



كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص



المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل و زرع الأعضاء

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي

تحت إشراف:
أ.د. حميدو زكية

إعداد الطالب:
بن عايطي مراد

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	د. دلال يزيد

السنة الجامعية 2018 - 2019

أعوذ بالله المسميع العليم من الشيطان الرجيم

﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾

الآية 32 من سورة المائدة

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

"ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء"

الجامع الصحيح المختصر، محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، دار بن كثير، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1987.

قال البهوتي:

"... لأن إتلاف جزء من الآدمي محرم في الأصل، وإنما أبيح إذا صار بقاؤه ضررا مفوض إلى كل

إنسان في نفسه إذا كان أهلا لذلك..."

كشاف القناع على متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، 1402 هـ، 4/14.

إهداء

- إلى والدي الغالية حفظها الله وأطال عمرها في طاعته وألبسها لباس الصحة والعافية.
- إلى والدي رحمه الله عز وجل وأسكنه فسيح جناته.

رب ارحمهما كما ربياني صغيرا

- إلى كل أفراد عائلتي دون استثناء.
- إلى أخي و أختي.

داعيا الخالق البارئ أن يشيهم ثواب الدارين

- إلى أساتذتي الأجلاء بكلية الحقوق - جامعة تلمسان.
- إلى زملائي طلبة الماجستير - تخصص القانون الطبي.
- إلى كل من بصري بعيب أو نقص في هذه المذكرة.
- إلى كل طالب علم أخلص عمله لله وأحب هذا الوطن.

أسأل الله أن يلبهم السداد في القول والعمل

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

مراد بن عايطي

شكر وتقدير

قال الحكيم العليم: " فَادْكُرُونِي أَدْكُرْكُمْ وَاشْكُرُوا لِي وَلَا تَكْفُرُونِ " الآية 152 من سورة البقرة.

وعليه أتقدم بأسمى عبارات الحمد و الشكر إلى الله عز وجل قبل أن أشكر المخلوقين الذي وفقني

لإنجاز هذا العمل، وما كنت لأبلغ مرامي إلا بتوفيقه، فله الحمد أولاً وآخراً.

كما أتوجه بأسمى عبارات التقدير والاحترام إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة "حميدو زكية" التي بذلت

كل ما في وسعها لتنتقيح هذا العمل ولم تبخل علي بتوجيهاتها ونصائحها القيمة وكان المتواضع خلقها، فאלله

أسأل أن يبارك في علمها وأن يجعله منارة لها.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى كل من آزرني لإنجاز هذا العمل المتواضع وإخراجه في هذه

الصورة التي لا أرى فيها كمالاتاً بيد أني راض بما خلصت إليه من نتائج ومقترحات.

ما عسانا إلا نعتبر بما قاله العز بن عبد السلام سلطان العلماء:

"الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية ولدرء مفسد المعاطب والأسقام، وغاية الطب حفظ

الصحة موجودة، واستعادتها مفقودة، وإزالة العلة أو تقليلها بقدر الإمكان..."

قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، دار الجليل، بيروت، 6/1.

مراد بن عايطي

قائمة لأهم المختصرات

أولاً. باللغة العربية

ج.ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق.أ: قانون الأسرة.

ق.م: القانون المدني.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

م: مجلد.

ثانياً. باللغة الفرنسية

Art: Article.

C.Civ: Code civil.

Cass .Civ: Cour de Cassation Chambre Civile.

éd.: éditions.

J.O: Journal officiel.

N°: Numéro.

p: page.

pp: pages.

Rev: Revue.

Vol: volume.

مقدمة

يعتبر المجال الطبي من أهم وأرقى المجالات الاجتماعية نظرا لتعلقه بسلامة وصحة وحياة الإنسان، كما أن العمل الطبي يعد من أهم المهن الإنسانية التي يستوجب على من يمارسها احترام السلامة الجسدية له، إذ من واجب الطبيب المحافظة على صحة المريض عند أدائه لمهمته بشكل يتوافق مع واجباته الأخلاقية والقانونية، ومن ثم يتعين عليه مواكبة التطور العلمي في المجال الطبي وبذل أقصى جهده لضمان الرعاية الصحية للمرضى.

والحق في السلامة الجسدية هو الاستثناء بجميع العناصر المكونة لها، حيث يكون لصاحب الحق مجموعة من السلطات تسمح له بالتمتع بهذا الحق، الذي لا يكون له قيمة إلا إذا احتفظ بجميع مكوناته بما فيها الاحتفاظ بالمستوى الصحي، فلا يجوز الاعتداء على جسم الإنسان أو على أداء أية وظيفة من وظائفه الطبيعية، و هو ما يسمى بالحق في التكامل الجسماني¹.

على هذا الأساس تهتم مختلف الدول بالرعاية الصحية للمواطن وتقديم أحسن الخدمات الصحية وأفضلها، والعمل على تطوير مؤسسات الرعاية الصحية وكذا تزويدها بكل جديد في المجالات التقنية الطبية. لذا كان من الطبيعي أن توجد قوانين منظمة لمهنة الطب نظرا لزيادة المخاطر الناجمة عن الأعمال الطبية، وتطور الوعي العام لدى المرضى. وعليه اهتم رجال القانون بتأطير مختلف التدخلات الطبية بوضع ضوابط قانونية تضمن مشروعية العمل الطبي، ومن شأن هذه القواعد أيضا توفير الحماية القانونية في حالة صدور الأخطاء الطبية².

ومن بين صور المساس بالسلامة الجسدية للإنسان عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، و التي تعد من بين الاكتشافات التي تضمن علاج الكثير من المرضى، وتوفير الحلول التي عجزت الوسائل العلاجية التقليدية عن تحقيقها، وذلك عن طريق نقل جزء أو عضو من جسم إنسان حي أو ميت وزرعه في جسم المريض بدلا من العضو المصاب فيؤدي ذلك إلى تحسين صحته وحفظه من الهلاك³. وقد ظهرت عمليات استغلال الأعضاء البشرية منذ القدم إذ كشفت الحفريات القديمة أن قدماء المصريين عرفوا زرع الأسنان، وأخذها عنهم اليونان والرومان، وبعد ذلك اشتهر بها الأطباء المسلمون في القرن العاشر ميلادي. كما ترجع أول مخططات التي تظهر فيها عمليات زرع الأعضاء إلى القرن الثامن قبل الميلاد، والتي تمت من طرف الجراحين الهنود بإصلاح الأذن والأنف المقطوعة.

¹ أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، دراسة تحليلية مقارنة، الرافدين للحقوق، 2008، ع.33، ص.7.

² الفضل منذرالحسين، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.1، 2002، ص.09-12.

³ أحمد حسن عباس الحياي، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ع.33، ص.07.

فازداد اهتمام الأطباء والجراحين بعمليات نقل وزرع الأعضاء، وبعد نجاح تجارب نقل الأعضاء على الحيوانات، تحولت عمليات زرع الأعضاء من مرحلة التجربة إلى علاج يلجئ إليه الأطباء الجراحون عندما يكون المريض معرّضاً إلى خطر الموت، فيقبل على إجراء العملية الجراحية للمحافظة على بقاءه في الحياة¹.

إن أول عملية زرع الكلى تمت عام 1952 في مستشفى نيكر في باريس من قبل الطبيب جان همبرغر Jean Hamburger، غير أن هذه العملية قد فشلت بعد ثلاثة أسابيع من إجرائها، وفي سنة 1954 تمت عملية زرع الكلى بنجاح بيوسطن في الولايات المتحدة، من طرف الجراح جوزيف موراي Joseph Murray والذي تلقى جائزة نوبل للطب في عام 1990².

و يعد نورمان شومواي Norman Shumway الأب الروحي لزراعة القلب في العالم على الرغم من أن تنفيذ أول عملية زرع قلب بشري في العالم كانت على يد كريستيان برنارد Christian Barnard في جنوب أفريقيا، بحيث استخدم التقنيات التي توصل إليها نورمان شومواي Norman Shumway. فأجرى كريستيان برنارد Christian Barnard أول عملية زرع قلب سنة 1967، في مستشفى "جروت شور" في كيب تاون في جنوب أفريقيا. وقام أدريان كانتروفيتز بأول عملية زرع قلب للأطفال في العالم بنفس السنة في مستشفى ميمونيدز في بروكلين بنيويورك باستعمال نفس التقنيات الطبية.

ومما لا شك فيه أن عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تكتسي أهمية بالغة، حيث سعت مختلف الشرائع والقوانين إلى تناول أحكامها ومعالجتها بصورة وافية ودقيقة، بحيث تكفل الحماية لكل طرف من أطرافها³، وإنه ولما كان الطبيب الجراح الطرف الرئيسي فيها كونه من يقوم بعملية النزع والزراعة، كان لابد من البحث في طبيعة المسؤولية التي يتحملها جراء قيامه بذلك، وكذا في طبيعة

¹ علي محمد بيومي، أضواء على نقل و زراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، 1999، ص.11.

² RAPHELLE DAVID, Légitimité des proches dans la décision de don d'organes: étude des représentations professionnelles, mémoire de master 2 d'éthique médicale et de bioéthique, Université Paris Descartes, 2015-2016.p.34.

³ محمد الباز محمد الباز، بحث في شروط مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية ، جامعة المنصورة، 2011، ص.21.

الالتزام الذي يقع على عاتقه بسببها، وذلك في ضوء أحكام القوانين ذات العلاقة بالموضوع مع عدم إغفال أحكام الشرع الإسلامي الحنيف¹.

وتبعاً لما سبق بيانه يظهر أن موضوع المسؤولية في المجال الطبي قد أثار جدلاً و نقاشاً كبيراً من الناحية الفقهية والقضائية عبر مختلف الدول، وهذا من أجل التوفيق بين مصلحة الطبيب الذي من حقه أن يؤدي أعماله العلاجية في ظروف مريحة و بكل طمأنينة حتى يضمن تحقيق التزامه المهنية من جهة، ومن جهة أخرى لا بد من مراعاة مصلحة المريض وحقه في الحماية من الأضرار، إذ أنه في حالة المساس بسلامته الجسدية بمناسبة خطأ الطبيب في العلاج فلا بد من إخضاع هذا الأخير كغيره من أفراد المجتمع لأحكام المسؤولية المدنية.

لقد أصبح الطبيب في هذا المجال يخضع بشكل متميز لقواعد المسؤولية المدنية باعتبار أنه بإمكانه -أكثر من أي شخص آخر- الاعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه في ظل ممارسته لهذه العمليات، وهنا يبرز دور القانون في بلورة أحكام هذه المسؤولية واعتماد أسس ومعايير جديدة لها غير تلك التي تقوم عليها في القواعد العامة.

وأما في مجال زرع الأعضاء البشرية، فقد قام الطب حتى الآن بدوره على أكمل وجه، وذلك بأن أوضح إمكانية إجراء مثل هذه العمليات، فمن حق الطبيب الجراح أن يعرف الإطار القانوني لعمليات زرع الأعضاء وكذا حدود حريته حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية القانونية. كما يضع القانون الحدود اللازمة للتصرف في الجسم، فمن يريد أن يُعين غيره بتقديم جزء من جسمه لإنقاذ المريض، يجب أن يعرف شروط تصرفه ومدى مشروعيته، بحيث لا يترك القانون أطراف التعامل بالأعضاء يتصرفون في أجسامهم حسب نزواتهم، وذلك بإقامة التوازن بين مصلحة المتنازل عن العضو (المتبرع) ومصلحة المريض، فلا يضحى بصحة أحدهما من أجل الآخر². كما يضمن القانون احترام إرادة المتوفى التي تنبع من كرامة الإنسان وهذا عند استغلال أعضاء جثة الإنسان.

كما أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية العديد من الإشكالات على الصعيد الطبي والديني والقانوني بحيث عقدت من أجل ذلك العديد من المؤتمرات والندوات وكذا المحافل العلمية،

¹ هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، ط.1، 2003، ص.43.

² سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين القانون و الشرع، رسالة دكتوراه، عمان، الأردن، 1999، ص.16.

خلصت إلى كتابة العديد من الأبحاث والمقالات من أجل تنسيق التعاون بين علماء الطب وفقهاء الشريعة وكذا رجال القانون، إذ أن الطب يقدم الوسائل الفنية، والشرع يقدم حكم هذه الوسائل، وأخيرا يتدخل القانون لينظم القواعد القانونية بشأنها¹.

ونشير إلى أن أهمية البحث في هذا الموضوع ترجع إلى ضرورة دراسة مجموعة من القواعد والمبادئ الطبية، لاسيما الإجراءات الطبية التي تنظم عمل الأطباء الجراحين، قبل وأثناء وبعد العملية الجراحية مع تسليط الضوء على الخصوصيات التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث يتطلب البحث أيضا التعرض لأحكام الشريعة الإسلامية التي ترسم حدود إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء، ومن ثم يتدخل المشرع بوضع إطار قانوني بناء على المعطيات التي جاء بها فقهاء الشريعة ومتطلبات العمل الطبي.

وقد فتحت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية مجالاً واسعاً للبحث في النظريات الفقهية والقانونية، وهذا لتأصيل المساس بجسم الإنسان ومعرفة مدى مشروعية التصرفات التي ترد على الحق في سلامة الجسم. بالإضافة إلى ذلك، فإن عمليات نقل الأعضاء من الموتى فتحت مجالاً للبحث في ماهية الموت ومعاييرها، وكذا مدى مشروعية المساس بجسد الميت، ومن هنا تبرز أهمية الدراسة المقارنة سواء في مجال الشريعة الإسلامية أو في نطاق القانون الوضعي².

وقد اعترضتنا عند مباشرة هذا الموضوع بعض الصعوبات، حيث يطغى اهتمام الباحثين على الجانب الشرعي أكثر من الجانب القانوني، وذلك بتركيزهم على مناقشة أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية حول إباحة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، بالإضافة إلى عدم وفرة المراجع الأجنبية خاصة وأن الدول الغربية كانت السبابة في مجال الاكتشافات الطبية، ونشير أيضا إلى مشكل قلة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري في مجال نقل وزرع الأعضاء.

ومن هنا يظهر أن مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية هي مسألة حساسة جدا كونها تمس بسلامة جسم الإنسان، سواء أكان هذا المساس جسيما أم لا. والتساؤلات التي تثار عند مناقشة موضوع نقل و زرع الأعضاء البشرية هي: هل من حق الإنسان أن يتبرع بأي عضو من أعضائه بكل حرية؟ وكيف نظمت مختلف القوانين لجوء الطبيب لعمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء وكذا من

¹ محمد المدني بوساق ، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ، دار الخلدونية ، د.س.ن.ص 7 .

² جهاد محمود عبد المبدى، عمليات نقل و تأجير الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مكتبة القانون والاقتصاد، ط.1، 2014، ص.55.

جسد الميت؟ وما هي القواعد التي ينبغي على الطبيب احترامها حتى لا يقع في خطأ تقوم بموجبه مسؤوليته المدنية؟

ورغم ما تحقّقه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من إيجابيات ومصالح اجتماعية وفردية، إلا أنّها أثارت عدة مشاكل قانونية تتصل بكرامة الإنسان وحرمة جسمه، لا سيما حول فاعلية رضا المتبرع وما إذا كان هذا الرضا وحده كافياً أم أنه يستند إلى أساس قانوني آخر، مما يقتضي وضع ضوابط وقيود تحكم عملية النقل والزرع بما يحفظ كرامة الإنسان ويبعد هذه العمليات عن التجارة، وتثير هذه العمليات كذلك عدة تساؤلات حول المسؤولية المدنية للأطباء الناجمة عن مخالفة القيود والضوابط التي تحكم هذا التدخل الجراحي.

للإجابة عن هذه التساؤلات سنعمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي وذلك لتقصي موقف كل من الرافضين والمبيحين للتصرف الطبي بالأعضاء، بالإضافة إلى المنهج التحليلي لمناقشة الأفكار والآراء المتعلقة بموضوع البحث، مع مقارنة القانون الجزائري ببعض القوانين العربية والغربية، وهذا وفق خطة عمل حيث نتناول في الفصل الأول المسؤولية المدنية الطبية المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية، ثم نعكف في الفصل الثاني على بيان أساس مسؤولية الطبيب الجراح المدنية في مجال نقل و زرع الأعضاء.

﴿المبحث التمهيدي﴾

مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يثير موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية الكثير من التساؤلات من الناحية الشرعية والقانونية، إذ يعد هذا الموضوع من بين أحدث ما توصل إليه الإنسان في القرن العشرين، فالتطور العلمي في المجال الطبي في صراعه المستمر لإيجاد لكل داء دواء، و لكل مرض شفاء توصل إلى هذا النوع من الجراحة الطبية لتخليص المريض من عجزه وسقمه.

ويثير التطور العلمي في المجال الطبي جدلا بين علماء الدين ورجال القانون، ينتج عنه اختلاف المواقف ووجهات النظر حول إباحة ما وصلت إليه التطورات الطبية من اكتشافات، بينما يتمسك البعض الآخر بعدم مشروعية التدخل الطبي سواء لأسباب شرعية أو قانونية، فيبرر كل واحد منهم موقفه للوصول إلى تقارب في وجهات النظر بشكل يحقق المصلحة الاجتماعية وبمعيها مصلحة المرضى.

وأصبحت هذه العمليات الجراحية أمرا واقعا في معظم دول العالم، بشكل ألزم فقهاء القانون على تحديد الطبيعة القانونية لها، قصد تبرير إمكانية استغلال أعضاء الإنسان بشكل لا يمس بمبدأ الحق في سلامة الجسم، ومن أجل الوصول إلى سن قوانين تهدف إلى تنظيم العمل الطبي حتى يستطيع الطبيب معرفة حدود تدخلاته الجراحية في إطار عمليات نقل وزراعة الأعضاء.

وفي هذا الصدد، نتطرق في البداية إلى مفهوم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء وكذا من الأموات إلى الأحياء، و من ثم دراسة مختلف التوجهات القانونية والشرعية حول مشروعية اللجوء إلى العلاج عن طريق زرع الأعضاء، ثم ندرس بعدها الأسس القانونية والشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء. حيث نعرض إلى ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الأول)، ثم ندرس مشروعية إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن الأموات إلى الأحياء (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن بروز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أثار نقاشا كبيرا في مختلف المجالات الطبية، القانونية و الدينية، حاول العلماء كل في مجال تخصصه إيجاد الحلول لإعتراضات التي دفع بها البعض بخصوص زراعة الأعضاء البشرية و إمكانية مساسها بمبدأ الحق في سلامة الجسم¹، ونظرا لما تمثله هذه الطريقة العلاجية الحديثة من أهمية كبرى في إنقاذ العديد من المرضى، وتخليصهم مما يعانون منه من أمراض، إهتم الكثير من الفقهاء بتحديد مجموعة من الضوابط التي تضمن أن يكون هذا التقدم الطبي في خدمة الإنسان.²

فما المقصود من عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية؟ و متى يمكن اللجوء لهذا النوع من العلاج الطبي حسب النظرة القانونية و النظرة الشرعية؟
للإجابة عن هذه التساؤلات سوف نتطرق إلى مفهوم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، و بعد ذلك ندرس نطاق مساس عمليات نقل و زرع الأعضاء بمبدأ الحق في سلامة الجسم (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية

إن التعرف على مفهوم نقل و زرع الأعضاء البشرية يقتضي التمييز بين مجموعة من المصطلحات المتشابهة، فهناك من يفضل إستعمال مصطلح الغرس بدلا من مصطلح الزرع، و هذا حتى يكون التعبير أكثر دقة سواء من الناحية العلمية و كذا اللغوية، فبالنسبة للدكتور "محمد أيمن صافي" يَرغب إستعمال مصطلح غرس الأعضاء كونه أقرب و أنسب في مجال العمليات التي يكون

¹ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار هومة، ج.1، الكتاب الأول، ص.22.

² عبد الحليم محمد منصور علي، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2013، ص

محلها الأعضاء البشرية، فالزرع هو مصطلح يقصد به عادة إلقاء البذور على الأرض لينبت أما مصطلح الغرس فمعناه تثبيت الشيء في الأرض كغرس الأشجار مثلاً، أي غرزه و تثيته.¹

غير أن الدكتور " منذر الفضل " يرى بأن استعمال مصطلحات " النقل " أو " الزرع " أو " الغرس " يوجد بينها ترادف، بدليل أن الفقه المدني و المنظمات الإقليمية و القوانين الوضعية تستخدم مصطلحي زرع الأعضاء و نقل الأعضاء للتعبير عن معنى واحد وهو غرس الأعضاء في الجسد، لكن البعض يرى عدم وجود ترادف بين المصطلحات المذكورة إذ يعد نقلاً للأعضاء عملية مستقلة عن عملية الزرع.

فيوجد إختلاف واضح بين العمليتين إذ محل عمليات نقل الأعضاء هو صاحب العضو السليم و الذي يكون إما إنسان حي أو ميت و يسمى المعطي أو المتبرع²، بينما عملية الزرع فمحلها المريض المتلقي الذي هو بحاجة إلى العضو السليم بسبب عجز أحد أعضائه، لذا إستخدمت التشريعات كلمة النقل إلى جانب كلمة الزرع لبيان وجود إختلاف بين المصطلحين و من تم إستبعاد وجود ترادف بين المصطلحات، من بين هذه التشريعات مشروع القانون العربي الموحد لعمليات نقل و زراعة الأعضاء.

يقتضي تعريف عمليات نقل و زراعة الأعضاء ضرورة تحديد ثلاثة محاور، فلا بد من تحديد معنى العضو البشري محل هذا النوع من الجراحة الطبية، ثم لا بد من تبين عملية نقل الأعضاء، و في الأخير يجب تحديد عملية زرع الأعضاء.

يقصد بالعضو البشري (l'Organe) لغة جُزءٌ من مجموع الجسد التي لا يعيش الإنسان بفقد واحدٍ منها³ و يشكل عند الأطباء مجموعة الأنسجة التي تعمل مع بعضها البعض لكي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة ، الكبد ، الكلية ، الدماغ ، الأعضاء التناسلية و القلب و غيرها⁴. كما يدخل في تكوين هذه الأنسجة مجموعة خلايا التي تشكل أصغر مكون في جسم الإنسان.

كما عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية العضو البشري بأنه كل جزء من أجزاء الإنسان سواء كان عضواً مستقلاً كالرئتين أو العينين و نحو ذلك، أو جزء من عضو كالقرنية و الأنسجة و الخلايا و سواء منها ما يستخلف و ما لا يستخلف، و منها أيضاً الجامد و السائل كالدم و المصل، و سواء

¹ بوشي يوسف، الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائياً، دار الفكر الجامعي، 2016، ص.168.

² جاري بسمة و الدهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، كوكب العلوم للنشر و التوزيع، 2012، ص.23.

³ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، م.1، ط 1، 2008، ص.1513.

⁴ Ph.Wolf ,K.Boudjema ,B.Ellero,J.Cinqualbre,Transplantation d'organes,Masson ,page. 2.

كان متصل به أو منفصل عنه¹، و جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بأن العضو البشري هو أي جزء من إنسان من الأنسجة و الخلايا و الدماء و نحوها كقرنية العين سواء أكان متصلا أو منفصلا عنها. فلا يقتصر العضو على الكبد و القلب و الرئتين و إنما قد يشكل أجزاء من عضو كالجينات والهرمونات² و الأنسجة التي هي عبارة عن مزيج من مجموعة مركبات كالخلايا و الألياف، و التي يستطيع جسم الإنسان إعادة إنتاجها بمرور مدة زمنية.

أما من الناحية القانونية فهناك بعض القوانين التي أعطت تعريفا للعضو البشري، و منها من لم يذكر المقصود من العضو، فبالرجوع إلى القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 و المتعلق بالصحة، و لاسيما المواد من 355 إلى 367 المتعلقة باحكام نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية، فلم يعرف المشرع المقصود بالعضو البشري مثله مثل المشرع الفرنسي و المشرع المصري، كما أن و رغم تعديل قانون العقوبات الجزائري بإضافة القسم الخامس مكرر 1 الخاص بمنع الإتجار بالأعضاء بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 فلم يعطي المشرع الجزائري تعريفاً للأعضاء البشرية³.

لقد عرّف المشرع الإنجليزي العضو البشري في المادة 07 فقرة 02 من قانون تنظيم نقل و زراعة الأعضاء لعام 1989 على أنه " كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة و متناغنة من الأنسجة و الذي لا يمكن للجسم إستبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل" و بهذا يكون المشرع الإنجليزي قد اعتبر كل مشتقات الجسم بما فيها الدم من الأعضاء المشكلة لجسم الإنسان. كما نصت المادة:2 من القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية ومنع ومكافحة الاتجار فيها على التعريفات التالية: " يقصد بالعبارات و الكلمات الآتية، في تطبيق أحكام هذا القانون، المعاني المبينة مقابل كل منها:عضو بشري: كل جزء من جسم الإنسان أو جثته. النسيج: خليط من المركبات العضوية كالخلايا و الألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمل النسيج كالضام و العضلي و العصبي..."، و كذلك المشرع المغربي ذهب إلى تحديد المقصود من العضو البشري بموجب المادة:2 من القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها، و التي تنص: " لأجل تطبيق هذا القانون، يراد بعبارة "عضو بشري" "

¹ محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص. 9.

² صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، 2008، ص. 10.

³ فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، مكتبة الوفاء القانونية، ط.1، 2016، ص.37.

كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا و الأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوليد¹.

أما عملية زرع الأعضاء فيمكن تعريفها بأنها: "تثبيت العضو المنقول في جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض أو التالف لكي يقوم الأول مقام الثاني في أداء وظائفه"²، فجسم المتلقي أو المستقبل المريض يخضع لعمليتين مرتبطتين وهما نزع العضو السقيم العاجز عن أداء وظيفته، و بعد ذلك ينتقل الطبيب الجراح إلى عملية تثبيت العضو المنزوع من جسم المتبرع، ليحل محل العضو المريض. كما يمكن تعريف عملية نقل الأعضاء بأنها: "العملية التي بها يتم استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي، و حفظه تمهيداً لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو المآل"، و يقصد به أيضا "نقل عضو سليم أو مجموعة الأنسجة من شخص المتبرع ليزرع في جسم شخص المستقبل(المريض) ليقوم هذا العضو المنزوع مقام العضو التالف"³، الملاحظ أنه يشترط أن يكون العضو قابلاً للنقل أي لا بد أن يكون العضو سليم و لا يؤثر نقله على الحالة الصحية للمريض.

لقد عرفت المادة الثانية من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق و كرامة الإنسان و الطب الحيوي بشأن نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية نقل العضو بأنه نزع الخلايا أو الأنسجة من الشخص و نقلها لآخر أو زرعها فيه⁴، مع اشتراط عدم اللجوء إلى تكاثر الخلايا و الأنسجة أو الأعضاء و أنسجة الجنين أو الدم و مشتقاته من أجل إجراء مثل هذه العمليات⁵. وهناك مصدران للأعضاء فيما يأخذ العضو من إنسان حي إذا كان نقل العضو لا يلحق مرض بهذا الأخير أو يسبب له الهلاك، و غالبا ما يكون ذلك في إطار التبرع بالأعضاء من أحد أفراد عائلة المريض⁶.

أما المصدر الثاني فهو إستئصال العضو من الأشخاص المتوفين حديثاً، مع تحديد إطار قانوني يختلف من دولة إلى أخرى يسمح للأطباء بنزع أعضاء المتوفى، و يكون ذلك سواء بإقرار كتابي برغبته في التبرع يكون قد حرره قبل وفاته، و في بعض الدول يحجر ذلك على رخصة السياقة، و في حالة

¹ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، القوانين و القرارات و الفتاوى و البيانات الصادرة في العالم العربي و منظمة الصحة العالمية و فرنسا المتعلق بزرع الأعضاء البشرية، دار هومة، ج.1، الكتاب الثالث، ص.622.

² مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية... المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.31.

³ إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.45.

⁴ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية و مكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، 2012، ص.38.

⁵ The term « transplantation » covers the complete process of removal of an organ or tissue from one person and implantation of that organ or tissue into another person, including all procedures for preparation, preservation and storage.

⁶ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.171.

إنعدام هذا الإقرار فلا بد من الحصول على إذن مسبق من الأسرة وقت الوفاة، كما نظمت مختلف الدول مسألة التصرف في أعضاء الموتى عن طريق إحداث هيئات تسهر على عملية التنسيق من خلال مسك قوائم بأسماء المتبرعين و قوائم بأسماء المرضى.

من الناحية الطبية يقصد بنقل و زراعة الأعضاء استبدال عضو أو نسيج مصاب بآخر سليم أو إدماج عنصر جديد في جسم الإنسان الحي، حتى يتوصل بواسطة هذا التدخل الجراحي إلى إسترجاع وظائف بيولوجية أو فيزيولوجية كانت تنقصه، حتى يتخلص من المرض و من الألم، كما قد تتوقف بعض الأعضاء عن أداء وظائفها أو القيام بها بكيفية غير كاملة، فيتطلب الأمر حذف العضو المعاق و تعويضه بعضو سليم قادر على أداء هذه الوظائف على أكمل وجه¹.

إن مصدر العضو محل الزراعة قد يكون خاص بالمريض ذاته كاستعمال الأوردة، أو جزء من الجلد أو الألياف و هذا من أجل علاج منطقة مصابة من جسم ذات المريض، حتى يحل هذا الجزء المأخوذ من جسم المريض ذاته محله في مكان المرض²، فهذا النوع من الزراعة قد لا يثير جدل من الناحية الشرعية و القانونية لأنه يدخل في خانة التداوي، و الحق في حماية صحة الإنسان.

الفرع الثاني

نقل الأعضاء و مبدأ المساس بسلامة الجسم

إن عمليات نقل و زرع الأعضاء قد تصطدم مع مبدأ و هو الحق في سلامة الجسم، هذا الحق يختلف مدلوله باختلاف زاوية النظر بحيث جعلت الشريعة الإسلامية حماية النفس مقصداً من مقاصدها، إذ يشكل المقصد الثاني بعد حفظ الدين³، و جعلت الشريعة الإسلامية هذا الحق من حقوق الله على العبد، فلا يجوز إسقاطه أو التنازل عنه.

كما إهتمت مختلف التشريعات بتنظيم قواعد قانونية خاصة بحماية جسم الإنسان، كضمان حق الإنسان في الحياة و في الإستمرارية، بحيث جعلت القوانين الحق في سلامة الجسم من

¹ أسامة السيد عبد السميع، نقل و زراعة الأعضاء الآدمية بين الشريعة و القانون، دار الكتب القانونية، 2010، ص. 13.

² جهاد محمود عبد المبدى، المرجع السابق، ص. 95-96.

³ الفضل منذرالحسين، المرجع السابق، ص. 12.

الحقوق اللصيقة بالشخصية و من ثم عدم قابلية التصرف فيه¹، فيمكن تعريف الحق في سلامة الجسم من الوجهة القانونية بأنه مصلحة الفرد في أن يظل جسمه مؤدياً لكل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي تستلزمه القوانين الطبيعية قصد الاحتفاظ بالتكامل الجسدي و التحرر من الآلام البدنية و توفير الحماية القانونية اللازمة²، أما من الوجهة الطبية فإن سلامة الجسم هي حالة صحية يتم تحديدها بموجب فحص عملي طبي إكلينيكي و الذي من خلاله يمكن معرفة ما إذا كان الشخص متمتعاً بحقه في السلامة الجسدية أم لا.

فلقد حرصت مختلف القوانين الوضعية على حماية الكيان الإنساني و لا سيما منها الحماية القانونية لحق الإنسان في الحياة و ضمان سلامة جسده، فالعلاقة بين الحق في الحياة و الحق في سلامة الجسم هي علاقة تكامل تحرص كل التشريعات على ضمان إحترامها بإعتبارها حقوق أساسية التي يتركز عليها المجتمع³، إذ لا معنى لمجتمع لا يصون هذين الحقين فلا مجال للإزدهار و التقدم إلا بضمان الحماية الفعالة لهذه الحقوق.

غير أن مفهوم الحق في سلامة الجسم يختلف تحديده باختلاف زاوية النظر، فيوجد النظرة الطبية لهذا المفهوم، كما إهتم رجال القانون بتحديد مفهوم هذا الحق، فبالنسبة للطب فيربط الحق في سلامة الجسم بمدلول الصحة، إذ تعرفها المنظمة العالمية للصحة بأنها: "حالة من الرفاهية الكلية البدنية والنفسية و الإجتماعية"⁴، فالمساس بسلامة الجسم هو في الحقيقة المساس بالحق في حماية الصحة.

لذا و حتى نصل إلى تحديد حالات الإعتداء على الصحة و بالنتيجة الإعتداء على الحق في سلامة الجسم، فكّر الأطباء على تحديد قواعد لا بد من إحترامها لضمان هذا الحق، على هذا الأساس تهتم مختلف الدول بإنشاء تنظيم يتكفل بالمسائل الصحية و ضمان عناية طبية كاملة، و بالإضافة إلى توفير الرعاية الصحية على مختلف المستويات و لاسيما التأمين الصحي من الأخطار المهنية.

¹ عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل و زراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط.1، 2015، ص.53.

² مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار هومة، ج.1، الكتاب الثاني، ص.41.

³ عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.32.

⁴ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.88-89.

فتعريف الحق في سلامة الجسم عند الأطباء هو الإهتمام بتوفير خدمات طبية وفقا لما تقتضيه أصول المهنة قصد تقديم العلاج المناسب للمريض، فقد يؤدي تقصير الأطباء الذي ينتج عنه ضرر للمريض إلى المطالبة بالتعويض أمام القضاء، في حالة إثبات خطأ الطبيب في مزاولته لمهنته.

أما من الناحية القانونية فيرى البعض أن الحق في سلامة الجسم هو جزء من الحريات الأساسية، التي يتمتع بها الإنسان و التي تسمح لإرادته بإتيان ما يشاء من تصرفات و رغبات و تحريرها من العوامل المقيدة، فلا يتدخل القانون لمنعها ما دامت لا تضر الآخرين، غير أنه لا ينبغي الخلط بين مفهوم الحق و مفهوم الحرية لأنه لا يمكن تصور أن لصاحب الحق في سلامة الجسم سلطة التصرف في جسده كما يشاء، بإعتبار أنه توجد قيود إجتماعية يلتزم بها الأشخاص كأعضاء في المجتمع الواحد والإخلال بالسلامة الجسدية للأشخاص يمس البناء الإجتماعي.

ذهب إتجاه آخر إلى أن الحق في سلامة الجسم هو عبارة عن رابطة مفترضة بين الشخص وكيانه الجسدي يحكمها القانون و يعترف بوجودها النظام القانوني، تخول لصاحبها سلطة الإستئثار والتسلط على سبيل الإختصاص و الإنفرد¹، غير أن بعض الفقهاء يؤكدون بأنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي فلا يمكن ترك للفرد الحرية المطلقة في التصرف في جسمه كيفما شاء.

ذهب البعض إلى أن الحق في سلامة الجسم مصلحة فردية و إجتماعية يحميها القانون بهدف تسيير وظائف الحياة على طبيعتها و الإحتفاظ بتكامله و ليتحرر من الآلام البدنية، فلقد إتجه الفقه الحديث إلى تحديد مفهوم الحق في سلامة الجسم بأنه: " استئثار بقيمة معينة يمنحها القانون لشخص و يعترف له بها في مواجهة الغير و يقرر لها الحماية القانونية"² و من هنا فإن الحق في سلامة الجسم في نظرة القانون يتمثل في أن يحتفظ الإنسان بمستوى من الصحة و بالتكامل الجسدي و أي فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر إعتداء عليه.

و رغم إختلاف وجهات النظر حول فكرة الحق في سلامة الجسم لكنها تهدف إلى تحقيق هدف موحد، و هو من جهة عدم الإضرار بالسير العادي لأعضاء جسم الإنسان الطبيعية و الحيوية، و المحافظة أيضا على التكمال الجسماني أي حماية كل جزء من أجزاء الجسد من جهة أخرى، كما أن الإهتمام بالحق في سلامة الجسم مرتبط بالحق في أن يتحرر الجسم من الآلام.

¹ أكرم محمود حسين البدو، بريك فارس حسين، المرجع السابق، ص.7.

² معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص.26.

لقد تكفلت المواثيق الدولية بوضع قواعد خاصة بحماية الحق في السلامة الجسدية، إذ نصت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة أن دور منظمة الأمم المتحدة يتمحور حول تعزيز حقوق الإنسان و الحريات الأساسية للناس جميعاً، لذا فإن الأفعال التي من شأنها المساس بحق الفرد في سلامة جسمه تشكل حق أساسي إنساني، كما جاء في نص المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن لكل فرد حق في الحياة و الحرية و السلامة الشخصية، و نصت المادة الخامسة من ذات الإعلان على منع التعذيب و اعتباره جريمة ضد سلامة جسم الإنسان¹، كما جاء في نص المادة السابعة من العهد الدولي للحقوق السياسية و المدنية منه على عدم جواز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على شخص دون رضاه الحر، و ضرورة تعهد كل دولة طرف في ميثاق الأمم المتحدة بمعالجة كل شخص انتهكت حقوقه لا سيما الجسدية منها علاجاً فعالاً، و في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية و الاجتماعية نجد إهتمام المجتمع الدولي بحماية الجسم و وقايته من الأمراض و توفير العناية الطبية اللازمة.

إعتبر المشرع الجزائري الحق في سلامة الجسم أحد المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري إذ نص عليها الفصل الرابع من الدستور المتعلق بالحقوق و الحريات، إذ أكدت المواد 40، 41 و 66 بأن الدولة تضمن عدم إنتهاك حرمة الإنسان و تجعل الرعاية الصحية حق للمواطنين و يعاقب القانون كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية²، إذ جرم قانون العقوبات الجزائري الأفعال الماسة بسلامة الجسم كالضرب و الجرح، و إعطاء المواد ضارة، و أعمال العنف و التعدي الأخرى، كما أحالت المادة 413³ من قانون المتعلق بالصحة⁴ إلى تطبيق المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات بشأن الجرائم المرتكبة من قبل العاملين في مجال الصحة و التي تخلف ضرراً بالسلامة البدنية للأشخاص أو بصحتهم إذ يهدف قانون الصحة إلى الحماية من الأمراض، بالإضافة إلى القسم الخامس مكرر 1 من ذات القانون الذي جرّم كل التصرفات التي من شأنها الاتجار بالأعضاء.

¹ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية... المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.76.

² -دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المؤرخ في 08 ديسمبر 1996 ج.ر.ع.76 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10-04-2002، ج.ر.ع.14-04-2002، ع.25، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ع.63، و كذا القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06-03-2016، ج.ر.ع.07-03-2016، ع.14.

³ نصت المادة 413 على أنه " باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442(الفقرة2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

⁴ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 و المتعلق بالصحة ج.ر.ع.46.

كما أن حماية جسم الإنسان لا يقتصر على فترة الحياة، وإنما يمتد ليشمل جثة الإنسان المتوفى لذا إهتم المشرع بوضع إطار خاص باحترام جثة الميت كأخلاقية من أخلاقيات العامة فيشكل فعلا إجرامي كل عمل من أعمال الوحشية أو الفحش التي تمس الجثة إذ تنص المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري¹ على ما يلي: " كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار".

اختلف الفقه القانوني و كذا الشرعي حول تحديد طبيعة الحق في سلامة الجسم فهناك جانب من الفقه يذهب إلى أن هذا الحق له طابع فردي بينما يرى جانب آخر بأن لهذا الحق طابع إجتماعي، فتحديد هذه الطبيعة مسألة تفرض نفسها فإذا كان لهذا الحق طبيعة فردية يعني ذلك أنه يمكن للفرد التصرف فيه بمطلق الحرية، أما إذا كان الحق في سلامة الجسم ذو طبيعة إجتماعية فلا بد على الشخص أن يرجع إلى القواعد المنظمة للمجتمع الذي يعيش فيه حتى يتمكن من الكشف عن مشروعية عمله الماس بسلامة الجسم².

فهناك رأي يجعل من الحق في سلامة الجسم حقاً للفرد مادام يعترف له القانون بالمصلحة التي لا تعطل وظائف الحياة، و في أن يحتفظ بتكامله الجسدي، و أن يحررها من الآلام البدنية، فحسب هذا الرأي فإن تكييف الحق في سلامة الجسم بالطبيعة الفردية له دور مهم لجعل من رضا المريض المحور الرئيسي بخصوص التصرفات التي ترد على سلامته الجسدية، فالصفة الفردية لحق المجني عليه في سلامة جسده، هي الشرط الرئيسي و الأساسي الذي يمكن من خلاله إباحة بعض الأعمال الماسة بالسلامة الجسدية مثل ممارسة الأعمال الطبية، فرضا المريض بممارسة العمل الطبي على جسده هو شرط من شروط إباحة العمل الطبي³.

غير أن جانب آخر من الفقه يرى أنه و رغم أن الأصل هو الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم، غير أن هذا الحق له جانبه الإجتماعي، إنطلاق من فكرة أن الإنسان اجتماعي بطبعه و لا يستطيع أن يعيش منعزل عن الجماعة التي تفرض عليه بالمقابل مجموعة من الإلتزامات⁴.

¹ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

² سميره عايد اللديات، المرجع السابق، ص41.

³ مشكور خليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون-الجزائر، 2000-2001، ص.9.

⁴ عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص.55.

كما أخذ جانب من الفقه بالموقف الوسط إذ يرى بأن الحق في سلامة الجسم حق ذو طبيعة مزدوجة، فهو يجمع بين الجانب الفردي و الجانب الإجتماعي في آن واحد، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الحق في سلامة الجسم غير أن الرأي الراجح هو أن حياة الإنسان وجسمه هي من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى و بين حق العبد، مع تغليب حق الله تعالى¹ وهذا ما ذهب إليه الإمام الشاطبي و يفهم من ذلك الرأي أنه يجوز للعبد أن يسقط جزئيات الحق الذي ينسب إليه لكنه لا يجوز له إسقاط الحق في مجموعه، فليس للعبد أن يقتل نفسه أو يعطل عضو من أعضائه و لا يمكنه أن يأذن لغيره بذلك.

و من خلال هذا التباين الفكري توصلت مختلف التشريعات القانونية و المجمعات الإسلامية على ضرورة العمل بمبدأ الحق في سلامة جسم الإنسان، و قاعدة عدم المساس بكرامته بنوع من المرونة، لأن الجامد الفكري يحول دون أي مساس بالجسم البشري، فيؤدي ذلك إلى عدم تحقيق الغاية التي وجد من أجلها هذا الحق، و المتمثلة في الحفاظ على السير الطبيعي لوظائف الجسم، و تحقيق التكامل الجسدي و التحرر من الآلام البدنية و النفسية².

وأصبحت عمليات نقل و زراعة الأعضاء تمس أغلبية أعضاء جسم الإنسان وأنسجته، حيث تمكن الطب من نقل قرنيات العيون، و الكلى، و الكبد، والبنكرياس، والقلب، والعظام و الأربطة، و الغضاريف و الشرايين و الجلد و غيرها، فالتحسن الملحوظ بخصوص العلاج عن طريق زرع الأعضاء تم التوصل إليه من خلال التحكم في رفض الجسم للعضو المزروع و التوافق بين فصائل الدم بين أطراف عملية نقل و زرع الأعضاء، فساهمت هذه العمليات المعهودة بها إلى الأطباء الجراحين في التخفيف و إنقاذ العديد من المرضى المصابين بالقصور الكبدي و الفشل الكلوي³، و من تم تحقيق المقاصد التي سطرها مختلف التشريعات الدولية و الوطنية بخصوص حماية و المحافظة على الحق في سلامة الجسم.

فجوهر الحق هو الإستئثار أي ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون⁴، فالحق في سلامة الجسم يعني الإستئثار بجميع العناصر

¹ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص. 16-17.

² علي محمد بيومي، أضواء على نقل و زراعة الأعضاء، المرجع السابق، ص. 15.

³ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 44.

⁴ إيتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، د.س.ن، ص. 73.

المكونة للسلامة الجسدية، فلصاحب الحق مجموعة من السلطات تسمح له التمتع بهذا الحق الذي لا يكون له قيمة إلا إذا احتفظ بجميع مكوناته بما فيها الإحتفاظ بالمستوى الصحي. ولهذا يتدخل القانون لرسم الحدود و يمنع كل إعتداء غير مرغوب فيه على حياة الجسم أو على أداء وظيفة من وظائفه الطبيعية و هو ما يسمى بالحق في التكامل الجسماني، على هذا الأساس تهتم مختلف الدول بالرعاية الصحية للمواطن و تقديم أحسن الخدمات الصحية و أفضلها، و العمل على تطوير مؤسسات الرعاية الصحية و تزويدها بكل جديد في المجالات التقنية الطبية.

المطلب الثاني

حكم نقل و زرع الأعضاء البشرية من الناحية الشرعية و القانونية

لقد شهدت مسألة نقل و زرع الأعضاء البشرية جدلا واسعا بين الأوساط الطبية و القانونية، فظهر إختلاف بين المبيحين و المانعين للعلاج الطبي الحديث عن طريق نقل الأعضاء، فتمسكت كل طائفة بمجموعة من المبررات الشرعية و القانونية، غير أن الأفكار تطورت بتطور البحث الطبي من مرحلة التجربة إلى مرحلة العلاج الذي يشغف إليه العديد من المرضى اللذين عجز الطبي التقليدي في علاجهم، فتطور الفكر من التحريم إلى الإباحة لما في ذلك من منفعة لا بديل لها و لعدم مساس هذا التدخل الطبي للكرامة الإنسانية، و سوف نعرض أهم هذه الموافق سواء في إطار عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء (الفرع الأول) و كذا في مجال نقل الأعضاء من الميت إلى الحي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مشروعية نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء

إن لجوء الأطباء إلى التدخلات الجراحية المتعلقة بنقل و زرع الأعضاء البشرية، حقق نتائج كبيرة و أعطى للمريض أمل في الشفاء، غير أن استخدام الأطباء لهذا النوع من الجراحة الطبية لا بد أن

يكون مع التحكم في مجموعة من الضوابط¹، حتى يعلم الطبيب متى يمكنه اتخاذ قرار اللجوء إلى علاج المريض عن طريق زراعة الأعضاء، و حتى لا يؤدي قراره هذا إلى المسائلة التي قد ترتب آثار قانونية متعلقة بقيام مسؤوليته سواء المدنية أو الجزائية².

فإنطلاقاً من مبدأ عدم المساس بحرمة جسم الإنسان و مدى إمكانية التصرف فيه، ومبدأ حرمة الموتى يظهر بأن لجوء الأطباء إلى عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية قد يؤدي إلى المساس بهذه المبادئ، لذا اهتم الفقه الشرعي و القانوني بإحاطة هذا النوع من التدخل الجراحي بمجموعة من الضوابط تضمن ضرورة حماية الكرامة الإنسانية، بوضع حواجز أمام كل نشاط يهدف إلى تحقيق الربح عن طريق هذه الجراحة، فيذهب البعض إلى ضرورة تدخل الدولة و إحداث مرافق عمومي تحتكر إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء³.

فالأصل أن كل إعتداء على جسم الإنسان و المساس بالوظائف الحيوية الأساسية له يشكل عمل غير مشروع، فعمليات نقل الأنسجة و الأعضاء البشرية من شخص إلى آخر لا يخرج عن هذا الأصل، لذا تم التفكير في ضوابط و شروط محيطة بهذه العمليات لإخراجها من دائرة السلوك الإجرامي⁴، فإباحة النقل و الزرع يرجع إلى مصلحة قائمة و هي إسترجاع المريض لتكامله الجسدي وإستمرارية الحياة لأن حياته تتوقف على نقل العضو إليه، فالحصانة التي يتمتع بها بعض الأطباء للقيام ببعض التدخلات الجراحية لتوافر الضرورة الطبية، لا تكفي نظراً لخصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية فقد وضع القانون قواعد لا بد من إحترامها و لا يجوز ترك للطبيب المختص كامل الحرية و تمسكه بحقه المشروع في أداء العمل الطبي.

كما يحرص الأطباء على تهيئة الظروف المناسبة لضمان إتمام العملية بنجاح من خلال إعطاء أدوية مثبتة للمناعة قبل العملية بوقت كاف، و التأكد من توافق المريض مع المتبرع و قد أشار العديد من المختصين على ضرورة التنسيق بين الفريق الطبي الذي يشمل العمل المخول إليهم ضرورة التركيز على جانبين، الجانب الطبي و الجانب النفسي لكل من المتبرع و المريض لوجود العديد من الأحاسيس

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.172.

² NEFUSSY-LEROY Nathalie, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, vol.1, Paris, 1999, pp.35-47.

³ إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر، 2010-2011، ص.27.

⁴ إدريس عبد الجواد عبد الله، المرجع السابق، ص.121.

التي يمر بها أطراف العملية كالأعراض الجانبية (الألم، النزيف، القلق...) بالإضافة إلى الضغوطات العائلية التي قد يتعرض لها المتبرع¹.

لقد إنقسم الفكر القانوني والشرعي إلى إتجاهين حول مشروعية التعامل الجراحة الخاص بالأعضاء البشرية، فيرى جانب من الفقهة عدم مشروعية التعامل في الأعضاء البشرية فأسسوا هذا الموقف على مجموعة من القواعد و المبادئ (أولا)، في حين يرى إتجاه آخر ضرورة إستغلال ما توصل له البحث العلمي في المجال الطبي في إطار نقل و زرع الأعضاء مع إحاطة عمليات نقل وزرع الأعضاء بمجموعة من الضوابط القانونية (ثانيا) مع تحديد أساس مشروعية نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء (ثالثا) و في الأخير عرض موقف الشريعة الإسلامية من ذلك (رابعا).

أولا-الإتجاه القانوني المعارض لعمليات نقل الأعضاء من الأحياء و زرعها

بدراسة تاريخ النظم القانونية يظهر بأن جسم الإنسان لم يكن يحضى بالحماية القانونية إذ كان محلا للتعامل و محلا للملكية الخاصة، و بتطور الفكر القانوني أصبح جسم الإنسان محمي بمجموعة من النصوص الدولية و الوطنية التي أخرجته من دائرة التعاملات القانونية²، فأصبح المبدأ العام هو حرمة جسم الإنسان فإحترام هذا المبدأ يقتضي عدم اللجوء إلى النقل الجراحي للأعضاء البشرية. فلا يمكن إخضاع جسم الإنسان للتصرفات مثله مثل باقي التصرفات القانونية، التي تشترط لتقرير صحتها مشروعية المحل غير أن التعامل الذي يمس جسم الإنسان يؤدي إلى عدم مشروعية المحل لأنه لا يدخل ضمن الأموال القابلة للتعامل فيها.

كما تمسك أصحاب الرأي الرافض للمساس بالأعضاء البشرية للإنسان قيد حياته، و عدم اللجوء إلى عمليات نقل و زرع الأعضاء لما فيها من مساس بحق الشخص بسلامته الجسدية، وعدم المساس بالتكامل الجسدي و نتيجة هذا المنع هو وضع حاجز لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية و الجرائم المتفرعة عنها من خطف الأطفال و سرقة الأعضاء³.

فمن خلال ما سبق يظهر بأن الأساس الذي إعتد عليه أصحاب الإتجاه المانع لعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء هو الصورة التقليدية للحق في سلامة الجسم، مع ربط هذا المبدأ

¹ محمد الباز محمد الباز، المرجع السابق، ص.27.

² جاري بسمة و الدهبي ثورية، المرجع السابق، ص.79.

³ جبيري ياسين، الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص.195.

بفكرة الحفاظ على النظام العام الذي لا يمكن الإتفاق على مخالفته، غير أن تطور مختلف المجتمعات و التقدم العلمي في المجال الطبي دفع مختلف المفكرين في المجال الشرعي و القانوني إلى الوصول إلى أفكار تنسجم مع هذه التطورات لإباحة هذا النوع من التصرفات¹.

ثانياً-الإتجاه القانوني المؤيد لعمليات نقل الأعضاء من الأحياء و زرعها

شهدت عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء جدلاً كبيراً في مختلف المجتمعات، سواء من الناحية العلمية أو من الناحية الشرعية، فحاول مختلف المفكرين الوصول إلى التوفيق ما بين إنقاذ مرضى الفشل الكلوي و الفشل الكبدي و غيرهم من الهلاك، و بين وضع حاجز لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية و سرقتها من خلال وضع إطار يحول دون تمكين عصابات من التعامل غير القانوني بجسم الإنسان.

نظراً لما جاءت به عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من فائدة في المجال الطبي بشكل لا يسبب ضرر فعلياً للشخص المتنازل عن عضو من أعضائه توجه جانب من الفكر القانوني إن ضرورة اللجوء إن عمليات نقل و زراعة الأعضاء لتحقيق علاج المريض و إخراجهم من دائرة الهلاك، و هذا ما يحقق فائدة إجتماعية كبيرة لا يمكن تجاهلها.

فالتدخل الجراحي يخرج إستناداً على القانون من دائرة السلوكات الممنوعة لمساسها بجسم الإنسان، إذ من المتعارف عليه أن المسؤولية الجزائية لا تقوم في حالة إرتكاب شخص لخطأ جزائي ينص القانون على إباحتها، فطالما يوجد نص قانوني يأذن بإتيان تصرفات معينة فلا يسأل الشخص على مثل هذه السلوكات التي تخرج من مجال الفعل الإجرامي².

و من هنا، فإن الأعمال الطبية تدخل ضمن الأفعال المبررة -الذي يأذن به القانون- فالقانون يسمح للطبيب بإجراء التدخلات الطبية لا سيما منها التدخلات الجراحية في إطار مهنة الطبيب بإعتبارها مهنة منظمة إذ يشترط القانون بالإضافة إلى العمل في إطار تخصص طبي معين إحترام الشروط الخاصة برضا المريض و تحقيق الغايات العلاجية.

وقد حاولت التشريعات العربية و الغربية التعرض لكل تفاصيل عمليات نقل الأعضاء البشرية، لضمان حماية الأعضاء البشرية من التعاملات غير الشرعية، من خلال تقرير عقوبات جزائية لبعض

¹ مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.31.

² بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.179.

السلوكات التي تعد أفعال إجرامية¹، فهذه القوانين وضعت حدا للخلاف القائم حول مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، نتيجة إباحة هذه العمليات تحت إطار قانوني محدد. فالضرر الذي قد يتعرض له المعطي أو المتبرع يكاد يكون منعدم بالنظر إلى حجم الفائدة، التي تعود على المجتمع و فئة المرضى².

فالصراع كان و لا يزال قائم بين الراغبين في مثل هذا النوع من التدخلات الطبية، و بين الراضين لها غير أنه و مع التطور العلمي و نظرا لما حققته هذه الجراحة من نجاح على الصعيد الدولي والمحلي فإن إتجاه واسع يدعو لجواز مثل هذا النوع من التدخلات الطبية، و مع ذلك لقد فكر الفقه القانوني على إيجاد قواعد قصد تأطير هذا النوع من العلاج الطبي³.

ثالثا-أساس مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء

إن التقدم الطبي دفع الفقه القانوني إلى إيجاد مبادئ يتم الإستناد عليها لإضفاء المشروعية على عمليات نقل و زرع الأعضاء الإنسانية بين الأحياء، طالما يؤدي ذلك إلى خروج المريض من دائرة الألم و المعاناة بالشفاء من مرضه الذي كان يهدد حياته و صحته، كما يستفيد المتبرع من روح التضامن و الإنسانية دون أن يتعرض إلى مخاطر جسيمة، خاصة و أن في غالب الأحيان عند التبرع بعضو من الأعضاء يكون المتبرع أحد أفراد عائلة المريض⁴.

ظهرت عدة إتجاهات حاولت كل واحدة منهما إعطاء أساس لعمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء، فإعتمد البعض على نظرية السبب المشروع و أخذ البعض الآخر بحالة الضرورة بينما تمسك جانب آخر برضا المعطي المقترن بتحقيق المنفعة الإجتماعية.

وغني عن البيان أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا إذ ترتب عن ذلك مصلحة مشروعة تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المساس و إلا كان التدخل غير مشروع، من بين الإنتقادات الموجهة لهذه الفكرة هو عدم الدقة في تحديد المعيار الفاصل بين الأعمال الجائزة من الأعمال المحظورة حال الموازنة

¹ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 131.

² عبد العزيز بن محمد، المرجع السابق، ص 112.

³ سميره عايد اللديات، المرجع السابق، ص 72.

⁴ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 133.

بين المصالح المتضاربة، و عليه لا يمكن إعتقاد هذه النظرية وحدها خاصة و أن عملية نقل الأعضاء تؤدي إلى المساس المستديم بجسم الإنسان.

فبالنسبة لحالة الضرورة يرجع إلى خصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء التي تختلف عن غيرها من التدخلات الطبية الجراحية، لعدم وجود مصلحة الشخص المعطي تبرر المساس بجسده إذ يكون التدخل الجراحي لمصلحة شخص آخر هو المريض¹، فاحتجاج أصحاب هذه النظرية بحجة حالة الضرورة و مضمونها هو الوصول إلى موازنة بين ضرر و خطر فنلجئ إلى الضرر الأخف بهدف دفع الضرر الأكبر و في هذه الحالة تنعدم المسؤولية الجنائية عن الطبيب أخصائي الجراحة.

فإسقاط هذه النظرية على عمليات نقل و زرع الأعضاء مفادها أن الطبيب الجراح عندما يقرر إجراء مثل هذه التدخلات الجراحية، التي يهدف إلى دفع خطر جسيم يهدد المريض، بإحداث ضرر أقل جسامة على المتبرع، فتدخل الطبيب هو الذي يعيد التوازن بين الخطر الجسيم الذي يهدد المريض و بين الضرر الذي سيلحق المعطي، و هو في هذه الحالة لا يسأل جزائيا و لا مدنيا.

فعلى هذا الأساس يقتضي الأمر على كل طبيب أن يقوم بعملية مقارنة بين جسامة الخطر الذي يهدد المريض، و الأمل في شفائه و احتمال فشل الجراحة أي هلاك المريض رغم التدخل الطبي²، و قد يستند الطبيب من أجل إتخاذ قراره على إحصائيات تعدها هيئات معتمدة، فيوازن بين التدخل الجراحي و المخاطر التي قد يتعرض لها المعطي في إطار نظرية حالة الضرورة.

لقد وجه لهذه النظرية عدة إنتقادات أهمها أن اللجوء إلى عمليات نقل و زراعة الأعضاء بين الأحياء يمكن الإستغناء عنها، إذ ليست الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض إذ أنتج التطور العلمي أعضاء إصطناعية يمكنها أن تحل محل العضو المصاب، كما دفع المنتقدين بإنتفاء حالة الضرورة بالنسبة للمعطي، إذ أنه في حالة المساس بسلامته الجسدية فلا يمكن للطبيب أخصائي الجراحة دفع المسؤولية عن نفسه.

يرى جانب آخر من الفقه أن أساس مشروعية نقل الأعضاء يقوم على فكرة رضاء المعطي المقترن بتحقيق المصلحة الإجتماعية، فالرضاء هو سبب للإباحة مع شرط إقتران رضاء المعطي بتحقيق منفعة و فائدة إجتماعية من جراء نقل العضو و زرعه، فنظرا لتمتع كل فرد بالحق في سلامة جسمه

¹ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص.142.

² عبد العزيز بن محمد، المرجع السابق، ص.63.

فمن مصلحته ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه على أية صورة كانت و في أن يحتفظ بتكامله الجسدي و في أن يتحرر من الآلام البدنية¹، غير أنه من الناحية الإجتماعية يسعى الفرد بالإضافة إلى التمتع الشخصي بالمزايا المرتبطة بسلامة جسده، و هو ملزم في الوقت ذاته بواجبات إجتماعية نظير ما يتمتع به داخل المجتمع من حماية.

وبذلك يقرر أصحاب هذه النظرية أن للمجتمع حق ارتفاق على جسم الفرد، فيحضى الفرد بالحق في السلامة الجسدية بحدود معينة، فلا يستطيع المساس بسلامته الجسمية لما فيه من إهدار لارتفاق المجتمع حتما مع رضا الشخص فلا يعتد بهذا الرضا عند المساس بارتفاق المجتمع²، أما في حالة عدم تأثر حق المجتمع بهذا المساس فلا يخضع فعل الاعتداء لتجريم القانون إلا إذا كان بغير رضا الجني عليه.

كما أضاف أصحاب هذا الإتجاه أنه يجب النظر إلى الوظيفة الإجتماعية بشكل واسع، فالشخص عند المساس بسلامته الجسدية يجب عليه أن لا يعطل بهذا المساس وظيفته الإجتماعية أي القدرة على أداء وظائفه كاملة فمع التنازل عن إحدى الكليتين يستطيع الفرد مواصلة عيشته بصورة عادية، فالمنفعة التي تعود على المجتمع بعد الجراحة تعوض هذا النقص غير أنه يجب على الطبيب ألا يقبل هذا النوع من الجراحة في حالة إنعدام المنفعة الإجتماعية³.

فالقاعدة التي يأخذ بها كأساس لمشروعية زرع الأعضاء حسب أصحاب هذا الرأي تجمع بين مبدأ عدم جواز تصرف الإنسان في جسمه و تقيده بعدم المساس بالوظيفة الإجتماعية للجسم، فيخلص هذا الإتجاه إلى إباحة التصرف في الجسم عندما يؤدي النقل إلى زيادة المنفعة الإجتماعية فالنقص في جسم الشخص يقابله المنفعة الإجتماعية⁴.

لقد وجه لهذه النظرية عدة إنتقادات أهمها غموض فكرة المنفعة الإجتماعية و التي قد يختلف مفهومها من مجتمع إلى آخر، كما قد تتجه المجتمعات الشيوعية في مجال تطوير و حماية الصحة العامة على تشجيع هذا النوع من التدخلات الجراحية لعائداتها الإيجابية على المجتمع دون رعاية الإعتبارات الفردية، فقد يؤدي ذلك إلى اساءة إستعمال هذا النوع من العلاج و قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة،

¹ عبد العزيز بن محمد، المرجع السابق، ص.70.

² جهاد محمود عبد المبدي، المرجع السابق، ص.141.

³ أمجد مراقب داود عبيد، أقوال فقهية في نقل و زراعة الأعضاء البشرية، مجلة كلية العلوم السياسة فلوحة، 2009، ص.88.

⁴ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.182.

كما تتطلب عملية الموازنة إلى حساب الإحتمالات غير أن المعطي لن يجني أي فائدة عن التنازل عن جزء من جسمه، مع وجود احتمال نقص قدراته الإجتماعية.

رابعاً- موقف الفقه الإسلامي من عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

أما من الناحية الشرعية فإختلفت مواقف الفقهاء بين تحريم و إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، فاستندوا على الأدلة من القرآن الكريم و من السنة النبوية، فتمسك الفقهاء المانعون لعمليات نقل و زرع الأعضاء على وجود إعتداء على الصنعة الإلهية بشكل يتنافى مع التكريم و المكانة التي يحضى بها الإنسان عند خلقه من الله سبحانه و تعالى¹.

كما علّل أصحاب هذا الإتجاه أن اللجوء إلى هذا النوع من علاج الأمراض يفتح باب الشبهات و الفساد من خلال إنتشار عمليات بيع و تجارة الأعضاء، لكن الله يحرم كل ما يؤدي بعبدته إلى الهلاك²، فأعضاء الإنسان ليست ملك خالصا له حتى يتصرف فيها، فهي أمانة عنده الله تعالى فلا يباح له التعامل فيها كيف يشاء.

أ- الرأي الفقهي المعارض لعمليات نقل و زرع الأعضاء

فهناك فقهاء يرون عدم مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء من بينهم فضيلة الشيخ محمد متولي الشعراوي -رحمه الله- الذي قال: " أن الإسلام يمنع تنازل المسلم عن أي عضو من أعضائه بالبيع أو الهبة أو الهدية، لأن هذه التصرفات من تصرفات الملكية التي لا يملكها الإنسان في جسمه، لا كله و لا بعضه لأن مالك الجسم كله هو الله تعالى".

و من علماء المملكة العربية السعودية فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين حيث قال: "إن فتح الباب يؤدي إلى مفساد، كما نسمع عن خطف الأطفال و تقطيع أعضائهم و سمعنا أن الأطباء يتسرعون في الحكم بموت الذي مات دماغيا، من أجل أخذ أعضائه و لا تخفى مفسدة ذلك"، و لقد

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر، ط.1، 2008، ص.8.

² محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، حكم نقل و زرع أعضاء الإنسان بين الإباحة و التحريم، دار النهضة العربية، ط.2، 2012، ص.72.

إعتمد العلماء لتدعيم هذه المواقف لأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية، كما إعتمد بعضهم على القياس¹.

1- الأدلة من القرآن الكريم

لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان و أبدع صنعه و تركيبه، فلا يجوز له إتخاذ قرار تغيير هذه التركيبية بناء على إحتياج طرف آخر لجزء من جسده لما في ذلك من إعتداء على الكرامة الثابتة له شرعاً² لقوله عز وجل ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾³ و قوله ﴿يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ﴾⁴.

فترك الحرية للمتبرع حول مسألة التنازل عن جزء من جسده قد يعرضه لمخاطر تؤدي به إلى الهلاك، كما قد تؤثر على صحته و عافيته بشكل يمس قدرته على طاعة الله و عبادته و السعي للعمل، كما أن السماح للإنسان بالتصرف في جزء من جسده قد يؤدي إلى ظهور عملية بيع الأعضاء التي لا شك من تحريمها لعدم ملكيته لجسده و لأنه أحق بنفسه.

و يدعوا الفقهاء إلى عدم اللجوء إلى تنازل الإنسان عن أعضائه، بحجة إنقاذ المرضى لأنه أمر غير مؤكد لقوله تعالى ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾⁵ فالشريعة الإسلامية تنهي عن كل ما يؤدي بالإنسان إلى الهلاك بما في ذلك التبرع بجزء من جسده لغيره، إذ جاءت الآية الكريمة بصيغة الجزم الذي يفيد التحريم.

فجسم الإنسان هو أمانة عند الشخص لله تعالى، فالإنسان أولى بنفسه من غيره و أعضائه ليست ملك خالصا له، فلا يسمح له التصرف فيها بشكل يؤدي به لا محال إلى ضعف البنية الجسدية و الفشل و قد يؤدي به إلى الوفاة و هذا ما تحرمه الشريعة الإسلامية بقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁶.

¹ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.563.

² عمرون شهزاد، أحكام نقل و زرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، 2012، ص.71.

³ سورة الإسراء، الآية:70.

⁴ سورة الإنفطار، الآيات: 6-7-8.

⁵ سورة البقرة، الآية:195.

⁶ سورة النساء، الآية: 29.

فالمُنهي عنه شرعا -النهي يفيد التحريم- اللجوء إلى أي تصرف قد يؤدي بالإنسان إلى إزهاق روحه و الموت، فالخالق لما وهب للإنسان جسده كان للإنتفاع به و ليس للإعتداء عليه بقطع جزء لفائدة شخص آخر، فهذا الفعل العدواني فيه ظلم للنفس، و ينتج عنه إبطال المنافع الجسدية والإنقاص من أداء العبادات و الواجبات¹.

2- الأدلة من السنة النبوية

كما تمسك أصحاب الرأي المحرم لعمليات نقل و زرع الأعضاء لأدلة من السنة ما أخرجه الإمام مسلم بسنده عن جابر -رضي الله عنه- "لَمَّا هَاجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْمَدِينَةِ ، هَاجَرَ إِلَيْهِ الطُّفَيْلُ بْنُ عَمْرٍو وَهَاجَرَ مَعَهُ رَجُلٌ مِنْ قَوْمِهِ ، فَاجْتَوَا الْمَدِينَةَ ، فَمَرَضَ ، فَجَزَعَ ، فَأَخَذَ مَشَاقِصَ لَهُ ، فَقَطَعَ بِهَا بَرَاجِمَهُ ، فَشَخِبَتْ يَدَاهُ حَتَّى مَاتَ ، فَرَأَهُ الطُّفَيْلُ بْنُ عَمْرٍو فِي مَنَامِهِ ، فَرَأَهُ وَهَيْئَتُهُ حَسَنَةً ، وَرَأَهُ مُغَطِّيًّا يَدَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ : مَا صَنَعَ بِكَ رَبُّكَ ؟ فَقَالَ : غَفَرَ لِي بِهَجْرَتِي إِلَى نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : مَا لِي أَرَاكَ مُغَطِّيًّا يَدَيْكَ ؟ قَالَ : قِيلَ لِي : لَنْ نُصْلِحَ مِنْكَ مَا أَفْسَدْتَ ، فَقَصَّهَا الطُّفَيْلُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : اللَّهُمَّ وَلِيَدَيْهِ فَاعْفُرْ"².

فالحديث الشريف يؤكد إقرار الرسول صلى الله عليه و سلم أن الشخص الذي يفسد جزء من جسمه يبعث يوم القيامة على الهيئة التي كان عليها بعد التصرف عقوبة على فعله، غير أن جانب من العلماء يرى أن الحديث لا يشمل عمليات نقل و زرع الأعضاء الذي يهدف إلى إنقاذ النفس البشرية و إنما سبب القطع المذكور في الحديث الشريف كان للتخلص من الألم و هذا لا يعد من الضروريات. غير أن المحرمين لعمليات نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء لا يرون دخول هذه العمليات الجراحية ضمن حالة الضرورة، لما فيها من مضاعفات بالنسبة للمريض الذي يصبح عليه لازماً أخذ أدوية تقليل المناعة الطبيعية لديه حتى لا يتم طرد الجسم للعضو الغريب، و هي أدوية لا يمكنه التخلي عنها طيلة حياته و هي أدوية مضرّة عند تناولها على المدى الطويل³، كما أن حالة الضرورة لا تتوفر

¹ هيثم حامد المصاروه، المرجع السابق، ص.52.

² أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب التداوي: باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، دار السلام للنشر والتوزيع، ط2، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000، رقم 116، ص 63.

³ محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص.26.

بالنسبة للمتبرع الذي يتحول إلى مريض عرض نفسه للمخاطر و الأضرار، فقاعدة الضرورات تبيح المحضورات لها قواعد منها أن الضرر لا يزال بالضرر.

و لقد تمسك المانعون لعمليات نقل و زرع الأعضاء بأحاديث أخرى و التي تؤكد حسبهم عدم جواز لجوء الشخص إلى إتلاف نفسه لمصلحة المريض، و هذا لما رواه البخاري بسنده أن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يقول: لأقومن الليل ولأصومن النهار، ما عشت. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أنت الذي تقول ذلك؟" فقلت له قد قلته، يا رسول الله ! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فإنك لا تستطيع ذلك. فصم وأفطر. ونم وقم..."¹.

فالحديث الشريف يوضح أن الإنسان لا بد عليه من مراعاة كيانه الجسدي لما للجسم من حق على صاحبه من خلال توفير الراحة و ما يحتاج إليه من ضروريات الحياة، فإذا أهملها و أتعبها واعتدى عليها عن طريق التبرع بالأعضاء فسوف يؤدي ذلك إلى عجزه عن أداء واجباته الشرعية².

و إستدلوا أيضا بحديثين ما أخرجه الإمامان أحمد و ابن ماجه بسندهما عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر و لا ضرار"³، وما أخرجه الإمام مسلم عن جابر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز و جل"⁴، فمن جهة عملية التبرع بعضو فيها إضرار بالمتبرع و هو فعل محرم شرعا، كما يدل الحديث الشريف بأن الدواء مختلف عن الداء، و خارج هذه القاعدة يعد من قبيل التداوي بالحرام.

¹ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، مرجع سابق، كتاب الصيام: باب النهي عن صوم الدهر...، رقم 1159، ص 472-473.

² معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.103.

³ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير ب (بن ماجه)، مرجع سابق، رقم 2341، ص 400.

⁴ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، مرجع سابق، كتاب السلام: باب لكل داء دواء واستجاب التداوي، رقم 2204، ص 977.

ب- الرأي الفقهي المجيز لعمليات نقل و زرع الأعضاء

ذهب الكثير من الفقهاء المعاصرين إلى إباحة نقل و زرع الأعضاء البشرية من إنسان حي إلى إنسان حي آخر عبر العديد من الفتاوى الصادرة عن الجامع الفقهي، فلقد أصدرت جهات رسمية مكونة من مجموعة من المختصين من دول إسلامية مختلفة قرارات تجيز عمليات نقل و زرع الأعضاء، و لقد إستندوا على أدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية المطهرة و من القياس.

1- الأدلة من القرآن الكريم

ذهب الكثير من علماء الفقه الإسلامي المعاصرين على إجازت نقل عضو من إنسان حي إلى إنسان حي آخر، مستندين في ذلك على آيات الضرورة¹ نذكر منها قوله تعالى ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾² وقوله عز وجل ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³ و غيرها من الآيات التي إستناد عليها أصحاب هذا الإتجاه تطبيقاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، كأساس لإباحة العلاج بالمحرمات وقت الاضطرار.

فإذا ثبت أن مصلحة المريض في سلامة حياته وجسده يتطلب زرع عضو في جسده و لا يوجد دواء مباح يحل محله، فإن هذا جائز شرعاً إذ أباحت آيات الضرورة تناول المحرمات حفاظاً على النفس البشرية⁴، أما من جانب المتبرع فتنازله عن جزء من بدنه ليس فيه انتهاك لكرامته إذ التبرع لا يكون إلا بإذن و رضا المتبرع حفاظاً على النفس البشرية التي يأتي ترتيبها في المقاصد في المرتبة الثانية.

فمن إمتنع عن فعل حرم الله إتيانه و أدى به ذلك إلى الهلاك فسوف ينال الجزاء، فحالة الضرورة تحول الحرام إلى حلال فالله تعالى أعطى حكم مغايراً بين حالة السعة و حالة الإختيار، و على

¹ إجمد مراقب داود عبيد، المرجع السابق، ص.347.

² سورة البقرة الآية: 173.

³ سورة الأنعام الآية: 145.

⁴ محمد المدني بوساق، المرجع السابق، ص.34.

هذا الأساس يجوز اللجوء إلى نقل الأعضاء و إعادة زرعها في الجسم لأن هذه الآيات بينت أن حالة الضرورة تبيح ما لم يكن مباح في غيرها¹.

ومن الأدلة أيضا قوله تعالى ﴿مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾² و معنى إحياء النفس حسب المفسرين هو الحفاظ عليها من جميع أسباب الهلاك من قتل أو غرق أو حرق أو هدم و غير ذلك من المهلكات، و ذلك من خلال تقديم يد العون و المساعدة فكأنما أحيا الناس جميعا، ومن أسباب الحلول دون هلاك الناس نقل الأعضاء كوسيلة علاجية تضمن المحافظة على حياة الإنسان.

و هناك آيات قرآنية أخرى كثيرة تدعو إلى رفع المشقة عن العبد و التيسير عليه و عدم التعسير كقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾³ و قوله عز و جل ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾⁴، و قوله أيضا ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾⁵ و لا ريب أن إباحة نقل الأعضاء البشرية فيها تخفيف على المصابين بالعجز و النقص الجسدي، أما التحريم فهو يعاكس مدلول الآيات التي تدعو إلى التيسير و الرحمة و ليس ترك الأشخاص في المشقة و العسر. بالإضافة إلى ذلك تدعو الشريعة الإسلامية إلى إثارة الغير على النفس بقوله تعالى ﴿وَيُؤْتُوا عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾⁶ ففي الآية ترغيب و تشجيع على تقديم الغير عن النفس فالإيثار بالغير يشترط فيه ألا يؤدي بالإنسان إلى المضرة، فرغم عدم امتلاك الجسد من طرف العبد لكن الخالق أعطاه حق الانتفاع به.

فالسماح للمتبرع بنقل شئ من جسده أو أعضائه بشكل لا يلحق به الضرر و لا يؤدي به إلى الهلاك بهدف العلاج شخص آخر يعد إيثار بأهم ما يملكه الإنسان و هذا ما يحث عليه الدين، وكان رد المبيحين لعمليات نقل و زرع الأعضاء أن جسم الإنسان ليس مال يحق التصرف فيه كيفما شاء،

¹ إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص.17.

² سورة المائدة، الآية:32.

³ سورة البقرة، الآية:185.

⁴ سورة النساء، الآية:28.

⁵ سورة المائدة، الآية:6.

⁶ سورة الحشر، الآية:9.

أنه يجوز التبرع بجزء من البدن لمن يحتاج إليه، لكنه لا يجوز التبرع بالبدن كله لأن ذلك يعرض الشخص للهلاك¹.

كما تحث الشريعة الإسلامية على التعاون و التكافل إذا قال الله عز و جل ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾²، فكل من يساهم في المحافظة عليها هو عمل مرغوب فيه شرعاً، كما أن نية المتبرع و المقصد الذي يرمي إليه هو باعث الرحمة و الشفقة و معزة المريض إذ أغلب المتبرعين يقصدون الإصلاح و الخير وليس الإعتداء على سلامة الإنسان أو حياته.

2- الأدلة من السنة النبوية

تمسك الميحيين لإمكانية المساس بجسم الإنسان كوسيلة لعلاج المريض، بناء على أن الضرورة تجيز التداوي بالحرام، فهذا التمسك صحيح لكنه لا يستقيم مع إباحة النفس التي حرمها الله تعالى، فحياة الإنسان و جسده خالص لله تعالى، فلا يعمل الإنسان معاملة المال الذي يمكن التصديق به على وجه الإحسان لوجود إختلاف يؤدي إلى إختلاف الحكم و لا يجوز القياس فالشيء الذي لا نملكه لا يحق لنا التصرف فيه.

استدل القائلون بالإباحة بقوله صلى الله عليه و سلم "من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل"³ فبإمكان المتبرع أن يساعد المتبرع له من خلال إجراء عمليات نقل و زراعة الأعضاء، فهو عمل مشروع بناء على الحديث المذكور⁴، و رغم إنتقاز الإستدلال بهذا الحديث الخاص بالرقية فيرى الجانب المتمسك بالحديث أن حث الشريعة الإسلامية على نفع المسلمين لبعضهم البعض، كما أن صيغة الحديث عامة و لا يجوز تضيق الفهم و تخصيصه.

¹ عبد السلام العبادي، زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، الأزهر الشريف، مجمع البحوث الإسلامية، 2009، ص.22.

² سورة المائدة، الآية:2.

³ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، مرجع سابق، كتاب السلام: باب استحباب الرقية من العين النملة والحمة والنظرة، رقم 2199، ص 975.

⁴ ماروك نصر الدين، المرجع السابق، ص.146.

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه و سلم "مثل المؤمنين في توادهم و تراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد الواحد، إذ اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر و الحمى"¹، فهذا الحديث يؤكد أن اللجوء إلى عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية هو عمل مشروع، إذ يقع واجب على عاتق المسلمين التكافل مع بعضهم البعض ليصبحوا مثل الجسد الواحد².

غير أن المعارضين لهذا الإستدلال أكدوا بأن الحديث خاص بالتعاون المادي و حسن المعاملة بين المسلمين، غير أن التصرف في الأعضاء يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمسلمين و لا يحقق أي مصلحة لهم، غير أن المبحّين لعمليات نقل و زرع الأعضاء كان لهم رأي مغاير لأن من شروط اللجوء إلى نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء عدم تعرض المتبرع لأي ضرر سواء في الحال أو في المستقبل.

ذهب جمع غفير من فقهاء العصر و مفكره إلى مشروعية التبرع بالأعضاء من الأحياء إلى غيرهم و لكنهم قيدوا هذا الجواز بقيود و ضوابط نذكر من بين الفتاوى³، فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي القرار رقم (1)، الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة (4/28 إلى 1405/5/7 الموافق 28/19 يناير 1985) الذي إنتهى إلى القرار التالي:

أولاً: إن أخذ عضو من جسم إنسان حي، و زرعه في جسم آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية بالنسبة للمأخوذ منه، كما أنه فيه مصلحة كبيرة و إعانة خيرة للمزروع فيه، و هو عمل مشروع و حميد إذا توفرت فيه الشروط التالية:

1- لا يضر أخذ العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية، لأن القاعدة الشرعية أن الضرر لا يزال مثله و لا بأشد منه، و لأن حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة و هو أمر غير جائز شرعاً.

2- أن يكون إعطاء العضو من المتبرع دون إكراه.

3- أن يكون زرع العضو الوسيلة الطبيّة الوحيدة الممكنة لمعالجة المضطر.

4- أن يكون نجاح كل من عمليتي النزع و الزرع محققاً في العادة أو غالباً.

¹ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، مرجع سابق، كتاب البر والصلة والآداب، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم 2586، ص 1131.

² أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 86.

³ عبد السلام العبادي، المرجع السابق، ص 9.

صدرت عن المملكة العربية السعودية العديد من الفتاوى الخاصة بنقل و زرع الأعضاء البشرية نذكر منها، قرار هيئة كبار العلماء رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/6 هـ الذي تنص على¹ " قرر المجلس بالإجماع جواز نقل عضو أو جزء من إنسان حي مسلم أو ذمي إلى نفسه إذ دعت الحاجة إليه و أمن خطر من نزعها و غلب الظن بنجاح زرعها، كما قرر بالأغلبية ما يلي:

1- جواز نقل العضو أو جزء من إنسان ميت إلى مسلم إذ اضطر إلى ذلك و أمنت الفتنة في زرعها ممن أخذ منه و غلب الظن بنجاح فيمن سيزرع فيه.

2- جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك...

كما أصدر المجلس الإسلامي الأعلى الجزائري عدة فتاوى تسمح بنزع الأعضاء و زرعها في أجسام المرضى نذكر منها فتوى لجنة الإفتاء الجزائرية الصادرة في 1392/3/6 هـ الموافق لـ 20 أبريل 1972²، و التي دعت إلى ضرورة تحديد بعض المفاهيم المتعلقة بمجانبة التبرع بالأعضاء، و الموافقة الحرة على التبرع و مسألة معرفة هوية صاحب العضو و الاستفادة من زرع العضو، و ربط الفقهاء عملية التبرع بمجموعة من الشروط نذكر من بينها أن يكون المتبرع كامل الأهلية أي بالغاً عاقلاً، دون إكراه مادي أو معنوي، و أن يكون البذل بدون مقابل لوجه الله تعالى.

الفرع الثاني

مشروعية نقل الأعضاء من الميت قصد زرعها

مبدأ الحق في سلامة الجسم لا يقتصر على حماية الجسم أثناء فترة الحياة فحسب، و إنما يمتد إلى جثة الإنسان المتوفى، فإحترام جثة الميت إهتمت بها مختلف المجتمعات على خلفية دينية أو قانونية وهذا بناء على قيمه الأخلاقية و الإنسانية³، إذ عمدت مختلف الحضارات على إحترام ذكرى المتوفى ومشاعره و أحاسيس أقربائه.

¹ طالب عبد الرحمن، حكم الشرع الخفيف في الجراحة التجميلية و زرع الأعضاء، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2001-2002، ص.22.

² طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.24.

³ عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.35.

فقد نشأت مبدأ حرمة الجثة و عدم المساس بها لدى الأديان و الأخلاق العامة، ثم تكفلت مختلف التشريعات بتقرير نصوص تكفل حماية حرمة جثث الموتى و لا سيما النصوص الجزائية، من خلال تجريم الإعتداء على القبور و كذا على جثث الموتى و من ثم فإن الحماية القانونية لجسم الإنسان لا تنتهي بمجرد فقدانه الحياة بل تستمر خلال مرحلة الوفاة.

كل هذا يدفعنا إلى البحث عن مدى مشروعية نقل عضو من جثة الإنسان و أساس الذي توصل إليه لتبرير المساس بجثة الميت، وقبل الوصول إلى ذلك لابد من تحديد مفهوم الموت من الناحية القانونية و الطبية و كذا من الناحية الشرعية¹.

فقبل تحليل النقاش الذي نشأ بخصوص مشروعية التصرف في أعضاء الميت، و الأساس القانوني و الشرعي الذي إستند عليه قصد تبرير إما إباحة أو منع مثل هذه التدخلات الجراحية على جثة الإنسان بعد التحقق من وفاته، فلابد من تحديد معنى الموت نظرا لوجود إختلاف في مفهوم هذا المصطلح بختلاف زاوية النظر إليه فيوجد المفهوم الطبي للموت (أولا)، كما يوجد وجهة نظر أخرى في الفقه الشرعي (ثانيا) و في الفقه القانوني (ثالثا) لذا فلابد من توضيح هذه المسائل قبل التطرق لشروط عمليات نقل أعضاء الميت قصد زرعها من الناحية الشرعية (رابعا).

أولا- المفهوم الطبي للموت

لقد إستقر الطب الحديث عند تحديد حالة الموت الحقيقي الذي لا رجعة فيه، بالإعتماد على علامات الموت التي يستشف من خلالها موت جدد الدماغ و فقدان الجهاز العصبي لكل وظائفه الأساسية، و يتم الوصول إلى ذلك بالإستعانة بالأجهزة الطبية من جهة و بعد ملاحظة الطبيب لمجموعة من العلامات من أهمها: توقف الدورة الدموية و الجهاز التنفسي توقفا تاما، وعدم الإستجابة للمؤثرات الخارجية مهما كان التنبيه مهما و مؤلما²، نقص الضغط داخل العين، ارتخاء الأطراف، برودة الجسم، الزرقة الرموية، عدم وجود أي نشاط كهربائي في رسم المخ.

فمن الناحية الطبية نجد سلسلة من العلامات تبدأ بتوقف الجهاز التنفسي و الدورة الدموية والجهاز العصبي توقفا تاما لبضع دقائق، و ما يتبع ذلك من ظهور علامات و تغيرات و منها ظهور

¹ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.241.

² أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.99.

الجسم مظهر الجثة و يتم ذلك بعد حوالي ساعتين و هو ما يعرف بموت الأنسجة، فعند الأطباء يوجد فرق بين موت الشخص و موت الأنسجة فهذه الأخيرة تبقى مدة بعد موت الشخص محتفظة بعناصرها الحيوية¹.

كما يوجد تدرج من الموت الإكلينيكي الذي يتحقق بتوقف القلب و الجهاز التنفسي، ثم يتوقف الدماغ بموت خلايا الدماغ كنتيجة لعدم وصول الدم و الأكسجين للمخ و تسمى هذه الحالة بالموت البيولوجي و المرحلة الأخيرة هي الموت الخلوي أي موت أنسجة الجسم تدريجياً²، فيتحقق الموت التام و الكامل للجسم، و عليه فإن حالة الغيبوبة و الإغماء الطويل و الموت الجزئي للجسم و الموت الجزئي الإكلينيكي لا يمكن أن يشكل مهما طالّت المدة موتاً بالمفهوم الطبي.

ثانياً- تعريف الموت في الشريعة الإسلامية

يقصد بالموت عند أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية مفارقة الروح لجسد الإنسان، بشكل يؤدي إلى زوال الحياة و يترتب على هذه الواقعة مجموعة من الآثار الشرعية من حقوق مالية و غيرها، و الذي يهمنا هو تحديد لحظة الوفاة و مختلف العلامات التي يأخذ بها فقهاء الشريعة للحزم بمفارقة الشخص للحياة.

لقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى مجموعة من العلامات التي تشكل بتوافرها مؤشرات لموت الإنسان، ففي المذهب المالكي يوجد أربع علامات للموت³ (علامات خروج الروح من جسم الإنسان) و هي : إنقطاع النفس، و حداد البصر، و إنفراج الشفتين فلا ينطبقان، و سقوط القدمين فلا ينتصبان. فحقيقة الروح الإنسانية لا يعلمها إلا الله عز و جل إذ نسب المولى عز و جل هذه المعرفة لذاته بقوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾⁴. فالإمارات التي تؤكد مفارقة الإنسان للحياة بشكل لا رجعة فيه لا بد من تحديدها بشكل دقيق و جازم، فقد يكون الشخص مغشى عليه فيتخيل لأهله و ذويه بأنه قد مات. و مؤشرات الموت في

¹ منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، د.س.ن، ص.145.

² امير فرج يوسف، الموت الاكلينيكي، زرع و نقل الأعضاء و الدم و العلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2011، ص.5.

³ بلحاج العربي، الحماية القانونية للجنة الأدمية وفقاً لأحكام الفقه الاسلامي و القانون الطبي الجزائري، دار هومة، ص.37.

⁴ سورة الإسراء، الآية: 85.

المذهب الشافعي هي أن تسترخي القدمان فلا تنتصبان و أن تنفرج زندا يده، فنظرا لاستحالة إدراك خروج الروح من جسم الإنسان بالحواس، للتيقن من مفارقة الشخص للحياة إعتد الفقهاء على هذه المعايير و غيرها للتأكد من واقعة الوفاة.

الذي يهمننا هو موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من المعيار الحديث الذي أخذ به الأطباء لتحديد لحظة الموت، و هي لحظة موت جذع الدماغ إذ بعد تأكد الأطباء من ذلك يكون بإمكانهم إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، التي تشترط لضمان نجاحها أخذ الأعضاء من جسم الميت قبل موت الخلايا، إذ أنه في حالة طول الإنتظار لا يمكن إستغلال الأعضاء البشرية في عمليات الزرع¹.

لكن فقهاء الشريعة الإسلامية ظهر فيهم فريقين منهم من رفض الأخذ بالمعيار الطبي الحديث وإعتبار الإنسان ميت بتوقف الدماغ إذ لم يتوقف القلب عن الخفقان إذ لا بد من توقف القلب توقفا تاما للقول بزوال الحياة، فتوقف التنفس و نبضات القلب و غيرها من مظاهر الحياة تؤدي إلى خروج الروح من جسد الإنسان، و يتحقق الموت و لا نكتفي بموت الدماغ (جذع الدماغ).

و لقد إستند أصحاب الرأي المستبعد للمعيار الحديث الخاص بتحديد لحظة الوفاة بأدلة من القرآن الكريم منها قوله عز و جل ﴿وَلَيْسَتِ التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّىٰ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْآنَ وَلَا الَّذِينَ يَمُوتُونَ وَهُمْ كُفَّارًا أُولَٰئِكَ أَعْتَدْنَا لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾² و قوله تعالى ﴿فَضَرَبْنَا عَلَىٰ آذَانِهِمْ فِي الْكَهْفِ سِنِينَ عَدَدًا ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَىٰ لِمَا لَبِثُوا أَمَدًا﴾³ إذ من خلال هاتين الآيتين يتضح أنه يوجد علامات قد توحى بأن الشخص قد فارق الحياة، لكنها في الحقيقة غير كافية للحكم بذلك، و من تم فإن موت الدماغ بزوال الشعور والإحساس لا يمكن الأخذ به للقول بأن روح الإنسان قد فارقت جسده.

كما إعتد الفقهاء أصحاب هذا الرأي على مبدأ سد الذرائع، إذ قد يستغل الأطباء عمدا المعيار الحديث الخاص بتحديد لحظة الموت لإلتخاذ قرار إجراء العمليات الخاصة بنقل و زرع الأعضاء من الميت إلى الحي، قبل الموت الحقيقي للشخص حتى تصلح الأعضاء للنقل، بالإضافة إلى الأخطاء

¹ امير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.64.

² سورة النساء، الآية : 18.

³ سورة الكهف، الآيتين : 11 و 12.

الطبية التي قد تحدث عند تشخيص موت الدماغ (جدع الدماغ) في حالة الإكتفاء بهذا المعيار منفردا للحكم بوفاة الشخص¹.

أما الرأي الفقهي المؤيد للمعيار الحديث المحدد للحظة موت الإنسان بموت دماغه و مع بقاء نبضات قلبه و إعتبره موتاً حقيقياً، يرى أن إنتهاء حياة الإنسان تتحقق لما يكون الجسد غير قادر على خدمة الروح بشكل لا رجعت فيه، فمفارقة الروح الجسد هو إنقطاع تحكم الروح في الأعضاء وخروج الجسد عن طاعة الروح، إذ تشكل الأعضاء آلات للروح التي تستغل ذلك لتشغيل مختلف الحواس².

فقدرة المختصين من أطباء و باحثين على الكشف عن اللحظة التي يفقد فيها الجسد بصورة نهائية القدرة على الإحساس و عن القيام بأية حركة إرادية، نكون قد وصلنا إلى تحديد وقت مفارقة الروح للبدن ووقوع الموت، فالمعيار الحديث الخاص بتحديد الوفاة استنادا إلى موت الدماغ تتوافق مع النظرة الشرعية التي تقرر الموت بخروج الروح من جسد الإنسان، فالمؤشرات العلمية الحديثة كفيلة لتحديد عدم ملازمة الروح للجسد و إنعدام الحركة الإختيارية.

فرغم تمسك بعض العلماء و الباحثين إلى تأييد المعيار الحديث للموت إلا أنه لم يتوصل إلى إتفاق من طرف أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية.

ثالثاً- موقف فقهاء القانون حول تحديد لحظة الموت

الملاحظ أنه يوجد إختلاف في تحديد لحظة الوفاة خاصة مع ظهور عمليات نقل و زراعة الأعضاء التي تستوجب من الناحية الفنية السرعة في إجراء التدخل الجراحي، حتى يستغل العضو خلال سريان الحياة في الأنسجة و الخلايا المكونة له، فتحديد لحظة الموت له أهمية كبيرة خاصة في مجال زرع الأعضاء، إذ يوجد إختلاف كبير بين المعيار القديم و الحديث في تحديد واقعة الوفاة. فهل يترك هذا الأمر للأطباء و لما توصل إليه العلم من معرفة؟ أم لابد من صدور تشريع يحدد مفهوم الموت و على الأطباء تطبيقه³؟

¹ عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.23.

² الإمام أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الآفاق العربية، الجزء الرابع، ص.494.

³ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.257.

فنظرة القانون تختلف عن نظرة الطب للموت فالموت بالنسبة للقانون واقعة فجائية تؤدي إلى زوال الشخصية، و يرتب في نفس الوقت آثار قانونية أما بالنسبة للأطباء فالموت هي عبارة عن حالة متطورة لها مراحل متدرجة تبدأ بالموت الإكلينيكي مروراً بموت القلب، و توقف الدورة الدموية وصولاً إلى الموت الخلوي، فإختلفت الآراء إذ يرى البعض بأن الوفاة مسألة قانونية و من ثم يرى أصحاب هذا الرأي ضرورة صدور تشريع يُعرّف الموت، بينما يرى جانب آخر أن واقعة الوفاة هي من إختصاص الطب.

فأصحاب الإتجاه الأول يرون ضرورة تدخل المشرع في تحديد مفهوم واقعة الموت قصد طمأنة الرأي العام من جهة و الأطباء من جهة أخرى، فالخوف من استئصال عضو سليم من شخص قبل وفاته من طرف أطباء متعاطشين لعمليات زرع الأعضاء، هو خوف قائم لدى الرأي العام و لا ينمحي هذا الخوف بإسناد مهمة تقرير الوفاة إلى طبيب غير الذي يقوم بعملية الزرع¹.

أما الإتجاه الآخر فيرى أن تحديد واقعة الموت بنص قانوني أمر غير جائز لأن هذه المسألة هي من إختصاص الطب فبالنظر للتقدم العلمي المستمر لا يمكن تحرير تعريف للوفاة دقيق و صالح عبر الزمن، وهو أمر يتطلب تعديلات مستمرة للتشريع حتى يواكب التطور الطبي، و على هذا الأساس يجب ترك الحرية للطب في تحديد لحظة الموت.

وقد عارض جانب من الفقه مسألة وضع معيار قانوني يستند عليه من أجل تحديد الوفاة، لأن المسألة قد تختلف من مريض إلى آخر و من ثم إختلاف المعيار المعتمد عليه²، لذا حسب أصحاب هذا الرأي فإن القانون يجب ألا يضع تعريف للموت و إنما يمكن فقط أن يضع بعض القواعد التي تسهل على الأطباء مهمتهم و أدائهم لمسؤوليتهم و توفر لهم الحماية و تحقق لهم وللمرضى الطمأنينة.

مع هذا الإختلاف فلقد سلك البعض الموقف الوسط حتى يكون تحديد لحظة الموت لا يدخل في الإختصاص المطلق للأطباء، و لا يحق في الوقت ذاته ترك المشرع يضع تعريف قانوني جامد و إنما لابد من التوفيق بين التدخل الطبي عند معاينة الوفاة، و التدخل القانوني لتحديد إطار يحمي الحقوق و الحريات بتقعيد قواعد تحدد ماهية الوفاة من حيث الجوانب الثابتة و التي لا تتأثر بالتطور العلمي،

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص.99.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.49.

و بالنسبة للعلامات و المعايير المتغيرة القابلة للتغير تترك لتقدير الأطباء، فالوفاة هو خليط بين واقعتين طبية و قانونية¹.

الملاحظ أنه من الناحية القانونية لم توضح مختلف الشرائع المقصود من الموت و ترك تحديد مفهومه للأطباء و هو نفس توجه المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة و الذي جاء في نص المادة: 362 منه أنه: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلاّ بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة..."، و لقد نصت المادة: 204 من ذات القانون على أن: "لا يتم الدفن إلاّ على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة يعدها طبيب حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم. تبين هذه الشهادة المحررة حسب نودج تعده الإدارة المختصة، سبب أو أسباب الوفاة و عند الاقتضاء، المعلومات المفيدة للصحة العمومية وفق شروط تضمن سرّيتها"، لكن المشرع لم يحدد في قانون الصحة أو في مدونة أخلاقية الطب مفهوم الوفاة.

رابعاً- موقف الشريعة الإسلامية من أخذ أعضاء الميت قصد زرعها

أثارت عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى خلاف حول مدى مشروعيتها، لأن جثة الإنسان تتمتع بقدر من الحرمة و الكرامة، فالشريعة الإسلامية أمرت بتغسيل الإنسان الميت و تكفينه، و الصلاة عليه ثم دفنه بمثواه الأخير، و حرمت أي صورة من صور الإعتداء عليه، و إذا كان التقدم العلمي توصل إلى إمكانية الاستفادة من أجزاء الإنسان الميت، بزرعها في جسم الإنسان المريض على إعتبار أن التداوي أمر مرغّب فيه شرعاً، فقلد إقتسم الفقه الإسلامي إلى فريقين حول مدى مشروعية نقل الأعضاء من جثث الموتى، فذهب البعض إلى تحريم هذه العملية بناء على حجج و أدلة من القرآن و السنة، بينما ذهب البعض الأخر إلى القول بإباحتها².

أ- الرأي القائل بعدم جواز نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

تمسك أنصار الإبتحاح المعارض لعمليات نقل الأعضاء البشرية من الأحياء إلى الأحياء إلى ضرورة تحريم هذه التصرفات على جسد الأموات أيضاً، لأن جثة الإنسان هي ملك لله و لا يستطيع أحد

¹ عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص.63.

² عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص.52.

التصرف فيها كما يشاء، و هي محل تكريم من المولى عز وجل، فالتصرف فيها عن طريق نقل الأعضاء فيه إعتداء لهذا التكريم و إستدلوا لتبرير هذا الموقف بأدلة من الكتاب و السنة النبوية.

1- الأدلة من القرآن الكريم

قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾¹، فلقد خلق الله الإنسان في أحسن صورة، و على أحسن هيئة و فضله على سائل المخلوقات بخصائص و نعم، من أهمها نعمة العقل التي تمكّنه من التمييز بين ما هو صالح له و ما هو مضر²، و من تم فالتصرف في أعضاء الميت بعد وفاته يتنافى مع هذا التكريم حتى و إن كان المنزوع منه العضو كافرا لأن العبرة بخلقه و ليس بعقيدته.

كما إستدل أصحاب الرئي المحرم بقوله عز وجل ﴿وَلَا ضِلَّيْنَهُمْ وَلَا مَنِّينَهُمْ وَلَا أَمْرُنَهُمْ فَلَيُبْتِغْنَ آدَانَ الْأَنْعَامِ وَلَا مَرْنَهُمْ فَلَيُغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا﴾³ إذ أنه و رغم ورود الآية بخصوص فقء عين الأنعام، لكن النص جاء عام يخص كل تغيير لخلق الله، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فيدخل في مفهوم الآية نقل جزء من إنسان إلى غيره، لأنه نوع من أنواع تغيير خلق الله.

غير أن هذا الإستدلال واجهه إنتقاز أساسه عدم المساس بكرامة الميت الذي يعامل مثلما يعامل الحي إذ تجرى له العملية بكل عناية دون المساس بجرمة جثته على الوجه المنهي عنه شرعا، كما أن الغاية من عملية نقل العضو هي غاية محمودة تهدف إلى تحسين صحة المريض و إنقاذه من الهلاك، فلا يوجد إهانة للميت الذي سينال الأجر الحسن من هذا العمل التطوعي و هذا خير من ترك العضو للتلف في حين أن المريض بأمس الحاجة إليه⁴.

أما الدليل الثاني فنوقش من حيث عدم الأخذ بظاهر الآية فعبارة تغيير خلق الله لا نأخذها بالمفهوم الواسع حتى تصبح تشمل الكثير من الأشياء التي لم تخصها الآية الكريمة بالذكر، كقص الأظافر و الختان و قص الشعر و غيرها، فهناك الكثير من السلوكات الجائزة رغم انها تشكل تغير لخلق

¹ سورة الإسراء، الآية: 70.

² عبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.90.

³ سورة النساء، الآية: 119.

⁴ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.322.

الله تعالى، و منه فإن نقل أعضاء الميت لا يشملها التحريم الوارد في الآية لأنه وليد الحاجة والضرورة، فالتحريم الذي تقصده الآية هو ما كان على وجه العبث.

2 - الأدلة من السنة النبوية

عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "كسر عظم الميت ككسره حياً"¹، يفهم من الحديث بأن جسم الإنسان له حرمة و عصمة في حياته أو بعد موته، فالتعدي على حرمة الحي يماثل التعدي على حرمة الميت فلا يجوز إيذاء أو التعدي على الميت²، فلا يجوز شق بطن الحي أو كسر عظامه فهذا المنع يشمل أيضاً جسم الميت و من تم فإن أخذ عضو الميت هو عمل غير مشروع.

عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "إن الله أنزل الداء والدواء، و جعل لكل داء دواء، فتداووا و لا تداووا بحرام"³ و بما أن لجسم الإنسان حرمة فلا يجوز اللجوء إلى عمليات نقل أعضاء الميت التي تدخل ضمن التداوي بالحرام و هو عمل منهي عنه، بالإضافة إلى أن الجسد هو في الأصل ملك للخالق - سبحانه و تعالى - فليس للإنسان إلا حق الإنتفاع به فلا يملك جسده كما يملك المال.

كما إستدل أصحاب الرأي المحرم لنقل أعضاء الميت قصد زرعها، بالنقاش الذي ثار حول عدم جواز تناول المضطر لحم إنسان ميت، و هو رأي جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية، الشافعية و الحنبلية) و لا يأخذ بحالة الضرورة لعدم جواز إنتهاك حرمة الأدمي و إن كان كافر، فالميت يتمتع كالحي بالمعصومية و لا يباح أكله⁴.

و لقد رد على أوجه الإستدلال بأنه لا يمكن المقارنة بين نقل أعضاء الميت من أجل علاج المريض و كسر العظم، فالمقصود من النهي الوارد في الحديث هو عدم جواز العبث بالجثة و تشويهها كما كان ذلك في حروب الجاهلية، فالظاهر من الحديث هو تحريم كسر العظم بمجرد الكسر،

¹ سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط2، الرياض، 2015، رقم 3207، ص 410-409.

² محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.325.

³ سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، المرجع السابق، رقم 3874، ص 484.

⁴ عبد الحلیم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص.95.

أما في نقل العضو من الميت ففيه إنقاذ حياة شخص آخر و تحسين صحته و ليس فيه شيء من العبث.

ب- الرأي القائل بجواز نقل الأعضاء من الأموات إلى الأحياء

إعتبر الأزهر موت جذع المخ أو ما يسمى الموت الإكلينيكي وفاة حقيقية، يجوز بعدها إنتزاع أعضاء الشخص الميت، و زرعها للمريض، فخلص المشاركون في مجمع البحوث الإسلامية بحضور ثلة من الأطباء و شيخ الأزهر د.محمد سيد طنطاوي¹ : " إن الشخص يعتبر قد مات موتا حقيقيا على سبيل اليقين، و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة بإحدى علامتين، هما توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما، و حكم الأطباء بأن ذلك لا رجعة فيه، أو إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، و حكم الأطباء الثقات الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، و أن دماغه أخذ في التحلل". فالشريعة الإسلامية كرمّت الإنسان سواء حياً أو ميتاً، و حرمت الإعتداء عليه أو على أي عضو من أعضائه، كما حرّمت بيع الإنسان لأجزاء من جسده، فعلى هذا الأساس يكون للسلطات المختصة في المجال الطبي و التشريعي الحق في وضع القواعد القانونية المناسبة التي تضمن تأطير خاص لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، بشكل يتوافق مع الاحكام الشرعية التي أقرها مجمع البحوث الإسلامية.

ولقد ناقش الفقهاء مسألة أولية قبل التطرق إلى إمكانية الإنتفاع بجثة الإنسان، و هي مدى جواز تشريح الجثة؟ و بذلك صدر قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دروته العاشرة المنعقدة في مكة المكرمة و في الفترة من يوم السبت الموافق 17 أكتوبر 1987م إلى يوم الأربعاء 28 صفر 1408هـ الموافق 21 أكتوبر 1987م كما يلي²، يجوز تشريح جثث الموتى لأحد الأغراض الآتية:

- التحقيق في دعوى جنائية : لمعرفة أسباب الموت، أو الجريمة، و ذلك عندما يشكل على القاضي معرفة أسباب الوفاة، و يكون التشريح هو السبيل الوحيد لمعرفة هذه الأسباب.
- التحقيق من الأمراض التي تستدعي التشريح، ليتخذ على ضوءه الإحتياطات الواقية، والعلاجات المناسبة لتلك الأمراض.

¹ امير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.54.

² أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.113.

-تعليم الطب و تعلمه، وفقا للمعايير المعمول بها في كليات الطب.

1- الأدلة من القرآن الكريم

قوله عز و جل ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹ وقوله ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾² بالإضافة إلى آيات الضرورة و هي عديدة من بينها قوله عز من قائل ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾³ فقد يقع الإنسان في حالة من حالات الضرورة فيجد نفسه مضطر على القيام بفعل هو محرم في الأصل.

فالقرآن الكريم جاء بأحكام عامة تطبق في حالة الضرورة كالحالة التي يكون عليها المريض الذي يحتاج إلى عضو الميت، إذ تخرج من دائرة التحريم، فحكم الإضطرار هو حكم عام يسري على جميع المحرمات و من ثم يجوز نقل جزء أو عضو من إنسان ميت إلى إنسان حي، لأن هذا الأخير مهدد بالهلاك و هو مضطر لإستغلال أعضاء الميت⁴.

كما استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾⁵ فاليسر مطلوب في الأمور كلها و اللفظ جاء عاماً في هذه الآية الكريمة، فمع إنعدام النهي الشرعي المحرم يكون نقل الأعضاء من إنسان ميت إلى إنسان حي يدخل ضمن عموم اللفظ الذي جاءت به الآية الكريمة.

2 - الأدلة من السنة النبوية

قول النبي صلى الله عليه و سلم: "إن الدين يسر"⁶ و قوله: "يسروا و لا تعسروا و بشروا و لا تنفروا"¹ فهذه الأحاديث تذهب إلى نفس المعاني التي جاء بها القرآن الكريم، بإستبعاد كل ما فيه

¹ سورة المائدة، الآية: 3.

² سورة الأنعام، الآية : 119.

³ سورة الأنعام، الآية : 145.

⁴ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.330.

⁵ سورة البقرة، الآية : 185.

⁶ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، دار بن كثير، كتاب الإيمان: باب الدين يسر، ط1، دمشق-بيروت، د.ب.ن، 2002، رقم 39، ص 20.

عسر و العمل بما فيه يسر على الأمة، بإسْتِنَاء ما حرّمه الشرع و المؤكّد أن عمليات نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء، تحقّق مصلحة معتبرة للمرضى، و على هذا الأساس فإن اللجوء إلى نقل أعضاء الميت لمعالجة المريض، دعت إليه النصوص القرآنية و أكدته الأحاديث النبوية، كقوله صلى الله عليه و السلام: " لا ضرر و لا ضرار"².

ومن الفتوى الشرعية التي أصدرتها مختلف الهيئات العربية فتاوى دار الإفتاء المصرية حول شرعية إستقطاع الأعضاء و نقلها بحيث كرامة الشريعة الإسلامية الإنسان بعد موته³، من خلال المحافظة عليه و دفنه إذ ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم النهي عن كسر عظم الميت لأنه ككسره حيا، فلا يجوز التعدي على كرامة الميت غير أنه إذا دعت الضرورة التي تكون فيها المصلحة أعظم من الضرر الذي يصيب جسد الميت، فإن الدين الإسلامي يحث على رعاية المصالح الراجحة. و من الجائز شرعا أخذ أعضاء الميت تطبيقا للقاعدة الشرعية التي تحكم بأنه إذا دار الأمر بين محظورين يصادر الأمر إلى أخف الضررين.

كما أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 6 ربيع الأول سنة 1392 الموافق ل 20 أبريل 1972⁴، فتوى حول حكم نقل الدم و زرع الأعضاء و هذا بعد إستشارة الأطباء و مناقشة العلماء، أنه يجوز أن يوصي الشخص بالتبرع بعضو من أعضائه حال حياته و يأذن بتشريح جثته بعد موته، فمدام رضي بذلك فلا يعد ذلك تشريح منهي عنه شرعا خاصة و أنه لفائدة شخص معين أو لفائدة الجماعة.

ونشير في الأخير أن نقل الأعضاء التناسلية سواء الخاصة بالرجال أو الخاصة بالمرأة إستقر الرأي الفقهي والشرعي على عدم جوازها، لأن ذلك قد يؤدي إلى إختلاط الأنساب و لما لها من دور في تشكيل الخصائص الوراثية للإنسان، و لقد برر بعض الفقهاء هذا المنع أن هذا النوع من نقل الأعضاء لا يعد من الضرورات، و يعد مخالف للنظام العام و الآداب العامة⁵.

¹ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، المرجع نفسه، كتاب الإيمان: باب ما كان النبي صلى الله عليه يتخولهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، رقم 39، ص 60.

² سبق تحريجه.

³ مروك نص الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، القوانين و القرارات و الفتاوى...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الثالث، ص. 20.

⁴ طالب عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 24.

⁵ خالد مصطفي فهمي، المرجع السابق، ص. 351.

و لقد أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس خلال الفترة من 14-20 مارس 1990 أنه : " بما أن الخصية و المبيض يستمران في حمل و إفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد فإن زرعها محرم شرعا " ، كما نصت المادة 2/2 من القانون المصري لسنة 2010 على أنه : " يحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى إختلاط الأنساب " ، ونصت المادة 3/2 من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على أنه : " و في جميع الأحوال يحظر نقل الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة إذا كان النقل سيؤدي إلى إختلاط الأنساب ".

بعد دراسة مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتعين الوقوف عند المسؤولية المدنية للطبيب الجراح بشأن نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهو ما سنفصل في احكامه ضمن مقتضيات الفصل الأول من هذه المذكرة.

﴿الفصل الأول﴾

المسؤولية المدنية الطبية المتعلقة
بنقل وزرع الأعضاء البشرية

لقد تطور موقف الفقهاء حول التدخل الجراحي المتعلق بعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، بالنظر إلى تحكم الأطباء في عمليات زرع الأعضاء البشرية و التي حطت خطوات متقدمة، بحيث أصبح بإمكان الأطباء تصنيع أعضاء بشرية من المريض نفسه، بدلاً من نقل عضو من شخص آخر و هو ما يشابه طباعة الأعضاء البشرية.

وقد اهتم الفقهاء بتنظيم اطار قانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء حتى يعرف الطبيب الجراح بالدرجة الأولى، حدود تدخله الجراحي حتى لا يقع في خطأ يؤدي به إلى المسائلة المدنية، كما اهتمت مختلف التشريعات بسن اطار قانوني واضح لحقوق المريض و المتبرع و كذا حرمة جثة الميت، خاصة و أن عمليات نقل و زرع الأعضاء هي عملية ذات طبيعة خاصة لاتصالها بالجسم البشري مباشرة، والذي يحضى بالحماية القانونية و الشرعية.

فالمسؤولية الطبية المدنية في مجال زراعة الأعضاء هي مسؤولية ذات طابع خاص يجعلها تخرج عن القواعد العامة المستقر عليها في مجال المسؤولية الطبية، و هذا بالنظر إلى الخصوصية التي يمتاز بها التنظيم القانوني الخاص بعمليات نقل الأعضاء و الذي يهدف إلى ضمان حماية العضو البشري الذي يشكل جزء من الكرامة الإنسانية. و كذا حماية أطراف العملية الجراحية من كل التجاوزات سواء كان ذلك ما بين الأحياء أو بعد الوفاة.

فعلى الطبيب الجراح أن يوفي بالتزاماته المهنية و أن يحترم التنظيم القانوني بهدف علاج المريض، دون التضحية بمبدأ التناسب بين المخاطر التي يتعرض له المتبرع بالعضو، و الفائدة التي تعود على المنقول إليه (المريض)، و ضمان احترام ارادة جميع الأطراف بما فيهم المتوفى. كل هذا يؤدي بنا إلى التطرق إلى إلتزامات الطبيب الجراح المهنية و ضوابط قيام أركان المسؤولية الطبية، والتي تثير بدورها دراسة ركن الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

وبناء على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج في المبحث الأول طبيعة التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل و زرع الأعضاء، ثم نعكف في المبحث الثاني على بيان خصوصية الإلتزام الطبي في مجال نقل و زرع الأعضاء.

المبحث الأول

طبيعة التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل و زرع الأعضاء

إن ما توصل إليه الفقه و القضاء عند تحديده لطبيعة و مضمون الالتزام الطبي هو أن الأصل في التزام الطبيب أنه التزام بعناية، فالمدين عموماً إما أن يكون إلتزامه يتعلق بتحقيق واقعة محددة و يكون الوفاء قد تم بتحقيق النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملزماً فقط ببذل عناية فيطلب منه بذل حرص معين دون مطالبته بتحقيق نتيجة محددة¹، فيعرف الفقه النوع الأول بالإلتزام بنتيجة، أما النوع الثاني فيسمى الإلتزام بالعناية و الحرص، و يحدد معيار التمييز بينهما بدرجة تحقق النتيجة التي يتوقعها الدائن.

فالمتفق عليه فقهاً و قضاء هو أن الأصل العام أنه يقع على الطبيب إلتزام عام بالحرص والعناية، و استثناء من ذلك يكون في بعض الحالات الخاصة ملزماً بتحقيق نتيجة، أي إلتزاماً محدداً. فلا يلتزم الطبيب بشفاء المريض، و إنما عليه فقط أن يبذل في سبيل ذلك عنايته و حرصه، لأن هذه النتيجة (شفاء المريض) مسألة احتمالية غير مؤكدة².

فلتحديد مسؤولية الطبيب المعالج، لا بد من معرفة طبيعة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب، فيما إذا كان الإلتزام ببذل عناية أم الإلتزام بتحقيق نتيجة، كما يطرح التساؤل إن كانت هذه القواعد في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء تحتوي على خصوصيات، و لأجل التعرف على ذلك، لا بد من التطرق أولاً إلى الإلتزامات الطبية عن العمليات الجراحية (المطلب الأول)، و بتحديد خصوصية الإلتزام الطبي في مجال نقل و زرع الأعضاء (المطلب الثاني).

¹ ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً و قضاء، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 2007، ص.50.

² محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية، دار الفطر العربي، الإسكندرية، 2006، ص.215.

المطلب الأول

الالتزامات الطبية عن العمليات الجراحية

إن مهنة الطب هي مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية مقدسة لها أهميتها الدائمة، وينشأ عنها علاقة بين المريض والطبيب، فعلى الطبيب الاهتمام بالمريض وبذل العناية التي تقتضيها مهنة الطب لتحقيق سبل علاجه. إلا أن مهنة الطب تشهد تطوراً علمياً كبيراً في العصر الحالي، وهذا التطور جعلها مصحوبة بأخطاء كبيرة و أخطار كثيرة تلحق بالمضروب ضرر دون أن يكون هناك خطأ وفي بعض الأحيان يصعب على المضروب إثبات خطأ الطبيب للحصول على التعويض. من هنا دعت الحاجة إلى ضرورة توفير حماية للمريض تكفل له حقوقه من خلال تنظيم المسؤولية الطبية¹.

لذلك يجب الموازنة بين مصلحتين متضاربتين هما مصلحة المريض في سلامة جسده، وعدم المساس به من قبل الغير، ومصلحة الطبيب في ممارسة مهنته بقدر كبير من الحرية دونما قيود أو مخاوف تجعله يتردد في ممارسة عمله، وعدم اللجوء إلى ما توصل إليه التقدم العملي من إكتشافات خشية المسائلة².

وقبل أن نتطرق للطبيعة القانونية لالتزام الطبيب الجراح في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء، يجب تحديد مفهوم الإلتزامات الطبية في المجال الجراحي بشكل عام لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، بحيث يتم دراسة الأصل العام في مجال الإلتزامات الطبية و هو الإلتزام ببذل عناية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة كاستثناء (الفرع الثاني).

¹ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دار المطبوعات الجامعية، 2009، ص.72.

² أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص.41.

الفرع الأول

الالتزام ببذل عناية كأصل عام

إن العقد الطبي أو ما يسمى بعقد العلاج الذي يبرم بين الطبيب والمريض يوجب على الطبيب بذل عناية صادقة لتخفيف الآلام عن المريض للوصول للشفاء وفقاً للقواعد المستقرة في مهنة الطب، وهذا يعني أنه لا يلتزم بضمان شفاء المريض أو عدم وفاته، فالشفاء هو بيد الله سبحانه وتعالى، ويتوقف على عدة اعتبارات وعوامل لا يستطيع الطبيب دائماً السيطرة عليها، كمناعة الجسم والعوامل الوراثية¹.

فالمبدأ المسلم به هو أنه لا يعد فشل الطبيب في علاج المريض ضرر تقوم بموجبه مسؤولية الطبيب، سواء أكان عدم الشفاء تاماً أو جزئياً، لأن الطبيب في عقد العلاج لا يتعهد بتحقيق الشفاء للمريض بل يلتزم فقط بسهره على العناية الواجبة للوصول إلى علاج المريض، لأن الشفاء يتوقف على عوامل و اعتبارات كثيرة لا تخضع دائماً لسلطان الطبيب.

فالتبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة معينة وإنما ببذل العناية الصادقة من أجل شفاء المريض بأن يصف له من وسائل العلاج ما يرتجي به شفائه من مرضه، ولا يكفي لكي يعد الطبيب مخالفاً بالتزامه تدهور حالة المريض، بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في علاجه ولا يكون ذلك إلا إذا وقع خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية وهناك عدة عوامل يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد مدى تحقق الإلتزام الطبي و تنفيذ الطبيب للعناية المطلوبة منه².

فصدرت عدة إجتهادات قضائية قررت بأن الأصل أن الطبيب لا يلتزم بأن يضمن لمريضه العافية و الشفاء، و إنما يلتزم بأن يعتني بالمريض العناية الكافية و أن يصف له من وسائل العلاج ما يرجي به شفاؤه، كما أن طول العلاج لا يسأل عنه الطبيب إذ أثبت أن العلاج الطبيعي كان سيحقق نفس النتيجة³.

¹ أحمد حسين الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008، ص.46.

² بوجمة صويلح، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 2001، ع1، ص.61-77.

³ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، 2004، ص.84.

و العلة من تكيف التزام الطبيب بأنه إلتزام ببذل عناية، هو أن العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الإحتمال و التخمين، فاقصر محل التزام الطبيب على بذل العناية يقوم على فكرة الإحتمال التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فلا يمكن للطبيب أن يضمن النتيجة للمريض¹.
فلا يلتزم الطبيب بأي نتيجة مهما كان المرض الذي يعاني منه الشخص، فلا يلتزم بوضع حد لتطور المرض إلى ما هو أسوأ، لأنه لا يلتزم بالأ تسوء حالة المريض، و بالأ تتخلف لديه عاهة جديدة نتيجة تطور المرض. فحدوث كل هذه الإصابات للمريض أو أشد منها لا يعني أن الطبيب قد أحل بالتزاماته.

لقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 قرارها الشهير المتعلق بالسيدة "مرسي" حدد طبيعة و مضمون الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب تجاه المريض، فقررت بأن الطبيب في عقد العلاج، مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض إلا أنه يلتزم بأن يبذل للمريض عناية، و هي عبارة عن جهود صادقة، يقظة و متفقة مع الأصول العلمية الثابتة².

فالمفهوم الجديد للإلتزام ببذل العناية هو مفهوم متحرك بالنظر إلى درجة تطور العلم الذي يجب على الطبيب أن يُلم به، فالعناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بد أن تتخذ هي الأخرى مفهوماً متحركاً، و هذا يعطي إتساع لمفهوم العناية، تبعاً لانتشار الأجهزة الطبية و الوسائل العلاجية الحديثة.
هناك من قسم العناية الواجبة على الطبيب إلى قسمين بحيث نفرق بين العناية التي تقع على عاتق الطبيب في الظروف العادية، و العناية الواجبة على الطبيب في الظروف الاستثنائية. ففي الظروف العادية يلتزم الطبيب بتقديم عناية تتفق و الضمير الإنساني و المهني و طبقاً للأصول العلمية الثابتة، ففحص الطبيب للمريض يجب أن يكون بتأني و بستعمال جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، حتى يكون رأيه بعيداً عن الخطأ قدر الإمكان و على الطبيب أن يبذل جهده في محاولة تطبيق معلوماته و خبرته تطبيقاً صحيحاً.

¹ رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، المركز القومي لإصدارات، 2005، ص.78.

² Arrêt Mercier rendu par la chambre civile de la cour de cassation le 20 mai 1936: « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux attentifs et réserves faites des circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science ; la violation même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionné par une responsabilité de même nature, également contractuelle ».

أما عن الأصول العلمية الثابتة فهي تندرج ضمن المجهود الذهني للطبيب، و الذي يقع عليه إلتزام ببذل أقصى جهد ذهني للإحاطة بالقواعد العلمية المستقرة، فعليه المثابرة من أجل التزود بالمعلومات و متابعة كل جديد في مجال العلوم الطبية، و التطورات المختلفة في مجال الفحص، التشخيص و العلاج¹.

لذلك، لما كان العقد الطبي ينطوي على الإلتزام ببذل عناية و ليس تحقيق نتيجة فإنه يجب أن يؤدي للمريض عناية خاصة بحسب ضميره المهني، و من ثم فإن عليه ألا يعتمد في عمله على ما جرى عليه العمل بين الأطباء، وفقاً للعادة الشائعة، بل يجب أن يكون ملماً بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة و التطورات الحديثة في العلاج حتى يتعد عن نطاق المسؤولية.

فالمعلومات الطبية هي التي تسمح للطبيب بإختيار العلاج الأنسب للمريض، و رغم أن المبدأ هو حرية الطبيب في إختيار الطريقة التي يرى أنها مناسبة لعلاج المريض، حيث لا يمكن نسبة خطأ ما إليه، إذا ارتأى اتباع طريقة معينة من طرق العلاج دون سواها، أو إذا رأى أن الطريقة التي إختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض².

على هذا الأساس يرى البعض بأن الطبيب غير ملزم باتباع آراء الغالبية من أساتذة الطب، وأن له أن يطبق علاجاً شخصياً خاص به، بشرط أن يكون هذا الإختيار مبني على أسس علمية صحيحة، لان الحالات المرضية لا تتطابق و يجب أن يترك للطبيب جانب من الحرية في التصرف، بحسب مهارته الشخصية و تجاربه.

بالنتيجة، فالطبيب لا يمكن مساءلته عن الأضرار التي تحدث للمريض نتيجة العلاج الذي رآه مناسباً، إلا إذا ثبت أن تلك الأضرار قد نتجت عن جهله بالقواعد العلمية، و الأصول الطبية المتفق عليها، فلا يسأل الطبيب الجراح عن إجراء عملية بطريقة دون أخرى، طالما أن الطريقتين مسلم بهما علمياً³. فيجب على الخبير في حالة تعيينه من أجل تحديد مدى تمسك الطبيب بالتزاماته المهنية، أن يراعي مبدأ حرية العلاج، و أن يقدر جسامة تجاوز الطبيب لصلاحياته، بغض النظر عن آرائه الشخصية، و يبحث ما إذا كانت الحالة لا تحتمل عدة أساليب علاجية، و يتحرى عن تأييد الرأي الطبي لطريقة العلاج.

¹ بن صغير مراد، التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، ع 4، تلمسان، 2007، ص.312.

² Henri MAZEAUD, Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome2, Sivey, Paris, 1931,p 48.

³ منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص.30.

أما بالنسبة لواجب العناية في الظروف الإستثنائية و يقصد بها الظروف الخارجية المحيطة بعمل الطبيب كظرف السرعة و الإستعجال، و ظرف نقص الوسائل الكفيلة بالتطبيق السليم لقواعد العلم والفن، بالإضافة إلى الحالات النادرة التي تدفع الطبيب بالخروج عن الأصول العلمية الثابتة¹.

وبالتالي الظروف الإستثنائية و لعل أهمها هي حالة الإستعجال و هي الحالات التي تنطوي على درجة معينة من الخطورة، و التي تتطلب إتخاذ اجراءات طبية سريعة و عاجلة. فغالبا ما يكون لعنصر الوقت الأهمية القصوى في هذه الحالات، و هي مرتبطة بالحالة التي يكون عليها المريض و التي تأثر على العناية الواجبة على الطبيب.

فيدخل في مفهوم الظروف الاستثنائية التي تحيط بالطبيب عند قيامه بعمله، حالة الإستعجال التي قد يباح للطبيب فيها ما لا يباح له في الأحوال العادية، فيمكن للطبيب في حالة الإستعجال، أن يستغني عن موافقة المريض، و هو أمر يعد خطأ في الظروف العادية، كما يمكن له الإستغناء عن إجراء بعض الإجراءات الطبية المسبقة نظرا لحالة الضرورة التي تقتضي إجراء العملية الجراحية بصورة مستعجلة و دون إمكان إنتظار إجراء هذا الفحص.

فحالة الإستعجال تتعلق بالحالة الصحية للمريض و التي تشكل ظرفاً من الظروف الإستثنائية، ومن ثم يكون لها أثر في تحديد مدى العناية الواجبة على الجراح. فحالة الإستعجال لها أثر في تحديد درجة العناية الواجبة على الجراح و التي يمكن أن تبرر نقص العناية الذي يحدث في مثل هذه الأحوال التي تلزم الطبيب الجراح بالمسارعة إلى إسعاف المريض.

فتغاضي الطبيب الجراح عن بعض الأعمال و الإجراءات الطبية، لم يكن له أن يتغاضي عن القيام بها في الظروف العادية، لولا مواجهة ظروف الإستعجال، فقد لا يراعي الطبيب الجراح قواعد أولية يقضي بها العلم و الفن الطبي و هذا في سبيل مواجهة ظروف الإستعجال.

فحالة الضرورة يمكن أن تبرر نقص في العناية من طرف الطبيب إذ يتغاضي عن القيام بأعمال وإجراءات لم يكن له أن يعزف عنها، إذا لم تواجهه ظرف من الظروف المستعجلة، فيبرر الطبيب عدم مراعاة بعض القواعد العلمية التي يقضي بها العلم و الفن الطبي، بالنظر لهذه الظروف².

¹ رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.س.ن، ص.112.

² مقداد زهرة، التعويض عن الأخطاء الطبية في التشريع الجزائري، مذكرة مدرسة الدكتوراه في تخصص علوم قانونية-فرع قانون و صحة، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2012-2013، ص.42.

من أمثلة ذلك يمكن للطبيب الإستغناء عن إجراء فحص إشعاعي مسبق، إذا كانت هناك ضرورة لإجراء عملية جراحية عاجلة، ودون إمكان انتظار إجراء هذا الفحص، فقضت محكمة النقض الفرنسية أن الطبيب لا يعد مخطئاً عند إغفاله في الظروف الإستثنائية احتياطاً كان يجب اتخاذه، إذا كان وقوع الضرر من عدم اتخاذ ذلك الإحتياط يعتبر استثنائياً، لوجود ظروف شاذة كان يجب فيها على الطبيب إجراء تدخله الفني خلالها.

و في هذا الصدد لقد صدر عن المحكمة العليا بتاريخ: 23-01-2008 قرار يؤكد بأن المبدأ و الأصل أنه يقع على الطبيب التزام ببذل عناية، أي بذل الجهود الصادقة المتفكة و الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، إذ جاء في حيثيات القرار أنه : " حيث الثابت من الملف أن المطعون ضده أتفق مع الطاعن الذي هو طبيب جراح على نزع له حصاة من إحدى كليته لكن الجراح نزع له الحصاة و كلية الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب.

حيث من المقرر فقها وقضاء أن إلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية مثل قضية الحال ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب بتحقيق نتيجة.

حيث أن الإلتزام ببذل عناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية.

حيث أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب.

حيث بهذا الصدد أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة الأستاذ (ق) الذي توصل إلى أن نزع الكلية مبالغ فيه ولم يكن هناك داع لذلك وأن الطبيب الجراح خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقه.

حيث أن قضاة الموضوع ناقشوا هذه الخبرة طبقاً لسلطاتهم التقديرية التي لا رقابة للمحكمة العليا عليهم وتوصلوا إلى أن الطاعن أخطأ وهذا الخطأ سبب ضرراً للمطعون ضده وأن هناك علاقة سببية بينهما وعليه فإن الوجهين غير مؤسسين ويتعين رفضهما¹. وضحنا في هذا الفرع أن الإلتزام ببذل عناية هو الأصل لعلاج المريض وسوف نعالج في الفرع الموالي الإستثناء الوارد على هذه القاعدة.

¹ م.م.ع، الغرفة المدنية، 2008/01/23، ملف رقم: 399828، 2008، ع 2، ص.175.

الفرع الثاني

الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء

إذا كان الأصل أن طبيعة الالتزام الطبي و مضمونه يتحدد بواجب الطبيب ببذل عناية في سبيل شفاء المريض، فإنه يوجد حالات أخرى لا يكتفى الشك في وقوع النتيجة أي أن العناية المطلوبة من الطبيب لا يمسها الإحتمال، فيقع على عاتق الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة في هذه الحالات.

فالقاعدة العامة كما سبق ذكره هي التزام الطبيب ببذل عناية، إلا انه في حالات استثنائية يقع على عاتق الطبيب التزاما محددًا هو التزم بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض، وهذا لا يعني أن يلتزم الطبيب بشفاء المريض بل يلتزم بان لا يعرضه للأذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، وبأن لا ينقل إليه مرض آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله إليه من دم أو غير ذلك¹.

فالعلة وراء ذلك أنه في بعض الحالات ينطوي فيها العمل الطبي على عنصر اليقين أقرب من عنصر الإحتمال، و هذا يبرر الخروج عن فكرة العناية، و التي تدور حولها الأعمال الطبية بصفة عامة، فهناك من الأعمال الطبية ما يقع تحت سيطرة الطبيب و هذا ما يؤثر على طبيعة الإلتزام الملقى على عاتقه².

فالتزام الطبيب بتبصير المريض واحاطته علماً بطبيعة المرض والعلاج ومخاطر العمليات الجراحية هو إلتزام بتحقيق نتيجة، حيث فُضي بان الطبيب الذي لا يخبر مريضه بمخاطر حصول شلل في عصب الوجه نتيجة العملية - وهو الخطر الذي تحقق فعلاً- يكون بخطئه هذا قد حرم المريض من امكانية الاختيار، حيث لم يسمح له باتخاذ قرار مستنير وباعطاء رضاه بالعملية عن علم تام بمخاطرها.

الا ان هذا الإلتزام ليس التزاماً مطلقاً، فالطبيب لن يستطيع ان يؤدي عمله بنجاح ان كان ملتزماً دائماً بهذا الإلتزام خاصة عندما يتعلق الامر باجراء عملية جراحية خطيرة، أو تقديم علاج على درجة كبيرة من الاهمية، فاعلام المريض بكل التفاصيل قد يؤدي الى نشوء بعض العقبات المادية

¹ واهاصي سمية بدر البدر، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2009-2010، ص.161.

² تيزي عبد القادر، التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2012، لعدد 09، ص.142-143.

والمعنوية، ويفرق القضاء في هذا الاتجاه بين المخاطر العادية المتوقعة والمخاطر غير العادية وغير المتوقعة، ففي الأولى يقع على عاتق الطبيب التزام بالاعلام والتوضيح، ويعفى من مثل هذا الالتزام في الثانية¹.
الا ان القضاء الحديث في فرنسا يتشدد نحو الاطباء بواجب اخبار المريض وتنويره حتى عندما تكون المخاطر نادرة الحدوث، حيث قضى بانه عندما يحتوي العمل الطبي حتى لو تم تنفيذه حسب الاصول الفنية والعلمية على مخاطر الموت، فالمريض يجب ان يُعلم وان تؤخذ موافقته - واذا كان الاعلام غير مطلوب في حالة الضرورة او الاستحالة - فان الحجة الوحيدة بأن هذه الاخطاء لا يتحقق الا نادراً لا تعفي الاطباء ومساعدتهم من التزامهم بالتنوير.

فيلتزم الطبيب قبل القيام بإجراء العملية الجراحية القيام بالفحص الشامل الذي تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة، فالطبيب ملزم قبل أن يقوم بأي تدخل علاجي، أن يشرح ويبين للمريض بأسلوب سهل ومفهوم طبيعة مرضه وطرق المعالجة ونسبة النجاح والمضاعفات المحتملة والمخاطر التي يمكن أن تنتج في حالة عدم المعالجة وبأسلوب يتناسب مع قدراته الجسمية والعقلية والنفسية، وعلى الطبيب أثناء القيام بإجراء العملية الجراحية الالتزام ببذل أقصى الجهود الطبية المتفكرة مع الأصول العلمية المستقرة كما يلزم الطبيب أيضا عند انتهائه من إجراء العملية بمتابعة حالة المريض متابعة دقيقة².

كما يتفق الفقه و القضاء الحديث على إعتبار الإلتزام الناشئ عن استعمال الأجهزة والأدوات الطبية من طبيعة الإلتزامات بتحقيق نتيجة، على أن القضاء و الفقه قد وسعا في تقرير المسؤولية الناشئ عن استعمال هذه الأجهزة و الادوات، معتبرين بأن الإلتزام الناشئ عن استعمالها في العمل الطبي، هو إلتزام محدد³.

فالإلتزام الواقع على عاتق الطبيب فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن الحوادث الناجمة عن تدخل الأجهزة و الأدوات في العلاج، يندرج ضمن الإلتزام بتحقيق نتيجة، فالطبيب أثناء قيامه بمعالجة المريض قد يستخدم الأجهزة والأدوات الطبية⁴، فعليه أن يستخدم الآلات والأجهزة السليمة التي لا

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص.69.

² عبد القادر بن تيشه، المرجع السابق، ص.107.

³ شهيد محمد سليم، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص- فرع القانون الطبي، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، 2011-2012، ص.56.

⁴ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص.20.

تحدث ضرراً للمريض، وهو ملزم بسلامة المريض من الأضرار التي تلحق به، من جراء استخدام هذه المعدات أثناء عمليات العلاج أو الجراحة، أو الأضرار التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، وبالتالي يقع على عاتق الطبيب التزام بضرورة استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث ضرراً للمريض¹.

فرغم تمسك فريق من الفقه باخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته وأدواته الطبية بمرضاه، إلى المعنى الفني للتدخل الطبي بحجة عدم إمكانية الفصل بين فعل الإنسان وفعل الشيء، و على هذا الأساس رتبوا عبء إثبات خطأ الطبيب و قيام العلاقة السببية بين هذا الخطأ و الضرر الحادث على عاتق المريض.

فهذا الالتزام لا يعفي الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان السبب في إلحاق الضرر بواسطة هذه الآلات يرجع إلى صنعها، ولا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، وقد حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة، نتيجة انفجار حدث لتسرب الغاز من جهاز التحدير واشتعاله بشرارة خرجت منه².

غير أن القضاء و الفقه الحديث، يسلم بأن الطبيب يتعهد فضلاً عن بذل العناية وفقاً للأصول العلمية بالالتزام محدد بسلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجل معالجته، و على غير صلة به، فيكون محل الإلتزام في هذه الحالة هو تحقيق نتيجة. وينطبق بوجه خاص على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات و الأجهزة الطبية و التي تنقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الإلتزام بتأديتها مجرد بذل عناية.

وللقاضي في مثل هذه الاحوال ان يستعين باهل الخبرة من الاطباء الذين يصدرون خبرتهم على أسس موضوعية متجردة، وان يكون التقدير وفقاً لاصول المهنة وقواعدها، من دون الخوض في النظريات العلمية والاساليب الطبية المختلف، وذلك على اساس ان العناية المطلوبة من الطبيب تتطلب منه بذل الجهود اليقظة والصادقة التي تتفق مع الاصول العلمية الثابتة فيما عدا الظروف الاستثنائية.

وخلاصة لما سبق ذكره يمكن أن يقع على عاتق الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة خلافا للأصل العام المتفق عليه فقها و قضاء في الحالات التالية:

¹ أحمد حسين حيارى، المرجع السابق، ص.55.

² بومدين سامية، الجراحة التجميلية و المسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2010-2011، ص.70.

اتفاق الطرفين، وذلك بأن يكون هناك اتفاق سابق بين الطبيب والمريض على أساس أن يقوم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض، بحيث يكون مخططاً إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها مسبقاً، ومن أمثله: أن يعد الطبيب مريضه بأن يقوم بعمل طبي في وقت محدد أو أن يعده أن يقوم هو شخصياً بذلك العمل الطبي، فإذا وعد طبيب القيام شخصياً بالعملية فإنه يعتبر مسؤولاً بقوة القانون عن الضرر الذي ينجم عن فعل الطبيب الذي قام بالعملية بدل منه¹، وفي غياب أية حالة من حالات السبب الأجنبي، ونفس الأمر ينطبق على الطبيب الذي يعد المريض بأن يكون للتدخل الجراحي نتيجة محددة، خاصة في جراحة التجميل².

- أن يكون الالتزام بتحقيق نتيجة بنص القانون، وذلك يكون عندما يتصل التزام بواجباته الإنسانية كالالتزام بمعالجة المريض، والالتزام بإعلام المريض للحصول على موافقته والالتزام بالسهر المهني.

- عندما يتصل التزام الطبيب ببعض الأعمال الفنية مثل الأعمال المخبرية، واستعمال الأشعة والآلات الطبية ووضع التركيبات الصناعية، وعملية الختان.

وقد صدر عن المحكمة العليا قرار يوم 24 جوان 2003 يؤكد بأن مهمة الطبيب لا تقتصر في بذل عناية فقط، إذ لا بد من البحث عن طريق اللجوء إلى أصحاب الإختصاص لمعرفة طبيعة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب فجاء قرار المحكمة العليا كالتالي: " حيث أن القرار المطعون فيه ارتكز فعلا على حيثية واحدة بالقول أن الطبيب ملزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

وحيث أنه لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال أو استشارة مجلس الأخلاقيات الطبية الجهوي المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصاً مهنياً للفصل فيها مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقياً وقانونياً نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض"³.

بعد بيان طبيعة الإلتزام الطبي والتعرف على القاعدة العامة والاستثناء الوارد عليها نبين في المطلب الموالي خصوصية الإلتزام الطبي في نطاق عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

¹ جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص.80.

² بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ع3، ص.18-19.

³ م.م.ع، الغرفة الجزائرية، 2003/06/24، ملف رقم: 297062، ع 2، 2003، ص.337.

المطلب الثاني

خصوصية الإلتزام الطبي في مجال نقل و زرع الأعضاء

اتضح مما سبق أن التزام الطبيب من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية، إلا أنه بسبب وجود فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج مهنة الطبيب، فإنه يوجد حالات استثنائية تجعل التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة.

ومن الملاحظ أن التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة يعد استثناء عن المبدأ العام، وعليه لكي يتحمل الطبيب هذا الالتزام يجب أن يكون هناك اتفاق بين المريض و الطبيب يلتزم بمقتضاه الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض و يكون مخطئاً إذا لم تتحقق النتيجة، كما قد يتدخل المشرع أو الإجتهد القضائي و يجعل من إلتزام الطبيب في بعض الحالات التزام بتحقيق نتيجة، فسنعرض في البداية الإلتزام ببذل عناية في مجال نقل و زرع الأعضاء (الفرع الأول)، و بعد ذلك نبين الحالات التي يكون فيها إلتزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة في نفس المجال (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الالتزام ببذل عناية في مجال نقل و زرع الأعضاء

الأصل أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو إلتزام ببذل عناية، فلا يتعرض الطبيب للمسائلة عند إثباته بذل العناية المطلوبة منه، وهذا حتى و في حالة عدم تحقق الشفاء للمريض. فالعناية المطلوبة من الطبيب هي عبارة عن جهود يتفق مع الأصول العلمية المتفق عليها في الميدان الطبي، و في حالة الإخلال بهذا الإلتزام و هو المبدأ قد يكيف نشاط الطبيب بأنه خطأ تقوم بموجبه مسؤوليته المدنية¹.

¹ منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة و التخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 4. 2013، ص. 322-328.

وفي مجال نقل و زرع الأعضاء و يعتبر تدخل الطبيب تدخل جراحي يمتاز بالخطورة، مقسم إلى مرحلتين عندما يتعلق الأمر بنقل و زرع الأعضاء بين الأحياء، فيتولى الطبيب عملية إستئصال العضو من جسم المتبرع، و يقوم بزرعه في جسم المريض، فتتغير طبيعة إلتزام الطبيب من مرحلة إلى أخرى، لكن الأصل هو أن يكون تدخل الطبيب مطابق للأصول العلمية المتفق عليها في مجال نقل و زرع الأعضاء¹.

فالتبيب ملزم باتباع القواعد العلمية المعمول بها حديثا حتى لا يتعرض للمسائلة المدنية في حالة إهمال أو تقصير الذي يشكل خطأ يستوجب التعويض، و على المريض في هذه الحالة إثبات أن الطبيب لم يراعي الأصول المهنية العلمية للجراحة، و تقصيره في إجراء التدخل الجراحي أي عدم تنفيذ إلتزاماته المهنية و بذله العناية الطبية الواجبه عليه².

فالتبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية ليس ملزم بضمان شفاء المريض المحتاج لعملية زرع الأعضاء، رغم لجوء الطبيب إلى هذا النوع من الجراحة كوسيلة لعلاج المريض، وهذا لبقاء عنصر الإحتمال الذي لا يمكن للتبيب أن يتحكم فيه، فليس للتبيب ضمان عدم قبول جسم المريض للعضو المزروع نتيجة انعدام التوافق النسيجي.

فنجاح عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية مثلها مثل معظم العمليات الجراحية هي ليست مضمونة، بحيث تحتوي عملية زرع الأعضاء على خصوصية التعامل بالأعضاء الحيوية للإنسان و التي قلما تتوافق من شخص إلى آخر، و رغم التحاليل و الفحوصات التي تسبق العملية و التي تهدف إلى الكشف عن نسبة التوافق النسيجي بين المعطي و المستقبل فليس للتبيب أن يجزم بانسجام العضو داخل جسم المريض و أداءه لوظائفه إلا بعد إتمام العملية الجراحة و إخضاع المريض للرقابة.

على هذا الأساس يقع على عاتق الطبيب إلتزام ببذل عناية، و لا يمكن إلتزامه بتحقيق نتيجة وضمان نجاح العملية، و إنما عليه إلتزامه بالأصول العلمية حتى يضمن الحد الأدنى لنجاح العملية، لأن مهمة الطبيب مرتبطة بنسبة التوافق النسيجي، و التي لا يمكن أن تكون متكاملة بين أطرف عملية نقل الأعضاء، باستثناء التوأمين و هذا بالنظر إلى إنسجام البناء الوراثي بينهما³ و عليه يكون من

¹ محمد عبد اللطيف عبد العال، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء و مشكلاتهما، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.112.

² السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية و المدنية و التأديبية للطبيب و الصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، ص.72.

³ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص.341.

الإجحاف في حق الطبيب في هذا الصدد تحمله مسؤولية عدم نجاح العملية الجراحية التي أشرف عليها.

فمبدأ إلتزام الطبيب الجراح ببذل عناية كأصل عام في مجال نقل و زرع الأعضاء يتفق مع ما نصت عليه المادة:45 من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر و التي نصت على أنه: " يلتزم الطبيب بمجرد موافقته على أي طلب معالجة ضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديث..."، و في هذا الصدد لا بد من مسألة الطبيب بالنظر إلى الإمكانيات المتوفرة لديه على مستوى المستشفيات، المرخص لها إجراء عملية الزرع خاصة و أن التزام الطبيب الجراح ببذل الجهود المتفكرة مع الأصول العلمية يفرض اللجوء إلى أحدث ما استقر عليه الطب الحديث من تقنيات و معدات طبية.

فللقول بأن الطبيب الجراح قد إرتكب خطأ يجب الأخذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة بالطبيب أثناء اجراء العملية، و البحث عن قدرت الطبيب في إتباع الأصول العلمية الحديثة المعمول بها في الجراحة. غير أنه في حالة خروج الطبيب الجراح في مجال نقل الأعضاء عن القواعد العلمية دون مبرر وأدى ذلك في فشل العملية، فتقوم مسؤوليته المدنية، و على أطراف العملية الجراحية أن يثبتوا أن الضرر اللاحق بهما كان نتيجة قصور الطبيب الجراح في بذل العناية الطبية الواجبة عليه¹.

يرى جانب من الفقه نظرا لخصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء أن العناية الواجبة على الطبيب في مجال نقل و زرع الأعضاء هي عناية مشددة، خاصة و أن أحد أطراف العملية (المتبرع بالعضو) هو ليس بمريض، و قبوله بالتنازل عن أحد أعضائه لفائدة المريض هو بهدف إنقاذ هذا الأخير من الهلاك. فليس للمتبرع قبول إجراء عملية جراحية تمتاز بالخطورة إذا علم بأن عملية زرع العضو لن تحقق الهدف المراد²، و عليه يشدد الإلتزام على الطبيب الجراح حتى يمارس تدخله الجراحي بأعلى درجة من العناية.

لقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 يناير 1974 قرار أكد أن عناية الجراح تكون من خلال ممارسة الجراحة وفقا لماله من علم في الأصول الطبية الجراحية، و من هنا نقض القضاء الرأي

¹ الإبراشي حسين، مسؤولية الأطباء و الجراحين في التشريع المصري و المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص.298.

² الإبراشي حسين، المرجع نفسه، ص.310.

الفقهي القائل بتشديد الإلتزام ببذل عناية و اعتبر أن العناية في مجال الجراحة تكون بتوظيف الطبيب لملكاته العلمية الثابتة في هذا المجال¹.

فالمبدأ الذي جاء به القضاء الفرنسي بموجب قرار مرسي Mercier سالف الذكر، و الذي إستقر عليه القضاء الفرنسي يسري على عمليات نقل و زرع الأعضاء فعلى الجراح كأصل عام الإلتزام أثناء تدخله الجراحي ببذل العناية الطبية التي تتوافق مع الأصول العلمية الحديثة للجراحة، حتى يضمن نظرا لخطورة عمله أكبر نسبة من النجاح باتخاذ كل الإحتياطات اللازمة و عدم المجازفة بعضو المتبرع. فالحيطة اللازمة لضمان أعلى حد ممكن لنجاح العملية، تكون بالبحث عن متبرع له أفضل توافق نسيجي. كما يجب على الطبيب أن يتوخى الحذر الذي يتمثل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة أخطار العملية المحتمل وقوعها فعلا. بالإضافة إلى ذلك فمن واجب الطبيب إتباع أسلوب علمي متعارف عليه و حديث يكون من شأنه تحقيق العلاج و عدم تشويه جسم المتبرع و المريض، وكذا المحافظة على العضو السليم.

فتستلزم العناية الواجبة على الجراح، أن يوجه اهتماما كافيا نحو متابعة كل جديد في مجال العلوم والفنون الطبية، مستهدفاً من ذلك تقديم أفضل عناية للمريض، و أن يسير في ركاب التطورات الحديثة، على صعيد الفنون المختلفة المتعلقة بالفحص و التشخيص و الجراحة². كما يجب عليه أن يهتم بالأجهزة والمعدات الطبية المستخدمة في علاج المريض عناية كبيرة، خاصة إذا كان من شأن سوء استخدامها، أو الإهمال في ذلك تتسببه في حدوث أضرار للمريض، فعليه أن يعتني بفحصها بل وتشغيلها على سبيل التجربة.

ويتطلب بذل العناية في الأحوال الاعتيادية أيضا أن يقوم الجراح بإجراء الجراحة في مكان مجهز بالتجهيزات الطبية الضرورية، هذا فضلا عن متابعة علاج المريض كلما لزم الأمر، وذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات، وعلى الجراح أن يتأكد بنفسه من أن إجراءات العناية والرعاية التي يلزم القيام بها عقب العملية، قد تمت على خير وجه حتى لو تطلب الأمر عمل أشعة للمراقبة والاطمئنان، وبصفة خاصة إذا كانت العملية الجراحية على درجة هامة من الخطورة ويحتمل فشلها لمجرد أي إهمال³.

¹ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص.215.

² منير رياض حنا، المرجع السابق، ص.333.

³ جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص.90.

الفرع الثاني

الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال نقل و زرع الأعضاء

تنقسم عملية نقل و زرع الأعضاء إلى مرحلتين، مرحلة إستئصال العضو من جسم المتبرع ومرحلة زرع العضو بجسم المريض، ففي هذه المرحلة الأخيرة يقع على عاتق الطبيب الإلتزام العام و هو الإلتزام ببذل عناية. أما المرحلة الأولى فيقع على عاتق الطبيب الجراح إلتزام بتحقيق نتيجة و المتمثلة في ضمان سلامة العضو البشري محل التبرع، بحيث يكون هذا العضو صالح للزراعة في جسم المريض. فقبل إتخاذ الطبيب الجراح قرار علاج المريض عن طريق عملية زرع الأعضاء، لابد من إجراء جملة من التحاليل الطبية حتى يتحصل على مجموعة من المعطيات يمكن من خلالها اللجوء إلى العملية الجراحية، بناء على معطيات علمية و حتى لا يعرض صحة المريض المستقبل لأضرار معدية قد يحملها العضو المتبرع به، فيقع على عاتق الطبيب الجراح إلتزام بتحقيق نتيجة بتأكده عن طريق التحاليل خلو المتبرع من أي مرض حتى لا ينتقل إلى المريض المستقبل¹.

فيجب على الجراح سواء قبل إجراء العملية الجراحية أو أثناء أو بعد الانتهاء منها إتخاذ كل الإحتياطات اللازمة، خاصة وأنا بصدد جراحة تتطلب عناية أكثر مما تتطلبها الجراحات الأخرى. فبمجرد قبول الأطراف (المتبرع و المريض) إجراء العملية الجراحية يشرع الجراح في القيام بواجبه المهني، إبتداء من التشخيص، وإجراء الفحوصات سابقة والمهياًة لمباشرة العملية الجراحية عليه.

فالمسؤولية المدنية للطبيب الجراح تقوم في حالة عدم تأكد هذا الأخير عن طريق التحاليل الطبية، و الفحوصات خلو المتبرع من أي مرض يهدد سلامة المستقبل، فرغم عدم وجود نص صريح يشترط على الطبيب القيام بالتحاليل الطبية غير أنه يعد مرتكباً لخطأ في حالة عدم قيامه بهذا الإجراء الأولي، أو في حالة قيامه بتحليل ناقصة إذ يلتزم الطبيب بعدم إجراء عملية الزرع إلا بعد التأكد بأنها لا تشكل خطر على المستقبل².

فلا يسأل الجراح فقط على أعماله أثناء العملية، وإنما يسأل أيضا عما قام به قبل وبعد العملية، فيجب عليه أخذ كل الإحتياطات والضمانات. فعليه تحضير المريض، وإخضاعه للفحوصات اللازمة

¹ جهاد محمود عبد المبدى، المرجع السابق، ص.104.

² السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص.92.

قبل العملية. فالفحص الطبي السابق للعملية (Examen preoperatoire) يعتبر إجراءً أساسياً، فيجب على الجراح أن يقوم بفحص الشخص المقبل على إجراء العملية بدقة وعناية قبل التدخل الجراحية. إذ لا يمكن للجراح أن يستغني على هذا الفحص، وحسب ما هو معمول به في الميدان الطبي، فإن الفحوصات الواجبة قبل إجراء العملية الجراحية يمكن تلخيصها فيما يلي:

- فحص الشخص المعني فحصاً بيولوجياً (Examen Biologique) الذي به يتم التعرف على فصيلة دمه، ومدى سيولة ومكثافة إنتقال الدم ومعرفة كمية السكر، و عرض الشخص على أخصائي القلب، لمعرفة مدى قابلية قلب هذا الشخص لتحمل العملية دون خطر، و ثم عرضه لإختصاصي التخدير لمعرفة مدى قابلية المعني للتخدير، ونوع وكمية التخدير الذي يناسبه ومعرفة إن كان التخدير كلياً أو جزئياً.

- هذه الفحوصات لا تخص المنطقة أو العضو الذي تجري عليه العملية فحسب، وإنما على الحالة العامة للشخص المقبل على إجراء العملية، ويفحص كل ما يمكن أن يقترن بإجراء العملية من نتائج إيجابية .

فلا يقبل من الجراح إهمال طرق الفحص الحديثة والتحليل الطبية والتصوير بالأشعة كلما كان ذلك لازماً، لمعرفة الحالة الصحية قبل إجراء العملية، فليس هناك ما يبرر إهمال بعض الفحوصات، بحجة أنها تتخذ وقتاً طويلاً¹.

كما أن من خلال هذه الفحوصات، يستدل الجراح عن مدى تناسب مخاطر العملية مع فوائدها، فإذا رأى أن العملية تنطوي على مخاطر لا يمكن التحكم فيها وتكون فوق مستوى الشفاء المراد تحقيقه، فإن الإمتناع عن العملية في حد ذاته يشكل واجباً يلتزم به الجراح².

كما يعتبر الجراح مخطئاً، لعدم مراعاة وضع مريضه بعد العملية الجراحية، إذ يقع على الجراح واجب متابعة حالة المريض في مرحلة ما بعد العملية، وإلا كانت سلامة المريض معرضة للخطر، وقد أكد الفقه الطبي الفرنسي على إبراز أهمية مراعاة حالة المريض ومتابعة حالته وتطوراتها وإعطاء الأوامر والتوجيهات، لضمان سلامته والتأكد من إتباع مريضه لتعليماته، كون أن العقد الطبي هو من العقود المستمرة، لأن الفحوصات الطبية ومتابعة المريض تمتد لفترة من الزمن قد تطول أو تقصر. ففي

¹ أحمد حسين الحياوي، المرجع السابق، ص. 126.

² رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 73.

جميع الأحوال، ولضمان إستمرارية العناية، فإنه يتوجب على الجراح أن يقوم بفحص مريضه عدة مرات حسب ما تستدعيه حالته، وأن يترك له الوسائل التي تمكنه من الإتصال به في الحالة التي تستدعيها حالته الصحية، وعدم الرعونة في اتخاذ قرار إخراجه من المستشفى قبل التأكد من حالته الصحية¹.

و قد يتعرض المتنازل عن العضو و هو المتبرع لأضرار فالأصل أن الطبيب الجراح يتولى إقتطاع العضو السليم من جسم المتبرع من أجل زرعه في جسم المريض، المحتاج لعملية الزرع كوسيلة للعلاج، على هذا الأساس يجب على الجراح تحقيق نتيجة فيما يخص إقتطاع العضو السليم من جسم المتبرع ويضمن عدم إتلاف العضو، و يجب عليه أيضا إستئصال العضو المريض من جسم المستقبل، فباحترام هذه الواجبات يكون الطبيب الجراح قد حقق النتيجة الملزم بها في اطار عملية زرع الأعضاء البشرية.

ففي حالة إرتكاب خطأ من طرف الطبيب الجراح و عدم تحقق النتيجة سواء عند نقل أو زرع العضو، كأن يقطع العضو السليم من جسد المريض فلا يمكنه في هذه الحالة أن يتمسك بأن الإلتزام الذي يقع على عاتقه هو إلتزام ببذل عناية فقط. لأن الضرر الذي لحق المريض في هذه الحالة هو مستقل عن مسألة ضمان شفاء المريض، ففي حالة إثبات المريض تعرضه لضرر نتيجة خطأ الطبيب عند استئصاله العضو السليم تقوم مسؤولية الطبيب المدنية و التي تستوجب التعويض².

ويسأل الطبيب الجراح مدنيا أيضا في حالة تلف العضو محل التبرع، إذا أدى الطبيب بإهماله أو عدم اتحاده الإحتياطات اللازمة إلى فساد العضو و عدم قدرته على تأذية وضائفه الحيوية، خاصة و أن عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية تشترط السرعة في الأداء، كون أن العضو البشري بعد عملية الإستئصال يحتفض بحيويته لفترة وجيزة. فتلف العضو لسبب جراحي أو بسبب التماطل يشكل خطأ طبي.

فيمكن للمتبرع أن يطالب بالتعويض في حالة إتلاف العضو و إجراءه لعملية جراحية دون تحقيق الهدف المرجو، كما يمكن للمريض مطالبة الطبيب بالتعويض نظرا لتفويت فرصة الشفاء خاصة و أن التبرع بالأعضاء قلما يلجئ إليه الأشخاص نظرا للمخاوف التي تحيط بالعمليات الجراحية. فعلى الطبيب الجراح ضمان تحقيق النتيجة عند اقتطاع العضو السليم من جسم المتبرع و توفير كل الوسائل التي تضمن المحافظة عليه إلى غاية إتمام عملية الزرع³.

¹ مقدار زهرة، المرجع السابق، ص.44.

² بوجمة صويلح، المرجع السابق، ص.67.

³ عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص.112.

على هذا الأساس يلتزم الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة أيضا عند استعماله للأدوات والأجهزة المستحدثة في ميدان الجراحة، فهو في هذا المجال مثله مثل باقي الأطباء كما سبق بيانه عند التطرق لإلتزامات الطبيب الجراح، فإنه عند استعمال الأجهزة ملزم بتحقيق نتيجة لغياب عنصر الإحتمال و بالتالي فإن الأضرار التي تقع للمريض عند استعمال هذه المعدات لا يمكن للطبيب إستبعاد التعويض عنها بحجة إلتزامه ببذل عناية.

ففي حالة وجود عيب أو عطل بالأجهزة أو أدوات الجراحة و تسبب ذلك في إلحاق ضرر بالمتبرع أو بالمستقبل، يكون الطبيب الجراح في هذه الحالة قد أخل بالتزامه في تحقيق نتيجة و هي عدم الإضرار بالمريض أو المتبرع عند استعماله لأجهزة. فعلى الطبيب أن يتأكد من سلامة المعدات التي يستخدمها حتى يضمن تنفيذ إلتزامه المهني¹.

فإذا قام الطبيب الجراح بأداء عمله على نحو لا يتفق و الأصول العلمية الثابتة و المستقرة في علم الطب، و بما لا يتفق و سلوك الطبيب اليقظ فإنه يعد مسؤولا عن نتائج عمله أيا كانت درجة المساس الذي نال فيه جسم المريض، و لا يعني ذلك تقييد الطبيب بأسلوب معين في العلاج بل يجوز له أن يجتهد في تشخيص المرض و لا مسؤولية عليه إذا خالف رأي بعض زملاءه، مدام رأيه قائم على أساس سليم معترف به. مع ملاحظة أن الطبيب يعتبر مخطئاً إذا تعرض لحالة لا خبرة له بها و لم يقيم بإرشاد المريض إلى غيره أكثر منه خبرة، فليس له أن يقبل التكفل بالمريض عن حالة لا علم له بها.

كما يلتزم الطبيب الجراح في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بإعلام كل من المتبرع والمريض بطبيعة التدخل الجراحي و المخاطر التي هو معرض لها، لكي يستطيع المريض اتخاذ قرار قبول أو رفض إجراء العملية، و هو مدرك لما هو مقبل عليه. و كذلك الحال بالنسبة لأقارب المتوفى إذ يشترط القانون إعلامهم بالعملية الجراحية التي ستعرض لها جثة ذويهم.

تنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب² على انه : " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي " ، كما تنص المادة 360 في فقرتها الرابعة من قانون المتعلق بالصحة في الجزائر على انه : "... لا يمكن القيام بنزع الأعضاء و الخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع...". و حددت المادة 364 من قانون الصحة في فقرتها الخامسة أنه : "... لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم

¹ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.83.

² المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 و المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، سبقت الإشارة إليه.

الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و 4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث...¹.

فإخلال الطبيب بالتزامه بتنوير المريض وإعلامه، قد يحرم هذا الأخير من فرصة عدم قبول إجراء العملية الجراحية، فهذه الخسارة تشكل ضرراً متميزاً عن الإصابات الجسمانية التي قد يتعرض لها المريض. بمعنى أن المريض كانت له فرصة تجنب هذا الخطر، وذلك برفض التدخل الجراحي، و بسبب عدم إعلامه، فإنه خسر هذه الفرصة ولاشك أن التعويض الذي سيحصل عليه المريض سيكون محددًا بعنصر فوات الفرصة (la perte d'une chance)².

فعلى الطبيب الجراح اعطاء معلومات للمريض و إعلامه بملاسات العملية الجراحية التي هو مقبل على إجرائها، على أن يعرض هذه المعلومات بشكل مبسط و مفهوم بالنسبة لعامة الناس، و بذلك يكون الطبيب قد حقق النتيجة الواجبة عليه عند إستعاب كل من المريض و المتبرع إجراءات العملية الجراحية التي هم مقبلين عليها، و العضو المراد نقله و النتيجة المتوقعة من عملية الزرع³.

وهكذا فإن الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في نظر محكمة النقض الفرنسية يتمثل في ضرر مختلف عن الإصابات الجسمانية التي يتعرض لها المريض، ففي حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، يتم تعويض المضرور عن فقدته إمكانية رفض العملية الجراحية وليس عن الحادث الطبي ذاته. غير أنه يمكن للطبيب الجراح في مجال نقل و زرع الأعضاء و غير ذلك من العمليات الجراحية تفادي تخويف المريض حتى لا يؤدي به ذلك إلى العزوف عن إجراء التدخل الجراحي.

أما عن عبئ الإثبات فقد أجازت محكمة النقض الفرنسية، إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن البسيطة، و لم تذهب مع الرأي الفقهي الذي كان يشترط الإعلام الكتابي. فالمعمول به من طرف الأطباء والمؤسسات العلاجية هو تسليم المرضى استمارات مكتوبة يتم توقيعها من قبلهم⁴.

¹ تنص الفقرتين 3 و 4 من المادة 364 أنه بالنسبة لعديمي الأهلية و القصر(وهم المرضى محتاجي عملية زرع الأعضاء) تكون الموافقة من طرف الأب أو الأم أو الممثل الشرعي حسب الحالة، و عليه فإن الإعلام بمخاطر العملية الجراحية يتم من طرف الطبيب إلى المعنيين بالموافقة.

² عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير- فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010-2011، ص.60.

³ مختاري عبد الحليل، الطبيعة القانونية لالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2011، ع 9، ص.72.

⁴ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.66.

فالتبيب الجراح عند تكفله بعملية نقل و زرع الأعضاء مثله مثل باقي الأطباء يكون كأصل عام ملزم ببذل عناية، أي أنه ليس ملزم بتحقيق الشفاء للمريض و إنما من واجبه إتباع الأصول العلمية الحديثة و الثابتة في الجراحة، و توخي الحيطة و الحذر عند الإستئصال و الزرع حتى يضمن نجاح العملية الجراحية. و نظرا لمرحلية الإجراءات في مجال نقل و زرع الأعضاء و وجود أحد أطراف العملية يتمتع بكامل صحته الجسدية فيجب على الطبيب تحقيق نتيجة في بعض من هذه المراحل.

المبحث الثاني

أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح

إن المسؤولية المدنية بشكل عام تقرر الإلتزام بالتعويض كجزاء للإخلال بالإلتزام، هذا الإلتزام الأصلي ينشأ بعضه من العقد كالإلتزام بتسليم المبيع و البعض الآخر يجد مصدره من القانون، كالإلتزام بعدم الإعتداء على سلامة الغير أو على ملكه. فالمسؤولية المدنية حسب المفهوم التقليدي تنقسم إلى نوعين، النوع الأول ينشأ في حالة الإخلال بالإلتزام عقدي و تدعى المسؤولية العقدية أما النوع الثاني يترتب على الإخلال بالإلتزام قانوني يطلق عليها تسمية المسؤولية التقصيرية¹.

فتأسيس المسؤولية الطبية على النظرية العقدية أو على النظرية التقصيرية كان محل جدل خاصة و أن تحديد طبيعة المسؤولية هي من المسائل الشائكة التي إهتم بدراستها الفقه و القانون، خاصة و أن تحديد طبيعة المسؤولية يرتب أثر هام إذ أنه في إطار المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات قيامه بالإلتزام التعاقدي و هذا بعد إثبات الدائن وجود العقد، أما المسؤولية التقصيرية فعلى الدائن إثبات إخلال المدين بالإلتزام قانوني و إرتكابه لعمل غير مشروع².

ففي مجال المسؤولية الطبية إثبات خطأ الطبيب من طرف المريض يكون أيسر في مجال المسؤولية العقدية لأن خطأ الطبيب في هذا الإطار هو خطأ مفترض إذ يكفي على المتضرر إثبات وجود عقد بينه وبين الطبيب، و أن هذا الأخير خالف الإلتفاق القائم بناء على العلاقة التعاقدية القائمة بينهما. غير أنه في حالة إعتبار الخطأ الطبي من قبيل الخطأ التقصيري فلا بد على المتضرر إثبات وقوع الطبيب في خطأ مهني.

¹ رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2010، ص314.

² منير رياض حنا، المرجع السابق، ص25-28.

ويمكن القول أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، أما الخطأ في المسؤولية العقدية فهو الإخلال بالتزام عقدي، والإلتزام العقدي إما أن يكون بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، أما الإلتزام القانوني فهو دائماً إلتزام ببذل عناية وهو أن يتحرى الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر والحذر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، فيشكل ذلك خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية.

ففي إطار المسؤولية التقصيرية يكون أساس قيامها هو الإخلال بإلتزام واحد لا يتغير و هو الإلتزام بعدم إلحاق ضرر بالغير، أما المسؤولية العقدية فتقوم على أساس الإخلال بالتزام عقدي وعليه فإن مجال المسؤولية يختلف باختلاف ما إشتمل عليه العقد من إلتزامات، و يكون الجزاء هو التعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالإلتزام.

يرى جانب من الفقه أن المسؤولية الطبية تقوم على أساس المسؤولية العقدية لأن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض هي علاقة تعاقدية، أساسها العقد الطبي ففتح الطبيب لعيادة ووضعه للوحة إشهارية يبيّن فيها صفته كطبيب و تخصصه يعد إيجاباً من طرفه، و تقدم المريض أمام الطبيب يعد قبولاً بهذا العرض. كما أن العلاقة التي تربط الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية و عليه فإن مسؤولية الطبيب العامل في إطار المستشفى العام لا يمكن تصنيفها ضمن المسؤولية التعاقدية¹.

فالإلتزام الذي يقع على الطبيب هو إلتزام ببذل مجهوداً خاصاً و عناية يقظة، مطابقة مع الأصول العلمية الثابتة و هي الأصول المستقر عليها لدى أهل هذا العلم، و التي لا يمكن التسامح في تجاوزها أو الجهل بها ففي حالة تعرض المريض للضرر، و إدعاء إخلال الطبيب بإلتزامه التعاقدية فعلى المتضرر إثبات وجود العقد. و يشترط في العقد الطبي أن يكون موجوداً و أن يكون صحيحاً.

وقد كرس الإجتهد القضائي في فرنسا بمناسبة صدور قرار مرسى "Mercier" عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 قيام مسؤولية الأطباء على أساس تعاقدية لوجود عقد حقيقي بين الطبيب و المريض يرتب إلتزام على عاتق الطبيب تمليها عليه قواعد مهنة الطب، بحيث لا يلتزم الطبيب تجاه مريضه بالشفاء و إنما ببذل العناية و اليقظة التي تتطلبها الظروف المحيطة بالمريض و التي تتفق مع

¹ بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، ط. 2010-2011، ص.63.

أصول المهنة المستقرة في علم الطب و يترتب على الإخلال بالإلتزام التعاقدية إنعقاد المسؤولية العقدية¹.

من جهة أخرى يرى الإتجاه القائل بتصنيف مسؤولية الطبيب على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية عكس ما جاء به الإتجاه الأول، و هذا بالنظر إلى الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب فهو إلتزام ببذل عناية و العلاج و ليس إلتزام بالشفاء، و منه فإن الإتفاق القائم بين المريض و الطبيب ينشئ إلتزاما من جانب المريض فقط، يتمثل في دفع المقابل للطبيب أما إلتزام الطبيب بالعلاج فهو إلتزام قانوني، و المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الإلتزام هي مسؤولية تقصيرية.

فلا يعترف المتمسكون بهذا الإتجاه بنشأة عقد بين الطبيب و المريض سواء كان صريحا أو ضمنيا، خاصة مع وجود حالات يستحيل فيها التعاقد نظرا للحالة الصحية للمريض و التي لا يملك القدر عن التعبير عن إرادته، و عزز أصحاب هذا الرأي موقفهم بحجج و براهين أهمها أن غاية التنظيم القانوني هو حماية جسد الإنسان و صحته، فهو خارج عن مجال التعامل فكل إتفاق أو عقد يكون محله المساس بجسم الإنسان لا يعتد به، فلا يتصور تعاقد المريض مع الطبيب بشكل يمنح له السيطرة على حياته.

حاول البعض إتخاذ موقفاً مغايراً و التوجه نحو إمكانية المريض المتضرر للإختيار بين الأساسين العقدي و التقصيري. فالقاعدة العامة طبقا لأحكام المادة 124 من ق.م هي إلتزام المتسبب في الضرر بالتعويض حتى مع إنعدام الرابطة التعاقدية، و في حالة إبرام العقد فينشأ إلتزام جديد و المتسبب في الضرر يسأل عن خطأه طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، كما يسأل أيضا عن الإلتزام التعاقدية القائم بينه وبين المتضرر².

غير أن هذا الإتجاه أنتقد لأنه ليس من العدالة و الإنصاف إخضاع المتعاقد لنظام و لقواعد أشد مما اختاره بإرادته في العقد لأن في ذلك مساس بمبدأ سلطان الإرادة، فظهر الإتجاه الرامي إلى استقلال الأساسين العقدي و التقصيري ووجوب إحترام إرادة أطراف التعاقد و إختيارهما لقواعد الأساس التعاقدية. أما القاعدة العامة المنصوص عليها بموجب المادة 124 ق.م (يقابلها نص المادة

¹ أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص.140.

² مامون عبد الكريم، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي و الخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون و القضاء الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012، ع 14، ص.27.

163 مدني مصري و المادة 1382 مدني فرنسي) هو نظام يتم العمل به في حالة عدم وجود قواعد أخرى واجبة التطبيق.

إستقر القضاء الجزائري بالنسبة إلى تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، بناء على المادة 124 من ق.م ك أساس لمنح التعويض للمريض أو لذوي حقوقه، فصدر عن مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 21 يناير 1992 ما يلي: "إن الأسباب المؤدية لبتة عين الطاعنة تمت وقائعها بمصالح المركز الإستشفائي الجامعي المطلوب، و صادرة عن موظفة، و هذا يكفي لتصريح بقيام مسؤوليته بغض النظر عن نوع المادة سواء في خطأ في نوعها أو خطأ في كيفية استعمالها"¹، و قد وضع القضاء المصري مبدأ أو معيار يؤدي إلى إعتبار المسؤولية الطبية تقصيرية في كل الحالات التي لا يختار فيها المريض طبيبه².

و عليه يستلزم الأمر دراسة أركان المسؤولية بصفة عامة والمسؤولية عن العمل الطبي الجراحي بصفة خاصة، و ذلك بالتطرق إلى مختلف المسائل المتعلقة بالخطأ الطبي الجراحي (المطلب الأول)، ثم ندرس الأحكام الخاصة بالضرر الطبي و علاقة السببية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الخطأ الطبي الجراحي

قبل التطرق إلى الخطأ الطبي لابد من التطرق إلى الخطأ المدني بصورة عامة، ثم بعد ذلك ننظر كيف عرّف الفقه الخطأ الطبي و الملاحظ أن أغلب القوانين العربية و حتى الغربية لم تعرّف الخطأ المدني و لا سيما منها القانون الفرنسي، القانون الجزائري أو القانون المصري على الرغم من إعتباره لدى الفقهاء أحد أركان المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أم عقدية. و لعل الهدف من ذلك إعطاء مرونة و عدم حصر أحكام المسؤولية بنصوص جامدة حتى لا يجرم المضرور من جبر الضرر.

فالخطأ المدني بصفة عامة له عدة تعريفات إذ اختلفت المدارس الفقهية في وضع تعريف شامل و محدد للخطأ لأنه متعدد الأشكال و الصور. بالإضافة إلى زيادة هذه الصور و تنوعها مع مرور الزمن

¹ مجلس قضاء قسنطينة، غ.م، 1992/01/21، ملف رقم 46، غير منشور.

² صويلح بوجعة، المرجع السابق، ص.70.

وتقدم الحياة الإنسانية. فإجتهد الفقهاء لوضع تعريف شامل للخطأ بتحديد ماهيته و طبيعته و جمع كافة صوره و أشكاله خاصة مع إعراض القانون على وضع تعريف للخطأ فعرف الأستاذ بلانيول **Planiol** الخطأ بأنه : " الإخلال بالتزام سابق " و ذهب الفقيه الفرنسي فيني **Vianey** إلى تعريفه بأنه : " عمل غير مشروع ينسب إلى فاعله " و يرى الأستاذ السنهوري أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو : " الإخلال بالتزام قانوني " . " و هو دائما " الإلتزام ببذل عناية " و ذهب رأي آخر إلى أن الخطأ هو " الإنحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراكه بذلك ". وقد إعتنق غالبية الفقه المصري التعريف الذي جاء به الأستاذ سليمان مرقص إذ إعتبر الخطأ : " إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال " بحيث أضاف شرط التمييز إلى شرط بلانيول¹.

يستفاد من التعاريف سابقة للخطأ ، أنه عبارة عن عمل غير مشروع يرتكب بإرادة واعية ومدركة، إلا أنه ليست كل الأفعال الضارة تعد أعمال غير مشروعة، ففي حالة إرتكاب الشخص فعلا مشروعاً تسبب في ضرر للغير فإن ذلك لا يولد خطأ تترتب عليه المسؤولية، فالسائق الذي يحترم قانون المرور و يصطدم بأحد المارة لا يشكل فعله خطأ إلا في حالة إثبات مخالفته للقانون².

يمكن تعريف الفعل غير المشروع بأنه كل فعل مخالف للقانون و الواجب العام، فالحرص والتبصر هي من الصفات التي يجب أن يتحلى بها أي شخص مدرك مميز، و إلا كان مسؤولاً عن أفعاله، فصنف جانب من الفقه من بينهم الفقيه بلانيول **Planiol** الواجب العام إلى أربعة واجبات أساسية هي : واجب الإمتناع عن أي إعتداء على الأشياء أو الأشخاص، واجب الإمتناع عن الغش، واجب الإمتناع عن كل فعل يتطلب مقدرة و مهارة معينة لا تتوفر لدى الشخص بالدرجة الكافية وواجب رقابة الأشياء الخطرة التي يحوزها الشخص و رقابة الأشخاص الذين يكونون في حراسته. غير أنه لا يمكن حصر هذه الواجبات حتى لا تصبح فكرة الخطأ فكرة جامدة.

فالخطأ المدني في مفهومه العام يتكون من عنصرين أحدهما موضوعي و هو الإخلال بواجب قانوني و ثانيهما شخصي هو توفّر التمييز و الإدراك لدى المخل بهذا الواجب فعلى ضوء هذا التعريف

¹ منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص.43.

² سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي، وزو، 2010-2011، ص.12.

سنحاول حصر تعريف الخطأ الطبي الجراحي (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى دراسة معايير تحديد الخطأ الطبي الجراحي (الفرع الثاني)، و في الأخير نرى صور عن أخطاء الجراحين (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ الطبي عند سنه لأحكام قانون الصحة و لا القوانين المتعلقة بذلك، إذ حدد الإلتزامات التي تقع على عاتق الطبيب و الجزاءات التي تترتب في حالة الإخلال بها. لذا لا بد من الرجوع إلى التعاريف الفقهية و القضائية التي تناولت مفهوم الخطأ الطبي، و نركز على الخطأ الطبي الجراحي و الإلتزامات الخاصة بالطبيب الجراح على وجه الخصوص.

يتمثل العنصر المادي للخطأ في التعدي الذي يتحقق في حالة مخالفة قاعدة قانونية أو واجب قانوني، فالنصوص القانونية الأمرة المنظمة لسلوك الفرد هي عديدة تشمل مختلف المجالات كالعلاقات الأسرية و مجال التعاملات التجارية، فيعتبر الإخلال بمثل هذه الواجبات تعديا بغض النظر عن نوعية الجزاء الذي يترتب عليه المشرع على مخالفة هذه الواجبات، فقد يؤدي الإخلال إلى صدور حكم جزائي بالعقاب، وقد يكون الجزاء مدني أو إداري¹.

وتكون العقود بمختلف أنواعها مصدرا للواجبات القانونية، كما يعد التصرف بالإرادة المنفردة للشخص منشأ لواجب قانوني. ما يجب ملاحظته هو أنه لا فرق بين الواجبات التي يقرها التشريع وتلك التي ترتبها الإرادة الخاصة من حيث تحقق عنصر التعدي فالإخلال بواجب تشريعي مثله مثل الإخلال بواجب عقدي.

أما العنصر المعنوي فهو إسناد الخطأ للفاعل فلا يتحقق الخطأ بمجرد وقوع التعدي بل لا بد أن تكون للشخص حرية الاختيار و إرادة القيام بالتعدي، و يتحقق ذلك بتوفر الإدراك و التمييز لدى الفاعل، فلا يتصور وجود الخطأ ما لم يكن الفاعل مميزا و مدركا لما يأتيه من السلوك².

¹ فيلاي علي، الإلتزامات "الفعل المستحق للتعويض"، موفم للنشر، الجزائر، 2014، ص71.

² عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الإسلامية و في القانون السوري و المصري و الفرنسي، دار المعارف، لبنان، د.س.ن، ص.259.

عند تعريف الفقهاء للخطأ هناك من ربطها بطبيعة الإلتزام دون البحث إذا كانت المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية، فيتم النظر إلى طبيعة الإلتزام القائم في حق المسؤول إذا كان إلتزاماً بتحقيق نتيجة أو الإلتزام ببذل عناية أو الإلتزام بالضمان (ضمان السلامة).

فإذا كان الإلتزام القائم على عاتق المسؤول هو إلتزام بتحقيق نتيجة كإلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة عند إجراء التحاليل الطبية، و عملية نقل الدم أو في حالة إستعمال الأجهزة و المعدات ففي هذه الأحوال يقوم الخطأ الطبي كنتيجة لإخلاله بالتزامه، فلا يستطيع المسؤول في هذه الحالة دفع المسؤولية على أساس إثباته بذل العناية الكاملة، غير أنه باستطاعته التخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ المضرور.

أما إذا كان الإلتزام الملقى على عاتق المسؤول إلتزام ببذل عناية فإن الخطأ يكون قائم في حق المسؤول في حالة إثبات المضرور أن المدين لم يبذل العناية الكاملة، فالأصل في إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية، حتى و إن كانت مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية¹، فعلى الطبيب معالجة المريض و بذل العناية اللازمة في سبيل ذلك فيكشف القاضي توفر الخطأ إذا أثبت المضرور أن الطبيب لم يبذل العناية الكاملة و على هذا الأخير إذ أراد نفي المسؤولية إثبات بذل العناية الكاملة وفقاً للسلوك المؤلف.

أما الإلتزام بالضمان مثل إلتزام الطبيب بضمان سلامة المريض من العدوى داخل المستشفيات والعيادات (infection nosocomiales)، و الإلتزام بضمان سلامة المنتجات الطبية و المواد الصيدلانية و غيرها، فإذا طرحت المسألة على القضاء فلا حاجة إلى البحث عن توافر ركن الخطأ من عدمه لأن في هذه الأحوال لا يمكن نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، بإعتبار أن الإلتزام أو القانون هو مصدر الإلتزام بالتعويض².

تعددت تعاريف فقهاء القانون للخطأ الطبي فمنهم من عرّف الخطأ الطبي بأنه: "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، أو هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم الطبي أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة

¹ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.277.

² نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة ماجستير - فرع عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص.17.

واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض"¹.

و هناك من يرى بأن الخطأ الطبي هو خروج الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم المتعارف عليها نظريا و علميا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيلة و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة. و يمكن تعرف الخطأ الطبي بأنه فعل يصدر ممن يمارس العمل الطبي و يكون غير متفق مع الأصول و المعطيات الطبية المستقرة أو المعاصرة، أو الأعراف الطبية في وقتها سواء كان فعلا إيجابيا أو سلبيا و هو وثيق الصلة بشخص من يمارسه و يستحيل نسبته إلى غيره"².

لقد تجنبت أغلب التشريعات إعطاء تعريف للخطأ الطبي غير أن جانبا منها عرّف الخطأ الطبي بنصوص خاصة، فلقد نص المشرع الليبي الخطأ الطبي بموجب نص المادة 23 منه³ : " تترتب المسؤولية الطبية عن كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضررا للغير. و يعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة و الإمكانيات المتاحة. و يعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام"⁴.

و نص القانون الإماراتي على التالي : " الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس ذات المهنة الطبية الإمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعا إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة"⁵.

بالنسبة لموقف القضاء من تعريف الخطأ الطبي فبالإضافة إلى قرار مرسي Mercier الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 إذ أعتبر الطبيب مخطئا إذا كانت العناية التي بذلها تخالف الحقائق العلمية الحالية، أما محكمة النقض المصرية فأكدت قائم مسؤولية الطبيب : "عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحيطت بالطبيب

¹ محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.112.

² صحراوي داودي، الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 16، 2013، ص.71-73.

³ بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن-عمان، ط.1، 2015، ص.58.

⁴ القانون رقم 17 الصادر في 1986/11/24 المتعلق بالمسؤولية الطبية، ج.ر رقم 28، السنة الرابعة و العشرون، الصادر بتاريخ 1986/12/31.

⁵ قانون الاتحاد الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 في شأن المسؤولية الطبية و التأمين الطبي.

المسؤول¹. كما حدد القضاء الليبي مفهوم الخطأ بقوله : " إن عناصر الخطأ التي توجب المسؤولية الطبية في حق التابعين للمدعي عليهما قد توافرت، و المتمثلة في عدم اتخاذ الطبيب الذي أجرى العملية و مساعديه الحيطة و الحذر اللازمين، وعدم مراعاة الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب، من حرص و دراية "

أما الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي فهو إتيان فعل غير مألوف و مخالف لقواعد ممارسة مهنة التطبيب، كأن يمارس شخص العمل الطبي دون حصوله على شهادة، أو تجاوز الطبيب حدود العمل الطبي المتفق عليه، أو عدم تنفيذه للإلتزام المتفق عليه في العقد و من الأمثلة التي أوردها الفقهاء، عدم حضور الطبيب في الموعد المحدد في العقد أو قيامه بالتدخل الطبي رغم عدم توفر الخبرة لديه.

وبهذا يكون الخطأ الطبي الجراحي مجرد إخلال بواجب طبي إتجاه شخص آخر وهو المريض، وإحداث هذا الخطأ ضرر لشخص المريض، هذا الأخير الذي يتوجه إلى الطبيب الذي يملك قدرات لا يملكها شخص غيره، يترجى فيه الهمة والسرعة والعناية. و إن كان ليس عناية مطلقة بحيث يتم الأخذ بعين الاعتبار حدود الإنسان الطبيعية من جهة، والصنف المهني من جهة أخرى.

فلا يشترط في الطبيب العام معرفة جميع الاكتشافات والتقنيات الطبية الجديدة والحديثة التي يجب على الاختصاصي معرفتها، فكل طبيب مهما كانت قدراته الحقيقية، إلا أنه قد يجد بعض الحدود التي يمكن أن تعفيه من المسؤولية رغم تخصصه الدقيق في هذا الميدان، وبهذا برزت فكرة وضع معايير يتم الرجوع إليها كمقياس للقول بقيام المسؤولية، لذا سنحاول في الفرع الموالي معرفة هذه المعايير.

الفرع الثاني

معيار تحديد الخطأ الطبي الجراحي

إهتم الفقهاء بتحديد معيار لتقدير الخطأ الطبي، فالخطأ القانوني بصفة عامة يقوم على فحص سلوك الفاعل و الحكم عليه من الخارج أما نوي الشخص فلا يمكن الكشف عليها إلا بصورة غير

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.63.

مباشرة. و بالنسبة للطبيب فواجبه المهني يفرض عليه توخي الحيطة و الحذر و الإلتزام بالأصول الفنية و العلمية التي إستقر عليها الطب. فمسألة تقدير الخطأ الطبي كانت محل إختالف و الذي تولد عنه ظهور نظريتين النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية، حاول المتمسكين بكل واحدة منها تعليل مواقفهم و نقد أصحاب التوجه الثاني.

أولاً-المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي الذي ينظر إلى الطبيب المسند إليه الخطأ و ليس للخطأ في حد ذاته¹، بحيث يتم قياس سلوك الطبيب بالعناية المعتادة و اليقظة و التبصر التي يبذلها عادة الطبيب ذاته، و التي تدخل ضمن إلتزاماته المهنية فإذا كان باستطاعة الطبيب تفادي الفعل الضار المنسوب إليه و كان ضميره يؤنبه، على ما إقترفه من أعمال أعتبر مخطئاً. و يعد غير مخطأ في حالة عدم إمكانية تفادي الفعل الضار المنسوب إليه عند قيامه بما إعتاد عليه.

فالمعيار الشخصي ينظر إلى كل شخص حسب ظروفه و حالته و يحاسبه بقدر يقظته وفطنته. فهذا المعيار يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحثة فينتج عن ذلك إمكانية محاسبة طبيب عن خطأه الطبي و عدم إسناد الخطأ لطبيب آخر، رغم سلوكهما نفس المسلك و كانا في نفس الظروف فيعامل الطبيب المسؤول و الطبيب معتاد التقصير بالتساوي².

فالناتج التي يحققها المعيار الذاتي أو الشخصي هي غير منطقية لأنه يتطلب مراقبة والبحث عن أحوال كل طبيب على حدى، وهذا ما لا يستطيع بلوغه القضاء لتنافيه مع الواقع العملي. الأمر الذي قد ينتج عنه مكافأة من إعتاد التقصير و الإهمال بعدم محاسبته على تقصيره و قيام مسؤولية الطبيب الذي يؤدي مهامه بإحترافية على أقل هفوة يهفوها.

على هذا الأساس حكم على هذا المعيار بلا منطق و الذي قد يؤدي إلى حرمان المريض من التعويض، و لا يدفع الأطباء بالمحافظة على درجة معينة من العناية و الإهتمام بسلوكاتهم. فظهر المعيار الموضوعي عند جانب من الفقه و القضاء كمعيار ملائم لقياس أخطاء الأطباء³.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.100.

² نبيلة نسيب، الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص.15.

³ عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص.262.

ثانياً-المعيار الموضوعي

يتفق القضاء سواء في فرنسا أو في مصر إلى تقدير الخطأ الطبي وفقاً للمعيار الموضوعي، و مؤداه أن يتم تقدير سلوك الطبيب ليس طبقاً لمسلكه الشخصي، و إنما طبقاً لما يسلكه الطبيب العادي و الذي يتسم سلوكه باليقظة و الحذر و الانتباه، مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بعمله، و التي تنعكس بالضرورة على مسلك الطبيب.

فالمعيار الموضوعي يكون بمقارنة سلوك الطبيب بسلوك طبيب آخر يأخذ سلوكه كنموذج لما يتوقع إتيانه عادة من غالبية المهنيين¹، مع وجوب أن يتجرد الشخص الذي يعتبر سلوكه نموذجاً من الظروف الذاتية و الداخلية كالحالة الصحية أو النفسية أو الإجتماعية للطبيب، و الإهتمام فقط بالظروف الخارجية المحيطة به.

فعملاً بهذا الإتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأن التزام الطبيب، ليس التزاماً بتحقيق نتيجة أي شفاء المريض، إنما هو إلتزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل في أدائه لمهامه جهوداً صادقة، يقظة تتفق مع الأصول المستقر عليها علم الطب²، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، ووجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، كما يسأل عن خطئه العادي، أيًا كانت درجة جسامته.

لقد عبّرت المحكمة الإدارية المصرية على هذا المبدأ بقولها: "المقرر في القضاء هذه المحكمة، أن الأصل في مسؤولية الطبيب أنها لا تقوم على الإلتزام بتحقيق غاية هي شفاء المريض، و إنما على الإلتزام ببذل عناية الصادقة في سبيل شفائه. وواجبه في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ في مستواه المهني علماً و دراية. في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة، فإن إنحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعتبر حينئذ خطأ يستوجب جبر الضرر الذي لحق بالمريض.

فالمعيار في تقدير خطأ الطبيب و الكشف إن كان الطبيب الجراح قد وقع في خطأ أم لا، يكون بمقارنة الممارسة المهنية للطبيب بممارسة طبيب عادي إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة أو بمقارنة عمل طبيب أخصائي مثله، إذا وجد في مثل هذه الظروف، خاصة و أن الطبيب المختص هو محل ثقة أكثر

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.104.

² طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط.1، 2004، ص.218.

أهمية من الطبيب العادي. فعلى القاضي أن يعتمد على هذا المعيار المبني على وقائع محددة و سلوكات ثابتة للطبيب العادي أو الأخصائي، فإذا تبين له بأن عمله المهني يتنافى مع الأصول التي إستقرت عليها المهنة فقد ثبت خطأ الطبيب على هذا النحو¹.

لم يسلم هذا المعيار من الإنتقادات بالنظر إلى إعماده على الظروف الخارجية و تجاهل الظروف الداخلية عند تقدير خطأ الطبيب، فقد لا تتحقق الغاية من إعتداد هذا المعيار الذي يهدف إلى رسم حدود الخطأ الطبي إذ يقول الفقيه سليمان مرقس: " فوق عدم إستنادها إلى أي أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة، فإنها تؤدي إلى التسوية بين واجبات الطبيب الريفي وواجبات الأخصائي الكبير".

فالمريض الذي يختار طبيب مختص معروف بخبرته و له سمعة كبيرة في المجتمع ينتظر منه بناء على الكفاءة التي يتمتع بها عناية فائقة و إمتياز في أداء مهنته، فالأخذ بالمعيار الموضوعي لا يعطي لهذا الطبيب القدر على التحلل من المسؤولية على أساس أنه ليس ملزماً بأكثر من عناية الطبيب العادي، و أن خبرته و قدرته هي مجرد ظروف داخلية خاصة لا يمكن الإعتماد عليها في إطار تقدير المسؤولية².

كل هذه الإنتقادات دفعت بجانب من الفقه إلى التفكير في المعيار المختلط، وهو الذي يجمع بين المعيارين السابقين عن طريق تركيز محاسن و مزايا التي جاء بها كل من المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي في معيار واحد يتخذ كأساس لتقدير و قياس خطأ الطبيب³.

¹ طلال عجاج، المرجع السابق، ص.332.

² عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية...، المرجع سابق، ص.264، منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، المرجع سابق، ص.215.

³ مراد بن صغير، المسؤولية الطبية و أثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2007، ص.44.

ثالثاً-المعيار المختلط

ظهر المعيار المختلط مع إختلاف التوجهات الفقهية فتقدير سلوك الطبيب بناء على المعيار المختلط يقتضي من جهة، قياس سلوك الطبيب بسلوك أوسط الأطباء كفاءة و خبرة و تبصراً وجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب المسؤول و المؤثرة في سلوكه. فالظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المستقلة عن شخصيته تساهم في تقدير مدى سلوكه المسلك الطبي العادي، مثل خطورة الحالة و توافر ظرف الإستعجال و التي تحتاج إلى التدخل الطبي السريع، و التي قد تؤدي إلى إنعدام إمكانية إجراء التدخل الطبي على أكمل وجه.

فلا بد من الأخذ في الإعتبار ظروف الزمان و المكان الذي يجري فيه العلاج، فلا يؤخذ الطبيب الذي يجري علاجه في قرية نائية بعيداً عن المستشفيات و الزملاء و المعدات التي يستلزمها العلم الحديث من أشعة و معدات التحاليل و غير ذلك من وسائل الفحص و التحليل، مثل الطبيب التي تتوافر لديه كل الوسائل العلمية لإجراء التدخل الطبي في أحسن ظروف، بالإضافة إلى إمكانية تشاوره مع زملائه و الحصول على المساعد في التشخيص و العلاج¹.

زيادة على مراعاة الظروف الخارجية سالفه الذكر، يقتضي المعيار المختلط مراعاة ظروف الداخلية المحيطة بالطبيب، و التي تؤثر حتماً في سلوكاته، فعلى القاضي تقدير خطأ الطبيب بناء على المؤهلات العلمية المتوفرة لديه و التي تعد من بين الظروف الداخلية التي يجب مراعاتها، فلا يمكن مسائل طبيب يعمل في منطقة نائية يتولى إجراء عمليات جراحية محدودة، مثل طبيب أخصائي إعتاد على إجراء عمليات زرع الكلى أكثر من مرة².

إن الأخذ بالمعيار الموضوعي و الإعتماد على الظروف الخارجية التي نشأ فيها الفعل دون الإعتماد بالظروف الداخلية للفاعل هو الأولى بالإتباع، لأنه معيار مرن كما أنه من الناحية العملية يساعد القاضي في تحديد خطأ الفاعل دون الإعتماد بظروفه الداخلية مثل درجة الذكاء و قابليته للانفعال، كما أن المعيار الموضوعي يواكب التطورات التي تلحق بكل المجتمعات، وفضلاً عن ذلك

¹ وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، أطروحة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس، فلسطين، 2008، ص. 71-75.

² عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 31.

يحق هذا المعيار العدالة الاجتماعية المتمثلة في اقتضاء المضرور لحقه في التعويض عن الضرر الذي لحق به¹.

و لقد ثار نقاش حول مسألة التخصص الطبي مثل الأطباء الجراحين، فهل يعد التخصص من قبيل الظروف الخارجية أم هو ظرف داخلي يعبر عن القدرات الفكرية للطبيب؟ في هذا الصدد قررت محكمة مصر صراحة " أنه بالنسبة لأطباء الأخصائيين، يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم، لأن من واجبهم الدقة في التشخيص، والاعتناء، و عدم الإهمال في المعالجة"². فمقارنة عمل الطبيب الأخصائي لا بد أن يكون بالنظر إلى عمل طبيب يماثله في الإختصاص.

لذلك فلا بد من تقدير سلوك الطبيب العادي، قياسا على سلوك طبيب عادي مثله وتقدير عمل الطبيب الأخصائي بعمل طبيب أخصائي مثله، لأن التخصص ينظر إليه على أنه صفة خارجية فإختيار المريض للطبيب المتخصص يرجع إلى ثقتهم في مستواه العلمي الظاهر أمام الناس، فهذه الصفة يكون لها وزن في تقدير خطأ الأخصائي، عند مقارنة نشاطه العلمي بسلوك طبيب أخصائي آخر و هنا يوجد نوع من التشدد مع أصحاب الإختصاص حال تقدير الخطأ و الذي قد لا يعد كذلك إذ أرتكب الخطأ من غير ذي إختصاص.

الفرع الثالث

صور أخطاء الجراحين

تعد الجراحة عمل من الأعمال الطبية بالغة الخطورة، نظراً للمساس الكبير بسلامة جسم الإنسان و أنسجته الحيوية. و لولا أن المرجو من ورائها إزالة سقم يعاني منه المريض، و لا فائدة من اللجوء إلى العلاج عن طريق الوسائل التقليدية، لما قبل المريض هذا النوع من العلاج نظرا لجسامته، لكن البشرية تشهد لهذا النوع من العلاج بالفائدة العظيمة التي لا غنى عنها³.

¹ أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011، ص.176.

² منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص.450.

³ أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص.240.

إن المحاكم عادة ما تتشدد مع الطبيب أخصائي الجراحة حال تقدير الخطأ الطبي المنسوب لؤهلاء الأخصائيين، أكثر من غيرهم من التخصصات الطبية الأخرى، لأن التدخل الجراحي ونظراً لخصوصيته لا يمكن أن يعتمد عليه إلا من كان متمتعاً بالخبرة و الدراية الكافية لضمان أقل قدر من الضرر، فإذا عمد عليه الطبيب رغم غياب المؤهلات فلا بد من تحمل النتائج و تعويض ما لحق المضرور من ضرر. فللخطأ الطبي الجراحي عدة صور تتوزع عبر عدة مراحل التي تمر بها العملية الجراحية نذكر منها بعض الصور على النحو التالي:

أولاً- خطأ الجراح في عدم إجراء الفحوصات اللازمة قبل التدخل الجراحي

لابد قبل الخوض في العمل الجراحي أن يسبق هذا التدخل مجموعة من الفحوصات والتحاليل التي يخضع لها المريض بعناية و بدقة، و أن يكون الفحص شاملاً و لا يقتصر فقط على العضو محل الجراحة، بل لابد من دراسة الحالة العامة للمريض، و دراسة إمكانية تعريض المريض إلى آثار و نتائج جانبية، فيمكنه لتحقيق هذه الغاية الإستعانة بمن هو أكثر منه تخصصاً، و في حالة تعويض طبيب بطبيب آخر فلا بد أن يسعى للحصول على المعلومات الضرورية المتعلقة بحالة المريض¹. و من واجبات الطبيب الجراح الذي قد يسأل عنها في حالة إهمالها أو تجاهلها، هو التأكد قبل إجراء التدخل الجراحي مما إذا كان المريض على الريق من عدمه، خاصة و أن إغفال هذا الواجب يعرض المريض لخطر الوفاة خنقا، فلا بد على الطبيب الجراح اتخاذ الإحتياطات اللازمة للتأكد من امتناع المريض عن الأكل قبل إجراء العملية.

ثانياً- خطأ الجراح في عدم إجراء العملية بنفسه حتى النهاية و عدم تبصير المريض بالعلاج الواجب إتباعه

على الطبيب الجراح أن ينفذ الإتفاق القائم بينه و بين المريض و المتعلق بإجراء العملية الجراحية كاملة، و لكن من الناحية العملية قد يحدث أن يقوم الجراح بالجزء الجوهري من العملية بنفسه، و يترك للأطباء المساعدين مهمة إتمام العملية الجراحية من خياطة و تنظيف الجرح حتى يمكن لهؤلاء التحصيل العلمي و التدريب العملي على إجراء الجراحة.

¹ منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة و التخصصية، المرجع السابق، ص.323.

ففي مثل هذه الحالة ينبغي على الطبيب الجراح حتى و أن سمح لأحد النواب بإتمام العملية الجراحية و إجراء بعض التدخلات الجراحية البسيطة، غير أنه لا بد أن تتم هذه التدخلات تحت إشراف الطبيب الجراح و بناء على توجيهات منه، و تحت مسؤوليته. فينبغي على الطبيب في كل الأحوال حتى و إن كان التدخل الجراحي بسيط بالنسبة له أن يتم العملية الجراحية، و الإطمئنان على ذلك بنفسه. كما أن إستبدال الجراح بجراح آخر، لا بد أن يكون بموافقة المريض ما لم تكن هناك حالة ضرورة فإذا تم ذلك بدون رضا المريض فيعد ذلك خطأ ينسب إلى الطبيب الجراح و يعد مسؤولاً عن كافة الأضرار الناجمة عن ذلك¹.

يقع على الطبيب أخصائي الجراحة أيضاً إلتزام بتبصير المريض حول العلاج الذي هو مقبل على إتباعه، و أن يحيطه علماً بالنتائج التي يتوقعها عادة، فالطبيب لا يهتم فقط بيوم إجراء العملية الجراحية بل يجب عليه تزويد المريض بالتعليمات و النصائح التي من شأنها أن تجنب الأضرار عليه، والتي يتوقع حدوثها حسب الظروف الصحية للمريض.

نخلص إلى أن الطبيب الجراح حتى لا يرتكب خطأ طبي عند مباشرة عملية نقل و زرع الأعضاء لا بد عليه من إلتزام الشروط و القواعد القانونية، التي نص عليها المشرع الجزائري سواء في حالة التبرع بالأعضاء من طرف الأحياء، أو نقل أعضاء المتوفى قصد إستغلالها لأغراض علاجية. أول هذه الشروط هي أن يكون المتبرع بالعضو كامل الأهلية، أما بالنسبة للقاصر أو الشخص البالغ الفاقد للتمييز فالمبدأ العام هو إستبعاد لجوؤهم إلى عملية نقل الأعضاء.² خاصة و أن رضا المتبرع و المريض المتلقي هو من بين الشروط الواجب توافرها في عملية نقل و زرع الأعضاء و لا بد أن يكون هذا الرضاء بإرادة مستنيرة و حرة.

الشرط الثاني، هو عدم تعريض أطراف العملية الجراحية للخطر و هو ما يستفاد من نص المادتين 1/360 و 1/364 من القانون المتعلق بالصحة ، فالأصل في حالة نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء أن يكون محل التبرع هو الأعضاء المزدوجة، مع التأكد من خلال إجراء عمليات التحاليل الضرورية بأن

¹ منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة و التخصصية، المرجع السابق ، ص.324.

² رابح محمد، المرجع السابق، ص.221.

العضو المتبقي سليم قادر على أداء الوظيفة بشكل طبيعي. فعلى الطبيب الجراح أن يمتنع من إجراء العملية في حالة إذا كان سيلحق ضرر بصحة المتبرع أو تعرضه للهلاك¹.

الشرط الثالث، هو ضرورة العلاج عن طريق عملية نقل و زرع الأعضاء بحيث يمثل الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض و ضمان سلامته البدنية، إذ لا يجد الطبيب علاجًا آخر خاصة في حالة الإستعجال لما يكون المريض مهدد بالوفاة. فعلى الطبيب مراعاة المصلحة أو الفائدة في العلاج عن طريق زرع الأعضاء و عليه أن يمتنع من إجراء العملية إذا كان في ذلك تعريض المريض إلى مخاطر لا فائدة منها، فعليه القيام بعملية الموازنة بين المزايا و المخاطر التي تهدد صحة المريض فلا يلجئ إلى التدخل الجراحي إلا بعد التأكد بأن فوائد العملية أكثر من أضرارها.

كما يجب على الأطباء المختصين إجراء العملية في المستشفيات العامة المرخص لها بذلك من طرف وزير الصحة و السكان، بالإضافة إلى ذلك مراعاة رأي اللجنة الطبية التي تعمل داخل المستشفيات المرخص لها و التي يكون لها سلطة التقرير و البث في ضرورة انتزاع عضو، أو نسيج، أو زرعه فلها الحق وحدها في الإذن و الموافقة على إجراء هذه العمليات، مع شرط في حالة نقل عضو المتوفى ألا يشارك الطبيب الذي عاين الوفاة مع الأطباء الذين يتولون عملية الزرع.

إهتم فقهاء القانون بتحديد طبيعة العلاقة التي تربط الأطباء بالمستشفيات العامة و هذا إنطلاقاً من التمييز بين العمل الفني و غير الفني الذي يقوم به الطبيب داخل المستشفى العام، فتوجه القضاء المدني الفرنسي إلى التمسك بإختصاصه في النظر في دعوى المتعلقة بمسؤولية الطبيب عن عمله في المستشفى العام، على أساس أنه غير تابع لإدارة المستشفى لإنتفاء عنصر الرقابة و الخضوع.

فالتبيب الجراح عند مباشرة عمله الفني داخل المستشفى العام يتمتع بالحرية التامة والإستقلالية، فعلى هذا الأساس يتحمل الطبيب مسؤولية فعله الضار و لا تقوم مسؤولية المستشفى، وهذا هو نفس توجه القضاء الإنجليزي الذي ميّز بين الخطأ الفني و غير الفني بناء على عنصري الرقابة و الإشراف، ففي حالة توفر هذه العناصر يكون الخطأ غير فني و من تم تقوم مسؤولية المستشفى².

لكن الإنتقادات الموجهة للتوجه القائل بالترفة بين الأعمال الفنية و غير الفنية غير الرؤية الفقهية و القانونية للمسألة، ففند جانب من الفقه فكرة عدم رقابة المستشفى على أعمال العلاج

¹ زرارة عواطف، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، ع 11، ص.186.

² رابيس محمد، المرجع السابق، ص.222.

و الأعمال الفنية المرتبطة بها، إذ أن إعتبار طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بالمستشفى علاقة تنظيمية لا ينفي صفة التبعية عنه للمستشفى. كما تكفي سلطة الإشراف الإداري لتقديم التوجيهات و الأوامر إلى الطبيب.

على أساس هذه الإنتقادات استقرت احكام المحاكم الإدارية في فرنسا على إقامت مسؤولية المستشفى العام دون التفرقة بين الخطأ الفني و غير الفني، فقرر مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1935 أن مسؤولية الدولة تنشأ عن أي خطأ من المشرفين على إدارة المستشفى وعن الخطأ الجسيم الصادر عن الأطباء، و قرر أيضا نفس المجلس في الحكم المؤرخ يوم 12 مارس 1937 أن مسؤولية المستشفيات العامة مرتبطة بوقوع خطأ في تنظيم المصلحة، أو خطأ جسيم في العلاج الجراحي الذي أجري على المريض.

فإستقر القضاء على إعتبار الطبيب الذي يقدم خدمة بالمستشفى العام أنه تابع لهذا الأخير الذي يسأل عن كل ضرر يتعرض له المريض، فخطأ الطبيب الجراح بالمستشفى يسأل عنه هذا الأخير على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. فقد قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقاً في القرار الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1986 بما يلي : "حيث أنه من نافلة القول و بخصوص إلقاء المسؤولية برمتها على عاتق الطبيب القائم بالعملية التصريح بأن المريضة التي أدخلت إلى المستشفى بغرض العلاج لم تحتربطها الذي كان تابعاً لهذا المستشفى و يتقاضى منه مرتبه و بالتالي فإن المستشفى هو المسؤول وحده عن أعمال تابعه، ذلك أن العملية التي أجريت في نطاق نشاط المرفق العام تتحملها هنا من حيث مسؤولية المصالح الإدارية".

كما أصدر مجلس الدولة قرار بتاريخ 19 أبريل 1999 يؤكد قيام مسؤولية المستشفى عن الخطأ الطبي بناء على نص المادة 131 من القانون المدني و التي تنظم قواعد المتعلقة بمتولي الرقابة الذي يعد مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها الغير على الأشخاص الموضوعين تحت رقابته فنصت حيثيات القرار على التالي : "... حيث أن قضاة الموضوع لهم الحق في منح التعويض طبقاً لأحكام المادة 131 من القانون المدني، و يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمصاب طبقاً للمادة 182 من القانون المدني من ظروف و ملاسبات القضية، و أن قضاة المجلس أسسوا المبالغ الممنوحة على الأسباب التالية:

أن المستشفى المؤمن لدى الشركة الوطنية للتأمين وكالة أدرار، و التي أجابت أنها مستعدة للتعويض ، كما أن الخبير خلص في تقريره إلى أن الخطأ الطبي قائم فعلا، و أدى إلى الإضرار بالمستأنف عليها...¹.

كما أصدر مجلس الدولة قرار بتاريخ 11 مارس 2003 في القضية التي جمعت بين مستشفى بجاية و (م.خ) فألزمت المستشفى بالتعويض، بعد إعتبار قيام خطأ مرفقي في حق المستشفى الذي لم يضمن السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليتها، و أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه و التي أدت إلى تعفن عظم المريض و خضوعه لعدة عمليات جراحية من أجل إصلاح الضرر يشكل خطأ مرفقي.

و في الأخير لا بد على الطبيب الجراح من الحفاظ على السر المهني، فلا تكشف هوية المتبرع للمستفيد و لا يعلن الطبيب لعائلة المتوفى هوية المريض المستفيد من العضو، و في ذلك حماية للجانب النفسي للمريض الذي قد يتأثر في حالة معرفة هوية المتبرع المتوفى، و على الطبيب إحترام إرادة المتوفى من حيث موافقته أو موافقة أعضاء أسرته طبقا لنص المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة.

المطلب الثاني

الضرر الطبي و علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب أن يقع الخطأ بل لا بد أن يلحق الخطأ الطبي ضرراً بالغير، إذ يعد الضرر الركن الثاني للمسؤولية المدنية للطبيب، و ليس ذلك فحسب إذ تكتمل أركان المسؤولية المدنية للطبيب بقيام العلاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر، فلا بد من إثبات قيام علاقة مباشرة بين الخطأ الطبي الذي إرتكبه الطبيب المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور².

فالضرر في إطار العلاج الجراحي لا يخرج في أحكامه عن القواعد العامة فيعتبر عنصر وجوبي لقيام المسؤولية الطبية حتى يتمكن المضرور بالمطالبة بالتعويض، و في ذلك إختلاف عن المسؤولية الجزائية التي لا تشترط في قيامها وقوع الضرر، إذ بمجرد الشروع في ارتكاب بعض الأفعال المنصوص

¹ عبد القادر خضير ، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هومة، د.س.ن، ص.65.

² Abdelkader Khadir : la responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, édition houma, Alger, 2014, page.112.

على تجريمها قانوناً تقوم المسؤولية الجنائية حتى و لو لم يحدث الضرر¹. لذا سنتطرق في بداية هذا المطلب إلى مفهوم الضرر الطبي (الفرع الأول) و صورته (الفرع الثاني)، ثم ندرس الأحكام الخاصة بالعلاقة السببية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الضرر الطبي

إنطلاقاً من التعريف العام للضرر يقصد بهذا الأخير الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو شرفه أو ماله أو عواطفه، كما عرّفه البعض بأنه الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه. هذا وقد عرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الضرر بأنه ما يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها.

يُعرّف الضرر الطبي بأنه حالة ناتجة عن فعل طبي أدت إلى المساس بجسم الشخص وإلحاق الأذى به، و الضرر المقصود هنا لا يرجع إلى عدم شفاء المريض أو عدم نجاح العملية الجراحية، لأن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تاماً أو جزئياً لا يكون في ذاته ركن الضرر.

كما لا يقتصر الضرر الطبي على الجانب المادي الذي يصيب جسد المريض الخاضع للعلاج، بل هناك أضرار نفسية قد يتعرض لها الإنسان نتيجة وقوع الطبيب في خطأ علاجي²، فكل ما يصيب المرء في حق من حقوقه، أو مصلحة من مصالحه المشروعة، من جراء العمل الطبي غير المعتاد، يعد ضرراً. فمن حق الإنسان المحافظة على سلامته الجسدية و ضمان حقه في الحياة، بحيث يُعدّ القتل و التعذيب و الجروح مساساً بهذه الحقوق.

فينبغي التأكيد على أن الضرر لا يتحقق لمجرد عدم شفاء المريض من العلاج الجراحي الذي تعرض له، فإذا كان تدخل الطبيب يتوافق من الأصول العلمية المعتمد عليها فليس للمريض مسائلة الطبيب عن واقعة عدم الشفاء. فطبيعة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب الجراح هو إلتزام ببذل

¹ رابح محمد، المرجع السابق، ص.269.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.10.

عناية و ليس بتحقيق نتيجة، فعلى هذا الأساس فلا يعتبر فشل العملية الجراحية وعدم تحسن الحالة الصحية للمريض ضرراً تقوم بموجبه المسؤولية الطبية.

إن الضرر الطبي قد يكون مادياً و قد يكون معنوياً. يقصد بالضرر المادي كل ما يصيب جسم المريض من جرح يترتب عليه تشويه أو عجز عن العمل أو ضعف في الكسب، الأمر الذي ينجر عنه خسارة مالية. و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 ق.م على عنصرين للضرر الذي يستوجب التعويض و هما ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب¹.

فالضرر المادي للمريض يتحقق في حالة تعرض هذا الأخير لخطأ طبي بشكل يوجب عليه الزيادة في النفقات المتعلقة بمصاريف العلاج و إقتناء الأدوية و التنقل و غيرها، كما قد يؤدي الضرر الذي لحق بالمريض الناتج عن خطأ الطبيب إلى ملازمته المستشفى مدة طويلة، و عدم سعيه للعمل وللکسب. فهذه المدة التي ضاعت للمريض من حقه المطالبة بالتعويض عنها بسبب تضرره من فواتها بدون كسب.

أما النوع الثاني للضرر الطبي فهو الضرر المعنوي فالتعويض لا يمس الضرر الجسدي و المالي فحسب، بل يشمل أيضاً الجانب النفسي، فالضرر المعنوي هو ما يلحق بالشخص في غير حقوقه المالية و لا في سلامته الجسدية، و إنما يصيبه في كرامته أو شعوره أو شرفه أو عاطفته، فهو الأذى الذي يلحق شرف الإنسان و سمعته و مركزه الإجتماعي².

فيدخل ضمن مفهوم الضرر المعنوي في مجال الطبي ما يصاب به المضرور من آلام في شعوره وأحاسيسه نتيجة المساس بسلامته الجسدية بسبب خطأ الطبيب في الجراحة أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، وقد ينتج أيضاً ضرر معنوي يرجع إلى إفشاء الطبيب للسر المهني بشكل يؤثر في سمعت المريض و مركزه الإجتماعي أو حياته الخاصة.

إنقسم الفقه حول مسألة تعويض الضرر المعنوي فمنهم من عارض هذه الفكرة على أساس صعوبة تقدير هذا الضرر بالمال، و لايمكن جبر الضرر عن طريق التعويض. بينما تمسك أنصار الرأي المؤيد لفكرة التعويض عن الضرر المعنوي أن هذا الأخير شأنه شأن الضرر المادي قابل للتعويض مع توافر الشروط. فالتعويض المادي للضرر المعنوي يساعد المضرور عن طريق إستغلال المال في نسيان الضرر و من تم فالتعويض يساهم في محو أثر الضرر أو التخفيف من حدّته.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.226.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.21.

بالنسبة للمشرع الجزائري بموجب تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي و ذلك في المادة 182 مكرر التي تنص على ما يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". فحدى المشرع حدو كل من المشرع الفرنسي (المادة 1382)، و المشرع المصري (المادة 1/222 من القانون المدني)، فتعديل القانون المدني تدارك الإغفال الذي وقع فيه المشرع رغم تقرير الحق في التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية و التي تنص أنه: " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية...". كما منحت المادة 531 مكرر من نفس القانون للمحكوم عليه المستفيد من البراءة أمام محكمة الجنايات و لذوي حقوقه الحق في طلب التعويض عن الضرر المادي و المعنوي.

كما أقر المشرع في حالة الإخلال بالواجبات القانونية المحددة قانونا من طرف مهنيي الصحة إمكانية تعرضهم للمتابعات المدنية، و هذا بموجب نص المادة 347 من القانون المتعلق بالصحة، و الملاحظ أن المشرع نص في القانون المدني على جانب من الضرر المعنوي المثلث في الشرف و الحرية و السمعة، فلم يشير إلى أقسام أخرى من الضرر التي تشمل العاطفة و الآلام¹.

الفرع الثاني

صور الضرر

إن قيام مسؤولية الطبيب المدنية أو مسؤولية المستشفى، لا تتحقق بمجرد عدم شفاء المريض أو عدم نجاح العملية الجراحية، بل لابد من قيام ركن الضرر و الذي سبق لنا تحديد المقصود منه، خاصة و أن إلتزام الطبيب هو ببذل عناية كأصل عام، يتحول في بعض الحالات الإستثنائية إلى إلتزام بتحقيق نتيجة².

فالضرر الذي تقوم بموجبه المسؤولية الطبية هو أثر لخطأ الطبيب أو إهمال القيام بواجب الحيلة أثناء ممارسته للعمل الطبي، أو نتيجة خطأ في تنظيم و تسيير المرفق العام الطبي.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص.231.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.126.

فقد يصاب المريض بضرر يمس حياته أو سلامته الجسدية، أو ينقص من ذمته المالية ويقصد به في هذه الحالة بالضرر المادي (أولاً)، و يمتد هذا الضرر ليمس شعور و عواطف المريض، فيسمى بالضرر المعنوي (ثانياً)، و قد يكون الضرر عبارة عن تفويت فرصة للمريض (ثالثاً).

أولاً-الضرر المادي

عرفه الأستاذ علي عصام غصن بأنه "الضرر الذي يمثل إخلالاً بحق المتضرر و هذا الحق هو حق السلامة: سلامة حياته، سلامة جسمه كإزهاق الروح أو إحداث عاهة مستديمة، أو تعطيل حاسة أو إنقاص لقوى الجسم أو العقل"¹.

ويعرفه الأستاذ علي فيلاي بأنه " الخسارة المالية أي الخسارة الإقتصادية المحضة التي تلحق الشخص، نتيجة تعدي على حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة، و تتجسد هذه الخسارة المادية في انتقاص من الذمة المالية لشخص المضرور، و يترتب الضرر المادي عند المساس بالذمة المالية للمضرور، كإتلاف محاصيل زراعية، أو حرق منقول أو عقار، أو هدم حائط أو قتل حيوان، أو غصب منفعة، أو المنافسة التجارية غير المشروعة... الخ. وقد يتحقق كذلك الضرر المادي عند التعدي على السلامة الجسماني او الجسدية للإنسان (*intégrité corporelle et physique*) كالضرب والجروح، و القتل، وكسر أو قطع لعضو من أعضاء الجسم. ويتمثل الضرر المادي في مصاريف العلاج بمختلف أنواعها (نفقات الأدوية، وتكاليف المستشفيات أو العيادة أو مصالح إعادة التأهيل، نفقات الإستعانة بالغير في حالة العجز، ثمن الأجهزة... الخ). و الخسارة التي لحقت الضحية بسبب عجزها الكلي أو الجزئي عن الكسب بسبب التوقف المؤقت أو الدائم عن العمل(ضياع الأجرة بالنسبة للعامل أو الموظف، و ضياع مداخيل بالنسبة للتاجر... الخ) و مصاريف الدفن في حالة قتل الضحية وكذا ضياع النفقة بالنسبة للأشخاص الذين كان يعولهم المتوفى"².

و قد يلتقي الضرر الجسدي مع الضرر المادي ليشكلا موضوع تعويض مشترك، كما في حالة الشخص الذي يصاب بعاهة مستديمة، فيصبح يشكو من ضرر جسدي و ضرر مادي بالنظر لما يتطلبه من علاج و نفقات تطيب و دواء و انقطاع عن عمل.

¹ علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.179.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص.228.

و من أهم شروط الضرر أن يمس مصلحة معينة للمتضرر و أن يكون محققا أي وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما¹، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلا، و تكونت عناصره و مظاهره و من أمثله أن يموت المريض عقب الخطأ الطبي مباشرة، و لا يقصد بالضرر المحقق الضرر الحال فحسب، بل يشمل كذلك الضرر الذي قام بسببه، و إن تراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، كالحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة التي تبدو في أول وهلة هينة، ثم يتمخض عنها ضرر جسيم في المستقبل، و هو سيقع حتما و بصفة أكيدة، مما يقتضي تعويضه ولو بصفة مؤقتة، وذلك نظرا لكون المادة 131 من القانون المدني، تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه المريض، و هذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم تحديد مقدار التعويض بصفة نهائية و قطعية، خاصة إذا كان الضرر سيتحقق أو يزداد في المستقبل².

فالضرر المستقبلي هو الضرر الذي لم يقع بعد و لم تكتمل مقوماته حاضرا و إنما ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أكيدا، و يختلف الضرر المستقبلي عن الضرر الإجمالي الذي لا يوجب التعويض، و إن كانا يشتركان في نقطة واحدة، إذ أن كل منهما لم يتحقق بعد في الوقت الحاضر، ولكنهما يختلفان في كون الضرر الإجمالي قد يتحقق و قد لا يتحقق في المستقبل، بمعنى أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد و هو يقوم على وهم و افتراض لا أساس له، ولأن الأحكام القضائية لا تقوم على افتراض، فإن الضرر الإجمالي يبقى بمنأى عن التعويض حتى يقع فعلا.

على خلاف ذلك فإن الضرر المستقبلي هو الأذى الذي لم يقع في الحال إلا أن وقوعه مؤكدا في المستقبل، أي يتحقق سببه إلا أن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل و لأجل لاحق، و عليه فإن المريض الذي أصيب بأضرار جسدية و لم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا كانت الساق ستبتر فإن لهذا المريض المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحالية و المستقبلية إذا كان احتمال بتر الساق وارد لا محالة³، وبشأن التفرقة بين الضرر المستقبلي و الضرر الإجمالي يرى الشراح و منهم الأستاذ سافاتيبي أن الفرق لا يكمن في طبيعة كل منهما و إنما هو الفرق في الدرجة فحسب.

¹ رايس محمد، المرجع السابق، ص. 257.

² رايس محمد، المرجع السابق، ص. 273.

³ بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2010-2011، ص. 116.

فالضرر المستقبلي يعني تحقق الخطر، و هذا الخطر بدوره يهدد بوقوع الضرر مستقبلا ووجود هذا الخطر أو التهديد هو في ذاته ضرر يستوجب التعويض في حين أن الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع و لا يوجد ما يؤكد أنه سيقع و غاية الأمر أنه يحتمل الوقوع، وعلى هذا فالمرأة الحامل التي تتلقى ضربة على بطنها يحتمل معها إجهاضها، غير أنه لا يجوز لها قانونا المطالبة بالتعويض عن الإجهاض مادام أنه لم يقع و لم يتأكد وقوعه أما بعد أن يقع فإن الضرر يصبح حالا واجب التعويض¹.

ثانيا-الضرر المعنوي أو الأدبي

أقر القانون الروماني مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وذلك دون تفريق بين المسؤولية العقدية و التقصيرية، و كان القضاء الروماني يحكم بالتعويض لمن يثبت أن أعمال الغير أو كتاباته سببت له آلاما نفسية أو جسدية أو حرمة من لذة التمتع بمنظر جميل أو من الشعور بالهدوء وراحة البال². وانتقلت فكرة التعويض عن الضرر المعنوي إلى القانون الفرنسي الذي أقر مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، و حكمت به محكمة التمييز الفرنسية لأول مرة في 15 حزيران 1833.

لقد أقر المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي بموجب تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 و ذلك في المادة 182 مكرر التي تنص على ما يلي: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

يقصد في المجال الطبي بالضرر المعنوي ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره و أحاسيسه نتيجة الآلام و المعاناة الناتجة عن المساس بسلامته الجسدية، بسبب خطأ الطبيب أو الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، و التي قد تتمادى بعد الحادث و خلال المعالجة و قد تستمر بعدها ما يخلق لدى المريض عقدا نفسية و شعورا بالنقص و بالحاجة الى الآخرين³.

يحتوي الضرر المعنوي على عدة أصناف منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية وتمس الشخص في شرفه، و سمعته، و منها ما يتعلق بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، و تمس الشخص في عاطفته، و منها ما يتعلق بالمعتقدات الدينية أو الأخلاقية، و منها الأضرار التي تصيب الشخص جسمانيا من دون أن تنقص من قدرته في العمل كالألام و الجروح... الخ⁴، و على العموم فإن

¹ فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011-2012، ص.265.

² فريجة كمال، المرجع السابق، ص.267.

³ علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.182.

التعاريف الفقهيّة للضرر المعنوي تتمحور حول فكرة المساس أو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو إقتصادية.

فقد يلحق المريض إثر التدخل الطبي الذي يمس جسمه أضرار مختلفة، تمس كيانه الجسدي كالجروح، أو فقد أحد أعضاء الجسم، أو التشويه، مما يجعل المريض يشعر بآلام جسمانية التي تؤثر على الجانب النفسي للمضروب، كما قد يشعر المضروب بآلام معنوية ناتجة عن حرمانه من متع الحياة، كما يعد من قبيل الضرر المعنوي إفشاء الطبيب مرضه للغير.

فإذا كان الضرر الأدبي لا يمكن تقديره تقديراً مادياً دقيقاً، بيد أن هذا لا يمنع من التعويض عنه تعويضاً مقارباً، فحتى إن لم يكن كافياً، فإنه على الأقل يحقق بعض الترضية، و هكذا قررت محكمة ليون أن زوج المتوفاة له الحق في الحصول على التعويض عن الألم الذي أصابه من تشريح جثة زوجته بغير وجه حق على خلاف ما أوصت به قبل وفاتها.

ينبغي التنويه في هذا الصدد أن الضرر المقصود هنا ليس هو الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض، أو عدم نجاح الطبيب أو الجراح في العلاج، لأن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تاماً أو جزئياً لا يكون في ذاته ركن الضرر، لأن الطبيب في عقد التطبيب لا يلتزم بشفاء المريض إنما يطلب من الطبيب أن يبذل ما عليه و ما وسعه في سبيل الشفاء، فإن لم يتحقق الشفاء و أخفق في الوصول إلى هذه الغاية، فلا جناح عليه لأن إلتزام الطبيب هو إلتزام بالسعي و يبذل العناية لا بتحقيق النتائج وبلوغ الغايات¹.

كما قد يمتد أثر الضرر المعنوي ليصيب من تربطهم بالضحية علاقة غير مادية كصلة القرابة أو المودة المستقرة فيولد لهم آلام نفسية منبعثة من الطبيعة البشرية، بسبب ما حل بشخص آخر قريب لهم من إصابة خلفت فيه أثراً بالغاً أو عاهة مستديمة أو عطلاً دائماً أو تشويهاً جسيماً أو ادت إلى وفاته، مما يعطيهم الحق بالتعويض عن تلك الآلام في حالت ثبوتهما و إستجماعها للشروط المطلوبة قانوناً².

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.182.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.21.

ثالثاً- تفويت الفرصة

تعتبر تفويت الفرصة (la perte de chance) من ضمن عناصر الضرر ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها هو أمر محقق موجب للتعويض، فالتعويض لا ينصب على الفرصة لأنها أمر إحتمالي، و إنما يكون عن تفويتها أو ضياعها حيث أن المدعي كان يأمل في منفعة تؤول إليه، أو كان يعول أن تتيح له هذه الفرصة الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور بمجرها الطبيعي فأتى المدعي عليه بخطأ منه يجرمه من هذه الفرصة و يبدد أمله¹.

ومما يجب الإشارة إليه أن القضاء في فرنسا في أول الأمر اتخذ موقفا مانعا لمنح التعويض عن الفرصة الضائعة، لكنه سرعان ما غيّر رأيه فأجاز ذلك مع إشتراطه أن تكون هذه الفرصة فرصة حقيقية و جدية، و أن تكون الفرصة الفائتة فرصة حالة أو وشيكة، و بهذا ازيل الخلط الذي حصل اول الأمر بين الضرر المحتمل و فقدان الفرصة بالتمييز بينهما، لأن هذه الأخيرة إذا ضاعة على صاحبها يعتبر ذلك في حد ذاته ضرراً محققاً يستوجب التعويض².

فتفويت الفرصة على المريض في العلاج نتيجة ممارسة الطبيب لعمله بصورة غير صحيحة، يوجب مؤاخدة هذا الأخير و تمكين الأول من التعويض، و قد قضت محكمة النقض الفرنسية في أول حكم لها عن تفويت الفرصة في المجال الطبي للطفلة البالغة من العمر ثماني سنوات Pierre.H بتعويض قدره 65.000 فرنك فرنسي، عن تفويت الفرصة على الطفلة المصابة، إذ أن الطفلة سقطت فأصببت بأضرار في ساقها الأيسر، وعندما عرضت على الطبيب بغية تشخيص الإصابة ومعالجتها، لم تحضى الطفلة بالعناية اللازمة فأصببت بعجز دائم، و على إثر ذلك قامت برفع دعوى على الطبيب أمام محكمة باريس على أساس تفويت الفرصة عليها، إذ أن إصابتها بالعجز الدائم سيعرقل حياتها ويعوق نشاطها في ممارسة حياتها العادية في المستقبل³.

و قد استقر الفقه و الإجتهد القضائي على القول، أنه إذا صدر عن الطبيب خطأ فوت على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فإنه يلزم بالتعويض جزئياً عن الضرر النهائي الذي حل بالمريض، ولذا يراعى في تقدير التعويض عن فوات الفرص مدى إحتمال الكسب الذي ضاع على

¹ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.51.

² بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص.131.

³ فرجة كمال، المرجع السابق، ص.273.

المتضرر جراء تفويت الفرصة عليه، و الأمر يتسع في مجال الإجتهداد و يختلف فيه التقدير و لذلك على القاضي أن يتجنب المبالغة في الإحتمال في نجاح الفرصة¹.

وبالنتيجة مهما كان مبلغ التعويض كاملا أو جزئيا فإن الفقه والقضاء إستقرا على تقدير تعويض يتحملة الأطباء، إذا كانوا بأخطائهم قد فوتوا فرصا للشفاء أو فرصا لإبقاء المريض على قيد الحياة، و لكن بشرط ألا يتوافر الشك حول مصدر تفويت الفرصة إذ عندها لا محل لإعمال مبدأ تفويت الفرصة².

الفرع الثالث

علاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الضرر لشخص المضرور بل يجب أن يكون هناك علاقة بين الخطأ و الضرر، فالعلاقة السببية ركن مستقل وجب على المدعي أن يثبت أن الضرر الذي أصابه نشأ من خطأ المدعي عليه، و على المحكمة الفاصلة في دعوى التعويض أن تثبت توافر هذه العلاقة و الا كان حكمها معرضا للنقض أمام المحكمة العليا³.

فمسألة رابطة السببية بين الخطأ و الضرر باعتبارها ركنا من أركان المسؤولية الطبية لا تقل اهمية هي الاخرى، فإذا وقع حادث فسبب ضرر و كان سبب وقوعه هو الفعل المنحرف عن السلوك المألوف من طرف المسؤول المدعي عليه (الطبيب)، فإن مسؤولية هذا الأخير تقوم و يلزم بالتعويض.

أما اذا ثبت أن فعل الطبيب الغير مشروع لم يكن له أي أثر في حدوث الضرر، فان المدعي عليه الطبيب سيعفي من المسؤولية. تبرز في هذا الصدد فكرة المسؤولية عن الأشياء والأجهزة والأدوات و المعدات الطبية المختلفة، بحيث يستوجب أن يكون الشيء أو فعله هو الذي سبب الضرر للمريض، و علاقة السببية كذلك لها أهمية اخرى تظهر في تحديد نطاق المسؤولية ففي بعض الأحيان

¹ علي عصام غصن، المرجع السابق، ص.194.

² علي عصام غصن، نفس المرجع، ص.197.

³ فاظي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص217.

يترتب عن الضرر أضرار أخرى، و هذا ما يعرف بتسلسل الأضرار فهل يتحمل المسؤول كل الأضرار أي الضرر الأول و الثاني؟¹.

فعللاقة السببية بين الخطأ و الضرر هي الركن الثالث لقيام المسؤولية و قد عبرت الادارة التشريعية عن ركن السببية في المادة 124 من التقنين المدني الجزائري بكلمة "ويسبب" حيث نصت المادة على التالي: " كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" لذا حتى يستحق المضرور التعويض يجب عليه أن يثبت وجود رابطة السببية بين خطأ الذي ارتكبه المسؤول، و الضرر الذي أصابه و اذا أراد المسؤول أن يدفع المسؤولية عنه يجب عليه أن ينفي علاقة السببية².

ان دراسة علاقة السببية كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية مسألة مهمة لذلك سوف نحاول في هذا الفرع تحديد و توضيح مفهوم علاقة السببية (أولا) ثم ننتقل الى النظريات المتعددة في ركن علاقة السببية (ثانيا).

أولا- مفهوم العلاقة السببية

يقصد بعلاقة السببية العلاقة التي تربط بين الضرر الطبي و الخطأ أو الفعل المرتكب الذي أدى الى وقوع الضرر، كما قد يرتكب الطبيب خطأ من غير أن يسبب ضرر للمريض كحالة اهمال الطبيب تعقيم أدوات الجراحة، فهنا لا تقوم علاقة السببية اذا كان سبب وفاة المريض يتعلق بواقعة أخرى كنبوة قلبية مفاجئة، و أحيانا قد يقع الضرر بناء عن فعل مرتكب بين الضرر و تدخل الطبيب و ذلك عندما يكون نتيجة خطأ المريض أو خطأ الغير أو نتيجة سبب أجنبي³.

فالمعطيات المنطقية المتفقة مع العقل لا تظهر فقط في مجال المسؤولية التقصيرية بل أيضا في مجال المسؤولية العقدية، فيشترط أن يكون الضرر نتيجة عدم تنفيذ العقد و ذلك لأن محل المسؤولية العقدية هو تعويض الضرر الناجم عن مخالفة إلتزام تعاقدي.

¹ رابيس محمد، المرجع السابق، ص.290.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية:الفعل المستحق للتعويض، دار الهدي، 2011، ص.94.

³ قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، رسالة دكتوراه تخصص الشريعة و القانون، كلية الحضارة الاسلامية و العلوم الانسانية، نوقشت، 2010، ص.204.

فتمارس المحكمة العليا حق الرقابة على الاحكام و القرارات التي تصدرها الجهات القضائية من اجل التأكد من مدى التزام قضاة الموضوع بتوضيح وجود رابطة السببية من عدمها، و عليه يمكن القول بأن رابطة السببية هي مجموعة العوامل الايجابية و السلبية التي تساهم في احداث الضرر¹.

فتحديد رابطة السببية و البحث عن مدى توفرها من عدمه أمر دقيق و صعب في مجال مساءلة الطبيب أخصائي الجراحة، و تضع على عاتق القاضي عبئا ثقيلا في استخلاصها من ملابسات وظروف كل حالة، و مما لا شك فيه أن لجوء القاضي إلى الخبرة الفينة للاستعانة بها في مجال استقصاء رابطة السببية أمر ضروري و مفيد، حتى يتجنب القاضي الذي ينظر في دعوى المسؤولية التسرع وأيضا يتجنب افتراض فرائض قد لا تتفق و تحقق الحقائق العلمية المتعارف عليها².

كما قد ينتج الضرر الذي يصيب المريض عن سبب واحد أو نتيجة أسباب مختلفة ومتعددة من حيث الأثر، فقد يكون خطأ الطبيب هو المنتج للضرر لكونه قد لعب دورا اساسيا في تحققه، وقد يكون خطأ الطبيب أحد العوامل التي شاركت في حصول الضرر و حدوثه و قد يكون خطأ الطبيب دور ضئيل في وقوع الضرر.

فإذا كان مثلا طفل يلعب في الطريق العام فتصيبه سيارة بجروح خطيرة و هذه السيارة كانت مسروقة و سائقها يقودها بسرعة فائقة، و عند اوصول الطفل الى مصلحة الاستعجالات تكفل الطبيب بمعالجته غير انه لم يجد قاعة للعمليات الجراحية مهيأة للقيام بالعمل المطلوب و بالسرعة المطلوبة، فيقوم الطبيب بتأجيل العملية الجراحية الى وقت لاحق، مما سبب للطفل مضاعفات بالغة³.

من خلال هذا المثال يتبين أن هناك أسبابا عديدة ساهمت في وقوع الاصابة بالضرر غير انها متفاوتة عن بعضها البعض فقط من حيث الدرجة، و عليه نتساءل عن علاقة السببية بين الخطأ و الضرر. فهذه المسألة كانت محل اختلاف بين فقهاء القانون و قد انقسمت آرائهم الى آراء مختلفة، بين من تمسك بضرورة أخذ كل العوامل التي أدت الى احداث الضرر معناه اشراك كل العوامل مهما كانت درجتها، و بين من توجه إلى ضرورة البحث عن السبب الحقيقي أو المنتج للضرر، و في هذا الشأن ظهرت نظريات فقهية تعالج علاقة السببية من اهمها نظرية تعادل الأسباب و نظرية السبب المنتج ونظرية السبب القريب.

¹ ريس محمد، المرجع سابق، ص. 291-292.

² حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن، دراسة مقارنة، دار هومة، 2008، ص 171.172.

³ ROGER MISLAWSKI, Thèse, la causalité dans la responsabilité civile recherche sur ses rapport avec la causalité scientifique, université Cergy-Pontoise, année 2006 , p.101.

و من خلال المثال السابق يتبين لنا ان هناك عدة أسباب ساهمت في إصابة الضحية غير أنها متفاوتة عن بعضها البعض من حيث درجة المساهمة، و عليه نتساءل عن السبب الذي تربطه علاقة السببية بالضرر هل كل الأسباب أم سبب واحد أو السبب قريب؟

ثانيا- النظريات المقترحة في علاقة السببية

مازالت المناقشات بين فقهاء القانون قائمة حول مسألة رابطة السببية نظرا لأهميتها و الأثار المترتبة عنها، و ذلك لكون مسألة رابطة السببية بين الخطأ و الضرر باعتبارها ركن قائم بذاته في مجال المسؤولية الطبية، لها اهمية بالغة فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر وسط الأفعال المتنوعة المحيطة بالحادث.

فإذا وقع الضرر و كان سبب وقوعه هو الفعل المنحرف عن سلوك الرجل العادي من طرف المدعي عليه الطبيب، فان مسؤولية هذا الأخير تقوم و تتحقق¹، غير انه في المجال الفقهي ظهرت نظريات تحاول تحديد نطاق و طبيعة رابطة السببية و منها نظرية تعادل الأسباب، و نظرية السبب المنتج، و نظرية السبب القريب، و اخيرا سوف نستعرض موقف المشرع الجزائري.

أ- نظرية تعادل الأسباب

يعتبر ستوارت ميل **Stuart Mill** أول من وضع اللبنة الأولى لنظرية تعادل الأسباب ثم جاء الفقيه الألماني فون باري **VON BARI**² وقام بعرض نظريته في الفترة ما بين 1860-1885 حيث أكد على نفس القول الذي جاء به ستوارت ميل، بقوله أن السبب ما هو الا مجموع القوى التي ساهمت في احداث الظاهرة، و السبب ماهو الا علاقة ضرورية بين الفعل و الأثر و أكد فون باري نفس القول، على أساس أن كل ظاهرة تنتج من اجتماع عدة عوامل مجتمعة و متعددة في آن واحد أو على التوالي، و اذا قمنا بإزالة أقل عامل منها فان النتيجة لن تحدث، فكل عامل من هذه العوامل يعد أمرا ضروريا لحدوث النتيجة، و اذا اخذنا أي سبب أو أي نتيجة بصفة منفردة فانه سوف يكون

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول: في الإلتزامات، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، ط. 5، 1992، ص.461.

² عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1998، ص.538.

عاجزا عن تحقيق النتيجة النهائية، فاجتماع و التحام كل الأسباب هو الذي يؤدي الى حدوث النتيجة بكل تأكيد¹.

و بالرجوع الى المثال السابق فلو لم يوجد الطفل في الطريق العام لما حصلت هذه الأضرار ولو لم تسرق السيارة و كانت تسير بسرعة فائقة ما حدثت الأضرار، ولو كانت قاعة العمليات الجراحية مهياً لما أجلت العملية و لما تضاعفت الأضرار نتيجة التأخير، و هكذا يصبح الطبيب حسب نظرية تعادل الأسباب مسؤولاً عن الخطورة التي وصلت اليها الاصابة، لأنه لا يجب الأخذ في الحسبان الأسباب القريبة فحسب بل حتى تلك الأسباب البعيدة كل البعد، و هكذا فإن انصار هذه النظرية قد توسعوا بدرجة كبيرة في مجال تحديد نطاق المسؤولية.

فاذا كان الضرر الذي اصاب المريض ناجماً عن خطأ الطبيب في تأجيل العملية الجراحية مما نتج عنه تعفن الاصابة، و ناجم عن خطأ الغير و المتمثل في السياقة بسرعة فائقة مخالفة لقوانين المرور. فإن جميع هذه الأسباب و جميع هذه العوامل كلها هي التي ساهمت في وقوع الضرر للمريض و كلها متعادلة من حيث ترتيب المسؤولية و تصبح مشتركة بين الطبيب الذي أجل العملية و بين الغير، و يوزع التعويض بينهما بالتساوي على أساس تضامن المسؤولية و هذا نتيجة حتمية باعتبار أن كل خطأ اشترك في احداث الضرر مما جعله سبباً معادلاً لبقية الأسباب الأخرى².

وجهت لهذه النظرية انتقادات عديدة مما جعل الأستاذ محمد صبري السعدي يقول عنها "حتى يكاد يحس كل شخص بنصيبه من المسؤولية عن الألام في العالم كله"³. و من بين الانتقادات الموجهة لهذه النظرية هو عندما تقوم بتحديد نصيب مسؤولية كل واحد بحسب جسامة الخطأ ممن اشترك في احداث الضرر، بحيث يتم الخلط بين الخطأ و رابطة السببية فنكون حينئذ بصدد تقدير التعويض حسب جسامة الخطأ، و هذا رأي منتقد و يجانب الصواب لأن التعويض في المسؤولية المدنية حسب المبادئ العامة هو وسيلة لجبر الضرر لأنه متى قام الخطأ و سبب ضرر للغير تقوم المسؤولية مهما كان نوع الخطأ أي التعويض يقاس بحسب جسامة الضرر و لا علاقة له بجسامة الخطأ⁴.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.96.

² فريجة كمال، المرجع السابق، ص.293.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.97.

⁴ سعد أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د.س.ن، ص.483.

كما يري أيضا منتقدوا هذه النظرية من جهة اخرى أيضا أنه ليس كل فعل ساهم في احداث الضرر يؤخذ في الاعتبار، بل يجب التمييز بين الأفعال المتسببة فعلا في الضرر أي المنتجة له و تلك التي لم تكن سببا فيه¹. و قد عمل الفقه الألماني في بداية الأمر بهذه النظرية و تبعهم فقهاء البلاد الأخرى ثم ما لبث أن هجرها و كان من أشد خصومها الفقيه الألماني فون كرينز الذي نادى بنظرية السبب المنتج الفعال و تبعه في نفس الشأن القضاء الفرنسي.

ب- نظرية السبب القريب أو المباشر

هذه النظرية أنجلوساكسونية ترى بأنه لا يؤخذ في الاعتبار بصدد السببية الا السبب القريب المباشر، أما السبب البعيد أي غير المباشر فلا يؤخذ في الاعتبار². حيث تكون العبرة في حالة تعدد الأسباب بالسبب القريب من الضرر أي السبب المباشر، ففي حالة تعدد الأسباب و تسلسلها يعتد بالسبب الاخير الذي تلاه مباشرة الضرر، و يرى انصار هذه النظرية ان المسؤول الحقيقي في الضرر هو الشخص الذي كانت له فرصة أخيرة لمنع الضرر الذي لحق الضحية فهذه النظرية تعتمد اساسا على الظرف الزماني مما جعل جل الفقه و القضاء يتخلون عنها.

و قد كان للفقه الانجليزي دورا هاما في عرض هذه النظرية و تطويرها و اتضحت معالمها لديه عند دراسة أثر مساهمة خطأ المضرور أي المريض في حدوث الضرر على حقه، و كانت تطبق في هذا الصدد قاعدة أن المضرور الذي ساهم بخطئه في وقوع الضرر يجرم من كل امكانية في الحصول على تعويض، و يصبح من غير المستساغ و هو مصدر الضرر أن يطالب بالتعويض مادام انه كان مخطأ في عمله.

فكان القضاء الانجليزي يطبق هذه النظرية بحيث كان يكتفي القضاء باكتشاف خطأ ما في تصرف المضرور ليقدر حرمانه من التعويض، و لكن رغم تبرير أصحاب هذه النظرية بمدحهم لها من انها تؤدي الى تجنب الصعاب و المشاكل التي تنجم في البحث عن حلقات الأسباب البعيدة، و أنها تكتفي بالسبب القريب الذي يعد أساسا هاما لعلاقة السببية و باتخاذها للظرف الزمان أساسا لها لكن سرعان ما تجاهلها القضاء الانجليزي، خاصة في حالة الأخطاء المتعاصرة و الأخطاء المتتابعة مما يؤدي

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص.314.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط.9، ديوان المطبوعات الجامعية، 2015، ص.194.

في النهاية الى عدم الاستقرار في المراكز القانونية، و هكذا هجر هذه النظرية القضاء الانجليزي لانها جاءت بحلول غير مقنعة و غير واضحة¹.

ج- نظرية السبب المنتج (الفعال)

نادي بها الفقيه الألماني فون كيرز **VON KRIES** و اخذت بها الغالبية من الفقهاء الألمان وهي تعارض نظرية تعادل الأسباب، و مؤدى هذه النظرية أنه اذا اشتركت عدة أسباب و وقائع في احداث الضرر يجب استخلاص الأسباب المنتجة فقط، و اهمال باقي الأسباب أي الأخذ بالسبب الذي يكون حسب المجرى العادي للأمر، و الذي غالبا ما يؤدي الى وقوع مثل هذا الضرر الذي وقع دون السبب العرضي ولو ساهم في وقوع الضرر.

لأن السبب المنتج أو الفعال هو السبب القانوني الذي يعتد به و يجب بناء على هذا أن تكون العلاقة بين الخطأ و الضرر الذي نشأ عنها منتجة أي فعالة و ليست أمر عارض². فحسب هذه النظرية اذا تداخلت عدة أسباب في احداث الضرر فإنه يجب اجراء عملية فرز للأسباب التي تداخلت، و التفرقة بين الأسباب العرضية و الأسباب المنتجة و تعتبر الأسباب المنتجة هي وحدها أسباب الضرر³.

و في المجال الطبي نجد بأن القضاء الفرنسي تبني هذه الفكرة و طبقها في مجالات كثيرة و من بينها، في مجال المسؤولية الطبية بحيث أن محكمة النقض الفرنسية قضت بوجوب اعفاء المستشفى الخاص من أية مسؤولية، اذا ثبت أن الخلل الموجود في الأدوات الطبية لم يكن له أي أثر في وفاة المريض.

أيضا محكمة باريس أعفت الطبيب من المسؤولية إذا قرر عودة المريض إلى عمله و لكنه حين عودته إلى عمله اشتد عليه المرض في يوم العودة إلى العمل، و ذلك لظهور مرض جديد عليه و لكنه لم يثبت وجود علاقة سببية بين العمل و المرض الجديد، و عليه فإن تقرير الطبيب بعودة المريض إلى عمله لا يمثل اخلاقا بالتزامات الطبيب التعاقدية الأمر الذي يعفيه من المسؤولية.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.192.

² حمزة قتال ، مصادر الالتزام -المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.61.62.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، ط.5، 2008، ص.176.

أما القضاء الجزائري فقد اعتنق هذه النظرية عندما أقر بمسؤولية الطبيب متى ثبت خطأه الذي أدى إلى وفاة الضحية، حيث جاء في أحكامه أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، و أن أمر الطبيب بإعطاء المريض دواء غير مناسب في مثل هذه الحالة المرضية يشكل خطأ ناتج عن الإهمال المنصوص و المعاقب عليه بموجب مادة 288 من قانون العقوبات¹.

د- موقف المشرع الجزائري من رابطة السببية

لم يقدم المشرع الجزائري تعريف لرابطة السببية و تركها لمهمة الفقه و القضاء فالمشرع أشار إليها فقط في المادة 124 من القانون المدني بعبارة "ويسبب ضرر للغير"، و لقد اجمع الفقه على أن المشرع الجزائري قد ساير القانون الفرنسي و المصري في الأخذ بنظرية السبب المنتج، و دليل ذلك هو نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به" فالاعتداد بالضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، يعني ان المشرع أخذ حتما بنظرية السبب المنتج و رغم أن المادة سابقة تتعلق بالمسؤولية العقدية إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيقها على المسؤولية تقصيرية لاتحاد الأركان اللذان يقومان عليهما².

يري الدكتور محمد راييس غير ذلك فيقول: "اننا نرجح الاخذ في مجال المسؤولية الطبية بنظرية تعادل الأسباب، لأننا نميل إلى وجوب مساءلة الأطباء حتى مع وجود أسباب أخرى تكون قد ساهمت مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر الذي لحق بالمريض، و ذلك لأن القول بالنظريات الأخرى يفتح الباب أمام إعفاء الأطباء من المسؤولية في حالات كثيرة"³.

كما يرى الأستاذ علي فيلاي انه: " في حالة وجود علاقة السببية سواء اكانت العبرة بنظرية تكافئ الأسباب أو بنظرية السبب المنتج بين الضرر و عدة أسباب منسوبة الى عدة أشخاص، بحيث

¹ انظر محمد راييس، المرجع سابق، ص 307-309.

² حمزة قتال، المرجع سابق، ص 63.

³ محمد راييس، المرجع السابق، ص 312.

تقع المسؤولية على أكثر من شخص فيكون هؤلاء متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا قسم القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض¹.
بعد تحليل أحكام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هناك ضرورة لبيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ، وهذا ما سنعالجه ضمن طيات الفصل الثاني من هذه المذكرة.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 320.

﴿الفصل الثاني﴾

أساس مسؤولية الطبيب الجراح المدنية
في مجال نقل وزرع الأعضاء

نظم التشريع الجزائري عملية نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية ضمن القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، و لم يخصه بقانون مستقل عكس المشرع الفرنسي و المصري و العراقي، فتناول القانون الجزائري الشروط و القواعد الخاصة بعمليات نزع و زرع الأعضاء في القسم الأول من الفصل الرابع، من الباب السابع تحت عنوان "احكام تتعلق بنزع و بزرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية" بموجب المواد من 355 إلى 367.

فمن المسلمات أنه على الطبيب الجراح إحترام الشروط و القواعد القانونية الخاصة بعمليات نقل و زرع الأعضاء، التي جاء بها المشرع، حتى لا يرتكب أخطاء مهنية تؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية في حالة إلحاق ضرر بالمريض، فبالإضافة إلى ما سبق بيانه فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية، قد يتحمل الطبيب الجراح مسؤولية تعويض المريض أو ذوي حقوقه في حالة المساسة بالسلامة الجسدية لأطراف عملية نقل و زرع الأعضاء (المريض، المتبرع).

كما يمكن مطالته بالتعويض في حالة إستغلال أعضاء جثة المتوفى بشكل يخالف القواعد التي نص عليها القانون في هذا الصدد أو المبادئ العامة التي تحكم أخلاقيات مهنة الطب. فلمعرفة حدود التدخل الجراحي في مجال نقل و زرع الأعضاء نتطرق في بداية هذا الفصل إلى القواعد القانونية التي تحكم هذا العلاج الجراحي، ثم بعد ذلك نهتم بتحديد المسؤولية الطبية بالنظر إلى الحدود القانونية التي رسمها المشرع، فنتناول فيها دراسة الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية الطبية وعبء إثبات المسؤولية و سلطة القاضي في تقدير التعويض.

وتبعاً لما سبق بيانه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث نخصص المبحث الأول لعرض أحكام مسؤولية الطبيب الجراح حال تخلف الشروط والضوابط المقررة لعملية نقل و زرع الأعضاء، ثم ندرس في المبحث الثاني الآثار المترتبة على مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الاعضاء.

المبحث الأول

مسؤولية الطبيب الجراح عند تخلف شروط و ضوابط نقل و زرع الأعضاء

إن الممارسة الشرعية للطب مرهونة بإحترام مجموعة من الشروط نص عليها القانون، و من بين الشروط الأساسية التي يتوقف عليها إجراء عمليات نقل الأعضاء، الحصول على موافقة كل من المريض و الشخص المتبرع بالعضو. أما إذا كان إستغلال العضو بعد الوفاة، فلا بد من موافقة الشخص قبل الوفاة أو موافقة أقاربه إن لم يعبر عن قبوله صراحة أثناء حياته.

كما حددت مختلف التشريعات شكل الرضاء بالإضافة إلى جملة من الشروط الموضوعية، كما جاءت بمجموعة من المبادئ المرتبطة بجرمة المساس بالسلامة البدنية للفرد، و إحترام أخلاقيات مهنة الطب، على هذا الأساس سنحاول بالتحليل في هذا المبحث تحديد مختلف الشروط الخاصة بنقل الأعضاء بين الأحياء(المطلب الأول)، ثم ندرس القواعد الخاصة بنقل الأعضاء من جسد الإنسان الميت (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط القانونية الخاصة بنقل و زرع الأعضاء بين الأحياء

بعد ظهور عمليات نقل و زرع الأعضاء فكرة مختلف الباحثين على الصعيد الدولي في بيان مشروعيتها و إبراز حدود إمكانية الإنسان في التصرف في أعضائه الجسدية من الناحية القانونية والشرعية، غير أنه مع إزدهار هذه العمليات و ثبوت فعاليتها من خلال التحكم الطبي فيها إهتم فقهاء القانون بتحديد الإطار القانوني لهذه الجراحة الطبية.

فإهتمت الدراسات المعاصرة بتحديد الضوابط و الشروط القانونية لنقل و زرع الأعضاء، مع مراعاة الأثار القانونية و الأخلاقية و الإجتماعية لهذا النوع من التدخل الجراحي، لذا سوف نتعرض إلى الشروط و القواعد التي نص عليها المشرع الجزائري و القانون الفرنسي و بعض القوانين العربية بداية بضرورة اللجوء إلى عمليات نقل الأعضاء بهدف العلاج (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى

شروط توفر حالة الضرورة (الفرع الثاني)، و في نهاية هذا المطلب ندرس التنظيم القانوني لمسألة الرضاء بنقل الأعضاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الغرض العلاجي لعمليات زرع الأعضاء

يهدف مكافحة ظاهرة الإبحار غير الشرعي بالأعضاء البشرية و لضمان إبحار المتبرعين، منحت صلاحية إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لأطباء مأذون لهم بتنفيذ هذه العمليات في إطار مؤسسات صحية مرخص لها بذلك¹، فنصت المادة 366 فقرة أولى من القانون المتعلق بالصحة على أن من صلاحيات الوزير المكلف بالصحة الترخيص للمستشفيات قصد تولى إجراء عمليات نزع و زرع الأعضاء.

و من تم فلا يجوز للأطباء إجراء عمليات جراحية تمس نقل و زرع الأعضاء إلا داخل مؤسسات مرخص لها، و هذا تحت طائلة عقوبات جزائية كما لا يمكن ممارسة هذا التدخل الجراحي إلا من طرف أطباء يسمح لهم القانون بذلك، فقامت مختلف الدول من بينها الجزائر بتكليف المؤسسات العامة الخاضعة لرقابة الدولة بعمليات نقل و زرع الأعضاء و هذا ما جاءت به المادة الثامنة من القانون العربي الموحد لعمليات نقل الأعضاء و التي نصت على ما يلي : " يتم إجراء عمليات استئصال و زراعة الأعضاء في المراكز الطبية التي تخصصها وزارة الصحة لهذا الغرض وفق الإجراءات والشروط التي يصدرها قرار من وزير الصحة"².

و مما لا شك فيه أن مختلف الضوابط الإدارية و القانونية التي فكر فيها المشرع تهدف إلى ضمان مراقبة فعالة من طرف السلطة العمومية لكل ما يمس السلامة الجسدية للمواطن، و الحلول دون صدور تجاوزات أثناء عمليات زرع الأعضاء، و منع كل أشكال الإستغلال الغير شرعي الذي قد يصدر من الأشخاص المكلفين بالسهر على نجاح عمليات زرع الأعضاء البشرية كضرورة علاجية. و تبعاً لما سبق بيانه ندرس هذا الفرع في ثلاث نقاط فرعية.

¹ مارك نص الدين، المرجع السابق، ص.55.

² عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص.90.

أولاً- الأطباء المخول لهم قانوناً تنفيذ عمليات نقل و زرع الأعضاء

بالنسبة للشروط التي يجب توفرها في الأطباء المأذون لهم بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء نص المشرع على ضرورة إحترام قواعد الطب بالإضافة إلى المؤهلات العلمية في مجال عمليات نزع الأعضاء إذ نص المشرع الجزائري في المادة 166 من القانون المتعلق بالصحة أنه يجب على مهنيي الصحة بما فيهم الأطباء حتى يكتسبوا هذه الصفة أن يكونوا حاصلين على الدبلوم الجزائري المطلوب، أو الشهادة المعادلة له¹، كما نصت المادة 352 من قانون الصحة على أن: "لا يمكن أي شخص يمارس منة الصحة أن يقدم إلا العلاجات التي تحصل فيها على التكوين و الخبرة الضروريين...".

و بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب²، فلقد حددت المادة الأولى وجوب إحترام الأطباء للقواعد و المبادئ و الأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح مراعاتها في ممارسته لمهنته، و يعني ذلك أن الطبيب عند نقل القرنية أو الكلى عليه أن يكون مختصا في طب العيون أو طب الكلى.

نص القانون المصري رقم: 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب المعدل، على أنه لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مرضية أو إجراء عملية، و بوجه عام مزاولة مهنة الطب إلا لمن كان طبيبا مقيدا إسمه بسجل أطباء بوزارة الصحة.

و من الشروط التي يجب أن يحترمها الأطباء أن يكون هناك فريقين طبيين بحيث يتم نزع العضو من طرف فريق طبي جراحي و يتولى عملية الزرع فريق طبي آخر، و هذا بهدف تفاذي تضارب المصالح بين السرعة في علاج المريض، و مراعاة مصلحة المتبرع، وحتى لا يلجئ الفريق الطبي لإستئصال عضو المتبرع دون مبرر طبي مشروع و إعطاء الأولوية لضمان نجاح عملية الزرع و إنقاذ حياة المريض.

فلقد نصت مختلف التشريعات على ضرورة تقسيم العمل الطبي خاصة عند مباشرة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى، إذ لا بد أن يتم معاينة الوفاة من طرف أطباء لا دخل لهم في عملية نقل و زرع الأعضاء، فنصت المادة 363 فقرة الثانية من القانون المتعلق بالصحة أنه: "...يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة و اثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع...".

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص. 229.

² أنظر المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، ج. ر العدد رقم: 52 لسنة 1992. ص. 1419.

كما نص قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 12-671.L: " يجب أن ينتمي الأطباء الذين أثبتوا الوفاة من ناحية، و أولئك الذين سيقومون بالإقتطاع أو الزرع من ناحية أخرى، إلى وحدات وظيفية مختلفة"¹.

و قد أشات المادة الثالثة من قرار وزير الصحة و السكان الصادر بتاريخ 02 أكتوبر 2000 أنه من واجب المؤسسات الصحية المرخص لها بمباشرة عمليات نقل الأعضاء، إنشاء اللجان الطبية المكلفة بإثبات حالة الوفاة والترخيص بالإستقطاع أو الزرع، و من واجبها أيضا تدوين النتائج التي توصلت إليها هذه اللجان بشأن الصلاحيات التي خولت لها قانوناً بسجل مخصص لذلك².

ثانيا- المؤسسات الصحية المرخص لها قانوناً بإجراء عمليات نقل الأعضاء

أكد المشرع الجزائري على وجوب إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية داخل المستشفيات المرخص لها بذلك من طرف وزير الصحة، قصد ضمان حماية السلامة الجسدية للأشخاص من جهة، و حتى لا تصبح حياة الأشخاص عرضة للتلاعب³ فنص المشرع في المادة 366 فقرة الأولى من القانون المتعلق بالصحة على التالي: "... لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلاّ على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة...".

فالمؤسسات العمومية كفيلة لضمان إحترام مختلف الضوابط القانونية التي جاء بها القانون وتستطيع أن تتحمل المسؤولية بشقيها الجزائي و المدني، و هذا من أجل الوصول إلى إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء في أحسن الظروف القانونية و الشرعية.

فصدر قرار عن وزير الصحة رقم 19 مؤرخ يوم 23 مارس 1991، يتضمن قائمة المستشفيات المرخص لها قانوناً بأن تجري عمليات نقل الأعضاء البشرية و زرعها، و هي محددة على سبيل الحصر، بتاريخ 2 أكتوبر 2002 أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرار جديد ألغى

1 RAPHELLE DAVID, Légimité des proches dans la décision de don d'organes: étude des représentations professionnelles, mémoire de master 2 d'éthique médicale et de bioéthique, Université Paris Descartes, 2015-2016, p.14.

² مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، القوانين و القرارات...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الثالث، ص.433.

³ معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.148.

بموجبه القرار سالف الذكر و رخص لبعض المؤسسات الصحية مباشرة عمليات زرع الأنسجة والأعضاء البشرية¹.

أ- عمليات زرع القرنية :

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة لطب العيون (وهران).
- المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر).
- المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي (الجزائر).
- المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة.

ب- عمليات زرع الكلى :

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر).
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

ت- عمليات زرع الكبد :

-مركز بيار ماري كوري.

و لقد أخذت مختلف القوانين العربية بنفس المبدأ نذكر منه المادة الثالثة من القانون اللبناني في المرسوم الإشتراعي 1984 المتعلق بأخذ الأنسجة و الأعضاء، و التي نصت بأنه لا يسمح بأخذ الكلية لغرض علاجي إلا في المستشفيات و المراكز الطبية التي يصنفها وزير الصحة و الشؤون الإجتماعية من الفئة الأولى، كما نصت المادة 25 من القانون المغربي رقم 98/16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها على نفس القاعدة، و كذا المشرع المصري في المادة

¹ عمرون شهرزاد، المرجع السابق، ص.89.

12 من القانون رقم 5 لسنة 2010 إذ أكد على ضرورة الحصول على ترخيص يصدر بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء¹.

فحتى تضمن مختلف الدول إحترام مبدأ عدم جواز إجراء عمليات جراحية متعلقة بنقل و زرع الأعضاء خارج المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بذلك، نصت مختلف القوانين على عقوبات جزائية تعاقب الطبيب و كذا المؤسسة الطبية التي لا تحترم شرط الحصول على ترخيص مسبق ساري المفعول.

فبالنسبة للقانون الفرنسي رقم: 94-654 المؤرخ يوم: 29 جويلية 1994 فإنه يعاقب الطبيب الذي يقوم بإقتطاع أو زرع الأعضاء في مؤسسات لم تحصل على تراخيص بالحبس مدة سنتين و غرامة تقدر ب: 30.000 أورو، بالإضافة إلى العقوبة التأديبية التي قد تصل إلى الحظر المهني لمدة عشر سنوات، و يعاقب القانون المغربي 98-16 في المادة 31 منه بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم لكل من يقوم بعملية أخذ عضو بشري في مكان غير المؤسسات العمومية المعتمدة، و أقر المشرع المغربي نفس العقوبة للطبيب مدير المؤسسة الخاصة².

أما القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 فيعاقب بالسجن و بغرامة لا تقل عن مائتي ألف جنيه و لا تتجاوز ثلاثمائة ألف جنيه كل من أجرى عملية من عمليات النقل أو الزرع في غير المنشآت الطبية المرخص لها مع علمه بذلك، و في حالة وفاة المتبرع أو المتلقي تكون العقوبة السجن المؤبد³. بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 186 من القانون المتعلق بالصحة على حالة مخالفة شرط إكتساب صفة الطبيب كما يلي: " يمارس بصفة غير شرعية الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلية... كل شخص يمارس نشاط طبيب أو طبيب أسنان أو صيدلي دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في هذا القانون أو خلال مدة المنع من الممارسة..." و هذا تحت طائلة العقاب المحال عليه من المادة 416 من قانون الصحة إلى المادة 243 من قانون العقوبات و التي تنص: " كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو

¹ إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.119.

² الفضل منذرالحسين، المرجع السابق، ص.55.

³ مشكور خليدة، المرجع السابق، ص.110.

إدعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ثالثاً- شرط توفر حالة الضرورة

من الناحية القانونية إعتد الفقهاء على عدة معايير لتقرير مشروعية عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، فكل دولة أخذت بقواعد تحترم فيها المعتقدات الدينية و الأسس الإجتماعية واجبة الإحترام حتى لا يقع خلل يمس النظام العام و الآداب العامة، وبعد صدور النصوص القانونية أصبح نقل الأعضاء أساسه إذن القانون.

فحددت النصوص التشريعية مجموعة من الشروط واجبة الإحترام حال المساس بأعضاء الإنسان بهدف زرعها، من بين هذه الشروط توفر حالة الضرورة فنصت المادة 364 من القانون المتعلق بالصحة على ما يلي: " لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية..." كما تشترط المادة 360 من نفس القانون عدم تعريض حياة المتبرع للخطر.

فمفهوم حالة الضرورة يختلف في مجال نقل و زرع الأعضاء عن المفهوم الذي قد يأخذ به الفقه في مجالات أخرى، فهي ليست مجرد تضحية بمصلحة معينة لفائدة حق أو مصلحة أخرى، إذ على الطبيب أن يراعي مصلحة كل من المتبرع و المريض فمن الواجب المهني للطبيب حماية صحة كل الناس¹.

فعلى الفريق الطبي أن يتأكد من توافر مجموعة من الشروط حتى نكون أمام حالة الضرورة التي تجيز عملية نقل و زرع الأعضاء، مع مراعاة حق المتبرع في عدم تعريض حياته أو سلامته الجسدية إلى الأخطار، حتى وإن كان ذلك بهدف شفاء المريض المحتاج لعمية الزرع، فعلى الأطباء الإلتزام بواجباتهم المهنية و ضمان سلامة صحة جميع الأطراف².

¹ مارك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.83.

² بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.203.

أ- شروط تحقق حالة الضرورة بالنسبة لعمليات نقل و زرع الأعضاء

حتى يستطيع الفريق الطبي المكلف بإجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء مباشرة التدخل الجراحي دون أن يكون مهددا بالمساءلة لابد من توافر جملة من الشروط، فكل إعتداء على سلامة الجسم عن طريق ممارسة الأعمال الطبية الجراحية خارج الشروط يعتبر إعتداءً يعاقب عليه القانون، غير أن الأعمال الطبية تقتضيها الضرورة الإجتماعية و هي حاجة الناس إلى العلاج بهدف المحافظة على الكيان البشري، فالضرورة لعملية نقل الأعضاء جعلت منه فعلاً مباحاً بشرط مراعاة مجموعة من الشروط.

1-الشروط الخاصة بالمريض المحتاج لعملية الزرع بين الأحياء

هناك مجموعة من الشروط مرتبطة بالمريض الذي يعاني من خلل في أحد أعضائه بحيث يكون علاجه عن طريق عملية زرع الأعضاء، فيشترط بالنسبة له أن تكون حياته مهددة بخطر جسيم قد يؤدي به إلى الهلاك إذ نصت المادة 360 من القانون المتعلق بالصحة على ضرورة توافر حالة الخطر التي تهدد حياة المريض أو تهدد سلامته الجسدية بشكل يجعله عاجز عن أداء واجباته الإجتماعية، فلا يعد في الحكم الخطر الجسيم التدخل الجراحي التجميلي¹.

الشرط الثاني هو أن يكون الخطر حالاً و وشيك الوقوع بدأ ولم ينتهي بعد، هذا الشرط هو جوهر حالة الضرورة و هي في مجال نقل و زرع الأعضاء حالة الإستعجال التي تتطلب التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض أو صحته، و التأكد من حالة الإستعجال يكون بدراسة كل حالة على حدى، و يجب إسناد هذه المهمة للجنة الخبراء الذي أشار إليه المشرع في المادة 360 من القانون المتعلق بالصحة.

فاللجوء إلى عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء يكون في حالة إستحالة النقل من جثة الميت، و عندما يكون المريض محتاجاً لعملية الزرع حفاظاً على حياته، فالمريض بالفشل الكلوي

¹ محيبي بن عباد رحمة، التعامل غير المشروع بالأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه-تخصص قانون و صحة، جامعة جيلالي ليابس-سيدي بلعباس، 2012-2013، ص.77.

قد لا يكون في حالة الإستعجال بحيث يمكنه الحفاظ على صحته عن طريق الغسيل الكلوي، لكن هناك مرضى تحتاج حالتهم الصحية تكرار العلاج مرتين أو أكثر خلال الأسبوع تحت طائلة الموت، و هذا فيه مشقة للمريض من جهة و تكليف مالي للخزينة الدولة من جهة أخرى¹.

هناك من يضيف شرط عدم تعمد المريض في إحداث الخطر الجسيم حتى يستفيد من العملية الجراحية، لكن في مجال نقل و زرع الأعضاء لا مجال للأخذ بهذا الشرط لأن أساس عملية النقل هو القانون، كما يوجد صعوبة لإثبات تعمد المريض في إصابة نفسه و على رغم من ذلك يقع على الطبيب تنفيذ واجبه المهني الرامي إلى إسعاف المريض حتى و إن حاول الانتحار.

2- الشروط الخاصة بالمتبرع بالعضو قصد إجراء عملية الزرع بين الأحياء

تطبيقا لحالة الضرورة يشترط أن يكون استقطاع العضو هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض فلا يتم اللجوء إلى عملية نقل و زرع الأعضاء في حالة وجود دواء أو علاج آخر يقوم مقام زرع الأعضاء، فإذا كان ممكن علاج المريض بوسائل طبية أخرى دون اللجوء إلى إقتطاع عضو الحي يتم اللجوء إلى هذه الوسائل بما فيها نقل عضو إنسان ميت متى كان ذلك ممكن².

فمن باب إحترام كرامة الإنسان يجب اللجوء في مجال نقل و زرع الأعضاء إلى نقل عضو الإنسان الحي كآخر حل، فعلى الطبيب الجراح أن يتأكد بأن نقل عضو المتبرع الحي هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض و لا يتسرع في قبول إجراء عملية الزرع حتى يتحصل على جميع المعطيات الطبية التي تخول له إتخاذ القرار السليم فنص المشرع في المادة 359 من القانون المتعلق بالصحة بضرورة الإمتثال الصارم للقواعد الطبية.

نص المشرع الجزائري على شرط أولوية العلاج خارج عمليات نقل و زرع الأعضاء متى كان ذلك في الإمكان، غير أنه لم يتطرق إلى حالة توفر عضو الميت فمع توافر هذه الإمكانية هل يجوز اللجوء إلى نقل عضو الحي؟ فلتجنب مخاطر جسيمة قد يتعرض لها المتبرع و نظراً لقلّة المفسدة التي

¹ جاري بسمة و الدهبي ثورية، المرجع السابق، ص.166.

² مجاهد زين العابدين، الإشكالات القانونية الناتجة عن عمليات زرع و نقل الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه-تخصص قانون و صحة، جامعة جيلالي لباس-سيدي بلعباس، 2011-2012، ص.35.

يتعرض لها الإستقطاع من الجثة يرى الدكتور: عبد الكريم مأمون أن الإقتطاع من الإنسان الحي يبقى الإستثناء¹.

تثور مسألة أخرى تتعلق بمدى إمكانية اللجوء إلى عملية زرع الأعضاء مع علم الطبيب بأن ذلك لن يؤدي إلى شفاء المريض و إنما يؤدي إلى تحسين حالته الصحية فقط، المتفق عليه فقها وقضاء أنه يقع على الطبيب التزام ببذل عناية فقط بإتباع المعارف العلمية المتوفرة لديه من أجل تحقيق الشفاء أو تقليص حدة الآلام، ومنه لا يجوز إجراء عملية زرع الأعضاء بين الأحياء في حالة إنعدام الفائدة العلاجية فنص قانون الصحة بموجب المادة 355 على التالي: "لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون...".

يرى الدكتور: عبد الكريم مأمون أن المسألة تختلف من حالة إلى حالة و لا يمكن التعميم فإذا كان المريض في حالة خطيرة و كان الطبيب على علم بأنه رغم زرع الأعضاء سيفقد المريض حياته فلا داعي للمجازفة بعضو سليم لإنسان حي، في حين إذ كان المريض شاب في مقتبل العمر يمكن عن طريق زرع العضو تحسين لياقته الصحية و توقيف تطور المرض و الذي قد يستفيد في المستقبل من التطور العلمي، فالمسألة متروكة لتقدير اللجان الطبية المخول لها قانوناً إتخاذ مثل هذه القرارات.

على هذا الأساس يجب على الأطباء إحترام شرط عدم إلحاق ضرر بالمتبرع بالعضو سواء كان هذا الضرر إصابته بمرض أو فقدته الحياة، فتطبيقاً لحالة الضرورة التي سبق بيانها يجب أن يوازن الطبيب الجراح بين مصلحة طرفي العملية الجراحية، كما يجب عليه إجراء العملية بالقدر الكافي لتفادي حالة الخطر التي يكون عليها المريض، و لا يقوم بإستئصال أكثر مما يكون المريض بحاجة إليه².

فيجب أن يكون الطبيب مختص قادر على السيطرة على آثار نقل عضو المتبرع لأن من واجبه المهني حماية صحة أطراف العملية بدون تميز، فإذا كانت حياة المتبرع أو صحته مهددة فعلى الطبيب رفض إجراء عملية نقل الأعضاء، و من ثم فعلى الطبيب فحص الحالة الصحية للمتبرع و مدى قابلية هذه الحالة للتدهور من جراء إستئصال العضو.

¹ مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، المرجع السابق، ص.439.

² مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.400.

و من واجب الطبيب قبل إجراء عملية نقل الأعضاء القياس بين المنفعة المستقبلية التي سوف يجنيها المريض المتلقي للعضو و بين تعريض صحة المتبرع للخطر، فالواجب المنوط به يفرض عليه رفض إجراء العملية الجراحية في حالة عدم ضمان المحافظة على صحة أطراف العملية، و رغم كل التوقعات التي قد يفكر فيها الطبيب و التي تكون في حدود المعقولة يتحمل المتبرع جزء من مسؤولية إتخاذ قرار إجراء العملية¹.

أشار المشرع الفرنسي أن اللجنة الطبية القائمة بعملية نقل و زرع الأعضاء تتكفل بتقدير المبرر الطبي للعملية و الأخطار التي يمكن أن تترتب عنها، و أوجب المشرع الفرنسي إخطار المريض بكل الأخطار المتوقعة و تقدير الآثار النفسية و الجسدية المتوقعة على جسد المتبرع، و نص المشرع الجزائري في المادة 356 من القانون المتعلق بالصحة على نفس المبادئ كما يلي : " تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق و تطوير نشاطات نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و ضمان قانونيتها و أمنها"، كما نصت المادة 8/360 من ذات القانون أن الترخيص باجراء عملية زرع الأعضاء يتم من طرف لجنة الخبراء يحدد تشكيلها و تنظيمها و سيرها عن طريق التنظيم.

الفرع الثاني

الرضاء بنقل و زرع الأعضاء

من بين الإلتزامات القانونية التي يتحملها الأطباء مهما كان مجال تخصصهم الإلتزام بالحصول على موافقة المريض، بعد تبصرته و إعلامه بكل المعطيات الخاصة بحالته الصحية و هو ما يعرف بنظرية الرضا المتبصر و ضرورة تقديم توضيحات للمريض و إعلامه بحالته الصحية، و نوع التدخل الطبي الذي سيخضع له قصد الوصول إلى موافقته، فقبل الحصول على رضا المريض يلتزم الطبيب بإعلامه و تزويده بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بإتخاذ قراره النهائي.

بالنسبة لعملية نقل و زرع الأعضاء يلتزم الأطباء لضمان تحقق التوازن و الحماية القانونية لكل من المتبرع و المعطي الحصول على رضا طرفي التدخل الجراحي، فبالإضافة إلى الإلتزامات الطبية العادية يجب على الطبيب إعلام المتبرع و هو شخص سليم بدنيا، يتدخل كطرف في العملية الجراحية و له

¹ مخيسي بن عباد رحمة، المرجع السابق، ص.74-75.

الحق في السلامة الجسدية، فعلى الطبيب الحصول على رضاء هذا الأخير بشرط عدم تعريض صحته و قدراته الوظيفية للخطر، إذ لا يعتد برضا المتبرع في حالة الإعتداء على سلامته الجسدية، لأن في ذلك خرق لحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية و مساس بالنظام العام و المصلحة العامة للمجتمع¹. لذا فقد جاء التشريع الجزائري على غرار التشريعات الغربية و العربية بمجموعة من القواعد، تهدف إلى وضع إطار يضمن الحصول على موافقة أطراف عملية نقل و زراعة الاعضاء، و سنتناول كيفية تنظيم مسألة الحصول على موافقة كل من المتبرع و المريض.

أولاً- شرط الأهلية بالنسبة لأطراف عمليات نقل و زرع الأعضاء

إن عملية نقل و زرع الأعضاء تشترط مثلها مثل باقي التدخلات الطبية الحصول على رضاء الأطراف المعنية و لاسيما رضاء المريض، فيجب أن يكون هذا الأخير قادر على التعبير عن إرادته، فالأصل أن إكتساب الأهلية القانونية يكون ببلوغ سن الرشد و هو محدد بتسعة عشر (19) سنة في التشريع الجزائري مع خلو الشخص من العيوب المعدمة أو المنقصة للرضاء².

فعند إكتساب الأهلية القانونية يكون للشخص صلاحية القيام بالتصرفات القانونية بنفسه، على الوجه الذي يعتد به القانون فتتوفر لديه ما يسمى بأهلية الأداء، و التي تقوم مع توافر الإرادة الواعية المدركة مناطها العقل و التمييز، مع ذلك قد تكون أهلية الأداء معدومة أو ناقصة بنقص العقل و الإدراك لدى الشخص ففي هذه الحالة يثور التسائل حول إمكانية إجراء عملية نقل و زرع الأعضاء بين الأشخاص غير مكتملي الأهلية ؟

بالنسبة لأهلية المريض المحتاج للعلاج عن طريق عملية نقل و زرع العضو و سبل التعبير عن رضاه فالمسألة لم تثير نقاش فقهي و قانوني كبير فالأهلية القانونية الواجب توافرها في أطراف عملية نقل و زرع الأعضاء تختلف بين المريض و المتبرع، و هو أمر منطقي إذ تشكل الموافقة على التبرع بالعضو إنتقاص في جسم الإنسان و خطورة محتملة بعد إجراء العملية، في حين تشكل فرصة للشفاء بالنسبة للمريض³.

¹ مجاهد زين العابدين، المرجع السابق، ص.37.

² مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.407.

³ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية،... المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.232.

لقد نص المشرع الجزائري بموجب القانون 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 على مجموعة من الشروط التي يجب احترامها حتى تكون عملية التبرع بالأعضاء قانونية و شرعية فنصت المادة 360 منه أنه: "... يجب أن يكون المتبرع، أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمّة أو ابنة خالة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن عم أو ابن خال أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب و زوج أم المتلقي...".

غير أنه في حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع و المتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين و المتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء و المتمثل في تشكيل ثنائيين "متبرع-متلقي" متطابقين. و يكون التبرع المتقاطع لأعضاء بدون كشف هوية المتبرع و المتلقي. و حدد القانون طريقة التعبير عن الموافقة بالتبرع و عند الإقتضاء بالتبرع المتقاطع، بوجوب التعبير بالقبول أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا و الذي يتأكد من توافر الشروط القانونية و لاسيما منها التأكد بأن الموافقة حرة و مستنيرة. و للمتبرع سحب موافقته في أي وقت و بدون أي إجراء.

نص المشرع الجزائري في المادة 364 من القانون المتعلق بالصحة أنه إذا كان المتلقي (المريض) في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته فيمكن إعطاء الموافقة كتابيا من طرف أحد أفراد أسرته البالغين و حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 و هو كالتالي: للأب أو الأم، الزوج أو الأبناء، الأخ أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة. و أما بالنسبة للقصر فلقد أجازة المادة 361 بنزع خلايا الجذعية المكونة للدم من المتبرع القاصر فقط لصالح أخ أو أخت، و بصفة إستثنائية لصالح أبناء العم و أبناء الخال بعد الحصول في جميع الأحوال على الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

غير أنه يرى البعض أنه يمكن للقاصر المريض أن يعترض و لا يقبل إجراء عملية زرع الأعضاء رغم حاجته للعلاج الجراحي، فإذا كان القاصر قادر على إدراك المخاطر التي يتعرض لها و بعد تلقي التوضيحات من طرف الطبيب الجراح الذي يقدر إمكانية إجراء العملية حسب الظروف، إذ لا يجوز له إجراء العملية الجراحية في حالة رفض المريض القاصر لهذا التدخل و حتى و لو أبدى مثله القانوني موافقته على ذلك¹.

¹ معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.163.

أما في الحالة التي يتبين فيها بأن القاصر لا يتمتع فيها بالقدر الكافي من الإدراك و الفهم الذي يمكنه من تقدير درجة خطورة حالته الصحية و أهمية العلاج عن طريق زرع الأعضاء، فلا يجوز هنا للطبيب الجراح الإعتماد بالرضاء الصادر عن المريض القاصر و إنما يجب الحصول على رضا ممثله القانوني.

فلا بد من تكملة رضاء القاصر بالحصول على قبول ممثله القانوني لأن الأصل أن قرار الموافقة على إجراء عملية زرع الأعضاء هو قرار شخصي، يجب التعبير عنه من طرف المريض نفسه عندما يتمتع بقدر كافي من الإدراك و الوعي، لأنه المعني بالدرجة الأولى بعملية الزرع.

نشير بأن المشرع الجزائري أجاز إجراء عملية نزع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية دون موافقة المريض أو من يقوم مقامه، طبقا للقواعد القانونية سالفه الذكر و يكون ذلك في حالة عدم تمكن اللجنة الطبية من الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقى لوجود ظروف استثنائية تمنعهم من ذلك، و كل تأجيل قد يؤدي إلى وفاة المريض. و يعد ذلك إستثناء عن مبدأ الحصول على موافقة المريض نص عليه المشرع بنص المادة 6/364 على أن يتم إثبات هذه الحالة من طرف الطبيب رئيس المصلحة و شاهدان (2) اثنان.

كان القانون الفرنسي رقم: 76 - 1181 الصادر في 22 ديسمبر 1976 المتعلق بنزع الأعضاء¹ قبل التعديل المعروف بقانون Caillavet والذي دخل حيز التطبيق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 78-501 الصادر بتاريخ 31 مارس 1978² يجيز للقاصر التبرع بأعضائه في حالة واحدة، لما يتعلق الأمر بعلاج شقيقه أو شقيقته، على أن يتم التعبير عن الرضاء من طرف وليه أو ممثله القانوني مقترن بموافقة لجنة من الخبراء، غير أن المشرع الفرنسي تراجع عن ذلك في بموجب القانون رقم: 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق بشروط التبرع و استعمال منتوجات جسم الإنسان³، فلا يجوز إجراء عملية نقل أعضاء القاصر أياً كانت درجة القرابة و الإستثناء الوحيد هو إباحة نقل النخاع العظمي من القصر طبقا للمادة 5-671 من القانون 94-654⁴.

تمسك بعض فقهاء القانون بضرورة الإعتراف للقاصر المدرك بأهلية مدنية صحية CAPACITE CIVILE SANITAIRE يكون لها مفهوم أوسع من المفهوم التقليدي للأهلية القانونية، خاصة و أن

¹ Loi n° 76-1181 du 22/12/1976 relatives aux prélèvements d'organes, J.O du 23/02/1976.

² Décret exécutif de la loi précité, n°78-501 du 31/03/1978, J.O 04/04/1978.

³ Loi n° 94-653 du 29/12/94 relative au respect du corps humain, J.O du 30/07/1994.

⁴ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.407.

الإدراك لدى القصر في العصور الحديثة يختلف عن ما كان عليه في القدم وأصبح لديهم القدرة على التمييز نظرا لنمط حياتهم داخل المجتمعات المتطورة، لذا يمكن تحميلهم بعض الأعباء القانونية. لقد فرق القرار رقم 78-29 الصادر في 11 ماي 1978 عن اللجنة الوزارية المنبثقة عن المجلس الأوربي بين رضاء القاصر بالتبرع عن أعضائه القابلة للتجديد وبين الأعضاء غير القابلة للتجديد، فبالنسبة للحالة التي يكون فيها القاصر مقبل على التبرع بعضو غير متجدد فدعت اللجنة إلى منع التبرع في هذه الحالة و يمكن للدول المنظمة للمجلس الأوربي أن تجيزها أحيانا وبشروط خاصة¹.

لقد منع المشرع الجزائري بموجب المادة 361 من القانون المتعلق بالصحة أن يتم التبرع بالعضو من طرف القصر و كذا الأشخاص عديمي الأهلية، كما منع القانون أخذ الأعضاء من المصابين بالأمراض التي قد تضر بصحة المتبرع أو المتلقي، فإخراج فئة القصر و عديمي الأهلية من دائرة التصرفات الطبية هي حماية قانونية لهم حتى لا يتم إستغلال أجسامهم لتحقيق أغراض تجارية أو لإنجاز التجارب الطبية. أما بالنسبة للقصر فقد رخص المشرع إمكانية التبرع بخلايا الجذعية المكونة للدم لصالح أشخاص محددين على سبيل الحصر بنص المادة 361 من القانون المتعلق بالصحة.

و من خلال المادة 11 من القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية و أخذها و زرعها فأكد المشرع المغربي على نفس القاعدة بنصه على ما يلي : " لا يجوز أخذ عضو لأجل زرعه من شخص حي قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء الحماية القانونية". والملاحظ من خلال نص المادة 9 من القانون المغربي سالف الذكر أنها ضيقت من نطاق التبرع بالأعضاء بين الأحياء بحصر عملية التبرع بين الأحياء بين الأقارب و الأزواج إذ جاء النص القانوني كالتالي : " لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا ... لمتبرع معين يكون إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أعمامه أو عماته أو أخواله أو خالاته أو أبناءهم كما يمكن الأخذ لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجهما، و يجب إثبات علاقة القرابة بين المتبرع و المتبرع له ..."².

¹ سميره عايد الديات، المرجع السابق، ص. 144.

² خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص. 209.

ذهب المشرع المصري نحو نفس الإتجاه حيث تنص المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على ما يلي : " ... و لا يقبل التبرع من الطفل و لا يعتد بموافقة أبويه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها و لا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو من يمثله قانوناً"، كما نص في المادتين 3 و 4 من ذات القانون على أنه : " مع مراعاة أحكام المادتين (2،3) من هذا القانون، لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين، ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض في حاجة ماسة و عاجلة ...".

فالرضاء بالتبرع لا يأخذ به إلا إذا كان صادرا من المتبرع نفسه و أن يكون بالغاً سن الرشد بحيث يعلن عن موافقته بكل حرية مع توافر باقي الشروط المحددة قانوناً و إلا فلا يمكن بأي حال من الأحوال تحمل الطبيب الجراح مسؤولية إجراء العملية الجراحية إلا في حالة الإستعجال سالفة الذكر¹. يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن عملية إقتطاع الأعضاء لا يكون إلا بموافقة الأشخاص البالغين أما بالنسبة لناقص الأهلية أو لفاقدتها، فلا يسمح له أصلاً التصرف في أمواله خشية عليه من المضرة على الرغم من إمكانية تعويض المال، فمن باب أولى عدم فسح المجال أمام القاصر قصد التصرف في عضو من أعضائه.

وقد جاء في فتوى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بتاريخ 11 فبراير 1988 بجدة أنه من شروط التبرع بالأعضاء أن يكون المتبرع كامل الأهلية، غير أن بعض الفقهاء يرون ضرورة النص على حالات إستثنائية إذ بالنسبة لبعض المرضى فلا يصلح النقل إلا إذا كان بين الأشقاء، كما هو الحال بشأن نقل نقي العظام (النخاع) لمعالجة بعض أنواع سرطان الدم، ففي هذه الحالة يدعو جانب من الفقه إلى الأخذ بموافقة الولي قصد إستغلال نخاع القاصر في عملية الزرع بين الأشقاء².

ثانياً- شرط الشكلية في التعبير عن الموافقة

يشترط القانون الجزائري نظراً لخطورة عملية نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء الحصول على رضاء المتنازل بالعضو فنصت المادة 5/360 من القانون المتعلق بالصحة على أن : "... يجب أن يعبر المتبرع

¹ إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيو في نقل و زراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، 2011، ص.108.

² عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص.112.

على موافقته للتبرع و عند الإقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً، الذي يتأكد من أن الموافقة حرة و مستنيرة، و أن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون...".

أما بالنسبة للمريض المتلقي فنص المشرع بموجب المادة 364 من القانون المتعلق بالصحة على أنه لا يمكن القيام بعملية زرع الأعضاء إلا بعد الحصول على موافقة المتلقي بحضور الطبيب رئيس المصلحة، و أمام شاهدين اثنين. أما إذا كان المتلقي (المريض) في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته فيمكن إعطاء الموافقة كتابياً من طرف أحد أفراد أسرته البالغين و حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362.

فالمتبرع هو ليس أداة في يد الطبيب يستعملها كيفما شاء لأن كل إنسان حر و له الحق في حماية سلامته الجسدية، فلا يجوز للطبيب التعدي على السلامة الجسدية للمريض بدون رضاه تطبيقاً لمبدأ حرية المريض في العلاج، فيتلزم الطبيب الجراح بضرورة الحصول على الرضاء الصريح للمريض، كما لا يعتد بالرضاء إذ كان في ذلك مساس بحق الشخص في الحياة.

ففي حالة التدخل الجراحي للطبيب مع تجاوزه لمرحلة الحصول على موافقة المريض فقد يتعرض للمسائلة الجزائية، و يعد ذلك خرق لأخلاقيات المهنة، هناك من يرى بأنه يوجد حالات إستثنائية تمكن الطبيب من الإستغناء عن رضاء طرفي عملية نقل الأعضاء، كحالة وجود ضرورة لدى المريض وفقدان الوعي لدى المتبرع؟ غير أن البعض رفض هذا الطرح لأن الحصول على الرضاء هي قاعدة لا تحتمل الإستثناءات، و يرى البعض الآخر أنه يمكن بالنسبة للمريض المهدد بخطر الموت الإستغناء عن حصول على رضاه في هذه الحالة.

لقد نصت المادة 671-3 من قانون الفرنسي القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 على ضرورة إعلام المتبرع قبل إجراء عملية نقل الأعضاء بالمخاطر التي قد يتعرض لها و النتائج المتوقعة في حالة إقتطاع العضو¹، ونص المشرع المصري على نفس القاعدة في المادة 7 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء البشرية كالتالي: " لا يجوز البدء في عملية الزرع إلا بعد إخطار كل من المتبرع و المتلقي -إذا كان مدركا - بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة

¹ Art 671-3: le donneur est préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles des prélèvements, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui, en cas d'urgence le consentement est recueilli par tout moyen, par le procureur de la république. Ce consentement est révocable sans forme est a tout moment.

13 من هذا القانون بطبيعة عملية النقل و الزرع و مخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد...¹.

ويطرح الإشكال حول حدود تبصرة المريض و مسألة خرق واجب السر المهني عند إعلام أطراف العملية بنتائج التدخل الجراحي فالطبيب يلتزم عملا بالنصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لمهنة الطب بإعلام المريض، فحسب مدونة أخلاقيات الطب² يلتزم الطبيب بالحصول على رضا مريضه بعد إعلامه بما ينوي القيام به على جسده كما جاء في المادة 44 من المدونة التي تنص على ما يلي " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض موافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ".

وهناك ضرورة لتبصرة المريض بالمخاطر المتوقعة فقط، و عدم إخطاره بالمضاعفات النادرة حتى لا يؤثر ذلك على نفسية المريض.

ومن تم نجد بأن المشرع قد ميّز بين المتبرع و بين المريض المستقبل للعضو من حيث حدود تبصرتهما، فعلى الطبيب تبصرة المتبرع بالأخطار المحتملة أما المريض فلم يذكر المشرع المخاطر المحتملة و يفهم من ذلك بأن المشرع وسع من مجال الأخطار التي يجب إعلام المريض بها سواء ما تعلق منها بعملية النقل و الزرع، و كذا المضاعفات و المخاطر الجراحية المتوقعة، أما المشرع المصري فلم يميز بين المتبرع و المريض المتلقي للعضو فكلاهما يشترط تبصرته بطبيعة عملية نقل و زرع الأعضاء و بالمخاطر المحيطة بها على المدى القريب و البعيد³.

و بخصوص مسألة إفشاء السر المهني بإطلاع كل من المتبرع و المريض على المخاطر التي تهدد كلاهما و على العملية التي يكون مقبل عليها، فلا يعد هذا الإعلام إفشاء للسر المهني لأنهما أطراف عملية جراحية واحدة فمن حق المتبرع معرفة الحالة الصحية للمريض لأنه من خلال ذلك يمكن الحصول على رضاه المستنير و كذلك إستبعاد اللجوء إلى المقابل المالي للتبرع.

¹ مجاهد زين العابدين ، المرجع السابق، ص.40.

² أنظر المرسوم التنفيذي رقم:92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، ج. ر، العدد رقم:52 لسنة 1992.ص.1419.

³ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.590.

إشترط القانون الفرنسي رقم 94-654 الصادر في 29 جويلية 1994 في المادة 671-3 وهو نفس ما تضمنته المادة 1231-1 فقرة 4 من قانون الصحة العامة أن يكون رضاء المعطي البالغ أمام رئيس المحكمة الابتدائية الذي يقع في دائرتها موطن المعطي، أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة وأن يثبت ذلك في شكل كتابي¹.

و في القانون المصري نصت المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 2010 المتعلق بنقل و زرع الأعضاء البشرية على ضرورة أن يكون الرضاء المتبرع ثابت بالكتابة بنصها على ما يلي : " في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، و ثابتاً بالكتابة و ذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون"².

فمن المقرر قانوناً هو أن تكون الموافقة على التبرع في شكل كتابي، فهذا الشرط يحقق غايتين وهو تنبيه المتبرع بخطورة التدخل الجراحي محل الموافقة و من جهة أخرى يضمن عدم لجوء الأطباء إلى نزع العضو بمجرد القبول الشفوي، فيكون للمتبرع الوقت الكافي للتفكير دون التعرض لضغوطات فتكون إرادته سليمة من كل العيوب في حالة الموافقة على إجراء العملية الجراحية.

فإشترط المشرع للكتابة يعطي مصداقية و ضمان إضافي لصحة رضاء المتبرع، فيجب ألا يتعرض هذا الأخير لأي ضغط نفسي أو عائلي يدفعه للتبرع و في حالة مساس إرادة المتبرع بإحدى العيوب كالغلط أو التدليس أو تأثير خارجي يؤدي به إلى حالة الخوف فيعد رضاء المتبرع باطلا لا يمكن أن يعتد به.

أكد المشرع أن الورقة المكتوبة التي تتضمن الموافقة يتم الإحتفاظ بها لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة و هذا يعد ضمان إضافي إذ بإمكان المتبرع العدول عن قراره، إذ نصت المادة 6/360 من القانون المتعلق بالصحة على أنه : "...يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطها في أي وقت و بدون أي إجراء...".

بالإضافة إلى الكتابة يشترط المشرع الجزائري أن تكون موافقة المتلقي (المريض) على نقل عضو من أعضائه قصد زرعها بحضور شاهدين، لكن القانون لم يبيّن الشخص الذي من واجبه إحضار

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.194.

² بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.195.

الشهود؟ و هل يمكن قبول شهادة أقارب طرفي العملية الزراعية؟ و هي أمور مهمة عند الإحتجاج بشهادة الشهود كوسيلة من وسائل الإثبات.

ثالثا- شرط القبول بالتبرع بدون مقابل مادي

الأصل أن التبرع بالعضو هو تعبير عن معاني الرحمة و الإيثار لتحقيق المصلحة العلاجية الملحة للمريض و أن لا يكون الدافع هو الحصول على المقابل المادي، فإذا كان الهدف من التبرع هو الحصول على المال يعد هذا الفعل منافيا للمبادئ الأخلاقية و القانونية لأن الإنسان لا يمكن تقويمه بالمال.

فص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في نص المادة: 358 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة كالتالي: " لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء و الخلايا البشرية و زرعها محل صفقة مالية". و يترتب على عدم إحترام مبدأ المجانية قيام المسؤولية الجزائية للطبيب فلقد أحالت المادة 430 من القانون المتعلق بالصحة على المادة: 303 مكرر 16 من قانون العقوبات و التي تنص بانه: " يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 300.000 دج إلى 1000.000 دج كل من يتحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها"¹.

لقد أخذت التشريعات في مختلف الدول المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء، بمبدأ مجانية التصرف في الأعضاء البشرية، و عدم حصول المتبرع على أي مقابل مادي بعد قبوله على إجراء عملية نقل عضو من أعضاءه، لأن ذلك سيخلق مجتمعاً مادياً بعيد عن روح التعاطف والتراحم، بالإضافة إلى دفع فئة الفقراء و المعدومين إلى التخلي عن أعضائهم لحاجتهم المالية².

فلا يجوز للطبيب المختص إجراء العملية الجراحية إذا بلغ إلى علمه أن المتبرع تحصل على مقابل مادي، و هي قاعدة نصت عليها مختلف التشريعات منها قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 13-225 و المادة الثانية من القانون المصري الخاص ببنك العيون، كما وردت نصوص أخرى تمنع صراحة بيع و شراء الأعضاء بأية وسيلة كانت.

¹ زهدور أشواق، نقل و زرع الأعضاء البشرية و المسؤولية الجزائية المترتبة عنها وفق آخر تعديل لقانون العقوبات الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2010-2011، ص.239.

² إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص.81.

فالقواعد التي جاءت بها القوانين الخاصة بتنظيم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تنسجم مع المبادئ العامة في القانون المدني، و التي تقضي بأن الحقوق المالية هي التي تدخل في دائرة التعامل، حيث يمكن التنازل عنها و التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرف. أما الحقوق غير المالية فهي خارجة عن دائرة التعامل.

فالحق في سلامة الجسم و الحق في الحياة هي من الحقوق اللصيقة بالشخصية الإنسانية التي لا يمكن تصنيفها ضمن الحقوق المالية، فلا يجوز التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف بإستثناء التبرع لأن السبب فيه هو سبب مشروع لوجود مصلحة علاجية يرجى من خلالها علاج المريض فيمكن في هذا الإطار تصرف الإنسان في أعضائه بالهبة أو الوصية.

ورغم النصوص القانونية التي تمنع حصول المتبرع على المقابل المادي يرى بعض الفقهاء أنه يمكن التفكير في إجازة التصرف في الأعضاء عن طريق البيع، لكن الثمن لا يترك تحديده بحرية بين أطراف التعاقد حتى لا يصبح جسم الإنسان محل للمزايدة المالية و إنما لا بد من تقدير و تنظيم الثمن عن طريق التشريع.

و يمكن اللجوء لى القاضي كعضو في اللجنة الطبية الذي تسند له سلطة تقدير المقابل المالي الأنسب عن عملية التنازل عن العضو، و يمكن للقاضي أن يراعي عدة معطيات في تقديره للمقابل من خلال الفائدة التي سيستفيد منها المريض، الضرر الذي قد يتعرض له المتنازل، كما يمكن للقاضي أن يراعي مدى عسر المتبرع و أهمية العضو المتنازل عنه.

و قد استدل أصحاب الرأي المميز للمقابل مادي في حالة تنازل الإنسان بأحد أعضائه، بأن التنازل في هذه الحالة لا يعد من قبيل الإتجار بالأعضاء، مدام التصرف كان في إطار طبي مع توافر الشروط القانونية، خاصة عندما تكون عملية نقل الأعضاء هي الوسيلة العلاجية الوحيدة لإنقاذ المريض فالهدف من التبرع هو علاجي بالدرجة الأولى و ليس تجاري¹.

كما قارن الفقهاء بين المقابل الذي قد يتحصل عليه المواطن الذي تعرض في ميدان المعركة إلى بتر ساقه أو إصابة في بدنه دفاعاً عن وطنه، فتقديم الدول لمنحة عن هذا العمل البطولي لا يعد تعويض غير مشروع لأن المعيار المعتمد عليه هو معيار الفائدة، أي العطاء للوطن و تحفيزاً للتضحية، و قياساً على ذلك فلا مانع من حصول المتنازل عن العضو تعويضاً عن هذا العمل التطوعي الإنساني.

¹ إسمي قارة فضيلة، المرجع السابق، ص.82.

فالقاعدة العامة لدى الفقه القانوني أنه إذا تعددت البواعث للتصرف القانوني فإنه يجب النظر إلى الباعث الرئيسي، فإذا كان مشروعاً فلا غبار على هذا التصرف حتى ولو كانت البواعث الثانوية غير مشروعة فقصده العلاج هو الباعث الرئيسي و ليس المقابل المادي.

فمداًم التنازل عن جزء من جسم الإنسان عمل مشروعاً، فلا جدال إذا تحصل المتنازل على تعويض عن الضرر الذي أصابه فهذا لا يتعارض مع الأخلاق و لا يمس كرامة الإنسان وقيمه، فالعمل إذا كان تبرعياً أو بمقابل فلا يؤثر ذلك على واجب الإحترام في التعامل بجسم الإنسان، لذا لا يجب الخلط بين القيم الأخلاقية كالشهادة و بين مبدأ المشروعية كمسألة قانونية. على هذا الأساس يقترح البعض تدخل الدولة للتنظيم و التسهيل، بإصدار تشريع تنظم بيع أجزاء الإنسان و شروط هذا البيع.

يرى جانب آخر من الفقه و من شرح القانون الوضعي أنه لا يمكن تخلي الإنسان على عضو من أعضائه في إطار عمليات نقل و زرع الأعضاء إلا على سبيل التبرع، فكل شرط يهدف إلى الحصول على مقابل مالي يعد باطلاً لا أثر له، فلا يمكن تقويم جسم الإنسان بالمال لأن جسم الإنسان أسمى من أن يقدر بالمال فلا يصح أن يكون جسم الإنسان محلاً للمعاملات المالية و التجارية.

ففكرة البيع و الشراء تجعل من جسم الإنسان مجرد سلعة يتم التعامل فيها كباقي المنتجات، غير أن الحق في السلامة الجسدية هي من الحقوق اللصيقة بالشخصية و هذا النوع من الحقوق لا يصح أن يكون محلاً للتصرف بالمال، كما يعد مساس بالكرامة الإنسانية أن يعلق المعطي رضاه على قبض ثمن معين¹.

كما يرى الفقهاء أصحاب هذا الرأي أن الإستدلال بالتعويض الذي قد يتحصل عليه من قدم خدمة لوطنه نتجت عنها إصابة جسدية هو إستدلال فاسد، لأن حصول على التعويض في هذه الحالة إستثناء و هو من قبيل التقويم المالي و ليس شرط مسبق على المجازفة بالجسم.

فالرأي الراجح الذي نصت عليه مختلف التشريعات و لا سيما التشريعات العربية، هو عدم جواز بيع الأعضاء البشرية أو التنازل عنها بمقابل مادي، لأن اباحت هذه التصرفات يؤدي إلى جعل

¹ نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص. 155-156.

الباعث الرئيسي للتنازل عن العضو هو الحصول على مبلغ مالي، و ليس تحقيق مصلحة علاجية يحتاج إليها المريض، رغم أنها من الشروط الأساسية التي أستند عليها لاجازت عملية التبرع بالأعضاء. رغم ذلك لا مانع من إفادة المتبرع بمزايا و تعويضات عما أصابه من ضرر، لكن لا بد أن تكون هذه المزايا رمزية حتى لا تتحول عمليات نقل الأعضاء إلى مصدر لتحقيق الربح، كتسديد مصاريف التنقل و مصاريف الإقامة بالمستشفى، و توفير ما يحتاج إليه من عناية بعد القيام بالعملية حتى يسترجع عافيته و يكون قادرا على العيش بصورة عادية.

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول إباحة بيع الأعضاء، فذهب غالبية الفقهاء إلى حرمة بيع الأعضاء البشرية نظرا للتكريم الذي يحضى به جسم الإنسان لقوله تعالى «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»¹ فالإنسان لا يدخل في أي حال من الأحوال في دائرة التعاملات المادية.

و من السنة النبوية المطهرة عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصَّمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أُعْطِيَ بِي ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِهِ أَجْرَهُ"²، فبيع الآدمي الحر حرام حرمة شديدة لأن المسلمين أكفاء في الحرية، فمن باع حراً فقد منعه من التصرف فيما أباح الله له، فلا يدخل الإنسان الحر في ملكية غيره. و ليس للحر بيع نفسه لأنه لا يجوز له بيع ما لا يملك.

المطلب الثاني

الشروط القانونية الخاصة بنقل الأعضاء من جسد الإنسان الميت

لقد أثارت عمليات نقل الأعضاء البشرية بعد ثبوت واقعة الوفاة جدلا فقها كبيرا سواء بالنسبة لتحديد مفهوم لحظة الوفاة، أو من حيث تحديد شروط و ضوابط قانونية معينة لتأطير مشروعية عملية نقل الأعضاء البشرية للمتوفى، فحاولت مختلف التشريعات بناء على معتقداتها الدينية و أسسها

¹ سورة الإسراء، الآية:70.

² أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب البيوع: باب إثم من باع حراً، مرجع سابق، رقم 2227، ص 531.

الاجتماعية تنظيم عملية نقل و زرع أعضاء المتوفى لأغراض علاجية بشكل يتناسق مع خصوصيتها الإجتماعية و الثقافية.

فبعد ثبوت وفاة الشخص تنقضي الشخصية القانونية للإنسان فيفقد الصلاحية القانونية لاكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات، و في إطار نقل و زرع الأعضاء فكّر فقهاء القانون في الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه لتبرير استغلال أعضاء الميت في عمليات نقل و زرع الأعضاء، على الرغم من عدم قدرت الميت في التعبير عن إرادته حول مسألة التبرع بالأعضاء.

فقلد نص المشرع الجزائري على غرار باقي الدول العربية و الغربية على مجموعة من القواعد لا بد من احترامها من طرف الأطباء المختصين عند مباشرة عملية نقل أعضاء المتوفى، كما شهدت هذه القواعد تطورا كبيراً في الدول الغربية و لا سيما منها الدولة الفرنسية، خاصة و أن أعضاء المتوفين تشكل المصدر الأساسي للعلاج عن طريق زراعة الأعضاء.

ففي البداية سيتم دراسة التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء بعد الوفاة بتحديد الأساليب المختلفة للتعبير عن الإرادة التي أسسها الفقه بخصوص قبول نقل الأعضاء بعد الوفاة (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نتناول التوجه الذي أخذ بعدم إشتراط الشكلية للكشف عن إرادة المتوفى (أولاً)، و في الأخير ندرس موقف القانون الوضعي من عمليات نقل الأعضاء من الأموات و زرعها في الأحياء (ثانياً).

الفرع الأول

صور التعبير عن الإرادة قصد نقل الأعضاء بعد الوفاة

الأصل هو حرمة جسد الإنسان الميت و كرامته، فلا يجوز المساس بجثة المتوفى تقديسا لهذه الحرمة، غير أنه و مع فشل العلاج التقليدي في إنقاذ المرضى الذين يعانون من خلل في أجسامهم وإثبات التقدم العلمي إمكانية الانتفاع بأعضاء الإنسان الميت لعلاج الأحياء، و نظراً للجدال الديني والقانوني الخاص بهذه المسألة أصبح لازماً تدخل التشريع لتحديد القواعد الخاصة بنقل أعضاء المتوفى لأغراض علاجية.

يرى بعض الفقه أن استقطاع جزء أو عضو من جسد إنسان ميت يؤسس على رضا الميت نفسه أثناء حياته، لأن كل إنسان يملك حقوقاً على جسده يستطيع من خلالها أن يتمتع بمكنة

التصرف فيها، و من ثم فمن حقه أن يعلن عن رغبته في إستقطاع بعض أعضائه بعد موته، من أجل نفع إنسان حي آخر كما من حقه الإعتراض التام على المساس بجثته بعد موته.

يرى البعض الآخر أن المصلحة الإجتماعية هي التي يبني عليها أساس إجازة إستغلال أعضاء المتوفى لأغراض علاجية، فجثة الإنسان تعد المصدر الأساسي للحصول على الأعضاء البشرية اللازمة لعلاج المرضى. فاستقطاع أعضاء الميت يحقق مصلحة ذات قيمة كبيرة تفوق مصلحة المحافظة على مبدأ حرمة المساس بجسد الميت، و تتمثل هذه المصلحة في إنقاذ حياة إنسان من الهلاك، أو تحسين صحته¹.

فمع التطور الفكري و القانوني أصبحت عمليات نقل أعضاء المتوفى فعلاً مشروعاً سواء على ضوء أحكام الفقه الإسلامي، أو في ظل القانون الوضعي غير أن ذلك لا يعني المساس بجسد الميت بمجرد وفاته و إنما لابد من التحقق من ضوابط أخرى، أهمها تحديد إرادة المتوفى لما كان على قيد الحياة و كيفية الكشف عن هذه الإرادة².

فلقد فكر الفقهاء نظراً لخصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء على أنماط مختلفة يمكن الإستعانة بها من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية للشخص و موقفه من عملية نقل و زرع الأعضاء، فبعد وفاة الشخص لابد من إحترام الإرادة التي عبّر عنها في حياته، و التي قد تكون حسب شكل معين كما قد تكون بأية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

أولاً- الوصية كأساس لقابلية نقل أعضاء المتوفى

على الطبيب المختص داخل المؤسسات الإستشفائية أن يحترم عند تقريره إجراء عملية نقل الأعضاء بعد الوفاة، مجموعة من الإجراءات القانونية تضمن إحترام إرادة المتبرع سواء كان حياً أو ميتاً، فإذا أعلن المتوفى حال حياته عن رغبته في التبرع بأعضائه بعد وفاته لفائدة المرضى، فلا مانع من ذلك حسب القواعد القانونية سارية المفعول.

و في حالة رفضه و عدم رغبته المساس بأعضائه فالأصل أنه حتى و إن تمت الموافقة من طرف الأقارب، فلا يجوز المساس بجثته مدام المعني عبّر عن إرادته بشكل صريح و خلال تمتعه بالأهلية

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.184.

² مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.408.

القانونية الكاملة، غير أن الذي يحدث غالباً هو عدم تحديد الأشخاص لموقفهم حول عملية نقل وزرع الأعضاء، سواء بالقبول أو بالرفض فكيف يمكن الكشف عن إرادة المتوفى في هذه الحالة؟ يمكن للشخص خلال حياته أن يحرر وصية محلها إستغلال جثته بعد وفاته و هذا إما لأغراض علمية أو علاجية، و يشترط لصحتها أن يكون رضا الموصي صريح قبل وفاته، فلا بد أن يكون الشخص متمتع بالأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا النوع من التصرفات، و أن تكون إرادته سليمة من العيوب¹.

يشترط القانون الجزائري في الوصية الكتابة الرسمية لإثباتها إذ تنص المادة 191 من قانون الأسرة :
" تثبت الوصية إما بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم. و يؤشر به على هامش أصل الملكية "

فأغلب التشريعات التي تأخذ بالوصية في مجال نقل و زرع الأعضاء تستوجب أن يكون ذلك في شكل كتابي، غير أن المشرع المصري لا يشترط الكتابة لإنعقاد الوصية بينما يشترط ذلك في حالة الإنكار فلا بد في هذه الحالة أن تكون الوصية محررة في شكل ورقة رسمية أو عرفية تحمل توقيع الموصي أو تكون محرر بيده و بها إمضائه.

لقد نص المشرع الكويتي في المادة 5 من القانون رقم 7 لسنة 1983 عند تنظيم عملية نقل الكلى أنه يجوز التبرع بالكلية بموجب وصية تصدر عن شخص كامل الأهلية يبلغ سن الثامن عشرة (18) سنة كاملة، بشرط أن تتم في شكل كتابي و بحضور شاهدين إثنين راشدين².

أجازت بعض القوانين الأوروبية اللجوء إلى الوصية كوسيلة للتعبير عن الإرادة حتى يتم الكشف عن إرادة المتوفى، منها التشريع الفرنسي الصادر في 7 يوليو سنة 1949 و القانون الأرجنتيني الصادر سنة 1977³، كما نصت المادة الأولى من القانون الإنجليزي على إمكانية التعبير الشفوي خلال مرض الموت عن الرغبة في التبرع على أن يتم ذلك بحضور شاهدين.

أما القانون الأمريكي فلقد ذهب إلى أبعد من ذلك إذ أنه و بعد صدور القانون الموحد الأمريكي المتعلق بنزع الأعضاء، فأصبح يجوز لأي شخص تجاوز سنة الثامنة عشر أن يتبرع بكامل جسده أو جزء منه بعد وفاته لأي غرض يحدده، و يمكن أن يكون ذلك في شكل وصية مكتوبة تتضمن

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص.235.

² خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص.441.

³ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.411.

شاهدين، كما يجوز للمريض في حالات معينة (المريض الذي لا يرجى شفائه) أن يبدي موافقته شفهيًا بحضور شاهدين مباشرة للطبيب المعالج¹.

فالرأي الغالب في الفقه يشترط أن تكون الوصية التي تجيز نقل أعضاء الشخص بعد وفاته في الشكل الكتابي، و من بين القوانين التي إعتمدت على الوصية كصورة من صور التعبير عن القبول بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة، القانون السوري و الأردني و غيرها و للموصي أن يحدد في الوصية الأعضاء التي يرغب في التبرع بها لأغراض علاجية أو عليمية².

لكن بعض الفقهاء أثاروا إشكالية اعتراض الأقارب عن عملية نقل أعضاء المتوفى رغم تحرير هذا الأخير لوصية يعبر فيها صراحة عن قبوله التبرع بأعضائه لفائدة المرضى، فهل يشكل هذا الإعتراض حاجزا أمام الطبيب؟ أم لا بد من إحترام إرادة الشخص و لا يمكن لأيّ كان التدخل للخروج عن إرادته في التبرع؟ لقد اختلفت التشريعات التي تأخذ بالوصية كأساس للتعبير عن القبول بالتبرع حول هذه المسألة، فمنها من يجيز الإعتراض و منها من يفضل احترام إرادة الموصي.

ثانيا-التعبير عن رفض عملية نقل الأعضاء بعد الوفاة

أعطت بعض القواعد القانونية إمكانية التعبير عن رفض عملية نقل الأعضاء بعد الوفاة بشكل صريح، و في هذه الحالة لا يعتد بموافقة الأقارب إذ لا بد من إحترام القرار المعبر عنه من طرف المعني، فنصت المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة على أنه: " لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلاّ بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة... إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته...". و يكون التعبير عن الرفض حسب نص المادة سألقة الذكر بكل وسيلة من وسائل التعبير، و لا سيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء³.

¹ سميره عايد الديات، المرجع السابق، ص.296.

² جاري بسمة و الدهبي ثورية، المرجع السابق ص.411.

³ لقد تم إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم:12-167 المؤرخ في 5 أبريل 2012 بين تنظيمها و سيرها، ج. ر العدد رقم:22 لسنة 2012.

فعلى الفريق الطبي المكلف بالزرع أن يطلع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، و في حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الذي نصت عليه المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة و هي كالتالي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء. و يتم إعلام أسرة المتبرع المتوفى بعملية الزرع التي تم القيام بها.

أوجب المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، و لاسيما المادة 365 منه ضرور تسجيل المرضى في قائمة الإنتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، حتى تمنح لهم الأعضاء و الأنسجة التي تم نزعها، على أن يتم تقييم القواعد الخاصة بمنح الأعضاء و الأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين، بناء على اقتراح من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

غير أن بعض الدول العربية نصت على إمكانية اللجوء إلى الرفض الكتابي كالقانون المغربي رقم 98-16 الذي جاءت المادة 15 منه كالتالي: " يعبر كل شخص يريد و هو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته، أو القاضي المعين لهذا الغرض و يتم تسجيل التصريح دون صوائر¹ لدى كتابة الضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات، و يشار إلى هذا التصريح في السجل الخاص الذي يمكّن لهذا الغرض و المنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون²."

ف نظرا لخصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء أوجبت القوانين المنظمة لها شكلية معينة لا بد من توفرها قبل المساس بجثة المتوفى، غير أن اشتراط الشكلية قد يصطدم بعدم لجوء الأشخاص في حياتهم لهذه الطريقة في التعبير عن إرادتهم حول التبرع بالأعضاء بعد تحقق وفاتهم، و من ثم فقدان إمكانية استغلال أعضاء المتوفى و حرمان المرضى من فرصة الحصول على العلاج.

¹ الصوائر: يقصد بها المصاريف القضائية.

² عبد العزيز بن محمد الصغير، المرجع السابق، ص. 112.

ففي غالب الأحيان لا يهتم الإنسان بتحرير وصية يجيز من خلالها التصرف في أعضائه بعد وفاته، لما في ذلك من إجراءات و شكليات فلا يكلف الشخص نفسه أخذ جزء من وقته للقيام بهذه الإجراءات، و من جهة أخرى قد يتخوف الأشخاص من الآثار القانونية المترتبة عن مثل هذه القرارات فتجعله يتخوف من التعبير عن قبوله لعملية التبرع.

أما بالنسبة للمتبرع الذي يكون في المستشفى مصاب بمرض مزمن فهو يأمل في الشفاء فمن الصعب مطالبته بتحرير وصية و هو يشغف إلى إسترجاع عافيته و العودة إلى حياته الطبيعية، كما أن من خصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء أنها تحتاج إلى السرعة في التنفيذ فالمطالبة بوثيقة مكتوبة و مدة الحصول عليها قد يعطل المسار السليم للعملية الجراحية بسبب التأخر في إجراءها¹.

هناك اتجاه اعتمد على تحرير بطاقات خاصة بالتبرع تترك في متناول الجمهور يمكن اقتناءها للتعبير عن قبول عملية نقل الأعضاء بعد الوفاة لأغراض علاجية و حتى لأغراض علمية، فهو شكل من أشكال التعبير عن الإرادة أخذت به بعض الدول، غير أن القانون لا يعطي لهذه البطاقات أي وزن قانوني، إذ نجد بأن الدول التي توزع فيها مثل هذه البطاقات مثل فرنسا يهدف من خلالها فتح الحوار مع الأقارب لمعرفة موقف الشخص من عملية نقل الأعضاء و لا يمكن للطبيب بمجرد عثوره على البطاقة بحوزة المتوفى إجراء عملية النقل مباشرة لعدم تمتعها بالحجية القانونية.

ثالثا- تعبير الأفراد عن موقفهم حول نقل أعضائهم بعد وفاتهم بدون شكلية معينة أو بدون موافقة أحد

لقد نصت بعض القوانين بما فيها المشرع الجزائري على إمكانية استغلال أعضاء الميت مهما كانت وسيلة التعبير التي يلجئ إليها المعني للتعبير عن موقفه حول عملية التبرع بالأعضاء، فيمكن قبول مجرد الموصية الشفوية لإجراء عملية نقل أعضاء الميت، و في ذلك تسهيل كبير على الطبيب الذي يستطيع في مدة وجيزة معرفة الإرادة المعبر عنها من طرف المتوفى، من خلال استشارة الأقارب و من ثم استئصال الأعضاء في الوقت المناسب الذي يضمن نجاح عملية الزرع و علاج المرضى، أو الامتناع عن المساس بجثة المتوفى الذي عبر عن رفضه الصريح لعملية النقل.

¹ مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.616.

و من بين التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الإنجليزي الصادر سنة 1961 و التي تميز المادة الأولى منه لمريض مرض الموت أن يوصي بأعضائه شفاهة بحضور شاهدين أو أكثر، كما أجازت المادة الثامنة من المرسوم الملكي الإسباني الصادر سنة 1980 أن تكون الموافقة على الاقتطاع من الجثة عن طريق التعبير الشفهي¹.

و يأخذ بمجرد التعبير الشفوي عن الإرادة فيما يتعلق برفض الشخص المساس بجسده بعد وفاته قصد نقل أعضاءه، إذ نصت المادة الثالثة من المرسوم الملكي الإسباني على التالي : "لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لكل عملية استئصال بعد وفاته سواء بإثبات ذلك ببطاقة الخدمة الصحية، أو في السجل الخاص التي تلزم بمسكه المنشآت الصحية التي تمارس هذه العملية، أو في الوثيقة التي تميز إجراء العملية الجراحية أو بأية وسيلة أخرى بدون التقيد بإتباع شكلية معينة"².

و هناك إتجاه يذهب إلى أبعد من ذلك بحيث يهدف إلى مواكبة التقدم العلمي، فالدواعي الطبية التي تستوجب تشريح الجثة في الوقت الراهن غير تلك التي كانت عليها سابقاً، و التي كانت تكتفي بالحصول على موافقة الأقارب مهما كانت مدة الحصول على هذه الموافقة، فالمصلحة العامة -حسب أصحاب هذا الإتجاه- تسمو على مصلحة العائلة لأن المصلحة العامة تهدف إلى إنقاذ حياة مريض من الهلاك و توفير الشفاء له، فالطبيب يتصرف باسم المجتمع و لمصلحته فيمكنه و دون الحصول على موافقة أحد تقدير ملائمة إستئصال عضو من جثة الميت لأغراض علاجية.

فما يسمى بنظام تأميم الجثة يعتبر جسم الإنسان بعد الوفاة ملك للدولة يمكنها بإسم المصلحة العامة التصرف فيه، فالجثة ليست ملك للشخص أو لأسرته و بما أنها تستطيع توفير فرصة الشفاء للكثير من المرضى فالمصلحة المرجوة من استغلالها في عمليات نقل الأعضاء تعلقو تمسك الأقارب بعدم المساس بجثة قريبهم بسبب العطف و التبجيل التي تكنه للمتوفى³.

¹ خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص.449.

² إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.169.

³ قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.170.

الفرع الثاني

موقف القانون الوضعي من نقل أعضاء المتوفى

لقد نصت مختلف القوانين المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء على مجموعة من الشروط تهدف إلى حماية الجثة البشرية من التصرف فيها كمجرد سلعة بهدف تحقيق الأرباح، فعلى هذا الأساس لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء و نقلها إلا في المستشفيات، و دور الصحة العامة التي يتم تحديدها بموجب قرار صادر عن السلطات الصحية مع إحترام الشروط الواجب توافرها داخل هذه المؤسسات العمومية¹.

كما نصت القوانين على ضرورة التحقق من واقعة الوفاة و عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عملية استئصال الأعضاء من جثة المتوفى، كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد و كذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع فهي تعد من بين الالتزامات الطبية بالحفاظ على السر المهني، فلا يمكن أن يصدر أي بيان في هذا الشأن إلا من طرف إدارة المستشفى².

غير أن الإستئصال يستوجب الموافقة السابقة أو اللاحقة عن الوفاة، و التي يمكن بموجبها للطبيب القيام بعملية نقل أعضاء المتوفى، فوضعت القوانين ضوابط خاصة باستقطاع الأعضاء أو جزء منها أو نسيج من المتوفى و لا شك بأن هذه الضوابط تختلف من دولة إلى دولة فستتطرق إلى موقف القانون الفرنسي من ذلك (أولا) ثم موقف القانون المصري (ثانيا) و في الأخير موقف القانون الجزائري (ثالثا).

أولا-موقف القانون الفرنسي من نقل أعضاء المتوفى

المبدأ الذي إعتمده التشريع الفرنسي منذ صدور قانون 1976 المسمى قانون "Caillavet" هو مبدأ القبول الضمني للمتوفى، فتأسيسا على هذا المبدأ فلا يستوجب القانون موافقة أحد عند اتخاذ قرار إستئصال الأعضاء من المتوفى، و هذا بناء على فكر التضامن الإجتماعي و عدم إعتبار جسم الإنسان مجرد منقول يمكن التصرف فيها بإذن من العائلة بعد الوفاة، غير أن عند مناقشة

¹ معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.373.

² سميره عايد الديات، المرجع السابق، ص.292.

مختلف التعديلات لقانون "Caillavet" أصبحت مسألة القبول الضمني محل نقاش خاصة و أن الأطباء أصبحوا لا يعطون أي قيمة لرأي أقارب الميت¹.

فالبعض تمسك بفكرة القبول الضمني و إمكانية إستئصال أعضاء الميت مباشرة بعد التحقق من واقعة الوفاة، لأن جسم الإنسان هو في خدمة المجتمع و في خدمة المرضى و لا يمكن الإمتناع عن عملية نقل أعضاء الميت إلا إذا عبّر في حياته تعبيراً صريحاً لرفضه مثل هذا التدخل على جسده. بينما يرى جانب من الفقه على ضرورة تغيير النظام القانوني و الخروج عن مبدأ القبول الضمني إلى مبدأ لا ينسب لساكت قولاً، و ضرورة إحترام جسم الإنسان حتى و إن كان ذلك سيؤدي إلى نقص عمليات نقل أعضاء الموتى.

تم اللجوء إلى وضع سجل لدى المستشفيات يمكن للطبيب الرجوع إليه للتأكد من إرادة المريض حول عملية نقل الأعضاء، فيجوز للشخص التعبير عن قبوله بالتبرع بأعضائه بعد وفاته بواسطة هذا السجل أثناء تواجده بالمستشفى، و يجب أن يتضمن هذا السجل شكلية معينة فتكون أوراقه مرقمة ومؤشر عليها من طرف مدير المؤسسة، و عند تلقي التصريحات لابد من نقل السجل داخل الأقسام أو المصالح إذا كان المريض غير قادر على التنقل، و لابد من تدوين اسم و لقب و عنوان المريض والظروف التي تم فيه التعبير عن الإرادة إلى جانب توقيع المريض و في حالة العجز يجوز للولي أو الممثل الشرعي تولى إجراءات التسجيل².

بعد تعديل القانون سنة 1994 جاء المشرع الفرنسي بإجراء جديد يمكن من خلاله لكل شخص يريد تحديد موقفه حول عملية نقل الأعضاء و بالخصوص الأشخاص الراضين المساس بجثتهم، فيمكنهم اللجوء إلى سجل وطني آلي و الذي بدأ العمل به بموجب المرسوم التنفيذي رقم 704-97

¹Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, avis n° 115, Paris, 7 avril 2011, pp.5-17.

² إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.143.

الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1997 المتعلق برفض انتزاع الأعضاء أو الانسجة أو الخلايا من جثة شخص متوفى بحيث يسهر على مسك هذا السجل المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء¹.

فالتعديل المشار إليه جاء بعد ملاحظة المهتمين بتطور عمليات نقل الأعضاء في البلاد من مرضى و أطباء و جمعيات، أن التسجيل على مستوى المستشفيات لم تكن عملية ناجحة بحيث لم يلجئ المرضى إلى التعبير عن إرادتهم بهذه الوسيلة، الأمر الذي يدفع الأطباء إلى اللجوء إلى شهادة العائلة لمعرفة موقف المتوفى من عملية نقل الأعضاء.

فكل من يتمتع بالأهلية الكاملة أو الذي يبلغ على الأقل ثلاثة عشر (13) سنة من العمر، يمكنه أن يسجل نفسه في السجل الوطني الآلي للتعبير عن رفضه لإقتطاع أي عضو من أعضائه بعد وفاته، سواء كان الإقتطاع لغرض علاجي أو لفائدة البحث العلمي، غير أن التسجيل في السجل الآلي لا يحول دون إجراء الفحوصات العلمية التي تأمر بها المحكمة في إطار إجراءات التحقيق.

عدّل المشرع الفرنسي القواعد القانونية الخاصة بإجراءات التعبير عن رفض عملية نقل الأعضاء بعد الوفاة، فصدر بتاريخ 11 أوت 2016 المرسوم رقم 1118-2016 الخاص بتحديد سبل التعبير عن رفض إقتطاع الأعضاء بعد الوفاة، فنصت المادة 4-4-1232 R. أن المواطن الفرنسي الذي يرغب في تحديد موقفه من عملية التبرع بالأعضاء بعد الوفاة و تأكيد عدم قبوله المساس بجسده فيمكنه تحديد موقفه بعدة أساليب.

فالجديد الذي نص عليه القانون الفرنسي و هو تحديد وسائل مختلفة يمكن الإعتماد عليها للتعبير عن الرفض، فيمكن التسجيل في السجل الوطني الآلي الخاص برفض التبرع على موقع إلكتروني² خاص بهذا الإجراء، كما يمكنه تحرير وثيقة و توقيعها و تركها لدى أحد أقربائه و في حالة عدم قدرت الشخص على تحرير الوثيقة بنفسه أو لا يستطيع الإمضاء فيستعين بشاهدين اللذان يؤكدان بأن الوثيقة المحررة صادرة عن إرادة الشخص و هو في كامل وعيه و بكل حرية، و على الشاهدين

¹ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.639.

² www.registrenationaldesrefus.fr

إرفاق شهادتهما بالوثيقة التي تحمل التعبير على الرفض بتحرير وثيقة تحمل أسمائهما و صفتهما، فبعد وفاة الشخص الذي عبّر عن رفضه يتم تقديم الوثائق المحرر إلى الفريق الطبي المنسق لعملية الإستهصال¹.

يجق لأقارب الشخص الإعتراض على نقل أعضاء القريب المتوفى على أساس أن المعني عبّر في حياته على رفضه لنقل أعضاءه بعد وفاته، فعلى الفريق الطبي المنسق أن يحرر هذا التصريح مع تحديد الظروف التي صدر فيها التعبير عن الرفض، و على القريب المصرح أن يمضي على هذه الوثيقة التي تحمل تاريخ محدد و على الفريق الطبي أيضا الذي تلقى التصريح أن يقوم بإمضاء هذه الوثيقة و يحتفظ بالوثائق المحررة في الملف الطبي للمريض².

نصت المادة R.1232-4-5 من المرسوم رقم 1118-2016 أن الرفض يمكن أن يشمل جميع الأعضاء و الأنسجة التي يمكن إستغلالها في عملية زرع الأعضاء كما يمكن أن يخص الرفض بعض الأعضاء أو الأنسجة، كما يمكن التراجع عن الموقف الخاص بالرفض في أي وقت. ولقد أسندت مهمة تنظيم التعبير عن الرفض من طرف وكالة الطب البيولوجي (AGENCE DE LA BIOMEDECINE) و عليها تحديد التاريخ الذي عبّر فيه المتوفى عن رفضه لنقل أعضاءه بعد وفاته، مع تحديد هوية الشخص عن طريق وثيقة مثبتة للهوية.

فعلى المواطن الفرنسي إبتداء من 1 جانفي 2017 تاريخ سريان المرسوم رقم 1118-2016 أن يعبّر عن رفضه بالدخول على الموقع الإلكتروني. كما يمكنه بعد إتمام عملية التسجيل أن يتراجع عن موقفه بإتباع نفس الإجراءات التي تم بموجبها التسجيل.

وعلى الطبيب المتخصص الذي يرغب في إجراء عملية نقل أعضاء المتوفى أن يتأكد بأن هذا الأخير لم يعبر على مستوى الموقع الإلكتروني عن رفضه لإجراء عمليات نقل الأعضاء، كما يجب عليه أن يتصل كتابيا بالمؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء قصد التأكد حتى يضمن إحترام إرادة الشخص و لا

¹Yvanie Caille, Michel Doucin, Don est transplantation d'organe au Canada, aux Etat-Unis et en France, Réflexion éthique et pratique comparées, L'Harmattan, 2011, p. 81.

² Agence de biomédecine, Don d'organe le Guide pour tout comprendre, Paris.

يعتد بإرادة الولي أو الممثل القانوني للشخص في حالة رفضه، إذ يجب التأكد عن طريق الإتصال بأقارب المتوفى بأن هذا الأخير لم يعبر عن رفضه طبقا للنصوص القانونية سارية المفعول.

غير أنه و رغم عدم تعبير الشخص عن طريق السجل الآلي قبل وفاته بخصوص رفض عملية نقل الأعضاء، فهذا لا يعطي للطبيب الحق في اللجوء إلى نقل أعضاء المتوفى فيمكن أن يكون التعبير عن الرفض بأشكال أخرى، و هذا ما يتم إستخلاصه من نص المادة 1-1232 L من قانون الصحة العامة التي جاءت كالتالي: " يمكن أن يتم التعبير عن الرفض بالتسجيل " و من ثم يفهم بأن الإجراء جوازي و ليس وجوبي، فعلى الطبيب أن يبحث عن إرادة الشخص قبل وفاته من خلال الحصول على شهادة أقارب المتوفى لمعرفة موقفه من عمليات نقل و زرع الأعضاء.

كما يجب على الطبيب الفرنسي إذا لم يعرف موقف المتوفى حول عملية نقل و زرع الأعضاء أن يطبق مبدأ قرينة الموافقة، و هذا بعد إستشارة الأقارب لمعرفة إن كان المعني قد عبر عن رفضه مثل هذه التدخلات الطبية، و لتطبيق هذا النظام لابد من إعلام المواطنين بالإجراءات التي سنها القانون لإتخاذ موقف حول هذه المسألة و العمل على فتح النقاش في الوسط العائلي بحيث يمكن الكشف عن موقف المتوفى قبل مباشرة التدخل الجراحي على الجثة¹.

ثانيا-موقف القانون المصري من نقل أعضاء المتوفى

أباح القانون المصري المتعلق بتنظيم زراعة الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 المساس بجملة الشخص بعد وفاته من أجل إجراء عملية نقل الأعضاء، و جعل القانون إمكانية إستئصال الأعضاء خاص بالمصريين فقط، إذ نص القانون في المادة 8 منه على ما يلي: " يجوز للضرورة تقتضيها المحافظ على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، و ذلك فيما بين المصريين "2.

¹ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص.658.

² محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص.358-359.

إشترط القانون المصري على غرار باقي التشريعات المنظمة لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أن يتم ذلك بعد التأكد من الموت تأكيداً يقينياً تستحيل بعده العودة إلى الحياة، بناء على تقرير تعده لجنة مختصة داخل المؤسسة الطبية و لكي لا يكون هناك تواطئ و تلاعب بالأعضاء، نص المشرع المصري على ضرورة الفصل بين الفريق الطبي الذي يقوم بإثبات واقعة الوفاة، و الفريق الذي تسند له مهمة زرع الأعضاء، فنصت المادة 14 على أنه: "يجب أن يكون فريق الأطباء الذي يقوم بإثبات الوفاة مختلف عن فريق الأطباء الذي يقوم بعملية الزرع".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 8 من القانون المتعلق بتنظيم زراعة الأعضاء البشرية رقم 5 لسنة 2010 على أنه: "... إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبته في أية ورقة رسمية أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"، فلا يمكن للطبيب الجراح نقل أعضاء الميت إلا بعد التأكد من صدور وصية من الميت، فالإنسان له الحق أن يرتب الأوضاع المضافة إلى ما بعد وفاته، مادام ملتزم بأحكام القانون و الآداب العامة¹.

فالقانون المصري أباح إستئصال عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد الميت شريطة أن يكون المتوفى مصري الجنسية، و أن يكون قد أوصى قبل وفاته بوصيته موثقة و مثبته في ورقة رسمية، ويفهم من ذلك بأن القانون المصري، قد قفل الباب أمام اللجوء إلى موافقة أقارب المتوفى قصد نقل أعضاء و أنسجة هذا الأخير، و هذا لعدة إعتبارات أهمها حالة الصدمة التي يكون عليها الأقارب والتي لا تجعلهم قادرين على إتخاذ مثل هذا القرار.

فالوصية المكتوبة و الموثقة، توفر أكثر ضمانات للمصريين في عملية نقل و زرع الأعضاء و التي تكون على سبيل التبصر سواء في الحياة أو بعد الموت، و يشكل ذلك حاجز قانوني لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، أما بالنسبة لقتلى حوادث المرور و المرضى على مستوى المستشفيات والأشخاص

¹ محمد صلاح الدين إبراهيم خليل، نفس المرجع، ص.379.

المحكوم عليهم بالإعدام فبالنسبة لهؤلاء فلا يمكن نقل أعضائهم بعد الوفاة إلا إذا توافرت الوصية المكتوبة و الموثقة¹.

فيشترط أن يكون لدى الميت قبل وفاته أهلية الإيضاء بأن يكون بالغاً عاقلاً، أما إذا لم تتوفر لديه الأهلية الكاملة كالقاصر فلا يعتد بوصيته في التنازل، لعدم توفر أهلية الإيضاء لديه، و لم يبيّن القانون المصري إمكانية إجازة الممثل القانوني الموافقة على نقل أعضاء القاصر بعد وفاته، فالقانون المصري بيّن القواعد القانونية التي تنظم التبرع بالأعضاء بين الأحياء إذ منع التبرع من طرف عديمي الأهلية و ناقصيها و لم يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً²، غير أن المشرع المصري لم ينظم مسألة موافقة الممثل القانوني للقاصر بعد وفاة هذا الأخير، حول عملية نقل الأعضاء و يمكن أن يسري المنع المنصوص عليه والخاص بتبرع القاصر في حياته على التصرف بعد وفاته.

ولم يمكن المشرع المصري القاصر الإيضاء بأعضائه، بالرغم من أنه يمكن الإستئصال من جسد الميت إذا كان قاصراً أو راشداً مع توفير الحماية القانونية له، و هذا بعد موافقة الولي الشرعي أو الممثل القانوني مدامت الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا تشكل خطورة على حياة القاصر، كما يجوز للقاصر عند بلوغه سن الرشد الرجوع في الوصية التي قام بتحريرها متى شاء، و هذا الذي نص عليه القانون الفرنسي و نص عليه القانون المصري رقم 103 لسنة 1962 الخاص بالتبرع بالقرنية فنصت المادة الثالثة على أن: " يجوز إيضاء القاصر بعينه شريطة الحصول على قرار كتابي من الولي " و لعل إشتراط المشرع المصري بلوغ سن الرشد للتحرير وصية موضوعها التبرع بالأعضاء مضاف إلى بعد الموت، هو كثرة الجرائم التي شهدتها المجتمع المصري والمتعلقة بخطف القصر بهدف المتاجرة بالأعضاء، فخشية من المشرع إستغلال القانون للتحايل وإستغلال أعضاء القصر لبواعث تجارية، فضل المشرع المصري إخراج القصر من دائرة التعامل بالأعضاء بعد تحقق واقعة الوفاة.

¹ معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.442.

² إسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص.149.

ثالثاً-موقف القانون الجزائري من نقل أعضاء المتوفى

بالرجوع إلى نص المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة نجد القواعد القانونية الخاصة بنقل أعضاء المتوفى، فنص المشرع على التالي: " لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلاّ بعد معاينة طبية و شرعية للوفاة... إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته... يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لا سيما التسجيل في سجل الرفض".

فبعد صدور القانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة بسط المشرع سبل التعبير عن الإرادة بحيث أصبح القانون يميز الإستئصال من جثة المتوفى إذا لم يعبر هذا الأخير عن رفضه التبرع بأعضائه، إذ كان النص يشترط قبل التعديل الحصول على موافقة المعني قبل وفاته حتى يكون للطبيب الحق في إجراء عملية الإستئصال، غير أنه و بموجب التعديل المذكور أعلاه فإن القانون سمح أن يكون التعبير عن الرفض بكافة أساليب التعبير فيمكن للشخص أن يبين رفضه لعملية نقل الأعضاء لأغراض علاجية بعد وفاته بواسطة التعبير الشفوي أو الكتابي أو بواسطة الإشارة المتداولة عرفاً¹، مع ذلك يمكن أن يكون رفض الشخص على إستغلال جثته بعد وفاته في عملية نزع و زرع الأعضاء رفضاً محددًا من حيث الأعضاء التي يرفض التبرع بها، كما يمكنه أنه يرفض تشويه جثته وإستغلال التبرع لأغراض علمية.

يظهر أن لجوء المشرع إلى تعديل القانون و التراجع عن اشتراط الموافقة جاء بسبب الإنتقادات الموجهة ضد النظام الذي كان سائداً، وعدم تحقق الغاية خاصة مع ندرة الأعضاء البشرية التي يمكن إستغلالها في عملية نقل الأعضاء و عدم لجوء المواطنين إلى التعبير عن إرادته جعل النظام معطل يستوجب التعديل خاصة و أن أعضاء الموتى هي التي يمكن أن توفر سبل العلاج للمرضى الذين هم بحاجة ماسة لها.

فالإنسان الذي يتمتع بصحة جيدة لا يفكر في لحظة وفاته و إمكانية السماح بإستئصال أعضائه كما لا يمكن تصور الموافقة إذا كان الشخص مصاب بمرض خطير فقد تؤدي مطالبته بالتبرع

¹ مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية...، المرجع السابق، ج.1، الكتاب الأول، ص.394.

إلى التأثير على حالته النفسية بشكل يعيق سبل شفائه، لذا فتكليف المريض بشكل معين للتعبير عن إرادته لا يحقق المصلحة المراد تحقيقها.

فالشخص قبل وفاته إما أن يعبر بأي وسيلة عن رفضه لعملية التبرع عملاً بأحكام المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة و إما أن يصمت عن ذلك، و في الحالة الأخيرة لا يمكن المساس بجملة الشخص إحتراماً لمبدأ الحق في السلامة الجسدية. غير أن المشرع أوجب على الفريق الطبي أولاً الإطلاع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، و في حالة غياب التسجيل في هذا السجل، يتم استشارة أفراد عائلة المتوفى قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء، وتتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الذي نصت عليه المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة أي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة.

فص المادة 362 من القانون المتعلق بالصحة، جاء لكي يبين للأشخاص غير الراغبين في التبرع بالأعضاء بعد وفاتهم، الوسيلة القانونية التي يمكن من خلالها التعبير عن رفضهم، فلا يجوز لأي شخص الخروج عن إرادة المتوفى، أما في حالة عدم معرفة موقفه فيمكن للطبيب الرجوع إلى سجل الرفض و إستشارة الأهل للحصول على موافقتهم¹.

و مع ذلك فلقد حدد المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 363 الحالة التي لا يمكن فيها إستغلال أعضاء الشخص بعد وفاته رغم إنعدام الرفض من طرفه أو موافقة أهله حسب القواعد المنصوص عليها قانوناً، و يكون ذلك في حالة عرقلة التشريح الطبي الشرعي الذي يكون من أجل الكشف عن أسباب الوفاة، كحالة تشريح جثث ضحايا جرائم العنف أو ضحايا حوادث العمل و غيرها من الحالات.

ففي التنظيم الجزائري لا يمكن تصور الموافقة الكتابية (سجل الرفض) إلا بالنسبة للمرضى المتواجدين في المستشفيات، الذين يمكنهم تحرير وثيقة مكتوبة توجه إلى مدير المؤسسة الإستشفائية الذي هو بصدد العلاج فيها، أما خارج المؤسسات الإستشفائية فلا يتصور تحري مثل هذه الوثيقة، فالتعبير عن الإرادة بخصوص هذه المسألة على الشكل الكتابي لم يتم تنظيمها بخصوص عامة الناس،

¹ جاري بسمة و الدهي ثورية، المرجع السابق، ص.183.

الأمر الذي يؤدي إلى ضياع فرص نقل الأعضاء من ضحايا حوادث المرور، خاصة و أن من خصوصية عمليات نقل و زرع الأعضاء أنها تتطلب السرعة في إتخاذ القرار، و معرفة موقف الشخص حول التبرع بالأعضاء يتطلب وقت قد يؤدي إلى عدم قابلية العضو للنقل¹.

فحتى لا يتحمل الأطباء عناء البحث عن إرادة المتوفى لابد من إعلام المواطنين بالترتيبات القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري من أجل نجاح عملية التضامن داخل المجتمع، فكل شخص قد يصاب بمرض يشترط لعلاجه اللجوء إلى عملية زرع الأعضاء للمحافظة على حياته، فلا بد أن يكون المواطن على علم بطرق التعبير عن إرادته بخصوص عملية نقل و زرع أعضاء الميت.

كما على المشرع التفكير في وسائل تضمن السرعة في معرفة موقف المتوفى من عمليات نقل وزرع الأعضاء، ودراسة مختلف القوانين المقارنة للإستفادة من تجارب الدول المتقدمة في هذا المجال مع إحترام القيم الإجتماعية و المبادئ الدينية التي تخص المجتمع الجزائري، فمن بين الطرق التي يمكن اللجوء إليها هي تدوين رغبة الشخص على إحدى الوثائق التي يحملها الشخص معه في كل وقت، كبطاقة التعريف الوطني فيكفي الإطلاع على هذه الوثيقة لمعرفة موقف المعني من مسألة التبرع بالأعضاء².

فالأصل أو القاعدة التي نص عليها المشرع الجزائري، تقضي بإحترام إرادة المتوفى سواء بقبول أو رفض عملية التبرع بالأعضاء، فلا يمكن للأهل و الأقارب الخروج عن هذه الإرادة بطلب معاكس للرغبة التي أفصح عنها الشخص خلال فترة حياته.

لكن القانون لم يحدد الشكل الذي يمكن من خلاله لأحد أفراد الأسرة المشار إليهم في النص القانوني التعبير عن موافقته من عملية نقل الأعضاء الخاص بالمتوفى، و عليه يمكن التعبير عن موافقتهم إما كتابتا او شفهيًا، كما يمكن للمؤسسة الصحية إعداد وثيقة لهذا الغرض يتم ملئها والتوقيع عليها من طرف صاحب الصفة حسب الترتيب الوارد في المادة.

¹ مجاهد زين العابدين ، المرجع السابق، ص.140-141.

² مخيسي بن عباد رحمة، المرجع السابق ، ص.120.

فلا يمكن للأطباء التعدي على حرمة الميت وواجب تكريم جسم الإنسان، باعتباره حق من الحقوق المتعلقة بالنظام العام فعلى الطبيب إستشارة الأقارب بإعتبارهم الممثلين الطبيعيين للميت وهم الأشخاص المؤهلين للمحافظة على الحقوق المعنوية للميت.

لقد نصت المادة 5 من مشروع التشريع العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية¹ على نفس القاعدة إذ جاء النص كالتالي : " يجوز نقل الأعضاء من جثة متوفى بشرط الحصول على موافقة الأقارب حتى الدرجة الثانية ... " ، و نص التشريع القطري على إمكانية موافقة الأقارب مع وجوب إحترام مجموعة من الشروط فحررت المادة 7 منه كالتالي: " يجوز نقل الأعضاء من جثة المتوفى بموافقة من وجد، حال وفاته، من أقرب أقربائه، كاملي الأهلية، حتى الدرجة الثانية، فإذا تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، وجب موافقتهم جميعا، و في جميع الأحوال تكون الموافقة بموجب إقرار كتابي، يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية، بعد مراعاة ما يلي:

-التحقق من الوفاة بصورة قاطعة بموجب تقرير كتابي يصدر بالإجماع عن لجنة من ثلاث أطباء اختصاصيين...

-ألا يكون الشخص المتوفى قد اعترض حال حياته على استئصال أي عضو من جسمه، وذلك بموجب إقرار كتابي، أو بشهادة شاهدين كاملي الأهلية "

وبعد التفصيل في مسؤولية الطبيب الجراح حال تخلف الشروط وكذا الضوابط المرتبطة بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية ينبغي معرف الآثار القانونية الناشئة عن هذه المسؤولية، وهو مضمون المبحث الثاني من هذا الفصل.

¹ اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة و العشرين بالقرار رقم 791-25-19-11-2009.

المبحث الثاني

أثار إنعقاد مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء

إن المريض أو المتبرع الذي لحقه ضرر جراء عملية نقل و زرع الأعضاء، يحق له المطالبة بالتعويض، كما يمكن لذوي حقوق المتوفى عند تعرضهم لضرر معنوي نتيجة إستغلال جثة المتوفى في عملية زرع الأعضاء، التمسك بقيام مسؤولية الطبيب الجراح الذي تمت العملية تحت مسؤوليته، كما يمكن مسائلة المستشفى العام.

فإثبات قيام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح يكون بإبراز توافر أركان هذه المسؤولية من خطأ و ضرر و علاقة السببية، و يكون الهدف من ذلك الحصول على تعويض و جبر الضرر الذي لحق أحد أطراف العملية الجراحية، و هذا عن طريق مطالبة المتسبب في الضرر بحقه في التعويض برفع دعوى قضائية أمام القاضي المختص.

فحتى يتحصل المضرور من عمليات نقل و زرع الأعضاء على التعويض، لابد من عرض طلبه القضائي أمام القاضي المختص، و تقديم ما يثبت صحة إدعائه من خلال إبراز قيام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح، ففي هذا المبحث سنتطرق إلى إجراءات رفع الدعوى المدنية، و قواعد الإثبات (المطلب الأول)، ثم ندرس القواعد المتعلقة بالتعويض و سلطة القاضي في تقديره.

المطلب الأول

دعوى المسؤولية المدنية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء

إن المتضرر من عملية نقل و زرع الأعضاء له الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل مطالبة المتسبب في الضرر بالتعويض، عن طريق رفع دعوى مدنية أمام القاضي المختص، كما نشير أنه في

حالة إرتكاب الطبيب الجراح لأحد الجرائم ذات صلة بزراعة الأعضاء¹، يمكن للمضرور أن يتحصل على التعويض عن طريق تأسيسه كطرف مدني أمام القاضي الجزائي، عن طريق الدعوى المدنية التبعية. فالمسؤولية المدنية بصفة عامة عبارة عن إلزام المتسبب في الضرر بتعويض المضرور عما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب خطأ طبي، والدعوى المدنية التي يرفعها المضرور أو ذوهه هي وسيلة للحصول على تعويض، والمسؤولية المدنية قد تكون عقدية نتيجة إخلال بالتزام عقدي و قد تكون تقصيرية نتيجة إخلال بالتزام تقصيري. فقد ينشأ عن الخطأ الطبي دعويان : دعوى مدنية ودعوى جنائية، يكون بمقتضى هذين الدعويين للمضرور حق الاختيار في رفع دعوى واحدة، فيستند المضرور أحيانا إلى الحكم الجنائي الصادر بالإدانة ليطلب التعويض أمام القاضي المدني¹.

فالأصل أن المضرور سواء كان متبرعا بالعضو أو مستقبلا له، أو ذوي حقوقه لهم الحق في رفع دعوى أمام القاضي المختص قصد الحصول على التعويض عن الضرر الذي تعرض له أحدهم، نتيجة لخطأ الطبيب الجراح، فالدعوى المدنية هي الأثر الذي ترتبه مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

فيمكن للقاضي أن يستخلص خطأ الطبيب في أعماله العادية كعدم حصوله على رضا المريض مثلا، غير أنه يصعب عليه ذلك إذا تعلق الأمر بالأعمال الفنية إذ يجب عليه في هذه الحالة الإستعانة بأهل الخبرة حتى يكشف سلوك الطبيب المخالف للأصول العلمية، حتى يصل إلى التقدير السليم لقيام مسؤولية الطبيب و في النهاية التقدير المناسب للتعويض.

فعلى المريض الذي أصيب جراء عمليات نقل و زرع الأعضاء بضرر و كذا المتبرع إتخاذ السبل القانونية، و هذا عن طريق دعوى التعويض و التي سوف ندرس عناصرها و لاسيما الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات فيها(الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى دور الخبرة الطبية في الربط بين مختلف أركان المسؤولية المدنية(الفرع الثاني).

¹ تنصت عليها المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر 29 من القسم الخامس مكرر1، من قانون العقوبات تحت عنوان الاتجار بالأعضاء.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 12-13.

الفرع الأول

الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى المسؤولية المدنية

يتمتع القاضي سواء المدني أو الإداري بالسلطة التقديرية في منح التعويض للمدعي المضرور جبرا عن مجمل الأضرار اللاحقة به، و مع هذا لم يترك المشرع الجزائري للقاضي الحرية في تقدير التعويض كيفما شاء، بل حدد له معايير يسير عليها إذ يتعين على القاضي قبل منحه للتعويض التأكد من توفر أركان المسؤولية المدنية و على رأسها توافر ركن الخطأ، و له في سبيل ذلك الإستعانة بخبرة أصحاب الإختصاص.

إن المتعارف عليه أن المسؤولية المدنية إما أن تكون تعاقدية، و ذلك عند وجود عقد طبي بين الطبيب و المريض، فتقوم المسؤولية في حالة إخلال أحد أطراف التعاقد بالتزاماته، و قد تكون المسؤولية تقصيرية، و ذلك في جميع الحالات التي ينعدم فيها العقد و يتحقق ضرر للغير. غير أن العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض داخل المستشفيات هي ذات طبيعة إدارية لائحية، فذهب الفقه الفرنسي إلى القول بأنه لا توجد علاقة تعاقدية في المرافق الصحية العامة بين الطبيب و المريض، أو بين المريض وإدارة المستشفى، فالمريض ينتفع فقط بالخدمات التي يوفرها المستشفى.

ثار نزاع فقهي بفرنسا حول الاختصاص القضائي بدعوى المسؤولية عن الأخطاء الطبية التي تقع في نطاق المستشفيات، حيث ذهب القضاء العادي خلافا لقضاء مجلس الدولة معتبرا أن أعمال الأطباء العاملين، أو المستخدمين في المستشفيات العامة الفرنسية لا يخضع لنظام العام لموظفي الدولة والإدارات المحلية، وإنما يخضعون للقضاء العادي.

فتوجهت محكمة النقض الفرنسية على تنصيب القضاء العادي كجهة مختصة في نظر الدعاوى الناتجة عن نشاط الأطباء في المؤسسات العامة، خاصة فيما يتعلق بالنشاطات الطبية المحضة¹ غير أن هذا التنصيب كان مؤسس على أمرين هما : الاستقلال الفني الذي يتمتع به الطبيب، وإن كان يعمل في القطاع العام، والثاني : شعور القضاة العاديين بالنظر للمبادئ القانونية العامة أنهم الحماة الطبيعيين للشخص الإنساني.

¹ محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص. 122 - 123.

من جهة أخرى كان القضاء الإداري الفرنسي يرى نفسه مختصاً في نظر الدعاوي المسؤولية التي ترفع إليه للتعويض عن الأضرار المنسوبة لأخطاء الأطباء العاملين في المستشفيات العامة، وذلك على أساس أن الطبيب يساهم مباشرة في تنفيذ خدمات الاستشفاء العامة².

ونتيجة هذا الصراع تدخلت محكمة التنازع الفرنسية بموجب الحكم الصادر في 25 مارس 1957 و القول بأن المسؤولية الإدارية للمستشفى العام تغطي في نفس الوقت مسؤولية الطبيب العامل لديها، نتيجة لأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة نشاطه الطبي، وذلك على أساس أن الأطباء في مركز قانوني وتنظيمي داخل نطاق القانون العام.

فالأطباء في المستشفيات العامة يساهمون بشكل مباشر في تنفيذ خدمات عامة ومنه كيفت العديد من الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العامة كأخطاء خدمة (مرفقية). ورغم ذلك بقي القضاء العادي يجد نفسه مختصاً في حالات معينة بطلبات التعويض خاصة فيما إذا كان الخطأ الطبي يشكل جريمة أو كان يتعلق بخطأ شخصي للطبيب.

كما سبق ذكره في المبحث الأول من هذا الفصل فإن المشرع الجزائري أكد بموجب نص المادة 366 فقرة أولى من القانون المتعلق بالصحة أنه من صلاحيات الوزير المكلف بالصحة الترخيص للمستشفيات قصد تولى إجراء عمليات نزع و زرع الأعضاء¹، على هذا الأساس فإن إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية تكون على مستوى المستشفيات المرخص لها، فأصدر وزير الصحة القرار رقم 19 مؤرخ يوم 23 مارس 1991، يتضمن قائمة المستشفيات المرخص لها قانوناً بأن تجري عمليات نقل الأعضاء البشرية و زرعها.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 07-140 المؤرخ في 19 مايو 2007² المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية و لتنظيمها و سيرها، سيما المادة الأولى و الثانية منه نجد أن هذه المؤسسات هي ذات طابع إداري و تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلالية المالية و هي تحت وصاية الوالي.

فالتبيب الجراح الذي يتولى إجراء عملية نقل و زرع الأعضاء هو طبيب تابع لإحدى المستشفيات العامة المحددة بموجب القرار سالف الذكر، و عليه فإن المطالبة بالتعويض يكون برفع

² سعيد أحمد شعله، المسؤولية و التعويض، توزيع منشأة المعارف، الأسكندرية، ص.121.

¹ معاشو لخضر، المرجع السابق، ص.148.

² أنظر، ج ر، العدد رقم:33 لسنة 2007.

دعوى ضد المستشفى العمومي على أساس وجود رابطة التبعية بين الطبيب و المستشفى، و التي يتحمل بموجبها هذا الأخير نتائج و آثار خطأ الطبيب الجراح الممارس عنده.

فالمتبرع بالعضو أو المستقبل له (المريض) عند تعرض أحدهما إلى الضرر جراء عدم إحترام القواعد القانونية المنظمة لعملية نقل و زرع الأعضاء، أو أثناء تنفيذ التدخل الجراحي فلكل منهما الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض، فبقيام مسؤولية الطبيب الجراح العامل في القطاع العام تقوم مسؤولية المستشفى بالتبعية لأن العلاقة التي تربط المستشفى بالطبيب هي علاقة تبعية، تحكمها قواعد مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه¹.

تنص المادة 136 من القانون المدني المعدل و المتمم أنه : " يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته، أو بسببها أو بمنسبتها...". فيعتبر المستشفى مسؤولاً مدنياً في حالة وقوع خطأ من الطبيب الذي يمارس مهامه فيه.

و لقيام مسؤولية المستشفى عن أخطاء الأطباء الجراحين بصدد عمليات نقل و زرع الأعضاء لا بد من توافر جملة من الشروط، ولا سيما منها وجود علاقة تبعية بين الطبيب و المستشفى، و المتفق عليه أن للمستشفى سلطة فعلية في رقابة و توجيه الطبيب بمجرد توافر سلطة الإشراف الإداري على تابعه، و التي يستطيع بموجبها توجيهه للتابع أوامر يجب على هذا الأخير الخضوع لها.

كما أن نص المادة 136 من ق.م بعد التعديل ذهب إلى أبعد من ذلك بحيث أصبحت رابطة التبعية قائمة بين التابع و المتبوع، رغم انعدام سلطة الإشراف و الرقابة فيقوم معيار التبعية الجديد، بمجرد عمل التابع (الطبيب) لحساب المتبوع (المستشفى)، و رغم أن هذه القواعد تتعلق بالمبادئ العامة للمسؤولية، لكن لها تطبيقات في مجال المسؤولية الطبية².

و من الشروط أيضا إرتكاب الطبيب الجراح خطأ يسبب ضررا للغير كإخلاله بواجب إتخاذ العناية اللازمة، أو التقصير في العمل الفني الجراحي الذي لا يقع من الطبيب اليقظ، كأن يبادر الطبيب في إقتطاع عضو المتوفي دون التأكد من تحقق الوفاة، أو إستئصال العضو السليم بدلا من العضو المريض، و نشير هنا أنه لقيام مسؤولية المستشفى لا بد من وجود علاقة بين خطأ الطبيب ووظيفته، أي أثناء مباشرة الطبيب لوظيفته داخل المستشفى.

¹ بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 7، 2010، ص.301.

² رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء...، المرجع السابق، ص.159.

لقد استقر التمييز بين أخطاء الطبيب العادية و أخطائه الفنية من جهة، و بين كونها أخطاءً جسيمة أو غير جسيمة من جهة أخرى، بحيث تقع المسؤولية على عتق المستشفى متى وقع من الطبيب خطأ طبي عادياً كان أو فنياً، في حين يختلف الأمر بإقرار المسؤولية على عاتق الطبيب وحده متى وقع منه خطأ غير جسيم، و يسأل المستشفى عن الخطأ الجسيم الذي يتنافى و الأصول العلمية المستقرة لدى أهل الطب.

ففي حالة الخطأ الشخصي للطبيب تقوم مسؤوليته على هذا الأساس، و تقوم في نفس الوقت مسؤولية المستشفى على أساس وجود علاقة بين خطأ الطبيب و الخدمة التي يؤديها، فبمناسبة هذه الخدمة تم ارتكاب الخطأ و لم يميز المشرع بوجب المادتين 124 و 136 من القانون المدني، بين الأخطاء سواء من حيث طبيعتها أو من حيث درجتها. غير أنه يمكن للمستشفى الرجوع على الطبيب الذي صدر عنه خطأ شخصي جسيم¹.

و باعتبار أن المستشفى العام، هو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فيؤول إختصاص النظر في الدعوى التي ترفع على الطبيب الجراح تحت مسؤولية المستشفى إلى المحاكم الإدارية التي تعتبر صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية إذ أنه و عملاً بأحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للإستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

كما تنص المادة 804 ق.إ.م.إ في فقرتها الخامسة أن الإختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية في مادة الخدمات الطبية ينعقد وجوباً، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تقديم الخدمات، و بالرجوع إلى نص المادتين 19 و 20 من المرسوم التنفيذي رقم: 07-140 نجد بأن مدير المؤسسات العمومية الإستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية يعين بقرار من الوزير المكلف بالصحة، و تنهي مهامه حسب الأشكال نفسها، و بهذه الصفة يمثل المؤسسة أمام العدالة، و عليه فإن الدعاوى التي يكون موضوعها طلب التعويض عن ضرر تسببت فيه هذا النوع من المؤسسات توجه ضد مدير المؤسسة أمام المحكمة الإدارية صاحبت الإختصاص.

¹ عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011، ص.125.

أما عن شروط رفع دعوى القضاء الكامل (دعوى المسؤولية)، فهي نفس الشروط الخاصة برفع الدعاوى أما القضاء العادي، إذ يشترط توفر الصفة و المصلح و الأهلية في أطراف الدعوى القضائية، بالإضافة إلى وجوب تمثيل المدعي بمحام تحت طائلة عدم قبول العريضة و هذا طبقاً لنص المادة 826 ق.إ.م.إ و التي تنص: "تمثيل الخصوم بمحام أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول العريضة"، باستثناء الدولة و الأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من ذات القانون.

الفرع الثاني

عبء الإثبات و دور الخبرة الطبية في المسؤولية الطبية

الإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق، أو الأثر القانوني المدعى به، و قد عرفه الدكتور السنهوري بأنه إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها. فعملياً يتوقف الحكم في الدعوى على استطاعة من يتحمل عبء الإثبات على تقديم الدليل على ما يدعي أو عجزه عن ذلك، و يؤدي ذلك إلى صدور حكم لمصلحته أو لمصلحة خصمه فسنتناول في هذا الفرع تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أثناء سير الخصومة القضائية (أولاً)، ثم نحدد دور الخبير الطبي في الإثبات (ثانياً).

أولاً-عبء الإثبات في المسؤولية المدنية

ما يجب الإشارة إليه هو أن طبيعة إلتزام الطبيب تؤثر في تحديد المكلف بعبء الإثبات فبالنسبة للأعمال الطبية التي لا مجال فيها لفكرة الإحتمال، حيث تكون النتائج مؤكدة يكون إلتزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة، فالمرضى يثبت فقط عدم تحقق النتيجة محل التعاقد¹، و بذلك تقوم مسؤولية الطبيب الجراح و الذي عليه إثبات وجود السبب الأجنبي أو خطأ المريض للتخلص من المسؤولية،

¹ أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2011، ص.20.

ومثال ذلك إستئصال الطبيب الجراح للعضو السليم بذلا من العضو المصاب، فخطأ الطبيب في هذه الحالة هو خطأ مفترض بمجرد عدم تحقق النتيجة¹.

و نشير أيضا إلى أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أن عبء إثبات تنفيذ الطبيب لإلتزامه بإعلام المريض يقع على هذا الأخير، على أساس أن هذا الإلتزام هو إلتزام قانوني يقع على عاتق الطبيب، فرفضت محكمة النقض الفرنسية اسناد عبء إثبات عدم الإعلام على عاتق المريض المدعي، على أساس أنه يقع على الطبيب قانونا أو اتفاقا التزم خاص بالإعلام، فيجب عليه أن يقدم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الإلتزام².

لكن الأصل أن الإلتزام الملقى على عاتق الطبيب نحو المريض هو إلتزام ببذل عناية فقط، و يترتب على ذلك أنه على المريض الذي يدعي حصول الضرر بسبب خطأ الطبيب، أن يثبت ذلك، فعبء الإثبات يقع على عاتق المدعي أي المريض الذي لحق به ضرر جراء عملية نقل و زرع الأعضاء أو ذوي حقوقه، و هذا طبقا للقواعد العامة في الإثبات إذ تنص المادة 323 من القانون المدني على أن: "على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه " و موضوع الإثبات في المسؤولية الطبية ينصب على إخلال الطبيب الجراح بإلتزامه المهني أي إرتكابه خطأ تولد عنه ضرر للمريض، مع ضرورة الربط و الكشف عن العلاقة بين كل من الخطأ و الضرر.

غير أنه و في بعض الحالات فإن تكليف المريض بعبء الإثبات فيه مشقة بالنسبة لهذا الأخير، خاصة و أن عمل الطبيب هو عمل فني فلا يستطيع المريض معرفة إن كان الطبيب قد إرتكب خطأ، خاصة بالنسبة للتصرفات السلبية التي تصدر عن الطبيب في حالة عدم قيامه بالعناية الكافية من أجل تفادي الخطأ³.

فإذا كان الضرر اللاحق بالمريض مصدره عمل الطبيب الجراح الذي يمارس نشاطه بالمستشفى، فيجب عليه لكي يحصل على التعويض إثبات خطأ المسؤول، إذ عليه أن يقدم الدليل على تهاون أو

¹ حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب...، المرجع السابق، ص.169.

² بوترفاس حفيظة، التوسع في إلتزام الطبيب بالإعلام كوسيلة لتفعيله، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 11، 2014، ص.170.

³ رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة منظمة المحامين لناحية تلمسان، ع 01، 2005، ص.51.

إهمال الطبيب الجراح، في بدل العناية أو مخالفته للأصول الفنية المستقرة في المهنة، التي لا تجعل مجالاً للشك¹.

فعلى القاضي أن يتحقق لديه بصورة أكيدة و واضحة بأن الطبيب الجراح قد خالف الأصول العلمية المستقرة عليها في مجال نقل و زرع الأعضاء، و المستقر عليه قضاء بأن تحديد خطأ الطبيب هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، و عليه فعلى القاضي أن يبين في حكمه عناصر إستخلاص خطأ الطبيب و إلا كان حكمه معرض للإلغاء.

كما لا يكتفي المريض المضرور بإثبات الخطأ الطبي فحسب بل لابد من إثبات الضرر، و في حالة وفاته يقع عبء الإثبات على ذوي حقوقه بالإضافة إلى إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب الجراح و الضرر اللاحق بالمريض، و يكون ذلك في غالب الحالات و إن لم تكن جلها عن طريق اللجوء إلى الخبرة الطبية².

مع ذلك فإن مركز الطبيب كمدعى عليه هو مركز أكثر قوة في مواجهه المريض المدعى، خاصة و أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو إلتزام ببذل عناية، إذ من الصعب إقامة الدليل لواقعة سلبية أي عدم قيام الطبيب ببذل قدر العناية المطلوبة منه و من ثم فعبء الإثبات الملقى على عاتق المريض و ذويه، ليس بالأمر السهل فقد يتعذر إقامة الدليل على وقوع الطبيب في الخطأ كما قد يتعذر إقامة العلاقة بين الخطأ و الضرر الذي أصاب المضرور³.

فعدم إقامة الدليل من طرف المدعى أو عدم كفايته يفسر لمصلحة المدعى عليه، خاصة و أن بعض الفقه يرى بأن رفض ادعاء الخصم لفشله في تقديم دليل كامل، يكون أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس من الحكم على الأشخاص استنادا على أدلة غير مؤكدة⁴، و هي نفس الفكرة التي إستقر عليها القضاء الجزائي و التي ترمي إلى تفسير الشك لمصلحة المتهم و هو الذي أخذ به المشرع

¹ علي أبو مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة و التوجهات الحديثة للفقه و القضاء، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، ع 34، ص.22.

² أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.469.

³ عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاسها في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص.508.

⁴ KARADJI Mustapha, "Le juge administratif et la faute médicale", séminaire nationale sur la Responsabilité médicale, Rev critique, Numéro spéciale, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, vol1, 2008, p 250.

الجزائري في المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم¹ أن الشك يفسر في كل الأحوال لصالح المتهم.

ثانيا- دور الخبير الطبي في دعوى المسؤولية المدنية

كما سبق ذكره إن الإستعانة بالخبرة الطبية في مجال المسؤولية المدنية الطبية أمر لا بد منه في أغلب الدعاوى التي تطرح على القاضي، فحفاظاً على سلوك المضرور و حتى يتمكن القاضي من استخلاص قيام أركان المسؤولية المدنية، و التحقق من طبيعة سلوك الطبيب و معرفة إن كان هذا السلوك يشكل خطأ أم لا، يكون غالباً عن طريق إسناد مهمة توضيح الأمور الفنية على الخبير.

فيمكن للمضرور اللجوء إلى القضاء و المطالبة بتعيين خبير² كوسيلة من مسائل التحقيق المنصوص عليها بموجب المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما يمكن للقاضي تعيين خبير طبي من تلقاء نفسه إذ تنص المادة 126 ق.إ.م.إ على أنه: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" ، و تنص المادة 125 من ق.إ.م.إ على أن: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي". ولقد نص قانون الصحة الجديد رقم 18-11 من خلال نص المادة 353 أن الخطأ أو الغلط الطبي يتم إثباته عن طريق اللجوء إلى الخبرة.

فعلى القاضي تحديد مهمة الخبير الفنية التي يجب أن تنحصر في مسائل فنية بحثية، فالخلاصة التي يتوصل إليها الخبير تساعد القاضي في الربط بين المجال العلمي و المجال القانوني، فيمكن للقاضي أن يلجئ للخبير حتى يتأكد بأن العلاج عن طريق نقل الأعضاء كان مناسباً بالنسبة للمريض، و حتى يتأكد مثلاً من وجود العلاقة السببية بين وفاة المريض و العملية الجراحية، أو النقائص التي لم يلجئ إليها الطبيب الجراح من خلال إستعماله المسائل العلمية الحديثة المتعارف عليها في مجال نقل و زرع الأعضاء³.

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

² لقد حدد المرسوم التنفيذي 95-310 المؤرخ في 10-10-1995 شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كفيته كما يحدد حقوقهم و واجباتهم.

³ منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص.752.

فمهام الخبير تنصرف في البحث عن الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، و ما إذا كان من الممكن تجنبه وفقاً للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، و مدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب الجراح، و هل كان من الممكن ارتكاب نفس الفعل من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الطبيب المسؤول، و على الطبيب الخبير البحث ما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة للمرض و مضاعفاته، أو نتيجة للعلاج الذي تم اتخاذه من طرف الطبيب محل المساءلة. فدور الخبير ينحصر في الكشف عن مطابقة الأعمال الطبية للمفاهيم العلمية لهذا الفن، فيقوم بتفسير الأعمال الفنية للطبيب و مدى تطبيقها مع القواعد المهنية و الأصول العلمية الثابتة، و تخضع أعمال الخبير في النهاية إلى تقدير القاضي و الذي يمكنه في حالة عدم إجابة الخبير على النقاط العلمية التي طرحت من طرفه اللجوء إلى خبرة مضادة¹.

فالقاضي غير مقيد بتقرير الخبرة فالأمر متروك إلى قناعة القاضي الشخصية في تقدير الخبرة القضائية، لكنه ملزم بتسبب استبعاد نتائج الخبرة. و قد طرح التسائل حول لجوء القضاء إلى الخبرة الطبية التي يتم إسنادها إلى الطبيب، و بين مسألة التضامن المهني بين الأطباء كواجب مهني، إذ جاءت مدونة أخلاقيات الطب في الفقرة الرابعة من الفصل الثاني تحت عنوان الزمالة من المادة 59 إلى المادة 66. فنصت المادة 60 منه صراحة على هذا المبدأ كالتالي: " يجب أن يتضامن الأطباء و جراحي الأسنان فيما بينهم، تضامناً إنسانياً و أن يتبادلوا المشاعر المعنوية فيما بينهم..."².

فمن خلال ذلك فقد تميل أعمال الخبرة الطبية الهادفة لتبيان الخطأ الطبي إلى مصلحة الطبيب أو المستشفى، أكثر منه إلى مصلحة المريض فعلى القاضي أن يراعي ذلك و أن يحرص على تتبع العناصر التي يمكن من خلالها الكشف بأن الخبرة جاءت ناقصة أو غير مطابقة للوقائع. لدى عليه تحديد بذقة الأسئلة التي يجب على الطبيب الإجابة عنها، و على الخبير الطبي التحلي بالضمير المهني و القيام بالمهمة المسندة إليه بإخلاص و بالقسط، فإذا توصل إلى وقوع الطبيب الجراح في خطأ مهني فذلك لا يشكل مساساً بالتضامن المهني المفروض عليه³.

فللقاضي السلطة الواسعة في تقييم أعمال الخبير الطبي، فهو غير مقيد من طرف هذا الأخير حول النتائج التي توصل لها، حيث تنص المادة 144 من ق إ م إنه " : يمكن للقاضي أن يؤسس

¹ منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص.753.

² سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، المرجع السابق، ص.157.

³ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص.219.

حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة"، فللقاضي أن يرفض ما توصل إليه الخبير في تقرير خبرته و له أن يأمر بخبرة جديدة و ذلك حسب إقتناعه، كما يجوز للمحكمة أن تأخذ برأي مخالف لرأي الخبير متى ظهر للمحكمة بأن النتائج التي توصل إليها الخبير هي نتائج غير صحيحة أو متناقضة مع الوثائق المطروحة أمامها.

فالقاضي يتمتع بحرية في تقدير الخبرة، غير أن هذه الحرية هي ليست مطلقة، فالقاضي و إن كان له ذراية بالمسائل الطبية فهو غير مختص بالمسائل الفنية، إذ تنحصر سلطته على المستوى القانوني، فإذا أخذ القاضي بتقرير الخبرة فهو ملزم بالجانب الفني لها، و يتعين عليه نقل تقرير الخبير من المجال الفني إلى المجال القانوني.

فلا بد من إقتران وجهة النظر الفنية بوجهة نظر القانون حتى تكتسب قيمة فعلية في مجال الإثبات، فيكمن دور القاضي في تقييم رأي الخبير بالنظر للمعطيات الأخرى للدعوى المطروحة أمامه، و لا يجوز لهذا الأخير دحض ما جاء به الخبير من مسائل فنية بناء على معلومات شخصية أو بناء على شهادة الشهود، بل عليه في حالة الشك اللجوء إلى خبير آخر¹.

المطلب الثاني

الحق في التعويض و سلطة القاضي في تقديره

متى نجم عن عمليات نقل و زرع الأعضاء إصابات أحد أطراف العملية الجراحية بضرر، قامت مسؤولية كل من الطبيب المشرف على عملية نقل العضو لأن العملية تحت مسؤوليته المباشرة، وكذا مسؤولية المستشفى العام بالتبعية. فقيام المسؤولية ينشأ حق للمضرور في التعويض و هو عبارة عن جزاء لإخلال المسؤول عن الضرر بالتزامه، ففي بداية هذا المطلب سندرس الشروط الخاصة بحق المضرور في التعويض (الفرع الأول)، ثم نتناول الحالات التي يمكن من خلالها للطبيب دفع المسؤولية المدنية عن نفسه (الفرع الثاني).

¹ أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص.472.

الفرع الأول

الشروط الخاصة بحق المضرور في التعويض

إن التعويض عن الحوادث الطبية لا زال يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية و لم يخصها المشرع الجزائري بتنظيم قانوني مستقل، و هذا نظرا لما يتميز به المجال الطبي من خصوصيات، إذ تهيمن فكر الإحتمال على مهمة الطبيب فتدخل فيها عوامل كثيرة لا تخضع لسيطرته، كما يشترط التقدم العلمي في هذا المجال الإعتراف للطبيب بجرية كبيرة في عمله، لكن ذلك لا يجد من حق المضرور في الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق به. سنتطرق في هذا الفرع إلى شروط إكتساب الحق في التعويض (أولا)، و بعد ذلك ننتقل إلى دراسة مسألة تقدير التعويض (ثانيا).

أولا- شروط الحصول على التعويض

حتى يتحصل المضرور على حقه في التعويض لا بد من توافر مجموعة من الشروط والمواصفات التي يجب أن يتميز بها الضرر حتى يكون قابلا للتعويض. فيجب أن يكون الضرر شخصي أي يمس جسم المضرور، فيصيب السلامة الجسدية للمريض أو بجنته فلا يمكن المطالبة بالحق في التعويض إذا كان الضرر لا يمس المضرور شخصيا¹.

فالضرر يجب أن يكون محققا أي وقع فعلا أو أنه سيقع حتما وقت المطالبة بالتعويض، فالتعويض لا يكون إلا على الضرر المحقق، و لا يكفي مجرد الإدعاء بوقوع الضرر بل يستوجب أن يكون مؤكدا، و لكي يعد الضرر محققا وحب إثبات أن المريض أصيب بالمرض أثناء التدخل الجراحي، و نتيجة لعدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية للمريض، فيصاب المريض على إثر ذلك بجروح في جسمه أو نقص في ذمته المالية، أو أن يموت، أو أن تصبح الحالة الصحية للمريض الذي خضع لعملية زرع الأعضاء أكثر تدهورا من التي كانت عليها قبل العملية الجراحية².

إن القول بأن الضرر أكيد لا يعني أنه يجب بالضرورة أن يكون حاليا و آنيا، فالتعويض عن الضرر المستقبلي جائز، إذا كان حدوثة أكيد على أن يكون تقديره ممكن بالمال، و يتمثل الضرر

¹ محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، مطابع رمسيس، الإسكندرية، 1997، ص.11.

² قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة الماجستير في القانون. فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص.43-45.

المستقبلي في الأذى الذي لم يقع في الحال إلا أن وقوعه مؤكد في المستقبل أو لأجل لاحق، وعليه فالمرضى الذي أصيب بأضرار جراء عملية زرع الأعضاء و لم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا كان الأمر يتطلب إجراء تدخل جراحي جديد، فللمريض الحق في المطالبة بالأضرار التي لحقت به في الحال و في المستقبل¹.

فيمكن للقاضي أن يمنح التعويض عن الضرر المستقبلي الذي قد يظهر في المستقبل كآثار للضرر الأصلي، و هذا وفقا للمادة 131 ق.م و التي تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض في حالة ما إذا تعذر على القاضي تقديره بصفة قطعية و نهائية. هذا يعني أنه يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي و للقاضي أن يقدره بما توافر لديه من عناصر في الدعوى، أما إذا كان لا يستطيع تقديره فور وقوع سببه، فإنه يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضرور في المطالبة باستكمال التعويض.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من الممكن التعويض عن الضرر المستقبلي الذي قام سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، فإن الضرر الإجمالي لا يعطي للمريض الحق في التعويض، لأنه قد يقع أو لا يقع، فوقعه في المستقبل غير أكيد و هو يقوم على وهم و افتراض لا أساس له، غير أن الأحكام القضائية لا تبنى على الافتراضات فيبقى الضرر الإجمالي لا يعوض عنه، فستقر القضاء الجزائري و الفرنسي و المصري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد².

يشترط أيضا أن يكون الضرر مباشراً أي نتج عن خطأ الطبيب الجراح و يظهر ذلك من خلال إثبات العلاقة السببية على النحو الذي سبق بيانه، أما إذا كان الضرر مصدره نشاط آخر لا علاقة للطبيب في حدوثه ففي هذه الحالة لا يمكن مطالبة الطبيب بالتعويض.

فيعتبر الضرر مباشر في المجال الطبي ما كان نتيجة طبيعية و مباشرة لخطأ الطبيب المعالج أثناء تدخله، أي تحقق علاقة مباشرة بين النشاط الطبي و الضرر المشكو منه، و يحق للمريض المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر المباشر، و مثال ذلك عدم قيام الطبيب الجراح بالتحاليل المسبقة التي يستشف من خلالها مدى توافق البيلوجي بين المتبرع و المستقبل.

¹ محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض...، المرجع السابق، ص.22.

² عباشي كريمة، المرجع السابق، ص.147-148.

فمن خلال المادة 182 ق.م يتضح بأن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، و هذا في اطار المسؤولية العقدية بنصها على التالي: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقعه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

كما لا بد أن يكون الضرر قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور، كحق الشخص في سلامة جسمه و حياته و عقله من الأذى. فخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يجب أن يكون قد مس حق من حقوق المريض الأساسية¹.

ثانيا-تقدير القاضي للتعويض

متى تبين لقاضي الموضوع قيام أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح حكم بتعويض لصالح المضرور، و للقاضي السلطة المطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، و تقديره من جهة أخرى و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك، فالقاضي هو الذي يختار الطريقة الأنسب لإصلاح الضرر.

تنص المادة 132 ق.م على ما يلي: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يدفع تأمينا.

و يقدر التعويض بالنقد، غير أنه للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، فيكون التعويض إما عينا أو بمقابل. فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله،

¹ بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص.126.

فجده في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية، لأن التنفيذ في الحالة الأخيرة بطريقة التعويض لا يأتي إلا إذا استحال التنفيذ العيني، فقد تكون هناك إستحالة مطلقة لخطأ من المدين، بحيث يكون تدخله الشخصي ضروري لكنه امتنع عن ذلك¹.

كما قد تكون الإستحالة نسبية من شأنها أن ترهق المدين دون أن يترتب على عدم القيام به ضرر جسيم للدائن، وهذا تطبيقاً لنص المادة 176 ق.م التي جاء فيها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه... " فيكون التعويض عن الضرر في هذه الحالة تعويضاً بمقابل و ليس تعويضاً عينياً.

فالتعويض النقدي يكون في أغلب حالات المسؤولية التقصيرية، و في بعض حالات المسؤولية التعاقدية، فقد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع دفعة واحدة، أو مقسطاً حسب الظروف، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة.

فسلطة القاضي في تقدير التعويض تحكمها ضوابط معينة فهي ليست سلطة مطلقة متروكة لأهواء كل قاضي و ميولاته، فتقدير التعويض هي مسألة موضوعية و قانونية، تستوجب على القاضي استبعاد كل إجحاف أو مغالاة فيلتزم فقط بالضرر الفعلي و يقدر التعويض بقدره، و له في سبيل تقدير جسامه الضرر الإستعانة بأصحاب الإختصاص. و من بين المعايير التي يمكن للقاضي أن يستعين بها نذكر المعايير التالية².

أ- معيار الخسارة الواقعة و الكسب الفائت

تنص المادة 182 ق.م على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب...". فيتضح من هذا النص أن القاضي ملزم عند تقديره للتعويض في المسؤولية العقدية أن يدخل في حسابه ما لحق الدائن من ضرر و ما فاته من كسب، و المقصود بالخسارة اللاحقة، الضرر المباشر الذي لحق حقاً أو مصلحة مشروعة للمضروع، أما الكسب الفائت فيتعلق بالأرباح المتوقعة التي كان المضروع يأمل في الحصول عليها.

¹ محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض...، المرجع السابق، ص.25.

² بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص.128.

حيث يبدأ القاضي بتقدير هذان العنصران أي ما أصاب المضرور نتيجة للخطأ الطبي من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدية، أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب. و هو نفس المبدأ الذي يتم إعتماده في مجال المسؤولية التقصيرية، إذ جاء نص المادة 182 ق.م مطلقاً¹.

والمصاب بضرر نتيجة خطأ طبي في مجال نقل و زرع الأعضاء يتم تعويضه عما أصابه من ضرر و ما فته من كسب، فإذا كان المضرور عامل و تسبب الحادث في قعوده عن العمل فيدخل في الكسب الفات ما كان سيحنيه من عمله طوال المدة التي سيقعد فيها عن العمل. كما أن الخسارة التي قد تلحق بالمضرور قد تكمن في ضياع فرصة الشفاء نتيجة إتلاف العضو من طرف الطبيب الجراح الذي لم يحسن المحافظة عليه.

ب- معيار الظروف الملازمة و مدى توفر حسن النية

يقصد بالظروف الملازمة التي جاءت بها المادة 131 من ق.م² السالفة الذكر الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المضرور لا تلك المتعلقة بالمسؤول، و تتعلق هذه الظروف الشخصية بحالة المضرور الصحية و العائلية و المالية، فيجب على القاضي أن يدخل الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور عند تقدير التعويض الذي يستحقه، فيقدر التعويض على أساس ذاتي، وليس على أساس موضوعي، فيؤخذ بعين الإعتبار الحالة الصحية للمضرور، و يقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه، و ما سببه من ضرر.

فمثلا في مجال نقل و زرع الأعضاء يجب الأخذ بعين الإعتبار حالة المستقبل قبل التدخل الجراحي فإذا أدى خطأ الطبيب إلى تدهور الحالة الصحية للمريض بالنظر إلى الحالة التي كان عليها من قبل التدخل الجراحي، وكذا في حالة إتلاف عضو المتبرع و عدم قدرة الطبيب الجراح من استغلاله نتيجة تهاونه و عدم اتباعه للأصول العلمية الثابتة لضمان استغلال العضو في عملية الزرع.

¹ حسين علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر عمان، الأردن، 2006، ص.314.

² تنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري على التالي: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة...".

فتقدير التعويض يكون في هذه الحالة بنسبة أكبر، فالظروف الملايئة هي الظروف التي تلابس المضرور و تحيط به فيكون محل إعتبار أيضا حالة المضرور العائلية والمالية، فالشخص (المضرور) الذي يعول زوجته و أولاده يكون ضرره أشد من الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، و لكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنيا، يقضي له بتعويض أقل مما لو كان فقيرا، إذ أن العبرة بجر الضرر، و هذا الضرر يتحدد باختلاف الكسب، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يلحق به أشد¹.

أما بالنسبة للمسؤول فإن الظروف الشخصية التي تحيط به ذهب البعض إلى عدم الإعتداد بها، لأن التعويض حسب أصحاب هذا الرأي مرتبط بالضرر، و الضرر يتعلق بالمضرور و ليس بالمسؤول، فلا ينظر إلى هذا الأخير إن كان غنيا أو فقيرا لتقدير التعويض. أما جانب آخر من الفقه فيرى أن نص المادة 131 من ق.م.جاء عاما و مطلقا لم يخص المضرور دون المسؤول، كما أن عبارة الظروف الملايئة تنطوي على جسامه الخطأ، الذي لا بد من مراعاته أثناء تقدير التعويض.

فالمسؤولية المدنية الغرض منها هو جبر الضرر و ليس معاقبة المسؤول، فمهما كان الخطأ جسيما فالتعويض لا يكون إلا بقدر الضرر، و مهما كان الخطأ يسيرا فإن التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه، غير أن القضاء عادة ما يدخل في حسابه عند تقدير التعويض جسامه الخطأ الصادر من المسؤول فيميل إلى الزيادة، و إلى التخفيف من التعويض إذا كان الخطأ يسيرا². و بعد دراسة الشروط الخاصة التي تخول للمضرور حق الاستفادة من التعويض، يتعين معرفة الحالات التي تعفي الطبيب الجراح من المسؤولية المدنية، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، نظرية الإلتزام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.971.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، ...، المرجع السابق، ص.1101.

الفرع الثاني

حالات دفع المسؤولية المدنية

لقد سبق القول بأن أركان المسؤولية هي ثلاثة الخطأ و الضرر و علاقة السببية بين الضرر والخطأ، فكل منهما ركن مستقل، و بالتالي فإن إعفاء الطبيب من المسؤولية لا يكون إلا بإثباته السبب الأجنبي، و هو الذي ينشأ عنه الضرر و لا يكون للشخص المسائل يد فيه مما يترتب عليه انتفاء المسؤولية الطبية كلياً او جزئياً، و وفقاً لمحتوى نص المادة 127 من القانون المدني يجوز للطبيب التخلص من مسؤوليته اذا أثبت أن الضرر قد نشأ بسبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ المضرور-المريض- أو خطأ الغير و من هنا يتضح انه اذا توافرت واحدة من هذه الأسباب يمكن للطبيب من خلالها نفي المسؤولية عنه و يكون غير ملزم بالتعويض الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك¹. من خلال ماتقدم يطرح التسأل حول معنى القوة القاهرة، أو خطأ الغير، أو خطأ المضرور التي تعفى من خلالها الطبيب من تحمل المسؤولية.

أولاً-القوة القاهرة

يري غالبية الفقه أن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ هما تعبيران يدلان على معنى واحد و يقصد بهما حدوث امر غير متوقع حدوثه، و غير ممكن دفعه أو مقاومته مما يجعل الطبيب غير قادر على الوفاء بالالتزامه.

فالقوة القاهرة و الحادث المفاجئ هي وسيلة لدفع المسؤولية و تخلص الطبيب من إلزامية التعويض، باعتبار أن الفعل الذي نجم عنه الضرر يدخل في خانة السبب الأجنبي، الذي يجعل من الرابطة السببية منعدمة الوجود. و لقد جاء في قرار المحكمة العليا التعريف القانوني للقوة القاهرة بأنها حدث تتسبب فيه قوة تفوق قوة الانسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير تجنبها أو ان يتحكم فيها كما تتميز القوة القاهرة أيضاً بطابع عدم قدرة الانسان على توقعها².

¹ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص.173.

² قاسي محمد أمين، المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه، فرع قانون و صحة، جامعة جيلالي لباس، سيدي بلعباس، 2011-2012، ص.162.

يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أن يكون غير ممكن توقعه و لا مقاومته من جهة و أن يكون غير ممكن درأ ما ينشأ عنه من نتائج من جهة أخرى، و ان يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا من جهة ثالثة، و تقدير تدخل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ في إحداث الضرر هو راجع إلى تقدير قاضي الموضوع.

من أمثلة القوة القاهرة وفاة المريض بالقلب أو بالنوبة القلبية على اثر رعد مفاجئ أو الخوف من زلزال مهول، قد يؤدي إلى تعطل بعض الآلات و المعدات المستعملة في قاعات الجراحة نتيجة انقطاع تيار الكهرباء الناتج عن حالة الفيضان أو الزلزال، مما يجعل عمل الطبيب لا يجدي نفعا في هذه الاوضاع التي لا يمكن توقعها و يستحيل دفعها أو التحرر منها حتى ولو كان الطبيب رجل حريص متبصر و يقض.

كما أن حالة الضرورة تكون في كثير من الأحيان حادثا فجائيا يضع الطبيب أما أمر الواقع مما يستطيع دفع المسؤولية عنه، و عليه اذا تحققت حالة الضرورة كانت سببا لاعفاء من المسؤولية حسب المادة 130 من التقنين المدني "من سبب ضرا للغير ليتفادي ضرا أكبر محقق به أو بغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا"¹.

و يشترط في حالة الضرورة حسب المبادئ العامة شروط معينة و هي وجود خطر حال يهدد الفاعل أو الغير في نفسه أو ماله، و أن يكون مصدر الخطر أجنبي عن محدث الضرر و عن المضور، لأنه لو كان غير ذلك لانتفت حالة الضرورة، و أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الخطر الذي وقع. فلو كان الخطر متساويا أو أقل من الضرر الذي وقع فإن حالة الضرورة لا تقوم و يكون هناك تعديا تقوم بموجبه المسؤولية، لأنه يجب دفع ضرر أصغر لتفادي ضرر أكبر².

أما شروط حالة الضرورة في المجال الطبي فهي أن يكون هناك خطر جسيم على نفس المريض وأن يكون التدخل الطبي ضروريا على وجه السرعة، كأن يشرع مريض في الانتحار مما يستدعي تدخل الطبيب لانقاذ حياته حتى بدون إرادة المريض أو أهله، فيخضعه للتنفس الاصطناعي و ما يتبع ذلك من تصرفات طبية فإن أخطأ الطبيب في هذه الحالة لا يعتد بها، لأن حالة الضرورة هي التي دفعت به

¹ شهيد محمد سليم، المسؤولية المدنية...، المرجع السابق، ص.255.

² حمزة قتال، المرجع سابق، ص.46.

لارتكاب الخطأ. و عليه عندما تتوفر حالة الضرورة بشروطها فلا يسأل الطبيب عن الخطأ الذي تسبب فيه¹.

ثانياً- خطأ المريض

قد يكون المضرور هو المتسبب في الضرر الذي أصابه و يشترط في خطأ المضرور ما يشترط في السبب الأجنبي، أي أن يكون غير متوقع و غير ممكن الدفع و المشرع أشار إلى خطأ المضرور في المادة 127 من القانون المدني².

و يقصد بخطأ المضرور أن يصدر من المضرور إنحراف و أن يؤدي هذا الانحراف إلى حدوث الضرر الذي أصابه، فإذا وقع الخطأ من المريض نفسه إنتفت علاقة السببية متى كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في إحداث هذا الضرر، و بالتالي لا يسأل الطبيب عن هذا الضرر. كما يمكن أن يكون خطأ المريض سببا في قطع العلاقة بين الخطأ الطبي و الضرر الحاصل، فانه يمكن أيضا أن يقطع تلك الرابطة بين الخطأ و الضرر المتمثل في تفويت الفرصة في الشفاء أو إستمرار الحياة أو تحسن حالته الصحية.

إذا وقع الخطأ من طرف المريض على نفسه انتفت علاقة السببية متى كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في إحداث هذا الضرر، فلا يسأل الطبيب عن هذا الضرر، و متى إستطاع الطبيب أن يثبت خطأ المضرور، فإنه يثبت بذلك وجود السبب الأجنبي الذي يقطع الرابطة السببية و بالتالي ينفي عن نفسه المسؤولية لأنه من حق الطبيب أن يتوقع من المريض مسلكا لا خطأ فيه و لا إنحراف.

غير أن الاشكال الذي يثور هو عندما يكون الضرر مرده إلى خطأ كل من الطبيب و المريض معا، فإذا اشترك الطبيب مع المريض في إحداث الضرر، ففي هذه الحالة لا مجال لاعفاء الطبيب من المسؤولية، بل لابد من توزيعها بينهما خاصة إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، فيكون للمضرور أن يتحمل نصيبه من المسؤولية و له أن يرجع على الطبيب بقدر مسؤوليته عن الضرر.

في الأخير نشير أن خطأ المريض كما يحتج به عليه، يحتج به على ورثته، إذ لا يحق لهم المطالبة بالتعويض نتيجة الأضرار المادية اللاحقة بمورثتهم من جراء خطئه، و على العكس من ذلك إذا كانت

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية...، المرجع السابق، ص.181.

² أحمد حسين حيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص.137.

دعواهم مبنية على أساس ما لحقهم من ضرر أدبي بفقدانهم لمورثهم، فإن هذه الدعوى تعتبر دعوى شخصية للورثة، فخطأ المتوفي بالنسبة لهذه الدعوى يأخذ صفة خطأ الغير¹.

كما أن رفض المريض لإجراء فحوصات ضرورية لا يعني الطبيب من المسؤولية، بل يعد هذا الأخير مسؤولاً عن الأضرار الناتجة و المترتبة عن هذا الرفض، و لكن يمكن للطبيب أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت رفض المريض كتابة ففي هذه الحالة يعد هذا الرفض خطأ، و بالتالي يكون خطأ المريض هو التصرف المنحرف، الذي أدى إلى الضرر².

ثالثاً- خطأ الغير

يعتبر خطأ الغير سبباً أجنبياً ينفي المسؤولية عن المدعي عليه إذا توافرت فيه شروطه، ويقصد بالغير الشخص المتسبب في الضرر و الذي يكون أجنبياً عن المدعي عليه (الطبيب الجراح) بمعنى أن لا يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه، و لا يعتبر من الغير الشخص الخاضع للرقابة بالنسبة لمتولي الرقابة و لا التابع بالنسبة للمتبوع. و يعد عمل الغير أو خطؤه سبباً أجنبياً متى كان غير متوقع و غير ممكن الدفع مثله مثل القوة القاهرة³.

تجدر الإشارة أنه إذا كان فعل الغير هو المتسبب الوحيد في إحداث الضرر، فإن هذا يكون سبباً لإعفاء من المسؤولية بالنسبة للطبيب، و ذلك لأن الضرر الحاصل لا ينسب إلى هذا الطبيب و إنما إلى شخص آخر و بالتالي فان رابطة السببية سوف تنعدم و قد أشار المشرع إلى خطأ الغير في المادة 127 من القانون المدني.

أما إذا كان الغير هم تحت رقابة الطبيب أو تابعين له، فان خطأ هؤلاء يكون له أثر في المسؤولية الطبية، و لا تنتفي مسؤولية الطبيب، و على هذا الأساس لا يعتبر خطأ مساعد الطبيب على إثر عمل جراحي من أخطاء الغير بالنسبة للطبيب الجراح المسؤول عن العلاج. نفس الشيء بالنسبة للفريق الطبي و إن كان كل واحد منهم يتمتع بنوع من الاستقلال كل في دائرة اختصاصه، غير أن الطبيب الرئيسي المشرف على العملية أو الفرقة يعد مسؤولاً، و بالتالي لا تعتبر أفعالهم من أفعال الغير التي تنفي المسؤولية.

¹ عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص.115.

² وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص.102.

³ رأفت محمد أحمد حماد، المرجع السابق، ص.199.

غير أن تصرفات و أفعال أقارب المريض أو أصدقائه إذا ما أضرت بالمريض، كما لو أعطوه أو ناولوه كميات من الأدوية بطرق مختلفة، على الطريقة التي أمر بها الطبيب فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم هنا في حالة وقوع فعل ضار للمريض، و بالتالي تنتفي رابطة السببية لأن أقارب و أصدقاء المريض من الغير بالنسبة للطبيب¹.

مع العلم أنه ليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، فقد يقوم الدليل على أن الضرر سببه شخص ثالث من الغير غير معروف، و مع ذلك يبقى خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية المدعي عليه. غير أنه إذا كان خطأ كل من المدعي عليه الطبيب و خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر، و إستغرق خطأ الغير خطأ المدعي عليه -الطبيب الجراح- سواء كان فعل الغير متعمداً أم كان خطأ المدعي عليه نتيجة لخطأ الغير، ففي هاتين الحالتين لا تنتفي مسؤولية المدعي عليه و على العكس تماماً مثلما جاء في الحالتين سالفتي الذكر فإن إستغرق خطأ الطبيب المدعى عليه لخطأ الغير فإنه لا يؤثر في مسؤولية هذا الطبيب و من ثم تقوم مسؤوليته.

¹ نبيلة نسيب، الخطأ الطبي...، المرجع السابق، ص.88.

الخاتمة

لقد أعطى التقدم الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية الأمل للعديد من المرضى في أن يحيا حياة طيبة بعدما كان يهددهم خطر الهلاك، حيث أن رعاية جسم الإنسان هو من المواضيع الهامة التي سعت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إلى تنظيمها ومنع كل فعل يمثل تعدياً أو إضراراً بالسلامة الجسدية لأفراد المجتمع.

وقد حققت عمليات نقل وزرع الأعضاء نجاحاً كبيراً حيث أصبح العديد من المرضى يعيشون بكلي غيرهم، وهناك أيضاً من يعيشون بقرنيات غيرهم بعدما كانوا محرومين من هذه الأعضاء. وبهذا التطور تحولت نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية لعمليات نقل وزرع الأعضاء، بحيث أصبحت عملاً مباحاً، خاصة أن التداوي وممارسة الطب هو أمر دعا إليه الإسلام.

كما سارعت الكثير من الدول إلى تنظيم إطار قانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، وحاولت وضع قواعد قانونية واضحة تبين حدود التضامن والتكافل الإجتماعي بين كل من السليم والسقيم من جهة، وحرمة جثة الميت من جهة أخرى. كما ينظم القانون عمل الطبيب الجراح، إذ أنه رغم حالة الضرورة القصوى لعلاج المريض الذي يحتاج لعملية زرع الأعضاء، فإنه يتعين عليه مراعاة القواعد القانونية المنظمة للعملية الجراحية، لا سيما رضا المريض رضا حراً صادراً عن كامل الأهلية، وكذا الموافقة المسبقة للمتوفى في حالة إستغلال أعضاء الجثة.

وقد أصبح التبرع بالأعضاء من الأعمال المباحة التي إهتم المشرع الجزائري بتأطيرها ضمن قانون الصحة، حيث أوجب القانون ضرورة الحصول على الرضا المستنير للمتبرع صادر أمام رئيس المحكمة المختص إقليمياً، بعد تأكده من وجود علاقة القرابة العائلية كقاعدة عامة، أو اللجوء في حالة انعدام التطابق المناعي إلى التبرع المتقاطع على أن يكون ذلك بدون مقابل مادي. كما يتعين على الطبيب الجراح التأكد من حالة الوفاة في حالة إستغلال أعضاء المتوفى قصد زرعها، مع مراعاة إرادة الشخص قبل وفاته.

كما أنشأ القانون مؤسسة عمومية ذات طابع اداري و هي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء تتكفل بتسجيل المرضى في إنتظار إنتزاع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا ضمن القائمة الوطنية التي يجب على المرضى التسجيل فيها، لكي يكون لهم الحق في الحصول على أعضاء الموتى، و تعمل أيضا الوكالة

على تنسيق و تطوير نشاطات إنتزاع و زرع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و ذلك بعد إعلامها من قبل المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا بكل الصعوبات المتعلقة بتطبيق القواعد القانونية سارية المفعول.

على أن المسؤولية المدنية الطبية للطبيب الجراح المختص بإجراء عمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية قد تقوم في حالة عدم مراعاة التزاماته المهنية، وهي التزامات ذات طبيعة خاصة لأن التدخل الجراحي الناقل للعضو البشري يفرض على الطبيب تحقيق بعض النتائج كضمان سلامة العضو السليم المتبرع به، والتأكد مسبقاً بأن هذا العضو قابل للزرع ولا يحمل أي مرض، بالإضافة إلى واجبه بإعلام كل من المريض والمتبرع بالمخاطر الطبية المتوقعة.

فعلى الطبيب الجراح إتخاذ مجموعة من الإجراءات الطبية مباشرة بعد حصوله على موافقة كل من المتبرع والمريض المقبلين على عمليتي النزع والزرع، إذ عليه القيام بمجموعة من التحاليل الطبية حتى يضمن أكبر قدر من النجاح، وهذا حسبما إستقر عليه علم الطب ووفقاً للأصول العلمية الثابتة حتى لا يقع في خطأ مهني يستوجب التعويض.

فخلص إلى أن المسؤولية المدنية للطبيب الجراح في مجال عمليات نزع و زرع الأعضاء البشرية تقوم بتوافر أركان المسؤولية، فإذا إنخراف الطبيب الجراح عن السلوك الطبي المتعارف عليه عند مباشرة عمليات نزع و زرع الأعضاء، التي تكفلت مختلف التشريعات القانونية بتنظيم جانب منها، فيؤدي ذلك إلى وصف عمل الطبيب بالخطأ الطبي الجراحي، ومن ثم قيام مسؤوليته المدنية إذا كان إخلاله بواجبه القانوني عن إرادة واعية ومدركة، وترتب عن ذلك ضرر لأحد أطراف العملية الجراحية.

وللمريض المتلقي للعضو الذي أصابه ضرر ناتج عن عملية زرع الأعضاء، أو المتبرع بالعضو الذي لحقه ضرر مرتبط بذات العملية الجراحية، الحق في التعويض جبراً للضرر اللاحق به وهذا بعد إثبات توافر الخطأ الطبي الجراحي، حيث يستعين طالب التعويض بأصحاب الخبرة للقول بأن هذا الأخير قد أحل بواجبه المهني وصدر عنه خطأ طبي.

كما يحق لذوي حقوق المتوفى الحصول على التعويض في حالة خرق الشروط القانونية الخاصة بنقل الأعضاء من جثة المتوفى، فيقدر القاضي التعويض المناسب عند توافر الشروط القانونية الخاصة بحق المضرور في التعويض، ويكون تقدير التعويض حسب معايير موضوعية وقانونية بشكل يضمن جبر الضرر حسب كل حالة.

و بما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تتم على مستوى المستشفيات التابعة للقطاع العام بناء على القرار الصادر عن وزير الصحة، فيسأل المستشفى بالتبعية عن الأخطاء الصادرة عن الطبيب الجراح الذي باشر نشاطه الجراحي فيها، ويكون الفصل في الخصومات الخاصة بدعاوى القضاء الكامل من إختصاص المحاكم الإدارية.

والملاحظ أن المشرع الجزائري إكتفى عند تنظيمه لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بإدراجها في قانون الصحة، وكان من الأجدر تنظيم هذا التدخل الجراحي بقانون مستقل وهو التوجه الذي سلكته العديد من الدول العربية والغربية، حتى يسد كل الثغرات القانونية و العملية، وعدم ترك الأطباء في حيرة من أمرهم. كعدم تحديد المشرع الجزائري المقصود بالعضو البشري، و عدم ذكره صراحة الأعضاء التي لا يمكن أن تكون محلاً للتبرع.

كما يستحب إعادة النظر في نصوص قانون الصحة المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء، حيث يستوجب القانون الحصول على موافقة المتوفى، ويستحسن في هذا القبيل البحث عن طرق أخرى تكشف عن إرادة المتوفى كالاتماد على بطاقة الهوية لتسجيل رغبة الشخص قيد حياته.

بالإضافة إلى ذلك يجب أن يشمل القانون إستثناء حول مسألة إفشاء السر المهني في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء، وذلك عند إعلام المتبرع بالحالة الصحية للمريض المتلقي للعضو، خاصة و أن الأصل أن يكون التبرع بين أفراد العائلة الواحدة فمن الصعب على الطبيب تحقيق هذا اللإلتزام المهني.

وصفوة القول أن قواعد المسؤولية المدنية الطبية قد إقتصرت معظم النصوص الواردة في قانون الصحة على بيان التزامات الطبيب دون تقرير النتائج المدنية التي قد يتحملها في حالة الإخلال بها، وهذا الذي يدفع المحاكم إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على الأطباء الجراحين، أي المسؤولية المدنية على أساس الخطأ، مما يدعونا إلى القول بوجوب التأسّي بما وصل إليه القانون المقارن الذي أنشأ مبدأ المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي حماية للمرضى من كافة المخاطر المحيطة بهم.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.

أولاً- المراجع العامة

أ- باللغة العربية

- 1- إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، د.س.ن.
- 2- أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب التداوي: باب الدليل على أن قاتل نفسه لا يكفر، دار السلام للنشر والتوزيع، ط2، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2000.
- 3- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الآفاق العربية، الجزء الرابع، د.س.ن.
- 4- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، دار بن كثير، كتاب الإيمان: باب الدين يسر، ط1، دمشق- بيروت، د.ب.ن، 2002.
- 5- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ (بن ماجة)، سنن ابن ماجة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط1، د.س.ن، د.ب.ن.
- 6- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ج4، ط1، د.ب.ن، 1962.
- 7- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، المجلد الأول، ط.1، د.س.ن، 2008.
- 8- سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، دار الحضارة للنشر والتوزيع، ط2، الرياض، 2015.
- 9- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ط.5، 2008، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 10- بلحاج العربي، الحماية القانونية للجنة الأدمية وفقا لأحكام الفقه الاسلامي و القانون الطبي الجزائري، دار هومة، 2014.
- 11- حسين علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر عمان، الأردن، 2006.
- 12- حمزة قتال، مصادر الالتزام - المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 13- سعيد أحمد شعله، المسؤولية و التعويض، توزيع منشأة المعارف، د.س.ن، الأسكندرية، ص121.

- 14- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول: في الإلتزامات، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، د.س.ن.
- 15- عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية و انعكاسها في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د.س.ن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 16- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، نظرية الإلتزام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- 17- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، د.س.ن، دار النهضة العربية، 1998.
- 18- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط.9 ، د.س.ن ، ديوان المطبوعات الجامعية.
- 19- فاظي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2009.
- 20- فيلاي علي، الإلتزامات "الفعل المستحق للتعويض"، موفم للنشر، الجزائر، 2014.
- 21- محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، د.س.ن، مطابع رمسيس، الإسكندرية.
- 22- محمد حسين منصور، المسؤولية المدنية، دار الفطر العربي، الإسكندرية، 2006.
- 23- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات مصادر الإلتزام المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى.

ب- باللغة الفرنسية

- 1 -**Henri MAZEAUD**, Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome2, Siyey, Paris.
- 2 -**ABDELKADER KHADIR**: La responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, édition houma, Alger, 2014.

ثانيا- المراجع المتخصصة

أ- باللغة العربية

- 1- ابراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهاً و قضاء، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2007.
- 2- أحمد حسين الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008.

- 3- أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- 4- أسامة السيد عبد السميع، نقل و زراعة الأعضاء الآدمية بين الشريعة و القانون ، دار الكتب القانونية، 2010.
- 5- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011.
- 6- إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء، ار الجامعة الجديدة، 2009.
- 7- إيهاب مصطفى عبد الغنى، الوجيو في نقل و زراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، 2011.
- 8- الفضل منذر الحسين، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط.1، 2002.
- 9- السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية و المدنية و التأديبية للطبيب و الصيدلي، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009.
- 10- الإبراشي حسين، مسؤولية الأطباء و الجراحين في التشريع المصري و المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951.
- 11- امير فرج يوسف، الموت الاكلينيكي، زرع و نقل الأعضاء و الدم و العلاج بالخلايا الجذعية، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، 2011.
- 12- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010
- 13- بوشي يوسف، الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائياً، دار الفكر الجامعي، 2016.
- 14- بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن-عمان، ط.1، 2015.
- 15- جهاد محمود عبد المبدى، عمليات نقل و تأجير الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مكتبة القانون و الإقتصاد، ط.1، 2014.
- 16- جاري بسمة و الذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، كوكب العلوم للنشر و التوزيع، 2012.
- 17- جبيري ياسين، الإتجار بالأعضاء البشرية ، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- 18- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية و مكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، دار الفكر الجامعي، 2012.

- 19- **حروزي عز الدين**، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن، دراسة مقارنة، دار هومة، 2008.
- 20- **رايس محمد**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2010.
- 21- **رأفت محمد أحمد حماد**، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 22- **رمضان جمال كمال**، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية، المركز القومي لإصدارات، 2005.
- 23- **رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ**، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل و زراعة الأعضاء، د.س.ن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 24- **صابر محمد محمد سيد**، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، 2008.
- 25- **طلال عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1. 2004.
- 26- **طالب عبد الرحمن**، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية و زرع الأعضاء، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2001-2002.
- 27- **عارف علي عارف القره داغي**، قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية، الجامعة الإسلامية الدولية- ماليزيا، ط1، 2011.
- 28- **عبد الحلیم محمد منصور علي**، نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، 2013.
- 29- **عبد الحميد الشواربي**، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 30- **عبد السلام التونجي**، المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الإسلامية و في القانون السوري و المصري والفرنسي، د.س.ن، دار المعارف، لبنان.
- 31- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المسؤولية الطبية بين الفقہ و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 32- **عبد القادر بن تيشه**، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 33- **عبد القادر خضير**، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، د.س.ن، دار هومة.
- 34- **عبد الحميد الشواربي**، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، 2004.

- 35- عبد العزيز بن محمد الصغير ،نقل و زراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،المركز القومي للإصدارات القانونية،ط.1، 2015.
- 36- علي محمد بيومي،أضواء على نقل و زراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث ، 1999.
- 37- عمرون شهريزاد،أحكام نقل و زرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية،2012.
- 38- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، 2006.
- 39- فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، مكتبة الوفاء القانونية،ط.1، 2016.
- 40- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دار المطبوعات الجامعية 2009.
- 41- محمد المدني بوساق ، موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين البشر ، د.س.ن، دار الخلدونية.
- 42- محمد صلاح الدين إبراهيم خليل،حكم نقل و زرع أعضاء الإنسان بين الإباحة و التحريم،دار النهضة العربية،ط.2، 2012.
- 43- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 44- محمد عبد اللطيف عبد العال، إباحة نقل الأعضاء من الموتى إلى الأحياء و مشكلاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 45- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- 46- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 47- مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية،دراسة مقارنة، دار هومة،ج.1،الكتاب الأول.
- 48- مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية،التطبيقات العملية لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، دار هومة،ج.1،الكتاب الثاني.
- 49- مروك نصر الدين، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية،القوانين و القرارات و الفتاوى و البيانات الصادرة في العالم العربي و منظمة الصحة العالمية و فرنسا المتعلق بزرع الأعضاء البشرية، دار هومة،ج.1،الكتاب الثالث.
- 50- منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة و التخصصية،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،ط.1 ، 2013.
- 51- منصور عمر المعايطه، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.

- 52- منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
- 53- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، د.س.ن، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع.
- 54- نسرين عبد الحميد نبيه، نقل و بيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر، ط.1، 2008.
- 55- هيثم حامد المصاروه، نقل الأعضاء البشرية بين الحضر و الإباحة ، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية، ط.1، 2003.

ب- باللغة الفرنسية

- 1- **Ph.WOLF ,K.BOUDJEMA ,B.ELLERO,J.CINQUALBRE**, Transplantation d'organes, Masson .
- 2- **YVANIE CAILLE, MICHEL DOUCIN**, Don et transplantation d'organe au Canada, aux Etat-Unis et en France, Réflexion éthique et pratique comparées, L'Harmattan, 2011.
- 3- **NEFUSSY-LEROY NATHALIE**, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, Paris, 1999.

ثالثا- الأطروحات و المذكرات العلمية

أ- أطروحات الدكتوراه

- 1- **سميره عايد الديات**، عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، دكتوراه، عمان، الأردن، 1999-2000.
 - 2- **شهيد محمد سليم**، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه تخصص قانون خاص- فرع القانون الطبي، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، 2011-2012.
 - 3- **قوادري مختار**، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي ، مذكرة دكتوراه تخصص الشريعة و القانون ، كلية الحضارة الاسلامية و العلوم الانسانية ، نوقشت، 2010-2011.
 - 4- **معاشو لخضر**، النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2014-2015.
 - 5- **واهاسي سمية بدر البدور**، المسؤولية المدنية و الجنائية للطبيب، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس، 2009-2010.
- ROGER MISLAWSKI**, Thèse, la causalité dans la responsabilité civile recherche sur ses rapport avec la causalité scientifique, Université Cergy-Pontoise, 2006.

ب-مذكرات الماجستير

- 1- إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة الماجستير، جامعة مولود معمري - تيزي وزو الجزائر، 2010-2011.
- 2- أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2011-2012.
- 3- بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2010-2011.
- 4- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010-2011.
- 5- بومدين سامية، الجراحة التجميلية و المسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة الماجستير في القانون. فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010-2011.
- 6- جربوعة منيرة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و جراحة التجميل، مذكرة الماجستير. فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- 7- زهدور أشواق، نقل و زرع الأعضاء البشرية و المسؤولية الجزائرية المترتبة عنها وفق آخر تعديل لقانون العقوبات الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 2010-2011.
- 8- سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية"، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010-2011.
- 9- عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة الماجستير- فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010-2011.
- 10- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010-2011.
- 11- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2012-2013.
- 12- قاسي محمد أمين، المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه، فرع قانون وصحة، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2011-2012.
- 13- قبير محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة الماجستير في القانون. فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2014-2015.

- 14- مجاهد زين العابدين، الإشكالات القانونية الناتجة عن عمليات زرع و نقل الأعضاء،مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه-تخصص قانون و صحة،جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس،2011-2012.
- 15- منخيسي بن عباد رحمة،التعامل غير المشروع بالأعضاء البشرية،مذكرة لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه-تخصص قانون و صحة،جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس،2012-2013.
- 16- مشكور خليدة،المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زرع الأعضاء البشرية،مذكرة الماجستير،جامعة بن عكنون-الجزائر،2001-2002.
- 17- مقداد زهرة، التعويض عن الأخطاء الطبية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة مدرسة الدكتوراه في تخصص علوم قانونية-فرع قانون و صحة، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس،2012-2013.
- 18- نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة الماجستير -فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- 19- وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، أطروحة الماجستير في القانون الخاص،كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح في نابلس، فلسطين، 2008.
- RAPHELLE DAVID**,Légitimité des proches dans la décision de don d'organes: étude des représentations professionnelles, mémoire de master 2 d'éthique médicale et de bioéthique,Université Paris Descartes, 2015-2016.

رابعاً: المقالات و البحوث

- 1- امجد مراقب داود عبيد،الأقوال الفقهية في نقل و زرع الأعضاء البشرية،كلية العلوم الإسلامية-الفلوجة،2009.
- 2- بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية،دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 07، 2010.
- 3- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية و أثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2007.
- 4- بن صغير مراد، التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 4، تلمسان، 2007.
- 5- بوترفاس حفيظة،التوسع في إلتزام الطبيب بالإعلام كوسيلة لتفعيله،مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 11، 2014.
- 6- بوجمعة صويلح،المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية العدد الأول، قسم الوثائق بالحكمة العليا،2001.

- 7- بودالي محمد، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية،مجلة العلوم القانونية و الإدارية،جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس،2005.
- 8- تيزي عبد القادر،التزام الطبيب بتحقيق نتيجة،مجلة الحقوق و العلوم السياسية،جامعة سيدي بلعباس ، العدد 09، 2012.
- 9- رايس محمد،إثبات المسؤولية الطبية، مجلة منظمة المحامين لناحية تلمسان ، العدد 01، 2005.
- 10- زرارة عواطف، مفهوم الخطأ الطبي في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة، العدد 11.
- 11- صحراوي داودي، الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 16، 2013.
- 12- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل و زرع الأعضاء البشرية في الشريعة و التشريعات العربية، كلية الشريعة و القانون جامعة قطر.
- 13- عبد السلام العبادي،زراعة الأعضاء في جسم الإنسان،الأزهر الشريف،مجمع البحوث الإسلامية،2009.
- 14- علي أبو مارية، عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة و التوجهات الحديثة للفقهاء و القضاء، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، العدد 34.
- 15- مامون عبد الكريم،إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي و الخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، العدد 14، 2012.
- 16- محمد الباز محمد الباز، بحث في شروط مشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية ، جامعة المنصورة، 2011.
- 17- مختاري عبد الجليل، الطبيعة القانونية لإلتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء،مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، العدد9، 2011.
- 1- Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Questions d'éthique relatives au prélèvement et au don d'organes à des fins de transplantation, avis n° 115 ,Paris, 7 avril 2011.
- 2- KARADJI MUDTAPHA, "Le juge administratif et la faute médicale", séminaire nationale sur la Responsabilité médicale, Revue critique, Numéro spécial, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2008.
- 3-Agence de biomédecine, Don d'organe le Guide pour tout comprendre, Paris.

خامسا: النصوص القانونية

أ- الوطنية

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، و الذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ج.ر 7 ديسمبر 1996.ع.76 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10-04-2002، ج.ر 14-04-2002، ع.25، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ع.63، و كذا القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06-03-2016، ج.ر 07-03-2016، ع.14.
- 2- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم ، بالقانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس 2017، ج.ر 29-03-2017، ع.20.
- 3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19 يونيو 2016 ج.ر 22-06-2016.ع.37.
- 4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20-06-2005، ج.ر 26-06-2005، ع.44.
- 5- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 12 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27-02-2005 ، ج.ر 26-02-2005، ع.15.
- 6- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 و المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها، ج.ر العدد 8 لسنة 1985، المعدل و المتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990.
- 7- القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل و المتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها، ج.ر 15-08-1990، ع.35.
- 8- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر 23-04-2008، ع.21.
- 9- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج.ر 29-07-2018، ع.46.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو سنة 1992 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، ج.ر 08-06-1992، ع.52.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 11-364 المؤرخ في 22 أكتوبر 2011 المتعلق بشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين، ج.ر 26-10-2011، ع.59.

12-المرسوم التنفيذي رقم: 07-140 المؤرخ في 19 مايو 2007 المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية و المؤسسات العمومية للصحة الجوارية و لتنظيمها و سيرها، ج. ر 20-05-2007، ع.33.

ب- الأجنبية العربية

- 1- القانون المصري رقم: 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب المعدل.
- 2- قانون جمهورية تونس عدد 22 لسنة 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية و زرعها.
- 3- القانون الإتحادي لدولة الإمارات المتحدة العربية رقم: 15 لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية.
- 4- القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء و الأنسجة البشرية و أخذها و زرعها.
- 5- تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة 1999 و المتعلق بنقل الأعضاء.
- 6- قانون الإتحاد الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 في شأن المسؤولية الطبية و التأمين الطبي.
- 7- القانون العربي الاسترشادي لتنظيم زراعة الأعضاء البشرية و منع و مكافحة الاتجار فيها المعتمد من طرف مجلس وزراء العرب سنة 2009.
- 8- القانون المصري 5 لسنة 2010 المتعلق بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية.
- 9- قانون جمهورية العراق رقم: 11 لسنة 2016 المتضمن عمليات زرع الأعضاء البشرية و منع الإتحار بها.

ث- الأجنبية الفرنسية

- 1- Code civil, édition Dalloz, Paris, 2002.
- 2- Loi n°: 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. J.O. du 23 décembre 1976.
- 3- Loi no: 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, J.O. du 23 juillet 1992.
- 4- Loi no: 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, J.O. du 30 janvier 1993.
- 5- Loi n°: 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection social.
- 6- Loi n°: 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
- 7- Loi n°: 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain à l'assistance médical , à la procréation et au diagnostic prénatal.
- 8- Décret n° 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 22
- 9- Décret n° 76-502 du 22 décembre 1976 relatives aux prélèvements d'organes.
- 10- Décret n° 90-844 du 24 septembre 1990 modifiant le décret n° 78-501 du 31 Mars 1978.
- 11- Décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 relatif aux modalités d'expression du refus de prélèvement d'organes après le décès.

الفهرس

- 1..... مقدمة
- 7..... المبحث التمهيدي: مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 9 - المطلب الأول: ماهية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 9 - الفرع الأول: مفهوم عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية
- 13 - الفرع الثاني: نقل الأعضاء و مبدأ المساس بسلامة الجسم
- 19 - المطلب الثاني: حكم نقل و زرع الأعضاء البشرية من الناحية الشرعية و القانونية
- 20 - الفرع الأول: مشروعية نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء
- 35 - الفرع الثاني: مشروعية نقل الأعضاء من الميت قصد زرعها
- 48..... الفصل الأول: المسؤولية المدنية الطبية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية
- 50 - المبحث الأول: طبيعة التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل و زرع الأعضاء
- 51 - المطلب الأول: الالتزامات الطبية عن العمليات الجراحية
- 52 - الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية كأصل عام
- 57 - الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء
- 61 - المطلب الثاني: خصوصية الإلتزام الطبي في مجال نقل و زرع الأعضاء
- 61 - الفرع الأول: الإلتزام ببذل عناية في مجال نقل و زرع الأعضاء
- 65 - الفرع الثاني: الإلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال نقل و زرع الأعضاء
- 70 - المبحث الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب الجراح
- 73 - المطلب الأول: الخطأ الطبي الجراحي

- 75- الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجراحي
- 78- الفرع الثاني: معيار تحديد الخطأ الطبي الجراحي
- 83- الفرع الثالث: صور أخطاء الجراحين
- 88- المطلب الثاني: الضرر الطبي و علاقة السببية
- 89- الفرع الأول: مفهوم الضرر الطبي
- 91- الفرع الثاني: صور الضرر
- 97- الفرع الثالث: علاقة السببية
- 106..... الفصل الثاني: أساس مسؤولية الطبيب الجراح المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء
- 108- المبحث الأول: مسؤولية الطبيب الجراح عند تخلف شروط و ضوابط نقل و زرع الأعضاء
- 108- المطلب الأول: الشروط القانونية الخاصة بنقل و زرع الأعضاء بين الأحياء
- 109- الفرع الأول: الغرض العلاجي لعمليات زرع الأعضاء
- 118- الفرع الثاني: الرضاء بنقل و زرع الأعضاء
- 130- المطلب الثاني: الشروط القانونية الخاصة بنقل الأعضاء من جسد الإنسان الميت
- 131- الفرع الأول: صور التعبير عن الإرادة قصد نقل الأعضاء بعد الوفاة
- 138- الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي من نقل أعضاء المتوفى
- 149- المبحث الثاني: آثار إنعقاد مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء
- 149- المطلب الأول: دعاوى المسؤولية المدنية عن عمليات نقل و زرع الأعضاء
- 151- الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعوى المسؤولية المدنية
- 155- الفرع الثاني: عبء الإثبات و دور الخبرة الطبية في المسؤولية الطبية

- 160 -المطلب الثاني: الحق في التعويض و سلطة القاضي في تقديره
- 161 -الفرع الأول: الشروط الخاصة بحق المضرور في التعويض
- 167 -الفرع الثاني: حالات دفع المسؤولية المدنية
- 172 -الخاتمة

ملخص المذكرة:

عرف التشريع الجزائري تقدماً مهماً في المجال الطبي لا سيما بعد صدور قانون الصحة الجديد، وفي هذا الإطار القانوني سعى المشرع الجزائري إلى وضع شروط وقيود على عملية انتزاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية بما يوفر حماية لآفة للمرضى المتلقين أو الأشخاص المتبرعين، وقد أخذ المشرع في هذا القبول بالأحكام التي توصلت إليها التشريعات الحديثة دون أن يكون هناك تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

مع العلم أن مخالفة هذه الأحكام القانونية يترتب عليها قيام المسؤولية المدنية للطبيب للجراح متى توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وهذا من شأنه أن يوفر حماية فائقة للمرضى من كل الأخطار المحتملة التي قد تنجر عن إجراء هذه العملية، وفي ظل غياب نصوص خاصة تنظم هذه المسؤولية يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، ولتحقيق حماية أفضل في هذا الشأن هناك ضرورة لاستحداث أحكام تتضمن إجراءات غاية في الصرامة وكذا تقرير جزاءات رادعة حال المخالفة.

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية المدنية، نقل وزرع الأعضاء، الطبيب الجراح، موافقة المتوفى، رضاء المريض، الشريعة الإسلامية، الخطأ الطبي، الالتزام، الضرر الطبي، التعويض.

Résumé :

La législation algérienne a connu un progrès important en matière médicale, néanmoins après la promulgation de la loi relative à la santé. Et dans ce cadre juridique, le législateur algérien a exigé des conditions ainsi que des restrictions quant à l'opération du prélèvement et de la transplantation des organes et de tissus humains afin de assurer une protection convenable aux malades receveurs ou aux donneurs. A cet égard, le législateur a pris les dispositions adoptées par les récentes législations, sans qu'il soit un paradoxe avec celles de la charia.

Sachant que l'infraction de ces dispositions engendre la responsabilité civile médicale du médecin chirurgien si les conditions de celle-ci sont existantes (la faute, le dommage, le lien de causalité). Et ce peut concrétiser une protection opportune aux malades en évitant les risques probables émanant de cette opération. Et dans l'absence des textes spéciaux régissant cette responsabilité il faut recourir aux dispositions générales de la responsabilité civile. Et afin de réaliser une protection optimale en cette question c'est nécessaire de créer des dispositions procédurales rigoureuses, et par la suite de prévoir des sanctions coercitives en cas d'infraction.

Mots clés :

responsabilité civile, erreur médicale, dommage médical, responsabilité médicale, transplantation, chirurgien, consentement, loi islamique.

Summary :

The Algerian legislation recognized an important progress in medical matter, nevertheless after the promulgation of the law of health. And within this legal framework, the Algerian legislator required conditions and restrictions have for the operation of the swab and transplantation of the bodies and human tissues in order to ensure a suitable protection for the patients receivers or the donors. In this respect, the legislator took the dispositions adopted by the recent legislations, without a paradox with those of the charia.

We must nowing that the infraction of these dispositions generates the medical civil liability for the doctor surgeon if the conditions of this one are existing (the fault, damage, the bond of causality). And it can concretize a convenient protection with the patient by avoiding the probables risks emanating from this operation. In the absence of the rules governing this responsibility it is necessary to resort to the general provisions of the civil liability. And in order to realize an optimal protection in this question it is necessary to create rigorous procedural provisions, and to foresee a coercive sanctions in the case of infringement thereafter.

Key words :

liability, medical error, medical damage, medical liability, transplantation, surgeon, consent, Islamic law.