الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –
كلية الحقوق

المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية

– دراسة مقارنة –

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

إعداد الطالب:
مختاري عبد الجليل

تحت إشراف:
أ/د. هجيرة دنوني

لجنة المناقشة :

– د. بوعزة ديدن	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	رئيسا
– أ/د. هجيرة دنوني	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مقررة
– د. مامون عبد الكريم	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا
– د. شهيدة قادة	أستاذ محاضر	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية
2007-2006

{ فَأَمَّا الزَّبَدُ
فَيَذْهَبُ جُفَاء وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ
كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الأَمْثَالَ }

سورة الرعد ، الآية 17

تشكرات

من مكارم الأخلاق الاعتراف بالجميل وشكر ذويه ، ومن السنة الشريفة الدعاء لمن علّمنا ، فاللهمّ ارحم من علّمنا وجازهم عن ذلك خير الجزاء.

أتقدم بشكري الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة "هجيرة دنوني" على خير عطائها وإرشاداتها وتوجيهاتها القيمة ، آملا في أن تجد هنا الامتنان والعرفان.

كما لا يفوتني أن أتقدّم بعرفاني وشكري لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لتحكيم هذه المذكرة وعمّا كلفتهم من وقت في دراستها وقبولها للمناقشة.

دون أن ننسى كل موظفي وأعوان كلية الحقوق بجامعة.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى أعزّ ما ملكت في الأرض وأكثر من أحببت ، إلى الوالدين الكريمين اللذين أتمنّى أن يجازيهما الله عز وجل بأفضل وأنعم جزائه.

إلى إخوتي وأسرهم الصغيرة.

إلى كل من أكنّ لهم الاحترام والتقدير.

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث المتواضع سواء من بعيد أو من قريب.

مقدمة

تشمل قواعد ممارسة مهنة الطب أخلاقيات تفرض على ممارسيها الاستقامة في السلوك مع المرضى والرأفة بهم ، واحترام الواجب المهني في جميع الظروف والأحوال.

وهي مهنة إنسانية وعلمية قديمة قدم الإنسان ، تخضع في تطورها إلى الأحقاب الطويلة بتقاليدها ومواصفاتها[1] ؛ واقتران الطب بعلوم أخرى كالبيولوجيا وعلم الجينات جعل منه علما كثير التطور في مواضيعه المتمثلة في تشخيص الأمراض ، اكتشاف الأدوية واستحداث أساليب جديدة للعلاج ، في ظل تطور بات يتحدى المستحيل ليوصف بالانفجار العلمي.

فالطب الحديث ، طب عرف بإنجازاته المذهلة كالتلقيح الاصطناعي ، الهندسة الوراثية والاستنساخ ، عمليات تغيير الجنس ، التعقيم كأسلوب علاجي وعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، وهذه الأخيرة هي من أهم الانتصارات التي عرفها ميدان الطب والتي تتلخص في كون أنها عمليات يتم بموجبها نقل عضو سليم من أعضاء جسم شخص حي أو ميت وزرعه في جسم شخص آخر هو في حاجة ماسة إليه[2].

وهي عمليات لم تعد تقتصر على نقل الدم أو زرع الكلى أو نقل قرنية العين فحسب ، بل تطورت لتشمل ترقيع الجلد وزرع القلب ، زرع النخاع العظمي والبنكرياس والكبد والأعضاء التناسلية للرجل والمرأة ، بل ويدور الحديث في كواليس مستشفيات الدول المتقدمة علميا عن تجربة زرع المخ.

---

[1]– أنظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 07.

[2]– انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، بدون طبعة ، الجزء الأول ، الكتاب الأول، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزائر ، 2003 ، ص 23.

وللوقوف عند أسرار هذه العمليات ومصالحها ، فإنّه يكون لزاما على القانون أن يساير هذا التطور ويواكبه ، ومن ثم الوقوف عند التنظيم القانوني والإداري لهذه العمليات وتحديد نطاق مسؤولية ممارسيها وهم الأطباء.

فمسؤولية الأطباء خاصة المدنية بحكم مرونتها ، هي مسؤولية لطالما استوجبت اهتمام رجال القانون وفقهائه ، ذلك أنّ الأمر يتعلق بمدى الاعتداء على جسم الإنسان ومصيره وبالتالي درجة خطورة هذه الممارسات ، كما أنّ التطور العلمي والعملي للطب في مجال زراعة الأعضاء لم يحل دون أثره الواضح على القواعد التي تحكم مهنة الطب[1] وقواعد المسؤولية المدنية ، فهي في الحقيقة معادلة يجب أن تكون متكافئة حتى تكون نتيجتها والتي هي مصلحة المريض ، إن لم نقل مضمونة من حيث الشفاء فعلى الأقل إيجابية من حيث مدى احترام الأطباء لأخلاقيات وشروط هذه الممارسات.

وعليه ، وانطلاقا من هذه القفزة النوعية التي شهدها الطب في هذا الميدان من المستحيل والصعب إلى الممكن والسهل ، فإنّ الطبيب يكون مسؤولا أكثر عن النتيجة بحكم ما يضعه الطب الحديث بين يديه من أساليب جراحية جديدة ومعدات طبية تسمح له بضمان النتيجة ، كما يخضع بشكل متميز لقواعد المسؤولية المدنية باعتبار انه بإمكانه وأكثر من أي شخص آخر الاعتداء على حق الإنسان في سلامة جسمه في ظل ممارسته لهذه العمليات ، وهنا يبرز دور القانون في تأطير هذه المسؤولية واعتماد أسس ومعايير جديدة لها غير تلك التي تقوم عليها في القواعد العامة.

هذا هو موضوع هذا البحث ، والذي كانت من دوافع اختياره ما وصل إليه الطب الحديث من تطور في مجال زراعة الأعضاء وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، وكذا أهميته بالنسبة للشرع الحنيف وموقف كل من التشريع والقضاء الفرنسي والجزائري منه ، كما تزداد أهميته إذا علمنا أنّ موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية هو موضوع حديث ودخيل على

[1] – انظر ، المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جوان 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر ، الجريدة الرسمية ، رقم 52 ، لـ 1992.

التشريع الجزائري ، الأمر الذي فرض التطرق إلى هذا الموضوع والبحث فيه من خلال الإشكاليات التالية :

- ما هو موقف الفقه والشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي والجزائري من عمليات نقل الأعضاء ؟ وإلى أي مدى يمتد نطاق ممارستها ؟
- على أي أساس تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ؟
- ما هي الأخطاء الموجبة للتعويض في هذا المجال وما طبيعتها ؟
- ما هي طبيعة الالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء وما مكانة الالتزام بضمان السلامة فيه ؟
- ما هي آثار مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ؟

هذا ما ستتم محاولة الإجابة عليه من خلال هذا البحث المتواضع ، الذي كان مجاله القطاع العام دون الخاص كما فرضه الموضوع ، عن طريق تشريح النظام القانوني لعمليات نقل الأعضاء وكذا التطرق إلى الاجتهادات القضائية في هذا المجال ، وطرح موقف الشريعة الغرّاء من هذه العمليات.

أما عن المنهج المتبع في هذا البحث ، فهو المنهج المقارن التحليلي مع الاستعانة بالوصف في بعض الأحيان ، ويظهر هذا المنهج عند تبيان موقف كل من القانونين الجزائري والفرنسي من هذه العمليات وأساس مسؤولية الطبيب المدنية فيها في شكل وصفي ثم المقارنة والتحليل.

هذا ، وتمت معالجة هذا الموضوع في فصلين ، فصل أول بعنوان نقل الأعضاء ومبدأ الحق في سلامة الجسم ، حيث تم تقسيم محاوره الكبرى إلى مبحثين ، المبحث الأول بعنوان حق الإنسان في سلامة جسمه ، ثم المبحث الثاني بعنوان استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات . أما الفصل الثاني فجاء بعنوان أساس مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء أين تمت معالجة طبيعة الالتزام الطبي في هذا المجال في المبحث الأول ، وفي المبحث الثاني حدود مسؤولية الطبيب المدنية فيه.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا البحث تم بالقدر الذي يعرفه هذا الميدان – مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء – ، من شح في الدراسات والبحوث وكذا قلة الاجتهادات القضائية فيه ، وذلك لندرة إن لم نقل لانعدام القضايا المعروضة على القضاء الوطني في هذا المجال ، وهذا ما كان يمثل الصعوبة في اقتناء المعلومة وتوظيفها وسببا في نفس الوقت لإتباع الدراسة المقارنة.

الفصل الأوّل

نقل الأعضاء ومبدأ الحق في سلامة الجسم.

لقد حظي جسم الإنسان باهتمام كبير من طرف رجال القانون وفقهائه ، ذلك أنّ الإنسان كان ولا يزال محورا لاهتمام الدراسات والبحوث القانونية وموضوع جل القوانين والتنظيمات الداخلية للدول ، وكذا مختلف المواثيق الدولية والمنظمة لمختلف المسائل المتعلقة بجسم الإنسان وكرامته.

ولما كان القانون يقرّ حقوقا شخصية للفرد ، فإنّه في المقابل يفرض لها حماية قانونية من شأنها ضمان عدم المساس بهذا الحق أو التعدي عليه ، وذلك هو شأن الحق في احترام جسم الإنسان الذي تبناه القانون الفرنسي رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلّق باحترام جسم الإنسان ، والذي تمّ إدراج جل مبادئه ضمن القانون المدني الفرنسي[1]. وفي الجزائر اعتبره المؤسس الدستوري مبدءا دستوريا ، حيث تنصّ المادة 34 من دستور 1996 على أنّه : " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان "[2].

غير أنّ الحق في احترام جسم الإنسان ما هو في حقيقة الأمر إلاّ مرآة لحق آخر أقرته التشريعات الدولية ، هو حق الإنسان في سلامة جسمه الذي يعتبر من المبادئ الدستورية في فرنسا[3] ، وكذا من الحقوق الشخصية الّتي أقرّ لها القانون الجزائري حماية جزائية بالنظر لأهمية هذا الحق والّتي تظهر في تجريم الأفعال الّتي من شأنها المساس بسلامة الجسم كالضرب والجرح العمدي ، وأفعال العنف والتعدي.

وعليه ، يكون المبدأ هو عدم جواز المساس بسلامة الجسم بأي حال من الأحوال، أي عدم ارتكاب أي فعل من الأفعال الّتي تلحق الضرر بالفرد عن طريق المساس بالجسم

---

[1] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1999 ، ص 23.

[2] – إنّ عبارة "حرمة الإنسان" الواردة في نص المادة 34 من دستور 1996 الجزائري هي عبارة واسعة ، تشمل حماية الإنسان في جسمه ونفسه في حياته ، واحترام جثته بعد مماته.

[3] – قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 343 ، 343-94 الصادر بتاريخ 27 جويلية 1994.

أو الشعور لأي سبب كان ، غير أنّ هذا المبدأ لا ينطبق على إطلاقه ، بل إنّ هناك بعض الأفعال الّتي تعتبر من قبيل الأفعال الماسة بسلامة الجسم غير أنّها تكتسب مشروعيتها إذا اتصفت ببعض المواصفات ، واستوفت لبعض الشروط ، ومن بينها عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية كأعمال طبية ، ولهذا جاء تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، مبحث أوّل بعنوان حق الإنسان في سلامة جسمه ، ويتضمن المبدأ في المطلب الأوّل وماهيته ثمّ الاستثناء في المطلب الثاني وهو استئصال وزرع الأعضاء وأساس مشروعيتها. ثمّ مبحث ثاني بعنوان استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات ، أين تمّت معالجة نقل الأعضاء بين الأحياء في المطلب الأوّل ، ثمّ التطرّق إلى مسألة استئصال الأعضاء من جثث الموتى في المطلب الثاني.

المبحث الأوّل : حق الإنسان في سلامة جسمه.

إنّ ما لجسم الإنسان من أهمية على المستوى الاجتماعي في تحقيق السكينة والانسجام البشري ، وما طرأ عليه من تزايد في الممارسات الماسة به خاصة في المجال الطبي ، كانت من أهمّ التحولات الّتي عرفها القانون في تكريس مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان ، وإقرار الحق في سلامة الجسم وتكامله من جهة ، وإحاطته بحماية قانونية ناجعة من جهة أخرى[1].

فإذا نظرنا إلى جسم الإنسان وما له من علاقة بعمليات نقل الأعضاء البشرية ، فإنّ الأمر يبدو وكأنّ جسم الإنسان أصبح مخزونا لقطاع الغيار الآدمية ، لذا ظهرت الضرورة ومن منطلق أخلاقي إنساني أن يكون الفرد سيد جسده ، متمتعا بالحق في سلامة هذا الجسد بكرامته وحرمته عن طريق القانون الذي يحميه بعد إقراره – إقرار الحق في سلامة الجسم – ، على أن يكون هذا الحق متسما بنوع من المرونة وإلاّ كتب لعمليات الاستئصال والزرع الفشل في ظل مبدأ جامد يحول دون أي مساس بمادة الجسم البشري.

غير أنّ الإشكال يطرح نفسه في ما يخص الطبيعة القانونية للحق في سلامة الجسم وماهيته ؟ أي مدلوله في نظر القانون وكيف يحميه ، إضافة إلى الشريعة الإسلامية والطب ، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الأوّل من هذا المبحث.

---

[1] – انظر ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 1.

المطلب الأوّل : ماهية الحق في سلامة الجسم.

إنّ دراسة ماهية الحق في سلامة الجسم كمبدأ تستلزم النظر أوّلا في مدلول هذا الحق ، ثمّ بيان عناصره ، وأخيرا الحماية القانونية والشرعية المقررة له.

الفرع الأوّل : مدلول مبدأ الحق في سلامة الجسم.

يختلف مدلول الحق في سلامة الجسم باختلاف طبيعة الدراسة الّتي تشمله ، فمفهومه في القانون ليس كمفهومه في الطب وليس كمفهومه في الشريعة الغراء ، مع أنّ محله هو نفسه في كل من القانون والطب والشريعة ألا وهو جسم الإنسان ، فكيف عرفت هذه العلوم الحق في سلامة الجسم ؟

أوّلا : مدلول المبدأ من الوجهة القانونية

يحق لكل بني البشر العيش بجسم سليم ومعافى ، هذا الكيان الذي يعتبر المحل الرئيسي للحق في سلامة الجسم ، والذي لطالما ثار الجدال الفقهي حول إعطائه تعريفا موحدا ، فمن الفقهاء من عرّفه على أنّه : « مجموعة لانهائية من الخلايا المتصلة والمتلاصقة الّتي يتكوّن منها نسيج الجسم »[1] ، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه على أنّه : « ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة »[2] ، غير أنّه يمكن الحكم على هذين التعريفين بالنقصان ، ذلك أنّ الأوّل أهمل النظر في الدور الحيوي البيولوجي للجسم المتمثل في تأدية وظائف الحياة ، أمّا التعريف الثاني فأغفل مكوّنات هذا الكيان ، والّتي هي الأعضاء ، النسيج ، والخلايا ، لذا نذهب مع ما جاء به الفقه الحديث في تعريف جسم الإنسان على أنّه : « ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة ، وهو مجموعة من الأعضاء

---

[1] – انظر ، محمد زكي أبو عامر ، سليمان عبد المنعم ، قانون العقوبات الخاص ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999 ، ص 252.

[2] – انظر ، فتوح عبد الله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 132.

الّتي تتكوّن بدورها من أنسجة متباينة ، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج »[1]. وهو أحد عناصر الشخصية الطبيعية بالمفهوم القانوني ، ذلك أنّ عناصرها تتلخص في جسد إضافة إلى روح تسكنه وتهب له الحياة وهوية بمقتضاها يكتسب حقوقا ويتحمل التزامات على أساس الأهلية.

يتضح ممّا سبق أنّ معنى الجسم لا يقتصر فقط على الجانب المادي الفيزيولوجي له، بل كذلك يشمل الجانب النفسي ، وهما شقان له لا يمكن الفصل بينهما ، ومن ثمّ كل ما من شأنه أنّ يمسّ بهذا الجسم سواء ماديا أو معنويا ويعرقل السير الطبيعي لوظائف الحياة أو الاستقرار النفسي ، إلاّ ويعتبر مساس بالسلامة الجسدية.

وعليه ، يمكن تعريف الحق في سلامة الجسم من الوجهة القانونية بأنّه مصلحة الفرد في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي تستلزمه القوانين الطبيعية مع الاحتفاظ بالتكامل الجسدي والتحرر من الآلام البدنية وتوفير الحماية القانونية اللازمة[2].

ثانيا : مدلول المبدأ من الوجهة الطبيّة.

إذا كان مدلول الحق في سلامة الجسم من الوجهة القانونية يتلخص في كونه مصلحة الفرد في أن يظل جسمه مؤديا لكل وظائف الحياة بصفة طبيعية ومحافظا على تكامله ، فإنّ الأمر في المجال الطبي يختلف تماما ، فإذا كان القانون ينظر إلى الحق في سلامة الجسم انطلاقا من البنية الفسيولوجية المتكاملة للإنسان ، فإنّ الطب ينظر إليه بمنطلق حالة هذه البنية الفسيولوجية وما لها من تأثير على سير وظائف الحياة ، ولما كان الطب كعلم قائم بذاته يعتمد على الجانب النظري والعملي له ، فإنّ مفهوم الحق في سلامة الجسم طبيا يفرض النظر في هذه الجوانب لتحديده وتأطيره.

1- المفهوم النظري الطبي للحق في سلامة الجسم :

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003 ، ص 24.

[2] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، الكتاب الأوّل ، ص 41.

إنّ الأساس النظري لتحديد مفهوم الحق في سلامة الجسم طبيا يتمحور في فكرة الحالة الصحية لجسم الإنسان ، فيكون الشخص متمتعا بحقه في سلامة جسمه إذا كانت حالته الصحية مستقرة وجيدة ، أي يكون بمنأى عن أي مرض أو مساس بهذا الجسم ، وهي فكرة يكرسها القانون الجزائري رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها[1] ، حيث نصّت المادة الثالثة منه على أنّه "من بين الأهداف المسطرة في المجال الصحي حماية حياة الإنسان من الأمراض".

فهي في حقيقة الأمر معادلة تقضي بأنّه إذا كان الشخص يعيش بدون مرض وبجسم معافى فإنّه يكون في حالة صحية جيدة ، وبالتالي متمتعا بحقه في سلامة جسمه. أمّا إذا كان هذا الأخير غير منسجم ، وقدرات تأدية وظائف الحياة ضئيلة ، فلا يكون متمتعا بهذا الحق ، وهذا ما يفرض وجود عناية طبية لازمة لحمايته.

وما يمكن ملاحظته هو أنّ هذه العناية الطبية هي التزام طبي يتخذ صورة الالتزام بالعلاج الذي يعتبر في نفس الوقت حق للمريض في اقتضائه عن طريق تشخيص المرض وتقديم الدواء ، وهنا يظهر كيف تحمي المادة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها الحق في سلامة الجسم ، حيث أنّها من جهة تلقي على عاتق الأطباء الالتزام بالعناية الطبية والعلاج ، ومن جهة أخرى تضمن الوقاية من الأمراض كالتلقيح الإجباري المنصوص عليه في المادة 55 من هذا القانون.

يستخلص إذن ، أنّ المدلول الطبي للحق في سلامة الجسم من الوجهة النظرية في الطب التقليدي يتلخص في اعتباره تلك الحالة الصحية الفردية الّتي تمكن صاحبها من العيش بجسم منسجم ومعافى ، أين يتسنّى له تأدية وظائف الحياة بصفة طبيعية ومتكاملة.

[1] – عدل القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ، ج.ر. العدد 35 لسنة 1990.

إلاّ أنّ الإشكال يتعلّق بنسبية فكرة الصحة ، فهي حالة تختلف من شخص إلى آخر ، والصحة عند الشاب ليست كتلك الّتي عند الشيخ – المسنّ – ، لذا ظهر المفهوم العملي الطبي للحق في سلامة الجسم والذي اعتمده الطب الحديث.

2- المفهوم العملي الطبي للحق في سلامة الجسم :

إنّ اختلاف درجة الصحة من شخص إلى آخر ، وعند الفرد الواحد من فترة زمنية معينة إلى أخرى ، فرض وجود تقنية طبية معينة لتحديد درجة هذه الصحة ، وهي ما تعرف في لغة الطب بالحالة الإكلينيكية (Le cas clinique) ، وهي عبارة عن فحص عملي طبي يحدّد به الطبيب الحالة الصحية للفرد[1] ، وبالتالي يحدّد درجة المساس بسلامة الجسم – بالمفهوم الطبي – لدى الفرد.

وتختلف هذه الحالة الإكلينيكية باختلاف درجة المرض أو حدّة المساس بالجسم ، فإذا كانت خطيرة وصف الشخص بأنّه في حالة إكلينيكية خطيرة أو غير مستقرة كالجروح الخطيرة أو الارتفاع المفرط في ضغط الدم ، أمّا إذا كانت بسيطة فيكون في حالة إكلينيكية بسيطة كالجروح البسيطة ، أو الأمراض الخفيفة.

والملاحظ أنّ الطب الحديث أو الجانب العملي ما هو إلاّ تكملة لما جاء به الطب التقليدي النظري في اعتماد معيار الصحة لتحديد مفهوم الحق في سلامة الجسم ، أين استكمله الطب الحديث بالحالة الإكلينيكية لوصف درجة هذه الصحة لدى الفرد.

وعليه ، يمكن تلخيص مدلول الحق في سلامة الجسم من الوجهة الطبية في اعتباره تلك الحالة الصحية للفرد المحدّد بفحص عملي طبي إكلينيكي والذي من خلاله يمكن معرفة ما إذا كان الشخص متمتعا بحقه في السلامة الجسدية أم لا.

هذا فيما يخص مفهوم الحق في سلامة الجسم من الوجهة القانونية والطبية ، فكيف تنظر إليه الشريعة الإسلامية الغراء ؟

---

[1] – انظر ، ملوك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 43.

ثالثا : مدلول المبدأ في الشريعة الإسلامية.

للشريعة الإسلامية أهمية بالغة في حياة الفرد ، ذلك أنّ نظامها في تحقيق مصالح العباد وقضاء حاجاتهم محكم جدّا إذا تعلق الأمر بإقرار الحقوق وتقرير الواجبات ، وفي ذلك يقول ابن القيم[1] : " أنّ الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه" [2].

فمن البديهي أنّ الله عز وجل خلق الإنسان وجعله من خيرة خلقه ، وتدرج به إلى الكمال بادئا بتصويره ، وفي ذلك يقول عز وجل: { **يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ * الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ * فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاء رَكَّبَكَ** }[3].

فالله عز وجل خلق للإنسان جسما ووهب له روحا تمكنه من تأدية وظائف الحياة بمختلف صورها كالسمع ، البصر ... الخ ، وأقرّ واجب على الظاهر (الغير) هو عدم انتهاك حرمة هذا الكيان فجرّم جميع الأفعال التي من شأنها أن تمس بالجسم أو النفس ، وقيد المسلم بعدم ارتكاب هذه الأفعال إلا في الإطار الشرعي لها كالقصاص.

إنّ حق الفرد في سلامة جسمه بالمنظور الإسلامي يعتبر من الضروريات التي تقوم عليها حياة الإنسان وتستقيم بمقتضاها مصالحهم[4] ، وتقوم هذه الضروريات على خمس أمور هي حفظ الدين ، حفظ النفس ، حفظ العقل ، حفظ النسل وحفظ المال . وحفظ النفس هو الإطار الذي يدخل فيه الحق في سلامة الجسم ، عن طريق النهي عن تأدية النفس والرمي بها إلى التهلكة من جهة ، ومن جهة أخرى عدم الاعتداء وفرض القصاص.

---

[1] – ابن القيم : هو أبو عبد الله بن محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية احد المبرزين في الفقه الحنبلي.

[2] – انظر ، محمد تقية ، مصادر التشريع الإسلامي ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1994، ص 05.

[3] – الآية من 06 إلى 08 سورة الانفطار.

[4] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، بدون طبعة ، الجزء الأول ، الكتاب الثاني ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2003 ، ص 61.

وعليه ، يكون الحق في سلامة الجسم في منظور الشرع الحنيف هو حق الفرد في أن يظل جسمه محافظا على الصورة التي خلقه الله عز وجل بها ، مع هدم الاعتداء عليه ، أو الإلقاء بالنفس إلى التهلكة.

الفرع الثاني : الطابع الفردي والاجتماعي للحق في سلامة الجسم.

إنّ تحقيق سلامة جسم الإنسان فيه تحقيق أكيد لمصلحة المجتمع[1] ، ذلك أنّ عناصر هذا الحق لا تنحصر فقط في المستوى الفردي ، بل تتعداه لترقى إلى المستوى الاجتماعي، وهذا ما يفسر تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسم وقيام حق المجتمع في العقاب عند ثبوت هذه الجرائم.

وعليه يكون للحق في سلامة الجسم طابع فردي وآخر اجتماعي يمكن تلخيصهما فيما يلي:

أولا : الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم.

إذا كان حق الإنسان في سلامة جسمه هو مصلحته في أن يظل جسمه مؤديا لوظائف الحياة بصفة طبيعية ، فإنّ ذلك يستلزم أن تكون أعضاء هذا الجسم مؤدية لوظائفها على نحو طبيعي ومتكاملة لتحقيق التكامل الجسدي ، مع تحرر هذا الأخير من الآلام البدنية إضافة إلى السكينة النفسية لهذا الجسم ، وهذا لاعتبار هذا الحق متكاملا غير قابل للتجزئة ، أو الفصل بين الجانب المادي للإنسان (الجسم) والجانب المعنوي النفسي له.

1- الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء :

[1] – انظر ، مكرلوف وهيبة ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2005 ، ص 06.

تدل ألفاظ هذا العنصر وعنوانه على مضمونه ، فحتى يكون الشخص متمتعا بحقه في سلامة جسمه ، فإنه من الضروري أن تكون أعضاء هذا الجسم محتفظة بسيرها الطبيعي لوظائفها ، على أنّ الإشكال يطرح نفسه فيما يخص تحديد مصطلح العضو ونطاق هذا الأخير ، أي هل تدخل في مفهومه فقط الأعضاء الآدمية ، أم يمتد ليشمل الأعضاء الاصطناعية ؟

إنّ هذا الإشكال يفرض النظر في تحديد مفهوم اصطلاح العضو والنسيج والخلايا كمكونات لجسم الإنسان ، ثم تحديد موقف الفقه من الأعضاء الاصطناعية .

أ- تعريف الخلية ، النسيج والعضو :

إنّه وباتحاد هذه العناصر الثلاث بصفة متكاملة يتشكل جسم الإنسان ، ولكل عنصر من هذه العناصر وظيفة تكميلية للعنصر الذي يليه ، فيتكون العضو من النسيج أين يتكون هذا الأخير بدوره من الخلايا ، فالعظام مثلا هي عبارة عن أنسجة متلاصقة قوامها خلايا متماسكة [1] .

إنّ كلمة العضو لغة تعني الآلة التي تستعمل لوظيفة معينة ، وهي كلمة مشتقة من الكلمة اللاتينية Organon ، أما معناها الاصطلاحي الطبي ، فهو ذلك الجزء المحدد من الجسم الذي يقوم بوظيفة أو عدة وظائف محددة[2] ، وهو مجموعة من العناصر الخلوية المتشابكة التي باتحادها تمكّنه من أداء وظيفته.

والملاحظ أنّ القانون الفرنسي لم يضع تعريفا محددا لاصطلاح العضو البشري[3] ، حيث أنّ القوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية (lois Bioéthiques)[1] ، قامت فقط

---

[1] - Ernest GARDNER, Donald JERAY, Renan GRAHILFY, Anatomie, Adaptation française de Jean Bassi, Volume 1, office des publication universitaires, réimpression 1993, Alger, P. 8.

[2] – انظر ، مروك نصر الدين ، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجزائر، 1993 ، ص 66.

[3] – انظر ، مهند صلاح أحمد فتحي الغرة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاكتشافات الطبية الحديثة ، المرجع السابق ، ص 15.

بالتمييز بين مشتقات الجسم ومنتوجاته وأعضاء جسم الإنسان ، من خلال تخصيص قسم مستقل لهذه الأخيرة ووضع منتوجات الجسم ومشتقاته في أقسام ونصوص أخرى ، وحتى القانون الجزائري لم يصغ تعريفا للعضو البشري ، لا في النصوص الجنائية المتعلقة بجرائم الضرب والجرح أو أعمال العنف والتعدي ، ولا في النصوص المنظمة لعمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية الواردة في قانون حماية الصحة وترقيتها.

أما القانون البريطاني الخاص بتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[2] ، فقد كان من القوانين البارزة في وضع تعريف محكم لمصطلح العضو ، حيث عرّفته المادة 7 فقرة ثانية من قانون 27 جويلية 1989 على أنه : " يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون، كل جزء من الجسم المتكوّن من مجموعة مركبة ومتناسقة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله إذا تم استئصاله بالكامل ".

أما النسيج ، فهو عبارة عن خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف ، والتي بمجموعها تعطي ذاتية تشريحية تؤدي وظيفة معينة كالنسيج العضلي والعصبي[3] ، والتي يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه دون حاجة إلى زراعتها كما هو الحال في الأعضاء[4].

وفيما يخص الخلية ، فهي الوحدة الأساسية التي يتكون منها جسم الإنسان والتي بتماسكها وارتباطها يكون النسيج.

ب– مكانة الأعضاء الاصطناعية في جسم الإنسان :

---

[1] - Loi n^0: 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; Loi n^0: 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.

[2] – القانون البريطاني الصادر في 27 جويلية 1989 والمتعلق بتنظيم عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية.

[3] – انظر ، مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 24.

[4] – انظر ، السيد الجميلي ، نقل الأعضاء وزراعتها ، الطبعة الأولى ، دار الأمين ، القاهرة ، 1998 ، ص 92.

إنّ الإشكال في هذا المجال يتعلق أساسا بنطاق الحماية المقررة لجسم الإنسان من حيث الأعضاء ، أي هل تدخل ضمن هذه الحماية الأعضاء الاصطناعية لجسم الإنسان أم لا ؟

إنّ التعرض لهذه الإشكالية يفرض أولا إعطاء مفهوم الأعضاء الاصطناعية ، ثم تبيان موقف الفقه من مكانتها في جسم الإنسان.

- مفهوم الأعضاء الاصطناعية وأنواعها :

قد يفقد الإنسان عضوا من أعضاء جسمه التي تؤدي وظائف حيوية ، فيتدخل الطب ليعالج المسألة بإحدى الطريقتين ، إما باستبدال العضو التالف بعضو آخر من جسم شخص آخر وهنا نكون بصدد عملية استئصال وزرع الأعضاء البشرية ، وإما باستبدال ذلك العضو المفقود بعضو اصطناعي آخر يحل محله ليؤدي وظيفته .

وعليه ، يمكن تعريف الأعضاء الاصطناعية على أنها عبارة عن أعضاء مصطنعة من المعدن أو البلاستيك ، تحل محل عضو طبيعي تالف أو جزء منه لتؤدي وظيفته كالساق الاصطناعية أو اليد .

والأعضاء الاصطناعية نوعان ، منها ما توضع لدى الإنسان على سبيل الزينة واستكمال الشكل فقط[1] ، كالعيون الزجاجية التي لا تقوم بوظيفة النظر فعلا وإنما توضع لسد الفراغ واستكمال الشكل ، ومنها ما تؤدي وظيفة حيوية مكان العضو الطبيعي التالف.

- موقف الفقه من الحماية المقررة للأعضاء الاصطناعية :

انقسم الفقه بشأن الحماية المقررة للأعضاء الاصطناعية إلى قسمين ، فالفقه الألماني ذهب إلى القول بأنّ مادة جسم الإنسان لا تقتصر على الأعضاء الطبيعية فقط ، بل تشمل كذلك الأعضاء الاصطناعية ، ولما كانت كذلك ، فإنّ هذه الأخيرة يكون لها نفس

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 28.

مركز الأعضاء الطبيعية ، وبالتالي تدخل في الحماية المقررة لجسم الإنسان ، وكل اعتداء عليها يعتبر مساسا بسلامة الجسم[1].

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنّ الأعضاء الاصطناعية لا تدخل في الحماية المقررة لجسم الإنسان ، ويؤسس هذا الفقه موقفه على مدى انتماء هذه الأعضاء إلى الجسم ، فبما أنّها لا تدخل في سيرها ضمن الجهاز المركزي للإنسان (المخ)، فلا يمكن اعتبارها مؤدية لوظائف بيولوجية وإنما وظائفها هي اجتماعية أكثر منها حيوية .

غير انه يمكن اعتبار رأي الفقه الأول هو الأكثر ميلا للصواب ، ذلك انه إضافة إلى أهمية الوظائف الحيوية التي تؤديها هذه الأعضاء ، فإنّ الاعتداء عليها من شأنه المساس بالسكينة النفسية لصاحبها التي تعدّ عنصرا هاما في الحق في سلامة الجسم ، كما أنّ اعتبار وظائفها اجتماعية ليس بمبرر لعدم إدخاله ضمن الحماية المقررة لهذا الحق ، بل حتى هذا الأخير له طابع اجتماعي لا يجوز المساس به .

يتضح مما سبق أنّ السير الطبيعي لوظائف الأعضاء كعنصر من عناصر الحق في سلامة الجسم يتلخص في كون أنّ العضو سواء كان طبيعيا أو اصطناعيا ، يجب أن يبقى محافظا على سيره لوظائفه المنوط بها ، وكنتيجة عنه يكون الجسم محتفظا بتكامله الجسدي ، وهذا هو العنصر الثاني للحق في سلامة الجسم .

2- الاحتفاظ بتكامل مادة الجسم :

في حقيقة الأمر ، إنّ هذا العنصر ما جاء إلا تكملة للعنصر الأول ، فإذا كان للشخص حق في أن تظل أعضاء جسمه مؤدية لوظائفها بصفة طبيعية ، فإنّ ذلك لا يمكن أن يكون إلا إذا كان الجسم مكتملا لمادته ، من الناحية الفسيولوجية أو التركيبة العضوية للجسم.

[1] – انظر ، محمود نجيب حسني ، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد 27 لسنة 1959 ، القاهرة ، ص 64.

فجسم الإنسان هو كل متكامل[1] ، فلا يمكن الفصل بين عضو ووظيفته وعضو آخر ووظيفته بل على العكس ، يقوم الجسم على التناسق بين الأعضاء ووظائفها ، وباتحادها كلها يتشكل هذا الكيان.

وعلى الصعيد القانوني ، فالاحتفاظ بتكامل مادة الجسم يعني حق الشخص في الاحتفاظ بكل جزئية من جسمه ، إضافة إلى احتفاظه بالصورة الجسدية المفطور بها الإنسان ، وبالتالي يكون لهذا العنصر شقين ، شق أول يتمثل في احتفاظ الشخص بمكونات جسمه من أعضاء ، أنسجة وخلايا ، وشق ثاني يظهر في الحق في المحافظة على الشكل الطبيعي للجسم.

3- التحرر من الآلام البدنية :

إذا كان الشخص محتفظا بتكامله الجسدي ، وأعضائه مؤدية لوظائفها بشكل طبيعي فانه يكون في سكينة بدنية ، أما إذا أصيب في احد أعضائه أو مكوناته كالنسيج (الجلد مثلا) ، فإنّ ذلك من شأنه إحداث آلام بدنية لا تمكّن الشخص من التمتع بسكينته ، وعليه يكون التحرر من الآلام البدنية كعنصر من عناصر الحق في سلامة الجسم هو تمتع الشخص بسكينة بدنية يكون فيها بمنأى عن أي ألم.

وهو صورة من صور الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على الجسم المقدر بدرجة الآلام ، وفي هذا الصدد يقول الفرنسي بوريس ستارك Boris STARCK : "إنّ تقدير ثمن الآلام يعتمد على مدى الألم الجسدي وكذا النفسي"[2].

4- الاحتفاظ بالسكينة النفسية :

يوحي عنوان هذا العنصر على معناه ، فحتى يكون الشخص متمتعا بحقه في سلامة جسمه ، لابد من أن يكون جسمه متحررا من الآلام النفسية التي قد تخلّف آثارا على الأجهزة البدنية كالانهيار العصبي ، أو تلحق بالفرد أمراضا نفسية كالصرع.

---

[1] – انظر ، محمدي فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2002 ، ص 13.

[2] – انظر ، عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، الفعل الضار ، أساسها وشروطها ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2002 ص 144.

ولهذا العنصر أهمية بالغة ، حيث أنه من خلاله يظهر كيف أنّ الحق في سلامة الجسم لا يقتصر فقط على ذلك الكيان المادي للإنسان ، وإنما يشمل كذلك الجانب النفسي له. وكل اعتداء على هذا الأخير عن طريق ما يعرف بالعنف النفسي[1] ، إلا ويعتبر من قبيل الأفعال التي تنال من السكينة النفسية للشخص ، تجعله يشعر بالألم النفسي واضطرابات لم يكن يكابدها من قبل.

ثانيا : الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم .

إنّ اعتبار الحق في السلامة الجسدية من مقومات الانسجام البشري داخل المجتمع، يفرض تقييد الحريات لبلوغ غاية سامية تسعى إليها المصلحة العامة هي تحقيق الأمن والسلامة داخل المجتمع ، ذلك أنّ السماح بالمساس بحرمة الكيان البشري دون مبرر شرعي ، يعني فسح المجال أمام ظاهرة العنف للتفشي بجميع صوره ، لذا كانت الضرورة تقضي بتحصين هذا الحق بحماية وضمانات قانونية واعتباره من النظام العام .

ولما كان هذا الحق من النظام العام ، فإنّ الأمر يفرض على الدولة التدخل لحمايته من جهة ، والوقاية من أية ظاهرة تحول دون المساس به من جهة أخرى ، وهذا هو الشأن في التطعيم الإجباري ضد الأمراض والتدابير الوقائية لحفظ النسل كعنصرين للطابع الاجتماعي لهذا الحق .

1- التطعيم الإجباري ضد الأمراض :

يكتسي النشاط الصحي أهمية بالغة على المستوى الاجتماعي ، الأمر الذي يبرر المجهودات المبذولة من طرف الدولة لتحصين هذا النشاط ، وضمان فعالية ناجعة له ، ويشكل التطعيم الإجباري ضد الأمراض نشاطا طبيا لطالما كان موضوع العديد من التنظيمات الإدارية والقانونية للدول[2] .

---

[1] – انظر، محمد السيد سامي الشواء، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي، لبنان ، 1986، ص 160.

[2] – انظر ، مسعود شيهوب ، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 ، ص 218.

ففي فرنسا ، نظم المشرع مسألة التلقيح الإجباري ضد الأمراض بموجب قانون 01 جويلية 1964 المعدل لقانون الصحة ، والمرسوم الصادر في 19 مارس 1965 المتعلق بالتطعيم الإجباري ، أين كرّست هذه القوانين مسؤولية الدولة عن المخاطر الاجتماعية في المجال الصحي ، وحسمت الأمر فيما يخص إلزامية التطعيم الإجباري على أساس انه من المسائل التي تقتضيها المصلحة العامة في حفظ الصحة العمومية ، وكذا اعتباره حق لكل فرد.

أما في الجزائر ، فالقوانين التي نظمت مسالة التلقيح الإجباري ضد الأمراض عديدة ، منها ما جاء في المادة الأولى من المرسوم رقم 69-88 الصادر في 17 جويلية 1969 [1] ، التي نصت على انه : "إنّ الوقاية الصحية للطفل بواسطة التلقيح ضد السل والخناق والكزاز والشهاق وشلل الأطفال والجدري تكون إجبارية" ، فهو قانون يكرس إلزامية التلقيح ، كما يكرس مسؤولية الأطباء في حالة عدم مراعاة هذه التلقيحات أو رفضها.

ثم صدر الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن قانون الصحة العمومية الذي نصت مواده من 95 إلى 98 على إلزامية التلقيح ، وفي 1985 صدر القانون 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها أين نصت المادة 55 منه على إلزامية التلقيح واعتماد أسلوب إنشاء دفتر صحي تسجل فيه فترات التطعيم والعلاج ، إلى أن صدر القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05.

من خلال هذه التطورات القانونية في مجال التشريع الصحي ، يمكن اعتبار أنّ المشرع الجزائري اخذ بالتطعيم الإجباري كحق للأفراد إن لم نقل واجب ، وبالتالي كرّس مبدأ حق الشخص في العيش بدون مرض عن طريق الوقاية منه ، وهذا ما يعطي للحق في

[1] – صدر في الجزائر المرسوم رقم 69–88 المؤرخ في 17 جويلية 1969 والمتضمن لبعض أنواع التلقيح الإجباري ، ج.ر رقم 53 لـ 1969.

سلامة الجسم صبغة اجتماعية تتمثل في إجبارية التطعيم ضد الأمراض وتوفير الحد الأدنى لضمان العيش بجسم سليم ومعافى.

2- التدابير الوقائية لحسن النسل :

إنّ الأسرة هي الخلية الأساسية ونواة المجتمع ، وبقاء هذه الأسرة وتماسكها مرهون بعدة دعائم أهمها الإنجاب ، غير أنّ هذا الأخير قد يكون في نفس الوقت سببا لتفككها وانحلالها لما للتطورات العلمية والطبية من آثار سلبية على الإنجاب والأسرة ، وذلك إذا استعملت خارج الإطار المضبوطة فيه .

فيكون الإنجاب أساسا للتماسك والترابط الأسري إذا كان محصّنا من أي تدخل من شأنه عدم المحافظة على النسل ، ومن أمثلة هذه التدخلات ما وصل إليه التطور العلمي والعملي للطب ، كالتلقيح الاصطناعي الذي بات يتحدى المستحيل والذي إذا لم تراعى ضوابطه كحالة اللجوء إلى الأم البديلة ، لكانت آثاره ثقيلة على الأسرة والمجتمع على حد سواء ، حيث ينجم عنه ما يعرف باختلاط الأنساب الذي يتنافى مع أحكام حفظ النسل.

ومن المسائل الخطيرة التي توصل إليها العلم ، ما يعرف بالتحكم في الشفرة الوراثية والاستنساخ ، وهي مشكلة شائكة وخطيرة في آن واحد تهم المجتمع والأسرة بالدرجة الأولى ، فالعلماء عند استحداثهم لهذا الأسلوب العلمي زعموا أنهم يسعون إلى تحسين النسل[1] ، إلا أنّ المشكلة باتت دون تحقيق هذا الهدف بل على العكس ، أصبحت تطرح نفسها فيما يخص مصير الإنسان الذي تمت محاولة استنساخه[2] أو الذي سيتم استنساخه إذا زاد العلم عن حدّه ، ليطرح السؤال ابن من هذا الإنسان المستنسخ ؟ ، وهنا يظهر كيف يؤثر الاستنساخ على حفظ النسل وما تقتضيه القواعد الطبيعية ، إضافة إلى الأمراض الوراثية التي تصيب الأب أو الأم لتنتقل إلى الأبناء عن طريق الوراثة كمرض الايدز SIDA.

---

[1] – انظر ، تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2001 ، ص 122

[2] – في ماي 1999 استنسخ علماء أمريكيون جنين ثم احرقوه قبل أن يبلغ من العمر أسبوعين، انظر بتفاصيل أكثر مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 15.

هي أمثلة عن بعض الحالات التي لا تتماشى – إذا خرجت عن ضوابطها كالتلقيح الاصطناعي – مع ما تقتضيه أحكام حفظ النسل ، والتي قد تعود على الأسرة بالتفكك ، أو على المجتمع بالاختلال التوازني ، لذا يكون من الضروري وأكثر من أي وقت مضى ، تأطير هذه المسائل قانونا تحسبا لأيّ انحراف فيها.

وعليه ، فإنّ التدابير الوقائية لحسن النسل كطابع اجتماعي للحق في سلامة الجسم ، تعني ضرورة وجود نصوص قانونية أو تنظيمات تضمن حسن النسل وتحميه ، ولقد اعتمد المشرع الجزائري ذلك في العديد من النصوص كالمادة 7 مكرر من قانون الأسرة[1] التي تنص على إلزامية الوثيقة الطبية في عقد الزواج ، أين يثبت من خلال فحص طبي خلو الزوجين من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع أهداف الزواج ، أو ما جاء في المادة 45 مكرر من ذات القانون والمنظمة للتلقيح الاصطناعي ، أين منعت اللجوء إلى الأم البديلة وجعلته أمرا محظورا قانونا.

أما الاستنساخ فلم يرد النص عليه صراحة في القانون الجزائري ، وهذا من نقائصه ، إلا انه وبالرجوع إلى نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، والتي تنص على احترام حياة الإنسان وشخصيته ، وباعتبار أنّ الاستنساخ يمس بشخصية الإنسان ، يمكن استخلاص انه لا يجوز للطبيب ممارسة هذه التقنية وإلا اعتبر مخالفا لما جاءت به هذه المادة[2].

وهناك حالة أخرى لضمان حسن النسل تم النص عليها في المادتين 68 و70 من قانون حماية الصحة وترقيتها ، هي ما يعرف بالتعقيم كأسلوب علاجي الذي يعرف بأنه عملية جراحية ترمي لوقف الإنجاب لحماية صحة الأم.

---

[1] – الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يوليو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

[2] – انظر ، تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، المرجع السابق، ص 126.

وهكذا يكون المشرع الجزائري قد أحاط بحسن النسل كطابع اجتماعي للحق في سلامة الجسم ، بعدة إجراءات وقائية في نصوص مختلفة تضمن حسن النسل وسلامة المجتمع من أي اختلال توازني.

الفرع الثالث : الحماية القانونية والشرعية للحق في سلامة الجسم.

إنّ اعتبار السلامة الجسدية حق ، أمر يفرض إقرار قانوني له كحق من جهة ، وتوفير الحماية القانونية اللازمة له من جهة أخرى ، وهو من أهم الحقوق المحمية قانونا وشرعا ، ومردّ ذلك نطاقه الواسع على المستوى الفردي والاجتماعي واشتماله للعديد من العناصر ذات أهمية معتبرة ، أدناها هي عدم اكتمال معنى الحياة إذا كان جسم الإنسان غير سليم من العاهات والأمراض[1].

فبظهور الممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي اتخذت جسم الإنسان ومكوناته كمحل لأعمالها في التغلب على الأمراض ، أصبح الاعتداء على جسم الإنسان أمرا لا مناص منه يكاد يكون مطلوبا إن لم يكن كذلك ، الأمر الذي أدى إلى السعي لتحقيق حماية فعالة لهذا الحق سواء على المستوى الدولي أو الداخلي للدول ، وهو أمر كان الشرع الحنيف سبّاقا فيه قبل أن تدرك الدول أهميته في القرون القليلة الماضية.

أولا : الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم.

تجدر الإشارة أولا إلى أن الحق في سلامة الجسم يختلف عن الحق في الحياة ، ذلك أنّ الاعتداء على هذا الأخير يترتب عليه تعطيل وظائف الحياة في الجسم تعطيلا كليا وأبديا ، أي انه يؤدي إلى إنهاء الحياة ، أما الاعتداء على الحق في سلامة الجسم فليس من شأنه تعطيل وظائف الحياة كليا ولا ينهيها ، وإنما يؤدي إلى تعطيل بعضها فحسب سواء كان التعطيل أبديا أو مؤقتا ، وبالتالي هو تعطيل جزئي وليس كلي كما هو في الاعتداء على الحق في الحياة.

---

[1] – انظر ، فتوح عبد الله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، المرجع السابق ، ص 129.

إنّ الآليات القانونية لحماية الحق في سلامة الجسم تتمثل أساسا في النصوص القانونية التي تمنع المساس بالجسم وبعناصر هذا الحق ، وهذه النصوص القانونية منها ما هي داخلية كالتشريع ومنها ما هي خارجية كالمواثيق الدولية.

1- في المواثيق الدولية :

يعدّ الحق في سلامة الجسم من أهم حقوق الإنسان ، التي أحيطت بالعديد من الضمانات الدولية الكفيلة بحمايتها وتعزيز ما تشمله ، ومن أهم المواثيق الدولية التي أقرت حق الإنسان في سلامة جسمه ما يلي :

أ- **ميثاق الأمم المتحدة :**

هو دستور منظمة الأمم المتحدة ، الذي نص في ديباجته أنّ شعوب الدول الموقعة على الميثاق تؤكد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد[1]، كما نصت المادة الأولى من ذات الميثاق أنّ عمل هذه المنظمة يتمحور في تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا ، وعليه كل الأفعال التي من شأنها المساس بحق الفرد في سلامة جسمه كحق أساسي إنساني ، إلا ويدخل في اختصاص هذه المنظمة لإصدار قرارات دولية لمنع هذه الأفعال ، وتكون الدول الأعضاء مسؤولة عن ذلك.

ب- **الإعلان العالمي لحقوق الإنسان :**

أكد هذا الإعلان الذي اعتمدته الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 ، على الإقرار بما لجميع الأسرة البشرية من كرامة أصيلة وحقوق متساوية وثابتة[2].

---

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، الكتاب الثاني ، المرجع السابق ، ص 71.

[2] – انظر ، عاطف سيد حافظ ، هاني مدحت ، الحق في سلامة الجسد ، مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء ، سبتمبر 2001 ، مقال منشور على Http : // www.hrcap.org.

وورد في نص المادة الثالثة من هذا الإعلان أنّ لكل فرد حق في الحياة والحرية والسلامة الشخصية ، أما المادة الخامسة من نفس الإعلان فنصت على منع التعذيب واعتباره جريمة ضد سلامة جسم الإنسان .

ج- **العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية** :

أقرّته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 ، وأصبح ساري المفعول في 23 مارس 1976 ، وانضمت إليه الجزائر في 15 ماي 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989.

وتعتبر نصوص هذا العهد من النصوص الأولى التي كرست وبشكل فعلي حق الإنسان في سلامة جسمه وفرضت له حماية على المستوى الدولي ، حيث نصت المادة السابعة منه على عدم جواز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على شخص دون رضاه الحر، كما ألزم هذا العهد تعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بضرورة معالجة كل شخص انتهكت حقوقه لا سيما الجسدية منها علاجا فعالا حتى ولو قام بهذا الانتهاك شخص يمثل السلطة الرسمية[1].

واعتمد هذا العهد مسؤولية الدول المصادقة عليه في حالة عدم احترام ما جاء في نصه من حقوق ، وهذا ما أكدته المادة 40 من العهد .

د- **العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية** :

وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في 19 ديسمبر 1966 ، ودخل حيز التنفيذ في 03 يناير 1976.

أكد هذا الميثاق على ضرورة الاعتراف بحق كل إنسان في التمتع بالمستوى الممكن الوصول إليه في الصحة الجسمانية والعقلية ، فنصت المادة 12 من ذات الميثاق على

[1] – انظر ، جون إس جييسون ، معجم قانون حقوق الإنسان العالمي ، ترجمة سمير عزت نصار ، دار النشر للنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، عمان ، 1999 ، ص 89.

الخطوات التي يجب أن تتخذها الدول الأطراف في الميثاق للتحقيق الكامل لهذا الحق والمتمثلة في :

- التقليل من نسبة ولادات الأموات (الإجهاض) وتطوير الطفل صحيا.
- منع ومعالجة ومراقبة الأمراض الوبائية المهنية والأمراض الأخرى.
- خلق ظروف تؤمّن كل الخدمة الطبية والعناية في حالة المرض.

وما يمكن ملاحظته هو أنّ هذه المادة كرست عناصر تدخل في الحق في سلامة الجسم كتحسين النسل وحماية الجسم ووقايته من الأمراض وتوفير العناية الطبية اللازمة ، وهي مادة تكمّل ما جاء في دستور المنظمة العالمية للصحة OMS لـ 1946 الذي اعتبر أنّ التمتع بأعلى مستويات الصحة التي يمكن الوصول إليها هو احد الحقوق الأساسية للإنسان.

هذا ، وبالإضافة إلى العديد من المعاهدات الدولية والمؤتمرات التي تسعى إلى حماية الحق في سلامة الجسم ، ومن أمثلتها الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب لعام 1986 ، مؤتمر الأمم المتحدة الأول لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في جنيف عام 1955[1] ، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لـ 4 نوفمبر 1950 ، كما تضمن إعلان هلسنكي لعام 1964 القواعد الواجب مراعاتها عند إجراء التجارب الطبية على الإنسان كالحصول على رضى الشخص الخاضع للتجربة ومراعاة المبادئ الأخلاقية والعلمية لها.

2- في القانون الفرنسي :

يعتبر الحق في سلامة الجسم مبدأ دستوريا في فرنسا[2] ، وذلك بموجب القرار الصادر عن المجلس الدستوري رقم 343، 343-94 في 27 جويلية 1994 ، أين اعتبر أنّ للإنسان سيادة ، واحترام الكائن البشري وعدم المساس به أمر مفروض منذ بداية حياته.

---

[1] – انظر ، عاطف سيد حافظ ، هاني مدحت ، الحق في سلامة الجسد ، المرجع السابق ، Http : // www.hrcap.org.

[2] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، المرجع السابق ، ص 14.

والقوانين التي تحمي الحق في سلامة الجسم في فرنسا عديدة ، أهمها قانون العقوبات لـ 1810 الذي جرّم الأفعال الماسة بسلامة الجسم . والذي اعتبر فيه الفقه الجنائي أنّ حماية الحق في سلامة الجسم تبدأ بالولادة كمعيار لانتقال الكيان المادي للإنسان من نطاق الحماية الجنائية الضيقة كجرائم الإجهاض والإسقاط ، إلى حماية جنائية أوسع نطاقا لتشمله جرائم الاعتداء على سلامة الجسم[1]. وهو ما وصل إليه القضاء الفرنسي للإشكالية التي كانت تطرح نفسها فيما يخص الجرائم الماسة بالجنين وهو في نهاية مراحل تكوينه ، والإشكال كان يتعلق بتكييف هذه الجرائم ، هل هي من الجرائم الماسة بالحق في سلامة الجسم للجنين أم من جرائم الإجهاض والإسقاط المتعلقة بالأم ؟ ؛ وهي ثغرة تداركها القضاء واعتمد معيار القابلية للحياة الذي يقضي بأنّ الجنين الذي يكون في نهاية مراحل تكوينه ، يكون له كيان جسدي مستقل ومتكامل بأتم معنى الكلمة وهذا ما يرتب آثار قانونية من حيث تكييف أفعال العنف ضده على أنها أفعال ماسّة بالحق في سلامة الجسم وبالتالي إقرار هذا الحق للجنين.

ومن ايجابيات هذا الإعمال القضائي ، انه أعطى نقطة بداية حماية الحق في سلامة الجسم ، التي تبدأ منذ لحظة تأهب الجنين للولادة وتتأكد بها.

كما اعتبر المشرع الفرنسي أفعال العنف والتعدي صورة من صور المساس بالحق في سلامة الجسم ، وهذا ما أكدته المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 81-82 الصادر بتاريخ 2 فبراير 1981 ، والقانون رقم 92-684 الصادر في 22 جويلية 1992[2].

أما على صعيد الصحة العامة في فرنسا ، فالمادة 37 من القانون رقم 93-121 المؤرخ في 27 جانفي 1993[3] ، تعاقب كل من ارتكب عمدا أو شرع في وضع عوائق أمام

---

[1] – انظر ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري ، المرجع السابق ، ص 33.

[2] - Loi n^0: 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.

[3] - Loi n^0: 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social , J.O. du 30 janvier 1993.

الممارسات الطبية المتعلقة بالإجهاض حماية لصحة الأم ، فهذا النص يحمي الحق في سلامة الجسم للمرأة الحامل التي تتطلب صحتها إجراء إجهاض ، عن طريق ضمان سلامة هذه العملية وبالتالي تأمين سلامة هذه المرأة.

أما القوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية ، فبحكم أنها تنظم مكونات جسم الإنسان في فئتين ، الأعضاء في الفئة الأولى ، والأنسجة والخلايا ومنتوجات جسم الإنسان في الفئة الثانية ، وبحكم ما يتضمنه القانون رقم 94-653 من مبادئ تضمن احترام جسم الإنسان ، فهي قوانين تكون لها الأولوية في توفير حماية قانونية للحق في سلامة الجسم حتى وإن تم المساس بهذا الأخير في إطار شرعي ، كالمادة 5 من القانون 94-653 المتعلقة باحترام جسم الإنسان ، التي تعاقب على اقتطاع الأنسجة أو الخلايا من شخص حي كامل الأهلية بدون موافقته ، أو من متبرع حي ناقص الأهلية دون مراعاة الشروط المنصوص عليها في قانون الصحة العامة.

وهكذا يكون القانون الفرنسي قد أحاط بالحق في سلامة الجسم كحق من الحقوق الأساسية للشخص وفرض لها حماية قانونية.

3- في القانون الجزائري :

لقد اخذ المشرع الجزائري هو الآخر بالحق في سلامة الجسم واعتبره المؤسس الدستوري مبدأ دستوريا ، فعلى مستوى التشريع ، القوانين التي تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان وكيانه المادي عديدة ، منها ما يظهر على مستوى التجريم والعقاب ، ومنها ما يظهر على مستوى الصحة العامة.

فعلى مستوى التجريم والعقاب ؛ نجد أنّ قانون العقوبات الجزائري[1] جرّم الأفعال الماسة بسلامة الجسم كأعمال العنف والتعدي[2].

---

[1] – الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر رقم 84.

[2] – انظر ، جلال الجابري ، الطب الشرعي والسموم ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ، عمان ، 2002 ، ص 74 .

أما على مستوى الصحة العامة فقد وضع المشرع الجزائري قيودا على بعض الممارسات الطبية الماسة بالسلامة الجسدية ، كعمليات نقل الأعضاء التي قيدها المشرع بشروط معينة سيتم عرضها لاحقا.

وبهذه الصور الواردة على سبيل المثال ، يظهر كيف أنّ المشرع الجزائري أحاط هو الآخر بالحق في سلامة الجسم ووفّر لعناصره حماية قانونية من شأنها ضمان عدم المساس به ، أو على الأقل يؤمّن الوقاية من هذا الأخير.

ثانيا : مظاهر حماية الحق في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية

سبق القول أنّ الشرع الحنيف اقرّ للإنسان الحق في سلامة جسمه ، ممثلا في جميع مصادره من القرآن الكريم ، السنة النبوية واجتهاد العلماء ، ولما كان هذا الحق يدخل ضمن فئة الضروريات ، فهو جدير بأن يحظى بحماية فعالة يمكن تلخيص مظاهرها في ثلاث نقاط أساسية هي :

1- مبدأ تكريم الإنسان :

لقد كرّم الله عز وجل الإنسان وأنعم عليه بعدة آلاء ، فكرّمه جلّ وعلا بالصورة بتعديل خلقه ، كما سوّى شكله فجعله في أجمل صورة وبأحسن تقويم ، وفي ذلك يقول عزّ وجل : { لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ }[1] ، كما كرّمه باستخلافه في الأرض وجعله خيرة خلقه حيث قال جل وعلا : { وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً }[2] ، ليكلفه أخطر المسؤوليات ويحدد له أنبل الأهداف ؛ كما كرمه بالعلم والعقل ليميزه عن سائر خلقه ، وأخيرا وليس بآخر ، سجود الملائكة له وصلواتهم عليه، وذلك كما ثبت في القرآن الكريم أنهم سجدوا لآدم.

---

[1] – سورة التين ، الآية 4.

[2] – سورة البقرة ، الآية 30.

وعليه ، فإنّ نتيجة هذا التكريم هي احترام الإنسان وعدم انتهاك حرمته سواء بالاعتداء عليه أو على ما يملكه إلا بالحق ، وبالتالي نهى الشرع الحنيف على الاعتداء بجميع صوره.

2- النهي على الاعتداء :

نهت الشريعة الإسلامية على جميع الأفعال التي يتم الاعتداء بها على الغير سواء في جسمه أو على عرضه أو ماله ، فشرّع القصاص كجزاء يلاحق الجناة وذلك فيما يعرف بالجنايات على ما دون النفس[1] ، وهي طائفة من الأفعال الماسة بالحق في سلامة الجسم بالمفهوم المعاصر ، كجرائم قطع الأطراف أو منعها من أداء وظيفتها نتيجة التعدي عليها، أو أي فعل يمس بالسلامة الجسدية.

3- تشريع الرخص :

وهو ما يعرف بقاعدة الضرورة تبيح المحظورة ، ففي بعض الحالات تحيط بالفرد ظروف تهدد بقاءه أو سلامته ، ولا يكون له سبيل غير اللجوء إلى أمور محظورة شرعا للنجاة ، فالإسلام هنا وحفاظا على مصلحة الإنسان ، يسمح له بارتكاب هذه المحظورات لرفع الحرج ، لكن بتوافر بعض الشروط أهمها انعدام جميع الوسائل المشروعة لرفع هذا الضيق ، ومثال تشريع الرخص ، إباحة أكل الخنزير لتفادي الموت جوعا في حالة انعدام الأكل تماما ، وهنا يظهر كيف أنّ الشريعة الغرّاء بتشريعها لهذه الرخص ، تحافظ على صحة الإنسان التي هي أساس السلامة الجسدية.

وكخلاصة لما سبق ، وبعد تبيان ماهية الحق في سلامة الجسم كمبدأ عام في مدلوله وعناصره والحماية المقررة له ، يمكن استخلاص أنه مبدأ لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ، إذ أنه ولمصلحة الأفراد ، تقضي الضرورة في بعض الأحيان ممارسة بعض الأفعال التي من شأنها أن تكون اعتداءات على هذا الحق ، إلاّ أنّها تتخذ شكل استثناءات تستمد مشروعيتها من مصادر مختلفة كالقانون والشرع الحنيف ، ومن بين هذه الاستثناءات

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، المرجع السابق ، ص 150.

عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية كأعمال طبية ، التي أصبحت المصلحة بشقيها العامة والخاصة تفرض ممارستها حفاظا على صحة وسلامة الأفراد ، غير أنّ هذه العمليات يجب أن تكون مستندة إلى أسس معينة تمنحها مشروعيتها ، فما هي هذه الأسس ؟ أو بعبارة أخرى من ماذا تستمد عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية مشروعيتها ؟

المطلب الثاني : أساس مشروعية استئصال وزرع الأعضاء البشرية.

لقد تجاوز الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية ليدخل في مجال معالجة الأمراض المستعصية وإنقاذ آلاف المرضى من الموت أو على الأقل تخلصهم من آلامهم .
فعمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية هي من الانتصارات المعترف بها للطب والتي من تعريفاتها أنها : "عمليات نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام أعضاء منها مريضة أو تالفة ، لتقوم مقامها في أداء وظائفها"[1] .

وهي من الإنجازات الحديثة للطب التي كانت لها آثار كبيرة على المجتمع وعلى حياة الأفراد ، مما استدعت الضرورة مواكبة القانون لهذه الاستحداثات ، كما دفعت بفقهاء الشريعة الإسلامية إلى البحث في هذا المجال واجتهاد رأيهم ، فما هو موقف الشرع الحنيف والقانون الفرنسي والجزائري من هذه العلميات ؟

الفرع الأول : الأساس الشرعي لعمليات نقل الأعضاء.

تعني عمليات نقل الأعضاء ، تدخل الطب في جسم الإنسان وبتر العضو السليم من جسم المتبرع أو جثة الميت ، ثم استئصال العضو المريض من جسم المستقبل ، وزرع

[1] – انظر ، محمد فارح ، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، السنة الثانية ، العدد الثاني ، الجزائر ، 1999 ، ص 106.

العضو السليم مكانه ليحل محله وأداء وظائفه ، أو زرع العضو السليم مباشرة إذا كان عضو المستقبل تالفا أو مبتورا أصلا.

ومن ثم يكون من شأن هذه العمليات المساس بجسم الحي سواء كان متبرعا أو مستقبلا ، كما يمكنها المساس بجثة الميت عند استئصال العضو منه ، فهل تبيح الشريعة الإسلامية هذه الممارسات ؟

أولا : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين الأحياء.

انقسم الفقهاء المعاصرون في الشريعة الإسلامية بشأن نقل الأعضاء بين الأحياء إلى مؤيدين ومعارضين[1] ، وقدّم كل جانب منهم أدلته الشرعية التي يمكن عرضها كما يلي :

1- الاتجاه القائل بعدم جواز التبرع بالأعضاء :

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ الإنسان سواء كان كافرا أو مسلما له كرامة مصونة ، فلا يجوز اقتطاع جزء من جسمه لزرعه في جسم شخص آخر ولو كان ذلك في حالة الضرورة ولغرض العلاج ، لاعتبار أنّ الشخص لا يجوز له إبقاء نفسه بإتلاف غيره[2] . والأدلة الشرعية التي استدلّ بها أصحاب هذا الاتجاه عديدة ، منها ما جاء في نص القرآن الكريم ومنها ما هو مأخوذ من السنة النبوية الشريفة .

فمن القرآن الكريم قوله عز وجل :{ وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ }[3] ، ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة أنها نهت عن الإلقاء بالنفس في مواطن التهلكة ، فلا يجوز إتلاف الأعضاء كليا أو إضعافها في أداء وظائفها المنوط بها ، ومن ثم فلا شك أنّ نزع عضو من البدن لزراعته في بدن آخر من شأنه إضعاف الجسم المنزوع منه العضو أو إتلافه كليا[4] ، وهذا ما يتنافى مع ما جاءت به الآية الكريمة.

---

[1] – انظر ، سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، الجزائر ، 2003 ، ص 16.

[2] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 367.

[3] – سورة البقرة ، الآية 195.

[4] – انظر ، سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 18.

وكذلك قوله جل وعلا : { وَمَن يُبَدِّلْ نِعْمَةَ اللّهِ مِن بَعْدِ مَا جَاءتْهُ فَإِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ } [1] ، وهنا يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ قبول المتنازل استئصال عضوه وتبرعه به فيه تبديلا لنعمة الله التي أنعمه بها والتي تظهر بتمتعه بعضوه الذي منحه الله إياه ، وهي آية تتفق مع ما جاء في نص الحديث الشريف عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ρ أنه قال : « إنّ أول ما يحاسب العبد عنه يوم القيامة من النعيم ، فيقول ألم نصح لك جسدك ».

كما اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على عدة قواعد شرعية في تبرير موقفهم ومنها :

- إنّ جسم الإنسان ليس ملكا له فلا يجوز له التصرف فيه بالتبرع.
- الضرر لا يزال بضرر مثله.
- إنّ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.
- ما جاز بيعه جازت هبته ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته.

وعليه ، يكون موقف هذا الفقه هو عدم جواز وبأي حال من الأحوال التصرف في جسم الإنسان واقتطاع الأعضاء منه ، سواء كان ذلك برضى من صاحبه أم لا ، ومهما كانت ديانة الشخص ، إلا أنّ حجج هذا الاتجاه الفقهي تعرضت للعديد من الانتقادات من طرف فقهاء آخرين[2] ، الذين وبالرغم من إقرارهم لصحة أدلة هذا الفقه إلا أنهم اعتبروا أنها فيها نظر من حيث التأويل[3] ، كما أنهم اعتبروها من جهة أخرى غير كافية لتحريم هذه العمليات ، لذا ظهر الرأي المؤيد لهذه العمليات.

2- الاتجاه القائل بجواز التبرع بالأعضاء :

وهو الاتجاه الذي انتهجه جمهور الفقهاء المعاصرين ، الذين اعتبروا أنّ استئصال عضو من جسم شخص حي لغرض العلاج ليس فيه ما يخالف الشرع الحنيف ، على أنّ

---

[1] – سورة البقرة ، الآية 211.

[2] – وهم الشيوخ عبد الرحمن بن ناصر آل سعدي التميمي الحنبلبي وإبراهيم اليعقوبي ، وجاد الحق علي جاد الحق ، وأحمد شرف الدين ، ووهبة الزحيلي ويوسف القرضاوي ، ومحمد سيد طنطاوي ، انظر تفاصيل أكثر سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 30.

[3] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 371.

تتم هذه العمليات وفقا لضوابط معينة ، ويقول أنصار هذا الاتجاه أنّ التبرع بالأعضاء ليس فيه هلاك للنفس كمبدأ عام ، ذلك انه من شروط ممارسة هذه العمليات ، عدم تعريض حياة المتبرع للموت أو الضرر ، وهو الرأي الراجح الذي أكدت عليه العديد من المؤتمرات والفتاوى الصادرة عن لجان الفتوى في الدول الإسلامية.

ثانيا : موقف الشريعة الإسلامية من استئصال الأعضاء من الجثث.

مما لاشك فيه هو أنّ الإنسان مكرّم حيا وميتا ، وكرامة الإنسان هي من الحقوق الجوهرية له التي تحكمها القاعدة الشرعية القائلة بأنّ "كل ما كان حقا للعبد يورث بالموت ، عينيا أو معنويا"[1] ، وبالتالي فإنّ كرامة الميت تؤول لورثته للدفاع عليها وصيانتها ، ولما كان الأمر يتعلق بانتزاع الأعضاء من جثة الميت ، فالأصل انه لا يجوز الإقدام على ذلك إلا بالإذن ، وما دام أنّ الميت لا يتأتى منه الإذن ، فانه يؤول إلى ورثته وتكون لهم السلطة المطلقة في ذلك ، فإذا امتنعوا فلهم الحق ، وإذا قبلوا فيكون لهم وللميت الأجر ، على أن لا يكون قد أوصى الميت بأعضائه للغير وهو في كامل أهليته ، فإذا كان الأمر كذلك ، فلا يجوز للورثة الامتناع أو رفض الاستئصال لمصلحة الموصى له ، وأساس ذلك هو اعتبار هذه الوصية أمانة تركها الموصي على عاتق ورثته فيلتزمون بأدائها ، وكل ذلك يجب أن يكون بعد التأكد من الوفاة.

أما الدليل الشرعي الذي تستند إليه مشروعية عمليات استئصال الأعضاء من جثث الموتى ، هو قاعدة الترجيح بين المصالح والمفاسد[2] ، حيث يرى جمهور الفقهاء انه متى كان غرض انتزاع العضو من الميت هو الحفاظ على حياة الغير وسلامته ، فإنّ هذه الأخيرة هي مصلحة أعلى من المفسدة المترتبة على المساس بحرمة الميت ، حتى أنّ قاعدة اخف الضررين تفرض إباحة هذه العمليات ، ذلك انه لو كان العكس لكانت نسبة تحقيق

---

[1] – انظر ، كمال لدرع ، الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة مع قانون حماية الصحة وترقيتها ، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، العدد 13 ، الجزائر ، 2003 ، ص 26.

[2] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 393.

الصحة وسلامة الأفراد ضئيلة جدا ، ويكون الضرر هنا أعظم من الضرر المترتب على المساس بجثة الميت ، وذلك لاعتبار أنّ الصحة هي مصلحة اجتماعية يجب تحقيقها.

ثالثا : الشروط الشرعية لممارسة عمليات نقل الأعضاء.

لقد تجاوز الفقه الإسلامي مرحلة جواز أو عدم جواز إباحة عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية ، وبعد اجتهاد باحثيه وفقهائه ، اجمعوا رأيهم على إباحة هذه العمليات وذلك كما سبق تبيانه ، إلا انه ونظرا لخطورة هذه الأخيرة ، ارتأى علماء الشريعة الإسلامية تقييدها ببعض الشروط حتى لا تستعمل ضد الكرامة الإنسانية أو تضر بالفرد وبالتالي المفاسد الاجتماعية ، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

1- أن يكون النقل بإذن صريح من المتبرع :

فلا يجوز شرعا استئصال الأعضاء الآدمية إلا بإذن واضح من المتبرع بالعضو ، ويشترط في هذا الأخير أن يكون كامل الأهلية ، كما يجب أن يكون رضاه حرا مهما كان شكل التعبير عنه[1] ، أما إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها كالصبي والمجنون ، فبناء على الشرط الأول فانه لا يجوز بأي حال من الأحوال اقتطاع الأعضاء من هؤلاء الآخرين ، لكونهم لا يعتد برضاهم ، وهذا ما أكدته فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في الدورة الثامنة المنعقدة بمكّة المكرمة في 28 يناير 1985 في قرارها الأول في بنده الثاني ، أين نصّت على وجوب أخذ العضو من المتبرع طوعا ودون إكراه وهو في كامل أهليته[2]. أما إذا كان الاستئصال من الميت ، فيجب التحقق أولا من الموت ، فإذا ثبت ذلك ، فيجب موافقة الورثة بإجماع على ممارسة الاستئصال منه ، أمّا في حالة رفضه أثناء حياته فيحرم الاقتطاع.

2- أن لا يقع ضرر بالمتبرع :

---

[1] – انظر ، كمال لدرع ، الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 23.

[2] – انظر ، طالب عبد الرحمن ، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2001 ، ص 20.

إنّ المتلقي للعضو والمتبرع في نفس المركز شرعا من حيث الكرامة الإنسانية ، فلا يجوز ترجيح مصلحة احدهما عن الآخر ، ما دام كل منهما معصوم الدم ، كما أنّ الضرر لا يزال بمثله ، فإذا غلب على الظن أنّ اقتطاع العضو من المتنازل سيسبب له الموت أو يؤثر على حياته ، فإنّ التبرع هنا وممارسة عملية نقل العضو، يكون أمرا غير جائز شرعا[1].

وهو شرط أجمعت عليه العديد من الفتاوى أهمها فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في قرارها الأول للدورة الثامنة ، وفتوى المجمع الفقهي الإسلامي العالمي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الرابع المنعقد بمدينة جدة في 6-11 أفريل 1988 كما اعتمدته فتوى المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر وذلك في 20 أفريل 1972.

3- أن تدعو الضرورة إلى ذلك :

إنّ المسألة هنا تتعلق بالمريض المتلقي ، الذي يجب أن يكون في حاجة ماسة لهذا العضو ، والضرورة هي أمر يخضع للسلطة التقديرية للطبيب العدل محل الثقة ، الذي يقرر ما إذا كانت صحة هذا المريض أو حياته متوقفة على زرع العضو في جسمه أم لا.

4- أن لا تكون عملية نقل الأعضاء محل بيع أو تجارة :

ومعنى هذا الشرط انه لا يجوز شرعا بيع العضو المنقول أو جزئه[2] ، وعليه لا يجوز للمتبرع تعليق موافقته على التبرع مقابل ثمن لأنّ كرامة الإنسان لا تباع ولا تقدّر بثمن، ومن ثم كان إجماع الفقه الإسلامي على أنّ أعضاء الجسم لا تباع وعمليات نقلها لا يجب أن تكون محل تجارة.

الفرع الثاني : الأساس القانوني لعمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية.

إنّ ما استحدثته الممارسات الطبية وعلى رأسها عمليات نقل الأعضاء ، كانت من أهم ما برر الجدال الفقهي والقانوني حول المسألة ، ولما كانت هذه الأخيرة تتسم بالخطورة

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 400.

[2] – انظر ، طالب عبد الرحمن ، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء ، المرجع السابق ، ص 21.

والتطور من حيث اتساع نطاقها وتقنيات ممارستها ، فانه من الضروري تنظيم هذه العمليات قانونا وإداريا حتى تكتسب مشروعيتها من جهة ، ومن جهة أخرى حتى لا تخرج عن الهدف النبيل الذي وجدت من اجله .

أولا : القوانين الصادرة في فرنسا والمنظمة لعمليات نقل الأعضاء.

يعتبر القانون الفرنسي من القوانين البارزة في تنظيم المسائل المتعلقة بجسم الإنسان، والتي لها علاقة بالأعمال الطبية والعلمية .

وموضوع زراعة الأعضاء البشرية ، هو موضوع نظمه المشرع الفرنسي تنظيما دقيقا يكاد يحول دون إغفال أي جانب من جوانب هذه الممارسات ، وذلك راجع للتطور التشريعي الذي شهده هذا المجال والذي يمكن تلخيصه فيما يلي :

إصدار أول مرسوم فرنسي رقم 47-2057 المؤرخ في 20 أكتوبر 1947[1] المتعلق بتشريح الجثث واستئصال الأعضاء منها ، أين اعتمد هذا المرسوم إمكانية استئصال الأعضاء من الأموات وممارسة تشريح الجثث لأغراض علمية وعلاجية ، ثم في 1949 صدر مرسوم فرنسي آخر متعلق بنقل قرنية العين من الأموات ، إلا أنّ ظهور إشكالية تحديد لحظة الوفاة واتساع نطاق عمليات الزرع لتشمل الأحياء ، فرضت إعادة مناقشة هذا النوع الجديد من هذه العمليات وتأطيرها قانونا ، فصدر القانون رقم 76-1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 والمتعلق باقتطاع الأعضاء[2] ، المعروف بقانون كيافي Caillavet ، والذي دخل حيز التطبيق بالمرسوم التنفيذي رقم 78-501 الصادر بتاريخ 31 مارس 1978[3] ، وطبقا لهذا القانون لا يجوز إجراء أي عملية استئصال أو زرع للأعضاء البشرية خارج مستشفى عمومي في فرنسا ، ويجب على هذا الأخير أن يكون له ترخيص وزاري

[1] – انظر ، صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، المرجع السابق ، ص 59.

[2] - Loi n^0: 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. Jo du 23 décembre 1976.

[3] - Le décret n^0. 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 22 décembre 1976 relatives aux prélèvements d'organes, Jo du 05 avril 1978.

لممارسات هذه العمليات ، إلا أنّ هناك استثناء يتمثل في إمكانية إجراء هذه العمليات داخل مؤسسات صحية خاصة تشارك في خدمة الصحة العامة وذلك بترخيص وزاري.

وظل أسلوب الترخيص الوزاري معتمدا إلى أن جاء المرسوم رقم 90-844 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990 المعدل للمرسوم رقم 78-501[1] ، والذي أعطى للوالي الإقليمي Le préfet صلاحية منح رخصة ممارسة هذه العمليات بعد اخذ رأي لجنة الخبراء .

وظلت هذه القوانين مطبقة إلى أن جاءت القوانين الأخلاقية للعلوم الاحيائية المعروفة بـ Lois bioéthiques رقم 94-653 و 94-654 والمشار إليها سابقا ، والتي تضمنت بصفة دقيقة الأعضاء والأنسجة والخلايا محل الاقتطاع والزرع ، كما نظمت كيفيات استعمال مشتقات الجسم ومنتوجاته لأغراض علاجية وعلمية ، ثمّ عدّلت هذه القوانين بالقانون الصادر في 06 أوت 2004[2].

والملاحظ أنّ المشرع الفرنسي لم يكتف بهذا التنظيم ، بل ذهب إلى أكثر من ذلك ليستحدث ما يعرف بمؤسسة زرع الأعضاء البشرية والتي تعرف بـ France Transplantation ، وهي عبارة عن مؤسسة عمومية أنشئت في 23 سبتمبر 1969 وبدأت أعمالها في 1978 عندما اتخذت مستشفى Saint-Louis في باريس مقرا لها[3].

تسعى هذه المؤسسة المتكونة من عدة أطباء لهم درجة بروفيسور في الطب إلى تحسين وتطوير عمليات نقل الأعضاء من حيث الكم والكيف بناء على أسس أخلاقية وعلمية وذلك من خلال تسطير عدة أهداف لها أهمها :

- اعتماد لائحة انتظار للمرضى الذين هم في حاجة إلى عملية نقل العضو (المستقبلين).
- وضع سجل وطني تدون فيه هذه العمليات يوميا.

---

[1] - Le décret n[0]. 90-844 du 24 septembre 1990 modifiant le décret n° 78-501 du 31 Mars 1978.

[2] - Les principes généraux de la transplantation d'organes, Http:// www.France-adot.org

[3] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، المرجع السابق ، ص 119.

- البحث عن المتبرعين الذين يملكون أفضل توافق نسيجي عن طريق التحسيس والتوعية.
- اعتماد نظام بطاقات التبرع بالأعضاء.

وفي سنة 1994 عدّل قانون الصحة رقم 846 لسنة 1961 بالقانون رقم 94-43 المؤرخ في 18 جانفي 1994 والمتعلق بالصحة العامة والحماية الاجتماعية المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 06-121 الصادر في 06 فبراير 2006 والذي أعاد تنظيم المؤسسة الفرنسية لنقل وزرع الأعضاء F.T[1]، وذلك عن طريق وضعها تحت وصاية وزارة الصحة، ومنذ هذا القانون أصبحت هذه المؤسسة تلعب دور رقابي (رقابة إدارية) على عمليات نقل الأعضاء ، فتنظر في مدى احترام القواعد المطبقة في مجال زراعة الأعضاء ، كما أعطيت لها صلاحية إبداء الآراء حول ترخيص المستشفيات لممارسة هذا النوع من العمليات بالتنسيق مع الوالي الإقليمي.

يستخلص مما سبق ، أنّ المشرع الفرنسي أحاط بصورة فعالة بعمليات نقل الأعضاء ، عن طريق وضع إطار قانوني وإداري من شأنه ضمان بلوغ الغاية من وراء هذه العمليات من جهة ، ومن جهة أخرى وضع ضوابط تحكم هذه العمليات وتتحدد بمقتضاها مسؤولية الأطباء المدنية عن الأخطاء المرتكبة في هذا المجال ، فهل وفق المشرع الجزائري في ذلك ؟

ثانيا : القوانين الصادرة في الجزائر والمتعلقة بزراعة الأعضاء.

إنه وقبل طرح الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء في الجزائر ، تجدر الإشارة إلى أنّ هذه الأخيرة لم تكن تستند إلى أساس قانوني قبل 1985 ، بل كان الأطباء يستندون إلى الفتاوى الصادرة من المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 20 أفريل 1972[2] ، إلى أن تدارك المشرع الجزائري هذا النقص ووضع الإطار القانوني لهذه العمليات.

فصدر القانون 85-05 بتاريخ 16 أفريل 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، أين أجاز المشرع الجزائري ممارسة هذه العمليات بموجب المواد من 161 إلى 168 من ذات

[1] - Les principes généraux de la transplantation d'organe, http://www.France-adot.org

[2] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 453.

القانون ، والتي وضعت ضوابط وشروط معينة فرضتها ضرورة احترام الكيان الجسدي للإنسان ، وفي سنة 1990 عدّل هذا القانون بموجب القانون 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990[1] ، فعدلت بعض المواد المنظمة لهذه العمليات كالمادة 165 التي أضاف فيها المشرع شرط عدم كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع ليكرس مبدأ السرية في عمليات استئصال الأعضاء من جثث الموتى .

أما على المستوى التنظيمي ، فالملاحظ هو أنّ معظم القرارات الوزارية في الجزائر تضمنت التنظيم الإداري لهذه العمليات فقط ، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 2002/10/02 المتعلق بترخيص بعض المستشفيات لإجراء عمليات نقل الأعضاء ، ما عدا القرارين رقم 89-39 الصادر بتاريخ 1989/03/26 ، والقرار رقم 02-34 المؤرخ في 2002/11/19 والمتعلقين بتحديد المعايير الطبية لتحديد الوفاة واستئصال الأعضاء من الميت.

وعليه ، يمكن ملاحظة أنّ المشرع الجزائري على عكس المشرع الفرنسي لم ينظم عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية في قانون مستقل ، وإنما اكتفى بتنظيمها في ثمانية مواد أدرجها ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها ، وهذا ما يمثل النقص التشريعي في هذا المجال ، حتى انه لم ينظّم أحكام التعامل في مشتقات ومنتوجات الجسم البشري ما عدا نقل الدم ، أما المنتوجات الأخرى كالخلايا العصبية وخلايا الجلد وبقايا العمليات الجراحية باعتبارها ليست أعضاء ولا أنسجة ، فلم يرد لها تنظيم ، بالرغم من أنّ الواقع العملي للطب يثبت أنّ ثمة حالات تم اللجوء فيها إلى هذه المواد لزرعها في أجسام أخرى.

وما يمكن ملاحظته كذلك هو تأخر المشرع وكذا وزارة الصحة في الأخذ بنظام بنوك الأعضاء ، حيث تم اعتماد أول بنك وطني لقرنية العين في 2006[2] ، أما مصر مثلا، فتعتبر

[1] – القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ، المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها ، سبقت الإشارة إليه.

[2] – جريدة صوت الغرب لـ 2006/12/12 العدد 1258.

من الدول السباقة في هذا المجال ، وما يؤكد ذلك هو القانون رقم 103 لسنة 1962 المتعلق بإعادة تنظيم بنوك العيون.

وما يمكن أخذه على المشرع الجزائري كذلك هو عدم اعتماده على نظام بطاقات التبرع بالأعضاء كما فعل المشرع الفرنسي ، والذي يعتبر نظام فعال في معالجة إشكالية معرفة رضى الميت في التبرع بأعضائه ، وماله من ايجابيات كالسرعة في الإجراءات.

هي بعض الملاحظات حول التنظيم القانوني لعمليات نقل الأعضاء في الجزائر مقارنة بالقانون الفرنسي ، بقي الآن التطرق إلى إشكالية هامة في هذا المجال هي على أي أساس تم الأخذ بهذه الممارسات وتنظيمها قانونا لتأخذ مشروعيتها ؟

الفرع الثالث : الأساس النظري لعمليات نقل الأعضاء.

لقد برز على ارض الواقع من جانب الفقه القانوني قبل تدخل المشرع اتجاهان ، أحدهما يعارض هذه العمليات على أساس عدة اعتبارات ، والآخر يؤيدها.

فذهب أصحاب الاتجاه الرافض لهذه الممارسات إلى القول بأنه لا يجوز نقل الأعضاء لاعتبار أنّ هذه العمليات تمس بالسلامة الجسدية ، وبالتالي تعتبر خرقا لحق جوهري ثابت لكل فرد يخرج عن نطاق الاتفاقيات والعقود والمعاملات القانونية ، ومن ثم فإنّ فتح الباب أمام هذه الممارسات من شأنه خلق الطبقية واستغلال الإنسان لأخيه الإنسان ، وهذا ما يجعل هذه العمليات مخالفة للنظام العام[1] ، وعليه لا يكون لأي فرد الحق في أن يتصرف في جسده تصرفا يؤدي إلى الإنقاص من كيانه الجسدي عن طريق التعامل في أعضاء هذا الكيان.

[1] – انظر ، سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 127.

وعلى عكس هذه الاعتبارات ، فإنّ الاتجاه المؤيد لهذه الممارسات لا يرى مانعا من ممارستها طالما أنها قائمة على ثلاث مبادئ هي السبب المشروع ، والمصلحة الاجتماعية ، ومبدأ الضرورة ؛ وللإشارة فإنّ هذا الاتجاه هو الذي تأثرت به أغلبية التشريعات المتبنية لهذه الممارسات.

أولا : مبدأ السبب المشروع.

يقضي هذا المبدأ بأنّ مشروعية التصرفات التي ترد على جسم الإنسان تتحدد بالهدف المراد بلوغه من ورائها[1] ، ولما كانت عمليات استئصال وزرع الأعضاء تهدف إلى حماية صحة المريض أو إنقاذ حياته من الموت بواسطة المتبرع الذي يساعده في ذلك ، فإنّ الهدف فيها يكون نبيلا جديرا بأن يؤخذ كسبب يرمي إلى مشروعية هذه العمليات، على أن لا تكون أضرارها تفوق هدفها كموت المتبرع ، وأن تكون في إطار أخلاقي محض.

غير انه وبالرغم من فعالية هذا المبدأ ، إلا أنه لا يمكن الأخذ به لوحده ، ذلك لافتقاره إلى معيار دقيق يميز بين العمليات الجائزة وغير الجائزة من حيث المصلحة[2] ، لذا اعتمد أصحاب هذا الاتجاه مبدأ آخر هو مبدأ الضرورة.

ثانيا : مبدأ الضرورة المقترنة بالرضى.

ينطلق الفقه الذي يرى في حالة الضرورة أساسا لإسباغ صفة المشروعية على عمليات نقل الأعضاء من نقطة مؤداها أنّ الطبيب الذي يقوم بإجراء هذه العملية يدفع خطرا جسيما يهدد صحة أو حياة المريض المستقبل بإيقاع ضرر أقل جسامة على المتبرع[3].

ويكون الطبيب في هذه الحالة هو المرجع في الموازنة بين الخطر الذي يتهدد المريض والضرر الذي سيلحق بالمتبرع ، كما يقدّر فرصة الشفاء واحتمالاته ، وبعبارة أخرى إنّ مبدأ الضرورة كأساس لمشروعية نقل الأعضاء هو وتلك الحالة التي يتأكّد فيها بوضوح أنّ الوسيلة الوحيدة لشفاء المريض المستقبل هي إحداث ضرر أقل جسامة يتمثل في اقتطاع

---

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 421.

[2] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 421.

[3] – انظر ، مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري ، المرجع السابق ، ص 63.

عضو من جسم المتبرع ، ولا يكون هناك أي سبيل آخر لإنقاذ حياته أو سلامة جسمه سوى إجراء هذه العملية.

إنّ اعتبار عمليات نقل الأعضاء من الممارسات الواقعة على جسم الإنسان ، أمر يفرض إعطاء ضمانات لعدم انتهاك حرمة هذا الكيان الجسدي ، ومن ثم استوجب الحال الأخذ برضى المتبرع وحتى المستقبل للقيام بها ، لأنه لولا ذلك لتمت ممارسة هذه العمليات بمجرد توافق أنسجة المتلقي والمتبرع وبالتالي التوسيع من سلطة الطب على جسم الإنسان وجعل أعضاء الجسم قطع غيار آدمية ، وهذا ما يتنافى مع أخلاقيات هذه الممارسات الطبية.

ومع ذلك ، فإنّ الملاحظ على حالة الضرورة هو أنها لا تتوافر في جميع حالات نقل الأعضاء ، ففي الفشل الكلوي مثلا لم تعد عمليات نقل الكلى هي الوسيلة الوحيدة لمعالجة هذه الأمراض وذلك باستحداث أجهزة الكلى الصناعية Emodialyse ، إضافة إلى أنّ هذه العمليات ليست ناجحة دائما والدليل هو أنّ مصطلح الأجسام الغريبة Phénomène du rejet ما يزال مهيمنا على هذه العمليات[1] ، وهذا ما أدى بالفقه إلى الأخذ بمبدأ آخر هو المصلحة الاجتماعية.

ثالثا : مبدأ المصلحة الاجتماعية.

إنّ تنازل الفرد عن عضو من أعضائه لفائدة شخص آخر يعاني من مرض يتطلب عملية نقل عضو لشفائه ، هو من أسمى مظاهر التكافل والتضامن الاجتماعي والقيم الإنسانية الرفيعة.

فالمصلحة الاجتماعية في هذا المجال تظهر في عدة أشكال ، فتبرز في هذا التنازل بالعضو في حد ذاته ، كما تبرز أيضا على مستوى الصحة العامة ذلك أنّ عمليات نقل الأعضاء هي عمليات بموجبها يتم تحقيق هدف من أهداف الصحة العامة يتمثل في تقليص الأمراض وتخفيض نسبة الوفيات ، وعليه تعتبر عمليات استئصال وزرع الأعضاء

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ،المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 85.

البشرية مشروعة طالما أنها من جهة تساهم في تحقيق التضامن والتكافل الاجتماعي ، ومن جهة أخرى تكرس مبادئ الصحة العامة وهذا ما يجعلها من النظام العام.

وكخلاصة لهذا المبحث ، يتضح بأنّ الحق في سلامة الجسم حق أساسي وجوهري لصيق بكل فرد ، وهو حق متكامل غير قابل للتجزئة ، أخذت به جل التشريعات واعتبرته المبدأ القاضي بعدم جواز المساس بجسم الإنسان ، غير أنّ الضرورة في بعض الأحيان تفرض المساس بالكيان الجسدي للفرد حفاظا على صحته وحياته ، وذلك هو شأن عمليات نقل الأعضاء البشرية كاستثناء عن المبدأ ، والتي تستمد مشروعيتها من عدة مصادر أهمها : القانون والشريعة الإسلامية.

فهي عبارة عن أعمال طبية جراحية ، تمارس على نطاق واسع لاعتبارها كثيرة التطور والاستحداث ليس فقط من حيث تقنيات ممارستها وإنما من حيث محلها كذلك، فتكون بين الأحياء أين يكون مصدر العضو إنسان حي متبرع ، كما يمكن أن تكون ممارسة بين الحي والميت ويكون هذا الأخير في هذه الحالة هو مصدر العضو ، كما تمارس كذلك على مستوى شخص واحد في الاستئصال والزرع وذلك كحالة ترقيع الجلد ، وتعرف هذه الحالة بعملية الزرع الذاتي.

ويتم اللجوء إلى هذه العمليات في إطار الأعمال الطبية كمبدأ عام ، واستثناء تمارس لإجراء التجارب الطبية والعلمية على أن يكون ذلك وفقا لمبادئ وشروط معينة وإلا تعرض الأطباء إلى مسؤولية مدنية تستوجبهم التعويض.

وبناء على ما تقدم ، يستخلص أنّ عمليات نقل الأعضاء البشرية تمارس في إطار الأعمال الطبية على مستويين ، فتكون بين الأحياء ، كما يمكن أن تكون بين الميت والحي ، وهذا ما ستتم محاولة التطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني : استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات.

قبل التطرق إلى نطاق استئصال وزرع الأعضاء البشرية ، تجدر الإشارة إلى أنّ هذه العمليات من حيث أنواعها عديدة ، كما أنّ مصطلح زرع Greffe يختلف عن مصطلح نقل العضو Transplantation[1] .

فمصطلح زرع Greffe يعني نقل مادة خلوية أو نسيجية حية ، سواء من جزء لآخر عند نفس الفرد أو من فرد لآخر ، أي أنّ الزرع هو عبارة عن طعم نسيجي أو ترقيع ومثاله الترقيع الجلدي ، ويكون الزرع إما ذاتيا أي على مستوى نفس الفرد المنزوع منه النسيج ، وهذا النوع لا يثير أي إشكال قانوني لاقتصار العلاقة على الطبيب والمريض فقط ، ولاعتبارها كذلك ناجحة في أغلب الأحيان لكون الجسم في هذه الحالة لا يردّ النسيج المزروع فيه لأنه منزوع منه ، إلا إذا ارتكب الطبيب خطأ في هذه العملية؛ كما يمكن أن يكون بين الأحياء من نفس الجنس أو من الذكر إلى الأنثى ، أو من الميت إلى الحي وهذا النوع من الزرع يثير عدة إشكالات قانونية سيتم التعرض إليها لاحقا في هذا المبحث.

وأخيرا وليس بآخر ، هناك الزرع بين التوأم ، وهو زرع ينتمي فيه المتبرع والمستفيد لنفس السلالة ويملكان بالضرورة تكوينا وراثيا متشابها بشكل كامل ، أما الإشكالات التي يثيرها هذا النوع من الزرع فلا تظهر على المستوى الطبي بقدر ما هي عليه في المستوى القانوني ، ذلك انه على المستوى الطبي احتمال نجاحها عال جدا لأنّ جسم المستقبل يتلقى عضوا له نفس التكوين الوراثي لعضوه الأصلي وبالتالي لا يرده ، أما على المستوى القانوني فيثار الإشكال من حيث الرضى لاعتبار هذا النوع من الزرع غالبا ما يتم بين القصّر ناقصي أو عديمي الأهلية.

أما مصطلح نقل العضو أي Transplantation فهو نقل يعني خاصة زرع الأعضاء الحيوية التي تستلزم إعادة فورية لنشاط أوردتها وشرياناها كالكبد ، القلب ، الكلى ؛ وهنا

[1] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، المرجع السابق ، ص 95.

يظهر الفرق ، حيث أنّ الزرع Greffe يشمل الأنسجة والخلايا ، أما النقل Transplantation فيشمل الأعضاء كاملة أو جزءا منها.

وتمر عمليات نقل الأعضاء كعمليات مستحدثة في الطب والجراحة بثلاث مراحل أساسية[1] :

- المرحلة الأولى هي استئصال العضو من الشخص المتبرع.
- المرحلة الثانية تتمثل في بتر نظيره من جسم المستقبل وتهيئته للنقل.
- المرحلة الثالثة هي زرع العضو المنقول في مكان العضو المبتور بجسم المستقبل .

وهناك بعض الحالات أين يكون العضو مبتورا لسبب معين كحادث مرور أو عمل ، فيتدخل الطب لإعادة هذا العضو إلى مكانه وتعتبر هذه العملية من أدق الجراحات وأصعبها[2] ، والتي تقوم على شروط عملية معينة أهمها عدم تلوث العضو المبتور بشكل يمنع إعادته ، وعدم وجود فاصل زمني طويل بين لحظة انفصاله عن الجسم ولحظة إعادته إلى موضعه.

أما فيما يخص شروط نقل الأعضاء بين الأحياء ومن الميت إلى الحي ، فيمكن عرضها في مطلبين ، الأول يتعلق بشروط نقل الأعضاء بين الأحياء والثاني يتضمن شروط هذه العمليات عندما تكون بين الميت والحي.

---

[1] – انظر ، محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها ، مكتبة الصحابة ، مكتبة التابعين ، الإمارات ، القاهرة 1998 ، ص 221.

[2] – انظر ، محمد الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها ، المرجع السابق ، ص 276.

المطلب الأول : شروط استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء.

كما سبق تبيانه ، فإنّ كلّ من القانون الفرنسي والجزائري وحتى الشرع الحنيف، أيدوا ممارسة هذه العمليات ، لكن المسألة لا تبدو بهذه السهولة إذ أنّ هناك ضوابط وشروط معينة يجب على الطبيب احترامها ومراعاتها عند الشروع في هذه العملية بين الأحياء ، وذلك حتى لا يقع في مسؤولية مدنية تستوجبه التعويض ، فما هي هذه الشروط ؟

الفرع الأول : رضى المتنازل.

تجدر الإشارة قبل الحديث عن رضى المتنازل كشرط من شروط عمليات نقل الأعضاء ، إلى أنه لا يمكن مبدئيا اقتطاع أعضاء الشخص الحي ، إلا ضمن هدف علاجي ، تكون من ورائه فائدة مباشرة للمستقبل تتمثل في شفاء هذا الأخير وهذا ما أكدته المادة 161 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر التي نصت على أنه : "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية..." ، وهو قصد العلاج الذي اشترطه المشرع الجزائري لإجراء هذه العمليات، كما اشترطه المشرع الفرنسي في القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 653-94 المؤرخ في 29 جويلية 1994 والمتعلق باحترام جسم الإنسان ، أين نصت المادة 16-3 منه على عدم جواز المساس بجسم الإنسان إلا لأغراض علاجية[1].

وغرض العلاج هو المبدأ العام الذي تقوم عليه شرعية الاعتداءات الواقعة على جسم الإنسان في القانون الفرنسي[2]. غير انه مبدأ يرد عليه استثناء يتمثل في استئصال

---

[1] - Art 16-3 : Il ne peut être porté atteinte a l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

[2] - Bertrand MATHIEU, Génome humain et droit fondamentaux, presse universitaires d'Aix-Marseille, France, 2000, P 131.

الأعضاء لممارسة التجارب الطبية على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة تتمثل أساسا في أهلية المتبرع الكاملة ورضاء ، وأن تكون الأخطار مقبولة.

أما فيما يخص شرط رضى المتنازل ، فهو التزام يقع على عاتق الأطباء يتمثل في ضرورة الحصول على إذن هذا المتبرع لاقتطاع العضو منه ، ولهذا الرضى أحكام تتمثل فيما يلي :

أولا : صور التعبير عن إرادة المتنازل.

تنص المادة 162 فقرة 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر على ما يلي : "وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين ، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة ".

يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري اشترط موافقة المتبرع بالعضو لإجراء عملية استئصال العضو منه ، وتكون هذه الموافقة في شكل مكتوب ، وبمفهوم المخالفة ، لا يعتدّ بالموافقة الشفهية ، فالحكمة من اشتراط الكتابة للتعبير عن إرادة المتنازل هي لإدراك هذا الأخير لأهمية ما سيقدم عليه ، وما له من خطورة بالنسبة إليه[1]. والحقيقة أنّ اشتراط الكتابة فيه حماية للطبيب الجرّاح الممارس لهذه العملية ، ذلك انه لو افترضنا أنّ المتبرع ادعى بأنه تم استئصال العضو منه بدون رضاه في ظل قانون يسمح بالتعبير الشفهي عن الرضى ، لتمت هناك صعوبات تواجه الطبيب لإثبات عكس ما يدعيه المتبرع خاصة إذا كان لهذا الأخير شهود.

ومن هنا ، يظهر كيف أنّ الكتابة تحمي الطبيب من قيام مسؤولية مدنية له ، ذلك أنها تمكّنه وبسهولة من إثبات عدم مخالفة شرط الرضى ، وبالتالي تنتفي مسؤوليته المدنية ، وذلك باستثناء الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها أثناء الجراحة أو مخالفة الشروط العملية الأخرى.

---

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 194.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يكتف باشتراط الكتابة لقبول الرضى ، بل ذهب إلى أكثر من ذلك ليشترط حضور شاهدين اثنين ثم إيداع هذه الموافقة المكتوبة لدى الطبيب رئيس المصلحة ومدير المستشفى.

أما القانون الفرنسي ، فهو الآخر اشترط رضى وموافقة المتبرع لانتزاع العضو منه ، وذلك بموجب القانون 94-654 لـ 29 جويلية 1994 والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية ، أين نصت المادة ل671-3 في فقرتها الثانية[1] على ضرورة الحصول على موافقة المتبرع لاستئصال العضو ، وتكون هذه الموافقة معبّرا عنها أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتنازل ، أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة، ويثبت هذا الرضى في شكل كتابي موقع عليه من طرف القاضي والمتنازل ، وتعطى صورة منه للمستشفى المشرف على هذه العملية ؛ وفي حالة الاستعجال يحصل على رضى المتنازل من طرف وكيل الجمهورية لنفس المحكمة وذلك باستعمال كافة الوسائل.

وبناء عليه ، يكون لرئيس المحكمة الابتدائية أو القاضي المعين من طرفه ، دور في الإشهاد على رضى المتبرع بالعضو ، ولعل المشرع الفرنسي أحسن ما فعل عندما استبعد الطبيب رئيس المصلحة ومدير المؤسسة الصحية ، وذلك لاعتباره خصما في حالة قيام منازعة بشأن الرضى ، وهي ملاحظة تؤخذ على المشرع الجزائري على إلزاميته للتعبير عن الرضى – رضى المتنازل – أمام الطبيب أو مدير المؤسسة الصحية لأنّ ذلك يجعل من هذا الأخير حكما وخصما في نفس الوقت في حالة منازعة ، وبالتالي يكون من الأفضل اعتماد أسلوب الطرف المحايد الذي يعبّر عن الرضى أمامه كالقضاء[2] ، حتى تكون هناك ضمانات وحماية للأطراف وحتى للعملية في شكلها.

---

[1] - Art L671-3/2 : Le donneur préalablement informé des risques qu'il en court et des conséquences éventuelles du prélèvement, 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 et a tout moment.

[2] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، الكتاب الثاني ، ص 334.

إنّ ما يمكن ملاحظته كذلك على نص المادة 162 فقرة 02 من قانون حماية الصحة في الجزائر ، هو سكوت المشرع عن كيفية الحصول على رضى المتبرع الحي في حالة الاستعجال وهذا على عكس ما فعله المشرع الفرنسي عندما خوّل لوكيل الجمهورية صلاحية الحصول على رضى المتبرع في الاستعجال وذلك باستعمال شتى الوسائل حتى لو تطلّب الأمر انتقاله إلى المستشفى للحصول عليه.

لذا هناك ضرورة لتعديل نص المادة 162 فقرة 02 من قانون حماية الصحة في الجزائر ، وتتمثل في النص على كيفية الحصول على رضى المتبرع في حالة الاستعجال ، لسد هذه الثغرة التي أصبحت من المشاكل التي يواجهها الأطباء عمليا.

أما فيما يخص الشاهدين ، فالملاحظ هو أنّ المادة 162 فقرة 02 لم تنص على من يحضر الشاهدين هل إدارة المستشفى ، أم الطبيب المشرف على العملية أم المتبرع أم المستقبل ؟

وعليه يجب تعديل هذه المادة وتبيان من يأتي بالشهود ، الذين من الأفضل أن يكونوا أجانب تماما عن أطراف العملية ، من أهل العلم غير الاختصاص الطبي.

ثانيا : جواز عدول المتنازل عن رضاه.

هو حق المتبرع في العدول عن تلك الموافقة في أي مرحلة تسبق عملية التنفيذ[1] ، وهو حق اخذ به المشرع الجزائري مراعاة لمصلحة المتبرع وذلك بموجب المادة 162 فقرة 03 حيث نصت على أنه : "...ويستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة..." .

يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري ألزم الأطباء باحترام إرادة المتبرع المتجهة إلى رفض التبرع بعد قبوله ، وذلك بمنحه حق العدول عن هذا القبول ، على أنّ الإشكال يطرح نفسه على مستوى عملية التنفيذ ، فيطرح السؤال هل يجوز للمتنازل أن يعدل عن موافقته بعد استئصال العضو منه أو عند الدخول في غرفة العمليات لانتزاعه ؟

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 591.

إنّ صياغة الفقرة الثالثة من المادة 162 من قانون حماية الصحة في الجزائر ، توحي بأنه يجوز للمتبرع أن يتراجع عن موافقته للتبرع بالعضو في أي مرحلة كانت ، وحسب هذه الفقرة – إذا تقيدنا بالصياغة – ، فإنّ العدول يشمل مرحلة ما بعد الاستئصال ولكن قبل زرع العضو في جسم المستقبل ، إلا أنّ الواقع العملي يستبعد تماما هذه الصورة ، ذلك أنّ الاعتبارات الأخلاقية لا تسمح للمتبرع بالعضو العدول عن رضاه بعد الاستئصال لأنّ ذلك من شأنه إحباط المستقبل الذي يتعلق أمله بهذا العضو هذا من جهة ، ومن جهة أخرى غالبا ما يتم التبرع بالعضو في الجزائر لفائدة الأقارب فكيف يمكن تصور تراجع المتبرع عن تبرعه بالعضو بعد اقتطاعه منه لفائدة أخيه أو ابنه أو غير ذلك من أقاربه.

ولقد أخذ القانون والقضاء الفرنسيين بإجماع حق العدول عن الموافقة على العمل الجراحي المتمثل في استئصال العضو من المتبرع ، لا سيما إذا كانت العملية ستجرى لمصلحة الغير الأجنبي[1] ، وذلك على أساس افتراض حالة الموافقة التي تكون تحت تأثير عوامل خارجية ، أو بناء على معطيات معينة اتضح للمتبرع من خلالها أنّ موافقته لم تكن عقلانية ، وفي كل الأحوال لا يمكن مساءلة المتبرع عن سبب عدوله عن رضاه ، ذلك لأنّ هذا الأخير أمر شخصي لا مجال للبحث عن أسبابه[2].

ولقد ورد في المادة 02 فقرة 03 من المرسوم الفرنسي رقم 78-501 الصادر في 31 مارس 1978 والمتعلق بتطبيق قانون كيافي[3] على أنه : "وفي كل الحالات ، يمكن الرجوع عن موافقة المتبرع في أي لحظة وبدون أي شكل " ، أما قانون الصحة الفرنسي فقد نص على أنه لا يمكن استئصال الأعضاء من جسم الإنسان ولا منتوجات هذا الأخير بدون رضى مسبق من المتبرع ، الذي يمكن له العدول عنه في أي لحظة[4].

---

[1] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 328.

[2] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 592.

[3] – القانون رقم 76-1181 لـ 1976/12/22 والمتعلق باستئصال وزرع الأعضاء البشرية (قانون مشار إليه أعلاه).

[4] - Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur, ce consentement est révocable à tout moment.

وفيما يخص شكل عدول المتنازل عن رضاه ، فالملاحظ هو أنّ القانون الفرنسي لـ 31 مارس 1978 وكذا القانون 94-654 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية ، كان واضحا في صياغة المواد ، فنصّ صراحة على أنّ حق العدول عن الموافقة على التبرع يكون بدون أي شكل معين ، وبالتالي يعتد بالعدول الشفهي ، أما القانون الجزائري فالمادة 162 فقرة 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها لم تنص على شكل العدول لتقوم قرينة العدول الشفهي.

ثالثا : شروط صحة رضى المتنازل.

يمكن تلخيص شروط صحة رضى المتنازل في أربعة شروط هي : التبصير ، الأهلية ، أن يكون الرضى حرا وأخيرا أن يكون بدون مقابل .

1- تبصير المتنازل :

يعني التبصير علم المتبرع بالعضو بأخطار ومحاذير العملية ، وذلك عن طريق طبيب مختص (غالبا ما يكون مشارك في الفريق الطبي الذي سيجري العملية) ، يبين له حقائق العملية وانعكاساتها على حياته مستقبلا[1] ، فاتخاذ القرار الحاسم لقبول أو رفض التبرع بالعضو يحتاج إلى استنارة إرادة المتبرع بإعلامه عن مواصفات العملية حتى يتسنى له اتخاذ قراره عن قناعة وإدراك[2].

والتبصير أو بالأحرى إعلام المتنازل ، هو شرط أخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 162 فقرة 03 من قانون حماية الصحة حيث نصت على أنه : "ولا يجوز للمتبرع أن يعبّر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع" . وهي مادة تقابلها المادة ل 671-3 فقرة ثانية من القانون الفرنسي رقم 94-654 لـ 29 جويلية 1994 والتي أكدت على ضرورة إعلام المتبرع قبل موافقته على العملية[3].

---

[1] – انظر ،كمال لدرع ، الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 24.

[2] – انظر، سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 1999 ، ص 141-142.

[3] - Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement….

وعليه ، يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد علّق رضى المتبرع بوجوب تبصيره[1] ، تبصيرا من شأنه إنارة إرادته للتوجه إلى هذا التبرع ، وهذا ما أخذ به كذلك المشرع الفرنسي ، غير أنّ الإشكال يطرح نفسه فيما يخص التزام الطبيب بالسر المهني ، فهل إعلام المتبرع بمواصفات العملية وكذا بالحالة الصحية للمريض المستقبل للعضو ، يعدّ بمثابة إفشاء للسر المهني الطبي ، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب المدنية ؟

قبل طرح موقف كل من القانونين الفرنسي والجزائري من هذا الإشكال ، تجدر الإشارة إلى أنّ هناك جدل فقهي حاد حول المسألة ، فمن الفقه ما يرى بأنّ قيام الطبيب بإعلام المتبرع بالحالة الصحية للمستقبل يعدّ من قبيل الأخطاء الطبية المتعلقة بإفشاء السر المهني ، ويجوز للمستقبل أن يطالب بالتعويض على أساس الضرر المعنوي الذي لحق به جرّاء إطلاع الغير على حالته الصحية.

أما الجانب الآخر من الفقه فيرى عكس ذلك ، ذلك أنّ إعلام الطبيب المتبرع بمواصفات العملية والحالة الصحية للمستقبل للعضو تعدّ من قبيل مستلزمات عمليات نقل الأعضاء ، ثم إنّ المتبرع لا يعدّ أجنبيا على العملية فلولاه لما تم الشروع فيها ، ومن ثم يكون له الحق في معرفة أين سيذهب عضوه[2] ، وعليه لا يكون الطبيب مرتكبا لخطأ إفشاء السر المهني في هذه الحالة ، ولا مجال للحديث عن مسؤوليته المدنية.

أما على الصعيد القانوني ، وبالرجوع إلى نص المادة 206 فقرة 01 و 02 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر ، نجد بأنّ التزام الأطباء بالسر المهني هو ضمانة وضعها المشرع لحماية شرف المريض وشخصيته ، فهي مادة لا تتعارض مع ما جاء في نص المادة 162 فقرة 03 من ذات القانون والمتعلقة بإعلام المتبرع ، ذلك أنّ طبيعة هذه العمليات تتطلب إطلاعه على مواصفات العملية التي تدخل ضمنها الحالة الصحية للمستقبل ،

---

[1] - A. CHADLY, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical, Volume 20, N^0 : 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000, P 91.

[2] – أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النشر العربية ، بدون طبعة ، القاهرة ، 1986 ، ص 75.

وحتى يعلم على ماذا سيقدم ؛ ومن ثم يمكن القول بأنّ إعلام الطبيب للمتبرع واجب قانوني لا يعرّضه لخطأ إفشاء السر المهني ، وبالتالي لا يكون مسؤولا مدنيا عن ذلك.

وهو نفس ما تبناه القانون الفرنسي ، إلا أنّ الفارق بالمقارنة مع القانون الجزائري، يظهر في اشتراط المشرع الفرنسي عدم إطلاع الأطباء الآخرين غير المشاركين في عملية الاستئصال والزرع بمعلومات هذه العملية وكذا الحالة الصحية للمستقبل ما عدا الذين يقع تحت مراقبتهم ، ولا يطلعهم على ملف العملية وطبيعة العضو المراد استئصاله وزرعه إلا في حدود القانون[1].

2- أن يكون الرضى حرا :

إضافة إلى تبصير المتنازل عن العضو كشرط من شروط صحة الرضى ، يجب أن يكون هذا الأخير حرا ، وتعني حرية رضى المتنازل صدور موافقته على التبرع بإرادة صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوبها كالغلط ، الإكراه والتدليس.

وهو شرط لم ينص عليه المشرع الجزائري في مواد نقل الأعضاء التي تضمنها قانون حماية الصحة ، وإنما يمكن استخلاصه من نص المادة 162 فقرة 03 من ذات القانون وذلك بالبحث عن الحكمة من اشتراط إعلام المتبرع والتي تتمثل أساسا في إنارة إرادته ولتمكينه من اتخاذ قراره عن إدراك وعقلنة ، وبالتالي كل عيب يغير من مسار هذه الإرادة إلا ويجعل الرضى غير صحيح ولا قيمة قانونية له.

ولقد اختلفت التشريعات المقارنة في هذا المجال ، فالقانون الأسباني مثلا[2] ، يفرض فحص الحالة البدنية والنفسية للمتنازل قبل انتزاع العضو منه وذلك حتى يكشف ما إذا كان به إكراه أم لا ؛ أما على المستوى الدولي ، فالفقرة 02 من المبدأ الثالث من مرشد نقل الأعضاء البشرية الذي تبنّته منظمة الصحة العالمية O.M.S في 13 ماي 1991[3] تنص على أنه : "ويجب ألا يخضع المتبرع لأي نفوذ أو ضغط نفسي....".

---

[1] - Les principes généraux de la transplantation d'organes, http:// www.France-adot.org

[2] – المرسوم الأسباني رقم 462 لسنة 1980 والمتعلق بتنظيم عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية.

[3] – زرع الأعضاء البشرية ، تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة 1999 ، ص 9.

كما ورد في المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والعلوم الطبية الإحيائية La biomédecine لـ 19 نوفمبر 1996 في مادتها الخامسة ، ضرورة الحصول على الرضى الحر المتبصر للشخص قبل إجراء أي عمل طبي[1].

أما القانون الفرنسي ، فهو الآخر لم يتضمن حرية رضى المتبرع ، على أنّ ذلك لا يجب أن يمثل ثغرة قانونية ، فالمبدأ في مجال الرضى واضح وهو أن كل موافقة صادرة عن إرادة غير حرة تكون باطلة كما لو كانت مشوبة بعيب من عيوب الإرادة ، أما فيما يخص رضى المحكوم عليهم بالإعدام أو المسجونين ، فهو رضى لا يعتد به لانعدام حرية هؤلاء من جهة ، ومن جهة أخرى إنّ سجنهم أو الحكم عليهم بالإعدام يفقدهم أهليتهم للتصرف في مثل هذه المعاملات.

3- أهلية المتنازل :

يكون الشخص في المضمار القانوني إما كامل الأهلية أي راشدا قادرا على إبرام التصرفات القانونية ، أو قاصرا مميزا أو قاصرا عديم الأهلية ، كما يمكن أن يكون راشدا غير انه عديم الأهلية أما قانونا كاتصافه بحالة قانونية تعدم الأهلية كالجنون ، وإما قضائيا كحالة الإدانة ، وهي ما تعرف بموانع وعوارض الأهلية.

والملاحظ هو أنّ قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر ، لم يتضمن سنّا معينا يعتبر فيه الشخص راشدا بإمكانه التبرع بأعضائه ، وهذا ما يمثل الفراغ التشريعي في هذا المجال ، خاصة وأنّ الأمر هنا يتعلق بالتصرفات الواردة على جسم الإنسان ذات الأهمية والخطورة المعتبرة في نفس الوقت ، وعليه يستلزم الأمر الرجوع إلى القواعد العامة لاعتبار الشخص أهلا لهذه التصرفات.

فبما أنّ المشرع اعتبر المتنازل متبرعا بالعضو ، ولما كان التبرع من قبيل الهبة في القانون المدني الجزائري[2]، فإنّ هذا التصرف يفرض الأهلية الواردة في نص المادة 40 من هذا

---

[1] - Aucune intervention en matière de santé ne peut être effectuée sur une personne sans consentement libre et éclairé.

[2] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمّم ، منشورات بيرتي ، الجزائر ، 2007.

القانون وهي تمام سن 19 سنة ، ومنه يمكن استخلاص أنّ أهلية التبرع بالعضو في مجال زراعة الأعضاء لأغراض علاجية هي تمام سن 19 للإقدام على هذه التصرفات.

ولقد منع المشرع الجزائري انتزاع الأعضاء من القصّر والراشدين العديمي الأهلية، فسواء كان بالراشد عارض من عوارض الأهلية أو مانعا من موانعها ، فإنّ الأمر بالنسبة لزراعة الأعضاء نفسه ، فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون المتبرع غير أهل للإقدام على التبرع سواء كان ذلك لصغر سنه أو لأي مانع أو عارض من عوارض أهليته ؛ وهذا ما تضمنته المادة 163 من قانون حماية الصحة في الجزائر.

أما القانون الفرنسي فهو الآخر يمنع استئصال الأعضاء من القصّر والأشخاص المحميين قانونا لنقص أهليتهم أو انعدامها ، وهذا ما أكدت عليه المادة ل 671-4[1] من القانون رقم 94-654 لـ 29 جويلية 1994 والمتعلقة بزراعة الأعضاء ؛ غير أنّ الاستثناء يرد على هذه القاعدة ، وذلك في حالة الاقتطاع من النخاع العظمي من القاصر على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة هي[2] :

- أن يكون تبرع هذا القاصر لفائدة مستقبل يكون بمثابة أخ أو أخت له.
- أن يعبّر والدا القاصر أو أوليائه الشرعيين عن موافقتهم على هذا التبرع.
- أن ترخص لجنة الخبراء هذا الاقتطاع بعد تأكدها من علم القاصر بهذه العملية ورضاه بها ؛ وتتكون هذه اللجنة من ثلاث أعضاء معينين بموجب قرار من وزير الصحة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، عضوان منهم طبيبان احدهم مختص في طب الأطفال، أما العضو الثالث فهو من غير مهنة الطب ، وقرار هذه اللجنة غير قابل للطعن.
- أن لا يبدي القاصر رفضه لهذه العملية.

---

[1] - Art L671-4 : Aucun prélèvement d'organes, en vus d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineur ou sur personne vivante majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légal.

[2] - Voir les articles L671-5 et L671-6 de la même loi.

ومن هنا ، يظهر حرص المشرع الفرنسي على حماية القاصر من هذه الممارسات نظرا لخطورتها ، وهذا ما فعله المشرع الجزائري ، إلا أن هذا الأخير أغفل الاستثناء المتعلق بتبرع هذا القاصر لفائدة أخيه أو أخته بجزء من نخاعه العظمي الذي يستعمل عادة لعلاج الشلل ، وهذا ما من شأنه ضمان التكافل الأسري بين الإخوة والأخوات القصّر.

4- أن يكون التنازل بدون مقابل :

إنّ تنازل الشخص عن عضوه لنقله إلى جسم شخص آخر يجب أن يكون تبرعا وبدون مقابل[1] ، وذلك حتى تبقى هذه العمليات في إطارها الأخلاقي الذي وجدت من اجله وبالتالي عدم الخروج عن الكرامة الإنسانية.

وتعني مجانية التنازل عن العضو ، عدم تعليق المتنازل لرضاه على قبض مبلغ من المال مقابل منحه لعضوه ، لأنه بذلك يكون قد باع عضو لفائدة المستقبل وهذا ما يتنافى مع المبادئ الأساسية لعمليات نقل الأعضاء ، كما أنّ أعضاء جسم الإنسان لا يجب أن تكون محلا للمعاملات المالية ، وهذا ما أكدته المادة 161 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر أين نصت على أنه : "ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية" .

وبهذا ، يكون المشرع الجزائري قد استبعد المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء، وذلك لما لكرامة الإنسان من قيمة لا تقوّم ولا تقدّر بثمن ، كما أنّ التبرع بالعضو لفائدة مريض هو بحاجة ماسة إليه ما هو من أسمى القيم الأخلاقية ، ومن ثم فلا يجوز الاتجار بالأعضاء ولا بعمليات نقل الأعضاء حتى لا تسود البراغماتية Le pragmatisme المهدرة للأخلاق خاصة في مجال هذه الممارسات.

ولقد كرّس القانون الفرنسي مبدأ التبرع بالأعضاء وعدم الاتجار بها ، وذلك من خلال تأكيد القوانين المتعلقة بزراعة الأعضاء كقانون كيافي والقوانين الأخلاقية للعلوم

[1] – انظر، سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المرجع السابق ، ص 100-101.

الإحيائية على عدم جواز التنازل عن الأعضاء بالمقابل النقدي على أن تأخذ بعين الاعتبار تكاليف ونفقات العملية.

إنّ منع القانون الفرنسي للمقابل النقدي في مجال زراعة الأعضاء مردّه قداسة جسم الإنسان في الفقه والقانون ، وكذا اعتبار جسم الإنسان ليس ملكا لصاحبه حتى يتصرف فيه ، كما أنّ حقوقه عليه ليست مالية ، ومن ثم متى كان الحال كذلك فانه لا يجوز للفرد أن يتعامل في أعضائه أو بالأحرى في جسمه تعاملا ماليا كالبيع والاتجار.

« Le corps humain est foncièrement extra patrimonial, il n'existe donc pas de droit de propriété sur le corps qui n'est, en principe, pas successible de disposition.

Ainsi, le corps humain fait-il partie de ses chose hors du commerce, il est donc incessible en saison de son caractère sacré »[1].

غير أنه يمكن منح المتبرع مزايا اجتماعية تعتبر بمثابة حافز له وردّ للجميل ، كمنحه دبلوم أو وسام استحقاق أو شهادة تقديرية ، بل وليس هناك مانع من منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي وكذا العلاجي بعد العملية على أن لا يكون ذلك بطلب منه[2] ، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري مع الأسف ، بل حتى أنه لم ينص على التكاليف الطبية التي قد تكلفها العملية للمتبرع من أدوية ونفقات التحاليل الطبية ، ومن هنا كان على المشرع الجزائري أن يأخذ بما أخذ به المشرع الفرنسي حينما نص هذا الأخير على إمكانية تعويض المتبرع عن نفقات العملية وذلك وفقا للمادة ل665-13 من القانون رقم 94-654 لـ 29 جويلية 1994.

الفرع الثاني : رضى المتلقي.

[1] - Peggy MAS, La protection du corps humain dans le nouveau code pénal, Thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, France, 1996, P 25.

[2] – انظر ، أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 86.

إنّ موافقة المستفيد أو المتلقي للعضو تخضع في تقديرها إلى القواعد العامة للممارسة الطبية ، ذلك أنّ هذا الأخير في نظر القانون هو الذي يتدخل الطب لعلاجه عن طريق عملية جراحية بموجبها يتم استئصال العضو المريض من جسمه ليزرع محله عضو المتبرع السليم ، وبالتالي يلزم الطبيب بأخذ موافقة هذا المريض المتلقي بحكم طبيعة هذا التدخل العلاجي والمتمثل في العمل الطبي الذي يمارس عليه ، ومن ثم فإنّ تخلف رضاء هذا المريض يجعل الطبيب مخطئا ويكون مسؤولا مدنيا عن ذلك حتى ولو لم يترتب أدنى ضرر للمستقبل بعد إجراء العملية ، فهي مسؤولية قائمة على أساس الخطأ .

ويزداد الحصول على رضى المتلقي أهمية كلما كان العمل الطبي أمرا ينطوي على الكثير من المخاطر ، مما يتطلب معه إلى جانب الحيطة والحذر أخذ رضى المريض المستقبل، كما أنّ الهدف من هذا الرضى هو تنبيه هذا المستقبل بأهمية وخطورة هذه العملية الجراحية والمتمثلة في زرع العضو أو النسيج في جسمه ، وعليه لا يمكن القول بأنّ مجرد دخول المستشفى يعدّ بمثابة قرينة على قبوله لهذه العملية ، بل يجب الأخذ به فعلا نظرا لخطورة هذه الممارسات الطبية التي سيخضع لها.

ولدراسة رضى المتلقي يجب التطرق إلى عدة نقاط أساسية أهمها شكل هذا الرضى ، تبصير المتلقي ، حرية الرضى وأخيرا أهلية المتلقي.

أولا : شكل رضى المتلقي.

تنص المادة 166 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر على انه : "لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا الأخير عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وبحضور شاهدين اثنين" .

يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري اشترط التعبير عن رضى المتلقي كتابيا أمام الطبيب رئيس المصلحة التي قبل بها وأمام شاهدين اثنين ، وذلك لما تنطوي عليه هذه العملية الجراحية من خطورة تفرض أخذ موافقة المستقبل لإجرائها ، وبالتالي يكون المشرع قد اشترط الشكلية في رضى المستقبل عن العملية بالرغم من كون هذا الأخير هو المستفيد منها مقارنة مع المتبرع[1].

ويبقى الإشكال يطرح نفسه فيما يخص من يحضر الشاهدين ، هل الطبيب أم المتلقي أم المتبرع ؟ لذا يكون من الأفضل إعادة صياغة هذه الفقرة وتبيان مصدر الشاهدين وتجنب العرف المعمول به وهو حضور الأطباء كشهود.

ولقد استبعد المشرع الجزائري الموافقة في الفقرة السادسة من نفس المادة وذلك في الظروف الاستثنائية –وهي حالة الضرورة والاستعجال– ، أو في حالة ما إذا تعذّر الاتصال بالممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته في الوقت المناسب.

كما أنّ اعتبار الطبيب رئيس المصلحة –والذي غالبا ما يكون هو الممارس للعملية في الواقع العملي– ، هو من يقدّر حالة الضرورة التي تجرى فيها العملية مباشرة دون الأخذ بموافقة المستقبل ، أمر يجعل من هذا الطبيب الذي قد يكون المدعى عليه هو الحكم في نفس الوقت وبالتالي التوسيع من سلطاته في التدخل بجسم المريض الضعيف في نظر القانون ، وعليه كان على المشرع الجزائري أن يجعل من حالة الضرورة كسبب لاستبعاد موافقة المتلقي من اختصاص لجنة طبية أجنبية على العملية وعلى مستوى نفس الهيكل الاستشفائي.

ثانيا : تبصير المتلقي.

حتى يكون رضى المريض المستقبل للعضو صحيحا ، فانه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطة هذا المريض علما بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية حتى يكون رضاه

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 546.

متبصرا ومستنيرا[1] ، فيقدم له ما يكفي من معلومات حول مواصفات العملية ليتسنى له اتخاذ قراره عن قناعة وإدراك للإقدام على هذه العملية أو تجنبها.

وهو التزام طبّي أصيل نصت عليه المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر[2] بقولها : "يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة..." ، كما نصت المادة 43 من المدونة على أنه : "يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة وبشأن أسباب كل عمل طبي".

وتؤكد الفقرة الخامسة من المادة 166 من قانون حماية الصحة في الجزائر على ضرورة إعلام المريض المتلقي وتبصيره حتى يعطي موافقته ، ومن ثم فإنّ كل إخفاء أو عدم الصدق في الإعلام أو انعدامه أصلا ، يعرّض الطبيب إلى مسؤولية مدنية يكون فيها ملزما بتعويض المستقبل حتى ولو لم يتضرر جرّاء العملية ، وذلك لقيامها على أساس الخطأ المتمثل في عدم إعلام المريض المستقبل[3].

أما القضاء الفرنسي ، فقد اكتفى بالمعلومات البسيطة التقريبية بشأن العملية ، على أن تكون صادقة ومقتصرة فقط على المخاطر المتوقعة لا الاستثنائية التي يكون حدوثها أمرا نادرا عمليا[4] ، ولا يلزم الطبيب بإعطاء معلومات تقنية تفصيلية ، ولكنه ملزم عمليا بجعل مريضه مدركا بأنّ صحته غير مستقرة وبذلك يقوده إلى فهم ضرورة هذا الزرع ونتائجه عن طريق استعمال لغة بسيطة لا المصطلحات الطبية.

ثالثا : حرية رضى المتلقي.

إنّ المريض المستقبل هو وحده –في الحالات العادية غير الاستثنائية– ، الذي يقرر مصير عملية نقل العضو ، فهو الذي يملك الخيار في رفضها أو قبولها فبالرغم من انه من

---

[1] - G.DEVALAY : La responsabilité médical, http:// www.med.univ-rennes L.fr.

[2] – المرسوم رقم 92-276 لـ 1992/06/06 المشار إليه سابقا.

[3] - OUSSOUKINE Abdelhafid, Traité de droit médical, publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003, P 120.

[4] – انظر ، مامون عبد الكريم ، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضى وجزاؤه ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الثاني ، الجزائر ، بدون سنة ، ص 43.

الناحية الطبية العملية شخص غير قادر على تقدير ضرورة هذه العملية ، إلا أنه من الناحية القانونية يعتبر صاحب الكلمة الأخيرة.

إنّ المبدأ في المجال الطبي هو أنّ المريض ليس حكرا على الطبيب ، وهذا ما يجعل هذا الأخير ليس وصيا على المريض ، وكنتيجة ظهرت الرضائية التي تبرز عند المريض المستقبل للعضو أكثر مما هي عند الطبيب ، ذلك أنّ هذا الأخير ملزم بالعلاج الذي يعتبر خدمة عامة يقدمها الطبيب في المستشفيات العمومية ، وهذا ما يقلص حقه في الرضى بإجراء العملية ، أما المريض المتلقي فله الحق في قبول أو رفض العلاج ، وبمجرد قبوله على ذلك فلا يجوز للطبيب الامتناع عن ذلك وإلا تعرض إلى مسؤولية مدنية قد تتحول إلى جنائية في حالة وفاة المتلقي أو إصابته بعاهة ما.

كما أنّ حرية المتلقي في اتخاذ قراره بشأن عملية الزرع تفرض استبعاد كل ضغط أو إكراه حتى ولو كان عائليا وذلك للخطورة المعتبرة لهذه الممارسات ، ومن ثم يجب أن يكون رضى المستقبل (المتلقي) شخصيا وحرا بعيدا عن كل الضغوطات الأجنبية حتى وإن كانت من أقربائه.

رابعا : أهلية المتلقي.

لا يكون لرضى المتلقي أي قيمة قانونية ما لم يكن هذا الأخير أهلا للتعبير عن إرادته وفقا للقانون ، غير أنّ المشرع الجزائري في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها لم يحدد سنا معينا يعتد به في تحديد أهلية المتلقي ، خاصة وأنّ المسألة بالنسبة لهذا الأخير تختلف عما هي عند المتبرع ، فمهما كانت أهلية المستفيد ، فإنّ العملية لصالحه أي نافعة نفعا محضا بالنسبة له. أما المتبرع ، بحكم تنازله عن عضوه ، فإنّ العملية بالنسبة إليه ضارة

ضررا محضا ، لهذا اشترط المشرع الجزائري أن يكون كامل الأهلية وهذا ما يفسر عدم جواز اقتطاع الأعضاء من القصّر المتبرعين[1].

إلا أنّ القيمة القانونية لهذه الأهلية (أهلية المتنازل) تتعلق بالرضى عن هذا العمل الطبي ، ومن ثم يكون الحل هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري في المادة 40 منه[2] ، فكل شخص بلغ سن 19 سنة وكان في كامل قواه العقلية ، مريضا ومحل عملية زرع عضو بجسمه ، يمكن له التعبير عن إرادته المتبصرة وقبول العملية ، غير أنّ الإشكال يتعلق بالمرضى القصّر أو غير القادرين على التعبير عن إرادتهم ، فهل يؤخذ برضاهم أم أنّ المشرع الجزائري استبعده ليأخذ به من أشخاص آخرين ؟

هي الحالات المنصوص عليها في الفقرات من الثانية إلى الخامسة من المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر ، والتي نص فيها المشرع على الأشخاص المنوط بهم التعبير عن إرادتهم مكان المريض المستقبل الذي لا يمكنه القيام بذلك إما لعدم اكتمال أهليته القانونية أو لافتقاره إلى الأهلية الفعلية[3] (أي يكون أهلا غير أنّ حالته الصحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته كحالة فقد الوعي مثلا).

1- حالة عدم اكتمال الأهلية القانونية :

تنص المادة 166 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة في الجزائر على أنه : "...وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية ، أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة...".

يتضح من خلال هذه الفقرة ، أنّ المشرع الجزائري نقل حق الموافقة (موافقة المستقبل عديم الأهلية) على عملية الزرع إلى الأب ثم الأم في حالة غياب أو انعدام الأب، ثم إلى

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 256 و 257.

[2] – انظر ، المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

[3] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 558 و 559.

الولي الشرعي في حالة غياب الأبوين ، فهي حالة تخص المستقبل الذي تنعدم أهليته تماما كما لو كان مجنونا.

أما القاصر فالفقرة الرابعة من نفس المادة تنص على أنه : "أما القصّر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذّر ذلك فالولي الشرعي..." ، والملاحظ على نص هذه الفقرة هو أنها تكرار لحكم عديم الأهلية ، ذلك أنّ الإنابة على القاصر للتعبير عن رضاه تكاد تكون نفسها عند تلك التي هي عند عديم الأهلية ، ففي كلا الحالتين تنتقل الموافقة على عملية الزرع إلى الأب ، الأم فالولي الشرعي.

وفيما يخص القانون الفرنسي ، فإنّ الموافقة على إجراء عملية الزرع بجسم القاصر تؤخذ من الوالدين معا[1] ، أي ضرورة اشتراك الأب والأم في اتخاذ القرار بشأن العملية ، وفي حالة النزاع حول هذا القرار ، ينظر في ذلك أمام قاضي الاستعجال الذي يفصل فيه وفقا لما تقتضيه مصلحة القاصر الصحية بعد اخذ رأي الطبيب الجرّاح الذي يشرف على العملية ويعتبر هذا الحكم نهائيا غير قابل للاستئناف.

أما في حالة الطلاق ، فتبقى مبدئيا سلطة رعاية الأطفال مشتركة بينهما ، فيلتزم كل من الأب والأم المطلقة برعاية الحالة الصحية للابن ، ومن ثم يشتركان معا في اتخاذ القرار بشأن العملية ، أما إذا كان الوالدان متوفيان ، فإنّ حق اتخاذ قرار العملية ينتقل إلى الوصي مع موافقة مجلس العائلة وفي حالة النزاع تكون الكلمة الأخيرة للقاضي ، وتطبق نفس الأحكام على المرضى عديمي الأهلية غير القصّر.

ومن هنا ، يمكن القول بأنّ المشرع الفرنسي كرّس مبدأ المساواة في السلطة الأبوية في اتخاذ قرار العملية التي سيخضع لها عديم الأهلية أو القاصر ، وذلك عندما ألزم المشرع الفرنسي اخذ موافقة كل من الأب والأم معا ، وهذا عكس ما جاء به المشرع الجزائري الذي قدّم الأب عن الأم ، وعليه يكون موقف المشرع الفرنسي أكثر فعالية على ما هو عند الجزائري ، لأنّ تقدير مصلحة الابن خاصة الصحية تكون أكثر عقلنة لو اتخذت من

[1] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 332.

كلا الوالدين ، حتى أنّ احتمال مسألة النزاع بين الوالدين لا تؤثر على اتخاذ قرار العملية لاعتماد أسلوب القضاء كطرف محايد يعمل لصالح القاصر المريض أو عديم الأهلية ، وهذا يمثل ضمانة أخرى إضافة إلى اشتراك الوالدين.

2- حالة انعدام الأهلية الفعلية :

وهي الحالة التي يكون فيها المريض المتلقي للعضو أهلا قانونا ، غير أنه غير قادر على ممارسة هذه الأهلية بسبب حالته الصحية كانعدام الوعي أو الغيبوبة ، مما يجعل أخذ موافقته منه على نقل العضو له أمرا مستحيلا[1] ، فهل يجوز للطبيب مباشر العملية دون اخذ موافقته لاستحالتها ، أم يجب عليه الاستناد إلى أشخاص آخرين لأخذ هذه الموافقة؟

تنص المادة 166 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة في الجزائر على أنه : "...وإذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضاه ، أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة 164 أعلاه[2] أن يوافق على ذلك كتابيا...".

يتضح من خلال هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري اشترط في حالة تعذر الحصول على رضى المتلقي بسبب حالته الصحية ، أن يتحصل الطبيب الجرّاح على هذا الرضى من احد أفراد أسرة المتلقي حسب الترتيب الوارد في المادة 164 من ذات القانون ، أما القانون الفرنسي فوفقا للمبادئ العامة في القانون المدني ، يكون الرضى ملتمسا من احد أطراف رابطة القرابة الزوجية للمريض المستقبل غير القادر على التعبير عن إرادته نظرا لحالته الصحية ، فنجد الزوج أو الزوجة بالدرجة الأولى ثم الأصول فالفروع[3] ، ثم الأقارب الآخرين من ذوي الأصول في حالة انتفاء الزوجة أو انعدام الوالدين ، وإذا لم يكن لهذا المستقبل أقارب ، يكون الطبيب ممثله الشرعي الذي يقرر بشأن العملية .

---

[1] - X. LESERGRETAIN et S.CHASSANY, La protection juridique de l'hôpital, édition berger levraut, Paris, 1999, P 122.

[2] – تنص المادة 164 فقرة 02 من قانون حماية الصحة في الجزائر على انه : "...إلا بعد موافقة احد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي...".

[3] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 335.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ للطبيب سلطة واسعة بشأن قرار العملية ، ذلك انه يمكن له أن يرفض العملية ولو وافق عليها الممثل الشرعي للمستقبل المفتقر للأهلية الفعلية ، وذلك إذا رأى أنّ ممارسة العملية فيه خطر وضرر كبير على المريض ، ومردّ هذه السلطة التقديرية هي الاعتبارات الطبية والصحية المتعلقة بهذا المستقبل من جهة ، ومن جهة أخرى اعتبار الطبيب المسؤول الوحيد عن مدى تقدير ضرورة هذه العملية بالنظر إلى الحالة الصحية المتدهورة للمستقبل.

الفرع الثالث : الشروط الطبية لعمليات نقل الأعضاء.

لقد دفعت خطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالمشرّعين في مختلف الدول إلى اعتماد ضوابط وشروط معينة تمارس في إطارها هذه العمليات ، فبالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالمتلقي والمتبرع ، فإنّ القانون ينظم هذه الممارسات من الناحية الطبية عن طريق وضع ضوابط تتعلق أساسا بالجوانب الفنية والإدارية لها ، فما هي هذه الشروط ؟

أولا : الطبيب الممارس للعملية.

إنّ صفة الطبيب لا تثبت للشخص إلا إذا توافرت فيه شروط معينة نصت عليها مختلف القوانين المتعلقة بالقطاع الصحي في الجزائر[1] ؛ فنجد المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها تنص على انه : "تتوقف ممارسة مهنة الطب في الجزائر بناء على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة وذلك وفقا للشروط التالية :

- أن يكون طالب الرخصة حاصلا على شهادة دكتوراه في الطب.
- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلّة مرضية تتنافى مع ممارسة المهنة.

[1] – انتظر ، المواد من 197 إلى 227 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر.

- أن يكون –فيما عدا الحالات المنصوص عليها قانونا– جزائري الجنسية.

وهي شروط مهنة الطب العام ، أما الجراحة فتضيف المادة 198 من ذات القانون شرط الحصول على شهادة في التخصص المراد ممارسته ، ولما كانت عمليات نقل الأعضاء البشرية من قبيل الأعمال الطبية الجراحية ، فإنّ شرط التخصص يجب توافره مبدئيا ، بل إنّ ذلك لا يكفي لممارسة هذه العمليات ، فخطورتها تفرض على الطبيب أن يكون ذا مهارات وكفء إلى درجة ممارسة هذه العمليات حتى يتم ضمان الحد الأدنى لنجاح العملية وتماشيا مع مبدأ عدم الإضرار بالمتبرع.

أما القانون الفرنسي فيأخذ بنظام التخصص في مجال زراعة الأعضاء ، أي على الطبيب المشرف على العملية أن يكون متخصصا في طب زراعة الأعضاء Médecine de la Transplantations d'organes ، ويمارس هذا الاختصاص وفقا لتخصص معيّن ، فيكون إمّا طبيب نقل الأعضاء Médecin de Transplantations ، وإما متخصص في زراعة الأنسجة والخلايا Un greffent ، وهذا ما يمثل النقص على مستوى تكوين الأطباء في الجزائر.

وكذلك من الشروط المتعلقة بالطبيب الممارس للعملية (عملية نقل العضو) ، عدم جواز الجمع بين الفريق الطبي الذي يثبت الوفاة ، والطبيب الذي يقوم بنقل العضو ، وهو ما سيتم التطرق إليه لاحقا في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ثانيا : الحالة الصحية للمتلقي والمتنازل.

إنّ الحالة الصحية للمتلقي أو المستقبل والمتنازل عن العضو ، هي من أهم شروط عمليات نقل الأعضاء ، ذلك لتضمّنه العديد من الجوانب التي قد تتوقف عليها هذه العمليات ، فمن جانب المتنازل وقبل الحديث عن حالته الصحية ، تجدر الإشارة إلى انه لا يجب أن يقع به ضرر جرّاء العملية[1] ، وبالتالي لا يجوز الإقدام على اقتطاع أي عضو من جسم هذا الأخير إذا غلب على الظن انه سيسبّب له الموت أو تعطيل وظائف أعضائه

[1] – انظر ،كمال لدرع ، الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 31.

الأخرى ؛ أما عند مباشرة العملية فيشترط فيه أن يكون خاليا من أي مرض يكون من شأنه الإضرار بصحة المستقبل كما لو كانت به التهابات بكتيرية أو فيروسية أو مرض فقدان المناعة (الإيدز). أما على المستوى النفسي فيجب تحضير أطراف العملية نفسيا قبل إجرائها.

إنّ الغرض من التأكد من الحالة الصحية لكل من المتلقي والمتبرع هو تحسين الظروف الطبية المحيطة بالعملية من اجل ضمان نجاحها ، فيجب التأكد من أنّ العضو المراد استئصاله صالح لزرعه في جسم المستقبل وتأدية وظائفه به ، وعليه إذا قام الطبيب بزرع عضو مريض في جسم المستقبل فإنّ ذلك يعتبر خطأ من جانبه يستوجبه التعويض، كما لا يجوز للطبيب استئصال الأعضاء المنفردة من جسم المتبرع والتي تتوقف حياته عليها كالقلب مثلا ولكن هل يجوز للطبيب زرع الأعضاء التناسلية ؟

لا يوجد نص صريح في قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر حول عمليات زرع الأعضاء التناسلية سواء بالنسبة للمرأة أو الرجل[1] ، ولكن بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري نجد أنّ المادة 273 منه تنص على جريمة الخصاء المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد حسب الحالة ، ويعني هذا الفعل الإجرامي اقتطاع الخصيتين أي الجهاز التناسلي للذكر أو المبيض عند الأنثى ، وقياسا عن ذلك ، نجد أنّ الطبيب الجزائري ممنوع عليه القيام بهذا النوع من العمليات ، ومردّ هذا المنع هو عدم وقف التناسل[2] ، وتفاديا لاختلاط الأنساب.

أما القانون الفرنسي ، فهو الآخر اشترط صلاحية العضو المنقول كما وضع ضمانات لعدم الإضرار بأطراف العملية ، وذلك بموجب المرسوم رقم 92-194 المؤرخ في 25 فبراير 1992 والذي فرض على الطبيب المشرف على العملية إجراء بعض الفحوصات الطبية التي يجب التأكد من نتائجها قبل الشروع في العملية ، ومن قبيل هذه الفحوصات

---

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 480.

[2] – قد يكون فعل الخصاء مباحا إذا كانت الحالة الصحية للرجل أو المرأة تتطلب وقف التناسل عندهما ، كاقتطاع المبيض عند المرأة لضرورة علاجية ، وهو ما يعرف بعمليات التعقيم كأسلوب علاجي ، على أن يكون ذلك وفقا لشروط وضوابط معينة نص عليها الشرع الحنيف.

التحاليل الطبية الحيوية للمتبرع Analyses de la Biomédical وكذا الفحوص الطبية الكاشفة عن الأمراض Testes de dépistages ، وهي فحوصات ألزمها قانون 06 أوت 2004 المعدل والمتمم للقوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية في فرنسا في باب الوقاية الصحية.

ثالثا : حفظ العضو المنقول.

وهو شرط يكتسي أهمية معتبرة في مجال زراعة الأعضاء البشرية ، كما أنّه إجراء طبي يلجأ إليه الأطباء عند ممارسة هذه العمليات حتى لا تتلف الأعضاء المستأصلة ، والجدير بالذكر في هذا المقام هو أنّ مدة حفظ العضو تختلف باختلاف التكوين التشريحي له La composition anatomique d'organe[1] ، فالأنسجة العظمية مثلا لا يمكن أن تبقى لمدة ساعة محرومة من كمية الدم اللازمة لها بدون أن يصيبها أدنى تلف ، أما الأعضاء المركبة كالكبد والكلى فمدة حفظها لا يجب أن تتعدى بضع ساعات (أي من 03 إلى 09 ساعات) ، ويجب أن تودع في مكان تتراوح درجة حرارته ما بين 15 و20 درجة بالنسبة للكبد و 04 درجات بالنسبة للكلى.

رابعا : توافق أنسجة المتلقي والمتنازل.

وهو احد العوامل الأساسية لنجاح عمليات نقل الأعضاء ، حيث يعتبر من الضروري قبل إجراء عملية استئصال العضو من جسم المتبرع ، تأكد الأطباء من أنّ أنسجة هذا الأخير تتوافق مع أنسجة المتبرع وإلا كانت نسبة نجاح العملية ضئيلة جدا.

إنّ شرط توافق أنسجة المتبرع والمتلقي يعتبر التزاما طبيا يجب التأكد منه قبل إجراء العملية ، وذلك تحسبا لوقوع الظواهر الطبية الخطيرة المتمثلة في رد جسم المستقبل للعضو المزروع بداخله ، وهي ظاهرة تعرف بـ "ظاهرة الأجسام الغريبة Le phénomène de rejet".

ويخضع شرط التوافق النسيجي في فرنسا لرقابة المؤسسة الفرنسية لنقل الأعضاء ، وذلك باستحداثها لسجل وطني إلكتروني تدون فيه كل المواصفات البيولوجية للمتبرعين

[1] – انظر بتفاصيل أكثر مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 140.

والمستقبلين للأعضاء وهذا لضمان سرعة العملية[1] ، أما في الجزائر فالملاحظ هو أنّ المشرّع لم ينص على هذا الشرط صراحة ، وإنما اعتبره مسألة تخضع للسلطة التقديرية للّجنة الطبية الموجودة على مستوى المستشفيات المرخص لها بإجراء هذه العمليات ، والتي تقرر ما إذا أمكن إجراء النقل بعد تقدير نسبة التوافق النسيجي.

خامسا : مكان إجراء عمليات نقل الأعضاء.

هو شرط إداري يتمثل في عدم إمكانية إجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية لأغراض علاجية ، إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها بممارسة هذا النوع من العمليات.

فبحكم خطورة هذه الممارسات يكون من الضروري تدخل الدولة بصورة فعالة لحماية سلامة الأفراد البدنية والكرامة الإنسانية ، وذلك تحسبا لأي انحرافات طبية تتعارض مع الصبغة الأخلاقية لهذه العمليات كالاتجار وبيع الأعضاء البشرية ، لذا تسعى الدول إلى إحاطة هذه العمليات ببعض الضمانات الكفيلة بإبقائها ممارسة وفقا للقيم الإنسانية ، وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي تنص على أنه : "لا ينتزع الأطباء الأنسجة ولا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك الوزير المكلف بالصحة...".

ومردّ الترخيص الوزاري هو قدر الحماية القانونية التي يمكن توفيرها لأطراف العملية داخل المستشفى ، لا من حيث كفاءة الأطباء فحسب ، وإنما من حيث الإمكانيات المادية للمستشفى كذلك ، وهذا ما يأخذه الوزير المكلف بالصحة بعين الاعتبار عند إصداره لقرار الترخيص.

وقد اشترط المرسوم الفرنسي لـ 31 مارس 1978[2] ضرورة إجراء عمليات نقل الأعضاء إلا في المستشفيات المرخص لها بذلك ، وهذا ما جعل القانون يخوّل الإدارة سلطة

[1] - Les principes généraux de la transplantation d'organes, http: // www.France-adot.org.

[2] – المرسوم رقم 78-501 لـ 1978/03/31 والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية والمطبق لقانون كيافي المشار إليه سابقا.

الترخيص في هذا المجال ، على أنّ الإشكال يطرح نفسه فيما يخص المستشفيات غير المرخص لها بذلك فهل يعني ذلك جعلها أجنبية عن هذه العمليات ؟

إنّ قانون 06 أوت 2004 الفرنسي المعدل للقوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية ، تعرض لهذه الإشكالية ووسع من النطاق الإقليمي (المكاني) لهذه العمليات ، وذلك عن طريق استحداث ما يعرف بشبكات استئصال الأعضاء Réseaux de prélèvement [1] ، والتي تعني التنسيق فيما بين المؤسسات الصحية لتكثيف نشاطات زراعة الأعضاء كالاستعانة بالجراحين أو بغرف العمليات على أن تكون هذه الأخيرة مجهزة وتسمح بإجراء هذا النوع من الممارسات الطبية ، ويخضع ذلك لرقابة الوكالة الطبية للعلوم الإحيائيةAgence de la biomédecine.

أما فيما يخص اقتطاع قرنية العين ، فالقانون الفرنسي يسمح بإجرائها في مكان وفاة الشخص ، ومن هنا يظهر كيف أنّ المشرع الفرنسي ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء من حيث مكان ممارستها ، تنظيما من شأنه تسهيل الإجراءات وخلق ثقافة التبرع بالأعضاء من خلال عدم تهميش المستشفيات غير المرخص لها بممارسة هذه العمليات فيسمح لها بانتداب جرّاحيها وجمع المتبرعين بالأعضاء وممارسة التوعية والتحسيس.

المطلب الثاني : استئصال الأعضاء من جثث الموتى.

يعتبر حق الإنسان في تكامله الجسدي حقا جوهريا ، منعت جلّ التشريعات الاعتداء عليه ما لم تكن هناك ضرورة تجعل هذا الاعتداء مباحا ، لكن ماذا يبقى من هذا الحق بعد الوفاة ؟ وهل يسمح للطبيب الذي عهدت إليه مهمة حماية حياة الفرد من الموت

[1] - Tous les établissement de santé, qu'il soient autorisé au non, participent a l'activité de prélèvement d'organes (ou de tissus) en s'intégrant dans des réseaux de prélèvement.

أن يستغل هذه الأخيرة ليقتطع الأعضاء من جسمه بعد وفاته لأغراض علاجية أو علمية [1]؟

لقد طرحت مسألة تصرف الطبيب في جثة الميت عدة إشكالات أثيرت بصددها نقاشات فقهية تتمثل أساسا في اتجاهين فكريين ، فالأول يرفض استئصال الأعضاء من جثة الميت لاعتبارها شيئا مقدسا لا يجوز المساس به لأي سبب كان وإلا انتهكت حرمته، فهو المبدأ المعروف في الفقه الفرنسي بـ Principe d'inviolabilité du cadavre والقائم على اعتبارات أخلاقية ناجمة عن هذه القدسية.

غير انه وانطلاقا من نفس الاعتبارات الأخلاقية ، ظهر الاتجاه الفكري الثاني المؤيد لاستئصال الأعضاء من الأموات ، ومن رواده الفقيه سافاتيي J.SAVATIER الذي اعتبر أنّ الجثة ما هي إلا شيء يفرض احترامه الوفاء لذكرى الشخص الذي مثّلته طيلة حياته ، فليس هناك ما ينقص هذا الاحترام إذا استؤصلت أعضاء منها لغرض حماية شخص آخر مهدد بالموت ، الذي قد يحمل هذه الذكرى ويقبل بالتبرع بأعضائه هو الأخر بعد موته[2].

أما على الصعيد القانوني ، فالملاحظ هو تأثر المشرع الفرنسي بكل الاتجاهين ، فمن جهة تبنّى مبدأ عدم جواز المساس بجثة الميت ، ومن جهة أخرى اعترف بتراجع هذا المبدأ أمام الضرورة والمصلحة العامة . فأباح تشريح الجثث L'autopsie بأنواعها الثلاث المتمثلة في التحليل التشريحي الذي يرصد للبحث الطبي ، وكذا التشريح السريري أو العلمي الذي يهدف إلى اقتطاع الأعضاء لاكتشاف الأمراض وإجراء التجارب المخبرية ، وأخيرا التشريح الطبي–القانوني Autopsie Médico-légal الذي تأمر به السلطات القضائية للتحقق في سبب الموت المشكوك به[3].

---

[1] - J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes après décès, colloque sur la mort, aspects médico-légaux, Poitiers Cujas, 1980, P 19.

[2] - J.SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, cahier laennec, mars 1960, P 35.

[3] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 193.

كما أباح استئصال الأعضاء من جثة الميت ، وذلك في حالة الضرورة العلاجية أو البحث العلمي ، وهذا ما فعله كذلك المشرع الجزائري ، على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة ، فما هي هذه الشروط ؟ وقبل ذلك ماذا يقصد بوفاة الإنسان طبيا وقانونا ؟

الفرع الأول : الموت بين الاعتبارات الطبية والقانونية.

إنّ مسألة الموت La mort هي مسألة لطالما ثار جدال حول مدى اعتبارها تدخل في اختصاص رجال القانون أم الأطباء ، ومردّ هذا الجدال الطابع الازدواجي لها والمتمثل في جوانبها البيولوجية والقانونية.

إنّ الهدف النبيل من وراء عمليات استئصال الأعضاء من جثث الأموات والمتمثل في إنقاذ حياة الغير ، هدف يفرض تجاوز هذا الصراع لتحقيقه ، ومن ثم وجب التضامن بين رجال القانون والطب عن طريق جمع الآراء واستخلاص الحلول المشتركة لتحديد لحظة الوفاة ، فلا يمكن لأحد إنكار الصفة البيولوجية للموت التي تدخل في اختصاص رجال الطب ، كما لا يمكن تهميش رجال القانون عن الموت وذلك لمالها من آثار قانونية.

أولا : التعريف القانوني للموت.

الموت عامة هو انقطاع الحياة ، لكن يجب التفرقة بين موت الشخص وموت الأنسجة ، فهذه الأخيرة تبقى حية لمدة قد تصل إلى ساعتين أو أكثر (مدة تختلف باختلاف طبيعة النسيج)[1].

وهذا ما يؤكد أنّ الموت لم يعد يظهر وكأنه حادثة وحيدة فورية تصيب كل وظائف الجسم مرة واحدة ، خاصة وأنّ وسائل العلاج الحديثة كالإنعاش الاصطناعي أصبحت

[1] – انظر ، مدحت فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، الطب الشرعي والبحث الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1991 ، ص 03.

تمدّد الموت لتمسّ بشكل منفصل أجزاء الجسم ، فهل ينتظر حتى تلحق بآخر جزء منه لنقول أنّ حياة الفرد انتهت ؟ [1]

هي إشكالية تطرح نفسها على المستوى القانوني ، والتي أصدر بشأنها مجلس الدولة الفرنسي قرارا في 1993/07/02 والذي جاء كالآتي : "الموت قانونا هو حالة الشخص الذي تلف جهازه الدماغي بشكل نهائي نتيجة تطبق رسم الشرايين وصور الدماغ الكهربائية المتنوعة "[2].

أما تعريف الموت من حيث آثاره القانونية فقد عرّفه الفقه على أنه : "تلاشي الشخصية القانونية مما يرتب آثارا قانونية مهمة تتمثل في تغيير الحالة المدنية للمتوفى وتوقفه عن كونه شخص في نظر القانون"[3].

وبالتالي يمكن القول بأنّ الموت قانونا هو تلك اللحظة التي يختفي فيها الشخص عن الوجود قانونا –باستثناء حالة الموت الحكمي (الغائب والمفقود)– ، لحظة مجردة يتوقف فيها المرء عن الحياة مما يحدث تغيرات جوهرية على الصعيد القانوني أهمها فقدانه للشخصية القانونية[4] ، وذلك بعد إثباتها وفقا لمبادئ قانونية معينة تحكم مسألة التحقق من الوفاة وإن كانت لا تعطي تعريفا دقيقا للموت. وهو ما يلاحظ على التشريع الجزائري الذي تطرّق إلى الوفاة من حيث آثارها ، فأسند لحظة تحديدها إلى الطب وهو ما سيتمّ التطرق إليه لاحقا.

إنّ الإشكال يطرح نفسه على المستوى العملي الطبي ، فظاهرة الموت بالنسبة لرجال الطب ليست تلك الحالة المجردة التي تفصل الإنسان عن الوجود ، وإنما ينظر إليها وفقا

---

[1] - J.HAMBURGER, Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2eme congrès international de moral médical, thème 02, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, 1966, P 297.

[2] - Arrêt du conseil d'état du 02/07/1993 note G. lepreton, le droit, la médecine et la mort, doctrine, P 620.

[3] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 202.

[4] – انظر المادة 25 من القانون المدني الجزائري.

لمعايير طبية بيولوجية des critères Biomédical تظهر عند الشخص وهو يفارق الحياة فما هي الموت عند الأطباء ؟

ثانيا : التعريف الطبي للموت.

يعرّف البروفيسور الفرنسي PAILLAS الموت على أنه : "عملية في اتجاه واحد غير قابل لشفاء ، ناتج عن توقف متلاحق لعدة مظاهر من الحياة المؤمّنة لعمل الأعضاء والأنسجة والخلايا في الجسم..."[1].

كما يعرّف الطب الشرعي الموت بأنه توقف الأنشطة الحيوية في الجسم ، والتي تقوم استمراريتها على سلامة الأجهزة الرئيسية الثلاث في جسم الإنسان وهي جهاز التنفس ، والدوران والجهاز العصبي ، فإذا توقف عمل احد هذه الأجهزة اختل عمل الأجهزة الباقية لينتهي الأمر بالوفاة ، والموت بصفة عامة ثلاث هي :

1- الموت الوظيفي الإكلينيكي :

ويكون فيه الشخص منعدم الوعي لا يتنفس ودوران الدم بجسمه متوقف ، فهو موت سريري تتوقف فيه الوظائف الحيوية ، وما يميزه هو احتمال عودة المريض إلى الحياة لعدم توقف خلايا الدماغ عن العمل.

2- الموت الظاهري :

وهنا تتوقف كل وظائف الحياة لبضع دقائق نتيجة انعدام الأكسجين ، وهي الحالة التي يلجأ فيها إلى استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي وجهاز الصدمة الكهربائية.

3- الموت النسيجي الحقيقي :

وهي الحالة التي تتوقف فيها نهائيا كل وظائف الحياة نتيجة فقدان الأنسجة لحيويتها وتوقف خلايا الدماغ عن العمل.

---

[1] – انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 205 ، مقتبس من:

Paillas, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille Médical n^0 : 05, 1970, P 205.

إنّ ما يمكن ملاحظته هو أنّ الطبيب لا يعرّف الموت كظاهرة ، وإنما يعرّفه كحالة أي يكشف عن أعراض وعلامات معينة إذا وجدت عند الفرد فيعتبر ميتا أو في مرحلة الوفاة ، وبالتالي يخضع الموت عند الأطباء إلى مبدأ السببية La causalité الذي يجعل منه (الموت) نتيجة لحالة معينة ، وهو ما اصطلح على تسميته بلحظة الوفاة أي الحالات التي تحدد فيها وفاة الشخص.

ثالثا : تحديد لحظة الوفاة.

لقد كان الأطباء يستندون إلى معيار قديم لتحديد لحظة الوفاة ، ولكن وفي ظل التطور العلمي في مجال الطب ، أصبح هذا المعيار لا يتلاءم مع هذه التطورات ، ممّا أدّى إلى ضرورة اعتماد معيار آخر ثابت يعتدّ به لاعتبار الشخص ميّتا ، وبالتالي إمكانية الاستئصال.

1- المعيار القديم لتحديد لحظة الوفاة :

يكون الإعلان عن الوفاة بعد التحقق منها ، عن طريق تشخيص أعراض الموت التي يختص بها رجال الطب لا القانون ، لاعتبار المسألة تتعلق بالجانب البيولوجي للموت، وثم تكون مسألة تحديد لحظة الوفاة طبية ، تخضع في تقديرها إلى الاعتبارات العلمية الطبية ، أما القانون فيتدخل بعد الإعلان عن الوفاة أي عند اعتبار الشخص ميتا فعلا لينظم الآثار القانونية التي ترتبها الوفاة.

ووفقا للمعيار التقليدي للموت ، يعتبر الشخص ميتا إذا توقف جهاز الدوران للجسم (توقف نبضات القلب) مع توقف الجهاز التنفسي عن العمل ، ومن ثم تعطيل الوظائف الحيوية بشكل نهائي ، وبهذا يكون الموت وفقا لهذا المعيار حدثا فجائيا يصيب كل أجزاء الجسم في آن واحد[1].

إنّ أول ما يمكن ملاحظته على هذا المعيار هو انه لا يساير الاكتشافات الطبية الحديثة والمتعلقة بالموت ، خاصة بعد استحداث أجهزة الصدمة الكهربائية électrochoc

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، ص 314.

والإنعاش الاصطناعي ، وتوقف القلب عن النبض والرئتين عن التنفس لا يدل إلا على الموت الظاهري الذي يمكن أن يعود فيه الشخص إلى الحياة عن طريق استعمال هذه الوسائل الحديثة[1] ، كما أنّ خلايا المخ لا تموت إلا بعد انقضاء مدة معينة من الزمن بعد توقف الدم عن إمدادها بالأكسجين ، وهذا ما يدل على إمكانية عودة الحياة بمجرد عودة الجهاز التنفسي إلى العمل.

ومن هنا يمكن القول بأنّ هذا المعيار أصبح غير كاف لتحديد لحظة الوفاة ، فهو يقتصر فقط على الموت الإكلينيكي الظاهري المتمثل في توقف القلب والتنفس عن العمل فهو موت غير حقيقي فعلي يعتدّ به لاقتطاع الأعضاء من الجثة.

2- المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة :

لقد أثبتت البحوث الطبية أنّ المخ هو مركز قيادة العلميات والوظائف الحيوية بجسم الإنسان ، ومن ثم إنّ توقفه عن العمل أو تعطله بشكل شبه كامل ، فإنّ الشخص يأخذ حكم الميت ، خاصة وأنّ الواقع العملي للطب يؤكد استحالة عودة الشخص وهو في هذه الحالة إلى وعيه والى حياته الطبيعية حتى وإن كانت خلايا الجسم الأخرى لا تزال حية ، لذا يعتمد هذا المعيار على موت خلايا الدماغ.

ومن هنا يعتبر الأطباء أنّ المخ هو الحد الفاصل بين الحياة والموت ، فموت خلايا الدماغ وما ينجم عنها من توقف الجهاز العصبي عن العمل ، هي أعراض موت الإنسان ويكشف عنها عن طريق استخدام ما يعرف بجهاز الرسم الكهربائي L'électroencéphalogramme الذي يستعمل قبل الإعلان عن الوفاة بعد ملاحظة ما يلي[2] :

- انعدام الوعي التام ورد الفعل مما يدل على انهيار الجهاز العصبي.
- انعدام التوتر عند تمدد الحدقة.

[1] – انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 523.

[2] – انظر ، أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص 175.

- انعدام الحركات العضلية اللاشعورية والمتعلقة بالتنفس إلا عند استعمال الأجهزة.
- انعدام أي اثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

إنّ الإشكال في هذا المعيار يتعلق بجهاز الرسم الكهربائي الذي ثبت عمليا انه لا يعكس النشاط الدماغي إلا ما كان منه قريبا من المراكز العصبية وبالتالي لا يعطي معلومات كافية حول نشاط المخ ، لذا اقترح الأطباء انتظار مدة قدرها ثماني (08) ساعات على الأقل من توقف جهاز الرسم عن إعطاء الإشارات إلى اثنين وسبعين (72) ساعة كحد أقصى للإعلان عن الوفاة.

ومع ذلك ، يعتبر الموت الدماغي La mort cérébral المتمثل في موت خلايا المخ وتوقف الجهاز العصبي عن العمل ، هو الموت الحقيقي الذي اخذ به القانون الفرنسي والطب الجزائري ؛ وتجدر الإشارة إلى انه متى أعلن رسميا عن وفاة الشخص ، فانه يمكن للجرّاح مواصلة الإنعاش الاصطناعي للمحافظة على القيمة الحيوية للأعضاء حتى يتم استئصالها وزرعها في جسم مريض مستقبل ، على أن يكون ذلك وفقا لشروط معينة.

الفرع الثاني : الشروط العامة والخاصة لاستئصال الأعضاء من الجثث.

لقد قيدت جل التشريعات التي أباحت استئصال الأعضاء من جثث الموتى لأغراض علاجية هذه العمليات بشروط منها ما أخذت بها كل التشريعات والمتمثلة في الشروط العامة ، ومنها ما تتعلّق بخصوصيات هذه العمليات باختلاف أنواعها وكذا تنظيمها القانوني والتي يمكن اعتبارها الشروط الخاصة.

أولا : الشروط العامة.

وتتمثل أساسا في أربعة شروط يمكن تلخيصها فيما يلي :

- **الشرط الأول** : وهو عدم جواز انتزاع الأعضاء من الجثة إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك قانونا[1] ، وهذا ما تضمنته المادة 167 فقرة أولى من قانون حماية

[1] – راجع فيما يخص شرط مكان إجراء عمليات نقل الأعضاء الصفحة 71 – 72 من المذكرة.

الصحة وترقيتها في الجزائر ، وتحدد هذه المؤسسات الصحية بموجب قرار وزاري صادر عن وزير الصحة والسكان كقرار 02 أكتوبر 2002 ، كما اشترط مرسوم 31 مارس 1978 الفرنسي هذا الترخيص الوزاري ، ثمّ عدل عنه ليجعله بيد الوالي وذلك كما سبقت الإشارة إليه[1] ، وهو شرط تناوله كذلك المرسوم الأسباني رقم 462 لسنة 1980 والمرسوم الألماني لعام 1975 والمتعلق بزراعة الأعضاء ، والقانون الكويتي رقم 07 لسنة 1983.

- **الشرط الثاني** : عدم مشاركة الفريق الطبي الذي عاين الوفاة في عملية النقل، وهذا ما نصت عليه المادة 165 من قانون حماية الصحة في الجزائر بقولها : "...ولا يمكن للطبيب الذي عاين واثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع..." ، وهذا ما اخذ به القانون الفرنسي كذلك لسنة 1978 والقانون الملكي الأسباني لـ 1980 وكذا الألماني لعام 1975.

إنّ أساس منع الطبيب الذي عاين الوفاة من انضمامه إلى فريق الاستئصال والزرع هي الاعتبارات الأخلاقية لهذه العمليات ، فلو سمح للطبيب الذي يقوم بعملية نقل العضو أو زرع النسيج بأن يعاين الوفاة ، فسيقوم بذلك لحساب المستقبل ولمصلحته ، وبالتالي عدم النزاهة في الإعلان عن الوفاة التي ينتظرها الطبيب لممارسة عملية الاستئصال، وهذا ما يتنافى مع مبدأ احترام الجثة وأخلاقية عمليات نقل الأعضاء.

- **الشرط الثالث** : ويتعلق هذا الشرط بالسرية في اقتطاع الأعضاء من الأموات، فلا يجوز كشف هوية المتبرع الميت للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع ، وهو ما نصت عليه المادة 165 من قانون حماية الصحة في الجزائر ، كما تبنّاه المشرع الفرنسي فيما يعرف بمبدأ السرية Principe d'anonymat في قانون 06 أوت 2004 والمعدل للقوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية.

[1] – راجع القوانين الصادرة في فرنسا والمنظمة لعمليات نقل الأعضاء الصفحة 37 إلى 39 من المذكرة.

- **الشرط الرابع** : عدم جواز استئصال الأعضاء من الجثة التي يشتبه في وفاة صاحبها أو يشكّ في ملابسات الموت ، كحالة الشبهة الجنائية[1] ، حتى لا تعيق عملية التشريح الطبي الشرعي ، ولا يمكن الاستئصال إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المحقق في سبب الموت.

ثانيا : **الشروط الخاصة.**

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- **الشرط الأول** : وهو التحقق من الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثة. فكما سبق ذكره ، لا يجوز للطبيب الشروع في هذه العمليات إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة ، وذلك عن طريق لجنة طبية موجودة على مستوى كل هيكل استشفائي مرخص له بإجراء عمليات نقل الأعضاء ، فتأذن بإجراء العملية بعد تقرير يقدمه طبيبان على الأقل يتضمن إثبات الوفاة.

- **الشرط الثاني** : الالتزام بالسر المهني ، فبحكم اعتبار عمليات نقل الأعضاء من قبيل الأعمال الطبية ، فإنّ ذلك يستوجب عدم إطلاع الأطباء لملف العملية على الغير إلا في حدود القانون ، وبالتالي هو التزام أصيل يلتزم به الطبيب ليس فقط في هذه العمليات وإنما في جميع الأعمال الطبية الأخرى.

- **الشرط الثالث** : ويتمثل في قصر ممارسة هذه العمليات (اقتطاع الأعضاء من الجثث) على رعايا الدولة فقط ، فلا يجوز مثلا اقتطاع الأطباء الجزائريين لأعضاء جثة فرنسي متوفى في الجزائر ، ما لم تكن تربط هذا الفرنسي الأجنبي علاقة قرابة أو زوجية بالمستقبل ، أو عبّر بصفة صريحة أثناء حياته على قبوله لاقتطاع الأعضاء منه لأغراض علاجية بعد موته ، وهو ما تبنته التنظيمات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة في الجزائر[2].

---

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 406.

[2] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص 407.

ومن هنا ، يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري قيد الأطباء عند استئصال الأعضاء من الجثث بشروط من شأنها ضمان احترام الجثث ، على أنّ الشرط الأساسي لهذه العمليات يتمثل أساسا في رضى الميت عنها ، فما هي أحكام رضى المتوفى في استئصال الأعضاء منه ؟ وكيف أخذ به كل من التشريع الفرنسي الجزائري ؟

الفرع الثالث : أحكام رضى المتوفى.

إنّ المبدأ في مجال التصرفات الواردة على جسم الإنسان هو الرضى Le consentement ، ولما كانت عمليات استئصال الأعضاء من جثث الموتى من قبيل هذه التصرفات حتى وإن كانت بعد الوفاة ، فإنّ ذلك يفرض رضى الشخص الميت.

فالاعتبارات الأخلاقية في مجال زراعة الأعضاء تلزم عدم النظر إلى الجثة وكأنها مصدر لقطاع غيار آدمية ، بل على العكس ، من المقرر شرعا وقانونا أنّ لكل فرد الحق في الكرامة الإنسانية أثناء وبعد حياته ، وعلى هذا الأساس يحظر اقتطاع الأعضاء من الجثة ما لم يكن هناك قانون يسمح بذلك ويفرض الاعتداد برضى الميت الذي يكون معبّرا عنه إما صراحة أثناء حياة الشخص أو من عائلته بعد وفاته ، وإما ضمنيا أي يستخلص من عدم رفض الاقتطاع[1] ، فما هو موقف كل من القانونين الفرنسي والجزائري من هذا الرضى ؟

أولا : شكل التعبير عن إرادة المتوفى.

تكون إرادة المتوفى معبّرا عنها إما ايجابيا قبل وفاته بقوله للاقتطاع وهي ما تمثل رضاه الصريح عن العملية ، كما يمكن أن تكون سلبية أي رفضه التام لأي استئصال أو انتزاع للأعضاء أو الأنسجة من جثته ، وأيا كان نوع هذه الإرادة فينبغي على الأطباء احترامها وإلا تقوم مسؤوليتهم التي قد تصل إلى حد المسؤولية الجنائية في حالة اقتطاع العضو من جثة الشخص الذي رفض أثناء حياته لهذا الاقتطاع ، فتتخذ صورة جريمة انتهاك حرمة

[1] – تجدر الإشارة إلى أنّ الشريعة الإسلامية حرّمت اقتطاع الأعضاء من الجثة إلاّ بموافقته الصريحة أثناء حياته أو موافقة أسرته بعد وفاته ، راجع الصفحة 34 من المذكرة.

الجثة الفعل المنوه والمعاقب عليه بموجب المادة 153 من قانون العقوبات الجزائري ، على أنّ الإشكال يطرح نفسه فيما يخص شكل هذه الإرادة فهل يجب إفراغها في شكل معين حتى يعتدّ بها ؟

لقد اختلفت التشريعات المقارنة بشأن شكل التعبير عن إرادة المتوفى ، فمنها من لم تأخذ بالشكلية في هذا المجال ، ومنها من اشترطت صورة معينة لتعبير المتوفى عن إرادته ، وفي القانون الجزائري تنص المادة 164 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها على انه : "وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبّر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك..."[1].

يستخلص من نص هذه المادة ، أنّ المشرع الجزائري لم يشترط صورة معينة للتعبير عن إرادة المتوفى لاقتطاع الأعضاء منه بعدما كان يشترط الكتابة في قانون 16 فبراير 1985 ، ومردّ هذا التعديل (أي إلغاء الكتابة) هو إرادة المشرع في تبسيط إجراءات هذه العمليات والتوسيع من مصدر الحصول على الأعضاء.

وعليه ، يجوز للمتبرع قبل وفاته أن يعبّر بأي وسيلة كانت عن إرادته المتجهة إلى قبول الاقتطاع بعد وفاته ، ومن ثم يكون له أن يعبّر عنها بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ، أو عن طريق اتخاذ أي موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه[2]، أما إذا قام الشخص بإيصاء عضو من أعضائه لفائدة شخص أو عائلة أو أي مركز استشفائي لأغراض علاجية أو علمية ، فانه يجب احترام ما اتجهت إرادته إلى تحقيقه ، وبالتالي يجب على الورثة تنفيذ الوصية وعدم الاعتراض عليها ، كما يجب على الطبيب احترام محتواها فإذا كان الموصى إليه شخص معين بالذات فلا يجوز الاقتطاع إذا كان لفائدة شخص آخر وإلا تعرض الطبيب إلى مسؤولية مدنية تستوجبه التعويض .

---

[1] – إنّ هذه المادة معدلة بموجب قانون 17/90 ل 31 يوليو 1990 المعدل لقانون 85-05 ل 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية وترقية الصحة في الجزائر ، وكانت تنص المادة السابقة على انه : "وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة..." ، وبالتالي يظهر كيف أنّ المشرع كان يشترط الكتابة للتعبير عن رضى المتوفى لاستئصال الأعضاء منه ولكنه تراجع عن ذلك في نص المادة 164 المعدلة والمبينة أعلاه.

[2] – انظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

وعلى غرار القانون الجزائري ، فإنّ القانون الفرنسي هو الآخر لا يشترط شكلا معينا للتعبير عن إرادة المتوفى أثناء حياته ، بل أكثر من ذلك ، فهو أصلا لا يأخذ بالرضى الصريح وإنما يبيح استئصال الأعضاء من الجثث مبدئيا على أساس قرينة الرضى أو ما يعرف بالرضى الضمني ، فكل شخص لم يعبّر صراحة عن رفضه لاستئصال الأعضاء منه بعد موته ، إلا ويعتبر موافقا ضمنيا على هذا الاقتطاع . وقد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي في 18 مارس 1983 والذي يقضي بأنه : "يستبعد القانون قيام احد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لم يظهر المتوفى معارضته على ذلك خلال حياته"[1].

إنّ أسلوب الرضى الضمني هو أسلوب فعال وناجع في مجال زراعة الأعضاء البشرية ، واقتطاع الأعضاء من الجثث ، ذلك انه ونظرا لما تتطلبه من سرعة في الاقتطاع، فإنّ اشتراط موافقة الأسرة من شأنه إعاقة هذا النوع من العمليات خاصة إذا كان العضو محل الاقتطاع لا يقبل الانتظار كالقلب والكبد ، كما لا يمكن تصور طلب الأطباء موافقة الشخص عن اقتطاع الأعضاء منه بعد موته وهو يحتضر أي في مرحلة مفارقة الحياة ؛ ومن جهة أخرى أنّ تقييد الأطباء برضى الميت أو أسرته بعد وفاته من شأنه تضييق نطاق هذه الممارسات والتي أصبحت في وقتنا الحاضر مطلوبة إن لم نقل مفروضة في ظل انتشار الأمراض والأوبئة.

إلا أنّ المشرع الفرنسي أورد استثناءات عن مبدأ الرضى الضمني أو قرينة الموافقة، وحرية الأطباء في اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة من الجثة لأغراض علاجية أو علمية ليست مطلقة ، فبالإضافة إلى قيد الرفض الصريح للشخص عن التبرع والاقتطاع بعد الوفاة ، فإنّ هناك قيودا أخرى على هذا الاقتطاع أهمها حالة الميت القاصر أو عديم الأهلية ، فالقانون الفرنسي هنا يفرض موافقة الأبوين معا المعبّر عنها كتابيا ، وفي حالة غياب الوالدين تنتقل هذه الموافقة إلى الولي الشرعي ، إلا انه إذا تعلق الأمر بالتشريح السريري المتعلق بمعرفة سبب الموت ، فيعلم الأبوين فقط ولا يرجى منهما موافقتهما .

---

[1] - Conseil d'état; 18/03/1983, Cf. 20111, 1983.

هذا فيما يخص الموافقة على الاقتطاع في التشريع الجزائري والفرنسي ، أما رفضه فالملاحظ هو أنّ المشرع الجزائري يشترط الكتابة للتعبير عنه وهذا ما جاء في نص المادة 165 من قانون حماية الصحة والتي تنص على أنه : "يمنع القيام بانتزاع الأنسجة أو الأعضاء بهدف الزرع إذا عبّر الشخص قبل وفاته كتابيا عن عدم موافقته على ذلك..."، ومردّ اشتراط الكتابة هو نية المشرع في تكريس مبدأ سيادة الفرد على جسمه وعلى جثته بعد وفاته ، إلا أنّ ما يعاب على هذا النص هو عدم ذكر ما إذا كان بإمكان الشخص أن يتراجع على هذا الرفض ، وهذا ما لم يغفل المشرع الفرنسي عن ذكره في المادة ل671-7 فقرة 3 من قانون 29 جويلية 1994 والمتعلق بنقل الأعضاء البشرية[1].

وتدوّن الإرادة السلبية في مجال الاقتطاع من الجثث في القانون الفرنسي عمليا فيما يعرف بالسجل الوطني الالكتروني ، الذي تسجل فيه إرادة الأشخاص المتجهة إلى رفض الاستئصال من جثثهم ، مع إمكانية العدول عن هذه الإرادة في أي وقت قبل الوفاة.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الرضى الضمني.

على عكس المشرع الفرنسي الذي أباح استئصال الأعضاء من جثة الميت على أساس قرينة الرضى أو الرضى الضمني واعتبرها المبدأ ، والاستثناء هو الموافقة الصريحة المأخوذة من أسرة الميت إذا كان قاصرا أو عديم الأهلية ، فإنّ المشرع الجزائري يأخذ مبدئيا بالموافقة الصريحة حتى وإن لم تشترط فيها الكتابة ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 194 فقرة ثانية التي تنص على انه : "...يجوز الانتزاع إذا عبّر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك ، وإذا لم يعبّر المتوفى أثناء حياته فلا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة احد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت ، أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة".

[1] - Art L-671-7 : Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté (La volonté du défunt) sur un registre national autorisé prévu a cet effet; Il est révocable a tout moment.

فسواء كان المتوفى راشدا أو قاصرا أو عديم الأهلية ، فإنّ الأمر نفسه أي يجب على الطبيب الحصول على موافقة الأشخاص المذكورين في المادة 164 أعلاه ، إلا أنّ الملاحظ هو أنّ الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص على حالة الاقتطاع دون الموافقة المشار إليها في الفقرة الثانية من نفس المادة ، وتنص الفقرة الثالثة على انه : "غير انه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها أعلاه إذا تعذّر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين وكان التأخير في اجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع أو إذا اقتضت ذلك الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو والتي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".

من هذه الفقرة يتضح أنه إذا كان من غير الممكن الحصول على الموافقة من أفراد أسرة المتوفى ، فانه يجوز للطبيب أن يقتطع العضو من الجثة ، على أن يكون العضو إما قرنية أو كلى أو كلاهما دون اقتطاع أعضاء أخرى ، كما يجب أن يكون هذا الاقتطاع تلبية للحالة الاستعجالية لصحة المريض المستقبل ، والتي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في قرار وزير الصحة لـ 2002/10/02 [1].

ومن هنا ، يمكن استخلاص موقف المشرع الجزائري من الرضى الضمني والذي يتمثل في الأخذ بالرضى أو الموافقة الصريحة مبدئيا واستبعاد قرينة الرضى ، فوفقا للقانون الجزائري لا يجوز للأطباء إجراء أي اقتطاع ما لم تكن هناك موافقة على ذلك سواء من المتبرع نفسه أثناء حياته أو أسرته بعد وفاته ، واستثناءا استبعد المشرع هذه الموافقة في حالة اقتطاع القرنية والكلى وذلك كما هو مبين أعلاه.

[1] – انظر ، مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 404.

خلاصة الفصل الأوّل :

يتضح من خلال الفصل الأول أنّ نسبية الحق في سلامة الجسم مفروضة لا محالة، ذلك أنّ مبدأ الضرورة المقترنة بالرضى هو أساس شرعية الاعتداءات الواردة على جسم الإنسان خاصة إذا تعلق الأمر بالعمل الطبي.

فإنقاذ حياة شخص عن طريق التبرع بعضو لمصلحته ، عمل قد لا يكتسي صبغة الضرورة بالنسبة للمتبرع ، غير أنّ الأخلاق وما تصبو إليه أهداف الصحة العامة يفرض هذا النوع من الممارسات ويجعلها متعلقة بالنظام العام ، لذا ارتأى المشرّعون في اغلب الدول التي تأخذ بهذه العمليات ومن بينها الجزائر ، تأطير نقل وزرع الأعضاء البشرية قانونا وإداريا ، عن طريق اعتماد ضوابط وشروط معينة تمارس في إطارها لضمان بقائها في نطاقها الأخلاقي من جهة ومن جهة أخرى لتوفير الحماية القانونية الكافية لأطراف العملية خاصة المتبرع والمتلقي.

ولقد تبين من خلال هذا الفصل أنّ المبدأ في مجال زراعة الأعضاء كأعمال طبية هو العلاج ، الذي تتدخل فيه الجراحة في جسم الإنسان لمنفعة تعلو عن هذا الضرر مما يستلزم معه تقيّد الطبيب بالتزاماته القانونية تجاه المريض كالأخذ برضاه ، إعلامه ، وعدم الإضرار به ، كما يمكن أن تمارس هذه العمليات استثناء لأغراض علمية لا علاجية ، فيكون الهدف منها البحث العلمي وإجراء التجارب الطبية ، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها والتي قيدت هذه التجارب بشروط معينة أهمها رضى الشخص محل التجربة ، أهليته الكاملة والأخطار المقبولة في هذا المجال.

وما يمكن استخلاصه كذلك هو اخذ المشرع الجزائري بالشروط الشرعية لعمليات نقل الأعضاء ومواكبته لموقف الشرع الحنيف منها ، سواء إذا تعلق النقل بالأحياء فيما بينهم أو من الميت إلى الحي ، فتم عرض الشروط الشرعية لهذه العمليات ثم القانونية لها ورأينا كيف كان التطابق بينهما.

كما لاحظنا نقصا في النصوص القانونية المنظمة لعمليات نقل الأعضاء في الجزائر والذي استخلص من خلال المقارنة مع النصوص الفرنسية وذلك عند عرض الشروط

القانونية الفرنسية والجزائرية لهذه العمليات ، كما تم تبيان موقف المشرع الجزائري والفرنسي من اقتطاع الأعضاء من الأموات وذلك انطلاقا من تعريف الموت في القانون والطب ، ثم رأينا كيف يتم تحديد لحظة الوفاة ووصلنا إلى النتيجة المتمثلة في اعتبار الموت الدماغي كمعيار لتحديد الوفاة والتي اعتبرها المشرع الجزائري مسألة تخضع للسلطة التقديرية للأطباء ، ثمّ خلصنا إلى أحكام رضى الشخص المتوفى عن اقتطاع الأعضاء من جثته ، ورأينا كيف أنّ المشرع الجزائري اشترط مبدئيا الموافقة على هذه العملية واستبعد تماما مسألة الرضى الضمني ، التي هي أساس هذه العمليات في القانون الفرنسي.

الفصل الثاني

أساس مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

بعد أن تطرقنا إلى عرض الإشكاليات التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من حيث تنظيمها القانوني المتمثل في الشروط والضوابط التي يستوجب على الأطباء أن يتقيدوا بها عند ممارستهم لهذه العمليات ، فإنّ المسألة لا تحول بنا دون أن نتطرق إلى إشكاليات أخرى لا تقل أهمية على المستوى القانوني في مجال زراعة الأعضاء ، والتي تتمثل أساسا في طبيعة هذا التدخل العلاجي والمتميز بالفنيات والتعقيدات في التعامل مع جسم الإنسان ، والذي من شأنه إيقاع الأطباء في الخطأ سواء كان عند مباشرتهم لهذه العمليات موضوعا أي عند الجراحة ، أو شكلا أي عند مخالفة إجراءاتها ، مما قد يؤدي إلى الإضرار بالمستقبل أو المتبرع وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب المدنية.

فالمسؤولية الطبية المدنية في مجال زراعة الأعضاء مسؤولية لطالما امتازت بخصوصيات أدت بها إلى الخروج في بعض الأحيان عن القواعد العامة للمسؤولية الطبية ، ومردّ هذه الخصوصية هو التنظيم القانوني الخاص بعمليات نقل الأعضاء من جهة ، ومن جهة أخرى طبيعة هذا التدخل العلاجي المتمثل في الجراحة الدقيقة ، مما يؤثر سلبا على الالتزام الطبي في هذا المجال بالتشديد فيه ، وكنتيجة عن ذلك ظهور صور جديدة للأخطاء الطبية المستوجبة للتعويض في مجال زراعة الأعضاء ، بل وأكثر من ذلك فقد تقوم هذه المسؤولية بمجرد تضرر المريض حتى وإن لم يصدر أي خطأ من جانب الطبيب عند استئصاله أو زرعه للعضو ، وهذا ما تتم محاولة معالجته في هذا الفصل الذي ارتأينا تقسيم محاوره الكبرى إلى مبحثين هما :

- المبحث الأول : طبيعة الالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء.
- المبحث الثاني : حدود مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

المبحث الأول : طبيعة الالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء.

لقد أدت حماية سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي بفقهاء القانون إلى اعتبار مسؤولية الطبيب أمرا بالغ الأهمية والخطورة[1] ، وذلك لاعتبار أنّ الإشكال يتعلق أساسا بطبيعة التزام الطبيب الممارس لعملية الزرع ، هل هو ملزم بتحقيق الشفاء ونجاح العملية ؟ أم ملزم فقط ببذل العناية اللازمة والحرص على نجاحها دون الالتزام بنتائجها ؟

لقد تدخل القانون والقضاء لمعالجة هذه الإشكالية عن طريق إحداث نوع من التوازن بين مصلحة أطراف العملية –وهم المتبرع والمستقبل– المتمثلة في حمايتهم من أي تضرر ناجم عن خطأ الطبيب أو طبيعة التدخل العلاجي ، وبين الطبيب الممارس للعملية وذلك عن طريق عدم إلزامه بما لا يقدر عليه أو يخرج عن طاقته ، وبالتالي اعتبار التزامه بين بذل عناية وتحقيق نتيجة.

المطلب الأول : الالتزام الطبي في نقل الأعضاء بين بذل عناية وتحقيق نتيجة.

مما لاشك فيه هو أنّ المريض هو الطرف الضعيف في مجال الأعمال الطبية ، ولما كانت عمليات نقل الأعضاء من قبيل هذه الأعمال فإنّ مصطلح مريض يجب أن يؤخذ بمفهومه الواسع[2] ، كون أنّ هذه العمليات لا تقتصر فقط بين طبيب ومريض ، وإنما تشمل طبيب ومريضين هما المتبرع والمستقبل اللذان اعتبرهما القانون كطرف ضعيف في هذه الممارسات ، ولأحسن دليل على ذلك هو الشروط الصارمة التي اعتمدها المشرع سواء

---

[1] – انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب ، المرجع السابق ، ص 41.

[2] – يتمثل المعنى الاصطلاحي للمريض في كونه ذلك الشخص الذي تتطلب حالته الصحية تدخلا طبيا لعلاجها نظرا لعدم استقرارها وهذا المعنى الاصطلاحي الضيق ، أما المعنى الواسع فالمريض هو كل من يتدخل الطب بجسمه حتى وإن كانت حالته الصحية لا تتطلب ذلك ؛ كالمتبرع الذي يتدخل الطب بجسمه ليستأصل العضو منه فهو شخص في صحة جيدة ، إلا انه يعتبر مريضا نظرا لهذا التدخل الطبي والقيمة القانونية لهذا التمييز الاصطلاحي تتمثل في مدى إمكانية اعتبار هذا المتبرع طرفا ضعيفا شأنه شأن المستقبل في عمليات نقل الأعضاء.

الفرنسي أو الجزائري لاستئصال وزرع الأعضاء والتي يتقيد بها الأطباء عند مباشرتهم لهذه العمليات.

إنّ اعتبار المتلقي والمتبرع كطرف ضعيف في عمليات نقل الأعضاء له اثر كبير على الالتزام الطبي الذي يبدو في الوهلة الأولى وكأنه التزام بتحقيق نتيجة كأصل عام ، غير أنّ الأمر غير ذلك ، فنظرا للطبيعة الخاصة المعقدة لعمليات نقل الأعضاء ، فإنّ التزام الطبيب في هذا المجال يكون ببذل عناية كأصل عام ، ومهما تطورت العلوم والتقنيات الطبية ، فإنّ ذلك لا يجب أن يكون سببا لمساءلة الطبيب عن نتيجة الشفاء ، وإنما يسأل عما بذله من حيطة وحذر وحرصه على نجاح العملية ، غير انه ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أنّ التزام الطبيب ببذل عناية في زراعة الأعضاء مقلّص نوعا ما عمّا هو في القواعد العامة للالتزام الطبي ، وكنتيجة على ذلك فإنّ التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء يكون واسعا عما هو في القواعد العامة للالتزام الطبي.

الفرع الأول : الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء كمبدأ عام.

من المسلّم به فقها وقانونا كأصل عام هو أنّ التزام الطبيب تجاه مريضه ليس بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية Obligation de moyen[1].

فالقانون لا يلزم الطبيب بشفاء مريضه وإنما يلزمه ببذل قدر من العناية يكون من شأنها السعي إلى تحقيق الشفاء ، وبالتالي كأصل عام تبرأ ذمة الطبيب بمجرد إثبات بذله لهذه العناية حتى ولو لم تتحقق النتيجة[2] ، وعليه يلتزم الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة في الطب والجراحة ، وكل إخلال بهذا الالتزام إلا ويشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب المدنية ، ويتشدد هذا الالتزام كلما كان التدخل الطبي متميزا بالخطورة كالجراحة.

---

[1] – انظر ، مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2003.

[2] - Henri MAZEAUD, Traité de la responsabilité civiles délictuelle et contractuelle, Tome2, Sivey, paris, 1931, P 48.

فبحكم اعتبار عمليات نقل الأعضاء البشرية من قبيل الأعمال الجراحية ، فإنّ الطبيب سواء عند الاستئصال En vus de prélèvement أو الزرع Greffe للمستقبل دون المتبرع –لكون التزام الطبيب عند استئصاله للعضو من جسم المتبرع هو التزام بتحقيق نتيجة كما سنرى– ، يكون ملزم ببذل عناية متمثلة في التحلي بالحيطة والحذر عند الزرع وإتباع الأصول المهنية العلمية في الطب ، فيكون تدخله مطابقا للمعطيات والتقنيات الحديثة في مجال زراعة الأعضاء ، وبالتالي يستعمل كل مهاراته الطبية في هذه الجراحة بهدف شفاء مريضه المستقبل ، ومن هنا إذا صدر عن هذا الطبيب أي خطأ فني مردّه إهماله أو التقصير في الحيطة والحذر وعدم إتباع الأصول المهنية العملية للجراحة ، فإنّ ذلك يعرضه لمسؤولية مدنية قائمة على أساس هذا الخطأ تستوجبه التعويض ، ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على الدائن المريض المستقبل ، فعليه إثبات أنّ الطبيب المدين لم يقم بالعناية الكافية وتقصيره في الجراحة.

ويستند مبدأ الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء إلى عدة اعتبارات تفرضها طبيعة هذه الممارسات ، والتي تبرر هذا الالتزام ، كما أنّ للقضاء دور في تكريس هذا المبدأ وتطوره وإبراز مظاهر العناية التي يلتزم بها الطبيب وهو يمارس هذا النوع من الجراحة ، فما هي تبريرات المبدأ وكيف تطور هذا الالتزام في مجال زراعة الأعضاء ؟

أولا : تبريرات المبدأ.

إنّ الطبيب في مجال زراعة الأعضاء ليس ملزما كما سبقت الإشارة إليه ، بضمان شفاء مريضه المستقبل بالرغم من اقتراحه له لهذه العملية ، فثمة عوامل طبية تخرج عن مقدرة الطبيب لضمان الشفاء ومن أمثلتها ظاهرة الأجسام الغريبة ورد جسم المستقبل للعضو المزروع فيه ، حيث أنّ تقدير نسبة التوافق النسيجي[1] لكل من المتبرع والمستقبل غالبا ما تكون نسبية أي غير متكاملة بنسبة مئة بالمائة 100 % حتى تسمح بضمان نجاح العملية –

[1] – راجع فيما يخص شرط توفق أنسجة المتلقي والمتنازل الصفحة 71 من المذكرة.

ما عدا حالة الزرع بين التوأمين – ، وبالتالي إنّ هذا التقارب غير المتكامل لأطراف العملية هو ما يفسر احتمال عدم نجاحها.

ومن هنا يظهر كيف أنّ الطبيب لا يلتزم بضمان شفاء المريض ، وإنما عليه بذل عناية عن وعي وإدراك متّبعا للأصول العلمية المستقرة[1] ، فيكون ملزما بالبحث عن متبرع له أفضل توافق نسيجي حتى يضمن الحد الأدنى لنجاح العملية ولا يلتزم بنجاحها لأنّ ذلك مسألة تتعلق بنسبة التوافق النسيجي ، والواقع العملي للطب يثبت أنّ تكامل هذه النسبة أمر مستحيل تماما ما عدا حالة التوأمين وذلك لما لهما من تكوين وراثي متشابه بشكل كامل ، وهذا ما يفسر استحالة ضمان نجاح العملية التي لو كان الطبيب مسؤولا عنها لاعتبر ذلك إجحافا في حقه.

ومن هنا يمكن القول بأنّ المستوى المهني للطبيب لا يفرض عليه التزاما محددا بالشفاء ، إذ يتوقف ذلك كما رأينا على عوامل واعتبارات خارجة عن إرادته لا سيما البيولوجية كحالة التوافق النسيجي ، كما يتوقف ذلك على الإمكانيات التي يتربع عليها المستشفى الذي أجريت بداخله عملية الزرع ، خاصة وأنّ التزام الطبيب الجرّاح ببذل الجهود المتفقة مع الأصول العلمية يفرض اللجوء إلى أحدث ما استقر عليه الطب الحديث من تقنيات ومعدّات طبية[2] ، ومن هنا يكون التزام الطبيب في مجال زراعة الأعضاء كأصل عام هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة أي شفاء المريض.

ثانيا : تطور الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء.

لقد أثر التطور الذي شهده ميدان الطب في مجال زراعة الأعضاء على التزام الطبيب ببذل عناية، خاصة وأنه من مظاهر هذا الالتزام إتباع الأصول العلمية للفن الطبي، حيث يلزم الطبيب بإتباع الأساليب الجراحية الجديدة في هذا المجال، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر والتي نصت على أنه : "يلتزم الطبيب بمجرد موافقته

[1] – انظر ، بن صغير مراد ، التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 4 ، تلمسان ، 2007 ، ص 311.

[2] – انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 44.

على أي طلب معالجة ضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديث...".

كما أنّ قرار Mercier الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936[1] أكد أنّ التزام الطبيب هو الالتزام ببذل العناية اليقظة الصادقة المتفقة مع الأصول الطبية ، وفي مجال زراعة الأعضاء أو في الجراحة بصفة عامة تكون هذه العناية وجدانية ومتفقة مع الأصول العلمية الحديثة والمتبعة في الجراحة ، والثابتة ، وغير تلك التي ما زالت محل بحوث وتجارب.

ومن هنا يمكن القول أنّ كل خروج عن المألوف أو المعتدّ به في مجال الجراحة ونقل الأعضاء وكان سببا في فشل العملية ، إلا ويعتبر خطأ من جانب الطبيب من شأنه أن يثير مسؤوليته المدنية ، وعلى المريض المضرور (المستقبل أو المتبرع) أن يثبت أنّ الطبيب استعمل أسلوبا جراحيا غير متعارف عليه مما أدى إلى الإضرار به.

ومنذ قرار Mercier بدأ الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء بالتطور ، فاعتبر بعض الفقه بأنّ التزام الطبيب في هذا المجال هو التزام ببذل عناية مشدّدة Obligation de moyens renforcée[2] ، وذلك لما تتميز به هذه العمليات من خطورة تفرض التشديد من التزام الطبيب ، إلا انه في 1974 صدر قرار آخر عن محكمة النقض الفرنسية في 04 جانفي 1974[3] ، والذي أكد أنّ عناية الجرّاح تكون من خلال ممارسة الجراحة وفقا لماله من علم في الأصول الطبية الجراحية ، ومن هنا نقض القضاء الرأي الفقهي القائل بتشديد الالتزام ببذل عناية واعتبر أنّ العناية في مجال الجراحة تكون بتوظيف الطبيب لملكاته العلمية الثابتة في هذا المجال.

---

[1] - Cass civ, 20/05/1936, D. 1936, I, 88.

[2] – انظر ، محمد رفعت عبد الوهاب ، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 268.

[3] – انظر ، محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 215.

لقد كرس الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ قرار Mercier 1936 ومرورا بعدة اجتهادات قضائية أخرى كقرار 1974 ، مبدأ التزام الطبيب كأصل عام ببذل عناية ، ولما كان التدخل الطبي في الجراحة أمر مبني على الاحتمال والمجازفة[1] ، فإنّ الأمر يكون نفسه في مجال زراعة الأعضاء وبالتالي يلتزم الجرّاح أثناء تدخله بالحيطة والحذر من جهة ومن جهة أخرى إتباع الأصول العلمية الحديثة للجراحة ، وهي ما تمثل مظاهر العناية التي يبذلها الطبيب في عمليات نقل الأعضاء.

ثالثا : مظاهر العناية التي يبذلها الطبيب في عمليات نقل الأعضاء.

لقد سبق تبيان أنّ الطبيب ملزم في مجال جراحة نقل الأعضاء كمبدأ عام ببذل عناية ، فمسؤوليته تكون محددة بمهاراته في المعرفة الطبية ، وتجدر الإشارة في هذا المقام بأنه ملزم بأمانة علمية تحتّم عليه الإطلاع والبحث عن المستجدات في أصول الجراحة حتى يوفر للمريض المستقبل أفضل عناية وخير تدخل طبي.

إنّ التزام الطبيب بالحيطة والحذر في عمليات تتّسم بالخطورة والمجازفة ، أمر يفرض اتخاذ الاحتياطيات اللازمة لضمان أعلى حد ممكن لنجاح العملية، فمن حيطته البحث عن متبرع له أفضل توافق نسيجي ونسبة هذا التوافق هي التي يلتزم فيها الطبيب ببذل عناية ، على أنّ التزامه يكون بتحقيق نتيجة في البحث فيه بحد ذاته ، فلا يجوز للطبيب مباشرة عملية الزرع دون أن يتأكد من أنّ هذا العضو له نسبة من التوافق النسيجي مع جسم المستقبل وهذا ما سيتم تبيانه لاحقا.

أما الحذر الذي يجب أن يتوخّاه الطبيب الجرّاح الممارس للعملية فهو الحذر المعقول[2] الذي يتمثل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الأخطار (أخطار العملية) ليست النادرة وإنما تلك التي يحتمل وقوعها فعلا ، أما العناية التي يبذلها في أسلوب الجراحة فتتمثل في إتباع

[1] – انظر ، محمد رفعت عبد الوهاب ، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ، المرجع السابق ، ص 267.

[2] – انظر ، مراد بن صغير ، المسؤولية المدنية للطبيب عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 100.

أسلوب متعارف عليه وحديث يكون من شأنه من جهة ضمان العملية ومن جهة عدم تشويه جسم المستقبل.

وعليه ، إنّ المجمع عليه فقها وقضاء سواء في فرنسا أو الجزائر هو أنّ التزام الجرّاح مبدئيا يكون ببذل عناية ، فلا يسأل عن الشفاء وإنما عما بذله من عناية في إتباع الأصول المستقرة والثابتة في جراحة نقل الأعضاء وكذا عما بذله من حيطة وحذر تفرضها طبيعة هذه الممارسات ، وبالتالي كل إهمال أو تقصير من جانبه في هذا الشأن يعرّضه للمسؤولية المدنية.

إنّ اعتبار الطبيب ملزم ببذل عناية في عمليات تتسم بالخطورة والاحتمال كعمليات نقل الأعضاء ، أمر يفرض تحليل العناصر الأولية لهذه الأعمال الطبية والنظر إلى كل واحدة منها على حدة في ضوء النتيجة الجزئية المرجاة منها ، فهي عمليات ليست كالأعمال الطبية العادية الأخرى. وإنما تقوم على عدة مراحل كل واحدة تكمّل الأخرى، الأمر الذي أدى بالقضاء خاصة الفرنسي اعتبار أنّ الطبيب في هذه المراحل يكون ملزم بتحقيق نتيجة ولا ببذل عناية ، فإلى أي مدى يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء ؟

الفرع الثاني : الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال زراعة الأعضاء.

رأينا فيما سبق أنّ التزام الجراح كمبدأ عام هو ببذل عناية أي لا يسأل عن شفاء المستقبل ، لكن هل الأمر نفسه عندما يتعلق الأمر بالمتبرع ؟ أي عند ممارسة جراحة الاستئصال على المتبرع هل يمكن القول أنّ الطبيب في هذه الحالة يكون ملزم ببذل عناية دون تحقيق نتيجة ؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال تفرض تبيان المقصود بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء والتي تختلف باختلاف محل العملية (الاقتطاع من المتبرع أو الزرع في المستقبل).

أولا : المقصود بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء.

إنّ النتيجة المرجوة من تدخل الطبيب بجسم المستقبل عن طريق زرع عضو فيه هي الشفاء ، لذا لا يمكن إلزام الطبيب بهذه النتيجة عندما يتدخل بجسم المستقبل[1]، وذلك للاعتبارات الطبية التي تخرج عن إرادته ومقدرته والتي سبق عرضها آنفا. أما النتيجة التي يرجى من الطبيب تحقيقها عند استئصال العضو من جسم المتبرع هي الحصول على عضو سليم من هذا الجسم والتي تعتبر من أهم مراحل عمليات نقل الأعضاء ، لذا يكون الالتزام الطبي للجرّاح عند تدخله بجسم المتبرع هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية ، أي يكون ملزما باقتطاع عضو سليم صالح لزرعه في جسم المستقبل.

ثانيا : محل الالتزام بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء.

إنّ التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في عمليات زرع الأعضاء لا يقتصر فقط على اقتطاع عضو سليم من جسم المتبرع ، وإنما يشمل كذلك عدة مراحل أخرى تمر بها هذه العمليات و التي يمكن عرضها كالآتي:

1- في إعلام المريض :

لقد أكد قرار محكمة النقض الفرنسية لـ 25 فبراير 1997[2] أنّ الطبيب ليس فقط ملزم بإعلام المريض وإنما عليه كذلك إثبات قيامه بذلك[3].

ومن هنا يمكن القول أنّ الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء يقع عليه التزام بإعلام مريضه سواء المستقبل أو المتبرع بطبيعة هذا التدخل الطبي ومخاطره حتى يتسنى له (للمريض) اتخاذ قراره بشأن العملية عن إدراك وقناعة، ولقد وضحت محكمة النقض الفرنسية شكل هذا الإعلام في قرارها الصادر في 21 جوان 1961 إذ جاء فيه ما يلي :

une information simple approximative، intelligible et loyale [1].

---

[1] – ومردّ ذلك هو أن التدخل الطبي الذي يخضع له المستقبل يخضع في أساسه إلى القواعد العامة ، أي لغرض الشفاء ، والحال أنّ المسألة تختلف عند المتبرع ، فالتدخل الطبّي بالنسبة لهذا الأخير ليس لغرض الشفاء ، وإنّما لإجراء عملية يتطلّبها شفاء المستقبل وهي اقتطاع العضو من جسمه ، والتي تعتبر منطلق هذه العمليات ، لذا يشدّد من التزام الطبيب في هذه المسألة ويعتبر التزامه بتحقيق نتيجة.

[2] - Cass. 1ère Civ.: 25/02/1997, le consensus actuel sur l'information et le consentement. http://www. ccne-éthique.Fr.

[3] - Le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation.

وعليه يلتزم الجرّاح بإعلام المريض عن طريق إعطائه معلومات بسيطة مفهومة بالنسبة إليه تكون صادقة ومتبصرة ، فيظهر الالتزام بتحقيق نتيجة في هذا المجال في فهم المستقبل أو المتبرع لغرض وسبب الاقتطاع أو الزرع ، وذلك عن طريق إعلام الجراح له، وبالتالي يعتبر مباشرة الجراح لهذه العملية دون إعلام مريضه خطأ من جانبه يعرّضه للمسؤولية مدنية. ويقع على عاتق الطبيب إثبات أنه قام بإعلام مريضه حسب قرار محكمة النقض الفرنسية لـ 25 فبراير 1997 ، أما المريض المدعي الذي يقع عليه أصلا عبء الإثبات ، فانه منذ هذا القرار لم يعد مطلوبا منه سوى إثبات وقائع أخرى بديلة وأسهل في إثباتها ، وهذا ما يجعل خطأ عدم الإعلام مفترضا في الطبيب كما سنراه لاحقا.

وهكذا يتبين جليا أنّ محكمة النقض الفرنسية اعتبرت التزام الطبيب لاسيما الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء بحكم خطورتها بإعلام المريض التزاما بتحقيق نتيجة تتمثل في إحاطته علما بطبيعة هذا التدخل العلاجي ، مع إعطاء إمكانية للطبيب للكذب أو الإخفاء في حدود وذلك إذا كان لهذه المعلومات تأثير سلبي على صحة المريض، لكن المهم إعلامه بمواصفات هذه الجراحة، و في قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية يعتبر إعلام المريض في العمليات الجراحية التزاما يشمل كافة مخاطر هذا التدخل الجراحي باستثناء تلك المعلومات التي قد تؤدي بالمريض إلى العزوف عن هذه العملية[2] ، وهذا ما يؤكد التزام الجرّاح بتحقيق نتيجة في إعلام المريض خاصة في مجال زراعة الأعضاء.

أما في الجزائر فلم يتعرض القضاء لطبيعة التزام الجرّاح بإعلام مريضه في مجال نقل الأعضاء ، و لكن بالرجوع إلى أحكام النصوص التشريعية والمتعلقة بهذا الالتزام ، فإننا نجدها تنص على ضرورة هذا الإعلام الذي يعتبر قيدا لأي تدخل طبي فتنص المادة 43 من

---

[1]- Cass 1ere Civ: 21/06/1961. http: // www. droit medical. org.

[2]- انظر مأمون عبد الكريم. إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا و جزاؤه , المرجع السابق، ص 43

مدونة أخلاقيات الطب[1] على أنه : "يجب على الطبيب أو جرّاح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي" ، كما تنص المادة 162 فقرة ثالثة من قانون حماية الصحة و ترقيتها في الجزائر على أنه : " ولا يجوز للمتبرع أن يعبّر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ".

وبخصوص المستقبل فالمادة 166 فقرة خامسة تنص على أنه : " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة[2] بالأخطار الطبية التي تنجرّ عن ذلك".

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أنّ المشرع الجزائري ألزم الطبيب بإعلام مريضه ، وأكثر من ذلك ، فقد قيد عمليات نقل الأعضاء سواء عند الاستئصال أو الزرع بشرط إعلام المريض بمخاطر هذه العمليات ، مما يستخلص منه أنّ الطبيب ملزم بإعلام المتلقي والمتبرع.

ولما كانت هذه العمليات الجراحية تتسم بالخطورة والاحتمال ، فإنّ التزام الطبيب الجرّاح بإعلام مريضه هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في جعل هذا المتبرع أو المستقبل مدركا لما سيقدم عليه.

2- في استعمال الأدوات والأجهزة الطبية :

لقد أصبح للتطور التكنولوجي للطب أثرا كبيرا على مصير العمليات الجراحية ، التي بات نجاحها في ظل هذا التطور مرهونا باستعمال أدوات وأجهزة مستحدثة في ميدان الجراحة ، الأمر الذي أثّر بصفة واضحة على الالتزام الطبي في هذا المجال.

فإذا كان الجرّاح يلتزم مبدئيا ببذل عناية يقظة وحرصا على نجاح العملية بإتباعه للأصول الجراحية ، فانه يتعهد في نفس الوقت بعدم الإضرار بمريضه المستقبل أو المتبرع عند

---

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

[2]- تنص الفقرة الرابعة من المادة 166 على انه : (أما القصّر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب وإن تعذّر ذلك فالولي الشرعي).

استعماله للأجهزة ومعدات الجراحة ، فيلتزم بصلاحيتها لذلك عن طريق تعقيمها والتأكد من سلامتها.

ويقصد بالضرر في هذا المجال الذي تقوم مسؤولية الطبيب المدنية عنه ، هو ذلك الذي يلحق بالمستقبل أو المتبرع والذي يكون ناجما عن وجود عيب أو عطل بأدوات الجراحة التي من المفروض أن تكون سليمة لا تحدث أضرارا بالمريض[1] ، ومن هنا يكون التزام الجرّاح في هذا المجال التزاما بتحقيق نتيجة يتمثل في عدم الإضرار بالمريض سواء المستقبل أو المتبرع عند استعماله للأجهزة المذكورة[2].

وفي هذه الحالة وإذا ألحقت هذه الوسائل ضررا بأطراف العملية فإنّ الجرّاح يكون مسؤولا مدنيا ، ويكون عليه إثبات أنّ الضرر نجم عن سبب أجنبي لا يد له فيه أي خارجا عن إرادته ، أما المريض المتضرر فيثبت فقط هذا الضرر ، وبالتالي يكون خطأ الجرّاح هنا مفترضا يلزمه إثبات العكس.

3- في العضو المراد زرعه ومحل الاستئصال :

تتميز عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية بخصوصيات تميزها عن باقي العمليات الجراحية ، وذلك نظرا للمراحل التي تمرّ بها هذه العمليات والتي تبدأ بإتباع شروط وإجراءات قانونية وإدارية معينة ، ثم الشروع في العمل الجراحي واقتطاع عضو سليم من جسم المتبرع ، وكذا المريض من جسم المستقبل ، ثم زرع العضو السليم مكان العضو المريض في جسم المستقبل ، وكل هذا يكون لغرض واحد هو شفاء المستقبل وهو ما لا يلتزم به الجرّاح ، ولكن بالمقابل يلتزم باقتطاع عضو سليم من جسم المتبرع كما يلتزم باقتطاع العضو المريض لا الصحيح من جسم المستقبل ، فهي نتيجة يلتزم بها الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء.

---

[1]- أنظر ، عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2000 ، ص 87.

[2] - انظر ، بن صغير مراد ، التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية ، المرجع السابق ، ص 312.

فلو اقتطع الجرّاح عضوا سليما من جسم المستقبل عوض أن يقتطع المريض ليزرع محله عضو المتبرع ، فإنّ النتيجة لا تكون قد تحققت مما يؤدي إلى الإضرار بالمريض المستقبل ، وهذا ما يثير مسؤوليته المدنية التي يفترض فيها خطؤه والتي تلزمه الإثبات ، أما المريض المستقبل فيثبت فقط أنّ الطبيب استأصل العضو السليم من جسمه عوض أن يستأصل المريض وهذا ما سبّب له الضرر.

كما يلتزم الطبيب باقتطاع عضو سليم من جسم المتبرع وهي النتيجة التي يلتزم بها عند مباشرته للعمل الجراحي على جسم المتبرع ، وعليه إذا قام الطبيب بأي خطأ تسبب به في إتلاف هذا العضو إلا ويكون مسؤولا مدنيا عن ذلك ، ومثال هذه الأخطاء إبقاء هذا العضو المستأصل خارج جسم المستقبل لمدة زمنية تفوق تلك التي يحتملها مما يؤدي إلى إتلافه ، أو ارتكابه لخطأ جراحي أثناء الاستئصال مما أدى إلى إتلاف العضو وهو في جسم المتبرع.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام ، هو أنّ هذا الخطأ الطبي الجراحي المفضي إلى إتلاف العضو المستأصل من جسم المتبرع ، هو أساس قيام مسؤوليتين مدنيتين في نفس الوقت لهذا الجرّاح ، فيكون مسؤولا مدنيا تجاه المستقبل الذي يتضرر معنويا عن طريق ضياع فرصة للشفاء فيجوز له طلب التعويض من هذا الجرّاح ، كما يكون هذا الأخير مسؤولا مدنيا تجاه المتبرع الذي تضرر ماديا عندما اتلف عضوه ، ومن هنا يلزم الطبيب بتعويض كل من المتبرع والمستقبل ، لذا يكتسي هذا الالتزام –الالتزام باقتطاع عضو سليم من جسم المتبرع– أهمية بالغة بالنسبة لمصير العملية وهذا ما يفسر التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في هذا المجال.

4– في التحاليل الطبية :

تحتوي عمليات نقل الأعضاء البشرية على مخاطر ذات أهمية معتبرة ، كخطر إصابة المريض المستقبل بمرض معدي نقل له عن طريق زرع عضو المتبرع في جسمه الذي كان مصابا بهذا المرض Maladie transmissible ، هذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى إلزام

الأطباء بإجراء فحوصات طبية يكون الغرض منها تأكد سلامة المتبرع بالعضو وخلوه من أي مرض يمكن أن ينتقل إلى المستقبل.

L'objectif de ces examens est de permettre au médecin chargé du prélèvement de vérifier s'il existe ou non des contre-indications a l'utilisation thérapeutique des organes ou tissus a prélever, notamment au regard des risques de transmission des maladies, ces examens sont en outre imposés[1].

من هنا يظهر جليا أنّ الطبيب ملزم بإجراء فحوصات طبية Testes de dépistage يتأكد من خلالها خلو المتبرع من أي مرض يهدد سلامة المستقبل وينتقل إليه ، وهذه هي النتيجة التي يلتزم بها الجرّاح في التحاليل الطبية ، وبالتالي إذا أصيب المستقبل بمرض معدي انتقل إليه عند زرع عضو المتبرع في جسمه ، فإنّ ذلك من شأنه أن يثير مسؤولية الطبيب المدنية على أساس خطئه المفترض والمتمثل في عدم التأكد من التحاليل الطبية أو عدم القيام بها أصلا.

يلتزم الجراح مبدئيا بعدم إجراء أي عملية زرع إلا بعد تأكده من خلال التحاليل الطبية أنّ هذا الزرع لا يشكل خطرا على المستقبل من حيث نقل أمراض معدية له[2] ، فهو التزام بتحقيق نتيجة أكدت عليه المادة ل 665-15 من القانون الفرنسي رقم 94-654 لـ 29 جويلية 1994 والمتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية ، أما النصوص المتعلقة بنقل الأعضاء في قانون حماية الصحة في الجزائر فالملاحظ هو أنها لم تنص على هذه التحاليل الطبية وهذا ما يمثل الفراغ التشريعي في هذا المجال ، إلا أنه ومع ذلك يلزم الأطباء عمليا بإجراء هذه الفحوصات والتحاليل الطبية ، ويعتبر التزامهم هذا التزاما بتحقيق نتيجة تفسره خطورة هذه العمليات وإمكانية انتقال العدوى فيها.

وخلاصة لما سبق ، نستنتج أنّ الجرّاح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يكون مبدئيا ملزما ببذل عناية ، فيكون عليه إتباع الأصول العلمية الحديثة والثابتة في الجراحة ،

---

[1]- Les principes généraux de la transplantation d'organe, http : // www.France-adot.org

[2] - Pierre VILLENEUVE : Bref propos sur le droit de la responsabilité en matière de transplantations d'organes humains, Droit écrit n^0:1, mars 2001,http://www.bui-toulouse.fr

كما يتصف بالحيطة والحذر عند الاستئصال والزرع وكل ذلك من اجل السعي إلى شفاء المستقبل ونجاح العملية ، إلا انه وبحكم اعتبار عمليات نقل الأعضاء من قبيل العمليات الجراحية المركبة ، فانه يلتزم استثناء بتحقيق نتيجة في العديد من مراحل العملية التي سبق عرضها ، وكل تخلف لهذه النتيجة إلا ويعتبر خطأ يستوجب التعويض ، ولكن هل يمكن تصور مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء بدون خطأ ؟

لقد كرّس القضاء الإداري لا سيما الفرنسي فكرة المسؤولية بدون خطأ[1] وعلقها أساسا على المرافق الطبية العامة (المستشفيات) ، إلا أنّ القضاء المدني وتخفيفا على المريض كان له إعمال في هذا الجانب ، فحاول تكريس المسؤولية بدون خطأ عند إقراره لما يعرف بالالتزام بضمان السلامة ، والإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو إلى أي مدى يلتزم الطبيب الجرّاح بضمان سلامة كل من المتبرع والمستقبل ؟ هو الإشكال الذي سنحاول معالجته في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني : مكانة الالتزام بضمان السلامة في مجال زراعة الأعضاء.

هو التزام دخيل على المجال الطبي ، عرف نشأته في مجالات أخرى كحماية المستهلك ، ومسؤولية المنتجين والناقلين[2] ، فهو التزام أهم ما يبرر دخوله في المجال الطبي محاولة القضاء المدني الفرنسي التشديد من التزام الأطباء خاصة الجرّاحين منهم ، وبالتالي التوسيع من نطاق قيام مسؤوليتهم المدنية.

ولقد كان لهذا الإعمال القضائي أثر كبير ليس فقط على الالتزام الطبي وإنما كذلك على حق المريض في الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة من العمل الطبي

[1]- انظر ، محمد رفعت عبد الوهاب ، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ، المرجع السابق ، ص 272.

[2]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 113.

الذي يخضع له والمستقلة عن الخطأ ، مما أثار جدلا حول مدى اعتبار هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة أم هو التزام ذو طبيعة خاصة ينفصل عليه ؟

إن التعرض لهذه الإشكالية يفرض إعطاء تعريف للالتزام بضمان السلامة ، ثم تبيان مضمونه في مجال الجراحة خاصة نقل الأعضاء.

الفرع الأول : مفهوم الالتزام بضمان سلامة المريض.

ما تجدر الإشارة إليه هو أنّ التزام الجرّاح بضمان سلامة مريضه لا يعني التزامه بالشفاء وإنما يلتزم بتفادي تفاقم الحالة الصحية للمريض بشكل أكثر مما يتطلبه تنفيذ العمل الطبي الجراحي ، فلا يجب أن يكون هذا التدخل الجراحي سببا في ازدياد سوء حالة المريض الصحية.

وعليه يمكن القول بأنّ الالتزام بضمان سلامة المريض هو التزام متصل بحماية الحق في الحياة والسلامة الجسدية ، يلتزم بموجبه الطبيب الجرّاح بأن لا يكون تدخله العلاجي سببا في الإضرار بالمريض حتى وإن لم يرتكب لأدنى خطأ طبي.

فتتحقق مسؤولية الطبيب المدنية على أساس التزامه بضمان سلامة المريض بمجرد تحقق الضرر الناجم على التدخل الجراحي ، ولا سبيل لنفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة[1] ، وهذا ما يجعل خطأ الطبيب مقدّرا La faute virtuelle لا يستند إليه القضاء عند تقدير الضرر وعناصر المسؤولية ، وهذا ما اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى الأخذ به في معظم القرارات الصادرة عنها في هذا المجال إلى غاية سنة 2000.

ومن هنا يمكن القول بأنّ الالتزام بضمان السلامة بدأ يسلك طريقه في العمل الطبي الجراحي ليشمل كل أنواع الجراحة وبالتالي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها من أخطر هذه الممارسات ، ويرجع الفضل في ذلك – أي في مجال الإقرار بالالتزام بضمان السلامة في الأعمال الجراحية– إلى أحكام قضاء الموضوع الفرنسي وقرارات محكمة النقض

[1]– انظر ، تكييف المسؤولية الطبية ، www.jurispedia.org.

الفرنسية واللذين حدّدا مضمون هذا الالتزام ، لكن سرعان ما تراجعت عنه هذه الأخيرة في قراراتها الحديثة.

الفرع الثاني : مضمون الالتزام بضمان السلامة في مجال زراعة الأعضاء.

يلتزم الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء بتعويض المريض المستقبل أو المتبرع إذا كان تدخله الجراحي قد تسبب في الإضرار بهذا المريض ، ويقصد بالضرر هنا ذلك الذي لا يرتبط مباشرة بآثار هذا التدخل الجراحي ، أي يكون مستقلا عن العمل الطبي بمفهومه الفني الذي يبقى التزام الجرّاح فيه التزاما ببذل عناية.

ولقد أكّدت محكمة الاستئناف بباريس في حكمها الصادر في 15 جانفي 1999[1]، أنّ الالتزام ببذل عناية الذي يلتزم به الطبيب من حيث المبدأ لا يستبعد وجود التزام تبعي مضمونه سلامة المريض ، وعليه يلتزم بتعويض الضرر الذي أصاب المريض بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجه حتى في حالة غياب الخطأ ، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بحالته السابقة على التدخل الجراحي أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة.

وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي إلى غاية سنة 2000 ، أين أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا جديدا غيّر تماما من هذا المسار ، وهو قرار 08 نوفمبر 2000 [2] الذي رفضت بمقتضاه محكمة النقض بصفة صريحة إمكانية التعويض عن المخاطر الجراحية دون خطأ ، مقررة أنّ تعويض الضرر الناجم عن مخاطر الجراحة لا يندرج ضمن الالتزامات الناشئة عن العلاقة التي تربط الجرّاح بالمريض.

---

[1]– انظر ، محمد رفعت عبد الوهاب ، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ، المرجع السابق ، ص 274.

[2]- Cass 1ère civ : 08/11/2000, cité par Pierre VILLENEUVE : Bref propos sur le droit de la responsabilité en matière de transplantations d'organes humains, Droit écrit n0:1, mars 2001,http://www.bui-toulouse.fr.

وعليه تكون محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت عن موقفها تجاه التزام الجرّاح بضمان السلامة ، أين كان يجوز للمريض طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به جرّاء التدخل الجراحي والمستقلة عن خطأ الطبيب في قراراتها السابقة.

إنّ محاولة القضاء العادي في حماية مصالح المرضى ضحايا العمليات الجراحية عن طريق إقرار الالتزام بضمان السلامة ثم التراجع عنه ، لم يخرج عن إطار المسؤولية المدنية بمفهومها التقليدي والحديث ، والقائم على الخطأ كأساس لها ثم الضرر ، لتبقى المسؤولية بدون خطأ (الالتزام بضمان السلامة) تجد محلا لها في مسؤولية المرافق الطبية أي المستشفيات ، فيما يعرف في المضمار الإداري بنظرية المخاطر ، وهذا ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي في قرار 09 أفريل 1994 والمعروف بقرار بيانشي Bianchi.

وخلاصة لما سبق يمكن القول بأنّ الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يكون مسؤولا عما يحدثه تدخله الجراحي من أضرار مستقلة عن أخطائه المهنية وفقا لما تبنّته محكمة النقض الفرنسية ، وبالتالي لا يقع عليه التزام بضمان السلامة وإنما في المقابل يتشدد التزامه بتحقيق نتيجة ليتوسع من نطاقه بالرغم من أنّ التزامه الأصلي هو بذل عناية.

وفي الجزائر لم يأخذ القضاء المدني بالتزام الجرّاح بضمان السلامة ، فلا تقوم المسؤولية بدون خطأ إلا في المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية وذلك في حالة تضرر المرضى لسوء التسيير أو الرقابة كحالة انقطاع الكهرباء أثناء الجراحة مما أدى إلى وفاة المريض بسبب عدم تشغيل المولد الكهربائي groupe électrogène.

ولكن لا يعني ذلك أنّ مسؤولية الجرّاح المدنية في مجال زراعة الأعضاء تقوم فقط على أساس خطئه المهني ، وإنما تتعدّاه في العديد من الأحيان لتقوم على أساس الضرر فيكون خطؤه احتماليا أو مفترضا . وهذا ما يقودنا إلى طرح السؤال : إلى أي مدى يمكن مساءلة الطبيب الجرّاح مدنيا في مجال زراعة الأعضاء ؟ هذا ما ستتم محاولة الإجابة عليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني : حدود مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

سبق وأشرنا إلى أنه يمكن للمستقبل أو المتبرع أن يتضرر جرّاء خطأ يرتكبه الطبيب أثناء قيامه بالجراحة أو في حالة مخالفته لإجراءات وشروط عمليات نقل الأعضاء، مما يثير مسؤولية مدنية لهذا الطبيب ، يكون ملزما فيها بتغطية هذا الضرر عن طريق التعويض ، إلا أنّ هناك حالات معينة لا يسأل فيها الطبيب بالرغم من تضرر المريض المستقبل وبالتالي تدفع مسؤوليته المدنية.

ومما لا شك فيه هو أنّ المسؤولية المدنية تكون إما تقصيرية أو عقدية ، يلتزم فيها المدين في كلا الحالتين بالتعويض وفقا لما اخلّ به من التزام قانوني أو عقدي ، فهو الإطار الذي لا تخرج عنه مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ، فما هي طبيعة هذه المسؤولية ؟ وما هي آثارها ؟

المطلب الأول : طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

إنّ الخوض في الحديث عن التكييف القانوني للمسؤولية الطبية المدنية في مجال زراعة الأعضاء أمر يفرض النظر في أحكام كل مسؤولية (عقدية أو تقصيرية) على حدى، والبحث عن تلك التي يمكن تطبيق أحكامها على المركز القانوني للطبيب وفقا لطبيعة العلاقة التي تربطه بأطراف العملية (المتبرع والمستقبل) من جهة ، ومن جهة أخرى علاقته بالمستشفى.

ولما كان من المسلّم به هو أنّ العقد مصدر المسؤولية العقدية[1] ، فإنّ إخلال الطبيب بالتزام تعاقدي بينه وبين المريض ، من شأنه أن يثير مسؤوليته العقدية الناجمة عن العقد الطبي الذي تتجه فيه إرادة المريض إلى اختيار الطبيب الذي سيقدم له العلاج ، على أنّ

[1]- انظر ، سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، الطبعة الخمسة ، دار الكتب القانونية، مصر، 1998 ، ص 381.

هذه المسألة لا يمكن تصورها في المرافق الاستشفائية وذلك للطبيعة اللائحية التنظيمية التي تربط الطبيب بالمستشفى والتي تلزمه تقديم خدمة العلاج ، ومن ثم لا يمكن للمريض اختيار طبيب له يتعاقد معه لعلاجه وبالتالي تنتفي المسؤولية العقدية في المستشفيات بانتفاء أساسها وهو العقد ، ومن هنا تكون مسؤولية الطبيب داخل المستشفى تقصيرية لا عقدية.

ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا يسمح بإجرائها إلا ضمن مستشفيات مرخص لها بذلك ، فإنّ مسؤولية الجرّاح المدنية تكون كمبدأ عام تقصيرية ، واستثناء عقدية في بعض الحالات.

الفرع الأول : المسؤولية التقصيرية كمبدأ عام.

لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتماد مبدأ المركز القانوني اللائحي والتنظيمي للأطباء داخل المستشفيات[1] والذي تغيب فيه العلاقة العقدية بين الجرّاح والمريض أو بين المريض وإدارة المستشفى[2].

كما أنّ المريض سواء كان المتبرع أو المستقبل لا يحتاج إلى عقد لينتفع بالخدمات الطبية والعلاج ، لأنّ هذه التنظيمات واللوائح تلزم الجرّاح بأن يقوم بعملية الاستئصال والزرع على أساس أنّ المريض المستقبل يعتبر مواطنا يقتني خدمات هذا المرفق الصحي[3] . وعليه إنّ غياب العقد في عمليات نقل الأعضاء سواء بين الطبيب وأطراف العملية أو بينه وبين المستشفى يعني أنّ المسؤولية في حالة الإضرار بأحد أطراف العملية ، تكون تقصيرية وليست عقدية.

كما تبنّى القضاء الجزائري مبدأ المسؤولية التقصيرية للطبيب داخل المستشفى وذلك من خلال قراراته الصادرة عن المحكمة العليا ومختلف أحكام وقرارات الجهات القضائية

---

[1]- انظر ، تكييف المسؤولية الطبية ، www.jurispedia.org.

[2]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 83.

[3]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 83.

الأخرى[1] ، مما يستخلص منه أنّ مسؤولية الجرّاح في الجزائر في نقل الأعضاء بحكم ممارستها داخل المستشفى تكون تقصيرية ولا عقدية ، ولكن ماذا عن أركان هذه المسؤولية ؟

أولا : أركان المسؤولية التقصيرية للطبيب في نقل الأعضاء.

طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية[2] فإنّ أركان هذه الأخيرة تتمثل في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية ، وهي الأركان نفسها في المسؤولية التقصيرية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء ولكن وبطبيعة الحال يختلف محتوى كل ركن من أركان هذه المسؤولية عمّا هو مقرر في القواعد العامة وذلك لخصوصية هذه الممارسات الطبية.

1- الخطأ :

يعرّف الفقه الخطأ كركن من أركان المسؤولية التقصيرية على انه : (ذلك الانحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف)[3] ، فهو إخلال بالتزام قانوني عام يتمثل في عدم الإضرار بالغير ، ويقوم على عنصرين أساسيين هما التعدي أي الانحراف والإدراك أي علم الشخص بهذا الانحراف ، حيث لا يمكن مساءلة الشخص غير المدرك لفعله الضار كالمجنون والقاصر غير المميز ، فلا خطأ بغير إدراك.

إلا أنّ الأمر لا يبدو بهذه السهولة في مجال زراعة الأعضاء ، وذلك لما تتسم به هذه التقنية الطبية من خطورة وتعقيدات ، الأمر الذي أدى بالقضاء إلى اعتماد ما يعرف بالخطأ المهني في الجراحة الطبية.

وحيث أنّ الجرّاح في عمليات نقل الأعضاء يلتزم مبدئيا كما سبق تبيانه ببذل عناية إزاء مريضه المستقبل أو المتبرع ، فعليه إتباع الأصول العلمية المستقرة في جراحة نقل الأعضاء والتحلي باليقظة والحذر ، وكل خروج عن ذلك كإتباع أسلوب جراحي جديد غير متعارف

---

[1]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 36.

[2]- تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على انه : (كل عمل أيا كان يقوم به المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) ، وتقابلها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه : (كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويحدث ضررا بالغير يلزم من أوقع هذا الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر).

[3]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 32

عليه ، أو تقصيره في الحذر كقطع شريان أو وريد مما يؤدي إلى إتلاف العضو وإلحاق الضرر بالمتبرع أو المستقبل ، فانه بذلك يكون قد أتى خطأ مهنيا يسأل عنه تجاه المتضرر.

والخطأ الطبي المهني في هذا المجال هو ذلك الذي لا يسمح بارتكابه من جانب طبيب تجمعت فيه الكفاءة العلمية والخبرة واليقظة اللازمة لإجراء هذا النوع من العمليات الجراحية والذي لا يرتكبه طبيب في مستواه في ظروف عادية[1].

وعليه ، يمكن القول أنّ عناصر الخطأ في مجال جراحة نقل الأعضاء تتمثل في الانحراف عن الأصول العلمية الثابتة في هذه الجراحة كعنصر أول ، والإدراك المتمثل في افتراض علم الجرّاح بهذه الأصول كعنصر ثاني.

وحتى لا نخرج عن إطار المسؤولية المدنية ، فانه تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الانحراف (الخطأ) قد يثير في بعض الأحيان مسؤولية جنائية للطبيب كحالة وفاة المريض المستقبل أو المتبرع نتيجة هذا الخطأ ، كما يمكن أن يثير مسؤولية إدارية للمستشفى الذي تتم بداخله عملية النقل وبالتالي يكون خطأ مرفقيا ، كحالة تضرر المستقبل أو المتبرع بعد العملية بسبب تلوث وعدم تعقيم غرفة العلميات Faute de stérilisation[2].

أ- تمييز الخطأ المدني للطبيب عن الخطأ الجنائي والخطأ المرفقي :

يتميز الخطأ المدني للجرّاح عن كل من الخطأ الجنائي والخطأ المرفقي (خطأ المصلحة الاستشفائية) لكونه ذو طبيعة خاصة تجعله بمنأى عن أي تداخل مع هذه الأخطاء.

- **الخطأ المدني والخطأ الجنائي** : يرتكب الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء أخطاء جنائية إذا أخل بواجب قانوني تكفله النصوص الجنائية ، كما لو تضرر المريض المستقبل أو المتبرع جراء خطأ الجرّاح فأصيب بعاهة ما ، فهنا يتابع الجرّاح جنائيا على أساس جريمة الجرح المفضي إلى عاهة مستديمة أو القتل غير العمدي في حالة وفاة المريض ، ويرتكب خطأ مدنيا

---

[1]- انظر ، محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانونا فقها واجتهادا) ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 11.

[2]- انظر ، طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، بدون طبعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص 42.

إذا اخل بواجب قانوني عام ولو لم تكفله تلك النصوص ، وعليه يكون الخطأ المدني للجرّاح أوسع نطاقا من الخطأ الجنائي ، لذلك يشمل هذا الأخير دائما خطأ مدنيا والعكس غير صحيح أي يمكن أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يشكّل خطأ جنائي[1].

- **الخطأ المدني والخطأ المرفقي** : يلتزم المرفق الصحي (المستشفى) الذي تتم فيه عمليات نقل الأعضاء بضمان سلامة المستقبل والمتبرع ، فيسأل عن كل ضرر لحق بهم بسبب سوء التسيير أو انعدام النظافة[2] ، أو بصفة عامة كل ما لا يدخل في نطاق التزامات الجرّاح ، وعليه يمكن القول أنّ خطأ مرفق الصحة هو كل خرق لالتزامات معينة لا يلتزم بها الجرّاح ، أما الخطأ المدني للجرّاح فهو كل خرق لالتزاماته تجاه المتبرع أو المستقبل ، ومن هنا يظهر جليا أنّ الخطأ الشخصي للطبيب يستقل تماما عن خطأ المؤسسة الاستشفائية ، وذلك باستقلال التزاماته عن التزامات المستشفى.

ب- صور الأخطاء المستوجبة للتعويض في مجال زراعة الأعضاء :

يمكن تقسيم الأخطاء المستوجبة التعويض في مجال زراعة الأعضاء إلى فئتين ؛ فئة الأخطاء المتعلقة بمخالفة شروط عمليات نقل الأعضاء ، وفئة الأخطاء المتعلقة بالعمل الطبّي الجراحي في هذا المجال.

✦ **الأخطاء المتعلقة بمخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء :**

لقد وضع كل من المشرع الفرنسي والجزائري شروطا معينة يتقيد بها الأطباء عند مباشرتهم لعمليات نقل الأعضاء[3] ، وكل مخالفة لهذه الشروط إلا ويعتبر خطأ يثير مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ، ويمكن عرض هذه الأخطاء كما يلي :

---

[1]- انظر ، شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 190.

[2]- انظر ، طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 42.

[3]- لقد سبق عرض الشروط القانونية لعمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية في المبحث الثاني من الفصل الاول للمذكرة.

– تخلف رضى المتبرع أو المستقبل : وهي الحالة التي يستأصل فيها الطبيب العضو من جسم المتبرع دون أن يبدي هذا الأخير موافقته الصريحة على ذلك ، أو عند الشروع في عملية الزرع بجسم المستقبل دون الأخذ برضاه ، ففي كلتا الحالتين تقوم مسؤولية الطبيب المدنية على أساس خطئه المتمثل في إخلاله برضى أطراف العملية ، ولدرء هذه المسؤولية يكون على الطبيب أن يثبت حصوله على موافقة المدعي بإحضار وثيقة الرضى التي اشترطها المشرع الجزائري في المادة 162 فقرة ثانية من قانون حماية الصحة وترقيتها ، وكذا المادة 166 فقرة أولى من ذات القانون مصحوبة بالشاهدين.

وكذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا استأصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها ، لأنّ العدول يزيل الأثر القانوني للرضى الصادر من المتبرع[1] ، فلا يجوز للطبيب الاحتجاج بالموافقة السابقة لدرء المسؤولية عنه ، كما تقوم مسؤوليته المدنية سواء اتجاه المستقبل أو المتبرع عند مباشرته للعملية استنادا إلى رضى مشوب بعيب من العيوب كالإكراه ، لأنّ الأصل هو تأكد الطبيب من أنّ رضى أطراف العملية حر وسليم ، وكل خروج عن ذاك يكون من شأنه إلحاق ضرر معنوي للمدعي يلتزم الطبيب بتعويضه[2].

أما في النيابة المتعلقة بالتعبير عن الرضى ، فخطأ الطبيب يكون في حالة ما إذا قام بالعمل الجراحي دون الأخذ بموافقة الممثل القانوني للمستقبل القاصر أو عديم الأهلية وبالتالي يكون ملزما بالتعويض وفقا لمسؤوليته المدنية القائمة على أساس هذا الخطأ ، ويدرأ عنه هذه المسؤولية إذا اثبت حالة الاستعجال.

– عدم إعلام المتبرع أو المستقبل : يلتزم الطبيب في مجال زراعة الأعضاء بإعلام كل من المتبرع والمستقبل بمخاطر العملية وطبيعتها حتى يكون رضاهم متبصرا بقدر كاف[3] ، وهو التزام بتحقيق نتيجة يتمثل في إحاطة الطبيب لأطراف العملية علما بما سيقدمون عليه

---

[1]– انظر مأمون عبد الكريم، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا و جزاؤه , المرجع السابق، ص 43

[2]– انظر ، سميرة عائض الديات ، المرجع السابق ، ص 142.

[3]- G. DEVALAY : La responsabilité médical, http : // www.med.univ-rennes L.fr

، وبالتالي يعتبر الطبيب مخطئا إذا باشر عمله الجراحي دون إعلام المتبرع أو المستقبل بمخاطر العملية ، أو كان إعلامه ناقصا إلى حد عدم تلقي أطراف العملية لمعلومات كافية تمكنهم من التعبير عن موافقة حرة ومستنيرة[1] ، ويكون على المدعي (سواء المتبرع أو المستقبل) إثبات هذا الخطأ الذي يعتبر من أصعب الأخطاء الواجبة الإثبات في مجال زراعة الأعضاء.

– التعامل المالي في مجال زراعة الأعضاء : لقد جرّم القانون الفرنسي فعل التعامل المالي بالأعضاء ، فكل طبيب يحاول الحصول على عضو بالمقابل أو يساهم أو يحاول المساهمة في هذا الفعل كالتشجيع على بيع الأعضاء ، إلا ويعاقب بالحبس لمدة سبع سنوات لارتكابه جنحة الاتجار بالأعضاء وبالتالي يكون مسؤولا جنائيا[2] ، أما في الجزائر فالملاحظ هوانه لا يوجد مع الأسف نص يجرّم فعل الاتجار بالأعضاء ، وبالتالي وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فإنّ الطبيب الذي يتاجر بالأعضاء لا يكون مسؤولا إلا مدنيا وهذا ما يمثل الفراغ التشريعي في هذا المجال.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ مخالفة الشروط القانونية الأخرى والطبية لعمليات نقل الأعضاء تعتبر أخطاء جنائية تثير مسؤولية جنائية ، فالسرية في نقل الأعضاء من الميت إلى الحي تتعلق بالسر المهني فإذا خالفها الطبيب يكون مرتكبا لجريمة إفشاء سر المهنة ، وأيضا صفة الطبيب فإذا قام بهذه العمليات شخص سحبت منه رخصة ممارسة الطب فانه يكون قد ارتكب جريمة الممارسة غير الشرعية للطب المنصوص عليها في المادة 234 من قانون حماية الصحة في الجزائر ، وغيرها من الأخطاء الأخرى التي رأينا عدم الخوض فيها حتى لا نخرج عن إطار موضوع هذه الدراسة.

✦ **الأخطاء المتعلقة بالعمل الجراحي** :

[1]– انظر مأمون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 677.

[2]– انظر ، أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص 140.

قد يرتكب الجرّاح لأخطاء مهنية عند قيامه بجراحة الاستئصال أو الزرع ، الأمر الذي يثير مسؤوليته المدنية والتي تلزمه تعويض المتضرر عن الضرر الذي لحق به ، ومن قبيل هذه الأخطاء المهنية ما يلي :

– **استعمال أجهزة وأدوات جراحية غير معقمة** : يقع على الطبيب في مجال زراعة الأعضاء التزام بتحقيق نتيجة مفاده عدم الإضرار بالمريض المستقبل أو المتبرع عند استعمال أدوات الجراحة ، وعليه لو استعمل الطبيب مقصّا مثلا أو غير ذلك من الأدوات غير المعقمة ، وأدى ذلك إلى الإضرار بالمريض ، فإنّ هذا يعتبر خطأ مفترضا من جانبه تقوم المسؤولية فيه على أساس الضرر ، وعلى المريض المدعي (المتبرع أو المستقبل) إثبات الضرر ليفترض خطأ الطبيب ، ولا سبيل لهذا الأخير لدرء المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك لأنّ مسؤوليته في الالتزام بتحقيق نتيجة تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة[1] ، وهي في هذا المجال سلامة المريض محل الاستئصال أو الزرع من الإضرار التي قد تحدثها أدوات ووسائل الجراحة.

– **الخطأ في العضو محل الاستئصال** : يلتزم الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء بتحقيق نتيجة فيما يخص العضو محل الاستئصال ، فيلتزم باستئصال عضو سليم من جسم المتبرع ، كما يلتزم باستئصال العضو المريض من جسم المستقبل ، فإذا لم يكن الحال كذلك، أي إذا ارتكب خطأ مهنيا جراحيا عند استئصاله للعضو من جسم المتبرع وأدى ذلك لإتلافه ، فانه يكون مسؤولا مدنيا تجاه المتبرع وبالتالي يلزم بتعويضه عن الضرر الذي لحق به والمتمثل في فقد عضوه ، كما يجوز للمستقبل مطالبة الجرّاح بالتعويض في هذه الحالة على أساس أنه تضرر هو الآخر معنويا حيث أنه فوّت له فرصة الشفاء ، وذلك كما سبق تبيانه.

كذلك تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة ما إذا وقع في خطأ عند استئصاله للعضو المريض من جسم المستقبل ، فعوض أن يستأصل هذا العضو قام باستئصال السليم، فهنا النتيجة لم تتحقق وبالتالي يعتبر خطأ من جانبه يلزمه التعويض مع العلم أنّ هذه الحالة

[1]– انظر ، محمد يوسف ياسين ، المرجع السابق ، ص 17.

غالبا ما تثير مسؤولية جنائية لأنه خطأ خطير قد يؤدي إلى هلاك المستقبل (الموت أو العاهة).

– الخطأ في الجراحة وعدم متابعة المريض بعد العملية : يلتزم الجرّاح بعد إجراء العملية بمتابعة نتائجها والتطورات الصحية لأطراف العملية[1] خاصة إذا ما ظهرت أعراض معينة بعد العملية تدل على التدهور وسوء الحال ، فإذا لم يتدخل الجرّاح في هذه الحالة يكون قد ارتكب خطأ تقصيريا يلزمه التعويض في حالة ما إذا تضرر المريض ، والتزامه هنا هو التزام ببذل عناية ، تتمثل في عناية الطبيب بهذا المريض ومواكبة تطوراته الصحية.

وإلى جانب هذه الأخطاء ، يمكن أن تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في حالة مخالفته لأصول الجراحة العامة كقطع الشرايين أو إتلاف بعض الأمعاء[2] ، وبصفة عامة كل الأخطاء الفنية التي يمكن أن يرتكبها الطبيب أثناء ممارسة جراحة الاستئصال أو الزرع والتي تقوم كركن في مسؤوليته التقصيرية. ولكن ماذا عن ركن الضرر ؟

2– الضرر :

يعتبر الضرر ركنا من أركان مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء ، فلا مسؤولية بدون ضرر ، ويعرّف الفقه الضرر بشكل عام على أنه : " ما يصيب الشخص في حق من حقوقه ، أو في مصلحة مشروعة له يحميها القانون ، وتكون متعلقة بسلامة جسمه ، أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو غير ذلك"[3].

يتضح من خلال هذا التعريف أنّ الضرر هو عبارة عن نتيجة لتعدّي على حق أو مصلحة مشروعة يحميها القانون ، وقياسا عليه يكون الضرر الطبي عبارة عن اثر لخطأ

---

[1]- Angelo CASTELLETA, Responsabilité médical, droits des malades, DALLOZ références, 2002, P 125.

[2]– تشترط المادة 124 من القانون المدني الجزائري ثبوت الضرر لقيام المسؤولية التقصيرية فإذا انتفى الضرر انتفت معه المسؤولية ، وفي المجال الطبي فمهما كانت طبيعة الخطأ فانه يشترط أن يحدث هذا الخطأ ضررا لقيام المسؤولية الطبية المدنية ، وبالتالي لا تخرج هذه المسؤولية عن القواعد العامة فيما يخص اشتراط تحقق الضرر لقيامها.

[3]– انظر ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1995، ص 143.

الطبيب عند إخلاله بما تمليه عليه التزاماته المهنية ، مما يستخلص منه أنّ عدم شفاء المريض لا يعتبر بمثابة ضرر لأنّ الشفاء لا يدخل في نطاق التزامات الطبيب[1].

ويكون الضرر إما ماديا أو معنويا ، وهو ما يشمله الضرر الناجم عن خطأ الطبيب في مجال زراعة الأعضاء والذي يجب أن يكون مستوفيا لشروط معينة حتى يعتد به كركن من أركان مسؤولية الطبيب المدنية في هذا المجال.

أ- أنواع الضرر الناجم عن الخطأ في مجال زراعة الأعضاء :

قد يصاب المريض المستقبل أو المتبرع في سلامته الجسدية جرّاء خطأ الجرّاح[2] ، فيترتب عليه ضرر مادي يمس مصلحة المريض في تكامله الجسدي أو ضرر معنوي يمسه في شعوره.

- الضرر المادي : يتخذ الضرر المادي في مجال زراعة الأعضاء صورة الاعتداء على التكامل الجسدي للمستقبل أو المتبرع ، وحقه في أن يظل جسمه مؤديا لوظائفه الحيوية دون تعطيلها.

فإتلاف عضو من جسم المتبرع نتيجة خطأ الجرّاح ، هو ضرر مادي يتمثل في الإنقاص من التكامل الجسدي لهذا المتبرع والمساس بحقه في السير الطبيعي لوظائف الأعضاء ، ومن ثم يكون الضرر متعلقا بالاعتداء على الحق في سلامة الجسم.

كما أنّ إتلاف الأمعاء أو قطع الشرايين في جسم المستقبل يعدّ كذلك ضررا ماديا ناجم عن خطأ الجرّاح يتخذ صورة الاعتداء على حق المستقبل في السير الطبيعي لوظائف أعضائه.

وعليه ، يظهر جليا أنّ الضرر المادي الذي يلحق بالتبرع أو المستقبل جرّاء خطأ الجرّاح يتعلق بمدى الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، فيتخذ بصفة عامة إحدى صور الأضرار الجسمانية Dommages corporels التالية :

---

[1]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 126.

[2]- انظر ، طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 48.

- إما إنقاصا من السير الطبيعي لوظائف الأعضاء.
- أو إنقاصا من التكامل الجسدي.
- أو إنقاصا أو تعطيلا لوظائف الجسم الحيوية.

وتقدّر درجة هذا الضرر أو هذا الاعتداء على السلامة الجسدية عن طريق خبرة طبية يستند إليها القاضي لتقدير قيمة التعويض ، والملاحظ هو أنّ الضرر الطبي في مجال زراعة الأعضاء كثيرا ما ينجم عنه ضرر مادي مقوّم بالمال على أن لا يكون ذلك مستندا إلى قاعدة ما فات المتضرر من كسب وما لحقته من خسارة لأنها قاعدة لا يمكن تصورها في مجال زراعة الأعضاء ، لكونها عمليات قائمة على أساس التبرع والمجانية من جهة ، ومن جهة أخرى لأنّ عضو الإنسان لا يقوّم بالمال ، وبالتالي يكون أساس الضرر المادي المقوّم بالمال هو درجة العجز.

– الضرر المعنوي : يعرّف الضرر المعنوي على أنه : "ذلك الذي يصيب الإنسان في شعوره وأحاسيسه أو يسبب له آلام نفسية أو جسمانية"[1] ، ومن هنا يمكن القول أنّ الضرر المعنوي أو الأدبي هو ما نجم عن الخطأ من آثار نفسية تضرّ بالمريض[2]، كالضرر الناجم عن إفشاء السر المهني ، أو ذلك الذي ينجم عن تفويت فرصة الشفاء والذي يثبت للمريض المستقبل في حالة ما إذا اتلف الطبيب عضو المتبرع.

كما يعتبر الضرر معنويا ذلك الذي ينجم عن خطأ الإخلال بالرضى أو انعدام الإعلام أو نقصه ، أو تلك الآلام الحادة التي تلحق بجسم المتبرع أو المستقبل نتيجة خطأ الطبيب ، وتجدر الإشارة إلى أنّ الضرر المادي أوسع نطاقا من الضرر المعنوي ، فكل ضرر مادي إلا ويحدث آلام نفسية ومساس بالشعور وبالتالي يحتوي على الضرر المعنوي ، أما هذا الأخير فيمكن تصوره دون إحداث ضرر مادي كحالة تفويت الفرصة[3].

---

[1]– انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 132.

[2]– انظر ، قمراوي عز الدين ، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، موسوعة الفكر القانوني ، المسؤولية الطبية ، الجزء الأول ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،الجزائر ، بدون سنة ، ص 54.

[3]– انظر ، قمراوي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 53.

وعليه ، يمكن القول أنّ الضرر المعنوي في مجال زراعة الأعضاء هو ضرر يلحق بالمريض المستقبل أو المتبرع جرّاء خطأ الجرّاح ، يكون إما أصليا أي في حالة انعدام ضرر مادي كتفويت الفرصة ، أو تبعيا عند وجوده فيسأل الطبيب عن الضرر المادي والمعنوي إذا توافرت بعض الشروط.

ب- شروط الضرر الموجب للتعويض :

لا يمكن التعويض عن الضرر الطبي إلا إذا استوفى لشروط معينة هي كالآتي :

- الإخلال بحق أو مصلحة مشروعة : وهي المصلحة التي يؤسّس بها المدعي (المتبرع أو المستقبل) دعوى المسؤولية التقصيرية والتي يطالب فيها بالتعويض ، فالمصلحة هنا هي ذلك الحق الذي يقرّه له القانون والذي اعتدى عليه الطبيب ، وفي مجال زراعة الأعضاء هي حق المريض المستقبل أو المتبرع في سلامة جسمه والذي يشترط أن يخلّ به الطبيب بخطئه حتى يعتبر كضرر يستوجب التعويض ، كما يشترط أن يستعمل (الحق) في نطاق مشروع أي غير مخالف للنظام العام والآداب[1] ، كما لو تضررت امرأة جرّاء عملية إجهاض لم تكن حالتها الصحية تتطلب إجراءها ، فبالرغم من انه تم الاعتداء على حقها في سلامة الجسم إلا انه لا يعتدّ به كضرر يستوجب التعويض لأنّ الحق المخل به قد استعمل في نطاق غير مشروع.

- أن يكون الضرر أكيدا (محقق الوقوع) : يجمع غالبية الفقه والقضاء على أنّ الضرر المستوجب للتعويض يجب أن يكون محققا أو سيتحقق في المستقبل .

فالضرر المحقق هو ذلك الذي وقع فعلا أي لا يترك مجالا للشك في وقوعه ، أما الضرر المستقبلي فهو الذي تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو جزء منها إلى المستقبل ، وهو ضرر يأخذ حكم الضرر المحقق[2] ، وبالتالي يسأل الجرّاح في مجال زراعة الأعضاء عن كل

[1]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 128.

[2]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 128.

ضرر محقق سواء حالا أو مستقبلا كما لو اتلف عضوا مما سيؤدي إلى الإنقاص من التكامل الجسدي للمضرور.

ومن هنا يمكن القول أنّ الجرّاح لا يسأل عن الضرر الاحتمالي[1] ، لأنه ضرر لم يقع أصلا وليس هناك ما يؤكد وقوعه وإنما يخضع إلى الاحتمالات والافتراضات ، لذا يقع الخلط بينه وبين تفويت الفرصة التي تتميز عنه في كونها حرمان المريض من فرصة حقيقية وجدّية تعود عليه بالشفاء ، كما لو أتلف الطبيب عضو المتبرع فهو ضرر لا يدع مجالا للشك فيه ، أما الاحتمالي فهو ضرر مبني على الشك[2].

يستخلص مما سبق انه متى صدر عن الجرّاح خطأ طبي أو قانوني (عند مخالفة الشروط القانونية لعمليات نقل الأعضاء) ، فانه يكون مسؤولا مدنيا عن هذا الخطأ بشرط أن يكون قد نجم عنه ضرر محقق الوقوع سواء في الحال أو المستقبل ، ولا يدع مجالا للشك فيه ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون مباشرا فقط ، فقد يكون غير مباشر كحالة تفويت الفرصة ومع ذلك يسأل الطبيب ، ومردّ ذلك هو طبيعة هذه المسؤولية (تقصيرية) التي يسأل فيها الطبيب المدين عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، وهذا بخلاف المسؤولية العقدية التي يسأل فيها فقط عن الضرر المتوقع أي المباشر.

3- العلاقة السببية :

وهي ركن من أركان المسؤولية التقصيرية للجرّاح في مجال زراعة الأعضاء ، ومفادها أنّ الضرر الذي لحق بالمريض المستقبل أو المتبرع يجب أن يكون بسبب خطأ الطبيب الممارس للعملية ، وبالتالي لا يسأل الطبيب إذا كان المريض هو من تسبب في ضرره كما في حالة عدم إتباعه لنصائح وإرشادات الطبيب ، أو كان الضرر ناجما عن سبب أجنبي لا يد للطبيب فيه كالقوة القاهرة ، مما ينفي ركن الرابطة السببية وبالتالي تنتفي المسؤولية.

---

[1]- انظر ، عبد الوهاب عرفة ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 65.

[2]- انظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 165.

إلا أنّ الأمر لا يبدو بهذه السهولة في مجال زراعة الأعضاء ، ذلك أنها عمليات تمارس في شكل جماعي أي ضمن فريق طبي يتدخل فيه كل طبيب في جسم المتبرع أو المستقبل حسب اختصاصه ، ويتكون عادة من ثلاث أطباء على الأقل هم طبيب التخدير، طبيب الأشعة والطبيب الجرّاح الذي يعتبر كرئيس لهذا الفريق ينسّق ويدير عن طريق الأوامر العملية[1] ، الأمر الذي يفسح المجال أمام حالة ارتكاب احد هؤلاء الأطباء لخطأ طبي مما يؤدي إلى الإضرار بالمريض ، فهل يسأل الطبيب الجرّاح عن هذا الخطأ بحكم ترأسه للفريق الطبي ؟ إنّ الإجابة عن هذا السؤال تفرض البحث عن مسؤولية الطبيب الجرّاح عن فعل الغير وهو ما سيتم التعرض إليه في العنصر الموالي.

ثانيا : مسؤولية الطبيب عن فعل الغير.

لقد اختلف الفقه بشأن مساءلة الطبيب الجرّاح رئيس الطاقم الطبي عن أخطاء أعضاء هذا الطاقم الممارس للعملية ، فمنهم من يرى بأنّ الجرّاح رئيس الفريق الطبي هو المسؤول عن أخطاء أعضاء هذا الفريق لأنه يقع عليه التزام يتمثل في مراقبة قواعد الاحتياط والحذر التي تقع على كل عضو من أعضاء هذا الفريق ، كما انه يختار طبيب التخدير والأشعة الذين يراهما مناسبين لإجراء العملية وبالتالي يكون مسؤولا عن أخطائهما على أساس اختياره لهما.

إلا أنه انتقد هذا الاتجاه الذي يؤسس مسؤولية الجرّاح عن الفريق الطبي على العلاقة التعاقدية التي تربطه بالفريق ، حيث أنّ هذه العلاقة تنتفي في إطار العمل الطبي الذي يجرى داخل المستشفيات والذي تكون فيه المسؤولية تقصيرية ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية[2] التي تبنّت مبدأ استقلالية طبيب التخدير عن طبيب الجراحة وبالتالي يكون كل واحد منهما مسؤولا عن خطئه.

---

[1]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 77.

[2]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 76.

إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية تراجعت عن ذلك واعتبرت أنّ مسؤولية طبيب التخدير هي مسؤولية متضامنة مع مسؤولية الجرّاح في حالة ارتكابه لخطأ طبي على أساس استحالة الفصل بين الاختصاصين ، أما إذا ارتكب طبيب الأشعة أو أي طبيب آخر بما فيهم الممرضون وطلبة الطب لخطأ أثناء الجراحة ، فإنّ الجرّاح رئيس هذا الفريق هو الذي يتحمل المسؤولية التقصيرية عن هذا الخطأ على أساس مسؤولية المتبوع (الجرّاح) عن أخطاء تابعيه (الفريق الطبي) لما له من سلطة الرقابة والتوجيهات[1] ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 136 من القانون المدني الجزائري[2].

الفرع الثاني : المسؤولية العقدية كاستثناء في مجال زراعة الأعضاء.

قد يفتقر المستشفى في بعض الأحيان إلى أطباء جراحة في اختصاص معين ، فيلجأ إلى اختيار طبيب من هذا الاختصاص ليبرم معه عقد يلتزم بموجبه هذا الأخير بإجراء عملية نقل عضو لفائدة مستقبل معين ، فيكون التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية التي تربط هذا الجرّاح بالمستشفى وفقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، حيث يتعهد هذا الجرّاح بإجراء العملية على حساب المستشفى الذي يعتبر المشترط ، لفائدة المستفيد من هذا الاشتراط وهو المتبرع وخاصة المستقبل.

وعليه ، إذا ارتكب هذا الطبيب خطأ سواء قانوني أو طبي يكون للمستفيد المضرور الحق في الرجوع على هذا الطبيب المتعهد بدعوى مباشرة يستمدها من العقد لمطالبته بتنفيذ الالتزام أو إصلاح الضرر[3] ، وبالتالي يمكن القول بأنّ المسؤولية المدنية للطبيب في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية ناشئة عن العلاقة التعاقدية التي تربط المتعهد بإدارة المستشفى ، وهذا على خلاف المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العلاقة التنظيمية اللائحية.

---

[1]– انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 120.

[2]– تنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها " ، وتقابلها المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.

[3]- J-C . AMBROSINI : La responsabilité médical en implantologie orale, conduite a tenir conférence du 13 mai 2005 de stomatologie, Paris 2005, http : // www.collegesto.com.

المطلب الثاني : آثار مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء.

رأينا فيما سبق أنّ مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء هي مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام ، واستثناء تكون عقدية في حالة ما إذا لجأ المستشفى إلى التعاقد مع طبيب أجنبي عنه لإجراء عملية النقل ، ووصلنا إلى نتيجة مفادها أنّ المسؤولية العقدية في هذا المجال تكون وفقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

فهي مسؤولية تكون قائمة على أساس الخطأ ، ذلك في حالة ما إذا كان التزام الطبيب ببذل عناية ، فيكون على المتبرع أو المستقبل المضرور إثبات الخطأ ، كما يمكن أن تكون قائمة على أساس الضرر (المسؤولية الموضوعية) ، وذلك في حالة ما إذا كان الالتزام الطبي المخل به هو التزام بتحقيق نتيجة فيثبت المتضرر فقط عدم تحقق النتيجة وبالتالي يقع عبء الإثبات على الطبيب المدعى عليه أين يفترض خطؤه.

فإذا توافرت أركان المسؤولية المدنية سواء التقصيرية أو العقدية ، من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، فإنها تحدث آثارا بقوة القانون والتي تتلخص أساسا في التعويض المطالب به عن طريق الدعوى المدنية التي يقدّر فيها القاضي عناصر المسؤولية والتي يمكن للطبيب دفعها إذا وجدت بعض الحالات كالقوة القاهرة وخطأ المضرور.

الفرع الأول : الدعوى المدنية.

تنقسم الدعوى المدنية إلى أصلية وتبعية ، وهذه الأخيرة هي ليست من آثار مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء إذ أنها ناجمة عن مسؤولية جنائية.

فللإشارة إليها نقول بأنها دعوى يرفعها الضحية أو أهله عن طريق التأسيس كطرف مدني ، فتحرك النيابة العامة الدعوى العمومية ضد الطبيب الذي ارتكب الخطأ الطبي

الجنائي[1] ، ويختص بالدعوى المدنية بالتبعية القضاء الجزائي بعد الفصل في التهمة المنسوبة للطبيب ، كما يمكن أن ترفع أمام القضاء المدني (القسم المدني للمحكمة) مستقلة عن الجنائي ، ولكن لا ينظر فيها إلا بعد الفصل في الشق الجزائي طبقا لقاعدة " الجزائي يوقف المدني على حاله Le pénal tient le civil en état " وهذا ما نصت عليه المادة 02 فقرة أولى وثانية من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري[2].

أما الدعوى المدنية الأصلية فهي الأثر الذي ترتبه مسؤولية الطبيب المدنية في زراعة الأعضاء ، وهي وسيلة قضائية يستطيع من خلالها المتبرع أو المستقبل المضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه جرّاء خطأ الطبيب ، يختص بها القضاء المدني ممثلا في القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج أي محكمة المستشفى الذي أجريت به العملية وحيث وقع الفعل الضار[3] وذلك وفقا لأحكام الفقرة 12 من المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري[4].

فهي دعوى المسؤولية المدنية التي يرفعها المضرور كمدّع الذي قد يكون إما المتبرع أو المستقبل ضد الطبيب كمدعى عليه، ويقع فيها عبء الإثبات مبدئيا على المدعي إلا أنه في المجال الطبي ، فعبء الإثبات يختلف باختلاف طبيعة الالتزام المخل به ، فيكون على المضرور المدعي إذا كان قد اخل الطبيب بالتزامه ببذل عناية كالخطأ الجراحي (كإحداث تمزيق بالأمعاء مما أدى إلى إحداث آلام للمريض) ، فعليه إثبات تقصير الطبيب وعدم تحلّيه بالحيطة والحذر ، ويكون عبء الإثبات على الطبيب المدعى عليه إذا كان الالتزام المخل به

---

[1]- انظر ، عبد العزيز سعد ، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2002 ، ص 12.

[2]- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم ، منشورات بيرتي ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 1992.

[3]- انظر ، سائح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية ، دار الهدى ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2001 ، ص 20.

[4]- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 09 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ، منشورات بيرتي، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2002.

هو تحقيق نتيجة وفي هذه الحالة لا سبيل له لدرء المسؤولية عنه سوى بإثبات السبب الأجنبي.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ القاضي لا يتدخل في الخصومة ، فيكون دوره سلبيا يتمثل في تقدير الأدلة ، إلا انه ونظرا للطبيعة المعقّدة لموضوع الخصومة والمتمثل في التعويض عن الأخطاء الطبية ، فانه بإمكان القاضي تجاوز دوره السلبي ليأمر بإجراء خبرة طبية في حالة ما إذا لم يطلب الأطراف ذلك[1] ، ويكون ذلك بموجب أمر كتابي ينتدب فيه القاضي خبير طبي معتمد لدى المحكمة يناط به مهمة البحث فيما إذا كان هناك خطأ وقع فعلا من جانب الطبيب أم لا[2].

وهي أحكام تشمل كلا المسؤوليتين أي سواء كانت تقصيرية أو عقدية فإنّ دعوى التعويض في كلا الحالتين ترفع أمام القسم المدني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم العلاج ، وفي مجال زراعة الأعضاء هي محكمة المستشفى الذي تمت به عملية الاستئصال أو الزرع.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض وعناصر المسؤولية.

لا يمكن للقاضي أن يصدر الحكم بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمريض المستقبل أو المتبرع المنزوع منه العضو ، إلا بعد التأكد من ثبوت خطأ الطبيب والضرر بالنسبة للمريض ، وأمكن إسناد هذا الضرر إلى خطأ الطبيب[3] ، وبالتالي هي عناصر المسؤولية التي يقدّرها القاضي ، فإذا ثبتت حكم بالتعويض وفقا لمعايير معينة يستند إليها لتقديره.

أولا : تقدير القاضي لعناصر المسؤولية.

[1]- انظر ، المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية.

[2]- انظر ، سائح سنقوقة، المرجع السابق ، ص 54.

[3]- انظر ، مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 677.

يخضع انحراف سلوك الطبيب المدعى عليه إلى السلطة التقديرية للقاضي في إعطائه الوصف القانوني له ، ومن ثم يخضع هذا الوصف إلى رقابة المحكمة العليا باعتباره مسألة تتعلق بالتكييف القانوني للفعل (الخطأ).

فيقدّر القاضي خطأ الطبيب وفقا لما يثبته المستقبل المدعي أو المتبرع من وقائع وضرر ، على أنّ المسألة هنا تستوجب التمييز بين حالتين هي ما إذا كان الانحراف يشمل قواعد الأخلاق الطبية أو الخطأ في العمل الفني الجراحي.

فالأخطاء المتصلة بالأخلاق الطبية هي أخطاء لا تتصل بالعمل الفني وإنما تتعلق أساسا بالواجب المهني للطبيب الإنساني كالإعلام والأخذ بالرضى وهي واجبات منصوص عليها قانونا[1] ، وبالتالي يقدّر القاضي أخطاء الجرّاح المتصلة بالجانب الأخلاقي لعمليات نقل الأعضاء على ضوء النصوص القانونية المنظمة لهذه الواجبات ، فلا يكون له أن ينتدب خبيرا سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم لأنّ ذلك يعدّ إخلالا بواجبه في مراقبة مدى تطبيق القانون من جهة ، ومن جهة أخرى إنّ عملية ندب خبير لا تكون إلا إذا تعلق الخطأ بالممارسة الفنية (العمل الجراحي).

أما انحراف الطبيب في سلوكه عند ممارسة العمل الفني الجراحي (أخطاء الجراحة) فيقدّره القاضي عن طريق ندب خبير طبي ، تناط به مهمة البحث فيما إذا كان التدخل الجراحي للطبيب سواء عند الاستئصال أو الزرع مطابقا للأصول الثابتة في هذا النوع من الجراحة أم لا ، وذلك لأنّ الانحراف عن الأصول الثابتة في مجال الجراحة والمعطيات العلمية الحديثة المستقرة في هذا المجال لا يعلمها إلا أهل الاختصاص وغالبا ما يجهلها القضاة ، لذا يتم اللجوء إلى الخبرة الطبية لتنوير المحكمة وإعطاء الوصف القانوني لسلوك الجرّاح على ضوء ما جاء في تقرير الخبرة[2].

---

[1]- انظر ، المواد 162 و 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر والمشار إليه سابقا .

[2]- انظر ، محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 205.

وتجدر الإشارة إلى أنه مبدئيا لا يجوز لقاضي الموضوع أن يثبت ما يجب على المتبرع أو المستقبل المدعي إثباته ، وعليه يعتبر أمر القاضي من تلقاء نفسه بإجراء خبرة استثناء يرد على مبدأ حياد القاضي ، لا يتضمن إثبات القاضي لخطأ الطبيب وإنما تأكده من حقيقة الوقائع وادعاءات المدعي ، وذلك لصعوبة إثبات الأخطاء الطبية المتصلة بالعمل الفني الجراحي ، وإن كان الغالب هو أنّ المدعي هو الذي يقوم بإثبات هذه الأخطاء وطلب إجراء الخبرة.

ولا يجوز للقاضي اعتبار الطبيب مخطئا مباشرة بعد تقرير الخبرة الذي يؤكد ذلك ، بل عليه إعطاؤه فرصة تقديم طلب إجراء خبرة مضادة على أن لا يكون ذلك بناء على اقتراح القاضي أو بطلب منه وإلا تعرّض حكمه للطعن بالتماس إعادة النظر[1] ، لأنه لا يجوز له الحكم بأكثر مما طلب منه.

هذا فيما يخص الخطأ ، أما الضرر والعلاقة السببية كأركان لمسؤولية الجرّاح المدنية فتخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تقديرها ، أما إثباتها فبالنسبة للضرر فيجب على المتبرع أو المستقبل أن يثبته وفقا لطبيعته ، فإذا كان ماديا فعليه تقديم وثيقة طبية تثبت وقوعه فعلا ، وهي التي يستند إليها القاضي لتقدير الضرر ما لم يقدّم الجرّاح المدعى عليه طلب خبرة حول حقيقة هذا الضرر ، وفي هذه الحالة إذا كان تقرير الخبرة ينفي وقوعه أو ينسبه إلى غير خطأ الطبيب ، فإنه يكون على القاضي – وإن كان تقرير الخبرة غير ملزم بالنسبة له– أن يرجّح رأي الخبير باعتبار أنّ تقريره أكثر حجّية على الوثيقة الطبية التي يستند إليها المدعي.

أما الضرر المعنوي فيستخلصه القاضي عن طريق القرائن –القرائن القضائية– باعتبار انه متصل بالأخطاء المتعلقة بالواجبات الأخلاقية الطبية ، فيكفي على المتبرع أو المستقبل أن يثبت عدم أخذ الطبيب برضاه لإجراء العملية أو عدم إعلامه علما كافيا بطبيعة هذا العمل الطبي ، وتعتبر هذه القرائن القضائية قاطعة لا تقبل العكس لأنّ الخطأ هنا متعلق

[1]– انظر ، محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 205.

بالتزام الجرّاح بتحقيق نتيجة وهي الأخذ بالرضى والإعلام ، فتقوم مسؤوليته المدنية بمجرد تخلّف النتيجة – انعدام الرضى والإعلام أو نقصه– على أساس هذا الخطأ دون البحث عن الضرر ، ولكن لا يعني ذلك إمكانية انتفائه بل يجب تحققه ويثبت مباشرة عن طريق القرينة.

أما العلاقة السببية فلا تطرح إشكال بالنسبة للقاضي إذا كان الخطأ متصلا بالأخلاقية الطبية ، فيكفي للمستقبل المدعي أو المتبرع إثبات أنّ الجرّاح خالف التزام الرضى أو الإعلام المنصوص عليهما قانونا حتى يقوم خطؤه وينسب إليه الضرر مباشرة ، على أنّ الإشكال يتعلق بالخطأ المتصل بالعمل الجراحي ، أو الضرر الذي يدعي المتبرع أو المستقبل انه ناجم عن هذا الخطأ ، ففي هذه الحالة يكون المرجع بالنسبة للقاضي لتقدير ما إذا كان الضرر ناجما عن هذا الخطأ هي الخبرة الطبية التي يأمر بها من تلقاء نفسه[1].

ثانيا : تقدير التعويض.

إذا توافرت أركان مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء من خطأ ، ضرر وعلاقة سببية ، فانه يكون ملزما بتعويض المدعي المضرور أي المتبرع أو المستقبل أو أهل المتبرع في حالة ما إذا كان خطأ الطبيب قد وقع عند استئصاله للعضو من جثة الميت، كمخالفة رفض الميت أثناء حياته لاستئصال الأعضاء منه بعد وفاته.

ويقدّر القاضي التعويض بقدر قيمة الضرر الذي لحق بالمتبرع أو المستقبل ، فلا يجب أن يزيد التعويض عن الضرر ولا يقل عنه ، وبالتالي تختلف قيمة التعويض باختلاف طبيعة الضرر ، فالتعويض عن خطأ جراحي متمثل في تمزيق جزء من الأمعاء لا يجب أن يكون كالتعويض عن خطأ جراحي نجم عنه إتلاف عضو من جسم المتبرع ، لأنّ هذا الأخير لا يقدّر بثمن فمنطقيا يكون مرتفع عن الضرر الذي نجم عن تمزيق جزء من الأمعاء.

كما أنّ التعويض الذي يطلبه المدعي المستقبل عن الضرر المتمثل في تفويت الفرصة عندما أتلف الطبيب بخطئه عضو المتبرع ، يجب أن يكون عادلا من شأنه إصلاح الضرر

[1] – انظر ، تقدير القاضي لعناصر المسؤولية ، www.jurispedia.org.

المعنوي وفقا لمعايير مادية معينة تتمثل في تقدير القاضي للظروف التي وقع فيها خطأ الطبيب وكذا الظروف الشخصية للمتضرر كحالته المالية ، العائلية والصحية[1].

وعليه ، يمكن القول بأنّ التعويض يجب أن يكون جابرا للضرر[2] ، مصلحا له وجاعلا الطبيب محسّا بخطئه خاصة وأنه يتعلق بالأخطاء الطبية في ممارسات ذات أهمية وخطورة معتبرة وهي عمليات نقل الأعضاء.

وينشأ حق المتبرع أو المستقبل الدائن بالتعويض مبدئيا منذ وقوع الفعل الضار ، إلا أنه ونظرا لطبيعة الضرر الطبي فإنّ معالم هذا الأخير لا تتحدد وليست ثابتة أي يمكن للضرر أن يتغير بالتفاقم أو النقصان في الفترة ما بين وقوع الفعل الضار (خطأ الجرّاح) وتاريخ صدور الحكم ، الأمر الذي أدى بالقضاء إلى اعتبار يوم صدور الحكم هو يوم تقدير التعويض وهذا ما تبناه القضاء الفرنسي وأيده الفقه[3].

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنّ الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية بين الطبيب وأطراف عملية نقل العضو ، سواء المتعلقة بالتخفيف أو التشديد أو الإعفاء منها، هي اتفاقيات لا تجد لنفسها مكانا في هذه الممارسات كما لا يمكن تصورها ، لأنه أصلا لا يمكن سواء للمتبرع أو المستقبل أن يختار الطبيب الذي سيجري له العملية ويتفق معه بشأن المسؤولية ، ولأنه لو سلّمنا بذلك لكانت المسؤولية المدنية لهذا الطبيب عقدية مبدئيا بدل التقصيرية وهذا ما يتناقض مع المركز التنظيمي اللائحي للطبيب داخل المستشفى الذي يلزمه تقديم خدمة العلاج دون إمكانية اختيار المريض ، وعليه لا يمكن الاتفاق بشأن المسؤولية في مجال زراعة الأعضاء.

ثالثا : طريقة التعويض.

---

[1]- انظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 981.

[2]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 132.

[3]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 134.

إذا ثبتت مسؤولية الطبيب المدنية عما لحق المريض المستقبل أو المتبرع من ضرر ، فانه وطبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري[1] يكون ملزم بتعويض المتضرر بصفة تجبر ضرره ، ويكون التعويض إما عينيا أو نقديا[2].

فالتعويض العيني هو " إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار متى كان ذلك ممكنا "[3] ، وهو تعويض غالبا ما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الإخلال بالتزامات تعاقدية كإتلاف المستأجر للعين المؤجرة ، وعليه هل يمكن تصور هذا التعويض عندما يتعلق الأمر بالأضرار الناجمة عن أخطاء طبية في مجال زراعة الأعضاء ؟

بطبيعة الحال تكون الإجابة بالنفي لأنّ التعويض العيني لا يكون مبدئيا إلا في المسؤولية العقدية ، والأخطاء الطبية في مجال زراعة الأعضاء تستوجب المسؤولية التقصيرية لا العقدية ، وبالتالي يستبعد التعويض العيني ، كما أنّ طبيعة الضرر الناجم عن هذه الأخطاء لا تقبل التعويض العيني ، فالطبيب الذي يتلف بخطئه عضو المتبرع لا يمكن أن يلزمه القاضي بردّ هذا العضو أو بأن يزرع محله عضو آخر مثله ، كما أنّ الضرر المعنوي الناجم عن عدم الأخذ برضى المستقبل عن العملية يستحال تعويضه عينيا.

ومن هنا يمكن القول بأنّ التعويض في مجال زراعة الأعضاء هو تعويض نقدي يتمثل في تقديم الطبيب للمتبرع أو المستقبل المضرور لمبلغ من المال يقدّره القاضي لجبر الضرر وذلك في حالة ما إذا كان هذا الطبيب غير مؤمّن على مسؤوليته المدنية ، أما إذا كان كذلك فتحل شركة التأمين محله للتعويض.

هذا فيما يخص آثار مسؤولية الطبيب المدنية في عمليات نقل الأعضاء ، بقي لنا التساؤل التالي : ما هي الحالات التي تدفع بها هذه المسؤولية ؟

الفرع الثالث : حالات دفع المسؤولية المدنية.

[1]- انظر ، المادة 124 من القانون المدني الجزائري ، سبقت الإشارة إليها .

[2]- انظر ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 264 .

[3]- انظر ، أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 161 .

وهي الوسائل القانونية التي يتمسك بها الطبيب في مواجهة المتبرع أو المستقبل المضرور لدرء المسؤولية عنه والدفع بها والتي يمكن تلخيصها في التقادم والسبب الأجنبي .

أولا : التقادم.

يعتبر التقادم وسيلة قانونية يستعملها المدعى عليه في شكل دفوع للتخلص من المسؤولية المدنية والتزامه بالتعويض[1] ، فهو نظام يقوم على أساس الصالح العام فيما يعرف بمبدأ استقرار المعاملات[2] ومن ثم لا يكون للدائن أن يطالب مدينه بالتعويض في أي وقت شاءه بل عليه أن يتقيد بالآجال القانونية لذلك ، وعليه كل إهمال من جانبه في المطالبة بحقه في التعويض من شأنه أن يسقط هذا الحق وبالتالي يرفض نهائيا.

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على المدة التي تتقادم فيها دعوى المسؤولية التقصيرية ، إذ نصت المادة 133 من ذات القانون على أنه : "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار" ، والملاحظ على هذا النص أنه جاء عاما ليشمل جميع الدعاوى الناشئة عن العمل الشخصي غير المشروع (الفعل الضار) ، وبما أنّ النص متى ورد عاما ولم يقم الدليل على تخصيصه فانه يستوجب الأخذ به على عمومه وتطبيق أحكامه على جميع أفراده[3] ، وعليه تتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية التي يرفعها المستقبل المدعي أو المتبرع ضد الجرّاح المدعى عليه بمضي خمس عشرة 15 سنة من يوم ارتكاب الجرّاح للخطأ أي الفعل الضار وذلك وفقا لنص المادة 133 من القانون المدني الجزائري.

أما في القانون الفرنسي فإنّ دعوى المسؤولية التقصيرية وفقا للقواعد العامة في القانون المدني تتقادم بمضي ثلاثين 30 سنة من يوم وقوع الفعل الضار[4] ، وهي مدة طويلة مقارنة مع

---

[1]- انظر ، محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، القسم الأول مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية ، دار الكتاب الحديث ، بدون طبعة ، الجزائر ، 2003 ، ص 143.

[2]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 139.

[3]- انظر ، عبد الحكيم فوده ، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 415 .

[4]- انظر ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 147.

القانون الجزائري ، أراد فيها المشرع الفرنسي حفظ حقوق الطرف المضرور بما في ذلك المريض في المجال الطبي.

وإذا كانت مسؤولية الجرّاح عقدية[1] ، فإنها تخضع في تقادمها إلى ما جاء في نص المادة 309 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه : "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون...".

فالمادة 309 تتحدث عن مدة انقضاء دعوى المسؤولية العقدية والمحددة مبدئيا بخمس عشرة 15 سنة ما عدا بعض الحقوق التي خصّ فيها المشرع بمدد معينة لتقادم الدعوى فيها كحقوق الأطباء ، الصيادلة ، المهندسين ، الأساتذة...الخ.

وبما أنه لم يرد نص خاص يبين المدة التي تتقادم فيها دعوى المسؤولية العقدية للجرّاح ، فإنّ ذلك يتطلب التطبيق المبدئي للمادة 309 من القانون المدني الجزائري أي خمسة عشرة سنة ، ويبدأ سريان هذه المدة من يوم إعلان المستقبل أو المتبرع عن إرادته لإجراء العملية وذلك وفقا لما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 315 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه : "وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الدائن سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته".

ويمكن اعتبار ميعاد الوفاء في هذه الفقرة هو وقت إجراء العملية ، باعتباره محل التزام الجرّاح الذي لا يتأتّى إلا إذا أعلن المتبرع أو المستقبل عن إرادته الصريحة لإجراء العملية.

ولما كان قانون حماية الصحة وترقيتها[2] يشترط الكتابة للتعبير عن موافقة أطراف العملية فإنّ الوقت الذي يعتدّ به لبدء سريان مدة التقادم في المسؤولية العقدية للجرّاح هو يوم التوقيع على وثيقة الرضى باعتباره اليوم الذي يعبّر فيه أطراف العملية عن إرادتهم لإجرائها ، وذلك وفقا للمادة 315 فقرة ثالثة من القانون المدني الجزائري.

---

[1]- تعتبر المسؤولية العقدية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء استثناء عن المبدأ القاضي بالمسؤولية التقصيرية ، وتكون المسؤولية عقدية كما سبق تبيانه في حالة ما إذا لجأ المستشفى إلى التعاقد مع هذا الطبيب لإجراء العملية ونقل العضو فيأخذ العقد حكم الاشتراط لمصلحة المريض المستقبل وعليه فإنّ خطأ الطبيب في هذه الحالة يستوجب المسؤولية العقدية.

[2]- انظر فيما يخص رضى المتبرع والمستقبل المواد 162 و 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها في الجزائر والمشار إليها سابقا .

ثانيا : السبب الأجنبي.

لا يلزم الطبيب في مجال زراعة الأعضاء بالتعويض إذا ثبت أنّ الضرر يعود لسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه ولم يكن بإمكانه توقعه أو دفعه ، ويعرّف السبب الأجنبي على أنه : "حدث أو فعل يستتبع لزوما وقوع الضرر ، ولا يكون للمدعى عليه يد في هذا السبب"[1].

انطلاقا من هذا التعريف يمكن القول انه متى انتفى دور الطبيب في تحقق ضرر المستقبل أو المتبرع فانه يكون معفى من المسؤولية المدنية كما لو أجريت العملية في غرفة عمليات تبين فيما بعد أنها لم تكن معقّمة non stérilisé ، فتضرر المريض في هذه الحالة ليس بسبب الطبيب لأنه أصلا لا يعتبر من التزامات هذا الأخير تعقيم غرفة العمليات بل هو التزام يقع على عاتق المستشفى وبالتالي تنتفي مسؤولية الطبيب في هذه الحالة لتقوم مقامها مسؤولية المستشفى.

وما يمكن ملاحظته في حقيقة الأمر هو أنّ السبب الأجنبي ما هو إلا سبب من أسباب انتفاء العلاقة السببية كركن من أركان مسؤولية الطبيب المدنية في زراعة الأعضاء، حيث لا مسؤولية إذا كان الضرر ناجما عن غير خطأ الطبيب أو الفريق الطبّي، ويمكن حصر صوره كوسيلة لدفع الطبيب لمسؤوليته المدنية في صورتين هما القوة القاهرة وخطأ المريض المضرور.

أ- القوة القاهرة :

تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على انه : (إذا اثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة[2] أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...).

يتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي كسبب من أسباب دفع المسؤولية المدنية ، وعليه إذا ثبت تضرر المستقبل أو المتبرع

---

[1]- انظر ، جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات -مصادر الالتزام- ، منشأة المعارف ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 455.

[2]- يعتبر غالبية الفقه الحديث أنّ الحادث الفجائي أو القوة القاهرة شيء واحد لا يوجد أساس للتمييز بينهما وهو الرأي الراجح بشأن المسألة، انظر تفاصيل أكثر محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 117.

جرّاء حدث لم يكن بإمكان الطبيب ترقّبه ودفعه كهزّة أرضية أدّت بالطبيب وهو يمارس الاستئصال إلى إتلاف العضو أو إحداث أي تمزيق أو قطع شريان ، ففي هذه الحالة فإنّ سبب إتلاف العضو أو قطع الشريان ليس خطأ الطبيب وإنما الهزّة الأرضية التي لم يتوقعها وبالتالي لا يعتبر مسؤولا عن هذا الضرر.

ومن أمثلة القوة القاهرة كذلك ، حالة الارتفاع المفاجئ للضغط الدموي أثناء إجراء العملية[1] ، ممّا أدّى إلى موت المتبرع أو المستقبل ، فإذا اثبت الطبيب عدم ترقّبه لهذا الارتفاع الدموي ومحاولته لإعادة الضغط إلى مستواه العادي ، فإنه لا يكون مسؤولا عن ذلك طالما أنه لم يترقّب ذلك واستحال دفع هذا الحدث.

ب- خطأ المريض المضرور :

إنّ الإشكال هنا لا يتعلق بخطأ المريض المضرور وحده ، ذلك انه من البديهي أنّ الطبيب لا يكون مسؤولا إذا كان مصدر الفعل الضار هو المضرور نفسه سواء المتبرع أو المستقبل ، وبالتالي لا مجال للمسؤولية المدنية لأنه أصلا لا يوجد مسؤول[2].

فالإشكال يتعلق بحالة مساهمة خطأين في إحداث الضرر أي خطأ الطبيب من جهة وخطأ المريض محل العملية من جهة أخرى ، ليطرح السؤال ما هو الخطأ الذي يعتدّ به لإسناد الضرر إليه ؟

إنّ الجواب على هذا السؤال يتطلب التمييز بين عدة افتراضات يمكن طرحها كالآتي :

- اشتمال احد الخطأين للآخر : المبدأ هو أنه إذا اشتمل احد الخطأين للأخر فلا يعتدّ بالخطأ المشمول وبالتالي إذا ارتكب المريض لأي خطأ نجم عنه خطأ الطبيب (ويستوي في هذه الحالة أن يكون ثابتا أو مفترضا) ، فإنه لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي ألحقه

[1]- انظر ، بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص 145.

[2]- انظر ، محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 124.

بالمريض ، ويقع على الطبيب إثبات انه لو لم يخطئ المريض لما انحرف في سلوكه وبالتالي لما وقع الضرر.

– اشتراك الخطأين في إحداث الضرر : وفي هذه الحالة يفترض حدوث خطأ من جانب الطبيب بصفة مستقلة عن خطأ المريض ، وكلاهما ساهما في إحداث الضرر ، ففي هذه الحالة ووفقا للمادة 126 من القانون المدني الجزائري[1] لا يتحمل الطبيب كامل المسؤولية بل توزع بينه وبين المريض وبالتالي يخفّف على الطبيب من قيمة التعويض مراعيا جسامة الخطأ.

وما يمكن ملاحظته هو أنّ مجال خطأ المريض المضرور كسبب أجنبي لإعفاء الطبيب من مسؤوليته المدنية ، مقلّص نوعا ما في مجال زراعة الأعضاء ، فنادرا ما يمكن تصور أنّ المتبرع وهو يتنازل على شيء من أغلى ما يكون في حياته ، يرتكب أخطاء تؤدي به إلى الحيلولة دون تحقيق الهدف من العملية كعدم إتباع نصائح الطبيب ، مما يستخلص منه أنّ نطاق مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء واسع إلى حد أنّ السبب الأجنبي يكاد يتركز فقط على القوة القاهرة.

أما خطأ المريض المضرور فيبقى مجاله ضيقا في مجال زراعة الأعضاء وذلك لما لهذه التصرفات (التبرع بالعضو) من أهمية بالنسبة إلى المريض المستقبل خاصة المتبرع[2].

---

[1]– تنص المادة 126 على انه : (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض) .

[2]- Pierre VILLENEUVE : Bref propos sur le droit de la responsabilité en matière de transplantations d'organes humains, Droit écrit n^0:1, mars 2001,http://www.bui-toulouse.fr

خلاصة الفصل الثاني :

من خلال ما سبق تبيانه في هذا الفصل يمكن استخلاص أنّ الطبيب في مجال زراعة الأعضاء ملزم مبدئيا ببذل عناية ، فلا يلزم بشفاء المريض المستقبل ولكن يسأل في المقابل عن الحيطة والحذر ومدى إتباعه لأصول الجراحة الثابتة في ميدان عمليات نقل الأعضاء ، كما يلزم بتحقيق نتيجة في العديد من الحالات والتي سبق عرضها كما في العضو محل الاستئصال والزرع والإعلام والتحاليل الطبية السابقة للعملية ، ورأينا كيف أنّ مسؤوليته تقوم بمجرد تخلّف النتيجة.

أما فيما يخص التزام الطبيب بضمان سلامة المتبرع والمستقبل ، فالنتيجة التي خلصنا إليها في هذا الفصل هي أنّ القضاء الفرنسي قد أعفى الطبيب من هذا الالتزام بعد الإقرار به. أما في الجزائر فلم يكن للقضاء المدني إعمالا في هذا المجال ، ليكرّس مبادئه في القضاء الإداري فيما يعرف بنظرية المخاطر أو المسؤولية بدون خطأ ، وبالتالي تحل مسؤولية المستشفى محل الطبيب.

ثم تطرقنا إلى طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء ، حيث تعتبر تقصيرية كمبدأ عام وذلك على أساس أنّ عمليات نقل الأعضاء لا يمكن إجراؤها إلا ضمن مستشفيات عمومية مرخّص لها بذلك ، وبالتالي يكون للطبيب مركز تنظيمي لائحي داخل هذا المستشفى لا يسمح له باختيار المتبرع أو المستقبل للتعاقد معه بشأنه العملية ، مما تنتفي معه مبدئيا العلاقة التعاقدية وبالتالي المسؤولية العقدية.

أما في حالة ما إذا لجأ المستشفى إلى التعاقد مع طبيب أجنبي عنه لإجراء العملية فإنّ العلاقة هنا تأخذ وصف الاشتراط لمصلحة الغير (المستقبل أو المتبرع) ، وبالتالي تكيّف العلاقة بين الطبيب والمستشفى ، والطبيب وأطراف العملية بأنها تعاقدية وكل إخلال بها إلا وتنشأ عنه المسؤولية العقدية.

وبخصوص الخطأ المستوجب للتعويض في مجال زراعة الأعضاء ، فإنّ النتيجة التي توصلنا إليها في هذا الفصل هي أنّ خطأ الطبيب قد يكون مفترضا كما في حالة إخلاله

بالالتزام بتحقيق نتيجة وفي هذه الحالة يقع عليه عبء الإثبات ، وقد يكون ثابتا يلزم المدعي المضرور بإثباته وذلك في حالة ما إذا كان الخطأ في بذل عناية.

ويدفع الطبيب المسؤولية عنه إذا انقضت مدة خمس عشرة 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار إذا كانت المسؤولية تقصيرية ، وخمس عشرة 15 سنة كذلك إذا كانت المسؤولية عقدية والتي كما رأينا أنّ مدة سريان التقادم فيها تبدأ من يوم توقيع المتبرع أو المستقبل المضرور على وثيقة الرضى في المسؤولية العقدية ، ومن يوم وقوع الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية ، كما يدفع الطبيب المسؤولية عنه بتوافر السبب الأجنبي ممثلا في القوة القاهرة أو خطأ المضرور وذلك كما سبق تبيانه آنفا.

الخاتمة

يعتبر موضوع زراعة الأعضاء البشرية من المواضيع الحساسة ذات الأهمية المعتبرة التي استأثرت برجال القانون ، في ظل زمان باتت فيه هذه الممارسات الطبية مطلوبة إن لم نقل مفروضة ، الأمر الذي يفرض على القانون مواكبة هذه الحتمية الناجمة عن التطور الطبي.

فمن خلال بحثنا في موضوع مسؤولية الطبيب المدنية في نقل وزرع الأعضاء البشرية ، يمكن القول أنّ عمليات نقل الأعضاء في صورها العملية المتمثلة في الاستئصال والزرع ، هي عمليات باتت تشكل خطرا حقيقيا على حق الإنسان في سلامة جسمه ، فما هي في حقيقة الأمر إلا اعتداءات على هذا الحق اكتسبت لمشروعيتها من مختلف النصوص القانونية التي أجازت ممارستها وأصبحت مرجعا للأطباء.

فخصوصية هذه الممارسات الطبية المتمثلة في التعامل في أعضاء الجسم باعتبارها من أسمى صور النظام العام في المجال الطبي ، أصبحت تفرض على المشرع في أي بلد كان يأخذ بهذا النوع من العمليات الجراحية ، أن يحيطها بشروط وضوابط معينة يتفادى بها خروجها عن الهدف المرجو منها.

فبعد عرض النظام القانوني الجزائري لعمليات نقل الأعضاء وكذا الفرنسي ، يمكن استخلاص ذلك النقص في التشريع الجزائري مقارنة مع الفرنسي ، فمن حيث تنظيم هذه الممارسات تبيّن أنّ المشرع الفرنسي قام بوضع المعالم الأساسية للتعامل في جسم الإنسان عن طريق اعتماد مبدأين أساسيين في القوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية bioéthique Lois ، هما مبدأ احترام جسم الإنسان وعدم الاعتداء عليه ، ومبدأ عدم تملك جسم الإنسان ، ثم وضع بعد ذلك ضوابط عمليات نقل الأعضاء في قانون مستقل هو القانون رقم 94-654 المؤرخ في 29 جويلية 1994 ، أما المشرع الجزائري فاكتفى بتنظيم هذه العمليات بالرغم من خطورتها في ثمانية مواد فقط ، أدرجها ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها ، الأمر الذي فسح المجال أمام الثغرات القانونية وتعسف الأطباء في تدخلهم بجسم المتبرع والمستقبل.

أما من حيث ممارسة عمليات نقل الأعضاء ، فإنّ النتيجة التي خلصنا إليها هي أنّ مسؤولية الطبيب في هذا المجال من حيث الواقع العلمي لا تزال تخضع للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية والعقدية بالرغم من خطورة هذه الممارسات وتعقيدها ، لذا يكون على المشرع الجزائري وأكثر من أي وقت مضى إصدار نصوص خاصة بمسؤولية الطبيب المدنية خاصة الجرّاح ، وإعادة النظر في نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها والمنظمة لعمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية ، وذلك لافتقارها لنصوص فعالة تحمي حق المتبرع والمستقبل في السلامة الجسدية ، ولما تثيره من إشكالات في تطبيق المبادئ التي جاءت بها ، والتي توضَّح لنا أنها تحتاج إلى تعديل ما يلي :

- إعادة النظر في المادة 162 فقرة ثانية ، فيما يخص موافقة المتبرع وجعلها معبّرا عنها أمام وكيل الجمهورية أو القاضي كطرف محايد في عمليات نقل الأعضاء بدلا من الطبيب رئيس المصلحة حتى لا يكون هو الحكم والخصم في حالة المنازعة.
- اعتماد أسلوب نموذجي لوثيقة الرضى يبين فيه العضو المراد التنازل عنه لزرعه بجسم المستقبل حتى لا يكون للطبيب الخيرة في استئصال العضو.
- النص على سن محدد يعتد به كحد أدنى لجواز الاستئصال من جسم المتبرع ، يكون متماشيا مع سن الرشد المدني أي تسع عشرة 19 سنة حتى يتسنى للمتبرع أن يعبّر عن رضاه عن بينة وإدراك ، ووضع الاستثناء عن هذا السن فيما يخص الاستئصال من القصّر ، بشرط أن يكون المستقبل أخا أو أختا للمتبرع وأن يكون الاقتطاع يمس الأعضاء أو الأنسجة المتجددة كالنخاع العظمي.
- وضع عقوبات جزائية على الاتجار بالأعضاء لسد الفراغ القانوني في هذا المجال.
- اعتماد الاستثناء عن المبدأ القائل بعدم جواز مشاركة الفريق الطبي الذي قام بمعاينة الوفاة واستئصال العضو من جثة المتبرع ، في الفريق الطبي الذي يباشر عملية الزرع لأنّ الواقع العملي يثبت أنّ بعض المستشفيات تفتقر للجرّاحين الذين يمكنهم إجراء عملية النقل ، ماعدا جرّاحي الاستئصال ومعاينة الوفاة.
- اعتماد أسلوب بطاقات التبرع بالأعضاء.

- وأخيرا إلغاء أسلوب الترخيص الوزاري وجعله إقليمي أي بيد الوالي حتى لا تعرقل مركزية اتخاذ القرارات عمليات نقل الأعضاء.

ومع ذلك لا يمكن إنكار العديد من النقاط الايجابية التي تحسب للمشرع الجزائري في مجال زراعة الأعضاء ، كأخذه مبدئيا بأخلاقية عمليات نقل الأعضاء وإلزامه للأطباء الممارسين لها بقواعد العمل العلاجي كالرضى والإعلام ومجانية هذه العمليات ، على أنّ التساؤل يبقى يطرح نفسه فيما يخص مكانة أخلاقيات نقل الأعضاء من التجارب الطبية والجراحة التجميلية ؟

قائمة المراجع

* القرآن الكريم.

أوّلا : المراجع العامة.

1- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1995.

2- جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات – مصادر الالتزام – ، منشأة المعارف ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1997.

3- جون إس جيبسون ، معجم قانون حقوق الإنسان العالمي ، ترجمة سمير عزت نصار ، دار النشر للنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، عمان ، 1999.

4- تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.

5- سائح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية ، دار الهدى ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2001.

6- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الثاني ، الطبعة الخمسة ، دار الكتب القانونية، مصر، 1998.

7- عبد الحكيم فوده ، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية) ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1998.

8- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981.

9- عبد العزيز اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، الفعل الضار ، أساسها وشروطها ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2002.

10- عبد العزيز سعد ، شروط ممارسة الدعوى المدنية أمام المحاكم الجزائية ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2002.

11- فتوح عبد الله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002.

12- محمد السيد سامي الشواء، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي، لبنان ، 1986.

13- محمد تقية ، مصادر التشريع الإسلامي ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 1994.

14- محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري ، القسم الأول مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية ، دار الكتاب الحديث ، بدون طبعة ، الجزائر ، 2003.

15- محمد زكي أبو عامر ، سليمان عبد المنعم ، قانون العقوبات الخاص ، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1999.

16- محمدي فريدة زواوي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر ، 2002.

17- مسعود شيهوب ، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000.

18- مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003.

ثانيا : المراجع المتخصصة.

1- أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1999.

2- أحمد حسن عباس الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

3- أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي والطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة، دار النشر العربية ، بدون طبعة ، القاهرة ، 1986.

4- السيد الجميلي ، نقل الأعضاء وزراعتها ، الطبعة الأولى ، دار الأمين ، القاهرة ، 1998.

5- جلال الجابري ، الطب الشرعي والسموم ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى ، عمان ، 2002.

6- سعاد سطحي ، نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، الجزائر ، 2003.

7- سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 1999.

8- شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003.

9- طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، بدون طبعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002.

10- طالب عبد الرحمن ، حكم الشرع الحنيف في الجراحة التجميلية وزرع الأعضاء ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2001.

11- عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2000.

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

13- مامون عبد الكريم ، رضى المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2006.

14- مدحت فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، الطب الشرعي والبحث الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون طبعة ، الإسكندرية ، 1991.

15- مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002.

16- محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجكني الشنقيطي ، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها ، مكتبة الصحابة ، مكتبة التابعين ، الإمارات ، القاهرة 1998.

17- محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، 2004.

18- محمد يوسف ياسين ، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانونا فقها واجتهادا) ، بدون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003.

19- مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية ، بدون طبعة ، الجزء الأول ، الكتاب الأوّل، الثاني والثالث، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع ، الجزائر ، 2003.

ثالثا : المقالات والبحوث.

1- **المقالات :**

1- بن صغير مراد ، التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 4 ، تلمسان ، 2007.

2- جريدة صوت الغرب لـ 12 ديسمبر 2006 العدد 1258.

3- كمال لدرع ، الشروط الشرعية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة مع قانون حماية الصحة وترقيتها ، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 13 ، الجزائر ، 2003.

4- قمراوي عز الدين ، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، موسوعة الفكر القانوني ، المسؤولية الطبية ، الجزء الأول ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،الجزائر ، بدون سنة.

5- مامون عبد الكريم ، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضى وجزاؤه ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الثاني ، الجزائر ، بدون سنة.

6- محمد فارح ، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، السنة الثانية ، العدد الثاني ، الجزائر ، 1999.

7- محمد رفعت عبد الوهاب ، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي ، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق جامعة بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2005.

8- محمود نجيب حسني ، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد 27 لسنة 1959 ، القاهرة.

2- **البحوث** :

1- مراد بن صغير ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2003.

2- مكرلوف وهيبة ، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2005.

3- مروك نصر الدين ، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجزائر، 1993.

رابعا : المقالات على المواقع الإلكترونية.

1- **المقالات باللغة العربية** :

1- تقدير القاضي لعناصر المسؤولية ، ديسمبر 2005 ، www.jurispedia.org

2- تكييف المسؤولية الطبية ، ديسمبر 2005 ، www.jurispedia.org

3- عاطف سيد حافظ ، هاني مدحت ، الحق في سلامة الجسد ، مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء ، سبتمبر 2001 ، Http : // www.hrcap.org

2- **المقالات باللغة الفرنسية** :

1- G.DEVALAY : La responsabilité médical, http:// www.med.univ-rennes L.fr.

2- J-C . AMBROSINI : La responsabilité médical en implantologie orale, conduite a tenir conférence du 13 mai 2005 de stomatologie, Paris 2005, http: // www.collegesto.com.

3- le consensus actuel sur l'information et le consentement. http://www. ccne-éthique.Fr.

4- Les principes généraux de la transplantation d'organes, Http:// www.France-adot.org.

5- Pierre VILLENEUVE : Bref propos sur le droit de la responsabilité en matière de transplantations d'organes humains, Droit écrit n^0:1, mars 2001,http://www.bui-toulouse.fr.

خامسا : التشريعات والمراسيم.

1- **التشريعات والمراسيم الجزائرية** :

أ) **التشريعات** :

1- دستور 1996 ، مرسوم رئاسي رقم 96-438 الصادر بتاريخ 07 ديسمبر 1996 والمتعلق بنص الدستور.

2- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 9 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ، منشورات بيتري ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2002.

3- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم ، منشورات بيتري ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2002.

4- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، منشورات بيتري ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2002.

5- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، منشورات بيتري ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، 2007.

6- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يوليو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، ج.ر رقم 15 لسنة 2005.

7- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل لقانون حماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 35 لسنة 1990.

ب) **المراسيم** :

1- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جوان 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، ج.ر 52 لسنة 1992.

2- المرسوم رقم 69-88 المؤرخ في 17 جويلية 1969 المتعلق ببعض أنواع التلقيح الإجباري ، ج.ر رقم 53 ، لسنة 1969.

2- **التشريعات والنصوص الأجنبية** :

– القانون البريطاني الصادر في 27 جويلية 1989 والمتعلق بعمليات نقل الأعضاء.

– المرسوم الإسباني رقم 462 لسنة 1980 والمتعلق بنقل الأعضاء.

– تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة 1999 والمتعلق بزراعة الأعضاء البشرية.

3- **التشريعات والمراسيم الفرنسية** :

أ) **القوانين** :

1- Code civil, édition Dalloz, Paris, 2002.

2- Loi n^0: 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes. J.O. du 23 décembre 1976.

3- Loi n^0: 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 n^0: 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social, J.O. du 30 janvier 1993.

5- Loi n^0: 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection social.

6- Loi n^0: 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

7- Loi n^0: 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.

ب) المراسيم :

1- Le décret n^0. 78-501 du 31 mars 1978 pris pour l'application de la loi 22 décembre 1976 relatives aux prélèvements d'organes.

2- Le décret n^0. 90-844 du 24 septembre 1990 modifiant le décret n° 78-501 du 31 Mars 1978.

سادسا : المراجع باللغة الفرنسية.

1- Abdelhafid OUSSOUKINE, Traité de droit médical, publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003.

2- A.CHADLY, Les prélèvements d'organes en vue de Greffe, Revue Maghreb médical, Volume 20, N^0 : 345, Edition Maghreb médical, Tunis 2000.

3- A.CASTELLETA, Responsabilité médical, droits des malades, DALLOZ références 2002.

4- Bertrand MATHIEU, Génome humain et droit fondamentaux, presse universitaires d'Aix-Marseille, France, 2000.

5- Ernest GARDNER, Donald JERAY, Renan GRAHILFY, Anatomie, Adaptation française de Jean Bassi, Volume 1, office des publication universitaires, réimpression 1993, Alger.

6- Henri MAZEAUD, Traité de la responsabilité civiles délictuelle et contractuelle, Tome 2, Sivey, paris, 1931.

7- J.HAMBURGER, Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2ème congrès international de moral médical, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, 1966.

8- J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes après décès, colloque sur la mort, aspects médico-légaux, Poitiers Cujas, 1980.

9- J .SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, cahier laennec, mars 1960.

10- Peggy MAS, La protection du corps humain dans le nouveau code pénal, Thèse, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, France, 1996.

11- X. LESERGRETAIN et S.CHASSANY, La protection juridique de l'hôpital, édition berger levraut, Paris, 1999.

الفهرس

مقدمة..... 1
الفصل الأوّل : نقل الأعضاء ومبدأ الحق في سلامة الجسم..... 5
المبحث الأوّل : حق الإنسان في سلامة جسمه..... 7
المطلب الأوّل : ماهية الحق في سلامة الجسم..... 8
الفرع الأوّل : مدلول مبدأ الحق في سلامة الجسم..... 8
أوّلا : مدلول المبدأ من الوجهة القانونية..... 8
ثانيا : مدلول المبدأ من الوجهة الطبيّة..... 9
1- المفهوم النظري الطبي للحق في سلامة الجسم..... 9
2- المفهوم العملي الطبي للحق في سلامة الجسم..... 11
ثالثا : مدلول المبدأ في الشريعة الإسلامية..... 12
الفرع الثاني : الطابع الفردي والاجتماعي للحق في سلامة الجسم..... 13
أولا : الطابع الفردي للحق في سلامة الجسم..... 13
1– الاحتفاظ بالسير الطبيعي لوظائف الأعضاء..... 13
2– الاحتفاظ بتكامل مادة الجسم..... 17
3– التحرر من الآلام البدنية..... 18
4– الاحتفاظ بالسكينة النفسية..... 18
ثانيا : الطابع الاجتماعي للحق في سلامة الجسم..... 19
1– التطعيم الإجباري ضد الأمراض..... 19
2– التدابير الوقائية لحسن النسل..... 21
الفرع الثالث : الحماية القانونية والشرعية للحق في سلامة الجسم..... 23
أولا : الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم..... 23

1- في المواثيق الدولية 24
2- في القانون الفرنسي 26
3- في القانون الجزائري 28
ثانيا : مظاهر حماية الحق في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية..... 29
1- مبدأ تكريم الإنسان..... 29
2- النهي على الاعتداء 30
3- تشريع الرخص..... 30
المطلب الثاني : أساس مشروعية استئصال وزرع الأعضاء البشرية..... 31
الفرع الأول : الأساس الشرعي لعمليات نقل الأعضاء..... 31
أولا : موقف الشريعة الإسلامية من نقل الأعضاء بين الأحياء 32
1- الاتجاه القائل بعدم جواز التبرع بالأعضاء 32
2- الاتجاه القائل بجواز التبرع بالأعضاء 33
ثانيا : موقف الشريعة الإسلامية من استئصال الأعضاء من الجثث..... 34
ثالثا : الشروط الشرعية لممارسة عمليات نقل الأعضاء 35
1- أن يكون النقل بإذن صريح من المتبرع 35
2- أن لا يقع ضرر بالمتبرع 35
3- أن تدعو الضرورة إلى ذلك 36
4- أن لا تكون عملية نقل الأعضاء محل بيع أو تجارة..... 36
الفرع الثاني : الأساس القانوني لعمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية 36
أولا : القوانين الصادرة في فرنسا والمنظمة لعمليات نقل الأعضاء..... 37
ثانيا : القوانين الصادرة في الجزائر والمتعلقة بزراعة الأعضاء 39
الفرع الثالث : الأساس النظري لعمليات نقل الأعضاء 41
أولا : مبدأ السبب المشروع 42
ثانيا : مبدأ الضرورة المقترنة بالرضى 42

ثالثا : مبدأ المصلحة الاجتماعية 43
المبحث الثاني : استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء والأموات 45
المطلب الأول : شروط استئصال وزرع الأعضاء بين الأحياء 47
الفرع الأول : رضى المتنازل 47
أولا : صور التعبير عن إرادة المتنازل 48
ثانيا : جواز عدول المتنازل عن رضاه 50
ثالثا : شروط صحة رضى المتنازل 52
1– تبصير المتنازل 52
2– أن يكون الرضى حرا 54
3– أهلية المتنازل 55
4– أن يكون التنازل بدون مقابل 57
الفرع الثاني : رضى المتلقي 58
أولا : شكل رضى المتلقي 59
ثانيا : تبصير المتلقي 60
ثالثا : حرية رضى المتلقي 61
رابعا : أهلية المتلقي 62
1– حالة عدم اكتمال الأهلية القانونية 63
2– حالة انعدام الأهلية الفعلية 65
الفرع الثالث : الشروط الطبية لعمليات نقل الأعضاء 66
أولا : الطبيب الممارس للعملية 66
ثانيا : الحالة الصحية للمتلقي والمتنازل 67
ثالثا : حفظ العضو المنقول 69
رابعا : توافق أنسجة المتلقي والمتنازل 69
خامسا : مكان إجراء عمليات نقل الأعضاء 70

المطلب الثاني : استئصال الأعضاء من جثث الموتى 71
الفرع الأول : الموت بين الاعتبارات الطبية والقانونية 73
أولا : التعريف القانوني للموت 73
ثانيا : التعريف الطبي للموت 75
1- الموت الوظيفي الإكلينيكي 75
2- الموت الظاهري 75
3- الموت النسيجي الحقيقي 75
ثالثا : تحديد لحظة الوفاة 76
1- المعيار القديم لتحديد لحظة الوفاة 76
2- المعيار الحديث لتحديد لحظة الوفاة 77
الفرع الثاني : الشروط العامة والخاصة لاستئصال الأعضاء من الجثث 78
أولا : الشروط العامة 78
ثانيا : الشروط الخاصة 80
الفرع الثالث : أحكام رضى المتوفى 81
أولا : شكل التعبير عن إرادة المتوفى 81
ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الرضى الضمني 84
خلاصة الفصل الأوّل 86
الفصل الثاني : أساس مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء 90
المبحث الأول : طبيعة الالتزام الطبي في مجال زراعة الأعضاء 91
المطلب الأول : الالتزام الطبي في نقل الأعضاء بين بذل عناية وتحقيق نتيجة 91
الفرع الأول : الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء كمبدأ عام 92
أولا : تبريرات المبدأ 93
ثانيا : تطور الالتزام ببذل عناية في مجال زراعة الأعضاء 94
ثالثا : مظاهر العناية التي يبذلها الطبيب في عمليات نقل الأعضاء 96

الفرع الثاني : الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال زراعة الأعضاء..... 97
أولا : المقصود بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء..... 97
ثانيا : محل الالتزام بتحقيق نتيجة في مجال زراعة الأعضاء..... 98
1- في إعلام المريض..... 98
2- في استعمال الأدوات والأجهزة الطبية 100
3- في العضو المراد زرعه ومحل الاستئصال..... 101
4- في التحاليل الطبية..... 102
المطلب الثاني : مكانة الالتزام بضمان السلامة في مجال زراعة الأعضاء..... 104
الفرع الأول : مفهوم الالتزام بضمان سلامة المريض..... 105
الفرع الثاني : مضمون الالتزام بضمان السلامة في مجال زراعة الأعضاء..... 106
المبحث الثاني : حدود مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء..... 108
المطلب الأول : طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء..... 108
الفرع الأول : المسؤولية التقصيرية كمبدأ عام..... 109
أولا : أركان المسؤولية التقصيرية للطبيب في نقل الأعضاء..... 110
1- الخطأ 110
أ- تمييز الخطأ المدني للطبيب عن الخطأ الجنائي والخطأ المرفقي 111
ب- صور الأخطاء المستوجبة للتعويض في مجال زراعة الأعضاء..... 112
2- الضرر..... 116
أ- أنواع الضرر الناجم عن الخطأ في مجال زراعة الأعضاء 117
ب- شروط الضرر الموجب للتعويض..... 119
3- العلاقة السببية..... 120
ثانيا : مسؤولية الطبيب عن فعل الغير..... 121
الفرع الثاني : المسؤولية العقدية كاستثناء في مجال زراعة الأعضاء 122
المطلب الثاني : آثار مسؤولية الطبيب المدنية في مجال زراعة الأعضاء..... 123

الفرع الأول : الدعوى المدنية..... 123
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض وعناصر المسؤولية..... 125
أولا : تقدير القاضي لعناصر المسؤولية 125
ثانيا : تقدير التعويض 128
ثالثا : طريقة التعويض 129
الفرع الثالث : حالات دفع المسؤولية المدنية 130
أولا : التقادم 131
ثانيا : السبب الأجنبي..... 133
أ- القوة القاهرة..... 133
ب- خطأ المريض المضرور 134
خلاصة الفصل الثاني 136
الخاتمة 139
قائمة المراجع 142
الفهرس..... 151