سلوك النشاط الاجرامي المتسبب في الضرر للمريض من جهة، ومن يشتبه فيه سلوك النشاط الاجرامي من جهة أخرى، فالمسؤولية الطبية مسؤولية شخصية لا يتحملها إلى فاعلها دون الامتداد للغير [1].

1- صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011،ص51.

وجاء في المادة (88) من القانون الاردني (لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جريمة مكرها تحت طائلة التهديد .....)، كما نصت المادة (60) من قانون العقوبات العراقي على (لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الادراك او الارادة .....)[1].

وعند الوقوف على الاساس القانوني الذي تبناه المشرع الجزائري والمشرع العراقي على غرار المشرع الفرنسي نجده مبنيا على اساس الخطأ حيث يطبق قواعد ومبادئ المسؤولية المقررة في القانون العام على المسؤولية الجزائية للطبيب، في هذه الحالة يكون الطبيب محل تطبيق مبدأ "لا مسؤولية جزائية بدون خطأ" ومبدأ " لا عقوبة بدون خطأ"، إذا اساس المسؤولية الجزائية للطبيب مبني على الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب اثناء ممارسته لمهنته او بمناسبتها[2].

وتكون لفعل الجاني صورتان، العمدية والغير عمدية، والذي يبنا على اساسة الخطأ المرتكب، وقد يجمع الطبيب في نشاطه المادي عند ممارسته مهامه بين اخلاله بواجباته من دون قصد احداث خطورة مادية اجرامية كانت ام غير اجرامية وبين خطورة افعاله المادية العمدية على أساس الخطأ، إذا ما نوع الخطأ الطبي الذي تترتب عنه مسائلة مرتكبه جزائيا ؟

هناك مجموعة من الاخطاء الذي قد يحدث اثناء ممارسة الطبيب ومن الفريق الطبي والاطباء الذين اشتركوا في العلاج حيث تختلف الواحدة عن الأخرى باختلاف نوعها وتكييفها والجزاء الذي يترتب عليها والتي تتمثل بالخطأ التأديبي في حال اخلال الطبيب بمهامه وواجباته التي يتطلبها قواعد المهنة، والخطأ المدني الناتج تقصير الطبيب في اداء التزاماته وواجباته الواقعة على عاتقه، وهذا الخطأ قد يحدث ضررا للشخص المريض مما يوجب التعويض.

والخطأ الجزائي هو خرق الطبيب عند قيامه بمهامه قاعدة قانونية امره او ناهيه وقد اقترنت بعقوبة جزائية من جراء الافعال المجرمة قانونا والمرتبطة بعمله الوظيفي، إذا الطبيب يكون امام مسؤولية جزائية شخصية على اساس الخطأ لا عمالة المادية العمدية والغير عمدية.

فقد ادرك الفقهاء طبيعة عمل الطبيب وحساسيته وما ينطوي عليه من مخاطر ومضاعفات ليس في الحسبان.

1- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.

2- الجابري، ايمان محمد، المرجع السابق، ص64.

في مثل هذه الحالات لا يستطيع الطبيب ان يتجنب المخاطر مهما أوتي من الخبرة والعلم ومهما بذل من جهد، لذلك اتجه الفقهاء مراعاتا للطبيب والتخفيف من مسؤوليته الناجمة عن المضاعفات التي قد تنتج عند ممارسته لعملة الطبي، انما يكون اذا ما روعي الضوابط والمعايير الخاصة بمهنة الطب، ولذا نجدهم تساهلوا في الخطأ اليسير الذي لا يمكن التحرز عنه اما الخطأ الفاحش الحاصل نتيجة الاهمال او الجهل او الرعونة، ولا يمكن أن يقع فيه الطبيب او طبيب مماثل في نفس الظروف. [1]

وقد اختلف نظرة اهل الفقه والقانون المعصرين في درجة الخطأ، والذي تترتب علية مسؤولية الطبيب ويمكن نظمها كالاتي:

- **الرأي الأول:** لا يسأل الطبيب عن الخطأ اليسير الذي قد يقع فيه اطباء آخرين في الظروف نفسها، ما دام ان الطبيب قد بذل ما بوسعه من عناية واتخذ الاسباب من حيث التشخيص ووصف الدواء وهذا موافق لنظرة الفقهاء للطبيب.
- **الرأي الثاني:** ان الطبيب يسأل عن خطئه العادي في جميع صوره ودرجاته، أما الخطأ المهني والفني في هذه الحالة لا يسأل الطبيب الا عن خطئه الشخصي الجسيم، وهو رأي اغلب القانونيين.[2]

ثالثا : تطور المسؤولية الجزائية للطبيب:

مرت المسؤولية الجزائية بعدت مراحل زمنية والتي ترك الطب خلال هذه الفترات بصمته، حيث ان المسؤولية الجزائية كغيرها من المواضيع والمعارف حاضرها ليس الانتاج ما سبقه، وسنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى المسؤولية الجزائية الطبية في العصور القديمة والعصور الوسطى، وفي الفرع الثاني نوضح المسؤولية الجزائية الطبية في الشريعة الإسلامية والعصر الحديث.

1- عودة، عبد القادر، (2006)، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي، ص438.

2- عبد الرحيم بن فاتح (2015)، المسؤولية الجنائية الطبية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجنائي، جامعة محمد خيضر – بسكرة، الجزائر، ص 10.

المسؤولية الجزائية للطبيب في العصور القديمة والعصور الوسطى:

إن العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض، وما يترتب على ذلك من مسؤولية مدنية أو جزائية، لمتكن وليدة اللحظة، بل إن هذه الأخيرة قديمة قدم المهنة الطبية، إذ أننا نجد بعض القواعد الجزائية المطبقة في القوانين الحديثة، مصدرها بعض القواعد الموجودة في هذا المجتمع أو ذلك، ولذا سنستعرض تطور المسؤولية الطبية خلال العصور الزمنية المختلفة والمتتابعة.

أ. المسؤولية الجزائية للطبيب في العصور القديمة :

يبرز تطور المسؤولية الجزائية للطبيب في العصور القديمة، من خلال تتبع هذه المسؤولية عند المجتمعات، ومن البديهي في الأمر أن المسؤولية الجزائية للطبيب في كل عصر تتلامم والبيئة الاجتماعية للطبيب.[1]

فكان للأطباء المصريين باع كبير في مجال الطب، فلم يستطع أحد أن يجاري المصريين في تحنيط موتاهم وفق طريقتهم العجيبة والتي يتم المحافظة على اشكالهم وملامحهم، كما أنهم أول من تفصيلات الجسم البشري وتقاسيمه ووظائف الاعضاء وحركة القلب ومسار الدورة الدموية، والمصريين القدامى عرفوا وجود سجلات للمرضى والامراض حيث سجلت في "السفر المقدس"[2]، وكتب "حوت معلومات على الامراض الوبائية والتشريح والادوية وادوات الجراحة و امراض العين والامراض النسائية، حيث كان يفرض على الطبيب اتباع ما مدون في تلك الكتب من العلاج، فالمشرع الفرعوني اهتم بحماية الأفراد من اطباء عن طريق اتباع ما مدون في " السفر المقدس" الذي كان مدون فيه اراء كبار الاطباء آنذاك، حيث اعتبرت احكامه سوابق ان صح التعبير والا تعرض الطبيب للعقاب قد يصل الى حد الاعدام[3]، وفي حال ان لم يخالف الطبيب القواعد الطبيبة تنعدم المسؤولية الجزائية حتى لو نتج عن العلاج وفاة المريض.

1- محتسب ،بالله ،بسام ،(1984)، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط1 دار الايمان، دمشق، سوريا، ص36.

2- السفر المقدس هو عبارة عن ست مجلدات تحوي على 42 كتابا تنسب الى "توت" اله الحكمة عند قدماء المصريين وهو يتضمن مجموعة من الصلوات وواجبات الملوك واوام الشمس والقمر والنجوم ومفتاح اللغة الهيروغليفية ووصف النيل وارض مصر وعلم الفلك ثم المعارف الطبية محتسب الله بسام المرجع السابق، ص 38.

3-غصن، علي عصام (2012)، المسؤولية الجزائية للطبيب، ط1، بيروت – لبنان، ص13.

فالبابليين اشتهروا بعلم الفلك والذي طبقوا قواعده على أمور حياتهم على الاغلب، ففي مجال الطب فقد وضعوا تقسيمات البروج الفلكية على تقسيمات جسم الانسان وقد صنفوا الكبد من اهم الاعضاء الداخلية لأنه مقر الروح في نظرهم وتقديرهم[1]، واذا اخطأ الطبيب عند مارسته لأعماله يلتمس العفو من الالهة وهذا لا يعني ما ارتكبه من اخطاء لا يسأل علية، حيث وضعت انظمة خاصة لمعاقبة الطبيب الذي يسيء لمهنته او يستغله بجشع من خلال تكليف احد الاطباء والمعروف بشهامته ومروءته و بتجربته في مجال الطب كي يراقب اعمال الممارسين والنظر في مطالب وشكاوى الناس ضدهم، كما عرف عن البابليين كانوا يتشددون في معاملة الأطباء[2]، فقد تضمن قانون حمورابي" مسلة حمورابي" الصادر في الفترة بين سنة (1950–1792) قبل الميلاد تسع فقرات المتعلقة بالأمور الطبية من مسؤولية الاطباء واتعابهم واجورهم، كما جاء في المادة (218) من قانون حمورابي (اذا عالج الطبيب رجلا حرا من جرح خطير بمشرط من البرونز تسبب في موته او اذا فتح جراحا في عينه وتسبب بذلك في فقد عينيه، تقطع يد الطبيب المسؤول).[3]

أما عند الاغريق، فقد تقدم الطب وعرف تطورا ملحوظا، حيث كان رمز آلة الطب عندهم (العصا والثعبان) والذي لا يزال رمزا للمهنة الطبية حتى وقتنا الحاضر، فالطب الاغريقي استمد مصدرة من الطب المصري والطب البابلي[4]، فاغلب ممارسات الطب كانت تقام في المعابد، ويقال ان الطب الاغريقي تحرر من الشعوذة والخرافات على يد أبو قراط الذي لقب " بابي الطب"، حيث جعل المجال الطبي علما قائما على اساس البحث والتجربة والاستقصاء وقد وضع نظريات ما زال مسلما بها فهو اول تطرق الى آداب واخلاق المهنة، والتي نجدها اليوم مدونة على شكل قوانين والتي سنها المشرع يحدد فيها حقوق وواجبات الطبيب والمريض، وما هي المسؤولية المترتبة جراء مخالفة تلك القواعد، كما هو من وضع يمين المهنة، وهذا يعني أن التزام الطبيب هو التزام ادبي وليس قانوني يسمى قسم ابو قراط[5] ،

1– سعد احمد محمود (2007) مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه، دار النهضة العربية، مصر، ص8.

2– شديفات، صفوان محمد، المرجع السابق، ص 32 .

3– غصن، علي عصام المرجع السابق، ص 14.

4– سعد احمد محمود المرجع السابق، ص 9.

5– شديفات، صفوان محمد المرجع السابق 35.

فالمسؤولية الطبية كانت على شكل جزاءات يكون الطبيب مسؤولا عنها اما ماديا او ادبيا ففي اغلب الحالات كانت المسؤولية صورية والسبب سكوت المرضى وامتناعهم عن رفع الشكاوى، اما خوفا او ما يربط الطبيب ومريضة شعور الزمالة في بعض الاحيان.[1]

عرف الرومان الطب ، واشتهروا به وكانت ممارسة مهنة الطب مقصودة على الطبقة المعدومة، فطبقة الاحرار لم يقرو بها من خلال اعتبارهم الطبيب مرتزقة، فبعد مجيء الطبيب جالينوس تحسن مركز الطب والطبيب على يده حيث تمكن من رفع مكانة الطب عما كانت عليه[2]، فكانت المسؤولية الطبية عند الرومان من خلال صدور قوانين نصت على وجوب معاقبة الطبيب التي تزامنت مع تقدم المدنية الرومانية، فقانون " اكيليا" الذي صدر عام 287 قبل الميلاد، حيث اعتبر الرومان الشخص الذي تسبب بالضرر للغير يكون مسؤولا عنه، وايضا قاموا بالتفريق بين الاضرار التي تصيب الاشياء والمال والمتاع وبين الضرر والايذاء الذي يقع على جسم المضرور وشخصه حيث اشترط الايذاء ان يكون عمدا اذ لا يكفي فيه مجرد الخطأ[3]، ومن شروط مسائلة الطبيب أن يكون هناك سوء نيه او تعمد في ارتكاب الفعل فالخطأ وحده مهما كان جسيما أو يسيرا لا يستوجب العقاب، فالقانون الروماني لم يكن يعترف بالمنع او الترك اساسا للمسؤولية والوساطة اذا لا مسؤولية على الطبيب في حالة تقديم المساعدة او الامتناع عن العلاج.[4]

ب. المسؤولية الجزائية للطبيب في العصور الوسطى :

تميزت مرحلة العصور الوسطى بالفتن وكثرة الحروب والذي ادى الى تفشي الجهل واللجوء إلى الخرافات وانتكاس الطب كسائر العلوم والفنون والسبب في ذلك هو سيطرة الكنيسة في روما على عقول وافكار الناس حيث سميت هذه المرحلة "بفترة العصور المظلمة"، حيث تراجع اعتماد كتب "أبى قراط" و "جاليوس" الطبية واعتماد الكتب التي ظهرة عن التمائم والتعاويذ، فلم يكن للنظام الصحي مكان .[5]

1- غصن، علي عصام المرجع السابق، ص 17.

2- بواعنة، عبد المهدي (2003)، ادارة المستشفيات والخدمات الصحية دار حامد للنشر، الاردن، ص 32.

3- شديفات صفوان محمد المرجع السابق، ص 36.

4- بواعنة، عبد الهدي، المرجع السابق، ص 32.

5- سعد احمد محمود المرجع السابق، ص 11.

على الرغم ما ساد هذا العصر من ظلام فقد كانت احكام المسؤولية الجزائية قائمة وموجودة وتتفق مع العقلية السائدة آنذاك، فكان إذا مات المريض بسبب عدم عناية الطبيب او اهماله او جهله يسلم الطبيب لأهل الميت ليحددوا مصيره واختيارهم العقاب المناسب له فأن شاءوا قتلوه او استرقوه، وفي حال إذا الطبيب لم يشفى المريض كانوا ينكرون اجره واتعابه باعتبار ان الاجر مقابل شفاء المريض.[1]

ففي عصر النهضة الأوربية كثر المدعون بالطب حتى امتدت الى رجال الكنيسة، وفي القرن الخامس عشر بدأ الطب بالنهوض حيث تمت ترجمة المراجع الطبية (اللابن سينا والرازي وابو قراط) من العربية إلى عدة لغات.[2]

وما يمكن القول عن عصر النهضة الأوربية كان هناك مسائلة للطبيب من خلال بعض الاحكام القضائية المتفرقة، حيث روى الطبيب "الخبير جار "أوديس في حادثة دعي فيه لإبداء الرأي فيه، ان جراحا قام بعلاج خراجا داخليا للمريض ولم يكشف عارضا خفيا آخر وقع للمريض حيث كان السبب في وفاته فجأة فقدم الطبيب للمحاكمة الجزائية باعتبار ان الوفاة حدثت نتيجة خطئة كما ذكر في تقريره أنه ما دام لم يكن تحديد سوء نية أو خطأ الطبيب من خلال عملة على شفاء الخراج فهو غير مسؤول من نتائج الحادث الذي يعتبر عرضيا ولم يكن باستطاعته ان يتنبأ به ولا يكشفه[3] .

ج. المسؤولية الجزائية للطبيب في الشريعة الاسلامية والعصر الحديث:

احكام المسؤولية الطبية في الشريعة الاسلامية جاءت على شكل يظهر بجلاء مدى تطور الاعمال الطبية ومدى الاهتمام من قبل علماء الشريعة الإسلامية، وأيضا تطور المسؤولية الجزائية للطبيب في العصر الحديث كان كبيرا جدا من خلال التركيز على الدعاوى المتعلقة بمخالفة الانظمة والقوانين واللوائح الخاصة بمهنة الطب وسنتناول في هذا الفرع المسؤولية الجزائية الطبية في الشريعة الاسلامية، والمسؤولية الجزائية الطبية في العصر الحديث.

1- شديفات، صفوان محمد المرجع السابق، ص 39.

2- بواعنة، عبد المهدي، المرجع السابق، ص 38.

3- سعد احمد محمود المرجع السابق، ص 23.

د. المسؤولية الجزائية الطبية في الشريعة الاسلامية:

ان تطور الحكام المسؤولية الجزائية في الفقه الاسلامي وما حظي به من اهتمام من قبل علماء الشريعة الاسلامية من خلال التفريق بين التجارب الطبية والاعمال الطبية، ووضع جزاء كل من يخالف احكام وأصول العمل الطبي. حيث تمثلت الجزاءات المنع او الضمان من مزاولة المهنة في حال حصول الضرر للمريض.[1]

إن قواعد واحكام المسؤولية الطبية التي جاءت بها احكام الشريعة الاسلامية، من الملاحظ و بوضوح أن هذه الاحكام في بعض جوانبها جاءت أفضل من مما توصل اليه القوانين والتشريعات الحديثة كقول الرسول "محمد صلى الله عليه وسلم"(أنه من تطبب ولم يعرف الطب فهو ضامن)[2].

وقد فرق الفقهاء بين الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل، فالجاهل الاعمال الطبية اذا ارتكب خطأ اثناء ممارسته يلزم بالضمان وهو التعويض، وفي حال ان اوهم الطبيب الجاهل المريض بقدرته لمعالجته واذن المريض له، مما ادى الى وفات المريض او اصابه اضرار من جراء العملية أو العلاج، هذا الطبيب ملزم بدية النفس أو التعويض عن الضرر[3]، وعلى العكس اذا كان المريض عالما بجهل الطبيب، وفي هذه الحالة الطبيب الجاهل لا يكون مسؤولا، اما الطبيب الحاذق فلا يسال عن الضرر الذي يصيب المريض حتى عند موت المريض، استنادا الى اذن المريض بالعلاج و لم يقع من الطبيب اهمالا او خطنا حيث كان الضرر نتيجة لأمرا لم يكن في الحسبان[4].

فانتفاء مسؤولية الطبيب في الشريعة الاسلامية يكون على اساس أربع شروط وهو اذن الحاكم او الشارع، واذن المريض أو من ينوب عنه وقصد الشفاء وعدم وقوع الخطأ من قبل الطبيب.

1- المعايطة، منصور عمر، ، (2004)، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، ط1. جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض ،السعودية، ص 8.

2- حديث شريف رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة.

3- المعايطة، منصور عمر، المرجع السابق، ص9.

4- شديفات مصفوان محمد المرجع السابق، من41 .

ومن كل ما سبق تبين لنا وبصوره جلية أن موقف الشريعة الإسلامية من المسؤولية الجزائية للطبيب حيث سبقت القوانين والتشريعات الوضعية الحديثة في بعض جوانبها، حيث نجد اعتبار مهنة الطب واجبا في حين أن التشريعات الحديثة اعترته حقا، واضافتا لذلك فاحكمها شمولية وكذلك من خلال احكامها في التفريق بين الطبيب الحاذق والطبيب الجاهل وتقسيمها الخطأ وايضا وضعها الشروط واسباب مشروعية العمل الطبي.

هـ. المسؤولية الجزائية الطبية في العصر الحديث:

تطورت المسؤولية الطبية بشكل واسع وكبير في هذا العصر من خلال التركيز على الدعاوى المتعلقة بمخالفة القوانين والانظمة واللوائح المتعلقة بتنظيم مهنة الطب، مثلا ممارسة مهنة الطب بدون ترخيص قانوني، ولعدم صدور تشريعات خاصة بالمسؤولية الجزائية للطبيب بقي خاضعا للقواعد القانونية العامة، فالطبيب لا يسأل عن الحالات الغير متوقعة او موت المريض طالما ان السبب لا يعود الى خطأ الطبيب فحصول الطبيب على ترخيص بمزاولة المهنة ورضا المريض لا يحول دون اعتبار الطبيب مخطنا في حال كان سبب الخطأ الجهل بقواعد الخاصة بمهنة الطب، اخذا بالنصوص الرومانية منها قانون (اكيليا).[1]

بينت الوقائع الحالات ان موضوع مسائلة الطبيب جزائيا أمر في غاية الاهمية والسبب يعود الى الاهتمام المتزايد في الأوساط القانونية او ان الطبيب يجهل حدود ومدى المسؤولية، حيث اخذت المحافل الدولية تولي هذه القضية اهتماما خاصا ومتزايدا، حيث تم تخصيص ابواب مستقلة في المجلات الطبية تهتم بقضايا المسؤولية الطبية بشقيها الجزائي والمدني، حيث أدخلت بعض كليات الطب في برامجها مقررات خاصة سمتها بالقانون الطبي، ويظل سعي الاطباء ومطالبتهم بسن تشريع خاص يظم احكام الخاصة بالمسؤولية الجزائية للطبيب عن الاخطاء التي يرتكبونها.[2]

1- بواعنة، عبد المهدي المرجع السابق، ص 43.

2 – عبد الرحيم بن فاتح (2015)، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون جنائي، جامعة محمد خيضر – بسكرة، الجزائر، ص 17.

ويرى الباحث من خلال الاطلاع على التطور الذي شهده مجال الطب والمرور بعدة عصور ووصولا الى يومنا هذا لم يعفى الطبيب من المسؤولية، والسبب يعود الى مهنته الخطرة كونه يتعامل مع جسم الانسان المتكون من أنسجة معقدة وخلايا دقيقة فمهنة الطب مهنة سامية، لأنها تنقذ المريض من اوجاعه وتزرع البسمة في وجوه الناس من خلال معالجته من الامراض التي تعرض لها، فيا حبذا لو ان هذه المهنة تبقى لخدمة البشرية وتبتعد عن المصالح الشخصية.

المبحث الثاني: آثار مسؤولية جراح التجميل:

يترتب على مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية التزامه بالتعويض، فإذا أقر الطبيب بمسؤوليته والتزم بالتعويض الكامل انتهى الأمر، أما إذا لم يقر بمسؤوليته فيضطر الشخص المضرور إلى رفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها الحكم على الطبيب بالتعويض المستحق، وبذلك فإن التعويض هو النتيجة الطبيعية لدعوى المسؤولية.

وتجدر الإشارة إلى أن دعوى المسؤولية من حيث أطرافها المدعي والمدعى عليه والطلبات والدفوع المتعلقة بها ، هي لا تكاد تختلف عن تلك المقررة في القواعد العامة .

لذا سوف أركز في هذا المبحث عن بعض العناصر التي نراها تقتضي الذكر لخصوصيتها في المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، وهي:

الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية (المطلب الأول).

سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية (المطلب الثاني).

جبر الضرر في المسؤولية الطبية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية:

يختلف الاختصاص بدعوى مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية بحسب طبيعة الهيئة التي يعمل فيها، فقد يؤول الاختصاص للقضاء العادي، وقد يؤول للقضاء الإداري.

أولا: إختصاص القضاء العادي:

يباشر جراح التجميل عمله عادة في عيادته، وقد يعمل أحيانا لصالح مستشفى خاص، فإذا ترتب عن عمله أضرار لحقت بالمريض، فما هو القضاء المختص بدعوى المسؤولية في هذه الحالة؟.

يختص القضاء (القسم المدني) بالنظر في دعاوى مسؤولية جراحي التجميل الذين يعملون لحسابهم الخاص) العيادات الخاصة بجراحة التجميل أو الذين يعملون لصالح مستشفى خاص.[1]

وفيما يتعلق بالاختصاص المحلي، فإن الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية ترفع أمام المحكمة الواقع بدائرتها المكان الذي بوشرت فيه إجراءات العلاج.[2]

والجدير بالذكر أنه قد يثور التساؤل فيما يخص جراح التجميل الذي يعمل لصالح مستشفى خاص – عن صاحب المسؤولية .هل الجراح شخصيا أم المستشفى الخاص عملا بقاعدة مسؤولية المتبوع عن التابع ؟

لا شك أن هناك رابطة عقدية بين المستشفى الخاص والطبيب، سواء كان الطبيب عاملا دائما في المستشفى أو ينشط في أكثر من مستشفى، فإذا ما نجم عن نشاط هؤلاء الأطباء خطأ سبب للمرضى أضرارا، فطبقا للقواعد العامة فإن المستشفى يسأل عن أعمال الطبيب باعتبار المستشفى متبوعا والطبيب تابعا.

غير أن محكمة النقض المصرية ذهبت في بعض اجتهاداتها إلى عدم تحقق مسؤولية المستشفى الخاص باعتباره متبوعا عن خطأ الطبيب، بل أن المسؤولية تقتصر على الطبيب.[3]

وبالنسبة للقانون الجزائري، فطبقا للقواعد العامة، فإن المستشفى الخاص يسأل عن أخطاء الأطباء المتعاقدين معه، طبقا القاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع .[4]

1- أنظر المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر66 - 154 المؤرخ في18 :صفر1386 ، الموافق لـ 8 جوان1966 ، الجريدة الرسمية العدد47 ، السنة الثالثة، مؤرخة في 9 جوان 1966الموافق 19 صفر1386.

2- أنظر المادة الثامنة فقرة ثالثة من قانون الإجراءات المدنية.

3- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص1426 - 1427.

4- أنظر المادة 136 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05 –10 .

وفي كلتا الحالتين سواء كان المدعي عليه هو الطبيب أم المستشفى الخاص فإن القضاء العادي هو المختص طبقا لنص المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية.

ثانيا: إختصاص القضاء الإداري:

قد يكون جراح التحميل موظفا في مستشفى عام، فما هي الجهة القضائية المختصة، هل هو القضاء الإداري باعتبار الطبيب تابعا لمرفق عام أم القضاء العادي باعتبار الطبيب مستقلا في نشاطه الفني عن إدارة المستشفى ؟

لقد ثار إشكال في فرنسا عن مساءلة المستشفى العام عن أخطاء الطبيب باعتبار المستشفى متبوعا وذلك أن هذه المساءلة تقتضي توفر شروط مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهو الأمر الذي قد يصعب تحقيقه بالنظر إلى ما يتمتع به الأطباء الجراحون من استقلال في ممارستهم لعملهم الفني وهنا يثور التساؤل عن مدى توفر عنصري "التوجيه والرقابة بين إدارة المستشفى والطبيب والتي يسأل بمقتضاها الأول عن خطأ الثاني.[1]

ذهب رأي في الفقه إلى أن الإستقلال الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة عمله يمنع تبعيته لشخص آخر إذا لم يكن طبيبا مثله، يستطيع أن يراقبه، بمعنى أن الطبيب إذا كان يمارس عمله لحساب شخص آخر غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه والإشراف عليه في عمله الفني فإنه لا يكون تابعا له.[2]

وقد وجد هذا الرأي صداه في بعض أحكام القضاء العادي الفرنسي، الذي استند في اختصاصه بنظر المسؤولية المدنية المترتبة على عمل الطبيب الممارس في مستشفى عام على أساس أن الأطباء والجراحين بالمستشفيات العامة ليسوا تابعين للإدارة، وإنما يمارسون عملهم الفني بكل استقلال، وأن خطأهم المهني لا يرتبط بسير المرفق العام ومن ثم تختص المحاكم العادية بتقدير مسؤوليتهم.[3]

1- طاهري حسين ، المرجع السابق، ص35-36.

2- طلال عجاج، المرجع السابق، ص323 .

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 122 طاهري حسين، المرجع السابق، ص36 .

ولكن ذهب اتجاه آخر إلى أن هذا الاستقلال الفني للطبيب لا يمنع من خضوعه لرقابة إدارة المستشفى في أدائه لواجباته العامة التي تفرضها عليه الوظيفة، فمسؤولية الإدارة لا تقتصر على الموظفين بمعناهم الفني بل أنها تشمل كل من يؤدي عملا لحسابها وتحت رقابتها وتوجيهها، فإدارة المستشفى تشرف على التوجيه العام لأعمال الأطباء وتقسم العمل بينهم ومواعيده وتصدر أوامر للأطباء يجب عليهم إتباعها وإلا وقعت عليهم الجزاءات التي تنص عليها اللوائح .[1]

وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس في 01 جويلية 1972 بأن اختصاص القضاء الإداري بنظر المسؤولية عن أعمال الأطباء في مستشفى عام مناطه اشتراكه في أداء خدمات المرفق العام، ولا محل للوقوف عند مركزهم التنظيمي أو طريقة أداء أجورهم.[2]

وقد حسمت محكمة التنازع في فرنسا هذا الخلاف حيث قضت " بأن الدعوى التي يرفعها المريض أو خلفه ضد الطبيب أو الجراح الذي يعمل بالمستشفى العام لخطئه في أداء عمله الطبي لا يختص بها القضاء العادي، لأن مثل هذه الأخطاء، في حالة تبوئها، تكون مرتبطة بتنفيذ خدمة عامة يقع على عاتق كل من الأطباء والممرضين أداؤها ومن ثم يختص القضاء الإداري بمثل هذه الدعاوى، وهي تكون صالحة للحكم بتعويض المريض الذي لحقه الضرر، باعتبار أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام يعتبر موظفا عاما ليس بينه وبين مريضه أي عقد." [3]

واختصاص القضاء الإداري بدعوى المسؤولية المنوه عنها مرهون بألا ينفصل خطأ الطبيب عن الخدمة التي يؤديها، كأن يرتكب خطأ شخصيا منفصلا عن أداء هذه الخدمة .[4]

1- طاهري حسين، المرجع السابق، ص36 -37

2- حكم محكمة باريس في 01 حويلية1972 ، أشار إليه :طاهري حسين، المرجع السابق، ص37.

3-قرار محكمة التنازع، في 25 مارس1957 ، أشار إليه محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص123 .

4- طلال عجاج، المرجع السابق، ص330 .

وفي نفس الاتجاه اعتبرت الأحكام القضائية في مصر أن الطبيب تابع لإدارة المستشفى، ويسأل هذا الأخير كمتبوع بالنسبة للأخطاء التي تقع من الطبيب أثناء تأديته لواجباته أو بسببها أو بمناسبتها، وبالتالي يؤول الإختصاص بنظر الدعاوي المرفوعة ضد الأطباء الممارسين في مستشفى عام للقضاء الإداري.[1]

وعلى النهج نفسه سار القضاء في الجزائر حيث استقر على اختصاص القضاء الإداري بنظر المسؤولية المترتبة عن الخطأ المرفقي للطبيب.

حيث أن المنظومة الوطنية للصحة في الجزائر تتكون من ثلاث مؤسسات استشفائية وهي : المراكز الاستشفائية الجامعية، القطاعات الصحية والمؤسسات الاستشفائية المتخصصة، وتعتبر هذه المؤسسات ذات طابع إداري محض حسب القوانين المنظمة لها، وبالتالي فإن القضاء الإداري هو المختص بالدعاوى التي ترفع من طرف المرضى ضد الأطباء الممارسين في المؤسسات المذكورة[2]، حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.

ولما ثبت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما قضوا على الطاعن(المستشفى الجامعي بوهران) بضمان دفع التعويضات نتيجة الأخطاء المهنية التي إرتكبها الطبيبان إثر عملية جراحية مسببين قرارهم بأن دعوى التعويض هي دعوى تبعية للدعوى الأصلية وأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وأن الإستثناء الوارد بالمادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية ما هو إلا تأكيد على مبدأ الإختصاص الكلي لقاضي الأصل بخصوص الدعوى التبعية، فإن تسبيبهم هذا جاء مخالفا للقانون لأن الدعوى التبعية المتعلقة بالمسؤولية المدنية للمراكز الإستشفائية الجامعية بإعتبارها مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بشخصية معنوية وباستقلال مالي يرجع إختصاص الفصل فيها إلى المجلس القضائي الغرفة الإدارية كدرجة أولى طبقا لنص المادة المذكورة أعلاه وأن الإستثناء الوارد على هذه القاعدة منصوص عليه في المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والمادة 3/3 من قانون الإجراءات الجزائية.

1- محمد حسين منصور المرجع السابق ص 114 ، وأنظر الأحكام المشار إليها في الصفحة114 -115.

2- طاهري حسين، المرجع السابق، ص58 - 59.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير عناصر المسؤولية الطبية:

ذكرنا في ما سبق أن مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية تقوم على ثلاثة شروط الخطأ، الضرر وعلاقة السببية، ويخضع تقدير هذه العناصر لسلطة قاضي الموضوع، وعليه يمكننا أن نتساءل عن مدى حرية قاضي الموضوع في تقدير وفحص هذه العناصر.

إجابة على هذا التساؤل ارتأيت تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

أولا: سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي.

ثانيا :سلطة القاضي في تقدير الضرر.

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير علاقة السببية.

أولا: سلطة القاضي في تقدير الخطأ الطبي:

رأينا فيما سبق أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع على عاتق المريض، فلا يحق لقاضي الموضوع أن يقوم بإثبات ما يجب على المريض إثباته، بل يقوم القاضي بالتحقق من حدوث الوقائع التي أثبتها المريض المضرور على الطبيب، وأن يتثبت من انطباق وصف الخطأ على تلك الوقائع، وذلك بعرضها على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان من الممكن استنباط خطأ الطبيب منها.[1]

وقد يقوم القاضي بتقدير الخطأ بنفسه، إذا تعلق الإثبات ببعض الأعمال الطبية الظاهرة، كما في أحوال عدم إعطاء المريض حقنة البنج أو عدم تعقيم الأدوات الطبية المستعملة في الجراحة، أو في حالة نسيان بعض هذه الأدوات في جسم المريض بعد إجراء العملية، وهذه الحالات هي ما يطلق عليها الفقه الأخطاء العادية.[2]

1- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 238 .

2- حسين منصور، المرجع السابق، ص 186 .

أما فيما يتعلق بالمسائل الفنية المتصلة بالأعمال الطبية التي تنتمي للفن الطبي، فإنه ليس من السهل على القاضي أن يتبين خطأ الطبيب بنفسه كما هو الحال في الأخطاء العادية التي أسلفناها، وينبغي عليه أن لا يقحم نفسه في تقدير الخطأ الناتج عن الأعمال الفنية، وله في هذا الصدد أن يستعين بأهل الخير من الأطباء لدراسة الحالة محل النزاع، وتقديم تقرير حولها ، وعلى ضوء ذلك يستطيع استخلاص خطأ الطبيب من عدمه.[1]

ولكي يكون تقرير الخبير معولا عليه من قبل القاضي في حكمه وجب أن يراعي فيه الشروط الشكلية، والموضوعية، لأن عمل الخبير هو عمل علمي بحت ينتقل من الميدان العلمي إلى الميدان القانوني، وعلى هذا تتحدد مهمة الخبير الفني التي يجب أن تنحصر في تقدير الناحية الفنية البحتة دون الأخطاء الظاهرة الواضحة التي لا تحتاج إلى توغل من رجال القانون لكي يكشف عنها، بل لابد على القاضي أن يقوم بتحقيق الوقائع بعين الاعتبار، ويدرس كافة الاستدلالات الواضحة قبل تسليم المهمة للخبير الفني.

ولقد جرى العمل في المحاكم على انتداب الطبيب الشرعي لفحص المريض أو تشريح الجثة لبيان ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ أصلا، والغالب في هذه الأحوال أن يستعين الطبيب الشرعي بأخصائي لمعاونته في أداء مهمته كأساتذة كلية الطلب المتخصصين في الجراحة التجميلية.[2]

إلا أنه ينبغي ملاحظة أن الخبير وإن كان يساعد القاضي في استنباط الخطأ في المحال الطبي ، سواء في المسائل التطبيقية أم في الأخلاق الطبية إلا أن القاضي يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب.[3]

1- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1432 .

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص185 .

3- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 186 .

لذلك فإن القاضي ليس ملزما بالأخذ برأي الخبراء ، إذا قدر أنه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعا من الناحية القانونية .ولكن للقاضي أن يأخذ بتقارير الخبراء، وإن تعارض رأي أحدهم عن أراء غيره إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب. [1]

وللمحكمة أن تستعين بالقرائن القضائية لاستخلاص خطأ الطبيب عندما يتعلق الأمر بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية، مثل وجوب اتخاذ بعض الاحتياطات لمنع تلوث الجرح في العمليات الجراحية ، إذ يمكن للمحكمة هنا أن تستخلص قرينة من تلوث الجرح على إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة.[2]

ولكن لا يصح أن يعتبر مجرد تنازل الطبيب عن اتعابه في جراحة فاشلة قرينة على اعترافه بخطئه، ما لم يكن هذا التنازل مقترنا بوقائع أخرى دالة على وقوع الخطأ. [3]

أما فيما يتعلق بشهادة الشهود فإنه لا يستساغ التعويل عليها كثيرا، بسبب جهلهم بالمسائل الطبية[4]، إلا أن هناك من برى بأن المريض يستطيع الاستعانة بالشهود لإثبات خطأ الطبيب ، ففي حالة أن كان الشهود من زملاء الطبيب أو العاملين معه، فإن للمحكمة التعويل على أقوالهم مع الإقلال من الاعتماد على أقوال الشهود من أقرباء المريض، بسبب رابطة القرابة التي لا تخلو من الغرض.[5]

كما أن للقاضي أن يأخذ بالكتابة كدليل إثبات خطأ الطبيب، من خلال ملف المريض الطبي وما يحويه من تقارير وفحوصات وتحليلات وتواريخ للفحوص التي تم اجراؤها للمريض والتي قد تبين مدى إهمال الطبيب، وفي هذا الاتجاه أدانت اللجنة الطبية الشرعية في مدينة الرياض طبيبا لإلحاقه الضرر بأحد المرضى بسبب عدم إجراءه لفحص كان ينبغي أن يجربه، ولم يتم العثور عليه في ملف المريض الطبي[6].

1- طاهري حسين، المرجع السابق، ص 64.

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 185.

3- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص406 ، وقد أشار إلى قرار محكمة استئناف باريس في 20 فيفري1946 .

4- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 405 .

5- طلال عجاج، المرجع السابق، ص240 ، ويرى أن الأمر المستغرب هو كيف يمكن التعويل على شهادة زملاء الطبيب، ولا يعول كثيرا على شهادة أقرباء المريض، ذلك أن روح المحاباة والغرض إن وجدت، فهي موجودة في الحالتين.

6- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 240.

ويستقر قضاء المحكمة العليا على أن تحقق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله يعد من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره، إلا أن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع الرقابة المحكمة العليا.[1]

فاستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى.

ولكن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف فإنه يعد من المسائل التي يخضع فيها قضاء هذه المحكمة لرقابة محكمة النقض .[2]

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الضرر:

الضرر أمر مادي ومن ثم فيجوز إثبات وقوعه بكافة الطرق، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه (المريض).[3]

ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ثبوت أو نفي الوقائع المكونة للضرر سواء كان ماديا أو أدبيا[4]، أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف نوعه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة[5]، ومن هنا فإن كون الضرر مساسا بحق أو مصلحة مشروعة، أو تكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبلي أو احتمالي، والقول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة أو عدم انتقاله إلا أذا اتفق عليه أو طولب به قضائيا قبل وفاة المضرور كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا.[6]

1- طاهري حسين، المرجع السابق، ص 62 .

2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص183-184.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 169 .

4- عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص1417

5- بلحاج العربي المرجع السابق ص 169 عز الدين عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص1417 عدلي خليل ، المرجع السابق، ص 141.

6- بلحاج العربي المرجع السابق، ص169 -170.

ثالثا :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، بحيث لا يقحم نفسه في مسائل فنية يجب أن يبقى بحثها مقصورا على أهل الخبرة، الذين يقع على القاضي إختيارهم من الأطباء المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة، وبعد ذلك تحدد لهم المحكمة المهمة الطبية بكل دقة ، وعلى الخبير أن يجيب على الأسئلة حسب المهمة الموكولة إليه بكل وضوح ودقة ، وله الاستعانة بذوي الخبرة والفن ليسترشد بمعلوماتهم فيما يعسر عليه أثناء القيام بمهمته ، كما هو الحال بالاستعانة بخبير أشعة لقراءة الصور الشعاعية.[1]

وبشأن الخبرة قضت محكمة PEAU الفرنسية بأنه يمكن الاستعانة بأهل الخبرة، للتأكد من وجود علاقة السببية عند ما 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.[2]

ويرى بعض الفقه أن يترك استخلاص علاقة السببية لشعور القاضي، وهو رأي (بلانيول) و (ريبير) و (ايسمان) في مطول القانون المدني.[3]

ويقول الفقيه (سافاتيه) : " إن على القاضي أن يستخلص علاقة السببية، من قرائن ودلائل متفقة، ويضيف بأن السببية ليست بالشيء الذي يرى أ ويلمس ، وإنما يستنتجها الفكر من ظروف الواقع ، ثم يضيف أن القاضي حر في عقيدته – والمقصود هنا قاضي الموضوع – إذ أن رقابة محكمة النقض تنحصر في التحقيق في أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين الخطأ والضرر ، ولقاضي الموضوع أن يقدر ما إذا كان مجموع القرائن يكفي لإثبات علاقة السببية ، وهو في ذلك يلجأ للبحث عن العلاقة المنطقية التي يرى أنها تربط المصادفات المتوالية طبقا لعناصر الدعوى".[4]

1- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 393 .

2- حكم محكمة PEAU الفرنسية ، في/12 مارس 1953/، أورده محمد حسين منصور، المرجع السابق ص177 .

3- عبد السلام التونجي المرجع السابق ص304

4- بسام محتسب الله ، المرجع السابق، ص258 ، عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص305 - 306.

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض الفرنسية تأييد استخلاص قضاة الموضوع الخطأ الطبيب من خلال ما أصاب المريض من اضطرابات مستمرة على إثر وضع عضو زائد له ، حيث توصل قضاة الموضوع من مجموع القرائن المحددة والمتطابقة إلى تأكيد أن ما أصاب المريض من شلل ، إنما قد نشأ عن عدم اتخاذ احتياطات كافية عند إجراء التدخل الجراحي.[1]

و استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضر هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ، و لا رقابة عليه ذلك من في المحكمة العليا إلا بالقدر الذي يكون فيه استخلاصه غير سائغ .[2]

المطلب الثالث : جبر الضرر في المسؤولية الطبية:

إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية عما لحق المريض من ضرر فإنه يتعين على القاضي أن يلزم المتسبب في حدوث الضرر تعويضا للمضرور .و هذا هو المعنى الذي قصدته المادة 124 من القانون المدني التي تنص على ما يلي : كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض [3]، السؤال الذي يطرح نفسه هو كيف يتم التعويض ؟ مدى حرية القاضي في تقدير التعويض ؟ وما هو وقت تقدير التعويض ؟

سأحاول الإجابة على هاته التساؤلات من خلال ما يلي :

أ- طريقة التعويض.

ب- تقدير التعويض

ج- وقت تقدير التعويض.

1- قرار محكمة النقض الفرنسية، في 12 نوفمبر1968 ، أشار إليه :طلال عجاج، المرجع السابق، ص 396-395 .

2- بلحاج العربي المرجع السابق، ص 216 عدلي خليل، المرجع السابق، ص 144 .

3- أنظر المادة 124 من القانون المدن المعدلة بالقانون05 -10

أ- طريقة التعويض:

أشارت المادتان 131 و 132 من القانون المدني المعدلتان بالقانون 05-10 إلى طريقة التعويض، و التي يستفاد منها أن التعويض إما يكون عينيا و إما أن يكون نقديا.

التعويض العينيLa réparation en nature :

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قيل وقوع الفعل الضار و ذلك كان يأمر القاضي بعلاج المضرور على نفقة المسئول عن الضرر[1]، أو يأمر بإعادة إجراء الجراحة التجميلية من نفس الجراح أو غيره ، و هذا ما أكده حكم محكمة السين الصادر بتاريخ/11 ماي1965/ ، حيث أكد تقرير الخبرة الطبية أن سوء نتيجة عملية إعادة تشكيل الأنف يمكن إصلاحها بعملية بسيطة و سريعة و عليه فقيام نفس الجراح أو غيره بالتدخل التصليحي كفيل بإنهاء النزاع.[2]

و القاضي ليس ملز ما أن يحكم بالتنفيذ العيني و لكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا ، وطالب به الدائن، فلا يجوز إكراه مريض على أخذ علاج ما أو الخضوع لعملية جراحية ما.[3]

ولكن نظرا لأن التعويض العيني يبدو أمرا عسيرا في مجال المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، فإن الغالب هو أن يكون التعويض نقديا.[4]

التعويض النقديla réparation pecuniaire :

و يتمثل في البدل النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المريض[5]، فكل ضرر (حتى الضرر الأدبي) يمكن تقويمه بالنقد، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا محددا يدفع للمضرور دفعه واحدة أو أقساطا، و إما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة[6].

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 187 .

2- حكم محكمة السين، في/11 :ماي1965/، أشار إليه:

Daniel Rouge, Louis Arbus, Michel Costagliola, op.cit, P116-117.

3 -Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op.cit, P 179.

4- منذر الفضل المرجع السابق، ص54 .

5- محمد فهر شقفة، المقال السابق، العدد الخامس،143 .

6- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص266 .

و يتولى القاضي تحديد التعويض على قدرا الضرر الذي لحق المريض ، فلا يزيد عن الضرر و لا يقل عنه[1]، و قد نصت المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون05 – 10على ما يلي: يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلي ما كانت عليه.[2]

ويعتبر التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية الطبية، حيث قضت المحكمة العليا بإلزام مستشفى قالمة بأدائه مبلغ 200.000 دج كتعويض عن جميع الأضرار نتيجة الأخطاء التي إرتكبها الطبيب التابع له أثناء إجرائه عملية جراحية، حيث قضت بما يلي: " حيث أنه نظرا لنسبة العجز الجزئي الدائم ونظرا لمدة العجز المؤقت عن العمل ونظرا للأضرار الأخرى، يتعين إذن رفع المبلغ الممنوح إلى 200.000 دج عن كافة الأضرار". [3]

ب- تقدير التعويض:

نطاق التعويض يتحدد على أساس الضرر الذي لحق المضرور[4]، والضرر حسب نص المادة 182من القانون المدني فقرة أولى هو ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب.[5]

و كما ذكرنا سابقا فإن التعويض يقتصر على الأضرار المباشرة ولا يمتد إلى الأضرار غير المباشرة[6]، و يراعي القاضي في تقدير التعويض كما تقضى المادة 131 من القانون المدني الظروف الملابسة لوقوع الضرر، أي الظروف الشخصية للمضرور مثل جنسه و عمره و مهنته[7] .

1- قرار المحكمة العليا (الغرفة المدنية) بتاريخ 18 فيفري1989 ، ملف رقم ، 58012المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، ص14 .

2- أنظر المادة 132 من القانون المدني المعدلة بالقانون05 - 10 .

3- قرار الحكمة العليا (العرفة الإدارية) بتاريخ /20 حويلية1997 ، ملف رقم122754 ، (غير منشور)

4- بلحاج العربي المرجع السابق، ص 268 .

5- أنظر المادة 182 من القانون المدني فقرة أولى.

6- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص26

7-Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op. cit, P 179.

و غالبا ما يستعين القاضي برأي أهل الخبرة في تقدير الضرر ويكون تقرير الخبير أساسا صالحا للفصل في الدعوى و إذا تعدد المسئولون عن إحداث الضرر فإنهم يكونون جميعا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.[1]

و تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لقاضي الموضوع، فهذا يعد من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها[2]، تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض فيعد من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع.[3]

و تستلزم الدوائر المدنية لمحكمة النقص أن تبين محكمة الموضوع في حكمها عناصر الضرر الذي قضت من أجله بالتعويض و أن تناقش كل عنصر منها على حده، و أن تبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته، وإلا كان الحكم مشر با بالقصور المبطل.[4]

و يؤيد الفقه القضاء المدني لأنه يضمن بأن كل عنصر من عناصر الضرر كان محل فحص و تمحيص من المحكمة و يجعل أما تعيين تقديرها أقرب إلى العدالة .[5]

ج- وقت تقدير التعويض:

إذا كان الحق في التعويض ينشأ منذ استكمال شروط المسؤولية، و بصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشف عنه، و الحكم و إن لم يكن مصدر الحق في التعويض، إلا أن لو محسوسا في هذا الحق ، فهو الذي يحدد عناصره و طبيعته و يجعله مقوما بالنقد .[6]

1-Isabelle Bessières- Roques, Claude Fournier, Hélène Hugues, Fabrice Riche, op.cit, P 180.

2- أنظر المادة 126 من القانون المدني المعدلة بالقانون05 - 10.

3-طاهري حسين المرجع السابق، ص 64 .

4-عدلي خليل المرجع السابق ص145 .

5-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص187 .

6- طاهري حسين المرجع السابق، ص65 .

ويثير تقدير التعويض عن الضرر في المسؤولية الطبية صعوبات خاصة فيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيرا و قد لا يتيسر تعيين مداه تعينا نهائيا وقت النطق بالحكم.[1]

فتنص المادة 131 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05 – 10 على ما يلي: فإن لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير. [2]

أما إذا كان الضرر متغيرا، فإن محكمة النقض المصرية تقضي بأنه يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار عليه عند الحكم، مراعيا التغير في الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص كلنا ما كان سببه و مراعيا كذلك التغير في قيمة الضرر بارتفاع من النقد و انخفاضه و بزيادة أسعار المواد اللازمة لا صلاح الضرر أو نقصها ذلك أن الزيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ و النقص أيا كان سببه غير منقطعي الصلة به، أما التغير في قيمة الضرر فليس تغيرا في الضرر ذاته.[3]

و تأكيدا لهذا المعنى قضت المحكمة النقض الفرنسية بأن للمضرور الحق في التعويض الكامل الجابر، و لذلك يجب أن يقدر التعويض وفقا لقيمة الضرر في يوم النطق بالحكم، كما يجب عند إجراء هذا التقدير مراعاة زيادة الأسعار التي حدثت قبل الحكم.

و تضيف ذات المحكمة ما يلي :لذلك تعين على المحكمة الاستئنافية أن تدخل في اعتبارها عند تقدير التعويض زيادة قيمة الضرر تبعا لانخفاض قيمة النقود في الفترة بين حكم أول درجة والحكم الاستئنافي .[4]

و من هنا يراعي القاضي في تقدير التعويض النقدي، قيمة الضرر يوم إصدار حكمه، و مدى تغير قيمة النقد و قوته الشرائية ، حتى يكون التعويض رحاب ا للضرر بصفة حقيقية [5].

1- عدلي خليل المرجع السابق، ص145 .

2- أنظر لمادة 131 من القانون المدني للمعدلة بالقانون05 - 10.

3- قرار محكمة النقض المصرية، في 17 أفريل1947/ ، أشار إليه : محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص189 - 190.

4-قرار محكمة النقض الفرنسية، في / 24 مارس 1942/ ، أشار إليه طاهري حسين، المرجع السابق، ص69 .

5- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص274

فإذا كانت قيمة النقود تتدهور بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية، تقتضى عدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود أي قيمتها العددية، أي يجب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر، بحيث يزداد التعويض في مقداره بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر (إجراء جراحة أخرى أو شراء أدوية في المستقبل)[1]، و هذا ما راعته محكمة النقض الفرنسية و ذلك في بتحديدها للتعويض المحكوم به في صورة إبراد دوري تتغير قيمته بتغير قيمة النقود، و هذا يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقا لقيمة النقد الذي يقدر به [2].

و بعد كل الذي أسلف فيما يخص طريقة التعويض، سلطة القاضي في تقدير التعويض و وقت تقدير التعويض، بقي أن نشير في الأخير إلى أن دعوى التعويض تسقط بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار[3]، حيث قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رفض دعوى الطاعن، وذلك لتقديمها خارج الآجال المحددة قانونا، حيث قضت بما يلي:" حيث أنه يستخلص من المستندات والوثائق المدفوعة في الملف أن المستأنف قد أدخل للمستشفى الجامعي بن باديس بقسنطينة خلال /02 سبتمبر /1978 من أجل كسر في الساق الأيسر وقد غادر المستشفى في 09 نوفمبر 1978 بعد بتر هذا الساق، وطالما أن الأمر يتعلق بدعوى المسؤولية فكان على المستأنف أن يرفع دعواه في أجل 15 سنة المنصوص عليه في المادة 308 من القانون المدني، وأنه برفع دعواه 17 أوت 1994 فإنه قدمها خارج هذا الأجل ،وأنه يتعين نتيجة لذلك تأييد القرار محل الاستئناف".[4]

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص190 .

2-قرار محكمة النقض الفرنسية، في 17 أفريل1975 ، أشار إليه :طاهري حسين، المرجع السابق، ص69

3- أنظر لمادة 133 من القانون المدني للمعدلة بالقانون05 - 10.

4- قرار الحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 08 /ديسمبر 1997 ، ملف رقم 245640، (غير منشور)

الخـاتمة

الخاتمة:

إن ختام ما يمكن أن نخلص إليه من خلال دراستنا هذا الموضوع هو أن التطور الحديث في المجال الطبي أدى إلى اتساع مفهوم العلاج، إذ لم يعد مقصورا على المعنى التقليدي الذي يقصد به الشفاء المريض من أمراض أو إصابات معينة في الجسم وأجهزته المختلفة .بل تعداه ليشمل الآلام النفسية، وكل ما يحقق راحة وسعادة الإنسان لأسباب نفسية أو فنية أو اجتماعية وذلك من خلال اللجوء إلى بعض الأساليب الفنية الحديثة.

وفي ظل حضارة مادية تقيم للمظهر الخارجي للإنسان الوزن الأكبر ، أقبل الكثير على تحقيق ذلك الهدف من خلال عمليات جراحية لا غاية علاجية محضة فيها، وإنما بهدف إضفاء الطابع الجمالي على صاحبها، ومن هنا أصبحت الجراحة التجميلية واقعا كثيرا ما يعرض المقدمين عليها إلى الأخطار مما وضع فقهاء القانون ورجال القضاء في موقع حرج يجب أن يوازنوا فيه بين وجوب الاعتراف بالجراحة التجميلية كواقع أملته الحياة من خلال اللجوء الإرادي إليه بالرغم مما قد ينجر عليه من أخطار وبين وجوب حماية الأشخاص من مثل هذه الأخطار ولو توفر رضاؤهم، إذ أن الرضا وحده غير محد لإضفاء المشروعية على عمل فيه احتمال تسبيب الضرر ما دام قصد العلاج غائبا.

ولقد تمت هذه الموازنة فعلا على مستوى القضاء الفرنسي إذ انتقل من لا مشروعية هذا العمل قبل 1931 ليصبح عملا مشروعا، ولكن بأسلوب فيه من التشدد ما يحقق الحماية للمقبلين على مثل هذه العمليات، فهذه الأخيرة تجري في ظروف متأنية و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة والتبصر مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه وتبينه الجوانب العملية المرجوة، كما يشترط أن يكون الطبيب على درجة كبيرة من التخصص، وأن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها وليست محلا للتجارب، وأن يراعي التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها.

كما يظهر وجه التشدد في تحديد طبيعة الالتزام الطبي من جهة، وفي التزام الطبيب بإعلام المريض من جهة أخرى، ويبدو التشدد أيضا في تقدير المحاكم لفكرة خطأ جراح التجميل كتوسعة في تحديد الخطأ الفني.

وقد واكب المشرع الفرنسي هذا التطور على مستوى القضاء فأصدر من القوانين ما ينظم هذا المجال من خلال قانون 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية، الأمر 2005 - 776 المتعلق بشروط الترخيص لمنشآت جراحة التجميل، وكذلك الأمر 777- 2005 المتعلق بمدة التفكير والشروط التقنية لسير و عمل منشآت الجراحة التجميلية، وعلى النهج نفسه سار القضاء المصري.

أما المشرع الجزائري فقد بقي بعيدا عن مواكبة هذا التطور رغم أن الواقع الطبي في الجزائر – ومنذ فترة ليست بالقصيرة – كان يفرض عليه أن يسارع إلى تنظيم هذا المجال من خلال نصوص قانونية خاصة وواضحة، وألا يكتفي يسن القواعد العامة التي تبقى مجرد نصوص للاستئناس لأن غياب النصوص الدقيقة و المحددة لضوابط المهنة و بالتالي للمسؤوليات كفيل بتضييع الحقوق وحملها محمل المظنة والتأويل بدل الدقة واليقين .ففي هذا المجال لا تجد سوى المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي بالرغم من اتخاذها سندا لتحميل المسؤولية لكل طبيب غير مختص يقدم على إجراء عملية تجميلية ولو كان جراحا، إلا أن هذه المادة غير كافية إذ يمكن أن تفسر لصالح المختص في الجراحة العامة ولو لم يكن مختصا في جراحة التجميل، إذ أن الجراحة العامة تدرج في الاختصاص وليس في الطب العام .

وبهذا تبقى عدم مسايرة المشرع الجزائري لتطور الجراحة التجميلية من النقائص التي يجب أن يبادر إلى تداركها مثل ما فعل في مجالات أخرى فرضتها الحاجة والتطورات الحديثة في المجال الطبي كنقل الأعضاء وزراعتها وذلك في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها من خلال المواد161 - 168 و كذلك التحارب الطبية العلمية أين نص على إباحتها وذلك من خلال القانون 17/90 المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها، وهذا على الرغم من ضيق هذا المجال مقارنة بمجال الجراحة التجميلية.

ولكن هناك شيء في الأفق يوحي بأن المشرع سيلتفت قريبا إلى تنظيم هذا المجال وهذا بالنظر إلى الملتقيات التي عقدت في مجال الجراحة التجميلية وآخرها ملتقى26 ، 27 نوفمبر 2005الذي نظمه جراحون جزائريون مختصون في الجراحة التجميلية حاصلون على شهادات اختصاصهم من الخارج بالتنسيق مع أساتذة أجانب (من فرنسا) في هذا الاختصاص.

إن مثل هذه الملتقيات لابد وأن تلفت الانتباه أولا على مستوى تكوين الأطباء المختصين في الجراحة التجميلية، ثم على مستوى التنظيم القانوني لهذه المهنة وبالتالي تحديد المسؤوليات بصورة واضحة تتماشى وخصوصيتها السالفة الذكر.

كما أن على القضاء أن يساهم في مواكبة هذا التطور ومسايرة الجديد وخاصة في ظل الواقع الذي جعل من الجراحين العامين يكتسحون الميدان رغم افتقادهم للكفاءة الفنية مما يعرض زبائنهم لخطر الأخطاء الطبية.

كما نقترح و لضمان الحماية الكافية للمريض خاصة في ميدان الطب الخاص وضع صناديق خاصة على مستوى شركات التأمين تتكفل بتعويض المرضى المصابين من جراء أخطاء طبية تجميلية تسهيلا لقبض ،تعويضهم، وبإنشاء هذه الصناديق يمكن أن نتفادى المخاطر والصعوبات الكثيرة التي أصبحت تحيق بمهنة جراحة التجميل وبرجال هذه المهنة، والتقليل من الدعاوي المرفوعة ضد الأطباء أمام القضاء الذي تثقل كاهله، فنترك أصحاب البدل البيضاء يمضون لتأدية رسالة الطب بكل حرية واستقلال، وعدم تخوفهم من مخاطر المسؤولية التي تتربص بممارسة هذه الجراحة .

قائمة المراجع

قائمة المراجع والمصادر :

أولا : القرآن الكريم :

1- سورة الضحى.

2- سورة المائدة.

ثانيا : الكتب :

1- ابو غدة، عبد الستار،(2010) ، مسئولية المراجع وسلوكياته في ضوء القواعد الفقهية، الكويت.

2- امام محمد كمال الدين(1991) ، المسؤولية الجنائية اساسها وتطورها، دراسة مقارنة في القانون الوصفي والشريعة الاسلامية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط2.

3- الإمام مسلم في كتاب اللباس والزينة، باب في لعن الواشمات والمتفلجات، حديث رقم1386 ، الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري، مختصر صحيح مسلم، دار ابن عفان المملكة العربية السعودية، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، الطبعة الأولى للطبعة الجديدة، 1411 هـ.

4- الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري الجلد الرابع المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة جديدة، الطبعة الأولى، 1422هـ2001 .

الإمام الحافظ أبي العلا محمد عبد الرحمان ابن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

5- المجالي، نظام توفيق، (2017) شرح قانون العقوبات القسم العام دراسة تحليلية في النظرية العامة للجريمة والمسؤولية الجزائية، ط 6 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن.

6- السعيد السعيد مصطفى، (1957) الاحكام العامة في قانون العقوبات، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر.

7- القللي، محمد مصطفى(1948) ، المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة الفؤاد الأول، مصر.

8- الفراهيدي، أبو عبد الرحمن بن احمد ،ت 175 هجرية تحقيق المخزومي مهدي ،والسامرائي ،ابراهيم دار الحرية للطباعة، بغداد, 1404 هجرية - 1988 ميلادي عن مطابع الرسالة 77/3.

9- الفضل، منذر (1992)، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن.

10- الحداد، يوسف جمعة يوسف(2003) ، المسؤولية الجنائية عن اخطاء الاطباء في القانون الجنائي لدولة الامارات، مكتبة الحلبي الحقوقية.

11- أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005 .

12- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية، دار الإيمان، دمشق الطبعة الأولى 1984.

13- بهنام رمسيس، (1676) الجريمة والمجرم والجزاء، الاسكندرية، ص 910، 2، الالفي، احمد، بدون سنة نشر، الموسوعة الجنائية.

14- حومد عبد الوهاب ،(1987) اصول المحاكمات الجزائية المطبعة الجديدة.

15- حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة .دراسة مقارنة (الجزائر -فرنسا)، دار هومة ،الجزائر،2004 .

16- جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2000 .

17- راشد علي (1974)، القانون الجنائي المدخل واصول النظرية العامة، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

18- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة المعارف، الإسكندرية،2004 .

19- سورنيا، جان ،شارل ،(2002) تاريخ الطب من فن المداولة الى علم التشخيص عالم المعرفة.

20- شمس محمد زكي (1999) المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، ط الاولى، دمشق.

21- شديفات، صفوت (2011)، المسؤولية الجنائية عن الاعمال الطبية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن.

22-عالية، سمير ،(2001) ، شرح قانون العقوبات القسم العام المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر.

23- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي الجزء الأول، بيروت،1952 .

24- عبد الوهاب عرفة الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2005 .

25- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1988.

26- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية والقانون السوري والمصري والفرنسي دار المعارف، لبنان، الطبعة الأولى،1967 .

27- عجاج، طلال، (2004)، المسؤولية المدنية للطبيب، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1 طرابلس، لبنان.

28- عثمان ،امال ،(1972) السكر والمسؤولية الجنائية مجلة القضاء، العدد 7.

29- عودة، عبد القادر،(2006) ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي392 .

30- قريني علي عادل يحيى(2000) ، النظرية العامة للأهلية الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية.

31-محمد عوض(2000) ، قانون العقوبات القسم العام جامعة الاسكندرية .

32- محمد سامي الشوا، مسؤولية الاطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .

33- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة.

34- مجحودة، احمد، (بدون) (سنة)، ازمة الوضوح في الاثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، ج 1، ط2، دار هومه للطباعة الجزائر.

35- مصطفى محمود محمود(1998) ، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، دار الإسراء للنشر والتوزيع، القاهرة.

36- مصطفى ابراهيم المعجم الوسيط، الجزء الاول والثاني المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر، تركيا.

37- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام القواعد العامة والقواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1986 .

38- محمد حسين منصور المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة1999 .

39- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة الجزائر،2007 .

40- رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، شركة بأس للطباعة، الطبعة الأولى، مصر،2005 .

41- طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران،2001 .

ثالثا : الرسائل والمذكرات :

1- العشوش كريم، العقد الطلبي مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق جامعة الجزائر،-2000 2001.

2- فريد عيسوس :الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون السنة الجامعية، 2002 ،2003.

3- نصر الدين ماروك الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر، 1997/1996.

4- خميخم، محمد، ، (2010)، الطبيعة الخاصة للجريمة الاقتصادية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، بن عكنون جامعة الجزائر.

5- عبد الرحيم بن فاتح (2015)، المسؤولية الجنائية الطبية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الجنائي، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر.

6- مالكية، نبيل،(2017) ، المسؤولية الجزائية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، قسم القانون.

7- محمد بن المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه الجامعة الإسلامية بالمدينة، مكتبة الصحابة، السعودية،1992 .

8- المبحوح، محمود احمد عبد الرؤوف(2017) ، المسؤولية الجزائية للصيدلاني في التشريع الفلسطيني، دراسة مقارنه بالشريعة الاسلامية كلية الشريعة والقانون جامعة الاسلامية بغزة استكمالا النيل شهادة الماجستير في القانون، القسم العام.

رابعا : المقالات والمجلات :

1- محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، الكويت،1979.

2- وديع فرج مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 4 ، السنة12 ، مصر.

3- اورفلي سمير ،(1984)، مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، بحث منشور في مجلة رابطة القضاء بالدراسات القانونية والقضاء، السنة 20 العدد 8 .

4- بهنسي، أحمد فتحي، (1976)، المسؤولية الجنائية بين الشريعة والتشريعات الوضعية المجلة الجنائية القومية، القاهرة.

5- حسني، محمود نجيب،(1994) ، الخطأ غير العمدي في قانون العقوبات، مجلة المحاماة، العدد6 .

6- مجنود، عبد الله (2004) الممارسة الطبية بين خطا الطبيب ومضاعفات المرض، موقع الجمعية السعودية لطب الاسرة والمجتمع.

7- العطور، رنا ابراهيم سليمان(2006) ، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد2.

8 - الظفيري، فايز، (2001)، نقل وزراعة الاعضاء من منظور جنائي مجلة الحقوق، العدد 2.

خامسا : مصادر قانونية :

1- قانون العقوبات الجزائري، رقم 16 لسنة 1972.

2- المرسوم التنفيذي رقم92 - 276 .

3- تنص المادة 288 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

4- القانون رقم 05-85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17- 90 المؤرخ في 31 جويلية1990 ، ج . ر العدد 35 .

5- المرسوم التنفيذي رقم 393-09 المؤرخ في 24 نوفمبر 2009 ، ج ،ر رقم70 ، الصادرة بتاريخ 29 نوفمبر 2009 .

6-الأمر رقم 66-65 المؤرخ في 04 أفريل 1966 ، ج .ر رقم67 ، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 05أفريل1966 .

7- المرسوم التنفيذي 66-67 المؤرخ في 04 أفريل1966 ، ج.ر رقم67 ، السنة الثالثة، الصادرة بتاريخ 05 أفريل1966 .

8- قانون العقوبات العراقي، رقم 111 لسنة 1969.

9- المادة L6322-1 الواردة في القانون2002 - 303المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية.

10- المادة 162 فقرة أولى من قانون رقم 05-85 مؤرخ في 26 جمادى الأولى1405 ، الموافق 16 3فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها .الجريدة الرسمية، العدد الثامن.

11- المادة 44 من المرسوم التنفيذي 276-92 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 6 جويلية 1992المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجريدة الرسمية، العدد52 .

12- المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر66 - 154 المؤرخ في : 18صفر1386 ، الموافق لـ 8 جوان1966 ، الجريدة الرسمية العدد47 .

سادسا : المراجع بالأجنبية :

1- Angelo Castelletta, Responsabilité Médicale – Droit des malades, DALLOZ, 20mm edition, BELGIQUE, 2004.

2 – Jean Penneau, La responsabilité du médecin, Dalloz, 20me edition Paris, 1996.

3- Michele Harichaux Ramu, la responsabilité du médecin, juris classeur civil, responsabilité civil, 440-3, article 1382 à 1386, éditions techniques, année 1993.

4- Ossoukine abdelhafid, traité de droit médical, publications du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003.

5- Daniel Rouge, louis arbus, Michel costagliola, Responsabilité medicale de la chirurgie a l'eshetique, Arnette, paris, 1992.

6-M.M. hannouz et A.R. Hakem, précis de droit médical, office des publications universitaires, Alger, 1992.

الملخص

الملخص :

تعد الجراحة التجميلية من اهم المواضيع التي تستحق دراسة قانونية، نظرا لانتشارها الواسع وصعوبة تحديد طبيعتها القانونية التي تثير عدة إشكالات من حيث طبيعة المسؤولية الجزائية لجراح التجميل وما تتميز به عن مسؤولية الجراح العادي وذلك في إطار اختلافات فقهية وقضائية، ولقد كانت التشريعات أكثر صرامة فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب في جراحة التجميل خلافا لما هو في الجراحات الأخرى.

لذلك تطورت قواعد المسؤولية الطبية تطورا ملحوظا، فلم يكن من المتصور في البداية مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ولكن مع استقرار مبادئ المسؤولية الجزائية أصبح من الممكن مساءلتهم عن الأخطاء العمدية، ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح رجال الطب مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم.

الكلمات المفتاحية: الجراحة التجميلية، المسؤولية الجزائية ، الخطأ الطبي.

Summary :

Plastic surgery is one of the most important topics that deserve legal study, due to its wide spread and the difficulty of determining its legal nature, which raises several problems in terms of the nature of the criminal responsibility of the plastic surgeon and what distinguishes it from the responsibility of the ordinary surgeon, within the framework of jurisprudential and judicial differences, and the legislation has been stricter with regard to the responsibility of the doctor in plastic surgery, unlike what is in other surgeries.

Therefore, the rules of medical liability developed significantly, it was not conceivable at first to hold doctors accountable for their mistakes, but with the stability of the principles of criminal responsibility, it became possible to hold them accountable for intentional errors, and then responsibility developed after that so that medical men became responsible for mere negligence and gross error.

Keywords: Plastic Surgery, Criminal Liability, Medical Malpractice