



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة جيلالي ليابس
كلية الحقوق و العلوم السياسية 19 مارس 1962 سيدي بلعباس

أثار رضاء المريض على مسؤولية جراح التجميله -دراسة مقارنة-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص حقوق فرع قانون جنائي

تحت إشراف الأستاذ الدكتور
أ/د . بودالي محمد

إعداد الطالبة:
بوسماحة أمينة .

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: ثابري مختار	أستاذ محاضر-أ-	جامعة سيدي بلعباس
رئيسا		
السيد: بودالي محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس
مشرفا ومقررا		
السيد: نقادي حفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة
مناقشا		عضوا
السيد مراح نعيمة	أستاذة محاضرة -أ-	جامعة سعيدة
مناقشا		عضوا

السنة الجامعية 2018/2019 م 1439/1440هـ

إهداء

إلى

من كلكه الله بالهيبة و الوقارإلى من علمني العطاء من دون انتظار
....إلى من أحمل إسمه بكل افتخارإلى من كان عوناً لي وسنداً وجدار
.....ستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها في الليل والنهار
أبتي الغالي

إلى

ملاكي في الحياةإلى معنى الحب و الحنان و بسمة الوجود ...إلى من كان
دعائها سر النجاح والصعود
أمي الغالية

إلى

من رافقوني منذ صغري ومعهم سرت الدرب خطوة بخطوة
أخواتي .

إلى

رفيق دربي في هذه الحياة و شريكي
زوجي .

إلى

من كانوا سبب ضحكتي وبهجتي وسروري ...إلى من أصبحت بفضلهم
أما ...كتاكتي
شهد إلهام ومحمد إياد.

إلى

كل من عرفني كيف أجدهم و علومني أن لا أضيعهم .
أحبابي .

شكر و عرفان

"الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لو لا أن هدانا الله " ، أشكر الله
عز وجل على الإعانة و التيسير و أعود به من كل إخفاق وتعسير ، كما
أتوجه بالشكر الجزيل الأستاذ الدكتور الفاضل

"بودالي محمد " الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الأطروحة ،
وعلى ما قدمه من نصح وإرشاد فقد أفادنا بعلمه الجليل وخصص لنا من
وقته الكثير .

كما أتقدم بشكري وامتناني إلى كل من الأساتذة الدكاترة المكلفين
بمناقشة هذه الأطروحة فجزا هم الله عنا كل خير .

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس "

قائمة المختصرات

1-قائمة المختصرات باللغة العربية :

- ق.م.جالقانون المدني الجزائري .
- ق.م.فالقانون المدني الفرنسي
- ق.ع.جقانون العقوبات الجزائري .
- ق.ع.مقانون العقوبات الفرنسي .
- ق.ع.مقانون العقوبات المصري.
- ق.إ.م.إقانون الإجراءات المدنية والإدارية .
- ق.إ.ج.جقانون الإجراءات الجزائية الجزائري .
- ق.أ.جقانون الأسرة الجزائري.
- ق.ح.ص.تقانون حماية الصحة وترقيتها .
- م.أ.طمدونة أخلاقيات الطب .
- ج.رالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

- ص.....الصفحة .
- ج.....الجزء .
- ع.....العدد .
- م.....المجلد .
- م.....المادة .
- ف.....الفقرة .
- ط.....الطبعة .
- د . ر . ط.....دون رقم الطبعة .

2- Liste des abréviations en l'ange française :

- Art.....Article .
- C.C.F.....Code Civil Français.
- C.h.....chambre.
- Civ.....Civil.
- Cass.crim.....Cassation Criminelle.
- D.....Dalloz.
- Ed.....Edition .
- N.....Numéro
- P.....Page .

المقدمة:

تعتبر فكرة البقاء من الأفكار التي داعبت عقل الإنسان منذ وجوده في البشرية، غير أنه وبمرور الزمن وتغير المعتقدات الدينية و الأخلاقية أدرك أن مصره الموت لا محالة ، وعلى هذا فقد حاول التثبيت و الاحتفاظ بالجمال والصحة أطول وقت ممكن من تلك الحياة الزائلة ، فاستعملت طرق عدة ووسائل كثيرة بالرغم من بدائيتها في ذلك الوقت من أجل الحفاظ على ذلك الجمال .

فأصبح هذا الأخير مطلباً أساسياً لدى كل إنسان مهما كان جنسه رجلاً أم امرأة ؛ ذلك أن الجمال يجعل الإنسان جذاباً أو على الأقل مقبولاً في عيون الآخرين وهو أمر يجلب السعادة والسرور في نفسه .

وعلى العكس من ذلك فإن قبح الشكل يجعل الإنسان يشعر بالخزي و الخجل، وقد يعرضه ذلك إلى للسخرية والإستهزاء من قبل الآخرين مما قد ينعكس على نفسيته فيدفعه إلى الإنطواء و الإنزواء ليتوارى عن عيون الناس .

فالأصل في خلقه الإنسان أن تكون جميلة وهذا فضل من الله عز وجل على الإنسان لقوله تعالى " لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ¹ " ، وكما يقول أيضاً جل شأنه في آية أخرى "ياأيها الإنسان ما غرك بربك الكريم ، الذي خلقك فسواك فعدلك ، في أي صورة ما شاء ركبك ² " .

غير أنه قد تطرأ على هذا الأصل أمور استثنائية تؤثر فيه ، فقد يولد الشخص بتشوهات أو عيوب خلقية نتيجة لعوامل وراثية أو أمراض معينة، وقد يصاب بتشوهات في جسمه بفعل ما يتعرض له في حياته من حوادث أو كوارث طبيعية كالحروق أو الكسور ، كما قد يفقد الشخص ملامحه وصفاته الجمالية مع تقدم السن مما يسبب عدم تناسق في شكله أو جسمه كالمسنة المفرطة أو تجاعيد الوجه وغيرها .

فكانت الوسائل المستعملة للتجميل بسيطة جداً في البداية ، أغلبها مستمد من الطبيعة كالأعشاب واستخلاص الزيوت، أما بتقدم العلم فقد لجأ الإنسان بغية الاحتفاظ بجماله أو استعادته إلى وسائل متطورة خاصة بالتجميل بدءاً من مواد التجميل على اختلاف أنواعها وصولاً إلى التدخل الجراحي لإصلاح عيب أو إخفائه أو لإزالة تشوه وراثي أو طارئ.

¹ سورة التين ، الآية رقم 04.

² سورة الإنفطار ، الآيات رقم 6-8.

وهنا ظهرت جراحة جديدة في مجال الطب أطلق عليها اسم "جراحة التجميل"، والتي تهدف الى إعادة التوازن لجزء من أجزاء الجسم مما يتفق مع معايير الجمال المناسبة له ، فكانت هذه الجراحة تجرى من أجل تحسين منظر جزء من أجزاء الجسم إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه .

فالهدف من هذه الجراحة علاج بعض العيوب الخلقية أو التي تكون ناتجة عن بعض الحوادث أو الحرائق ، والتي تسبب له ألما بدنيا أو نفسيا ، ومع تطور هذه الجراحة زال الاعتقاد الذي كان سائدا في بداية ظهورها أنها تستهوي النساء فقط ، فقد أصبحت اليوم تجذب الكثير من الرجال ممن تكون الوسامة وتناسق القوام رأس ماله، أو عنصرا أساسيا في كسب رزقه كالممثل وعارض الأزياء، بل أبعد من ذلك فقد أصبحت اليوم هذه الجراحة ملاذا لبعض المجرمين يلجؤون إليها من أجل تغيير أشكالهم محاولة منهم التهرب والتنصل من الملاحقة ثم العقاب .

ومن هذا المنطلق فإن الدافع الأساسي للجوء إلى هذا النوع من الجراحة ينحصر ما بين الحاجة العلاجية و النفسية، فقد يلجأ إليها الشخص بغية التخلص من تشوه أو عيب خلقي أو مكتسب إثر حادثة معينة، خصوصا إذا كان هذا التشوه أو العيب سببا في حرمانه حقا من حقوقه كالزواج أو الحصول على وظيفة ما ، كما قد يلجأ إليها الشخص رغبة منه في تغيير مظهره أو شكله للوصول إلى نموذج جمال على شاكلة شخص آخر يتأثر به .

وإذا نظرنا إلى تاريخ هذه الجراحة نجد أنها ليست وليدة العصر الحديث ، فقد عرفت في صورة بدائية منذ العصور القديمة ، فقد مارس الأطباء في الهند قديما بعض من هذه الجراحات في القرن السادس قبل الميلاد ، خاصة عمليات ترقيع الأنف وترميمه، كما قام الرومان باستخدام تقنيات بسيطة مثل إصلاح الأذان بدءا من القرن الأول قبل الميلاد .

أما في الشريعة الإسلامية فنجد أن الإسلام قد عرف أساليب العلاج و التداوي قبل أن تعرفه القوانين الوضعية بعدة قرون، فالإنسان من واجبه المحافظة على سلامة جسده عن طريق العلاج والمداواة، ورغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية وإن لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الواسع الذي عرفه المحدثون فقد عرفوا بعضها ونصوا على حكمه .

وبتقدم العلم في المجال الطبي لاسيما في مجال جراحة التجميل الذي شهد تطورا غاية في الأهمية ، حيث أصبحت المعدات والأجهزة و المختبرات في دول العالم كفيلة بتشخيص المرض ومعالجته دون ضرر ، غير أنه مقابل ذلك ازدادت المخاطر الناتجة عن هذا الأساليب الحديثة مما جعل القوانين الوضعية تتدخل لتنظيم هذه المهمة بصفة عامة

وتحديد شروط مزاولتها على اختلاف اختصاصها بنصوص قابلة للتطبيق لا تحد من نشاط الأطباء واندفاعهم ، وفي الوقت نفسه تحافظ على هذا النوع من الجراحة .

ونتيجة لذلك ، فقد أثار هذا النوع من الجراحة كغيره من التدخلات الطبية مشكلة مسؤولية الأطباء عن أخطائهم التي تحصل أثناء ممارستهم لعملهم ، ذلك أن الطبيب بشر معرض لارتكاب الأخطاء شأنه شأن باقي البشر .

فبعدما كانت المسؤولية الطبية تثور على الأخطاء العمدية المرتكبة من قبل الأطباء ، أصبحت تقوم حتى في حالة الإهمال و الخطأ غير العمدي ، مما جعل الإلتزام الملقى على عاتق الطبيب هو التزم ببذل العناية اللازمة .

ولأن إباحة المساس الجراحي بجسم الإنسان بواسطة التدخلات الجراحية مهما بلغت جسامتها ، يبرره حق الطبيب أو الجراح في تحقيق هدف أسمى هو العلاج³، فالحق في سلامة الجسم هي مصلحة عليا، وحتى الشريعة الإسلامية فقد اعترفت بمسؤولية الطبيب المخطئ حيث ثبت عن النبي -عليه الصلاة والسلام - قوله : " من تطب ولم يعلم منه الطب فهو ضامن "⁴.

وهي مصلحة للفرد يحميها القانون تتجلى ذلك في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته ، تؤدي وظائفها على نحو عاد وطبيعي ، و في الاحتفاظ بكل تلك الأعضاء كاملة غير منقوصة، وكذلك في أن يتحرر الإنسان من الآلام البدنية والنفسية فحقه في سلامة جسده من المبادئ المسلم بها في قواعد الأخلاق والدين⁵.

ذلك أن العلاقة بين الطبيب أو الجراح والمريض هي علاقة إنسانية بالدرجة الأولى ، وقانونية أيضا والتي تفرض على الطبيب بذل العناية اللازمة التي تقتضيها أصول مهنة الطب وكذا الاهتمام بالمريض وتقديم العلاج المناسب له، لذلك أصبح الأطباء اليوم يسألون عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء مزاولتهم لمهنتهم، كما غفاله لبعض حقوق المرضى، والتي من أهمها أخذ موافقة ورضا المريض من أجل التدخل الطبي.

³ أسعد عبد منير الجميلي ، الإتجاهات الحديثة في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2015، ص13.

⁴ أبو سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، تعليق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان ج4 ، رقم 4586 .. ص.195.

⁵ محمد محمد أحمد السويلم ، مسؤولية الطبيب و الجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقهاء الإسلامي ، ط1، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، 2009، ص.8.

فموضوع الرضا في المجال الطبي هو من أهم المشاكل التي تثار في هذا المجال، والتي تنتج عن مسألة الإعلام وذلك من خلال تحديد المعلومات التي يجب إيصالها إلى المريض و التي استنادا عليها يصدر هذا الرضاء.

من جهة أخرى فقد تطور شرط الرضا في مختلف الأعمال الطبية ومر بمراحل تاريخية عديدة، انتهت فيما بعد إلى اعتماد نظرية الرضا المتبصر أو المستنير⁶؛ والتي تعني إعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته الصحية ومخاطر العلاج قبل الحصول على إقرار منه، فيكون له الخيار في قبول العلاج أو رفضه، فمسألة الإعلام لها صلة وثيقة برضاء المريض لأنه سابق له ويبنى على أساسه .

غير أن هناك بعض المشاكل التي يثيرها هذا الرضا، سواء أكان من الناحية النظرية أم من الناحية العلمية، فالناحية النظرية تثار فيها مسألة مصدر طبيعة التزام جراح التجميل بإعلام المريض، فقد ثار جدل حول الأساس القانوني لهذا الالتزام ،كون مصدره العقد الطبي -جراحة التجميل – أو القانون الذي يشترطه أساسا لإباحة العمل الطبي بصفة عامة والعمل الطبي التجميلي بصفة خاصة.

في حين أن المشاكل التي تثار من الناحية العلمية متعلقة بدقة المعلومات التي يجب إيصالها للمريض ، خاصة أن معلومات المريض في هذا المجال ضعيفة مقارنة بما يعلمه الطبيب أو الجراح.

و على ذلك يتطلب لدراسة موضوع الرضا في مجال جراحة التجميل، البحث أساسا في شروط الرضا بصفة العامة ، والتي ترجع إلى القواعد العامة في القانون المدني ، إضافة إلى شروط أخرى تفرضها طبيعة العلاقة بين جراح التجميل ومريضه، والتي تركز بالضرورة على رضا الطرف الذي سيتم التعاقد معه .

كما أن مسألة تحديد شروط الرضا يقودنا بالضرورة إلى مناقشة رضا الصغير ومن هو في حكمه كالمجنون و المعتوه و المريض عقليا ، حتى يتم معرفة المدى الذي يمكن معه الإعتداد بموافقة هؤلاء عن العمل الجراحي التجميلي من الناحية القانونية، وذلك في مختلف التشريعات بدءا من التشريع الجزائري ومقارنته مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وباقي التشريعات العربية والغربية الأخرى .

⁶ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، د.ر.ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2009 ، ص.13.

إضافة إلى ما سبق فمسألة الرضاء أيضا تثير نقطة أخرى في غاية الأهمية، والتي تتمثل في تحديد من يقع عليه عبء إثبات تخلف الرضاء خاصة مع النظرة المغايرة التي وصل إليها القضاء المقارن وبخاصة القضاء الفرنسي في نقله لعبء الإثبات من المريض إلى الطبيب⁷.

وبإثبات تخلف الرضا في جراحة التجميل نكون أمام جزاءات يقررها القانون نتيجة الإخلال بهذا الشرط الجوهري، فتثار مسألة مدى نجاعة فاعلية هذه الجزاءات من تقرر لجبر الضرر المترتب عن هذا الإخلال .

غير أنه لا يمكن مع هذا تجاهل مدى صعوبة إثبات عناصر مسؤولية الطبيب المتمثلة في الخطأ والضرر و علاقة السببية بينهما، فإثبات هذه العناصر زادت حدته فيما يخص إثبات إخلال جراح التجميل في الحصول على رضا مريضه رضاءا مستتيرا لا يشوبه أي نقص ، وذلك نظرا لطابعه الخاص الذي يكتنف علاقة المريض بجراح التجميل و التي يؤتمن فيها هذا الأخير على جسد المريض من غير دواعي مرضية مباشرة ، فيلقي المريض بنفسه بين من يرجو منه العافية والسرور .

و على هذا فالترزام جراح التجميل بأخذ رضا المريض، يعتبر من أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه تجاه مريضه، فيعتبر شرطا من شروط مشروعية هذه الجراحة، ولا يكتمل هذا الرضا إلا بإعلام المريض بكافة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها من جرائها، وليس فقط المخاطر المتوقعة و العادية بل جميع المخاطر حتى لو كانت نادرة الحدوث أو مخاطر استثنائية، وبغض النظر عما إذا كانت هذه المخاطر جسيمة أو بسيطة ، فضلا عن إحاطته علما بالظروف التي ستتم فيها هذه الجراحة وما تقتضيه من أعباء وتكاليف مالية .

كما على الجراح أن يوضح للمريض ما إذا كانت هذه الجراحة ستتم بتخدير كلي أو بتخدير موضعي، وكذا المكان الذي ستجرى فيه سواء أكان ذلك في عيادته الخاصة أم في المستشفى، كما يجب أن يلفت نظره إلى الإرشادات الواجب إتباعها بعد الجراحة لضمان نجاحها .

مقابل ذلك يجب أن لا يكون هذا الإعلام بأسلوب فني معقد، وإنما يجب أن يكون بأسلوب جلي يسهل على المريض فهمه بوضوح ، فالالتزام بإعلام المريض هو تحصيل حاصل للالتزام بأخذ موافقة المريض ورضاه.

⁷ قرار صادر يوم 25 /02/ 1997 . أنظر: جابر محجوب علي، دور إرادة المريض في العمل الطبي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 ، ص 426.

والواقع أن الإلتزام بالحصول على رضا المريض هو التزام تحتمه القواعد العامة للعمل الطبي على كل طبيب أو جراح مهما كان تخصصه ، كونه يقوم على أساس ما للإنسان من حق في سلامة جسمه ، فبموجب هذا الحق لا يجوز بتاتا المساس بجسم الإنسان بغير رضاه⁸ .

وليس المقصد من هذا الرضاء مجرد الإيجاب الذي يصدر من المريض لجراح التجميل، والذي ينشئ العقد الطبي بينهما بالتقائه بقبول الجراح، وإنما هو رضاء خاص ينبغي على جراح التجميل الحصول عليه من المريض متى أراد البدء بأي إجراء تنفيذيا لهذا العقد ، وهو يتمثل في رضاء المريض بالخضوع لهذه الجراحة⁹ .

على هذا الأساس فهناك فرق بين رضاء المريض اللازم لإبرام العقد الطبي الذي يربطه بجراح التجميل ، وبين رضائه بالخضوع للجراحة المراد القيام بها بموجب هذا العقد ، فالرضاء الأول يظهر في صورة الإيجاب الذي يصدره المريض للجراح عند تقدمه لطلب إجراء جراحة تجميل معينة له ، فإن قبل ذلك الجراح نشأ العقد بينهما تحت مسمى "العقد الطبي" .

أما الرضاء الثاني فهو رضاء لازم لإجراء الجراحة بالفعل ، الذي يتعين على جراح التجميل أن يحصل عليه قبل الشروع في التدخل الطبي لإضفاء صفة المشروعية عليه تنفيذيا للعقد الطبي المبرم بينهما .

وفي جميع الأحوال فالرضاء الذي يحصل عليه جراح التجميل لا يعني أن المريض أعطى له صكا على بياض ليتصرف في جسمه كيفما يشاء، وإنما هو رضاء خاص بالتدخل الجراحي المتفق عليه، والذي يحتم على الجراح تبعا لذلك في حالة ما إذا أراد أن يغير سواء في طريقة التدخل أو في إجراء تدخل جراحي تكميلي غير متفق عليه ، حينئذ عليه أن يحصل على رضاء جديد يخص هذا التغير أو التعديل ، ويبقى للمريض الحرية في قبول أو رفض هذا التغير .

ولعل السبب الرئيس الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع ليكون محلا للدراسة، هو دافع إنساني بالدرجة الأولى ؛ ذلك أن العلاقة بين الطبيب و المريض هي علاقة غير متكافئة حيث يكون فيها هذا الأخير -المريض- عادة في مركز ضعف.

⁸ رجب كريم عبد اللاه ، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة ، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 2009، ص.60.

⁹ حسن زكي الأبراشي ،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1951 ، ص.305 .

فهناك عدم توازن معرفي بين ما يعرفه الجراح من معلومات حول تخصصه وحول تنفيذ العقد الطبي التجميلي، وبين تلك المعلومات البسيطة التي بالكاد يعرفها المريض مما يجعل الإنتهاكات التي يتعرض لها هذا الأخير كثيرة، من خلال عدم احترام الجراح لكرامة مريضه وخصوصيته وعدم الإعتداد بإرادته ورأيه ورضاه.

بالإضافة إلى ذلك ، عدم وجود قانون خاص ينظم العقد الطبي التجميلي ويبين آثاره، وما يترتب عنه من حقوق والتزامات لكل من المريض و الجراح على حد سواء، فهو عقد غير مسمى في القانون المدني يخص القواعد العامة، ناهيك عن عدم وجود وثيقة خاصة بحقوق المريض .

ومن خلال ذلك فإن أهمية موضوع الرضا ومدى مسؤولية جراح التجميل في حالة تخلفه ، تكمن في اعتبار هذا الشرط من أخطر وأبرز الشروط الواجب توافرها في الجراحة التجميلية .

كما تكمن أهميته أيضا في الحيز الذي شغله هذا النوع من الجراحة في واقعنا اليوم، فقد شكل مجالا خصبا للنزاعات الطبية ، من خلال لجوء المرضى غير الراضين عن العلاج وعن نتائجه إلى متابعة أطبائهم، على أساس إخلال هؤلاء بحق أخذ رضاهم أو إعلامهم بكافة مخاطر هذا التدخل الجراحي .

إضافة إلى ذلك ازدادت هذه الأهمية بازدياد المخاطر التي تنتج عن ممارسة الطب الحديث ، وعجز المحاكم عن توفير الحماية القانونية الكافية و اللازمة للمرضى، نتيجة عدم قدرتهم على إثبات أخطاء الأطباء ، لاسيما ما تعلق بمشاركة المرضى في اتخاذ القرارات التي تخص سلامة جسداهم .

هذا الأمر دفع بالمشرع في كثير من الدول إلى ضرورة التأكيد على رضاه المريض ، باعتباره أساسا لإباحة العمل الطبي الذي لا يكون مباحا إلا بعد الحصول على موافقة المريض موافقة صريحة متبصرة .

كما تستشف أهمية هذا الموضوع ، من خلال أن ضمان وحماية حقوق المرضى في المجتمع، تعني بالضرورة ضمان وحماية لعدة حقوق أساسية للإنسان، كحماية حقه في الحياة و في سلامة جسده وصحته، وكذلك حقه في التعبير عن رأيه وفي تقرير مصيره وكذلك في احترام إنسانيته وكرامته وخصوصيته، على أساس أن حقوق المرضى هي أحد الآثار المترتبة عن عقد العلاج الطبي التجميلي ، والذي يعد من العقود العامة و المنتشرة في المجتمع .

هذه الحماية والمعرفة تفسح المجال للمريض بالاحتجاج عن هذه الحقوق عند الحاجة، فإدراك أهمية الرضا في مجال جراحة التجميل، يقودنا إلى دراسة القواعد العامة التي تحكم مزاوله العمل الطبي وإبراز وظيفته، تظهر أهميته من الناحية النفسية والأخلاقية والقانونية.

من أجل ذلك تم الإعتماد على المنهج الوصفي من خلال توضيح خصائص الجراحة التجميلية، والتي تعد فرعاً من فروع الجراحة العامة لنصل إلى معرفة مشروعية جراحة التجميل وتبيان عناصرها وكذا تبيان مسؤولية الجراح والمريض فيها .

كما تم الإعتماد على المنهج التاريخي عند تناول تطور هذا النوع من الجراحة في العصور القديمة ومدى تطور الضوابط التي تتعلق بها في الفقه و القانون .

أما المنهج التحليلي فكان حاضراً من خلال الإعتماد على ماورد من نصوص في التشريع الجزائري وتحليلها، ومحاولة الربط العلمي بينها ، ومن ثم التوصل إلى تحديد الإطار القانوني لمسألة الرضا في جراحة التجميل .

الأمر الذي دفع بالباحثة إلى اعتماد منهج المقارنة أيضاً للوقوف على أحكام جراحة التجميل في الشريعة الإسلامية من جهة، وما جاءت به القوانين العربية والغربية في تنظيمها لمسألة اشتراط الحصول على موافقة المريض في الجراحة التجميلية من جهة أخرى وكذا الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذا الشرط .

انطلاقاً من هذه المعطيات برزت لنا الإشكالية الرئيسية للدراسة و المتمثلة في ما مدى مسؤولية جراح التجميل عن عدم حصوله على رضا المريض ؟ و التي تنبثق منها العديد من الإشكاليات الفرعية :

- 1- مدى شرعية جراحة التجميل في نطاق القانون والشريعة الإسلامية ؟
- 2- ما موقف كل من القضاء و الفقه في مسألة اشتراط الرضا في جراحة التجميل ؟
- 3- ما هي الجزاءات المترتبة عن تخلف الرضا في جراحة التجميل ؟
- 4- ما هي عناصر كل من المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة في إطار هذه الجراحة ؟

في سبيل ذلك ارتأينا لدراسة هذه المعطيات تقسيم الدراسة إلى بابين رئيسيين، يسبقهما فصل تمهيدي خصص لمعالجة تاريخ جراحة التجميل وأنواعها وأحكامها ، أما الباب الأول فخصص لدراسة الطبيعة القانونية للرضاء ، في حين خصص الباب الثاني لمسؤولية جراحة التجميل الناتجة عن عدم حصوله على رضاء المريض .

الفصل التمهيدي

نبذة تاريخية عن جراحة التجميل والعمل الطبي

لقد فضل الله تعالى بني آدم عن باقي المخلوقات ، فأكرمه بالخلقة والقوام الحسن امتثالاً لقوله تعالى "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم " 10 ، ولقوله أيضاً "يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك " 11 ، وبهذا كان الجمال هو أصل خلقة الإنسان الذي أصبح شغوفاً بالمحافظة عليه فكان مطلباً أساسياً لديه ومصدر سعادته وسروره.

غير أن هذه السعادة قد تزول و تمحي إذا ما طرأ على هذا الأصل و على هذه الخلقة تشوه أو عيب يجعل من شكل الإنسان عكس طبيعته التي خلق بها ، فتكون هذه التشوهات مصدر قلقه الدائم .

بيد أنه يجب التنويه أن هذه التشوهات و عيوب الخلقة قد تكون نتيجة حوادث بعد الولادة , وقد تكون عيوباً وراثية سواء اكتسبها من جانب الأم أو من جانب الأب ,كولادة الطفل بأصبع زائدة أو بأنف أطول غير طبيعي أو إعاجاج في الفكين و غيرها من التشوهات ,بالإضافة إلى إمكانية تعرضه في حياته إلى حوادث تجعل من خلقة الطبيعية مشوهة كحرق يغير شكل وجهه أو حادث مرور يفقد من جرائه احد أعضائه أو يصبح منظر هذا العضو يثير الاشمئزاز.

و نتيجة لذلك قد لا يتقبل الإنسان مظهره الجديد و خاصة النساء لما لهن من حب الجمال نصيب ، فيبادرون بمحاولات لإعادة الشكل إلى طبيعته أو المحافظة عليه من بعض العوامل التي قد تؤثر فيه كالشيخوخة مثلاً وما ينتج عنها من ترهل في الجلد .

فكانت الحاجة ماسة إلى إيجاد حل من شأنها معالجة هذه الآثار وكان اللجوء إلى الأطباء أمر ضروري من أجل التدخل جراحياً سواء بالمعالجة التجميلية الضرورية أو التحسينية .

من هنا ظهر هذا النوع من الجراحة تحت مسمى "جراحة التجميل " التي وان عرفت رواجاً في العصر الحالي إلا أنها ليست وليدته وإنما تعود إلى عصور مضت .

وعلى الأساس فقد ارتأينا أن نبرز تاريخ هذه الجراحة وأسسها وكذا أحكامها , ولما كان موضوع دراستنا حول رضاء المريض في هذه الجراحة باعتباره الأساس فيها ومدى تأثير

10 سورة التين ، الآية رقم 4 .

11 سورة الانفطار ، الآية رقم 4-5-6 .

تخلف هذا الرضا في مسؤولية القائم بهذه الجراحة , كان لزاما علينا أن نتناول في هذا الفصل التمهيدي ماهية هذه الجراحة (المبحث الأول) , والأحكام المتعلقة بها (المبحث الثاني) , وذلك تمهيدا للدخول في صلب هذه الدراسة , وباعتبار أن هذا الجراحة هي من الأعمال الطبية , كان لزاما علينا إعطاء مفهوم للعمل الطبي وشروط ممارسته (المبحث الثالث).

المبحث الأول ماهية جراحة التجميل

لقد تبوأَت جراحة التجميل في العصر الحالي مقعدا لا يستهان به , فأخذت من التقدم العلمي حصة لا يمكن تجاهلها سواء على الصعيد الطبي أو على صعيد البحث العلمي ,فانتشرت وتنوعت وسائلها وأساليب القيام بها فكانت هذه من الأسباب التي أثارت الكثير من المشاكل والجدل على الصعيدين القانوني والطبي

وعلى هذا الأساس تهافتت الأبحاث والكتب من أجل التعريف بهذه الجراحة وتبيان ماهيتها وكذا تحديد الطبيعة القانونية لها بالاطافة إلى تاريخ تطورها عبر العصور.

من هذا المنطلق سيكون لنا أن نستعرض التعريف بجراحة التجميل (المطلب الأول) و التطور التاريخي لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول ماهية جراحة التجميل

قبل التطرق إلى تعريف جراحة التجميل لابد من التنويه إلى أنها تتشكل من مصطلحين لكل منهما دلالاته اللغوية والاصطلاحية فالجزء الأول متعلق بالجراحة , أما الثاني فهو يخص التجميل .

ولهذا فالأجدر التعريف بالجراحة ثم من ثم التجميل سواء من الناحية اللغوية أو من الناحية الاصطلاحية وبعدها محاولة مع كل من التعريفين حتى نعطي دلالة واضحة لا يشوبها أي نقص فيكون المعنى مكتمل خاليا من الانتقادات والنقص .

كما سبق الإشارة إليه إن جراحة التجميل هي تركيبية مصطلحين الجراحة والتجميل فهذا يدعونا إلى الوقوف عند كل منهما وشرحهما لغويا.

الفرع الأول التعريف بجراحة التجميل

أولا: معنى الجراحة

هي مصدر للفعل جرح بكسر الجيم ، وهي اسم الضربة أو الطعنة ، والجمع فيها جراحات وجراح على وزن دجاجة ودجاج ، وقيل أنهم لم يقولوا أجراح إلا ما جاء في شعر¹².

فالمعنى المصدرى أخذ من أهل اللغة في تعبيرين ، فالأول أنها اسم الضربة أو الطعنة فيصدق بالضربات قلت أو كثرت ، والثاني أنها الواحدة من طعنة أو ضربة فهي لمرة واحدة فقط¹³.

أما المعنى الفعلي فله عدة دلالات : فمنها ما يقصد به الكسب و العمل ، لقوله تعالى " وهو الذي يتوفاكم بالليل ويعلم ما جرحتم بالنهار " ¹⁴ : أي ينيمهم فينقص نفوسهم التي بها يميزون وهو يعلم ما يكسبون بالنهار ¹⁵ ،

كما يطلق أيضا اسم الجوارح على الأعضاء التي تكسب وتتصرف وتعمل وليس المعنى الذي يفهم من كونها ترجح وتسيل الدم ¹⁶. وهذا يستدل من قوله تعالى: "أم حسب الذين اجترحوا السيئات " ¹⁷ ، أي :اكتساب السيئات وكل ما جاء بعد التعلم فهو جارح كاسب فيقال جرح فلان واجترح إذا اكتسب ومنه الجارحة لأنه يكتسب بها وسميت أعضاء الإنسان جوارح لأنها تكسب وتتصرف .

في حين تعنى دلالة أخرى عن شق الجلد وغيره من الأعضاء فجرح اللحم تفريق اتصاله إما بسلاح أو غيره فجرح جرحا شق بعض بدنه وجرح جرحاً أصابه جرح وجرح أكثر فيه الجراح وقيل الجارحة جمع جوارح والجراحة جمع جراح وجراحات والجراح طب صنعة الجراح والجراحين (هم الذين يعالجون الجراح وهو الأطباء الذين يمارسون الجراحة)¹⁸

وهناك دلالة أخرى يقصد بجرح جرحا بلسانه أعباه وتنقصه و يقال جرح الشهادة أي أسقطها وردّها استجرح الشيء صار ذا عيب¹⁹.

ثانيا : معنى التجميل

¹² ابن منظور ، لسان العرب ، طبعة دار صادر ، بيروت ، ج1 ، 1968 ، ص432
¹³ ابن سيده أبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي، المحكم والمحيط الأعظم ط2، معهد المخطوطات العربية، القاهرة مصر، ص90.

¹⁴ - سورة الأنعام ، الآية 60 .

¹⁵ أبي عبد محمد بن أحمد الأنصاري ، التفسير الجامع للأحكام للقرطبي، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط2 ، ص5-6 .

¹⁶ أبو بكر هواني الجاف ،مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء ، دراسة مقارنة ،دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ط 2010 ، ص12

¹⁷ سورة الجاثية ، الآية 21.

¹⁸ القرطبي ، التفسير الجامع، المرجع السابق ، م 6، ص66-86 .

¹⁹ - بن الحسن الهناني الأزوي، المنجد في اللغة والأعلام، ط24، المكتبة الشرقية ،بيروت ،1975، ص86.

فعله الثلاثي جَمَل ، يقال جَمَل الرجل جمالا فهو جميل و المرأة جميلة أي حسنة في الخلق أو في الخلقة²⁰، وهو عكس القبح ومنه تجمّل أي تزيّن جمّله تجميلا أي زيّنه.

ومن المعنى أيضا التلطف في الكلام ولينه فيقال تجمّل الرجل إذا كان لطيفا في كلامه .

إضافة إلى ذلك وجود علاقة بين معنى الحسن و المال و التزيّن ،فالتحسن هو نقيض القبح وهو أيضا بمعنى التزيّن ،و التزيّن أكثر شمولاً منه كونه جامع لكل شئ يتزيّن به²¹.

وقد ذكر في القرآن لفظ التجمّل والجمال من ذلك قوله تعالى "فصبر جميل والله المستعان"²² ، وهو الدال على الاستحسان من جهة البصيرة .

أما التزيّن فقوله تعالى "خذوا زينتكم عند كل مسجد"²³ ، والمعنى الزيادة المنفصلة عن الأصل كالثياب و الحلي ،وهو بهذا يدل على كل ما يكتسب ويحصل عليه ويكون عرضة لزيادة في الجمال وكل ما يظهره .

وبهذا تكون المعاني متقاربة بين التزيّن و التجمّل والتحسن ، فهي كلها تستدعي الزيادة في أصل الخلقة.

الفرع الثاني

معنى جراحة التجميل في الاصطلاح

من خلال ما سبق ذكره حول المصطلحين منفردين فإن المعنى يكون باقتترانهما أنها تعني تلك العمليات التي يكون الغرض منها إصلاح واستحسان بعض العيوب التي تكون بجسم الإنسان .

وعلى هذا فقد عمد الباحثون إلى إعطاء تعاريف حول معنى جراحة التجميل ، ومن هذه التعريفات ما هو صادر عن الأطباء القدامى ، ومنها ما جاء بها الأطباء المعاصرين.

ومن التعريفات المعاصرة ما ذكر أنها علاج عيوب خلقية تتسبب في إيلاّم صاحبها بدنيا ونفسيا و إما تحسين شئ في الخلقة بحثا عن جوانب من المال أكثر مما هو موجود²⁴.

²⁰-محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين،قاموس المحيط،باب اللام،ط8،مؤسسة الرسالة،بيروت،لبنان،2005،ص 970

²¹ أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص19.

²² سورة يوسف ، الآية 18 .

²³ سورة الأعراف ، الآية 31.

²⁴ محمد عبد العزيز، اللباس والزينة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الكتاب ،دار الفرقان ، ط 1986، 1 ، ص545.

وقد عرفها الدكتور عبد الكريم زيدان أنه يراد بها : "التدخل الجراحي أو إجراء الجراحة اللازمة في بدن المرأة أو أعضائها المختلفة لتحسين هذه الأعضاء أو تجميلها"²⁵.

وعرفها الطبيب لويس دارتج²⁶ Louis Dartigue. أنها : "مجموعة العمليات المتعلقة بالشكل و التي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم وتؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"²⁷.

ومع كل هذه التعريفات بالإضافة إلى أخرى أخذت من بعضها البعض ، هناك بعض النقاط التي يمكن استخلاصها للخروج في الأخير بتعريف شامل ودقيق :

1- أن عمليات التجميل ليست مقتصرة فقط على النساء ، فهناك من الرجال من لهم

رغبة في تحسين مظهرهم ، زيادة على احتمال وجود تشوهات عند هؤلاء الرجال مما لا يمنع من إجراء مثل هذه العمليات لهم .

2- إن جل التعريفات كانت تتمحور حول الغرض الذي من أجله يتم إجراء مثل هذه العمليات ، فليس محصورة كلها في تحسين وتجميل عضو من أعضاء الإنسان أو إزالة تشوه أو عيب فيه ، فمجال هذه الجراحة واسع بتوسع أغراضها ، حيث يمكن إجرائها مع الجراحة العلاجية فتكون علاجية أكثر من تجميلية ، وهذا يرجع إلى صعوبة وضع حد فاصل بين العمل الطبي الذي يقصد منه الشفاء وبين العمل الطبي التجميلي الذي لا يراد به في كل الحالات هو شفاء المريض .

3- لا يمكن حصر جراحة التجميل بعمليات جراحية ، فقد يتم هذا التجميل من دون الحاجة إلى عملية جراحية وإنما بالعمليات البسيطة مثل :التجميل الذي يجرى بأشعة الليزر لإزالة الوشم .

وعلى هذا فإن التعريف الشامل هو الذي يجمع بين نظرة أهل الشرع والطب حتى يكون ملما بجميع الانتقادات التي يمكن أن تلاحظ عليه من خلال تعريف رصين لها بعيد عن القصور أو الحشو.

²⁵ عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الكتاب ، دار الفرقان ،ط1997، 3، ج3، ص 402.

²⁶ كان يشغل لويس دارتج مدير للجمعية العلمية لجراحة التجميل ويعتبر من مؤسسي لهذه الجراحة . أنظر : طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ،لبنان نط2004،1،ص 13.

²⁷ -طلال عجاج ،المرجع نفسه ،ص14.

لهذا عرفه الدكتور أبو بكر هواني الجاف أنها: " إجراء عملية جراحية فأكثر أو ما ينوب عنها من أهل الخبرة لجسم آدمي حي لحاجة المال أو الكمال أو كليهما ، بما يتفق مع الفطرة السليمة وفق الضوابط الشرعية ²⁸ .

وفي رأينا فإن هذا التعريف جاء شاملا من خلال عدم اقتصار مثل هذه العمليات على النساء فقط أو الرجال ، فكل من الجنسين قد نتاح له إجرائها خصوصا في عصرنا الحالي فحاجة الرجال للتجميل أصبحت واضحة تماما ²⁹ .

وقد ذكر الدكتور في تعريفه السابق أنه يجب أن تتفق هذه العمليات مع الفطرة السليمة فالمقصود بها ما آل إليه من تغير الجنس ليس لتغلب احدهما على الآخر (الخنثى)، بحيث يكون تغير الجنس في هذه الحالة ضرورة للشخص حتى يتم تحديد نوع جنسه ، وإنما يكون ذلك من مواكبة العصر في مسألة معينة أو العمليات التي يتم فيها تقليد شكل معين ليس من أشكال البشر ³⁰ .

إضافة إلى ذلك فإن هذه العمليات يجب أن تتم وفقا للضوابط الشرعية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية ، وأي عملية يجب ألا تتم خارج دائرة الشريعة الإسلامية ، ويعود تحديد هذه الضوابط إلى أهل الاختصاص سواء من طرف الأطباء أو العارفين بالتقنيات من أهل الذكر وهذا استنادا لقوله تعالى "فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون " ³¹ .

الفرع الثالث

المعنى القانوني لجراحة التجميل

قد لا يخرج القانونيين عما آل إليه أصحاب الاختصاص من الأطباء في اختلافهم حول تحديد تعريف لجراحة التجميل ، وهذا يعود إلى اختلاف معلومات أطباء العصر ، فكل استحداث في اللفظ يخرج عليه استحداث في المعنى ومن تم توسيع مجالات تطبيق هذه الجراحة .

²⁸ أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص37.

²⁹ العمليات التي قام بها البوب الراحل الأمريكي "مايكل جاكس" والذي قام بعدة عمليات تجميلية معقدة ومركبة بغية محو أشكال التميز في شكله أو وجهه.

³⁰ ويقصد على سبيل الاستدلال العمليات التي أجريت لشابة من أجل التحول إلى شكل الدمية المعروفة باسم "باربي" فتحولت الشابة إلى نسخة من هذه الدمية .

³¹ سورة الأنبياء ، الآية رقم 7.

إضافة إلى عدم وجود معيار ثابت ودقيق يكون معه الحد الفاصل بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، فكان اختلاف أهل القانون حول تسمية الجراحة ونتج عن ذلك اختلافهم في المعنى .

ويقول الدكتور أحمد محمد سعد في تعريفه لجراحة التجميل على أنها "يقصد بجراحة التجميل ذلك النوع من الجراحة الذي لا يقصد به شفاء علة من العلل، مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل و التي يكون الغرض منها علا عيوب خلقية أو طارئة في ظاهرة الجسم البشري وتؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد"³².

في حين يعرفها الدكتور ducaing :

« la chirurgie esthétique et une branche de la chirurgie elle a ses écoles ses règles ses maitres ses écrits.

وإنما إلى إصلاح تشويهه خلقي أو مكتسب لا يؤدي صحة الأجسام في شئ ،

reparer les imperfections du corps humain quelle que soit leur origine même lorsque ces imperfections ne sont pas disgracieuses ,augmenter de ce fait la beauté ,l'attrait ,les qualités du cœur ,la capacité ouvrière ,en un mot la valeur morale et sociale d'un individu , tel est le noble but de la chirurgie esthétique.»³³

ويقصد بذلك أن جراحة التجميل هي فرع من فروع الجراحة ، لها مدارسها وقواعدها وأساتذتها ومؤلفاتها... وأن إصلاح الخلل في جسم الإنسان مهما كان مصدره حتى لو كلن الخلل ليس قبيحا وذلك من أجل الزيادة في الجمال .

وهناك من عرفها بوجه دقيق أنها : " تلك الجراحة الطبية التي تجرى على شخص بناءا على طلبه ورضاه الحر المستنير ،بغية إصلاح التشوهات والعيوب الخلقية أو المكتسبة الموجودة في ظاهر جسمه ، والتي لا تسبب ألما عضويا وإنما تعيب شكله وتؤثر في قيمته

³² أحمد محمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين ،دار النهضة العربية ،مصر، 2000، ص 417.

³³ عبد السلام التنجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري و المصري و الفرنسي ، دار المعارض، لبنان، ط1، 1967، ص 192.

الشخصية و الإجتماعية ، وذلك بإعادة التناسق والتوازن للجزء المشوه أو المعيب في جسمه وفقاً لمقاييس الجمال المناسبة³⁴.

وبهذا يتضح أن نظرة رجال القانون تختلف من فقيه لآخر ، ومن أهم ما يستشف من التعريفات السابقة أن هناك بعض الأعمال الجراحية التجميلية ما تؤذي أصحابها بقدر ما تستحسن مظهرهم وهذا منافي للقول أنها لا تؤذي صحة الأجسام في شئ والأمثلة على ذلك كثيرة:

فمن عمليات التجميل علاج دوالي الساقين³⁵، فقد اعتبره أهل الطب من قبيل الأعمال التجميلية لان دوالي الساقين يشوه المظهر الجمالي للساقين.

غير أن الأمر لا يتوقف عند تشوه المظهر وإنما يتعداه إلى تعرج الأوردة والعروق مما يسبب الألم للمصاب بها .

وعلى هذا فإن القول لا ينطبق إلا على الأعمال الجراحية التجميلية الصغيرة التي تؤثر على جسم المقدم عليها ، غير أن ما ذكر في التعريف الثاني فيحسب على قائله أنه أشار إلى مسألة رضا المريض ،ذلك الرضا الحر المستنير قبل البدء في مثل هذه العمليات بغض النظر عن خطورة هذه العمليات من عدمها ، فهذا يعتبر شرطاً جوهرياً للقيام بمثل هذه العمليات لان إغفاله يعرض الطبيب الجراح للمساءلة المدنية قد تتعداها إلى المساءلة الجزائية وسيتم بيان ذلك بالتفصيل في الفصول اللاحقة .

وبهذا فإن فقهاء القانون لم يكن لهم لمسة جديدة في إعطاء تعريف لهذه العمليات ، وبقية كلها في سياق واحد رغم اختلاف أساليب التعبير و التعريف .

المطلب الثاني

التطور التاريخي لجراحة التجميل

³⁴ رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، المرجع السابق، ص11.
³⁵ يعتبر مرض دوالي الساقين واحداً من أشهر الأمراض التي تصيب الإنسان منذ زمن بعيد وتتفاوت نسب الإصابة به بين الجنسين و إن كانت النسبة تزيد في السيدات أكثر قليلاً عنها في الرجال، وهو مرض يصيب الجهاز الوريدي السطحي لأحد الساقين أو كليهما و ينتج عنه تمدد الأوردة و إنتفاخها مع عدم قدرتها على القيام بوظائفها الحيوية من حيث توصيل الدم للقلب وينشأ عن ذلك تجمع الدم في الأوردة و حدوث المضاعفات.أنظر :أحمد مجدي ، دوالي الساقين، الأمراض والوقاية وعلاج دوالي الساقين، بحث منشور يوم 2016/09/28 في الموقع:

بعد استعراض ماهية جراحة التجميل و التوصل إلى تعريف شامل بعيد عن القصور والحشو ، يظهر أن وصول هذه الجراحة إلى ما هي عليه اليوم قد سبق ذلك تاريخ عريق ساعد تطورها في إيضاح فكرتها الأساسية ومجمل الأغراض التي تدفع صاحبها للقيام بها.

أبعد من ذلك فتطورها يعنى تطور وسائلها وتطور أنواعها مما جعل الباحثين والأطباء يسعون جاهدين في جعلها فرعا مستقلا عن الجراحة العامة بعدما كانت تستظل بظلها وتجري تحت مسمياتها .

وبهذا كان لزاما علينا الرجوع إلى تاريخها ومراحل تطورها حتى تصل إلى جراحة التجميل التي أصبحت اليوم ضرورة من ضروريات العمل الطبي وجزءا منه .

وعليه فقد عرف الأطباء في القديم هذا النوع من العمليات حتى لو لم تكن بالمعنى الذي نعرفه اليوم ،فالعصور القديمة شهدت هذا النوع من الجراحة (الفرع الأول) ،وصولاً إلى العصر الحالي وكيف تطورت على أيدي الأطباء المعاصرين إلى يومنا هذا مستدلين ببعض العمليات الرائجة حالياً (الفرع الثاني) ، وبعدها عرف هذا العصر هذا النوع من الجراحة فلا يمكن تجاهل الصلة التي تربطها مع الجراحة العامة فكلاهما يؤثر في الآخر ويتأثر به وأي تطور في كليهما يجعله لاحقاً بالآخر (الفرع الثالث).

الفرع الأول تاريخ جراحة التجميل في القديم

قد لا يخفى على البعض أن الإنسان و على مر العصور معرض للإصابة بحوادث وتشوهات قد تعيق مسار حياته مما يستلزم معها التدخل الجراحي الضروري أو التجميلي وهذا يبرز وجود جذور لهذه الجراحة رغم أنها لم تظهر بصورة واضحة إلا بعد الحرب العالمية الثانية.

فقد مارس الأطباء في الهند القديمة بعض هذه الجراحات ، وذلك في القرن السادس قبل الميلاد والتي كانت تنحصر تقريبا في ترقيع الأنف فوصلت إلى حد زرع الأنف المبتورة وإصلاح الإعوجاجات³⁶، وهناك من يرجع ظهورها إلى الأطباء في الهند وتحديدًا للطبيب

"سوشروتا"³⁷ susurta حيث أنه استخدم تقنية ترقيع الجلد في القرن الثامن ميلادي³⁸.

³⁶ حسن زكي الابراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1959، ص 292.

أما في اليونان القديمة فقد أنشأ معبد يسمى "اسكيليبيا" وهو معبد للآله الشافية، إذ كان بمثابة مركز للمشورة الطبية ولتشخيص الأمراض وتضميد الجراح .

فكان المرضى يدخلون في هذا المعبد في حالة تشبه النوم وهي لا تختلف عن التخدير فيتلقون الإرشاد من الآلهة في الحلم³⁹. ويعد العالم "جالينوس" الإغريقي من أحد أعظم جراحي العالم منذ القدم⁴⁰. فقد قام بإجراء عدة عمليات جراحية توصف بالجريئة نظرا لخطورتها ، مثل جراحة المخ و العين والتي لم يتمكن أحد بعده بإجرائها إلا بعد -2000- في عام.

أما في الصين فقد قام الطبيب المشهور "هواتوه" بإجراء عمليات ولو أنها وصفت بالبدائية نظرا لقدم الأدوات التي استعملها .

وصولاً إلى المسلمون فقد عرفوا هذا النوع من الجراحة كزرع الأسنان للتجميل – وإعادتها إلى مكانها بعد سقوطها ، وذلك راجع إلى القرن الرابع هجري⁴¹ ، وقد قالوا في ذلك "إذا نبتت الأضراس على غير مجراها الطبيعي ،فتقبح بذلك الصورة ولا سيما اذا حدث ذلك عند النساء والرقيق ، فينبغي أن ينظر أولاً إذا كان الضرس قد نبت خلق ضرس آخر ولم يتمكن "لم يتمكن من إصلاحه أو برده فاقبله .."⁴².

ويعتبر أبو بكر محمد ابن زكريا الرازي⁴³، من أوائل الأطباء الذين أشاروا إلى الجراحة التجميلية كفرع من فروع الجراحة العامة فقد أشار إلى كيفية تعديل التشوه

³⁷ ساشروتا هو احد أشهر جراحي الهند في القدم وقد وصف في كتابه أكثر من 120 اداة جراحة و300 إجراء جراحي ، وهو يعرف بابو الجراحة لانه أجرى عدة عمليات جراحية تجميلية بالإضافة إلى عمليات الماء الأزرق وعمليات قيصرية وقد استخدم عصارة من الأعشاب كنوع من التخدير الموضعي مقال منشور عن الموقع الإلكتروني:

جراحة التجميل [https:// ar.wikipedia.org/wiki/](https://ar.wikipedia.org/wiki/) عدل في اوت 2015.

³⁸ قام الطبيب هانريتش فولسيبوندت **Heinrich von pholspeindt** بعملية صنع أنف جديد لشخص بعد أن أكلتها الكلاب عن طريق استقطاع الجلد من منطقة خلف الذراع ووضعها مكانها أنظر : نفس الموقع الإلكتروني.

³⁹ وفي معبد أخر يسمى "ايبوروس" وجدت 3 لوحاتر خامية يعود تاريخها إلى 350 سنة قبل الميلاد تم النقش عليها بتسجيل اسماء وتواريخ الحالات والأعراض وكيفية الشفاء منها ومنها 70 حالة شفيت في المعبد. أنظر الموقع السابق جراحة التجميل [https:// ar.wikipedia.org/wiki/](https://ar.wikipedia.org/wiki/)

⁴⁰ جالينوس هو طبيب وكاتب يوناني ولد في برجامون في اسيا الصغرى سنة 130 ميلادي ،عمل جراحا لمدرسة المصارعين بها ، بعد أن أتم دراسته في بلاد اليونان واسيا الصغرى و الإسكندرية ، ينسب إليه 500 مؤلف، بقي منها 83 على الأقل، توفي سنة 200 ميلادي.

انظر: تاريخ الطب، بحث منشور ،يوم 12 أكتوبر 2010 على الموقع الإلكتروني: www.altibi.com

⁴¹ محمد علي البار ،الموقف الفقهي و الأخلاقي من زرع الأعضاء ، دار القلم ،دمشق ، ط1،1994،ص41-44.

⁴² محمد علي البار ، نفس المرجع، ص 41.

⁴³ ولد الرازي سنة 251 هجرية الموافق ل 865 ميلادية بمدينة الري ، سافر إلى بغداد وتعلم صناعة الطب واشتهر بها ، له مصنفات كثيرة منها في الطب كتاب "الأقطاف والمنصوري وتاريخ الطب ، توفي سنة 313 هجرية الموافق ل929

الموجود في الشفة و الأذن والأنف ، وقد ثبت أن الزهراوي ⁴⁴ جاء بعده ومن خلال ما جاء في نصوص الروايات أن الأطباء العرب والمسلمين وصلوا في بعض أنواع الجراحات إلى حد المهارة ، وهي تعد ضمن الجراحات التجميلية الصميمة ، التي لا يبقى للتشوه بعدها إلا أثر الخيط ⁴⁵، فقد عرفوا وتوصلوا في طبهم إلى عملية ترقيع في جسم الإنسان -نقل جزء من الجسم إلى غيره - ⁴⁶. ورغم ما قيل عن العرب والمسلمين أنهم وصلوا إلى حد البراعة والمهارة في العهد القديم، إلا أنها تطورت أكثر في هذه العصور لتأخذ منحى آخر غير الذي كانت عليه وهذا ما يجعل من الأقوال في هذه الجراحة كونها حديثة العهد مردود عليه.

الفرع الثاني جراحة التجميل عند الأطباء المعاصرين

رغم عدم اختلاف الأطباء في اعتبار هذا النوع من الجراحة فرعاً من فروع الجراحة العامة ، و التي يكون فيها الغرض هو إصلاح تشوه أو خلل في جسم الإنسان سواء كان هذا الخلل مكتسباً أو خلقي من الولادة ، وعليه فقد تم تعريفها أنها : "إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة أورتق تمزق أو عصب أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر أو لإستئصال عضو مريض أو شاذ" ⁴⁷.

ويفهم من خلال هذا التعريف أن اعتبرها إجراء جراحي لأنه يمكن أن تتم جراحة التجميل من غير اللجوء إلى عمليات ضخمة ، وقد ذكر التعريف أيضاً أنواعها فيمكن أن تكون من أجل ضم تمزق أو تفرق في عضو مجروح مهما كانت الأداة التي تم بها هذا التمزق.

كما يمكن ان تكون من اجل رتق عصب والمقصود برتق العصب بالجراحة المعتادة لعلاج الفتوق المؤثرة عن الجهاز العصبي كفتق النواة اللبية الرقبية ⁴⁸ ، كما ذكر نوع آخر وهو إخراج الصديد وهي تلك السوائل المرضية التي تنتج عن تقيح في الجروح الملتهبة فيتم تضييد هذه الجروح بإخراج تلك السوائل .

ميلادي .أنظر :ابن العباد الحنبلي ،شدرات الذهب في اختبار من ذهب ، المكتبة التجارية للطباعة والنشر ،بيروت ، ج2 ،ص 263 .

⁴⁴ الزهراوي هو ابو القاسم خلف ابن عباس الزهراوي نسبة إلى الزهراء وهي مدينة في قرطبة ، ولد في القرن العاشر ميلادي ، كان يعمل طبيباً عن الخليفة عبد الرحمان الداخل ، توفي بعد سنة 400 ميلادي.

⁴⁵ ابوبكر هواني الجاف ، المرجع السابق ،ص 78.

⁴⁶ حسام الدين كامل الأهواني ،المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ،دراسة مقارنة،مطبعة جامعة عين الشمس ، مصر ،1975،ص6.

⁴⁷ ابو بكر هواني الجاف ،المرجع السابق،...ص53.

⁴⁸ هشام بكراش،الجراحة العصبية ،ط 3،منطقة طربين،العراق ،1401،ص 185.

كما قد تتم جراحة التجميل أيضا باستئصال عضو من أعضاء جسم الإنسان

باستئصال الزائدة الدودية الملتهبة ، وهنا يجب الإشارة إلى المقطع الأخيرة من التعريف أنه أدخلها ضمن الجراحات العلاجية الضرورية، وقد تكون هذه الجراحة من أجل التحسين فقط باستئصال ناب زائد .

ومن هذا المنطق يمكن القول أنه رغم الإتفاق عما تتضمن هذه الرجاجة إلا أن الأطباء المعاصرين قد اختلفوا في تسميات الجراحة .

فمنهم من سماها "جراحة الشكل" لما في ذلك من العلاج الشكلي لجسم الإنسان ، وهذا ما آل إليه الدكتور "لويس دارتج" ⁴⁹ ، حيث أطلق عليها هذا الإسم في أواسط العشرينيات القرن المنصرم .

في حين سماها آخرون ب "جراحة البلاستيك" وذلك لكثرة استعمال المواد البلاستيك كالسيليكون، وهذا الرأي ذهب إليه بعض الدول الأجنبية وفي مقدمتها فرنسا ، حيث شاعت هذه التسمية ما بين ثلاثينيات إلى ستينيات القرن الماضي ⁵⁰.

وقد أخذ أطباء من العراق المتخصصين في الجراحة التجميلية ومنهم الطبيب "عصام العمري" ⁵¹، حيث اعتبرها جزءا من من الجراحة البلاستيكية حيث أنه اختار لها تسمية الجراحة التقويمية ⁵².

في حين هناك من الأطباء والمشايخ في مصر من اعترض على تسمية جراحة التجميل وفضلوا تسميتها ب "جراحة التقويم" على اعتبار أن هناك عيوب فطرية نتجت عن الخطأ في النظام الغذائي أو بسبب عامل وراثي كزيادة أصبع أو انتقاصه ومن هؤلاء الشيخ جمال قطب. ⁵³

⁴⁹ محمد السعيد رشدي ، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل ،دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ن جامعة القاهرة ، 1987 ، ص6.

⁵⁰ منذر عبد الحسين الفضل ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، دراسة مقارنة ، ط1،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الأردن ،ص6.

⁵¹ عصام العمري هو طبيب أردني متخصص في جراحة الأنف و الأذن والحجرة .

⁵² منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص7.

⁵³ هو رئيس لجنة الفتوى السابق بالأزهر الشريف وعضو في مجلس الشعب سابقا .

وهناك أيضا من يسميها بجراحة الترف أو البطر⁵⁴، لما فيها من رغد العيش والتنعيم بزيادة التجميل الذي يبتغيه الإنسان ويطلبه، ومع ذلك بقيت هذه التسمية محل نظر على أساس أن هناك من عمليات التجميل ما هي ضرورية يكون فيها الإنسان بحاجة ماسة إلى إجرائها.

ومع كل هذه الاختلافات في التسمية لفقد استقر جمهور الأطباء من تبث اسم جراحة التجميل أو الجراحة التجميلية وهذا التثبيت حصل في العقد الأخير من القرن العشرين⁵⁵.

مع العلم أن هذا الاختلاف لم يطل التسمية فقط ، فقد طال أيضا مجمل التعريفات وما تتضمنه الجراحة نظرا لاعتبارها عنصرا هاما من العناصر الأساسية للجراحة في جميع أنحاء العالم كله .

وكما سبق وأن أشرنا فإن لم يتم الإستقرار في وضع تعريف محدد لجراحة التجميل نتيجة عدم اعتنائهم بإعطاء هذا التعريف وأيضا لاعتنائهم بالجوانب الأخرى سواء العلمية أو الفنية منها .

وقد عرفها البعض لانتمائها لأحد فروع الجراحة العامة مثلها مثل جراحة العيون وجراحة القلب .

ولقد ذهب الدكتور احمد عادل نور الدين⁵⁶ إلى إعطاء بيان تفصيلي عن مفهوم جراحة التجميل ومن خلال تبيان واقع هذه الجراحة في أوسع مفهومها فهو يقسمها إلى ثلاث أجزاء رئيسية :

- ما يعتنى بإصلاح الوظيفة ثم الشكل :وتسمى جراحة التكميل أو التعويض ،ويدخل في هذا القسم إصلاح الإصابات الناتجة عن الحوادث مثال ذلك إعادة العضو المقطوع إلى محله ، كما يدخل فيها أيضا تلك الإصابات الناتجة عن الحروق الخاصة وذلك بترقيع الجلد عن طريق استبدال الجزء المشوه سواء من المحروق نفسه أو من غيره ،بالإضافة إلى ذلك تضم أيضا الإصابات الناتجة عن التشوهات الخلقية والتي يولد بها الإنسان كمن ولد بشفة مشقوقة أو بأذن واحدة وغيرها من الإصابات .

54 عمليات التجميل بين الطب والتكلفة المالية ، مقال منشور في قناة الجزيرة يوم 20 سبتمبر 2000 على الموقع الإلكتروني: p.aljazeera.net.

55 الفن وجراحة التجميل، مقال منشور :انظر الموقع السابق: p.aljazeera.net

56 يعد الدكتور عادل انور الدين أستاذ التجميل بكلية طب القاهرة ورئيس قسم طب التجميل بمستشفى دريم انظر الموقع:

يستخلص من هذا الجزء الذي يتضمن ثلاث أنواع من العمليات أنه يهتم أساسا إلى إرجاع وظيفة العضو إلى ما كان عليه قبل الإصابة أو ما يجب أن يكون عليه ومن ثم ينتج عنه إصلاح الشكل .

-يهتم الجزء الثاني من هذه الجراحة بإصلاح الشكل ثم الوظيفة أو هما معا :ويسمى هذا الجزء بجراحة التجميل البحتة ، ويضم قسمين أولهما ما عني بتجميل شكل مشوه بصورة واضحة ومثال ذلك عمليات التجميل التي تقام لشد الجلد نتيجة تقدم السن -إخفاء الشيوخوخة - ، أو ما يقوم به الطبيب جراح التجميل من عمليات الشفط نتيجة السمنة المفرطة أو الشد نتيجة الولادات المتكررة 57 .

أما القسم الثاني من هذا الجزء فيدخل فيه عمليات التجميل المتعلقة بتجميل شكل ليس به تشوه أصلا كمن يريد تكبير أحد أعضائه أو تصغيرها كتكبير الأنف أو تصغيره ونفخ الشفاه وذلك إما لحاجة في نفس المصاب أو من أجل تقليد شكل معين كتقليد شكل الفنانين مثلا .
-أما ما تعلق بالجزء الثالث فيدخل فيه ما تعلق بتعديل الأعضاء وتسمى بجراحة التحويل أو التبديل أو التغيير ، ومثال ذلك إعادة جنس إلى حقيقته كالحاق الخنثى والمشكل بأحد الجنسين عند ثبوت الصفة الغالبة فيه ، أو تغيير الجنس من الذكر إلى الأنثى أو العكس .

الفرع الثالث

علاقة جراحة التجميل بالجراحة العامة

رغم أن الأطباء والباحثين أجمعوا على أن جراحة التجميل هي فرع من فروع الجراحة العامة ، إلا أنه لا يمكن إخفاء أن لكل واحدة منهما فنياتها وتقنياتها وقواعدها ، ولكن الإشكال الذي وقع فيه أهل الاختصاص هو صعوبة التمييز بين هاتين الجراحتين ، فلم يجدوا معيارا محددا تتضح معه الحدود الفنية الخاصة بكل واحدة منهما وذلك لعدة أسباب من أهمها وحدة الاختصاص .

وعليه وبناءا على كل ما سبق ، هناك بعض الجهود من أجل التفرقة بينهما ، فهناك من حاول التفرقة بالهدف على أساس أن الجراحة العلاجية هدفها رفع عيب أصلي خلقي ، أما التجميلية فغايتها إصلاح عيب أو تشوه طارئ حصل نتيجة حوادث أو غيرها .
غير أن هذا التمييز لا يمكن التعويل عليه إلى حد كبير كون أن هناك بعض العيوب الطارئة التي يحتاج فيها إلى جراحة علاجية ومثال ذلك : إصلاح الأنف المعوج ففي هذه الحالة يحتاج الجراح إلى عمليتين علاجية وأخرى تجميلية ، ولهذا السبب هناك من عدل

على هذا الهدف في التمييز و اعتبروا الجراحة العلاجية هي التي يكون الغرض منها إصلاح العيوب الخلقية أما التجميلية فهي تجري لعوارض تحدث مع تقدم الأسنان في السن . ولكل هذه الأسباب يلاحظ أن جراحة التجميل فرع خاص له مسمى لا يشاركه فيه غيره ، في حين أن الجراحة العامة هي تتداخل مع جميع الفروع ويمكن اعتبارها الأصل ، فلا يمكن لجراح التجميل إلا أن يكون ملما بتقنيات الجراحة العامة حتى تمكنه من التخصص في الجراحة الخاصة، زد على ذلك فإن جراحة التجميل مقيدة بالمواضيع التي تجري فيها في حين أن جراحة التجميل هي عامة في جميع الوجوه.

المطلب الثالث

أنواع جراحة التجميل

إذا كانت جراحة التجميل بوجه عام هي التي تتم على ظاهر الجسم ، أي على الجزء الخارجي أو السطحي للجسم ، وكما سبق الإشارة بشأنه ،ها تختلف عن الجراحة العادة ،فهي لا تحتتمها ضرورة عاجلة تستلزم التدخل السريع للجراح ، على العكس من ذلك فإنها تتم في ظروف متأنية ، فيكون أمام و المريض متسع من كبير⁵⁸الوقت لإجراء العملية . وبهذا فهي لا تهدف إلى علاج مرض عضوي في جسم الشخص الذي يخضع لها ،فهذا التشوه أو العيب يكون في ظاهر الجسم وعلى الجزء الخارجي أو السطحي له فهي لا تحتاج شق البطن أو قطع عميق في الجسم كما يجب التنويه إلى أن المقصود بظاهر الجسم هو الجزء الظاهر للعيان ، والمقصود به الوجه واليدان والساقان ،فالغالب أنها تجري لتجميل الوجه إلا أنه يمكن أن تجري أيضا لتجميل أي جزء آخر معين في الجسم حتى لو لم يظهر للعيان كالصدر أو البطن أو الأرداف ، فنطاق جراحة التجميل بهذا المعنى يشمل كل الشكل الخارجي للجسم .

ومع هذا المفهوم فهي لا تضم نوعا واحدا فقط ،بل لها نوعان ،والأمر متعلق بالجراحة التجميلية التقويمية (الفرع الأول) ، والثاني متعلق بالجراحة التجميلية الترميمية أو التعويضية (الفرع الثاني) ، مع وجود أهمية لكل منهما تميز كل نوع عن الآخر (الفرع الثالث).

الفرع الأول جراحة التجميل التقويمية

هي التي تتركز عليها جراحة التجميل وهي التي ينصرف إليها القصد عند إطلاق مصطلح "جراحة التجميل" ، فهي تهدف أساسا إلى إصلاح أو تقويم التشوهات أو العيوب البسيطة مهما كانت هذه العيوب خلقية أي ولد بها الشخص أو مكتسبة تلحق به نتيجة تقدمه في العمر وذلك من ترهلات وتجاعيد تصيبه.

وإذا نظرنا إلى العيوب التي تبدو على الجسم البشري فنجدها كما قلنا عيوب خلقية وهي عيوب ناشئة في الجسم من سبب فيه لا من سبب خارج عنه ، وهي تشمل نوعين : عيوب ولد بها الإنسان ومثال ذلك : وجود تشقق في الشفة العليا ، التصاق أصابع اليدين .. وغيرها من العيوب ، وعيوب أخرى ناشئة من الآفات المرضية التي تصيب الجسم كعيوب صيان الأذن الناشئة عن الزهري و السل والجذام .

أما النوع الثاني من العيوب فهي عيوب مكتسبة (طارئة) وهي تلك العيوب الناشئة لسبب خارج عن الجسم كما في العيوب والتشوهات الناشئة عن الحوادث والحروق ، ومن أمثلة ذلك : كسور الوجه الشديدة التي تقع بسبب حوادث المرور⁵⁹ . وعلى هذا الأساس فإن الغاية الأساسية من هذا النوع من جراحة الشكل أو تحسينية لذلك فيطلق عليها البعض بالجراحة التحسينية .

وتعتبر هذه الجراحة الأكثر انتشارا وتوسعا في العصر الحديث ، نظرا لعدم تقبل الناس وبخاصة النساء التعايش مع عيوبهم الشكلية ، ورغبة منهم في التخلص منها والحصول على شكل جميل أو مقبول وجاذبية في أعين الآخرين ، ومما ساعد على انتشار هذه الجراحة سياسة الترويج التي تنتهجها وسائل الإعلام وتسليط الضوء على من يخضع لهذه الجراحة كالفنانين وغيرهم ، ناهيك عن التقدم العلمي الحاصل في التقنيات المستعملة في هذه الجراحة والتي تجعل من إجرائها أمرا سهلا .

ونتيجة لما تقدم فقد أثر ذلك أيضا على تعدد صور هذه الجراحة فنذكر أهمها .

أولا : الجراحة المتعلقة بتجميل أو تقويم الأنف

يهدف هذا النوع من العمليات إلى تقويم عيوب الأنف من طول أو تقوس أو تضخم ، وتتم هذه العملية من داخل الأنف واستئصال الانحراف أو تعديله ، حيث تتم هذه الجراحة بإعادة تشكيل الجزء العلوي وهو العظام عن طريق تكسيرها من الداخل وذلك تحت التخدير الموضعي أو العام على حسب الحالة مع أخذ جرعة دواء قابض للأوعية الدموية⁶⁰ .

أما إذا كان العيب في الجزء السفلي أي الغضاريف فنتم العملية بتقصيره أو تصغيره بالإضافة إلى ضبط فتحتي الأنف واعتدال الحاجز الأنفي على حسب كل حالة فيصبح معه الأنف مشوقا ومتناسقا وطبيعيًا⁶¹ .

⁵⁹ محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، الآثار المترتبة عليها، الجامعة الإسلامية المدنية ، مكتبة الصحابة ، السعودية، 1994، ص 183-184 .

⁶⁰ انور ابو بكر هواني الجاف ، مدى شرعية جراحة التجميل ، المرجع السابق، ص.113 .

⁶¹ رجب كريم عبد الله ، المرجع السابق، ص.15 .

ثانيا: جراحة تجميل وتقويم الثدي

يعتبر هذا النوع من الجراحات أيضا من الجراحات المنتشرة ، والتي تلقى إقبالا متزايدا من النساء في وقتنا الحالي ، فهذا الجزء من الجسم وبخاصة عند النساء يعتبر جزءا أساسيا وحيويا وهو رمز للأنوثة والجمال والأمومة، فأى عيب يصيب هذا الجزء يكون مشكلة مؤرقة للمرأة ،فتتم هذه العملية على الثدي إما بتكبيره أو تصغيره.

فتكبير الثدي هي عملية تتطلب معرفة مواضع الشق الجراحي وكذا المواد المراد استعمالها ، وقد تختلف مواضع الشق الجراحي باختلاف الجروح والمكان وهذا راجع إلى خبرة الجراح ومدى تقديره للحالة المناسبة .

فيمكن أن تكون هذه الجروح واقعة تحت الثدي مباشرة ،أو خلف عضلات الصدر ، وهذا النوع من الجرح يعتبر الطريقة الأفضل والأضمن ، ويمكن أن يكون حول الحلمة من أسفل ولكن هذه الحالة يتم فيها اختراق أنسجة الثدي مما قد يؤثر فيما بعد على عملية الرضاعة ، وقد يتم الجرح أيضا إما تحت الإبط أو من تحت الصرة وكلا الجرحين الأخيرين هو صعب ويستغرق وقتا طويلا مع توقع حدوث مضاعفات ⁶².

ومع كل هذه العمليات فإنها تتطلب من الجراح إحداث فجوة لإدخال المواد أو الأجزاء فيها ، وقد يستعمل السيلكون ⁶³ كمادة تعويضية يمكن استعمالها في أغلب حالات التكبير ، حيث يتم إدخال هذه المادة تحت أنسجة الثدي أو خلفها ⁶⁴.

غير أن اللجوء إلى هذه العملية يكون لعدة أسباب ودواعي من بينها :

- تعويض الحجم المفقود من الثديين نتيجة الحمل المتكرر مثلا.

- عدم التساوي بين الثديين سواء كان ذلك طبيعيا أو نتيجة حادث .

-تعويض الثدي بعد استئصاله جراحيا لأي سبب من الأسباب.

أما عملية تصغير الثدي فتعتبر أكثر تعقيدا من التكبير فهي تتعلق بالثدي الضخم المترهل ، فيكون وزن الثديين ثقيلًا كثيرا مما يسبب آلاما على مستوى الكتفين والرقبة.

هذه العملية يتم إجرائها بطريقة الشق الجراحي المفتاحي ،حيث يتم استئصال الأنسجة من الثديين وإزالة مساحة من الجلد وإعادة تشكيل الثديين والحلمتين من موقع جديد مناسب .

ثالثا: جراحة شد الوجه والرقبة

نتيجة لتقدم السن قد تحدث تجاعيد وترهلات في جلد الوجه والرقبة ، وهذا غالب الحدوث مما يجعل الوجه يفقد رونقه وبشاشته ، وقد يصاب الشخص مع كل هذا باليأس

⁶² -انور ابو بكر هواني ، الجاف المرجع السابق ، ص126 .

⁶³ هي اثناء اصطناعية تتكون من كبسولة مرنة ذات غلاف خارجي مصنوع منها ومملوءة من الماء المالح المعقم .انظر حسن محمد صندوقي عمليات زراعة ثدي السيلكون ومدى سلامتها ، مقال نشور يوم14 افريل 2014 على الموقع الالكتروني: www.altibi.com.

⁶⁴ هناك طريقة جديدة وهي وضع بالون تحت الثدي الطبيعي في الجزء الملاصق للجسم بعد عمل تجويف له ، فيتم نفخ هذا الكيس إلى الحجم المطلوب .انظر :عمليات التجميل بين الطب والتكلفة المالية ، التقرير السابق، ص5-

وعدم تقبله لشكله الجديد بعد الترهل خصوصا إذا كان مهتما ومولعا بالمظهر الخارجي ، فيلجأ إلى مثل هذه العمليات من أجل شد جلد الوجه والرقبة لإزالة هذه التجاعيد وتصحيح تهدل الجلد ، ويتم ذلك عن طريق إزالة طبقات الجلد الزائدة و المترهلة فيتم التخلص من آثار تقدم السنين.

وعملية شد الوجه تتكون من ثلاث عمليات تجرى في نفس الوقت ، وهي شد الجبين ورفع الحاجبين وشد الوجه ، وتتم هذه العملية إما عن طريق التخدير الموضعي أو العام ، وذلك بوضع الشق الجراحي خلف خط الشعر من فوق أعلى الأذنين ثم يمتد حولهما أو خلفهما ، كما قد يحتاج الجراح إلى شق صغير تحت الذقن لشد عضلات الرقبة ثم يقوم بشد العضلات المترهلة ورفعها .

أما جراحة تجميل الجفن فتعتبر هي الأخرى فرعا من فروع تجميل العين، فتجرى نتيجة التقدم في السن أو نتيجة أنواع الحساسية التي تؤدي إلى الشيخوخة المبكرة ، ومن دواعي الحاجة إلى مثل هذه العمليات هو تعويق الرؤية المعتادة إذا ترهل الجفن العلوي بصورة كبيرة .

رابعا: جراحة شفط الدهون

تهدف هذه الجراحة إلى نحت أو غزالة الدهون المتراكمة الناتجة عن السمنة ، وذلك في مناطق معينة من الجسم ، فيتم التخلص من هذه الترهلات وإعادة تناسق الجسم. قد يكون شفط الدهون في أي جزء من أجزاء جسم الإنسان إلا أن الغالبية يقوم بالشفط في منطقة البطن و الأرداف والفخذين ، وهذا راجع لسهولة تخزين هذه المناطق للدهون . تعتبر عملية شفط الدهون في منطقة البطن من العمليات الجراحية الكبيرة ، فيقوم الجراح باستئصال بعض من الجلد والدهون من وسط البطن أو من الأسفل ومن ثم شد عضلات جداره .

وقد يقوم الجراح بعمل فتحة صغيرة في الجلد يقوم فيها بإدخال أنبوبة معدنية رفيعة متصلة بجهاز شفط قوي ، فيقوم بإدخال وإخراج الأنبوبة عدة مرات تحت الجلد فيما بين الدهون ، فتخرج الدهون الزائدة إلى جهاز الشفط ، ما يستخدم الليزر أو الموجات فوق الصوتية لإذابة الدهون أولا وبعدها شفطها – هذه الطريقة تتطلب عناية شديدة من الجراح حتى لا يؤدي ذلك إلى تلف الجلد – 65.

ومن هذا الباب أيضا ما يسمى بحزام المعدة أو تدسيس المعدة- كما ذكر الأطباء -يقوم هنا الجراح بوضع حزام المعدة بالمنظار الجراحي حول الجزء الأعلى من المعدة⁶⁶. وقد توصلت دراسة حديثة إلى تعديل جيني للأنزيم المسؤول عن التمثيل الغذائي للدهون في الجسم ، فهي تحاول إلى انتزاع إنزيم منه مختصره معروف بالرمز (ايه سي سي) فهو يؤدي إلى إنقاص الوزن دون الحاجة إلى التقليل من الطعام مما يبعث الأمل لدى الملايين حتى يتم التغلب على السمنة⁶⁷.

خامسا :جراحة التجميل أو تقويم الشفاه

هي عملية يقوم فيها الجراح بتكبير الشفاه وهذا معروف عند النساء وذلك بحقن الشفاه بمادة "الكولاجين" ⁶⁸ أو الدهون فتصبح معه الشفاه ممتلئة . وتعتبر هذه من الطرق الطبيعية غير العلاجية وتتم تحت تخدير موضعي بحق الشفتين وهي الطريقة الأكثر أمانا وفاعلية رغم إن فاعلية هذا العلاج لا تدوم سوى ستة أشهر إلى سنتين على أقصى تقدير⁶⁹

كما يتم تصغير الشفة الغليظة فيقوم الجراح بشق الشفاه من داخل الفم لإزالة الجزء المترهل و الزائد عن الطبيعي وبعدها يعاد خياطة الجرح بغرز داخلية لا تحتاج لإزالة ، وقد تتورم الشفاه بعد العملية لفترة قصيرة غير أنها تعود إلى حالتها الطبيعية ، وينصح المريض بوضع كمادات باردة بعد العملية .

سادسا : جراحة تجميل أو تقويم الأذن

قد يولد البعض بأذان تملو وتروق لهم ، بينما يرغب البعض إلى إجراء تغييرات على آذانهم نتيجة بروزها إلى الأمام وقد يكون شكل هذه الأذان محلا للسخرية من طرف الآخرين فيدفعهم ذلك إلى إجراء عمليات جراحية من اجل تجميل هذه الأذان .

⁶⁶ أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص 120.

⁶⁷ إنقاص الوزن مع الإفراط في الأكل بات ممكنا ن مقال منشور في الجزيرة ، على الموقع الالكتروني:

www.aljazeera.net.

⁶⁸ الكولاجين هو البروتين الرئيسي في الانسجة الضامة في العضلات والجلد والأربطة و الغضاريف والعظام ويشكل نسبة كبيرة تصل إلى 25 في المئة من مجمل البروتينات في الثدييات ، له استعمالات عدة حيث انه يستخدم في صناعة مستحضرات التجميل ،له استعمالات دوائية أيضا فحقن الكلاجين هي إحدى الطرق المستخدمة لتجميل الوجه بدون جراحة حيث يتم عن طريق فقدان الكولاجين الطبيعي ظهور التجاعيد العميقة بالوجه وهي حقن بسيطة يقوم الطبيب بحق مادة الكولاجين في الخدين و زاوية العين

انظر مقال منشور في الموسوعة الحرة ويكيبيديا على الموقع <https://ar.wikipedia.org/wiki/كولاجين>

⁶⁹ أحمد صلاح، تجميل الشفاه، بحث منشور يوم 2009/04/10 على الموقع الالكتروني:

وتتم هذه العملية في أغلب الأحيان لتقويم الأذن الخفائية أو الوطواطية (الأذان البارزة إلى الامام)، وهذه الجراحة تعتبر من أكثر الجراحات الشائعة المتعلقة بالأذن ، حيث أن هذه الأذن المنتصبة إلى الأمام قد تصيب صاحبها بمشاكل نفسية خصوصا في مرحلة الطفولة . في حين قد يكون بروز الأذن في معظم الحالات عائد إلى تشوه في غضروف الأذن حيث يكون هذا الغضروف رخوا أو غير موجود أصلا ، فتتم هذه العملية عن طريق شق الجلد خلف صوان الأذن حتى يظهر الغضروف فيقوم الجراح بتخفيفه حتى يصبح لنا ويكون من السهولة تشكيله حسب الصورة المطلوبة ، وعند الوصول إلى هذه الصورة يتم بعدها تثبيت صوان الأذن بالغرز ⁷⁰.

بالإضافة إلى ذلك فإن الزمن المستغرق لإتمام هذه العملية يكون من عشرين دقيقة إلى أربعين دقيقة للأذن الواحدة وبعدها يكون على المريض وضع رباط للرأس لمدة تتراوح من أربعة أيام إلى ستة أيام على أقصى تقدير

سابعا: جراحة تغيير الجنس أو تصحيحه

تجرى مثل هذه الأنواع من العمليات كتصحيح لما أصاب الشخص من أمراض وراثية في أعضائه التناسلية و التي يكون معها الشخص مصابا بخلل في الغدد النخاعية وغيرها من الأمراض ، بيد أنه يجب الإشارة إلى أن التصحيح ليس كالتغيير فيتم هذا الأخير لشخص طبيعي لا يوجد به أي لبس في مدى تحديد جنسه ، فتكون حاجة الشخص لتغيير جنسه نابعة من كراهية لجنسه الأصلي أو نتيجة لتربيته غير السليمة أو لممارسته لحياته ضمن الجنس الآخر .

وقد كان الأطباء إلى وقت غير بعيد يرون أن الطب لن يتمكن من إجراء مثل هذه العمليات عكس جراحة التصحيح ، إلا أنه سرعان ما تغيرت هذه النظرة بإجراء محاولات جدية لتغيير نوع الجنس والتي تكلفت بالنجاح إلى أن أصبحت الآن تتم بشكل روتيني في الدول الأوروبية في مراكز متخصصة ⁷¹.

وتبعاً لذلك فإن عملية الذكر إلى أنثى تتم عن طريق استئصال العضو الذكري و الخصيتين وعمل مهبل صناعي وتكبير الثديين ، في حين تتم عملية تغيير الجنس من أنثى إلى ذكر فيكون ذلك باستئصال الثديين والرحم واستحداث عضو ذكري وإلغاء المهبل ⁷² ويبقى بعدها الشخص محل متابعة وعلاج مستمر ⁷³.

غير أن مثل هذه العمليات تعد تطاولا وتعديا على خلقة الله سبحانه وتعالى لما في ذلك من رفض لمشيئته وخروج عن الفطرة التي فطرها الله تعالى .

⁷⁰ جراحة الأذن، هارالد لوتشير ، بحث منشور على الموقع: www.esthetischechirurgie-muemchem.com

⁷¹ رجب كريم عبد الله ، المرجع السابق ، ص 18.

⁷² أنور أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص 136.

⁷³ في كلا الحالتين يخضع الخص الذي أجريت له العملية إلى علاج نفسي وهرموني معين حتى يتم معها التأقلم مع الطبيعة الجديدة لجنسه .

وعلى النقيض من ذلك فإن عملية التصحيح تكون بالنسبة للشخص الخنثى⁷⁴ ، فيكون جنس هذا الشخص غير محدد نتيجة تشكله بين الجنسين فلا يعرف إن كان ذكرا أم انثى ، فتتم إجراء عملية لتصحيح يتم فيها تقويم جنسه وتحويله إلى الحالة الغالبة عليه و الملاحظ على مثل هذه العمليات أنها مشروعة لهذا السبب عكس العمليات الأولى التي لقيت تضاربا بين مؤيد لها ومعارض خصوصا في الدول الغربية ، فالقضاء الفرنسي قبل هذا الوقت كان يرفض طلب من أجريت لهم هذه العمليات فيما يخص تعديل نوع الجنس في شهادة الحالة المدنية على أساس أن حالة الشخص تتعلق بالنظام العام ولا يمكن التغيير فيها لمجرد تغيير الأعضاء التناسلية⁷⁵.

أما حاليا فهي تعتبر مشروعة متى دعت إليها الضرورة كأن يكون الشخص مضطربا نفسيا أو شاذ في تكوينه ، وفي حالة عدم قيام الضرورة فيكون الطبيب مخطئا وتقوم مسؤوليته المدنية والجزائية حتى لو كان المريض راضيا وملحا في إجرائها. بالإضافة إلى هذه الأنواع من الجراحة التقويمية هناك أنواع أخرى ومنها عمليات التكبير والتصغير في موضع واحد ومن أهم صورها التي تعتبر الأكثر شيوعا كتكبير محجر العين وتوسيعه أو تصغيره ، حيث تختص هذه الجراحة بجراحة العين وتشمل عمليات متعددة منها تضيق العين الجاحظة بإعطائها شكلا عاديا وذلك بتضييق شق الجفون ، وأيضا توسيع الشق بين الجفون ، زيادة على ذلك العمليات التي تجرى من أجل إزالة تجاعيد الجفون و شطف الدهون⁷⁶.

أيضا يدخل في هذه الأنواع من العمليات ما تعلق بفرج المرأة وذلك إما بتضييق المهبل أو تكبير الرحم .

فما تعلق بتضييق المهبل يكون عن طريق تصليح التمزقات وهبوط الرحم وهو عمل تجميلي محض اريد به تقوية عضلات الحوض وشدها فيتم تضيق الجدران الداخلية للمهبل وهذا ما يمنع من تدلي الرحم الذي كان نتيجة إما للولادات المتكررة أو التي كانت متعسرة⁷⁷.

أما تكبير الرحم فهو علاجي أكثر من تجميلي وذلك من أجل الإنجاب فيتم تنظيفه عن طريق قيام الجراح بإجراء عملية توسيع في عنق الرحم تدريجيا ليتمكن من إدخال المعلقة

⁷⁴ الخنثى :هو الشخص الذي تجتمع فيه الأعضاء الذكورية و الأنثوية معا .

⁷⁵ Terré et D.fenouillet ,Droit civil ,les personnes la famille ,les incapacités, Dalloz ,2005,p149.

⁷⁶ فيبيح ليفي لينز ، المرأة المستتيرة ، دار المعارف ، مصر ، ط 1953 ، ص70.

⁷⁷ .أورد قصة المرأة تتحدث عن تجربتها إزاء تضيق الرحم ،حيث بدأت تشعر وكأنها حديثة الزواج ، وبدأت تلاحظ الفرق بعد أول ممارسة الجنس مع زوجها ، انظر : حقائق عن عملية تضيق المهبل ، على الموقع الإلكتروني:

المسماة بالكحت الجراحي⁷⁸، حيث يتم كحت الطبقة الرقيقة الموجودة بجدار الرحم الداخلي

هذا ما تعلق بعمليات التجميل التي تخص المرأة ، أما ما تعلق بالرجل فهناك عمليات تجميلية خاص به ونقصد بذلك ما تعلق بتكبير العضو الذكري وإطالته .

تبعاً لذلك يتم تكبير العضو الذكري عن طريق حقن الدهون تحت الجلد اي جلد العضو من أجل زيادة قطره⁷⁹.

في حين أن العمليات الخاص بإطالة العضو الذكري تتم بقطع الروابط فهي ليست إضافة أنسجة جديدة له وإنما تتضمن قطع الروابط المعلقة له في عظام الحوض فيتحرر الجزء المخفي منه داخل الحوض فيبدو أكثر طولاً بإثنين سنتم (2سم) أثناء حالة الإرتخاء⁸⁰ ، غير أن هذا الأمر لا يخلو من المخاطر مثله مثل حالة تكبير العضو⁸¹.

زيادة على هذه العمليات هناك صورة أخرى وهو ما تعلق بزراعة الشعر فتقوم هذه العمليات بحل مشكلة الصلع التي باتت تؤرق الرجال وحتى النساء على حد سواء ، فكان الحل الأنسب هو إجراء عملية لزراع الشعر في المنطقة الصلعاء من الرأس .

غير أن الشعر المراد زرعه يمكن أن يكون شعراً طبيعياً أو اصطناعياً فيتم زرع الشعر الطبيعي عن طريق نقل بصيلات الشعر من المنطقة الخلفية لرأس الشخص الأصلع إلى المنطقة الأمامية الخالية من الشعر حيث يتم غرسها في جلد الرأس .

أما زرع الشعر الاصطناعي فيكون بغرس شعر مصنوع من مادة صناعية أو شعر مأخوذ من شخص آخر بعد تحضيره بأسلوب معين ، غير أن هذا الشعر الاصطناعي لا ينمو

⁷⁸ الكحت الجراحي هو إجراء جراحي يقوم فيه الجراح بإزالة جزء من بطانة الرحم أو محتويات الرحم عن طريق الشفط أو الكشط، كم يمكن إجراء هذه العملية تحت التخدير العام بشكل أساسي ، لكن في بعض الحالات يمكن إجرائها تحت التخدير الموضعي أو التخدير النصفي في الظهر وفيها يتم كحت الرحم بالكاشط. أنظر: محمد بن حسن عدار، عملية تنظيف الرحم، مقال منشور يوم 29 رجب 1427 الموافق لـ 2006/08/23 على الموقع:

www.alriyadh.com/181056.

⁷⁹ تعتبر هذه العملية حديثة وغير مضمونة النتائج إلى حد الساعة ، نتيجة لوجود خطر حدوث مضاعفات بعدها خاصة مرض السكري.

⁸⁰ ما يقرب إلى ثلث إلى نصف القضيب يقع داخل الجسم وهو ترتبط داخلياً بالسطح السفلي لعظم العانة ، وإطالة القضيب تتضمن تحرير الرباط المخفي للقضيب و الرباط المعلق للقضيب اللذان يربطان والذنان يربطان عظم العانة ، ويتم بعدها إطاء مضادات للألم خلال بضعة أيام بعد العملية فيكون استرجاع النشاطات اليومية بعد اسبوع من العملية وينصح باستراحة جنسية لمدة اربع اسابيع.

انظر: على الموقع الإلكتروني www.estetihatour.com/ar/allongement.pemisshtml

⁸¹ قد تضر هذه العملية بقوة الإنتصاب بالإضافة إلى إمكانية حدوث التهابات وفقدان الجلد الإحساس في موضع العملية انظر : عمليات الرجال، Tajmel.org.

بل يتساقط مع مرور الوقت نتيجة كثرة استعمال المشط أو نتيجة للعوامل البيئية كالماء والشمس .

إضافة إلى ذلك فمن الناحية الطبية يشكل الشعر غير الطبيعي (الصناعي) خطرا كبيرا جدا لأنه يضعف فروة الرأس ويؤدي إلى حدوث التهابات وتلفيات بالفروة⁸² مما يعيق الزرع الطبيعي ، أما من الناحية الدينية فإن الشعر الطبيعي لا وصل فيه كما نهانا الرسول عليه الصلاة والسلام عن الواصلة والمستوصلة⁸³ .

الفرع الثاني

جراحة التجميل الترميمية

يطلق عليها البعض أيضا بالجراحة التعويضية *Chirurgie réparatoire* فهي تقوم على إعادة ترميم الأجزاء الخارجية لجسم الإنسان إلى وضعها الطبيعي من الناحية الوظيفية و الشكلية بصورة تقريبية مثل: التشوهات الخلقية كفتحة في الشفة العليا أو زيادة أو نقصان في الأصابع ، وهي تكون أيضا بعد عمليات جراحية استئصالية مثل: محاولة تشكيل الثدي بعد استئصاله إثر مرض السلطان .

كما يختص هذا النوع من الجراحة بكل التشوهات الناتجة عن حوادث المرور ، زيادة على ما سبق فيسميها البعض أيضا بجراحة إعادة البناء لأنها تعيد بناء الجزء المشوه أو تكميله ولهذا اطلق عليها أيضا بالجراحة التكميلية وقد شهدت الجزائر في الآونة الأخيرة إقبالا شديدا على مثل هذه العمليات خاصة الفئة التي تعاني من تشوهات خلقية وأخرى من جراء حوادث المرور أو حوادث أخرى تركت آثارا على أجسامهم و على نفسيتهم⁸⁴ .

وكما سبق الإشارة إليه أن هذا النوع من الجراحة إنما يراد به إصلاح التشوهات الشديدة التي تقبح شكل الجسم وتؤثر على أدائه الوظيفي ، غير أن هذا التشوه قد يكون خلقيا أو مكتسبا نتيجة لحوادث عدة منها حوادث المرور و الحرائق ناهيك عن حوادث أخرى .

ومن هذا المنطلق نتضح لنا صور هذه الجراحة والتي سيتم التفصيل فيها كالاتي:

⁸² من الناحية الطبية يشكل الشعر غير الطبيعي (الصناعي) خطرا كبيرا جدا ، لأنه يضعف فروة الرأس ويؤدي إلى حدوث التهابات وتلفيات بالفروة مما يعيق الزرع الطبيعي.

⁸³ محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعائي، سبل السلام شرح بلوغ المرام عن جمع أدلة الأحكام، ط1، دار الكتاب العربية، بيروت، لبنان، 1410هـ-1990م، ج3، ص303.

⁸⁴ قد أبرز بعض الأخصائيون في هذا المجال أن عدد الطلبات على الجراحة التقيومية أو الإصلاحية في اطراد مستمر ومصدره رجال ونساء مع حضور قوي للجنس اللطيف بنسبة 90 في المئة .

أنظر : بركي سهام ، الطب والجراحة التجميلية بالجزائر في انتعاش وتآلق ، مقال منشور في جريدة المسار الجزائرية ، يوم 05 فيفري 2011 على الموقع الإلكتروني: elmassar-ar.com/ara/pemalik/4601.html.

أولا: العمليات التي تجرى لإزالة التشوهات الناتجة عن الحروق

تعتبر الحروق حادثة من بين الحوادث لباتى قد تصيب الإنسان نتيجة تعرضه للنار أو لمواد حارقة ، هذه المواد قد تكون مستخدمة في الحروب أو غيرها ن ونتيجة لذلك فإن هذه الحروق تؤدي بطبيعة الحال إلى تلف في انسجة الجلد الذي يعد أكبر عضو في الجسم حيث يمتد ويستخدم كحماية للأعضاء المهمة في الجسم ،

وعند تلف هذا الجلد فإنه يخلق ذلك وجود ندبة متقلصة تشد الجلد وتعيق الحركة في بعض الأحيان ، ناهيك عن المنظر البشع الذي تخلفه و غير المستحب سواء لدى المصاب نفسه أو من يراها

غير أن هذا النوع من العمليات تختلف باختلاف درجات الحروق، فالمعلوم أن درجاته متفاوتة ، فالدرجة الأولى ينجم عنها الم واحمرار في الطبقة الخارجية للجلد ، وتعد هذه الحروق بسيطة مقارنة مع الحروق من الدرجات الأخرى ، غير أنها تقع ضمن الحروق الشديدة إذا كانت تغطي منطقة كبيرة من الوجه و اليدين أو القدمين أو الفخذين أو الأرداف أو المفاصل الرئيسية

أما الحروق من الدرجة الثانية فإنه ينجم عنها آلام متواصلة واحمرار شديد يؤدي إلى ظهور بقع على الجلد فضلا عن الانتفاخ وتكوين النفطات ، أما الحروق من

الدرجة الثالثة فهي تتعدى الطبقتين المذكورتين في النوع الأول والثاني فهو يؤثر على الأنسجة العميقة وقد يصل إلى العضلات وحتى العظام⁸⁵.

و على هذا الأساس فهذه الحروق خاصة التي تكون من الدرجة الثانية والثالثة فهي تؤدي إلى تشوهات في المنطقة المصابة كالإنكماش و الاحمرار، ناهيك عن حالة المصاب النفسية خصوصا إذا كانت الحروق تمس الوجه و الرقبة ، لهذا كان من الضروري التدخل طبيا لإجراء ترقيع للجلد بجلد صناعي ومن هنا كانت الحاجة إلى الجراحة الترميمية ملحة جدا لإصلاح هذه التشوهات .

فيتم الترقيع عن طريق استئصال المناطق المحروقة من الجلد واستبدالها بجلد سليم يؤخذ من مناطق أخرى معينة من جسم المصاب كالبطن و الفخذين أو من جسم شخص آخر أو حتى من جثة حيث تكون الخلايا حية حتى بعد ثلاثة اسابيع من الوفاة⁸⁶.

⁸⁵ ليما علي عبد، الألام الناتجة عن تعرض الجلد إلى الحروق وطرق تخفيفها ، بحث منشور يوم 2013-03-05 و تم تعديله يوم 2014-11-06 على الموقع الإلكتروني: altibbi.com قسم الأمراض .

ومع التقدم الحاصل في مجال الطب تعتبر هذه الطريقة قديمة نوعا ما ، فقد تم التوصل إلى طريقة جديدة عن طريق زرع كبسولات من مادة الهيدروجل في الجلد و بالتالي توليد ما يسمى بانقسام الخلايا ، وتصبح نسبة الجلد السليم أكثر من الجلد المحروق ، وهنا يمكن نقل الجلد السليم إلى المناطق المحروقة واستئصال هذه الأخيرة ليعود الجلد المحروق إلى وضعه الطبيعي⁸⁷.

ثانيا : العمليات التي تجرى لإصلاح التشوهات الناتجة عن حوادث المرور و الكوارث الأخرى

ونقصد بذلك التشوهات التي تسببها حوادث المرور وحوادث المصانع وحتى

الحروب وأبعد من ذلك فقد تسبب المشاجرات وأعمال العنف بعض التهتكات في أجزاء الجسم ، فقد تكسر أنف شخص وتتمزق شفاه ويفقد أحد أصابعه ، وبالتالي

فما تلف من هذه الحوادث يكون لزاما معه بالإضافة إلى العمليات الجراحية الضرورية إجراء عمليات تجميلية ترميمية من أجل إصلاح ما نتج عن تلك

الحوادث ، فهي هذه الحالة يتم ترميم هذه الأجزاء عن طريق رتق الجزء المقطوع وترقيع الجزء الذي تم تلفه أو فقده .

ويعتبر من ذلك أيضا ما تلجأ إليه المرأة في حالة استئصال ثديها نتيجة إصابتها بسرطان الثدي ، فهنا يتم استئصال الجزء المصاب بالسرطان من أنسجة الثدي. فيتشوه شكل الثدي الذي يعتبر من أساسيات جمال المرأة وقد تم التكلم عنه في معرض سابق .

وعلى هذا الأساس تجرى لها عملية ترميم من أجل إعادة بناء الثدي وعادة ما تكون هذه العملية بعد عملية الاستئصال مباشرة ، غير أن أصحاب الاختصاص يرون أن عملية الترميم يكون لها نتائج أفضل إذا أجريت في وقت لاحق لعملية الاستئصال وفي كلتا الحالتين فإن الهدف من وراء هذه العمليات هي إعادة ثقة المرأة بنفسها من جديد بالإضافة إلى إعطائها العلاج اللازم . وتمت عملية البناء على مرحلتين كما تم الإشارة إليه سابقا .

الفرع الثالث

⁸⁶ حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق ، ص 6.

⁸⁷ هذه الطريقة تم اكتشافها من قبل الطبيب الألماني "فايسر " فقد قدم اكتشافه في مؤتمر جراحي التجميل في مدينة ديسدروف ، وقد طبق هذا الاكتشاف لأول مرة في المملكة العربية السعودية عن طريق الدكتور ممدوح عبد العزيز عشي الحاصل على الدكتوراه في التجميل والحروق و الجراحات الدقيقة من جامعة نيوجي الألمانية . بحث منشور على موقع وكالة الأنباء السعودية : www.spa.gov.sa

أهمية التمييز بين الجراحة التقييمية و الجراحة الترميمية

للتمييز بين نوعي جراحة التجميل يجب تحديد أولا النظام القانوني الذي تخضع له المسؤولية المدنية لجراح التجميل في كل منهما :

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار أن المسؤولية المدنية التي تقع على جراحي التجميل الذي يجري عمليات التجميل الترميمية تكون أشد وطأة عن المسؤولية المدنية المقاة على عاتق جراحي التجميل بخصوص جراحة التجميل التحسينية حتى وان كانت هذه المسؤولية أساسا تخضع بوجه عام لقواعد خاصة تختلف إلى حد كبير عن القواعد العامة التي تخضع لها مسؤولية الجراح العادي في الجراحات العلاجية ، بحيث تقع على عاتق جراح التجميل التزامات مشددة تتمثل في التزامه بالحصول على رضاء المريض في جميع الحالات قبل التدخل الجراحي وهذا موضوع دراستنا ، بالإضافة إلى إعلامه بجميع المخاطر التي قد تترتب عن هذا

التدخل حتى ل كانت هذه المخاطر استثنائية نادرة الحدوث.فضلا عن ضرورة مراعاة التناسب بين هذه المخاطر الفائدة المرجوة من الجراحة .

هذا الإختلاف في التشدد في المسؤولية أساسه أن الجراح في عمليات التقييم تكون له الحرية في إصلاح العيوب عكس الجراح في عملية الترميم فإنه يواجه تشوهات بدنية خطيرة تكون عبئا على المصاب بها ، زيادة على أنه قد تجرى عمليات الترميم بعد العمليات الجراحية العادية ومن ثم فإن الجراح لا يكون له متسع من الوقت في التفكير وحتى التركيز.

غير أنه ذهب جمهور الفقهاء إلى أبعد من ذلك كون مسؤولية جراح التجميل في الجراحة التحسينية أو التقييمية هي التي تخضع للقواعد الخاصة المشددة بيد أن

مسؤوليته في النوع الثاني أي الجراحة التجميلية الترميمية فإنه يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها الجراح العادي⁸⁸

وتبقى المسؤولية تتأرجح في النوعيين بين التشدد والتخفيف ، غير أننا نميل إلى التشدد في الجراحتين باعتبار أن الهدف الرئيسي من إجراء هذه العمليات هو إصلاح عيوب وتشوهات لا تسبب آلام للشخص غير الآلام النفسية وليست عضوية وبالتالي كان لزاما على جراح التجميل أخذ كل الحيطة والحذر أثناء إجرائه للعملية فهي لا تستدعي تدخل جراحي سريع مما يفقد معه الجراح بعض تركيزه أو حيطته فعليه التحصين حتى يكون في

⁸⁸ Penneau ,la responsabilité médicale,op.cit,n53,p66.

مأمن من أية مسؤولية سواء أكانت مدنية أو جزائية. و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في اعتبار أن المسؤولية مشددة في كلتا الحالتين .

المبحث الثاني مشروعية جراحة التجميل

المعلوم أن لكل إنسان الحق في سلامة جسمه ، فلا يجوز لأي شخص المساس بأي عضو من أعضاء هذا الجسم سواء أكانت هذه الأعضاء داخلية أم خارجية ، فكانت القوانين الجنائية متشددة وصارمة ببسط الحماية على كل اعتداء يقع على جسم الإنسان مهما كان هذا الإعتداء بالبتير أو الأتلاف أو غيرها ، فاعتبره جل القوانين من الحقوق الأساسية واللصيقة بشخص الإنسان وهو ما يعرف بحقوق الإنسان⁸⁹ .

وإذا كان القانون قد أباح للطبيب بوجه خاص المساس بهذا الجسم رغم أنه يشكل اعتداء عن طريق إجراء العمليات الجراحية ، إلا أن هذا يدخل ضمن العمل الطبي المرخص له أساسا المساس بمادة الجسم . هذا الترخيص رغم وجوده إلا أنه لا يأخذ على إطلاقه فما كان ضد مصلحة المريض أو يؤذيه فإن الطبيب لا يعفى من المسؤولية فهو يهدف إلى صيانة هذا الجسم عن طريق التخلص من الأمراض أو التخفيف منها .

ومن هذا المنطلق كانت جراحة التجميل تمس بسلامة الجسم شأنها شأن أي عمل طبي آخر حتى وإن كانت لا تهدف إلى علاج الشخص من مرض عضوي فإنها تهدف إلى إزالة تشوه أو عيب لا يشكل بالضرورة أي خطر على جسم المريض ، هذا ما أدى إلى إثارة الشكوك حول مشروعيتها ، لكن هذه الشكوك تبددت شيئا فشيئا إلى أن استقر الفقه والقضاء على مشروعيتها ولكن وفق ظوابط معينة على جراح التجميل الإلتزام بها ومراعاتها .

وعلى هذا الأساس سيتم التطرق جراحة التجميل في القوانين الوضعية (المطلب الأول) ، وبعدها التكلم عن أحكام ومشروعية جراحة التجميل في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني)

المطلب الأول جراحة التجميل في القوانين الوضعية

لقد لقيت جراحة التجميل في الدول سواء العربية أو الغربية رواجا وتقدما لا يمكن الاستهانة به في الوقت الحالي ، غير أن تقبل هذا النوع من الجراحة لم يكن مستتبيرا في بداية الأمر ، فهناك من الدول من عارض في البداية ونظر إليها نظرة متشدد حول مشروعيتها، أبعد من ذلك فقد تم معارضة هذا الإجراء الطبي ككل ونقصد بذلك فرنسا، وهناك من الدول من بقي موقفها إلى حد الآن غير واضح فكان الأصل في الأشياء الإباحة.

⁸⁹ رجب كريم عبد الله ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ج2، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص59.

ومن هنا جاءت الحاجة إلى استعراض موقف القوانين الوضعية فقها وقضاء من هذه العمليات التجميلية ، فسيتم التطرق أولا إلى القانون الفرنسي (الفرع الأول) ، والقانون الجزائري (الفرع الثاني) ، وفي الأخير مختلف القوانين الأخرى (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف القانون الفرنسي من العمليات التجميلية

لقد كان القانون المقارن وعلى رأسه القانون الفرنسي سابقا في التكفل في معالجة هذا النوع من الجراحة ن وذلك انطلاقا من واقعه الذي فرض عليه ذلك ، وان لم يكن بالوتيرة والسرعة المفترضة ألا أنه رغم ذلك استطاع أن يستدرك النقص خاصة على مستوى أهم مصدر من مصادر القانون وهو التشريع ، وبالرغم من أن المعالجة التشريعية جاءت متأخرة إلا أن القضاء كان المبادر في تحرير الجراحة التجميلية من قيد اللامشروعية التي كانت تطوقها إلى المشروعية المتشددة نوعا ما ، ومن هذا المطلق أي موقف القضاء ذهب الفقه إلى النظر في هذه الجراحة وتبيان قواعدها ومن ثم وضع ضوابط لها وذلك من أجل إعطاء صورة واضحة لرجال القضاء لمساعدتهم وأحسن من فعل .

أولا: جراحة التجميل في التشريع الفرنسي

إذا كانت جراحة التجميل قد بدأت رحلتها في فرنسا نحو افتكاك المشروعية منذ سنة 1931 ، فإن المشرع الفرنسي لم يقم بالتعرض لهذه الجراحة أي التجميلية بصريح العبارة إلا في القرن الجديد من خلال قانون 303-2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية خدمات الصحة المعدل لقانون الصحة العمومية ، فقد صرح بالقواعد المنظمة للجراحة التجميلية وذلك في المواد 10 L6322 التي احتوت على شروط الترخيص لمنشآت الجراحة التجميلية فاعتبرت هذه المادة أن أي تدخل جراحي تجميلي حتى في المؤسسات العلاجية المذكورة لا يمكن أن تتم ممارسته إلا بتوفر منشآت مقبولة تلبي الشروط التقنية للعمل المنصوص عليه العمل في المادة 4 L6133 من نفس القانون ، وتضمنت أيضا إنشاء منشأة جديدة يجب أن يخضع لترخيص من السلطة الإدارية وذلك بعد زيارة للسلطة الإدارية المختصة للتأكد من توفر الشروط بالإضافة إلى اعتبار الترخيص باطلا بعد ثلاث سنوات إذا لم تبدأ المنشأة بالعمل ، كذلك اعتبره باطلا إذا توقفت المنشأة عن ممارسة العمل لمدة تفوق ستة أشهر⁹⁰ .

⁹⁰ -أنظر المادة 1 L6322 من القانون 303-2002 المؤرخ في 4-03-2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية الخدمات الصحة المعدل لقانون الصحة الفرنسي:

إن خلفية الحظر الذي عاشت جراحة التجميل في فرنسا كغيرها من الدول كانت السبب الرئيسي في تأخر المشرع فترة طويلة في التقنين لقواعدها، بل إن هذه الخلفية بقيت موجودة حتى بعد النص صراحة على مشروعها، وذلك من خلال التشدد في منح الترخيص في إقامة منشآت الجراحة التجميلية و الصرامة في المسؤولية الناتجة عنها .

غير أنه قبل هذه النصوص التشريعية الصريحة فإن المشروعية كانت تلتبس من خلال القواعد العامة المنظمة للعمل الجراحي ، فنجد على سبيل المثال المادة 18 من أخلاقيات المهنة الفرنسي التي تضمنت ضرورة مراعاة التناسب بين مخاطر العملية الجراحية وفوائدها ، كما تضمنت أيضا المادة 11 و12 من نفس القانون التزام الطبيب بالسر المهني الذي يعتبر من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق جراح التجميل ، كما تضمن القانون التحذير من عدم ممارسة الطب ممارسة تجارية⁹¹ من خلال المادة 23 من نفس القانون .

الأمر الذي بقي سائدا في عدة تشريعات منها التشريع المصري ، الذي لم ينص صراحة على قواعد تنظيم الجراحة التجميلية رغم أن القضاء أباحها منذ سنة 1933 كما سيتم تبيان ذلك لاحقا .

ثانيا :موقف القضاء الفرنسي من الجراحة التجميلية

يعتبر القضاء الفرنسي صاحب الفضل في تحرير الجراحة التجميلية من قيد لامشروعية الذي كان يطوقها لوقت طويل فقد كان القضاء في الماضي ينظر إلى جراحة التجميل على أنها وسيلة غير أخلاقية تجرى من أجل إرضاء شهوة الدلال عند النساء ، ومن ثم كانت روحة مشبعة لا بالشك والريبة فحسب ، بل بالسخط والكراهية أيضا⁹² ،فاعتبر مجرد الإقدام عليها خطأ في حد ذاته ، يتحمل الطبيب بسببه كل كل الأضرار التي تنشأ عنها حتى لو أجراها طبقا للأصول المعروفة⁹³ .وأول حكم صدر في هذا الشأن هو حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 22 جانفي 1913 ، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن فتاة كانت تشكو من وجود شعر ينمو في ذقنها ، فتوجهت إلى أحد الأطباء لتتخلص منه ، فعالجها باستخدام اشعة Radiotherapie وتمت إزالة الشعر بالفعل ، غير أنه تخلف عن هذه العملية مرض جلدي قبيح بذقن الفتاة فقرر الخبراء أن الطبيب لم يقصر في شئ وانه اتبع كل الأصول و القواعد الفنية المقررة وسار بمنتهى الحيطة والحذر ، ورغم ذلك فقد قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب وألزمته بتعويض الفتاة عما اصابها من ضرر.

⁹¹ اضفت وسائل الإعلام على اجراحة التجميل طابعا تجاريا

⁹² عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص397.

⁹³ Lombard, le médecin devantses juges, Laffront, 1973, p274

نقلا عن:حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص239.

وقد أقيمت مسؤولية الطبيب على أساس أنه إذا كان للطبيب من حيث الأصل الحرية في استخدام وسيلة علاجية معينة متى اقتضت صحة المريض وحالته ذلك، إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على جراحة التجميل و التي 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 بالغة في سبيل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة وغير هامة، وهي إصلاح عيب جسدي فمن واجب الطبيب أن يكون أكثر علما من غيره باحتمالات الخطورة المترتبة عن هذه الجراحة⁹⁴.

وقد طعن في هذا الحكم أما محكمة النقض الفرنسية، فرفض الطعن وتم تأييد الحكم أن الطبيب حين يجد نفسه أمام حالة لا يطلب منه فيها شفاء مرض بل مجرد إصلاح عيب جسدي فإنه عليه أن يرفض هذا التدخل نظرا لصالحة المصلحة المبتغاة من التجميل⁹⁵، وقد أضافت محكمة النقض أن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى، هو أكثر الناس علما بنتائجها وفشلها المحتمل، لذلك كان عليه أن يمتنع عن إجرائها، وأن محكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف و الملابسات مما يستوجب مسؤوليته وتعويض الضرر الذي أحدثته، فإن حكمها قد لاقى تطبيقا للقانون المدني الفرنسي لاسيما المادتين 1382-1383 منه⁹⁶.

لقد اطرده القضاء الفرنسي في هذا المعنى، فتوالت الأحكام في هذا الموضوع فقد صدر حكم من محكمة سين الفرنسية في 25 فيفري 1929 في قضية فتاة كانت تعاني من تضخم شحمي في ساقها اليمنى، فاستشارت طبيبا مختصا في الغدد، والذي نصحتها بالعدول عن عن إتباع أي علاج طبي في هذا الشأن، ولكن تحت تأثيرها ورغبتها الملحة فقد أحالها إلى طبيب جراح، والذي قام بدوره بفحصها وادخلها إحدى المستشفيات، حيث قرر إجراء عملية في ساقها، والتي انتهت بفشل العملية، فقد اخفق الطبيب في خياطة الجروح بسبب طبيعة أنسجة جسمها والتي استعصت الإلتئام، فترتب على ذلك تفشي الغرغريا في مكان العملية،فقرر الطبيب المعالج باستحالة إنقاذ المريضة إلا ببتتر ساقها، وفعلا قام الطبيب بهذا الإجراء، فسارعت المريضة برفع دعوى تعويض وقد أدانت المحكمة مسلك الطبيب، فقررت بوجوب مساءلته من الناحية المدنية والحكم عليه بالتعويض.

⁹⁴ -« le médecin se trouve en présense ,non pas d'un mal à guérir,mais d'une simple imperfection physique à faire disparaite ou dissimuler ,que ,dant ce cas ,ni l'intérêt du malade n'exigent que ,pour un si minime résultat,on risque ,sinon de la faire mourir ,tout au moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver »

-CA.Paris,22 janv ,1913,2,p73 ,note L.Denis

⁹⁵ -Cass.Paris ,29 nov .1920,D.1924,1,p.103.

⁹⁶ قرار محكمة باريس في 24 جانفي 1914. أشار إليه : عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 397-398.

وجاء في أسباب حكمها أن جسارة 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 دون أن يكون هذا التدخل الجراحي لازماً لضرورة علاجية ، فإن ذلك يكون في حد ذاته خطأ يستوجب معه مسؤولية الجراح.

إن الخطأ المسند إلى الطبيب يستخلص من القواعد العامة بغض النظر عن الإعتبارات الطبية ودون الحاجة إلى الاستعانة بمعلومات أهل الفن ، إذ ليس من الضروري أن يكون الطبيب قد ارتكب خطأ فنياً في مباشرة العملية ، بل إن ثبوت عدم وقوع مثل هذا الخطأ ليؤكد خطورة العملية في حد ذاتها. وأدت إلى بتر ساق المريضة بعد أن عرضها للموت رغم اتخاذ الإحتياطات واتباع القواعد الفنية⁹⁷.

وفي حكم آخر من محكمة استئناف ليون في 27 جوان 1913 ، فقضت فيه بإلزام طبيب بالتعويض لأنه أجرى جراحة تجميل لإمرأة عجوز لإزالة تجاعيد الوجه و الرقبة وتقويم الثدي ، مما تسبب في إحداث متاعب ومضاعفات بجسمها و، واعتبرت المحكمة أن الإتفاق المبرم في هذا الشأن هو باطل لعدم مشروعيته ولمخالفته للأداب العامة⁹⁸.

وفي حقيقة الأمر أن هذا الإتجاه المعادي لجراحة التجميل من جانب القضاء الفرنسي قديماً جاء متأثراً برأي الفقهاء الفرنسيين الراضين لهذه الجراحة في ذلك الوقت وعلى رأس هؤلاء الفقيه "جارسون" ، الذي ذهب إلى عدم إجازة جراحة التجميل نهائياً ، على أساس أن القواعد العامة تستلزم أن يكون التدخل الجراحي مقصوداً به تحقيق غرض علاجي ، ولا يقصد به إصلاح عيب أو تشوه جسماني ، ومن ثم فإن الطبيب الذي يتدخل جراحياً على عضو سليم في الجسم بغرض تجميله أو إصلاح شكله ، يكون قد خرج عن حدود مهنته التي أهلته لها شهادة الطب⁹⁹.

وعلى النقيض من ذلك فقد قرر الدكتور Frutnusan : "أنه ليس من العدل أن نعاقب طبيب وأن نسنده إليه خطأ لمجرد استجابته لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية بل تفوقها أحياناً ، وأن القضاء المشار إليه يجرّد

⁹⁷ عبد الحميد الشواربي ،مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ط1، ص95 .

⁹⁸ Cass.lyon,27juin 1931,D.1914,2,P.73,note H.lalou.

⁹⁹ رجب كريم عبد الله،المسؤولية المدنية لجراح التجميل....، المرجع السابق ، ص28.

الأطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون ما أمل في الإستفادة منه ،كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوّهاتهم¹⁰⁰.

وبهذا ما يلاحظ إن الإتجاه المعادي لهذه الجراحة لم يستمر طويلا ، لأن القضاء الفرنسي اتجه فيما بعد إلى تأيد رأي الفقه ، إلى الإعتراف بمشروعية جراحة التجميل ، ومن ثم اعتبارها فرعا من فروع الجراحة الطبية .

ويرجع الفضل في ذلك التغيير إلى الحكم الصادر من محكمة باريس في 12 مارس 1931 –المشار إليه سابقا-حيث أن هذا الحكم قد أثار احتجاجا شديدا في الأوساط الطبية ، نظرا لكون يقضي على جراحة التجميل قضاء تاما ، رغم ما تسديه هذه الجراحة للإنسانية من خدمات جليلة .

فان هذا الحكم يعد نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي إزاء مشروعية جراحة التجميل فبالرغم من انه تم تأييد الحكم الابتدائي من كطرف محكمة النقض الفرنسية ، إلا أنه خالفه في المبدأ لأنه اعتبر أن مجرد إجراء عملية تجميل لا يعتبر في حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية ، حتى وإن كانت العملية تنطوي على خطر حقيقي على جسم المريض ، وبهذا يكون هذا الحكم قد أرسى مبدأ مشروعية جراحة التجميل وأنقذ

ومع كل ذلك بقيت محل ريبية ، لأنه من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بحرمة جسم الإنسان ، وهي ضرورة شفاء المريض من علة ، وأن يكون ثمة تناسب بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والفائدة المرجوة من هذه الجراحة¹⁰¹.

غير أن تطور مفاهيم الحياة كان أقوى ،حيث استمرت جراحة التجميل بالسير نحو تحقيق السعادة للأفراد ، فأدت إلى إنقاذ الكثير من الناس من التشوهات التي كانت أحيانا سببا في وضعهم حد لحياتهم ، ولهذا الأسباب كلها أصبحت جراحة التجميل فرعا من فروع الجراحة الضرورية ، لها قواعدها وأصولها وفنيتها ،خصوصا في الحالات التي يتعدى فيها التشوه فيصبح علة مرضية ، كمشوهي الحرب ،فهؤلاء قد يعيقهم هذا التشوه عن مزاوله حياتهم في شكل عادي كطلب الرزق ، مما ينعكس على حالتهم النفسية.

فأصبحت جراحة التجميل مع وجود هذه الحالات أمرا لا بد منه ، لأنه لم يعد قاصرا عن علاج الإعتلال الجسماني الذي يصيب الفرد ،بل أصبح يعالج كل حالة نفسية ناجمة عن تشويه قد يكون لها انعكاس على صحة المريض أو سلامة أعضائه¹⁰².

¹⁰⁰ محمد سامي الشوا ،مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ،القاهرة،2002،ص145.

¹⁰¹ عبد السلام التونسي ، المرجع السابق، ص400-401 .

هذا ما أكدته محكمة استئناف ليون في حكمها الصادر في 22 مارس 1936 بنصها على ما يلي: "أن لا مسؤولية على الجراح في قيامه بعملية تجميل إذا كانت العملية هي الوسيلة الوحيدة في علاج امرأة من حالة تدهور نفساني شديد¹⁰³.

فالطبيب في هذه الحالة مطالب بإثبات حالة التدهور النفساني وأن ليس أمامه خيار آخر ، هذا من الناحية النفسية ، أما من الناحية الإجتماعية فإن جراحة التجميل من شأنها أن تدلل العقبات التي قد يتعرض لها الشخص في حياته الإجتماعية ، لأن ما يصيب الشخص من عيوب في شكله قد توصل أمامه أبواب الرزق و الزواج¹⁰⁴ زيادة على ذلك فإن جراحة التجميل تحقق مصلحة المجتمع في الإستفادة من مجهودات أفراده ، فإن كان من مصلحة الفرد أن يحتفظ بسلامة جسمه من أي ضرر أو عيب ، فإن ذلك من مصلحة المجتمع أيضا¹⁰⁵.

ثالثا: موقف الفقه الفرنسي من جراحة التجميل

لقد انقسم الفقه في فرنسا إلى ثلاث اتجاهات حول هذه الجراحة ، فالإتجاه الأول هو الراض لهذا النوع من الجراحة ن فقد أقر الفقه في بادئ الأمر بعدم مشروعية جراحة التجميل ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي¹⁰⁶، ومن أبرز الفقهاء الراضين كما سبق الإشارة إليه الفقيه "جارسون" الذي لم يجز البتة إجراء هذا النوع من العمليات على أساس أن المقصود من التدخل الجراحي الشفاء من علة وهو غير متوفر في الجراحة التجميلية¹⁰⁷.

كما يقرر أيضا الفقيه Kornprobst: "أنه يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعم به جراحة عمليات التجميل من ادعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله¹⁰⁸.

والحقيقة أن هذا الرأي لم يكن حاسما ، لأنه لم يثبت أن جراحة التجميل لا تباشر أغراضا علاجية ، فالتشوهات التي تصيب الشخص تؤثر على نفسيته وعلى وضعه الصحي

¹⁰² بسام المحتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، بيروت، لبنان، ط1، ص209.
¹⁰³ عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص404.

¹⁰⁴ -M.Riegert, op, cit, p.114.

¹⁰⁵ رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص33.

¹⁰⁶ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص151-152.

¹⁰⁷ رابيس محمد، المسؤولية المدنية في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2007، ص146.

¹⁰⁸ محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، ص152.

، فكيف يحرم جراح التجميل من معالجة شخص يشعر بالألم في حياته الإجتماعية بينما يباح له التدخل لمعالجته من أي ألم آخر مهما كان بسيطاً¹⁰⁹.

أما الإتجاه الثاني ، فكان رأياً وسطاً فظهر تحت تأثير النتائج التي توصلت إليها جراحة التجميل في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى و الثاني ، فعدل الفقه في موقفه المتشدد إزاء هذه الجراحة ، واعتبر أن من الجواز إجراء جراحات تجميلية في مجال العيوب البسيطة التي لا تتطوي على خطر ، كإزالة اللحميات الزائدة والعظام البارزة في الجسم¹¹⁰.

أما الإتجاه الثالث فكانت نظرتهم متوسعة إزاء عمليات التجميل ، فنادوا بوجود التوسع في إجراء هذه العمليات على اعتبار أنها تجدد الشباب وتجلب السرور للمريضة ، ناهيك عن الغايات السامية التي بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين للجراحة العادية¹¹¹.

وعليه فما استقر عليه غالبية الفقه في فرنسا إن جراحة التجميل هي فرع من فروع الجراحة العامة وتخضع لقواعدها منها وجوب الملاءمة بين درجة العيب و الخطر الذي قد يتعرض له المريض فإذا كانت التشوهات كبيرة وتغلّق باب الزواج أو الرزق في وجه المريض وتجعله عرضة للسخرية بين الناس ، فإن الجراحة التجميلية في هذه الحالة ترقى إلى درجة الجراحة العلاجية¹¹².

الفرع الثاني

موقف القانون الجزائري من الجراحة التجميلية

إذا كان القانون المقارن وعلى رأسه القانون الفرنسي ، قد استطاع مواكبة التطور الحاصل على صعيد الجراحة التجميلية ، فإن القانون الجزائري لازال بعيداً كل البعد عن تنظيم هذا الإختصاص كفرع مستقل من الجراحة ، والذي أصبح اليوم ضرورة لا يستوجب تجاهلها وواقع لا يجب الهروب منه.

أولاً: موقف التشريع الجزائري من الجراحة التجميلية

¹⁰⁹ طلال عجاج ،المسؤولية المدنية للطبيب ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ط2004، ص294.

¹¹⁰ محمد سامي الشوا ، المرجع السابق ، نفس الصفحة .

¹¹¹ محمد زكي شمس ،المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية المدنية والجزائية ، مؤسسة غبور للطباعة ،دمشق،سوريا ط1999، ص57.

كما سبق الإشارة إليه أن القانون الجزائري بقي صامتا تجاه هذا الموضوع ، فلم يتم تنظيم مجال الجراحة التجميلية بنصوص صريحة، رغم تأثره الدائم بالتشريعات المنظمة لها ونقصد بذلك القانون الفرنسي.

مع ذلك فإن غياب النص التشريعي الواضع في هذا المجال ، لا يفسر بالضرورة عدم مشروعية هذه الجراحة في الجزائر ، ولكن يمكن أن نستخلص دليلا للمشروعية من خلال القواعد العامة المنظمة لمهنة الطب وقواعد المسؤولية فيها.

بالرجوع إلى نص المادة 168 الفقرة 1 و2 و3 و4 من القانون رقم 85-05¹¹³ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الخاصة بالتجارب الطبية فإنها تنص على ما يلي : "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الإستشفائية، بناء على ما يأتي :

-طلب من السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي .

-طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي .

-ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي ، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون" ، هذا النص يعتبر سندا لمشروعية جراحة التجميل ، إذ أن الهدف العلاجي غير متوفر في مجال التجارب الطبية ، بل إن الفائدة المباشرة للمريض موجودة في الجراحة التجميلية عكس التجارب الطبية فقد تكون عديمة الفائدة المباشرة للمريض .

كذلك يمكن الإستئناس بالنصوص المتعلقة بزراع الأعضاء ، لوجود نوع من التشابه بينها وبين مجال جراحة التجميل ، عن طريق زرع عضو مبتور لا يظهر أثر بتره إلا من الناحية الجمالية ، وبالتالي يكون زرعه عملا تجميلا ، فتنص المادة 161 الفقرة 1 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ..."

كما تنص المادة 162 الفقرة 1 من ذات القانون على أنه: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه ..."

¹¹³ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 ، الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر ع 8، الصادر في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم، والتي تم بموجبه إلغاء الأمر رقم 76-79 المؤرخ فغي 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومي، ج.ر.ع. 101 لسنة 1976. تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون عدل بموجبه قانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 وكذا بموجب القانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998.

كما الفقرة 2 من نفس المادة فتنص على أنه "...ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موقفه إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تسبب فيها عملية الإنتزاع ..."

فالملاحظ على هذه المواد أنها تضم في طياتها ما جرى عليه العمل في عمليات التجميل ، فقد نصت على وجوب توفر رضاء المريض وهو الأمر إلي لا تستقيم إلا به جراحة التجميل¹¹⁴ ، كذلك ما تتعلق بمسألة إعلام المريض بكافة الأخطار .

هناك مواد أخرى في المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب¹¹⁵ وبخاصة المادة 44 منه التي تنص على ما يلي : "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون"

كما اشترط المشرع الجزائري الكفاءة لممارسة هذا النوع من الجراحة من خلال المادة 198 من قانون حماية الصحة وترقيتها حيث تنص على أنه: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب إختصاصي أو جراح أسنان إختصاصي أو صيدلي إختصاصي ، إذا لم يكن حائزا لشهادة في الطب".

وعلى الرغم من أن الألفاظ جاءت عامة وغير دقيقة فيما يتعلق بجراحة التجميل ، إلا أن اشتراط الاختصاص في الجراحة التجميلية إنما يستمد شرعيته من هذا النص .

رغم كل هذه الجهود من أجل إسقاط هذه المواد على جراحة التجميل ، إلا أننا لا ننفي وجود قصور في معالجة هذا المجال بنصوص صريحة لا لبس فيها ، على أساس أن جراحة التجميل كاختصاص قائم بذاته ، باتت تحتل حيزا لا بأس به في الجزائر .

ثانيا : موقف القضاء الجزائري من الجراحة التجميلية

بالرجوع إلى الدور الفعال الذي لعبه القضاء الفرنسي من افتكاك المشروعية لجراحة التجميل ، فإننا نسجل غيابا يكاد يكون كليا عن موضوع جراحة التجميل، فلم يتم تسجيل له أي موقف ، على الرغم من الجزائر لم تكن غافلة عن العمليات الجراحية التجميلية، فقد شهد

¹¹⁴ محمد سامي الشوا، المرجع السابق ص155.

¹¹⁵ المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل 6 جويلية 1992، ج ر ع 52، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الصادر في 08 جويلية 1992.

مستشفى الدويرة مثل هذه العمليات منذ الحرب العالمي الثاني ، غير أن المحاكم الجزائرية لم تعرف حالات تخص الجراحة التجميلية إلا في الآونة الأخيرة¹¹⁶

الأمر الذي يدعو للشك ، لأن إقدام الجراحين العامين على ممارسة الجراحة التجميلية بات واضحا في الساحة الطبية ، فلا يعقل عدم ارتكابه للأخطاء الطبية .وما يلاحظ في هذا المقال ، أن القاضي الجزائري لم يقل بعد كلمته التي تفصل الجراحة التجميلية عن الجراحة العادية ، وبالتالي إبراز قواعدها وفنيتها .

غير أن البعض يرى أن تأخر القضاء الجزائري في إبداء رأيه إزاء هذا النوع من العمليات مرده إلى كون هذه الجراحة لازلت في أطوارها الأولى ، وبالتالي وصول الجراحة إلى حد بارز سيعطي حتما للقاضي الجزائري أن يقول كلمته في النزاعات التي حتما ستعرض عليه نتيجة رواج هذه الجراحة¹¹⁷ .

ثالثا: موقف الفقه الجزائري من الجراحة التجميلية

لا يوجد موقف واضح لدى الفقهاء ، وإنما هي مجرد آراء قيل في معارض معينة ، حيث يرى الأستاذ طالب عبد الرحمن أن الجراحة التجميلية مشروعة من منطلق أنها وسيلة لإزالة العيوب التي يتضرر بها الإنسان حسا ومعنى، وعليه فالجراحة حاجة تنزل منزلة الضرورة ، مما يستوجب الترخيص بفعالها إعمالا للقاعدة الشرعية "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة" ، وقد ذهب أبعد من ذلك في اعتبار أن العلاج متى كان لإراحة المريض وإسعاده فهو مباح ولو كان المرض معنويا ، لان الجانب المعنوي لا يقل أهمية عن الجانب الجسدي مستدلا في ذلك برأي علماء النفس ، الذين يرون أن التأثير المعنوي يؤدي إلى الإحباط و الإنهيار ،وقد ينطوي على صاحبه على نفسه بل يفكر أحيانا في الانتحار إن لم تكن له ثقة بالله¹¹⁸ .

وقد استدلت على إباحة الجراحة التجميلية العلاجية من الشريعة الإسلامية بسرد مجموعة من الأدلة العقلية و النقلية منها :

1- هذه الجراحة التجميلية وجدت على أساس الحاجة الموجبة للتغيير ، فأوجب استثناءه من النصوص للتحريم .

¹¹⁶ Ossoukine Abdelhafid,op,cit,p133.

¹¹⁷ راييس محمد،المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية،مجلة المحامي،ع4،السنة2005،1،سيدي بلعباس ،ص11.

¹¹⁸ طالب عبد الرحمن ،حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء،دار الغرب للنشر والتوزيع ،وهران ،الجزائر ،2001،ص8-7.

2- إن هذا النوع لا يشتمل على تغيير الخلق ، لأن الأصل فيه أن يقصد منه إزالة الضرر ، وإنما التجمل والحسن جاء تباعا .

3- إن إزالة تشوهات الحروق و الحوادث يعتبر مندرجا تحت الأصل الموجب لجواز معالجتها ، فالشخص مثلا إذا احترق ظهره أذن له في العلاج ، وذلك بإزالة الضرر وأثره ، لأنه لم يرد نص يستثني الأثر من الحكم ¹¹⁹ .

أما النقلية فقد ذكر بعض من الأحاديث والوقائع التي تدل على مشروعية هذا النوع من الجراحة .

حيث أورد حادثة عفرجة الذي أجرى عملية جراحية تجميلية للأنف بإذن النبي عليه الصلاة والسلام ، عن الصحابي عفرجة بن أسعد التميمي قال : "أصيب أنفي

يوم الكلاب ، فاتخذت أنفا من ورق فانتن علي ، فأمرني رسول الله عليه الصلاة والسلام أن أتخذ أنفا من ذهب " ¹²⁰ .

وذكر أيضا شرعية جراحة الأسنان التي اعتبرها من قبيل الجراحة التجميلية العلاجية استنادا إلى كتاب تحفة الأحوذى مبرزاً بعض الأحداث منها :

روى الإمام الترميذي بسنده في جامعة فقال : روى عن غير واحد من أهل العلم أنهم "الصحابة" الكرام شدوا أسنانهم بالذهب ¹²¹ .

كما أورد أن ثقب الأذن لوضع الأقراط يعد أيضا من قبيل الجراحة التجميلية .

هذا ما تعلق بالجراحة التجميلية العلاجية ، أما التحسينية فقد رأى بحرمتها

مستندا إلى مجموعة من الأدلة منها :

1- إن التجميل طلبا للحسن فهو محرم تحريما قطعا ، لأنه من عمل الشيطان وخطواته لقوله تعالى "وإن يدعون إلا شيطانا مريدا لعنه الله وقال لأتخذن من عبادك نصيبا مفروضا

ولأضلنهم ولأمنينهم ولأمرنهم فليبتكن آذان الأنعام ولأمرنهم فليغيرن خلق الله" ¹²² .

¹¹⁹ طالب عبد الرحمن ، المرجع نفسه ، ص 9-10

¹²⁰ الإمام الحافظ أبي العلاء محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم المباركفوري ، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي ، ج 5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص 379 .

¹²¹ المباركفوري ، المرجع نفسه ، ص 380 .

2- هذه الرجاجة تتضمن في عدد من صورها الغش والتدليس وهو محرم شرعا ، ففيها إعادة صورة الشباب للكهل المسن في وجهه وجسده ، وذلك مفض للوقوع في المحذور في غش الزواج من قبل النساء اللاتي يفعلن ذلك والعكس¹²³.

أما الأستاذ بلحاج العربي فقد كان ذا رأي في هذه المسألة وتكلم 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 وهي جراحة تغيير الجنس ، وذكر بأن جراحة تحويل الذكر إلى أنثى والعكس جائزة للضرورة ، وقد استند في ذلك إلى ما جاء عن المفتي جاد الحق الذي ذكر أنه يجوز شرعا إجراء الجراحة لإبراز ما استتر من أعضاء الذكورة المغمورة أو الأنوثة المطمورة ن بل يصير واجبا باعتباره علاجا للمخنثين من الرجال والمترجلات من النساء متى نصح ذلك الطبيب المختص¹²⁴.

وعليه فالفقه الجزائري لم يخرج بموقف مميز غير الذي استند فيه إلى الشريعة الإسلامية ، مؤيدا في ذلك غياب كل من التشريع والقضاء في مسألة الجراحة التجميلية .

الفرع الثالث

موقف التشريعات الأخرى من الجراحة التجميلية

بعدما تم استعراض كل من موقف القانون الفرنسي حول الجراحة التجميلية ، وكيف تم احتواء هذا النوع من الجراحة حتى لو كان هذا الإحتواء متأخرا ، إلا أن كان موقفا واضحا سواء على مستوى التشريع أو القضاء أو الفقه ، الذي أعطى الوضوح لهذه الجراحة ، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يتدارك إلى حد الآن هذا النقص .

ولكي يتسنى لنا الإلمام بجميع جوانب الموضوع ، كان لا بد أن نستعرض موقف التشريعات الأخرى من هذه الجراحة .

أولا: موقف القانون المصري من الجراحة التجميلية

على خلاف ما قام به المشرع الفرنسي ، فغن المشرع المصري لم يقيم بتنظيم جراحة التجميل بنصوص خاصة ، وإنما تم التصدي لها من جانب القضاء والفقه ، حيث أنهما استحسنا هذا النوع من الجراحة من أول وهلة .

122 سورة النساء ، الآيات: 117.118.119.

123 طالب عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص18.

124 بلحاج العربي ، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب و الجراحة المستخدمة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الرقم 3، ج1993، ص31، ص579.

وقد تم عرض مسألة الجراحة التجميلية على القضاء في قضية تتلخص وقائعها ، أن المدعو عبد الحميد أفندي وهو موظف بوزارة العدل ، أصيب في سنة 1914 بدمل في مؤخرة عنقه ، وقد التأم الدم لكنه ترك مكانه أثر الالتحام -قطعة صلبة من اللحم في مؤخرة العنق -وبالتالي جعلت منظره مشوها ، فأراد في سنة 1928 أن يقوم بمعالجة نفسه بمخترعات الطب الحديثة ، عارضا نفسه على طبيب الأمراض الجلدية بمستشفى القصر العيني ، والذي نصحه بمعالجة نفسه بالأشعة ، فاختر له الدكتور الفريد تادرس مقار أخصائي الأشعة بالمستشفى القبطي ، فعالجه هذا الأخير بأشعة اكس في جلسات متقطعة ، وانتهى به الأمر إلى تقبيح الجلد تحت تأثير الأشعة ، ونشأت فيه قرحة ، فقام هذا الرجل برفع دعوى قضائية على الدكتور المعالج سنة 1933 ليطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر ، وقد قام بتقديم تقرير للخبرة مفاده أن القرحة ناتجة عن استخدام الأشعة ، ثم قدم تقرير آخر من طبيب أخصائي في الأشعة ، قرر فيه أنه من المستحيل الجزم بان الحروق التي وجدت في مؤخرة العنق نشأت عن أشعة اكس، فقررت المحكمة أن الطبيب لا يكون مسؤولا عن طريقة فنية استعملها مع المريض ، مادامت هذه الطريقة معترف بها في عالم الطب وأن الطبيب ليس مسؤولا عن نتيجة العلاج إلا إذا ثبت وجود خطأ فني من جانب كما في قضية الحال. وعلى هذا الأساس قضت المحكمة برفض الدعوى¹²⁵. غير أن هذا الحكم كان محل استئناف ، فقضت هذه الأخيرة في 2 جانفي 1936 بإلغاء الحكم وألزمت الطبيب بدفع مبلغ خمسمائة جنيه على سبيل التعويض¹²⁶.

ومن خلال هذه القضية يتضح أن القضاء المصري لما قام بالفصل في هذه القضية لم يبحث في شرعية هذا الإجراء من عدمه ، رغم أن العلاج دون أي شك يدخل في باب جراحة التجميل ، وعليه فيعنى ذلك أن القضاء قد ارتأى أن حق الطبيب في إجراء عملية التجميل من الأمور المسلم بها . أما الفقه المصري فقد اتجه أيضا إلى الاعتراف بمشروعية جراحة التجميل باعتبارها عملا علاجيا يرمى إلى تخليص الشخص من عارض غير طبيعي في جسمه ، ينال من جماله ويؤثر على نفسيته.

ثانيا : موقف التشريع العراقي والمغربي

لقد عالج المشرع العراقي مسألة التعويض عن الضرر الجمالي ، كنتيجة حتمية لمشروعية العمل التجميلي ، فقد ورد قرار لجنة التعويضات في شركة التأمين الوطنية العراقية المرقم 83/63 المؤرخ في 12 فيفري 1983 أنه: "لا يمكن استبعاد الضرر الجمالي

¹²⁵ حكم محكمة مصر مؤرخ في: 3 ماي 1933، رقم القضية 787 كلي، انظر: رجب كريم عبد الله ، المرجع السابق، ص 35.

¹²⁶ حكم محكمة استئناف مصر مؤرخ في: 3 جانفي 1936، انظر: رجب كريم عبد الله ، نفس المرجع ، نفس الصفحة .

باعتباره أحد الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة الجسدية والمشمولة بالمبدأ العام الذي أقرته المادة 204 من قانون المدني العراقي¹²⁷.

وفي قرار آخر لنفس اللجنة تم احتساب الضرر الجمالي و الضرر المادي والمعنوي بصورة مجملة ، حيث جاء في قرارها المرقم 84/36 سنة 1984 انه :إن النزعة الفقهية الحديثة المصحوبة بالدعم القضائي والهادفة إلى نبذ فكرة التعويض الإجمالي عن الضرر الجسدي وتخصيص تعويض مستقل لكل نوع من أنواع الضرر الجسدي مرفوضة وغير مقبولة ، لأنها تؤدي إلى المبالغة في تقدير التعويض بسبب تعويض بعض الأضرار أكثر من مرة " ¹²⁸.

أما المشرع المغربي فقد عالج هذه المسألة في عدة قضايا ، بحيث صدرت قرارات عديدة تتناول تفاصيل تبويب الجمال و التعويض الناتج عن الإعتداء عليه

ويلاحظ أن التكلم عن الجمال بصريح العبارة هو أمر حديث العهد ن فلم يكن متناول مثل اليوم، حيث أن المشرع المغربي قد سمى المادة العاشرة من تعويض المصابين لحوادث العربات ذات محرك تحتى مسمى "الإعتداء على الجمال بالعيب البدني".

غير أن الملاحظ على التشريعات العربية أنها لا تفرد نصا صريحا بإزالة الضرر الجمالي بنص مستقل مثلما فعلت الشريعة الإسلامية ، وسبب ذلك أن التشريعات العربية متأخرة عن التشريعات الأوروبية ، ولكن رغم ذلك أصبح هذه الرجاحة في عصرنا الحالي واقعا حيا ، والذي يقوم به نخبة من أساتذة الطب ، واعترفت بها الهيئات العلمية ن وعقدت لأجلها مؤتمرات منها المؤتمر المصري لجراحة التجميل الذي طرح أسلوبا جراحيا جديدا لشد الوجه والجفون وزرع الشعر ، وزرع شرائح جلدية وعضلية لإصلاح التشوهات .

المطلب الثاني

موقف الشريعة الإسلامية من الجراحة التجميلية

إن مسألة مشروعية جراحة التجميل ، لا شك أنها تثير قلقا وريبة لدى الإنسان المسلم الذي يقدم عليها ، سواء إذا كان جراحا أو مريضا ، وذلك حول مدى مشروعية هذه العمليات الجراحية من عدمها ، وذلك بغية تقصي الحلال من الحرام ، وهذا لا يمنع من التمتع بالجمال ، بل أبعد من ذلك فإن الشريعة الإسلامية ترغب في الجمال وتقدره وذلك في معارض كثيرة

¹²⁷ ابو بكو هواني الجاف ، مدى شرعية جراحة التجميل ...، المرجع السابق ، ص198.

¹²⁸ -أنور ابو بكر هواني الجاف ، المرجع نفسه ، ص199.

، فقد قال الله تعالى في كتابه العزيز " لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم " ¹²⁹ وكذلك قوله تعالى "وصوركم فأحسن صوركم" ¹³⁰ ، كما أن الله سبحانه وتعالى قد أودع في الإنسان غريزة حب التزين و التجمل مصدقا لقوله تعالى "يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد، وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين ، قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده ¹³¹ "

وعلى هذا الأساس فالشريعة الإسلامية تدعو الإنسان أن يظهر بالمظهر الحسن ، فقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام "إن الله جميل يحب الجمال " ¹³²، ومن هذا المنطلق كان للنساء الحظ الأوفر من هذه الدعوة ، فأباحت الشريعة السماح للنساء لبس الحرير والذهب إذ يقول الرسول عليه الصلاة والسلام "حرم لباس الحرير و الذهب على ذكور أمتي، وأهل إناثهم" ¹³³.

غير أنه مع هذه الإباحة في التزين والتجمل ، إلا أن الشريعة الإسلامية لم تطلق العنان للإنسان الانسياق وراء رغباته ، بل وضع حدودا يجب مراعاتها وعدم تجاوزها ، حتى لا يدخل في دائرة تغيير خلق الله .

ومن ثم فالقول بمشروعية جراحة التجميل من عدمها غنما هو متوقف على ما إذا كانت هذه الجراحة تؤدي إلى تغيير خلق الله أم لا.

وعلى هذا الأساس فسيتم معالجة هذه المسألة من خلال التعرف على حكم هذه الجراحة في القرآن الكريم (الفرع الأول) ، وما جاءت به السنة النبوية في تنظيم هذه (الفرع الثاني) بالإضافة إلى حكمها في الإجماع (الفرع الثالث).

الفرع الأول حكم الجراحة التجميلية في القرآن الكريم

المعلوم أن القرآن الكريم لم ينص صراحة على المداواة أو الجراحة ، غير أن فقهاء الشريعة قد تمكنوا من استنباط أدلة تصلح للإستدلال بها في هذا الموضوع ، هذه الأدلة منها ما هو جلي الدلالة ، ومنها ما هو خفي الدلالة . وقد أشار الدكتور أبو بكر هواني الجاف إلى

¹²⁹ سورة التين ، الآية رقم 4.

¹³⁰ سورة التغابن ، الآية رقم 3.

¹³¹ سورة الأعراف ، الآيات رقم 31 ، 32.

¹³² أبو الحسن المسلم بن الحجاج بن المسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 1، ص 65.

¹³³ محي الدين بن شرف النووي، تحقيق الجماعة من العلماء، تخريج ناصر الدين الألباني، رياض الصالحين من كلام المرسلين، ط1، مكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، 1992، ص 235.

الآية الكريمة في قوله تعالى "يخرج من بطونها شراب مختلف ألوانه فيه شفاء للناس.." 134 ، فقد أوضح أن وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة إنما يفسر من عدة وجوه :

-الإشارة الصريحة في مدح الشفاء وعده من نعم الله عز وجل ، فالشفاء يعنى تمام الصحة ، وهو مصطلح طبي يشمل الأمراض والعلاج .

-كما دلت الآية يقينياً على أن في العسل ، لان مفهوم الشراب في هذه الآية إنما أريد به العسل –هذا عند الكثير من المفسرين- فالعسل له دور رئيس في علاج أمراض كثيرة منها : الجروح والقروح و الحروق ، وبخاصة للأمراض الجلدية

ولقد اثبت الطب هذه الحقيقة ، حين بين أهمية العسل كعلاج للعديد من أمراض جهاز الهضم ، كالقرحة الهضمية والتهابات المعدة ، و الالتهابات المعوية وأمراض الكبد والإمساك والتخمة وأمراض الفم والأسنان 135 .

أيضا جاء قصة أيوب عليه الصلاة والسلام ، لما أصاب جسده السقم فقال الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز "هذا مغتسل بارد وشراب" 136 ، فما يفهم من هذه الآية بعد الاستشهاد بأدلة صحيحة ، أن سبب توجيه هذا الخطاب إلى سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام ،إنما أراد الله تعالى أن يهيئ له الأسباب ليتخلص من محنته التي قد ألجأته شدتها إلى طلب الشفاء على وجه الدعاء .فقد قال الله سبحانه وتعالى "إذ نادى ربه أي مسني الشيطان بنصب وعذاب " 137

فاستجاب الله لدعائه، فأرشده إلى شفاؤه ودوائه بأسباب معتادة ظاهرة ،حتى تكون قدوة لغيره في باب الشفاء والعلاج،وإن كان الله تعالى قادر على شفاؤه بدون سبب،هذه الآية هي إشارة ربانية إلى الإهتمام بنوعين رئيسيين في الطب،وهي طب ظاهر الجسد، وطب باطنه،أي معالجة الأمراض الباطنية كالأمراض الظاهرة،فهذا أمر محبوب ومطلوب شرعا،وهذا يفيد في مسالة فتح الباطن كما هو الحال في الجراحات بشتى أنواعها 138 .

كما يفهم من ذلك الأخذ بالأسباب بغية الوصول إلى النتائج المرجوة من سنن الله تعالى ،ومنها التداوي و العلاج بنية الشفاء ، وهذا ينطبق على جميع الأمراض والجروح ، مهما كانت جسدية أم نفسية.

134 سورة النحل ، الآية69.

135بدر الدين أبي محمد بن أحمد،عمدة القاري في شرح صحيح البخاري ،مطبعة البلاغة، حلب،سوريا،1392هـ ج،3،ص72.

136 سورة ص ، الآية42.

137 سورة ص، الآية21

138 أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص474.

-أيضا قوله تعالى مخاطبا السيدة مريم عندما جاءها المخاض في قوله تعالى "وهزي إليك بجذع النخل تساقط عليك رطبا جنيا فكلي واشربي وقري عينا"¹³⁹.

-فمن أوجه الدلالة في هذه الآية أن النفساء تعتبر مريضة ، وقد ثبت طبيا أن الحلوى تفيد النفساء ، وفي الرطب عين المقصود بدون أي معالجة كالتبخ وما شابه ، لهذا يعتبر أنفع وأنجع علاجا للمواضعة ، فاختار لها الله الرطب التي قل ما يناسبها سواء من الأطعمة بسبب ميزته الدوائية وهو ما يدل على أن في هذا النص القرآني دعوة صريحة إلى التداوي والمعالجة وتقديم الإسعافات الأولية وقت الحاجة، وهو ما يعرف في الطب :بالدواء المناسب في الوقت المناسب¹⁴⁰ .

هذا فيما يخص التداوي بصفة عامة ، أما ما تعلق بالإصلاح الجسماني فالأدلة كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

1-قوله تعالى في شأن إصلاح زوج زكريا عليه الصلاة والسلام : "وأصلحنا له زوجه"¹⁴¹ . ، فقد فسر العلماء هذه الآية من عدة جوانب انه يقصد بإصلاح زوجه ، إصلاحها للولادة بعد أن كانت عاقرا¹⁴² .

وقد قيل أنه كان لزوج أسنان طويلة ، فأصلح الله ما ما بها من عيب¹⁴³ ، وفي كلتا الحالات سواء المتعلق بالإنجاب أو الحمل ، فهو دليل على إصلاح كيان المرأة المذكورة ، فيؤخذ منه جواز جراحة التجميل في مثل هذه الغايات والأغراض ، لأن الآية تدل منطوقا ومفهوما عن وجود خلل في الجسم يحتاج إلى إصلاح وهو عين جراحة التجميل¹⁴⁴

2 -قوله تعالى في معجزات سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام وعلى لسانه: "وأبرئ الأكمه والأبرص"¹⁴⁵، فتفسير الأكمه عند أهل اللغة هو الذي ولد أعمى ، وقيل هو الذي ولد أعمى معسوم العين¹⁴⁶ ، وفي تفسير الأبرص ن هو الذي به وضح أي بياض يعترى الجلد كما قال القرطبي¹⁴⁷ موافقا لما هو عليه في الطب .وعليه فمعنى الآية : أن هناك مرضى من

¹³⁹ سورة مريم ، الآيتان 25-26.

¹⁴⁰ محمد جميل الحبال، الموضوعات الطبية في القرآن الكريم، ط1، دار الفكر، سوريا، 2015، ص112.

¹⁴¹ سورة الأنبياء، الآية 90.

¹⁴² القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج11، ص336

¹⁴³ محمد عودة ، موقف الإسلام من عمليات التجميل ، المرجع السابق، ص8.

¹⁴⁴ أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق، ص535.

¹⁴⁵ سورة آل عمران ، الآية 49.

¹⁴⁶ أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي ، تفسير البيضاوي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ط1 ،

1988، ج1 ص60.

¹⁴⁷ القرطبي ، المرجع السابق، ج4، ص94.

أنواع مختلفة منهم الأكمه ومنهم الأبرص ومنهم أعمى ، وقد أرشد الله بعض عباده والذين ذكروا في الآيات الكريم –سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام – أرشدهم إلى أسباب شفاء تلك الأمراض ،ودفع تلك النواقص وإعادة الصحة النفسية والجسدية بعد فقدها لأصحابها 148 .

3-قوله تعالى في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام "أذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يأت بصيرا"¹⁴⁹ ،فقد قيل في تفسير هذه الآية : أنه ألقى البشير قميص يوسف على يعقوب فارتد بصيرا ، أي عاد بصيرا بعدما كان أعمى ، وعادت إليه قوته بعد ضعفه .

ويتضح من ذلك أن العلاج و التداوي ورفع الأسقام من الأجسام وإجراء الجراحة من اجل الشفاء، وإعادة الشباب و الجمال شئ تحبذه الشريعة الإسلامية ،بالإضافة إلى هذه الدلائل الواضحة المعنى هناك آيات متضافرة في خلق الإنسان على أحسن تقويم ، وذلك لغرس الشعور في نفس الإنسان بالجانب الجمالي الظاهر.

ومن ذلك قوله تعالى خلقك فسواك فعدلك "فتبارك الله أحسن الخالقين " 150 ، أيضا قوله عز وجل "الذي خلقك فسواك فعدلك" 151 ، فالدلالة في هذه الآيات ، أن الله تعالى قد عد حسن الصورة وجمالها من نعمه وآلائه على الإنسان ، فذكرهم فيها حتى يتحدثوا بها ويكونوا طالبين لها ، وجاهدين في الحصول عليها .

والمعلوم أن جراحة التجميل تهتم أساسا بتحسين شكل الإنسان وصورته ، ورد ما أعوج منه إلى أصله السليم وفطرته التي فطر عليها .

كما أن هناك آيات تؤكد هذا المعنى من قوله تعالى "ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون"¹⁵² ، فالذي يتذوق الجمال لا يبغض صنعة الجميل ، بل على العكس من ذلك يكبره صنعته .والمعلوم أيضا أن الإسلام يدعو إلى النظافة مجالاتها ، وصدر فقهاء الشريعة الغراء كتبهم بباب الطهارة –النظافة- لصلتها الوثيقة بالجمال، فإذا دعي الإنسان إلى جمال الهيئة والمظهر ، فذا يعنى أنه قد كلف أن يميظ عن جسده كل ما من شأنه أن يؤذيه أو يشوه أصل خلقته .

ومن الآيات التي يستدل بها للتعليل بها في هذه المسألة ، ما جاء في كتاب الله العزيز في الأخذ بالأيسر و الأخف في أحكام الدين ، النهي عن التعاسر فيها ، من

148 أبو بكر هواني الجاف، المرجع السابق، 53.

149 سورة يوسف، الآية93.

150 سورة المؤمنون ، الآية14.

151 سورة الانفطار، الآية7.

152 سورة النحل ، الآية6.

ذلك قوله تعالى "يريد أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا"¹⁵³.

وقد وعد الله تعالى من آمن وعمل صالحا بقوله "فله جزاء الحسنى وسنقول له من أمرنا يسرى"¹⁵⁴ ، وقوله تعالى أيضا "ولا يريد بكم العسر"¹⁵⁵ ، وقوله تعالى "ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج"¹⁵⁶ . وعلى هذا الأساس فكيفما فسرت نصوص هذه الآيات بأسبابها وأنواعها ، فلا يختلف أحد في دلالاتها ، بأنها تعتبر من قواعد الشريعة الإسلامية التي يبنى عليها كثير من أساسيات التشريع الفقهي ، حيث راعت هذه الأخيرة دفع المشقة والمضرة عن الناس .

والمعلوم أيضا أن هذه القواعد إنما تستقي الأحكام الشرعية ، حيث ثبت أن الأمراض والعاهات التي تحتاج إلى إزالتها أو علاجها بجراحة التجميل ، فيها نوع من المشقة أو المضرة أو الحرج ، ورفع تلك الأمور أو دفعها مأمور به شرعا ، فالقول بجواز هذه الجراحة قول موافق لأصول الشرع الإسلامي وقواعده الثابتة¹⁵⁷ .

لهذا فرفع الحرج ، إنما يعنى إزالة أو إسقاط أو وضع الضيق والإثم والحرام عن وقع فيه ، و الجراحة التجميلية لا تخلو من رفع الحرج أو إزالة الضيق ، أو وضع الإثم عن الشخص المجرى له .

الفرع الثاني حكم الجراحة التجميلية في السنة النبوية

تعتبر السنة النبوية المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعد القرآن الكريم ، وبعد تقصي دليل مشروعية الجراحة التجميلية من القرآن الكريم من دلائل سواء أكانت قطعية الدلالة ومخفية الدلالة ، فإن السنة النبوية زاخرة بالأدلة العديدة التي يمكن استعراضها في هذه المسألة التي تعتبر سند الشرعية لجراحة التجميل .

فقد روي أن الرسول عليه الصلاة والسلام ن قد أجرى ما يمكن تسميته اليوم بجراحة التجميل ، حيث يروي أن قتادة ابن النعمان قد أصيبت عينه يوم أحد ، فسالت حدقته على وجه ، وكان قريب عهد بعرس ، فأتى النبي عليه الصلاة والسلام وعينه في يده ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : "إن شئت صبرت ولك الجنة " ، فقال قتادة يا رسول الله إني أريد أن اتزوج

¹⁵³ سورة النساء ، الآية 28 .

¹⁵⁴ سورة النساء ، الآية 28 .

¹⁵⁵ سورة البقرة ، الآية 185 .

¹⁵⁶ سورة الحج ، الآية 78 .

¹⁵⁷ -أبو بكر هواني الجاف ، المرجع السابق ، ص 549 .

، وهذا يعينني ،فرغ النبي حدقته بيده حتى وضعها موضعها ، ثم غمزها براحته ، وقال: اللهم اكسه جمالا ، فعاد بصره بفضل الله تعالى¹⁵⁸ .

أيضا فقد روى أبو داود و الترميذي والنسائي وغيرهم بإسناد جيد ، أن عفرجة¹⁵⁹ – تم الإشارة إلى هذه الواقعة في السابق- أصيبت أنفه يوم الكلاب في الجاهلية ، فتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه، فأمره النبي علي الصلاة والسلام أن يتخذ أنفا من ذهب¹⁶⁰ .

كما جاء في جراحة الختان والتي تعتبر من ضمن عمليات التجميل ، فقد ورد حديث في صحاح السنة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال:"الفطرة خمس ،الختان والإستحداد ،وتقليم الأظافر ،ونتف الإبط وقص الشارب " ¹⁶¹ ، فقد دل هذا الحديث على إباحة الختان وجواز فعله مطلقا لكلا الجنسين ،وهو أن يتم على الأغلب بإجراء جراحة .

وقد سبق فقها وطبا أن الختان عمل فطري وتجميلي حسيا ومعنويا ، كبقية خصال الفطرة الخمس المذكورة .

أيضا ما جاء في ثقيب الأذن والأنف للتقريط ، فالقرط هو ما يعلق في شحمة الأذن من درة ونحوها ، ونقل النووي في شرحه قول ابن دريد وه : "كل ما علق من شحمة الأذن فهو قرط سواء كان من ذهب أو خرز"¹⁶² ، وعليه فجراحة الأذن للتقريط لأجل التزيين أجازها جمهور الفقهاء للأحاديث الواردة فيها نذكر منها:

-حديث ابن عباس –رضي الله عنهما -، أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى يوم العيد ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما ،ثم أتى النساء ومعه بلال ، فأمرهن بالصدقة فجعلت المرأة تلقي قرطها " ¹⁶³ ، فهذا الحديث يستدل به لجواز ثقب أذن المرأة لتجعل فيها قرط أو غيره.

¹⁵⁸ بدر الدين أبي محمد بن أحمد ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ،دار الفكر ومطبعة البلاغة ، حلب ،سوريا ،855هـ ج،5،ص277.

¹⁵⁹ هو ابن اسعد بن كريب ، وقيل :ابن صفوان التيمي العطاردي ، وقيل غير ذلك ،كان من الفرسان في الجاهلية ،وشهد واقعة الكلاب ، فأصيب أنفه ، ثم أسلم ، وهو معدود من أهل البصرة ،أنظر:ابن حجر العسقلاني ،الإصابة في تمييز الصحابة ،ج2،ص472.

¹⁶⁰أبو سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي،سنن ابي داود،دار الفكر ودار الكتاب العربي ، بيروت لبنان،ج3،ص410.

¹⁶¹ محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف بن مري النووي، شرح النووي على صحيح مسلم ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،لبنان ،ط3 ،ج3،ص146.

¹⁶² شرح النووي ، المرجع السابق، ص 176.

¹⁶³ النووي ، المرجع السابق ، ج6،ص76.

ونذكر أيضا ما جاء في عمليتي الحجامة والفضادة : فالحجامة و الفصادة هما عمليتان جراحيتان مختلفتان ، حيث أوصى بهما الرسول الكريم ندبا للحاجة، وذلك لعلاج كثير من الأمراض المزمنة و الطارئة، من أجل إعادة تنشيط البدن وتحسينه وتنقيته.

فهما وان كانتا تستخدمان في المسائل العلاجية عموما ، غلا أنهما تستخدمان في المسائل التجميلية البحتة وذلك لتحسين وظائف الأعضاء وتنشيطها ، لإزالة بعض الأعراض المعيبة كالكلف والنمش والجرب¹⁶⁴، وغيرها من الشوائب الصغيرة.

ولقد ذكر ابن القيم في الطب النبوي عند هديه في العلاج بالحجامة ، حيث بين عند شرح أحاديثها بقوله: إن الحجامة تحت الذقن تنفع من وجع الأسنان و الوجه و الحلقوم ، إذا استعملت في وقتها ، وتنقي الرأس و الكفين ..وعلى ظهر القدم ..¹⁶⁵

وتبعا لذلك فالمسلم ب هان التداوي هو أمر مشروع ومنسوب في الإسلام ، فقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام "تداووا فإن الله تعالى لم داء إلا ووضع له دواء ، غير داء واحد الهرم"¹⁶⁶.

ولما كان الطب كالشرع ، وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء مفسد المعاطب و الأسقام ، فإن جراحة التجميل في مثل هذه الحالات تصبح من التداوي الجائز شرعا ، لأن ترك العيوب أو التشوهات في بدن الشخص من شأنه أن يلحق به الخزي والعار ويجعل منظره مشينا بين الناس ، في حين أن القاعدة الشرعية تنص على أنه "لا ضرر ولا ضرار" ، ناهيك عن تأثير ذلك على نفسية المصاب بها ، فيجعل هذا الأخير في حزن وكتابة دائمة ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في الأجل ، فإن ذلك لا يرد شيئا ، وهو يطيب نفس المريض"¹⁶⁷ .

الفرع الثالث حكم الجراحة التجميلية في الإجماع

لا يخفى أن ما أجمع عليه فقهاء الشريعة ، إنما هو لا يخرج عن القرآن والسنة والنبوية ومستوحى منهم ، يغر أن الإجماع يعتبر أحد الأدلة الأصولية التي تنصف بعد القرآن الكريم والسنة النبوية ، فالرجوع إلى الإجماع يكون إما من أجل التأكيد على

¹⁶⁴ يقصد بالكلف : شئ كالسهم يعلو الوجه ، ولونه بين السواد والحمرة وقال بعضهم إنها حمرة كدرة تعلق الوجه . أما النمش: بفتح نين نقط بيض وسود .

¹⁶⁵ ابن القيم الجوزية ، الطب النبوي ، طبعة جديدة ، دار الكتاب الحديث ، الكويت ، 1988، ص68.

¹⁶⁶ سنن أبي داود ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص396.

¹⁶⁷ سنن أبي داود ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص396.

المقصود ، كالإجماع على المعلوم في الدين بالضرورة ، أو للتقوية كالإجماع على المسائل الخفي مدركها .

ولهذا ما يمكن قوله في هذا المقام فقد أجمع فقهاء السلف و الخلف على كثير من الأحكام الجراحية التي قد ثبت منها بالإجماع :

جواز إزالة كل ما يمكن إزالته في الإنسان من عيب مشين ، ولاسيما فيما يؤثر على شكله وجسده بالسلب ، وإن اقتضى الأمر إجراء عملية جراحية كقطع عرق مسقم ، أو بتر عضو فاسد .

فهذه النماذج تعتبر عيوب ونواقص قد اباح الشرع إزالتها بالإجماع ومنها :
تطرقهم إلى إزالة الأعضاء المتأكلة وغيرها - جراحيا - كالأصبع الزائدة .

وقد بحث العلماء أن العلاجي والتجميل حكمهما سواء بسواء شرط أن يكون الغرض نبيلاً غير مخالف للشرع . ومن هذا المنطلق نص الكثير الفقهاء على إجازة العمليات التجميلية ، طالما أن القصد فيها هو التصحيح والتقويم¹⁶⁸ .

168 ابو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني ، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ج 4 ، ص 442 .

المبحث الثالث المدخل إلى العمل الطبي

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

خاصّة وأن الطبيب بصفة عامة شخصٌ جدّد نفسه من أجل القيام بعمل إنساني يتصل بإنقاذ حياة المريض، وتحقيق سلامته الجسدية والنفسية¹⁶⁹، ومن ثمّ لا يُتصور أمام هذه المهمة الإنسانية الجسيمة، أن يجد نفيه فجأة أمام القضاء مسؤولاً عن الضرر الناتج عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه¹⁷⁰. لاسيما إذا كان هذا الخطأ هو تخلف شرط من شروط ممارسة العمل الطبي - الجراحة التجميلية- والقضاء في هذه الحالة في حيرة بين أمرين: الأول هو حماية المرضى ممّا قد يصدر عن الأطباء من أخطاء، والثاني هو توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم في جوّ من الثقة والأمان الكافي، فالطبيب الذي يشعر أنه مهدّد في كل لحظة بالمساءلة لا يمكنه ممارسة مهنته بإبداع وابتكار، بل قد يؤديّ به الأمر في بعض الأحيان، إلى التهرب من القيام ببعض التدخلات الطبيّة الضرورية خشية الوقوع في الخطأ وبالتالي الوضع تحت المساءلة.

فبهذا المعنى قد تطورت قواعد المسؤولية الطبيّة تطورا ملحوظا، فبعدما كان الطبيب يسأل عن أخطائه العمدية فقط أصبح يُسأل عن مجرد الإهمال¹⁷¹. الأمر الذي أصبح معه التزام الطبيب التزاما ببذل عناية، باستثناء بعض الحالات التي يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة. وباعتبار أنّ عمل الطبيب مرتبط بسلامة جسم الإنسان وحياته فإنّ الخطأ في هذا العمل محتمل الوقوع أثناء ممارسته لعمله الطبيّ، وبالتالي لا يمكن أن يُعتبر الطبيب قد أخطأ في الممارسة إلاّ إذا أخلّ بالتزاماته الخاصّة التي تفرضها عليه مهنته أو التي يفرضها عليه القانون.

وقبل الوصول إلى ذلك سنحاول تحديد الإطار العام للمسؤولية وذلك عن طريق تحديد ماهيّة العمل الطبيّ باعتباره أساس نشوء خطأ الطبيب (المطلب الأوّل) وتعداد مراحلها والشروط الواجب توافرها لأجل ممارسته (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل

169 - محمود القبلاوي، المسؤولية الجزائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ب.ط، 2011، ص. 8.

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

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

ماهية العمل الطبي

لقد أدى التطور الذي شهده علم الطب في القرن العشرين، إلى تجاوز في مهمته الأصلية والتي كانت مقتصرة على الوقاية والعلاج من الأمراض إلى مجالات أخرى غير علاجية – كجراحات التجميل وغيرها¹⁷² - من أجل تحقيق رغبات الإنسان، ولقد نتج عن هذا التطور آثار مضرّة ومخاطر تتعلق بجسم الإنسان.

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

الفرع الأول

المفهوم الفقهي للعمل الطبي

يعتبر العمل الطبي من الأعمال المهنية والتي بالرغم من سهولة تسمياتها، يصعب معها تحديد مدلولها. فيتسع مفهوم العمل الطبي لكل نشاط يقوم به من يمتن الطب أو الصيدلة ويكون الهدف من ورائه الكشف عن المرض أو التخلص أو التخفيف منه.

وما يلاحظ في هذا الشأن إغفال القوانين المتعلقة بممارسة المهن الطبية عن وضع تعريف للعمل الطبي رغم ورود هذا المصطلح في أكثر من نص، مما أدى بالفقه إلى الاجتهاد في محاولة منه لوضع تعريف مناسب للعمل الطبي، فتباينت الآراء في ذلك بين مضيّق لمدلوله على مرحلة العلاج (أولاً) وآخر موسّع له (ثانياً).

أولاً: التعريف الضيق للعمل الطبي

حصر أنصار هذا الرأي العمل الطبي في مرحلة العلاج فقط، مستبعدين جميع مراحل الأخرى. سواء السابقة أو اللاحقة للعلاج، فرأى البعض من الفقه الفرنسي من بينهم "سافتييه" "Savatier" فيعرفه على أنه "العمل الذي يقوم به شخص متخصص من

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

أجل شفاء الغير، والذي يستند على الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من أجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن الشعوذة"¹⁷³. وذهب رأي آخر إلى اعتبار العمل الطّبي هو النشاط الذي يُباشره شخص متخصص بهدف شفاء الغير، وذلك حسب الأصول والقواعد الطبيّة المقرّرة في علم الطب¹⁷⁴.

وفي حين يرى جانب فقهي آخر، أنّ العمل الطّبي هو كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض¹⁷⁵.

وبالرجوع إلى محتوى التعريفات السابقة، يتبيّن أنها اعتبرت أساس العمل الطّبي هو الوقاية من الأمراض، دون ذكر الأعمال الطبيّة الأخرى التي تكون غايتها المحافظة على صحة وحياة الإنسان كالفحص والتشخيص والرقابة، بالإضافة إلى أنّها لم تتعرض لشروط مشروعية العمل الطّبي الذي استقر عليها الفقه والقضاء¹⁷⁶. هذا ما أدّى إلى ظهور اتجاه آخر من الفقه يوسع من نطاق العمل الطّبي ليشمل مراحل أخرى كالفحص والتشخيص والعلاج والرقابة.

ثانياً: التعريف الموسّع للعمل الطّبي

¹⁷³- رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، ب.ط، 2005، ص 23.
¹⁷⁴ - Henri Anrys, "Les professions médicales et para médicales dans le marché commun", Bruxelles, 1979, p. 67.

- أشار إليه: د. محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص وهامش. 6.
¹⁷⁵ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص. 6. - أنظر كذلك: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وتأديبيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ب.ط، 2004، ص. 12.
- أنظر كذلك: خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية (مسؤولية المهندس المعماري - مسؤولية المقاول - مسؤولية رب العمل - مسؤولية الطبيب - مسؤولية حارس البناء) في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ط1، 2009، ص. 251.
¹⁷⁶ - بوريس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008، ص. 6.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ مفهوم العمل الطّبي لا يقتصر على مرحلة العلاج فقط، بل يتعداها ليشمل كافة مراحل من فحص وتشخيص وعلاج ورقابة، وهذا ما يُستشف من خلال التعريفات التي وردت في هذا السياق¹⁷⁷.

فلقد حاول الفقه المصري الاجتهاد في تحديد المقصود من ماهية العمل الطّبي وتحديد نطاقه¹⁷⁸، ونذكر منها تعريف الدكتور محمد نجيب حسني على أنّه: " ذلك النشاط الذي يتفق في كفيّة وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في عل الطبّ، ويتّجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمر، إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطّبي أن يكون علاجياً، يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدّته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يُعدّ كذلك من قبيل الأعمال الطّبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض"¹⁷⁹.

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

أو تخفيف آلام المرض أو الحدّ منها أو منع المرض بهدف المحافظة على صحّة الأفراد أو لتحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضا من يُجرى عليه هذا العمل...."¹⁸⁰.

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

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

الفرع الثاني التعريف التشريعي للعمل الطّبي

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

178 - أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 30.

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

180 - أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 31.

على الرغم من عدم وجود تعريفات واضحة لمفهوم العمل الطبي، إلا أن غالبية التشريعات قد اهتمت بتحديد ماهيته من خلال تحديد نطاقه ومجمل التدخلات الطبية التي تندرج تحته، فكان المشرع الفرنسي سابقاً في ذلك عندما قام باستصدار قانون الصحة لسنة 1892، وما شهدته هذا الأخير من تحيينات عديدة.

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

أولاً: موقف المشرع الفرنسي والمصري من العمل الطبي

لقد اهتمّ المشرع الفرنسي والمصري بتحديد مفهوم العمل الطبي سواء في قانون الصحة العامة وتعديلاته أو في قانون مزاولة مهنة الطب لكليهما.

1- العمل الطبي في التشريع الفرنسي

لقد تناول المشرع الفرنسي العمل الطبي في قانون مزاولة مهنة الطب ولائحة أخلاقيات المهنة، فحدّد ما يدخل في نطاق الأعمال الطبية على سبيل الحصر⁽¹⁸¹⁾، دون تحديد لمفهوم هذه الأعمال سائراً على نهج غالبية القوانين المنظمة لهذا المجال، تاركاً بطبيعة الحال ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

أ) في قانون مزاولة مهنة الطب

في بادئ الأمر ووفقاً لقانون رقم 35 المؤرخ في 30 نوفمبر 1892، كان نطاق العمل الطبي محصوراً على مرحلة العلاج فقط، مستبعداً كل من الفحص والتشخيص من قائمة الأعمال الطبية⁽¹⁸²⁾، لكن سرعان ما صدر قانون الصحة العامة المؤرخ في 24 سبتمبر

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

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

1945 والمعدّل بالمرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953 حيث حدّدت المادة 372⁽¹⁸³⁾ منه العمل الطبّي بانّ: التشخيص والعلاج⁽¹⁸⁴⁾.

كما حدّد القرار الصادر من وزير الصحّة الفرنسي في 06 جانفي 1962 والمعدّل في 01 جوان 1965 وفي 21 أكتوبر 1975 وفي 02 أوت 1977 و16 مارس 1979 و4 أبريل 1979 وآخر تعديل له كان في 02 جويلية 1979⁽¹⁸⁵⁾، قد حدّد الأعمال التي يستطيع الأطباء ومساعدوهم القيام بها تحديدا حصريا.

(ب) في قانون أخلاقيات الطبّ

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

2- العمل الطبّي في التشريع المصري

سار المشرع المصري على خطى المشرع الفرنسي فيما يخصّ تحديد العمل الطبّي، فلم يتم بتعريفه صراحة وإنّما قام بالإشارة إلى ذلك المفهوم ضمّنياً في النّص المتعلق بشروط مزاوله مهنة الطب⁽¹⁸⁶⁾، وذلك بتعداد الأعمال التي تُعدّ من قبيل الأعمال الطبية على سبيل المثال.

(أ) في قانون مزاوله مهنة الطبّ

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون رقم 415 لسنة 1954 الخاص بمزاوله مهنة الطبّ نصت على أنّه: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبيّة أو عيادة مريض أو إجراء عمليّة جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عيّنة من العينات التي تحدّد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الادميين للتشخيص الطبّي المعملّي بأيّة طريقة كانت، أو وصف نظّارات طبيّة وبوجه عام مزاوله مهنة الطبّ بأيّة

¹⁸³ - Art. 372: «Exercice illégalement la médecine: toute personne qui prend part habituellement ou par direction même en présence d'un médecin à l'établissement d'un diagnostic ou traitement de maladies».

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

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

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

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

كيفية كانت إلا إذا كان مصرياً أو كان من بلد تُجيز قوانينه للمصريين مزاوله مهنة الطبّ بها...''(187).

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

ب) في لائحة أخلاقيات مهنة الطبّ

بالرجوع إلى لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطبّ البشري الصادر بقرار من وزير الصحة رقم 74/234 لسنة 1974 وباستقراء مُجمل نصوص هذا القرار، نجد أنّ المشرع المصري لم يعرف العمل الطبيّ وإنّما أشار إليه في المادة 8 منه والتي تنصّ على أنّه: " لا يجوز للطبيب أن يعلن بأيّ وسيلة من وسائل الإعلام عن طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج بقصد استخدامها...''(188)، كما نصّت المادة 27 من اللائحة الصادرة بقرار من وزير الصحة رقم 238 المؤرخ في 05 سبتمبر 2003، نصت على أنّ الوقاية تعد من أحد الأعمال الطبيّة(189).

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من العمل الطبيّ

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

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

187 - السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص. 267.

188 - د. أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط1، 2009، ص. 18.

189 - د. أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص. 27.

من خلال استقراء المادة 8 من القانون رقم 85-05⁽¹⁹⁰⁾ المتضمن حماية الصحة وترقيتها فقد أوردت مختلف الأعمال الطبيّة التي يشملها العلاج الصحي بقولها: "يشمل العلاج الصحي الكامل ما يأتي:

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

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

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

كما نصّت أيضا المادة 196 الفقرة الثانية على مشاركة المساعدين الطبيين تحت مسؤولية الأطباء أو الصيدالّة أو جراحي الأسنان في أعمال وقاية لحالة المرضى ونظافتهم الجسدية.

ب) في قانون مدونة أخلاقيات الطبّ

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

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

فيتضح مما سبق أن مُجمل النصوص التي جاء بها قانون حماية الصحة وترقيتها أو مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ، جاءت خالية من تعريف واضح للعمل الطّبيّ، مكتفية بتحديد

نطاقه من حيث إبراز الأعمال الطّبيّة كالتشخيص والعلاج والوقاية وكل الأعمال الطّبيّة الأخرى كالجراحة والتحاليل الطّبيّة التي أوردتها النصوص على سبيل المثال لا الحصر.

الفرع الثالث موقف القضاء من العمل الطّبيّ

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

أولاً: موقف القضاء الفرنسي

عند استقرار أحكام القضاء الفرنسي، يُلاحظ أن مفهوم العمل الطّبيّ في بادئ الأمر كان مقتصرًا على العلاج فقط، وبناء على ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 20 جوان 1929 قضت بأنه: " يُعدّ مرتكباً لجريمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطبّ من يقوم بعلاج المرض دون أن يكون مرخّصاً له بذلك"⁽¹⁹¹⁾. لكن سرعان ما تطوّر هذا المفهوم فأصبح يشمل أعمال التشخيص والفحوص والتحاليل الطّبيّة، وفي هذا الصدد أيضاً قضت محكمة النقض بإخضاع كل من يقوم من دون ترخيص بإجراء الفحوص الطّبيّة أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض للعقاب عن جريمة الممارسة غير المشروعة⁽¹⁹²⁾.

وبهذا يكون مفهوم العمل الطّبيّ وفقاً للقضاء الفرنسي، يشمل كل من العلاج والتشخيص وإجراء الفحوصات والتحاليل الطّبيّة اللازمة.

ثانياً: موقف القضاء المصري

¹⁹¹ - Cass.crim: 20juin 1929 b.c 1929, 172.

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

¹⁹² - Cass.crim: 27 mai 1957, 1958, 387 note F.G; 24 mars 1958.

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

- أنظر كذلك: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص. 23.

تبنى القضاء المصري ما خلص إليه القضاء الفرنسي، من حصر مفهوم العمل الطبي على العلاج والتشخيص في مراحله الأولى، فقد قضت محكمة مصر المختلطة في جلستها المؤرخة في 26 جانفي 1923، بأن على الطبيب مراعاة الحدّ اللازم من الحيطة في وصف العلاج، فيجب عليه ألا يصف العلاج بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض وسنه وقوة مقاومته وبنيته ودرجة احتمالته للمواد الكيماوية الداخلة في الدواء ومدى حساسيته لها⁽¹⁹³⁾.

كما قضت محكمة استئناف مصر بجلستها المنعقدة في 16 أفريل 1921 أن الخطأ في تشخيص المرض لا تتحقق به مسؤولية الطبيب إلا إذا انطوى الخطأ على جهل ومخالفة للأصول العلميّة الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها⁽¹⁹⁴⁾. ولكن تطوّر مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري قد أثر ذلك على أحكام القضاء، فأصبح مفهوم العمل الطبي واسع النطاق، لا يقتصر على التشخيص والعلاج وإنما تعدها إلى إجراء العمليّات الجراحية ووصف الأدوية وغيرها....

وعلى إثر ذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية، أنّ الطبيب أو الجراح لا يُعدّ مرتكبا لجريمة الجرح عمدا، لأن قانون مهنته اعتمادا على شهادته الدراسية قد رخص له إجراء العمليّات الجراحية بأجسام المرضى، وبهذا الترخيص وحده ترتفع مسؤوليته الجنائية عن فعل الجرح وأن سبب إباحة فعل الطبيب استعمال حق مقرر في القانون⁽¹⁹⁵⁾.

المطلب الثاني

مراحل العمل الطبي وشروط ممارسته

إنّ العمل الطبي باعتباره ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقرّرة في علم الطبّ، يقوم به طبيب مرخص له قانونا والذي يكون الهدف منه الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، لتحقيق الشفاء أو التخفيف من آلامه أو الحد منها...، هو بهذا المعنى يمر بعدة مراحل قد استقر عليها الفقه والقضاء من فحص وتشخيص وعلاج، بالإضافة إلى الرقابة التي تعدّ مرحلة هامّة فيه (الفرع الأوّل)، ناهيك عن ما يستلزمه التدخل الطبي الذي يجريه الطبيب على جسد المريض المساس بجسم الإنسان، والذي يعدّ من بين الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز المساس بالكيان الجسدي، إذ يتطلب ذلك ضرورة توافر جملة من الشروط والتي تخرج هذا العمل من نطاق اللامشروعية إلى المشروعية (الفرع الثاني).

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

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

195 - قرار رقم 44/249 ق جلسة يوم 11 مارس 1974. أنظر في ذلك: السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع نفسه، ص. 21.

الفرع الأول مراحل العمل الطبي

لقد اتجه الفقه الحديث إلى اعتبار العمل الطبيّ هو كل نشاط يمارسه على جسم الإنسان طبيب متخصص، حاصل على ترخيص لممارسة مهنة الطب، بقصد استكشاف أو العلاج أو الرقابة، مراعيًا في ذلك الأصول العلميّة والآداب المهنية⁽¹⁹⁶⁾ المتبعة، وعليه فإن جهود الطبيب في علاج المريض تتطلب المرور بمراحل متعدّدة، لكل مرحلة خصوصياتها وفنياتها، فهو يستهلها بفحص وتشخيص العلة ودرء الخطر عن المريض (أولاً) وهذه المرحلة تعد تمهيدا لمرحلة أخرى والتي يقوم فيها الطبيب بوصف الدواء وتحديد الطريقة الملائمة للعلاج، حتى لو اقتضى الأمر أن يكون علاجاً جراحياً (ثانياً)، ولا ينتهي الأمر عند هذا الحد، إذ أن التزامات الطبيب نحو المريض تمتد إلى ما بعد هاتين المرحلتين، فتكون مرحلة الرقابة من مقتضيات العمل الطبيّ (ثالثاً).

أولاً: مرحلة الفحص والتشخيص

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

فيعتبر الفحص الطبيّ بداية العمل الطبيّ الذي يقوم به الطبيب، فيقوم هذا الأخير بفحص الحالة الصحيّة للمريض فحصاً ظاهرياً، أي اكتشاف العلامات والدلائل الإكلينيكية. وقد يستعين في ذلك ببعض الأجهزة العادية والبسيطة، كالسماعة الطبيّة وجهاز ضغط الدم⁽¹⁹⁷⁾. وما جرت عليه العادة فإنّ الفحص الطبيّ يكون فحصاً تمهيدياً كمرحلة أولية، يتمّ فيها استخدام اليدين أو العين أو بعض الأجهزة البسيطة، ويتلوها فحص طبيّ تكميلي، يستعين فيه الطبيب بأدوات طبيّة أكثر تقدماً⁽¹⁹⁸⁾، بإجراء تحاليل معيّنة كتحليل الدم أو البول مثلاً، أو أخذ صور أشعة لأجزاء معيّنة من جسد المريض. وللطبيب قبل ظهور نتائج التحاليل والأشعة، أن يصف للمريض علاجاً مؤقتاً، وعليه فإذا ارتكب الطبيب خطأ في أداءه لهذا العمل فإنه يكون محل مساءلة، أمّا التشخيص فيقصد به لغةً: شخص الشيء، أي عيّنه وميّزه عمّا سواه، ومنه تشخيص الأمراض عند الأطباء، أي تعيينها ومعرفة مركزها⁽¹⁹⁹⁾. فهو إجراء يعقب

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

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

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

199 - محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد 7، المرجع السابق، ص 45. ومنه (شخص: أثبت الشخص، وشخص سواد الإنسان وغيره: تراه من بعيد، وكل شيء رأيت جسمانه فقد شخصته).

الفحص الطبّي، يقوم فيه الطبيب باستخلاص النتائج التي تبينّت له من إجراء الفحوص الأولية. وإعطاء تفسير علمي للأعراض التي ظهرت على المريض، مراعيًا في ذلك الأصول العلميّة المتعارف عليها.

والتشخيص كما عرّفه الفقيه سافتييه "Savatier" على أنه " العمل الذي يشمل على بحث وتحديد الأمراض والإصابات الجراحية عند شخص المريض"⁽²⁰⁰⁾.

ونتيجة لما سبق، فإن تشخيص المرض هو مرحلة تتسم بالدقة، حيث يحاول الطبيب التعرف على نوع المرض ودرجة خطورته، إضافة إلى معرفة المعلومات السابقة عن المريض، من حيث حالته الصحيّة والعوامل الوراثية⁽²⁰¹⁾، فهو عمل يهدف إلى معرفة الأمراض بعد تحديد أعراضها⁽²⁰²⁾.

فعلى الطبيب أن يبذل العناية اللازمة في فحص المريض وتشخيص العلة التي يشكو منها، وعليه أيضا أن يستعين بأراء الاختصاصيين في كل حال يُستعصى عليه فيها التشخيص، مع أخذه بكافة الطرق العلميّة للفحص، وذلك بغية إحاطة عمله بالضمانات اللازمة، إذ أن أي خطأ في هذه المرحلة الهامّة والرئيسية، تتبعه نتائج قد لا تحمد عقباها،

ومن هذه المرحلة تبدأ المسؤولية الطبيّة، وأي تسرع في البث وتقرير حالة المريض قد يوقع الطبيب في خطأ التشخيص، خصوصا إذا أدّى إلى وضع حد لحياة الإنسان أو إصابته بعاهة.

ثانياً: مرحلة العلاج

بعد قيام الطبيب بفحص المريض وتشخيص مرضه، تأتي مرحلة العلاج والتي يتمتع فيها الطبيب بالحرية في وصف واختيار العلاج الملائم، مع أخذه بعين الاعتبار مصلحة المريض وما تقتضيه القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب⁽²⁰³⁾. فالطبيب في هذه المرحلة عليه أن يبذل نفس العناية اللازمة التي بذلها في مرحلة التشخيص، وعليه أن يسخر كل جهوده الصادقة في وصف العلاج الملائم. فنصّت المادة 47 من مدونة أخلاقيات المهنة على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفته بكل وضوح وأن يحرص على

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

201 - د. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص. 187.

- أنظر كذلك: ظاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ب.ط، 2004، ص. 25.

202 - د. شريف الطباخ، جرائم الخطأ والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ب ط، 2003، ص. 38.

203 - د. أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص. 251.

تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج"⁽²⁰⁴⁾.

كما نصّت المادة 204 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أن: « للطبيب وجراح الأسنان، كل في مجال عمله، الحرية في وصف الأدوية المسجلة في المدونة الوطنية...»، ومن خلال هذين النصين يتبين أن المشرع الجزائري قد صرّح بوجود بذل الطبيب العناية اللازمة، والجهود الصادقة من أجل تنفيذ أحسن للعلاج، إضافة إلى إعطائه الحرية في وصف واختيار نوع العلاج الذي يراه مناسبا وفق ما تمليه مهنة الطب، وهذا ما أكدته أيضا المواد 16 و17 من مدونة أخلاقيات الطب⁽²⁰⁵⁾.

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

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

ثالثاً: مرحلة الرقابة

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

204 - نصت م 203 المشار إليها في م 204 من ق.ح.ص.ت. على ما يلي: " يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان أن يطبقوا التصاميم العلاجية وتقنيات التشخيص المحددة لبعض الأمراض التي في إطار برامج الصحة".

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

وبالرجوع إلى قانون مزاولة مهنة الطبّ سواء في الجزائر أو في سائر التشريعات الأخرى، نجد أنه لم يرد فيها نصّ الرقابة العلاجية، إلا ما تعلق بممارسة مهنة الطبّ أو الجراحة بمقتضى الرقابة(206).

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

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة مرسيليا " أن الطبيب الذي شرع في معالجة مريض، ثم تركه، يرتكب إهمالاً يعرضه لفقد أتعابه إذا ترك مسكنه دون أن يترك عنوانه، أو يترك طبيباً آخر بدلاً منه، لأنه طالما شرع في علاج المريض فهو قد تعهّد بذلك تعهّداً ضمنياً على أن يستمرّ في هذا العلاج، طالما أن المريض بحاجة إليه..."(207).

الفرع الثاني شروط ممارسة العمل الطّبي

لقد كانت ولا زالت مصلحة المجتمع والفرد في الحفاظ على سلامة الجسد، من المصالح التي أقرتها التشريعات ووضعت لها حماية لضمان سير وظائف الحياة في الجسم على نحو طبيعي، ولكن استثناءاً من هذه القاعدة فإن الأعمال الطبيّة تتطلب المساس بهذا الحق، وحتى لا يؤخذ هذا الاستثناء على إطلاقه يجب أن يكون هذا المساس وفق ضوابط مشروعة، فالطبيب قد يأتي أفعالاً أثناء قيامه بعمله تعتبر من قبيل الجرائم إذا قام بها شخص عادي - كالعلاجات الجراحية وإعطاء بعض المواد المخدرة وغيرها-، فما يلاحظ هو تطابق هذه الأعمال الطبيّة والجراحية مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسد، ولكن ما استقر عليه هو إباحة هذه الأعمال في هذا المجال عند توافر جملة من الشروط التي تضي على هذا التدخل صفة المشروعية.

وقد أثير خلاف وجدل فقهي وطرحت أسئلة عديدة في التكييف القانوني لإباحة ممارسة العمل الطّبي(208)، فردّه البعض إلى العرف والعادة وهذا ما أقرّته المادة الأولى من مدونة

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

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

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

أخلاقيات الطبّ، في حين أسنده البعض الآخر إلى حالة الضرورة ومنهم من قال برضاء المريض...

وأمام هذا الخلاف وقصور كل الآراء السالفة الذكر⁽²⁰⁹⁾، ظهر اتجاه فقهي معاصر ودعّمه القضاء، اعتبر العمل الطّبيّ مشروعاً إذا وجد نص قانوني يرخص هذا العمل (أولاً) ورضاء المريض بالعلاج أو من يمثله قانوناً (ثانياً) وأن يكون هذا التدخل بقصد العلاج (ثالثاً) مراعيًا فيه الأصول العلمية لممارسة هذا العمل الطّبيّ (رابعاً).

أولاً: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطبّ

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

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

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزاً، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطبّ أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها..."⁽²¹⁰⁾.

وتتضح أهمية هذا الشرط كون المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بمزاولة مهنة الطبّ، نظراً لإلمامهم وتمتعهم بدراية كافية في هذا المجال. وهذا للحدّ من ممارسة الأعمال الطّبية من قبل الممرضين والحلاقين وغيرهم من الذين يقومون بالعمليات الجراحية ومداواة المرضى بالحجامة أو الأعشاب الطّبيعية⁽²¹¹⁾، فالترخيص إذن متوقف على الدرجة العلميّة المتحصّل عليها، بالإضافة إلى ذلك فقد أجازت قواعد ممارسة المهنة بالسماح لطلبة الطبّ

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

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

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

وجراحة الأسنان خلال فترة التدريب أن يمارسوا الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية⁽²¹²⁾.

ويتضح من خلال النصوص السالفة الذكر، أنّ المشرع الجزائري قد اشترط ضرورة الحصول على الترخيص القانوني من الوزير المختص لكي يتمكن الطبيب من مباشرة عمله. وهذا يعني أنه ليس بمجرد حصول الطالب على شهادة دكتور في الطبّ يستطيع أن يزاول العمل الطبّي، فالمؤهل العلميّ يعدّ شرطاً للحصول على الرخصة ومن ثمّ مزاوله المهنة. زيادة على ذلك فقد تضمّنت مدونة أخلاقيات المهنة شروطاً إضافية⁽²¹³⁾، تتضمّن تحديد الإطار القانوني الذي يمكّن الدولة من مراقبة مدى احترام الأفراد لقواعد ترقية الصّحة العمومية والمحافظة عليها، عن طريق التنظيم الذي وضعته، والمتمثل في مجالس أخلاقيات الطب⁽²¹⁴⁾، وهذا ما نصّ عليه أيضاً كل من المرسوم التنفيذي رقم 91-106⁽²¹⁵⁾ والرسوم التنفيذية رقم 91-471⁽²¹⁶⁾.

وبناء على ما سبق، فإنّ ترخيص القانون لا يعتبر لوحده أساساً لمشروعية العمل الطبّي، بل يجب توافر شروط أخرى، مثل رضا المريض وأن يكون هذا العمل مطابقاً للأصول العلميّة قصد شفاء المريض، فالترخيص بمزاولة المهنة يعدّ كاشفاً لحق الطبيب في مزاوله المهنة وليس منشئاً لهذا الحق.

ثانياً: رضا المريض

إنّ تدخل الطبيب لمعالجة المريض يتوقف على موافقة هذا الأخير المسبقة، بحيث لو تخلف رضا المريض أصبح العمل الطبّي فاقداً لأحد شروط إباحته، وبالتالي تحمّل الطبيب ما ينتج من مخاطر عن العلاج حتى لو لم يرتكب أي خطأ⁽²¹⁷⁾.

ولقد أثارت مسألة رضا المريض، في إطار إباحة الأعمال الطبيّة، عدّة مشاكل فتباينت التشريعات القانونية حول هذه المسألة. ففي فرنسا لم يتعرض القانون الفرنسي لهذه المسألة

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

213 - أنظر المواد 4، 5 من ق.م.أ.ط.

214 - بوريس العيرج، المسؤولية الجزائية للأطباء...، المداخلة السابقة، ص. 5.

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

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

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

في بداية الأمر، وأسندها إلى القواعد العامة في قانون العقوبات والقانون المدني⁽²¹⁸⁾، ولكنه وضع فيما بعد نصوصاً خاصة تحكم مسألة رضا المريض، حيث أقر ضرورة احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك وفي حالة عدم الاستطاعة يُؤخذ رأي أقاربه إلا في حالة الضرورة والاستعجال⁽²¹⁹⁾.

أما المشرع المصري وباستثناء ما نصّت عليه المادة 18⁽²²⁰⁾ من قانون آداب وميثاق مهنة الطبّ البشري، فإنه لم ينص صراحة على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض وأرجعها إلى القواعد العامة في قانون العقوبات، أمّا المشرع الجزائري فقد نصّ على ضرورة الحصول على رضا المريض قبل التدخل الطّبي في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽²²¹⁾ وكذا مدونة أخلاقيات الطبّ، فالرضاء هو ذلك الإذن الذي يُعطى من قبل شخص عاقل ومدرك قادر على الإفصاح عن رأيه. ولكما أتاحت للمريض فرصة الاعتراض أو الرفض ولم يقدّم بذلك، يعد راضياً بهذا التدخل، فإن لم يكون قادراً على الإفصاح أو التعبير عن إرادته فيستعاض عن رضائه برضا ممثله القانون، عملاً بنص المادة 164 الفقرة الثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها، والتي حدّدت الترتيب الأولي للأشخاص المعيّنين قانوناً بالإدلاء بالموافقة في حالة عدم أهلية المعني بالأمر.

غير أنه يجوز للطبيب في حالات معينة القيام بأعمال التطبيب على جسم المريض دون الحصول على رضا المريض ويكون ذلك إمّا في حالة الاستعجال طبقاً للمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطبّ بنصّها على أنه " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض... " أو في حالة ما إذا قام الطبيب بعمله تنفيذاً لأوامر أو أحكام القانون، كأن تصدر الدولة نصوصاً في حالة انتشار الأوبئة⁽²²²⁾، فيكون حينئذ عمل الطبيب أداءً لواجب، وهذا ما عبّر عنه المشرع الجزائري في المادة 154 الفقرة الأخيرة من قانون حماية الصحة وترقيتها بقوله: "... لا تطبق أحكام هذه المادة في الحالات التي تستوجب بمقتضى القانون تقديم العلاج الطّبي لحماية السكان".

وتبيننا لما ذكر، فإن المشرع الجزائري قد اشترط حصول رضا المريض مقدّماً لأن عدم الأخذ برأي المريض، يعرّض الطبيب للمخاطر الناتجة عن تدخله الطّبي حتى في حالة عدم ارتكابه لأيّ خطأ، ولكن مقابل ذلك فإن رضا المريض لا يعني رفع المسؤولية الطبيّة

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

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

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

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

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

عن الطبيب في حالة توافره وارتكاب هذا الأخير لخطأ في العلاج، أو عدم مراعاة الأصول العلمية للمهنة، فاشتراط المشرّع للرضا يجعل الطبيب بمأمن عن كل مسؤولية.

ثالثاً: التدخل قصد العلاج

تنصّ المادة 7 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ على أنه: " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية...، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية...". يفهم من هذا النص أن التدخل الطبّي أو الجراحي، يجب أن يكون قصد العلاج حيث يكون الهدف منه هو علاج المريض والتخفيف من معاناته وتحسين حالته الصحيّة، وهذا لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايتها أمر يقتضيه الصالح العام، فإذا تجاوز الطبيب هذه الغاية وانحرف بها إلى غايات أخرى كالبحت العلمي أو تجربة عقار جديد وآلة جديدة، يعدّ خطأ من جانبه متى أحدث ضرراً بالمريض⁽²²³⁾.

ومما لا شك فيه أن الطب علم قواعده ليست جامدة، فإن تجربة طرق علاجية جديدة قد تنطوي على قدر من الخطورة، أو نسبة معينة من الفشل في تحقيق العلاج لدى بعض الأدوية، ومن ثم فقد اشترط جانب من الفقه لمشروعية هذه التجارب ألا تتضمن أي خطر على صحة الخاضع لها⁽²²⁴⁾، وهذا ما أكدته المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطبّ بقولها " يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه". كما نصّت أيضاً المادة 18 من نفس المدونة على أنه " لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض"⁽²²⁵⁾. وعلى هذا فإن المشرّع الجزائري قد نصّ صراحة على وجوب امتناع الطبيب عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال تدخله الطبّي.

ويعتبر أيضاً من قبيل الأعمال التي لا يقصد من ورائها الطبيب العلاج، تلك الأعمال التي يكون الهدف منها تحقيق الربح، فيكون هذا الأخير هو السبب لاختيار الطبيب نوع العلاج مع وجود طرق أخرى أكثر تناسبا وحالة المريض الصحيّة، فقد قُضي بمسؤولية

223 - د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية...، في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 280.
224 - د. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2011، ص. 20.
225 - أنظر كذلك: م 31 من م.أ.ط.

الطبيب حال إقناعه للمريض كذبا بضرورة إجراء عملية جراحية ليست ضرورية لحالته الصحيّة، وإنما من أجل الحصول على الربح الكثير⁽²²⁶⁾.

وفي هذا السياق تجدر بنا الإشارة إلى أن هناك عمليّات جراحية لا يقصد بها الشفاء أو التداوي من علة، وإنما يقصد بها إزالة تشويه، يخدش الذوق أو يثير الألم أو الاشمئزاز، وهذا ما يعرف بالجراحة التجميلية "Plastic Surgery"⁽²²⁷⁾، فلقد أثار نوع من هذه العمليّات (الفنية الجمالية) التي لا تتجه أصلا إلى العلاج، وإنما تتجه إلى تحسين المظهر، جدلا حول مشروعيتها خصوصا ما يقع من أخطاء وأضرار من جرائها.

رابعاً: مراعاة الأصول العلمية لمهنة الطب

زيادة على الشروط السابقة، يجب على الطبيب أثناء مباشرته للعمل الطّبي أن يتبع في ذلك الأصول العلميّة والعملية الخاصّة بهذا العمل في جميع مراحلها (الفحص، التشخيص، العلاج، الرقابة). وعليه أن يقوم بعمله في حدود القواعد والأصول العلمية المعترف بها في علم الطب، فلقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية منهم (المالكية والحنابلة) عدة شروط لإباحة العمل الطّبي، من بينها أن يكون العمل الطّبي مطابقاً للأصول العلمية في الطب⁽²²⁸⁾، ولا يعدل عن هذه الأصول إلا طبيب جاهل⁽²²⁹⁾.

فإذا أهمل الطبيب مراعاة القواعد والأصول المتعارف عليها في مهنة الطب، وترتّب عنه سوء حالة المريض، فإن هذا الإهمال يعرّضه للمساءلة بكل أنواعها. ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما قضت به محكمة "الجيزة"⁽²³⁰⁾ بإدانة طبيب أجرى عملية استخراج حصوة من المثانة لفتاة بسبب خطئه وعدم احتياطه، حيث لم يتم بوضع درنعة داخلية⁽²³¹⁾ "The drains"، ممّا سهل امتداد التقيح من المثانة إلى البريتون، فقد أدى الأمر إلى حدوث الوفاة نتيجة حدوث التهاب بريتنوني.

وقد عبّرت محكمة النقض المصريّة عن هذا الشرط في أكثر من حكم لها، وقضت أن إباحة العمل الطّبي يجب أن يكون مطابقاً للأصول العلمية المقرّرة، وفي حالة وجود أي

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

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

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

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

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

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

تفريط في إتباع هذه الأصول، فإنه يتعرّض الطبيب للمسؤولية الجزائية بحسب تعمده الفعل أو تقصيره أو عدم تحرزه⁽²³²⁾.

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

وفيما يخصّ المشرع الجزائري فقد أكد على هذا الشرط في المادة 30 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها " يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة، ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية". كما نصّت المادة 45 من نفس المدونة على أنه " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة.."، ويفهم من خلال هذين النصين أن المشرّع ألزم الطبيب ببذل العناية اللازمة من أجل شفاء المريض مطابقا في ذلك الأصول العلميّة المتعارف عليها في الطبّ. وليس معنى هذا أن الطبيب مطالب بتكرار ما سبق إليه الأطباء دون ابتكار، وإنّما يقصد منه الالتزام بالمعطيات العلميّة وقواعد ممارسة المهنة.

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

غير أنّ الخروج عن هذه القواعد والشروط تجعل جراحا التجميل، لاسيما شرط الرضا -وهو موضوع دراستنا- يجعله لا محالة معرّضا للمساءلة سواء كانت مدنية أم جزائية

وبغض النظر عن احترامه للقواعد الأخرى ام لا وهذا ما سيتم التفصيل فيه في هذا الفصل من هذه الدراسة.

الباب الأول الطبيعة القانونية للرضاء

مما لا شك فيه أن جل النظم القانونية الحالية، هي في الأصل وليدة نظم قانونية سابقة ، كما أن بعضا من هذه النظم يحمل في طياته الكثير من معالم النظم القديمة²³³، ولا شك أيضا أن النظام القانوني الجنائي ليس وليد اللحظة ، وإنما خضعت قواعده وفلسفته لعوامل التطور مثله مثل القوانين الأخرى ، فتطوره مر بثلاث مراحل مهمة ، أولاها والتي كانت الأطول هي المرحلة الأخلاقية ، والتي كانت الجريمة و المسؤول عنها جنائيا هي محور القانون الجنائي فيها . أما الثانية و هي المرحلة العلمية و التي لم تبدأ قبل قرنين من الزمان ، أما الثالثة و هي المرحلة الاجتماعية و التي هي حتى الآن لازلت في طور التكوين²³⁴ .

ومن بين الأنظمة القانونية التي خضعت لنفس عوامل التطور نظام الرضا أو رضاء المجني عليه ، ومن تم رضاء المريض في المجال الطبي ، والتي ظهرت من أجل تفسيره عدة نظريات فقهية ، حاولت إعطاء نظرة فقهية حول الطبيعة القانونية للرضاء ، ومثال ذلك الفقه الإيطالي و الألماني وسائرهما في ذلك الفقه الفرنسي و الأنجلو أمريكي ، فقد وصفت هذا النظريات الرضاء بأنه تنازل عن حق أو عن استعمال حق ، أو هو تفويض للغير في استعماله.

غير أن هذا النظام أو مبدأ الرضاء في المجال الطبي لم يكن بالوتيرة التي هو عليها اليوم ، فقد كان سائدا في العصور القديمة و الوسطى على أنه تعاطف مع المريض وعدم

²³³ محمود السقا ، فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية و القانونية، د.ر.ط، دار الفكر العربي، مصر ، 1974، ص 3.

²³⁴ علي راشد ، القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة ، ط3 دار النهضة العربية ، مصر ، 1974، ص 23.

إزعاجه ، على أساس أنه في حالة عنف ولا يتمتع بالقدرات اللازمة لتحديد مصلحته²³⁵، ومن ثم لم يكن هذا الأمر يشكل أية صعوبات ، مادام أن هذا الإجراء الطبي المتخذ من طرف الطبيب هو في صالح المريض ، ناهيك عن أهمية إخفاء طبيعة هذا الإجراء المتخذ ، فكانت سلطة الطبيب في هذه العلاقة هي السائدة استنادا إلى ما تتضمنه رسالة الطبيب من مساعدة المرضى وتحقيق مصالحهم.

في حين وخلال النصف الأخير من القرن التاسع عشر (19) بدأ التفكير في أهمية إخطار المريض بحالته الصحية ، ووسيلة علاجها والأخطار التي ممكن أن تحدث من جرائها ، وتعزز ذلك بصدور إعلانات حقوق الإنسان و التي تدعو إلى احترام حقوق الإنسان المختلفة ، مع ذلك صاحب ذلك تطور واضح في مجال الطب من تقنيات التشخيص والعلاج ، فأصبح الأمر لا يقتصر على المستشفيات العامة بل ظهرت مستشفيات خاصة استدعت ضرورة انتقال المريض إليها ، ورغم ما حققت هذه التطورات من فوائد للإنسانية في مجال الرعاية الصحية ، إلا أن ذلك لم يخل من آثار سلبية ومخاطر التي قد تتولد عن وسائل العلاج ، فكانت الحاجة ملحة إلى مضاعفة الاهتمام بدور المريض في اختيار وسيلة علاجه أو رفضه العلاج من الأساس ، فكان ذلك يقع في بادئ الأمر بصفة ودية دون أن يكون أساسا حقا للمريض يقابله التزام في مواجهة الطبيب ، فبدأت تدريجيا المناداة بتكليف علاقة الطبيب بمريضه وجملة الالتزامات المدنية التي تقع على عاتقها ، مما جعل وجوب توافر رضاء المريض سبب أي عمل طبي في مساس بسلامة جسمه ، فعليه إذا كانت الحرية من الحقوق الأساسية للفرد ، فالتعبير عن إرادة الفرد وضمن حريته في الاختيار يعتبران من مقتضيات ممارسة هذا الحق²³⁶ .

فرضاء المريض يعد شرطا لاستعمال حق الطبيب في مباشرة الأعمال الطبية التي تنطوي على مساس بالجسم سواء بالجراحة أو غيرها من الأعمال الأخرى كجراحة التجميل ، والتي رغم منافعها الاجتماعية والفردية ، إلا أنها أثارت الكثير من الاختلافات في الآراء بين رجال القانون وأهل الطب وعلماء الدين وغيرهم من المهتمين في هذا المجال .

وعلى هذا الأساس وللتفصيل أكثر في هذا الموضوع ، سيتم تحديد مفهوم الرضاء في المجال الطبي بوجه عام من خلال تبيان ماهيته وصوره وكذا شروط الحصول عليه (**الفصل الأول**)، أما **الفصل الثاني** فخصص لتطبيق مبدأ الرضاء في مجال الجراحة التجميلية وتبيان حالات التخلي عنه .

¹ إيهاب سيد أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1974 ، ص23.

²³⁶ Gerard Memeteau ,le droit Medica ,Paris litec ,librairie de la cour de cassation,1985,p93.

الفصل الأول مفهوم الرضا في المجال الطبي

إن العمل الطبي هو في الواقع استعمال لحق مشروع ،يجد سنده في القانون الذي يختص بمزاولة مهنة الطب وبيان التزامات الطبيب من تقرير العلاج و الرعاية الصحية الأفضل لمصلحة مريضه .

ولما كانت هذه العلاقة هي في الأصل تعاقدية ، برزت أهمية الرضاء في مجال تنفيذ أي عمل طبي سواء في مجال التشخيص أو العلاج أو الوقاية ،وعلى ذلك لا يجوز ارغام المريض على علاج معين أيا كانت نتيجته ،ومهما كانت درجة خطورته ، فالرضاء يمثل قاعدة قانونية وأخلاقية وذلك لارتباطه بحق الفرد في سلامة بدنه من جهة ،وفي تقرير مصيره بشأن هذا الحق من جهة أخرى .

ولذلك أصبحت الثقة التي تتوافر في الطبيب ،و التي كانت تقوم عليها في الأساس علاقته بمريضه لا تكفي لكي يقوم بالإنفراد باتخاذ القرارات المتعلقة بالرعاية الصحية بجوانبها المختلفة في مواجهة المريض.

فرضاء المريض في مجال الأعمال الطبية يحقق التوفيق بين مصلحتين رئيسيتين ، الأولى متعلقة بالهدف من هذه الأعمال وهو العلاج وتخليص المريض من مرضه وآلامه التي يعاني منها أو التي من الممكن أن يعاني منها مستقبلا ، أما المصلحة الثانية وهي المتعلقة بحق المريض في التصرف في جسده أو معصومية جسده.

ولكي يحقق هذا الرضاء الهدف المرجو منه ، فإنه يجب أن تكون الحرية أمام المريض ، من خلال توفير الطبيب لكل المعلومات الأساسية و الكافية حول حالته الصحية و الأعمال التي يقترح تنفيذها في أي مرحلة من مراحل العلاج. فيطلق على هذا النوع من الرضاء بالرضاء المتبصر ، حيث نادى به كل من القضاء في فرنسا وفي الولايات المتحدة الأمريكية وأهميته كالتزام يقع على عاتق الطبيب قبل مباشرة أي عمل طبي .

وعلى هذا ولكي يتم التفصيل في هذا الموضوع ، يجب أولا إعطاء مدلول للرضاء وصوره وشروطه (المبحث الأول) ، واستعراض موقف التشريعات العربية والغربية منه وبخاصة التشريع الجزائري ، إضافة إلى موقف الشريعة الإسلامية منه (المبحث الثاني)

المبحث الأول التعريف بالرضاء

يثير التعريف بمصطلح الرضاء تساؤلات عديدة وذلك فيما يتعلق بجدوى هذا التعريف سواء من الناحية العملية ، أو من الناحية القانونية ، فمن الناحية القانونية نلاحظ أن صمت المشرع في تحديد تعريف دقيق للرضاء امتد إلى صمته في مدى تقريره كسبب من أسباب إباحة أي تدخل طبي مهما كانت خطورته .

أما من الناحية العملية ، فإن الرضاء إذا ترتبت عليه آثار يصبح جريمة في منظور القانون ن ولهذا تظهر الأهمية البالغة لإيجاد تعريف واضح لمصطلح الرضاء .

ويقتضي وضع تعريف للرضاء ، الإشارة ابتداء إلى المعنى اللغوي لما له من فائدة في الوصول إلى المعنى القانوني الاصطلاحي (المطلب الأول) ،ومن ثم بيان صورته (المطلب الثاني) ، وفي الأخير التعرض لشروط صحته (المطلب الثالث).

المطلب الأول ماهية الرضاء

للرضاء عدة معاني سواء في اللغة أو في الإصطلاح ، كما له معاني ومقاصد كثيرة في الشريعة الإسلامية ، لما له من تسليم لأمر الله وطيب النفس بذلك ، بالإضافة إلى وروده في آيات كثيرة ، جعلت تعريفه زاخرا بالمعاني المتنوعة التي تصب كلها في مدى رفع الاختيار وطيب النفس بما يصيبه مع عدم التغيير .

وعلى هذا الأساس سيتم تناول مفهوم الرضاء في اللغة (الفرع الأول) ،ومفهومه قانونا (الفرع الثاني) ، أما دلالاته في الشريعة الإسلامية سيتم تناولها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول التعريف اللغوي للرضاء

الرضاء في اللغة ضد السخط ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام "اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك ، وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك" ²³⁷.

و الرضا يثني علي رضوان ورضيان، ويقال في الرضى : رضى يرضى رضا ورضاً ورضواناً ورضواناً، وأرضاه أعطاه ما يرضى به ، وأرضاه طلب رضاه.²³⁸

واسترضاه وتَرْضَاهُ : طَلَبَ رِضَاهُ وَرَضِيئُهُ وَبِهِ فَهُوَ مَرْضِيٌّ ، وارتضاه لصحبته وخدمته ، وتراضياً: وقع به التراضي ، واسترضاه : طلب إليه أن يرضيه .²³⁹

فالرضى بالشئ الركون إليه وعدم النفرة منه ، فقد يرضى أحد شيئاً لنفسه فيقول: رضيت بكذا ، وقد يرضى شيئاً لغيره فهو بمعنى اختياره له، واعتقاده مناسبة له فيعدى باللام : للدلالة على أن رضاه لأجل غيره كما تقول: اعتذرت له ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام " إن الله يرضى لكم ثلاثاً.. "240.

الفرع الثاني التعريف الإصطلاحي للرضاء

بعد استعراض التعريف اللغوي للرضاء ، وحتى يكتمل المعنى يجب أن نتناول بالتفصيل مجمل الآراء و التعاريف التي وردت في هذا الشأن ، ومن ثم بيان أوجه النقد التي وجهت إلى هذه الآراء ، وهذا ليس في محاولة إلى الوصول للتعريف فحسب ، وإنما وصولاً إلى إبراز فكرة الرضاء في المجال الطبي كفكرة قانونية محضة .

ومن بين هذه التعاريف ، ما قاله الأستاذ الألماني " كسير kasser " في تعريفه للرضاء بأنه "إعلان عن أو تعبير يقوم بين إرادة الشخص الأذن بالرضاء وبين فعل مقترف بواسطة شخص آخر "241.

كما عرفه " فون بار von bar " على أنه "اتفاق إرادة بين أكثر من طرف وعنصر هام في العقد "242.

وهناك تعريف لأنطوان فهمي بأنه "الإذن المعطى بواسطة شخص خاص أو عام ، يدور في نطاق القانون الخاص إلى شخص واحد أو أكثر ، هو محل للحماية لدى القانون الوضعي ، أو هو ما يصيب بالضرر ما لا تعلق بصاحب الرضاء "243.

²³⁸ لسان العرب ، المرجع السابق ، ج 14، ص323.

²³⁹ قاموس المحيط ، المرجع السابق ، ج1، ص1662.

²⁴⁰ صحيح مسلم ، المرجع السابق ، ج3، ص1340.

²⁴¹ Antoun f.abdou ,Le consentement de la civtime , L.G.D.J.1971,p3.

²⁴² Françoise Alt-maes,l'apporte de la loi du 20 decembre1988 a la théorie du consentement de la victim ,reveue sciencecriminelle et de droit penal n:2 avril-juin 1991.

²⁴³ Antoun .F.Abdou,op,cit,p33;n13.

ويمكن تحليل هذا التعريف من عدة جوانب منطلقها من الأثر القانوني للرضاء في القانون الوضعي أنه:

- 1- ينتج أثره إذا تعلق الأمر بعلاقة عقدية مثل عقد البيع... الخ .
- 2- إذا تعلق الإذن المعطى بواسطة الغير بالسماح بفعل ما مثل: السماح للقاصر بالزواج.
- 3- يمكن تحديد المعنى الاصطلاحي للرضاء من خلال تناول كل من الرضاء والفعل المأذون باقترافه في نفس الوقت .

وعلى هذا فالرضاء قائم على رخصة تسمح بالتصرف في شئ محل للحماية القانونية ، وليس على شئ آخر مثل: من يطلب من شخص الخروج معه فيرضى بذلك فهنا يقوم رضا و اتفاق وهو من هذا المنطلق :

- 1- يعد بمثابة سماح permission أو إذن Autorisation ولا يتعلق باتفاق accord.
- 2- الرضاء لا قيمة له إذا تعلق الأمر بصدوره من شخص عام ، إلا إذا صدر خارج إطار وظيفته.
- 3- الرضاء يقوم من خلال تصرف إيجابي يقبل التعبير عنه
- 4- الفعل المأذون باقترافه ينبغي أن يرد على ماهو محل للحماية من قبل المشرع الجنائي وما يلاحظ إضافة إلى كل ما سبق ، أن الفقه الأجنبي لم يعط تعريفا دقيقا بشأنه ، أما الفقه العربي فقد عني بالدرجة الأولى بشروط صحته ، والأثر القانوني المترتب عن صدوره ، في حين لم يول اهتماما كافيا بوضع تعريف دقيق له

غير أن بعض الفقهاء المصريين قد حاولوا وضع تعريفات واضحة نوعا ما ومحددة مما يبسر للأخذ بها . فهناك من اعتبره حالة نفسية إرادية تتعلق بمن له الحق في الرضاء ، يعبر عن قبوله للفعل المتراضي عليه في النطاق الذي يحدده القانون وإذنه لمن انصرف إليه الرضاء بأن يفعل ذلك .

وعلى ذلك يمكن استخلاص عناصر الرضاء من خلال هذا التعريف:

- 1- هو حالة نفسية: بمعنى أنه من له الحق في الرضاء ينبغي أن يكون في وضع نفسي مستقر يكون معه مهيبا للحكم الصائب تجاه أمر يعرض عليه.
- 2- هو حالة إرادية: فهي انعكاس لقوة نفسية متحركة تجاه واقعة معينة تهدف إلى نتيجة ، وهي بهذا المعنى يقصد بها العلم وحرية الاختيار.
- 3- من له الحق في الرضاء وهو المريض ، أو المجني عليه الذي يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثم قانونا ، بمعنى أن يكون هذا الشخص محلا للحماية القانونية .

- 4- هو الفعل محل الرضاء بقابلية الحق للتصرف فيه بإجازة القانون ، وهو ذلك الفعل المتراضي عليه وهو الفعل الذي ينال بالإعتداء حقا قابلا للتصرف فيه قانونا.
- 5- أن يكون هذا الرضاء غير معارض مع ما جاء به التشريع القانوني باختلاف فروعها ومناهجه بحيث لا تتنافر أجزاءه و لا تتعارض مقاصده ، فإذا انصب هذا الرضاء على فعل يخالف النظام العام و الآداب العامة ، فإن رضاء المجني عليه ليس له أثر قانوني .
- 6- وسيلة التعبير عن الرضاء :فقد اختلف الفقهاء في شأن هذه الوسيلة ،فاعتبرها البعض ترخيصا ،في حين اعتبرها البعض الآخر سماح أو إذن²⁴⁴،ورغم أن كل هذا يؤدي المعنى في التعبير عن الرضاء ،لكن لا يمثل الرضاء في حد ذاته ، فلا ينبغي للرضاء أن يختلط بوسيلة التعبير عنه ، وبالتالي يدخل في التعبير كل وسيلة من شأنها أن تؤدي إلى القطع بحصول الرضاء صراحة أو ضمنا .

كما عرّفه فقيه آخر بأنه" الإعلان الفردي عن الإرادة الذي يعبر عن تنازل شخص أهل للرضاء عن مصلحته التي يحميها القانون والتي يخوله القانون حق الترف فيها²⁴⁵.كما وجد تعريف آخر بأنه "تصرف قانوني ،بمعنى أنه تعبير عن إرادة اتجهت إلى إحداث نتيجة قانونية معينة وذلك متى كان هذا القانون يعترف بشرعية الآثار المترتبة عن صدور الرضاء من المجني عليه²⁴⁶، ويضيف بأنه تصرف يتضمن عنصرا ماديا هو التعبير عن الإرادة كما يشتمل على عنصر معنوي يتمثل في إرادة النتيجة والرغبة في تحقيقها²⁴⁷.

وفي هذا الشأن أيضا ظهرت عدة نظريات في تحديد الطبيعة القانونية للرضاء ، خاصة الفقه الفرنسي و الأنجلو أمريكي و الفقه المصري.

فكان أهمها ما وصفت الرضاء بأنه تنازل عن حق أو عن استعمال حق ،أو هو تفويض الغير في استعماله.وعليه سيتم عرض أهم هذا النظريات :

النظرية الأولى : يرى أنصار هذه النظرية من الفقه الإيطالي أن الرضا هو تنازل عن حق ، واشترطوا أن يكون هذا التنازل مشروعا وأن لا يضر بحقوق أو مصلحة الغير .ولهذا فقد أعطوا مثلا عن الحقوق التي لا يجوز التنازل عنها : كالسلطة الأبوية ، إذ تنطوي هذه السلطة على واجب في مواجهة الغير²⁴⁸.

²⁴⁴ محمد صبحي محمد نجم ،رضاء المجني عليه واثره في المسؤولية الحنائية ،دراسة مقارنة،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة القاهرة ،1975،ص29.

²⁴⁵ يسر أنور علي،النظريات العامة للقانون الجنائي د.ر.ط ،دار النهضة العربية ،مصر ،1973 ،ص30.

²⁴⁶ سامح السيد جاد ، الوجيز في مبادئ قانون العقوبات ،ط1980 ، دار الهدى ، مصر ،ص161.

²⁴⁷ سامح السيد جاد ، المرجع السابق ، ص 161.

²⁴⁸ إيهاب سيد أنور علي ،المرجع السابق ،ص83.

وعلى هذا يتعين أن يكون هذا التنازل عن قصد وعلم ودراية كاملة ، بالإضافة إلى اكتمال أهلية المتنازل ، وأن يكون هذا الحق المتنازل عنه شخصيا وليس من الحقوق العامة.

لقد تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنه إذا اعتبر الرضا تنازلا عن حق ، فمعنى ذلك أننا نقتصر التصرف في الحق على صورة واحدة من صور التصرف ، وهي صورة التنازل عنه ، بيد أن التصرف قد يتخذ صوراً أخرى كنقل الحق أو حوالة ، بالإضافة إلى أن التنازل بمفهوم هذه النظرية يعد ضياع إرادي للحق وبهذا فهو يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة ، خاصة عندما يكون الإعتداء على الحق المصان حاصلًا لمصلحة صاحبه ، كما هو الحال في العلاج الجراحي ، فلا يمكن أن يقال بأن رضاء المريض بالجراحة يعد تنازلاً عن حقه في سلامة جسمه ، وإنما هو تنازل عن استعمال الحق لشخص آخر وهو مؤقت يقصد به حماية الحق ذاته .

النظرية الثانية: يعتبر أنصار هذه النظرية أن الرضاء هو تنازل عن استعمال حق ، فقد عرفه الفقيه "تسيتلمان Tsetelmaem" على أنه "كل اعتداء على حق برضاء صاحبه يتضمن تنازلاً للغير عن استعمال الحق"²⁴⁹ ، وتعتبر هذه النظرية من أوجه النقد التي وجهت إليها أفضل من النظرية السابقة في كونها لم تهدر الحق ذاته ، وإنما ينصب على استعماله ، غير أن النقد الذي وجه إلى هاته النظرية مفاده أن التنازل عن استعمال الحق يغل يد صاحب الحق عن استعماله وهذا أمر لا يتوافق مع الطبيعة الخاصة للرضاء.

النظرية الثالثة : ذهب أنصار هذه النظرية أن الرضاء يعد استعمال للحق بواسطة الغير ، أو تفويضاً للغير في استعماله ، فالوكيل له نفس السلطة في استعمال الحق مثله مثل صاحب الحق إذا سمح للغير باستعماله ، فهذا يعنى وجود علاقة قانونية بين الشخصين سواء كانت في الوكالة أو في عقد العمل ، وهذا أيضا لا يتفق مع الطبيعة القانونية للرضاء.

الفرع الثالث

مفهوم الرضاء في الفقه الإسلامي

يقصد بالرضاء فقها هو طيب النفس بما يصيبه ويفوته مع عدم التغيير ، وهو أيضا ارتفاع الجزع في أي حكم كان ، وقيل أيضا هو نظر القلب إلى قديم إختيار الله للعبد وهو ترك السخط²⁵⁰.

²⁴⁹ Antoun .F.Abdou ,op,cit,p15-62.

²⁵⁰ أبو عبد الله محمد بنابي بكر -ابن القيم الجوزية-، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين ،دار الكتاب العربي ،بيروت، 1996، ج2 ، د.ط.، ص 177.

وقيل أيضا هو استقبال الأحكام بالفرح . وهو عند أهل العلم كشيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله- نوعين²⁵¹:

الأول: وهو الرضا بفعل ما وترك ما نهى عنه ويتناول هذا النوع ما أباحه الله من غير تعد إلى المحذور لقوله سبحانه وتعالى "اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضُوهُ إِنْ كَانُوا مُؤْمِنِينَ"²⁵². وقوله تعالى أيضا "وَلَوْ أَنَّهُمْ رَضُوا مَا آتَاهُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ سَيُؤْتِينَا اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَرَسُولُهُ إِنَّا إِلَى اللَّهِ رَاغِبُونَ"²⁵³ ، وهذا النوع من الرضا واجب ، والدليل على وجوبه ما ورد في القرآن الكريم من ذم تاركة لقوله عز وجل "ومنهم من يلمزك في الصدقات فإن أعطوا منها رضوا وإن لم يعطوا منها إذا هو يسخطون* ولو أنهم رضوا ما آتاهم الله ورسوله وقالوا حسبنا الله سيؤتينا الله من فضله ورسوله إنا إلى الله راغبون"²⁵⁴.

أما الثاني: هو الرضا بالمصائب كالفقر و المرض . غير أن الرأي الراجح في الفقه اتجه إلى وصفه بأنه تصرف قانوني من جانب صاحب الحق ، صاحب الصفة في الرضا²⁵⁵. وقد أوجبوا في هذا التصرف أن يكون موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يجوز التصرف في حق من حقوق الله تعالى ، لأنها خالصة لجلاله وحده، وأن يكون الغلبة فيه للمجتمع²⁵⁶.

المطلب الثاني صور الرضاء

بما أن الرضاء هو تعبير عن إرادة اتجهت إلى إحداث نتيجة قانونية معينة ، فهو تصرف في الحق أو المصلحة ، وقد يتم إما بالتنازل عنهما أو بأية طريقة كانت .

وتظهر هذه الإرادة إلى الوجود بالتعبير عنها ، فليس لها كيان مادي ملموس، باعتبارها عمل نفسي لا يدركه إلا صاحبه الذي ينعقد بها عزمه على أمر معين ،فالتعبير عن هذه الإرادة هو الذي يظهرها للوجود ويجعلها مادية ملموسة²⁵⁷.

²⁵¹ خالد محمد حسن البعداني ،الرضا ،مقال منشور يوم2012/12/28 ،انظر الموقع :

http://www.jameataleman.org/main/articles.aspx?article_no=1087

²⁵² سورة التوبة ، الآية 62.

²⁵³ سورة التوبة ، الآية-59.

²⁵⁴ سورة التوبة ، الآية58-59.

²⁵⁵ ابن حزم الظاهري الأندلسي، المحلى ،ادارة الطباعة المنيرية،سوريا،1353هـ، ج13،ص287-289 .

²⁵⁶ ابن حزم الظاهري الأندلسي، المحلى ،المرجع نفسه ، نفس الصحة .

²⁵⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،لبنان ،ج1

،1925،ص175.

ومن هذا المنطلق فقد يأخذ هذا التعبير أشكالاً وصوراً عديدة، ورغم ذلك لم يركز الفقه والقضاء إلا على نوعين من هذا الرضاء وهو الرضاء الصريح، والذي سيتم التفصيل عنه في (الفرع الأول)، في حين يتم تخصيص النوع الثاني من الرضاء وهو الرضاء الضمني في (الفرع الثاني)، ناهيك عن نوع ثالث يأخذ به الفقه و القضاء وهو الرضاء المفترض وسيتم بيانه في (الفرع الثالث).

الفرع الأول الرضاء الصريح

يقصد بالرضاء الصريح هو الإفصاح في صورة مباشرة يألفها الناس عن إرادة التصرف في مصلحة يحميها القانون²⁵⁸. وبذلك فهو كل فعل إيجابي يقوم به الشخص ويفهم منه قبوله للأمر المعروض عليه، وقد يكون هذا الفعل إما بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة.

ويعتبر هذا النوع من الرضاء النموذج الأمثل للرضاء، والتعبير عنه يدل بذاته عن وجود الرضاء، فهذا النوع ليس بحاجة إلى ظروف أو ملابسات تثبت وجوده، فهو من ثم أمر نفسي يقره الضمير ويصدقه التعبير، فهو باطني يعبر عنه بمظاهر خارجية تبرزها أعضاء الجسم بشكل لا لبس فيه، وبطبيعة الحال فإن لهذا النوع من الرضاء شروطاً يجب توافرها:

أولاً: أن يكون هذا الرضاء صادراً في صورة مباشرة ويكون ذلك بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس²⁵⁹، بمعنى أن المظهر الذي يتخذه إما أن يكون لفظاً أو كتابة أو إشارة، فهو مظهر موضوع في ذاته للكشف عن إرادة الشخص²⁶⁰.

ليس معنى هذا أن يكون لهذا الرضاء عبارات معينة وألفاظ خاصة، وإنما يكفي أن يكون القصد الحقيقي للشخص الصادر عنه واضحاً لا يحتاج إلى ظرف آخر لتوضيحه.

ثانياً: أن يكون في صورة قد تعارف عليها الناس، بمعنى أن يكون من المظاهر المتعارف عليها كالقول والكتابة أو الإشارة، وهي الوسائل التي يأخذ بها القانون المدني للتعبير عن الإرادة.

²⁵⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط.....، المرجع نفسه، ص175.

²⁵⁹ عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1998، م1، ص71.

²⁶⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص176.

ثالثا: يجب أن يكون التعبير عن الرضاء قاطعا في الدلالة عليه ، ونعنى بذلك أن يكون صادرا بصورة جدية وحقيقية لا غموض فيها ، فلا تحتمل الشك أو التأويل ، فمثلا : لا يعتبر الرضاء صادرا عن شخص ممازح ، فهذا لا يعد تعبيرا عن رضاء صريح²⁶¹.

وعلى هذا الأساس فالرضاء الصريح له صور ثلاث :

1-التعبير الصريح باللفظ: يعتبر الكلام أيسر سبيل للتصريح بالرضاء ، وبخاصة إذا كان الشخص المصدر إليه الرضاء جاهلا لا يعرف الكتابة .وقد يرد هذا التعبير بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة ، كأن يقول الشخص : وافقت ، قبلت ،... الخ .

كما يمكن أن تدل بعض العبارات على الرضاء الصريح بالإستحسان بالقول مثل قول الشخص : "هذا أمر حسن" فهذه العبارة دالة على الرضاء الصريح إذا كان جادا في قوله ، أول أن يقول المريض الذي تم توضيح له ظروف العملية الجراحية وكل ما يتعلق بها : "على بركة الله". وبمقابل ذلك لا يشترط أن ينقل الشخص رضاء مباشرة وجها لوجه إذ قد يتم ذلك عن طريق مكالمة هاتفية .

2- التعبير الصريح المكتوب : تعتبر الكتابة أسلوبا واضحا للتعبير عن الرضاء الصريح ، فالشخص له كامل الحرية في منح رضاه على أية صورة ما لم يشترط أو يحدد القانون شكلا معيناً يلزم صب الرضاء في قلبه، ولهذا فليس للكتابة صورة معينة ، فيكون بخط اليد أيا كان نوع هذا الخط²⁶² ، ويستوي في ذلك أن تكون مطبوعة أو بالآلة الكاتبة ، ويستوي أيضا أن يكون على ورق أو على قماش أو جلد²⁶³، ولكن ينبغي أن تكون العبارات المكتوبة دالة بذاتها على الرضاء .

غير أن هناك بعض من التشريعات تلزم أن يكون الرضاء مكتوبا في حالات معينة ، حرصا منها على الحفاظ على الحقوق ، ومن هذه التشريعات ما قرره التشريع الفرنسي في المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية²⁶⁴ و المتعلقة بتفتيش المساكن ، فأوجب أن يكون الرضاء مكتوبا بخط حائز المسكن المراد تفتيشه ، ومن ذلك يجب أن يكون هذا الرضاء بالتفتيش ثابتا بالكتابة من دون اشتراط لغة معينة أو عبارات خاصة .

²⁶¹ Antoun.F.Abdou ,op,cit,203-204.

²⁶² عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق ،ص175.

²⁶³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع نفسه ،ص175 وما بعدها .

²⁶⁴ أمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل8 جويلية 1966،المتضمن قانون الإجراءات الجزائية،ج.ر.ع.49،الصادرة في 10 جوان 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-17.

أما القانون المصري فقد نص في المادة 8 من قانون سرية المصارف ،اشتراط عدم جواز إفشاء ما يعرفه مديرو ومستخدمو البنك من أسماء العملاء وأموالهم إلا إذا أذن لهم صاحب الشأن بذلك كتابة²⁶⁵

3-التعبير الصريح بالإشارة: إذا تعذر التعبير عن الرضاء بالكتابة ، فتكون الإشارة الوسيلة الوحيدة للتعبير ، خاصة إذا كان الشخص الموجه إليه هذا التعبير أمي ليس له أن يعبر إلا بهذه الوسيلة ،كالأخرس مثلا ، و المقصود بالإشارة تلك المتداولة عرفا .

الفرع الثاني الرضاء الضمني

يقصد بالرضاء الضمني ذلك التعبير الذي ينبئ بطريقة غير مباشرة عن إرادة القبول²⁶⁶، فهو الذي يستفاد من فعل أو تصرف يقوم به الشخص كاتخاذ موقف معين ،ويكون هذا التعبير بوسيلة لا تنقيد والمألوف بين الناس في إظهار هذه الإرادة ،ولكن يمكن استنتاجه من الظروف²⁶⁷.

ولكي يعتبر الرضاء ضمنيا يجب أن تتوافر فيه شروط معينة :

أولا : يجب أن لا يكون هذا التعبير صادرا بوسيلة مألوفة لدى الناس وإلا أصبح تعبيراً صريحا وليس ضمنيا ،لأن هذا الأخير يتخذ سلوكا أو موقفا يستشف منه رضائه .و مثال ذلك :أن يطلب شخص من صديقه إعارته السيارة ومن دون أن يتكلم هذا الأخير يفتح الباب ويضع المفتاح في المحرك ،فهذا التصرف من شأنه أن يدل على أن صاحب السيارة قد رضي ضمنيا بإعارتها لصديقه.

ثانيا : يجب أن تدل الظروف على أن سلوك الشخص يوحي إلى رضائه ،أي أنه لا يمكن تفسير المظهر الذي اتخذه الشخص دون أن يفترض وجود الإرادة²⁶⁸ ، ومثال ذلك :في حالة توجه سيدتان إلى عيادة الطبيب بغية إجراء فحص طبي لإحداهما ،فمناولتها للطبيب تذكره الفحص دليل على رضاها ،فتصرفها ينطوي على رضاء منها بالكشف ووصف العلاج ،أما السيدة الثانية فدخولها مع الأولى لا يعنى رضاها بتوقيع الكشف الطبي عليها ،في حين إذا طلب منها الطبيب من باب النصيحة أن تجري الفحص اطمئنانا على صحتها ،فإن توجهت إلى مكان إجراء الفحص ،فيعد هذا المسلك وظروفه موحيين برضاها الضمني .

²⁶⁵ حسين محمد السيد الجذع ،رضاء المجني عليه وآثاره القانونية ...، المرجع السابق ،ص97.

²⁶⁶ عبد المنعم فرج ،المرجع السابق ،ص 82.

²⁶⁷ أحمد عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص176.

²⁶⁸ عبد المنعم فرج ، المرجع السابق ،ص82.

ثالثاً: يجب أن تدل الظروف على أن الشخص لو كان في نفس الظروف يمكن أن يرضى بارتكاب الإعتداء على حقه ،كالمريض الذي يحيطه الطبيب بكل مخاطر العلاج وحاجته إجراء العملية الجراحية ومن دون أن يتلفظ بالموافقة يتوجه إلى غرفة العمليات ،فهذا التصرف وظروف الحال يوحيان أيضاً برضاه الضمني بالعلاج بهذه الوسيلة.

رابعاً: يجب ألا ينجم المسلك أو الموقف على عيب يشوب إرادة الشخص فيؤثر على تمام إدراكه وحرية اختياره.

ومن ناحية القيمة القانونية لهذا النوع من الرضاء ،فله نفس القيمة التي يتمتع بها الرضاء الصريح ،ذلك أن الإثنين يأخذ بهما القانون كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

وفي هذا الصدد تثار مسألة الرضاء الضمني والسكوت ،حيث يقصد بهذا الأخير التزام الشخص موقفاً سلبياً تجاه أمر معين ،فلا يصدر عنه قول أو كتابة أو إشارة ولا حتى أن يسلك مسلكاً يدل على رضاه ،فهل هذا السكوت يدل على رضاه الضمني؟.

قد يفهم من السكوت أنه رضاه ، وقد يفهم منه أنه الرفض²⁶⁹ الذي لا يقوى الشخص حياؤه على التصريح به لخوف في نفسه مما يجعله يلجأ إلى السكوت ،غير أن السكوت قد تصاحبه في بعض الحالات ظروف تنبئ عن رضاه الشخص ،وهو ما يطلق عليه في القانون المدني بالسكوت الملايس²⁷⁰.

وعملاً بالقواعد العامة في الفقه الإسلامي فإنه "لا ينسب لساكت قول " ،فاستخلاص القول من مجرد السكوت فيه اعتداء على الحرية الشخصية²⁷¹ ،غير أن هذا القول لا ينطبق على أفعال الإعتداء على العرض ،ولكن يجوز الأخذ به بالنسبة لأفعال الإعتداء على الأموال أو على حقوق أخرى يجوز التصرف فيها .

الفرع الثالث الرضاء المفترض

قد يصعب الفصل بين الرضاء الضمني والرضاء المفترض وذلك لعدم وجود معيار دقيق يحدد عناصر كل واحد منهما ،فكلاهما يقوم على أساس الإستنتاج ،يعتبر الرضاء أيضاً صورة من صور الرضاء ،له مقوماته وطرق استنباطه ،غير أنه يتفق مع الرضاء الضمني من حيث أن كل منهما ناتج بطريق الإستنتاج .

²⁶⁹ عبد المهيم بكر ،القسم الخاص في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ،مصر، ط7، 1977،ص278.

²⁷⁰ أحمد عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،ص220.

²⁷¹ مأمون عبد الكريم ،رضاء المريض عن الأعمال الطبية ،المرجع السابق،ص203.

وعلى هذا يقصد بالرضاء المفترض ذلك الرضاء الذي تنبئ حقائقه في السلوك الإنساني بالظروف المألوفة على إمكانية صدور رضاء صريح أو ضمني من شخص عادٍ اعتدي على حقه في نفس هذه الحقائق والظروف ، وهذا لا يعني أنه رضاء ينسبه مرتكب فعل المساس بالحق إلى المجني عليه ، ولذلك فلا ينظر بخصوص معرفة الرضاء المفترض إلى شخص المجني عليه ذاته ، وإنما ينظر إلى كل شخص عادي وضع في مثل ظروف المجني عليه ، فإذا كان الغالب صدوره عنه بالتصرف في الحق محل الإعتداء ، توافر الرضاء المفترض ، ومن ثم فالرضاء هنا ذو طابع موضوعي .

ومن الأمثلة الأكثر وضوحا في مسألة الرضاء المفترض هو ما تعارف عليه الناس بشأن المريض الذي يرضى بالعلاج للتخلص من المرض ، كإصابة الشخص في حادث أفقده وعيه فكان للطبيب علاجه على أساس افتراض رضائه.

وللتوضيح أكثر يجب التنويه إلى الفروقات بين الرضاء المفترض و الرضاء الصريح والضمني . فالرضاء الصريح كما سبق الإشارة أنه الرضاء اليقيني الذي يعبر عنه بوسيلة مباشرة تدل بذاته على وجوده ، أما الرضاء الضمني فيستخلص من فعل أو موقف يأتيه صاحب الحق فيدل بطريقة غير مباشرة على وجود هذا الرضاء . في حين أن الرضاء المفترض فهو يختلف تماما عن الإثنين ، إذ أن هذا الرضاء لم يصدر عن الشخص ما يعبر عن ارادته صراحة أو ضمنا ، وإنما هو ينسب إلى جميع من يوضعون في ظروف معينة .

ومن بعض التطبيقات لهذا النوع من الرضاء:

1- ما ذهب إليه الفقهاء الأنجلوأمركيين لإعطاء مثال للرضاء المفترض بالشخص الأمين الذي يعثر على أشياء مفقودة كان عليها خطر الإستيلاء من قبل الغير ، فيحوزها هذا الشخص ويضعها تحت سيطرته بغية الحفاظ عليها لحساب مالکها ، فهنا يفترض رضاء المالك بحبس هذا الأشياء لدى هذا الشخص.

2- أيضا حالة المريض الذي لا تسمح حالته بإبداء رضائه الصريح أو الضمني، ولا يوجد من يمثله وتكون حالته ملحة للتدخل الطبي العاجل ، فهنا رضائه يكون مفترضا .

ولكي يعتبر الرضاء مفترضا يجب أن تتوافر فيه شروط :

1- يجب ألا يكون رضاءا صريحا أو ضمنيا في شأن التصرف في مصلحة يحميها القانون.

- 2- يجب أن يكون تصور وجود هذا الرضاء مبنيا على حقائق من شأنها أن تفترض في السلوك الإنساني بصفة عامة وفقا للمجرى العادي و المؤلف للأمر²⁷²، ومثال ذلك:الملاكم الذي ينزل إلى حلبة الملاكمة،ففي هذه الحالة يفترض أن يقبل بتلقى الضربات على جسمه في الحدود التي تقتضيها قوانين اللعبة ، وينظر إلى هذه الحقائق بمعيار تصرف الشخص العادي في مثل ظروف الإعتداء على الحق .
- 3- يجب أن يكون اعتقاد الفاعل بصفة جدية ومبنية على أسباب سائغة ومعقولة في أنه لا محالة حاصل على رضاء صاحب الحق محل الإعتداء.
- 4- أن يكون قصد الفاعل متحررا من عيب يشوب إرادته كالغش أو الخداع وأن يكون متجرد من الخطأ والإهمال²⁷³.

- 5- أن يكون قصد الفاعل هو التصرف لمصلحة الشخص الراضي ،كالمريض في حالة المساس بجسمه²⁷⁴.
- 6- عدم اشتراط الرضاء الحقيقي للمجني عليه بشأن ارتكاب الفعل ، فالعبرة في أن الوضع ينطوي على جانبين: الأول يخص الفاعل بحيث يكون لأي شخص في مثل وضعه ومركزه وظروفه وصلته بالشخص المنسوب إليه الرضاء في أن يعتقد بحتمية صدور الرضاء ممن له الصفة فيه ، والثاني هو الشخص صاحب الحق محل الإعتداء والذي يفترض فيه رضائه ، فلا ينظر إلى ذاته فقط وقت اقتراف الفعل وإنما ينظر إلى حالة كل شخص عادٍ في نفس الظروف.

بالإضافة إلى كل هذه الشروط فقد اختلف الفقهاء في كل من فرنسا ومصر وأمريكا على الأخذ بهذا النوع من الرضاء ، فالفقه الفرنسي تعرض بعضه بصفة صريحة له ، وعرفوه بأنه ترجيح أو احتمال يستخلص من بعض الحالات التي يسمح بافتراض أن الواقعة يصح أن يصدر بشأنها رضاء ، وأوجبوا أن يقدم الفاعل دليل على صحة افتراض رضاه²⁷⁵.

أما الفقه المصري فقد اعترف به أيضا ولكن في بعض الحالات وبصفة خاصة في الجراحة العاجلة التي تملئها الضرورة ، مثل الرضاء الصريح والرضاء الضمني فتزول الصفة غير المشروعة فلا تقوم الجريمة ، وكان التصريح بهذا النوع من الرضاء في

²⁷² حسني محمد الجدد ،رضاء المجني عليه....،المرجع السابق ،ص110.

²⁷³ Antoun.f.abdou ,op ,cit,pp191-195.

²⁷⁴ محمد صبحي نجم ،المرجع السابق ،ص83.

²⁷⁵ حسن محمد السيد الجدد ،المرجع السابق ،ص113.

عبارات محددة تجيز افتراضه في حالات العلاج عندما لا يستطيع الشخص أن يعبر عن ارادته وليس له من يمثله.

في حين أن الفقه الأجلو أمريكي فقد رأى أن الرضاء المفترض في الاحتمال الحصول عليه ، وأنه تصور يجب فيه أن يكون ملحوظا بشكل واضح وحقيقي ، بمعنى أن هناك حقائق من شأنها أن تكون مفترضة في السلوك الإنساني ، وأنه التبرير العادي لإجراء العمليات الجراحية ، فالمريض لا يكون قادرا وقتها على التعبير عن ذلك بكامل وعيه .

وفي رأينا فالأخذ بهذا النوع من الرضاء يجب أن يكون في حالات محددة وواضحة ، كحالة التدخل الجراحي الضروري الذي لا يكون في الشخص -المريض- قادرا على التعبير عن رضاه سواء صراحة أو ضمنا ولا يكون له من يمثله قانونا ، حتى لا يكون هناك مجال للأخذ به في كل الحالات.

المطلب الثالث شروط صحة الرضاء

يعد الرضاء شرطا لاستعمال أي حق ، وفي المجال الطبي هو شرط من شروط مباشرة العمل الطبي الذي ينطوي على مساس بالجسم ، ولكي يحدث أثره يجب أن يصدر من صاحب الشأن -المريض- والذي يكون له القدر الكافي من القدرة على الإدراك و الإختيار ، وينتقل هذا الحق إلى من يمثله قانونا في حالات صغر السن أو الإصابة بالأمراض العقلية أو غيرها من الأمراض التي تؤثر على القدرة فتعدمها أو تنقصها ، إضافة إلى صدور هذا الرضا عن إرادة حرة واعية حتى يرتب الآثار القانونية ، فإذا كان الرضاء تحت تهديد أو إكراه فإنهما يفسدان هذا الأخير .

وسيتيم تناول هذه الشروط بالتفصيل كتأثير صغر السن عن الرضاء (الفرع الأول) ، وكذلك تأثير الأمراض العقلية و النفسية عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول رضاء صغير السن ومن ينوب عنه

يعتبر صغير السن في نظر القانون قاصرا ، و القاصر هو من كان ناقص الأهلية أو فاقدتها ، وإذا كان الشخص صغير السن فهل يستطيع أن يعبر عن إرادته ورضاه في إبرام العقود ؟ ، للإجابة على هذا التساؤل لابد من معرفة مجمل المواقف التشريعية عن هذه المسألة ، فبالرجوع إلى مفهوم الأهلية هي التي يقصد بها صلاحية الإنسان لأن يكون فعله

وتصرفاته معبرة شرعا²⁷⁶ ، ولا بد في الشخص الذي يأذن بالإجراء سواء أكان طبي أو غيره أن تتوافر فيه أهلية الإذن به ولكي تتحقق هذه الأهلية لابد من شرطين هما البلوغ والعقل.

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، في شأن أهلية الصغير، نجد أن المادة 43 منه تنص على أن: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " .

ويقدر سن الرشد في القانون المدني الجزائري بتسع عشرة (19) سنة كاملة، طبقا للمادة 40 من نفس القانون، في حين حددت المادة 42 منه سن التمييز بست عشرة (16) سنة.

كما نصت المادة 44 من القانون المشار إليه أعلاه بأنه " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون " .

إضافة إلى ذلك نجد القانون رقم 84-11²⁷⁷ المتعلق بقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم نجد أن المادة منه تنص على أنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " ، في حين أن المادة 83 من نفس القانون نصت على أنه " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء " .

والملاحظ في هذا المقام أن جل التشريعات قد اتفقت على هذا المعنى فقد نصت المادة 46 من القانون رقم ..المتعلق بالقانون المدني المصري²⁷⁸ على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون " ، وتحدد الفقرة الثانية من المادة 45 من نفس القانون سن التمييز بسبع سنوات (07) .

في حين نصت المادة 44 منه على أنه :

²⁷⁶ سعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ط2 ، 1408-1988 ، ج1 ، ص29 .
²⁷⁷ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 ، ج رد ، ع 24 ، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .
²⁷⁸ القانون رقم 131 لسنة 1948 ، ق .م.م .

" 1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه تكون له الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

2- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ."

أما القانون المدني العراقي²⁷⁹، فقد نصت المادة 96 منه على أن: " تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن له وليه " ، في حين أن المادة 97 من نفس القانون فقد قررت بأن يعتد بالتصرفات الصادرة عن الصغير المميز إذا كانت نافعة نفعاً محضاً في حقه ، وإن لم يأذن به الولي ويجزئه ، أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يعتد بها حتى ولو أذن له وليه²⁸⁰ أو أجازها ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعدد موقوفة على إجازة الولي²⁸¹ .

وما يستخلص من هذه الأحكام ، فإن الشخص يكون كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد المحدد قانوناً ، ويكون متمتعاً بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه ، فيكون أهلاً لاستعمال حقوقه ومباشرة مختلف العقود ، في حين أن الصغير غير المميز غير أهل قانوناً لاتخاذ القرارات التي تعنيه وليس بمقدوره أن يعبر عن رضاه في إبرام العقود -بخاصة العقد الطبي- وإن فعل فلا عبرة بذلك الرضاء فتكون العبرة فيها برضاء الولي أو الوصي .

أما في القانون الفرنسي فيقصد بالصغير من لم يبلغ الثامنة عشرة (18) من عمره وفقاً للفقرة الثانية من المادة 488 من القانون المدني الفرنسي .

في حين فقد نصت المادة الثامنة من قانون الأسرة الأمريكي الصادر سنة 1929 - Family law refor - اشترطت موافقة الوالدين أو الممثل القانوني للصغير إذا كان سنه لا يتجاوز السادسة عشرة سنة ، وذلك رغم أن سن الأهلية الجنائية هي خمس عشرة (15)²⁸² سنة ويستثنى من ذلك حالات الضرورة والإستعجال وغيرها من الحالات التي يثبت فيها أن الصغير قد وصل في نموه إلى درجة من الذكاء والقدرة والمعرفة و الإدراك والتقدير السليم لطبيعة حالته الصحية .

إضافة إلى ما سبق يلاحظ أن نقص الأهلية لصغر السن يطرح إشكالا عند التمييز بين القاصر المميز وغير المميز ، فبالرجوع إلى أحكام القانون المدني وقانون الأسرة

279 - القانون رقم 40 لسنة 1951 المتضمن القانون المدني العراقي .

280 زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص266.

281 عبد المجيد حكيم، مصادر الإلتزام، ج1، ط5، مطبعة نديم، بغداد، 1977، ص118.

282 عبد المجيد حكيم ، المرجع السابق، ص78.

الجزائريين نجد أن تصرفات القاصر المميز نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له .

الفرع الثاني

رضاء المعتوه و السفیه و المصاب بالأمراض العقلية والنفسية

لكي يحدث الرضاء أثره يجب أن يصدر عن صاحبه بإرادة حرة وواعية ، إذ يجب توافر هما لدى الشخص – المريض- حتى يتمكن من ممارسة حقه في تقرير مصيره في حياته أو تجاه بدنه ، فعندما يكون الشخص مريضاً عقلياً ، فإنه يعجز عن التعبير عن إرادة مستنيرة وواعية بأي عمل كالتدخل العلاجي .

فالمرض العقلي أو الذهني هو اضطراب أو انحراف شديد يصيب الشخصية بأكملها ، فيشمل العمليات العقلية كالتفكير و الإدراك و الذاكرة و الجهاز المعرفي ، فضلاً عن النواحي النفسية و الوجدانية ، فيسبب ذلك خلافاً في نواح كثيرة مثل فقدان الوعي وعدم القدرة على مواجهة متطلبات الحياة الإعتيادية وعدم القدرة على تمييز الواقع ، فتظهر على المريض أعراض خطيرة كالهلوسة و الهذيان وفقدان الذاكرة²⁸³.

ولهذا فالمرريض عقلياً يفقد مقدرته على استمرار الإتصال بالواقع ، فهو يعيش في عالم الخيال والشروود الذهني الخاص به ، فتكون علاقته بالمحيطين به شبه مقطوعة وبذلك قد يشكل خطراً على نفسه بل وعلى المجتمع بأكمله ، وقد يلجأ إلى إيذاء نفسه أو إيذاء غيره .

وعليه فيرى بعض من الفقه أنه يجب التأكد من تأثير الحالة المرضية على القدرات المشار إليها ، بحيث لا يجوز الأخذ بمعيار موحد يسري على كافة الحالات المرضية النفسية أو العقلية ، بمعنى وجوب دراسة كل حالة على حدى لمعرفة مدى قدرة المريض اتخاذ القرار السليم الذي يحقق أفضل مصلحة له²⁸⁴، ففاقد العقل معدوم الأهلية حيث أنه لا يعرف مصلحته من ضدها ، ولا يمكن أن يكون على بينة من أمره حين يأذن بأي إجراء كالإجراء الطبي لعدم وجود القصد منه.

²⁸³ منى سالم علا ، أثر الأمراض العقلية في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، مليه الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2001 ، ص 13 .
²⁸⁴ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 229 .

المبحث الثاني الرضاء في المجال الطبي

يعتبر الرضاء شرطا أساسيا لمباشرة جل الأعمال الطبية ، وبخاصة هو ضروري للطبيب لمباشرة الأعمال الطبية التي تنطوي على المساس بجسم الإنسان - كما تم التطرق إليه- فالموافقة يجب أن تصدر من صاحب المصلحة ، أي المريض المراد إجراء التدخل الطبي عليه كقاعدة عامة ، ويشترط في موافقة المريض أن تكون لها فاعلية من الناحية القانونية وهو الشرط الذي تم ذكره وهو القدرة على الإدراك و الوعي وحرية الإختيار ، كرضاء الصغير و المصاب بأمراض عقلية ونفسية فهي تؤثر في القدرة على الإدراك .

وإذا كان هذا الأمر له أهمية في الحياة العادية ، فإنه يعتبر من الأمور الصعبة والشائكة في المجال الطبي، لما ينطوي على ذلك مساس بجسم الإنسان فذلك ينقل حق الموافقة على الأعمال الطبية إلى الممثلين الشرعيين لهذه الطائفة ، كما لا يمكن تجاهل رضاء العادي البالغ المتمتع بكامل قواه العقلية على أي تدخل على جسمه سواء أكان جراحيا أم علاجيا.

ولكي يتم التفصيل في هذا الموضوع سيتم التطرق إلى الأحكام المتعلقة برضاء المريض في القانون الجزائري (المطلب الأول) ، وأحكامه في القوانين الوضعية الأخرى (المطلب الثاني)، كما لا يمكن تجاهل موقف الشريعة الإسلامية من ضرورة حصول الطبي على رضاء مريضه من أجل مباشرة مختلف الأعمال الطبية (المطلب الثالث).

المطلب الأول

موقف المشرع الجزائري من رضاء المريض

كقاعدة عامة لا يشترط القانون الجزائري شكلا معيناً في موافقة المريض للأعمال الطبية ، فقد يكون هذا الرضاء شفويا أو كتابيا أو بالإشارة ، غير أن ما جرت عليه العادة أن يكون الرضاء كتابيا في التدخلات الطبية الماسة بالسلامة الجسدية للمريض أو التي تنطوي على مخاطر جسيمة .

وقد يكون هذا الرضاء ضمنيا أيضا ، إلا أنه يجب في جميع الأحوال أن لا يسبق هذا الرضاء أي تدخل طبي ، وعلى هذا فالطبيب يجب عليه أن يحصل على الموافقة الصريحة للمريض والتي تكون صادرة عنه أو عن ممثله القانوني إذا كانت العبارات الصادرة في هذا الأمر تعني صراحة وبصفة مباشرة عن قبول المريض العلاج المقدم من طرف المريض ، وقد سبق وان تم التطرق للرضاء الصريح باعتباره أصدق صور التعبير عن الإرادة ، وفي كل الأحوال يجب أن تكون هذه العبارات الشفوية أو المكتوبة أو حتى بالإشارة محددة المعنى ويستخلص منها موافقة المريض البالغ العاقل (الفرع الأول) ، أو من يمثله قانونا في حالة نقص الأهلية أو انعدامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرضاء الصادر عن المريض البالغ في القانون الجزائري

كما سبق وأن أشرنا أن القانون الجزائري لم يشترط شكلا معيناً لصدور الرضاء ، كما يؤثر في سلامة الرضاء الأسلوب الذي يستعمله المريض ، فقد يتم التعبير بأسلوب التوسل أو الرجاء أو حتى الأمر بتنفيذ العلاج المقترح ، وقد يتم التعبير عن هذا الرضاء من خلال إبداء الرأي بشأن العلاج ، غير أنه يشترط أن تكون هذه العبارات واضحة المعنى للدلالة عن الإرادة الحقيقية للمريض .

وفي حالة صدور رضاء كتابي عن المريض ، فلا يشترط شكلا معيناً ، فقد يكون بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى كالكمبيوتر أو الآلة الكاتبة ، وقد تكون عرفية أو رسمية ، إلا أنه في حالات خاصة بالنسبة لبعض المؤسسات الصحية والتي تشترط أن يكون الرضاء كتابيا بشكل معين وعبارات محددة ، كما هو عليه الحال فيما يخص التجارب الطبية أو نزع وزرع الأعضاء -التدخلات الطبية غير العلاجية - فإن المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها نصت على أنه : " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية على أشخاص أحياء إلا إذا تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ويشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الوثيقة بحضور شاهدين اثنين ، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب ورئيس المصلحة ."

ولا يعتبر إمضاء المريض لهذه الوثيقة دليلا على تلقيه المعلومات الضرورية قبل الموافقة ، فالرضاء لا يكون حقيقيا إلا إذا سبقه إعلام من قبل الطبيب ، لأن هذا الأخير ملزم

بالإعلام في جميع الأحوال التي يتطلب فيها القانون الموافقة عليه ، فإذا تجاوزه من دون سبب مشروع تقوم آنذاك مسؤوليته تجاه النتائج المترتبة عن هذا التجاوز²⁸⁵.

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 162 المشار إليها أعلاه من نفس القانون بقولها : "لا يجوز للمتبرع أن يعبر على موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتراع "

إلى جانب آخر يجب أن يكون الرضاء الصريح بعبارات متعارف عليها أو شائعة الإستعمال ، وهو ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني بقولها : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه .. " ، وعليه قد يكون الرضاء الصادر عن المريض ضمنيا ، فيجب أن يستفاد من فعل أو تصرف المريض أو باتخاذ موقف معين طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه بقولها : "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

فإذا قام المريض بالتوجه إلى عيادة الطبيب من أجل الفحص الخارجي المتعارف عليه ، فاضطرت الحالة إلى إدخال جهاز معين إلى جسمه كغسل الأمعاء مثلا ، فهنا على الطبيب و قبل القيام بهذا التدخل استشارة المريض من جديد رغم أن الغرض الذي جاء من أجله المريض يبقى في إطاره الأول وهو الفحص.

غير أن الرضاء في هذا المجال يكتسي أهمية بالغة لما فيه من خطورة ومساس بجسم الإنسان ، فلا يعتد به إلا إذا كان يعبر حقيقة عن الإرادة الباطنية لصاحبها فلا يكفي استنتاجها من أفعال وتصرفات قد لا تتفق مع هذه الإرادة ، كذلك على الطبيب التأكد من أن الرضاء الضمني للمريض إنما اريد به حقا التعبير عن ارادته .

وفي هذا المقام قد تثار مسألة سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الطبي ، فهل يعتبر سكوته موافقة على هذا التدخل الطبي ؟. فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا يعتبر السكوت قبولا إلا إذا توافرت ظروف وأدلة تؤكد أنه يكشف عن إرادة حقيقة نحو الموافقة على التدخل الطبي المقترح²⁸⁶.

وهذا ما يسمى في القانون المدني " بالسكوت الملابس " ، فقد نصت عليه المادة 68 منه بقولها : "ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل بالإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين .. " ،

285 إيهاب يسر أنور علي ، المرجع السابق ، ص 99.

286 إيهاب يسر أنور علي ، المرجع السابق ، ص 102.

فالسكوت وعدم الإعتراض الذي يمكن يفسر بالموافقة يشترط فيه أن تصاحبه أدلة وظروف على توافر الإرادة الحقيقية لصاحبها ويكون له مصلحة للمريض ، ويشترط أن يصدر قبل مباشرة العمل الطبي وأن يستمر إلى غاية انتهائه ، بيد ان الطبيب الذي يبدأ العمل الطبي دون موافقة المريض ثم يحصل على رضاه قبل انتهائه يكون معبرا على حالتين :إذا كان العمل المنفذ قابل للتجزئة فهنا الرضاء يقتصر على الأعمال المقصودة دون غيرها ، أما إذا كان غير قابل للتجزئة فإن الرضاء اللاحق يشمل الرضاء السابق أي مجمل ما قام به الطبيب في السابق²⁸⁷.

الفرع الثاني

الرضاء الصادر من الغير في القانون الجزائري

إن الشخص البالغ لسن الرشد و المتمتع بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه يكون كامل الأهلية ومؤهلا لاستعمال حقوقه ومباشرة مختلف الأعمال أيا كان نوعها ،سواء أكانت عقود أو تصرفات ، ويعتبر العقد الطبي من العقود التي يشترط فيها الأهلية الكاملة من أجل إبرامه

في حين أن الشخص الذي لم يبلغ هذا السن أو بلغه لكنه معاق ذهنيا ، فالأصل فيه أنه ناقص الأهلية في نظر القانون وهذا طبقا للمواد 40 و42 و43 و44 من القانون المدني²⁸⁸.

إلا أن ما يلاحظ أن مسألة السفه والمعتوه لا تثير أية إشكالات قانونية من حيث أن مصيرهم واضح قانونا من وجوب الحصول على موافقة الولي على التدخلات الطبية ،عكس ما يثار بشأن نقص الأهلية لأجل صغر السن من حيث الموافقة على هذه التدخلات ، فهنا يصعب التمييز بين القاصر المميز وغير المميز ،فالقاصر المميز طبقا لأحكام القانون المدني وقانون الأسرة تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة له .

أولا : موقف المشرع الجزائري من رضاء صغير السن

كقاعدة عامة أنه لا يمكن للقاصر المميز الموافقة على التدخلات الطبية لأنه في نظر القانون يبقى قاصرا ،وعلى ذلك فيجب أخذ الموافقة من ممثله القانوني وهذا ما نجد سندا له في قانون حماية الصحة وترقيتها في الفقرة الثانية من المادة 154 والتي جاء فيها : "يقدم الطبيب العلاج الطبي ، تحت مسؤوليته الخاصة ، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز ، أو الدين يستحيل عليهم

287 مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ،ص206.

288 قد تمت الإشارة إلى نصوص هذه المواد في صفحات سابقة.

التعبير عن إرادتهم ، ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص أو موافقتهم في الوقت المناسب".

أما المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب ، فقد نصت على أنه : "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لناصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم .." ، فما يلاحظ أن القانون قد اعتبر صغير السن المميز قاصرا من دون أن يستثنيه بأي حكم خاص ، مما يجعل الطبيب يرجع إلى الأولياء في الحصول على الموافقة من أجل التدخل الطبي . وهو في نظر البعض إفراط في الحماية المعطاة لهذه الطائفة من المرضى ، إضافة إلى أنه يمكن أن تكون هذه الحماية ضد مصلحة القاصر إذا كان الجو الأسري لا يولي اهتماما به .²⁸⁹

هذا الرأي قد بدا واضحا من خلال الفقرة الثالثة من المادة 306 بقولها : " يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر و الأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم..".

وبهذا فالقانون الجزائري يعتبر القاصر المميز ناقص الأهلية ، وبالتالي وجوب الحصول على الموافقة من قبل من يمثله قانونا ، وهذا ما يجعل التفاوت بين القانون الجزائري والقانون المقارن واضحا ، لأن بعض القوانين المقارنة – القانون الإنجليزي مثلا- تعتبر القاصر المميز كامل الأهلية في مباشرة مختلف الأعمال الطبية اذا بلغ سن السادسة عشر (16) ، وقد يفسر هذا سكوتا من المشرع الجزائري عن هذا الأمر لأنه نص صراحة على وجوب حصول الطبيب على الموافقة من الممثلين القانونيين للقاصر ولا يعتبر تأخرا أو فراغا .

غير أنه لا يمكن التحجج بإمكانية موافقة القاصر المميز على الأعمال الطبية بالمواد 82 و83 من قانون الأسرة ، على أساس أن المبدأ ينص على أن "الخاص يقيد العام" ، ولكن في نظرنا فإن النص الخاص الذي يجب تطبيق هذا المبدأ عليه هو قانون حماية الصحة وترقيتها مادامنا في المجال الطبي .

وعليه فمن الناحية القانونية يمكن للممثلين القانونيين غير الراضين عن نتائج العلاج الخاضع له القاصر من دون استشارتهم ، يمكن لهم متابعة الطبيب على أساس الإخلال بشرط الحصول على الموافقة من دون إثارة أي خطأ فني من جانبه.

ويرى بعض الباحثين منهم الدكتور مأمون عبد الكريم - أن إشراك القاصر المميز في أخذ القرارات المرتبطة بأمره الصحية يعود عليه بالنفع والفائدة، بحيث أنه يتدرب على أخذ القرارات المهمة في حياته و المرتبطة بأهم ما يملكه الفرد وهي سلامته الجسدية ، وهو أيضا ترويض للإعتماد على النفس²⁹⁰.

غير أن الحصول على الموافقة لمباشرة الأعمال الطبية من الممثلين القانونيين للقاصر، يقابله التزام يقع على عاتق من يوكل إليه رعاية الطفل سواء أكان حاضنا أو وليا ، وصيا كان أم مقدا ، وهي أن يلتزم بحسن الرعاية والتربية و الحماية ، ولقد انتهج المشرع الجزائري مسلك الشريعة الإسلامية في ذلك .وعلى ذلك فقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة على أن : " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك ."

من جهة أخرى فإن هذا المفهوم قد حملته بصفة عامة نصوص مدونة أخلاقية الطب ، فقد نصت المادة 53 منه على أنه : " يجب أن يكون جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحظى بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها ."

كما أن المادة 54 من نفس المدونة نصت على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للإعتناء بقاصر ، أو بشخص معوق ، إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان ن أن يبلغ السلطات المختصة " .فالتبيب عند اكتشافه أثناء تأديته عمله مثل هذه الحالات ، يجب عليه التصرف من أجل أن تحضى هذه الطائفة من رعاية صحية طبية لائقة ، وهذا حق مكفول في النصوص التشريعية الجزائرية ، وبمقابل ذلك في حالة رفض الوالدين من دون مبرر شرعي علاج القاصر خصوصا في حالات التدخل العاجل التي تتطلب السرعة في تنفيذ العلاج ، هنا تسند مهمة علاج وحماية المريض للطبيب وتدخله في هذه الحالة يعد مشروعا طالما أن الغرض منه هو إنقاذ حياة القاصر، أما في غير حالات الإستعجال و الضرورة فيجب أن يؤخذ اعتراض الوالدين على الأعمال الطبية على محمل الجد خاصة إذا كان التدخل الطبي ينطوي على مخاطر .

استنادا لذلك فقد رآ بعض من الفقة أنه ليس هناك خلاف في إباحة العمل الطبي في الحالات التي لا ينطوي هذا التدخل الذي يكون في مصلحة القاصر على مساس بسلامته ، أما في الحالات الأخرى فقد رأوا بوجوب مراعاة إرادة الوالدين معا ومحاولة إقناعهما²⁹¹.

290 مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص221.

291 أحمد محمود إبراهيم سعيد ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1983 ، ص283.

أما إذا كان الرفض من أحد الوالدين ، فهناك من رأى أنه في حالة موافقة الأب يكون التدخل مشروعاً للطبيب على أساس أن الأب هو الولي الشرعي للصغير ، أما إذا رفض الأب ووافقت الأم فلا يكون هذا التدخل مشروعاً إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط من أهمها: أن تكون احتمالات النجاح مؤكدة ، وأن يتخذ الطبيب كل احتياطاته²⁹².

وفي نظرنا فإن هذا الرأي هو أقرب للصواب خاصة إذا رجعنا إلى نصوص قانون الأسرة ، وبالتحديد إلى نص المادة 87 بقولها : "يكون الأب ولياً على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً " ، وبهذا المعنى فالأب هو المسؤول الأول عن أفراد أسرته وبالتالي موافقة أو رفضه هو الأساس.

ثانياً : موقف المشرع الجزائري من رضاء المريض عقلياً و نفسياً

قد سبق وأن أشرنا إلى أن رضاء المريض ينتج أثره في حالة صدوره عن إرادة حرة وواعية لصاحبه ، هذه القدرات نعطي للمريض إمكانية ممارسة حقه وتقرير مصيره تجاه بدنه وإدراك حالته الصحية ، ومن ثم القدرة على معرفة الإجراء الطبي المقترح وبالنتيجة أخذ القرار المناسب حيال ذلك ، وهذه القدرات كقاعدة عامة متوفرة في الشخص البالغ المتمتع بها ، غير أنه قد يكون المريض المراد إجراء التدخل عليه بالغاً وراشداً إلا أنه مصاب بمرض عقلي أو نفسي ، يفقده هذه القدرات أو ينقص منها ، فيؤدي ذلك إلى عدم الأخذ برأيه وعدم الإكترار بما يأخذه من قرارات في المسائل المتعلقة بصحته.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري نجده قد أفرد باباً ثالثاً من قانون حماية الصحة وترقيتها للحالات المرتبطة بالأمراض العقلية ، وذلك تحت عنوان "الصحة العقلية " . منظماً فيه علاج ذوي الأمراض العقلية وفقاً لحدة المرض العقلي ، بالإضافة إلى تحديده للجهات المختصة التي اوكلت لها مهمة مبادرة علاج المريض . وقد أخضع القانون علاج هذه الطائفة من المرضى إلى نظامين ؛ أحدهما الإستشفاء الخارجي و ثانيهما الإستشفاء الداخلي ، وهذا ما نصت عليه المادة 103 بقولها : "يتكفل بالمصابين عقلياً أحد الهياكل التالية :

-المؤسسات الإستشفائية المتخصصة في الأمراض العقلية .

-مصالح الأمراض العقلية ومصالح استعجالات الأمراض العقلية في المستشفيات العامة .."

فالإستشفاء في مصلحة مفتوحة نصت عليه المادة 105 من نفس القانون بقولها : "لا يخضع إستشفاء مريض في مصلحة للأمراض العقلية مفتوحة ، ولا خروجه منها لأي تنظيم خاص .

يتم الاستشفاء في مصلحة مفتوحة بعد تحرير طبيب الأمراض العقلية في المصلحة المذكورة ورقة الدخول وفق قواعد القبول المعمول بها في هذا المجال ."

أما الاستشفاء في مصلحة مغلقة فقد تم تنظيمه بطريقة صارمة ، لما قد يطال المرضى من تجاوزات داخل هذه المؤسسات من جهة ، ومن جهة أخرى التأكد من توافر شروط الإقامة في هذا النوع من المؤسسات.

ولا يتم إيداع المريض عقليا في المصالح المذكورة إلا بعد تحرير شهادة طبية تثبت الخلل العقلي للمصاب ، ناهيك عن قرار إداري صادر من السلطات المختصة بعد التأكد من وجود الخلل عن طريق الخبرة الطبية.

وبالرجوع لنصوص هذا القانون نجد المشرع قد جعل إخضاع المريض عقليا للأنظمة الثلاث أو أحدها على حسب حدة المرض :

1- الوضع رهن الملاحظة : نصت عليه المادة 106 من القانون المشار إليه أعلاه ، بقولها : "يتم وضع المريض عقليا رهن الملاحظة في مصلحة للأمراض العقلية ." في حين نصت المادة 109 منه : "يتوقف وضع المريض رهن الملاحظة فعليا إلا بعد أن يحرر طبيب الأمراض العقلية في المصلحة باسم المريض ورقة الدخول قصد وضعه رهن الملاحظة ." وما يلاحظ أن إتباع مثل هذا الإجراء هو من أجل التأكد من وجود الخلل العقلي لدى المريض .

أما المادة 107 فقد تضمنت مختلف الحالات التي يتم بها وضع المريض تحت الملاحظة فنصت على أنه : "يمكن أن يحال المريض على المصلحة الطبية المتخصصة حسب الآتي :

- أما بحضور المريض نفسه .
- وأما بمبادرة من أسرة المريض أو ممثله الشرعي لدى السلطة الطبية المختصة في إحدى المصالح المختصة .
- أو بمبادرة أي شخص عمومي يراعي مصلحة المريض فيقدمه إلى السلطة الطبية في مصلحة للأمراض العقلية ، وهذا الشخص العمومي هو : الوالي ، رئيس المجلس الشعبي البلدي ، محافظ الشرطة ، مسؤول الدرك أو احد ممثليهم المفوض قانونا ."

ومن أجل تفادي التجاوزات التي يمكن قد تحدث لهذه الطائفة من المرضى، وضع المشرع متابعات وعقوبات جزائية للشخص الذي يضع غيره رهن الملاحظة لغرض يتنافى ومصحة المريض وهذا طبقا للمادة 110 من نفس القانون²⁹³.

وفي حالة خلو المريض من أي مرض بعد الفحص الإجباري الذي يقوم به الطبيب، وجب تسريحه من المصلحة الإستشفائية.

2- الوضع تحت نظام الترتيب الإداري : يقصد بالترتيب الإداري هو نظام داخلي يتكفل بالمرضى المصابين بأمراض عقلية والذين يحتاجون إلى متابعة طبية متواصلة وعن قرب، ولا يمكن لأهل هؤلاء المرضى أو ممثليهم توفيرها لهم خارج المؤسسات العلاجية²⁹⁴. وبالرجوع إلى قانون حماية الصحة وترقيتها، نجد أن المادة 116 نصت على أنه: "يمكن أن يوضع المريض تحت نظام الترتيب الإداري في نهاية فترة الوضع تحت الملاحظة أو خلالها، بناء على اقتراح طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة. وتعد موافقة أسرة المريض أو ممثلها المخول قانونا مطلوبة وضرورية وكافية لتحويله من الوضع رهن الملاحظة إلى الترتيب الإداري. تجسد موافقة أسرة المريض في طلب الترتيب الإداري الذي يسجل مضمونه في دفتر خاص.

ويتسلم نسخة هذا الطلب الخاص بالترتيب الإداري طبيب الأمراض العقلية بالمؤسسة ويوقعه ويكتب موافقته عليه، ثم يودعه في مديرية المؤسسة قصد الاحتفاظ به وتقديمه استجابة لأي التماس من السلطات المختصة."

ويستخلص من المادة أن الوضع تحت الترتيب الإداري هو مرحلة لاحقة للوضع رهن الملاحظة في حالة تأكد وجود خلل عقلي لدى المريض، إضافة إلى أن المشرع قد ربط هذا الإجراء بالموافقة الصريحة المكتوبة لأسرة المريض أو ممثلها القانوني ما يعنى أن هذا الإجراء لا يمكن اتخاذه من قبل الطبيب من دون حصوله على الموافقة.

كما أنه يمكن للمريض أن يحرر بنفسه هذا الطلب إذا لم تكن له أسرة، وكان راشدا ومتمتعا للأهلية المدنية²⁹⁵، وإذا كان قاصرا أو غير متمتعا بالأهلية المدنية، أمكن لوكيل

²⁹³ تنص المادة 110 من قانون الحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يتعرض للمتابعات و العقوبات الجزائية أي شخص طبيعى عمومي أو خاص وضع غيره رهن الملاحظة لغرض يتنافى ومصحة المريض".

²⁹⁴ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص236.

²⁹⁵ نصت الفقرة الأولى من المادة 117 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يمكن للمريض أن يحرر بنفسه طلب الترتيب الإداري الذي يعنيه، إذا لم تكن له أسرة، وكان راشدا ومتمتعا بالأهلية المدنية..."

الجمهورية²⁹⁶ القيم أو الوصي على هذا المريض ليتولى بإحدى هاتين الصفتين تحرير طلب الترتيب الإداري ، ماعدا طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أو أي مأمور يعمل فيها وهذا طبقا للفقرة الثانية من المادة 117 .

وفي نفس السياق فقد أشارت المادة 119 من نفس القانون على أنه: "يتخذ إجراء الترتيب الإداري لمدة زمنية غير محدودة. "

وفي حالة خروج المريض الموضوع تحت نظام الترتيب الإداري فقد نصت المادة 121 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " يسمح بخروج المريض الموجود في الترتيب الإداري حسب ما يأتي :

- إما بمبادرة طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة.
- إما بطلب المريض نفسه إذا كان راشدا ومسؤولا مدنيا.
- وإما أن يكون الخروج محتما بمجرد ما يقدم الشخص الذي طلب الترتيب الإداري أول مرة التماسا بالخروج يكتبه ويوقعه ويسلمه أو يرسله إلى طبيب المؤسسة .
- يمكن أحد الأشخاص الآتي ذكرهم ، أن يطلب خروج المريض الموجود في الترتيب الإداري ويحصل على ذلك تلقائيا ، ما لم يعارض المريض الراشد المتمتع بالأهلية المدنية ذلك ، وهؤلاء الأشخاص هم :

-أحد أصول المريض المباشرين .

-أحد فروع المريض الراشدين المباشرين .

-زوجة المريض أو زوج المريضة .

-أحد أقرباء المريض الراشدين من الحواشي ، أخا كان أو أختا .

-عم المريض أو عمته ، وخاله أو خالته ، المباشرين الراشدون .

-القيم أو الوصي على المريض ."

وبهذا يكون هذا الإجراء هدفه تحقيق أفضل عناية صحية لهذه الطائفة من المرضى .

3 - الإستشفاء الإجباري : يقصد به ذلك النظام الإجباري الاستشفائي ، الذي يتكفل بمرضى الأمراض العقلية الحادة و الذين هم بسبب حالتهم الصحية المتدهورة بحاجة إلى متابعة طبية متواصلة ، وهم بهذا الحال يشكلون خطرا على المجتمع وعلى أمنه في حالة تركهم في الخارج .

²⁹⁶ نصت المادة 118 من نفس القانون على أنه: " يرسل طلب الترتيب الإداري والقرارات المحتمل صدورها من النائب العام لدى المجلس القضائي ويحتفظ بها وفقا للإجراء المبين في هذا الفصل في الحالات المنصوص عليها في المادتين 116 و117 أعلاه."

وقد نصت المادة 122 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يمكن أن يحول إجراء الترتيب الإداري إلى استشفاء إجباري وفقا لأحكام هذا القسم." في حين أن نص المادة 123 على أنه: "يمكن طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة أن يبادر بطلب الاستشفاء الإجباري في نهاية الوضع رهن الملاحظة أو خلالها." فهذا الإجراء أيضا يكون بعد مرحلة الوضع تحت الملاحظة فإذا لاحظ الطبيب المعالج أن الوضع الصحي للمريض حرج جدا يمكنه المبادرة بطلب الوضع في الاستشفاء الإجباري ، كما يمكن أن يحوله من نظام الترتيب الإداري إلى نظام الاستشفاء الإجباري .

ويتولى الوالي طبقا للمادة 124 من نفس القانون النظر في هذا الطلب بعد التماس مسبب يقدمه طبيب المؤسسة ، إذا رأى أن خروج المريض يشكل خطرا على حياته أو على النظام العام أو على أمن الأشخاص ، ويكون هذا الالتماس مفصلا للأسباب التي جعلت الطبيب يعتقد أن هذا الإجراء ضروري مع تبيان ردود الفعل الخطيرة الماضية والحالية التي صدرت عن المريض وهذا طبقا للمادة 125 من نفس القانون .

وفي حالة إذا اتضح للوالي بعد إجراء الخبرة الطبية ، أن صحة المريض لا تدعو إلى وضعه تحت الاستشفاء الإجباري ، يقوم بإخبار طبيب الأمراض العقلية بذلك ويحيل الملف وجوبا إلى لجنة الصحة العقلية .

وقد حددت المادة 126 من نفس القانون أعضاء لجنة الصحة بقولها: " تتكون لجنة الصحة العقلية من :

-ممثل الوالي.
 - قاضي بدرجة رئيس غرفة في المجلس القضائي ، رئيسا للجنة .
 - طبيبين اختصاصين في الأمراض العقلية .
- تنظر اللجنة في القرار الوالي وتبت في صحته أو عدم صحته وتكون قراراتها نافذة
"...

وما يلاحظ من خلال المقارنة بين نظام الوضع تحت الترتيب الإداري والاستشفاء الإجباري ، أن المشرع في النظام الأخير قد حدد المدة الزمنية بستة أشهر كأقصى حد مع إمكانية تمديدتها بقرار من الوالي حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادتين 124 و125 من نفس القانون²⁹⁷، عكس النظام الأول الذي جعل المشرع المدة الزمنية غير محددة²⁹⁸.

²⁹⁷ أنظر المادة 127 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

²⁹⁸ أنظر نص المادة 119 المشار إليها سابقا .

أما المادة 130 من نفس القانون فقد حددت كليات خروج المريض الموجود في نظام الاستشفاء الإجباري بنصها على أنه: " يتم خروج المرضى الخاضعين للاستشفاء الإجباري إذا أرسل للوالي طلبا معللا يلتزم فيه تحرير المريض من الاستشفاء الإجباري ، يجب أن يصل طلب تحرير المريض من الاستشفاء الإجباري إلى الوالي قبل انتهاء الأجل المحدد في آخر قرار الاستشفاء الإجباري الذي يعنى هذا المريض .

يتم خروج المريض فوراً ودونما تعطيل بعد صدور موافقة الوالي أو بمجرد إشعار طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة بتسلم طلب تحرير المريض من الاستشفاء الإجباري يحضر طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة لهذا الغرض ورقة خروج المريض ، حسب القواعد المعتادة في تحرير ورقة الخروج المستعملة في مصالح الصحة ."

أما في حالة رفض الوالي لطلب خروج المريض من الاستشفاء الإجباري ، يجوز لطبيب الأمراض العقلية في المؤسسة بالإضافة إلى الوالي أن يقدم كل منهما على حدة طعناً إلى لجنة الصحة العقلية وهذا ما نصت عليه المادة 132 من قانون حماية الصحة وترقيتها مع ثبوت هذا الحق أيضاً لأسرة المريض ، وعلى أساس ذلك تقوم لجنة الصحة العقلية بإجراء خبرتين طبييتين على المريض في ظرف لا يتجاوز شهرين من تاريخ تقديم الطلب.

4-الوضع تحت المتابعة الطبية: تنص المادة 145 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " تعد المتابعة الطبية للمرضى الذين قد يكونون خطراً بسبب انعدام العلاج المتواصل أو المنتظم، إجراء يستوجب متابعة خارجية وعلاجاً دورياً .

ويمكن أن يطبق هذا الإجراء التحفظي الوقائي على كل مصاب بمرض عقلي ، مهما كانت طبيعته ."

كما أن المادة 147 من نفس القانون فإن الطبيب المعالج هو الذي يقوم بإرسال طلب الوضع تحت المتابعة الطبية إلى الوالي .فإذا قرر هذا الأخير وضع المريض تحت المتابعة الطبية يقوم بإشعاره به وكذا إشعار الطبيب المعالج .في حين فإن المادة 148 نصت على أنه: "يتخذ قرار الوضع تحت المتابعة الطبية لمدة أقصاها ستة أشهر ، ويمكن تجديدها عند الإقتضاء بطلب من طبيب الأمراض العقلية المعالج ."

ومن أجل المتابعة والمراقبة الصحية لهؤلاء المرضى، فقد مكن المشرع الوالي وكذا النائب العام لدى المجلس القضائي أن يطلبوا في أي وقت كان من طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة شهادة عن وضعية المريض الخاضع للاستشفاء الإجباري وهذا ما نصت عليه المادة 141 من قانون حماية الصحة وترقيتها .

بالإضافة إلى ذلك فقد أعطت المادة 144 من نفس القانون هذه الصلاحية إلى كل من النائب العام لدى المجلس القضائي الذي تكون بلدية مقر المؤسسة تابعة له بنصها على أنه: " يتابع ويراقب المؤسسات المذكورة في هذا الباب الوالي و الأشخاص الذين ينتدبهم خصيصا لهذا الغرض ، والنائب العام لدى المجلس القضائي الذي تكون بلدية مقر المؤسسة تابعة له ورئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها مقر المؤسسة، وأي شخص ينتدبه قانونا لهذا الغرض ، الوزير المكلف بالصحة .

ويكلف هؤلاء بزيارة المؤسسات المذكورة مرتين في السنة على الأقل لتلقي شكاوى الأشخاص الموضوعين فيها ، وجمع المعلومات الخاصة بهم بغية الإطلاع على وضعيتهم أو تحسين حالهم .

ويتعين عليهم لدى قيامهم بهذه الزيارات، أن يطلعوا على السجل و على الملفات الفردية، وأن يستقدموا أي مريض لمقابلته. "

علاوة على ذلك فإن المادتين 136 و 137 والقانون المذكور أعلاه لا تجيزان إخضاع الأطفال و المراهقين غير المنحرفين البالغين أقل من 16 سنة²⁹⁹ وكذا المسنين الذين يعانون ضعفا في قدراتهم العقلية بحيث يشكل هذا الضعف مرضهم الأصلي للأنظمة العلاجية السالفة الذكر.³⁰⁰

ولهذا يمكن القول أن قرار وضع مرضى الأمراض العقلية للعناية الصحية المفصلة في قانون حماية الصحة وترقيتها إنما يرجع إلى أطباء الأمراض العقلية من جهة ومن جهة أخرى إلى السلطات العمومية ، وفي حالة حدوث نزاع بينهما أوكل المشرع مهمة الفصل بينهما إلى لجنة الأمراض العقلية التي يترأسها قاضي بدرجة رئيس غرفة من المجلس القضائي³⁰¹.

وعلى هذا الأساس فإن مسألة إرادة المريض بشأن العلاج من الأمراض العقلية مسألة مفصول فيها، إلا في الحالات التي لا يؤثر فيها المرض على قواهم العقلية ، كالمريض الراشد الذي خول له القانون إمكانية اختيار طريقة العلاج التي تلائمها.

المطلب الثاني

²⁹⁹ تنص المادة 136 من ق ح ص على أنه "لا يجوز إجراء الفحص الإجباري في الأمراض العقلية و لا الترتيب الإداري ولا الإستشفاء الإجباري على الأطفال و المراهقين غير المنحرفين البالغين من العمر أقل من ستة (16) سنة." ³⁰⁰ تنص المادة 137 من ق ح ص على أنه "لا يجوز إجراء الفحص الإجباري في الأمراض العقلية و لا الترتيب الإداري ولا الإستشفاء الإجباري على الأشخاص المسنين الذين يعانون ضعفا في قدراتهم العقلية ، ويمثل هذا الضعف مرضهم الرئيسي ."

³⁰¹ قد سبقت الإشارة إلى المادة 126 من ق ح ص.

موقف التشريعات الأخرى من رضاء المريض

لقد اتفقت جل التشريعات سواء العربية منها أو الغربية على اعتبار الرضاء شرطاً للممارسة العمل الطبي سواء أكان جراحياً أم علاجياً ، إذ من الضروري الحصول عليه قبل مباشرة أي عمل طبي .

وقد أكد غالبية الفقه سواء في مصر أو في فرنسا على أنه من البديهيات عدم توافر عنصر الخطأ كقاعدة عامة إذا كان السلوك الذي رتب ضرراً للغير قد صدر بموافقة صاحب الشأن، ومن المتفق عليه في الفقه و القضاء سواء في مصر أو في فرنسا أن الرضاء لا يعد سبباً من أسباب الإباحة في شأن جرائم الإعتداء على سلامة الجسم ، لأن الصفة الإجتماعية للحق لا تجرده من أصله الفردي ، فحق المجتمع لا يمحو حق الشخص بل يدعمه ، وإذا رضي المجني عليه بالإعتداء على سلامة جسمه اقتصر أثر رضائه على الجانب الفردي للحق دون المساس بالجانب الإجتماعي ، إذ يظل حق المجتمع قائماً ويخضع الإعتداء للقانون .

والتشريعات العربية والغربية مثلها مثل التشريع الجزائري قد وضعت نصوصاً تنظم مسألة صدور الرضا من الشخص وشروط ذلك وكيفية صدوره ، فخصت الصغير والمعتوه والسفيه بنصوص خاصة وأخضعت البالغ للقواعد العامة .

وعلى ذلك فيجب الرجوع إلى القانون الفرنسي (الفرع الأول) وتحديد موقفه من رضاء المريض سواء أكان بالغاً أو صغير السن، وكذا القانون المصري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

موقف المشرع الفرنسي من رضاء المريض

الواقع أن الإلتزام بالحصول على رضاء المريض هو التزم تحتته القواعد العامة المنظمة للعمل الطبي على كل طبيب أو جراح ، ويقوم هذا الإلتزام على أساس ما للإنسان من حق في سلامة جسمه ، إذ بموجب هذا الحق لا يجوز المساس بسلامة جسم الإنسان بغير رضاه ولو كان ذلك لغرض علاجي ، ذلك أن القانون وإن كان يرخص للطبيب القيام بمعالجة المريض ، إلا أن ذلك مرهون برضاء هذا الأخير بمباشرة العلاج على جسمه احتراماً لإرادته . وهذا يعني أنه لا يحق للطبيب أن يخضع المريض للعلاج أو الجراحة رغماً عنه، بحجة أنه يتمتع بالقدر الكافي من المعرفة والخبرة و اللتين تؤهلانه لمعرفة صالح المريض أكثر من المريض نفسه .

أولاً : رضاء المريض البالغ في القانون الفرنسي

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 16 من القانون المدني ، فقد قضت هذه المادة في فقرتها الأولى بعدم جواز المساس بسلامة جسم الإنسان إلا لغاية علاجية ، في حين أضافت في فقرتها الثانية بوجوب الحصول مقدما على رضاء صاحب الشأن ، فيما عدا الحالة التي يكون فيها في وضع يستلزم تدخلا علاجيا لا يمكنه التعبير عن رضائه³⁰².

أما المادة 41³⁰³ من قانون أخلاقيات مهنة الطب على أنه "لا يجوز إجراء أي تدخل جراحي ...، فيما عدا الاستعجال أو الإستحالة ، بدون إعلام صاحب الشأن ورضائه"³⁰⁴.

كما نصت المادة 43 من نفس المدونة على أنه في حالة إجراء الطبيب علاجاً للقاصر أو عديم الأهلية يجب عليه أن يحصل على رضاء والديه أو من يمثله شرعا³⁰⁵.

غير أنه لا يمكن القول أنه بمجرد ذهاب المريض إلى عيادة الطبيب يعتبر ذلك تعبيراً عن رضائه بالعلاج ، إذ يجب أن يؤسس هذا الرضاء على العلم الكافي و الصحيح بالعمل الطبي ونوعه و الأخطار المحتملة ، كما أن سكوت المريض لا يعني الإيجاب بقبول العلاج لان رضاء المريض وإن كان يجوز التعبير عنه صراحة أو ضمناً ، فإن السكوت لا يعتبر إرادة ضمنية إلا إذا لازمت ملابسات تدل على الرضاء.

وجاء في حكم محكمة ولاية دود ايلاند أن : "القبول الضمني لا يعني التصريح للطبيب بأن يفعل ما يشاء بجسم المريض ، ويتعين عليه مباشرة العلاج ، أو القيام بالجراحة في النطاق المحدد طبقاً للأصول الطبية³⁰⁶". كما قضت الفيدرالية العليا : " بعدم مسؤولية الطبيب على اعتبار أن المريض كان متمتعاً بكامل وعيه أثناء الجراحة ، إذ لم يستعمل الطبيب سوى مخدر موضعي بسيط ، وأن الهدوء و الصمت من جانب المريض كافيان لتوافر الرضاء الضمني ، حيث كان يمكنه الاعتراض في أي وقت³⁰⁷.

ثانيا : رضاء صغير السن والمصاب بأمراض عقلية ونفسية في القانون الفرنسي

³⁰² أصل النص بالفرنسية

« Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas même de consentir »

³⁰³ قانون آداب مهنة الطب الصادر في فرنسا في 28 جوان 1919

³⁰⁴ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص 61.

³⁰⁵ أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 166..

³⁰⁶ علاء الدين خميش ، المرجع السابق، ص 48.

³⁰⁷ علاء الدين خميس ، المرجع نفسه، ص 48.

نصت المادة 43 المشار إليها أعلاه من أن الطبيب عليه أن يلجأ إلى الوالدين أو من يحل محلهما إذا طلب منه التدخل بشأن المريض صغير السن ، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة و الحالات الأخرى التي يتوافر فيها لدى الصغير القدرة على الإدراك والإختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح تنفيذه ، في حين نصت المادة 44 من نفس القانون على واجب الطبيب في أن يراعي في كافة الأحوال مصلحة الصغير .

ويقصد بالصغير في مفهوم القانون الفرنسي ذلك الصغير الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره وفقا للمادة 488 من القانون المدني الفرنسي و لا تختلف سن الأهلية المدنية عن الأهلية الجنائية .

وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه والقضاء إلى أن العبرة دائما بقدرة الصغير على الإدراك والإختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح سواء فيما يتعلق بطبيعته أو بنتائجه مادام المقصود والهدف منه هو العلاج وتحقيق مصلحة أفضل للصغير المريض ، وخاصة وأن رسالة الطبيب ومدى توفقه في عمله متوقف على مدى رعايته وعنايته المبذولتين لضمان صحة المريض بوجه عام وبصغير السن بوجه خاص .

غير أنه في هذه المسألة أيضا يثار التساؤل حول مدى سلطة الوالدين في رفض إخضاع الصغير للأعمال الطبية دون سبب مشروع ، ومما لا يدعو للشك فيه هو أن الطفل له حقوق على أسرته ، حيث نصت المادتان 20 و 21 من قانون الأحداث رقم 31 لسنة 1984 ، حيث يعاقب المسؤول عن مراقبة الحدث في حالة الإنذار أو التسليم إذا أهمل في مراقبة الحدث بحيث ترتب على ذلك جريمة أو تعرض للإنحراف كما أجازت المادة 09 من نفس القانون تسليم الحدث إلى غير أفراد الأسرة في حالة عدم صلاحية الوالدين .

كما ألزم المشرع الفرنسي الولي برعاية المشمول بالرعاية ، فبالرجوع إلى المادة 03 من المرسوم رقم 118 لسنة 1952 ، فإنه يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية في أحوال محددة ...ذكر في الفقرة الخامسة حالة إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة .

غير أنه إذا كان الصغير قادرا على الإدراك و التمييز ولو لم يتجاوز عمره الثمانية عشرة سنة وكان العمل الطبي يهدف إلى تحقيق مصلحته سواء في مجال التشخيص أو تنفيذ العلاج وما لم يكن هذا الإجراء يعرضه سلامة جسمه للخطر، ففي هذه الحالة يكون تدخل الطبيب مباحا ولو كان بغير إرادة الوالدين ، فحرية الآباء في تنشئة الأبناء ليست مطلقة ، فإذا رفض الوالدان دون مبرر شرعي التدخل الطبي في حالة الضرورة التي توجب السرعة

في التدخل من أجل إنقاذ حياة الصغير ، ففي هذه الحالة لا يعتد برفض الوالدين ويكون تدخل الطبيب مشروعاً مادام الغرض هو حماية حياة وصحة الصغير والتي ترتبط أساساً بمصلحة جوهريّة للمجتمع القاضيّة بالحفاظ على حياة الأسر وسلامتهم.

أما في غير هذه الحالات ، بمعنى إذا كانت الأعمال الطبيّة تنطوي على مساس بسلامة الجسم ، أو كان الغرض غير علاجي ، ويعتد برفض الوالدين وهذا الرفض يكون له أثر قانوني ، بحيث يكون تدخل الطبيب حينها غير مشروع ويكون محلاً للمسائلة القانونيّة .

غير أن إذا رفض أحد الوالدين ووافق الطرف الآخر ، فإذا كانت العمل الطبي المقترح من الحالات البسيطة فإن الإشكال لا يطرح مادام هذا العمل ليس فيه خطورة على سلامة جسم الطفل ، أما في الحالات الأخرى فقد تباينت الآراء ، فهناك من ذهب إلى وجوب إرادة الوالدين معاً ، ومن ثم على الطبيب محاولة إقناعهما معاً³⁰⁸.

أما الرأي الآخر فقد رأى أنه إذا كانت الموافقة قد صدرت عن الأب ، فإن تدخل الطبيب يكون مشروعاً في هذه الحالة ، على أساس أن الأب هو الولي الشرعي للطفل ، في حين إذا رفض الأب ووافقت الأم ، فهناك من رأى أن العمل الطبيب لا يتم إلا بشروط معينة وهي أن تستدعي حالة ومصلحة الطفل ذلك وأن تكون احتمالات النجاح مؤكدة الحدوث ، إضافة إلى اتخاذ الطبيب كل ما في وسعه من عناية وأن يسخر من أجل ذلك كل خبرته ودرأيته بهذا التدخل ، في حين هناك من رأى أن الموافقة إذا صدرت من الأم دون الأب ن فهذا قد يعتد بها إذا كانت الأم أكثر التصاقاً بالصغير من الأب وأكثر اهتماماً بمصالحه³⁰⁹ . ويكتفى بموافقة الأم لوحدها في حالة الطلاق ، وكان الصغير في حضانتها .

غير أنه إذا كانت لدى الصغير القدرة على إدراك وتقدير طبيعة وسيلة طبيّة معينة في مجال التشخيص أو العلاج وما لها من آثار وآلام قد يتعرض لها في حالة عدم التدخل ، فهذا قد يتخذ قراراً مخالفاً لما يراه والداه بمعنى قد يوافق على التدخل الطبي رغم رفض الوالدين ، وقد يحدث العكس ، غير أنه واستناداً لما سبق فرفض الصغير يحدث أثره مادام قد توافرت فيه شروط الصحة مجتمعة سواء ما تعلق بالإدراك أو حرية الإرادة .

من جهة أخرى قد يكون المريض بالغاً لكن مصاباً بأمراض عقلية ونفسية ، فهذا لا يكفي لتجاهل رأيه في حقه في الذاتية وتقرير مصيره تجاه بدنه ، فالعبرة هنا في مدى تأثير هذه الأمراض على حريته وإرادته ، ولا يمكن هنا الأخذ بمعيار موحد يسرى على كافة حالات

308 أحمد محمد إبراهيم السعيد ، المرجع السابق ، ص284.

309 علي حسنين نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، د.ب.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص93.

المرض ، لذلك يجب دراسة كل حالة على حدى لبيان قدرة المريض على اتخاذ القرار السليم الذي يحقق أفضل مصلحة له .

فالرضاء هنا لا يكون سليما إذا كان المريض مصابا بمرض عقلي أو نفسي أضعف قدرته على الإدراك و التمييز والإختيار وقت صدور القرار ،فالقاعدة العامة هي وجوب توافر الرضا الواعي الحر من المريض نفسه .

غير أنه قد تكون الاضطرابات المرتبطة بالأمراض السالفة الذكر متقطعة بحيث يفصل بينها فترات يستفيق فيها المريض ويصبح ذا قدرة كافية على الإدراك واتخاذ القرار ، فهنا الرضاء الذي يصدر في تلك الفترات يكون سليما ويحدث أثره القانوني في إباحة العمل الطبي بشرط التأكد من أن المرض لم يؤثر على تلك القدرات أثناء فترة الإفاقة .

أما إذا تعذر الحصول على موافقة صحيحة من جانب المريض المصاب بمرض عقلي أو نفسي وجب الرجوع إلى الأقارب من الأصول أو الفروع أو الأزواج أو غيرهم حسب الأحوال ، أو متولي الرقابة قانونا أو اتفاقا .وإذا اختلفت الآراء بشأن تعدد أصحاب الشأن وأكد الطبيب المعالج أهمية التدخل الطبي ، كان تدخل الطبيب مشروعا إذا كان بهدف تحقيق مصلحة أفضل للمريض ، أو إذا توافرت حالات الضرورة أو مقتضيات المصلحة العامة .

لكن في بعض الأحيان قد يتعذر على الطبيب الوصول إلى الممثل القانوني للمريض المصاب بمرض عقلي أو نفسي ، وقد يرفض الطبيب التدخل دون مبرر شرعي في الوقت الذي تستدعي في ظروف الحال ضرورة إخضاع المريض إلى للعمل الطبي ، ففي هذه الحالة رأى البعض أن تدخل الطبيب رغم عدم توافر الرضاء الصريح للمريض أو من يمثله قانونا ، يرجع إلى فكرة الرضاء الضمني لوجود احتمال كبير في أن المريض لو كان يتمتع بكامل قواه العقلية و النفسية لرضي بهذا العلاج³¹⁰. غير أن هذا الإفتراض لا يكفي لإباحة العمل الطبي خاصة وأن هذه الإجراءات ماسة بسلامة جسم المريض ويمكن أن تؤدي إلى مضاعفات من الصعب تفاديها ، في حين اتجه رأي آخر إلى أن التدخل الطبي في حالات الإصابة بالأمراض العقلية و النفسية يجد سنده في حالة الضرورة ، فما استقر عليه التشريع و الفقه والقضاء أن حالة الضرورة يترتب عليها امتناع المسؤولية عن النتائج المترتبة عن الفعل سواء أكانت هذه النتائج ضارة أم نافعة. إلا أن هذه الضرورة لا تتوافر شروطها في كافة حالات المرض العقلي والنفسي إذ تقتصر على الحالات المرضية التي يصبح فيها المريض خطرا على نفسه وعلى من حوله ، حيث نصت المادة 04 من القانون

310 إيهاب يسر أنور علي ، المرجع السابق ، ص76.

رقم 141 لسنة 1944 بشأن حجز المصابين بأمراض عقلية على عدم جواز حجز المريض المصاب بمرض في قواه العقلية ، إلا إذا كان من شأن هذا المرض أن يخل بالأمن أو النظام العام أو يخشى منه سلامة المريض أو سلامة الغير وذلك طبقاً لأحكام هذا القانون .

وعن مكان الحجز لا يكون مرخصاً به إلا في المستشفيات المعدة لذلك سواء أكانت مستشفيات عامة أو مخصصة لاستقبال هؤلاء المرضى ، مع امكانية الحجز في المنزل بإذن خاص من وزير الصحة العمومية بعد موافقة مجلس المراقبة ويشمل الإذن شروط الحجز ومدته³¹¹.

كما تنص المادة 05 من نفس القانون أنه إذا رأى طبيب الصحة أن شخصاً مصاباً بمرض عقلي في حالة مما نص عليه في المادة السابقة وجب عليه ان يأمر بحجزه بواسطة البوليس ، وللنيابة أو مأمور الضبطية القضائية من رجال البوليس كذلك إذا علم بمثل هذه الحالة أن يضع المشتبه فيه تحت الحفظ ويعرضه على طبيب الصحة للكشف عليه في مدى 24 ساعة على الأكثر من وقت القبض عليه ، فإذا اتضح للطبيب بعد فحصه أنه غير مريض بمرض عقلي مما نص عليه في المادة السابقة وجب الإفراج عليه فوراً³¹².

وعلى هذا يبدو الإشكال في الحالات المرضية التي لا تصل إلى ما يوجب التدخل السريع درءاً لأخطار جسيمة مستقبلية ، فتدخل الطبيب بقراره توافر عناصر الضرورة في حالات الأمراض النفسية والعقلية ، متى كان المريض لا تتوافر لديه القدرة على الإدراك والإختيار حول حالته الصحية وطبيعة الإجراءات المقترحة .

الفرع الثاني

موقف المشرع المصري من رضاء المريض

لقد اعتبر المشرع المصري الحصول على رضاء المريض لمباشرة الأعمال الطبية ، حقاً من حقوق المريض ، وهذا ما تم النص عليه صراحة في الدستور المصري وبخاصة المادة 313⁴³ بقولها : "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر " ، ولو أن هذه المادة خاصة بإجراء التجارب الطبية والعلمية إلا أنها ثبتت أحد مبادئ معصومية الجسد أي حرمة جسم الإنسان، بالإضافة إلى عدة قوانين منها قانون رقم 415

³¹¹ إيهاب يسر أنور علي ، المرجع نفسه ، ص 86 .

³¹² غيهاب يسر أنور علي ، المرجع نفسه ، ص 78 .

³¹³ وردت هذه المادة في الفصل الخاص بالحقوق والحريات العامة من الدستور المصري الصادر سنة

لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب ، وكذلك لائحة وميثاق شرف مهنة الطب البشري لعام 1974³¹⁴.

أولا : رضاء المريض البالغ في القانون المصري

ماعدا حالات التجارب الطبية و العلمية فإن المشرع المصري لم ينص صراحة على ضرورة الحصول على رضاء المريض قبل العلاج أو التدخل الجراحي إلا ما يستنتج ، فالمادة 60 من قانون العقوبات المصري نصت على أنه : "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " ، ويستلزم من أجل تطبيق هذا المبدأ توافر ثلاث شروط:

- 1- وجود ترخيص بمباشرة مهنة الطب .
- 2- رضاء المريض بالعلاج إما صراحة أو ضمنا .
- 3- مراعاة أصول وقواعد المهنة وعدم ارتكاب خطأ عمدي أو غير عمدي .

وعلى ذلك فعدم موافقة المريض على العلاج يهدم ركنا أساسيا وشرطا لازما لتطبيق المادة 60 من القانون المشار إليه أعلاه على عمل الطبيب ، إذ لا يمكن القول بأن ذلك الحق مقرر بمقتضى القوانين واللوائح حال كون ما تضمنه مرهون بموافقة المريض على العلاج ، ومن ثم يكون كل ما يجريه الطبيب بغير هذا الرضاء يكون عملا غير مشروع³¹⁵ .

وعليه فإنه على الطبيب كأصل عام عدم لجوئه إلى علاج المريض أو المساس بجسمه دون الحصول على رضائه سلفا ، لأن هذا الرضاء تقتضيه احترام الحرية الشخصية للفرد . غير أن أهمية هذا الرضاء تزداد كلما كان العلاج أو الجراحة ينطوي على كثير من المخاطر ، وينبغي - من حيث المبدأ- أن يصدر الرضاء من المريض نفسه طالما حالته تسمح له بذلك وأن رضاه يعتد به قانونا³¹⁶.

غير أن ما يلاحظ أن المشرع المصري قد أعفى الطبيب من الحصول على رضاء المريض حفاظا على المصلحة العامة ، فقد ألزم الأفراد بالعلاج و العزل للمرضى المصابين ببعض الأمراض المعدية و في حالات الأوبئة ، وهذه تعتبر إجراءات وقائية وعلاجية ألزم بها الأفراد وذلك بقواعد أمرة لأنها تتصل بالنظام العام الصحي .

³¹⁴ صدر بقرار من وزير الصحة رقم 234 لسنة 1974.

³¹⁵ - أسامة عبد العليم الشيخ ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي و النظم الوضعية ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2013 ، ص. 74.

³¹⁶ - شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، المنصورة ، مصر ، 2011 ، ص45.

فالمشرع المصري قد أنشأ مصلحة الحجر الصحي بالمرسوم الصادر في 14 سبتمبر 1939 ، وهدفه من وراء ذلك اتخاذ جميع التدابير و الاحتياطات اللازمة لمنع دخول الأمراض الوبائية و المعدية سواء بطريق الجو أو البحر أو البر إلى داخل مصر أو نقلها إلى خارج مصر³¹⁷، كما أصدر في سنة 1912 القانون رقم 12 المتعلق باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمقاومة انتشار الأمراض المعدية القاضي بضرورة الإبلاغ في مدة 24 ساعة في حالة إصابة شخص أو الإشتباه في إصابته بأحد الامراض المعدية المبينة بالجدول الملحق بالقانون المذكور أعلاه .

وعلى هذا فإن كل إجراء جراحي أو علاجي -كان للمريض- متعلق بالمصلحة العامة ، جاز إجراؤه دون استئذان أو موافقة المريض أوولييه في حالة إذا تعذر الحصول على موافقته وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية ..

ثانيا : رضاء الصغير والمعتوه في القانون المصري

تنص المادة 46 من القانون المدني المصري -السالفة الذكر -على أنه : "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما قرره القانون " .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة 45 من نفس القانون فإن سن التمييز هي سبع سنوات ،في حين تنص المادة 44 من القانون المدني على أنه³¹⁸ :

- 1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون له الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .
- 2- وسن الرشد هي احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة "

فقاعدة عامة من بلغ سن الرشد واحد وعشرون (21) سنة وكان متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه والقيام بكل التصرفات أيا كان نوعها .

وطبقا للمادة 111 من نفس القانون فإنه إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا .

317 -أسامة عبد العليم الشيخ ،المرجع السابق ،ص99..

318 تمت الإشارة إلى هذه المواد في معرض سابق .

كما نصت المادة 112 من القانون السابق أن الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها وتسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة صحيحة في الحدود التي رسمها القانون .، أما في قانون الأحداث المصري رقم 30 لسنة 1984 ، فقد تناول فيه المشرع المصري قواعد الأهلية الجنائية ،فسن التمييز لا يختلف عما هو محدد في القانون المدني ، وهو سن السابعة ، وقد افترض المشرع توافر الأهلية الكاملة بالنسبة لمن تجاوزت سنه الثماني عشرة سنة ميلادية طبقا للمادة الأولى (01) من هذا القانون .

وقد نصت المادة السابعة (07) منه أنه لا يجوز الحكم على الحدث الذي لا تتجاوز سنه خمس عشرة سنة وارتكب جريمة بأي عقوبة أو تدبير مما أورد النص عليه في

قانون العقوبات و إنما الحكم عليه بأحد التدابير المبينة في هذا النص³¹⁹. وهذا يدل على أن المشرع المصري افترض توافر تكامل القدرة على الإدراك و الإختيار لمن جاوز عمره السابعة (07) و لم يتجاوز الخمس عشرة (15) سنة³²⁰.

ومن خلال ما سبق يتضح أن القدرة على الإدراك و الاختيار قد تتوافران كاملتين بعد بلوغ سن الخامسة عشرة ، وقد لا تصل إلى الدرجة المطلوبة من النضج وذلك حسب ظروف الحال.

وبالرجوع إلى المجال الطبي نجد أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب ، لأن الأمر يتعلق بحق من الحقوق الشخصية الأساسية و التي محلها جسم الإنسان .

و عليه فأهلية الموافقة على التدخل الطبي وفقا للقانون المصري تكون معدومة قبل سن السابعة(07) ، في حين تكون ناقصة لا يعتد بها من الناحية القانونية من سن السابعة (07)حتى سن الخامسة عشرة (15) ،أما بالنسبة لمن تجاوز هذا السن ولم يتجاوز الثامنة عشرة ، فيجب دراسة كل حالة على حدة لمعرفة ما يتمتع به الصغير من القدرة والإدراك ، بمعنى توافر الأهلية اللازمة لإباحة التدخل الطبي بكل مراحلها وبكل وسائله ، غير أنه يستثنى من ذلك الحالات غير العلاجية مثل نقل وزرع الأعضاء وجراحات التجميل وكذلك التجارب العلمية التي تنطوي على مساس بسلامة الجسم هنا يجب أن يكون الصغير قد تجاوز سن الثامنة عشرة وإلا يجب موافقة الوالدين أو من يمثله قانونا ، مع ذلك يجوز للطبيب في حالة الضرورة التدخل للعلاج دون الحصول على رضاء الصغير إذا كان من مصلحة الصغير .

³¹⁹ نص المشرع في هذه المادة على الاختبار القضائي كتدبير،بالإضافة إلى الإيداع في ،دى المؤسسات الرعاية الصحية.

³²⁰ محمود مصطفى حسني ،شرح قانون العقوبات، القسم العام، 7، ط1، دار النهضة العربية، مصر ،2012، ص536.

المطلب الثالث

موقف الشريعة الإسلامية من رضاء المريض

من المعلوم أن العمليات الجراحية هي إحدى صور التداوي ، التي قد يلجأ إليها الطبيب لعلاج المريض من علته ومرضه ، ولذلك فإن الحكم الشرعي للرضاء أو الإذن بالتدخل الجراحي يمكن أن يستنتج من حكم الإذن بالتداوي بصفة عامة ، وقد اختلف الفقهاء في حكم التداوي بصفة عامة وتباينت في ذلك الآراء على النحو التالي :

الإتجاه الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة ³²¹ ، فذهبوا إلى إباحته واستدلوا في ذلك :

من السنة : مارواه جابر -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : "لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عزوجل" ³²²

فهذا الحديث يدل على أن ذلك كله لله مفوض إليه وأنه الخالق ، وإنما أنزله إلى الناس بمعنى أعلمهم إياه ، وهذا ظاهر في جواز التداوي لما في ذلك من منافع.

الإتجاه الثاني : ذهب إليه الشافعية وبعض من الحنفية ورأوا أنه مستحب ، وعليه

فالإذن بالتداوي بصفة عامة والتدخل الجراحي بصفة خاصة يكون مستحب ³²³ ، واستدلوا في ذلك بنفس الأحاديث التي استدل بها أصحاب الرأي الأول في إباحة التداوي ، غير أنهم حملوها على الندب و الاستحباب دون الإباحة .

الإتجاه الثالث : ذهب إليه بعض من الشافعية و الحنابلة ³²⁴ ، فذهبوا إلى أن التداوي من الأمراض مباح ، ولكن تركه أفضل و يستحب الصبر للمريض .

واستدلوا على ذلك من وجهتين :

321 - علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرادوي دمشقي الصالحي ، الإنصاف في معرف الراجح من الخلاف على مذهب الإمام بن حنبل ، ط 1 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1419هـ ، ج2 ، ص.325 .

322 أخرجه مسلم في صحيحه ، المرجع السابق م 7 ، ص.21.

323 - أسامة عبد العليم الشيخ ، المرجع السابق ، ص.35.

324 - أبو الحسن بن سليمان المرادوي ، المرجع السابق ، ص.325.

1- ما روي عن عمران قال: قال النبي -عليه الصلاة والسلام - : "يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب ولا عقاب ، قالوا: ومن هم يا رسول الله؟ قال: هم الذين لا يكتونون ولا يسترقون ، وعلى ربهم يتوكلون ، فقام عكاشة فقال : ادع الله أن يجعلني منهم ، قال: أنت منهم ، فقام رجل فقال يا نبي الله ادع الله أن يجعلني منهم قال :سبقك بها عكاشة "325، ووجه الدلالة أن التوكل أفضل من المداواة 326.

2- إن خلقا من الصحابة و التابعين لم يكونوا يتداونون ، بل فيهم من يختار المرض كأبي بن كعب ، وأبي ذر ، ومع هذا لم ينكر عليهم التداوي 327.

الإتجاه الرابع : ذهب إلى هذا الرأي بعض من الشافعية و بعض الحنابلة و، ابن تيمية³²⁸. فذهبوا إلى اعتبار التداوي واجبا إن ظن المريض نفع التداوي ، واستدلوا على ذلك بأدلة

من الكتاب والسنة . فمن الكتاب قوله تعالى : "ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة "329، وقوله تعالى : "وننزل من القرآن ما هو شفاء ورحمة للمؤمنين"330. ووجه الدلالة في هذا أن ترك التداوي هو إلقاء النفس إلى التهلكة وهو منهى عنه ويكون نظير ترك الطعام والشراب المفضي إلى الموت.

أما من السنة : فاستدلوا بما روي عن أسامة بن زيد -رضي الله عنهما - أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - قال: "إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها "331.

هذا ما تعلق بالحكم الشرعي للتداوي ، فهو مباح بصفة عامة وفعله أفضل من تركه هو الأولى بالقبول³³². غير أن ممارسة هذا التداوي يجب أن تتم بشرط حصول الطبيب على

325 صحيح مسلم ، المرجع السابق ، ج1 ، ص197.

326 ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم ، مكتبة التراث ، ص585.

327 أسامة عبد العليم الشيخ ، المرجع السابق ، ص39.

328 قال ابن تيمية : "...وقد يكون منه ما هو واجب وهو: ما يعلم أنه يحصل به بقاء النفس لا غير ..."
-تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية ، الفتاوى الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1987 ، ص12.

329 سورة البقرة ، الآية 195.

330 سورة الإسراء ، الآية 82.

331 صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج7 ، ص26.

332 أسامة عبد العليم ، المرجع السابق ، ص45.

رضاء المريض وإذنه في مباشرة هذا العمل الذي يتخذ عدة أنواع (الفرع الأول) ، إضافة إلى هذا الإذن لكي يكون صحيحا لابد من توافر عدة شروط في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني).

الفرع الأول أنواع الإذن بالتدخل الجراحي في الشريعة الإسلامية

للإذن الطبي عدة أنواع ، فيتنوع بتنوع موضوعه إلى : مطلق ومقيد ، وباعتبار الصغية التي تم بها إلى : لفظي وكتابي وإذن بالإشارة .

أولا : الإذن المطلق

ذلك الإذن الذي يفوض فيه المريض أو وليه الطبيب بالإجراء الطبي الذي يكون مناسباً دون تقييد ، وهذا النوع من الإذن قد يلجأ إليه الأطباء عند خوفهم من وجود أمراض تحتاج إلى جراحة مفاجئة لم يعلم عنها المريض ولا الطبيب إلا بعد

مباشرة العمل الطبي ، ويأخذ هذا النوع من الإذن للإحتياط وتجنب المسؤولية . مثال ذلك : أن يحصل الطبيب على إذن من أجل استئصال الزائدة الدودية فعند شق البطن يكتشف أشياء أخرى تستدعي منه التدخل السريع كوجود سرطان . على ألا يتجاوز الطبيب مصلحة المريض³³³.

ثانياً: الإذن المقيد

وهو ذلك الإذن الذي يفوض فيه المريض أو وليه الطبيب بإجراء تدخل طبي محدد ، كالختان مثلاً. وهذان النوعان معتبران شرعا ، لأنه لا فرق في الإذن على وجه الإطلاق أو على وجه التقييد ، مادام أن المأذون به جائز شرعا³³⁴.

ثالثاً: الإذن المكتوب

ينبغي أن يكون الإذن الصادر من المريض أو وليه كتابيا في الأحوال الآتية :

³³³ أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، ط1، دار النفائس، بيروت ، لبنان ، 2000، ص55.

³³⁴ محمد المختار الشنقيطي ، أحكام الجراحة.....، المرجع السابق ، 242-243.

- 1- كل عملية جراحية ماعدا خلع الأسنان ومعالجة الفم في العيادة ودون الحاجة إلى دخول المستشفى أو إعطاء المخدر .
- 2- إعطاء أي مخدر ، مهما كان المخدر عاما أم نصفيا .
- 3- إجراء فحوصات فيها تدخل في جسم المريض مثل : المنظار من أجل فحص الجهاز الهضمي أو البولي أو التناسلي .
- 4- إجراء أي علاج كيميائي لمعالجة السرطان ، أو العلاج بالأشعة .
- 5- تصوير المريض بالآلة التصويرية أو الفيديو إذا كان التصوير يشمل الوجه ماعدا ذلك فلا يحتاج إلى إذن.
- 6- إذن المريض في الاستفادة من الأنسجة التي تم إزالتها أثناء عملية الولادة أو بعدها ، كالإستفادة من المشيمة أو من السقط الذي نزل ميتا لاستعماله في زرع الأعضاء³³⁵.

رابعاً: الإذن الشفوي

هناك من الأعمال الطبية التي لا يحتاج فيها إلى إذن مكتوب ، فيكتفى بالإذن الشفوي ، نظرا لعدم خطورة الأعمال المقترح إجراؤها على جسم المريض ، مثلا كتحليل الدم أو البول وكذا الأشعة العادية التي ليس فيها أي تدخل على جسم المريض .

خامساً : الإذن بالإشارة

إذا كانت إشارة المريض مفهومة اعتبرت إذنا من عدمه ، كهز الرأس عموديا أو أفقيا وغيرها من الأفعال التي تدل على ذلك³³⁶. لما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها قالت : " لدننا³³⁷ رسول الله -عليه الصلاة والسلام- فأشار أن لا تلدونى ، فقلنا كراهية المريض للدواء ، فلما أفاق قال: " ألم أنهكم أن لا تلدونى ، لا يبقى منكم أحد إلا لد ، غير العباس فإنه لم يشهدكم"³³⁸ ، فالإشارة من -عليه الصلاة والسلام- لما كانت مفهومة اعتبرها كالتصريح برفض العلاج³³⁹.

الفرع الثاني شروط الإذن بالتدخل الطبي

³³⁵ أسامة عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص55-56.
³³⁶ الشنقيطي ، أحكام الجراحة، المرجع السابق ، ص254.
³³⁷ أي جعلنا في فمه دواؤه من غير إرادته . أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، د ط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1379 خ ، ج8 ، ص147.
³³⁸ صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج4 ، ص1618.
³³⁹ صحيح مسلم ، المرجع السابق ، ج14 ، ص199.

حتى يكون الإذن بالتدخل الطبي سواء أكان جراحيا أم علاجيا صحيحا ، يجب أن تتوافر فيه عدة شروط :

أولا : أن يكون الإذن صادرا ممن له الحق

لا بد من صدور الإذن ممن له الحق حتى يكون معتبرا ، غير أنه هناك تساؤل عن صاحب الحق في إصدار هذا الإذن .وللإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين الإذن الصادر من المريض والإذن الصادر من وليه عند عدم الإعتداد بالإذن الصادر من المريض.

1- الإذن الصادر من المريض

كأصل عام فإن التدخل الطبي يحتاج إلى إذن من المريض قبل العمل الطبي ولا يجوز الحجر على المريض في أحقيته في الإذن و الموافقة ، لما روي عن عائشة رضي الله عنها -في الحديث المشار اليه سابقا - بمعنى أن إذن المريض ضروري لإجراء التداوي فإذا رفض التداوي له الحق في ذلك،و يكون إجباره تعديا على هذا الحق ، وعليه فلا اعتبار لإذن أي شخص لم يعتبر الشرع إذنه، كما لو أذن أخو المريض مع توافر أهلية هذا الأخير .

غير أن المريض الذي يجرى عليه التدخل الطبي قد يختلف جنسه فقد يكون ذكرا وقد يكون أنثى وقد يكون أهلا لذلك وقد لا يكون .

● **إذن المريض الذكر كامل الأهلية :** يقصد بالأهلية في اللغة :الأهلية للأمر الصلاحية له ³⁴⁰. أما اصطلاحا :فيقصد بها صلاحية الإنسان لأن يكون فعله وتصرفاته معتبرة شرعا ³⁴¹. ولا بد أن تتوفر أهلية الإذن ³⁴² في الشخص الذي يأذن بالإجراء الطبي ويشترط لتحقيق الأهلية شرطان :هما البلوغ و العقل

-**البلوغ :** فالصبي لا قصد له ، ولا فهم وهنا يشمل الصبي المميز وغير المميز .وقال الشيخ ابن تيمية : " بل قد تسقط الشريعة التكليف عن من لم تكمل فيه أداة العلم و القدرة تخفيفا عنه ،وضبطا لمناطق التكليف ، وإن كان تكليفه ممكنا ، كما رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ،

³⁴⁰ المعجم الوسيط ، المرجع السابق ،ج1، ص32.

³⁴¹ السعدي أبو جيب ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، المرجع السابق ،ج1، ص29.

³⁴² تقسم الأهلية إلى نوعان أهلية الأداء وهي التي تم تعريفها ، وأهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه

وإن كان له فهم وتمييز ، لكن ذلك لأنه لم يتم فهمه ، ولأن العقل يظهر في الناس شيئاً فشيئاً وهم يختلفون فيه ، فلما كانت الحكمة خفية ومنتشرة قيدت بالبلوغ³⁴³ .

وعلى هذا الأساس فقد أشار إلى أهلية الإذن بشرطيهما العقل والبلوغ ، إضافة إلى ذلك فقد جاء في قرار هيئة كبار العلماء أنه: "لا يجوز إجراء عملية جراحية إلا بإذن المريض البالغ العاقل سواء أكان رجلاً أم امرأة ، فإن لم يكن بالغاً عاقلاً فبإذن وليه³⁴⁴ ."

-العقل : يعتبر فاقد العقل معدوم الأهلية، نظراً لكونه لا يعرف مصلحته من عدمها ، ولا يمكن أن يكون على بينة من أمره حين يأذن بالإجراء الطبي ، وقد بين ذلك الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله : " رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يفيق³⁴⁵ ."

غير أن المجنون إذا كان لإفاقته وقت معلوم ولجنونه وقت معلوم ، فما قاله في حال إفاقته فهو معتبر ، وما قاله في حال جنونه غير معتبر .

أما إذا كان المريض مغمى عليه أو فاقد للوعي سواء بسبب نومه أو مرضه أو دواء ، ففقدان الوعي بسبب هذه الأمور يجعل الذهن مشوشاً ويدخل المريض في حالة اضطراب وبالتالي عدم القدرة على التمييز ، فالإذن الصادر عنه في هذه الحالة يعتبر³⁴⁶ .

• **إذن الأنثى :** كأصل عام يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تأذن للطبيب للقيام بأي عمل طبي يتعلق بها ، ويدخل في ذلك أيضاً العمليات الجراحية ، غير أنه يستثنى فقط من هذه العمليات ما تعلق بالإنجاب كاستئصال الرحم مثلاً وهو قد يؤدي إلى العقم ، فهنا يشترط موافقة الزوج على ذلك ، إلا في حالة الضرورة فيكتفى بإذنها .

2- الإذن الصادر من ولي المريض : عند انعدام أهلية المريض أو عدم قدرته على إبداء رأيه وإذنه ، إعتبرت الشريعة الإسلامية أن قرار الإذن في هذه الحالة يؤول إلى وليه الشرعي فاعتبار الولي شرعاً محقق لمصالح الصبي، والمجنون ورافع للمفاسد المترتبة على عدم وجود هذه الولاية³⁴⁷ ، كما نص الفقهاء على ضمان الطبيب إذا لم يأذن ومنهم :

³⁴³ أبو عباس أحمد بن عبد الحلیم بن تیمیة الحرانی ، الفتاوى الكبرى ، المرجع السابق ، ص 315
³⁴⁴ قرار رقم 119 مؤرخ في 26 / 05 / 1404 هـ في الدورة الثالثة والعشرين و المنعقدة في الرياض . أسامة عبد الحلیم الشیخ ، المرجع السابق ، ص 63 .

³⁴⁵ رواه الأعمام أحمد وأصحاب السنن والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين وحسنه الترمیذی . أنظر السيد سابق ، فقه السنة ، ج 1 ، الكتاب العربي بیروت ، لبنان ، ص 86

³⁴⁶ أسامة عبد الحلیم ، المرجع السابق ، ص 67 .

³⁴⁷ الشنقيطي ، أحكام الجراحة... ، المرجع السابق ، ص 247 .

ما نص عليه ابن قدامة على أنه "وإن ختن صبيا بغير إذن وليه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه ، أو من صبي بغير إذن وليه ، فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذنا له ، لم يضمن لأنه مأذون فيه شرعا 348،

كما قال ابن القيم الجوزية أن "طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ، فقطع سلعة من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه ، أو إذن وليه ، أو ختن صبيا بغير إذن وليه فتلف ، فقال أصحابنا : يضمن ، لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه وإن أذن له البالغ ، أو ولي الصبي و المجنون لم يضمن ، ويحتمل أن لا يضمن مطلقا لأنه محسن ، وما على المحسنين من سبيل ، وأيضا فإنه إن كان متعديا فلا أثر للإذن الولي في إسقاط الضمان ، وإن لم يكن متعديا فلا وجه لضمان ، فإن قلت : هو متعد عند عدم الإذن ، غير متعد عند الإذن ، قلت : العدوان وعدمه إنما يرجع إلى فعله هو ، فلا أثر للإذن وعدمه فيه ، وهذا موضع نظر 349".

غير أن هذا الإذن يجب أن يكون في مصلحة المريض ، فإذا أذن الولي بالتدخل الطبي لموليه على خلاف ما تقتضيه مصلحته أو يترتب عليه ضرر له ، فإنه لا عبرة بإذنه في هذه الحال ، وذلك لو أذن الولي في استقطاع أحد أعضاء موليه ونقلها إلى شخص آخر ، فإن هذا الإذن لا عبرة له ؛ لأنه يتنافى مع ما يجب من رعاية مصلحة موليه 350.

ثانيا : أن يكون الإذن مختارا

لا يجوز إجراء أي تدخل طبي أو عملية جراحية بالإكراه ، لأن المكره فاقد الاختيار ولو كان بأسلوب الإغراء ، كاستغلال حالة العوز لدى بعض الأشخاص لإغرائهم بالمال من أجل إجراء التجارب الطبية عليهم .

ثالثا : أن يشمل الإذن على إجازة فعل الجراحة

لا يقتصر الإذن على الموافقة لقيام الطبيب بالفحوصات والأشعة والمداواة فقط بل يجب أن تكون الموافقة على قيام الطبيب بإجراء العمليات الجراحية ، لهذا لا يجوز أن يعتذر الجراح بكون المريض قد طلب منه علاجه بالدواء ، ومن ثم يشمل المداواة بالجراحة ، فهنا

³⁴⁸ موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة، المغني، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ-1985م، ج6، ص133.

³⁴⁹ ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ..، المرجع السابق ، ج4، ص146.

³⁵⁰ أسامة عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص73.

يختلف الأمر فعلى الطبيب أو الجراح أخذ كل الحيطة والحذر من شمولية الإذن لأن الجراحة أخطر من الدواء .

رابعاً: أن تكون دلالة الصيغة صريحة على إجازة القيام بالجراحة

كقول المريض : أذنت لك بفعل الجراحة ، أو بالإشارة المفهومة التي لا لبس فيها كهز الرأس تعبيراً عن الرضاء .

خامساً: أن يكون الإذن محددًا

يشترط أن يكون الإذن الصادر محددًا، فإن لم يكن كذلك وكان مطلقاً ، كأن يقول المريض للطبيب أذنت لك بفعل ما تشاء لعلاجي، فهنا قد ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أنه يعتد به وهو معتبر شرعاً؛ لأنه لا فرق في الإذن على وجه الإطلاق أو على وجه التقييد مادام أن المأذون به جائز شرعاً³⁵¹.

في حين ذهب البعض إلى تخريج هذه المسألة على الوكالة العامة واختلفوا في حكم الوكالة ، فمنهم من ذهب إلى جواز الوكالة العامة ومنهم الحنفية و المالكية³⁵² ، واستدلوا على ذلك :

- أن قياس الوكيل وكالة عامة على الشريك المضارب؛ حيث إنهما وكيلان في شراء ما شاء. وهو مأذون له في التصرف فجاز من غير تعيين؛ قياساً على الإذن في التجارة ، فإذا قال له الموكل اشتر لي ما تشاء أو ما اشتريت فهو بيننا، فإنه يجوز من غير تعيين³⁵³.

أما الشافعية والحنابلة في المشهور³⁵⁴ ، فذهبوا إلى عدم جوازها مستدلين :

بأن الوكالة العامة تشتمل على غرر عظيم وخطر كبير ، يدخل فيها ما لا يسمح الموكل ببعضه ، والتوكيل لا بد أن يكون تصرف معلوم. غير أن الراجح هو جواز الإذن المطلق بإجراء العمليات الجراحية ، ولا مسؤولية على الطبيب في القيام بأي عملية جراحية تستدعيها حالة المريض .

سادساً: أن يصدر الإذن على بينة و إدراك

³⁵¹ سبقت الإشارة إليه في: أحكام الجراحة للشنقيطي ، ص243.

³⁵² أسامة عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص81.

³⁵³ ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد ، تحقيق زهير الشاوش ، ط3، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1402هـ-

1982م ، ج2، ص243.

³⁵⁴ موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة، المغني ، المرجع السابق ، ج351، ص5.

فالأصل أن يتم توضيح الأمر للمريض حتى يعلم ما هو مقدم عليه، وهذا ما يعرف بتبصير المريض بكافة الأخطار والإحتمالات المتوقعة حتى يحصل على رضا مستنير بالعلاج الذي يريد تطبيقه أو العملية التي يريد إجرائها .

سابعا: أن تكون العملية الجراحية المأذون بإجرائها مشروعة

من شروط الإذن عموما أن يكون المأذون به مشروعا ، فإن كان محرما فإنه لا يعتبر شرعا ولا يعتد به ،على أساس أن الشريعة الإسلامية عندما أباحت للطبيب أن يباشر الأعمال الطبية على جسم المريض فذلك لجلب المصالح ودفع المفساد ،فإذا كانت تحقيق المصالح يجلب مفساد عظيمة فهذا تنتفي معه إباحة العمل الطبي .

و من تم فإن الإذن بالإجراء الطبي لا يعتد به متى كان هذا الإجراء غير مشروع، كما لو اذن المريض أو وليه لإجراء عملية تغير الجنس فهي من عمليات التجميل غير المشروعة .

الفصل الثاني

الرضا في العقد الطبي – جراحة التجميل -

يعتبر العقد الطبي شأنه شأن أي عقد آخر ، لا بد لقيامه من توافق إرادتين ، وهما إرادة المريض من جهة وإرادة الطبيب من جهة أخرى ، غير أن هذا العقد له خاصية ينفرد بها عن باقي العقود الأخرى ، وهي تلك الثقة المتبادلة بين الطبيب ومريضه ، فلولاها لما انعقد هذا العقد من الأساس ،ناهيك عن الطابع الإنساني الذي يكتنف هذا العقد ،فهو يقوم على اعتبارات شخصية كعمق خبرة الطبيب أو إخلاصه في العلاج وحسن المتابعة مثلا .

وهذا الطابع يجعل الأطراف في حرية تامة من اختيار بعضهم البعض إلا في الحالات التي تكون فيها هذه الحرية مقيدة ، وهي الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بالتدخل السريع و القيام بعمله دون الأخذ بموافقة المريض .

وبالرجوع إلى موضوع جراحة التجميل نجد أنها تجرى غالبا على جزء سليم وصحي في الجسم لغرض تجميله أو إصلاح شكله مما يعتريه من عيب أو تشوه ، أي أن هذا الجزء لا يعاني من مرض عضوي ولا يسبب لصاحبه أي ألم أو وجع ، هذا يعني أن هذا النوع من الجراحة لا تحتمها ضرورة عاجلة تستلزم معها التدخل السريع للجراح ، وإنما تتم في ظروف عادية يكون فيها للمريض والطبيب متسع من الوقت لتقرير ضرورة التدخل الطبي من عدمه.

هذا الأمر ينتج عنه ضرورة التزام الجراح بأن يقدم للمريض كل المعلومات الكافية عن مخاطر التدخل الطبي المقترح القيام ، على أساس أن لا ضرورة هنا أو استعجال .

غير أن هذا الإعلام لا يتوقف عند المخاطر المتوقعة الحدوث وإنما حتى النادرة الحدوث والتي يكون تحققها أمرا استثنائيا عكس ما جرى عليه العمل في الجراحة العادية ، وتستوي أن تكون هذه المخاطر جسيمة أم بسيطة وهذا كله من أجل أن يكون القرار المتخذ من قبل المريض قرارا سليما وصادرا عن إقتناع تام ، كما أن من مصلحة المريض أن يحاط بكل المخاطر و الاحتمالات السيئة لهذه الجراحة .

ولقد كان القضاء الفرنسي سابقا يعيب على جراح التجميل التسرع في إجراء هذه العملية وكذا إهماله بتبصير المريض ،ولعل هذا التشدد حيال التزام جراح التجميل بإعلام المريض قد تجسد من خلال الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في 17 نوفمبر 1929

355، في قضية السيدة التي اتفقت مع جراح التجميل من أجل إجراء عملية تجميل لإزالة الغضون والجيوب الموجودة تحت عينيها ، وقد نتج عن ذلك حدوث عمى للعين اليسرى للسيدة ، علما أن من النادر جدا حدوث هذا الأمر .

وعند رفع السيدة دعواها على هذا الجراح دفع بأن التزامه بالآلام مقتصر على المخاطر العادية المتوقعة ، غير أن المحكمة لم تتقبل ذلك وقررت أن المخاطر الجسمية كخطر العمى ولو أنه نادر الحدوث إلا أنه كان يجب على الجراح أن يخبر المريضة باحتمال وقوعه.

وعلى هذا فيعتبر هذا الإعلام حقا من حقوق المريض على طبيبه في العقد الطبي الذي ينجم عنه في الأخير إما رضاه المريض بهذه الجراحة أم عدم رضائه ، وعلى ذلك فالرضا في هذه الجراحة هو ناتج عن ذلك العقد الطبي غير المسمى في أغلب التشريعات المدنية ، وعلى هذا الأساس فإن جراحة التجميل لا تتم إلا بوجود عقد بين المريض وجراح التجميل ولكي يتم التفصيل في مسألة الحصول على الرضا في هذه الجراحة ، لا بد من معرفة الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود-الجراحة التجميلية-(المبحث الأول) ، ومن ثم التفصيل في حالات التخلي عن الرضا الناتج عن إعلام المريض بكافة الأخطار المتعلقة بهذا النوع من التدخلات الطبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول الطبيعة القانونية للعقد الطبي - جراحة التجميل-

يعد التعريف بالعقد الطبي - جراحة التجميل- وتحديد الطبيعة القانونية لحق المريض فيه ، ضرورة لا بد منها ليكون الأساس الذي يستند إليه لاحقاً ، لاسيما وأن أوجه الاختلاف بين الآراء الفقهية حول هذه الطبيعة لازالت قائمة ، وقبل التطرق إلى هذه الطبيعة القانونية لا بد أن نتعرف أولاً على ماهية هذا العقد الذي هو من العقود غير المسماة في أغلب القوانين المدنية لاسيما القانون المدني الجزائري ، ولذلك يتطلب منا الغوص في ماهية هذا العقد من حيث تعريف وبيان خصائصه (المطلب الأول) ، وبعدها التطرق لطبيعة التزام جراح التجميل في هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول ماهية العقد الطبي- جراحة التجميل-

تعتبر مسألة تعريف العقد الطبي وتحديد ما هيته وخصائصه من المسائل المهمة ، نظراً لكون أن الكثير من المهتمين بالبحث في الموضوع لم يصلوا إلى تعريف موحد وملائم للعقد ، وإنما اقتصرنا على تعريف العمل الطبي على أساس أن العقد الطبي عقد يبرم بين الطبيب والمريض إضافة إلى أن هناك من أخلط بين العقد وغيره من العقود الأخرى ، هناك من رآه على أنه عقد عمل ، وآخرون ذهبوا إلى اعتباره من عقود المقاوله ، على الرغم من أن هناك بعض الجوانب من هذه العقود قد نجده في العقد الطبي ، مع ذلك لا يمكن الجزم بأن هناك تطابق بينهم ، وحتى يتم توضيح المعنى بشأن هذا النوع من العقود ، لا بد من التعريف به من خلال تمييزه عن باقي العقود الأخرى (الفرع الأول)، وتبيان خصائصه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول تعريف العقد الطبي

اختلف فقهاء القانون حول تحديد ماهية العقد الطبي المبرم بين الطبيب بصفة عامة وجراح التجميل بصفة خاصة وبين المريض ، لأن الالتزامات الناشئة عن العقود إما أن تكون محددة مسبقاً من قبل الطرفين ، وإما أن يتدخل القانون لتحديد شروطها ، بحيث لا يمكن معها إتفاق الأطراف على مخالفتها ، وفي أغلب الأحيان توجد هذه الالتزامات بنوعها في كل عقد³⁵⁶.

356 أحمد حسن الحياوي ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري ، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الأردن ، 2008 ، ص64.

واستمر الجدل في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري حول كون المسؤولية الناشئة عن خطأ الأطباء، مسؤولية تقصيرية أم عقدية³⁵⁷، حيث ذهب الرأي إلى وقت ليس ببعيد إلى اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية، والعلة في ذلك أن طبيعة العلاج ونوع الدواء وطريقة إجراء العملية الجراحية كلها أمور يجهلها المريض العادي ولهذا لم تدخل في تقديره ولم تتصرف إرادته إليها³⁵⁸، وعلى ذلك فإن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب لا يكون التزاما تعاقديا لأن هذا الأخير إنما ينشأ بإرادة الطرفين والتي يفترض أن يكونوا على علم بكل الأشياء المتعاقد عليها، وهذا أمر غير موجود بين الطبيب والمريض، ويلاحظ أن الهدف من هذا الرأي إنما هو لحماية مهنة الطب توفير قدر كبير من الحرية والأمان للأطباء في ممارسة مهنتهم، لأنه بموجب المسؤولية التقصيرية فإن عبء الإثبات إنما يقع على عاتق المريض فيما إثبات الضرر الواقع عليه، ومن الناحية العملية فإن الإثبات في هذه المسائل صعب فيد يقف أمامه المريض عاجزا.

وبقي القضاء الفرنسي متمسكا بهذه الفكرة إلى حين أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير الصادر في 20 ماي 1936 والذي جاء في منطوقه: "يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يلتزم فيه الطبيب، إن لم يكن بداهة، بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقظا، حذرا ومتقفا مع الأصول العلمية والإخلال بهذا الالتزام، ولو بغير قصد، جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة أي عقدية هي الأخرى³⁵⁹".

ومن خلال ما سبق فإن خصوصية العقد الطبي تكمن في خصوصية محل العقد وهو جسم المريض ولما لهذا الجسد من معصومية وحرمة تجعل المساس به جائزا إلا لضرورة العلاج، لأن الحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية هما من الحقوق التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد، زيادة على أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة غير متكافئة من حيث الدرجة العلمية والخبرة الفنية اللتان يتمتع بهما الطبيب، في حين أن المريض شخص عادٍ لا يفقه في أمور الطب أو بفنون العلاج

³⁵⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص197.

³⁵⁸ غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص105.

³⁵⁹ ونصه بالفرنسية

Attendu qu'il se forme entre le medecin et son client un veritable contrat comportant ,pour le praticien ,l'engagement , sinon bien evidemment de guerir le malade ,ce qui n'ad'ailleurs jamais été allegue ,du moins de lui donner des soins,non pas quelconques ,mais consciencieux ,attentifs et conformes aux dpnnees acquises de la science ; que la violation meme involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnee par une responsabilite de meme nature,egalement contractuelle » cass.civ.20 Mai 1936.1.88.note E.P.

محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص198. – عبد الكريم مأمون، المرجع السابق، ص60. – احمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص38. – غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص106.

وعلى هذا الأساس فإن للعقد الطبي طرفين المريض أو من ينوب عنه من جهة ، والطبيب من جهة أخرى ، ويكون محله هو جسم الإنسان والمبرم على أساس الثقة بين الطرفين غير المتكافئين .

أولا : التعريف القانوني للعقد الطبي

كما سبق وأن تمت الإشارة إلى أن الفقهاء لم يجمعوا على تعريف محدد للعقد الطبي ولكي يتم الوصول إلى تعريف محدد يجب أولا تعريف العمل الطبي³⁶⁰ .

فقد عرفه جانب من الفقه بأنه:"العمل وفق العلم المختص بأحوال بدن الإنسان ونفسه لحفظ حاصل الصحة واسترداد زائلها"³⁶¹ .

في حين عرفه جانب آخر بأنه:"كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق وطبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية و القواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب ، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض والحد منها أو منع المرض أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توافر رضاء من يجري عليه هذا العمل"³⁶² .

وعلى هذا ولكي يتم تحديد معنى العمل الطبي لابد من التركيز على النقاط التالية :

- 1- تحديد طبيعة النشاط أو العمل الطبي بأنه يرد على جسم الإنسان .
- 2- موافقة العمل الطبي لأصول مهنة الطبي.
- 3- تحديد المراحل التي قد يمر بها العمل الطبي من فحص وتشخيص وعلاج .
- 4- اشتراط رضاء المريض أو من ينوب عنه بهذا العمل الطبي .

وبهذا يمكن إعطاء تعريف شامل للعمل الطبي الذي من خلاله سيستتبط تعريف العقد الطبي ، فالعمل الطبي هو : "كل عمل يرد على جسم الإنسان أو نفسه برضاء المستنير أو برضاء من ينوب عنه وفقا للأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها بقصد الكشف عن المرض أو تشخيصه"³⁶³ .

³⁶⁰ قد تم التفصيل في ماهية العمل الطبي وشروط ممارسته في الفصل التمهيدي .
³⁶¹ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك ،التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ،ط1،مكتبة الفرابي ،سوريا ، دمشق ،1991،ص44.

³⁶² اسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق ،ص259.

³⁶³ زينة علا غانم يونس العبيدي ، المرجع السابق ، ص46.

في حين هناك من عرفه Savatier بأنه: " اتفاق بين طبيب من جهة ومريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى ، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض عند طلبه المشورة و العناية الصحية³⁶⁴.

ومن منظورنا فإن التعريف الأول أقرب واشمل في المعنى كون أن التعريف الثاني يقتصر فقط على المشورة و العناية الصحية ، وهذا يستبعد العمليات الجراحية العامة على وجه العموم ، وجراحة التجميل بصفة خاصة كونها تتم بعقد بين جراح التجميل والمريض الذي يرغب في إصلاح تشوه أو عيب في جسمه

وعلى هذا فالتعريف الأول قد عرف العقد بصيغة ملائمة جدا لإمامه بالنقاط التالية :

- أنه قد حدد طرفي العقد (الطبيب المرخص له قانونا و المريض) ، إضافة إلى تحديد صاحب الإختصاص في حالة عدم استطاعة المريض التعبير عن إرادته بنفسه ، كصغر السن والجنون أو فقدان الوعي ، فهذه الحالات يبرم العقد الطبي بين الطبيب وبين من ينوب عن المريض قانونا.
- قد أبرز خصوصية هذا العقد كونه يرد على جسم الإنسان ، وهذه الخاصية تميزه عن باقي العقود الأخرى .
- حدد طبيعة التزام الطبيب في العقد الطبي ، فهو في الأصل الالتزام ببذل عناية واستثناءا الالتزام بتحقيق نتيجة .
- فرض التزاما ضروريا على عاتق الطبيب وهو الحصول على رضاء المريض أو رضا من ينوب عنه رضاء حرا مستتيرا ، هذا الرضاء هو بمثابة نزول المريض عن الحصانة التي يقررها القانون لسلامته ، فبموجبه تنتفي عن العمل الطبي صفة الاعتداء على حق يحميه القانون فيصبح به الفعل مباحا .

ثانيا : تمييز العقد الطبي عن باقي العقود الأخرى

لقد اختلفت الآراء وتشعبت في تكييف هذا العقد ، على الرغم من الخصوصية التي يتميز بها عن غيره من العقود ، نظرا لوجود بعض أوجه الشبه بين العقد الطبي وتلك العقود في بعض الجوانب .ومن الوصول إلى التكييف الصحيح يجب الوقوف على نقاط التشابه بينه وبين العقود الأخرى كعقد الوكالة وعقد العمل ، وكذا عقد المقاوله ، وعقد الاستشفاء وعقد الإذعان .

³⁶⁴“Le contra medical est une convention entre un médecin d’un part ,un patient o uses représentants de l’autre par laquelle le médecin accorde au patient,sur sa demande ,des conseils et des soins de santé”.

1- **العقد الطبي عقد وكالة** : ذهب جانب من الفقه الفرنسي³⁶⁵ إلى اعتبار العقد الطبي هو عقد وكالة ، وكان لهذا الاتجاه جذور تاريخية تصل حتى إلى القانون الروماني ، حيث كان المجتمع الروماني مقسما إلى ثلاث طبقات ، طبقة المواطنين الرومان ، طبقة العتقاء ، وطبقة العبيد ، وخلف هذا النوع من التقسيم اختلاف في الوظائف والمهن ، فظهر نوعان من الأعمال ، المهن الحرة ، والحرف اليدوية ، فالمهن الحرة تقوم على أساس الجهد العقلي والذهني ، كمهنة الطب التي كانت محصورة على المواطنين الرومان ، وكانت تعتبر من المهن الحرة الكريمة والمجانية ، فالطبيب كان يؤدي خدمة مجانية للمريض على أساس أنها غير قابلة للتقويم النقدي ، ولهذا لا يمكن تكيف عمل الطبيب تجاه مرضاه إلا على أساس أن العقد الطبي هو عقد وكالة ، فعقد الوكالة عند الرومان كان ينشأ عندما يقوم شخص يسمى الأصيل بتكليف شخص آخر بأن يقوم بعمل مادي أو قانوني مجاني لمصلحته³⁶⁶. ومهنة الطب عمل يغلب عليها الصفة العقلية أو الذهنية لهذا فإن الوكالة تكون أكثر انسجاما مع الطبيعة الخاصة لعمل الطبيب .

رغم الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية ، إلا أن هناك أوجه تشابه بين العقدين من ناحية :

- أن كليهما من عقود التراضي الملزمة للجانبين بمعنى أنها تفرض التزامات متقابلة للطرفين.
- كلاهما يقوم على الاعتبار الشخصي ، لأنه في عقد الوكالة شخصية الوكيل والموكل هي محل اعتبار ، وهذا وضع ينطبق على العقد الطبي الذي يكون للطرفين فيه اعتبار شخصي.

رغم هذا التشابه الموجود بين العقدين ، إلا أنهما يختلفان في أمور عدة منها :

- أن الوكالة تقوم على أساس فكرة النيابة ، فيقوم النائب (الوكيل) بالقيام بالتصرفات القانونية باسم موكله (الأصيل) ولحسابه ، في حين أن الطبيب يزاول مهنته دون رقيب عليه سوى ضميره ، وما تفرضه أخلاقيات مهنة الطب عليه ، كما أنه من غير المتصور أن يقوم الطبيب بأداء عمله نيابة عن الأصيل (المريض).
- الأصل في الوكالة أنها مجانية ، أي أن الوكيل يقوم بعمله بغير مقابل ولا يكون عمله مأجورا إلا استثناءا ، وهو خلاف ما جرت به العادة أن العقد الطبي الأصل فيه أن يكون بأجر³⁶⁷.

³⁶⁵ Michel ney ,la responsabilité des medecins et de leurs axiliaires :these lausanne,1979,p49.

³⁶⁶ غادة فؤاد مجيد المختار ، المرجع السابق ، ص124.

³⁶⁷ زينة غانم يونس العبيدي ، المرجع السابق ، ص68.

● محل الوكالة هو القيام بعمل قانوني ، إذ ينوب الوكيل عن الأصيل في إجراء هذا العمل ، في حين أن محل العقد الطبي ليس عملا قانونيا ، بل هو عمل مادي يقوم به الطبيب باسمه الشخصي لا باسم المريض ، فلا نيابة في العقد الطبي .

2- **العقد الطبي عقد عمل** : إعتبر جانب من الفقه الفرنسي العقد الطبي هو عقد عمل³⁶⁸ ، على أساس أن تقديم الخدمات للعاملين تجاه رب العمل مقابل أجر ، وأن الشخص الذي يمارس مهنة حرة يتعاقد معه بنفس الطريقة التي يتعاقد بها الشخص الذي يقوم بعمل يدوي على تنفيذ عمل معين لقاء أجر³⁶⁹.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الطبيب يخضع لإشراف عميله و لو كان هذا الإشراف من الناحية الإدارية فقط وبقائه مستقلا من الناحية الفنية ، وهذا ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود هو أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل في خدمة الطرف الآخر وتحت إدارته وإشرافه.

ومن أوجه التشابه التي دعت الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد الطبي عقد عمل هو:

● تشابه التعريف المتعلق بعقد العمل في كونه عقدا يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ، فهذا يتقارب مع العقد الطبي في تخصيص الطبيب عمله الطبي لخدمة الطرف الآخر في العقد الطبي وهو المريض³⁷⁰.

● أن كليهما من العقود الرضائية الملزمة للجانبين والتي تفرض التزامات متقابلة للطرفين .

● أن كلا من العقدين هو من عقود المعاوضة ، فكما يلتزم المريض تجاه طبيبه بالأجر يلتزم رب العمل بالأجر تجاه عماله.

● أن كلا من العقد الطبي وعقد العمل يفرض على أطرافه حفظ الأسرار ، سواء حفظ الطبيب لأسرار مرضاه أو حفظ العامل لأسرار رب العمل .

ومع كل هذا التشابه نجد أن هناك اختلافا كبيرا بين التشابه فيما يخص العقدين من حيث

:

● أن للمدة اعتبار في عقد العمل ولها أحكام خاصة بذلك ، في حين لا نجد هذا الأمر في العقد الطبي .

³⁶⁸ Besserve, le contrat medicale , these , paris , p86.

³⁶⁹ عبد الرشيد مأمون ، ص106.

³⁷⁰ زينة غانم يونس العبيدي ، المرجع السابق ، ص51.

- أن شخصية الطبيب في العقد الطبي محل اعتبار ، لأن وفاته يؤدي إلى انقضاء العقد ، في حين أن عقد العمل لا ينقضي بوفاة رب العمل إلا إذا كانت شخصيته قد روعيت في العقد ، غير أن عقد العمل ينقضي بوفاة العامل .
- في عقد العمل توجد علاقة تبعية بين العامل ورب العمل ، لكن في العقد الطبي التبعية قد توجد بين الطبيب ومن يعمل بمعيته كالمخدر أو الممرض .
- 3- **العقد الطبي عقد معاولة** : ذهب جانب من الفقه³⁷¹ إلى أن العقد الطبي هو عقد معاولة في أغلب الأحوال ، على أساس أن الاتفاق بين الطبيب و المريض الذي بموجبه يقوم هذا الأخير بتلقي العلاج من الطبيب مقابل أجر معلوم وهو عمل مادي .

و على هذا فقد يتشابه العقدان من حيث :

- أن كلا منهما أيضا من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلا معينا ، إلا في الحالات التي يتطلب فيها المشرع شكلية معينة .
- أن كلا منهما يعد من العقود الملزمة للجانبين والتي بدورها تفرض التزامات متقابلة و التي تجيز لكل من الأطراف الحف في فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ الالتزام.
- أيضا يتشابهان في أن كلا منهما هو عقد معاوضة .

غير أنهما يختلفان في أن :

- الأصل في العقد الطبي هو أن شخصية الطبيب ومؤهلاته هي محل اعبار في التعاقد ، وينتهي العقد بموت الطبيب كقاعدة عامة ، وهذا على عكس عقد المعاولة ، إذ أن الأصل فيه أنه يجوز أن يقوم المقاول بإعطاء العمل في جملة أو جزء منه إلى مقاول آخر ، فلا تكون هنا شخصية المقاول محل اعتبار في التعاقد إلا في حالات استثنائية فقط.
- أن طبيعة التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة ، فالطبيب يتعهد بعلاج المريض وليس بشفاؤه على غرار عقل المعاولة ، والتي يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة .
- الآثار التي تترتب على إنهاء عقد المعاولة تختلف تماما عما هو عليه في العقد الطبي ، حيث يلتزم رب العمل إذا ما قام بإنهاء العقد بفسخ العقد وأن يدفع للمقاول مبلغا من المال بقيمة المبالغ التي أنفقها على العمل و المكاسب التي من الممكن أن يحصل عليها ، أما في العقد الطبي ، فلا يمكن تصور إلزام المريض بأن يعرض الطبيب عما فاته

من كسب ولما لحقه من خسارة ، لأن في ذلك تقييد لحرية المريض في الرجوع عن العقد .

4- **العقد الطبي إجارة أشخاص** : ذهب الفقيه "مازو" إلى اعتبار العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار أشخاص ، والذي يلتزم فيه المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل قيام هذا الأخير بالعلاج على أن يتعهد الطبيب بالعمل لخدمة المريض وتحت إدارته وإشرافه³⁷².

ونتيجة لذلك فإن هذا الرأي أيضا لم يسلم من الانتقاد من حيث أن من أهم ما يميز عقد إيجار الأشخاص هو خضوع الأجير أثناء عمله لرقابة من استأجره ، وهذه الميزة لا نجدها في العقد الطبي ، فالطبيب له الحرية الكاملة في ممارسة عمله رغم تقييده في اختيار العلاج للخضوع لأوامر ورغبات المريض ، فمن حقه أن يلقي بنصيب من المسؤولية على المريض الذي أصدر له التعليمات³⁷³.

غير أن أصحاب هذا الرأي دافعوا عن رأيهم بأنه حتى لو كان الطبيب لا يخضع في أدائه لعمله لأية رقابة من الناحية الفنية ، ولكن هناك نوع من التبعية الشبيهة بتعاقد الطبيب من قبل الشركة أو المستشفى المتعاقد معها ، بمعنى أن هناك عقد إجارة أشخاص بين المستشفى والطبيب .

5- **العقد الطبي و عقد الإذعان** : ذهب جانب من الفقه³⁷⁴ إلى اعتبار أن العقد الطبي يمكن أن يكيف على أنه عقد إذعان على أساس أن اختلاف المساواة في العلاقة بين الطبيب والمريض ، لأن المريض هو إنسان عادي جاهل للأمر الفني للطب ، فيلجأ إلى علم الطبيب لحماية صحته وحياته ، ومن ثم فهو يعطي للطبيب مطلق الحرية في اتخاذ ما يراه مناسبا ، وهنا في هذه الحالة يصبح الطبيب سيد الموقف في علاقته بالمريض .

حتى لو كانت هناك سيرة تامة للطبيب أثناء مراحل العلاج ، إلا أن هذا لا يعني أن يكون العقد الطبي عقد إذعان لأن :

- حتى لو فرضنا أن المريض في حالة تخدير – وهو المثال الذي استعان به أصحاب هذا الرأي – إلا أن الطبيب ملزم بما تفرضه أخلاقيات مهنة الطب بضرورة حصول الطبيب على رضا المريض لكل عمل طبي حتى لو كان المريض فاقدا للوعي فينتقل الحق في التعبير عن الرضاء إلى من يمثله قانونا

³⁷² أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص223.

³⁷³ أحمد حسن عباس الحياوي ، المرجع السابق ، ص66.

³⁷⁴ زينة غانم يونس العبيدي ، المرجع السابق ، ص63.

- إن القبول في عقد الإذعان يقوم على أساس التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر بصيغة الموجب ، ولا يقبل فيه المناقشة ، في حين أن العقد الطبي ينعقد بعد مناقشة تتم بين الطبيب والمريض فيتحاوران حول طبيعة المرض والعلاج المقترح والمدة التي يمكن فيها بدأ العلاج وفي الأخير يخرج الطرفان بقرارات تكون بطبيعة الحال من مصلحة المريض .
- حتى لو كان هناك عدم مساواة بين الطبيب والمريض من ناحية المؤهلات والخبرة ، إلا أن هذا لا يعني أنه عقد إذعان ، لأن الطبيب في العقد الطبي يقع عليه التزام بإعلام المريض وتبصيره بكل ما يتعلق بحالته الصحية حتى لو تطلب الأمر تبسيط العبارات لجعل لغة التحاور مفهومة ، وأبعد من ذلك فإن الطبيب أحيانا يشدد عليه هذا الالتزام كما يجرى في الجراحات التجميلية التي تتطلب تبصيرا دقيقا يتم فيه إحاطة المريض بكل الأخطار المتوقعة الحدوث والنادرة الحدوث أيضا.
- يختلفان أيضا من ناحية موضوع العقد ، حيث ان موضوع عقد الإذعان هو سلع أو مرفق ضروري من ضروريات الحياة يحتكره الموجب احتكارا قانونيا أو فعليا ، فيصدر الإيجاب للناس كافة وبشروط محددة مسبقا ، على العكس من ذلك في العقد الطبي الذي غرضه وموضوعه هو طلب العلاج ونوع العلاج بطبيعة الحال لا يكون موحدا لكل المريض ، فكل مرضى وحالته الصحية التي تتطلب علاجا خاصا به .

وعلى هذا ، فاختلاف العقد الطبي عن غيره من العقود كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد إيجار الأشخاص ، وعقد الإذعان ، يجعل هذا العقد ذا طبيعة خاصة ، فهو من العقود غير المسماة والتي لها تنظيم خاص ، لا يتوافق مع تنظيمات العقود الأخرى -السالفة-الذكر-فهو يقوم على الاعتبار الشخصي بين طرفي العقد -الطبيب من جهة والمريض من جهة أخرى- فهو عقد قائم بذاته ، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية أن العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة قانونية يربطها عقد قائم بذاته لا يمت بأي صلة لأي من العقود السابق ذكرها ³⁷⁵.

الفرع الثاني خصائص العقد الطبي

من خلال تحديد ماهية العقد الطبي ومن ثم تمييزه عن باقي العقود الأخرى ، فيمكن حينها استخلاص أهم الخصائص التي يمتاز بها هذا النوع من العقود وأهمها:

أولا :الخاصية الأولى :المصادقية

³⁷⁵ نقض مدني فرنسي في 12/09/1937 ، احمد حسن الحيارى ، المرجع السابق ، ص68.

هذه الخاصية تميزه عن باقي العقود الأخرى ، فالمريض باعتباره الطرف الضعيف والعميم الخبرة ، فإنه ليس من صالحه إخفاء المعلومات حول وضعه الصحي ، كما أن الطبيب أيضا ليس له مصلحة سوى شفاء المريض من علته ، وبالتالي فإن المصلحة واحدة بينهما ، وعلى هذا فالعلاقة بين الطبيب والمريض يكتنفها نوع من الصداقة وبالتالي الثقة المتبادلة التي يتولد عنها الصدق .

على هذا فقد عبر عنها الفيلسوف وطبيب الإسلام –الشيخ ابن سينا-بعبارة يخاطب بها مرضاه قوله : " أنظر أنا وأنت والمرض ثلاث فإذا عاونتني ووقفت بجانبني فنصبح اثنين و المرض وحده فتغلب عليه ونقهره ، وأما إذا وقفت مع المرض فعندئذ تصبحان اثنين وأكون وحدي وتتغلبان علي ولا أستطيع شفاءك"³⁷⁶.

ثانيا : الخاصية الثانية : الإنسانية

بالرغم من أن عمل الطبيب هو عمل فني ، غير أنه يغلب عليه الطابع الإنساني عند تتبعه لحالة مرضاه النفسية ، فالطابع الإنساني يفرض على الطبيب عدم الامتناع عن تقديم العلاج لمرضاه وإلا كان مسؤولا .

إن هذه الصفة وما يترتب عنها مستنبطة من أن محل العقد الطبي هو جسم الإنسان ، وبالتالي فهذا العقد لا يرد على شيء مادي مثل باقي العقود الأخرى ، إنما يرد على أجساد الناس المصانة في كل الأديان والشرائع.

ثالثا :الخاصية الثالثة : السرية

السرية هي التي تلزم الطبيب بموجبها أن يكتم ولا يفشى ما يطلع عليه من أحوال مرضاه الصحية ، وما قد يراه ويسمعه أو يفهمه من المرضى أثناء قيامه بعمله ، وذلك دون تنبيه مسبق من المريض ، فهذه السرية هي التي تقوي العلاقة بين الطبيب والمريض ، لأنها تعد من الأركان الرئيسية في ممارسة مهنة الطب وأحد المبادئ الأخلاقية التي يفترض أن يتحلى بها الطبيب .

ولقد نص المشرع الجزائري على محافظة الطبيب على أسرار مرضاه في المادة 36 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بقوله: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك".

فالسرية قبل كل شيء هي في ضمير كل طبيب ، قبل أن تكون في ذاكرته أو معلوماته ، وعلى هذا فالإخلال بهذا الالتزام يجعل الطبيب مسؤولاً مهنيا ومدنيا وجزائيا ، باستثناء الحالات التي أجاز فيها القانون إفشاء السر .

رابعاً: الخاصية الرابعة : هو عقد قائم على الاعتبار الشخصي

هذه الخاصية تظهر من خلال تجسيد مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه ، فيختار من يكون أنسب إلى حالته ، كما يكون للطبيب هذا الحق أيضاً كما في عمليات التجميل مثلا ، إلا في الحالات الاستثنائية التي تفقد الطبيب هذه الحرية .

والإعتبار الشخصي يعنى أن العقد ينقضي عند وفاة الطبيب ، وحتى إذا حل طبيب آخر محل الطبيب المتوفي ، فإن المريض لا يجبر على العلاج وتبقى له الحرية مجدداً في قبول العلاج عند الطبيب الجديد من عدمه .

خامساً : الخاصية الخامسة : هو عقد غير مسمى

هذا يعني أن المشرع الجزائري لم ينظمه بنصوص قانونية خاصة ضمن العقود المسماة ، وإنما أدخله تحت نطاق العقود المدنية التي تخضع في تنظيمها إلى القواعد العامة في القانون المدني ، لأنه لا ينطوي على جانب الربح و الخسارة كالعقود التجارية ، فهو يسعى لتحقيق أسى الأهداف الإنسانية و هي المحافظة على صحة الإنسان وسلامة جسمه .

سادساً : الخاصية السادسة : عقد يفرض التتابع في الالتزامات

ويقصد بذلك التتابع في الفروض ، التي لا تتحقق مرة واحدة ، فمراحل العلاج ، تبدأ من الكشف عن المريض وتشخيص مرضه وبعدها إعطائه العلاج المناسب لحالته المرضية ، وهذه المراحل تجعل الطبيب في حالة استمرار وتتبع للحالة التي أمامه ، وهذا لا نجده في العقود الأخرى التي تنقضي بمجرد تنفيذ الالتزام .

سابعاً : الخاصية السابعة : هو عقد رضائي

وهذا يعني عدم إفراغه في شكل و قالب معين ، فرضائي في الأصل ، غير أن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقه لاسيما وأن هناك بعض الأعمال الطبية التي تنطوي على مخاطر جسيمة تؤثر على حياة الإنسان وصحته ، كالتجارب الطبية وعمليات نقل وزرع الأعضاء و عمليات التجميل غير العلاجية . التي لا يقوم بها الطبيب إلا إذا أخذ الموافقة الكتابية من

طرف المريض أو من ينوب عنه قانونا ، وذلك عن طريق استمارة مطبوعة مسبقا يقوم المريض بملئها قبل العملية الجراحية. هذا الإجراء والتشديد في هذا النوع من العمليات إنما جعل لحماية الأطباء من المساءلة ، لما تنطوي عليه هذه العمليات من مخاطر جسمية. غير أن هذا الأمر لا يغير من طبيعة العقد ، لأنه يبقى في الأصل عقدا رضائيا ينعقد بمجرد توافق إرادتي الطرفين.

المطلب الثاني

طبيعة التزام الجراح في العمليات الجراحية التجميلية

تحدد التزامات الجراح في العمليات الجراحية التجميلية على وفق ما تقضي به قواعد المهنة وقوانينها ، ما لم ينص العقد – إن وجد – بزيادة هذه الالتزامات أو الإنقاص منها ، في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك ، ويرتبط الجراح مع الشخص الذي يرغب في إجراء العملية الجراحية بعقد ، ويكون الالتزام الرئيس المترتب عن هذا العقد في الغالب هو التزام ببذل عناية ، ذلك أن قواعد المهنة وقوانينها لا تضع على عاتق الجراح التزاما بتحقيق نتيجة ، فتضع على كاهله أن يقوم ببذل قدر من الجهد و المساعي حتى يكون موفيا بالتزامه³⁷⁷. وهذا ما يعرف بالالتزام المهني ، إضافة إلى أن هناك التزامات أخرى يتحمل بها الجراح تجاه مريضه ، أهمها الالتزام بإعلام هذا المريض ، والالتزام بالحصول على رضائه بالخضوع لجراحة التجميل المقررة بينهما سابقا ، كذلك ضمان سلامة الأشياء المستخدمة في الجراحة من العيوب ، والالتزام بالسرية .

وللوقوف على طبيعة الالتزام الملقى على عاتق جراح التجميل ، إذا كان التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة ، لا بد من معرفة الموقف من طبيعة التزام جراح التجميل (الفرع الأول)، ومن ثم استقرار عرض استقرار هذا الموقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الموقف من طبيعة التزام جراح التجميل

للبحث في أهمية وصف التزام جراح التجميل بأنه التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة ، نجد أن الفقه³⁷⁸ استقر على قاعدة أنه حيثما يكون الالتزام بتحقيق نتيجة ، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين وهو الطبيب الجراح وليس على الشخص المتضرر من الجراحة

³⁷⁷ أسعد عبيد عزيز الجميلي ،الاتجاهات القانونية الحديثة في الجراحة التجميلية ،دراسة مقارنة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،لبنان ، ،2015،ص 96..

³⁷⁸ محمد علي عمران،الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود،د.ر.ط،دار النهضة العربية،القاهرة،1980، ص179.

والذي هو المريض ، الذي يكفيه عدم تحقق النتيجة ولا يقع عليه عبء إثبات أن المدعى عليه الجراح المدين ، قد ارتكب خطأ محدد ، ولا يستطيع الجراح أن يدفع على نفسه المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

أما في الالتزام ببذل عناية ، فإن عبء الإثبات هنا يقع على عاتق الدائن المتضرر وهو المريض ، إثبات أن المدين الجراح لم يبذل العناية الكافية ، فإذا بذل العناية اللازمة ، فإنه يكون قد نفذ التزامه، حتى لو لم تتحقق النتيجة المرجوة³⁷⁹، فواجب الطبيب هنا هو إتباع الطرق العلمية و الأصول الفنية التي تقرها مهنة الطب ، .

وعلى هذا الأساس فطبيعة الالتزام الطبي هي في الغالب التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة ، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر سنة 1936 بقولها : "أن الطبيب الجراح غير ملزم بشفاء المريض وكل ما عليه أن يقدم العناية الواعية اليقظة المتفقة مع معطيات العلم الطبي ، ويقوم بين الطبيب الجراح والمريض عقد حقيقي..."³⁸⁰.

غير أنه يجب التساؤل عن طبيعة التزام جراح التجميل ، هل هو نفس التزام الجراح العادي والذي هو بذل العناية ، أم هو يختلف عنه ؟، للإجابة على هذا التساؤل يجب استعراض الموقف من هذه الطبيعة وأي موقف تم الاستقرار عليه .

أولا :الموقف الفقهي من طبيعة التزام جراح التجميل

هذه الطبيعة كانت موضوع جدل وخلاف فقهي ونقاش بين الفقهاء إلى حد اليوم ، فهناك من يرى أن التزام جراح التجميل إنما هو التزام بتحقيق نتيجة ، بحيث تقوم مسؤوليته بمجرد فشل العملية الجراحية ومن ثم عدم تحقق النتيجة المرجوة ، ولا يكون أمام جراح التجميل في هذه الحالة سوى نفي علاقة السببية بين فعله والضرر اللاحق بالمريض لدرء المسؤولية عنه³⁸¹.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي والمصري ، إلى أن التزام جراح التجميل لا يعدو سوى التزام ببذل عناية ،بمقتضى أنه رغم غياب الاتفاق على وصف هذه الجراحات وتردده بين كونه علاجيا أو تجميليا ،فإن ذلك قد لا يؤثر كثيرا على الحكم القضائي بشأنها حال عرضت على القضاء ،فالجراحة التجميلية هي فرع من فروع الجراحة العامة ، وبالتالي يصدق عليها ما يصدق على الجراحة العامة من أحكام باستثناء ما شكل خصوصية

³⁷⁹ عبد المنعم فرج ، المرجع السابق ،ص347.

³⁸⁰ قد تمت الإشارة إلى هذا الحكم في معرض سابق .

³⁸¹ منذر الفضل ، المرجع السابق ،ص37.

من الأحكام لما اقتصت به الجراحة التجميلية وامتازت به عن الجراحة العامة ومنها أن النتيجة يمكن التحقق من وقوعها ، مما أجاز قيام التزام جراح التجميل بتحقيق نتيجة أو غاية ، والأصل أن يلتزم الجراح العام ببذل عناية³⁸².

هذا التضارب في الآراء حول طبيعة التزام جراح التجميل ، هو التزام ببذل عناية أم تحقيق نتيجة ، يجعل الأمر أكثر وضوحا إذا ما تم الرجوع إلى مصدر هذين الالتزامين ، إذا كان مصدرها القانون والأنظمة والتعليمات و الأعراف و العادات الطبية أم مصدرهما العقد ؟ إضافة إلى اكتشاف نقطة الانطلاق لدى جراح التجميل إذا كانت هي العقد أم معطيات الفن الذي يمارسه.

قد تمت الإجابة عن هذه التساؤلات بالقول أن القوانين و الأنظمة والتعليمات التي فرضها السلوك المهني ، والأعراف والعادات الطبية هي المصدر الأساسي لالتزامات جراح التجميل ، أما العقد فيعد بداية ينطلق منها الجراح إلى استخدام العلم الطبي الحديث بطبيعة الحال- إن وجد هذا العقد - وعن طريق هذا العقد المبرم يدخل الطرفان في مركز قانوني محددة عناصره سلفا ، وفي حالة غياب هذا العقد لا يوجد دين محدد للجراح التجميلي³⁸³.

إذا كانت السهولة في تحديد مصدر الالتزام ، فإن الصعوبة تكمن في تحديد أساس الالتزام ، الذي يجب الرجوع إليه من أجل البحث فيه إلى البحث عن قاعدة لتقسيم الالتزامات وتنظيمها في كل طائفة وهذا ما يسمى بالمعيار ، ومن بين هذه المعايير .

ثانيا : معيار الإرادة

وهي إرادة الطرفين ، جراح التجميل من جهة والمريض الخاضع للجراحة من جهة أخرى ، هذه الإرادة يمكن أن تحول التزام جراح التجميل إلى التزام بتحقيق نتيجة في حالة ما إذا التزم جراح التجميل بإجراء التدخل الجراحي في وقت محدد ، والتزامه بأن يقوم بالعمل شخصا ، أو أن يلتزم صراحة بأن ينتج عن تدخله نتيجة معينة ، وعليه يتعين عند تحديد طبيعة التزام جراح التجميل الأخذ بعين الاعتبار أساس المسؤولية العقدية ، ففي دائرة العقد ينبغي أن لا نغفل ما لإرادة الطرفين -الجراح و المريض -من أثر في تحديد مدى العناية المطلوبة وتكون هذه العناية عناية مشددة ، لأن النتيجة هنا يفترض أن تكون مضمونة ، وهي تحسين مظهر طالب الجراحة وإزالة عيوبه وتشوهات.

ثالثا: معيار الاحتمالات

382 نادية محمد قرماز ، الجراحة التجميلية ، الجوانب القانونية والشرعية ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص59.

383 نادية محمد قرماز ، المرجع نفسه ، ص59.

حسب هذا المعيار فإن التزام جراح التجميل كقاعدة عامة هو الالتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ،حيث أن النتيجة التي يسعى المريض للوصول إليها والمتمثلة في الشفاء وإزالة العيب أو التشوه ، هي نتيجة غير متوقفة على جراح التجميل وحده ولا على إرادته ، وإنما متوقفة على الاحتمالات والظروف الخارجة عن إرادته .

رابعاً : معيار المشاركة

وفقاً لهذا المعيار فإن تحديد طبيعة التزام جراح التجميل يتوقف على موقف الشخص الخاضع للجراحة أي المريض ،سواء أكان موقفه سلبياً أم إيجابياً ، وعلى هذا فقد يكون للمريض أثر بين وواضح في تحقيق النتيجة من عدمها ، وذلك من خلال اندفاعه ومشاركته في تحقيقها ،فمثلاً إذا كان موقفه سلبياً وغير مطلوب منه المشاركة في تحقيق النتيجة أصبح هنا التزام جراح التجميل التزاماً بتحقيق نتيجة ، أما إذا كان هناك دور للمريض في هذه الجراحة كإتباعه التعليمات من أجل تحقيق النتيجة المبتغاة من العملية ، فهنا يكون التزام جراح التجميل التزاماً ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ،مثال ذلك : تفسير الوجه من أجل الجمال ، هذا يتطلب من طالب الجمال عدم التعرض لأشعة الشمس ، كذلك شطف الدهون يتطلب من طالب الجراحة تناول أكالات معينة .

لهذا فوصف التزام جراح التجميل بأنه التزام ببذل عناية ، قد يرافقه اتجاه نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية ، والنظر إلى كل منها على حدى ، وقد أدى هذا المسلك التحليلي إلى حصر الالتزام في دائرة بذل العناية ، فنجاح الجراحة التجميلية ليس التزاماً يقع على عاتق الجراح ، بل هو الغاية التي يقصدها من وراء القيام بالعديد من الأعمال المحددة ، يشكل كل عمل منها حلقة من سلسلة التزامات الجراح تجاه المريض ، وبهذا يصبح الجراح ملزماً بتحقيق نتيجة كل حلقة منها .

وقد ثار الجدل في كل من فرنسا ومصر حول طبيعة التزام جراح التجميل ،خاصة المتعلقة بالجراحات التجميلية التحسينية أو الترفهية ، والتي هدفها هو التجميل المطابق لرغبة الشخص الخاضع للجراحة ، للظهور بالمظهر اللائق الحسن ، وهي لا تفرضها ضرورة و لا يستوجبها علاج ولا يقتضيها الشفاء من مرض أو علة وبالتالي الالتزام فيها يكون بتحقيق نتيجة .بمعنى أنه يتعين على جراح التجميل أن يحقق للمريض (طالب الجمال) النتيجة الجمالية المرجوة من الجراحة ،بحيث إذا ما فشل في ذلك ،فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الفشل ، حتى لو كان قد بذل كل ما في وسعه من عناية وحرص في سبيل تحقيق هذه النتيجة ، ما لم ينف علاقة السببية بين فعله و ³⁸⁴فشل الجراحة .

ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي في بعض أحكامه ، حيث قضت محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في 7 نوفمبر 1972 بأنه : " في مجال جراحة التجميل ، فإن النتيجة وحدها هي التي تبرر التدخل الجراحي ، ولما كان الفرض أن هذا التدخل لا تستلزمه الحالة الصحية للمريض ، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا كان هناك مخاطر جادة للفشل ولم يتم تخدير المريضة منه ³⁸⁵ " . وعلى ذلك قضت المحكمة بمسؤولية جراح التجميل لأنه لم يقدم مبررات لعدم تحقق النتيجة الجمالية المرجوة .

كما قضت نفس المحكمة في 11 جوان 1974 بأنه : " حيث انه ومن الثابت دون شك أن جراحة التجميل لا تتم لمعالجة مرض أو لإنقاذ حياة مريض ، فإنها لا تبرر إلا تبعاً لنتائجها ، ومن ثم فإن فشل العملية في هذا النوع من الجراحة يترتب تلقائياً مسؤولية الجراح ، الذي كان ينبغي عليه ألا يجرى هذه العملية دون التأكد من نجاحها ³⁸⁶ " .

ولقد حذا المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي في مسلكه ، وتشدده حيال جراح التجميل ، حيث أوضحت محكمة النقض المصرية ، بأن التزام جراح هو بذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة ، غير أنها اعتبرت العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحات العادية والتقليدية أي شددت من هذه العناية .

ووفقاً لما سبق يمكن القول أن جراحة التجميل تركز على شروط أساسية مهمة يجب توافرها قبل إجراء التدخل الجراحي التجميلي ، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الفنية الخاصة لهذه الجراحة .

وعلى ذلك في مسألة تحديد طبيعة التزام جراح التجميل ، يجب التمييز ما بين التزامه في الجراحة التجميلية التحسينية وجراحة التجميل العلاجية ، ففي الأولى أي جراحة التجميل العلاجية يكون فيها التزامه ببذل عناية قياسية على الجراحة العامة ، وإن كان فيها العناية أكثر تشدداً من العناية الواجب توافرها في الجراحة العادية ، ذلك أن الشفاء في هاتين الجراحتين يغلب عليه الظن غير المتقين منه ، أما فيما يخص بالجراحة التجميلية أي التحسينية ، فهنا الأمر يختلف من حالة إلى أخرى ، كأن يصاحبها حاجة علاجية مثلاً فتلتحق حينئذ بالأولى ، لعدم التأكد من حصول هذه النتيجة ، فهنا يكون التزام جراح التجميل هو تحقيق نتيجة إضافة إلى بذل العناية .

ومن خلال ما تقدم ، فإن الفقه القانوني المدني الفرنسي والعربي إجمالاً ، قد أرجع مسؤولية الجراح بشكل عام إلى قواعد المسؤولية المدنية العامة ، سواء إن وجد العقد أم لم

385 نادية محمد قرماز ، المرجع السابق ، ص 63 .

386 رجب كريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص 82 .

يوجد 387 ، أما في الجراحات التجميلية ، فإن مسؤولية جراح التجميل تحكمها قواعد المسؤولية المدنية العامة ، مع مراعاة إمكان وصف التزام جراح التجميل بأنه التزام بتحقيق نتيجة .

وفي هذا الصدد أيضا فقد ذهب جانب الفقه الفرنسي ، إلى اعتبار التزام جراح التجميل ، التزاما بتحقيق نتيجة على أساس أن جراح التجميل يتعاقد مع الشخص الذي يريد تحقيق نتيجة معينة بإجراء هذه الجراحة ، وفي هذا ميزوا بين نوعين من الأخطاء التي يرتكبها جراح التجميل من الناحية الطبية ، تلك الأخطاء التي يرتكبها خلال ممارسته للعمل الطبي ، والنوع الثاني وهو المتعلق بالأخطاء في تحقيق النتائج المبتغاة من وراء هذا النوع من الجراحات ، ففي الأولى يلتزم الجراح ببذل عناية ، في حين يلتزم في الثانية بتحقيق نتيجة .

وفيما يخص النتيجة التي ينظر إليها من الناحية الجمالية ، يفرق جانب من الفقه المشار إليه أعلاه بين ثلاثة فروض :

1- ينظر إلى تعرض الشخص الخاضع للعملية التجميلية أثناء الجراحة أو بعدها مباشرة لمتاعب ومشاكل من نفس متاعب ومشاكل التي يتعرض لها أي مريض ، فهذه المشاكل والمتاعب هي من مخاطر الجراحة السائدة التي لا تستند إلى أي خطأ معين ومحدد من جانب الجراح التجميلي ، فهي من مخلفات العمل الطبي ، وعليه فالجراح لا يسأل على هذه المتاعب والأضرار التي لحقت بالمريض من جراء العملية الجراحية .³⁸⁸

2- ينظر إلى توافر خطأ من جانب جراح التجميل وهذا الخطأ يتمثل في عدم تحقق النتيجة الجمالية المرجوة ، فضلا عن إلحاق ضرر محدد ومعين بالمريض ، ففي هذه الحال يسأل جراح التجميل و يتحمل مسؤولية كاملة .

3- في هذه الفرضية تكون العملية غير فاشلة وإنما تتجح ولا يؤخذ على جراح التجميل أي انحراف عن المسلك الطبي وأصول المهنة الفنية الصحيحة ، بمعنى أن العملية تكون ناجحة من الناحية الفنية ، ولكن النتيجة الجمالية تختلف ، أي أن إصلاح العيب أو إخفاؤه أو إزالة القبح لا يتحقق ، ففي هذه الحالة يسأل الجراح على عدم تحقيق النتيجة الجمالية المرجوة من العملية .

الفرع الثاني

387 منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص48.

388 أسعد عبيد عزيز الجميلي ، المرجع السابق ، ص115.

استقرار الموقف حول طبيعة التزام جراح التجميل

حتى يتم التعرف على الدور الذي لعبه الفقه والقضاء في استقرار الموقف من طبيعة التزام جراح التجميل يجب استعراض كل من الموقفين الفرنسي و العربي من طبيعة التزام جراح التجميل و من ثم محاولة الخروج بنتائج هذين الموقفين وتماشيها مع التطور الحديث الذي وصلت اليه هذه الجراحة .

1- استقرار الموقف الفرنسي (فقهها وقضاءها) من طبيعة التزام جراح التجميل :

من خلال استعراض الأحكام القضائية ، تبين أن بعض الاتجاهات في القضاء الفرنسي أقرب إلى اعتبار التزام جراح التجميل التزاما بتحقيق نتيجة ، وذلك من خلال استظهار بعض الظروف لاكتشاف الحالات التي يكون فيها جراح التجميل أقرب لتحقيق نتيجة ، حيث قضت محكمة مرسيليا في حكمها الصادر في 03 مارس 1959 بأنه : "ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار الظروف التي تمارس في ظلها العمليات الجراحية التجميلية ، فالشخص الراغب بالجمال وبإجراء هذه العملية من أجل ذلك حين يخضع للتخدير يفقد وعيه ، ويفقد كل وسيلة لرقابة العمل أو الفن الجراحي ، فضلا عن أن ظروف الجراحة تفرض أن يبتعد عنه أقرب أقربائه ولذلك فإن جراح يلتزم في مواجهة زبونه ليس ببذل العناية اليقظة على وفق الأصول الفنية و العلمية فحسب ، بل يلتزم فضلا عن ذلك بأن يؤمن بصفة عامة سلامته ، وبالتالي وحتى في عدم وجود خطأ معين ومحدد وثابت من جانب الجراح التجميلي ، فإن هذا الأخير يلتزم بتعويض الأضرار التي تلحق بالشخص المتضرر من جراء العملية الجراحية ، ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض باعتبار أن الضرر لا يرتبط بالمرض الذي يعالج من المريض ، ولكنه يجد مصدره في الوقائع التي تطرأ أثناء الجراحة وفي الاحتمالات التي لم يكن يعلم بها الخاضع للجراحة سلفا ، ويجب على الجراح لكي يتخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على ان الضرر يعود إلى سبب أجنبي عن الجراح التجميلي لا يمكن دفعه" ³⁸⁹.

وعلى هذا يمكن القول أن كثيرا من الأحكام القضائية التي تمت الإشارة إليها ، قد تشددت في أعمال مسؤولية جراح التجميل ، سواء من حيث أساس المسؤولية أم من حيث التشدد في معاملته في شأن استظهار الخطأ ، والتزامه بتبصير المريض والتركيز على فكرة النفع التي تعود على الشخص الخاضع للجراحة ، إضافة إلى مدى تناسب الفائدة المتوقعة والمخاطر المحتملة ، كون بعض العمليات لا يتوافر فيها حالات الضرورة والاستعجال ، كما أنها لا ترمي إلى الشفاء من علة أو مرض ، وإنما مجرد تحسين وتجميل العيوب البدنية ، وعلى

هذا يجب على جراح التجميل أن يظهر حرصا شديدا ودقه بالغة عند تحديده للمخاطر المتوقعة والفوائد المرجوة .

وبالرجوع إلى مسألة النفع والاعتبار النفعي ، نجدها وواضحة في اكام القضاء الفرنسي القديم ، عندما كانت جراحة التجميل في بداية نشأتها ، فكانت الأجهزة والمعدات الطبية سيئة الآثار ، ورغم كل التطور الذي لحق بهذه الجراحة إلا أن مسألة النفع ظلت تؤثر في تقييم السلوك المتبع من طرف جراح التجميل ، ولكن هذا لا يعنى أن التزام جراح التجميل قد تحول من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة .

وعلى هذا الأساس فينبغي على جراح التجميل أن يقوم بإجراء الفحوصات الدقيقة والعميقة ، على الشخص الراغب في الجراحة ، وأن يمارس هذه الفحوصات بدقة وعناية كافية يقظة قبل التدخل الجراحي للوقوف على ما يمكن أن يتعرض إليه الخاضع للعملية من مخاطر ومتاعب صحية .

2- استقرار الموقف العربي (فقهها وقضاءها) من طبيعة التزام جراح التجميل :

ما يلاحظ على الموقف العربي أنه لم يكن مواكبا للمستجدات الحياتية من عمليات التجميل الجراحية بدرجة تتناسب مع تطور هذه العمليات وشيوعها ، لكن الفقه والقضاء ينظران إليها كحالة من حالات العمل الجراحي العام الذي يبرره القانون بالشروط التي ألزم بمراعاتها³⁹⁰. ونظرا لعدم وجود تشريعات خاصة منظمة لقواعد المسؤولية الطبية وأساس التعويض عنها ، يبقى الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني هي المرجع ، ومن البديهي أن تحدث حركة التقدم العلمي والفن العلاجي مظاهر مختلفة في تحديد واجبات جراح التجميل ومسؤوليته القانونية .

وما يستشف من خلال البحوث القانونية والأحكام القضائية ، أن هناك جدلا واسعا حول هذا النوع من العمليات الجراحية ، سواء من ناحية نطاق المشروعية ، أو من ناحية الضوابط التي يجب توافرها لإجراء هذه العملية ، غير أنه مهما يكن هذا الجدل إلا أن غالبية الفقه العربي³⁹¹ ، يميل إلى القول أن طبيعة التزام جراح التجميل هو التزام ببذل عناية ، فالجراحة التجميلية لها نفس خصائص الجراحة العادية ، وليس هناك من داع لإخراجها من أحكام القواعد العامة .

³⁹⁰ يسام محتسب بالله ، المرجع السابق ، ص 217.

³⁹¹ حسن زكي الأبراشي ، المرجع السابق ، ص 296.

ويذهب بعض من الفقه إلى أن: "جراحة التجميل قد تحقق لها الانتصار على هذه الروح التي ناصبتها العداء منذ فجر نشأتها ، وإذا كنا لازلنا نسمع من البعض القول بوجوب التزام الجراح في هذا النوع من الجراحة التزاما بتحقيق غاية بحيث يسأل الجراح عند فشل العملية ما لم ينف رابطة السببية بين فعله المرتكب والضرر الحادث ، فليس في ترجيح هذا القول سوى الخفقات الأخيرة لتلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على الجراحات التجميلية ، فإن التطور أقوى من البشر و الجراحات التجميلية سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التي تهدف إليها حتى بات الإنسان مدينا بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحات العادية ، وإذا كانت الجراحات التجميلية قد أصبحت من فروع الجراحة ولها تعاليمها وقواعدها وأصولها فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة³⁹²".

وما يلاحظ في هذا المضمار أن القضاء في مصر لم يكن في معزل عن اتجاهات القضاء والفقه في فرنسا ، وذلك من حيث التشدد والجدل الذي أثير بخصوص المسؤولية المدنية عن الجراحات التجميلية ، فالتشدد كان واضحا أيضا في أحكام محكمة النقض المصرية ، حيث أنها فرضت على جراح التجميل أن يبذل من اليقظة و العناية والجهود الصادقة التي تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب أكثر من تلك المطلوبة في الجراحة العادية.

وعلى هذا فقد ذهبت محكمة النقض المصرية عام 1969 إلى أن: "جراح التجميل و إن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى ، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر³⁹³" ، وقررت المحكمة أيضا في نفس القرار: "وإن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية خاصة، وإذا كان المريض قد أنكر على الجراح بذل العناية المطلوبة والواجبة ، فعلى الإثبات يقع على عاتق المريض إلا إذا أثبت المريض واقعة ترجح إهمال الجراح كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له الجراح التجميلي في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل على وفق الأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه³⁹⁴ ، وبذلك تكون المحكمة قد نقلت عبء الإثبات إلى جراح التجميل ، وينبغي عليه لكي يدفع المسؤولية عن عاتقه أن يثبت توافر حالة الضرورة التي استلزمت عملية الترقيع .

3- نتائج استقرار الموقفين (الفرنسي والعربي) :

³⁹² حسن زكي الأبراشي ، المرجع السابق ، ص 297.

³⁹³ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 77.

³⁹⁴ محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 87.

إن طبيعة الالتزام تعد من بين الإشكالات المطروحة في اختصاص الجراحات التجميلية ، حيث أن القضاء يتأرجح في تحديد طبيعة هذا الالتزام ، وإن كان مثل ما سبق ذكره يتشدد في ذكره للعناية الفائقة أو المشددة ، وهذا ناتج لما وصل إليه ميدان جراحة التجميل من تطور في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين .

يكون الالتزام بالسلامة واضحا في الحالات التي تقوم فيها مسؤولية جراح التجميل عند حدوث أي ضرر بسلامة الشخص الخاضع للجراحة ، وهذا ما يجعل التزامه التزاما بتحقيق نتيجة ، وهذا حكمت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15 جانفي 1998 إذ قضت بأنه : " رغم عدم ارتكاب الجراح التجميلي لأي خطأ ، إلا أنه يعد مسؤولا عن الضرر الذي لحق بسيدة على إثر تدخل جراحي لإصلاح الفك العلوي وعلى إثر إفاقتها ، أصيبت بعمى تام للعين اليمنى بسبب تشنج أو حادث عصبي " ، ويتضح من خلال هذا أن جراح التجميل صار على عاتقه الالتزام بالسلامة إلى جانب الالتزام ببذل عناية ، وهذا الالتزام يهدف إلى عدم تعقيد حالة الزبون ، حفاظا على صحته وسلامته³⁹⁵.

وهذا الالتزام يشكل أساسا لتعويض ضحايا الحوادث الطبية ، لذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي يسلك مسلكا سليما في حماية الشخص الخاضع للجراحة ، عن طريق التشديد في مسؤولية جراح التجميل عن طريق فرض هذا النوع من الالتزام .

غير أن هناك اتجاه يرى أن في بعض حالات يمكن فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق جراح التجميل ، وهي التي يكون فيها تحقيق نتيجة أمرا محتملا إلى حد يصل إلى درجة اليقين .

غير أن هناك من الفقهاء³⁹⁶ ميز بين حالتين لغرض تحديد طبيعة التزام جراح التجميل :

- أ- **الحالة الأولى** : إذا كانت العملية الجراحية التجميلية أجريت لسبب نفسي ، وبعد عرض الشخص الراغب بالتدخل الجراحي على طبيب مختص في الأمراض النفسية ، وهنا يتعين محاسبة جراح التجميل على التزامه ببذل العناية وليس بتحقيق نتيجة.
- ب- **الحالة الثانية** : إذا كان التدخل الجراحي قد أجري بقصد تغيير ملامح الوجه فقط ، مثل التدخل الجراحي الذي يجري للفنانين وغيرهم ، فإن جراح التجميل هنا لا يرمي من وراء إجراء العملية شفاء المريض من علة أو مرض ، بل مجرد تعديل ملامح الوجه³⁹⁷.

³⁹⁵ اسعد عبيد عزيز الجميلي ، المرجع السابق ، ص 130.

³⁹⁶ عبد الحميد فرج ، المرجع السابق ، ص 138.

³⁹⁷ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 109.

وعلى هذا نقول أن الجراحة التجميلية اختصاص طبي، والطب ليس علما دقيقا، بل هو خاضع للاحتتمالات، فهناك عدة عوامل لا يمكن السيطرة عليها تتداخل لتحديد هدف العلاج ونتيجة العمليات الجراحية التجميلية، وعليه فرغم التشدد من قبل القضاء في مسؤولية جراح التجميل، فإن التزامه مازال التزاما ببذل عناية، إذ يكون العقد بين جراح التجميل والخاضع للجراحة، يلتزم بمقتضاه الأول ببذل عناية مشددة ويقظة.

فجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء والجراحين، ومهما وصلت درجة كفاءته ومدى تحكمه في أصول المهنة الفنية، فإنه لا يضمن نجاح العمل للمريض، إلا أن قدر العناية المطلوبة منه أكبر من العناية المطلوبة في الجراحة العامة.

وفي الأخير نخلص إلى أنه إذا حصل جراح التجميل على رضا المريض المستتير وموافقته على جميع المخاطر المحتملة، ففي هذه الحالة يكون التزام جراح التجميل التزاما ببذل عناية، أما إذا لم يرض المريض بمخاطر التدخل الجراحي المحتملة، آثاره السيئة وعواقبه، ومع ذلك أجرى الجراح العملية الجراحية التجميلية، فهنا يكون التزام جراح التجميل التزاما بتحقيق نتيجة، وفي حالة عدم تحقق النتيجة يكون الجراح قد أخل بالتزامه ومن ثم تعرضه للمساءلة.

المبحث الثاني حالات التخلي عن الرضا في عمليات التجميل

قد يحدث أن يتفق المريض مع جراح التجميل على عمل طبي معين ، أو على علاج معين ، إلا أن هذا الأخير يتجاوز حدود هذا الاتفاق ، وقد ينصرف رضاء المريض إلى إجراء طبي معين في مجال معين كالتشخيص أو العلاج أو غيرها من مراحل العمل الطبي ، ومع ذلك يتعدى الطبيب ذلك إلى إجراءات أخرى ، فهنا نكون أمام عمل متجاوز لحدوده دون رضاء المريض ، كمباشرة الطبيب للتدخل الطبي بموافقة المريض ، غير أنه وأثناء ذلك يكون المريض تحت التخدير ، فيكتشف الجراح حالة غير متوقعة تتطلب تدخلا على وجه السرعة ، في ظروف لا يمكن استشارة المريض ولا من ينوب عنه .وقد يقوم الجراح بإجراء جراحة تجميلية لفاقد الوعي أثناء تعرضه لحادث مفاجئ أو بسبب كارثة وهذا التدخل لا يمليه عليه العقد، وإذا غاب العقد فتدخله الجراحي إذا لم يوجبه عمله الوظيفي يكون أقرب إلى الفضالة³⁹⁸ .

وبما أن موافقة المريض أو من يمثله قانونا تعتبر - كما رأينا- شرطا لممارسة العمل الطبي ،فهذه الحالات والتصرفات تجعل من الحصول على هذه الموافقة أمرا يتعذر تنفيذه لأسباب مختلفة تكون مرتبطة أساسا بحالة المريض الصحية والتي تتطلب تدخلا سريعا من أجل إنقاذ حياته .

وعليه لا بد من الوقوف على حالة الضرورة كسبب من الأسباب التي تجعل الطبيب يتخلى عن الحصول على الرضاء (المطلب الأول) ، وكذا حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (المطلب الثاني)

المطلب الأول حالة الضرورة

يعتبر رضاء المريض شرطا من الشروط الأساسية لإباحة العمل الطبي بشكل عام ، وبخاصة جراحة التجميل ، بمعنى أنه لا يمكن للطبيب أن يتدخل بأي عمل طبي مهما كانت تفاقته من غير الحصول على موافقة المريض ورضاه الحر المستنير . غير أنه قد يكون هناك خطر جسيم محقق يهدد صحة المريض أو حياته ، تجعل من تدخل الطبيب ضروريا من غير الحصول على هذا الرضاء ، فهذه الحالة هي التي تجيز تدخل الطبيب ومباشرته

³⁹⁸ قد يتدخل الطبيب تدخلا سريعا لإنقاذ حالة المريض دون أن يكون ملزما بذلك ، وهذا ما يعرف بالفضالة، حيث نصت المادة 150 من ق.م.ج على أنه : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك " ، وعبر عنها المشرع المصري في م.188 من ق.م.م : " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص ، دون أن يكون ملزما بذلك " .

إجراءات الإسعاف و العلاج لدرء الخطر عن المريض³⁹⁹، فتعرف هذه الحالة بحالة الضرورة ، وللتفصيل في هذا الموضوع يجب التعرف على مفهوم هذه الحالة (الفرع الأول) ، ومن ثم تأثير هذه الحالة على مسؤولية جراح التجميل (الفرع الثاني).

الفرع الأول مفهوم حالة الضرورة

يقصد بحالة الضرورة تلك الحالة التي لا يستطيع ، فيها الشخص أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محققا به أو بغيره إلا بارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء⁴⁰⁰.

كما عرفت أيضا على أنها : " تلك الحالة التي يجب فيها الشخص نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره ، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر⁴⁰¹ .

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد لم يتعرض إلى حالة الضرورة ، عكس التشريع الجنائي المصري⁴⁰²، باستثناء الرأي القائل بأنه اعتبرها من أسباب الإباحة ، حيث ميز هذا الرأي بين حالة الضرورة إلى تعود إلى خطر محقق بالشخص نفسه واعتبرها من قبيل موانع المسؤولية ، وحالة الضرورة التي ترجع إلى خطر محقق بالغير ويتدخل الفاعل لإنقاذه ، فاعتبرها من قبيل أسباب الإباحة⁴⁰³.

فحالة الضرورة في المجال الجنائي هي من موانع المسؤولية وليست من أسباب الإباحة لاعتبارات أهمها :

أن أسباب الإباحة تنزع من الفعل صفة التجريم فيصير الفعل مباحا ، وتنتفي تباعا المسؤولية الجنائية والمدنية ، في حين أن حالة الضرورة لا تبيح الفعل ، وإنما يبقى الفعل متصفا بالتجريم مع قيام المسؤولية المدنية .

يتم الاعتداء في مجال أسباب الإباحة على الأشخاص ، في حين قد يكون محل الاعتداء في حالة الضرورة شخص برئ أو حيوان أو شئ مادي وعليه ما تم تسجيله هو غياب النص الخاص بحالة الضرورة في القانون الجزائري ، في حين يمكن التوسع في مفهوم

399 محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص34.

400 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1، الجريمة، د.ر.ط، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص279.

401 شعلان سليمان ، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ،

رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر 2002 ، ص275.

402 المادة 61 من قانون العقوبات المصري. رقم 58 لسنة 1937 المعدل والمتمم .

403 عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، ص280.

النص الخاص بالإكراه واعتبار حالة الضرورة نوع من القوة التي لا قبل للشخص بدفعها وهو ما عبرت عنه المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: " لا عقوبة على من اضطرت له إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " .

وحتى يمكن اعتبار حالة الضرورة قائمة لابد من توافر شروط :

يجب أن يهدد الخطر حياة أو سلامة الجسم أو أن يهدد الإنسان في حريته أو عرضه أو سمعته واعتباره ، كما يشترط أن يكون هذا الخطر حالا وجسيميا وبدون أن يكون لإرادة الفاعل دخل في حلوله⁴⁰⁴ .

يجب أن يكون فعل الضرورة لازما لدفع الخطر ، بحيث لا يمتلك الفاعل غير تلك الوسيلة .

وبالرجوع إلى نص المادة 130 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على ما يلي :من سبب ضررا للغير تفاديا ضررا أكبر ، محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا " ، فهذا النص يجعل من المسؤولية المدنية قائمة إذا توفر الخطر المهدد للنفس أو المال .

ومن نفس المادة تستنتج أن شروط الضرورة في مجال المسؤولية المدنية تختلف عنها في المسؤولية الجنائية ، التي يقتصر فيها الخطر على النفس فقط⁴⁰⁵ .

ومن هذه الشروط :

- أن يكون الخطر الحالي مصدره أجنبي ، بحيث لا يكون لمن سبب الضرر يد في إحداثه.

- أن يكون الضرر المراد تجنبه أكبر جسامة من الضرر الذي تحقق.

أما فيما يخص الفقه فقد ميز في هذا المجال بين أربع حالات :

1- أن يكون الضرر الذي وقع أخف بكثير من الضرر المراد تجنبه ، أن يكون على قدر من التفاهة أمام الخطر الذي الجسيم الذي يعد قوة قاهرة تنفي المسؤولية .

2 - أن يكون الخطر أشد بكثير من الضرر الذي تحقق ، فالخطر لا يصل إلى منزلة القوة القاهرة ، غير أن الضرورة الملحة التي دفعت محدث الضرر إلى هذا الفعل فتعفيه من المسؤولية أيضا .

404 مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ،ص246.

405 إيهاب يسر أنور علي ، المرجع السابق ن ص105.

3 - أن يكون الخطر المراد تجنبه أشد من الضرر الذي وقع ولكنه لا يصل إلى حد القوة القاهرة ، أو حالة الضرورة ، وفي هذه الحالة لا يعفى محدث الضرر من المسؤولية بشكل كلي .

4 - أن يكون الخطر المراد تجنبه مساويا للضرر الذي تحقق أو اقل جسامة ، وحينئذ تتحقق المسؤولية التقصيرية⁴⁰⁶ .

الفرع الثاني

أثر حالة الضرورة في مجال جراحة التجميل

يكون التدخل الطبي من دون أخذ رضا المريض في حالة الضرورة ، وفي النصوص القانونية من جهة ، ومن جهة أخرى إلى اعتبارات أخلاقية ، فالنصوص القانونية نجدها في قانون حماية الصحة وترقيتها ، وكذا مدونة أخلاقيات الطب .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه: " ...يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة ، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة احد القصر أو احد الأشخاص العاجزين عن التمييز، او الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ، ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب " .

في حين تنص الفقرة الثانية من المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " ...ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال ..أن يقدم العلاج الضروري للمريض .. " .

في حين أن الاعتبارات الأخلاقية تظهر من خلال قداسة مهنة الطبيب ورسالته التي تغلب عليها الإنسانية بالدرجة الأولى ، التي تظهر في حالات الاستعجال التي تسببها الأمراض العقلية والنفسية أو الحالات الانتحارية ، التي تتطلب من الطبيب التدخل العاجل لإنقاذ حياة وصحة المريض .

أولا : شروط قيام حالة الضرورة

يشترط لقيام حالة الضرورة شرطان أساسيان :

1- أن يكون الخطر جسيما :والمقصود به أن يهدد صحة وحياة المريض بشكل ملحوظ .

2- أن يكون الخطر حالا :والمقصود بها توافر حالة الاستعجال ، بحيث أن التأخير في العلاج يهدد حياة المريض ، فإذا لم تتوافر حالة الاستعجال ، بحيث كان بالإمكان تأخير التدخل الطبي إلى حين استشارة أهل المريض أو المريض نفسه .

ومن الأمثلة الأكثر شيوعا عن حالة الضرورة : إصابة شخص في حادث مرور ونقله إلى الطبيب وهو في حالة فقدان للوعي ، وكانت الإصابة بقدر من الجسامة بحيث لا تحتمل أي تأخير لإنقاذ حياة المريض . أما في تقدير مدى خطورة الحالة وتوافر حالة الاستعجال فيرجع إلى القواعد العامة الفنية الطبية ، فتحدد حالة الاستعجال وفقا لما يراه الطبيب العادي الذي يتمتع بالقدر المعقول من الخبرة والدراية .

ثانيا : طبيعة التدخل الطبي في حالة الضرورة

يرى جانب من الفقه عدم جواز الطبيب مباشرة عمل جسيم كاستئصال أو بتر عضو من الأعضاء ، على أساس أنه من حق الفرد أن يفضل الوفاة عن الحياة بعاهة مستديمة . غير أن جانب آخر يرى وهو الغالب في المجال الطبي ، هو أن تدخل الطبيب يتحدد بالنظر إلى حالة المريض أيا كانت طبيعته ، والواقع أن طبيعة الإجراء الذي يلجأ إليه الطبيب ومدى ضرورته هي من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي ، وهي من المسائل الفنية يمكن الاستعانة بشأنها إلى أهل الخبرة حتى يكون حكم القاضي سليما من الوجهة الفنية.

ومما تعارف عليه أهل الطب أنه في حالة الضرورة يلتزم الطبيب بتقديم العلاج ومواجهة حالة المريض الصحية ، وفقا لما يراه مناسبا ومتعارف عليه في المهنة ، ومن ثم وجود حالة الضرورة لا تكفي لتبرير تدخلات الطبيب غير العلاجية مثل الجراحات التجميلية التحسينية التي تكون بهدف التجميل فقط ، ومنها أيضا التجارب العلمية .

ومن ناحية المسؤولية المدنية في حالة الضرورة ، فالأصل انه لا يجوز مطالبة الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي يحدث في حالة تدخله استنادا إلى حالة الضرورة ، إلا إذا نتج عن هذا التدخل ضررا أكبر من الضرر الذي أريد تجنب وقوعه .

وبالرجوع إلى الجراحة التجميلية ، فإنه يلتزم جراح التجميل بالحصول مقدما على رضاء المريض الخاضع للجراحة كما تم بيانه سابقا وذلك في جميع الحالات ، لأنه ليس هناك ما يدعو إلى إعفائه من هذا الالتزام في أية حالة ، طالما أن جراحة التجميل دائما تقام في ظروف غير مستعجلة .

وعلى هذا فإن جراح التجميل يكون مخطئاً ، وتترتب مسؤوليته ، إذا أقدم على الجراحة من غير الحصول على رضاء المريض الخاضع للجراحة أو ممن لهم الحق بالنيابة قانوناً .

المطلب الثاني

التخلي عن الرضا بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

كما سبق وأن أشرنا أن الجراح قد يتخلى في بعض الحالات عن الحصول على الرضاء ، فحالة الضرورة هي من الحالات التي تجعل حصول الطبيب على الرضاء أمر يصعب عليه ، غير أن هناك حالات أخرى تجعل الطبيب لا يستطيع تنفيذ التزامه حتى لو طلب المريض ذلك أو استحاله عليه تنفيذه ، والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ تعتبران أيضاً وسيلة من الوسائل التي يمكن للطبيب الجراح أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثباتها فهي تؤثر على مسؤولية الطبيب سواء المدنية أو الجزائية ، فإذا تحققت تنتفي علاقة السببية بين الخطأ المرتكب من قبل الجراح والضرر اللاحق بالمريض .

وللتفصيل أكثر يجب التعرض لمفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (الفرع الأول) ، ومن ثم بيان أثر القوة القاهرة على تخلي الطبيب على رضاء المريض (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

تعرف القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بأنه : "حادث خارجي لا يمكن توقعه و لا دفعه ، يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر " ⁴⁰⁷ ، كما يعرفها البعض بأنها : "هي التي لم

يكن في الوسع توقعها و لاتوقئها ، وبها يصبح تنفيذ الواجب أو الالتزام مستحيلاً " ⁴⁰⁸

في حين عرفها البعض الآخر أنها : " الواقعة التي يتعذر على الإنسان دفعها و التي لا تتوقع عادة و التي يمكن إسناد ضرر الحادث للغير إليها رغم ما يمكن نسبه من خطأ إلى شخص من الأشخاص " ⁴⁰⁹ .

⁴⁰⁷ محمد أحمد سويلم ، المرجع السابق ، ص 354.

⁴⁰⁸ حسن عكوش ، المسؤولية العقدية و التقصيرية في القانون المدني الجديد ، ط2 ، دار الفكر الحديث ، بيروت ، لبنان ، 1970 ، ص131.

⁴⁰⁹ أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 499.

ومفهوم القوة القاهرة نجد دلالاته في الفقه الإسلامي بما يعرف بالآفة السماوية أو بالفجأة ، حيث عرفها الفقهاء أنها : " قوة لا يستطيع الإنسان دفعها ، وليس في إمكانه الإحتراز عنها "410 ، وهي بهذا المفهوم تعتبر سببا أجنبيا لقطع علاقة السببية بين التعدي و الضرر ، لهذا يرتفع الضمان عن الطبيب سبب الحادث المفاجئ الذي يعد آفة سماوية ،فتسقط المسؤولية عن الشخص إذا ثبت أن لا يدل له فيما حدث وبذلك يبرأ من الضمان 411.

ومن خلال هذه التعريفات يتضح أنه لا اعتبار القوة القاهرة سببا من أسباب تخلي جراح التجميل عن الحصول على رضاء المريض لا بد من توافر شرطين :

أولا : عدم إمكانية التوقع

ويقصد بذلك أن تكون القوة الواقعة على الطبيب فجائية ، هنا يرجع بطبيعة الحال إلى القضاء فيما إذا كانت هذه القوة بإمكان الطبيب الجراح توقعها أم لا ، وقد كان القضاء في فرنسا متشددا في هذا الشرط ، فقد قضي في أكثر من حكم بعدم توافر شرط عدم التوقع في بعض الحالات.

فمسألة تقدير إمكانية توقع القوة القاهرة مسألة موضوعية تعود لمحكمة الموضوع والمحكمة العليا لها حق الرقابة فيها إذا كانت هذه الوقائع المعروضة تنطوي على قوة القاهرة أم العكس 412.

ومن الأمور التي لا يمكن توقعها الزلازل والفيضانات والحرائق ، بمعنى مجمل الكوارث الطبيعية التي لا يد للإنسان فيها ، علاوة على الكوارث الأخرى التي يستحيل توقعها وتتجم عنها أضرار جسيمة .

ثانيا : استحالة الدفع

ويقصد بها أن يكون الطبيب في موضع يستحيل عليه القيام بأي تصرف غير إجراء عملية التجميل دون الحصول على رضاء المريض ، والمقصود هنا الاستحالة المطلقة ، فإذا كانت نسبية فإنه لا يمكن الاحتجاج بها كقوة القاهرة لدفع المسؤولية .

410 وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان د.ر.ط ، دار الفكر الحديث ، بيروت ، 1998 ، ص33.

411 محمد أحمد سويلم ، المرجع السابق ، ص364.

412 راييس محمد ، المرجع السابق ، ص316.

وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى اعتبار أن الاستحالة المقصودة هي استحالة تنفيذ الالتزام مع استخدام الوسائل المعقولة ، وذلك ببذل الجهود المعقولة من جانب الملتزم وهذا ما قرره المادة 221 من القانون المدني المصري.

فبناء على ما تقدم ، فإن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ يعتبران من الأسباب التي تقطع رابطة السببية ، فتنتفي معها مسؤولية الفاعل ، وإضافة إلى القوة القاهرة فإنه يمكن قياس حالة الضرورة عليها ، والتي تكون أحيانا حادثا مفاجئا ، وحالة الضرورة كما سبق بيانها : هي تلك الحالة التي يجد فيها الشخص -الطبيب الجراح - نفسه مضطرا لأن يحدث ضررا للغير لكي يمنع ضررا أكبر

وبالرجوع إلى المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري نجدها قد عبرت على ذلك بنصها على أنه : "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " ، كما عبرت أيضا المادة 128 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه : "من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو عن مال الغير كان غير مسؤول...".

في حين نصت المادة 130 من نفس القانون المشار إليه أعلاه أنه : "من تسبب ضررا للغير لئيفادى ضررا أكبر محققا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا 413".

ولقد تناول المشرع المصري هذه الحالة في المادة 61 من قانون العقوبات بقولها : "لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلولة ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

الفرع الثاني :

أثر القوة القاهرة وحالة الضرورة على تخلي الطبيب على رضاء المريض

تظهر حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ، وحتى حالة الضرورة في المجال الطبي ، كونه مجال خصب تجد تطبيقاته فيه ، وهي أن يجد فيه الجراح نفسه إما مضطرا لارتكاب الفعل نتيجة لقوة لا قبل له بدفعها أو بسبب حادث مفاجئ لم يتوقعه ويستحيل معه دفع الضرر الذي ينجم عنه ، فالطبيب بصفة عامة ملزم بحكم مهنته بدفع الألم عن المريض ، وأن يقوم بكل ما في وسعه من أجل حماية المريض من الأخطار التي تهدد صحته ، ولكن

⁴¹³ تقابلها المادة 168 من ق.م.م ، بنفس الصياغة .

مع هذا فقد يقف أمام حالة تجعله يتنصل من التزامه المفروض عليه –التخلي عن الرضاء – لأجل القيام بفعل قد ينجر منه ضرر للمريض ، وقد يؤدي في بعض الأوقات إلى وفاته .

ومتى كانت القوة القاهرة وحالة الضرورة من الأسباب التي تنتفي معها مسؤولية الطبيب ، فإن هذا لا يعني الإخلال وعدم التقيد بواجبات الحيطة والحذر التي تملئها قواعد وأصول مهنة الطب ، حيث أنه تبعاً لذلك يسأل الطبيب عن خطئه في هذه الحالة فيما عدا حالة القوة القاهرة أو الضرورة.

ومع غياب تطبيقات قضائية على مستوى القضاء الجزائري لهذه الحالة ، فإن القضاء الفرنسي و المصري قد كانا لهما أحكام كثيرة ، فقد قضت محكمة "نيل" في حكمها الصادر سنة 1930 ببراءة الطبيب في الفتاة الصغيرة التي توفيت أثناء العملية / معلمين حكمهم أن الوفاة ترجع إلى حادثة من حوادث العلاجات المتوقعة ، وأن الأطباء قد تعرفوا وفق الحدود المعطاة لهم في اختيار العلاج⁴¹⁴.

كما قضي في فرنسا أيضا بمسؤولية الطبيب لانتفاء حالة الضرورة التي كان قد احتج بها الطبيب إثر قطعه الذراع اليسرى للمريض ، التي كانت تعاني من ورم خطير ، مما أدى إلى محكمة النقض في حكمها الصادر في 27 أكتوبر 1953 إلى تأييد الحكم المطعون فيه لنفس السبب⁴¹⁵.

كما جاء في حكم محكمة "باريس" بعدم توافر علاقة السببية بين إعطاء الحقنة للمريض الذي أصيب بجرح بسيط سطحي ، ووفاته من مرض "التيتانوس" ، فقد أثبتت تقارير الخبراء أن هذه الحالة لم تكن خاصة بجرح كبير عميق ، ما يبرر عدم إعطاء الطبيب للمريض حقنة المثل الواقي من التيتانوس ، وعليه فإن الطبيب لا يتحمل نتائج التيتانوس الذي أدى إلى وفاة المريض لعدم توافر علاقة السببية بين خطئه والنتيجة⁴¹⁶ .

فمتى ساهم الطبيب الجراح في إحداث الضرر دون نسبته إليه ، وكانت الأمور مما لا يمكن توقعها أو تفاديها ، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء المسؤولية لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ

⁴¹⁴ فائق الجوهري ، المرجع السابق ، ص416 ، هامش رقم 02 .

⁴¹⁵ تتلخص وقائع هذه القضية في أن: "مريضة كان يشكو من ورم في ذراعه الأيسر ، وبعد موافقته لإجراء العملية من أجل إزالة الورم على اعتبار أن العملية سهلة وعديمة الخطورة، فقد اتضح أثناء إجراء العملية أن الورم خطير، يصعب استئصاله ن فقام الطبيب بقطع ذراع المريض على أساس أنه كان مضطرا لذلك، وعليه فقد أصدرت محكمة النقض القرار التالي : il n'y a ni urgence ,ni nécessité de procéder a l'ablation immédiate de la tumeur... »

Cass civ -27/10/1953-j.cp.1953-II7891.

رايس محمد ، المرجع السابق ، ص319 ، هامش رقم 01.

⁴¹⁶ منير رياض حنا ، المسؤولية الجزائية للأطباء والصيدالة ، المرجع السابق ، ص139.

والضرر ، فيصبح خطؤه عرضيا في ظل حالات القوة القاهرة أو الضرورة ، فيأخذ بالسبب المنتج دون العارض وهذا إعمالا بنظرية السبب الفعال .

ولقد حذا المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي في عدة أحكام له وتقريره لانتفاء المسؤولية ن لوجود حالة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو حالة الضرورة ، حيث قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في 02 نوفمبر 1933 بأن : "الطبيب لا يسأل عن فقد شعر المريضة بسبب معالجتها بأشعة إكس ، على اعتبار أن الطبيب لا يسأل عن الضرر الناجم عن العلاج ، إذا كان راجعا إلى حساسية خاصة لدى المريض طالما لم يكن للطبيب أن يتنبأ بها"⁴¹⁷.

المطلب الثالث

خطأ المريض وخطأ الغير

كما سبق وان تمت الإشارة أن العلاقة بين خطأ جراح التجميل والضرر اللاحق بالمريض ، يجب أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في أو المنتج في إحداث الضرر ، وعلى هذا فعلاقة السببية تنتفي عندما يكون الضرر راجعا لسبب أجنبي لا يد للجراح فيه ، وقد رأينا من بين الحالات التي يمكن أن انتفي معها علاقة السببية وهي حالة الضرورة وحالة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة .

غير أن هناك حالات أخرى يمكن أن تشترك في إحداث الضرر ، كخطأ المريض (الفرع الأول) ، وكذا خطأ الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خطأ المريض الخاضع لجراحة التجميل

ليس المقصود هنا من خطأ المريض ، كسبب أجنبي ينفي علاقة السببية ، أن يكون هذا السبب هو الوحيد في إحداث الضرر دون أن يقع خطأ من الجراح ، إذ هذه الحالة لا تنشأ مسؤولية الجراح من الأساس لانتفاء الخطأ من جانب جراح التجميل ، والمريض هو وحده هو الذي ألحق الضرر بنفسه ، كمخالفته التعليمات الأساسية قبل وبعد الجراحة والتي طالبه بها جراح التجميل .

وعلى هذا فخطأ المريض ، يقطع علاقة السببية إذا كان وحده من أحدث الضرر ، أما إذا كان خطأ المريض ساهم مع خطأ الطبيب ، فإن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض المحكوم بع على الطبيب ، وبالتالي يتحمل بقدر الضرر الذي ألحقه

وعليه فإن اشتراك الخطأين في إحداث الضرر - خطأ الجراح من جهة وخطأ المريض من جهة أخرى - ، هذه الحالة تقتضي ان نميز بين فرضين ، يكون فيهما أحد الخطأين قد استغرق الآخر

وقد تم تعريف خطأ المضرور - المريض - بأنه : "ذلك التصرف غير المشروع الصادر من المضرور والذي يساهم في إحداث الفعل الضار ، ومن شأنه إذا تحققت شروطه أن يهدم علاقة السببية بين الخطأ و الضرر"⁴¹⁸.

فقد أجمع الفقه على اعتبار خطأ المضرور سببا أجنبيا ، يعفى الطبيب من المسؤولية إعفاء جزئيا .

أولا : استغراق أحد الخطأين للآخر

إن استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر يجعل الخطأ المستغرق معتادا به ، وعلى ذلك إذا استغرق خطأ جراح التجميل خطأ المريض فإن المسؤولية تقع على جراح التجميل كاملة وغير مخفف فيها ، أما إذا كان العكس بمعنى إذا استغرق خطأ المريض خطأ الجراح ففي هذه الحالة يعفى جراح التجميل من المسؤولية .

وهذا الاستغراق يقع في حالتين ، حالة يفوق فيها أحد الخطأين للآخر في الجسامة ، و الحالة الثانية يكون فيها أحد الخطأين نتيجة للآخر . فالحالة الأولى تتحقق بأن يكون أحد الخطأين خطأ عمديا سواء أكان من جانب جراح التجميل أم من جانب المريض فيتعمد أحدهما فيها إحداث الخطأ .

أما الحالة الثانية فيكون فيه خطأ جراح التجميل نتيجة لخطأ المريض ، وهنا لا يكون الجراح مسؤولا ، كأن يصرح المريض كذبا لعدم تناوله أية أدوية فيقوم جراح التجميل بالبدا في العلاج على ذلك الأساس ، في حين أن الأدوية التي تناولها المريض تؤثر بشكل كبير في العلاج ، ومقابل ذلك إذا كان خطأ المريض نتيجة لخطأ الجراح حينئذ يكون الجراح هو المسؤول الوحيد في إحداث الضرر وبالتالي تقوم المسؤولية في حقه .

418 خالد عبد الفتاح محمد ، المسؤولية المدنية - مسؤولية المقاول - مسؤولية رب العمل - مسؤولية الطبيب - مسؤولية حارس البناء ، في ضوء أحدث أحكام محكمة النقض ، المرجع السابق ، ص 459.

ثانيا : اشتراك جراح التجميل و المريض في الخطأ

هنا يكون الكلام عن عدم استغراق أحد الخطأين للآخر ، وإنما قام خطأ كل من جراح التجميل والمريض بالخطأ مستقلا عن الآخر واشتركا في إحداث الضرر ، ففي هذه الحالة يعتد بالخطأين معا لتحديد من المسؤول عن وقوع الضرر ، كحالة الجراح الذي يقوم بخطأ فني يؤدي إلي إصابة المريض بتشوهات و في نفس الوقت يقوم المريض بتعريض نفسه لأشعة الشمس الحارقة ، ف كلا من الخطأين يعتبر سببا في وقوع الضرر فتكون المسؤولية موزعة بين جراح التجميل و المريض بنفس الدرجة

الفرع الثاني

أثر خطأ الغير في مسؤولية جراح التجميل

هذه الحالة يكون فيها خطأ جراح التجميل مع خطأ الغير ، فيثار التساؤل حول أثر هذا الخطأ في مسؤولية جراح التجميل ؟ .

والغير هنا يقصد به في المجال الطبي أي شخص غير جراح التجميل أو المريض ، ولا يدخل في مفهوم الغير أيضا الأشخاص الذين يعملون تحت مسؤولية جراح التجميل كالمساعدين أو الممرضين⁴¹⁹ ، فلا يكون للخطأ الصادر منهم أي أثر في مسؤوليته نحو المريض ، ويستوي في ذلك أيضا أن يكون هذا الغير معروفا أو لا ، أو أن يكون موجودا أو هاربا ، ومن أمثلة ذلك الخطأ المرتكب من قبل أقارب المريض أو أحد أصدقائه أو الخطأ الذي يرتكبه طبيب آخر ليس له علاقة بجراح التجميل.

ويختلف أثر خطأ الغير في مسؤولية جراح التجميل بحسب ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الآخر أو قام كل منهما مستقلا لوحده .

أولا : استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر

كما تم بيانه فيما تعلق بخطأ المريض إذا كان الخطأ عمديا أو كان نتيجة للخطأ للخطأ الآخر ، فإذا استغرق خطأ الغير خطأ جراح التجميل يعفى هذا الأخير من المسؤولية وذلك لانتهاء علاقة السببية بين خطئه و الضرر ، ويكون الغير هو المسؤول الوحيد عن وقوع الضرر للمريض ، أما إذا كان خطأ الجراح هو الذي استغرق خطأ الغير فتكون مسؤولية الجراح هنا مسؤولية كاملة .

⁴¹⁹ عمر منصور المعاينة ، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية ، ط1 ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، السعودية ، 2004، ص116.

ثانيا : استقلالية خطأ الغير عن خطأ جراح التجميل

هذه الحالة تستدعي عدم استغراق أحد الخطأين للآخر ، فيكون كل منهما مستقلا بذاته بحيث يكون سببا منتجا في إحداث الضرر ، فإذا تسبب جراح التجميل بخطئه في إحداث ضرر للمريض عند قيامه بإجراء العملية الجراحية و أخطأ الصيدلي في إعطاء وصفة الدواء سواء أكان في نوع الدواء أو في طريقة استعماله ، فهنا يسأل كل من جراح التجميل والصيدلي في حدود الخطأ الذي ارتكبه .

الباب الثاني

مسؤولية جراح التجميل الناتجة عن عدم حصوله على رضاء المريض

مما لا شك فيه أن القاعدة العامة هي حرية الإنسان في قيامه بأفعاله ، غير أن هذه الحرية لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها ، وإنما يجب أن تمارس في حدود مسطرة وفقا لما تمليه الأخلاق والدين و القانون ، وبمقابل ذلك فإنه في حالة ما إذا تجاوز هذه الحدود وهذه القواعد سيكون تبعا لذلك مسؤولا عن الأخطاء التي يقترفها نتيجة هذا التجاوز .

فمسؤوليته تقوم بوجه عام على فكرتي الخطأ والجزاء ، فهي تفترض وقوع خطأ ينتج عنه ضرر ، وهذه المسؤولية نوعان : أدبية إذا كان الخطأ فيها أدبيا ، ناتج عن إخلال بواجب أدبي والجزاء فيه يكون أدبيا بدوره أمام الخالق سبحانه وتعالى .

وقد تكون قانونية ، في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته سواء أكانت العقدية أو القانونية ، والجزاء فيها يكون وفقا لما سطره القانون لمثل هذه المخالفات . غير أن في هذه الحالة يختلف الجزاء تبعا لنوع المسؤولية، فإذا كانت مسؤولية مدنية يكون الجزاء فيها التعويض وجبر الضرر الناتج عن ذلك . وقد تكون جزائية والتي يكون فيها الجزاء طبقا لقانون العقوبات .

والطبيب أو الجراح شأنه شأن أي إنسان ، قد يخطأ بفعله ويسبب ضررا لمريضه ، مهما كان نوع هذا الخطأ ، يسيرا أم جسيما ، وهذا يجعله تحت المساءلة القانونية .

وللتفصيل أكثر حول موضوع المسؤولية ، سيتم التعرض لمسؤولية جراح التجميل المدنية نتيجة عدم حصوله على رضا المريض (الفصل الأول) ، ومن ثم مسؤوليته الجزائية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

المسؤولية المدنية لجراح التجميل

تقوم مسؤولية جراح التجميل عن الضرر الذي ألحقه نتيجة خطئه ، والذي يكون إما بإخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية أو القانونية ، غير أن مفهوم الضرر في المسؤولية المدنية لا يقتصر فقط على الوفاة أو الإصابات الجسدية ، بل يتعدى إلى كافة الأضرار مهما كان

نوعها أدبية أو مادية ، وهذا ما يعرف بالمسؤولية المدنية – كما تم التوضيح سابقا – والتي تعني التبعية المترتبة عن الضرر الحادث للغير ، والمتمثلة في تعويضه عن هذا الضرر⁴²⁰.

وتعتبر هذه المسؤولية أوسع نطاقا من مسؤوليته الجزائية ، ذلك أن هذه الأخيرة يكون لها أساس في الإعتداء على حق المجتمع حين يرتكب – جراح التجميل – فعلا مجرما في القوانين العقابية ، في حين أن المسؤولية المدنية تجد أساسها في الخطأ .

وبالرجوع إلى أحكام جراحة التجميل – كما سيتم توضيح ذلك – وإن كانت تخضع في تنظيمها إلى القواعد العامة للجراحة العادية العامة ، غير أن ذلك لا يمنع من وجود خصوصية تتميز بها هذه الجراحة ، من خلال أنها لا تهدف إلى علاج مرض عضوي في الشخص الخاضع لها ، وإنما الهدف والغاية منها إصلاح عيب أو تشوه في عضو أو في شكل الشخص ، دون أن يؤثر ذلك على صحته أو يهدد حياته إضافة إلى أنها تتم في ظروف عادية لا تدعو إلى الإستعجال ، مما جعل ضرورة التشدد في تقدير التزامات جراح التجميل تجاه مريضه ، من خلال فرض واجبات تتعدى إلى حد كبير تلك الواجبات المفروضة على الجراح العادي ، أضف إلى ذلك أن هذه المسؤولية تكون غالبا مسؤولية عقدية وبالتالي فهي تخضع لأحكامها

وعلى هذا الأساس ولتبيان أحكام المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، لابد من التعرض للطبيعة القانونية لهذه الجراحة من خلال تبيان أركانها التي يجب أن تتوافر فيها حتى تنشأ وتقوم ومن ثم تحديد نطاقها ، كون جراح التجميل لا يسأل فحسب عن خطئه الشخصي ، وإنما أيضا يسأل عن أخطاء مساعديه (المبحث الأول) ، وبعدها يجب تبيان كيفية إثبات هذه المسؤولية أمام القضاء ومن يقع عليه عبء الإثبات وما يتصل به من قواعد (المبحث الثاني).

المبحث الأول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لجراح التجميل

مما سبقت الإشارة إليه ، أنه إذا كان هناك فعل ضار فإنه يستوجب بالنتيجة مساءلة مرتكبيه ، وإذا كان الإخلال مساس بمصلحة فردية ، فإن المسؤولية في هذه الحالة تكون مدنية ، وهذه الأخيرة قد تكون إما مدنية عقدية ، إذا كانت الرابطة تعاقدية بين مرتكبي الخطأ والمصرور، أما في حالة انعدام هذه الرابطة فتكون المسؤولية تقصيرية كمن يتسبب في إلحاق تلف في ملك شخص لا تربطه به أية علاقة تعاقدية ، ففي هذه الحالة يكون ملزماً بتعويض ما لحق هذا الشخص من ضرر .

وبالنظر إلى المسؤولية الطبية الناتجة عن أخطاء الأطباء تجاه مرضاهم ، فهي تعتبر قديمة المنشأ ، فقد اهتم بها المشرعون القدامى ، فبالرجوع إلى قانون حمورابي الشهير ، نجده يعاقب على ما اقترفه الأطباء من أخطاء تجاه مرضاهم وذلك يعود إلى قرابة الألفي سنة قبل الميلاد ، فهناك نص جاء فيه : "إذا عالج الطبيب رجلاً حراً من جرح خطير بمخز من برونز فقتله ، أو فحاً له عيناً ، فإنه يعاقب بقطع يده " ⁴²¹.

إضافة إلى ذلك نجد أن الحضارة الفرعونية ، فقد قرر قدامى المصريين مسؤولية الأطباء الذين يخطئون في العلاج ، إلى درجة وصول العقاب إلى حد قطع رأس الطبيب إذا نتج عنه وفاة المريض ، وكان ذلك أيضاً في القانون الروماني ، حيث أن مسؤولية الطبيب تكون جنائية ومدنية وتصل إلى حد النفي أو الموت ⁴²².

إلى جانب ذلك كله وبالنسبة للشريعة الإسلامية ، فقد اعترفت بمسؤولية الأطباء عن أخطائهم ، فقررت نظرية "الضمان" المقابلة لمبدأ المسؤولية القانونية بنوعها المدنية والجنائية ، وذلك تحقيقاً لمبدأ العدالة في تنظيم علاقات البشر فيما بينهم ، حتى يكون هناك ضمان للحقوق من كل أذى ومن كل اعتداء سواء أكان عمداً أم خطأ ، فإن ذلك يوجب التعويض على المتسبب فيه .

ولكي يتم التفصيل في موضوع المسؤولية المدنية ، لابد من التعرض لأركانها والمتمثلة في الخطأ والضرر و العلاقة السببية بينهما (المطلب الأول) ، ومن ثم نطاق هذه

⁴²¹ « Si le médecin taite un homme libre ,d'une plaie grave ,avec le poinçon de bronze et le tue ,ou si avec le poinçon de bronze il lui crève l'œil , on lui coupera la main »

-انظر :

-P.rouge et autres ,Responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique ,op,cit,p3.

⁴²² جاب محجوب علي ، دور إرادة المريض في العمل الطبي ، المرجع السابق ، ص3.

المسؤولية من خلال مسؤولية جراح التجميل عن خطئه الشخصي أو عن أخطاء مساعديه أو عن الأشياء المستخدمة في الجراحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أركان المسؤولية المدنية لجراح التجميل

لاشك في أن العلاج الجراحي بصفة عامة ، والجراحة التجميلية بصفة خاصة ، لا تخرج بطبيعته عن كونه مجموعة التزامات طبية ، وفي حالة إخلاله بهذه الالتزامات يقع عليه – جراح التجميل – التزام بتعويض المريض عما أصابه من ضرر من جراء ما اقترفه من خطأ، وذلك بمناسبة قيامه بالعملية الجراحية التجميلية .

وحتى تقوم المسؤولية المدنية لجراح التجميل وطبقا للقواعد العامة ، لا بد من توافر ثلاثة أركان ، والمتمثلة في قيام الجراح بخطأ أثناء قيامه بالجراحة وهو ركن الخطأ (الفرع الأول) ، ويجب أن يسبب هذا الخطأ ضررا للمريض وهو ركن الضرر (الفرع الثاني) ، وأن يكون الضرر الحاصل للمريض قد حدث بسبب خطأ جراح التجميل ، بمعنى وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ركن الخطأ

يعتبر الخطأ من أهم أركان المسؤولية المدنية ، ولقد أثير نقاش كبير في الفقه و القضاء منذ نحو قرن من الزمن ، أدى إلى تفاوت وتباين في الآراء حول ماهية الخطأ ومفهومه ، وكان ذلك نتيجة النزاعات الدينية والفلسفية والخلقية والاجتماعية⁴²³.

ولتحديد مفهوم خطأ جراح التجميل، لا بد من تحديد مفهوم فكرة الخطأ بوجه عام مع تحديد مدى ارتباط هذا الخطأ بمضمون التزام الجراح من جهة أخرى ، على أساس أن الخطأ كركن للمسؤولية المدنية لم يتم تعريفه من قبل المشرع الجزائري أسوة بالتشريعات المقارنة الأخرى ، تاركا هذه المهمة لفقهاء القانون ، والذين رغم إدراكهم لصعوبتها والتي تكمن في كونها فكرة منشؤها ومصدرها أساس أخلاقي⁴²⁴.

⁴²³ حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة ، في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009، د. رط ، ص 14.

⁴²⁴ أنور يوسف حسن ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنو ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، مصر ، ط1 ، 2014 ، ص 264.

وبما أن الخطأ في المجال الطبي يختلف عن غيره من الأخطاء ، وذلك لما له تأثير مباشر على حياة الإنسان وصحته ، وكذلك لما يحتفظ به العمل الطبي من خصوصية استثنائية وأهمية بالغة ، فنتج عن ذلك اختلاف الفقهاء في تعريفهم للخطأ بوجه عام ومن ثم الخطأ في المجال الطبي ، فمنهم من ضيق من دائرة هذا التعريف وهو ما سلكه الأقدمون ، فقد حاولوا تعريفه على حسب نزعاتهم الشخصية ، ومنهم المحدثون الذين توسعوا في تعريفه بهدف قيام المسؤولية المدنية وحصول المتضرر على التعويض .

أولاً : تعريف الخطأ بوجه عام

الخطأ لغة ، ضد الصواب ، ومنه خطئ ، خطأ وأخطأ ، بمعنى واحد لمن يذنب على غير عمد ، وقيل أيضاً : أخطأ في كل شيء عامداً كان أو غير عامد ، ومنه خطئ إذا تعمد .⁴²⁵

أما اصطلاحاً : فقد عرفه الفقهاء بقولهم هو : "مالميس للإنسان فيه قصد ، فانتفاء قصد الشيء لفاعله موجب لوصفه مخطئاً"⁴²⁶.

أما من الناحية القانونية فقد عرفه الفقيه " مازو " Mazeaud ، بأنه : " انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل"⁴²⁷.

في حين رأى الفقيهان " لا كانتري و بارد" أن : " الخطأ إخلال بواجب عام يلزمه جزاء قانوني ، وأن الإرادة المنفردة الحرة المتميزة هي شرط لهذا الخطأ"⁴²⁸.

كما عرفه الفقيه "إيمانويل ليفي " Emmanuel Levy " بأن الخطأ هو : "إخلال الشخص بالثقة المزروعة في النفس وثقة الغير فيه"⁴²⁹ . أما "كولان وكاسيان" فقد عرفاه على أنه : " الانحراف عن السلوك الواجب"⁴³⁰ .

⁴²⁵ ابن منظور ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ج 1 ، باب الهمزة ، ص 65.

⁴²⁶ منصور المعاينة المرجع السابق ، ص 43.

⁴²⁷ أحمد حسن الحباري ، المرجع السابق ، ص 104 .

⁴²⁸ بسام المحتسب بالله ، المرجع السابق ، ص 120.

⁴²⁹ أنور يوسف حسين ، المرجع السابق ، ص 266.

⁴³⁰ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 202.

ولعل أبسط تعريف للخطأ هو ما جاء به الفقيه "بلانيول" "Planiol"، فهو يرى أن الخطأ هو: "إخلال بالتزام سابق" و يحصر الالتزامات التي يعتبر بها الخطأ في أربعة أنواع: الامتناع عن العنف، الكف عن الغش، الإحجام عن عمل لم تنهياً به الأسباب من قوة ومهارة و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص و الأشياء⁴³¹.

أما على مستوى الفقه العربي فقد عرفه الدكتور "أحمد عبد الرزاق السنهوري" بأنه: "انحراف في السلوك، هو تعد الشخص في تصرفاته الحدود التي لا يجب أن يتجاوزها، وهو إما أن يكون قصدياً أو غير قصدي⁴³²".

كما عرفه البعض أيضاً أنه: "إخلال الجاني عند تصرفاته بواجب الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه⁴³³".

وهناك من اعتبره "كل تقصير في التزام قانوني سابق يسبب للغير ضرراً مادياً أو معنوياً ويؤدي إلى قيام المسؤولية على عاتق مرتكب التقصير⁴³⁴".

أما جانب آخر فذهب إلى اعتبار أن الخطأ يتحقق كلما أتى الإنسان عملاً كان عليه أن يتجنبه، أو امتنع عن عمل كان يتعين عليه القيام به، ولكن هذا المفهوم قد انتقد من خلال طرح التساؤل حول: متى يمكن اعتبار تصرف الإنسان معيباً؟، وهل يرجع في تحقيق مسلكه إلى تقدي فطنته أم يرجع إلى قياس تصرفه ومسلكه بتصرف غيره من الناس؟.

فإذا رجعنا إلى التشريعات المقارنة، فإننا نجد غالبيتها لم تضع تعريفاً للخطأ، بل اكتفت بذكر صورته فقط، وكان تعريفه دائماً من نصيب الفقه كما سبق ذكره⁴³⁵.

⁴³¹ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، د.ر.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص4.

⁴³² «La faute et un manquement à une obligation préexistante» Cité in patrice (jourdain), les principes de la responsabilité civile, 5eme édition, dalloz, paris, 2000, p48.

⁴³³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص884.

⁴³⁴ خالد عبد الفتاح محمد، المرجع السابق، ص103.

⁴³⁵ المشرع المدني التونسي في م 88 منه، وكذا المشرع المدني المغربي في المادة 77 منه، قد اتجاها عكس التشريعات العربية الأخرى، فقد نصا على تعريف الخطأ على أنه عيارة عن إهمال ما يجب القيام به أو اتيان ما يجب الإمتناع عنه دون قصد الإضرار

أما المشرع الأردني فقد أقام المسؤولية على أساس الضرر وليس على أساس الخطأ، فقد نصت م 256 من القانون المدني: " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير المميز بضمنان الضرر"

أما المشرع الفلسطيني فقد بنى فكرتي الخطأ والضرر في أن واحد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني أنظر: علا دار غمة، ساري أبو سنينة، فادي علاوة، المرجع السابق، ص17.

ما يلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري قد حذا حذو التشريعات الأخرى في عدم تعريفه للخطأ، باستثناء نص المادة 124 من القانون المدني بقولها: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "436.

في حين نصت المادة 125 من نفس القانون على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيظته إلا إذا كان مميزا "، يفهم من هذا أن المشرع قد أشار إلى ركن الخطأ واعتبره أساسا لقيام المسؤولية بصفة عامة ، ولم يكتف لأن يكون الخطأ إخلال بواجب سابق فقط وإنما أضاف أن يكون ذلك صادرا من مدرك مميز .

ثانيا : تعريف الخطأ في المجال الطبي

بعد استعراض مجمل التعريفات التي قيلت بشأن تعريف الخطأ بوجه عام ، لاضير أن نحاول قياس ذلك على الخطأ الطبي المرتكب من قبل جراح التجميل بشكل خاص ، فالخطأ الطبي يعتبر صورة من صور الخطأ ، فقد عرفه البعض بأنه: "إخلال الجاني -الطبيب- عن تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيولته تبعا لذلك دون أن يفضي إلى إحداث النتيجة الإجرامية ، في حين كان في استطاعته وكان واجبا عليه "437.

أما رأي آخر فقد عرفه بأنه: " عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنة الطب ، أو هو كل تقصير في مسلك الطبيب "438 .

كما يقصد به أيضا " إخلال الطبيب بالالتزامات التي تقع على عاتقه تجاه المريض ، سواء أكان ذلك عمدا أو عن إهمال "439 .

وهو عند البعض "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد و الأصول الطبية التي يقضى بها العلم ، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي

436 م 124 بالنص الفرنسي أشارت إلى كلمة العمل " la faute " فيلاحظ أن النص الفرنسي أكثر وضوحا من النص العربي، وما كلمة العمل سقطت إلا سهوا .

437 محمد نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، ص663.

438 نهاد جوري، الخطأ الطبي، محاضرة قدمت في مركز الأرض، لبنان، 2008. أنظر:

،أو إخلاله بواجبات اليقظة التي يفرضها القانون متى يترتب على فعله نتائج جسيمة في حين أنه كان من الواجب عليه أن يراعى في تصرفه اليقظة و التبصير حتى لا يضر بالمريض⁴⁴⁰ .كما عرفه " جون بينو " jean penneau " بأن : " الطبيب متى كان جاهلا ولم يحط بأصول فنه وقواعد علمه وعمله ، والتي تتطلب منه أن يكون على دراية بها يعد مخطئا⁴⁴¹ " .

وعرفه أيضا الدكتور " منذر الفضل " بأنه : " إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة والموافقة للحقائق العلمية المستقرة"⁴⁴².

ومن خلال هذه التعاريف يتبين أن المقصود بالخطأ في المجال الطبي هو خروج الطبيب عن تنفيذ التزاماته حيال مريضه ، و المتمثلة في بذل العناية الطبية التي تشترطها أصول المهنة ومقتضياتها الفنية و العلمية ، فالطبيب يكون مخطئا إذا لم يبذل هذه العناية تجاه المريض⁴⁴³ .

ثالثا : معيار خطأ جراح التجميل

إذا ارتكب جراح التجميل أي خطأ فإن ذلك يكون موجبا لمسئوليته ، إذا ما أخل عن عمد أو إهمال بأي التزام من الالتزامات التي يتحملها تجاه المريض ، و التي غالبا ما تنشأ - كما تم بيانه - بموجب العقد الطبي الذي يربطه ومريضه ، وهذا الإخلال إنما يتمثل في عدم تنفيذ الألتزام وهو يختلف في صورته بحسب نوع الألتزام .

فإذا تعلق الأمر بالالتزام بتحقيق نتيجة كإعلام المريض ، أو الحصول على رضاه قبل إجراء التدخل الطبي أو بضمان سلامة الألات المستخدمة في الجراحة من العيوب ، ففي هذه الحالة نكون أمام مجرد عدم تحقق النتيجة ، وذلك دون الحاجة إلى إثبات وجود تقصير في مسلك جراح التجميل ، على أساس أن عدم تحقق النتيجة هو الخطأ ذاته وذلك من خلال عد تنفيذ الألتزام ، وتبعاً لذلك تتعقد مسؤوليته لا محالة حتى لو كان قد بذل العناية المطلوبة في تحقيق ذلك ، إلا إذا أثبت أن عدم تحقيق الألتزام هو ناتج لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو خطأ المريض أو الغير⁴⁴⁴ .

⁴⁴⁰ أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق ، 224 .

⁴⁴¹ Jean penneau ,la responsabilité du médecin ,3emme edition ,daloz ,2004,p16.

⁴⁴² عباس علي محمد ، مسؤولية الصيدلي المهنية عن أخطائه الطبية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، ط1 ، 1999 ، ص83 .

⁴⁴³ قررت هذه العناية محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير المؤرخ في 20 ماي 1936 .أنظر : حسن الحيارى ، المرجع السابق 109 .

⁴⁴⁴ رجب كريم عبد الإله ، المرجع السابق ، ص98 .

أما إذا تعلق الأمر بالالتزام ببذل العناية ، كالتزام بإصلاح عيب أو تشوه لدى المريض ، فهنا لا نكون أمام خطأ إلا إذا ثبت أن جراح التجميل قد قصر في بذل هذه العناية ، فإذا أدى الجراح العناية الواجبة دون إخلاله بالأصول العلمية و الفنية لمهنة الطب ، فلا يكون مخطئاً حتى لو لم تتحقق النتيجة المرجوة .

وهنا تجب التفرقة في هذه الحالة بين الخطأ العمدي في بذل العناية والخطأ غير العمدي ، فالعمدي هو الذي يقع بقصد الإضرار بالغير ، كتعمد جراح التجميل إصابة مريضه بأذى لأي سبب ، فهذا يقدر وفقاً للمعيار الشخصي - كما سيتم بيانه-⁴⁴⁵. أما غير العمدي فهو الذي يقع دون قصد الإضرار بالغير ، ولكنه يقع نتيجة إهمال الجراح أو عدم احترازه ، وهو شائع في هذا المجال ، غير أنه من أجل تقدير هذا الخطأ إذا كان عمدياً أم غير عمدي يجب الإعتماد على معايير

1- المعيار الذاتي أو الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي تقدير الشخص عند شروعه في السلوك لدى احتمال الضرر من مسلكه⁴⁴⁶ ، ووفقاً لهذا المعيار ينظر إلى الشخص وذات الطبيب الذي صدر عنه الخطأ وإلى إمكانياته الذاتية ودرجة حرصه ، فالطبيب الحريص يكون مسؤولاً إذا ثبت تقصيره في العناية المطلوبة ، وكان بإمكانه تجنب الفعل الضار ، فهو بهذا يقارن ما يقع من الشخص من تصرفاته العادية من حيث إمكانية دفع الضرر من قبل هذا الطبيب .

وطبقاً لهذا المعيار ، فإن القاضي في سبيل الوصول إلى الحقيقة عليه البحث في تحركات الطبيب وتصرفاته ، ومن ثم الحكم بأن سلوكه يشكل خطأ أم لا ، هذا المعيار رغم وضوحه إلا أنه يصعب معه التطبيق لما يتطلبه من مراقبة كل شخص وتبين حركاته وتصرفاته ، لهذا انتقد بعض الفقهاء هذا المعيار لأن التسليم به يؤدي إلى إيقاع الظلم بطائفة كبيرة من الأطباء ، فهو يعتبر ظلماً لليقظ وتساهلاً مع المقصر ، بالإضافة إلى إهدار الرضا الذي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض ، فالخطأ هنا يقوم على فكرة شخصية .

فلا يتصور إسناد الخطأ إلى طبيب دون غيره لنفس الفعل المرتكب ، بالرغم من أن هذا المعيار قد أخذت به بعض أحكام القضاء ، إلا أنه يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير لعدم محاسبته على تقصيره ، وبالمقابل مجازاة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة من الهفوات ، وعلى ذلك فالأخذ بهذا المعيار يعني استبعاد الظروف الخارجية والمحيطية بالطبيب التي قد

⁴⁴⁵ عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص 125.

⁴⁴⁶ خالد عبد الفتاح ، المرجع السابق ، ص 249.

تكون سببا في مسلكه. ، هذا الأمر دفع بالفقهاء إلى البحث على معيار آخر أكثر دقة من المعيار السابق مبني على معطيات موضوعية.

2- المعيار الموضوعي المادي

هذا المعيار معناه أن يتم تقدير مسلك جراح التجميل ليس وفقا لمسلكه الشخصي ، وإنما لما سلكه جراح تجميل عادٍ يفترض فيه الحذر واليقظة و الإنتباه متى وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بجراح التجميل المسؤول ، فهو إذن يستند إلى معيار الرجل العادي والذي عرفه الدكتور السنهوري أنه : "الذي يمثل جمهور الناس، فلا خارق الذكاء شديد اليقظة ، فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة فينزل إلى الحضيض⁴⁴⁷ ."

فالمعيار الموضوعي في مجال الخطأ الطبي هو اعتماد نموذج عملي مماثل لقياس مسلك الطبيب المدعى عليه ، بمعنى قياس سلوك نموذجي لطبيب من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصر ودقة⁴⁴⁸.

ولقد اعتمد هذا المعيار في كل من فرنسا ومصر بشأن تقدير خطأ الطبيب بوجه عام في بذل العناية للمريض⁴⁴⁹ ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه " يتعين لاعتبار الطبيب مخطئا في بذل العناية لمريضه التأكد من أن مسلكه لم يكن ليسلكه طبيب حذر ، (Médecin avisé) وجد في نفس الظروف⁴⁵⁰ ". أما محكمة النقض المصرية فقد قضت في حكم لها مؤرخ في 26 جوان 1929 بأن : " الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني ، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁴⁵¹ ."

وعلى هذا فخطأ جراح التجميل في بذل العناية لاسيما حصوله على رضاء المريض يجب أن يقدر بشكل موضوعي وفقا لسلوك جراح التجميل العادي ، فلا يعتد القاضي في تقديره للخطأ الظروف الشخصية للجراح المسؤول ، وإنما يعتد بسلوك الجراح العادي ، أي سلوك جراح التجميل الوسط بين زملائه في الحرص واليقظة و التبصر ، وهو السلوك المألوف عادة بين جراحي التجميل .

⁴⁴⁷ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 864.

⁴⁴⁸ منصور أحمد المعاينة ، المرجع السابق ، ص 25.

⁴⁴⁹ J.penneau ,op ,cit ,p46

⁴⁵⁰ Cass.civ,30 oct 1963,D 1964 ,p81 .Note Savatier

أنظر رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص100.

⁴⁵¹ نقض مدني ، 29 جوان 1929 . أنظر: رجب كريم عبد الإله، المرجع نفسه ، ص100

وهنا تجب الإشارة إلى هذا السلوك الذي يقاس به خطأ جراح التجميل ليس بسلوك الطبيب العادي أو الجراح التقليدي ، وإنما بسلوك جراح تجميل مثله ، فيأخذ التخصص بعين الاعتبار في تقدير الخطأ .

ومن أجل تقييم هذا المعيار ، نجده يمتاز بانضباطه وسهولة تطبيقه لأنه لا يحتاج إلى بحث ما تخفيه وتخبئه النفوس ، وهو يؤدي إلى نتيجة موضوعية واحدة لا تختلف من شخص إلى آخر ⁴⁵² مما يؤدي إلى تفاوت الأحكام من حالة إلى أخرى .

لم يسلم هذا المعيار من النقد رغم انضباطه ن فقد انتقد على أساس أنه ينطوي على تسليم جزئي لقيام المسؤولية على التبعة .

وقد وضح الدكتور السنهوري هذا الأخير بقوله : " ولا نريد في دفاعنا عن المقياس المجرد ، وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء ، أن نخفي ما ينطوي عليه من تسليم جزئي لقيام المسؤولية عن تحمل التبعة ، ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة ، إذا اخذ بهذا المقياس كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما نزل فيه عن المستوى العادي ، فقد يكون قد استنفذ ما في وسعه من جهد وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي ، فيعتد انحرافه عن هذا المستوى تعدياً ، ويصبح مسؤولاً ، ومسؤوليته إذا كانت تقوم على خطأ قانوني بالنسبة إلى المقياس المجرد ، فهي تقوم على أي خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصي ومن هنا يجئ تحمل التبعة ⁴⁵³ " .

وعلى هذا فكل الانتقادات تصب في نقطة واحدة ، وهي ألا يقتصر في تقدير خطأ الطبيب على الظروف الخارجية فقط ، بل يجب أن يدخل في الاعتبار خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة ، على اعتبار أن ذلك لا يدخل في نطاق الظروف الخارجية ، كذلك ظروف المريض ذاته كأن يكون هذا المريض مسناً ، بحيث لا تسمح حالته باتخاذ الإجراء اللازم ، كذلك المكان الذي تجرى فيه الجراحة ، فالعناية التي يقدمها جراح في المدينة لديه كل الأجهزة المتطورة التي يحتاجها في الجراحة ، قد يعجز عن تقديمها جراح في قرية نائية يعمل بإمكانيات متواضعة .

وإن كان يتعين على جراح التجميل أن يقوم بالعملية الجراحية في مكان مجهز بكافة الآلات والأجهزة الحديثة ⁴⁵⁴ .

⁴⁵² أنور يوسف حسين ، المرجع السابق ، ص 290 .

⁴⁵³ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 1088 .

⁴⁵⁴ رجب كريم عبد الإله ، المرجع السابق ، ص 102 .

غير أنه لا يدخل في هذه الظروف في إطار الجراحة التجميلية – وهذا نجده في الجراحة العادية – ظرف الإستعجال والذي يبرر بعض الأخطاء ، حيث أن الجراحة التجميلية لا تدعو إليها ضرورة ملحة .

وبناء على ما تقدم ذكره يتبين أن الخطأ في بذل العناية والذي يسأل عنه جراح التجميل ، هو التقصير أو الإهمال الذي لا يقع فيه جراح تجميل عادٍ له نفس اليقظة ونفس الفطنة والحذر .

3- صور خطأ جراح التجميل

بمناسبة قيام جراح التجميل بإجراء عمليات التجميل لمرضاه قد يقع في أخطاء ، غير أن هذه الأخطاء تتعدد صورها من أخطاء فنية متعلقة بأصول المهنة وقواعدها ، وأخرى أخطاء عادية .

فالخطأ الفني يتمثل في تقصيره أو عدم احترازه في بذل العناية اللازمة لمريضه من أجل إصلاح العيب أو التشوه ، كما يتمثل في عدم مراعاة الأصول الفنية المتعارف عليها في جراحة التجميل ، وهذا النوع من الخطأ نجده في حالة إهمال جراح التجميل في العناية بمريضه عناية غير عادية ، وإنما عناية خاصة تتطلب منه بذل كل الجهود في سبيل ذلك ، كما نجده أيضا في حالة الإنحراف بجراحة التجميل عن سيرها الطبيعي المتفق عليه ، حيث أنه يعد جراح التجميل مخطئا إذا قام بعمل آخر لا تستلزمه جراحة التجميل ودون سابق إنفاق مع المريض .

لذلك يعد من الأخطاء الفنية التي يحاسب عليها جراح التجميل إذا فقد السيطرة على آلة الجراحة مما يتسبب في إحداث إصابات للمريض مستقلة عن العيب أو التشوه الذي يقوم بإصلاحه وقد أكدت ذلك محكمة استئناف ليون في حكمها الصادر في 8 يناير 1981 ، حيث قضت بأنه : " على جراح التجميل أن يسيطر تماما على التقنية الجراحية ، فعمله دائما ليس عاجلا ولا ضروريا⁴⁵⁵ .

أما فيما يخص الأخطاء العادية التي قد يرتكبها جراح التجميل ، والتي ليست لها علاقة بالجانب الفني فهي لا تتعلق بالعمل الطبي في حد ذاته ، هذه الأخطاء يسأل عنها جراح التجميل حتى لو لم يرتكب خطأ فنيا ، وهذه الأخطاء متمثلة في عدم إعلام المريض ، وعدم الحصول على رضاه بالخضوع للجراحة :

⁴⁵⁵ « le chirurgien esthétique doit maitruser parfaitement la technique chirurgicale son action n'étant jamais ni urgente ,ni obligatoire »

أنظر : رجب كريم عبد اللاه ، المرجع السابق ، ص117.

• عدم إعلام المريض

أن جراح التجميل ملزم بإعلام مريضه قبل إجراء الجراحة بكل المخاطر التي من الممكن أن يتعرض لها ، مهما كانت هذه المخاطر متوقعة أم غير متوقعة وسواء أكانت جسيمة أم بسيطة ، وذلك ليتمكن المريض من اتخاذ جميع القرارات المناسبة لحالته الصحية .

غير أنه لا يمكن إعفاء جراح التجميل من هذا الإلتزام في أي حال من الأحوال ، كون هذا النوع من الجراحة تم بصورة متأنية بعيدا عن الإستعجال .

فمتى امتنع الجراح عن إعلام مريضه ، حتى لو كان هذا الإعلام ناقصا ، بمعنى أنه لا يطلعه على كل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية ، فيعتمد مسلكه في الحالتين خطأ يقيم مسؤوليته ، لأن من واجبه أن يقدم لمريضه معلومات كافية وشاملة عن مخاطر الجراحة

456 .

في هذا السياق قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 12 مارس 1931 بمسؤولية جراح التجميل ، الذي شرع في إجراء الجراحة لمريضه دون أن يعلمها بشكل كامل بالمخاطر التي تترتب عليها ، فقررت أنه : " مادام أن كل ما هو مطلوب من العملية الجراحية هو إزالة أو تخفيف عيب جسماني وليس الشفاء من مرض ، فإنه كان ينبغي على الجراح أن يوضح لمريضته مخاطر العملية توضيحا دقيقا ، وأن يحصل على موافقتها على إجرائها مع علمها بكل ما تنطوي عليه ، فإذا أهمل الجراح في تبصير مريضته بكل المخاطر ، فإنه يعد مرتكبا لخطأ ، وهذا الخطأ يكفي بذاته لقيام مسؤوليته ، دون حاجة لإثبات تقصيره في العمل الطبي " 457 .

• عدم الحصول على رضا المريض

كما سبق وأن أشرنا أنه من الإلتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق جراح التجميل الموافقة المسبقة للمريض الخاضع للجراحة ، وبناء على ذلك فيكون جراح التجميل قد ارتكب خطأ يوجب تبعا لذلك مسؤوليته إذا ما هو قام بإجراء العملية الجراحية للمريض دون الحصول على رضا منه ، حتى لو لم يرتكب هذا الجراح أي خطأ فني أو إهمال في هذه الجراحة . ومن أهم التطبيقات لحالة عدم الحصول على الرضا ، حالة قيام جراح

456 جابر محبوب ، المرجع السابق ، ص 467 .

457 " on doit retenir que le chirurgien a negligee d'éclairer complètement sa cliente sur les risqué graves qu'allait comporter son intervention ; qu'une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné par l'intéressé et en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal , mais seulement de faire disparaître ou d'atténuer l'imperfection physique ; que la faute commise par le chirurgien à ce point de vue special et suffisante pour le rendre responsable du dommage qu'il a cause , qu'une expertise serait inutile "

أنظر : رجب كريم عبد الإله ، المرجع السابق ، ص 53 .

التجميل بالعملية دون الإكتراث بالرفض الصريح للمريض لها⁴⁵⁸ ، كأن يقوم بإجبار المريض على الخضوع للجراحة ، أو أن يستدرجه إلى عيادته بدعوى فحصه ثم يقوم بإعطائه مخدرا ويقوم بإجراء العملية الجراحية .

كما قد يقوم الخطأ عندما يتخطى الجراح حدود المهمة المكلف بها أو يقوم بمباشرة أعمال جراحية أخرى غير تلك التي رضي بها المريض⁴⁵⁹، على أساس أن رضاء المريض لا يعني أنه أعطاه صكا على بياض ليتصرف في جسمه كيف ما شاء ، وإنما هو رضاء خاص يقتصر على عمل جراحي محدد ، وعلى هذا الأساس لا يحق له أن يتجاوز هذا الرضاء ليقوم بأعمال أخرى مخالفة التي كلف بها.

الفرع الثاني ركن الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل أن يكون الجراح قد وقع في خطأ ، وإنما يجب أن يترتب عن هذا الخطأ ضرر يصيب المريض .

والضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو شعوره أو عاطفته أو شرفه⁴⁶⁰ .

أولا : مفهوم الضرر

يقصد به وفقا للقواعد العامة المساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزة ، بحيث يصبح المضرور في وضع أسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ .

وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه : " واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك⁴⁶¹ " .

وقد استقر غالبية الفقه حول مفهوم الضرر بأنه حالة نتجت عن فعل إقداما أو إجحاما مست بالنقص أو ما يعنيه قيمة مادية أو معنوية ، أو كليهما شخص المضرور وهو إلحاق مفسدة بالغير⁴⁶² .

⁴⁵⁸ جابر محجوب ، المرجع السابق ، ص473.

⁴⁵⁹ جابر محجوب ، المرجع نفسه ، ص473.

⁴⁶⁰ حسن زكي الأبراشي ، المرجع السابق ، ص184.

⁴⁶¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص854.

هذا بوجه عام ، أما في مفهوم الضرر في المجال الطبي فهو يكون أثر خطأ الطبيب نتيجة إهماله أو عدم احتياظه أو رعونته ، وقد عرفه البعض بأنه : "حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في حالة المريض ومعنوياته وعواطفه
463".

في حين عرفه البعض بأنه : " ما يصيب المريض من جراء الخطأ الطبي ، سواء أكان ذلك مساسا بسلامة جسمه أو إصابته بخسارة مادية أو إلحاقا بنفسه ومعنوياته إلا ما معنوية نتيجة ما لجقه من خسارة 464".

وعلى هذا فقد يصاب المريض إثر التدخل الطبي بضرر يؤثر على حياته وسلامة جسده ، أو قد يؤدي إلى إزهاق روحه أو إصابته بعجز جسماني سواء أكان عجزا مؤقتا أو دائما ناهيك عن الأضرار الأخرى .

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

غير أنه يجب التنويه إلى أن مجرد فشل الجراحة وعدم تحقيق النتيجة - الجمالية في الجراحة التجميلية - لا يعد بذاته ضررا ، لأن الجراح عامة وجراح التجميل بشكل خاص ملزم ببذل كل ما في وسعه من عناية من أجل التوصل إلى النتيجة ، وعلى هذا يجب أن يكون الضرر مستقلا عن فشل الجراحة إلا إذا كان هناك عقد طبي ، كما أنه ليس بالضرورة أن يصيب الضرر المريض نفسه ، فيمكن أن يصيب شخص آخر غير المريض لاسيما زوج المريض وأقاربه .

ثانيا : أنواع الضرر الطبي

لا يمكن القول بمسؤولية جراح التجميل ما لم ينجم عن خطئه ضرر للمريض ، وهنا الضرر - كما أسلفنا - لا يتحقق في عدم الشفاء أو عدم نجاح العملية وإنما في بذل الجهود الصادقة من أجل تحقيق الشفاء .

فقد يؤدي الضرر إلى إصابة المريض في حياته أو سلامة جسده ، فيكون في هذه الحالة ضررا جسديا ، كما قد يؤدي إلى أضرار في ذمته المالية فيكون ضررا ماليا ،

462 حسام الدين الأحمد ، المرجع السابق ، ص55.

463 عمر منصور المعاينة ، المرجع السابق ، ص55.

464 عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص147.

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

1- الضرر المادي

يعرف الضرر المادي بأنه : " الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية 465 " .

كما يعرف بأنه " ذلك الأذى الذي يلحق بالمريض خسارة مالية تؤدي إلى نقص في ذمته المالية أو المساس بجسم المضرور وسلامته الصحية 466 " .

وعلى هذا فالضرر المادي الذي يلحق بالمريض بسبب خطأ جراح التجميل قد يتمثل في إلحاق الأذى بسلامة جسمه ، بأن يؤدي هذا الخطأ إلى إصابة المريض بتشوهات في جسمه خلافا للعيب أو التشوه الذي أجريت العملية من أجل إصلاحه ، هذا الضرر من شأنه أن ينقص من الكيان المادي ، كما قد يكون إخلالا بمصلحة مالية للغير ، كما لو توفي المريض وكان في حياته يعول شخصا لا تجب نفقته عليه ، فإن هذا الشخص يصاب بضرر من جراء ذلك ، وذلك ليس في حق مالي له لأن المريض ليس ملزما قانونا بالإنفاق عليه وإنما بمصلحة مالية ، فهذا الشخص يستحق تعويضا عن ذلك .

2- الضرر الأدبي

الضرر الأدبي بصفة عامة هو كل ما يصيب المرء في شخصه واعتباره وشرفه وسمعته أو عاطفته ، أو يחדش شعوره ، وهو كما يسبب الألم و الحزن للمريض 467 .

ومن الأمثلة عن الضرر الأدبي الذي يلحق المريض بسبب خطأ جراح التجميل ، ما يشعر به المريض من ألم وحزن وأسى نتيجة إصابته بتشويه أو حروق في جسمه نتجت عن العملية ، أو إصابته بتلف أو بتر لأحد أعضاء جسمه ، وفي هذه الحالة يصاب المريض بضرر مادي وأدبي معا ويستحق التعويض عن هذين الضررين .

وفي هذا السياق قد أثير تساؤل حول إذا ما قام الجراح بإجراء العملية لمريضه رغم معارضته أو دون الحصول على رضا منه ، هل يمثل ذلك ضررا أدبيا ينبغي التعويض عنه إذا ما نجحت العملية ولم يلحق بالمريض أي ضرر مادي ؟!

فبالرجوع إلى غالبية الفقه الفرنسي الذي يعترف بأن عدم احترام إرادة المريض حتى لو نجحت العملية يعتبر ضررا أدبيا يستطيع معه المريض أن يطالب بالتعويض .

465 أحمد حسن الحيارى ، المرجع السابق ، ص127.

466 حسن علي الذنون،المبسوط في المسؤولية المدنية،الضرر،د.ر.ط،ج1،مطبعة المعارف،بغداد،العراق،1991،ص158.

467 حسام الدين الأحمد ، المرجع السابق ، ص 59.

غير أن البعض الآخر يرفض التعويض عن هذا النوع من الضرر مادامت أن الجراحة قد تكلت بالنجاح ولم يلحق المريض أي ضرر جسماني منها⁴⁶⁸.

ولقد عرف الدكتور السنهوري الضرر المعنوي أو الأدبي بأنه: "الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره ويسبب آلاما نفسية"⁴⁶⁹، وبهذا فهو ما يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو شعوره أو في شرفه أو في عاطفته⁴⁷⁰.

فهذا الضرر ينشأ بمجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته بعجز يترتب عن ذلك آلام نفسية نتيجة ما ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء⁴⁷¹.

فهو كما عرفه الفقهاء بأنه: "الألم النفسي الذي يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تلحق بجسده كالكسور والجروح والتشوه الذي يصيبه منها"⁴⁷².

وكما سبق وأن أشرنا أن الفقه في فرنسا انقسم بين مؤيد ومعارض لفكرة التعويض عن هذا الضرر لكن سرعان ما استقر الرأي على اعتبار الضرر الأدبي كالضرر المادي يستحقان التعويض عنهما، وذلك منذ 1943 طبقا لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.

أما المشرع الجزائري فقد نص صراحة في المادة 182 مكرر المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المعدل و المتمم للقانون المدني نص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية و الشرف و السمعة".

كما أن مدونة أخلاقيات مهنة الطب قد تضمنت في طياتها نصوصا تلزم الطبيب باحترام السر المهني وعدم إفشائه تحت طائلة المساءلة القانونية، فنص على أن يحفظ السر المهني المفروض لصالح المريض، بالإضافة إلى ذلك نصت المادة 301 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج، الأطباء والجراحون والصيدال و القابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقعة أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك". وعلى ذلك يمكن إرجاع الضرر المعنوي إلى حالات:

1- الضرر المعنوي الناجم عن إصابة الشخص و الألم الذي تخلفه الإصابة فقد قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في 01 مارس 1949، قضت باعتبار الأثر النفسي البالغ الذي تتركه الإصابة الجسمانية تستوجب التعويض وهذا في قضية الطبيب الذي

⁴⁶⁸ J.penneau, op,cit ,p89.

⁴⁶⁹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص981.

⁴⁷⁰ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د. ر.ط، 1997، ج2، ص148.

⁴⁷¹ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص1417.

⁴⁷² أنس عبد الغفار، المرجع السابق، ص361.

وضع جبسا على قدم المريض ، رغم أن المريض كان يصرخ بشدة ، إلا أن الطبيب لم يعره اهتماما ، مما أدى بعد مرور أيام إلى شلل حركة أعصاب القدم و الأوعية الدموية التي تغذيها ، مما أدى إلى حدوث "غرغرينا" "gargarine" ، فقطعت ساق المريض نتيجة لذلك⁴⁷³.

2- الضرر الناجم عن إصابته الشخص في شرفه واعتباره نتيجة لقذف أو سب.
3- الضرر المعنوي الناجم عن المساس بالعاطفة والشعور ، وعلى هذا نصت المادة 220 من القانون المدني المصري على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضا ، ومن ذلك ما يشعر به الشخص من الحزن و الأسى واللوعة .

وبالرجوع إلى موضوع الجراحة التجميلية فهناك نوع من الضرر المعنوي يعرف فيها "بالضرر الجمالي" وهو ما يظهر في هذا النوع من الجراحة بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة⁴⁷⁴.

وهذا الضرر يختلف من شخص لآخر ، فالضرر بالنسبة للمرأة أشد منه عند الرجل ، وهو يختلف أيضا على حسب الحالة الشخصية و الوضع العائلي للمصاب⁴⁷⁵.

ثالثا : شروط الضرر الطبي

لكي يمكن اعتبار الضرر ركنا لازما لتحقيق المسؤولية الطبية ، لابد من أن يستجمع هذا الضرر مجموعة من الشروط فرضتها نصوص القانون المدني ، وبخاصة المادة 124 منه ، فقد اشتملت بأحكامها مختلف حالات الضرر بما فيها الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية⁴⁷⁶.

1- أن يكون الضرر محققا :

ومعنى ذلك أن يكون محقق الوقوع إن عاجلا أم آجلا ، المهم أن يكون مؤكدا الوجود ، وهذا الأمر يتطلب التحقق من أن المريض قد لحقه ضرر جراء فعل الطبيب الخاطئ ، ولا يجوز بذلك التعويض عن ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع .

⁴⁷³ منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية، المرجع السابق ، ص161.

⁴⁷⁴ عياشي كريمة ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المسؤولية الطبية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011 ، ص25.

⁴⁷⁵ Marie Dominique (F.louzat) ,et Sami paul ,droit des malades et responsabilités des médecins ,Marbort ,Italie ,p111.

⁴⁷⁶ راييس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص272.

وهو بهذا المعنى يجب أن يكون قد وقع أو سيقع حتما في المستقبل ، فلا يكون ضررا افتراضيا أو احتماليا ⁴⁷⁷ ، والضرر المحقق مقصود به الضرر الحال وما يشملته من آثار مستقبلية ، كأن يموت المريض نتيجة إصابته بتلف في جسمه أو في مصلحة مالية ، فقد قضت بذلك محكمة الإستئناف الوطنية في مصر في حكمها المؤرخ في 15 جوان 1970، ذهبت إلى وجوب تحقق الضرر ولو كان في المستقبل ⁴⁷⁸.

فجراح التجميل الذي يهمل ويتقاعس في فرض مراقبة طبية مستمرة بالرغم من علمه باحتمال تطور حالة مريضه ونتج عن هذا الإهمال تحقق الضرر كان مسؤولا عما ينتج ⁴⁷⁹.

ولكي يعتبر الضرر محققا يجب أن يثبت في أن الأمل في شفاء المريض كان واردا لولا وقوع الضرر والذي تحقق بالوفاة أثناء التدخل الجراحي ⁴⁸⁰.

وفيما يخص الضرر المستقبلي الذي سيقع حتما ، كمن يجري عملية جراحية لالتهاب في صيوان أذن المريض ، فيرتكب الطبيب أثناء العملية خطأ لم يصب من جرائه المريض بفقد سمعه ، ولكن قد تتطور لتصل إلى درجة فقدان السمع كلية ، ففي هذه الحالة يستطيع المريض أن يعود على الطبيب نتيجة ما أصابه من ضرر .

وعلى هذا فيستبعد في هذه الحالة ما يسمى بالضرر الإجمالي ، وهو الضرر الذي لم يقع ويكون محل شك في وقوعه من عدمه .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ، ما قضت به محكمة باريس في 23 نوفمبر، قضت بمسؤولية جراح التجميل الذي قام بإزالة شعر في ساق امرأة باستخدام مادة شمعية ساخنة للغاية ، مما تسبب في إحداث حروق في ساقها الأيسر والتي جعلتها غير قادرة على العمل لفترة معينة ، فقد ألزمت المحكمة الجراح بتعويض المريضة في الحال عن النفقات الطبية اللازمة لعلاج هذه الحروق ، كضرر حال ، وعن راتبها الذي ستحرم منه أثناء فترة توقفها عن العمل باعتبار ذلك ضررا مستقبليا ، وقدرت المحكمة التعويض عن هذين الضررين بمبلغ إجمالي قدره الفين فرنك ⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Corinne (Reanail-brahims ky) ,l'essentiel du droit des obligations ,3 éme édition,Gualino ,paris ,2006 p84.

⁴⁷⁸ أحمد حسن الحياوي ، المرجع السابق ،ص129.

⁴⁷⁹ أحمد محمود سعد ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ن مصر ، ط2 ، 2007 ، ص460.

⁴⁸⁰ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص461.

⁴⁸¹ Cass .paris ,23 Nov 1948 ,jcp ,1950 5716,obs,j.Brunet.

غير أنه لا يكون في المستطاع تقدير الضرر المستقبلي في الحال ، فذلك متوقف على أمر لم تعرف حقيقته بعد ، حيث يبقى تأكيد هذه المسألة على عاتق المحكمة وللقاضي سلطة تقدير التعويض عن هذا الضرر ، وهذا ما جاء في نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه : " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدره " .

2- أن يكون الضرر مباشرًا وشخصيًا :

يقصد بالضرر المباشر ما كان نتيجة لخطأ ، وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه: "482 ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية ، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة "وهو بذلك الضرر الذي ينشأ بينه وبين الخطأ علاقة سببية ، ولا يكون في مقدور المصاب أن يتوقاه بالجهد المعقول - الرجل العادي - ، وهو ما يتجلى في حالة المريض الذي يتوفى نتيجة عملية جراحية تجميلية لم يتخذ فيها الجراح الأصول الفنية اللازمة للعملية.

فتقدير التعويض إنما يقاس بمقياس الضرر المباشر الذي أحدثه الفعل غير المشروع سواء أكان هذا الضرر ماديا أم أدبيا ، أو كان متوقعا أم غير متوقع ، وهو يشمل عنصرين : ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب ، أما إذا كان في مقدور المضرور أن يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي فهنا لا يكون ضررا مباشرا وإنما غير مباشر ، فهو ليس نتيجة طبيعية للخطأ ، فتقطع علاقة السببية بينهما ، وهنا يجب التمييز بين حالتين :

أ- حالة تعدد الأسباب التي أدت إلى الضرر ، فالضرر يكون واحدا في هذه الحالة .
ب- حالة تعاقب الأضرار بحيث يتولد عن سبب واحد عدة أضرار ، وفي المجال الطبي فإنه غالبا ما تختلط الحالتان ، فتتعدد الأسباب وتتعاقد الأضرار ، فيأخذ بالضرر المباشر دون الضرر غير المباشر 483 .

وللتمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر في جراحة التجميل ، نجده حين يتفق جراح التجميل مع المريض على إجراء الجراحة (شد البطن مثلا) ، ولكن المريض كان يعاني من التهاب جلدي معدي في البشرة ، وتم نقل المريض إلى المستشفى فأهمله (الجراح ولم يعالجه ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة بخصوص منع انتقال الإلتهاب الجلدي منه إلى

482 أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص

483 أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص365.

غيره من المرضى في المستشفى ، ولم يرقم بالعناية اللازمة وفقا للأصول الفنية ، مما أدى إلى انتقال العدوى لمرضى آخرين ، وهذا الإهمال أدى إلى تشوه جلدي للمريض المتعاقد معه وانتقل هذا التشوه إلى المرضى ثم إلى أسرهم ، فهذا التشوه الذي أصاب المريض و المرضى الآخرين هو نتيجة طبيعية ، أما تسلل الضرر إلى أسر المرضى فهو ضرر غير مباشر ⁴⁸⁴ .

و أما أن يكون الضرر شخصيا فالمقصود به أن يصيب شخصا معيناً بذاته ، وهو كالحالة التي يتوفى المريض من جراء خطأ الطبيب في إجراء العملية الجراحية أو سوء فحص أو شخص أو أشخاص معينين بذواتهم كما هو الحال في الوراثة في حالة الوفاة ⁴⁸⁵ أو من له صفة قانونية ⁴⁸⁶ .

3- أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة :

اتفق غالبية الفقه و القضاء أنه لا يكفي توفر شرط تحقق الضرر للمريض حتى يكون الجراح تحت المساءلة ، وإنما يجب توفر شرط ثالث وهو أن يصيب الضرر مصلحة للمتضرر ، وأن تكون هذه المصلحة مشروعة ، ولكي يكون الضرر قابلاً للتعويض يجب أن يمس حقا مكتسبا أو على الأقل مصلحة للمتضرر، وأن لا تكون هذه المصلحة متعارضة مع مفهوم النظام الآداب العامة ، وهذا ما نصت عليه 97 من القانون المدني الجزائري بقولها : " أن يلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا " .

وهذا يتجلى في حالة وفاة المريض إثر خطأ طبي فتقوم الزوجة بالمطالبة بجبر الضرر الذي لحقها نتيجة وفاة عائلها لأن نفقتها حق ومصلحة مشروعة لها ، وهو ما نصت عليه المادة 74 من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بنصها على أنه : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " .

الفرع الثالث

ركن رابطة السببية

484 نادية محمد قرماز ، المرجع السابق ، ص 154.

485 سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق ، ص 253.

486 أنظر : م 40 ، 42 ، 43 ، من ق م ج.

تعتبر رابطة السببية ركنا ثالثا لقيام المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، وهي أن توجد علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الجراح والضرر الذي أصاب المريض .

فالمقصود بالسببية هي ارتباط السبب بالمسبب أو العلة بالمعلول ، وتعرف في الفقه الإسلامي " بالإفضاء " ، ومعناها أن يفضي التعدي إلى الضرر ، وعلى ذلك فيلزم لقيام المسؤولية أن يكون الخطأ سببا في الضرر فهو ركن مستقل وضروري ، وفي حقيقة الأمر إن تقرير السببية في مجال المسؤولية الطبية وإن كانت تظهر سهولتها في بعض الحالات ، غير أن الحالات الأخرى فإن الأمر يصعب تحديده لاختلاف استجابة جسم الإنسان للعلاج من شخص لآخر ، ولهذا السبب سيتم تحديد معيار رابطة السببية بوجه عام ، ومن ثم تحديدها في مجال جراحة التجميل .

أولا : تحديد معيار رابطة السببية بوجه عام

إن هذه الرابطة يقصد بها تلك العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور⁴⁸⁷ ، وهي كفكرة قانونية فرضتها طبيعة الأشياء فهي ليست مقصورة على القانون المدني فحسب ، بل تشمل كل فروع العلم ولهذا فقد ظهرت في الفقه نظريات كثيرة تؤيد هذه الفكرة من حيث مضمونها ، وبالرغم من صعوبة تحديد هذه الرابطة كونها ركنا مستقلا في قيام المسؤولية ، إلا أنها لم تلق رواجاً على مستوى التشريع في كثير من الدول ومنها مصر .

1- نظرية تعادل الأسباب

ظهرت هذه النظرية على يد الفقيه " جون فيري " ⁴⁸⁸ ، ومفادها اعتبار كل سبب له دخل في وقوع الضرر مهما كان بعيدا ، فإذا تداخلت العديد من العوامل في إحداث الضرر ، فيجب النظر إلى تلك الأسباب ، فإذا ثبت فيها أنه لو لا تلك الأسباب لما وقع الضرر مساواة مع بعضها البعض ، فكل الأسباب متكافئة ومتعادلة وكل واحد منها أدى إلى حدوث الضرر ، فعملا بهذه النظرية فإنه لا فرق بين السبب المباشر وغير المباشر ، فالجاني مسؤول عن النتيجة مهما كانت العوامل التي أدت إليها .

2- نظرية السبب الملائم

⁴⁸⁷ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص501.

⁴⁸⁸ خالد عبد الفتاح محمد ، المرجع السابق ، ص34.

هذه النظرية تعرف أيضا بإسم السبب المنتج أو الفعال ، نادى بها الفقيه الألماني "فون كريس" ⁴⁸⁹ ، ومفادها أنه إذا تعددت الأسباب التي لها دخل في إحداث الضرر ، فإن السبب الذي يجب الإعتداد به هو السبب المنتج ، أي السبب المؤلف الذي يحدث الضرر عادة .

هذه النظرية ظهرت نتيجة الإنتقادات التي وجهت إلى نظرية تعادل الأسباب ، ولقد لقيت تأييدا من جانب الفقه ، ولمعرفة السبب منتج وفقا لهذه النظرية فإنه يتم استعراض جميع الأسباب المتداخلة في إحداث الضرر ومن ثم التمييز بين السبب العارض و السبب المنتج واعتماد هذا الأخير ليكون وحده سببا للضرر ⁴⁹⁰.

ولقد أخذ كل من المشرع الفرنسي والمصري بهذه النظرية ⁴⁹¹ ، لكونها تتفق مع الواقع لأن تعدد الأسباب لا يعني أن تكون كلها متعادلة ومتكافئة في إحداث الضرر بل قد يكون بعضها منتجا والبعض الآخر عارضا .

ثانيا : تحديد معيار رابطة السببية في مجال جراحة التجميل

من المعلوم أن العمل الطبي وجسم الإنسان كلاهما يتسم بتعقيدات ، هذه الأخيرة هي التي أدت إلى القول بصعوبة تحديد رابطة السببية في نطاق المسؤولية الطبية بوجه عام ، ومسؤولية جراح التجميل بوجه خاص ، فهي في المجال الطبي وجود علاقة مباشرة ما بين خطأ جراح التجميل والضرر اللاحق بالمريض ، وفي هذا السياق يقول "سافتيه" : " على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن ودلائل مدققة ، وهي ليست بالشئ الذي يرى أو يلمس وإنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع و الحقيقة أن القاضي حر في تكوين عقيدته ، وإن محكمة النقض تنحصر فقط في التحقق من أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين كل من الخطأ والضرر ⁴⁹²."

وبالرجوع إلى مسؤولية جراح التجميل فقد تنشأ بعض الصعوبة عندما تتعدد الأسباب التي أدت أو ساهمت إلى إحداث الضرر للمريض ، ويكون خطأ الجراح من بينها ومثال ذلك : حالة المريض الصحية أو طبيعة جسمه الخاصة ، فهنا يكون من الصعب اكتشاف السبب الحقيقي الذي أدى مباشرة إلى حدوث الضرر، فهنا هل يعتد بخطأ الجراح مادامت تبينت مساهمته ولو بجزء قليل في إحداث الضرر ؟ أم نأخذ بهذا الخطأ كسبب عندما يكون هو السبب المنتج والفعال ؟.

⁴⁸⁹ أحمد حسن الحياوي ، المرجع السابق ، ص138.

⁴⁹⁰ عمر منصور المعاينة ، المرجع السابق ، ص62.

⁴⁹¹ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص160.

⁴⁹² أحمد حسن الحياوي ، المرجع السابق ، ص139.

فإذا طبقنا نظرية تعادل الأسباب نجد أن الجراح مسؤول حتى لو كانت هناك أسباب أخرى قد ساهمت مع خطئه في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض ، وفي حقيقة الأمر أن الأخذ بهذه النظرية في جراحة التجميل قد يؤدي إلى نتائج مبهمة لا يمكن تقبلها من الناحية القانونية⁴⁹³ ، لأنه يجعل الجراح مسؤولاً لمجرد ارتكابه الخطأ حتى لو كان الضرر اللاحق بالمريض نتيجة سبب آخر .

لهذا فتطبيق نظرية السبب المنتج في مجال جراحة التجميل هو الأقرب للناحية القانونية والعملية ، وبذلك يكون جراح التجميل مسؤولاً إذا كان خطؤه هو السبب المنتج أو المباشر في إحداث الضرر ، فأى ضرر يصيب المريض وكان هذا الضرر محقق الحدوث سواء أقام جراح التجميل بتدخل جراحي أم لم يقم ، فإنه لا مجال للكلام عن مسؤوليته ، أما إذا خرج فعل الجراح عن نطاق السبب العارض ودخل فعله في نطاق السبب المنتج فتقع عليه المسؤولية⁴⁹⁴ .

ولقد أخذ القضاء الجزائري بهذه النظرية - السبب المنتج - في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996 حيث جاء في منطوقه أنه : " يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر أن يكون سببا فعالا فيما يترتب عليه ، ولا يكفي لهذا الإعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر ، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر⁴⁹⁵ " .

المطلب الثاني

نطاق المسؤولية المدنية لجراح التجميل

من المعلوم أن جراح التجميل شأنه شأن أي جراح آخر في أن مسؤوليته عن الخطأ المرتكب من قبله تكون شخصية ، غير أنه في بعض الحالات قد تكون هذه المسؤولية عن الغير ، على أساس أن الطبيب في العقد الطبي قد يؤدي التزامه بنفسه ، وقد يستخدم أشخاصا غيره في تنفيذه ، حينئذ يكون مسؤولاً عنهم وعن أخطائهم في التنفيذ ، أو في حالة عدم التنفيذ (الفرع الأول) ، كما يسأل أيضا عن الأضرار التي تسببها الأشياء المستخدمة في الجراحة ، كالأدوات و الأجهزة والأدوية وغيرها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مسؤولية جراح التجميل عن أخطاء مساعديه

⁴⁹³ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق ، ص160.

⁴⁹⁴ نادية محمد قرماز ، المرجع السابق ، ص161.

⁴⁹⁵ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص178.

يقصد بالغير⁴⁹⁶ الذي يسأل عنه الجراح هو جراح زميل له يدخل في تنفيذ التزامه نحو المريض بالعلاج ، كطبيب التحاليل أو طبيب الأشعة أو طبيب التخدير ، وقد يكون هذا الغير غير الأطباء كالأجهزة المعاونة مثل أفراد هيئة التمريض وطلاب كليات الطب ، فهؤلاء جميعا لا يعتبرون أجانبا عن العقد الطبي الذي يكون بموجبه الجراح ملزما بتنفيذه تجاه المريض .

والمعروف عن جراحة التجميل أن الجراح فيها لا يقوم بها للمريض بنفسه ، وإنما يستعين عادة بغيره ، بل أكثر من ذلك فهو ملزم بالإستعانة بهؤلاء الأشخاص ، كطبيب التخدير فلا يقوم بتخدير المريض بنفسه ، كما أنه قد يستعين بجراح آخر في نفس تخصصه من أجل المساعدة في الجراحة ، وفي هذا السياق فإن جراح التجميل ومن يساعده في إجراء العملية الجراحية يشكلون ما يسمى ب"الفريق الطبي" ، وبالتالي فإن أي خطأ يرتكبه عضو في هذا الفريق يضع جراح التجميل تحت المساءلة حتى لو لم يقم بهذا الخطأ بنفسه ، لكونه يعتبر رئيسا على هذا الفريق فهم يعملون تحت إمرته وهو يدير وينسق كل أنشطة أعضاء هذا الفريق ، وفي أغلب الأحوال فإن المريض لا يعلم إلا طبيبه الذي تعاقد معه⁴⁹⁷ .

والغير بهذا المفهوم يمكن تصنيفهم إلى ثلاث فئات :

الفئة الأولى : زملاء الجراح من الأطباء المساعدين له .

الفئة الثانية : مرؤوسيه من الأجهزة المعاونة له في أداء عمله كالمرضين .

الفئة الثالثة : مرؤوسيه من الأجهزة المعاونة له في أداء عمله كعمال الصحة .

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي فإنه استقر في حكمه الصادر في 27 فيفري 1980 على أن مسؤولية المدين العقديّة عن فعل الغير لا تقتصر فقط على حالة ما إذا كان هذا الغير تابعا ، وإنما يتسع ليشمل دون تحديد أي شخص يدخله المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، وبناء على هذا القضاء فإنه يجوز للطبيب أن يستعين بتابع له بعمل تحت إمرته ، يجوز له أيضا أن يستعين بطبيب مساعد له كحالة الإستعانة بطبيب التخدير لتخدير المريض قبل العملية وإعادته إلى وعيه بعدها ، أو أن يحل محله طبيب بديل عنه في عيادته للكشف عن مرضاه أثناء غيابه أو سفره أو مرضه⁴⁹⁸ .

⁴⁹⁶ علاء الدين خميس ، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، د.رط ، دار الكتاب العربي، الإسكندرية ، مصر ، 2009 ، ص219.

⁴⁹⁷ F.chabas, la responsabilité de l'équipe médicale en droit civil , litec ,1992,p31.

⁴⁹⁸ علاء الدين خميس ، المرجع السابق ، ص221.

أما القانون المصري فقد أقر ضمنيا مسؤولية المدين العقدي عن فعل الغير بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 217 من القانون المدني بنصها على أنه: "وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما نشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه⁴⁹⁹".

ويفهم من هذه المادة أنه مادام يجوز للمدين الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية، فهذا يدل على أن الأصل هو ألا يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص.

ولكي تقع هذه المسؤولية يجب أن تتوافر شروط وتترتب آثار:

أولا: شروط مسؤولية جراح التجميل عن خطأ مساعديه

بعد أن يتم عقد صحيح بين جراح التجميل وبين المريض، فلا بد من توافر شروط لقيام مسؤوليته عن أخطاء مساعديه:

1- أن يكون تدخل المساعد بتكليف من الجراح: يجب أن يكون تدخل هذا المساعد والذي يدخل في حكم الفئات - التي سبقت الإشارة إليها - يجب أن يكون تدخله بناء على تكليف من جراح التجميل، فإذا ما وقع الخطأ من شخص أجنبي غير الفئات المساعدة ودون علم من الجراح كأقارب المريض مثلا فهذا يعد سببا أجنبيا تنتفي بوجوده العلاقة السببية ومن ثم انتفاء مسؤولية الجراح⁵⁰⁰.

ونعني بالتكليف ذلك الإتفاق المسبق بين جراح التجميل ومساعديه، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الإتفاق صريحا أو ضمنيا، وهنا يجب التمييز بين حالات ثلاث:

أ- أن تتم جراحة التجميل في عيادة خاصة: في هذه الحالة يكون الجراح قد تعاقد مع مساعديه من أطباء وممرضين مسبقا من أجل مساعدته في الجراحات التي تتم داخل عيادته، وهذا ما يحدث غالبا في هذا النوع من الجراحات، وبذلك تقع المسؤولية عليه في حالة إذا أخطأ أحد هؤلاء المساعدين، فمسؤوليته عقدية عن هذا الخطأ سواء أكان هذا المساعد تابعا له أم غير تابع، لأنه لا يشترط في المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن يكون هذا الأخير تابعا للمدين⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص175.

⁵⁰⁰ محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د.ر.ط، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993، ص64.

⁵⁰¹ Ch.vilar, l'évolution des résponsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste, RIS civ, 1974, N 32, p754.

فجراح التجميل يتعهد أمام مريضه ببذل العناية الدقيقة و اليقظة والتي تتفق مع الأصول العلمية المستقرة ، وعلى هذا الأساس فإن المريض يسلم نفسه له لكي يقوم بتعده ، وفي حالة إذا استعان بغيره في مساعدته فإنه يكون ضامنا للأخطاء التي يمكن أن يقع فيها هذا الغير بغض النظر للعلاقة التي ربطت هذا الجراح بالغير ، فقد تربطهما علاقة تبعية مثلا ، كالمريضين أو حتى الأطباء المساعدين نتيجة لعقد العمل الذي بينهما ، وقد لا يكون تابعا له إذا ما استعان بطبيب تخدير⁵⁰² من عيادة أخرى لمساعدته فهنا يكون عقد مقولة .

ب- أن تتم جراحة التجميل في مستشفى خاص : هذه الحالة يكون فيها الإتفاق بين جراح التجميل والمريض في عيادته الخاصة على أن يتم إجراء العملية في المستشفى الخاص بناء على عقد خاص بين هذا الجراح وإدارة المستشفى وهو عقد الممارسة الحرة⁵⁰³ ، وهو عقد بموجبه تسمح إدارة المستشفى للجراح باستخدام غرفة العمليات من أجل إجراء الجراحة للمريض ، ويضع أيضا تحت تصرفه الطاقم الطبي المساعد (ممرضين ، أطباء مساعدين ، أطباء تخدير) ، وكذلك الأدوات و الأجهزة اللازمة للعملية مقابل حصول المستشفى على أجر معين من الجراح ، وفي ذات الوقت يبرم عقد استشفاء مع المريض من أجل توفير سرير لإقامته بالمستشفى .

ففي هذه الحالة يكون الجراح مسؤولا مسؤولية عقدية عن أخطاء المساعدين ، لأنه بالرغم من كون هؤلاء المساعدين هم في الأصل تابعين للمستشفى إلا أن هذه الأخيرة قد وضعتهم تحت تصرف الجراح ، وهو لا يسأل عن أخطاء هؤلاء فيما يخص الأعمال الطبية فحسب وإنما هذه المسؤولية تشمل حتى الفحوصات والتحاليل السابقة على التدخل الجراحي ، وحتى بعد العملية من إفاقة المريض إلى استرداده و عيه⁵⁰⁴ .

أما فيما يتعلق بالخدمات العادية التي تقدمها المستشفى بموجب التعهد الذي بينها وبين المريض مثل : تقديم الطعام وإعطائه الأدوية وغيرها ، فإن إدارة المستشفى هي التي تكون مسؤولة في حالة ما إذا وقع خطأ أو تقصير في تقديم هذه الخدمات ولا مسؤولية للجراح في ذلك⁵⁰⁵ ، وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 21 جويلية 1953 ، قضت بمسؤولية المستشفى عن خطأ الممرضة في إعطاء الدواء للمريض⁵⁰⁶ .

⁵⁰² أصبح اليوم طبيب التخدير يلعب دورا أساسيا وحيوي في الجراحة لا يقل أهمية عن دور الجراح ، عكس ما كان عليه سابقا حيث كان يقتصر دوره على مجرد ضمان عدم إحساس المريض بالألم .

⁵⁰³ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق ، ص181.

⁵⁰⁴ محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية، د. ر.ط، ج 1، دار النهضة العربية، مصر، 1982 ، ص396.

⁵⁰⁵ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص127.

⁵⁰⁶ CA,paris ,21 juill1953,D.1953,p637.

ج- أن تتم جراحة التجميل في مستشفى عام : في هذه الحالة يوجد عقد بين المريض و الجراح ، فالمريض لا يختار الجراح الذي سيجري له العملية وإنما يكون ذلك مفروضاً عليه ، وابتعد من ذلك فإنه لا يوجد اشتراط لمصلحة المريض على أساس أن العلاقة بين الجراح والمستشفى هي علاقة تنظيمية تخضع لقانون العاملة بالدولة ، وهنا إذا تمت جراحة التجميل في هذا المستشفى ، فإن جراح التجميل الذي قام بإجراء العملية لا يسأل مسؤولية عقدية عن أخطاء مساعديه نظراً لانعدام العقد بينه وبين المريض ، ولا يسأل أيضاً مسؤولية تقصيرية عن أخطائهم على أساس أنهم ليسوا تابعين له ، ولكن يمكن أن يسأل مسؤولية تقصيرية عن خطئه الشخصي .

وعلى هذا فالمستشفى هو المسؤول مسؤولية تقصيرية عن أخطاء مساعدي الجراح ، وحتى عن خطأ الجراح نفسه وفقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه بحكم أنهم تابعين للمستشفى وخاضعين لرقابته ، وهنا المريض له الحق بالرجوع عليهما مجتمعين أو منفردين بكامل التعويض⁵⁰⁷ .

2- أن لا يكون المريض قد تدخل في اختيار المساعد :

حتى تقوم مسؤولية جراح التجميل عن خطأ مساعديه يجب أن لا يتدخل المريض في اختيار هذا المساعد ، فإذا اختار المريض المساعد بنفسه أو أقر اختياره من قبل الجراح فهنا لا يسأل جراح التجميل عن خطأ المساعد لأنه قد ينشأ في هذه الحالة عقد طبي مباشرة بين المريض والمساعد ويسأل هذا الأخير وحده أمام المريض .

في هذا الصدد قد أشارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 18 أكتوبر 1960 ويتعلق الأمر بطبيب تخدير أخطأ في تخدير المريضة أثناء إجراء عملية جراحية لها ، مما أدى إلى إصابتها بعجز أو شلل في يدها ، فاعتبرت المحكمة الجراح مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه المريضة عن خطأ طبيب التخدير ، وليس هناك دليل على أن الإختيار قد

أقرته المريضة ولو ضمناً مما يدل على وجود عقد طبي بين المريضة والطبيب المخدر⁵⁰⁸ .

3- أن يكون المساعد قد ارتكب خطأ تجاه المريض :

إضافة إلى الشروط السابقة يجب لتحقيق قيام مسؤولية جراح التجميل عن خطأ مساعديه ، أن يكون هذا الأخير قد ارتكب خطأ حيال المريض وذلك أثناء قيامه بتنفيذ عمله الذي كلفه به

⁵⁰⁷ جابر محجوب ، المرجع السابق ، ص 47.

⁵⁰⁸ "Le docteur x (le chirurgien) avait seul choisi l'anesthésiologue qui devait l'assister dans l'opération qu'il s'était engagé à pratiquer sur la dame y (la patiente) , sans que rien n'établisse que ce choix ait été , même tacitement , ratifié par ladite dame ; et qu'il en déduite qu'aucun contrat médical n'était intervenu entre celle -ci et le docteur z(anesthésiste).

أنظر : رجب كريم عبد الإله ، المرجع السابق ، ص 187.

الجراح ، ولا يكفي أن يرتكب هذا المساعد خطأ فحسب بل يجب أن يكون قد نتج عن هذا الخطأ ضرر للمريض وأن تتوافر العلاقة السببية .

غير أن هذا لا يعني جراح التجميل من المسؤولية وإنما قد يسأل مسؤولية شخصية حتى لو كان الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة خطأ المساعد لا خطئه ، على أساس أن له عليه حق الرقابة و التوجيه ، فالجراح الذي يقوم بتكليف أناس غير مؤهلين أو غير متخصصين يعد مقصرا في رقابته وتوجيهه⁵⁰⁹.

ثانيا : آثار المسؤولية المدنية لجراح التجميل:

بتوافر الشروط - السالفة الذكر - فإن جراح التجميل يكون مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه مريضه عن الخطأ الصادر عن مساعديه ، وهذه المسؤولية لا يمكن التنصل منها بإثبات عدم الخطأ في اختيار المساعد أو عدم التهاون والتفصير في الرقابة ، غير أنه يمكن له أن ينفي المسؤولية بإثبات عدم خطأ مساعده وأنه كان في المستوى المطلوب وأنه قام بالعناية اللازمة المطلوبة⁵¹⁰.

وبتخلص الجراح من المسؤولية لا يعني تخلص المساعد منها أيضا ، وإنما يبقى المساعد مسؤولا مسؤولية شخصية على أساس أنه ارتكب خطأ ، ولذلك يجوز هنا للمريض بدلا من الرجوع على الجراح أن يرجع مباشرة على المساعد الذي صدر منه الخطأ ، ونظرا لعدم وجود عقد بينه وبين مساعد الجراح فإن الدعوى هنا تكون عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية .

غير أنه إذا حكمت المحكمة بالتعويض يؤديه الجراح للمريض فيمكن للجراح الرجوع على مساعده المخطئ من أجل استرداد مبلغ التعويض الذي قدمه للمريض وهذه الدعوى تسمى "دعوى الرجوع" .

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 580 منه قد أقرت المسؤولية العقدية عن فعل الغير بنصها على أنه : " إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك ، كان مسؤولا عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين ، أما إذا رخص الوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات " .

هذه المادة تقر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير بطريقة غير مباشرة ، إضافة إلى نص المادة 564⁵¹¹ من نفس القانون ، وهذا ما يلاحظ في هذا السياق هو خلو التشريع المدني

509 حسن زكي الأبراشي ، المرجع السابق ، ص358.

510 حسان الأهواني ، المرجع السابق ، ص363.

511 تنص م 564 من ق م ج على أنه : "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الإعتماد على كفاءته الشخصية ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل "

الجزائري من وجود نص صريح يقر مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، غير أن ذلك لا يمنع من إقرار هذه القاعدة و الإقرار بها⁵¹².

الفرع الثاني

مسؤولية جراح التجميل عن الأدوات و الأجهزة الطبية

في نطاق جراحة التجميل فإن ما شهدته التقدم العلمي في هذا المجال جعل من الأدوات والأجهزة الطبية والتركيبات الصناعية تلعب دورا أساسيا وجوهريا فيها ، في مقابل ذلك قد يؤدي استعمال هذه الأجهزة إلى إحداث إصابات بالمرضى وقد تلحق بهم أضرارا بسبب ما يوجد من عيوب في تلك الأدوات والأجهزة ، ومادام أن العلاقة بين جراح التجميل و المريض هي علاقة في الأساس علاقة عقدية ففي هذه الحالة يكون مسؤولا عن الأضرار التي تسببها هذه الأشياء والآلات المعيبة ، وذلك وفقا لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير⁵¹³.

فالجراح يقع على عاتقه حيال مريضه التزام بضمان السلامة بخصوص الأشياء والآلات المستعملة في الجراحة وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة ، وللتفصيل في ذلك سيتم توضيح مختلف الأشياء التي يستخدمها جراح التجميل في إجراء العملية الجراحية للمريض

أولا : الأدوات والأجهزة الطبية

كما سبق وأن أشرنا إن التقدم العلمي الحاصل في مجال الطب لم يلحق فقط اكتشاف الأمراض وأدويتها وإنما تعدى حتى إلى الأجهزة المستعملة في الجراحة والعلاج ، فقد أصبح اللجوء إليها ضرورة ملحة في الآونة الأخيرة لاسيما جراحة التجميل التي لعبت فيها الأجهزة دورا كبيرا ، إلا أنه مع هذا التقدم إلا أن هذه الآلات قد تلحق ضررا بالمريض يرجع أحيانا إلى عدم ضبطها أو سوء استعمالها أحيانا أخرى وإلى أسباب غير معروفة أيضا ، ومن ثم يطرح التساؤل حول مدى مسؤولية الجراح عن هذه الأضرار التي قد تصيب المريض من جراء هذه الأدوات والأجهزة؟.

في هذا السياق ذهب رأي إلى اعتبار أن مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي قد تصيب المريض من جراء هذه الأدوات والأجهزة ، أي تخضع لذات القواعد التي تخضع لها

⁵¹² رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص129.

⁵¹³ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق ، ص193.

مسؤوليته عن الأعمال الطبية ، بمعنى أنه لا يسأل عن تلك الأضرار إلا إذا كانت نتيجة خطئه .

هذا الرأي تم هجره واستقر الأمر بفرنسا ومصر على أن الطبيب أو الجراح ملتزم بموجب العقد الطبي الذي يربطه بالمريض ليس فقط ببذل عناية يقظة في علاج المريض ، إنما يلزم زيادة على ذلك بضمان سلامة الأدوات و الأجهزة التي يستخدمها حتى لا تلحق بمريضه أي أضرار نتيجة العيوب ، وهنا يقع عليه التزام آخر هو الألتزام بتحقيق نتيجة⁵¹⁴

أما إذا كانت الأدوات و الأجهزة سليمة وخالية من العيوب ، فإن جراح التجميل لا يسأل عن الأضرار التي تصيب المريض من جراء استخدامها إلا إذا كان قد أخطأ أو قصر في هذا الإستخدام ، ولذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية الجراح عن انكسار طرف الإبرة أثناء العملية الجراحية واختفائه في الجرح بين ثنايا العضلات لعدم ثبوت الخطأ من جانبه مادام لم يثبت تقصيره في اختيار الآلة⁵¹⁵ .

ثانيا : الأجهزة و التركيبات الصناعية

هو التزم آخر يقع على عاتق الجراح وذلك بضمان سلامة الأدوية التي يقدمها للمريض بمناسبة إجراء العملية الجراحية له ، فيقع عليه عبء توفير الأدوية غير الضارة و إلا كان مخلا بالتزامه .

وهذا يقع أيضا على تركيب الأعضاء الصناعية للإنسان على أساس تعويضه عما فقده من أعضاء سليمة أو حالة إصابتها بتلف ، وهذا غالبا ما يلجأ إليه جراح التجميل أكثر من غيره إلى استخدام هذه التركيبات كتركيب أسنان صناعية أو 2110 أطراف صناعية أو عمليات تكبير أو تصغير للثدي - كما أسلفنا سابقا - ففي هذه الحالة يكون جراح التجميل ملزما أيضا بضمان سلامة هذه التركيبات أو الأعضاء من كافة الأضرار فنقوم مسؤولية تبعاً لذلك إذا أصيب المريض بأضرار نتيجة عدم توافق هذا العضو مع الجسم الذي نقل إليه .

وقد استقر القضاء في فرنسا على أن طبيب الأسنان يلزم ببذل عناية فحسب فيما يتعلق بوضع الأسنان الصناعية ، بعد تهيئة الفم لها ، أما فيما يتعلق بتقديم هذا الأسنان فإنه يلزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة الأسنان الصناعية⁵¹⁶ .

ثالثا : عمليات نقل الدم

المعروف في جراحة التجميل أنه قد يحتاج الجراح فيها إلى نقل الدم ، وهنا في هذه الحالة يلتزم جراح التجميل بأن ينقل للمريض دما متفقا مع فصيلة دم المريض ، وأبعد من ذلك يجب عليه أن يضمن سلامة هذا الدم الذي نقله بحيث يكون خاليا وسليما من المرض وإلا أصيب المريض بعدوى من هذا الدم ، فإذا كان الدم الذي نقله الجراح إلى المريض ملوثا فإنه

⁵¹⁴ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق ، ص 196.

⁵¹⁵ رجب كريم عبد الإله ، المرجع نفسه ، ص 196.

يسأل عما يصيب مريضه من أي ضرر ما لم يتدخل سبب أجنبي في ذلك ، وفي هذا السياق فإن تحليل الدم والوقوف على فصيلته ليست من مهمة جراح التجميل ، وإنما يعهد بها إلى طبيب متخصص أو معمل للتحاليل وهذا المعمل يطلق عليه اسم "بنك الدم " ، والذي بناءا على عقد بينه وبين المركز يتعهد هذا الأخير بتقديم دم سليم وهنا يقع على كليهما التزام بتحقيق نتيجة⁵¹⁷ .

⁵¹⁷ شريف الطباخ، جرائم الخطأ والتعويض عنها، د. ر. ط، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، مصر، 2011 ، ص253.

المبحث الثاني إثبات المسؤولية المدنية لجراح التجميل

قد استقرت جل التشريعات العربية والغربية على تقدير أن الإخلال بالتزام عقدي أو تقصيري ناجم عن خطأ أو فعل غير مشروع يترتب عليه التعويض .

فتمتّى لحق المريض ضرر بمناسبة إجرائه لعملية التجميل ، فإن هذا الضرر يجعل جراح التجميل مسؤولاً وللمريض أن يقوم برفع دعوى أمام القضاء من أجل حبر ذلك الضرر . غير أنه تثار في هذه المسألة إشكالية إثبات هذه المسؤولية ، بيد أن مسألة الإثبات تعد من أهم مسائل القانون وتحتل مكانة معتبرة في إطار المسؤولية بصفة عامة والمسؤولية المدنية بصفة خاصة ، ذلك أن أي حق لشخص لدى الغير يدور مع الإثبات وجوداً وعدمًا ، إذا أنه يكون أملاً مرجواً ومركزاً غير ثابت إلى أن يقوم الدليل عليه فيصبح حقاً مكتسباً ومركزاً مستقراً⁵¹⁸.

فأهمية إثبات خطأ الطبيب هي أيضاً من المسائل التي لا تقل أهمية ، خاصة إذا كان الخطأ المرجو إثباته ذا طابع فني بحث ، فهنا في هذه الحالة نكون أمام عدة مسائل أهمها عبء الإثبات (المطلب الأول) ، وثانيها دعوى التعويض التي تعتبر أثراً بارزاً للمسؤولية المدنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول عبء إثبات المسؤولية المدنية لجراح التجميل

كما سبق وأن اشرنا أن المسؤولية المدنية إنما تقوم على أركان ثلاث : وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما ، بيد أنه بالرجوع إلى القاعدة الثابتة في إثبات هذه المسؤولية تتضمن أنه على المضرور إثبات هذه الأركان في حالة ما إذا توجه للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

وعند القول بازدواجية المسؤولية بين عقدية أو تقصيرية ، فإن أنصار هذه الإزدواجية فرقوا بينهما فيما يخص عبء إثبات الخطأ ليحصل على تعويض عن الضرر ، أما فيما يخص المسؤولية العقدية فيختلف الأمر فيكتفي أن يقيم الدائن الدليل على وجود العقد ويقوم

⁵¹⁸أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص329.

الالتزام في ذمة المدين ليكون له حق التخلص منه بإثبات تنفيذه للالتزام أو إلى إرجاع عدم التنفيذ إلى سبب أجنبي⁵¹⁹.

وبالرجوع إلى التزام جراح التجميل بأخذ رضا المريض قبل إجراء العملية ، فيعد عدم تنفيذ هذا الالتزام و التأخير في تنفيذه خطأ من جانب جراح التجميل الذي تقوم معه مسؤوليته فيكون أمام المريض إثبات تخلف هذا الرضا والذي يعد شرطا من شروط عمليات التجميل . وذلك بحسب الالتزام الواقع على الجراح ، فكان لا بد من معرفة عبء تخلف الرضا في القانون الجزائري (الفرع الأول) ، ومن ثم التعرض لمختلف القواعد التي تحكمه في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني) ، وكذا ما جاءت به القوانين المقارنة الأخرى في هذه المسألة (الفرع الثالث) .

الفرع الأول

عبء إثبات تخلف الرضا في القانون الجزائري

تقتضي المسؤولية المدنية لجراح التجميل أمام القضاء إقامة الدليل على توافر أركانها ، وعند الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات والتي تقضي بأنه : "البينة على من ادعى " ، فإنه يقع على المريض أو ورثته في حالة وفاته عبء إثبات أركان وعناصر هذه المسؤولية من خطأ وضرر والعلاقة السببية بينهما .

أولا : عبء الإثبات في القانون المدني الجزائري

وبالرجوع إلى نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

وعند تصفح القانون الجزائري فإنه لا يتم العثور على أي سوابق قضائية حول موضوع الإثبات في هذا المجال ، غير أن هذه المسألة تستخلص من اعتراف القانون الجزائري بأهمية الموافقة المتبصرة للمريض⁵²⁰ ، وهذا ما أكدته المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب⁵²¹ ، فالقاضي في حالة النزاع يفرض عليه التأكد من مدى حصول الطبيب أو الجراح على رضا المريض .

⁵¹⁹ محمد جمال الدين زكي ، الخبرة في المواد المدنية والتجارية ، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع ببندي الخبراء ، د.ر.ط ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، ج1 ، 1990 ، ص 23.

⁵²⁰ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص306.

⁵²¹ تم التعرض لهذه المادة في الباب الأول .

فما تتميز به العلاقة بين الطبيب والمريض نجد أن هذا الأخير هو الدائن بالإعلام ، في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام ن وهنا يكون غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام على أساس أن مصدر هذا الإلتزام هو القانون ،ومن ثم فيكتفي بإثبات العلاقة الطبية في حالة إخلال الطبيب بهذا الإلتزام .

ثانيا : جزاء الإخلال بالرضا في القانون الجزائري

إن الطابع التعاقدي بين المريض و الطبيب هو ما يجعل حصول على رضا المريض شرطا أساسيا في هذا العقد ، فهو يعتبر شرطا من شروط صحة العقد ، فقد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " ، وهذا الرضا يجب أن يكون خاليا من العيوب شأنه شأن التدليس و الإكراه ، وفي حالة ما إذا أخل الطبيب بالتزامه بإعلام المريض وأخذ موافقته فهل يعتبر هذا الرضا معيبا يمكن للواقع فيه بالمطالبة بإبطال العقد للغلط أو التدليس و أن يطالب بالتعويض ؟.

و الواقع أن الغلط يعتبر أحد العيوب التي تفسد رضا المتعاقد وقد خصها المشرع الجزائري بالتنصيص عليها في المواد من 82 إلى المادة 85 من القانون المدني الجزائري . فالإلتزام بإعلام المريض وأخذ موافقته هو بمثابة حاجز وقائي يحول دون وقوع المتعاقد في الغلط ، فتزويد الطبيب للمريض بالمعلومات الكافية من أجل أخذ موافقة صريحة منه وبطريقة سليمة يكون كذلك قد وفى بالتزامه مما يدفع عن المتعاقدين الوقوع في الغلط ، بمقابل ذلك فإن أي تقصير أو انعدام في الوفاء بهذا الإلتزام يجعل احتمالية وقوعهما في الغلط واردة جدا .

فالمادة 82 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط " فإبطال العقد للغلط في نظر البعض يمثل في حد ذاته جزاء على مخالفة الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ، وذلك عندما يخل الملتزم بالإعلام في إفادة الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية بسبب جهله لها ، وهنا يجوز الحكم بتعويض عن الضرر الحاصل إذا استحال رد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وهذا ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني الجزائري بقولها : " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

أما بالنسبة للتدليس فيعتبر هو الآخر أحد عيوب الإرادة المفسدة للرضا في القانون الجزائري ، فما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني بقولها : " يجوز إبطال العقد للتدليس ، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة ، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

فالتدليس هو لجوء العاقد إلى وسيلة غير مشروعة بقصد إيقاع العاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد⁵²².

فإذا لجأ جراح التجميل إلى تلك الحيل للحصول على رضا المريض ، والذي يعتبر من أكثر الوسائل شيوعاً في المجال الطبي ، فهنا يخول القانون لمن وقع في التدليس ليس فقط إبطال العقد فحسب وإنما المطالبة بالتعويض ، وباعتبار أن إرجاع الحالة التي كان عليها المتعاقدان قبل العقد جائزة في المعاملات المالية ، إلا أنه يصعب تطبيقها في المجال الطبي وبالتالي فإن التعويض يكون زيادة على إبطال العقد جزاءً لإخلال الطبيب بالتزاماته .

الفرع الثاني

عبء إثبات تخلف الرضا في الشريعة الإسلامية

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية جاءت بأحكام وقواعد دقيقة تقرر مسؤولية الأطباء المدنية وكذا الجنائية ، وما وصلت إليه الشريعة السمحاء يعد أفضل مما وصلت إليه الشرائع الحديثة ، بل لها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع الجنائية والمدنية في العصر الحديث⁵²³.

وهذا ما يدل عليه قوله تعالى : " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص"⁵²⁴.

أما في السنة النبوية فقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "من تطيب ولم يعلم منه طب فهو ضامن"⁵²⁵.

وقال الخطابي في معالم السنن : "لا أعلم خلافاً في المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً ، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه متعدياً ، فإذا تولد عن فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود ، لأنه لا يسند لذلك دون إذن المريض"⁵²⁶.

ومنه فالطبيب أو الجراح لا يضمن التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد والمعهود والمأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال ، لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة عادة لا يمكن الإحتراز منها ، وليس في الوسع تجنبها⁵²⁷.

⁵²² مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 345.

⁵²³ أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق ، ص 189.

⁵²⁴ الآية 45 ، سورة المائدة .

⁵²⁵ أخرجه أبو داود في سننه ، ج 4 ، ص 195 ، رقم 4586..

⁵²⁶ أبو سليمان محمد بن محمد الخطابي ، معالم السنن ، ط 2 ، المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1981 ، ج 4 ، ص 39.

⁵²⁷ عبد الفتاح بهيج علي العواري ، الأحكام الفقهية للجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 123.

وعليه فالأصل أن الطبيب لا يسأل إلا إذا تخلف شرط من شروط الإباحة في عمله ونتج عن ذلك ضرر للمريض ، ويسمى الضرر في الفقه الإسلامي ب"السراية" ، ويقصد بها ما ينتج عن العمل من ضرر⁵²⁸ ، فالطبيب ضامن للضرر المترتب عن فعله إذا كان جاهلا أو كان تدخله دون رضا المريض .

أولا : طبيعة خطأ الطبيب الموجب لضمان السراية

لقد اتفق جانب من الفقه الإسلامي على أن خطأ الطبيب الموجب لقيام المسؤولية يجب أن يكون خطأ فاحشا وهو الخطأ الذي لا يقع من طبيب آخر في نفس الظروف⁵²⁹. فتدخل الطبيب بغير ما هو متعارف عليه لدى أصحاب المهنة يجعله ضامنا لهذه التجاوزات ، أما إذا تصرف الطبيب وفقا لما يفعله طبيب في نفس مستواه فلا ضمان عليه وإن ارتكب خطأ يسيرا.

أما اختلاف الفقهاء فكان حول تحديد المقصود بضمان السراية المترتبة عن عمل الطبيب غير المستوفي لشروط إباحة مهنته ، وبصفة خاصة عدم احترامه لشروط إذن ورضا المريض في العمليات الجراحية ، فاعتبر البعض الضمان في هذه الحالة هو القصاص ، أما البعض الآخر فذهب إلى تنفيذه بالدية⁵³⁰.

في حين هناك اتجاه فقهي يرى أنصاره أن خطأ الطبيب في العلاج يدخل في خانة "جناية الخطأ" التي يقتصر فيها الضمان على الدية وهذا ما ذهب إليه مذهب المالكية فاعتبروا الطبيب إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية إلا في حدود الثلث ، بينما لا يسأل شخصا عن الضرر الذي يتسبب فيه عن طريق وصف الدواء ، مع أن هذا التخفيف لا يعني إعفاء الطبيب إلى إهدار حق المريض في الضمان ، وإنما ينقل إلى جهات أخرى تخفف العبء على الطبيب وهذا ما ذهب إليه الفقه من وضع نظاما لتوزيع هذا العبء من أجل تحرير الطبيب من المسؤولية فهو يتحمل ثلث الدية أما ما تعدى فإنه يقع على عاتق عاقلته⁵³¹ ، فإنه توجد فعلى بيت المال⁵³² مما يجعل الدولة أيضا مسؤولة عن خطأ الطبيب إما بحكم أنها هي التي عينته فيكون تابعا لها ، أو أنها هي التي سمحت لها بمزولة مهنة الطب⁵³³

ثانيا : رابطة السببية بين خطأ الطبيب والسراية

⁵²⁸ علي الحقيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، ج1، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، مصر، 1981، ص47.

⁵²⁹ عبد السلام التونجي ، المرجع السابق ، ص10.

⁵³⁰ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص310.

⁵³¹ علي الحقيف ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 177.

⁵³² ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج2 ، المطبعة الجمالية ، القاهرة ، مصر ، 1329 هـ - ، ص194.

⁵³³ مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 312.

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تخفيف المسؤولية عن الأطباء حتى لا يسبب التشدد عزوف الأفراد عن ممارسة المهنة ، ومن ذلك فالطبيب الذي يقوم بعمله متبعاً في ذلك الأصول العلمية والفنية للمهنة فإنه في هذه الحالة لا يضمن السراية – أي الضرر – إذا اقتصر على التسبب فيها ، أما إذا كانت السراية نتيجة التدخل الجراحي فهنا وفقاً لما سبق لا يسأل الطبيب عن الضرر إلا إذا تعمد حدوثه .

وخلاصة القول فإن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في انعقاد مسؤولية الطبيب عن السراية في حالة المباشرة ولو لم يتعد حقه ، وبذلك فهو لا يضمن إلا ثلث الدية -مما تم بيانه-.

الفرع الثالث

عبء إثبات رضا المريض في القوانين المقارنة

يختلف إثبات خطأ جراح التجميل على حسب اختلاف طبيعة الالتزام الذي أخل به ، وهذا يختلف أيضاً في كثير من القوانين الوضعية المقارنة .

أولاً : عبء إثبات تخلف الرضا في النظام الفرنسي

لقد استقر القانون الفرنسي على أن رضا المجني عليه كسبب لإباحة المساس بالكيان الجسدي للشخص لا يعف الطبيب من المتابعة القضائية إلا إذا كان التدخل الطبي من أجل العلاج .

ومن ذلك إخلال برضا المريض لا يؤدي دائماً بمتابعة الطبيب جزائياً ، حيث اعتبرت إحدى المحاكم الفرنسية أن متابعة الطبيب جنائياً عن الإخلال بالرضا يجب أن يكون قد خالف الأنظمة المعمول بها ، مثل تقنين أخلاقيات الطب التي توجب عليه أخذ رضا المريض ، ففي هذه الحالة يمكن تأسيس جريمة الضرب والجرح غير العمدي عن إخلال الطبيب كقاعدة قانونية⁵³⁴، وبالمقابل أيضاً يتجه القضاء الفرنسي إلى عدم اعتبار الإخلال بالرضا في الممارسات العادية للطبيب خطأً جنائياً⁵³⁵.

غير أن هذه القاعدة لها استثناء فيما يخص عمليات نقل وزرع الأعضاء و الأنسجة والتجارب الطبية والتي تجعل الجراح محل مساءلة جزائية ومدنية نتيجة عدم التقيد بها . ومن ثم فإن الإخلال برضا المريض إنما هو خطأ مدني يتم متابعة الطبيب على أساسه في نطاق المسؤولية المدنية .

⁵³⁴ قرار غرفة الإتهام لمحكمة (Rouen) ، مؤرخ في 26 / 02 / 1949

أنظر: مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص318.

⁵³⁵ "Le défaut de consentement n'est pas une faute pénale constitue du délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires , dant le cadre de l'exercice habituel de la médecine seule l'exécution défectueuse de l'acte est susceptible d'être ainsi poursuivie "

Cass .civ 17 Novembre 1969,cité par berret ,op,cit ,p14.

ففي هذه الحالة إذا كان الالتزام الذي أخل به جراح التجميل هو التزام بتحقيق نتيجة كالتزامه بضمان سلامة الأشياء المستخدمة في الجراحة من العيوب أو غيرها من الالتزامات التي تتطلب من الجراح تحقيق نتيجة ، فالمريض هنا لا يلتزم بإثبات خطأ الجراح بل يكفي بأن يثبت حدوث الضرر له لكي تتعدد مسؤولية⁵³⁶ الجراح .
فعدم تحقق النتيجة دليل على أن الجراح لم يحم بتفويض التزامه ، أما فيما يخص التزام الجراح بإعلام المريض بمخاطر العملية وأيضا التزامه بالحصول على رضاء المريض للخضوع لهذه الجراحة .

فالقضاء الفرنسي كان يلقي بعبء إثبات إخلال الجراح بهذا الالتزام على عاتق المريض طبقا للقواعد العامة ، غير أن التطبيق العملي اثبت عدم عدالة هذا الحكم على أساس أن تحمل المريض لعبء الإثبات هي واقعة سلبية : هي عدم حصول الإعلام أو عدم صدور الرضاء ، وهذا إن لم يكن بالأمر المستحيل فهو صعب⁵³⁷.

وعلى هذا فقد عدل القضاء الفرنسي عن ذلك ونقل عبء الإثبات إلى الطبيب أو الجراح ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 25 فيفري 1997⁵³⁸ ،قضت بأن من يتحمل قانونا أو اتفاقا بالالتزام خاص بالإعلام ، يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام⁵³⁹ .

واستنادا لهذا الحكم فقد ترسخ الإعتقاد بأنه يتعين على الطبيب الحصول على دليل مكتوب من المريض يصرح فيه بأنه قد تم تبصيره بمخاطر العلاج أو الجراحة⁵⁴⁰.

وعليه فقد سارعت محكمة النقض الفرنسية إلى توضيح هذا الإعتقاد بتقرر حكم صادر في 14 أكتوبر 1997 بأنه : " إذا كان صحيحا أن الطبيب يقع على عاتقه عبء إثبات أنه قد قدم بالفعل لمريضه معلومات أمينة وواضحة وملائمة عن المخاطر المتعلقة بالفحوص وأوجه العلاج التي يقترحها بشكل يسمح للمريض بأن يعطي رضاء أو رفضا مستنيرا ، فإن إثبات هذا الإعلام يمكن أن يتم بجميع الوسائل⁵⁴¹ .

أما بالنسبة لجراح التجميل فإن الأمر يختلف ، حيث أنه في فرنسا يشترط أن يتم إعلام المريض في هذا المجال بشكل مكتوب ، بمعنى صياغة المعلومات المقدمة للمريض في ورقة

⁵³⁶ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ،ص178.

⁵³⁷ F.chabas, l'obligation médicale d'information en danger ,jcp,2000,p460.

⁵³⁸ جابر محجوب ، المرجع السابق نص426.

⁵³⁹ "Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation "

⁵⁴⁰ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق،ص208.

⁵⁴¹ « S'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale ,claire et appropriée sur les risques des investigations ou un refus éclairé,.. ;la preuve de cette information peut être faite par tous moyens » .

Cass .civ,14 oct 1997 ;JCP ,. 1997 .II ;22942 ,rap.p.Sagos.

مكتوبة ثم التوقيع عليها من قبل المريض ، وهذا طبقا للمادة 2-6322-L من قانون الصحة العامة ، كما يجب الحصول على موافقة مكتوبة من المريض بالخضوع لهذه الجراحة⁵⁴².

ثانيا : عبء تخلف الرضا في القانون المصري

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 26 جوان 1929 ، وذلك فيما يخص جراحة تجميل أجريت لسيدة بقصد إزالة ترهل الجلد ذراعها ، وكان الجراح قد قام بعمل ترقيع بالذراع الأيمن للمريضة نتج عنه تشويه ظاهر به ، وقد قام الجراح بتعليل ذلك بأنه أثناء إجراء العملية وجد ورم في هذه الذراع ، اشتبه في أن يكون ورما خبيثا ، فقام باستئصال كامل مما استدعى عمل رقعة جلدية⁵⁴³.

فقررت المحكمة أنه : "ولئن 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 اثبت المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب ، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه ، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال .

المطلب الثاني

دعوى المسؤولية المدنية (التعويض)

عند قيام مسؤولية جراح التجميل يترتب عن ذلك جبر للضرر ، وهذا لا يتم إلا إذا قام المريض برفع دعوى ضد الجراح يطالب فيها بالتعويض عما أصابه من ضرر مهما كان نوع الخطأ سواء كان خطأ شخصيا للجراح أو خطأ أحد مساعديه أو بسبب أحد الأشياء المعيبة المستخدمة في الجراحة ، هذه الدعوى غالبا ما تقام على أساس المسؤولية العقدية نظرا لوجود عقد طبي بين المريض وجراح التجميل .

عادة ما تقام هذه الدعوى من المريض نفسه وقد تقام من ورثته في حالة وفاة المريض . زيادة عن ذلك فالأصل أنها ترفع ضد الجراح لأنه هو الذي يتعاقد غالبا مع المريض ، أما إذا كان الجراح أجيرا لدى المستشفى ، فإن الدعوى هنا في هذه الحالة تقام ضد إدارة

⁵⁴² رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص209.

⁵⁴³ نقض مدني في 26 جوان 1929. أنظر : رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق ، ص206.

المستشفى ، وللتفصيل في ذلك لا بد من التعرض لماهية هذه دعوى المسؤولية (الفرع الأول) ، ومن ثم التعرض للإختصاص بالنظر لهذه الدعوى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ماهية دعوى المسؤولية المدنية لجراح التجميل

تعتبر دعوى المسؤولية في المجال الطبي كغيرها من الدعاوى القضائية التي يلزم لوجودها أطراف هم عادة المدعي وهو غالبا المريض المضرور أو ورثته في حالة الوفاة ، والمدعى عليه وهو إما أن يكون شخصا طبيعيا وهو جراح التجميل أو شخصا اعتباريا.

أولا : أطراف الدعوى

1- المدعي الدائن في الدعوى

يقصد به المريض أو ورثته أو ومن يمثله قانونا ، ومن هذا فإن الأشخاص الذين لهم حق إقامة دعوى المسؤولية الطبية قد يكون المدعي المريض أو ورثته أو دائني المضرور إذا كان قد لحقهم ضرر من جراء العمل الطبي المعيب .
وعليه فالأصل أن يكون للمريض المضرور الذي لحقه الضرر الحق في إقامة دعوى المسؤولية الطبية⁵⁴⁴ .

وقد يكون هذا المضرور غير المريض أو يكون فردا أو جماعة ، فيجوز لكل فرد في الجماعة أن يرفع دعوى مستقلة ، ويبقى للقاضي تقدير الضرر على أساس تحديد عناصر الضرر الذي أصاب كل واحد منهم⁵⁴⁵ .

أما فيما يخص الورثة فيجوز لهم إقامة الدعوى للمطالبة بحق مورثهم عما أصابه من ضرر ، فإذا كان الضرر هو الوفاة ، فيجوز تعويضهم عن الضرر المادي بشرط أن يثبتوا أن موت مورثهم قد سبب لهم ضررا يوجب التعويض (كانقضاء الدخل الذي كان ينفق منه المورث على ورثته) ، وتبقى هذه المسألة متوقفة على مدى إثباتهم بأن المتوفي كان يعولهم فعلا وقت وفاته بشكل مستمر .

وفي هذه الحالة يكون التعويض بحسب نصيب كل منهم في الميراث ، ولهم الحق في رفع دعوتين :

أ- باعتبارهم خلفا عن المضرور .

ب- دعوى شخصية تتمثل في الأضرار التي أصابته باعتباره أصيلا⁵⁴⁶ .

غير أن جانب من الفقه ذهب إلى اعتبار أنه إذا توافرت عناصر الضرر الموجبة للتعويض فليس هناك ضرورة لمراعاة قواعد الميراث في إطار تعويض وعليه يجب على القاضي أن يقدر التعويض بالتساوي ، مستدلين في ذلك أن المورث كان ينفق على ورثته بالتساوي .

544 أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص 579.

545 أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 453 .

546 أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص 454 .

أما عن دائن المضرور ، فقد ذهب رأي من الفقه بجواز استعماله باسم المدين المضرور حقه في المطالبة بالتعويض لأنه مجال لاستعمال الدعوى غير المباشرة في هذه الحالة ، لأن حق المضرور من العمل الطبي هو حق شخصي له فلا يجوز لدائنه استعماله نيابة عنه⁵⁴⁷ ، فيما يرى رأي آخر أنه يجوز للدائن استعمال حقوق مدينه تجاه الغير⁵⁴⁸.

أما الرأي الراجح فيعتبر أن حق المريض حق مالي حيث أن تعويض المضرور نتيجة عجز أو مرض أصابه من العمل الطبي يقدر مالياً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب ، وبذلك يجوز لدائنيه باعتبارهم من الغير حق إقامة الدعوى غير المباشرة ومطالبة الطبيب أو المستشفى بالتعويض مع وجوب توافر باقي شروط الدعوى غير المباشرة من دخول المال المحكوم به في ذمة المضرور المدين ، وأن يكون امتناعه عن المطالبة بحقه سبباً في إفساره⁵⁴⁹.

2- المدعى عليه أو المسؤول في الدعوى

يقصد به الطبيب أو الجراح المسؤول عن الفعل الضار ، أو عن فعل الغير أو عن الأجهزة أو المستخدمات الطبية التي يستعين بها في ممارسة العمل الطبي، وقد يكون المسؤول شخصاً طبيعياً كالجراح أو شخصاً معنوياً كالمستشفى الخاص ، ويتعدد المسؤولون عن الضرر كما في حالة الفريق الطبي وتكون هذه المسؤولية تضامنية⁵⁵⁰ ، وهذا طبقاً لنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري في مفهومها انه في حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار كانوا جميعاً متضامنين في أداء التعويض عن ما تسببوا فيه بخطئهم جماعياً من ضرر، وأن المسؤولية تكون بالتساوي فيما بينهم إلا إذا حدد القاضي نصيب كل واحد منه .

وهنا ذهب فقهاء القانون إلى أنه لقيام التضامن بين المسؤولين في حالة تعددهم يجب أن تتوفر شروط :

- أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ.
- أن يكون الخطأ المرتكب من قبل كل واحد منهم سبب في إحداث الضرر .
- أن يكون الضرر الحاصل واحداً بالنسبة إلى سائر المسؤولين المتعددين⁵⁵¹.

ثانياً : إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية

⁵⁴⁷ حسن عكوش ، المسؤولية المدنية ، ط2 ، دار الفكر الحديث ، القاهرة ، مصر ، 1970 ، ص153.

⁵⁴⁸ أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص584.

⁵⁴⁹ أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص456.

⁵⁵⁰ أنس عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص 457.

⁵⁵¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 916.

هذه الإجراءات تتجسد عمليا في تقديم المضرور أو من يمثله قانونا أو من يخلف عريضة افتتاح دعوى أمام الجهة القضائية المختصة .

1- موضوع الدعوى :

إن موضوع الدعوى التي يقوم بمباشرتها المريض تكون محصورة حول المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر حسب ما يدعيه وما يقدمه من وسائل الإثبات في ذلك⁵⁵². فسبب الدعوى هو إخلال الطبيب أو الجراح أو المعني بالتدخل الطبي بمصلحة المريض المشروعة وهي الحفاظ على سلامة جسده .

2- دفوع المدعى عليه عن أذعاءات المريض

يقصد بالدفوع بأنه تمسك الخصم أمام المحكمة بما يفيد أذعاءات خصمه المدعي حتى يتفادى الحكم عليه بطلباته⁵⁵³ ، والدفوع نوعان منها ما هو إجرائي شكلي ومنها ما هو موضوعي ، فالمقصود بالدفوع الشكلي أو الإجرائي هو ما يعيبه المدعى عليه من إجراءات الدعوى دون الدخول في الموضوع ، كالدفوع بالتقادم أو بالبطلان أو سقوط الدعوى ، أما الثاني فيقصد به ما يعيبه المدعى عليه عن موضوع الدعوى بقصد رفض موضوعها كالدفوع ببطلان العقد أو بانقضاء العقد أو غيرها .

ويعتبر التقادم من الدفوع التي يستخدمها الطبيب لدفوع المسؤولية عن نفسه ، فبخصوص الحديث عنه في المجال الطبي يجب عند ذلك تحديد طبيعة المسؤولية الطبية إذا كانت عقدية أم تقصيرية ، ذلك أن المسؤولية التقصيرية الناجمة عن الفعل غير المشروع ، فإنها وفقا للقانون المدني الجزائري فهي تسقط بمرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار في كل الحالات وذلك في المادة 133 منه بنصها : " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار "

أما القانون المدني المصري فقد جاءت المادة 172 لتقرر أن دعوى التعويض تسقط بعد مضي ثلاث سنوات من وقت العلم بالعمل غير المشروع أو تسقط بمرور خمسة عشر عاما من يوم وقوع العمل غير المشروع ، وفي حالة ارتباط هذه الدعوى بالدعوى الجنائية فلا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية⁵⁵⁴.

أما المسؤولية العقدية فتتقادم بمرور خمس عشرة سنة كعاقدة عامة ، لكنها قد تنقلص هذه المدة إلى أن تصل إلى سنة واحدة وهذا طبقا للمادة 308 من القانون المدني الجزائري⁵⁵⁵ ، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري في القانون المدني فيما يخص تقادم دعوى

⁵⁵² حرزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، د رط ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 194 .

⁵⁵³ وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط1، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1978 ، ص 210 .

⁵⁵⁴ أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 483 .

⁵⁵⁵ تنص م 308 من ق م ج على أنه : " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر (15) سنة " ، أما م 312 من ق م ج فتتنص على أنه : " تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : حقوق التجار ،...؟ "

المسؤولية الطبية ذات طبيعية عقدية والتي تنجم عن عقد عمل مؤداه أن يلزم الطبيب بالعلاج ، فتسقط بعد عام من انقضاء هذا العقد حسب نص المادة 698 بقولها : " تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة من انتهاء العقد⁵⁵⁶ .

إلى جانب هذا الدفع الشكلي ، هناك دفع موضوعي يمكن للجراح أن يدفع به وهو إثباته عدم توافر احد عناصر المسؤولية الطبية كانهدام الخطأ أو انعدام الضرر أو انتفاء رابطة السببية .

الفرع الثاني

الاختصاص القضائي في النظر في دعوى المسؤولية المدنية لجراح التجميل

إن الإختصاص القضائي في النظر في دعوى المسؤولية المدنية للجراح يتجسد نوعيا ومحليا .

أولا : الاختصاص النوعي

يتحدد الاختصاص النوعي في مجال دعوى المسؤولية المدنية المقامة من المريض المتضرر ضد الجراح من أجل جبر الضرر الحاصل من جراء التدخل الطبي ، إنما يكون بحسب الطرف المدعي عليه ، فإذا كانت الدعوى ضد طبيب جراح أو أحد مساعديه من الفريق الطبي التابع للقطاع الخاص ، فإن الدعوى يختص بها القاضي المدني العادي ، وهذا طبقاً لأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵⁵⁷ ، حيث تنص المادة الأولى منه على أنه : "تطبق أحكام هذا القانون على الدعاوى المرفوعة أمام الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية" .

وعلى هذا فإن الإختصاص النوعي في النظر في دعوى المسؤولية المدنية المقامة من المريض ضد المسؤول عن الضرر الحاصل من وراء التدخل الجراحي سواء أكان طبيبا أو أحد مساعديه من الفريق الطبي التابعين للقطاع الخاص تكون أمام القضاء المدني .

وتكون الأحكام الصادرة من قبل هذه الجهات قابلة للإستئناف فيها أمام المجالس القضائية ، ويكون الإختصاص للجهات القضائية الإدارية في القضايا مهما كانت طبيعتها التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ، وهنا يستنتج أنه إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد المستشفى العام فإن على المريض التقدم برفعها أمام الجهة القضائية الإدارية وهذا طبقاً للمادة 800 من القانون المشار إليه أعلاه بقولها : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية" .

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها " .

⁵⁵⁶ أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 483 .

⁵⁵⁷ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أما الإختصاص الجزائري فإنه ينظر فيه أمام القسم الجزائري وذلك إذا فضل المضرور رفع دعوى جزائية فإن طالب بالتعويض تكون الدعوى المدنية هنا تبعية ، وينظر فيها أمام هذا القسم .

ثانيا : الإختصاص الإقليمي

الأصل في الإختصاص الإقليمي فإنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على اختصاص إقليمي معين ، فإذا لم يكون للمدعى عليه موطن معروف عاد الإختصاص إقليميا إلى المحكمة التي يقع في دائرتها محل إقامة المدعى عليه ، غن لم يكن لهذا الأخير محل إقامة معروف فيكون الإختصاص إقليميا لآخر موطن للمدعى عليه وهذا طبقا لنص المادة 37 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أما الفقرة الخامسة من المادة 40 من نفس القانون فقد نصت على أنه : " فضلا عما ورد في المواد 37-38-46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها :- في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية ، أمام المحكمة التي في دائرة اختصاصها تقديم العلاج ... " ، وبالتالي فقد جعل المشرع الجزائري الإختصاص الإقليمي في الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية يؤول إلى المحكمة التي قدم في دائرتها تقديم العلاج . وهنا يكون للمريض المتضرر من جراء العمل الطبي تقديم دعواه في المحكمة التي وقع في دائرتها تقديم الخدمة الطبية ، إما عن طريق دعوى مدنية أمام القسم المدني للمحكمة المشار إليها أعلاه ، أو أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي الواقع في دائرته القطاع الصحي العمومي ، وأما إن فضل القسم الجزائري التابع للمحكمة التي وقع في دائرته التدخل الطبي ويكون له أن يطلب التعويض عن هذا الضرر عن طريق الدعوى المدنية التبعية .

الفرع الثالث

الإتفاقات الواردة على المسؤولية المدنية لجراح التجميل

سبق وأن اشرنا أن المسؤولية المدنية تقوم إذا ارتكب الشخص خطأ سبب ضررا للغير ، فإنه يكون عليه جبر هذا الضرر ، وهنا يطرح التساؤل حول جواز الإتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية أو التخفيف منها ؟ وجواز التأمين على هذه المسؤولية ؟ .

أولا : الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية لجراح التجميل

إن أي إتفاق بين المسؤول عن الضرر (الطبيب) بخطئه و المضرور (المريض) بعد وقوع الضرر جائز وتطبق عليه أحكام الصلح المشار إليها في المواد 459 إلى المادة 466 من القانون المدني⁵⁵⁸ .

غير أنه قد يتم الإتفاق مسبقاً أي قبل حدوث الضرر ، وقد يكون هذا الإتفاق إما بالإعفاء من المسؤولية عما يلحقه من ضرر وإما التخفيف منها ، فهل يكون هذا الإتفاق صحيحاً وجائزاً ، في هذا السياق قد أثير جدل حول الجواز والمنع إلا أنه استقر فيما بعد على جواز الإتفاق المسبق في المسؤولية العقدية على أساس أن العقد يعتبر المطهر والقالب الذي يصب فيه المتعاقدان إرادتهما ، ونماشياً مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، لذلك فلهما اشتراط ما يروونه مناسباً للعقد إلا ما كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة .

غير أن الأمر يختلف في المسؤولية التقصيرية فإنه يمنع فيها قبل وقوع الضرر⁵⁵⁹ ، وعلى هذا فيجوز للجراح أن يتفق مع المريض حول الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية إذا كانت العلاقة بينهما عقدية ، على العكس إذا كانت العلاقة التي تربطهما ليست تعاقدية فلا يجوز الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية تقصيرياً ، وهذا طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 178 من القانون المدني الجزائري بقولها : " يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وكذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .
-ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي "

ثانياً :التأمين من المسؤولية المدنية لجراح التجميل

يستطيع جراح التجميل أن يؤمن من مسؤوليته تجاه مريضه لدى إحدى شركات التأمين ، فيستطيع أن يؤمن ضد كل خطأ يصدر منه ما عدا الخطأ العمدي ، وكذلك ضد كل خطأ يصدر من مساعديه أي كانت درجة هذا الخطأ .

1- تعريف عقد التأمين

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية⁵⁶⁰ .
وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه : " عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحقه من جراء رجوع الغير عليه"⁵⁶¹ .

وهو في المسؤولية الطبية عقد يتم بمؤداه تأمين الزمة المالية للطبيب ضد المطالبات التي يتقدم بها المضرور ، وتحمي حقوق هؤلاء من إعسار الأول ، إذ يجد المضرورون مسؤولاً

559 أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 671.

560 سعد واصف ، التأمين من المسؤولية ، دراسة في عقد النقل البري ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1958 ، ص 16.

561 أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج 7 ، ص 1241.

عن مطالبهم تتمثل في هيئة مليئة يتقاضون منها حقهم في التعويض بدعوى مباشرة لا تخضع لتزاحم الدائنين⁵⁶².

فالتأمين من المسؤولية الطبية يقوم على أساس إعفاء المؤمن له وهو الطبيب (جراح التجميل) من العبء المالي لتعويض الضرر الذي يسببه للغير وتشتيت العبء في عدد من المؤمن لهم ، أي ينقل المسؤولية المالية للطبيب بحيث تتكفل شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للشخص الذي وقع عليه الضرر⁵⁶³.

2- نطاق التأمين من المسؤولية المدنية لجراح التجميل

إن عقد التأمين الذي يبرمه جراح التجميل إنما يغطي الأضرار الناتجة عن ممارسة الطبيب لمهنته دون أن تمتد لتغطية الأخطار الناجمة عن ممارسته لنشاطه العادي ، فهو عقد يختلف عن العقد الذي يبرمه الطبيب عن حياته مثلا أو عن ممتلكاته ، وبما أن المسؤولية قد تكون عقدية أو تقصيرية فلا شك في ان يغطي التأمين المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض بغض النظر عن طبيعة هذه المسؤولية .

ولقد أثير جدل فقهي حول هذه المسألة ، فذهب بعض من الفقه إلى تعميم المسؤولية المدنية فتشمل كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ومن ثم يضمن المؤمن تلك المسؤولية سواء أكان الضرر ناشئا عن إخلال الطبيب لا تزام عقدي أو تقصيري طالما تحققت مسؤولية الطبيب⁵⁶⁴.

أما البعض الآخر فذهب إلى قصر التأمين على المسؤولية التقصيرية للطبيب ، أما التي تنشأ عن الإخلال بالعقد فلا تقوم على فكرة المسؤولية وإنما باعتبارها أثرا من آثار العقد فتنفيذ العقد إما أن يكون عينيا أو بمقابل عن طريق

التعويض وهنا الأضرار الناشئة عن الإخلال بالعقد لا يغطيها التأمين من المسؤولية⁵⁶⁵ . وبالرجوع إلى فكرة التأمين فإنما ظهرت لتحقيق غاية تتمثل في إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة لكل من المسؤول والمضروب ، ورغم حسنات هذا النظام إلا أنه ظل متروكا لمحض إرادة المسؤول وقد تجسد ذلك في المجال الطبي فبقي هذا المبدأ اختياريًا بالنسبة للمسؤول⁵⁶⁶ .

إلا أنه مع تزايد الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء وتزايد جسامة الأضرار بدأ التفكير في ضرورة أن يكون تأمين الأطباء من مسؤوليتهم إجباريا .

562 محمد عبد الظاهر حسن ، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية ، دراسة تطبيقية عن بعض العقود ، د.ر.ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994 ، ص32.

563 أنور يوسف حسين ، المرجع السابق ، ص534.

564 أشرف جابر سيد ، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ، د.ر.ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1990 ، ص100.

565 أشرف جابر سيد ، المرجع نفسه ، ص183.

566 عبد الرشيد مأمون ، المرجع السابق ، ص28 وما بعدها .

إن هذه الفكرة كانت نتيجة نداءات الفقه الذي اعتبر أن إجبارية هذا النظام إنما يحقق الحماية لكل من المريض والطبيب على السواء فهو يضمن للمريض التعويض من جهة ومن جهة أخرى هو غطاء ضمان للطبيب يحميه من المطالبة بالتعويض⁵⁶⁷.

فعلى مستوى التشريعات فقد ظهر نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية في فرنسا في مجال نقل الدم وأضرار التجارب الطبية⁵⁶⁸، غير أنه فيما بعد تغير الأمر وفرض على جميع الأطباء والجراحين الذين يمارسون المهنة لحسابهم الخاص وكذلك المستشفيات العامة والخاصة التأمين من هذه المسؤولية وإلا كانوا عرضة لجزاءات تأديبية من طرف السلطات المختصة⁵⁶⁹.

أما على مستوى التشريعات العربية والتي سبقت القانون الفرنسي من هذه المسألة القانون الليبي رقم (17) لعام 1986 بشأن المسؤولية الطبية، وكذا مشروع القانون الإماراتي لعام 2000 بشأن المسؤولية الطبية والتأمين الطبي الذي أصبح القانون (10) لعام 2008 بشأن المسؤولية الطبية⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، ص2010، ص333.

⁵⁶⁸ أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص370 وما بعدها.

⁵⁶⁹ رجب كريم عبد الإله، المرجع السابق، ص216.

⁵⁷⁰ أنور يوسف حسين، المرجع السابق، ص536.

الفصل الثاني

المسؤولية الجزائية لجراح التجميل

علاقة إنسانية تحتم على الطبيب الإهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها أصول مهنة الطب ، فالتزام الطبيب في هذا المجال هو التزام ببذل عناية و الإهتمام بتقديم العلاج المناسب للمريض ، إلا إذا أصبحت إضافة إلى ذلك علاقة عقدية كعقد جراحة التجميل والذي يكون فيه الطبيب ملزماً بتحقيق نتيجة .

غير أنه وبغض النظر عن نوع العلاقة التي تربطهما فقد أصبح اليوم من الممكن مساءلة الأطباء عن الأخطاء التي قد يقترفونها بمناسبة قيامهم بالتدخل الطبي ، وعند اقترافهم للخطأ فإنهم يجدون أنفسهم أمام عدة مسؤوليات كالمسؤولية المدنية – كما أشرنا سابقاً – والتي تعتبر أوسع نطاقاً من أية مسؤولية أخرى ، ذلك أن الأساس فيها هو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب ضد المريض وأن الأفعال التي تصدر من الطبيب وتشكل خطأ مدنيا لا يمكن حصرها ، فالمسؤولية المدنية هي أهلية الطبيب لتحمل التعويض المترتب عن الضرر الذي ألحقه بالغير نتيجة إخلاله إما بالتزام قانوني أو عقدي .

غير أن الأمر يختلف تماماً في المسؤولية الجزائية ، فهذه المسؤولية تجد أساسها في الإعتداء على حق المجتمع أي عندما يرتكب الطبيب لجريمة معينة يعاقب عليها قانون العقوبات .

وإن كانت المسؤولية المدنية أوسع نطاقاً، فإن المسؤولية الجزائية تعتبر من أخطر المسؤوليات التي قد يتعرض لها الطبيب أو الجراح ، ذلك لأنها تكلفه خسران مهنته وسمعته ، ناهيك عن التعويض الذي يقدمه للمجني عليه أو ذويه .

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

ولقيام هذه المسؤولية لابد من توافر خطأ من جانب الجراح التجميل مخالفاً فيه للقواعد والأصول المسطرة قانوناً مسبباً بذلك ضرراً للمريض أياً كان نوع هذا الضرر، وقد تتنوع هذه المسؤولية بتنوع الخطأ فقد تكون مسؤولية جزائية عن الأخطاء العمدية عن سلامة جسم جسم المريض ، وقد تكون مسؤولية جزائية عن الأخطاء غير العمدية والتي تكون نتيجة إهمال أو تقصير من الطبيب في مسلكه.

و الحقيقة أن رضا المريض على النحو المار ذكره إذا تخلف فإنه يكون خطأ موجبا لمساءلة الطبيب إلا إذا كان تدخله في حالة الضرورة الماسة ، كحالة المريض الخطرة فهنا لا يمكن أخذ رأيه وبالتالي فإن الطبيب لا يسأل هنا ، كذلك فإن الرضا قد لا تكون له قيمة في

حالات معينة كما في حالة مكافحة الأمراض كالجدام وغيرها حيث يؤمر بحجز المريض المصاب بهذه الأمراض للعلاج استجابة لمتطلبات المصلحة العامة⁵⁷¹.

وللتفصيل في هذا الموضوع لا بد من التعرض إلى قيام المسؤولية الجزائية في حالة توفر القصد الجنائي وفي حالة انعدامه -الخطأ - (المبحث الأول) ، ثم التطرق إلى وسائل وطرق إثبات هذا الخطأ في المجال الجزائي (المبحث الثاني).

⁵⁷¹ ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013، ص50 وما بعدها .

المبحث الأول

نطاق المسؤولية الجزائية لجراح التجميل

على الطبيب أو الجراح قبل القيام بالعلاج أو إجراء العمليات الجراحية التجميلية الحصول على موافقة المريض بذلك ، وغياب هذه الموافقة يجعل الجراح مخطئا وحينها يتحمل تبعه المخاطر الناشئة عن العلاج حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته⁵⁷²، ذلك أن الإنسان حر له حقوق مقدمة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضاه⁵⁷³.

فالأرضاء كشرط من شروط إباحة العمل الجراحي التجميلية بصفة خاصة ، فإن تخلفه بالمقابل يجعل هذا العمل غير مشروع ، ومن ثم قيام مسؤولية الجراح جزائيا ، وهذا ما نصت عليه المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها على ما يلي : "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لواقفة المريض موافقة حرة ومتبصرة".

فأهمية الحصول على هذه الموافقة تزداد كلما كان العلاج أو التدخل الجراحي ينطوي على مخاطر ، غير انه قد يكون عدم حصول الطبيب على هذه الموافقة بقصد منه وهو ما يعبر عنه بالقصد العمدي (المطلب الأول) ، وقد يكون نتيجة إهماله أو تقصير في مسلكه (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قيام المسؤولية الجزائية لجراح التجميل في حالة توفر القصد الجنائي

لا يكفي لكي تقوم الجريمة قانونا أن يقوم الفاعل بارتكاب الفعل المادي فيها ، وإنما يلزم أيضا توافر رابطة نفسية بين الفاعل وماديات الجريمة والتي يطلق عليها الركن المعنوي في الجريمة ، فلم يعد كافيا السلوك المادي وحده بل يجب معرفة الحالة النفسية التي دعت بالشخص إلى ارتكاب هذا السلوك .

حيث أصبح القاضي مطالبا بأن يعتد بالحالة النفسية التي كانت تسيطر على الفاعل أثناء ارتكابه الفعل المادي حتى يستطيع محاسبته على الجريمة ، فهذه الأخيرة لا بد أن تقوم على ركنين أساسيين : ركن مادي وهو الفعل المادي الذي يتأتىه الفاعل ، وركن معنوي يتحقق بموقف الإرادة من الفعل المادي ، فهذا الموقف يتخذ إحدى الصورتين : القصد الجنائي أو الخطأ غير المقصود .

⁵⁷² محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 414.

⁵⁷³ ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص 117.

فالقصد الجنائي يعتبر من أخطر صور القصد المعنوي للجريمة ، إذ تنصرف إرادة الجاني إلى الفعل الذي يأتيه و إلى النتيجة المقصودة بالعقاب⁵⁷⁴، لهذا فالقصد الجنائي يشكل ركنا جوهريا في الجريمة ، فلا يعتبر ظاهرة قانونية فحسب ، إذ تتداخل فيه عدة عناصر نفسية في تكوينه ويؤثر في شخصية الجاني وتصرفاته ، فهذه العناصر النفسية هي النواة الأساسية التي يتكون منها القصد الجنائي في مراحلها الأولى ، قبل أن يدركه العقل ويقوم بالتأثير على تلك العناصر ليوصلها إلى عناصر أخرى واعية يهتم بها القانون ويؤسس عليها فكرة القصد الجنائي .

وللتفصيل أكثر في القصد الجنائي ، لابد من تحديد مفهومه وعناصره (الفرع الأول) ، وبعدها تحديد صورته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم القصد الجنائي

يعتبر القصد شاهدا ودليلا على السياسة العقابية في التشريع ، فهو وسيلة التعبير التي تعرف بها درجة الردع داخل هذا التشريع ، فحين يتطلب هذا الأخير وجود القصد الجنائي لتكوين الجريمة العمدية ، رافضا أي اتصال له بالموثرات الإجتماعية ، فهو بذلك يشدد في فرض سياسته العقابية .

أولا: تعريف القصد الجنائي في القانون

لم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للقصد الجنائي، وهذا أسوة بغالبية التشريعات فترك هذه المهمة للفقهاء والقضاء لهذا فقد تعددت تعريفاته، حيث تم تعريفه بأنه: " انصراف إرادة إلى السلوك المكون للجريمة كما جاء وصفه نموذجا في القانون مع وعي بالملابسات التي تتطلب هذا النموذج إحاطتها بالسلوك في سبيل أن تتكون به الجريمة⁵⁷⁵ ".

كما أنه: " العلم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو قبولها⁵⁷⁶"، كما عرفه الفقيه "نورمان" بأنه: "علم الجاني بأنه يقوم مختارا بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون وعلمه أنه بذلك يخالف أو امره ونواهيته⁵⁷⁷".

وعرف أنه: "القوة النفسية التي تقف وراء النشاط المجرم الذي استهدف به الفاعل إراديا الإعتداء على مصلحة من المصالح المحمية من طرف المشرع الجنائي ، ذلك أن الجريمة

⁵⁷⁴ محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص427.

⁵⁷⁵ أحمد أبو الروس ، القصد الجنائي و المساهمة الجنائية والشروع والدفاع الشرعي وعلاقة السببية، ط1، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، مصر، دت ر، ص23.

⁵⁷⁶ محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دراسة تأصيلية مقارنة، ط3، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 1988، ص43.

⁵⁷⁷ أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام، ط8، دار هومة ، الجزائر، 2009، ص106.

التي تتحقق في الواقع بسبب نشاط الفاعل ما هي إلا مصلحة لما خالج نفسه قبل تنفيذه ماديا لها
578".

في حين عرفه الفقيه "قارو" "GARREAUD" ، بأنه: "إرادة الخروج عن القانون بعمل
أو امتناع وهو إرادة الأضرار لمصلحة يحميها القانون الذي يفرض العلم به عند الفاعل⁵⁷⁹.

وهو أيضا علم الجاني بتوافر عناصر الجريمة واتجاه إرادته إلى الفعل وإرادة النتيجة
التي يعاقب عليها القانون⁵⁸⁰.

فالقصد الجنائي بهذا المعنى ، يقوم عندما تتجه إرادة الفاعل إلى الفعل و النتيجة التي
تترتب عن هذا الفعل ، فمضمونه هو العلم بعناصر السلوك وصلاحيته لإحداث النتيجة من
جهة ومن جهة أخرى إرادة هذه النتيجة .

ثانيا : تعريف القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية

إن القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية ، إنما يتجسد في قول الرسول -عليه الصلاة
والسلام-الأعمال بالنيات⁵⁸¹ ، فقد جاء في الحديث : عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-
قال :سمعت الرسول -صلى الله عليه وسلم- يقول : "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما
نوى⁵⁸² " .

وهو بذلك "تعتمد إتيان الفعل المحرم أو تركه مع العلم أن الشارع يرحم الفعل أو يوجبه
، والقصد الجنائي يعرف بقصد العصيان⁵⁸³".

كما عرف بأنه : " العمد هو قصد الفعل وعين الشخص يعني الإنسان ، إذ لو قصد شخصا
يظنه نخلة فبان إنسانا كان مخطئا⁵⁸⁴".

578 العلمي عبد الواحد ، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي ، ج 1 ، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء ، المغرب
، 1998 ، ص201 وما بعدها .

579 أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، المرجع السابق ، ص106.

580 عبد الله أوهابوية ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، د رط ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ،وحدة
رغاية ، الجزائر ، 2010 ، ص335.

581 عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامية مقارن بالقانون الوضعي مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1998 ،
ص404.

582 أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، المرجع السابق ، رقم 1 ، ص8.

583 عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص409

584 شهاب الدين أبو العباس أحمد بن علي بن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ج 4 ، دار الكتب العلمية ،
بيروت ، لبنان ، 2001 ، ص 3.

كما عرفه الإمام السيوطي: "أنه إذا جرى سبب وقدر المقصود على دفعه وفيه مسائل منها: غرفة في ماء ، فإن أمسكه فيه حتى مات أو تركه وفيه حياة ، ولكن تألم به وبقي متألماً حتى مات فعليه القصاص⁵⁸⁵ ."

فالقصد الجنائي هو القصد إلى الفعل مع الرضا بنتائجه ، كمن يتجه إلى شخص عدو له فيضربه بالسيف قاصدا قتله ، فهنا في هذا الفعل يتوافر القصد إلى الإعتداء على المجني عليه مع توافر القصد الجنائي وهو طلب النتائج التي أراها الجاني من إقدامه على ضرب المجني عليه بالسيف⁵⁸⁶ .

في حين أن الفعل المجرد من القصد هو الإقدام على فعل من غير قصد إلى نتائجه ، أو من غير رضا بنتائجه ، كأن يطلب الإنسان من إنسان آخر ماء فلا يعطيه ، ويترتب على ذلك موته عطشا ، فيكون هذا الفعل السلبي جريمة بالترك ، وقد يكون قصد الفعل مع القصد إلى نتيجة معينة فمثلا :الضرب أو الإيذاء الجسدي فقط فيترتب عن ذلك موت المجني عليه ، فيكون القصد الجنائي متوافرا ولكن ليس هو النتيجة التي انتهى إليها ، بل انتهى إلى ما هو أشد مما قصد الجاني وأكبر مما طلب ، فأساس المسؤولية هو عصيان أوامر المشرع ومسؤولية الجاني تتعين بقصده العصيان أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه⁵⁸⁷ .

ثالثا: القصد الجنائي في مجال جراحة التجميل

لا يعتبر جراح التجميل مخطئا إلا إذا تعمد القيام بفعل من شأنه أن يحدث ضررا للمريض ، مع علمه أن هذا الفعل مجرم قانونا .

فيتطلب لقيام مسؤوليته أن يكون عالما بأن الفعل الذي يؤتيه مخالف للقانون ، فجراح التجميل الذي يقوم بالتدخل الطبي جراحيا كان أم لا ، دون الحصول مقدما على رضا مريضه ، أو من يقوم مقامه -كما أسلفنا- في حالي تعذر الحصول على رضائه ، يسأل جزائيا عن عمله⁵⁸⁸ ، ولو كان قصد الطبيب من عمله علاج المريض أو إذا استفاد المريض بدوره من هذا العلاج ،ذلك أن المريض إنسان حر له الحق في سلامة جسده ، ولا يحق لأحد المساس به دون رضاه ، واعتداء الطبيب على المريض هنا هو اعتداء على حرية الشخصية وعلى حقه في سلامة وتكامل جسده⁵⁸⁹ .

585 الحافظ جلاء الدين السيوطي ،تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود و الشيخ علي معوض ،روضة الطالبين ،،ج7 ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان ،2006 ،ص13.

586 محمد أبو زهرة ،الجريمة في الفقه الإسلامي ،در.ط ،دار الفكر العربي ،القاهرة ، مصر ،ب ت ،ص404.

587 أحمد فتحي البهنسي ، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ،ط4 ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان ،1409هـ ،ص71.

588 علي عصام غنم ، المسؤولية الجزائية للطبيب ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 2012 ،ص97..

589 محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي.. ، المرجع السابق ،ص184.

وتعمد الجراح عدم أخذ موافقة مريضه ليس فقط في التدخل الجراحي ، إنما يكون في كل مراحل العمل الطبي ، ولا يختلف الرضا في مراحلها كلها، فلو أخذ موافقته في التشخيص لا يعني ذلك الموافقة على العلاج وغيرها. ، لذا يجب أن يكون الرضا في كل مرحلة من مراحل التدخل الطبي .

الفرع الثاني

مضمون ونظريات القصد الجنائي

على إعتبار أن القصد الجنائي هو حالة نفسية ينطوي عليها انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل الإجرامي إرادة منتجة ، مع العلم والإحاطة بحقيقة الفعل الإجرامي وفق ما عرفه القانون ، فهو بهذا المعنى يتكون من عنصرين هما العلم و الإرادة ، وللتفصيل أكثر لابد من التعرض لمختلف النظريات التي تضاربت حول هذه العناصر

أولاً: نظريات القصد الجنائي

1- نظرية العلم

يقصد بالعلم هو التصور لحقيقة الشئ على نحو يطابق الواقع ⁵⁹⁰ ، فهو العلم بالوقائع المكون للجريمة وتوقع للنتيجة ثم اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل .

فأصحاب هذه النظرية يرون أن القصد الجنائي لا يقوم على الإرادة التي تقف عند حد السلوك ، بل يقوم على العمل أو تمثل النتيجة المترتبة عن السلوك .

فالواقعة الإجرامية تتكون من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما ، وبالتالي لابد أن يحيط القصد الجنائي بتلك الواقعة في عناصرها المختلفة ، وهذه الأخيرة لا تتحقق بالنسبة للإرادة وإنما بالنسبة للفعل الإنساني التي تمثله للنتائج التي تساهم في تحقيقها سلوكه ، فجوهر القصد عندهم هو توقع النتيجة الإجرامية من قبل الجاني ، وعليه فعناصر القصد هي إرادة السلوك وتوقع النتائج المترتبة عليه ⁵⁹¹.

وحجتهم في ذلك من جانبين :جانب يساق لإثبات أن إرادة النتيجة وغيرها من الوقائع المكونة للجريمة أمر غير متصور منطقياً وغير صحيح من الناحية القانونية ، في حين أن الجانب الآخر يساق لإثبات أن توقع النتيجة والعلم بالوقائع الأخرى المكونة للجريمة

⁵⁹⁰ عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، مصر ،1959، ص197.

⁵⁹¹ مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، ط3 ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1990 ،ص124.

إذا أضيفت إليها إرادة الفعل المكون للجريمة كان كافيا لقيام القصد الجنائي ، فالإرادة لا سيطرة لها في إحداث النتيجة ، وإنما تقتصر سيطرتها على الفعل .⁵⁹²

أما حدوث النتيجة فلا دخل لإرادة الجاني فيها ، فلا تملك الإرادة القدرة على إحداثها من عدمه، لأن حدوثها إنما هو ثمرة لتفاعل قوانين طبيعية حتمية لا سيطرة للإنسان عليها ، فالقول باتجاه الإرادة إلى إحداث النتيجة قول يفترض سيطرة الجاني على القوانين الطبيعية التي تعمل على إحداثها وهو إثبات يستحيل على العقل تصوره⁵⁹³.

وعلى هذا الأساس يكون القصد إما لغلط أو جهل بالوقائع أو لجهل بالقانون أو الغلط فيه ، فالجهل بالوقائع والغلط فيها يؤديان إلى نفي العلم بحقيقة الواقعة المرتكبة ، فالجهل بالوقائع معناه انتفاء العلم بها ، في حين أن الغلط بالوقائع نفي العلم بها على نحو مغاير ومخالف للحقيقة ، فالغلط يمثل وضعا ايجابيا بينما الجهل يمثل وضعا سلبيا ، إلا أنهما يتحدان في الحكم ذلك أن القصد الجنائي يفترض علما بحقيقة وقائع معينة ، فإذا كان هذا العلم منتفيا انتفى القصد بدوره⁵⁹⁴.

أما الجهل بالقانون فمفهومه عدم العلم بوجود قاعدة قانونية ، أما الغلط فيه فهو عدم فهم هذه القاعدة على نحوها الصحيح ، والعلم بالقانون هو علم مفترض لدى عامة الناس وبالتالي لا يجوز الدفع بالجهل وهذا ما حرصت غالبية الدساتير على تنظيمه ، فقد نصت المادة 74 من الدستور الجزائري⁵⁹⁵ : "لا يعذر بجهل القانون".

فالأخذ بهذه القاعدة –عدم جواز الإعتذار بجهل القانون" – من شأنه أن يحقق استقرارا قانونيا داخل الدولة ، غير أن التشريعات الحديثة بدأت تتجه نحو الأخذ بجهل القانون ، وهذا ما تضمنه نص المادة 122-3 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد ، حول انتفاء المسؤولية الجزائية في حالة ما إذا أثبت الجاني أنه تصرف إثر غلط في القانون ليس في وسعه تجنبه⁵⁹⁶.

2- نظرية الإرادة

يرى أصحاب هذه النظرية أن القصد الجنائي هو إرادة النتيجة الإجرامية وإرادة كل واقعة تعطي الفعل دلالاته الإجرامية ، مضافا إليها إرادة الفعل ذاته ، ومن ثم فإن توقع النتيجة

⁵⁹² محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، المرجع السابق ، ص 29.

⁵⁹³ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات ، القسم العام ، ط1 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1986 ، ص 238.

⁵⁹⁴ محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، المرجع السابق ، ص 701.

⁵⁹⁵ القانون رقم 01-16 ، المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 ، الموافق ل 06 مارس 2016 ، المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر 53 ، ع 14.

⁵⁹⁶ أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، المرجع السابق ، ص 107.

والعلم بالوقائع التي تعطي الفعل دلالاته الإجرامية ثم إرادة ارتكاب الفعل ، فهذه العناصر لا تكفي لقيام القصد الجنائي وإنما يضاف إليها إرادة النتيجة وكل الوقائع التي تدخل في الفعل الإجرامي .

فأنصار هذه النظرية يتحججون في قولهم أن العلم يعتبر حالة نفسية مجردة من الصفة الإجرامية ، فالشارع لا يمكن أن يسبغ وصف الإجرام على مجرد العلم لأن تجريم العلم المجرد يناقض المبادئ الأساسية في القانون الحديث الذي يقرر أن التجريم إنما يسبغ على النشاط والظواهر الإيجابية لا على مجرد حالات نفسية ساكنة⁵⁹⁷.

فالقصد الجنائي لا يعتبر قائماً إلا إذا اتجهت الإرادة إلى الجريمة مع شمول علمه بذلك كله⁵⁹⁸.

3- الجمع بين نظرية العلم والإرادة

هناك اتجاه ثالث يجمع بين نظرية العلم ونظرية الإرادة ، على أساس أن الإرادة هي العنصر الإيجابي الفعال نحو النتيجة التي تحدد القدر من العلم الذي يمكن إسناده إلى المتهم باعتباره عمداً ، وعلى هذا لا يمكن اعتبار العلم أو التوقع كافياً لمساءلة الشخص بجريمة عمدية ، لأنه إذا توقع النتيجة أيضاً ولم يكن حراً في توجيه إرادته فلا يمكن القول أن فعله عن عمد أو عن قصد و العكس أيضاً صحيح ، فلا يتصور توجيه الإرادة نحو النتيجة لأن العلم باعتباره توقعاً مسبقاً بها لواقعة مخالفة للقانون .

4- نظرية العلم والإرادة في الشريعة الإسلامية

إن مضمون القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية يتفق مع القوانين الوضعية ، فهي تجمع بين نظرتي العلم والإرادة حيث يشترط في القصد الجنائي العلم والإرادة وحتى يقوم هذان العنصران يجب أن تكون إرادة الجاني أثناء اقترافه الفعل المجرم خالية من العوارض التي من شأنها أن تعطل إرادته وعلمه.

ثانياً : عناصر القصد الجنائي

من خلال النظريات التي سبقت فقد عمدت جل التشريعات إلى الجمع بين العلم والإرادة واعتبارهما عنصراً من عناصر القصد الجنائي .

⁵⁹⁷ محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، المرجع السابق ، ص32.

⁵⁹⁸ سلمان عبد المنعم وعوض محمد عوض ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1996 ص199.

1- العلم

هو العنصر الأول من عناصر القصد الجنائي ، ولدراسة العلم يجب تحديد الوقائع والأمور التي يتعين أن يحبط بها حتى يعد القصد الجنائي متوافرا ، والعلم أنواع فقد يكون محل العلم واقعة ذات كيان مادي ، وقد يكون محله مجرد تكييف ، فبعض ما يتعين إحاطة العلم به قد يكون معاصرا للفعل أو سابقا عليه كما قد يكون لاحقا عليه⁵⁹⁹.

كما أنه يجب أن يحيط بجميع العناصر الأساسية اللازمة لقيام الجريمة، وهذه العناصر يحددها الإطار القانوني للجريمة كما نص عليها القانون .

فيجب على الجاني إذن الإحاطة بكل واقعة يقوم عليها كيان الجريمة ، غير أن هناك وقائع مهمة يتعين عليه الإلمام والعلم بها لكي يقوم القصد الجنائي .

أ- العلم بموضوع الحق المعتدى عليه : القصد هو إرادة الإعتداء على الحق الذي يحميه القانون ، وللحق موضوعه الذي يتعين أن تتوافر له خصائص معينة كي يصبح محلا للحق وموضوعا للإعتداء الذي يناله ، فلا يتوافر مثلا القصد إلا إذا علم أن فعله ينصب على جسد حي .

ت- العلم بخطورة الفعل : يتعين على الجاني العلم بالوقائع التي تقتدرن بالفعل وتحدد خطورته ، فإن جهل الجاني لبعض هذه الوقائع وقام بالفعل معتقدا أنه لا خطر منه فلا ينسب إليه القصد .

ث- العلم بمكان ارتكاب الفعل : القاعدة العامة أن ارتكاب الفعل في القانون لا يعتد بمكان الجريمة ولكن قد يخرج عن هذه القاعدة ليقرر الصفة الإجرامية للفعل إلا إذا ارتكب في مكان معين ، فهنا على الجاني أن يعلم بمكان فعله .

ج- العلم بزمن ارتكاب الفعل : قد يخرج المشرع عن القاعدة العامة أيضا ، بعدم الإعتداد بالزمن الذي ارتكب فيه الفعل الإجرامي ، فيطلب العقاب على بعض الجرائم التي ترتكب في زمن معين .

ح- العلم بالظروف المشددة التي تغير من وصف الجريمة : إذا كان الطرف المشدد يغير من وصف الجريمة ، فهو يعد ركنا بالنسبة لها ، وعلى هذا الأساس يجب أن يعلم الجاني بالوقائع التي يقوم عليها حتى يعتبر القصد متوافرا بالنسبة له .

2- الإرادة

تعتبر الإرادة العنصر الثاني للقصد الجنائي ، فلا يقوم هذا الأخير إلا إذا وجه الجاني إرادته من أجل تحقيق واقعة مجرمة ، حينها نكون أمام جريمة عمدية ، فالإرادة هي عبارة عن قوة نفسية توجه كل أعضاء الجسم أو بعضها نحو تحقيق غرض معين غير مشروع ، بمعنى توجيهها نحو المساس بحق أو مصلحة يحميها القانون ، فمجالها هو السلوك وكذلك النتيجة حين يشترط القانون لقيام الجريمة نتيجة معينة ، في حين تبقى العناصر الأخرى التي تحيط بالسلوك والتي يعتد بها أيضا القانون لقيام الجريمة ليس لها علاقة بهذه الإرادة بغض النظر عن نوع هذه العناصر أكانت واقعية أم أوضاعا قانونية .

غير أنه يجب التفرقة بين إرادة السلوك بوصفها عنصرا في القصد أو في الركن المعنوي ، وبين إرادة السلوك بوصفها عنصرا في الركن المادي ، فهذه الإرادة لا تكفي بإصدار الأوامر لإعضاء الجسم بالحركة ولكنها تسيطر كذلك على هذه الأعضاء أثناء قيامها بهذه الحركة .

ويكون مجال هذه الأخيرة في الشريعة الإسلامية عندما يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيتها مختارا وهو مدرك لمعانيها ونتائجها ، فمتى أتى فعلا محرما وهو لا يريده كالمكره أو المغمى عليه لا يسأل جنائيا عن فعله ، ومتى أتى فعلا محرما وهو يريده ولكنه لا يدرك معناه كالطفل أو المجنون فلا يسأل عن فعله أيضا⁶⁰⁰.

الفرع الثالث

صور القصد الجنائي

لا يخفى أن المشرع الجنائي عندما يقوم بتقرير قاعدة جنائية مقررة للجرائم العمدية ، فإنه يشترط توفر القصد الجنائي بصورة واضحة أو ضمنية دون التطرق إلى تحديد صورته تاركا ذلك الأمر للفقهاء الجنائي الذي يتولى تبيان نوع القصد .

فقد انتهى الفقه إلى تقسيم القصد إلى قصد عام وخاص ، وإلى قصد محدد وآخر غير محدد ، وقصد مباشر وآخر غير مباشر أو احتمالي ، الذي أثير الجدل حول مفهومه نظرا لصعوبة التفرقة بينه وبين القصد غير العمدي⁶⁰¹.

أولا : القصد العام والقصد الخاص

يقصد بالقصد العام هو انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل وهو يعلم أن القانون قد نهى عنه⁶⁰² ، وهو أيضا ما توافر بالعلم المحيط بأركان الجريمة و الإرادة المتجهة إلى

600 عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 392.

601 محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، المرجع السابق ، ص 12.

602 أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، المرجع السابق ، ص 109.

الفعل و النتيجة⁶⁰³، وهو القصد في أبسط صورته حيث تتجه إرادة الجاني لارتكاب الجريمة مع علمه بجميع عناصرها ، وهو إذن يتوفر على عنصري العلم والإرادة فقط ، والذي نجده في جميع الجرائم العمدية⁶⁰⁴. فجل الجرائم تقوم على توافر القصد العام ، فيكفي لقيامه إتيان المجرم لسلوكه عن إرادة واعية وهو عالم أن هذا الفعل يشكل جريمة .

في حين إن القصد الخاص يتميز بأنه العلم و الإرادة فيه لا تقتصر على أركان الجريمة وعناصرها ، وإنما يمتدان بالإضافة إلى ذلك إلى وقائع ليست في حد ذاتها من أركان الجريمة⁶⁰⁵.

وهو يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة إضافة إلى الإرادة الواعية من أجل مخالفة القانون، ومثال ذلك: ما يتطلبه المشرع فيما يخص جريمة القتل العمد والمنصوص عليها في المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري .

وكذا الحال في المجال الطبي إذا تعمد الطبيب إزهاق روح مريضه ، فهنا في هذه الجريمة إضافة إلى القصد العام وهو إرادة الجاني (الطبيب) إلى مخالفة القانون ، فإن القصد الجنائي الخاص يتمثل في نية الجاني في إزهاق روح مريضه .

وهذا ما ذهب إليه إتجاه من الفقه وسائيرهم في ذلك القضاء ، في اعتبار أن القصد المطلوب توافره في جريمة القتل هو القصد الجنائي الخاص ، وهو نية إزهاق الروح وذلك بالإضافة إلى القصد العام⁶⁰⁶.

وعليه يجب أن تتجه إرادة الفاعل إلى تحقيق غاية وهدف معين يتطلبه القانون ، وهو قصد إشتراط المشرع الجنائي توافره في جرائم معينة .

ولكي يتم تحديد ما إذا كان المشرع قد اكتفى بالقصد الجنائي العام أم اشترط توافر القصد الجنائي الخاص ، فهذا يتضح من خلال النص التجريمي والذي يستعمل فيه المشرع بعض المصطلحات التي يفهم منها نية المشرع كاستعماله لعبارة " عمدا " ، و"نية تملك الشئ المسروق" وغيرها من العبارات التي تدل على اشتراطه للقصد الخاص إضافة إلى القصد العام .

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن تصور وجود القصد الجنائي الخاص دون القصد الجنائي العام والعكس غير صحيح ، لأن هناك بعض الجرائم يكتفي فيها القصد العام فقط .

⁶⁰³ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، المرجع السابق ،ص381.

⁶⁰⁴ عبد الله سلمان ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،ج1 ،الجريمة ، دار الهدى ، الجزائر ،ص261.

⁶⁰⁵ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ن القسم الخاص ن المرجع السابق ،ص381.

⁶⁰⁶ رؤوف عيد ، جرائم الإعتداء على الأشخاص و الأموال،د رط ،دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص48.

ثانيا : القصد المحدد و القصد غير المحدد

يقصد بالقصد المحدد الذي يتوفر لدى الجاني عندما يعقد العزم على ارتكاب جناية أو جنحة معينة مثل القتل والسرقة في حق شخص معين⁶⁰⁷.

فهو عندما تتجه الإرادة إلى تحقيق نتيجة أو نتائج معينة ومحددة بذاتها ،فيكون هنا القصد محددًا ومثال ذلك : إرادة الجاني في القتل تتجه إلى إزهاق روح إنسان حي⁶⁰⁸.

أما القصد غير المحدد فيكون عندما تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة لتحقيق نتيجة دون تحديد موضوعها ، كمن يقوم بإطلاق النار على جمهور من الناس .

ولقد اعتبر المشرع الجنائي كلا من القصدين موحدين في الحكم، لأن كلاهما يتوافر على العلم والإرادة وتحقق النتيجة بغض النظر إذا كانت هذه النتيجة محددة أم لا .

ثالثا : القصد المباشر والقصد غير المباشر (الإجمالي)

يكون القصد مباشرا عندما تتجه إرادة الجاني إلى اقترافه الفعل الجرمي مع علمه بتوافر أركان الجريمة التي يتطلبها القانون .

أما القصد غير المباشر أو الإجمالي فيشترط فيه لكي يتحقق أن يتوقع الجاني نتيجة فعله وأن يقبل تلك النتيجة ولا يبالي فيها ، ومن ثم فالنتيجة الحتمية في القصد الإجمالي لا بد أن تكون مقصودة⁶⁰⁹.

ولقد أثير جدل فقهي حول القصد الجنائي الإجمالي ، هل تقوم معه المسؤولية عمدية أم مسؤولية غير عمدية ؟ ، ومثال عن القصد الإجمالي : حالة الطبيب أو الجراح الذي يجري عملية جراحية خطيرة لمريضه فيشدد عليه المرض فيتوقع أن سلوكه هذا قد يؤدي إلى الوفاة وتحدث الوفاة فعلا .

ولتوضيح هذه الفكرة يتنازع حولها رأيان : الرأي الأول يقوم على فكرة الإجمال ومفادها أن يقوم على مجرد الإمكان وهو مجال الخطأ غير العمدي واستبعاد القصد الإجمالي منه ، ومثال ذلك : إذا توقع الفاعل حدوث النتيجة عند قيامه بفعل كأثر محتمل

⁶⁰⁷ أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، المرجع السابق ، ص110.

⁶⁰⁸ عبد الله أوهايبية ، المرجع السابق ، ص337.

⁶⁰⁹ جلال ثروت، نظرية الجريمة متعددة القصد في القانون المصري والمقارن، د.رط ، منشأة المعارف،الإسكندرية، ب.ت ، ص273.

فتقوم في حقه المسؤولية العمدية ، أما إذا توقع النتيجة كأثر ممكن فإن المسؤولية تقوم في حقه غير عمدية⁶¹⁰.

في حين أن الرأي الثاني يقوم على التسوية بين القصد الجنائي في صورته العامة و القصد الجنائي الإحتمالي والخطأ غير العمدى على الإرادة وتحديد كيفية اتجاهها ، لأن القصد يقوم على العلم والإرادة ، فيجب توافرها معا وعليه يعتبر القصد الإحتمالي متوافرا إذا ثبت أن الجاني يفضل تحقق غرضه مقترنا بالنتيجة التي توقع إمكان حدوثها على أن يتحقق غرضه وحده⁶¹¹.

فهذه الأسباب قد اختلف الفكر الجنائي أيضا حول إخضاع القصد الإحتمالي لأحكام الخطأ غير العمدى أم اعتباره صورة من صور القصد الجنائي ، وبالتالي إخضاعه لأحكامه، لهذا فقد ذهب اتجاه فرنسي بأن القصد الإحتمالي إنما يحتل وسطا بين القصد العمدى و القصد غير العمدى⁶¹² ، على أساس أن الجاني لا يقبل النتائج المجرمة ولا يريدتها ولكنه يتوقعها كأثر ممكن لسلوكه ، فالنتيجة هي محتملة في القصد الإحتمالي وهي غير محتملة في القصد غير العمدى.

فهذا الإتجاه يخضع القصد الإحتمالي لأحكام الخطأ غير العمدى ، في حين هناك اتجاه ألماني يخضع القصد الإحتمالي لأحكام القصد الجنائي المباشر ، فإذا كان القصد الجنائي المباشر يقوم على توقع النتيجة الإجرامية كأثر مباشر وحتمي للسلوك ، فإن النتيجة في القصد الإحتمالي متوقعة كأثر للسلوك للمجرم⁶¹³.

المطلب الثاني

قيام المسؤولية الجزائية في حالة الخطأ (عدم توافر القصد الجنائي)

إن قيام المسؤولية الجزائية للطبيب إنما تكون في حالة الخطأ ، فليس من المعقول والمنطقي ترك مرتكب الخطأ من دون مساءلة أو عقاب ، والجراح شأنه شأن أي شخص فإنه يكون مسؤولا إذا ما ارتكب خطأ بفعله أثناء التدخل الطبي سواء أكان جراحيا أم لا .

فالخطأ الطبي – كما رأينا – يرجع إلى القواعد العامة إلى الخطأ بوجه عام ، غير أنه إذا تعمد الطبيب أو الجراح ارتكاب الخطأ فلاشك أن المسؤولية حينئذ هي مسؤولية جزائية عن فعل عمدى .

⁶¹⁰ محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق ،ص224.

⁶¹¹ عبد الله أوهايبية ، المرجع السابق ،ص340.

⁶¹² محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، المرجع السابق ن ص204.

⁶¹³ عبد الله أوهايبية ، المرجع السابق ،ص342.

ولكن قد يكون الخطأ من جانبه غير مقصود، فإننا نكون أمام قصد غير عمدي وخطأ جزائي غير عمدي، وللتفصيل أكثر لابد من التطرق إلى مفهوم الخطأ غير العمدي (الفرع الأول)، ومن ثم تعداد صورهما كما جاءت في قانون العقوبات الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الخطأ غير العمدي

إذا كان القصد الجنائي أساساً لقيام المسؤولية الجنائية للجرائم العمدية، فإن مجال الخطأ غير العمدي هو الجرائم البسيطة الموصوفة أساساً مخالفات، إذ لا يتصور أن يكون في الجرائم الخطيرة كالجنايات إلا إذا نص عليها القانون صراحة.

أولاً: تعريف الخطأ غير العمدي في القوانين الوضعية

الخطأ هو إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية⁶¹⁴. ولقد عمدت جل التشريعات على عدم إعطاء تعريف للخطأ غير العمدي، في حين أن هناك بعض من هذه التشريعات قد خرجت عن المألوف وقامت بتعريفه، كالمشرع الإيطالي الذي عرف الجريمة غير القصدية بقوله "عندما لا يريد الفاعل النتيجة ولو كانت متوقعة، فتحدث بسبب إهماله أو عدم احتياظه أو رعونته أو بسبب عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأوامر والأنظمة"⁶¹⁵.

بالإضافة إلى التشريع الجنائي اللبناني الصادر سنة 1943 وفي المادة 191 نص على أن: "تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل تبعه فعله أو عدم فعله المخطئين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقاها و سواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها"⁶¹⁶.

ومع إجماع جل التشريعات عن وضع تعريف جامع قام الفقهاء بالاجتهاد، فقد عرفه الفقه المصري على أنه: "التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تتطلبها الحياة الاجتماعية"⁶¹⁷، وهو أيضاً إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وعدم حيلولته تبعاً لذلك دون أن يفضي إلى النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه⁶¹⁸.

⁶¹⁴ شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، المرجع السابق، ص11.

⁶¹⁵ ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص78. وما بعدها.

⁶¹⁶ ماجد محمد لافي، المرجع نفسه، ص و هامش 78.

⁶¹⁷ صونية بن طيبة، القتل الخطأ بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، در. ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص39.

⁶¹⁸ أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص9.

وهو في المجال الطبي "كل مخالفة أو خروج من الطبيب في مسلكه عن القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً أو علمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي ، أو إخلاله بواجب الحيطة والحذر و اليقظة التي يفرضها القانون وتفرضها واجبات المهنة على الطبيب ، متى ترتب عن فعله نتائج جسيمة في حين كان في مقدوره ومن واجبه أن يكون يقظاً وحذراً في تصرفه حتى لا يضر المريض"⁶¹⁹.

كما هو أيضاً: "إخلال بواجب قانوني سابق مقترن بإدراك المخل بهذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير"⁶²⁰

ثانياً : تعريف الخطأ غير العمدى في الشريعة الإسلامية

اختلف فقهاء الشريعة في تعريفهم للخطأ وأنواعه وذلك لاختلافهم في صورة الجناية على النفس ، فمنهم من يدخل شبه العمد في الخطأ وهم المالكية والظاهرية ، ومنهم من يخرج جاري مجرى الخطأ وهم الحنفية وقسم من الحنابلة⁶²¹.

وعرف أيضاً بأنه: "وقوع الشيء على غير إرادة مقترف الفعل ، فالفاعل لا يأتي الفعل عن قصد ولا يريده بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، وإنما يقع الفعل على غير إرادته وبخلاف قصده نتيجة عدم تحرزه واحتياطه"⁶²².

كما عرف بأنه "إتيان الفعل دون أن يقصد الجاني العصيان ، أي دون أن يكون هناك قصد إجرامي لديه ، ولكنه يخطئ إما في فعله وإما في قصده ، فأما الخطأ في الفعل فمثله أن يقوم الطبيب بإجراء فعل الإنتكاس على أحد الفكين بدلاً من قلع السن التالف ، وأما الخطأ في القصد فبدلاً من أن يقصد الطبيب في إجراء عملية لقطع جزء من الأمعاء الغليظة التالفة ، قام باستئصال الطحال المصاب"⁶²³.

ولهذا فأساس الخطأ في الشريعة الإسلامية هو عدم الإحتياط أو التحرز ، وينطوي تحت هذا المفهوم الإهمال وعدم الإحتياط وعدم التبصر والرعونة وعدم الإنتباه⁶²⁴ ، أما

⁶¹⁹ أسامة عبد الله قايد ، المرجع السابق / ص221.

⁶²⁰ منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص240.

⁶²¹ فخري رشيد مهنا ، أساس المسؤولية التصديرية ومسؤولية عدم التمييز ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنكلوساكسونية والعربية ، مطبعة الشعب ، بغداد ، العراق ، 1974 ، ص20.

⁶²² عبد الخالق النووي ، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، د.ر.ط ، ص91.

⁶²³ شمس الدين السرخي ، المبسوط ، ج26 ، ط1 ، مطبعة السعادة ، مصر ، د.ب.ت ، ص66.

⁶²⁴ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص15.

فيما يخص ما جرى مجرى الخطأ فإنه لا يقصد الفعل ولكن يقع نتيجة تقصيره أو تسببه⁶²⁵ ،
ومعيار تحديد ما إذا كان الفاعل قد أخطأ أو لم يخطئ لدى فقهاء الشريعة تحكمها قاعدتان :
الأولى : كل من يلحق ضرراً بالغير يسأل عنه فاعلاً أو متسبباً إذا كان مما يمكن
التحرز منه .

الثانية: إذا كان الفعل غير مباح شرعاً وأتاه الفاعل دون ضرورة ملحة ،فهو تعدمن غير
ضرورة أما ما تولد منه يسأل الفاعل سواء أكان مما يمكن التحرز منه أم لا⁶²⁶ .

ويشترط في الشريعة الإسلامية لكي يكون الجاني مسؤولاً ، أن تكون الجريمة قد
وقعت نتيجة لخطئه بحيث يكون الخطأ هو العلة للموت ، وأن يكون بين الخطأ و الموت
علاقة السبب بالمسبب ، فإذا انعدمت رابطة السببية فلا مسؤولية على الجاني⁶²⁷ .

وفي المجال الطبي فيعتبر عدم أخذ إذن المريض في الشريعة الإسلامية خطأ ، فقد
رأى الإمام الشافعي أن السبب في رفع المسؤولية على الطبيب هو الإذن الذي حصل عليه
الطبيب من المريض ، ولكن يشترط أن تكون نية هذا الطبيب منصرفة إلى صلاح المفعول
وليس بقصد الإضرار به⁶²⁸ .

فقد أجمع فقهاء الشريعة على عدم مسؤولية الطبيب عما يفضي إليه فعله من نتائج
ضارة بالمريض مثل إحداث عاهة مستديمة أو التسبب في وفاة المريض ، ولكن أولئك
الفقهاء قد اختلفوا في رفع هذه المسؤولية وسبب رفعها ، فقد رأى الإمام أبو حنيفة أن
المسؤولية ترتفع عن الطبيب لشئئين : أو لهما حاجة المجتمع الماسة إلى العمل الطبي الذي
يفترض تشجيع الطبيب للقيام بعمله دون خوف من المسؤولية الجنائية أو المدنية ، فالطبيب
الذي يمتنع عن القيام بعمله يلحق بالمجتمع الضرر ، أما الأساس الثاني فهو وجوب أخذ إذن
المريض أو وليه إذا كان يصعب أخذه أو كان صبياً أو مجنوناً ، فاجتماع الإذن مع
حاجة المجتمع تؤدي إلى رفع المسؤولية⁶²⁹ .

أما الإمام مالك فقد قال بأن المسؤولية تنتفي عن الطبيب لسبب إذن الحاكم أولاً
وإذن المريض ثانياً ، فإن المريض يبيح للطبيب أن يفعل بالمريض ما يرى فيه صلاحه

⁶²⁵ فخري رشيد مهنا ، المرجع السابق نص 20 وما بعدها .

⁶²⁶ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 105 .

⁶²⁷ عبد القادر عودة ، المرجع نفسه ، ص 112 .

⁶²⁸ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، المرجع السابق ص 163 .

⁶²⁹ علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط1 ، مطبعة الجمالية ، بيروت ، لبنان ، 1328 هـ ، ج3 ، ص 305 .

، فإذا حصل الطبيب على هذين الإذنين فلا مسؤولية عليه ما لم يكن قد خالف أصول الفن الطبي أو أخطأ في فعله⁶³⁰ .

في حين يرى جانب من الفقه الحديث أن الطبيب لا يسأل عن خطئه الفاحش ، والخطأ الفاحش هو ما لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم ، ويضرب الفقهاء مثلاً للخطأ غير الفاحش قصة صبية سقطت من مكان مرتفع فانتفخ رأسها ولما عرضت على الأطباء الجراحين قالوا أن في شق رأسها موت لها ، ولكن واحداً منهم قال أنها تموت إن لم يشقوا رأسها هذا اليوم ، أنا أشقه وأبريها فشقه فماتت بعد يوم أو يومين⁶³¹ .

الفرع الثاني

صور الخطأ الجزائي غير العمدي

تذهب كثير من التشريعات إلى تحديد صور الخطأ ، ولكن الإختلاف بينهما كان حول هذا التحديد ، فقد ذهب المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الصادر سنة 1810 في المادة 319 منه إلى ذكر صور الخطأ المتمثلة في الرعونة وعدم الإحتياط وعدم الإلتباه والإهمال وعدم مراعاة اللوائح⁶³² .

وقد سارع المشرع الجزائري على نهج غالبية التشريعات الأخرى في تحديده لصور الخطأ، وهذه الصورة هي المتعلقة بوجه خاص بالخطأ الطبي غير العمدي، والتي اعتبرها المشرع الجزائري أساساً لقيام المسؤولية الجزائية في حالة توافر عنصر واحد منها على الأقل.

فلقد نصت المادة 239 من قانون الحماية الصحة وترقيتها⁶³³ بأنه: "يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي ، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته."

في حن نصت المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "كل من قتل خطأً تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب....".

⁶³⁰ أبو عباس الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط1، مطبعة النايب الحلبي، بيروت، لبنان، ج8، 1938 ، ص2.

⁶³¹ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص522.

⁶³² ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص وهامش 174.

⁶³³ لقد تم الإشارة إلى هذا القانون في الباب الأول .

فهذه العبارات و الألفاظ التي استعملها المشرع الجزائري تتسع لتمثل كافة الصور التي يمكن تصورها لقيام الخطأ غير العمدي ، بغض النظر عما إذا وردت هذه الصور على سبيل الحصر أو على سبيل المثال . وهنا يتضح أن المشرع الجزائري قد جرم بعض الأفعال المضرة بالسلامة الجسدية للإنسان ، حتى ولو لم تكن لدى الفاعل نية إحداث الضرر لكنه وقع بسبب عدم احتياظه أو رعونته أو إهماله أو عدم انتباهه أو عدم مراعاته للأنظمة وإذا كانت هذه قاعدة عامة فإنها تطبق أيضا على الأطباء في معرض ممارستهم لمهنتهم . وعلى ذلك يمكن تقسيم صور الخطأ غير العمدي إلى ثلاث فئات : الفئة الأولى تقتضي سلوكا ايجابيا والثانية تقتضي سلوكا سلبيا ، في حين يمكن اعتبار الفئة الثالثة فئة محايدة .

أولا : الفئة الأولى : عدم الإحتياط و الرعونة

يعتبر كلاهما صورة من صور الخطأ غير العمدي التي يقوم فيهما الجاني بنشاط ايجابي لم يكن من المفروض أن يقوم به . إذ يتحققان عند إقدام الفاعل على تصرفه وهو مدرك لخطورته وما يترتب عليه من نتائج ضارة ، ورغم ذلك لا يقوم باتخاذ الإحتياطات اللازمة التي من شأنها أن تجنبه الوقوع في المخاطر .

1- عدم الإحتياط

هو إقدام الجاني على أمر كان عليه أن يمتنع عنه في مثل تلك الظروف ، إذ أن النشاط الإيجابي الصادر من المتهم يتميز بعدم الحذو عدم تدبر العواقب ، وكان لا بد منه اتخاذ وسائل وقائية ، ولكنه لم يتخذ الإحتياطات اللازمة رغم ضرورتها⁶³⁴ . فهو حالة الخطأ بتبصر ، فالجاني يعلم طبيعة العمل الذي يأتيه وما يمكن أن يترتب عليه من خطر و على الرغم من ذلك يمضي في فعله⁶³⁵ .

ويقصد به أيضا تجاهل قواعد الحيطة والحذر و التبصر ، وبمعنى أدق هو الخطأ

الذي لا يرتبكه الرجل المحتاط⁶³⁶ ، فهو نشاط ايجابي من الفاعل و يدل على عدم التبصر بالعواقب التي قد تترتب عليه⁶³⁷ ، فهو يكون مدركا للضرر المتوقع منه ، لكنه لا يفعل شيئا لاتقائه أو درئه أو الإحتياط منه⁶³⁸ .

هذه الصورة الفاعل محل مساءلة جزائية ، لأنه علم باحتمال وقوع الضرر وخطورته ، لكنه قام به دون سوء نية من جانبه ، ونجد لهذه الصورة تطبيقا في أعمال رجال الفن

634 أمر فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص14.

635 ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص186.

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

637 ثائر جمعة شهاب العاني ، المرجع السابق ، ص186.

638 بسام المحتسب بالله ، المرجع السابق ، ص 369.

ومنهم الأطباء ، لما يترتب عن أعمالهم من أخطاء تسبب ضررا للمريض في روحه وجسده .

ومن أمثلة عدم الإحتياط في المجال الطبي ، الطبيب الذي يجري عملية جراحية دون أن يعقم الأدوات الفنية المستعملة في إجراء العملية . ويسمى عدم الإحتياط عند بعض المشرعين كالمشرع السوري و الأردني بقلة الاحتراز ، حيث اعتبرها هذا الأخير : عدم التقدير على نحو سليم للآثار الصارة لفعله⁶³⁹ .

و بالرجوع إلى القضاء الفرنسي و المصري نجد لهم اجتهادات كثيرة لهذه الصورة ، حيث قضت محكمة "بوردو" في قرارها المؤرخ في 07 جوان 1933 : "بمسؤولية الطبيب الذي لا يراعي حالة الحساسية الخاصة بغلام في الثامنة عشرة من عمره ، فتسبب كذلك في إصابته بحروق خطيرة⁶⁴⁰ .

كما قضت محكمة " مرسيليا " الفرنسية في جلستها المؤرخة في 26 ابريل 1921 بأن : " الطبيب الذي يكلف بإجراء عملية جراحية لشخص ما برضى أهله ، وفي أثناء العملية يخطر بباله أن يخدر المريض بالكوروفورم ليهدي أعصابه فيتربت عنه وفاة المريض إثر هذا المخدر ، يكون مسئولا حتى لو ادعى أن الوفاة حدثت لأسباب ما كان في قدر أحد أن يتنبأ باحتمال وقوعها .."⁶⁴¹ .

أما على مستوى القضاء المصري ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 42/1566 في جلستها المؤرخة في 11 نوفمبر 1973 ، بمسؤولية الطبيب لعدم تحرزه في أداء عمله وهذا كاف لتحمل مسؤوليته مدنيا وجزائيا⁶⁴² .

في حين قضت المحكمة العليا بالجزائر في قرارها رقم 297062 المؤرخ في 24 جوان 2003 بمتابعة طبيب كان يتابع امرأة حاملا ولم يحم بالاحتياط الأزم لصحة الجنين فأصيب بمرض "TOXOPLASMOSE" ، نتج عنه فقدان بصره وولد كفيفا ، لكن قاضي

639 علا درة غمة ، ساري أبو سنيئة ، فادي علاونة ، المرجع السابق ، ص 99 .

640 فائق محمد الجوهري ، المرجع السابق ، ص 110 .

641 فائق محمد الجوهري ، المرجع السابق ، ص 412 .

642 جاء في حيثيات القرار ما يلي : ..لما كان ذلك وكان من المقرر أن ايراد الحكم الإستثنائي لأسباب حكم محكمة أول درجة -مقتضاه أن يأخذ بهذه الأسباب فيما لا يتعارض مع الأسباب التي أضافها - وكانت محكمة الموضوع لما لها من سلطة تقديرية بالنسبة للخطأ الموجب للمسؤولية وأنها قررت أن الطاعن أخطأ بقيامه بإجراء الجراحة في العينين معا في وقت واحد ، ولم يكن الأمر يستدعي الإسراع بالجراحة ، ودون اتخاذ الاحتياطات عند إجرائها ، فعرض المريض لمضاعفات سيئة في العينين معا و الذي انتهى بفقد الإبصار فيهما ، فإن هذا القدر من الخطأ كاف وحده لتحمل مسؤولية الطاعن مدنيا وجزائيا ، لأن إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن ما يجريه يجب أن يكون مطابقا للأصول العلمية المقررة ، فإن أخل بها أو خالفها حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمد الفعل أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله ، وكان يكفي للعقاب عن جريمة الإصابة بالخطأ طبقا للمادة (144 عقوبات مصري) توافر صورة واحدة من صور الخطأ فإن النفي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون غير سديد .
أنظر : عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، ص 37 .

التحقيق أصدر أمرا بانتفاء وجه الدعوى ، أيده غرفة الإتهام في ذلك ، وبعد الطعن ضد قرار هذه الأخيرة تم النقض بالإرتكاز على مبدأ أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة وأنه من خلال وقائع القضية تبين أنه لم يبذل هذه العناية⁶⁴³.

2-الرعوننة

الرعوننة من الأرعن وتعني الطيش و الخفة⁶⁴⁴ ، وإن كانت بهذا المعنى إلا أنه المقصود بها هنا عدم الحذق والرعاية ، وهي تنطبق على من يمارس أعمالا فنية لكن تنقصه الخبرة اللازمة .

وهي تعني أيضا سوء التقدير ونقص الخبرة و المهارة اللازمة بشأن الفعل الذي يقوم به الجاني ، وهو سوء تقدير يرجع إلى خفة وجهل وعدم اتزان وعدم حذق وسوء تصرف من الجاني⁶⁴⁵.

فهي الخفة بحيث يقدم الشخص على عمل وهو غير مقدر لخطورة ذلك العمل وغير مدرك لما يمكن أن ينتج عن عمله من أضرار تصيب الغير ، كالتبيب الذي يقوم بنقل الدم إلى مريض آخر دون أن يجري فحصا للدم حتى يتأكد خلوه من الأمراض .

فالرعوننة تكشف عن تصور للفاعل وجهله بأصول المهنة ، ومثاله أيضا أن يخطئ طبيب عظام في قراءة صور الأشعة ، فيظن الإصابة كسر لاشتباه تباعد الأجزاء فيقوم بعلاج المريض على هذا الأساس .

وهي بهذا المعنى تكون إما أمرا ماديا مبعثه الخفة وسوء التصرف أو أن تكون سوء تقدير معنوي يعود إلى جهل وعدم كفاءة الفاعل⁶⁴⁶.

و الملاحظ أن صورة الرعوننة تقع عادة في الجراحة والتوليد ، فهناك إعاقات تلحق بالمولود من جراء هذه الصورة من الخطأ ، من القضايا التي أثيرت ما أدانت به محكمة جنح مصر المستأنفة لطبيب من أجل امرأة لجأت إليه لتوليدها قبل الموعد ، فتبين من خلال فحص وضعية الجنين ، أن هذا الأخير في وضعية غير عادية فلم يتم بتحويلها إلى المستشفى عند حلول موعد الولادة بل قام بنفسه بتوليدها وطلب من زوجها وخالتها مساعدته في جذب الجنين من رجليه مما أدى إلى انفصال رأسه عن جسده ، فنتج عن ذلك وفاة الأم بعد نقلها إلى المستشفى⁶⁴⁷.

⁶⁴³ سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري ، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الدولي حول الأخطاء الطبية ، الجزائر ، يوم 12 ابريل 2010 ، ص10.

⁶⁴⁴ إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط المرجع السابق ، ج 1 ، ص 355.

⁶⁴⁵ أمير فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص 13.

⁶⁴⁶ بسام المحتسب بالله ، المرجع السابق ، ص 365.

⁶⁴⁷ حكم محكمة جنح مصر المستأنفة المؤرخ في 2 جانفي 1927، حيث أن المحكمة أدانت الطبيب مرتكزة على الأخطاء التالية: -أنه لم يتم باتخاذ الحيطة والحذر لمنع الخطر في أول الأمر عند مشاهدته في الأيام الأولى أن حالة المتوفاة في خطر .

وعلى النقيض من ذلك ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 67/10678 في جلستها المؤرخة في 15 افريل 2001: " بعدم مسؤولية الطبيب الجراح عما يصيب مريضه أثناء إجراء عملية جراحية له نتيجة خلل مفاجئ أو عدم كفاءة جهاز يستخدمه ، إذا كان الاستخدام أساسيا وضروريا في إجراء العملية وان الإصابة لا تعد نتيجة خطأ أو إهمال من جانب الجراح ، وأن الشخص المسئول عنها هو الموظف المكلف بصيانة الأجهزة وأنه إذا انتفى الخطأ امتنعت المسؤولية وقضت ببراءة الطبيب بما نسب إليه ورفض دعوى التعويض⁶⁴⁸ .

ثانيا : الفئة الثانية : الإهمال وعدم الإلتباه

يعتمد الفاعل في هاتين الصورتين موقفا سلبييا ، عند قيامه بما هو واجب عليه وتركه التزاما مفروضا في مسلكه الشخصي ، والإحجام عن اتخاذ الإحتياطات و الوسائل الضرورية للحد من الضرر أو لتفادي وقوعه ، وتشمل هذه الفئة صورة الإهمال و صورة عدم الإلتباه .

1- الإهمال

يقصد بالإهمال في اللغة هو المضيعة و الترك⁶⁴⁹ ، ويقصد به التفريط ، وهو أن يقف الشخص موقفا سلبييا، فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر التي من شأنها الحيلولة دون وقوع النتيجة ، أو هو الإمتناع عن القيام بعمل يفرضه القانون ، كترك واجب أو الإمتناع عن تنفيذ أمر ما، أو التخازل في اتخاذ العناية والوقاية اللازمين لتجنب حصول الضرر .

فالإهمال "سلوك سلبي صادر من الجاني الذي كان يتعين عليه أن يتخذ من الإحتياطات ما يحول دون أن يكون الفعل خطرا ، ويمكن أن يترتب عليه نتيجة ضارة قد

- أنه لم يقم بطلب المساعدة من طبيب آخر عند مباشرته الولادة .

- أن جذب الجنين ينطوي على استعمال العنف فيه بالنظر إلى حجم رأس الجنين.

أنظر: شريف الطباخ، جرائم الخطأ و التعويض عنها ن المرجع السابق، ص26 وما بعدها .

648 كانت النيابة العامة في هذه القضية قد اتهمت الطبيب بالإهمال والرعونة وعدم اتخاذ ما توجب عليه أصول مهنة الطب من فروض وواجبات تقضي بفحص الأجهزة المستخدمة في العمليات الجراحية التي أجراها لمريضة فأصيبت بحروق نتج عنها حدوث عاهة مستديمة لها، فحبس الطبيب وأيد الحكم على مستوى الإستئناف مع تعويض مؤقت للمريضة، وبعد طعن الطبيب في الحكم الغستئنافي بالنقض، قضت محكمة النقض بقبول الطعن وتبرئة الطبيب من التهمة المنسوبة إليه واستندت إلى تقرير الطبيب الشرعي الذي أكد حدوث خلل مفاجئ بالجهاز المستخدم وعدم مسؤولية الجراح في ذلك .

أنظر : السيد عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، ص49.

649 إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات نحامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2 ، ص995.

تلحق بالغير أذى لا يمكن إصلاحه ، إذ من شأن اتخاذ الجاني لهذا الإجراء أو الإحتياط أن يحول دون حدوث النتيجة الإجرامية⁶⁵⁰.

ويكون الإهمال في الأعمال التي تصطبح بشئ من الخطر ، ويكون من واجب الفاعل محاذرة و اتقاء هذا الخطر⁶⁵¹ ، ومثال ذلك الطبيب الذي يترك شيئاً في جسم المريض أثناء الجراحة أو عدم قيامه بواجب المتابعة بعد العملية ، ويهمل في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعملية التخدير .

ومن الإجتهادات القضائية ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة 21 جوان 1947 بنصها : " يجب على الجراح قبل إجراء العملية أن يفحص المريض في كافة النواحي دون الإقتصار على فحصه من ناحية المرض الذي يشكو منه ، فإذا ما أدانت محكمة الموضوع الجراح الذي تسبب بإهماله أو عدم احتياطه في كسر ساق مريض أثناء تحريك طاولة العمليات التي كان يرقد عليها وهو مخدر ، وذلك بسبب عدم ملاحظة أن الساق كانت مربوطة فيها ، وبها مرض معين يقتضي عدم تحريكها ، فإن حكمها يكون صحيحاً لا مطعن عليه ..⁶⁵².

كذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في جلستها المؤرخة في 17 ماي 1933 حيث قضت بمسؤوليته عن الأشعة بقولها : "يعد مسؤولاً وحده عن الأضرار الناجمة عن العلاج بالأشعة إذا نجم ضرر للمريض نتيجة عيب في الآلة ..يعد مسؤولاً عن كل إغفال في الاحتياطات الواجبة والضرورية والتي يترتب عليها ضرر للمريض ..ومتى ثبت الخطأ من جانب طبيب الأشعة نتيجة إهماله في العلاج الكهربائي فإنه تنعقد مسؤوليته دون تمييز بين درجات الخطأ يسيراً أو جسيماً ..⁶⁵³".

أما على مستوى القضاء المصري ، فقد قضت محكمة " الزقازيق الابتدائية " في جلستها المؤرخة في 30 ديسمبر 1993 بإدانة الطبيب نتيجة عدم تعقيمه الحقنة أو الإبرة المستخدمة في الحقن وإهماله تعقيم الجلد موضع الحقن ، مما أدى إلى تلوث موضوعي ، نتج عنه تقيح في موضع الحقن النخاعي ، كانت نتيجة إصابة المريض بعاهة مستديمة في الطرفين السفليين بنسبة 100⁶⁵⁴.

650 أمير فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص 13.

651 وفاء حلمي ابو جميل ، الخطأ الطبي ، المرجع السابق ، ص 65.

652 منير رياض حنا ، المرجع السابق ، ص 160.

653 أحمد محمود سعد ، المرجع السابق ، ص 135.

654 أنس عبد الغفار ، المرجع السابق ، ص 684.

في حين قضت المحكمة العليا بالجزائر ، بإدانة الطبيب من جراء تأخره في الوصول إلى المستشفى مما أدى إلى وفاة المريض⁶⁵⁵ ، كما قضت في قرار آخر لها بإدانة طبية امتنعت عن إجراء عملية لمريض كان في حاجة إليها فوراً مما أدى إلى وفاته وقد رفضت المحكمة العليا طعنها بالنقض⁶⁵⁶.

فالإهمال إذن حالة يغفل فيها الفاعل عن أخذ الاحتياطات و الإنتباه اللازمين ليمنع حدوث النتيجة الضارة ، فهي حالة سلبية يقفها الجاني عن أخذ الحيطة و الحذر فينتج الخطأ فيها عن ترك أو امتناع .

2- عدم الانتباه

يرى البعض أن عدم الانتباه و الإهمال مصطلحان مترادفان لأنهما يعبران عن موقف واحد، وهو إغفال اتخاذ الحيطة والحذر⁶⁵⁷ ، في حين يرى البعض الآخر أنها تتشابه مع الإهمال في أن كليهما سلوك سلبي وأن عدم الانتباه يعني الطيش و الخفة غير المعذورة⁶⁵⁸. فعدم الانتباه يقصد به الخفة وعدم التركيز عند تنفيذ عمل ما⁶⁵⁹ ، و في المجال الطبي هو عدم انتباه الطبيب لخطر كان متوقعا ومعروفا لديه ولم يعمل على تجنبه إما جهلا أو نسيانا .

و القاعدة التي يستدل بها في تقدير خطأ الطبيب استنادا لهذه الصورة ، هي التزامه ببذل الجهود الصادقة المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة ، 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 .

وفي هذا السياق ما قضي به القضاء المصري في الطعن رقم 31/381 في الجلسة المؤرخة في 22 مارس 1966 : "إدانة طبيب أمر بنقل مريض من مستشفى إلى آخر قبل إحالته للقسم المختص لفحصه ، وأدى ذلك إلى التعجيل بوفاة المريض ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ بتسرع الذي لا يعفيه من التعلل بعدم ضرورة التدخل الجراحي ، لأن ذلك لم يكن يمنع

⁶⁵⁵ قرار المحكمة العليا رقم 293077 المؤرخ في 22 ديسمبر 2004، انظر : سيدهم مختار ، المرجع السابق ، ص9.

⁶⁵⁶ قرار المحكمة العليا رقم 240757 المؤرخ في 26 جوان 2006 . أنظر سيدهم مختار ، المرجع السابق ، ص9.

⁶⁵⁷ ماهر عبد شويش النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية الحقوق ، بغداد ، العراق ، 1981 ، ص230.

⁶⁵⁸ موقف علي عبيد ، الاتجاهات الحديثة في كشف المحررات ، المجلة الجنائية التوثيقية ، ع3 ، 1965 ، 217.

⁶⁵⁹ أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة ، المرجع السابق ص79.

إحالة المريض إلى القسم المختص لفحصه وعلاجه ، وتأجيل نقله إلى مستشفى آخر في وقت ملائم لحالته الصحية⁶⁶⁰.

كذلك ما قضت به محكمة الجناح المستأنفة في الكويت في القضية رقم 89/4943 في جلستها المؤرخة في 29 جانفي 1990 ، ببراءة الممرضة لأنها قامت بتجهيز المحلول الذي زودها به الطبيب في حقن ، وسلمتها لهذا الأخير فقام بحقن المريض به ، إلا أن المريض توفي في الحال لأن ما حقن به لم يكن محلولاً طبياً وإنما سائل لتنظيف البلاط "السيبتول" ، وقد ثبت خطأ الطبيب في عدم انتباهه وإهماله في الإطلاع على زجاجة المحلول للتأكد منه قبل أن يسلمه للممرضة لتجهيزه في حقن ، فقضت المحكمة ببراءة الممرضة وإدانة الطبيب⁶⁶¹.

الفئة الثالثة : عدم مراعاة الأنظمة

يقصد بها عدم مطابقة سلوك الجاني للقواعد الأمرة التي تقررها السلطات المختصة ، ويكفي مجرد مخالفة إحدى هذه القواعد حتى يتحقق الخطأ دون تطلب اتخاذ الصور الأخرى وهي الإهمال أو عدم الإنتباه أو الرعونة أو عدم الإحتياط⁶⁶².

و المقصود بالأنظمة والقوانين كل ما يصدر من تشريعات سواء من السلطة التشريعية أو التنفيذية في الحدود التي تختص بها قانونا ، وتمتد حتى لتنظيمات القواعد العرفية المتعارف عليها في المجال الذي وقع فيه الخطأ، كما تشمل هذه الأنظمة أيضا القوانين واللوائح والأوامر التي توضع لحفظ الصحة العامة والأمن والسلامة .

وتعتبر هذه الصورة مستقلة عن الصور الأخرى ، حيث جعلها المشرع الجزائري صورة للخطأ غير العمدي صورة قائمة بذاتها ، سائرا على نهج قانون العقوبات الفرنسي ، وهناك من شراح القانون من اعتبرها صيغة ناقصة ، فالصيغة المناسبة في نظرهم هي عدم مراعاة القوانين و الأنظمة وهي أوسع واشمل من الصيغة الأولى ، وهذا ما اعتمده جل التشريعات العربية⁶⁶³.

⁶⁶⁰ السيد عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، ص 87.

⁶⁶¹ محسن البيه ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، ط1 ، 1990، ص36.

⁶⁶² علي عبد القادر القهوجي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003، ص357.

⁶⁶³ قد تفتن المشرع الفرنسي للصيغة الناقصة وغيرها في قانون العقوبات الجديد بعبارة " الإخلال بواجب الحيطة أو الأمن الذي يفرضه القانون أو التنظيم "أنظر:أحسن بوسقيعة،الوجيز في القانون الجنائي الخاص،المرجع السابق،ص79.

أما في المجال الطبي فيقصد بها عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة المختلفة التي تفرضها مهنة الطب ، مما يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر بالمريض ، كمخالفته لواجب الحصول على رضا المريض وتبصيره بكافة مخاطر العلاج .

وفي تعريف آخر ، فيقصد بها : "مخالفة السلوك - إيجابا أو سلبا - الأنماط السلوكية الواجبة الإتباع بنص القوانين و القرارات و الأنظمة و اللوائح ، ومخالفتها تعد صورة مستقلة من صور الخطأ ، فالشخص المخالف لها يعد مسؤولا عن النتائج الضارة ولو لم تثبت في حقه أية صورة أخرى من صور الخطأ ويعبر عن هذه الصورة بالخطأ الخاص⁶⁶⁴ ."

فالخطأ في هذه الصورة يعود إلى اعماد الفاعل موقفا لا شرعيا ، في عدم تطابق سلوكه الشخصي و المهني مع المسلك المقرر في القواعد و التعليمات الصادرة عن السلطات المختصة⁶⁶⁵ ، و تتحقق هذه الصورة من الخطأ في المسؤولية الجزائية بمجرد إثبات الجاني سلوكا على خلاف السلوك الذي يستلزمه المشرع في القوانين و اللوائح أو القرارات أو الأنظمة الموضوعية بهدف حماية الأرواح و تقليل حدوث الأفعال الخطرة التي ينتج عنها ضرر للغير⁶⁶⁶ .

على هذا الأساس يمكن القول أن عدم مراعاة الأنظمة هي جريمة مستقلة بذاتها ، حيث يسأل الجاني عن المخالفة و عن الضرر الذي ألحقه من جراء ذلك ، وبالنتيجة فالشخص الذي يتبع القوانين لا يمكنه التذرع بهذا الأمر حتى يدفع عن نفسه المسؤولية إذا ما وقع عن فعله ضرر للغير بسبب إهماله أو عدم احتياظه أو رعونته ، فيسأل عن الخطأ الثاني رغم انتفاء الخطأ الأول .

و على هذا يمكن استخلاص النتائج التالية من هذه الصورة :

- أن الجرائم التي تنتج عن هذه الصورة ، هي مستقلة عن جريمة المخالفة أو الجنحة الناجمة عن عدم مراعاة الأنظمة .

- إن إتباع القوانين و اللوائح يعفي من المسؤولية دون إعفائه منها في حالة ارتكابه لخطأ يشمل على صورة من الصور الأخرى .

و الإجهادات كثيرة لهذه الصورة ، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية في طعنها رقم 22/884 في جلستها المؤرخة في 02 جويلية 1953 ، قضت أن : "الشارع عندما وضع المادة 310 عقوبات لم يعمم حكمها ، بل خص بالنص طائفة الأطباء و الجراحين و الصيادلة

664 ماجد محمد لافي ، المرجع السابق ، ص 88.

665 أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق ، ص 80.

666 أمير فرج يوسف ، المرجع السابق ، ص 14.

و القوابل وغيرهم ، وعين الأحوال التي حرم عليها فيها إفشاء الأسرار التي يضطر صاحبها أن يأتئهم عليها باعتبار أن طبيعة عملهم تقتضي هذا الإطلاع وهم في سبيل قيامهم بخدماتهم للجمهور ، فإنه لا يصح التوسع في هذا الإستثناء بتعديل حكمه إلى من عدا المذكورين في النص.⁶⁶⁷

وفي قرار آخر لها ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 42/551 ، في جلستها المؤرخة في 19 جوان 1972 قضت بأن: " المادة 222 من قانون العقوبات قررت عقوبة الجنحة للطبيب الذي يعطي بطريق المجاملة شهادة مزورة بشأن حمل أو مرض أو عاهة أو وفاة ، مع علمه بتزويره ذلك ، لم تكن تقصد التزوير المادي وإنما التزوير المعنوي الذي يجعل واقعة مزورة في صورة صحيحة حال تحرير الشهادة⁶⁶⁸ .

و خلاصة القول أن التشريع الجزائري وكغيره من التشريعات الأخرى ، قد قام بتعداد صور الخطأ غير العمدي ، فقد رأى شراح القانون أنه لا يمكن القول تبعاً لذلك أن هذه الصور قد جاءت على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال⁶⁶⁹ ، وذلك لاستحالة إحاطة المشرع بكل صور الخطأ غير العمدي ، وإن ذهبنا مع هذا القول -حصر صور الخطأ غير العمدي -فإننا نصيب القانون بالجمود ونغلق الأبواب لأفعال أخرى يمكن أن تشكل في أساسها صوراً للخطأ وبالنتيجة إخراجها من دائرة التجريم كالأغفال وقصر المعرفة وغيرها..

وعلى هذا فالخطأ في المجال الطبي يعتبر أكثر حساسية من غيره في المجالات الأخرى ، ذلك أنه يمس بالكيان الجسدي وهو بهذا المعنى جريمة يعاقب عليها القانون وتقع على فاعلها المسؤولية الجزائية ، غير أن الصعوبة تكمن هنا في مسألة إثبات هذا الخطأ.

667 السيد عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق ، ص111.

668 السيد عبد الوهاب عرفة ، المرجع نفسه ، ص107..

669 ماجد محمد لافي ، المرجع السابق ، ص89.

المبحث الثاني

إثبات المسؤولية أمام القاضي الجزائي

سبق وأن أشرنا أن للطرف المضرور أو المجني عليه الحق في المطالبة بجبر الضرر الذي أصابه من جراء التدخل الطبي دون رضاه ، فعدم حصول الطبيب أو الجراح على موافقة المريض الصريحة يعد مرتكباً لخطأ تقوم تبعاً لذلك مسؤوليته الجزائية والمدنية ، ولكن الأمر لا يبدو بهذه السهولة ذلك أن المسؤولية الجزائية تطرح مقابلاً لها مسألة أخرى وهي إقامة الدليل على خطأ الطبيب ، وهذا ما يعرف بمبدأ الإثبات حيث يقع على عاتق الطرف المدعي أو الضحية إقامة الدليل على أنه كان ضحية خطأ من جانب الطبيب .

وإقامة الدليل يعني البحث عن الحقيقة و الكشف عنها بأي طريق ، ذلك أن الحقيقة لا يمكن أن تكتشف من تلقاء نفسها ، وإنما هي ثمرة مجهود وبحث شاق ومتابعة فكرية فيبقى على القاضي وهو الطرف الفاصل في الدعوى أن يعمل كل ما في وسعه من أجل أن يحصل على الدليل القاطع ، والذي بمقتضاه يصدر حكماً باتاً يكون عنواناً لتلك الحقيقة ، فالقاضي لم تمنح له سلطة تقدير الأدلة إلا من أجل البحث عن هذه الحقيقة التي تنشأ عنها الأدلة ويحملها الحكم الجنائي .

وللتفصيل أكثر ، لابد من التعرض لنظام الإثبات الجنائي وسلطة القاضي الجزائي فيه (المطلب الأول) ، ثم التعرض لأهم وسائل الإثبات الجنائي من الناحية العملية ألا وهي الخبرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظام الإثبات الجنائي وسلطة القاضي الجزائي فيه

يكتسي نظام الإثبات أهمية كبيرة في جل فروع القانون ، غير أن هذه الأهمية تزداد بشكل ملحوظ في المسائل المدنية و الجنائية وهذه الأخيرة بصفة خاصة ، حيث أن الجريمة فعل يهدد أمن المجتمع فتنشأ عنها سلطة الدولة ممثلة للمجتمع في متابعة الجاني وتوقيع العقاب عليه وذلك تحقيقاً للردع العام والردع الخاص .

كما أن الجريمة واقعة مادية حصلت في الماضي ولهذا يستحيل على جهات التحقيق و الحكم أن تقف على حقيقتها ، لذلك فهي تقوم بالكشف عنها بالإستعانة بوسائل تعيد أحداث الجريمة إلى الماضي وهذا ما يعرف بالأدلة الجنائية.

وعلى هذا فالإثبات في المسائل المدنية يقصد به: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها"⁶⁷⁰.

أما في المجال الجزائي فهو ما يعرف بإقامة الدليل اليقيني على صحة حدوث الوقائع الجنائية المؤثرة في وقوع ماديات الجريمة وقيام معنوياتها ، كما تطلبها القانون بجميع ظروفها ونسبتها إلى المتهم بارتكابها ، وذلك وفق الضوابط التي أخضعها لها المشرع و التي يراعى فيها التوازن بين مصلحة المجتمع في معاقبة المذنب ومصلحته في المحافظة على حريات أفراده وعلى هذا سيتم التطرف إلى مفهوم نظام الإثبات (الفرع الأول) ، وأدلة الإثبات (الفرع الثاني) ، وفي الأخيرة سلطات القاضي الجزائي في تقدير الدليل (الفرع الثالث).

الفرع الأول مفهوم نظام الإثبات

يعتبر قاضي الموضوع في المواد الجزائية هو صاحب الحق المطلق في تقدير الأدلة واستخلاص الحقيقة من أجل صحة الإستنتاج الواقعي ، وهو حق يستند إلى مبدأ اليقين القضائي ، فله دور يختلف عن القاضي المدني الذي تنحصر مهمته في القيام بدور المحكم بين الخصوم ، إذ يكون موقفه من الدعوى سلبيا يقتصر على ما يقدمونه بالطرق التي نص عليها القانون⁶⁷¹ ، عكس القاضي الجنائي من أجل التحري والبحث عن الحقيقة يجوز له ذلك بكل الطرق المحددة وغير المحددة قانونا .

أولا : تعريف نظام الإثبات الجنائي

يعرف الإثبات بصفة عامة من ثلاث نواحي:

1- أنه العملية القانونية التي يقوم عليها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه المدني أو حق المجتمع في القصاص من الجاني وذلك عن طريق الأدلة اللازمة فهو عملية الإقتناع بأن واقعة قد حصلت أو لم تحصل بناء على حصول أو وجود واقعة أو وقائع مادية ماضية أو حاضرة أو تقرير واقعة أو وقائع⁶⁷².

⁶⁷⁰ احمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج3 ، ص 1956.

⁶⁷¹ رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، د.ر.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص12.

⁶⁷² شعبان محمود محمد الهواري ، أدلة الإثبات الجنائي ، ط1، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، مصر ، 2013 ، ص3.

2- أن يبين العناصر أو الوقائع التي يعتمد عليها المدعي ويقدمها للقاضي لإقناعه بوجود الحق أو بأن واقعة أخرى حصلت أو لم تحصل لعلاقة هذه العناصر أو الوقائع بها و التي تدل على ذلك الوجود أو الحصول أو عدمه.⁶⁷³

3- هو تلك النتيجة التي وصل إليها المدعي من إقناع القاضي بوجود الحق أو صحته أو بقيام الواقعة الإجرامية .

كما تم تعريفه بأنه: "إقامة الحجة مطلقا سواء أكان ذلك على حق أم على واقعة سواء أكان أمام القاضي أي في مجلس القضاء أم كان أمام غيره وسواء كان عند التنازع أم قبله."⁶⁷⁴

و عرف أيضا بأنه: "إقامة الدليل لدي السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية بالطرق التي حددها القانون وفق القواعد التي أخضعها لها"⁶⁷⁵.

وهو أيضا: " كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة ، ولأجل الحكم على المتهم في المسائل الجنائية يجب ثبوت وقوع الجريمة في ذاتها ، وأن المتهم هو المرتكب لها وبعبارة أخرى وقوع الجريمة بوجه عام ، ونسبتها للمتهم بوجه خاص "⁶⁷⁶.

كما عرف بأنه: "إقامة الدليل على وقوع الجرم وعلى نسبه لشخص معين فاعلا كان أم شريكا"⁶⁷⁷.

ومن خلال هذه التعاريف يظهر أن الهدف من الإثبات هو الكشف عن الحقيقة وإظهارها ، سواء أكانت هذه الحقيقة متعلقة بالواقعة المرتكبة أم بالشخص المرتكب للفعل ، وهذا الأمر يتجلى من خلال الفقرة الأولى من المادة 68 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على انه: "يقوم قاضي التحقيق وفقا للقانون باتخاذ جميع إجراءات التحقيق التي يراها ضرورية للكشف عن الحقيقة " .

كما عبرت عنه أيضا المادة 69 من نفس القانون بقولها: يجوز لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الإفتتاحي لإجراء التحقيق أن يطلب من القاضي المحقق كل إجراء يراه لازما لإظهار الحقيقة "، فالحق الذي لا يستند إلى دليل يصبح بلا قيمة قانونية .

⁶⁷³ شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع نفسه ، ص3.

⁶⁷⁴ محمد فتح الله النشار ، أحكام وقواعد عبء الإثبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2000، ص8.

⁶⁷⁵ عبد الحكيم ذنن الغزالي،القرائن الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي،دار المطبوعات الجامعية،مصر،2009، ص136.

⁶⁷⁶ مروك نصر الدين ، محاضرات في الإثبات الجنائي ، ج1 ، دار هومة ، الجزائر ، ط3 ، 2003 ، ص168.

⁶⁷⁷ نجيمي جمال ، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي ، درط ، دار هومة ، الجزائر ، 2001 ، ص21.

ثانياً: مراحل تطور نظام الإثبات

المعروف أن القواعد القانونية لم تولد فجأة ، ولأنها قواعد اجتماعية بالأساس فإنها تنشأ لحاجات فعلية لدى المجتمعات التي طبقت فيها ، وعليه فإن النظام الحالي للإثبات غير منبث الصلة بما سبقه من نظم وقواعد ، وإنما هو مجرد حلقة من سلسلة متصلة الحلقات انتقلت خلالها البشرية من حلقة إلى أخرى⁶⁷⁸.

وعلى هذا وبالرغم من أن بعض نظم الإثبات قد أصبحت أثرا من الماضي ، إلا أن ذلك لا يمنع من استعراض أهم المراحل التي مر بها نظام الإثبات .

1-مرحلة التقدير الشخصي : تختلف طبيعة حل النزاع من مرحلة إلى أخرى ، ففي المجتمعات البدائية كانت طريقة حل النزاعات متواضعة لتواضع حياة هؤلاء الأفراد ، ومن ثم إذا تعرض أحد لاعتداء ما فكان يعتمد على قوته الخاصة و على قوة القبيلة أو العشيرة فيما بعد إن اقتضى الأمر في اقتضاء حقه وذلك بالثار أو الإنتقام من المعتدى⁶⁷⁹ .

فيكون بمثابة القاضي وفي هذه الحالة لا يوجد صعوبة في معرفة الجاني في حالة التلبس بالجريمة⁶⁸⁰ ، أما في غير هذه الحالة فيتم الإحتكام إلى اقتناعه وتقديره الشخصي الذي لم يكن مبنيًا على العقل و المنطق ، وإنما يبني على القوة والمصلحة فلهذا لم يكن في حاجة إلى دليل أو أي شئ لتكوين اقتناعه⁶⁸¹.

غير أن الأمر بدأ يتغير شيئاً فشيئاً وذلك نظراً لارتقاء هذه المجتمعات مما دفعها إلى البحث في وسائل أخرى ، فكان اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات و التصارع بين المتخاصمين بهدف تحاشي القوة الغاشمة أو الهزيمة في الحرب⁶⁸².

2-مرحلة الإحتكام إلى الآلهة : لقد ساد في اعتقاد هذه المجتمعات في تلك المرحلة أن الآلهة تنظر إلى أفعالهم وتراقب سلوكهم وتنزل عليهم العقاب إن هم قاموا بخطأ ، فالآلهة في اعتقادهم تتدخل لمعاقبة المذنب إذا لم يرد المجرم الإعتراف بذنبه ، فكانت الإستعانة بالآلهة عند صعوبة الإثبات وغموض القضية وعجز الإنسان عن حلها .

⁶⁷⁸ السيد محمد شريف ، النظرية العامة للإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الكتاب الجامعي للنشر و التوزيع ، الرياض ، السعودية ، 2017 ، ص53.

⁶⁷⁹ DJAVAD(Foroutani),LE Fardeau fr la prevue en matière pénale ,Essai d'une théorie générale ,paris II,n40,p35.

⁶⁸⁰ TMBERT (jean) et LEVASSEURE (G),Le pouvoir,les juges,les bouraux,Hachette ,1972, p159.

⁶⁸¹ السيد محمد الشريف ، المرجع السابق ، ص55.

⁶⁸² صزفي أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون ، د.ر.ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1965 ، ص70 .

وقد انعكس هذا الأمر على وسائل الإثبات المستخدمة ، فقد تجردت من الصبغة الإنسانية أو المنطقية ⁶⁸³ ، لهذا فقد ظهرت بعض وسائل الإثبات التي يعتمد فيها على القوى الغيبية كاليمين و الإبتلاء ، العرافة و المبارزة القضائية ⁶⁸⁴.

أ- اليمين الحاسمة :

تعني أن على المتهم أو المدافع عنه – الذي يفترض إدانته – أن يحلف يمينا بأنه غير مذنب إذا أراد أن يتطهر أو أن يتخلص من الإتهام الموجه إليه ، وكان من إجراءات حلف اليمين أن يتم ذلك في حضور عدد من الكهنة ⁶⁸⁵.

ب- المحاكمة بالتعذيب :

يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة عندما تكون اليمين الحاسمة غير مقبولة بالنسبة لجميع المتهمين ، وإنما بالنسبة للأحرار منهم فحسب ، واتخذت هذه الوسيلة عدة طرق منها : تجربة الماء أو الزيت المغلي ⁶⁸⁶.

أما إذا ما أطلق سراح المتهم بعد حلف اليمين في حضور مساعدي الكهنة و اعترض المدعي على ذلك ، ففي هذه الحالة تجرى بينهما مبارزة وبعدها تطورت هذه المبارزة لتكون باستخدام أسلحة بدائية كالعصي أو السيوف.

3-مرحلة الأدلة القانونية :

أهم ما يميز الإثبات في المرحلتين السابقتين هو غياب العقل فكان يستند فقط إلى فكرة القوة ، غير أن الأمر بدأ يتغير بارتقاء البشرية و انعكس ذلك على عملية الإثبات ، وكان ذلك التغيير في أوروبا الغربية في القرن السادس الميلادي نتيجة لجهود الفلاسفة اليونانيين ، حيث أصبحت عملية الإثبات من مهمة الإنسان ⁶⁸⁷ وهو ما يعرف بنظام الأدلة القانونية حيث ينتقل دور القاضي فيه إلى حد كبير و يقوم مقامه المشرع لتحديد الأدلة و تعريفها ، فهو الذي يبين عدد الأدلة المقبولة و نوعها .

وقد يشترط توافر دليل معين أو يضع شروطا للدليل ، فتقدير الأدلة في هذه المرحلة هو من مهمة المشرع حيث يكون له الدور الأساسي فيحدد القوة الإقناعية لكل دليل

683 السيد محمد شريف ، المرجع السابق ،ص59.

684 مروك نصر الدين المرجع السابق ،ص90.

685 السيد محمد الشريف ، المرجع السابق ، ص60.

686 كان المتهم يغمس يديه في إناء معدني مملوء بالماء المغلي لسحب شيئا ما ..

687 السيد محمد الشريف ، المرجع السابق ، ص63.

من الأدلة التي أجاز للقاضي أن يحكم بناءا عليها ، ويقوم اقتناع المشرع بصحة إسناد التهمة مقام القاضي ، ويؤسس المشرع اقتناعه هذا على افتراض صحة الدليل ، بغض النظر في حقيقة الواقع أو اختلاف ظروف الدعوى⁶⁸⁸ .

ووفقا لهذا النظام -نظام الأدلة القانونية- فإن الهدف منه تحقيق مصلحة المتهمين ، من حيث أنه لا يحكم على أحد بالإدانة إلا بناءا على الأدلة التي قدر المشرع أن فيها من الثقة ما يدعو إلى الإطمئنان إليها .

غير أنه يؤخذ على هذا النظام أنه لم يكن منطقيًا ، فقد أراد أن يحدد اليقين القضائي وفقا لقواعد محددة في حين أن اليقين فكرة أو ماهية شخصية تتعلق بالغير ولا تتماشى مع أية قواعد محددة سلفا⁶⁸⁹ .

4-مرحلة الأدلة الإقناعية :

في هذه المرحلة تتعدد الأدلة وتتنوع لأن أساس الإثبات فيها يرتكز إلى ضمير القاضي وقناعته الشخصية⁶⁹⁰ .

ويعرف أيضا هذا النظام بمبدأ الإقتناع القضائي ، وتتمحور الفكرة الأساسية لهذا المبدأ في منح القاضي سلطة تقديرية كبيرة فيما يخص عملية الإثبات ، سواء في مسألة قبول الأدلة أو تقديرها ، فهذه المرحلة تعد مرحلة مهمة من المراحل التي بلغها القانون الوضعي نحو الكشف عن الحقيقة في الدعوى الجنائية ، فهي تعطي حرية للقاضي الجنائي في قبول جميع الأدلة التي اقتنع بها واستبعاد الأدلة التي لم تقتنع بها ثم التنسيق بين الأدلة من أجل إزالة ما يشوبها من تعارض .

5-مرحلة الأدلة العلمية :

هذه المرحلة هي نتاج التقدم العلمي الحاصل في وقتنا الحالي ، حيث استحدثت من الوسائل والأساليب ما يجعل الكشف عن حقيقة الجريمة أسهل مما كان عليه في المراحل السابقة .

فيقصد بنظام الأدلة العلمية هو الإستعانة بالأساليب العلمية والفنية التي كشف عنها التقدم الحديث في مسألة الإثبات ونسبتها إلى المدعى عليه⁶⁹¹ ، فيكون الدور الأساسي في هذا النظام "للخبير" ، ويجعل القرائن أهم الأدلة التي تخضع للفحص العلمي الدقيق.

688 محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجنائية ، ج1 ، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1977 ، ص8.

689 السيد محمد شريف ، المرجع السابق ، ص65.

690 العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص9.

غير أن هذه الأساليب العلمية تثير مشكلتين : الأولى تتعلق بمشروعية هذه الأساليب و الثانية تتصل بمدى قيمتها في الإثبات لما تنطوي عليه هذه الوسائل من اعتداء على السلامة الجسدية للإنسان⁶⁹²، وهنا يبقى دور المشرع و القضاء تحدي هذه الوسائل وكيفية الإستعانة بها .

إن أهم ما يبرر هذا النظام هو أن الجريمة لم تتردد في أن تأخذ بأساليب التطور ، والتي تمكنها من الإستعانة بمعطيات العلوم ، ذلك أن المجرمين أنفسهم لا يترددون في الأخذ بهذه الأساليب والوسائل من أجل القيام بأفعالهم الإجرامية .

و بالرغم من أن هذا النظام له أثر هام من خلال ما يكشف عنه العلم الحديث من وسائل المعرفة وذلك للمساهمة في كشف الحقيقة في الدعوى الجنائية⁶⁹³ ، فلا يمكن مع كل هذا الذهاب مع ما ذهبت إليه المدرسة الوضعية في اعتبار أن هذا النظام سيكون نظام المستقبل⁶⁹⁴ ، والذي يعتبر الخبير هو الفاصل في النزاع مع استبعاد رأي القاضي .

فالإعتراض على هذا الرأي كان من عدة نواحي :

1- أن هذا النظام لا يعد نظاما جديدا ، وإنما تم تطبيقه في الوقت الحالي مع نظام الإقتناع القضائي⁶⁹⁵.

2- خطورة ما ينطوي عليه هذا الرأي من اعتداء على الحقوق والحريات الفردية⁶⁹⁶.

3- إن من يقوم بالخبرة قد يخطأ تعمدا أو بغير عمد .

4- إن نظام الأدلة العلمية لا يعد في حقيقة الأمر نظاما مستقلا و متكاملا للإثبات ، على أساس أن الفصل في الدعوى الجنائية إنما تبين مسائل قانونية لا يستطيع الخبير الفصل فيها .

ومن وجهة نظرنا فإن نظام الأدلة العلمية ورغم أهميته البالغة في مسائل الإثبات ، إلا انه يعمل بجانب أنظمة أخرى لا تقل أهمية عنه كنظام الأدلة القانونية ونظام الإقتناع القضائي ، ذلك أن القاضي عند تكوينه لفكرة الإدانة أو البراءة فإن ذلك يمكن أن يكون وفقا لمسائل علمية مع استخدام أدلة قانونية أدت إلى اقتناعه الشخصي.

⁶⁹¹ العربي شحط عبد القادر ن نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص14.

⁶⁹² حسن علي حسن السمني ، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، مصر ، 1983 ، ص83.

⁶⁹³ Rached ,de l'intime conviction du juge ,thèse ,paris ,1942,n161 ,p293.

⁶⁹⁴ محمود نجيب حسني ، قانون الإجراءات الجزائية ، ط3 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998 ، ص772.

⁶⁹⁵ محمود نجيب حسني ، المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

⁶⁹⁶ حسن محمود إبراهيم ، النظرية العامة للإثبات العلمي في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1981 ، ص 79.

الفرع الثاني ماهية الأدلة الجنائية

لا يمكن للإنسان أن يصل للحقيقة التي تحيط به بصورة مباشرة ، ما لم يقيم الدليل للتوصل إليها ، فالوصول إلى الحقائق المجهولة من خلال ما يتوفر من حقائق معلومة تربط بينهما رابطة سببية لا يكون إلا من خلال أدلة تستنبط تلك الحقائق المجهولة .

ومن خلال ما سبق ، رأينا أن الإثبات الجنائي قد مر بعدة مراحل ، وأهم تلك المراحل مرحلة الأدلة القانونية التي تدخل فيها المشرع لحصر نوع الدليل وقيمه في الدعوى الجنائية ، إضافة إلى مرحلة الإقتناع القضائي التي وسعت من سلطات القاضي في الأخذ بتلك الأدلة ، مع مرحلة الأدلة العلمية والتي تكون مرحلة مساعدة للأنظمة التي سبقتها ، فإن ذلك كله أعطى للدليل الجنائي مكانة واسعة وقيمة قانونية لا يستهان بها في الدعوى الجنائية ، وإذا كان المشرع قد نظم بعض الأدلة مثل الشهادة والإعتراف والخبرة ، إلا أن ذلك لا يعد استبعادا ماعدا ذلك من أدلة أخرى ، ذلك أن للمحكمة الحرية في الأخذ بما تراه مناسبا من أدلة من أجل الحكم في الدعوى . فما مفهوم الدليل الجنائي ؟ ، وما هي أنواعه ؟ .

أولا : تعريف الدليل الجنائي

الدليل في اللغة هو المرشد وهو ما يستدل به ⁶⁹⁷ ، أما من الناحية القانونية فقد تعددت تعريفاته حيث عرفه البعض بأنه : " كل ما يقود إلى صحة أو عدم صحة الواقعة أو الوقائع موضوع التحقيق ⁶⁹⁸ " .

كما عرفه البعض بأنه : " الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى اليقين القضائي الذي يقيم عليه حكمه في ثبوت الإتهام المعروف عليه ⁶⁹⁹ " .

و الدليل هو الذي يحول الشك إلى اليقين ، وقد يكون الدليل مباشرا ومثاله الإعتراف وشهادة الشهود ، وقد يكون غير مباشر وهو ما يقال به القرائن ⁷⁰⁰ ، وهو : " الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه ⁷⁰¹ " ، وهو أيضا : " معنى يدرك من مضمون واقعة سواء نجح في إقناع القاضي في الحكم بالبراءة أو الإدانة ،

⁶⁹⁷ ابن منظور ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ج11 ، ص248 .

⁶⁹⁸ محمد محي الدين عوض ، الإثبات بين الإزدواج و الوحدة ، مطبوعات جامعة القاهرة ، الخرطوم ، السودان 1972 ، هامش رقم 2 .

⁶⁹⁹ أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د.ر.ط. 1926 ، ص 492 .

⁷⁰⁰ عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مطابع روزا ليوسف ، 2008 ، ص 1461 .

⁷⁰¹ مأمون سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية ، معلق عليه بالفقه وأحكام النقص ، ط1 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1980 ، ص 760

ويتم إدراك هذا المعنى باستخدام الأسلوب العقلي في وزن تقدير تلك الواقعة ، ليصبح المعنى المستخدم منها أكثر دقة في دلالاته على الإدانة أو البراءة⁷⁰² .

وهو بهذا المعنى تلك الوسيلة التي يصل بها القاضي إلى معرفة حقيقة الوقائع محل الدعوى ، أي تكوين اقتناعه الشخصي بهدف تطبيق القانون على تلك الوقائع استيفاء لحق الدولة في عقاب مرتكبي الجريمة حال الحكم بالإدانة⁷⁰³ .

وحتى يتحقق الدليل تمر عملية الإثبات بمراحل ثلاث : جمع عناصر التحقيق والدعوى ، وتقديم هذه العناصر إلى سلطة التحقيق الابتدائي ، فإذا استقر هذا التحقيق على دليل أو أدلة ترجح معها إدانة المتهم تقدمه إلى المحاكمة ، ومرحلة المحاكمة هي أهم المراحل لأنها مرحلة الجزم بتوافر دليل أو أدلة يفتتق بها القاضي بإدانة المتهم والإقضي ببراءته⁷⁰⁴ .

ثانيا : التمييز بين الدليل الجنائي وما شابهه

قد يشابه الدليل مع بعض المصطلحات من الناحية القانونية :

1-الدليل وإجراءات الحصول عليه

الدليل -كما أسلفنا - هو الواقعة إلى تهدف إلى إقناع القاضي بحقيقة ما ، أما وسيلة أو إجراءات الحصول على هذا الدليل تعتبر بمثابة المصدر الذي تؤخذ وتستقى منه الأدلة ، كالمعاينة و التفتيش لا تعتبران أدلة وإنما تعتبر طرق ووسائل يمكن للقاضي القيام و اللجوء إليها للحصول على الدليل .

غير أن الدليل وإجراءات الحصول عليه يتشابهان في كون أن القانون في كليهما لم يحم بحصرهما ، وإنما ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في القيام بجميع الإجراءات اللازمة للحصول على الدليل الذي يتشكل به إقتناعه فيما بعد .

2-الدليل وأعمال الإستدلال :

في حقيقة الأمر لكي يتوصل القاضي لإدانة شخص ما ، عليه أن يرتكز في حكمه على أدلة يقطع بها الجزم و اليقين في نفسه ، وعلى هذا فإنه لا يجوز أن تبنى الإدانة على مجرد إجراءات الإستدلال وإن كانت هذه الإجراءات يمكن أن تدعم الأدلة القائمة بالفعل ومرجع

⁷⁰² رمزي رياض عوض ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، د.ر.ط، دار النهضة العربية ، مصر ، 2010 ، ص20.

⁷⁰³ السيد محمد شريف ، المرجع السابق ، ص126.

⁷⁰⁴ أبو العلا علي أبو العلا النمر، الإثبات الجنائي، دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي، ط2 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997 ، ص4.

ذلك أنه لا يتوافر لها الخبرة و الضمانات التي يتطلبها القانون في الدليل الجنائي⁷⁰⁵ ، أما إذا فقدت هذه العناصر بعض الشروط فإنه لا يمكن وصفها بأدلة بالمفهوم القانوني وإنما تعد بمثابة معلومات .

ولكي يتم التمييز بين الدليل بالمعنى القانوني ووسائل الإستدلال ، فإن ذلك مرده إلى اشتراط القانون على الدليل في أوضاع معينة لا يعينها الإستدلال الذي يبقى عبارة عن جمع المعلومات و الحقائق حول واقعة معينة ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 17 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل و المتمم أنه : " يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 ويتلقون الشكاوى و البلاغات ويقومون بجمع الإستدلالات وإجراء التحقيقات الإبتدائية " .

ويتضح من خلال هذه المادة أن ما يقوم به ضباط الشرطة القضائية من اختصاصات منصوص عليها في المادة أعلاه كإجراء المعاينات التي تعد مجرد استدلال بحيث لا يمكن اعتبارها دليل بالمعنى القانوني ، غير الحكم لا ينطبق على المعاينة كإجراء من إجراءات التحقيق و المنصوص عليها في المادة 49 من نفس القانون⁷⁰⁶ ، ودليل ذلك أن المتهم أثناء مرحلة جمع الإستدلالات لا يجوز له أن يصحب محاميا .

فليس كل ما يقوم به ضابط الشرطة القضائية يعد من أعمال الإستدلال ومن ثم لا ترقى ما تسفر عنه تلك الأعمال إلى مرتبة الدليل ، وإنما قد تنتج عن بعض الأعمال وإجراءات التحقيق الإبتدائي كسماع الشاهد في مرحلة التحقيق الإبتدائي مع تحليفه اليمين إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع شهادته بيمين فتكون هنا الضبطية القضائية قد قامت بعمل من أعمال التحقيق ، أما ما عدا ذلك فإن هذه الشهادة لا يتعين اعتبارها دليلا قطعيا لأنه يتعين على المحكمة أن تحقق نرة أخرى تطبيقا لمبدأ الشفوية حتى تستطيع الإستناد اليه كدليل⁷⁰⁷ .

3- الدليل و الدلائل و القرائن :

⁷⁰⁵ العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر، المرجع السابق ، ص17.

⁷⁰⁶ تنص م 49 من ق إ ج ج على أنه : "إذا اقتضى الأمر إجراء معاينات لا يمكن تأخيرها فلضابط الشرطة القضائية أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك .
وعلى هؤلاء الأشخاص الذين يستدعيهم لهذا الإجراء أن يحلفوا اليمين كتابة على إبداء رأيهم بما يمليه عليهم الشرف والضمير "

⁷⁰⁷ محمود محمود مصطفى ، الإثبات في المواد الجزائية ، المرجع السابق ، ص43.

يقصد بالقرينة: " كل إمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً وتدل عليه " ، كما عرفت بأنها الصلة الضرورية التي ينشئها القانون من وقائع معينة ، أو هي نتيجة تحتم على القاضي أن يستخلصها من الوقائع⁷⁰⁸.

وهي أيضا: "العملية الفكرية التي تتيح للقاضي استنباط واقعة معلومة تأسيسا لمقدمة كبرى لا تشكل ثبوتا بل احتمالا⁷⁰⁹ ، أما على مستوى الفقه العربي فقد عرفت بأنها: " استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات⁷¹⁰".

فالقرينة تعد دليلا يمكن لقاضي الموضوع أن يعتمد عليه في القضاء بالإدانة ، أما الدلائل فإنها تعرف بأنها كالقرينة غير أن الإختلاف بينهما أن الإستنتاج في الدلائل ليس على سبيل القطع و اليقين وإنما مجرد الإحتمال وهو ما لا يكفي قانونا لأن تعد وحدها سندا للحكم بالإدانة⁷¹¹ ، ولهذا فالفارق بينهما يكمن في الدرجة لا في طبيعة كل منهما ، هذه الدلائل وإن كانت لا تعتبر وحدها سندا للإدانة إلا أنها تعزز بالأدلة الأخرى في الدعوى .

ثالثا : تقسيمات الأدلة الجنائية

هناك عدة تقسيمات للأدلة الجنائية تنبأها الفقه ، فقد تم تقسيمها من حيث مصدرها إلى أدلة مادية وقولية وأخرى فنية ، وهناك تقسيم لها من حيث الواقعة المراد إثباتها إلى أدلة مباشرة وأخرى غير مباشرة ، إضافة إلى تقسيمها بالنظر إلى وظيفتها إلى أدلة نفي وأدلة إثبات .

1-تقسيم الأدلة من حيث مصدرها :

تقسم الأدلة من حيث مصدرها أو طبيعتها إلى أدلة مادية وأدلة قولية وأدلة فنية .

أ- الدليل المادي

⁷⁰⁸ Donnedieu de vabres, traité de droit criminel et de législation pénale compare ,paris ,1949,p730

⁷⁰⁹ Nicolas del M, théorie des presumptions en droit français et en droit colombien, thèse, paris 1957,p27.

⁷¹⁰ أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص347.

⁷¹¹ رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط16، دار الجيل للطباعة، مصر، 1985، ص732.

يتكون الدليل المادي من عناصر مادية تدرك بالحواس ، وهو كاف لإثبات الواقعة دون أن يضاف إليه دليل آخر ⁷¹² ، وهو ذلك الدليل الذي يكون مصدره عناصر مادية وتدل بشكل مباشر عن الواقعة المراد إثباتها ، ومثال ذلك : الأسلحة النارية .

ويتعين على الدليل المادي أن يكون واضحا ومحددا حتى يوصف بأنه دليل تقديري ، ومثال ذلك : تقديم السلاح الناري كدليل مادي يستلزم شهادة تبين أن هذا السلاح هو ذاته الذي تم ضبطه مع المتهم وقت إطلاق النار ، وكذلك العيار الناري يتطلب تقرير الخبير بأن الذي وجد في جسم المجني عليه هو الذي أطلق منه هذا السلاح ⁷¹³ ، وبهذا المعنى هو الدليل الذي يعبر عن نفسه في حقيقة تؤثر في عقيدة القاضي .

ب- الدليل القولي

هو الدليل الذي ينبعث من عناصر شخصية تتمثل فيما يصدر من الغير من أقوال تؤثر في اقتناع القاضي ⁷¹⁴ ، فهو إذن ذلك الدليل المعنوي الذي يتوسط بين الواقعة التي يدل عليها وبين أقوال شخص آخر فيتوقف اقتناع القاضي بهذا الدليل على مدى ثقته واطمئنانه إلى صاحب هذه الأقوال وهو إما أن يكون شهادة أو أن يكون اعترافا ، فالشهادة إثبات شفوي يقدمه الشهود إلى المحكمة وينصب على الوقائع المكونة للجريمة ، وتعد الشهادة دليلا تقجيريا لأن المحكمة هي التي تنزلها منزلة التي تراها وتقدرها التقدير الذي تطمئن إليه ⁷¹⁵ .

خ- الدليل الفني :

هو النتيجة التي يمكن استخلاصها من خلال الإختبارات العلمية و المعملية ، فهو يحتاج إلى رأي خبير فني في تقديره منه لمدلول وقائع مادية ، كرأي الطبيب الشرعي في تقديره للإصابات التي أحدثت وفاة المجني عليه من بين مجموع الإصابات التي أصابته ⁷¹⁶ .

⁷¹² مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص200.

⁷¹³ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص21.

⁷¹⁴ شعبان محمود محمد الهواري ، أدلة الإثبات الجنائي ، ط1 ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع ، المنصورة ، مصر ، 2013 ، ص32.

⁷¹⁵ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص24.

⁷¹⁶ عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، ص1462.

و الدليل الفني إذا تم استمداده في مرحلة جمع الإستدلالات لا يعد دليلاً ، وإنما هو محضر من المحاضر التي تقدم في الدعوى للمحكمة ، أما إذا تم استمداده في مرحلة التحقيق يبقى للمحكمة السلطة التقديرية في الأخذ به من عدمه .

إضافة إلى ذلك إذا كان الدليل الفني هو الدليل الوحيد في الدعوى فلا يمكن عده حاسماً أو قاطعاً في الإثبات أو النفي ومن ثم يجب أن يفسر لمصلحة المتهم⁷¹⁷ ، لهذا فإن أعمال الخبرة أو نتائج استخدام الوسائل العلمية في أغلب حالاتها ليست دليلاً مستقلاً بذاته وإنما هي قرائن يتم دراستها واستخلاص دلالتها⁷¹⁸.

2-تقسيم الأدلة من حيث نوعها

تنقسم الأدلة من حيث نوعها إلى أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة.

أ- الدليل المباشر :

هو الدليل الذي يتجه مباشرة إلى إثبات الواقعة المراد الفصل فيها ، فالقاضي علمه منه بالواقعة المطلوب إثباتها بطريقة مباشرة ، وعلى هذا فشرط توافر علاقة مباشرة بين موضوع الدليل وبين الواقعة المراد إثباتها ، ومثال ذلك : إدلاء الشاهد بأقواله بأن المتهم قام بالسطو على مخزن المجني عليه⁷¹⁹ .

فالدليل المباشر لا يتطلب أكثر من أن يماثل الشهادة مارآه الشاهد أو سمعه أو حسه .

ب- الدليل غير المباشر :

ويعرف أيضاً بأنه الدليل الإستنتاجي ، وهو الذي يتجه إلى إثبات واقعة غير مباشرة فيستعمل العقل والمنطق من أجل إدراك مضمون هذا الدليل ، فهو ينصب على واقعة أخرى والتي تفيد أو تؤدي إلى استخلاص قرار معين بالنسبة إلى الواقعة المراد إثباتها ولاعتبار الدليل غير مباشر لا بد من توافر شرطين :

- أن يكون قد سبقه دليل مادي .
- أن يكون القاضي قد حدد دلالة الوقائع الأخرى وأنها صادقة .

3-تقسيم الأدلة من حيث وظيفتها

⁷¹⁷ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص 62.

⁷¹⁸ محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق نص 475.

⁷¹⁹ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص 62.

ينظر في هذا التقسيم إلى الوظيفة التي يقوم بها الدليل أو الغاية التي يرمى إليها ، فينقسم إلى أدلة إتهام وأخرى أدلة نفي .

أ- دليل الإثبات أو الدفاع :

يقصد به ذلك الدليل الذي يهدف إلى إثبات وجود الواقعة الإجرامية وظروفها المشددة ونسبتها إلى المتهم⁷²⁰، فتثبت في حقه المسؤولية الجنائية . ولكي يأخذ القاضي بهذا الدليل يجب أن يصل إلى درجة الجزم واليقين به .

ب- دليل النفي :

وهو الدليل الذي يهدف إلى إثبات عدم وجود الواقعة أو عدم صحتها ، فالغرض من هذا الدليل هو نفي قيام المسؤولية الجنائية أو تخفيفها ، ويكفي أن يلق هذا الدليل الشك في وجدان القاضي حتى يأخذه به⁷²¹.

الفرع الثالث

سلطات القاضي في تقدير الدليل الجنائي

إن الدور الذي يلعبه القاضي الجنائي في الدعوى هو دور إيجابي يرجع إلى تكوينه لرأي قانوني في واقعة مادية ذات صلة وثيقة بشخص المتهم ونفسيته ، وهذا يتطلب منه وقتا ومجهودا وفكرا من أجل الوصول إلى الحقيقة من خلال تقدير الأدلة ، عكس القاضي المدني الذي يكون دوره سلبي ، نظرا لإيجابية الخصوم في الدعوى فهم المطالبون بإعداد الدليل وتقديمه للمحكمة .

فالقاضي المدني مقيد بأدلة معينة ، أما القاضي الجنائي فأجاز له القانون قبول جميع الأدلة ، وهذا ما أقرته المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي والتي تنص على أنه : "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك ، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ."

720 السيد محمد شريف ، المرجع السابق ، ص133.

721 هلايلي عبد اللاه أحمد عبد العال ، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1984 ، ص435.

وعليه فسلطات القاضي الجنائي تطورت بتطور الأنظمة الإجرائية وصولاً إلى مرحلة الإقتناع الحر. إضافة إلى مختلف القيود الواردة عليه .

أولاً : سلطة القاضي الجزائي في الأنظمة الإجرائية

ما يلاحظ أن سلطات القاضي في تقدير الأدلة قد تطورت مع تطور الأنظمة الإجرائية

أ- سلطة القاضي في ظل النظام الإتهامي :

إن الخصومة في النظام الإتهامي هي خصومة عادية تدور بين المجني عليه بصفته مدعياً ومرتكب الجريمة بصفته مدعى عليه ، مما يترتب تبعاً لذلك صلاحية المجني عليه وحده في تحريك الدعوى الجنائية من عدم تحريكها ، ومن ثم فهو الذي يلقي على عاتقه جمع الأدلة وإعدادها وتقديمها للمحكمة ، مما يعني أن دور القاضي في هذا النظام كان سلبياً وغائباً إن صح التعبير ، فيقتصر دوره في ظل هذا النظام على سماع الخصوم دون توجيه أي أسئلة لهم أو استجوابهم بمعنى أن لا علاقة له بالدليل أو تجميعه

فوفقاً لهذا النظام ليس للقاضي أي حرية أو سلطة في تقدير الدليل ، لأن ذلك متروك للخصوم ومدى مهارتهم في تقديم الحجة وشرحها .

ب- سلطة القاضي في النظام التتقبي :

الأمر يختلف بالنسبة للنظام التتقبي، ففي ظل هذا النظام النزاع هو عبارة عن مجموعة من الإجراءات تهدف إلى الكشف إلى الحقيقة ، ولذلك عهد بها إلى هيئة عامة لها سلطة تحريك الدعوى ومباشرتها ، وذلك بغية الحد من تحكم القضاة وتعسفهم .

فكانت الأدلة في ظل هذا النظام محددة سلفاً ، فإذا اكتملت الأدلة قضي بالإدانة ولو كانت قناعته بأن المتهم بريء وهو ما يعرف بنظام الأدلة القانونية ، والذي ينتقد فيه القاضي بأنواع معينة من الأدلة أو بعدد منها طبقاً لما يرسمه التشريع المطبق دون أن يأبه في ذلك إلى مدى اقتناع القاضي بصحة ثبوت الواقعة أو عدم ثبوتها⁷²² .

ومن هنا يتضح أن النظام التتقبي قد اخذ بنظام الأدلة القانونية ، ومن ثم فلا يكون للقاضي البحث عن الحقيقة فيما وراء هذه الأدلة ، إلا أنه مع ذلك فقد ظهر تقدم في مجال سلطة القاضي الذي أصبح يتعقب الأدلة ويوجهها⁷²³ .

⁷²² رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، المرجع السابق ، ص733.

⁷²³ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص16.

ج- سلطة القاضي في النظام المختلط :

يعتبر هذا النظام حلا وسطا لأنه يأخذ بعضا من النظام الإتهامي و النظام التحقيقي أو التنقيبي ، فسلطة القاضي فيه أصبح لها دور إيجابي في تقدير الدليل ، فأصبح هو الذي يوجه أدلة الإثبات أو أدلة النفي من أجل الكشف عن الحقيقة ، فالتحقيق الذي يجرى أمامه أصبح له أهمية أكثر من التحقيقات الابتدائية التي تجريها النيابة العامة ، وعليه فقد ساهم هذا النظام في إعطاء دور إيجابي للقاضي ، وقد ترتب على ذلك أنه اخذ بنظام حرية الإثبات⁷²⁴ ، فأصبح القاضي غير مقيد بدليل معين وإنما له الحرية يأخذ ما يشاء من الأدلة دون تقييد بواحد منها .

ثانيا : مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه

يقول الفقيه "بيكاريا" في كتابه الشهير " الجرائم والعقوبات " أن : "فكرة اليقين الذاتي المطلوبة في المواد الجزائية لا يمكن أن تقيّد بقواعد إثبات محددة سلفا تسلبها حقيقة مضمونها .. ولا يمكن الوصول إلى الحقيقة بجزم ويقين غذا انحصر القاضي في دائرة مغلقة من الأدلة التي يحددها القانون⁷²⁵".

فوفقا لهذا المبدأ فغن القاضي يلتزم اقتناعه من أي دليل يطرح أمامه وهو الذي يقدر القيمة الإقناعية لكل منها حسبما يكتشف لوجدانه ، حيث لا يحكمه إلا ضميره من جهة ، ومن جهة أخرى ترك حرية الإثبات لأطراف الخصومة أن يقدموا ما يرونه مناسبا لاقتناع القاضي⁷²⁶.

ومن هنا فهذا النظام قد تخلى المشرع عن السلطات للقاضي فله الحرية في قبول كل الأدلة المطروحة أمامه في الدعوى من طرف الخصوم ، دون أن يفرض عليه سلفا ويحدد له نوع الأدلة وقيمتها الإقناعية ، فإن هو اقتنع لها أخذ بها جملة أو تفصيلا ، وإن لم توافق ضميره واقتناعه فله أن يطرح منها ما يشاء ، فله السلطة التقديرية الكاملة في وزن كل دليل على حدى.

فالقاضي يفرض عليه القانون موقفا إيجابيا وعليه أن وجد قصورا في التحقيق الابتدائي أن يستوفيه⁷²⁷ ، وأن يحقق الأدلة المقدمة إليه فله أن يأمر بتقديم دليل لم يقدمه له أطراف الدعوى ، بل ابعده من ذلك فإن هذا الدور الإيجابي للقاضي الجنائي هو الذي جعل المشرع

724 عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، 1246.

725 هلايلي عبد اللاه أحمد ، المرجع السابق ، ص 67.

726 العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 24.

727 عبد الرؤوف عبيد ، المرجع السابق ، ص 27.

يحرره من قيود الإثبات التي قيد بها القاضي المدني ، فالخصومة الجنائية تتميز عن الخصومة المدنية لاتصالها الوثيق بالمصلحة العامة للمجتمع ، ومن ثم يجب على القاضي أن يصل في حكمه إلى الحقيقة بالبحث عن الأدلة التي تسوقه إلى ذلك ⁷²⁸ .

ويترتب على هذا المبدأ أيضا أن القاضي غير ملزم بالحكم بالإدانة ولو توافرت عدة أدلة ضد المتهم إذا لم يقتنع وجدانيا بأنها تكفي للإدانة و العكس صحيح ، فهو غير ملزم بالحكم بالبراءة ولو لم تتوافر الأدلة الكاملة لهذه البراءة .

غير أنه ومع كل هذه السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي الجزائي إلا أن ذلك لا يعني تحكمه ، فلا يجوز أن يقض وفقا لهواه أو بمحض عاطفته أو اعتماده على أسلوب بدائي أو على رأي الغير بل أنه ملزم بأن يتحرى المنطق الدقيق في تفكيره الذي قاده إلى اقتناعه ⁷²⁹ .

ثالثا : القيود الواردة على مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه

إن السلطة التقديرية التي خولها هذا النظام للقاضي لا تعني بالضرورة التحكم القضائي ، فلا يجوز للقاضي أن يقضي وفقا لهواه أو أن يتحكم قضاؤه لمحض عاطفته كما اسلفنا - ، فالمحكمة العليا لا تقره على رأيه إذا تبين لها أن تفكيره قد جافى المنطق أو اخل بالأصول المسلم بها في الاستدلال القضائي ⁷³⁰ .

وعلى ذلك على القاضي مراعاة :

1- يجب أن يستند إلى دليل جازم

على القاضي أن يستند في تكوين اقتناعه على الجزم واليقين لا على الظن والتخمين ، وذلك حماية للبرئ فهذا الشرط هو نتيجة مترتبة عن قاعدة " الأصل في الإنسان البراءة " و هي التي عبر عنها الدستور الجزائري في المادة 56 بقولها: "كل شخص بريئ حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه " .

ومن أجل ذلك فإن اقتناع القاضي بالحقيقة التي يسعى هو إلى كشفها من خلال الأدلة ، تستوجب منه بناء أحكامه على اليقين فإذا ثار في نفسه الشك في ثبوت التهمة فإن هذا الشك يفسر لصالح المتهم ⁷³¹ .

⁷²⁸ مأمون سلامة ، المرجع السابق ، ص868.

⁷²⁹ وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، القرينة القضائية ودورها في الإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة ، ط1 ن الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2017 ، ص96.

⁷³⁰ محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص62.

⁷³¹ رمزي رياض عوض ، المرجع السابق ، ص33.

2- يجب أن يستند على أدلة متسائدة

معنى ذلك أنه لا يمكن للقاضي أن ينظر في دليل بعينه من أجل مناقشته على حدى دون باقي الأدلة الأخرى ، لأن الأدلة في المواد الجنائية متسائدة حيث تكون مجموعها كوحدة واحدة مؤدية إلى ما يقصده الحكم ، فتساند الأدلة معناه أنها تشد بعضها البعض وتكمل بعضها الآخر فتكون قناعة القاضي وعقيدته منها مجتمعة .

3- أن يستند إلى أدلة صحيحة

إن الإستناد إلى أدلة غير صحيحة إنما هو مخالف للقانون ، لهذا على القاضي أن لا يبني قناعته على دليل باطل حتى لا يكون حكمه معيبا ، على أساس أن القاضي الجزائي له الحرية التامة في الوصول إلى الحقيقة من أي دليل مطروح عليه في الدعوى ، وذلك طبقا لمبدأ القناعة الوجدانية ، فهو في الوقت نفسه مقيد بأن لا يؤسس اقتناعه من دليل جاء وليد إجراءات مخالفة للقانون⁷³².

فإذا كان الإجراء المتبع باطلا بطل الحكم الذي استدعى الدليل المستمد منه ولو كان ذلك الدليل صحيحا ، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 9 جانفي 1977 بقولها: " لا يكفي لسلامة الحكم أن يكون الدليل صادقا متى كان وليدا إجراء غير مشروع⁷³³ ".

كما أكدت هذا المبدأ أيضا محكمة التمييز اللبنانية في الطعن رقم 151 المؤرخ في 11 جوان 1952 ، قضت بأنه: " يعد مخالفا للقانون كل طريقة إكراهية تستعمل لحمل المتهم على الإقرار مهما كانت الوقائع موضوع هذا الإقرار أكيدة وحقيقية⁷³⁴ ".

4- أن يستند على أدلة مطروحة للنقاش

يعد إغفال المحكمة عن مناقشة أي دليل من أدلة الدعوى وغيباء الرأي فيها من قبيل عدم إحاطتها بأدلة الدعوى ، ويتم طرح الدليل للمناقشة في الجلسة من خلال إتاحة المجال

⁷³² رؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ، ص 531 .

⁷³³ طعن مصري مؤرخ في 9 جانفي 1977 لسنة 28، انظر: وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص 109.

⁷³⁴ تمييز جزائي لبناني رقم 151 ، مؤرخ في 11 جوان 1952 ، أنظر وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع نفسه ، ص 110.

للخصوم من أجل الإطلاع على أوراق الدعوى الموضوعة تحت تصرف القاضي لمناقشتها إذا شاءوا ذلك حتى ولو لم يناقشوها فعلا⁷³⁵.

وعليه فالقاضي إذا بني قناعته على دليل لم يطرح للمناقشة في الجلسة يعتبر ذلك إخلال منه بحق الدفاع ، ولو كان لهذا الدليل أصلا في أوراق الدعوى ، ويكون الحكم الذي بني على دليل كهذا باطلا⁷³⁶ لأن مبدأ طرح الدليل للمناقشة في الجلسة يستند أساسا إلى مبدأ شفوية المحاكمة كمبدأ أساسي تقتضيه العدالة .

المطالب الثاني

وسائل إثبات الحصول على الرضاء في الجراحة التجميلية

لقد لقي الفقه ومنذ قرابة منتصف القرن العشرين ، عبء إثبات الحصول على الرضاء على عاتق الطبيب⁷³⁷ ، إلا أن رأي آخر انفرد باستثناء جراحة التجميل من هذه القاعدة مبررين ذلك : بأن المريض هو الذي يسعى وراء الجراح لإجرائها فإذا ما ادعى بعدم حصول الجراح على رضائه ، فإنه يقع عليه عبء إثبات ذلك⁷³⁸ ، وذهب أنصار هذا الرأي - إلقاء عبء الإثبات على الطبيب- أن الأصل هو عدم جواز المساس بحرمة جسم الإنسان وعلى من يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء إثبات إدعائه⁷³⁹ (أي الطبيب).

وعلى هذا الأساس تطرح إشكالية كيفية إثبات جراح التجميل الوفاء بالتزامه بالحصول على رضا المريض؟ ، في حقيقة الأمر الحالة تقتض وجود دليل كتابي على أساس أن العلاقة بين جراح التجميل و المريض هي علاقة تعاقدية ، أو قد يكتفي الجراح بتقديم أي دليل آخر يفيد حصوله على رضا المريض كالقرائن مثلا وقد يلجأ الجراح إلى شهادة الشهود من أجل إثبات ذلك ، وعلى ذلك سيتم التفصيل أهم الوسائل التي قد يستعين بها الجراح للتوصل من المسؤولية بإثبات حصوله على الرضاء بالشهادة (الفرع الأول) ، وقد يستعين بالقرائن (الفرع الثاني) ، وقد يكون لديه دليل مكتوب يفيد ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إثبات حصول الرضاء عن طريق الشهادة

⁷³⁵ ابراهيم ابراهيم الغماز ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، دراسة قانونية و نفسية ، رسالة دكتوراه ، مطبعة الأطلس ، عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، 1980 ، ص281 .

⁷³⁶ وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص106.

⁷³⁷ علي جابر محجوب ، الرضاء عن الغير في المجال الأعمال الطبية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000 ، ص396.

⁷³⁸ علي جابر محجوب ، المرجع السابق ، ص397.

⁷³⁹ عبيد محمد المنوخ العازمي ، جراحة التجميل بين المشروعية والمسؤولية ، د.ر.ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010 ، ص90.

تعتبر الشهادة من وسائل الإثبات المهمة أمام المحاكم من الناحية العملية ، ويكون الدليل المستمد من الشهادة ذا أهمية لدى القاضي الذي غالبا ما يحتاج في مقام وزن الأدلة إلى من رأى الواقعة أو سمع عنها أو أدركها بحواسه⁷⁴⁰ ، وللتعرف على قيمتها القانونية وحجيتها في مجال جراحة التجميل ، لابد من التعريف بها وبأنواعها (أولا) ، وتبيان شروطها (ثانيا) ، ومن حجيتها وقيمتها في مجال جراحة التجميل (ثالثا) .

أولا : مفهوم الشهادة

تعد الشهادة عماد الإثبات لأنها تقع في أكثر الأوقات على وقائع مادية لا تثبت في مستندات ، وليس الشأن في المسائل الجنائية كالشأن في المسائل المدنية التي تحصل غالبا بناء على اتفاق بين الخصوم يدرج في محرر ، فالجرائم أمور ترتكب مخالفة للقانون ولا يتصور إثباتها مقدما وإقامة الدليل عليها وإنما يعمل تعارفها على الهرب من نتائجها بإزالة كل ما يمكن أن تتركه من آثار⁷⁴¹ .

1-تعريف الشهادة :

تعرف الشهادة بأنها : "إثبات واقعة معينة من خلال ما يقول أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة"⁷⁴².

وهي أيضا : "تقرير الشخص لما يكون قد رآه ، أو سمعه بنفسه ، أو أدركه على وجه العموم بحواسه ، لذلك فالشهادة قد تكون رؤية ، أو شهادة سماعية أو حسية تبعا لإدراك الشاهد الذي يدلي بها"⁷⁴³.

وبذلك هي رواية الشخص لما شاهده أو سمعه أو أدركه بحاسة من حواسه ، وهي ما يقر به الشخص أمام المحكمة عن وقائع يكون قد رآها أو سمع بها ، وتكون مرتبطة بالجريمة التي فتح من أجلها التحقيق ، فالشاهد هو عين القضاء وأذانه⁷⁴⁴.

740 أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص351.

741 شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق ، ص83.

742 العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص99.

743 حسن جوخدار ، أصول المحاكمات الجزائية ، ج2 ، د.ربط ، جامعة دمشق ، سوريا ، 1997 ، ص315.

744 بلعليات إبراهيم ، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ص109.

في حين رأى البعض أنها: "إخبار الإنسان بحق لغير عن غيره ، والمخبر يسمى شاهدا ، والمخبر له يسمى مشهودا عليه والحق يسمى مشهودا⁷⁴⁵ .

أما رأي آخر فقد اعتبر الشهادة أنها: "التعبير عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد لما رآه أو سمعه من معلومات عن الغير مطابقة لحقيقة الواقعة التي شهد عليها في مجلس القضاء بعد أداء اليمين ممن تقبل شهادتهم ومن سمح لهم بها ومن غير الخصوم في الدعوى⁷⁴⁶ .

أما على مستوى التشريع ،فما يلاحظ أن المشرع الجزائري رغم إقراره للشهادة كدليل إثبات ، إلا أنه لم يقم بوضع تعريف لها مكثفيا بإجراءات الإدلاء بها عبر مراحل الدعوى الجزائية بدءا بالتحقيق ووصولاً إلى مرحلة المحاكمة ، وذلك من خلال الفصل الأول من الباب الأول من الباب الثاني في المواد 210 وما يليها .

في حين أن هناك بعض التشريعات التي قامت بتعريفها كالمشرع الجنائي القطري الذي نص على أنه: "لا يجوز أن يشهد الشاهد إلا بما أدركه بنفسه عن طريق حواسه الخاصة ، فلا يسمح أن ينقل عن الغير ملاحظاتهم الشفوية أو الكتابية⁷⁴⁷ .

ومن خلال هذه التعريفات ن يتضح أن الشهادة هي تقرير لما يكون قد رآه أو سمعه الشخص بنفسه أو أدركه بحواسه ، وبذلك قد تكون الشهادة رؤية ، وقد تكون شهادة سماعية أو حسية .

2-أنواع الشهادة :

تنقسم شهادة الشهود إلى ثلاثة أنواع ، شهادة مباشرة وشهادة سماعية ، أما النوع الثالث فهي شهادة بالتسامع .

أ- الشهادة المباشرة :

هي التي يقرأها الشاهد وفقا لما رآه ، وما وقع سمعه وبصره مباشرة وعين الواقعة بنفسه⁷⁴⁸ ، وبالتالي هي ما يقوله الشاهد سواء في التحقيق الابتدائي أو في أي مرحلة من مراحل

⁷⁴⁵ يوسف دلاندة ، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا ، دار هومة ، الجزائر ن 2005 ، ص201.

⁷⁴⁶ إبراهيم الغماز ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، درط ، مطابع الهيئة المصرية ، مصر ، 2002 ، ص38.

⁷⁴⁷ أحمد فالح الخرابشة، الإشكالات الإجرائية للشهادة في المسائل الجزائية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009 ، ص31.

⁷⁴⁸ شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق ، ص84.

الدعوى الجنائية عن ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة ، فهي ما يكون قد عرفه الشاهد شخصيا وشهده بحواسه .

ويعتبر هذا النوع من الشهادة هو الأصل ومن أكثر الأنواع شيوعا وأقواها حجة، وهي الصورة السائدة أمام المحاكم و القضاء ، ولا يتم الولوج للأخذ بالأنواع الأخرى للشهادة إلا على سبيل الإستدلال أو الإفتقار إلى إمكانية سماع الشاهد مباشرة في الدعوى⁷⁴⁹.

ب- الشهادة السماعية :

هي شهادة غير مباشرة وهي تفترض رواية الشاهد عن غيره، فهو لا يذكر أنه شهد الواقعة بنفسه وإنما يذكر أنه سمع غيره يذكر معلومات في شأن الواقعة⁷⁵⁰. فهي تختلف عن الشهادة المباشرة في أن الشاهد في هذه الأخيرة يكون قد شهد ورأى ما رآه بنفسه أو أدركه بحواسه ، لكن الشهادة غير المباشرة هي التي شهد بها الشاهد ممن سمع الواقعة يرويها له شاهد ذكر يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه أو أدركها بحاسة من حواسه⁷⁵¹ . وهي تعتبر أقل من الشهادة المباشرة لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر⁷⁵².

ومن حيث القوة الثبوتية لهذا النوع فقد كان في ذلك اتجاهات :

■ **الاتجاه الأول :** يرى أن الشهادة السماعية مقبولة قانونا ، ولا مانع يمنع المحكمة من التعويل على أقوال منقولة عن شاهد أنكر صدورها عنه متى إطمأنت إلى أن تلك الأقوال قد صدرت منه فعلا⁷⁵³.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 233 المؤرخ في 7 نوفمبر 1976 ، قضت بأنه : " ليس في القانون ما يمنع المحكمة من الأخذ برواية نقلها شخص عن آخر متى رأت أن تلك الأقوال قد صدرت منه حقيقة وكانت تمثل الواقع في الدعوى ، إن المرجع في تقدير قيمة الشهادة ولو كانت منقولة هي إلى المحكمة وحدها ، فمتى صدقتها واطمأنت إلي صحتها ومطابقتها الحقيقة فلا تصح مصادرتها في الأخذ بها والتعويل عليها⁷⁵⁴"

749 أحمد فالج الخرابشة ، المرجع السابق، ص36.

750 أحمد فالج الخرابشة ، المرجع نفسه ، ص 36.

751 شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق، ص84.

752 عماد محمد ربيع ،حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، ط1، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، مصر ، 2011 ، ص98.

753 العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، المرجع السابق، ص101.

754 شهاب محمود محمد الهواري ، المرجع السابق ، ص84.

■ **الإتجاه الثاني :** هذا الإتجاه يرى أن هذا النوع من الشهادة لا يجوز قبوله قانونا ، ولا يمكن للمحكمة أن تعتبرها دليلا كافيا في الدعوى ، وإنما يمكن أن تستند إليها إذا توافرت أدلة أخرى تعززها ، وإذا استندت المحكمة على الشهادة السماعية وحدها كان حكمها مشوبا بالفساد في الإستدلال ، ذلك لأنها مبينة على الظن لا اليقين ⁷⁵⁵.

ت- الشهادة بالتسامع :

هذا النوع من الشهادة يختلف عن النوعين السابقين ، حيث أنها وإن تعلقت بأمر معين شأنها شأن الشهادات ، إلا أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه ، فيقول الشاهد سمعت أن الناس يقولون كذا وكذا ، فهذه الشهادة لا تلقى قبولا في المسائل الجنائية رغم أن القضاء قد قبلها في المسائل التجارية على سبيل الإستئناس ⁷⁵⁶.

وتعد الشهادة بالتسامع الحلقة الأضعف من بين الشهادات ، فلا تصح أساسا كدليل لاستحالة التحقق من صحتها ⁷⁵⁷. عكس الشهادة السماعية التي لها قوتها في الإثبات ولكن بدرجة أقل من الشهادة المباشرة .

بالإضافة إلى الأنواع السابقة ، فقد أخذ القضاء بأنواع أخرى من الشهادة على حسب طبيعتها وموقعها في القضية ، فهناك شهادة نفي وهي التي تبرئ المتهم وهناك الشهادة الإتهامية وهي التي يدلي بها الشاهد في غير صالح المتهم .

ثانيا : خصائص الشهادة وشروط صحتها

تتميز الشهادة بعدة خصائص ، بالإضافة إلى وجوب توافر شروط لصحتها .

1- أهم خصائص الشهادة :

أ- الشهادة شخصية

معنى ذلك أنه لا يجوز الإنابة في الشهادة ، فهي شخصية إذ يجب على الشاهد الحضور شخصيا أمام المحكمة من أجل الإدلاء بشهادته ، وهذه الخاصية قد أقرتها كل القوانين بما فيها القانون الجزائري ، حيث نصت المادة 99 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه : " إذا تعذر على الشاهد الحضور انتقل إليه قاضي التحقيق لسماع شهادته أو اتخذ

⁷⁵⁵ عماد محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص99.

⁷⁵⁶ شهاب محمود محمد الهواري ، المرجع السابق، ص85.

⁷⁵⁷ مصطفى محي هرجة ، شهادة الشهود في المجال الجنائي و المدني في ضوء قانون 18 لسنة 1995 ، د. ر.ط، دار الفكر القانوني، مصر ، د.س.ط، ص19.

لهذا الغرض طريق الإنابة القضائية ، فإذا تحقق أن الشاهد قد ادعى كذبا عدم استطاعته الحضور جاز أن يتخذ ضده الإجراءات القانونية طبقاً لأحكام المادة 97 ."

وبناء عليه فجل القوانين أجمعت على عدم جواز الإنابة في الشهادة ، غير أن المشرع الجزائري قد استثنى بعض الأشخاص فقد نصت المادة 232 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها : "لا يجوز سماع شهادة المدافع عن المتهم فيما وصل إلى علمه بهذه الصفة ، أما الأشخاص الآخرون المقيدون بالسرا المهنية فيجوز سماعهم بالشروط والحدود التي عينها لهم القانون ."

كذلك بالنسبة لنص المادة 228 من نفس القانون وفقد اعتبر شهادة القصر تؤخذ على سبيل الاستدلال بها على : "تسمع شهادة القصر الذين لم يكملوا السادسة عشرة بغير حلف يمين ، وكذلك الشأن بالنسبة للأشخاص المحكومون عليهم بالحرمان من الحقوق الوطنية ."

ب- الشهادة تنصب على ما يدركه الشاهد بحاسة من حواسه :

من أهم خصائص ومميزات الشهادة ، أنها تنصب على ما يدركه الشاهد بحواسه ، وأهمها البصر والسمع والشم ، فالشهادة تعبر عن مضمون الإدراك الحسي للشاهد عن الواقعة التي شهد عليها⁷⁵⁸ وعلى هذا فلا يجوز للشاهد إبداء آرائه في الواقعة .

ت- الشهادة لها قوة مطلقة في الإثبات

نظراً لأن الشهادة من أهم طرق الإثبات في القضايا الجنائية ، لذلك خول المشرع القاضي الجنائي سلطة تقديرية واسعة وحرية كاملة في تقديرها عندما اعتنق مبدأ حرية القاضي في تكوين عقيدته⁷⁵⁹ ، وهذا ما أكدته المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية – السالفة الذكر - .

إضافة إلى ذلك قضي في مصر في الطعن رقم 866 المؤرخ في 27 جانفي 1969 بأنه : " لا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم كما أنه لا عبرة بمراكزهم في الهيئة الإجتماعية مادامت شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى و لا يوحى بالثقة بها، فللمحكمة أن تعتمد على شهادة شاهد واحد بالرغم مما وجه إليه من مطاعن لا تدل بذاتها على كذبه ولها أن تأخذ بأقوال الشاهد على تغيير الحقيقة"⁷⁶⁰.

2- شروط الواجب توافرها في الشهادة :

⁷⁵⁸ العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، ص104.

⁷⁵⁹ عبد الرؤوف مهدي ، المرجع السابق ، ص1535.

⁷⁶⁰ شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق ، ص108.

هناك فئتان من الشروط ، فئة تتعلق بالشروط الواجب توافرها في الشاهد وأخرى متعلقة بالشروط الواجب توافرها في الشهادة نفسها .

أ- الشروط الواجب توافرها في الشاهد:

لا بد من أن تتوافر في الشاهد عدة شروط أهمها:

- أن يكون مميزا : فالشهادة تعتمد في أساسها على إدراك الشخص للواقعة محل الشهادة ، فلاشك في أن نقل صورة حية عن الواقعة الإجرامية أمام القاضي ، يتطلب أن يكون الناقل مميزا وحر الاختيار ⁷⁶¹ ، لهذا إذا فقد الشاهد القدرة على التمييز لصغر سنه أو لجنونه أو لسكره ، أو فقد حرите لإكراه وقع عليه وبالتالي فقد صلاحيته لإداء الشهادة.
- ألا يكون الشاهد محكوم عليه بعقوبة جنائية : لا يكفي أن يكون الشاهد قد ارتكب عقوبة جنائية ، بل يجب أن يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية ، فإذا لم يحكم عليه في الجنائية إلا بعقوبة الجنحة بناءا على استعمال الرافة ، فإنه يجب أن يحلف اليمين ، فعدم حلف اليمين للشاهد المحكوم عليه بعقوبة جنائية مقيد بمدة العقوبة فإذا طلب لأداء الشهادة قبل تنفيذ العقوبة أو بعد تمام تنفيذها فإنه يتعين عليه أن يحلف اليمين ⁷⁶² .
- أن يكون الشاهد حر الإرادة : معني ذلك أن لا يدلي الشاهد بشهادته تحت أي ضغط أو إكراه ، فإذا كان خاضعا في الوقت الذي أدلى بشهادته تحت التهديد أو الإكراه فإن شهادته تكون باطلة .

ب- الشروط الواجب توافرها في الشهادة :

يجب أن تتوافر في الشهادة نفسها عدة شروط من أهمها :

- علانية الشهادة : تعني ذلك أن تؤدي الشهادة أمام المحكمة في جلسة علنية ، وهذا ما اتفقت عليه جل التشريعات الجنائية وعلانية المحاكمة تعني أن يكون من حق كل شخص أن يشهد بها بغير عائق أو قيد وأن تكون إجراءاتها في حضور من شاء من الجمهور فلا يكفي أن يحضر المتهم أو الخصوم ومحاميه فقط .

⁷⁶¹ شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع نفسه ، ص76.

⁷⁶² العربي شحط عبد القادر ، نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص121.

فالقاعدة العامة تقر بعلانية المحاكمة وإلا عدت باطلة ، إلا أن هناك استثناء يجيز فيه المشرع فيه تقرير سريتها وذلك من أجل المحافظة على النظام العام و الأخلاق العامة

763

■ أداء الشهادة في مواجهة الخصوم :

يجب أن تجرى جميع إجراءات المحاكمة بحضور جميع الخصوم في الدعوى، ولهذا أوجب الشرع إعلام الخصوم باليوم المحدد للجلسة ليتمكنوا من الحضور .

ولا يقتصر حضور الخصوم على ما يتم بقاعدة المحاكمة فقط بل يشمل أيضا ما يتخذ خارجها من إجراءات كالمعاينة أو الإنتقال لسماع شاهد لا يستطيع المثول أمام المحكمة .

وعلى هذا فليس للمحكمة أن تبني حكمها على إجراءات اتخذتها من دون علم المتهم ، أو تستند إلى أوراق لم يطلع عليها المتهم ولم تعط له الفرصة لمناقشتها ، ويستوجب ذلك إعلام المتهم بتاريخ الجلسة و بالمواعيد المحددة لإجراءات التحقيق التي ترى المحكمة اتخاذها بعيدا عن قاعة الجلسة ، وكل إجراء تتخذه المحكمة من غير علم المتهم أو من دون أن تمكنه من مناقشة الدليل يكون باطلا وبالتالي لا يجوز لها أن تبني حكمها عليه⁷⁶⁴.

■ حلف اليمين :

يتعين على الشهود إذا بلغت سنهم السادسة عشر سنة (16) كاملة ، أن يحلفوا اليمين قبل أداء الشهادة ، وذلك لأن الأمر الجوهري في الإستحلاف هو التذكير بالله العظيم وأنه رقيب على الحالف ليكون صادقا فيما يرى ، وأن الله يراقبه وهو يدلي شهادته وأنه سيعاقبه إن كان كاذبا⁷⁶⁵.

وفي حالة امتناع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة في الحالات التي يجيز فيها القانون المنع ، حكم عليه بالغرامة ، وإذا عدل عن امتناعه قبل إقفال باب المرافعة يعفى من الغرامة وهذا ما تضمنه نص المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية : "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة .

763 العربي شحط عبد القادر نبيل صقر ، المرجع نفسه ، ص122.

764 العربي شحط ، نبيل صقر ، المرجع نفسه ، ص125.

765 شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق ، ص87.

وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز للقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبرا بواسطة القوة العمومية و الحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار ، غير أنه إذا حضر فيما بعد وأبدى أذارا محقة ومدعمة بما يؤيد صحتها جاز لقاضي التحقيق بعد سماع طلبات وكيل الجمهورية إعفائه من الغرامة كلها أو جزء منها .

ويجوز توقيع العقوبة نفسها بناء على طلب من رجل القضاء المذكور على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أداء اليمين أو الإدلاء بالشهادة".

ثانيا : حجية شهادة الشهود في إثبات رضا المريض في الجراحة التجميلية

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن إثبات الرضا يكون بكافة طرق الإثبات ، وللمحكمة أن تتحرى الرضاء بكافة وسائل الإثبات دون إقامة الدليل على الطبيب وحده أو المريض لتعذر تطبيق ذلك من الناحية العملية⁷⁶⁶ .

وباعتبار أن الشهادة هي أقدم وسائل الإثبات ، فإنه يجوز اللجوء إليها من أجل إثبات الرضاء ، ذلك أن في الجراحة التجميلية يكون لدى الطرفين (المريض وجراح التجميل) الوقت الكافي للحصول على الموافقة الصريحة وذلك لانتفاء حالة الضرورة التي تجيز للجراح التدخل دون الحصول على رضا المريض مثل الجراحة التجميلية العلاجية كما هي في حالة الحروق من الدرجة الأولى أو بعض الحوادث .

والطبيعي أيضا تبعا لذلك أن يكون الجراح وسواء في عيادته الخاصة أو في المستشفى العام أو الخاص الذي يشتغل به ، عاملا ضمن فريق طبي متكون من مساعدين وممرضين وأطباء أخصائيين وأطباء تخدير، ففي هذه الحالة يكون التدخل الطبي بحضورهم ولهذا يجوز للجراح أن يستند إلى شهادة أحدهم في إثبات حصوله على الرضاء مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهادة من حلف اليمين وغيرها ، وتبقى للمحكمة السلطة التقديرية في تقدير تلك الشهادة والأخذ بها في الحكم .

الفرع الثاني

إثبات الحصول على الرضاء في الجراحة التجميلية بالقرائن القضائية

لا يمكن الوصول إلى الحقيقة إذا لم يقدّم الدليل على ذلك ، فيقوم تبعا لذلك رجل القاضي المكلف بالتحقيق إعمالا لفكره وإجتهاده من أجل الوصول إليها ، وذلك من خلال ما يتركز لديه من حقائق قريبة من تلك الحقائق المرتبطة و المتعلقة بها برابطة سببية منطقية ، وذلك يعني استنباط الحقائق المجهولة من خلال الحقائق المعلومة بغية التوصل إلى

الكشف عن الحقيقة ، وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه القرينة والتي أصبح لها شأن كبير في مجال الإثبات الجنائي⁷⁶⁷.

وعليه فقد يتعذر على جراح التجميل إثبات الحصول على رضا المريض بانعدام شهادة الشهود أو بانعدام وثيقة مكتوبة تفيد حصوله على ذلك الرضا ، وعلى ذلك فإن القاضي الجزائي لما له من السلطة التقديرية في مجال الإثبات فإن له أن يستنبط ذلك الرضا ويكتشفه من القرائن المتصلة بالقضية .

أولاً: ماهية القرينة القضائية

للتوصل إلى ماهية القرينة القضائية لابد من التعرض لماهية القرينة بصفة عامة وأنواعها .

1-تعريف القرينة :

يرى الفقيه سيروريت كروس أن لفظ القرينة يستخدم في معنيين أساسيين متقاربين :

أ- المعنى الأول: لا يعدو أن يكون أكثر من كونه نتيجة أو إقرار يجب استنباطه إلى أن يثبت العكس ، ومن أمثلة ذلك قرينة البراءة أو قرينة صحة الإدراك .

ب- المعنى الثاني: يعني أن هناك حقيقة تسمى الحقيقة المفترضة ، ويمكن استعمالها إذا ثبت أو أقرت حقيقة أخرى ، كقرينة الوفاة للشخص المتغيب أكثر من سبع سنوات أو قرينة صحة النسب ، وهي كلها استنتاجات تستخلص من وقائع أخرى في عدم وجود أدلة مباشرة على الأشياء المراد إثباتها ، والفرق بين المعنى الأول والثاني يتوقف على عدم وجود الحقيقة الأساسية التي تشكل أساساً للقرينة⁷⁶⁸

أما الفقه العربي فقد عرفها بأنها: "الصلة الضرورية بين واقعتين ، يكون بثبوت الأولى دليلاً على حدوث الثانية ، أو صلة بين واقعة ونتيجتها ، ويكون ثبوت الواقعة فيها دليلاً على حدوث نتيجتها"⁷⁶⁹.

كما عرفت بأنها: " استنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى أقام عليها دليل إثبات"⁷⁷⁰ ، ويعرفها البعض الآخر بأنها: " استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة ثابتة تؤدي إليها بالضرورة وبحكم اللزوم العقلي"⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق، ص23.

⁷⁶⁸Rupert Cross and Nancy wilkins ,An outline of the law evidence ,Fourth ediynon ,London ,butter worths,1975,p40.

⁷⁶⁹ محمد زكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية، د.ر.ط،الدار القبة للطباعة والنشر،الإسكندرية، مصر،1985، ص181.

وبناء على التعاريف السابقة، فإن تعريف القرينة من خلال استنباط واقعة مجهولة بدلالة الوقائع الثابتة المعلومة وفقا لضوابط الاستدلال وأصول المنطق، فهذا التعريف يجمع كل العناصر السابقة وهي وجود وقائع ثابتة ومعلومة وكذلك واقعة مجهولة، بالإضافة إلى عملية الاستنباط للواقعة المراد إثباتها وفقا لضوابط الاستدلال وأصول المنطق⁷⁷².

2-أنواع القرائن :

تنقسم إلى نوعين هما : القرائن القانونية و القرائن القضائية.

أ- **القرينة القانونية** : هي استنباط المشرع لواقعة لم يتم عليها دليل مباشر من واقعة نص عليها ، فإذا ثبت استدلال بها على ثبوت تلك الواقعة المطلوب إثباتها ، بمعنى أن المشرع هو الذي يقوم باستنباط القرينة القانونية ، وهو الذي ينص عليها في صيغة عامة ومجردة⁷⁷³.

فأساس القرينة القانونية هو نص القانون وحده ، فالمشرع يختار الواقعة الثابتة وهو الذي يجرى عليها عملية الاستنباط⁷⁷⁴ ، وعليه إذا عرضت على القاضي قرينة قانونية في الدعوى التي ينظر فيها و لاحظ أنها لا تملئ عليه من اليقين و الإقتناع ما يكفي لتكوين عقيدته للحكم بمقتضاها ، فليس له مع ذلك أن يقلل من أهميتها أو بصفتها أو ان يمتنع عن الأخذ بها بل هو ملزم بالعمل بها مهما كانت مخالفة للحقيقة في نظره⁷⁷⁵.

والأصل في القرينة القانونية أنها تقبل إثبات عكسها ، وذلك تطبيقا لمبدأ الأساسي في الإثبات وهو حرية الدفاع ، بمعنى آخر نقض الدليل بالدليل لأنها تقوم على فكرة الراجح الغالب الوقوع والمقرر في صيغة عامة ومجردة⁷⁷⁶.

غير أن المشرع يرى لعلة يقدرها سواء أكانت مراعاة لمصلحة عامة أم منعا للتحايل على القانون ، أم مسايرة ما هو مألوف ومتعارف عليه بين الناس عدم جواز نفض القرينة بالدليل العكسي ، وعلى هذا تنقسم القرائن القانونية إلى قرائن بسيطة وهي الأصل في القرائن القانونية ، فهذه القرائن يجوز نفضها بالدليل العكسي ويمكن نفضها بسائر أدلة الإثبات في المواد الجزائية دون التقيد بالقواعد الواردة في القانون المدني .

770 أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص347.

771 Rupert Cross ,op,cit p43.

772 وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص34..

773 أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج2 ، ط7 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1972 ، ص68.

774 محمد يحيى ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، د.ر.ط ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1987 ، ص136.

775 وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص89.

776 حسن جوخدار ، المرجع السابق ن ص189.

أما النوع الثاني وهو ما يعرف بالقرائن القانونية القاطعة ، وهي التي يكون فيها عدم جواز نقضها ، لتعلقها بالنظام العام⁷⁷⁷ وهي إعفاء إستثنائي من عبء الإثبات التي تقضي به القواعد العامة ، وعلى القاضي أن يأخذ بها متى توافرت شروطها التي نص عليها القانون.

ب- **القرينة القضائية** : سميت بالقرائن القضائية نسبة إلى القاضي الذي يقوم باستنباطها ، وسميت أيضا بالقرائن الشخصية لأنها تنصب في بعض الأحيان على واقعة تكونت من صفة في الشخص ، وسميت بالقرائن الموضوعية لأنها تنصب على واقعة من وقائع الدعوى ، وكذا سميت بالبسيطة لأنها تقبل إثبات عكسها في جميع الأحوال⁷⁷⁸ .

وتعرف القرينة القضائية بأنها : "كل استنباط لواقعة مجهولة من واقعة معلومة بحيث يكون الإستنتاج ضروريا وبحكم اللزوم العقلي و المنطقي ، وترك أمر القرينة القضائية للقاضي بحيث يستنتج فيها ما يطابق عقله ويريح ضميره ، فهو الذي يقرر الظروف ودرجة تأثيرها في الدعوى ، وبعبارة أخرى هي النتيجة التي تحتم على القاضي أن يستخلصها أو يستشفها من واقعة معينة⁷⁷⁹ .

والقرائن القضائية كثيرة لا حصر لها ، ومن أمثلتها : وجود بصمة إصبع المتهم في مكان الجريمة كقرينة على مساهمته فيها أو ظهور علامات ثراء عليه كقرينة على اختلاسه المال.

فالقرينة القضائية دليل غير مباشر لذلك يستوجب أن تقوم صله سببية منطقية قاطعة بين الواقعة التي تم استنباطها مع الواقعة الثابتة ، وعليه لا تعتبر الواقعة التي تشكل الجرم المسند للمتهم قرينة قضائية على أقوال متهم ضد آخر ، ذلك لأن الواقعة التي تعتبر قرينة قضائية يجب أن تكون مستقلة استقلالاً كاملاً عن الفعل الجرمي المسند للمتهم⁷⁸⁰ .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في طعنها رقم 27 لسنة 23 المؤرخ في 27 افريل 1953 بأنه : " لا يشترط في الدليل أن يكون صريحا دالا بنفسه على الواقعة المراد إثباتها ، بل يجوز أن يكون استخلاص ثبوت الواقعة منه بطريق الإستنتاج وترتيب النتائج على المقدمات⁷⁸¹ " .

ثانيا : خصائص القرينة القضائية

⁷⁷⁷ محمد زكي أبو عامر ، المرجع السابق ، ص51.

⁷⁷⁸ وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص52.

⁷⁷⁹ رؤوف عبيد ، المرجع السابق، ص727.

⁷⁸⁰ كامل السعيد ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن، د.ر.ط ، 2005 ، ص785.

⁷⁸¹ شعبان محمود محمد الهواري ، المرجع السابق، ص152.

تعتبر القرينة القضائية دليلاً من أدلة الإثبات بغض النظر عما إذا كان مباشراً أو غير مباشر ، وعليه فهي تتميز بمجموعة خصائص :

1- القرينة القضائية دليل غير مباشر (استنتاجي)

كما سبق وأن أشرنا إلى أن الأدلة تكون مباشرة وتكون غير مباشرة ، فالمباشرة هي التي تنصب دلالتها على الواقعة المراد إثباتها كالإعتراف والشهادة ، أما الأدلة غير المباشرة فهي التي تنصب على واقعة أخرى ذات صلة وثيقة بواقعة الدعوى ومن خلال ثبوت هذه الواقعة تستنبط المحكمة الواقعة المراد إثباتها⁷⁸² .

2- القرينة القضائية حجة متعدية

ما يثبت بالقرينة القضائية يعتبر حجة متعدية ، أي يعتبر ثابتاً بالنسبة للكافة دون أن يقتصر أثره على أطراف الخصومة ، ذلك أن أساس هذه القرينة وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضي شخصياً ، ومن ثم يبنى عليها استنباطه من خلال إعمال فكره واستخدامه لقواعد المنطق⁷⁸³ .

3- القرينة القضائية حجة غير قاطعة

ومعنى ذلك أنها دليل قابل لإثبات عكسه ، شأنها شأن سائر الأدلة تبقى للسلطة التقديرية للقاضي في تكوين اقتناعه بها .

4- القرينة القضائية موضوعية أو شخصية

فهي تنصف إما بالموضوعية أو الشخصية ، فإذا كانت مبنية على وقائع ثابتة و على استنباط غيرها منها اعتبرت قرينة موضوعية ، أما إذا كانت مبنية على صفة في شخص كانت قرائن شخصية مثل : صفة أصحاب السوابق القضائية .

والذي يؤكد الصفة الموضوعية للقرينة القضائية ، يمثل في كون هذه القرينة تنصب على واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين ظروف الدعوى وملابساتها، كوجود هوية المتهم في منزل وجدت فيه جثة القتيل، فهذه الواقعة يمكن أن يختارها القاضي لمعرفة القاتل .

⁷⁸² وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع السابق ، ص 72 .

⁷⁸³ وليد عبد الكريم العطية (البواعنة) ، المرجع نفسه ، ص 72 .

5- استحالة حصر القرائن القضائية

القرائن القضائية كثيرة ولا يمكن حصرها ، على أساس أنها تقوم على استنباط الواقعة المجهولة من واقعة ثابتة يختارها القاضي من ظروف وملابسات الدعوى ، وهذه الواقعة تختلف من قضية إلى أخرى .

6- القرينة القضائية دليل إيجابي

تتصف القرينة القضائية بأنها دليل إيجابي بمعنى إمكانية المتهم من تقديم الواقعة الأساسية للقرينة القضائية ، وكذلك على الاستنباط منها بمعنى أن المتهم هو الذي يجمع عناصرها ويتقدم إلى القاضي لاستنباط الواقعة المراد استخلاصها منها⁷⁸⁴ .

ثالثا: حجية القرائن القضائية في إثبات رضا المريض في الجراحة التجميلية

ما استقر عليه الفقه والقضاء أن الطبيب أو الجراح ملزم بالحصول مقدما على رضا المريض ، وإلا عد عمله غير مشروع وبالتالي تترتب عليه المسؤولية الجزائية والمدنية حتى ولو لم يقع منه أي إهمال في العلاج .

على هذا فإذا استعصى على الطبيب إثبات الرضا بشهادة الفريق الطبي العامل معه ، جاز للقاضي استنباط الحصول على الرضا بطريق القرائن القضائية ، وتعد من قبيل القرينة القضائية تلك الوصفات الطبية التي يقدمها الجراح باسم مريضه والتي يستنبط منها متابعة المريض في عيادته وبالتالي رضائه بالعلاج .

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة "أنجه" دالوز في حكمها المؤرخ في 4 مارس 1947 بأنه : " لا يجوز للجراح أن يجرى عملية بتر عضو إلا بعد موافقة المريض الذي له مطلق الخيار بين إجراء تلك العملية المستعجلة و الضرورية وبين تحمل الأضرار الناجمة عن التأخير ، وفي حالة ما يصعب على المريض التعبير عن رضائه صراحة ، يجب على الجراح أن يثبت رضائه ضمنا بحسب الظروف التي أجريت فيها العملية⁷⁸⁵ " .

ومن القضايا التي عرضت أيضا في هذه المسألة ، ما حكمت به محكمة جنايات الإسكندرية في دعوى طبيب ذهب إليه زوج وزوجته ورفضت الزوجة إجراء الكشف عليها ، فهددها الزوج بالطلاق وأفهمها الطبيب بأنه سيعطيها حقنة فقط ، فقبلت تحت هذا التأثير ، وأعطاه الطبيب حقنة مخدرة وكشف عنها وهي تحت تأثير المخدر بمنظار . فلما أفاقت وجدت الدم يسيل من رحمها ونقلت بسبب ذلك إلى المستشفى وظلت فيه زمنا

784 عماد محمد ربيع، المرجع السابق، ص336..

785 منير رياض حنا، المرجع السابق، ص336.

، أجريت لها فيه عملية تفرغ للرحم ، وقد قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب مقررة أنه :إذا كان من المسلم به فقها وقضاء أنه لا يجوز للطبيب في قيامه لوظيفته المرخص له بها ، وفي سبيل المحافظة على صحة الناس اتخاذ ما يلزم من وسائل بقصد العلاج فإن ذلك مشروط بأن يرض المريض بذلك رضاء غير مشوب ، وأن يمارس الطبيب عمله في حدود قواعد الهيئة الطبية ، فإذا خالف هذه الشئ فقد خرج عن قواعد المهنة الطبية و واجباته كطبيب ووجب مساءلته عن المخاطر التي تسبب فيها⁷⁸⁶.

الفرع الثالث

أثبات الحصول على رضا المريض بالدليل المكتوب

يعتبر الدليل الكتابي نوعا من أدلة الإثبات في المسائل المدنية و التجارية والجزائية و إذا حجية مطلقة ، غير أن هذه الحجية المطلقة تختلف باختلاف أنواع الدليل ، فقد تبلغ ذروتها القصوى مع المحرر الرسمي والمحرر العرفي ، وقد نقل في الكتابات الخاصة .

وبما أن العلاقة بين جراح التجميل والمريض هي في الأصل علاقة تعاقدية باعتبار هذا النوع من الجراحة ليس الغرض منه الشفاء والتداوي من علة ، فيلتزم بموجب هذا العقد كلا الطرفين وبخاصة جراح التجميل في تنفيذ التزامه .

والأدلة الكتابية كغيرها من الأدلة خاضعة لمبدأ الإقتناع القضائي فكل قيمته مستمدة من اقتناع القاضي بصحة ما يتضمنه من البيانات ويتعين أن يستمد اقتناعه وفقا للقواعد العامة للإثبات .

و الدليل المكتوب قد يكون محررا رسميا وقد يكون عرفيا ، مع استبعاد المحرر الرسمي من المجال الطبي لأنه يصدر من موظف عمومي أو ضابط عمومي ، وللتفصيل أكثر لا بد من التعريف بالمحرر العرفي (أولا) ، ومن ثم شروطه (ثانيا) ، وحجية في المجال الطبي كدليل إثبات (ثالثا).

أولا : تعريف المحرر العرفي

يعتبر المحرر العرفي من أدلة الإثبات غير القاطعة ذلك أنه يمكن إثبات عكسها ، عكس المحررات الرسمية التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير ، وهذا ما يستشف من خلال تعريف المشرع الجزائري في القانون المدني للمحررات الرسمية في المادة 324 بنصها على أنه : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " .

⁷⁸⁶ حكم محكمة جنايات الإسكندرية ، المؤرخ في 25 مارس 1944 . أنظر : عباد الجوهري، المرجع السابق، ص253.

غير أنه أحجم عن إعطاء تعريف للمحرر العرفي مما يستدعي استخلاص تعريف المحرر العرفي من مفهوم المخالفة بمادة وذلك بأنه تلك الوثيقة التي تحرر من غير الأشخاص المذكورين في المادة أعلاه أو من طرفهم ولكن خارج إطار وظيفتهم .

وهذا المعنى ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 326 من نفس القانون بقولها: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل ، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

غير أننا نجد تعريفات عدة للمحرر العرفي على مستوى الفقه ، فقد عرف بأنه: "ذلك السند الصادر من الأفراد دون أن يتدخل في تحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ولا يخضع لشكلية معينة أثناء تحريره" ⁷⁸⁷.

وهناك من عرفه بأنه: "كل وثيقة مكتوبة يحررها أطراف عاديين دون تدخل أطراف رسمية" ⁷⁸⁸. ومهما تعددت التعاريف حول مفهوم المحرر العرفي إلا أن هناك إجماع حول أنه يعد تلك الوثيقة المكتوبة يحررها أطراف عاديون ولا يشترط فيها شكلية معينة سوى إمضاء من حررها .

وعلى هذا يستوي في ذلك أن يكون محررا بخط اليد أو بالحاسب الآلي أو بأي آلة راقنة أخرى ، كما يمكن أن تحرر في شكل استمارة معدة مسبقا يكتفي أصحابها بالتوقيع عليها فقط، كما يستوي أن تكون محررة باللغة العربية أو بأية لغة أخرى يختارها الطرفان.

أما إذا قدم كدليل إثبات على الأطراف إعادة ترجمة المحرر إلى اللغة العربية ، تحت طائلة عدم قبوله وهذا ما أكدته المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يجب أن اتتم الإجراءات و العقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول".

ثانيا : شروط المحرر العرفي

لا اعتبار المحرر العرفي دليلا للإثبات يجب أن تتوافر فيه شروط تضمنها القانون ، وهو أن يكون مكتوبا وأن يكون موقعا من قبل محرريه ، وهذا ما جاء في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه ووقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو ممن تلقوا منه هذا الحق . ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323".

787 علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ط2 موفم للنشر ، الجزائر ، 2003 ، ص238.

788 عجة الجيلالي ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، در.ط ، للنشر ، الجزائر ، 2009 ، ص564.

1- الكتابة :

يجب أن تتضمن الورقة العرفية كتابة تدل على غرض من تحرير الورقة ، ومثال ذلك : أن تتضمن الورقة موافقة صريحة محررة وموقع من قبل المريض يصرح فيها برضاه لإجراء العملية الجراحية التجميلية-

واشترط الكتابة من قبل المشرع ليس المقصود بها وجودها فذلك بديهي ، إنما المقصود منها أن تتضمن الغرض الذي أعدت من أجله وأن تنصب على واقعة معينة يراد إثباتها بالمحرر .

ولا يشترط فيها شكل معين و لا لغة معينة – كما سبق ذكره- خلافا لما نص عليه المشرع فيما يخص العقد الرسمي ، ويستوي أن تكون الكتابة بخط اليد أو بالحاسب الآلي أو بأية آلة راقنة ، وقد أضاف المشرع الجزائري نوعا جديدا من الكتابة وهو ما يعرف بالكتابة الإلكترونية والمنصوص عليها في المادة 323 بقوله : " ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها ".

2- التوقيع :

يعتبر التوقيع شرطا أساسيا وجوهريا لوجود المحرر العرفي ، وهو ما يؤكد صدور المحرر من موقعه ما يطعن فيه بالإنكار ، والتوقيع هو أن يضع الشخص إمائه أو اسمه أو أي رمز أو كتابة أخرى .

هذا ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني المشار إليها أعلاه ، وقد أضاف المشرع ما يعرف ببصمة الإصبع والتي لم يكن منصوص عليها في القانون القديم ، وذلك لانتشار الأمية حيث تعتبر البصمة أكثر ضمانا من التوقيعات الأخرى بحيث أصبح بإمكان ما لا يجيد القراءة والكتابة استخدام البصمة للتوقيع، إضافة إلى ذلك قد نص المشرع على ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني ، وفي حالة ما عدا تخلف التوقيع عن المحرر العرفي يعتبر باطلا.

ثالثا : حجية المحررات العرفية في إثبات الرضا

المحررات العرفية المعدة للإثبات لها حجية تظهر في هذه المسائل بخاصة –المجال الطبي - ، فإذا أعترف الشخص الذي صدرت منه الورقة العرفية الذي وقع عليها ولم ينكر فإنها تعتبر حجة عليه وقد أفصح عن ذلك المشرع في المادة 327 المذكورة أعلاه إذ أن حجته متوقفة على عدم إنكار محرر لها .

وفي حالة ما إذا أنكر محرر الورقة المنسوبة إليه فهذا يؤدي إلى زوال حجيتها مؤقتا ، وعلى من يتسّمك به أن يثبت أنه لم ينسب إليه وذلك من خلال إجراءات التحقيق ، فإذا لم ينكر المنسوب إليه ذلك الخط أو التوقيع صراحة ، عد إقرارا ضمنيا ومتى كان ذلك فإن هذا المحرر يصبح في مواجهته كالمحرر الرسمي من حيث حجيته ولا يجوز له الإنكار بعد ذلك ولا يبقى بيده من أجل دحض حجيته إلا الطعن بالتزوير .

وعلى هذا فللقاضي أو المحكمة وضع اليد على أي مستند أو وثيقة لها علاقة بالدعوى ، وأن تأمر الشخص أو الجهة التي بحوزتها هذه الأوراق أو المستندات بتقديمها ، وتبقى سلطة القاضي في الأخذ بها من عدمها متوقفة على مدى اقتناعه بها ، فهو حر في تكوين عقديته ، إلا أنه مقيد في لزوم الإطلاع على هذه التقارير و الوصفات التي يحررها الأطباء وحتى تصريحات المريض لكي تقف على الحقيقة بشكل لا غموض فيه ، ذلك أن الوصفات والتقارير تعد جزءا مهما من وقائع القضية فلا يمكن إهمالها بل يجب الإطلاع عليها⁷⁸⁹.

الخاتمة

لقد تناولنا في هذه الدراسة موضوع الرضا في الجراحة التجميلية ومدى تأثيره في مسؤولية جراح التجميل ، من خلال عرض تفصيلي للنظام القانوني لهذه الجراحة وكذا المسؤولية وأحكامها المترتبة عن تخلف هذا الشرط فيها ، ونظرا لما تسببه حادثة هذا الفرع في بلادنا وندرة القرارات القضائية ، إن لم نقل انعدامها في التصدي لهذه المسألة ، اعتمدنا في أسلوب الدراسة المقارنة لمعرفة موقف كل من الشريعة الإسلامية من هذا النوع من الجراحة من جهة ، وموقف مختلق القوانين العربية و خاصة القانون المصري وأهم القوانين الغربية ونقصد بذلك القانون الفرنسي .

ولقد تم التوصل في هذه الدراسة إلى جملة من النتائج تعقبها بعض التوصيات الهامة ، فمن أبرز تلك النتائج :

- لقد تطورت جراحة التجميل بتطور الحياة العصرية بحيث أخذت في العصر الحالي شكلا منظما ، وأصبحت لها أصولها وتعاليمها واتسع ميدانها ليشمل علاج جميع

التشوهات الخلقية و المكتسبة على حد سواء ،فقدمت للبشرية آفاقا جديدة للصحة والسعادة ؛ذلك أن الهدف العلاجي أو الفائدة الجوهريّة التي تعود على المريض لم تعد تقتصر فقط على الناحية الجسمانية للشخص وإنما امتدت لتشمل الناحية النفسية أو المعنوية له ، كما أن المصلحة التي تعود من هذه الجراحة لم تعد مقصورة على الفرد ذاته -وإن كانت مصلحة شخصية في المقام الأول - وإنما شملت حتى مصلحة المجتمع في محافظة الفرد على سلامة جسمه وهو ما يعرف بالجانب الإجتماعي لحق الفرد في سلامة جسمه .

- على هذا الأساس فقد ازدادت أهميتها في هذا العصر نظرا لما تقدمه من خدمات جليلة للإنسانية ، فهي تجعل الشخص يتخلص من عيوب شكله التي تؤلمه نفسيا وتؤثر عليه في حياته العملية و الإجتماعية ، وبالتالي تمكنه من استعادة ثقته بنفسه وتمنح له الإيجابية التي يحتاجها داخل المجتمع ، فلم تعد جراحة التجميل ترفا من الكماليات وإنما أصبحت من الضروريات التي تستجيب لحاجات البشر .

- من أجل ذلك فإن جراحة التجميل تعرف بأنها تلك الجراحة الطبية التي تجرى للشخص بناء على طلبه ورضائه الحر المستنير ، بهدف إصلاح تشوهات أو عيوب خلقية أو مكتسبة ظاهرة فيه ، و التي لا تسبب له ألما عضويا وإنما تعيب شكله وتؤثر في قيمته الجمالية ، وذلك من أجل إعادة التناسق و التوازن للجزء المشوه أو المعيب .

- وبهذا المعنى فإن جراحة التجميل لها خصائص معينة تميزها عن الجراحة العادية ، فهي لا تهدف إلى علاج من مرض عضوي للشخص الخاضع لها وإنما تهدف إلى إزالة العيب أو التشوه في جسمه و الذي يسبب لصاحبه الإشمئزاز و ألما نفسيا .

- هي جراحة لا تحتملها ضرورة عاجلة على عكس الجراحة العادية التي تستلزم التدخل السريع من أجل إزالة الخطر الذي يهدد الجسم المريض ، وإنما تتم في ظروف متأنية تجعل لكل من الجراح و المريض متسعا من الوقت في اختيار الطرف الذي يريد أن يتعاقد معه .

- تنقسم جراحة التجميل إلى نوعين من الجراحة : احدهما يتعلق بالجراحة التجميلية التقويمية و التي يكون هدفها إصلاح أو تقويم التشوهات و العيوب البسيطة ، كجراحة تقويم الأنف و تقويم الثديين بتكبيرهما أو تصغيرهما و جراحة شفط الدهون و شد الوجه و الرقبة ، في حين يعرف النوع الثاني من هذه الجراحة بالجراحة التجميلية الترميمية ، إذ تختص هذه الأخيرة بإصلاح الأجزاء المشوهة من الجسم و ترميمها أو تعويضها عما تلف أو فقد منها ، بغية إعادتها إلى وضعها الطبيعي من الناحية الوظيفية و الشكلية ، كالتشوهات الناتجة عن الحروق أو الحوادث و الكوارث فهي إذن جراحة حاجية .

- وقد رأينا في هذه الدراسة أن جراحة التجميل في بداية ظهورها قد تخبّطت بين المشروعية و اللامشروعية ، فعلى مستوى الفقه والقضاء الغربي وبخاصة في فرنسا فقد مرت بمراحل ثلاث : فقد بقيت راحة التجميل في المرحلة الأولى محل شك وريبة لدى

الفقهاء ، على أساس أنه من الصعب أن تتحقق الشروط التي تبرر المساس بجسم الإنسان وهي ضرورة إنقاذ المريض وشفائه من علة ومقارنة ما يمكن إن يتعرض له المريض من خطر بسبب هذه الجراحة ، وعلى هذا فكان المسلم لديهم هو الحكم بعدم مشروعيتها باعتبارها عمل غير أخلاقي .

- أما المرحلة الثانية فقد كان لتطور مفاهيم الحياة قوة من تطور الفكر القانوني السائد في زمن المرحلة الأولى ، لهذا انتشرت هذه الجراحة وأصبحت فرعا من فروع الجراحة العامة التي لها تعاليمها وأصولها ومدارسها ، ففي هذه المرحلة أصبحت لها تأثير واضح من خلال النتائج التي حققتها في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى ، وهذا التقدم امتدت حتى المرحلة الثالثة حين قطع علماء وجراحو التجميل أشواطا كبيرة وتحقيقهم لتقدم هائل في هذا المجال .

- ولقد أثر هذا الموقف الفقهي على القضاء الفرنسي ، فقد تميز أيضا في مراحلها الأولى بالتشدد في مواجهة الجراحين بوجه عام وفي مواجهة جراحي التجميل بوجه خاص في عدة أحكام قضائية مشهورة ، غير أن هذه النظرة المتشددة لمشروعية جراحة التجميل بدأت تأخذ منحى آخر من خلال التشدد في الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب من خلال فكرة ضرورة أخذ الرضا المستنير في هذه الجراحة و الذي يقتضي بالضرورة إعلام مسبق للمريض بكل أنواع العلاج و الجراحة ، فعلى الطبيب أن يبصر المريض بالمخاطر التي يمكن أن تحدث وحتى تلك النادرة الحدوث .

- كما تبين لنا أن جراحة التجميل تعتبر مباحة في الشريعة الإسلامية من حيث الأصل ، طالما أنها في الغالب تعالج الحالات التي لا تغير خلق الله في شئ ، بل هي تخلص الشخص من عيوب حقيقية في شكله وترده إلى أصل الحقيقة التي فطر الله الناس عليها ، في حين ماعدا ذلك تكون هذه الجراحة غير مباحة استثناء في الحالات التي تنطوي على تغير في الخلقة دون ما الحاجة إلى ذلك كتغير الجنس بهدف التغير فقط .

- أما على مستوى الفقه و التشريع العربي انطلقا من المشرع الجزائري ، فقد خلصنا إلى أن هذا النوع من الجراحة لم يلق إلى يومنا هذا الحيز الذي احتلته في التشريعات الغربية ن وذلك من خلال غياب النصوص التشريعية المتضمنة تفصيلا لأصول هذه الجراحة وقواعدها وشروطها بعيدا عن الجراحة العامة ، على أساس أنها اليوم تلقى رواجاً وإقبالا من النساء و الرجال على حد سواء ، فالجزائر اليوم عرفت عدة مستشفيات خاصة بهذه الجراحة ، مما يستدعي معه ضرورة تنظيمها بقواعد خاصة لاسيما مسألة أخذ موافقة ورضا المريض الخاضع لها ،

- وهذا الغياب سجلناه أيضا على مستوى القضاء نفلن نجد أحاكا ولا إجتهدات قضائية في هذا المجال ، وهذا لا يعني عدم وجود قضايا تطرح للنزاع حول مسؤولية جراح التجميل ، وإنما هذا ناتج عن عزوف القضاء عن معالجتها .

-على هذا الأساس ، لا يعني ذلك أن يترك هذا النوع من الجراحة دون تنظيم ، بل يخضع في ذلك إلى القواعد العامة الخاصة بالجراحة العامة ، والتي تستلزم شروطا معينة حتى يكتسب الشخص لقب الطبيب أو الجراح من خلال ما نصت عليه المادة 197 من قانون الحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم .

- فالأفعال التي يقوم بها الطبيب من أعمال طبية و جراحية و الماسة بسلامة جسم الإنسان ، كفحص جسم المريض و التي قد تمتد إلى عوراته ووصف الأدوية وإعطاء المواد المخدرة وإجراء الجراحة ، كل هذه الأفعال إذا قام بها شخص عادٍ فإنها تشكل جريمة من الجرائم التي نص عليها القانون ، كالضرب و الجرح وإعطاء المواد الضارة ، وقد يؤدي ذلك في بعض الأحيان إلى وفاة المريض ، فهذه الأفعال بهذا المفهوم تتطابق مع ما يسمى بالنموذج القانوني للجرائم الماسة بسلامة جسم الإنسان ، ولكن ما استقر عليه قانونا وفقها وقضاءا هو إباحة هذه الأفعال في المجال الطبي إذا توافرت فيه شروطا معينة و التي تخرجه من نطاق اللامشروعية إلى المشروعية

- فالعمل الطبي بما فيه جراحة التجميل هو كل نشاط يمارس على جسم الإنسان طبيب مختص حاصل على ترخيص لممارسة مهنة الطب ، بقصد الاستكشاف أو العلاج أو الرقابة ، مراعيًا في ذلك الأصول العلمية و الآداب المهنية ، مع أخذ موافقة المريض ورضاه بهذا التدخل الطبي في أي مرحلة من مراحلها .

- وقد خلصنا في هذه الجراحة أيضا أن من أهم الشروط الواجب توافرها لممارسة العمل هي أخذ رضا المريض وموافقته الحرة المستتيرة ؛ ذلك الرضا الذي يعرف بأنه التعبير عن الإرادة المتجهة إلى إحداث نتيجة قانونية معينة ، فهو تصرف في الحق أو المصلحة ، وقد يتم إما بالتنازل عنهما أو بأية طريقة كانت ، وتظهر هذه الإرادة إلى الوجود بالتعبير عنها فليس لها كيان مادي ملموس ، باعتبارها عملا نفسيا لا يدركه إلا صاحبه الذي ينعقد بها عزمه .

-وقد يكون التعبير عن هذه الإرادة إما صراحة ، وقد يكون ضمنيا وهذا ما تضمنه نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري ، بالإضافة إلى وجود نوع ثالث والذي أخذ به الفقه والقضاء وهو الرضاء المفترض .

- رأينا أن المشرع الجزائري لم يشترط شكلا معينًا في موافقة المريض للأعمال الطبية ، فقد يكون هذا الرضاء شفويا أو كتابيا أو بالإشارة ، غير أن ما جرى عليه العمل أن يكون الرضاء كتابيا في التدخلات الطبية الماسة بسلامة الجسدية للمريض و التي تنطوي على مخاطر جسيمة كنزع وزرع الأعضاء ، إلا أنه يجب في الأحوال أن لا يسبق هذا الرضاء أي تدخل طبي ، فعلى الطبيب أو جراح التجميل بصفة خاصة أن يحصل على الموافقة الصريحة للمريض ، والتي تكون صادرة عنه أو عن ممثله القانوني في حالي صغر سنه أو إذا كان معتوها أو سفيها أو مجنونا .

- فالإلتزام بالحصول على رضا المريض تحتمه القواعد العامة لكونه يقوم على ما للإنسان من حق في سلامة جسمه ، فبموجب هذا الحق لا يجوز المساس بجسم الإنسان بغير رضاه ولو كان لغرض علاجي ، وهذا ما اتفقت عليه جل التشريعات سواء العربية منها أو الغربية ، على اعتباره شرطا أساسيا لممارسة العمل الطبي ، إضافة إلى اشتراطه أيضا في التداوي في الشريعة الإسلامية والتي اعتبرت الرضا بالتداوي هو إذن يفوض فيه المريض أو وليه الطبيب بالإجراء الطبي الذي يكون مناسب دون تقييد ، والذي يجب أن يكون صادرا من بالغ وعقل ممن له الحق في إصداره ، وإذا كان المريض صغيرا أو مجنونا فيكون لوليه الحق في إبداء رأيه وإذنه الذي يكون محددًا على إجازة القيام بالجراحة مع صدوره عن نية وإدراك .

- كما خلصنا في هذه الدراسة أن العمل الطبي التجميلي يتم عادة بموجب عقد طبي ، تتوافق فيه إرادة كل من المريض من جهة وإرادة الجراح من جهة أخرى ، غير أن هذا العقد له خاصية ينفرد بها عن باقي العقود الأخرى ، وهي تلك الثقة المتبادلة بين جراح التجميل ومريضه فلولاها لما انعقد العقد ، إضافة إلى ما ينطوي عليه هذا العقد من طابع إنساني فهو يقوم على اعتبارات شخصية كعمق خبرة الجراح أو إخلاصه في العلاج .

وعلى ذلك فمسألة وجود العقد بين جراح التجميل والمريض في الغالب ينتج عنها بالضرورة تحديد طبيعة الإلتزام الواقع على عاتق الجراح ، بأنها التزم ببذل عناية أو التزم بتحقيق نتيجة ، والواقع أن كلا من الفقه سواء أكان عربيا أم غربيا قد أرجع مسؤولية الجراح بشكل عام إلى قواعد المسؤولية المدنية سواء وجد العقد أم لا ، أما في الجراحة التجميلية فإن مسؤولية جراح التجميل تحكمها أيضا قواعد المسؤولية المدنية مع مراعاة إمكانية اعتبار اللتزام جراح التجميل بأنه التزم بتحقيق نتيجة خاصة بوجود العقد الطبي .

من هذا المنطلق فالإلتزام بأخذ موافقة المريض الحرة المستنيرة تقابله مسؤولية الجراح في عدم حصوله على تلك الموافقة ، فيكون جراح التجميل قد ارتكب خطأ يوجب تبعاً لذلك مسؤوليته إذا ما هو قام بالتدخل الطبي للمريض دون الحصول على الرضا من المريض حتى ولو لم يرتكب هذا الجراح أي خطأ فني أو وقع منه إهمال أثناء تأدية العمل .

لذلك قد تكون هذه المسؤولية مدنية وجزائية معا ، فتقوم المسؤولية المدنية بمجرد قيام جراح التجميل بخطأ أثناء قيامه بالجراحة - و الخطأ هنا عدم حصوله على الرضا - ويجب أن يسبب هذا الخطأ ضررا للمريض وأن يكون الضرر الحاصل للمريض قد حدث بسبب ذلك الخطأ بمعنى وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر .

غير أن الأمر ليس بهذه السهولة ، فيجب إقامة الدليل على توافر هذه الأركان حتى تقوم المسؤولية ، وهذا يعني الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات وتحدي من يقع عليه

عبء الإثبات ، ففي القانون المدني الجزائري فقد نصت المادة 323 منه على أنه : "على الدائن إثبات الإلتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه " ، وباعتبار أن العقد بين جراح التجميل والمريض يستدعي توافر شرط أساسي من شروط صحته وهو الحصول على الرضا ، فيقع على الطبيب أي جراح التجميل عبء إثبات حصوله على ذلك الرضا في تنفيذه للعقد .

أما المسؤولية الجزائية فتعتبر من أخطر المسؤوليات التي قد يتعرض لها الطبيب أو الجراح ، ذلك أنها تكلفه خسران مهنته وسمعته ، وهي تعني ملاحقة الجاني – أي الجراح - وتحميلة الجزاء نتيجة اقتراه فعل أو امتناعه عن فعل ، وهي في جراحة التجميل تحمل الطبيب تبعة المخاطر الناشئة عن العلاج المتخذ دون الحصول على رضا المريض ، وقد تكون هذه المسؤولية عن خطأ عمدي صادر من جراح التجميل وهو ما يعرف بالقصد الجنائي ، وقد تكون نتيجة إهمال أو طيش أو عدم مراعاة للأنظمة وهو ما يعرف بقيام المسؤولية الجزائية في حالة عدم توافر القصد الجنائي أي في حالة الخطأ غير العمدي .

وقد تبين لنا أيضا أن المسؤولية الجزائية تطرح مقابلا لها مسألة أخرى وهي إقامة الدليل عن خطأ الطبيب وهو ما يعرف بمبدأ الإثبات الجنائي ، حيث يقع على عاتق الطرف المدعي أو الضحية إقامة الدليل ، وإقامة الدليل يعني البحث عن الحقيقة و الكشف عنها بأية طريقة ؛ ذلك أن الحقيقة لا يمكن أن تكتشف من تلقاء نفسها ، وهنا يستلزم على القاضي أن يسعى جاهدا للحصول على الدليل القاطع ، فلم تمنح له سلطة تقدير الأدلة إلا من أجل البحث عن هذه الحقيقة .

فنظام الإثبات يكتسي أهمية بالغة في المجال الجزائي ، فلم يقيد المشرع القاضي الجزائي بدليل معين بذاته ، وإنما يمكن للطرف إثبات الخطأ بأي طريق سواء أكان ذلك بشهادة الشهود أو بالخبرة الطبية أو بالقرائن القضائية .

فيمكن إثبات عدم الحصول على الرضا بكافة الأدلة كشهادة الشهود مثل شهادة الممرضة أو الفريق الطبي ، أو بواسطة وثيقة مكتوبة تفيد ذلك ، كما يمكن للقاضي أن يستنتج ذلك من خلال القرائن المتصلة بالقضية كالوصفات الطبية وغيرها .

كما توصلنا في مجال الإثبات أن القضاء الفرنسي قد نقل عبء إثبات الرضا المتبصر من المريض إلى الطبيب أو الجراح ، وكان لذلك تأثير كبير على ممارسي الطب ورجال القانون على حد سواء ، وهذا التطور في مجال الإثبات كان سببه هو سعي القضاء الفرنسي لإيجاد حل مناسب لتعويض ضحايا الحوادث الطبية مراعيًا في ذلك حماية لمصلحتين في

نفس الوقت ، مصلحة أهل المهنة و الإختصاص من جهة ومصلحة المريض من جهة أخرى ، وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي الى التدخل بسن قوانين تتعلق بحقوق المرضى .

ومن ذلك كله فقد ظهر فراغ في الساحة القانونية في الجزائر بشكل كبير ، يتجلى في انعدام تشريعات خاصة بتنظيم العمل الطبي التجميلي وبيان أصوله وشروط ممارسته ، فكان لا مناص من رجوع الفقه و القضاء الى القواعد العامة المطبقة في المجال الطبي بصفة عامة ، لاسيما ما تعلق بالقواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية .

من خلال هذه النتائج التي تم التوصل إليها ، فإننا نقترح بعض التوصيات :

➤ أن يأخذ المشرع الجزائري على عاتقه مبادرة إصدار تشريعات قانونية خاصة تضبط ممارسة العمل الجراحي التجميلي وكل ما يتعلق بأحكام المسؤولية الطبية الناتجة عن هذا العمل الطبي المستحدث ، وأن يعترف به صراحة كفرع من فروع الجراحة العامة له أصوله و تعاليمه و أن يضع شروطا لممارسته ، وذلك من خلال تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها وإما بإصدار قانون خاص ينظم هذا النوع من الجراحة.

➤ أن يقوم المشرع بتبني سياسة تشريعية مشددة بحيث تضمن أن لا يقدم على جراحة التجميل إلا من كان يحمل تخصصا في التدخل الجراحي المطلوب وذا خبرة كافية فيه .

➤ ضرورة التشدد في الإلتزامات الملقاة على عاتق جراح التجميل ، بحيث يكون هذا التشدد شاملا يتطلب من جراح التجميل عناية فائقة بالإضافة إلى تبصير المريض بكافة المخاطر المحتملة وغير المحتملة والنادرة الحدوث ، من أجل الحصول على موافقة صريحة وواضحة ناهيك عن اشتراط أن يكون ذلك الرضا في وثيقة مكتوبة شأنه في ذلك شأن الموافقة على نزع وزرع الأعضاء .

➤ على المشرع الجزائري أن يقوم بمراجعة موقفه فيما يخص طائفة المرضى صغار السن ووالمجنونين والمعتوهين ، وذلك حماية لهم ولللأطباء بسنه لنصوص قانونية تكون مرنة تمنح لجراح التجميل سلطة تقديرية بشأن اللجوء إلى استشارة الولي أو الإكتفاء بموافقة القاصر المميز تقديرا منه للإمكانات العقلية التي يتمتع بها هذا القاصر ، مستعينا في ذلك بالخبرة الطبية من جهة ، ومن جهة أخرى إلى رأي المحكمة إذا اقتضت إلى ذلك الضرورة الحالة وهذا قبل مباشرة أي تدخل طبي عليه.

➤ أن يواكب المشرع الجزائري ما وصل إليه التشريع الفرنسي فيما يخص مجال الإثبات ، من خلال تطبيق نص المادة 323 تطبيقا صحيحا فيما يخص إثبات المدين للإلتزام ، فيكون المدين في هذا العقد هو جراح التجميل فهو مطالب بإعلام المريض وأخذ موافقته الحرة المستنيرة ، فهو الذي يقوم عليه عبء تقديم الدليل الكتابي بأنه فقد أخذ

الموافقة من المريض ، وذلك في حالة حدوث نزاع حول القيمة القانونية للرضا ، وهذا يعني أن يحصل عليه جراح التجميل بسهولة نظرا لما تتميز به هذه الجراحة بالطابع غير الإستعجالي في إجرائها ، فيكون أمام الطرفين متسع من الوقت لذلك.

➤ ضرورة إحاطة الجراح ومن يمارس المهنة بكل ما يتعلق بالمسؤولية الطبية وعناصرها وأنواعها وكذا الآثار المترتبة عنها ، من خلال استحداث مواد تدرس في الجامعات متعلقة بهذا الشأن لاسيما ما يتعلق بهذا الفرع المستحدث في الجراحة العامة الذي بات اليوم لا يقل أهمية عن الجراحات الأخرى في مختلف التخصصات ، فكان لابد من توعية الأطباء و الممارسين لهذه المهنة من معرفة كل ما يتعلق بهذه الجراحة من الناحية القانونية ، إضافة إلى عقد ندوات بالإشتراك مع مع أهل الطب و القانون لتوضيح أبعاد الجراحة التجميلية وشروط ممارستها و بخاصة مسألة الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي تدخل طبي تجميلي .

قائمة المصادر و المراجع

I.المصادر الشرعية :

- القرآن الكريم .

أولا :الكتب باللغة العربية:

أ- المعاجم

(1) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد النجار ، المعجم الوسيط ، تحقيق معجم اللغة العربية ، دار الدعوى ، مصر .

(2) ابن سيده أبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي ، المحكم والمحيط الأعظم، الطبعة الثانية ، معهد المخطوطات العربية ، القاهرة ، مصر .

(3) علي بن الحسن الهنائي الأزوي ،المنجد في اللغة و الأعلام ، الطبعة الرابعة والعشرون ، المكتبة الشرقية ،بيروت ،1975 .

(4) محمد ابن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، الطبعة الأولى ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، 1968.

(5) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين ،قاموس المحيط ،باب اللام ،الطبعة الثامنة ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ، لبنان ، 2005.

ب- الكتب العامة :

- 1) **أحسن بوسقيعة**، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 2) **أحسن بوسقيعة** ، الوجيز في القانون الجزائي العام ، الطبعة الثامنة ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر ، 2009.
- 3) **أحمد فتحي سرور** ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1926.
- 4) **بلحاج العربي** ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1997.
- 5) **جلال ثروت** ، نظرية الجريمة متعددة القصد في القانون المصري و المقارن ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2002.
- 6) **رؤوف عبيد** ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، الطبعة السادسة عشر ، دار الجيل للطباعة ، مصر ، 1985
- 7) **رجب كريم عبد اللاه**، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار النهضة العربية، مصر.
- 8) **سامح سيد جاد** ، الوجيز في مبادئ قانون العقوبات ، دار الهدى ، مصر ، 1980.
- 9) **سيد أنور علي**، النظريات العامة للقانون الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 1973.
- 10) **عبد الرؤوف مهدي** ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، مطابع روزا ليويسف ، لبنان ، 2008
- 11) **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1925.
- 12) **عبد الله أوهابيبية** ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة رعاية ، الجزائر ، 2010.
- 13) **عبد الله سليمان** ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الجريمة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2002.
- 14) **عبد المجيد حكيم**، مصادر الإلتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بغداد، العراق، 1977.
- 15) **عبد المنعم فرج**، مصادر الإلتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر ، 1998.
- 16) **عبد المهيمن بكر** ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1977.
- 17) **عجة الجيلالي** ، مدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، ... للنشر ، الجزائر ، 2009.
- 18) **علي راشد** ، القانون الجنائي ، المدخل وأصول النظرية العامة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1974.
- 19) **علي عبد القادر القهوجي** ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.

- (20) **علي فيلالي**، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- (21) **مأمون سلامة** ، قانون الإجراءات الجنائية ، معلق عليه بالفقه وأحكام النقض ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1980.
- (22) **مأمون محمد سلامة** ، قانون العقوبات ، القسم، الطبعة الثالثة، القاهرة، مصر، 1990.
- (23) **محمد زكي أبو عامر** ، قانون العقوبات، القسم ، العام ، الطبعة الأولى، المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1986.
- (24) **محمد نجيب حسني** ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2012.
- (25) **محمد نجيب حسني** ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة السابعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2012.
- (26) **محمود مصطفى حسني** ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة العاشرة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1983.
- (27) **محمود نجيب حسني** ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دراسة تاصيلية مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1988.
- (28) **محمود نجيب حسني** ، قانون الإجراءات الجزائية ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1998.

ج- الكتب المتخصصة :

- (1) **إبراهيم إبراهيم الغماز** ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، دراسة قانونية ونفسية ، مطابع الهيئة المصرية ، مصر ، 2002.
- (2) **ابن العباد الحنبلي** ، شذرات من ذهب في أخبار من ذهب ، الطبعة الأولى ، الجزء الثاني ، دار ابن كثير ، بيروت ، لبنان ، 1986 .
- (3) **ابن القيم الجوزية** ، الطب النبوي ، طبعة جديدة ، دار الكتاب الحديث ، الكويت ، 1988.
- (4) **ابن القيم الجوزية** ، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1996.
- (5) **ابن رجب الحنبلي** ، جامع العلوم والحكم ، مكتبة الثرات ، لبنان ، 1999.
- (6) **ابن قدامة المقدسي** ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، تحقيق زهير الشاوش ، ط3، المكتب الإسلامي ، بيروت ، 1402هـ-1982م ، ج2، ص243.
- (7) **أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري**، صحيح مسلم ، الجزء الأول ، دار الفكر بيروت ، لبنان .

- 8) أبو العلا علي أبو العلا النمر ، الإثبات الجنائي ، دراسة تحليلية لتحديد موطن القوة والضعف في الدليل الجنائي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1997.
- 9) ابو بكر هواني الجاف ، مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء ، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2010.
- 10) ابو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي ، تفسير البيضاوي ، الطبعة الأولى ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، 1988.
- 11) أبو عباس الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الطبعة الأولى ، مطبعة النابلي الحلبي ، بيروت ، لبنان ، 1938.
- 12) ابو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني ، سنن ابن ماجه ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان .
- 13) أبي عبد محمد بن أحمد الأنصاري ، التفسير الجامع للأحكام للقرطبي، الطبعة الثانية ، دار الكتب المصرية ، مصر ، 1384هـ - 1964 م.
- 14) أحمد أبو الروس ، القصد الجنائي و المساهمة الجنائية و الشروع والدفاع الشرعي و علاقة السببية ، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، مصر .
- 15) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي ، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1375هـ .
- 16) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2008.
- 17) أحمد فالج الخرابشة ، الإشكالات الإجرائية للشهادة في المسائل الجزائية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2009.
- 18) أحمد فتحي البهنسي ، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي ، الطبعة الرابعة ، دار الشروق ، بيروت ، لبنان ، 1409هـ.
- 19) أحمد محمد سعد ،مسؤولية المستشفى عن اخطاء الطبيب ومساعديه ، دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه و القضاء المصري و الفرنسي ، دار النهضة العربية ، مصر
- 20) أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الطبية الفقهية ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، 2000.
- 21) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، الطبعة السابعة ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1972.
- 22) أسامة رمضان الغمري ، لوائح وقوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009.
- 23) أسامة عبد العليم الشيخ ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي و النظم الوشعية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، مصر 2013.

- (24) أسامة عبد قايد ، المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1990.
- (25) أسعد عبيد الجبيلي ، الخطأ في المسؤولية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009.
- (26) أسعد عبيد الجميلي ، الإتجاهات القانونية الحديثة في الجراحات التجميلية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2015.
- (27) أشرف جابر سيد ، التامين من المسؤولية المدنية للأطباء ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1990 .
- (28) الإمام الحافظ ابي العلا محمد عبد الرحمن ابن عبد الرحيم المباركفوري ، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي ، الجزء الخامس ، جدار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان . .
- (29) أنس عبد الغفار ، المسؤولية المدنية في المجال الطبي ، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات ، الطبعة الأولى ، مصر ، 2010.
- (30) أنور يوسف حسن ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، مصر ، 2014.
- (31) بدر الدين أبي محمد بن أحمد ، عمدة القاري شرح صحيح البخاري ، الجزء الثالث ، مطبعة البلاغة ، حلب ، سوريا ، 1392هـ .
- (32) بسام المحتسب بالله ، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى ، دار الإيمان ، بيروت ، لبنان ، 1984.
- (33) بلحاج العربي ، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2011.
- (34) بلعيات ابراهيم ، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر .
- (35) بن حجر العسقلاني ، الإصابة في تمييز الصحابة ، الطبعة الأولى ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1995.
- (36) ثار جمعة شهاب العاني ، المسؤولية الجزائية للأطباء ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2013.
- (37) جابر محجوب علي ، دور إرادة المريض في العمل الطبي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000.
- (38) الحافظ جلاء الدين السيوطي ، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود والشيخ علي عوض ، روضة الطالبين ، دار الكتب العلمية العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2006.

- (39) **حروزي عز الدين** ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009.
- (40) **حسام الدين أحمد**، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1990.
- (41) **حسام الدين كامل الأهواني** ، المشاكل القانونية التي تيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة عين شمس ، مصر ، 1975.
- (42) **حسن جوخدار** ، أصول المحاكمات الجزائية ، جامعة دمشق ، سوريا ، 1997.
- (43) **حسن عكوش** ، المسؤولية ، المدنية ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الحديث ، القاهرة ، مصر ، 1970.
- (44) **حسن علي الدنون** ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر ، مطبعة المعارف ، بغداد ، العراق ، 1991.
- (45) **خالد عبد الفتاح محمد** ، المسؤولية المدنية (مسؤولية المهندس المعماري ، مسؤولية المقال، مسؤولية رب العمل، مسؤولية الطبيب ، مسؤولية حارس البناء) ، في ضوء احدث أحكام محكمة النقض، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2009.
- (46) **رؤوف عبيد** ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ، 1985.
- (47) **رايس محمد** ، المسؤولية المدنية في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007.
- (48) **رايس محمد** ، نطاق المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2012.
- (49) **رجب كريم عبد اللاه** ، المسؤولية المدنية لجراح التجميل ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009.
- (50) **رمزي رياض عوض** ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010.
- (51) **رمضان جمال كمال** ، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر 2005.
- (52) **زينة غانم يوسف العبيدي** ، إرادة المريض في العقد الطبي ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011.
- (53) **سعد بن أبو حنين** ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، دمشق ، سوريا ، 1408هـ-1988م. 4. علاء الدين أبو الحسن بن سليمان

- المرداوي **الدمشقي الصالحي**، الإنصاف في معرفة الراجح الخلف في مذهب الإمام بن حنبل، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1419هـ.
- (54) **سعد واصف**، التأمين من المسؤولية، دراسة مقارنة في عقد النقل البري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1958.
- (55) **سلمان عبد المنعم وعوض محمد عوض**، نظرية الجريمة و المجرم، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1996.
- (56) **سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وتأديبيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- (57) **السيد عبد الوهاب عرفة**، المسؤولية الجنائية و المدنية و التأديبية للطبيب و الصيدلي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2009.
- (58) **السيد محمد شريف**، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية، 2017.
- (59) **شريف الطباخ**، جرائم الخطأ و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
- (60) **شعبان محمود محمد الهواري**، أدلة الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 2013.
- (61) **شعبان محمود محمد الهواري**، أدلة الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2013.
- (62) **شمس الدين السرسخي**، المبسوط، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1409هـ.
- (63) **شهاب الدين أبو العباس أحمد بن علي بن حجر الهيتمي**، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2001.
- (64) **الشيخ شمس الدين محمد ابن أبي بكر ابن أيوب المعروف بـ "ابن القيم الجوزية"**، زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق: الشيخ عبد القادر حسونة، الجزء الثالث دار الفكر لطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1995.
- (65) **صرفي أبو طالب**، مبداء تاريخ القانون، دار النهضة العربية، مصر، 1965.
- (66) **صونية بن طيبة**، القتل الخطأ بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- (67) **طالب عبد الرحمان**، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية و زرع الأعضاء، دار الغرب للنشر و التوزيع، وهران، الجزائر، 2001.
- (68) **طاهري حسين**، الخطأ الطبي و العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
- (69) **طلال عجاج**، المسؤولية المدنية الطبية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

- (70) **عباس علي محمد** ، مسؤولية الصيدلي المهنية عن أخطائه الطبية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1999.
- (71) **عبد الحكيم درزن الغزالي** ، القرائن الجنائية ودورها في الإثبات الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2009.
- (72) **عبد الحميد الشواربي** ، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف ، مصر ، 1998.
- (73) **عبد الخالق النوي** ، جرائم القتل في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ،
- (74) **عبد السلام التونجي** ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري و المصري و الفرنسي ، الطبعة الأولى ، دار المعارض ، لبنان ، 1967.
- (75) **عبد الفتاح بهيج علي العواري** ، الأحكام الفقهية للجراحات التجميلية في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2010.
- (76) **عبد الفتاح بيومي حجازي** ، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2008.
- (77) **عبد القادر عودة** ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1998.
- (78) **عبد الكريم زيدان** ، المفصل في أحكام في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الكتاب ، دار الفرقان ، مصر ، 1997.
- (79) **عبيد محمد المنوخ** ، جراحة التجميل بين المشروعية و المسؤولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2010.
- (80) **العربي شحط عبد القادر** ، نبيل صقر ، الإثبات في المواد الجزائية ، في ضوء الفقه و الإجتهد القضائي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2006.
- (81) **علاء الدين الكاساني** ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية ، بيروت ، لبنان ، 1328 هـ.
- (82) **علاء الدين خميس** ، المسؤولية الطبية عن فعل الغير ، دراسة مقارنة ، دار الكتاب العربي ، الإسكندرية ، مصر ، 2009.
- (83) **العلمي عبد الواحد** ، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، 1998.
- (84) **علي الحفيف** ، الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، القاهرة ، مصر ، 1981.

- (85) **علي جابر محجوب** ، الرضا عن الغير في المجال الأعمال الطبية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2000.
- (86) **علي حسين نجيدة**، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.
- (87) **علي عصام الغصن**، المسؤولية الجزائية للطبيب، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2012.
- (88) **عماد محمد ربيع** ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائي ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، مصر ، 2011.
- (89) **عمر منصور المعاينة** ، المسؤولية المدنية والجنائية عن الأخطاء الطبية ، الطبعة الأولى ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، السعودية ، 2002.
- (90) **غادة فؤاد محمد المختار**، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- (91) **فخري رشيد**، مهنا أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والوقانين الأنكلوساكسونية و العربية ، مطبعة الشعب ، بغداد ، العراق ، 1974.
- (92) **قيس يمين محمد آل الشيخ مبارك** ، التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الفرابي ، دمشق ، سوريا ، 1991.
- (93) **كامل السعيد** ، شرح أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005.
- (94) **ماجد محمد لافي** ، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي ، الطبعة الأولى ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2003.
- (95) **مأمون عبد الكريم** ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2009.
- (96) **محسن البيه** ، نظرة حديثة الى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجلاء ، المنصورة ، مصر ، 1990.
- (97) **محمد أبو زهرة** ، الجريمة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهر ، مصر .
- (98) **محمد السعيد رشدي** ، الجوانب القانونية و الشرعية لجراحة التجميل ، دراسة مقارنة ، جامعة القاهرة ، فرع بني سويف ، 1987.
- (99) **محمد بن محمد المختار الشنقيطي** ، أحكام الجراحة الطبية و الآثار المترتبة عليها ، الجامعة الإسلامية ، المدينة المنورة ، السعودية ، 1994.
- (100) **محمد جمال الدين زكي** ، الخبرة في المواد المدنية والتجارية ، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بئدب الخبراء ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1990.

- 101) **محمد جميل الحبال** ، الموضوعات الطبية في القرآن الكريم ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، 2015.
- 102) **محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر ، 2001.
- 103) **محمد زكي أبو عامر** ، الإثبات في المواد الجنائية ، دار القبة للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 1985.
- 104) **محمد زكي شمس** ، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية ، المدنية والجزائية ، الطبعة الأولى ، مؤسسة غبور للطباعة ، سوريا ، 1994.
- 105) **محمد سامي الشوا** ، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2002.
- 106) **محمد عبد الظاهر حسن** ، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية ، دراسة تطبيقية عن بعض العقود ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994.
- 107) **محمد عبد العزيز** ، اللباس و الزينة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الكتاب ، دار الفرقان ، مصر ، 1986.
- 108) **محمد علي البار** ، الموقف الفقهي و الأخلاقي في زرع الأعضاء ، الطبعة الأولى ، دار القلم ، سوريا ، 1994.
- 109) **محمد علي عمران** ، الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته على بعض العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1980.
- 110) **محمد فتح الله النشار** ، أحكام وقواعد الإثبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2000.
- 111) **محمد محي الدين عوض** ، الإثبات بين الإزدواج و الوحدة ، مطبوعات جامعة القاهرة ، الخرطوم ، السودان ، 1972.
- 112) **محمد يحيى** ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1987.
- 113) **محمود الحجاج قاسم محمد**، السلوك الطبي الإسلامي، مطبعة الزهراء، الموصل، العراق ، 2004.
- 114) **محمود السقا** ، فلسفة تاريخ النظم الإجتماعية والقانونية، دار الفكر، لبنان، 1974.
- 115) **محمود القبلاوي** ، المسؤولية الجزائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر 2011.
- 116) **محمود جمال الدين زكي** ، مشكلات المسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1982 ،

- (117) **محمود محمود مصطفى** ، الإثبات في المواد الجنائية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1977.
- (118) **محي الدين بن شرف النووي** ، تحقيق جماعة من العلماء ، تخريج ناصر الدين الألباني ، رياض الصالحين من كلام المرسلين ، الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1992 .
- (119) **مصطفى محي هرجة** ، شهادة الشهود في المجال الجنائي و المدني في ضوء قانون 18 لسنة 1995، دار الفكر والقانون ، مصر ، 1999.
- (120) **منذر عبد الحسين الفضل** ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1996.
- (121) **منير رياض حنا** ، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011.
- (122) **موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة** ، المغني ، الطبعة الأولى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1405هـ-1985م .
- (123) **نادية محمد قرماز** ، الجراحة التجميلية ، الجوانب القانونية والشرعية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2010.
- (124) **نجيمي جمال** ، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهد القضائي ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001.
- (125) **هشام بكراش**، الجراحة العصبية ، الطبعة الثالثة ، منطقة طربين، العراق، 1401 هـ .
- (126) **هشام عبد الحميد فرج** ، الأخطاء الطبية ، الطبعة الأولى ، دار الفجر للنشر والتوزيع ، الإسكندرية ، مصر ، 2007.
- (127) **وجدي راغب** ، مبادئ الخصومة المدنية ن الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1978.
- (128) **وليد عبد الكريم العطية (البواعنة)** ، القرينة القضائية ودورها في الإثبات الجنائي ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،عمان،الأردن، 2017.
- (129) **يوسف دلاندة** ، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2005.

ثانيا : رسائل وأطروحات

- (1) أحمد محمد إبراهيم سعيد ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1983.
- (2) آمال بكوش ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري المقارن، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الإسكندرية، 2010.
- (3) إيهاب سيد أنور علي ، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1974.
- (4) حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1959.
- (5) حسن علي حسن ، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1983.
- (6) حسن محمود إبراهيم ، النظرية العامة للإثبات في قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1981.
- (7) شعلان سليمان ، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر ، 2002.
- (8) عبد المهيم بكر سالم ، القصد الجنائي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1959.
- (9) عياشي كريمة ، الضرر في المجال مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المسؤولية الطبية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011.
- (10) فريد عسوس ، الخطأ الطبي و المسؤولية الطبية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع حقوق ومسؤولية ، كلية الحقوق ، ابن كعنون ، الجزائر ، 2002-2003.
- (11) ماهر عبد شويش ، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة بغداد ، كلية الحقوق ، بغداد ، العراق ، 1981.
- (12) محمد صبحي نجم ، رضا المجني عليه وأثره في المسؤولية الجنائية ، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1975.
- (13) منى سالم علا ، أثر الأمراض العقلية في التصرفات القانونية ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، العراق ، 2001.
- (14) نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الجنائي و العلوم الجنائية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1996-1997.

15) هلايلي عبد اللاه أحمد عبد العال ، النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1984.

ثالثا : المقالات

1) راييس محمد ، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية ، مجلة المحامي ، العدد الرابع ، السنة 2005، 1، سيدي بلعباس .

2) بلحاج العربي ، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب و الجراحة المستخدمة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، الرقم 3، ج 1993، 31، ص. 579.

3) بركي سهام ، الطب والجراحة التجميلية بالجزائر في انتعاش وتألّق ، مقال منشور في جريدة المسار الجزائرية ، يوم 05 فيفيري 2011 على الموقع الإلكتروني :

elmassar-ar.com/ara/pemalik/4601.htm

4) ليما علي عبد، الآلام الناتجة عن تعرض الجلد الى الحروق وطرق تخفيفها ، بحث منشور يوم 2013-03-05 و تم تعديله يوم 2014-11-06 على الموقع الإلكتروني :
altibbi.com قسم الأمراض .

5) خالد محمد حسن البعداني ، الرضا ، مقال منشور يوم 2012/12/28 ، انظر الموقع :

: http://www.jameataleman.org/main/articles.aspx?article_no=107

6) أحمد مجدي ، جوالي الساقين ، الأمراض و الوقاية و علاج دوالي الساقين ، بحث منشور يوم 2016/09/ 28 في الموقع : <http://www.tadawoo.com/790> .

7) تاريخ الطب، بحث منشور ، يوم 12 اكتوبر 2010 على الموقع الإلكتروني :

www.altibi.com:

8) أحمد منصور ، عمليات التجميل بين الطب والتكلفة المالية ، مقال منشور في قناة الجزيرة يوم 20 سبتمبر 2000 على الموقع الإلكتروني :

p.aljazeera.net.

9) حسن محمد صندوقي ، عمليات زراعة ثدي السيلكون ومدى سلامتها ، مقال منشور

يوم 14 افريل 2014 على الموقع الإلكتروني : www.altibi.com

10) أحمد صلاح ، تجميل الشفاه ، بحث منشور يوم 2009/04/10 على الموقع الإلكتروني

Tadawi.com/cb/shouhread.php:

11) هارالد لوتشير ، جراحة الأذن ، بحث منشور على الموقع :

www.esthetischechirurgie-muemchem.com

12) محمد بن حسن عدار ، عملية تنظيف الرحم ، مقال منشور يوم 29 رجب 1427 الموافق ل 2006/08/23 على الموقع : www.alriyadh.com/181056

رابعاً : الملتقيات

1) بوريس العيرج،المسؤولية الجنائية للأطباء،الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري،تزي وزو، أيام 9 و10 جانفي 2008.

خامساً : النصوص القانونية :

أ- النصوص التشريعية

1) دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر....28نوفمبر1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-438 مؤرخ في07ديسمبر1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم02-03 المؤرخ في10افريل2002، ج ر، عدد25، صادر في 14 افريل2002، معدل و متمم بموجب القانون 08-19 مؤرخ في 15نوفمبر2008، ج ر، عدد63، صادر في 16نوفمبر2008، معدل و متمم بموجب القانون رقم01-16 المؤرخ في 06مارس2016، ج ر ، عدد14، صادر في 07 مارس2016.

2) أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 جويلية 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية ، عدد 49 ، الصادرة في 10 جوان 1966 ، المعدل و المتمم .

3) أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية ، عدد 49 ، الصادرة في 11 جوان 1966 ، المعدل و المتمم .

4) القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 هـ الموافق ل 16 فيفري 1985 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، الجريدة الرسمية ، العدد 08 ، الصادرة في 17 فيفري سنة 1985 ، المعدل و المتمم .

- (5) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 جويلية 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، الصادرة في 12 جوان 1984 ، المعدل والمتمم .
- (6) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- (7) أمر رقم 75-78 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن أحكام القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .
- (8) القانون رقم 40 لسنة 1951.
- (9) القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري المعدل والمتمم .
- (10) القانون رقم 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب (مصر).
- (11) القانون رقم 58 لسنة 1937 ، المتضمن قانون العقوبات المصري المعدل والمتمم.

ب - النصوص التنفيذية :

- (1) المرسوم التنفيذي رقم 91-106 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أفريل 1991 ، المتضمن القانون الخاص بالممارسين الطبيين و المتخصصين في الصحة العمومية ، الجريدة الرسمية عدد 22 ، الصادرة في 15 ماي 1991.
- (2) المرسوم التنفيذي رقم 91-471 المؤرخ في 30 جمادى الأولى عام 1412 الموافق ل 7 ديسمبر 1991 ، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين ، الجريدة الرسمية ، عدد 66 لسنة 1991.
- (3) المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 جويلية 1992 ، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ن الجريدة الرسمية ، عدد 52 ، الصادرة في 8 جويلية 1992.

I. المراجع باللغة الفرنسية :

A- TEXTES JURIDIQUES :

- 1) CODE SANTE PUBLIQUE FRANÇAISE ,LEXIS NEXIS ,DALLOZ ,PARIS ,2002.
- 2) CODE CIVIL FRANÇAIS, LEXIS NEXIS ;LETEC , PARIS , 2005.

B- LES OUVRAGES :

- 1)- Marie Dominique (F.louzat) ,et Sami paul ,droit des malades et responsabilités des médecins ,Marbort ,Italie

- 2) **(Foroutani)**, LE Fardeau fr la prevue en matière pénale ,Essai d'une théorie générale ,paris II
- 3) **Antoun f.abdou** ,Le consentement de la civtime , L.G.D.J.1971.
- 4) **Carine Daver** ,La telemedicine entre progress techniques et responsabilités ,daloz ,2000.
- 5) **Ch.vilar** ,l'evolution des résposabilités du chirugien et de l'anesthésiste ,RIS civ ,1974.
- 6) **Cité in patrice (jourdain)**,les principes de la responsabilité civile ,5eme édition ,daloz ,paris ,2000 .
- 7) **Corinne (Reanail-brahims ky)** ,l'essentiel du droit des obligations ,3 éme édition,Gualino ,paris ,2006
- 8) **Daniel Rouge,Louis arbus,Michel costagliola**,Responsabilité médicale de la chiruhie ,P.U.F ,paris ,
- 9) **Donnedieu de vabres**,traité de droit criminal et de legislotion pénale compare ,paris ,1949.
- 10) **F.chabas**, la responsabilité de l'équipe médicale en droit civil , litec ,1992.
- 11) **F.chabas**,l'obligation médicale d'information en danger ,jcp ,2000.
- 12) **Gerard Memeteau** ,le droit Medical ;Paris litec ;librairie de la cour de cassation,1985.
- 13) **Henri Anrys** , "Les professions médicales et para médicales dans le marché commun", Bruxelles, 1979 .
- 14) **Imbert (jean) et LEVASSEURE (G)** ,Le pouvoir ,les juges ,les bouraux ,Hachette ,1972.
- 15) **Jean penneau** ,la responsabilité du medecin ,3emme édition ,daloz ,2004,p16.
- 16) **Lombard**,le medecin devantses juges,Laffront,1973.
- 17) **Louis Melennec et Gérard Mameteau** ,traité de droit médical, tome 6 ,edition Naloine ,paris ,france,1982 .
- 18) **Louis Dubois** ,la protection Européenne des droit de l'homme dans le domaine de la biomedicine française ,paris ,2001 .

19) **Ossoukine abdelhafid** ,Traité de droit médical ,dar El charb , oran ,2003.

20) **Savatier.R**,Traité de droit medical,paris ,1956.

21) **Terré et D.fenouillet** ,Droit civil ,les personnes la famille ,les incapacités, Dalloz ,2005.

b- La jurisprudence français :

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

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

3) Cass.crim: 20juin 1929 b.c 1929, 172.

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

5) CA,paris ,21 juill1953,D.1953,p637.

6) Cass.civ,17 févr.1971 ;D.1971 ,P289.

7) Cass .civ 17 Novembre 1969,cité par berret p14.

8) CA.Paris,22 janv ,1913,2,p73 ,note L.Denis

9) CA.Paris,22 janv ,1913,2,p73 ,note L.Denis

10) Cass.Paris ,29 nov .1920,D.1924,1,p.103.

11) Cass.Paris ,29 nov .1920,D.1924,1,p.103.

12) Cass .paris ,23 Nov 1948 ,jcp ,1950 5716,obs,j.Brunet

13) Cass civ -27/10/1953-j.cp.1953-II7891.

14) Cass civ -27/10/1953-j.cp.1953-II7891

15) Cass.civ,30 oct 1963,D 1964 ,p81 .Note Savatier

16) Cass .civ,14 oct 1997 ;JCP ,. 1997 .II ;22942 ,rapp.p.Sagos.

c- Les Thésés :

1)**Besserve**,le contrat medicale ,these ,paris ,p86

2) **Michel ney** ,la responsabilité des medecins et de leurs axiliaires :these lausanne,1979 .

3) **Nicolas del ,M**;téorie des presumptions en droit francais et en droit colombien, thèse,paris 1957.

4)**Rached**,de l'intime conviction du juge ,thèse ,paris,1942 ,n161

- D- Les Articles :

1) **Francoise Alt-maes**, l'apporte de la loi du 20 decembre 1988 a la théorie du consentement de la victim ,reveue sciencecriminelle et de droit penal n:2 avril-juin 1991.

III: المراجع باللغة الإنجليزية

1) **Rupert Cross and Nancy wilkins** ,An outline of the law evidence ,Fourth ediyion ,London, butter worths,1975 .

	الفهرس
	كلمة شكر
	إهداء
	قائمة أهم المختصرات
01	مقدمة
13	الفصل التمهيدي نبذة تاريخية عن جراحة التجميل والعمل الطبي
15	المبحث الأول: ماهية جراحة التجميل
15	المطلب الأول: ماهية جراحة التجميل
16	الفرع الأول: التعريف بجراحة التجميل
16	أولا: معنى الجراحة
17	ثانيا: معنى التجميل
18	الفرع الثاني: معنى جراحة التجميل في الاصطلاح
21	الفرع الثالث: المعنى القانوني لجراحة التجميل
24	المطلب الثاني: التطور التاريخي لجراحة التجميل
25	الفرع الأول: تاريخ جراحة التجميل في القديم
27	الفرع الثاني: جراحة التجميل عند الأطباء المعاصرين
32	الفرع الثالث: علاقة جراحة التجميل بالجراحة العامة
33	المطلب الثالث: أنواع جراحة التجميل
34	الفرع الأول: جراحة التجميل التقويمية
35	أولا: الجراحة المتعلقة بتجميل أو تقويم الأنف
35	ثانيا: جراحة تجميل وتقويم الثدي
37	ثالثا: جراحة شد الوجه والرقبة
37	رابعا: جراحة شفط الدهون

39	خامسا :جراحة التجميل أو تقويم الشفاه
39	سادسا : جراحة تجميل أو تقويم الأذن
40	سابعا: جراحة تغيير الجنس أو تصحيحه
44	الفرع الثاني: جراحة التجميل الترميمية
45	أولا :العمليات التي تجرى لإزالة التشوهات الناتجة عن الحروق
47	ثانيا : العمليات التي تجرى لإصلاح التشوهات الناتجة عن حوادث المرور و الكوارث الأخرى
48	الفرع الثالث :أهمية التمييز بين الجراحة التقيومية و الجراحة الترميمية
50	المبحث الثاني: مشروعية جراحة التجميل
51	المطلب الأول: جراحة التجميل في القوانين الوضعية
51	الفرع الأول :موقف القانون الفرنسي من العمليات التجميلية
52	أولا:جراحة التجميل في التشريع الفرنسي
53	ثانيا :موقف القضاء الفرنسي من الجراحة التجميلية
59	ثالثا :موقف الفقه الفرنسي من جراحة التجميل
61	الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من الجراحة التجميلية
61	أولا :موقف التشريع الجزائري من الجراحة التجميلية
64	ثانيا : موقف القضاء الجزائري من الجراحة التجميلية
64	ثالثا: موقف الفقه الجزائري من الجراحة التجميلية
67	الفرع الثالث: موقف التشريعات الأخرى من الجراحة التجميلية
68	أولا: موقف القانون المصري من الجراحة التجميلية
69	ثانيا : موقف التشريع العراقي والمغربي
70	المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الجراحة التجميلية
72	الفرع الأول :حكم الجراحة التجميلية في القرآن الكريم
77	الفرع الثاني: حكم الجراحة التجميلية في السنة النبوية
80	الفرع الثالث: حكم الجراحة التجميلية في الإجماع

82	المبحث الثالث: المدخل إلى العمل الطبي
83	المطلب الأول: ماهية العمل الطبي
84	الفرع الأول: المفهوم الفقهي للعمل الطبي
84	أولاً: التعريف الضيق للعمل الطبي
86	ثانياً: التعريف الموسع للعمل الطبي
87	الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعمل الطبي
88	أولاً: موقف المشرع الفرنسي والمصري من العمل الطبي
88	1- العمل الطبي في التشريع الفرنسي
88	(أ) في قانون مزاولة مهنة الطب
89	(ب) في قانون أخلاقيات الطب
89	2- العمل الطبي في التشريع المصري
90	(أ) في قانون مزاولة مهنة الطب
90	(ب) في لائحة أخلاقيات مهنة الطب
91	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من العمل الطبي
91	(أ) في القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها
92	(ب) في قانون مدونة أخلاقيات الطب
93	الفرع الثالث: موقف القضاء من العمل الطبي
93	أولاً: موقف القضاء الفرنسي
94	ثانياً: موقف القضاء المصري
95	المطلب الثاني: مراحل العمل الطبي وشروط ممارسته
95	الفرع الأول: مراحل العمل الطبي
96	أولاً: مرحلة الفحص والتشخيص
98	ثانياً: مرحلة العلاج
99	ثالثاً: مرحلة الرقابة
100	الفرع الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي
101	أولاً: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب

103	ثانياً: رضا المريض
105	ثالثاً: التدخل قصد العلاج
107	رابعاً: مراعاة الأصول العلمية لمهنة الطب
110	الباب الأول الطبيعة القانونية للرضاء
113	الفصل الأول: مفهوم الرضا في المجال الطبي
115	المبحث الأول: التعريف بالرضاء
115	المطلب الأول: ماهية الرضاء
116	الفرع الأول: التعريف اللغوي للرضاء
116	الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي للرضاء
121	الفرع الثالث: مفهوم الرضاء في الفقه الإسلامي
123	المطلب الثاني: صور الرضاء
123	الفرع الأول: الرضاء الصريح
126	الفرع الثاني: الرضاء الضمني
128	الفرع الثالث: الرضاء المفترض
132	المطلب الثالث: شروط صحة الرضاء
133	الفرع الأول: رضاء صغير السن ومن ينوب عنه
136	الفرع الثاني: رضاء المعتوه و السفیه و المصاب بالأمراض العقلية والنفسية
138	المبحث الثاني: الرضاء في المجال الطبي
139	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من رضاء المريض
139	الفرع الأول: الرضاء الصادر عن المريض البالغ في القانون الجزائري
142	الفرع الثاني: الرضاء الصادر من الغير في القانون الجزائري

143	أولا : موقف المشرع الجزائري من رضاء صغير السن
146	ثانيا : موقف المشرع الجزائري من رضاء المريض عقليا و نفسيا
156	المطلب الثاني: موقف التشريعات الأخرى من رضاء المريض
157	الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من رضاء المريض
157	أولا : رضاء المريض البالغ في القانون الفرنسي
159	ثانيا : رضاء صغير السن والمصاب بأمراض عقلية ونفسية في القانون الفرنسي
164	الفرع الثاني: موقف المشرع المصري من رضاء المريض
165	أولا : رضاء المريض البالغ في القانون المصري
167	ثانيا : رضاء الصغير والمعتوه في القانون المصري
169	المطلب الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من رضاء المريض
172	الفرع الأول :أنواع الإذن بالتدخل الجراحي في الشريعة الإسلامية
172	أولا : الإذن المطلق
172	ثانيا:الإذن المقيد
173	ثالثا:الإذن المكتوب
173	رابعا: الإذن الشفوي
174	خامسا : الإذن بالإشارة
174	الفرع الثاني: شروط الإذن بالتدخل الطبي
174	أولا : أن يكون الإذن صادرا ممن له الحق
175	1. الإذن الصادر من المريض
177	2. الإذن الصادر من ولي المريض :
178	ثانيا :أن يكون الإذن مختارا
178	ثالثا:أن يشمل الإذن على إجازة فعل الجراحة
178	رابعا:أن تكون دلالة الصيغة صريحة على إجازة القيام بالجراحة
179	خامسا :أن يكون الإذن محددًا
180	سادسا :أن يصدر الإذن على بينة و إدراك
180	سابعا :أن تكون العملية الجراحية المأذون بإجرائها مشروعة

181	الفصل الثاني: الرضا في العقد الطبي – جراحة التجميل -
184	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي – جراحة التجميل-
184	المطلب الأول: ماهية العقد الطبي- جراحة التجميل-
185	الفرع الأول: تعريف العقد الطبي
187	أولا : التعريف القانوني للعقد الطبي
189	ثانيا : تمييز العقد الطبي عن باقي العقود الأخرى
189	1-العقد الطبي عقد وكالة
191	2-العقد الطبي عقد عمل
192	3-العقد الطبي عقد مقابولة
193	4-العقد الطبي إجارة أشخاص
194	5-العقد الطبي و عقد الإذعان
196	الفرع الثاني: خصائص العقد الطبي
196	أولا :الخاصية الأولى :المصادقية
196	ثانيا : الخاصية الثانية : الإنسانية
197	ثالثا :الخاصية الثالثة : السرية
198	رابعا: الخاصية الرابعة :هو عقد قائم على الاعتبار الشخصي
198	خامسا : الخاصية الخامسة : هو عقد غير مسمى
198	سادسا : الخاصية السادسة :عقد يفرض التابع في الالتزامات
199	سابعا : الخاصية السابعة :هو عقد رضائي
199	المطلب الثاني: طبيعة التزام الجراح في العمليات الجراحية التجميلية
200	الفرع الأول :الموقف من طبيعة التزام جراح التجميل
201	أولا :الموقف الفقهي من طبيعة التزام جراح التجميل
203	ثانيا : معيار الإرادة
203	ثالثا : معيار الاحتمالات
203	رابعا: معيار المشاركة

208	الفرع الثاني: استقرار الموقف حول طبيعة التزام جراح التجميل
208	4- استقرار الموقف الفرنسي (فقهها وقضاءها) من طبيعة التزام جراح التجميل :
210	5- استقرار الموقف العربي (فقهها وقضاءها) من طبيعة التزام جراح التجميل :
212	6- نتائج استقرار الموقفين (الفرنسي والعربي) :
213	الحالة الأولى
213	الحالة الثانية
215	المبحث الثاني : حالات التخلي عن الرضا في عمليات التجميل
216	المطلب الأول : حالة الضرورة
216	الفرع الأول: مفهوم حالة الضرورة
219	الفرع الثاني: أثر حالة الضرورة في مجال جراحة التجميل
220	أولاً : شروط قيام حالة الضرورة
221	ثانياً : طبيعة التدخل الطبي في حالة الضرورة
222	المطلب الثاني: التخلي عن الرضا بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ
222	الفرع الأول: مفهوم القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ
223	أولاً : عدم إمكانية التوقع
224	ثانياً : استحالة الدفع
225	الفرع الثاني : أثر القوة القاهرة وحالة الضرورة على تخلي الطبيب على رضاء المريض
227	المطلب الثالث: خطأ المريض وخطأ الغير
228	الفرع الأول: خطأ المريض الخاضع لجراحة التجميل
229	أولاً : استغراق أحد الخطأين للآخر
230	ثانياً : اشتراك جراح التجميل و المريض في الخطأ
230	الفرع الثاني: أثر خطأ الغير في مسؤولية جراح التجميل
231	أولاً : استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر
231	ثانياً : استقلالية خطأ الغير عن خطأ جراح التجميل

	الباب الثاني
232	مسؤولية جراح التجميل الناتجة عن عدم حصوله على رضاء المريض
	الفصل الأول
233	المسؤولية المدنية لجراح التجميل
235	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لجراح التجميل
236	المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية لجراح التجميل
237	الفرع الأول: ركن الخطأ
238	أولا : تعريف الخطأ بوجه عام
241	ثانيا : تعريف الخطأ في المجال الطبي
242	ثالثا : معيار خطأ جراح التجميل
243	4- المعيار الذاتي أو الشخصي
244	5- المعيار الموضوعي المادي
247	6- صور خطأ جراح التجميل
250	الفرع الثاني: ركن الضرر
251	أولا : مفهوم الضرر
252	ثانيا : أنواع الضرر الطبي
253	3- الضرر المادي
253	4- الضرر الأدبي
256	ثالثا : شروط الضرر الطبي
257	4- أن يكون الضرر محققا :
258	5- أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا :
260	6- أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة :
261	الفرع الثالث: ركن رابطة السببية
261	أولا : تحديد معيار رابطة السببية بوجه عام

262	3- نظرية تعادل الأسباب
262	4-نظرية السبب الملائم
263	ثانيا : تحديد معيار رابطة السببية في مجال جراحة التجميل
265	المطلب الثاني :نطاق المسؤولية المدنية لجراح التجميل
265	الفرع الأول :مسؤولية جراح التجميل عن أخطاء مساعديه
267	أولا : شروط مسؤولية جراح التجميل عن خطأ مساعديه
267	4-أن يكون تدخل المساعد بتكليف من الجراح :
270	5-أن لا يكون المريض قد تدخل في إختيار المساعد:
271	6- أن يكون المساعد قد ارتكب خطأ تجاه المريض
271	ثانيا : آثار المسؤولية المدنية لجراح التجميل:
273	الفرع الثاني: مسؤولية جراح التجميل عن الأدوات و الأجهزة الطبية
273	أولا :الأدوات والأجهزة الطبية
274	ثانيا : الأجهزة و التركيبات الصناعية
275	ثالثا : عمليات نقل الدم
276	المبحث الثاني: إثبات المسؤولية المدنية لجراح التجميل
277	المطلب الأول: عبء إثبات المسؤولية المدنية لجراح التجميل
278	الفرع الأول: عبء إثبات تخلف الرضا في القانون الجزائري
278	أولا : عبء الإثبات في القانون المدني الجزائري
279	ثانيا : جزاء الإخلال بالرضا في القانون الجزائري
280	الفرع الثاني: عبء إثبات تخلف الرضا في الشريعة الإسلامية
282	أولا : طبيعة خطأ الطبيب الموجب لضمان السراية
283	ثانيا : رابطة السببية بين خطأ الطبيب والسراية
283	الفرع الثالث: عبء إثبات رضا المريض في القوانين المقارنة
283	أولا : عبء إثبات تخلف الرضا في النظام الفرنسي
286	ثانيا : عبء تخلف الرضا في القانون المصري

287	المطلب الثاني: دعوى المسؤولية المدنية (التعويض)
287	الفرع الأول: ماهية دعوى المسؤولية المدنية لجراح التجميل
287	أولا : أطراف الدعوى
287	1. المدعي الدائن في الدعوى
289	2. المدعى عليه أو المسؤول في الدعوى
290	ثانيا : إجراءات مباشرة دعوى المسؤولية المدنية
290	1. موضوع الدعوى :
290	2. دفع المدعى عليه عن ادعاءات المريض
292	الفرع الثاني: الاختصاص القضائي في النظر في دعوى المسؤولية المدنية لجراح التجميل
292	أولا : الاختصاص النوعي
293	ثانيا : الإختصاص الإقليمي
294	الفرع الثالث: الإنفاقات الواردة على المسؤولية المدنية لجراح التجميل
294	أولا : الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية لجراح التجميل
295	ثانيا :التأمين من المسؤولية المدنية لجراح التجميل
296	1. تعريف عقد التأمين
296	2. نطاق التأمين من المسؤولية المدنية لجراح التجميل
299	الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية لجراح التجميل
301	المبحث الأول: نطاق المسؤولية الجزائية لجراح التجميل
302	المطلب الأول: قيام المسؤولية الجزائية لجراح التجميل في حالة توفر القصد الجنائي
303	الفرع الأول: مفهوم القصد الجنائي
303	أولا :تعريف القصد الجنائي في القانون
304	ثانيا : تعريف القصد الجنائي في الشريعة الإسلامية
306	ثالثا :القصد الجنائي في مجال جراحة التجميل

307	الفرع الثاني: مضمون ونظريات القصد الجنائي
307	أولاً: نظريات القصد الجنائي
307	5- نظرية العلم
309	6- نظرية الإرادة
310	7- الجمع بين نظرية العلم والإرادة
310	8- نظرية العلم والإرادة في الشريعة الإسلامية
311	ثانياً : عناصر القصد الجنائي
311	3- العلم
312	4- الإرادة
313	الفرع الثالث: صور القصد الجنائي
313	أولاً : القصد العام والقصد الخاص
315	ثانياً : القصد المحدد و القصد غير المحدد
316	ثالثاً : القصد المباشر والقصد غير المباشر (الإجمالي)
317	المطلب الثاني قيام المسؤولية الجزائية في حالة الخطأ (عدم توافر القصد الجنائي)
318	الفرع الأول: مفهوم الخطأ غير العمدي
318	أولاً: تعريف الخطأ غير العمدي في القوانين الوضعية
320	ثانياً : تعريف الخطأ غير العمدي في الشريعة الإسلامية
323	الفرع الثاني: صور الخطأ الجزائي غير العمدي
324	أولاً : الفئة الأولى : عدم الإحتياط و الرعونة
324	3- عدم الإحتياط
327	4- الرعونة
329	ثانياً : الفئة الثانية : الإهمال وعدم الإنتباه
329	4- الإهمال
332	5- عدم الانتباه
333	الفئة الثالثة : عدم مراعاة الأنظمة

337	المبحث الثاني: إثبات المسؤولية أمام القاضي الجزائي
338	المطلب الأول نظام الإثبات الجنائي وسلطة القاضي الجزائي فيه
339	الفرع الأول: مفهوم نظام الإثبات
339	أولا : تعريف نظام الإثبات الجنائي
341	ثانيا :مراحل تطور نظام الإثبات
342	ت- اليمين الحاسمة :
343	ث- المحاكمة بالتعذيب :
343	6- مرحلة الأدلة القانونية :
344	7- مرحلة الأدلة الإقناعية :
345	8- مرحلة الأدلة العلمية :
347	الفرع الثاني :ماهية الأدلة الجنائية
347	أولا : تعريف الدليل الجنائي
349	ثانيا : التمييز بين الدليل الجنائي وما شابهه
349	4-الدليل وإجراءات الحصول عليه
349	5-الدليل وأعمال الاستدلال :
351	6- الدليل و الدلائل و القرانن :
352	ثالثا : تقسيمات الأدلة الجنائية
352	4- تقسيم الأدلة من حيث مصدرها :
352	ت- الدليل المادي
353	ث- الدليل القولي
353	د- الدليل الفني :
354	5- تقسيم الأدلة من حيث نوعها
354	ت- الدليل المباشر :
354	ث- الدليل غير المباشر :
355	6- تقسيم الأدلة من حيث وظيفتها
355	ت- دليل الإثبات أو الدفاع :

355	ث- دليل النفي :
356	الفرع الثالث: سلطات القاضي في تقدير الدليل الجنائي
356	أولا: سلطة القاضي الجزائي في الأنظمة الإجرائية
356	أ- سلطة القاضي في ظل النظام الإتهامي :
357	ب- سلطة القاضي في النظام التنقيبي :
358	ت- سلطة القاضي في النظام المختلط :
358	ثانيا : مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه
360	ثالثا : القيود الواردة على مبدأ حرية القاضي في تكوين اقتناعه
360	5- يجب أن يستند إلى دليل جازم
360	6- يجب أن يستند على أدلة متسادة
361	7- أن يستند إلى أدلة صحيحة
362	8- أن يستند على أدلة مطروحة للنقاش
362	المطالب الثاني: وسائل إثبات الحصول على الرضاء في الجراحة التجميلية
363	الفرع الأول: إثبات حصول الرضا عن طريق الشهادة
364	أولا : مفهوم الشهادة
364	3-تعريف الشهادة :
366	4-أنواع الشهادة :
366	ث- الشهادة المباشرة :
366	ج- الشهادة السماعية :
368	ح- الشهادة بالتسامع :
368	ثانيا : خصائص الشهادة وشروط صحتها
368	3- أهم خصائص الشهادة :
368	ث- الشهادة شخصية
369	ج- الشهادة تنصب على ما يدركه الشاهد بحاسة من حواسه :
369	ح- الشهادة لها قوة مطلقة في الإثبات
370	4-شروط الواجب توافرها في الشهادة :

370	ت- الشروط الواجب توافرها في الشاهد:
371	ث- الشروط الواجب توافرها في الشهادة :
373	ثانيا : حجية شهادة الشهود في إثبات رضا المريض في الجراحة التجميلية
374	الفرع الثاني: إثبات الحصول على الرضا في الجراحة التجميلية بالقرائن القضائية
375	أولا: ماهية القرينة القضائية
357	3-تعريف القرينة :
376	4-أنواع القرائن :
379	ثانيا : خصائص القرينة القضائية
379	7- القرينة القضائية دليل غير مباشر (استنتاجي)
379	8-القرينة القضائية حجة متعدية
380	9-القرينة القضائية حجة غير قاطعة
380	10- القرينة القضائية موضوعية أو شخصية
380	11- استحالة حصر القرائن القضائية
380	12- القرينة القضائية دليل إيجابي
381	ثالثا :حجية القرائن القضائية في إثبات رضا المريض في الجراحة التجميلية
382	الفرع الثالث :أثبات الحصول على رضا المريض بالدليل المكتوب
383	أولا : تعريف المحرر العرفي
384	ثانيا : شروط المحرر العرفي
385	3-الكتابة :
385	4-التوقيع :
386	ثالثا : حجية المحررات العرفية في إثبات الرضا
387	خاتمة
397	قائمة المصادر والمراجع
420	الفهرس

