

جامعة مولود معمري - تيزي وزو -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية

الطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم

تخصص: القانون

إشراف الأستاذة:

أ.د. معاشو نبالي فطة

إعداد الطالبة:

إسمي قاوة فضيلة

لجنة المناقشة

أ.د/ كجار سي يوسف زاهية، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....رئيسة
أ.د/ معاشو نبالي فطة، أستاذ التعليم العالي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....مشرفة ومقررة
أ.د/ درياد مليكة، أستاذ التعليم العالي، جامعة الجزائر 1، الجزائر،.....ممتحنة
أ.د/ معزوز دليلة، أستاذ التعليم العالي، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة،.....ممتحنة
د/ رحمانى حسيبة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة،.....ممتحنة
د/ مواسي العلجة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....ممتحنة

تاريخ المناقشة 2025/12/14

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة شكر



أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير، اعترافا بالفضل
والجميل للأستاذة المشرفة:

أ.د معاشو نبالي فطة

التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث، والتي كانت أول
المحفزين لإنجازه، ودعمتني بالنصائح والارشادات.
فجزاها الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء.
كما لا يفوتني أن أشكر كل من ساعدني وشجعني في إنجاز
هذا العمل ولو بكلمة، جزاهم الله خيرا.

إسمي قاوة فضيلة

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

أبي الغالي الذي أشتاق إليه دوماً، ورحل عن الوجود دون سابق

إنذار، رحمه الله وأسكنه الفردوس الأعلى

أمي الغالية حفظها الله وأطال في عمرها

زوجي حفظه الله

أبنائي فلذة كبدي وقرة عيني، شيراز، ياني، وداليا

حفظهم الله وأنبتهم نباتاً حسناً

إلى الإخوة والأخوات حفظهم الله

إلى كل الزملاء والأصدقاء

فضيلة 

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية:

ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ق. م. ج: القانون المدني الجزائري
ق. ص. ج: قانون الصحة الجديد
ق. ع. ج: قانون العقوبات الجزائري
ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق. إ. ج: قانون الإجراءات الجزائية
ق. ح. ص. ت: قانون حماية الصحة وترقيتها
م. أ. ط: مدونة أخلاقيات الطب
ص. ص: من الصفحة... إلى الصفحة
ص: الصفحة

2- باللغة الفرنسية:

Cass. Civ: Cour de cassation, Chambre civile
CA: Cour d'Appel
CAA: Cour Administrative d'Appel
CEF : Conseil d'Etat Français
L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence
N° : Numéro
Obs : Observation
Op.Cit : Ouvrage Précédemment cité
P : Page
PP : De la page... à la page...
P.U.F : Presses Universitaires de France
Rapp : Rapport
R.F.D.A : Revue Française de Droit Administratif

مقدمة

خلق الله عزّ وجلّ الإنسان في أحسن تقويم، وقدّره وعزّزه وكرمه وأودع فيه سر خلقه ما يحميه إلى حين، مصداقا لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾¹، وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾². فأولت الشريعة الإسلامية العناية الكبيرة لحماية النفس البشرية، بتحريم قتلها إلّا بالحق حتى قبل الميلاد، وحرّمت المساس بالسلامة الجسدية وبكرامة الإنسان، سواء كان حيا أو ميتا، فقد مدّدت حرمة الإنسان إلى ما بعد وفاته بأن أولت حماية خاصة لحرمة الميت كالتي أولتها لحرمة الحيّ، لقوله صلى الله عليه وسلم: (كسر عظم الميت ككسره حيا)³.

تعدّ الشريعة الإسلامية من أولى القوانين التي تمنع الإعتداء على جسم الإنسان سواء كان ماديا أو معنويا، مصداقا لقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾⁴. وقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾⁵. كما حرّمت الإضرار بسلامة جسم الإنسان، مصداقا لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...﴾⁶. تكريسا لمبدأ حرمة جسم الإنسان الذي يتفرع منه، حق الشخص في سلامة جسمه.

يعتبر الحق في سلامة الجسم مصلحة الفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه القوانين الطبيعية، وفي أن يحتفظ

1 - الآية 04، من سورة البقرة.

2 - الآية 70، من سورة الإسراء.

3 - أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز: باب في الحفار 209/3، وابن ماجه في كتاب الجنائز: باب النهي عن كسر عظام الميت (1616/1)، وهو حديث صحيح، متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://www.dorar.net/hadith/sharh> تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/03/13، على الساعة: 10:00.

4 - الآية 151، من سورة الأنعام.

5 - الآية 29، من سورة النساء.

6 - الآية 32، من سورة المائدة.

بتكامله الجسدي، وأن يتحرر من الآلام البدنية. ومحله هو جسم الإنسان الحي¹، أما جسم الشخص الميت فإن حماية جثته التي تعطلت وظائفها إنما يخضع لاعتبارات قانونية اجتماعية في صون كرامة جسم الإنسان من العبث، ومراعاة لشعور أقارب الميت.

لقد كان جسم الإنسان محل اهتمام من الفقهاء، خصوصا الفقه الفرنسي، نذكر منهم الأساتذة: سافاتييه SAVATIER، ستارك STARK، كاربونييه CARBONNIER وغيرهم، الذين يعتبرون من الأوائل الذين نادوا بضرورة الاهتمام بسلامة الحياة وجسم الإنسان، باعتباره أهم الحقوق العامة الأساسية التي تخص مبدأ التكامل الجسدي للبشر.

وبذلك، يعتبر الحق في سلامة الجسم الركيزة الأساسية للبقاء بالنسبة للإنسان، وهو ما يفسر المكانة الهامة التي يحتلها هذا الحق في مختلف التشريعات القانونية الداخلية والدولية.

تم النص على ضرورة حماية الحق في سلامة الجسم في العديد من النصوص الدولية الصادرة عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة، بدءا باتفاقية "منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها"، الصادرة في 09 ديسمبر 1948²، والتي أقرت حماية هذا الحق من الإبادة المادية المتمثلة في الاعتداء الجسماني، وإعاقة النسل أو إخضاع أفراد الجماعات البشرية لظروف معيشية قاسية.

ونص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966³، على عدم جواز أفعال التعذيب، واشتراط الرضا في مجال التجارب الطبية والعلمية، حيث نصت المادة السابعة منه على: « لكل فرد الحق في الحرية والسلامة الشخصية ... ».

1 - عرّف الفقه الحديث جسم الإنسان على أنه: « ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، وهو مجموعة من الأعضاء التي تتكون بدورها من أنسجة متباينة، وقوام هذه الأنسجة خلايا نوعية مميزة لكل نسيج ». نقلا عن: مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 24.

2 - اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، الصادرة في 09 ديسمبر 1948، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-399 المؤرخ في 11 ديسمبر 1963، ج. ر. ج. ج عدد 66، صادر في 14 ديسمبر 1963.

3 - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. ج. ج عدد 20، صادر في 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج. ر. ج. ج عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.

كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية الصادر عام 1966¹ في المادة الثانية عشر على الحق في سلامة الجسم، وأكدت على حق كل فرد في الصحة والوقاية من الأمراض المعدية والمتفشية ومعالجتها، كما نصت على عدة إجراءات تتخذها الدول منفردة أو عن طريق التضامن والتعاون الدولي من أجل تحقيق أعلى مستوى من الصحة البدنية والعقلية لكل فرد دون أي تمييز مهما كان نوعه.

أما في النصوص الداخلية، فقد نصت العديد من دساتير الدول على الحق في سلامة الجسم، كالدستور الجزائري لسنة 2020²، إذ تنص المادة 38 منه على أنه: «**الحق في الحياة لصيق بالإنسان يحميه القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون.**».

وتنص المادة 39 من الدستور نفسه على أنه: «**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.**».

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والإتجار بالبشر»³.

ورغم الاعتراف بوجود مبدأ حرمة جسم الإنسان، إلا أنه في مجال الطب وأمام التطورات الطبية الحديثة، شهد النصف الثاني من القرن العشرين أهم الإنجازات العلمية،

1 - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. ج. ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج. ر. ج. ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.

2 - مرسوم رئاسي رقم 20-442، يتضمن التعديل الدستوري، ج. ر. ج. ج. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

3 - نصت الدساتير التي صدرت قبل التعديل الدستوري لسنة 2020 على حق الإنسان في سلامة جسمه، منها دستور سنة 1976 في مادته 71، وبعده دستور سنة 1989 في نص المادتين 33 و34 منه، كما نص دستور سنة 1996 على هذا الحق بموجب المادتين 34 و35، أما دستور سنة 2016 فنصت المادتين 40 و41 على هذا الحق، وجاء نص المادة 40 كالاتي: «**تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.**».

يعاقب القانون على التعذيب، وعلى المعاملات القاسية، واللاإنسانية أو المهينة، والإتجار بالبشر.».

وتنص المادة 41 على أنه: «**يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية.**».

والتي اختصت معظمها جسم الإنسان، وذلك بظهور وسائل أصبحت أكثر فعالية في علاج الأمراض المستعصية والمزمنة.

ومن بين الوسائل الطبية الحديثة نجد الاستنساخ، التلقيح الاصطناعي، الهندسة الوراثية، تغيير الجنس، وسائل الإنعاش الاصطناعي... إلخ، كما ظهرت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هذه الأخيرة التي تمكّن فيها الجراحون من استبدال أعضاء تالفة لا تؤدي وظيفتها، بأعضاء سليمة منقولة من أشخاص متبرعين أصحاء أو من جثث الموتى، وتعد طريقة العلاج هذه من الطرق التي أنقذت آلاف المرضى من خطر الموت¹.

ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إحدى نتائج ذلك التقدم العلمي، والتي تهدف بالضرورة إلى صيانة جسم الإنسان والمحافظة على سلامته، فيكون التدخل بغية تحقيق مصلحة راجحة له. ومع ذلك فإن هذه العمليات قد تكون متناقضة لما سبق، حينما يكون الهدف منها هو إنقاذ حياة شخص على حساب سلامة شخص آخر، وهو المتبرع الذي يتضرر حتما من استئصال العضو من جسمه، وهو ما أثار جدلا كبيرا في الطب والشرع والقانون إزاء مشروعية هذه العمليات.

تطرح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من الموتى، بالرغم من أنها نافعة للإنسان والمجتمع على حد سواء، عدة مشاكل والتي قد لا يكون من اليسير

1 - إن أول عملية نقل للأعضاء البشرية كانت من خلق الخالق عز وجل، الذي نقل ضلعا من سيدنا آدم عليه السلام ليخلق منه حواء، كما أعاد الرسول صلى الله عليه وسلم عين قتادة بعد أن أصيبت حدقته بسهم في غزوة أحد، وتعود أول عملية ناجحة لزراعة القرنية لسنة 1905، وأول عملية ناجحة لزراعة الكلى كان سنة 1954 في بوستن، وأول عملية ناجحة لزراعة الرئة كان سنة 1963، وأول عملية ناجحة لزراعة البنكرياس كان سنة 1966، وأول عملية ناجحة لزراعة كبد سنة 1967، وتلتها أول عملية زرع القلب سنة 1968، وفي سنة 1989 تمت أول عملية ناجحة لزراعة الأمعاء الدقيقة، وفي سنة 1996 نجحت أول عملية زرع ركة بكاملها، وفي سنة 1998 أجريت أول عملية زرع يد في العالم، وفي سنة 1999 تمت أول عملية زرع كف وساعد في فرنسا، وفي سنة 2000 أجريت أول عملية لزراعة اليدين، وفي سنة 2003 تمت أول عملية زرع اللسان، وفي سنة 2005 تمت أول عملية لزراعة الخلايا الجينية الموجودة في الحبل السري، وفي سنة 2010 تمت أول عملية زرع كلي للوجه. لأكثر تفاصيل انظر: الداوي نجاه، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن الإنتزاع غير المشروع للأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 56 - 66. وانظر كذلك: إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ، ص 70 - 71.

التغلب عليها، بإيجاد قدر من التناسق والتوافق مع المبادئ والأسس السائدة، لاسيما أن تنوع الواقع وتعدد مشاكله خلق ظروفًا يصعب التسليم بإغفالها، بقدر ما تعني الضرورة حتمية الاستجابة إليها، وتلبيتها لتكون ضمن إطارها الآمن، لذا سعت الدول إلى تنظيمها ضمن إطارها القانوني، بوضع شروط لإجرائها مقابل فرض جزاءات حين مخالفتها.

يعد الإخلال بضوابط ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والذي يمثل مساسًا بحرمة وتكامل جسم الإنسان، تصرف غير مشروع بالأعضاء البشرية أين أضحت الأعضاء البشرية محل تجارة مربحة، تستغل الفقر الذي يعاني منه الأشخاص، للتنازل عن أجزاء من أجسامهم لبيعها للمرضى مقابل دفع تكاليف هذا العلاج الباهظ الثمن.

رغم المكانة المرموقة التي تحظى بها مهنة الطب، والتي يحظى بها الطبيب أيضًا في المجتمع، وذلك من خلال دوره الفعال في الحفاظ على السلامة الجسدية للمريض والتخفيف من آلامه، والذي يخوله حرية التعامل في جسمه، إلا أنّ حريته هذه ليست مطلقة وإنما تخضع لقيود قانونية وطبية، ولعل أهم قيد يرد عليها هو هاجس المسؤولية الذي يلزم ذهن الطبيب، بسبب خوفه الدائم من تجاوز تلك القيود، سيما في ظل التطور الكبير الذي شهدته وتشهده العلوم الطبية في عدة مجالات، خصوصًا التدخلات الواقعة على جسم الإنسان والتصرف بمختلف أعضائه.

ومما لا شك فيه أن تحديد إطار المسؤولية يزداد صعوبة في المجال الطبي أكثر من أي مجال آخر، لما للعمل الطبي من مميزات تميزه عن باقي المجالات الأخرى، أمام عجز قواعد المسؤولية المدنية للإحاطة بكل الحالات التي تعرض على القضاء، وهذا بسبب التطور الهائل والسريع للعلوم الطبية في مختلف مجالاته، حيث عرفت هذه الأخيرة قفزة كبيرة من التقدم العلمي والتكنولوجي.

لذا واجهت مسؤولية الطبيب مشكلة تحقيق التوازن بين مصلحتين، حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء والجراحين من أخطاء، وضرورة توفير الحماية اللازمة كأساس وجوهر التدخل الطبي، من جهة. وتوفير الحماية المطلوبة للأطباء والجراحين لممارسة العمل الطبي بكل حرية، من أجل الإبداع والابتكار، من جهة أخرى.

مما سبق ذكره، تظهر الأهمية البالغة لدراسة موضوع التصرف غير المشروع للأعضاء البشرية، وذلك في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لما أولته مختلف التشريعات الغربية والعربية من عناية، في تنظيم هذه التدخلات الجراحية المهمة والخطيرة في الوقت نفسه.

وتظهر أهمية هذه الدراسة كذلك، كونها تتناول موضوعا حساسا جدا يتعلق بحماية الأعضاء البشرية من أي اعتداء مهما كان، وذلك في إطار ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لأهميتها في إنقاذ حياة المرضى الذين يعانون من أمراض لا يمكن علاجها إلا عن طريق الجراحة واستئصال العضو التالف، ثم زرع عضو سليم عن طريق التبرع.

كما تظهر أهمية البحث في هذا المجال بتبيان وتوضيح الشروط الواجب توافرها للقيام بهذه العمليات، فقد أدى التقدم العلمي إلى التوسيع من سلطات الجراح، وازدادت الحاجة إلى الحماية القانونية للمريض والمتبرع، مقابل بعض احتمالات إساءة استعمال هذه السلطة، وتبيان الآثار القانونية الناتجة عن مخالفة شروط وضوابط ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

وبالتالي، تسليط الضوء على نصوص التشريع الجزائري، من خلال ما جاء في قانون الصحة رقم 18-11¹ خصوصا بعد إلغاء القانون رقم 85-05² المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ومدونة أخلاقيات الطب³، وكذا قانون العقوبات رقم 09-01⁴ وما أتى به من جديد في تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية.

1 - قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج. ر. ج. ج عدد 46، صادر بتاريخ 29 يوليو 2018، معدل ومتمم.

2 - قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج عدد 08، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، (ملغى).

3 - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ج. ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992.

4 - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009، معدل ومتمم.

تتمثل أسباب اختيار هذا الموضوع في الرغبة الشديدة في دراسة موضوع التصرف في الأعضاء البشرية عند الإخلال بالضوابط والإجراءات الخاصة بذلك، محاولة إبراز أهميته، وكيفية تنظيم المشرع الجزائري وكذا التشريعات المقارنة له.

وكذلك تحوّل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من وسيلة للعلاج الغرض منها إنقاذ المرضى والتخفيف من معاناتهم، إلى وسيلة للاعتداء والتعدي على جسم الإنسان، والذي يترتب عنه المساس بتكامله وسلامته تحت شعار لواء العلم وخدمة البشرية من جهة، وقد يؤدي إلى ظهور وتفاقم تجارة الأعضاء البشرية التي أضحت جريمة منظمة عابرة للقارات، من جهة أخرى.

وعليه، وفي ظل التطور الطبي وارتفاع حالات الاحتياج لنقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتباره الطريق الوحيد لعلاج بعض الأمراض والعلل، هذا من جهة. ومن جهة أخرى مواجهة تجاوز القواعد القانونية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، ستتم دراسة هذا الموضوع بطرح إشكالية تتعلق بكيفية تصدي المشرع الجزائري للممارسات غير المشروعة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لضمان حماية الفرد واحترام كرامته؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي لتسليط الضوء على جميع أبعاد التصرفات غير المشروعة في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، التي تمس مباشرة جسم الإنسان. كما لا يخلو هذا البحث من المنهج الوصفي من أجل توضيح بعض المفاهيم الضرورية والمتعلقة بموضوع الدراسة، بالإضافة إلى المنهج المقارن خصوصا التشريع الفرنسي، باعتباره الأسبق في تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء، وكذا أسبقية الفقه والقضاء الفرنسي في وضع معالم وقواعد المسؤولية المترتبة عن التصرف بالأعضاء البشرية.

وتشمل هذه الدراسة مظاهر التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتبارها من التدخلات الجراحية التي أثبتت نجاعتها في إنقاذ المرضى من الموت المؤكد، إذا لم يتم احترام الشروط القانونية لإجرائها سواء تعلق الأمر بمحل العملية حيث لا يجوز استئصال الأعضاء التي تضر بسلامة المتبرع، أو قد

تؤدي إلى وفاته. والغرض من العملية والذي يجب أن يكون علاجيا لإنقاذ حياة المريض، كما يجب أن يتم التنازل عن العضو في إطار شروط قانونية يستوفيهها كل من المتبرع والمريض لصحة هذا التصرف الطبي، سواء تم بين الأحياء أو من جثث الموتى (الباب الأول).

وبعدها تم التطرق إلى الآثار القانونية المترتبة عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، والمتمثلة في تصدي المشرع الجزائري لمثل هذه الأفعال المجرّمة، بتقرير مسؤولية جزائية وتحديد أهم الجرائم المنصوص عليها قانونا، وكذا تقرير حق للمريض المضروب أو المتبرع المطالبة بجبر الأضرار التي لحقت به إثر العمليات غير المشروعة التي خضع لها (الباب الثاني).

الباب الأول

مظاهر التصرف غير المشروع

في الأعضاء البشرية

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الأساليب والتقنيات الطبية التي أثبتت جدواها في علاج المرضى من الأمراض المستعصية، والتخفيف من آلامهم. وبها يكون الطب قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، وإن كانت في الحقيقة لا تعد أحدث ما توصل إليه الطب، باعتبار أنه لحقها ما يعرف بالاستتساخ وتطوير الأعضاء الاصطناعية وغيرها من المستجدات في عالم الطب. تقوم هذه العمليات على أساس استبدال الأعضاء التالفة والمتضررة بأعضاء سليمة تزرع في أجسام المرضى، الأمر الذي يستوجب البحث عن مصدر لهذه الأعضاء.

أكدت الدراسات والأبحاث أن الأعضاء المأخوذة من أجسام الأحياء تعطي نتائج أفضل عند زرعها في أجسام المرضى، لكن قلة عدد المتبرعين الأحياء والمشاكل التي يعرفها هذا النوع من العمليات حال دون تحقيق تلك النتائج، كون أن انتزاع الأعضاء البشرية من المتبرعين الأحياء لا يستهدف أية فائدة علاجية لهم، ما استدعى البحث عن مصدر آخر للأعضاء البشرية يكون أقل ضررا على جسم المتبرع.

انصب الاهتمام على جثث الموتى باعتبارها الأيسر فعليا، ناهيك عن عدم إمكانية الحصول على بعض الأعضاء والتبرع بها من الأحياء والتي قد توفرها الجثة، كالقلب والكبد والرئة وغيرها.

سعت التشريعات المختلفة إلى تنظيم مثل هذه التصرفات المنصبة على جسم الإنسان لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لمثل هذه العمليات، سواء تم استئصال الأعضاء من الأحياء أو من جثث الموتى، فسنت مختلف القواعد والضوابط التي تحكمها، حتى لا تخرج عن الهدف الذي وجدت من أجله ألا وهو حماية حق الإنسان في الحياة، الصحة والعلاج.

تدخل المشرع الجزائري وحذا حذو التشريعات الأخرى لوضع القواعد اللازمة للتصرف في جسم الإنسان، فمن يريد مساعدة غيره عن طريق التبرع بأحد أعضائه يجب أن يعرف شروط تصرفه ومدى مشروعيته، إذ يجب ضبط هذا النوع من العمليات الجراحية بشروط وقيود تكفل عدم خروجها عن قواعد الأخلاق والنظام العام. وباعتبار أن محل هذه العمليات

هو جسم الإنسان وتحديدًا أعضائه، فكان لزامًا حمايتها من أي تصرف غير مشروع عند إجراء هذه العمليات. فيعد الإخلال بالضوابط القانونية لممارسة هذه العمليات مظهرًا من مظاهر التصرف غير المشروع لجسم الإنسان وأعضائه سواء تمت بين الأحياء (الفصل الأول). كما أن الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل الأعضاء البشرية التي تتم من جثث الموتى، يعد مظهرًا من مظاهر التصرف غير المشروع للأعضاء البشرية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

تهدف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى إعادة الأمل إلى نفوس العديد من المرضى، فقد نجح الطب في استئصال الأعضاء ونقلها إلى هؤلاء المرضى لإنقاذ حياتهم من الموت المؤكد. لكن استئصال أي عضو من أعضاء الجسم يتضمن في حد ذاته اعتداء على سلامة الجسم، لما يؤدي إلى الإخلال بوظائفه، إضافة إلى إحداث الجرح والقطع في الجسم المنقول منه العضو.

يعد هذا النوع من العمليات الجراحية في الأصل من الأفعال الماسة بسلامة الجسم والخطيرة خصوصا على جسم المتبرع الحي فلا يوجد ما يبررها، لأنه لا تنطبق عليها إباحة الأعمال الطبية والمتمثلة في التدخل الطبي بقصد العلاج، لعدم وجود أية مصلحة علاجية من نزع عضوه والتبرع به للغير.

ومن أجل إجازة هذا النوع من العمليات التي تتم بين الأحياء كان لابد من تنظيمها وفقا لشروط وضوابط، تخرج من خلالها عملية نزع الأعضاء من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة، وتقييدها والحد من اللجوء إليها إلا في حالات معينة ومحددة، بالتالي فأى إخلال بهذه الضوابط يعد تصرف غير مشروع بالأعضاء البشرية.

وضعت التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مجموعة من الشروط لإجازتها، لمنع أي تجاوز أو استغلال غير مشروع للأعضاء البشرية، خاصة مع وجود ظاهرة اختطاف القصر لنزع أعضائهم، وكذا ظاهرة الاتجار بالأعضاء البشرية والتي تعد من الجرائم المنظمة والعابرة للحدود، لذا فإن الخروج عن حدود التنظيم المخصص لمثل هذه التصرفات يعد تصرف غير مشروع.

تنوعت مظاهر التصرف غير المشروع للأعضاء البشرية بين الأحياء، فنجد مظاهر تتعلق بعدم مشروعية هذه العمليات ومخالفتها للنظام العام (المبحث الأول)، ومظاهر تتعلق بمخالفة الإجراءات القانونية المتعلقة بممارسة هذه العمليات (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مخالفة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية للنظام العام

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم وأخطر التدخلات الجراحية التي تمس بجسم الإنسان، فهي نزع واستئصال عضو بشري سليم من جسم المتبرع، لزرعه في جسم المريض المتلقي ليقوم ذلك العضو المزروع محل العضو التالف، من أجل إنقاذ المريض من الموت المؤكد، وكذا التخفيف من آلامه.

تتضمن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة اعتبارات، فمن جهة هناك مبدأ حرمة جسم الإنسان ومن جهة أخرى هناك اعتبارات إنسانية تقتضي إنقاذ شخص مريض من موت محقق، ولعل التوفيق بين هذين الاعتبارين يؤدي بالضرورة إلى تجاوز مبدأ حرمة جسم الإنسان، وإجازة المساس بجسم المتبرع الذي يحتاج بدوره إلى الحماية القصوى لئلا يتأذى من تلك العمليات.

وحتى لا تخرج عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية عن إطارها القانوني، فقد تم ضبطها وإحاطتها بمجموعة من الشروط القانونية، ويعد الإخلال بتلك الشروط تصرف غير مشروع في جسم الإنسان وأعضائه. فنجد شروط تتعلق بمشروعية محل وغرض التبرع (المطلب الأول)، إضافة إلى اشتراط مجانية التبرع بالأعضاء، بمعنى أن يكون التنازل عن العضو ضمن مبادئ التضامن الإنساني، الذي يقتضي عدم مالية الأعضاء البشرية، فالتبرع بالأعضاء يجب أن يكون دون تلقي أي مقابل مالي مهما كان (المطلب الثاني).

المطلب الأول

عدم مشروعية محل وغرض التبرع بالأعضاء البشرية

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الطبية الحديثة التي تتطوي على مخاطر عديدة على أطرافها، خاصة المتبرع الذي يتنازل عن أحد أعضائه دون منفعة خاصة له، بل يمكن أن تتعرض صحته إلى الخطر من جراء ذلك.

وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أساسها استبدال عضو سليم محل عضو تالف لإنقاذ حياة المريض، فإن أساس تلك العمليات هي الأعضاء. عليه، سوف نقوم أولاً بضبط بعض المفاهيم المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، ثم

ننتقل إلى تعارض محل التبرع بالأعضاء البشرية مع النظام العام (الفرع الثاني)، وبعدها تعارض غرض التبرع بالأعضاء البشرية مع النظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول

ضبط بعض المفاهيم المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم نجد تعريفاً واحداً وواضحاً لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد حاول الكثير وضع تعريف لها. كما لا نجد اتفاقاً حول استعمال المصطلحات، فهناك من يسميها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهو المصطلح الأكثر استعمالاً، وهناك من يسميها عمليات غرس وزرع الأعضاء البشرية، وهناك من يسميها عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية¹.

أولاً - تعريف عملية نقل وزرع العضو البشري:

يخلط الكثيرون في بعض المصطلحات المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء، فهناك من لا يفرق بين الغرس والنقل، والنقل والاستئصال، مع أن هناك بعض المرادفات لنفس المصطلحات، ولكن الكثير ممن لا يفرق بين معناها، لذا يجب أولاً ضبط مفهوم بعض المصطلحات منها:

1 - لفظ الزرع ²greffe: يقصد به نقل مادة خلوية أو نسيجية حية سواء من جزء لآخر يتبعان نفس الكائن الحي، أو من فرد لآخر سواء كان من نفس النوع أم لم يكن، أي أنه طعم كالطعم الجلدي مثلاً³.

2 - لفظ النقل ⁴transplantation: فيقصد به بشكل خاص زرع عضو حيوي يستلزم إعادة فورية لنشاط أورده وشرطه، كزرعة الكبد والقلب والكلية⁵.

وعرّفه الدكتور "عبد الفتاح عطا الله" على أنه: « عبارة عن عملية نقل لأنسجة أو خلايا حية من شخص إلى آخر مع وجود هدف وراء ذلك النقل، وهو الحفاظ على

1 - وهو المصطلح المستعمل من المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 المعدل والمتمم، في القسم الأول من الفصل الرابع والذي جاء تحت تسمية "أحكام تتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية".

2 - La greffe s'applique au remplacement d'un tissu. Voir : Younes OIKAOUI, "La transplantation d'organes en droit marocain : quelles perspectives?", Revue Générale de droit Médicale, n°36, paris, 2010, 223, marge n°2.

3 - ABDULDAYEM Ahmed, Les organes humains dans le commerce juridique, publications juridiques AL-HALABI, Beyrouth, 1999, p 95.

4 - La transplantation d'organe s'applique au remplacement d'un organe défaillant. OIKAOUI Younes, op.cit, p 223, marge n°1.

5 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 16.

ABDULDAYEM Ahmed, op. cit, p 95.

استمرار عمل هذا النسيج وأدائه لوظيفته الفسيولوجية بعد نقله إلى بيئته الجديدة في جسم المريض الذي أجريت له عملية الزرع»¹.

3 - لفظ الأخذ **prélèvement**: ونعني به أخذ عضو ونقله، والأخذ لغة خلاف العطاء، وهو أيضا تناول، أخذت الشيء أخذه أخذا أي تناولته.

أما في الاصطلاح الطبي فلفظ الأخذ قريبة من استعمالها اللغوي، فهي تدل كذلك على تناول ولكن تناول الجزء من الكل، كأخذ العضو من الجسم أو المادة من السائل الحيوي². ولمصطلح الأخذ مرادفات أخرى في مجال نقل وزرع الأعضاء منها اجتثاث، استقطاع ونزع وكذا مصطلح استئصال وهذا الأخير هو الأكثر استعمالا.

4 - عملية نقل العضو: نعني بها « العملية التي يتم فيها استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي المتبرع وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي المريض والمستفيد »³. كما عرفها البعض على أنها نقل عضو أو مجموعة من الأنسجة من شخص متبرع إلى شخص مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف لدى هذا الأخير⁴.

5 - عملية زرع العضو⁵: تسمى أيضا عملية غرس العضو، وقد عرفها الدكتور "محمد علي البار" على أنها: « نقل عضو سليم أو مجموعة من الأنسجة من متبرع إلى مستقبل ليقوم مقام العضو أو النسيج التالف »⁶. ونجد المعنى نفسه لدى الأستاذ "محمد فارح"، الذي

1 - عبد الفتاح عطا الله، زرع الأعضاء بين الحاضر والمستقبل، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، 2007، ص 1.

2 - علام عمر، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2013، ص 186.

3 - محمد حماد مرهج الهبتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 31.

4 - بوساق محمد المدني، موقف الشريعة من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية، الجزائر، 2004، ص 11.

5 - "La greffe d'organe est le remplacement d'un organe défaillant, devenu inaccessible à tout traitement conventionne, par un organe sain, le greffon". Cité par : MENGUY Edgar, "L'utilisation à des fin thérapeutiques des éléments du corps humain", Revue Générale de Droit Médicale, N°27, Paris, 2008, p 64.

6 - هيثم حامد خليل المصاورة، عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، اختصاص القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الموصل، 1999، ص 13.

عرف عملية زرع العضو على أنها: « عبارة عن نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام مريضة أعضاء منها أو تالفة »¹.

والملاحظ من خلال التعريفين السابقين أن هناك أيضا خلط بين المصطلحين "زرع" و"نقل"، فنقل العضو لا يعني بالضرورة زرعه، فعملية نقل العضو مستقلة عن عملية زرع العضو، فزرع الأعضاء لا يعني نقلها حتى وإن كان نقل الأعضاء قد يعد جزءا من عملية الزرع، باعتبار أنه قد لا يستتبع عملية نقل العضو عملية زرعه، وإنما قد يتم نقل العضو من أجل حفظه لحين الحاجة إليه، خصوصا إذا كان العضو المنقول من جثة ميت².

كما عرّفها الدكتور محمد "أيمن الصافي" على أنها: « نقل عضو سليم من جسم متبرع سواء كان إنسان أو حيوان أو أي كائن حي، وإثباته في جسم المستقبل ليقوم مقام العضو المريض في أداء وظائفه »³.

وعرّفها الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء على أنها: « عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص ميت، والشخص الذي زرع له العضو يسمى المستقبل، والذي مات يسمى المانح والعضو المزروع يسمى الغرسة »⁴.

هناك من يرى أن مصطلح "غرس" أدق من مصطلح "زرع"، كون أنه من الناحية اللغوية يعرف الغرس على أنه إثبات الشيء في الأرض، فيقال: غرس فلان الشجر في الأرض، أي أثبته وأدخله أو غرزه⁵.

في حين يعني مصطلح "زرع" طرح البذر أو إلقاء الحب في الأرض ليثبت، يقال: زرع الفلاح الأرض الشعير إذا طرحه في الأرض لينبت، وزرعه الله بزرقه: أي أنبته⁶. فمن الناحية اللغوية نجد أن مصطلح "غرس" أدق وأوضح من مصطلح "زرع" لاستعماله في

1 - إقروفة زبيدة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص 358.

2 - محمد حماد مرهج الهبتي، مرجع سابق، ص 17.

3 - محمد أيمن الصافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، زرع الأعضاء، وزارة الإعلام، جدة، 1986، ص 9.

4 - علام عمر، مرجع سابق، ص ص 169 - 170.

5 - بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 124.

6 - محمد أيمن الصافي، مرجع سابق، ص 9.

مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، لكن رغم ذلك نجد أن هذا الأخير هو الأكثر استعمالاً وشيوعاً والمعتمد من أغلب التشريعات.

ومن خلال ما سبق، يتبين أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية رغم أن المصطلح يضم عمليتين لكن في الحقيقة فإنها تتكون من ثلاث عمليات، هي:

1 - عملية استئصال العضو السليم من جسم المتبرع.

2 - عملية استئصال العضو التالف من جسم المريض.

3 - عملية زرع العضو السليم في جسم المريض.

ثانياً - أطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

تستوجب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لإجرائها ثلاثة أطراف وهم الطبيب الجراح أو ما يعرف بالفريق الطبي، المريض المتلقي، المانح.

1 - الطبيب الجراح (الفريق الطبي) **Le staff médical**: والذي يجب أن يتمتع

بخبرة عالية، وأن يكون من أهل الاختصاص، كما يجب أن يكون الجراح أو الفريق الطبي¹ الذي يقوم باستئصال العضو من المتبرع غير الذي يقوم بزرع العضو لدى المريض.

2 - المتلقي **Le receveur**: يسمى أيضاً المستفيد أو المستقبل أو المتبرع له، وهو

المريض الذي يحتاج إلى زرع عضو جديد في جسمه بسبب تلف وفشل أحد أعضائه من القيام بوظائفه الحيوية، نظراً لعدم جدوى وسائل العلاج التقليدية من شفائه.

3 - المتبرع **Le donneur**: ويسمى أيضاً المعطي أو المانح أو الواهب أو

المتنازل، وهو الشخص الذي يتنازل عن أحد أعضائه السليمة للمريض من أجل إنقاذ حياته من الموت المؤكد.

ثالثاً - صور عمليات نقل الأعضاء البشرية:

تنقسم عمليات نقل الأعضاء البشرية إلى ثلاثة أنواع، هي:

1 - باعتبار أن عملية نقل وزرع الأعضاء من العمليات المعقدة والخطيرة والمركبة، فهي تتضمن ثلاث عمليات بالتالي لإجرائها تحتاج إلى فريق طبي وليس لطبيب جراح واحد فقط.

1 - عمليات الزرع الذاتي Auto greffes: وهو زرع يتم على نفس الشخص المتبرع بالأنسجة أو بالعضو المنقول، أي تؤخذ الغريسة من الشخص نفسه ليتم زراعتها في موضع آخر من جسمه¹، ففي هذه العمليات يكون المتبرع والمريض الشخص نفسه والجسم نفسه، فيقوم الجراح بنقل عضو أو نسيج من موضع إلى آخر في ذات الشخص. ومن أمثله نقل الأوتار والعضلات، نقل الصمامات من الأوردة في الساقين لإصلاح صمامات القلب، نقل جزء من الأمعاء لإصلاح المريء، ونقل جزء من الغدة الكظرية لمداواة الشلل الرعاشي. ومن أهم الأمثلة أيضا ترقيع الجلد وإصلاح الأنف والأذن، أو تبديل قرنية عين المصاب بالعمى إلى العين الأخرى التي تحتاج إلى قرنية لتبصر².

ومما لا شك فيه أن هذا النوع من العمليات أي عمليات الزرع الذاتي قد تكون من قبيل التعويض والتصحيح، كأن يكون بالشخص عيب ظاهر ومنظر غير مألوف، مثلما يحدث عقب الحوادث والحروق³.

تصنف عمليات الزرع الذاتي ضمن الأعمال الطبية الجراحية العادية، ونجاحها مؤكد من الناحية الطبية نظرا لعدم وجود ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع، فهذا النوع من الزرع لا يطرح أية مشاكل.

2 - عمليات النقل بين البشر Homo greffes: أي نقل الأعضاء من الحي إلى الحي، أو من جنث الموتى، وفيها ينتمي الشخص المانح للعضو إلى نفس جنس المتلقي⁴.

ونجد في هذا النوع من العمليات نوعا آخر وهو الزرع بين التوائم، وهم أشخاص يملكون بالضرورة تكوينا وراثيا متشابها بشكل كامل كأن يتم نقل عضو من أخ لأخته

1 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 17.

2 - محمد عبد الجواد الننتشة، "نقل الأعضاء وأحكامه الشرعية"، مجلة الحكمة، عدد 15، 1419 هـ، ص ص 43 - 44.

3 - جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 184.

انظر كذلك: بعداش بوبكر، "الأصل الشرعي الذي بنيت عليه مسألة زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، قسنطينة، مجلد 01، العدد 02، 2012، ص 26.

4 - رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 218.

التوأم المماثل، ويطلق على هذه الغرائس لفظ الغرائس المتسانجة أي المتماثلة نسيجياً¹. وتعد أول عملية زرع الكلى بين التوائم وتكللت بالنجاح كانت في بوسطن بتاريخ 1954/12/23، حينما حصل "ريتشارد هيرك" "Richard HERRICH" على إحدى كلى شقيقه التوأم "رونالد" "Roland"².

ومشكل رفض العضو غير وارد في هذا النوع من الزرع لأن الجسم لا يرفضه بل يعتبره جزءاً منه، لهذا تعتبر أفضل أنواع الزرع وأطولها عمراً وأكثرها فائدة³.

3 - عمليات النقل من الحيوانات Xeno greffes: وتسمى أيضاً بالغرائس الغريبة أو الدخيلة وفيها يختلف جنس المتلقي عن جنس المعطي. وقد أجريت عدة تجارب لزراعة أعضاء من الحيوانات للإنسان⁴، منها محاولة استئصال كبد قرد وزرعه في جسم إنسان⁵. كما أجريت سابقاً بعض الدراسات لزرع قرنية كلب عند الإنسان، وكذا محاولة زرع قلب قرد لدى الإنسان، لكن لم يسفر عن هذا النوع من الزرع إلا الفشل⁶، ولا يزال طور التجربة.

يتبين مما سبق أن زرع الأعضاء تدخل جراحي يرمي إلى استبدال وتعويض العضو التالف بعضو سليم، يؤخذ من متبرع حي أو ميت ليزرع في جسم المريض قصد إنقاذ حياته.

الفرع الثاني

مخالفة محل التبرع للنظام العام

تشكل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مساساً بجسم الإنسان، لذا لا يجب ألا يشكل هذا المساس خطراً على حياة وصحة أطرافها خصوصاً المانح للعضو، باعتباره شخصاً سليماً

1 - محمد أيمن الصافي، مرجع سابق، ص 20.

2 - ABDULDAYEM Ahmed, op. cit, p 97.

3 - عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010، ص 171.

4 - CLAEYS Alain, HURIET Claude, "L'application de la loi n° 94-654 du 29 Juillet 1994", Revue Générale de Droit Médical, n°1, Paris, 1999, p 35.

5 - DINH-XUAN Anh Tuan, LOCKHART Alain, Précis de physiologie médicale, 2^{ème} édition, Piccin, Italie, 2003, p 444.

6 - أجريت في صيف 1992 عملية زرع كبد قرد إفريقي عند مريض من قبل Thomas STARZI لكنها أدت لسوء الحظ إلى موت المريض بعد شهرين من إجرائها. نقلاً عن:

ABDULDAYEM Ahmed, op. cit, p 96.

لا يعاني من أية علة عكس الشخص المستفيد الذي هو أصلاً مريض. وهو الأمر الذي يستوجب تحديد الأعضاء التي يجوز استئصالها من المتبرع دون أن يتضرر من عملية الاستئصال. لذا نقوم بتعريف العضو البشري (أولاً)، ثم تحديد الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها (ثانياً)، والأعضاء التي يجوز التبرع بها (ثالثاً).

أولاً - تحديد محل التبرع في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

يتكون جسم الإنسان من الناحية البيولوجية من عنصرين أساسيين هما: الأعضاء البشرية، ومشتقات الجسم. عليه سوف نعرّف العضو البشري، ثم ننتقل إلى تعريف منتجات الجسم.

1 - تعريف العضو البشري:

لابد من تعريف العضو البشري من الناحية الفقهية، ثم تبين موقف القانون وموقف القضاء منه¹.

أ - التعريف الفقهي للعضو البشري:

لم يتفق الفقهاء على تعريف محدد للعضو البشري، لذا نجد عدة تعريفات له، وكلمة عضو هي في الأصل مشتقة من كلمة Organon اليونانية، ويرجع أصلها إلى القرن الخامس عشر، والتي تعني الآلة أو الأداة المستخدمة في العمل².

1 - أما من الناحية اللغوية، فالعضو بضم العين: «هو كل عظم وافر اللحم». ومن ذلك قولهم: «عضيت الشاة والجزور تعضية إذا جعلتها أعضاء». ويعرّف أيضاً "عضاً" بأنها: «الواحد من أعضاء الشاة وغيرها، وقيل كل عظم وافر بلحمه، وجمعها أعضاء، وعضى الذبيحة أي قطعها أعضاء».

وعرفه صاحب المعجم الوسيط بأنه: «جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل». إن العضو حسب التعريفات السابقة هو عبارة عن عظم يغطيه اللحم، فحصرت مفهوم العضو على الأعضاء اليابسة فقط، وهو ما يؤدي إلى إخراج طائفة من أعضاء الجسم التي ليس لها عظم كالقلب والرئة والعين وغيرها. كما أن الأخذ بهذا المعنى للعضو لا ينطبق أيضاً على الدم والخلايا والجلد، الأمر الذي يؤدي إلى إخراج طائفة كبيرة من الأعضاء والتي ندخل ضمن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. انظر: ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2009، ص 54.

وانظر كذلك: رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2011، ص 19.

2 - عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 106. انظر كذلك: جيبيري ياسين، الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015، ص 55.

فهناك من يعرف العضو من الناحية البيولوجية على أنه: « جزء حي من المكونات الطبيعية للجسم لا يتوقف على نقله تعرض حياة الإنسان للخطر ». وكلمة "حي" تعني أن يكون العضو محتفظا بقيمته البيولوجية وقت الزرع، إذ لا يحقق العضو التالف فائدة للمريض¹. وتعني كلمة "طبيعية" استبعاد الأعضاء الاصطناعية² لافتقادها خصائص العضو، والتي أهمها الطبيعة الحية للعضو البشري ذلك أنها مجرد شيء مادي³.

وعرف العضو أيضا على أنه: « جزء من الجسم يؤدي وظيفة محددة في الجسم مثل القلب والرئة والكبد والبنكرياس... »⁴.

كما يعرف العضو أيضا على أنه مجموعة أنسجة تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة كالمعدة والكبد والكلية والقلب وغيرها. أما الأنسجة⁵ التي يتكون منها العضو فهي مجموعة الخلايا التي تعمل مع بعضها البعض كي تؤدي وظيفة معينة، والخلية هي

1 - وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 38.

2 - الأعضاء الصناعية أو الاصطناعية هي تلك الأجهزة المصنعة من الجبس أو الخشب أو البلاستيك أو المعدن أو أية مادة صناعية أخرى، وتكون على شكل أيد أو أرجل أو خلافاها، صنعت خصيصا للمعاقين ممن فقدوا أيديهم أو أرجلهم جراء مرض أو حادث أدى إلى بتر أحد أطرافهم أو عيب خلقي منذ الولادة. والأعضاء الصناعية أو الأطراف الصناعية هي عمل تقنية معينة لأشخاص تتناسب مع احتياجاتهم بديلة لأطرافهم الطبيعية المفقودة وذلك لتسهيل حياتهم اليومية، وتدريبهم على استغلال إمكانياتها وإمكانيات أجسادهم عن طريق الميكانيكا الحيوية.

ويتحدد نوع الطرف أو العضو الصناعي المستخدم بحسب شكل البتر ومكانه وطبيعة الجزء المفقود من الطرف، والأعضاء الصناعية رغم كونها لا تمثل بديلا كاملا عن الأعضاء الطبيعية إلا أنها تحل محلها وتقوم بوظائفها. لأكثر تفصيل راجع: عبد الرحمن بن علي عبد الرحمن الزير، المسؤولية عن الاعتداء على الأعضاء المزروعة والأطراف الصناعية (دراسة تأصيلية)، دراسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2017، ص 56.

3 - محمد حماد مرهج الهييتي، مرجع سابق، ص 21.

4 - « L'organe est une partie du corps destinée à remplir une fonction nécessaire à la vie ». OIKAOUI Younes, op.cit, p 223.

5 - يقصد بالأنسجة التي يتكون منها العضو مجموعة من الخلايا المتشابهة المظهر والمتصلة بعضها البعض، والتي لها نفس القدرات والإمكانات الوظيفية، وتشكل وحدة آلية تقوم بنفس الدور داخل عضو معين أو جزء من العضو مثل النسيج العصبي والنسيج الجلدي. نقلا عن: علام عمر، مرجع سابق، ص 187.

أصغر وحدة في المواد الحية¹. ويعرّف النسيج أيضا على أنه عبارة عن خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف، والتي بمجموعها تعطي ذاتية تشريحية تؤدي وظيفة معينة، كالنسيج العضلي والعصبي².

وهناك من يعرفه على أنه: « عبارة عن مجموعة من العناصر الخلوية المختلفة والمتشابهة والقادرة على أداء وظيفة محددة »³. وتعرّف الخلية على أنها وحدة أولية في بنية أنسجة الجسم، وتختلف مقاييسها حسب طبيعتها وتتكون من عنصرين أساسيين هما: النواة والسيتوبلازم⁴. وهو ما يعني أن تعريف العضو من الناحية البيولوجية ليس قاصر على الكبد والقلب والكلية، بل يمتد ليشمل الأنسجة والهرمونات والأنزيمات والجينات⁵.

وهناك من يعرف العضو البشري بأنه: « كل جزء من جسم الإنسان يتكون من مجموعة من الأنسجة والذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة، والذي لا يمكن للجسم إستبداله بشكل تلقائي وغير متجدد إذا ما تم إستئصاله بالكامل أو جزء منه، مما يؤدي إلى إنتقاص في الجسم »⁶.

ويعرفه البعض الآخر على أنه: « جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلا به أم منفصل عنه، وأن الدم يعتبر من أعضاء الإنسان المتجددة »، وهو التعريف الذي اعتمده مجمع الفقه الإسلامي⁷. يعد هذا التعريف موسعا للعضو البشري، لكنه

1 - رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 19.

2 - نقلا عن: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 24.

3 - نقلا عن: علام عمر، مرجع سابق، ص 186. كذلك: بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 18.

4 - علام عمر، مرجع سابق، ص 187.

5 - نقلا عن: مواسي العجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 22. كذلك: صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 10. وكذلك: جبيري ياسين، مرجع سابق، ص 55.

6 - نقلا عن: إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص 41.

7 - قرار رقم 01 من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 6 إلى 11 فيفري 1988. نقلا عن: الشخيلي عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 21.

يعتبر الدم عضوا من أعضاء الجسم¹، وهو أمر غير صحيح استنادا إلى التعريف اللغوي الذي يعرف العضو على أنه كل لحم وافر بالعظم، والدم ليس عظما يغطيه اللحم. لكن في الحقيقة فالدم يدخل ضمن ما يسمى بمشتقات الجسم، ولا يمكن اعتباره من الأعضاء البشرية، كما أنه يخضع إلى نظام قانوني خاص، ولا يخضع للأحكام المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

رغم كل هذه التعاريف للعضو البشري، إلا أنها لم تميز بين الأعضاء البشرية ومشتقات الجسم. كما أن هناك من يعرفه تعريفا ضيقا، وهناك من يعرفه تعريفا موسعا. فمسألة تعريف العضو البشري مسألة هامة جدا يجب على القانون والتشريع التصدي لها، لإيجاد تعريف محدد وواضح وقصد تسهيل تكييف المسؤولية الجنائية عن أفعال الاعتداء على الأعضاء والجسم.

ب - التعريف التشريعي للعضو البشري:

يلاحظ أن التشريعات التي أجازت ونظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لم تعرف العضو البشري، كالتشريع القطري رقم 21 بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية الصادر سنة 1999، حيث عرّف العضو في مادته الأولى على أنه: «... أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه يكون حيويا وهاما لإنقاذ المريض». ويعرّف القانون المغربي رقم 16 لسنة 1998 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها المعدل بمقتضى القانون رقم 26 لسنة 2005، العضو البشري في مادته 2/ب بأنه: «كل جزء من جسم الإنسان سواء كان قابلا للخلفة أم لا والأنسجة البشرية باستثناء تلك المتصلة بالتوالد»².

1 - الدم كان محل جدل من حيث اعتباره عضوا أم لا، فاتجاه يتمسك بالتعريف اللغوي للعضو البشري، ويعارض اعتبار الدم عضوا بشريا على أساس أن العضو البشري هو كل عظم يغطيه اللحم، وهي الخصائص التي يفتقدها الدم. في حين نجد اتجاها آخر يعتبر أن الدم عضو كغيره من الأعضاء. انظر: عسال محمد، المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ في تحديد لحظة الوفاة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 116. كذلك: حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص 20.

2 - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2012، ص 30.

ويعد التشريع الإنجليزي الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية لسنة 1989 التشريع الوحيد الذي وضع تعريفا دقيقا وواضحا للعضو البشري، فقد نصت الفقرة 2 من المادة 7 منه على أنه: « يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل ». وهذا التعريف لا تقتصر ملاءمته على سهولة تحديد وتكييف الآثار القانونية الناشئة عن أفعال الاعتداء، وانتهاك حرمة سلامة الأعضاء فحسب بل تتعدى فعاليته أكثر عند البحث في الجوانب القانونية لجل الممارسات الطبية المنصبة على جسم الإنسان¹.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فرغم عدم وجود تعريف محدد للعضو البشري في قانون الصحة العامة وفي قوانين أخلاقيات الطب الصادرة سنة 1994 والتي عدلت بالقانون الصادر في 6 أوت 2004، و7 جويلية 2011، إلا أنه أدرك أهمية التمييز بين الأعضاء البشرية من جهة، وبين الأنسجة والخلايا ومنتجات الجسم من جهة أخرى، فخصصت تشريعات أخلاقيات الطب لسنة 1994 قسما مستقلا خاصا بالأعضاء البشرية، وقسما آخر خاصا بمشتقات ومنتجات الجسم البشري، تتضمن أحكاما وشروطا تختلف في مجملها عن الأحكام المتعلقة بعمليات نقل الأعضاء، خاصة فيما يخص العقوبات والمسؤولية المترتبة في حالة مخالفة أحد الشروط الخاصة بكل قسم².

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلا نجد تعريفا محددا للعضو البشري، وبالرجوع إلى قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، ومدونة أخلاقيات الطب سالفة الذكر، لا نجد أي تعريف أو تحديد للعضو البشري. لكن بالرجوع إلى نص المادة رقم 355 من قانون الصحة سالف الذكر فهي تنص على أنه: « لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ». والملاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري ذكر الأعضاء البشرية مشتقات الجسم من أنسجة وخلايا البشرية، ولم يكتف فقط بالأعضاء وهو ما يفهم أنه لم

1 - أفوجيل نبيلة، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الانسان أمام الممارسات الطبية (أعمال الطبيب)، مكترة لنيل درجة

الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005، ص 16.

2 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 25. انظر كذلك: أفوجيل نبيلة، المرجع نفسه، ص 21.

يعتبرها شيئا واحدا، بدليل أنه ذكرها جميعا.

رغم أن قانون العقوبات¹ تضمن أحكاما تتعلق بالحماية الجزائية للجسم من الاعتداءات الواقعة عليه، إلا أنه لا نجد تعريفا محددا للعضو البشري. فنجد أن المادة رقم 274² من قانون العقوبات قد نصت على جريمة الخشاء (castration) دون تحديد معنى الأعضاء التناسلية، كما نصت المادة 264 فقرة 3³ من القانون رقم 24-06⁴ على جريمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى بتر أحد أعضاء الجسم، أو إحداث عاهة مستديمة، دون تحديد العضو البشري، فلم يميز القانون الجنائي بين العضو البشري ومشتقات الجسم.

لكن بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2009، بموجب القانون رقم 09-01 أصبح يفرق بين العضو ومشتقات الجسم، باستحداث جرائم وعقوبات مختلفة في حالة الاعتداء على الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية، فنجد عقوبات خاصة بنزع العضو دون رضا صاحبه تختلف عن العقوبات الخاصة بنزع أنسجة وخلايا دون رضا صاحبها⁵.

1 - أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

2 - تنص المادة 274 من ق.ع.ج على أنه: «كل من ارتكب جنائية الخشاء يعاقب بالسجن المؤبد. ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة».

3 - تنص الفقرة 3 من المادة 264 من ق.ع.ج على أنه: «وإذا ترتب على أعمال العنف... فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبط أو العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، فيعاقب الفاعل بالحبس من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج».

4 - قانون 24-06 مؤرخ في 28 أبريل 2024 يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 30، صادر بتاريخ 30 أبريل 2024.

5 - تنص المادة 303 مكرر 1/17 من ق.ع.ج على أنه: «يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول». كما تنص المادة 303 مكرر 1/19 من ق.ع.ج على أنه: «يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول».

يتبين من المادتين سالفتي الذكر، أن المشرع الجزائري قد شدد العقوبة إذا ما تم نزع عضو من أعضاء جسم شخص دون الحصول على موافقته، فكيفها جنحة مشددة مقارنة مع نزع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان أين كيفها جنحة. ومرد ذلك أن الضرر اللاحق بالجسم في حالة نزع العضو أكبر من مجرد نزع نسيج أو خلايا من الجسم، فالأنسجة والخلايا تتجدد تلقائيا وتعوض ولا تؤثر كثيرا على تكامل الجسم وسلامته مقارنة مع نزع العضو من الجسم.

كما استحدث كذلك جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، والتي عقوبتها تختلف عن جريمة الإتجار بالأنسجة البشرية¹، وهو دليل على أن المشرع الجزائري أصبح يفرق إلى حد ما بين الأعضاء البشرية ومنتجات الجسم، باعتبار أنها لا ترتب نفس الآثار في حالة الاعتداء عليها.

ج - موقف القضاء من العضو البشري:

لم يعرف القضاء العضو البشري ولم يبين بدقة المقصود بالعضو البشري، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أنه: « كل جزء من الجسم هو عضو منه، وفي قضية الحال فالبنكرياس هو عضو من الجسم وفقدانه يؤدي إلى فقدان التوازن في التركيبة الجسمية، ذلك أن غرفة الاتهام للمجلس عندما اعتبرت البنكرياس جهازا وليس عضوا قد أخطأت في تقدير الوقائع »².

2 - تعريف منتجات الجسم البشري:

تسمى كذلك المشتقات البشرية الذي استعملته العديد من تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الحديثة، ويقصد بها: « جميع العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل في ذاتها وحدة نسيجية متكاملة، ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، بل يمكن للجسم استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه »³.

هناك من يعرف منتجات الجسم على أنها: « كل مكون عضوي نسيجا كان أم سائلا، تقوم أجهزة الجسم بإفرازه وإنتاجه على نحو دوري، ويقوم الجسم بتعويض ما فقد منه بشكل تلقائي »⁴.

1 - راجع المواد: 303 مكرر 16، 303 مكرر 18، 303 مكرر 20 من ق.ع.ج.

2 - قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 254258، الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2001، المجلة القضائية، عدد 2، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002، ص 546 وما بعدها.

3 - نقلا عن: نذير برني، الجرائم المرتبطة بعمليات زرع الأعضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 20. كذلك عن: ياسين جيبيري، مرجع سابق، ص 62.

4 - نقلا عن: العلة موسي، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 28.

وعليه، فمنتجات الجسم هي ما يفرزه الجسم عند أداء وظائفه المختلفة، والتي تتميز عادة بالتجدد ومن ثم القابلية - في حدود - للانفصال¹. ومن أمثلة المشتقات البشرية الشعر، الأظافر وبعض المواد السائلة الداخلة في تكوين الجسم كالدّم وكافة المواد السائلة التي تفرزها الغدد على اختلاف أنواعها، كاللعاب ولبن الأم والسائل المنوي والهرمونات وخلايا الجلد².

تتمتع هذه المشتقات بخاصية التجدد المستمر فسحب كميات منها لا يؤدي إلى نفاذها، مما يتيح التبرع بكميات معينة منها بصفة دورية دون أن يؤثر على وجودها أو الانقراض من الكم الواجب توافره لاستمرار الحياة، كما لن يؤثر ذلك على أداء الجسم لوظائفه الطبيعية كالدم مثلاً³، وكذا استمرار تدفق السائل المنوي ولبن الأم رغم تكرار خروجهما من الجسم.

برزت أهمية منتجات الجسم ومشتقاته في السنوات الأخيرة نظراً للتقدم العلمي والطبي، أين كانت منتجات الجسم محلاً لها، فأصبحت تشكل مادة أساسية وفعالة لعلاج العديد من الأمراض المستعصية. لكن رغم هذه الأهمية الكبيرة، نجد جل التشريعات لم تضع تعريفاً محدداً لها، ولا تنظيمًا خاصاً يتماشى مع طبيعتها المتجددة والمختلفة عن الأعضاء البشرية.

أما عن موقف المشرع الجزائري من المنتجات أو المشتقات البشرية، فلا نجد أي تعريف محدد لها ولا أحكام خاصة بها، عدا بعض القواعد المتعلقة بالعلاج عن طريق الدم ومصله ومشتقاته، وبعض النصوص القانونية المدرجة في قانون الأسرة والمتعلقة باستخراج بعض منتجات الجسم للتلقيح الصناعي ومعالجة العقم، وكذا استعمال الجينات الوراثية البشرية في إثبات النسب. أضف إلى ذلك وجود بعض القواعد الخاصة في قانون العقوبات

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2005، ص 22.

2 - يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 21.

3 - طبقاً للمادة 3 من القرار الوزاري 24 ماي 1998، الذي يحدد القواعد التي تنظم التبرع بالدم ومشتقاته، فإن الحجم الأقصى من الحجم المتبرع به، لا ينبغي أن يتجاوز 500 ملل، وألا يزيد عدد التبرعات بالدم في السنة 5 مرات بالنسبة للرجال و3 مرات بالنسبة للنساء، وأن تكون المدة الزمنية بين كل عملية نزع الدم لا تقل عن 8 أسابيع.

التي تنص على عقوبات في حالة الاتجار بالخلايا أو تتعلق بالاتجار بالأنسجة، أو أخذ أنسجة بدون رضا صاحبها. وتعد الأحكام المطبقة على هذه الجرائم مختلفة تماما عن الأحكام المطبقة على جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية، أو الحصول على الأعضاء بدون رضا صاحبها¹، فالعقوبات المقررة في الجرائم المتعلقة بالأعضاء البشرية أشد من العقوبات المقررة في الجرائم المتعلقة بالأنسجة والخلايا البشرية².

ثانيا - تحديد الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها:

إن التبرع بالأعضاء البشرية من أسمى الصفات التي يتحلى بها الإنسان³، وذلك لأن الغرض من ذلك هو إنقاذ حياة شخص مريض، لكن هذا لا يعني أن يتنازل المتبرع عن أي عضو من أعضاء جسمه، بل هناك بعض الأعضاء التي قد تنهي حياته كالقلب مثلا⁴، وهناك أعضاء أخرى لا يجوز استئصالها لأنها تحمل الصفات الوراثية للشخص.

1 - الأعضاء المنفردة غير المتجددة:

تسمى أيضا الأعضاء الأحادية أو الوحيدة غير المتجددة، ونعني بها الأعضاء التي توجد في شكل منفرد ووحيد في جسم الإنسان، ولا يوجد في حالة فقدانها ما يعوضها ويقوم بعملها في مكانها⁵، إضافة إلى كونها وحيدة فهي تتميز بصفة عدم التجدد⁶ بمعنى أنها غير

1 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 30 - 31.

2 - راجع المواد 303 مكرر 17، 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19، من ق.ع.ج.

3 - يقصد بالتبرع بالعضو البشري، ذلك التصرف القانوني الذي من خلاله يتنازل الشخص عن أحد أعضاء جسمه لصالح شخص آخر بدون مقابل مالي، فالتبرع بالعضو البشري من طرف شخص حي هو هبة، ولكن من نوع خاص، حيث يمكن إبراز خصوصيتها من ناحيتين:

- الأولى: كونها تبرع يغلب عليه طابع الإيثار، لأنها إنما أجزيت للضرورة وعلى سبيل الاستثناء.

- الثانية: كون محلها ذو طابع خاص إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال إدراجه ضمن الأشياء والأموال، فأعضاء الإنسان لا تعد أشياء ولا أموال.

لأكثر تفصيل انظر: هواري سعاد، "خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء"، مجلة القانون العام

والمقارن، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، المجلد 05، العدد 1، 2019، ص 73 - 74.

4 - BERTRAND-MIRKOVIC Aude, "Le cadre juridique du prélèvement", Revue Générale de Droit Médicale, N°24, Paris, 2007, p 35.

5 - الداوي نجاة، مرجع سابق، ص 173.

6 - DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps de l'enfant sous le regard du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994, p 60.

قابلة للخلفة متى تم فقدانها أو التنازل عنها، ومثالها: القلب والبنكرياس والمخ والطحال، فهي أعضاء أساسية لا يجوز استئصالها لأنه يتوقف على وجودها حياة الإنسان ما يؤدي إلى هلاك المتبرع حتما¹. ويسأل الطبيب متى استأصل عضوا ليس له بديل وغير متجدد ونجمت الوفاة عنه، ولا يعتد برضا المجني عليه في هذه الحالة، كون أنه بمثابة التنازل عن الحياة².

ونجد من الأعضاء الوحيدة غير المتجددة التي لا يجوز استئصالها الدماغ، إذ قررت الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي الأمريكية، والتي انعقدت بتاريخ 1970/09/10، منع مثل هذا التبرع لصعوبة نقل مثل هذه الخلايا، كما أجريت عدة تجارب لزرع الدماغ من الحيوانات أما من البشر فلا يمكن تصور نقل دماغ إنسان حي باعتباره مركز الذكريات والمشاعر³.

عليه، لا يجوز قانونا انتزاع الأعضاء المنفردة من جسم الإنسان الحي كقاعدة عامة لتعلق حياته بها، بسبب عدم إمكان أن يحل محلها أو يؤدي وظيفتها عضو آخر. غير أن هناك من الأعضاء ما يجوز نقل جزء منها وليس العضو بكامله، مثلما الحال بالنسبة للكبد وقرنية العين.

2 - الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية:

تعرف الأعضاء التناسلية بالأعضاء المساهمة في عملية الإنجاب، وهي القضيب والخصيتان لدى الرجل، والرحم والمبيضين لدى المرأة.

يتمثل دور الخصيتين في إفراز الهرمونات اللازمة لتكوين باقي الأعضاء الخاصة بالجهاز التناسلي للذكر، وتكوين الحيوانات المنوية من الخلايا الأولية الموجودة في الخصية، والتي تحمل الصفات الوراثية⁴، فإذا تم نقل الخصية إلى شخص آخر فسيؤدي إلى اختلاط الأنساب⁵.

1 - MICHAUD Jean, "La convention européenne de biomédecine et la transplantation d'organes", journal européen de bioéthique, n°3, vol 12, France, 2001, p17.

2 - مروت نصر الدين، "المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 35.

3 - ABDDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 189.

4 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 92.

5 - عرضت على محكمة نابولي الإيطالية قضية طبيب استأصل خصية من شاب وزرعها لدى رجل برازيلي ثري، مقابل مبلغ من المال لكن برضائه. قضت المحكمة ببراءة الطبيب استنادا إلى أن العملية لم تنتج عنها أي ضرر، وأنها تمت برضا المعطي، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم سنة 1932 على أساس أن نقل الخصية وزرعها في جسم شخص آخر لا يضعف دائما العضو التناسلي مادام قد تم برضائه، وهو ما نصت عليه المادة 50 قانون العقوبات الإيطالي. نقلا عن: إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص 147.

يتكون الجهاز التناسلي للمرأة من المبيضين والرحم، ويحتوي كل مبيض على بويضات تم تكوينها قبل ولادة الأنثى من بطن أمها¹. فإذا تم نقل المبيض من أنثى إلى أنثى أخرى، فيتم نقل كل ما يحتويه المبيض من بويضات حاملة للصفات الوراثية التي ورثتها الأنثى المنقول منها المبيض من والديها، وذلك مخالف للنظام العام، لأن فيه اختلاط للأنساب. أما الأعضاء التناسلية الأخرى كالقضيب والرحم والمهبل فهي لا تؤثر من الناحية الوراثية كونها لا تحمل الصفات الوراثية².

تختلف الأعضاء التناسلية من الناحية البيولوجية عن سائر الأعضاء الأخرى للجسم، كونها منتجة للعناصر الحاملة للصفات الوراثية، وعلاقتها شديدة جدا بصاحبها³.

مما سبق، يتبين أن الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية سواء الخاصة بالرجل أو المرأة، لا يجوز نقلها أبداً لأن في ذلك اختلاط للأنساب. وهو ما أكدته التوصيات الصادرة عن الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت بين 23 و26 أكتوبر 1989 على أنه: « بحكم أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم مطلقاً نظراً لأنه يفضي إلى اختلاط الأنساب، وتكون ثمرة الإنجاب غير وليدة من الزوجين الشرعيين المرتبطين بعقد زواج »⁴.

كما قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بجدة من 14 إلى 20 مارس 1990 ما يلي:

« 1 - زرع الغدد التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشفرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعاً.

1 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 401.

2 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 92.

3 - مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 110.

4 - نقلاً عن: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 401.

2 - زرع الأعضاء التناسلية: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية - ما عدا العورات المغلفة - جائزة لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم 1 للدورة الرابعة لهذا المجمع وهو انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا¹.

أما عن موقف التشريعات من نقل الأعضاء التناسلية، فقد ذهبت بعض القوانين العربية إلى النص صراحة على حظر نقل الأعضاء التناسلية²، كالقانون المصري رقم 05 لسنة 2010 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية. والقانون الأردني رقم 203 لسنة 1977 في مادته 08، والقانون المغربي رقم 98-16 في مادته 02 المتعلق بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها. والحكمة من حظر نقل الأعضاء التناسلية هو المحافظة على الأنساب ومنع اختلاطها، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما عن موقف المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 274 من ق.ع.ج، نجد أن المشرع يعاقب على جريمة الخصاص، وقد جاء نص المادة كالاتي: « كل من ارتكب جنائية الخصاص يعاقب بالسجن المؤبد.

ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة ». يفهم من نص المادة أن اقتطاع المبيضين والخصية يعاقب عليه القانون، لأنه يؤدي إلى قطع النسل وهو الغرض الأساسي لتجريم الفعل.

إلا أن هذا النص لا يمكن تطبيقه في حالة استئصال الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية من الموتى، أو جزء منها من إنسان حي حيث لا يؤدي إلى قطع النسل.

1 - نقلا عن: الأمين شريط، "نزع وزرع الاعضاء في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، عدد خاص، 2003، ص 148. انظر كذلك: فوزي محمد محمود أبو طالب، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص 527.

2 - تنص المادة 03 من القانون القطري الصادر سنة 1997 والمتعلق بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أنه: « يحظر نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص حي آخر ». نقلا عن: نسرین عبد الحمید نبیه، مرجع سابق، ص 138.

عليه نجد أن هناك فراغ تشريعي بشأن هذه المسألة، لذا وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للقانون بعد التشريع، والتي تعتبر أن مثل هذه العمليات غير مباحة شرعا، لذا وجب على المشرع الجزائري تدارك هذا الفراغ التشريعي.

ثالثا - تحديد الأعضاء التي يجوز التبرع بها:

يجوز التبرع بالأعضاء المزدوجة الداخلية، والأعضاء الوحيدة المتجددة، كون أن استئصال هذا النوع من الأعضاء لا يؤثر كثيرا على سلامة الجسم وتكامله، نظرا للخصوصية التي تمتاز به هذه الأعضاء.

1 - الأعضاء المزدوجة الداخلية:

نعني بالأعضاء المزدوجة تلك الأعضاء التي تتواجد في جسم الإنسان بشكل ثنائي، أي لها نظير أو بديل في الجسم يعوضها ويقوم بالوظيفة التشريحية في مكانها، ومثالها: القرنية والأذن والرجل واليد والعين والرئة وغيرها. تمتاز هذه الأعضاء إضافة إلى كونها مزدوجة بأنها أعضاء غير متجددة خلايا¹.

تنقسم الأعضاء المزدوجة إلى أعضاء مزدوجة ظاهرية كاليد والرجل والأذن، واستئصال هذا النوع من الأعضاء يؤدي إلى إعاقة صاحبها كونها أعضاء ظاهرية لها وظائف متكاملة ولا يمكن الاستغناء عن إحداها، بالتالي لا يجوز استئصالها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد تم صنع وابتكار بعض الأعضاء الخارجية التي تعوض العضو المبتور أو المفقود².

كما نجد إلى جانب الأعضاء المزدوجة الظاهرية، الأعضاء المزدوجة الداخلية كالكلية، فيشترط لإجازة استئصال هذا النوع من الأعضاء فضلا عن تناسب المخاطر التي يتعرض لها المانح للعضو مع المزايا التي تعود على المستفيد من العضو، أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل، أما إذا كان

1 - محمد حماد مرهج الهيتي، مرجع سابق، ص 24.

2 - معاشو نبالي فطة، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2013، ص 27.

استئصال أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر، فلا يجوز استئصاله¹.

لكن بالمقابل هناك أعضاء داخلية مزدوجة لكن لا يمكن استئصالها، لأن ذلك يشكل خطراً جسيماً على حياة المتبرع كالرئة، ولا يجوز استئصال الغدد التناسلية كونها تحمل الصفات الوراثية، والتي يؤدي استئصالها إلى اختلاط الأنساب.

كما يشترط أيضاً في استئصال الأعضاء المزدوجة أن يتم التنازل عن أحد العضوين وليس كليهما، لما يترتب عن ذلك من تعريض صحة المتبرع للخطر وتعطله عن القيام بواجباته، بل يبطل التبرع ولو ورد على عضو واحد من الأعضاء المزدوجة إذا كان استئصال ذلك العضو من شأنه التأثير على قدرة العضو المتبقي على القيام بوظيفته بشكل عادي².

2 - الأعضاء الوحيدة المتجددة:

هي أعضاء توجد بشكل منفرد ووحيد في جسم الإنسان، تمتاز هذه الأعضاء بخاصية التجدد بصفة تلقائية إذا تم فصل جزء منها فقط كالكبد³، أما إذا تم فصل العضو كلياً ونهائياً فلا يتجدد⁴. ومن أمثلة الأعضاء الوحيدة المتجددة نخاع الشوكي والخلايا الجذعية، والتي تمتاز بقدرتها على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعاً مختلفة من الخلايا المتخصصة، كما أنها تكون أنسجة الجسم المختلفة كخلايا العضلات وخلايا الكبد والخلايا العصبية وخلايا الجلد وغيرها. ونجد نوعين من هذه الخلايا، خلايا جذعية جنينية وخلايا جذعية بالغة. يتم الحصول على مثل هذه الخلايا من البويضات الملقحة الفائضة من مشاريع

1 - بابر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، 2002، ص 234.

2 - أحمد السعيد شرف الدين، "النقد العلمي والاجتهاد (في المجال الطبي)"، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، مطبعة عبير، 1986، ص 30. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 68.

3 - يجوز التبرع بجزء من الكبد بشرط ألا يتجاوز النصف، لأن الكبد يتجدد كل 6 أشهر. نقلاً عن: عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 479.

4 - ماجد أحمد برد المشاقبة، التصرف بالأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل-بيت، 2003، ص 21.

التلقيح الاصطناعي، وكذا من الجنين وهو في مرحلة الكرة الجرثومية، أو من الأطفال البالغين، أو عن طريق الاستنساخ وذلك بأخذ خلايا من الكتلة الخلوية الداخلية¹.

أجاز العلماء الحصول على هذا النوع من الخلايا وتتميتها واستخدامها من أجل العلاج²، شرط أن يتم الحصول عليها بطريقة مشروعة، كالحصول عليها بعد أخذ إذن الشخص البالغ، أو أخذها من المشيمة أو الحبل السري، أو في حالة الجنين الذي تم إجهاضه تلقائياً. لكن بالمقابل لا يجوز الحصول على هذا النوع من الخلايا إذا تم الحصول عليها من الإجهاض العمدي للجنين دون سبب شرعي، أو بإجراء تلقيح بين بويضة امرأة وحيوان منوي من أجنبي عنها، أو الحصول عليها من قاصر ولو بإذن وليه³.

اهتمت تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية الفرنسية لسنة 1994 بالأعضاء المتجددة كالنخاع الشوكي، والذي تم إنزاله منزلة العضو البشري في تطبيق الأحكام الخاصة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأهميته في إنتاج خلايا الدم في الجسم⁴.

لم يحدد المشرع الجزائري ويعين بدقة الأعضاء التي يجوز استئصالها، لكن خضوع ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لترخيص وزارة الصحة، أدى إلى تقييد المستشفيات في التخصص بنقل وزرع أعضاء محددة، دليل على إجازة استئصال الأعضاء المزدوجة الداخلية أو الأحادية المتجددة، مثل:

- تخصص كل من المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا، والمركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي، والمركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر العاصمة)، وكذا المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة، والمؤسسة الاستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران، المستشفى الجامعي محمد ندير (تيزي وزو)، في زراعة القرنية.

- تخصص مركز "بيار ماري كوري" (الجزائر العاصمة)، في زراعة الكبد.

1 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 101.

2 - كعلاج الأمراض الخاصة بالجهاز العصبي التي ليس لها علاج في الوقت الحالي مثل مرض الزهايمر ومرض الرعاش. نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 170.

3 - نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 101.

4 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 69.

- تخصص المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة)، والمؤسسة الاستشفائية المتخصصة عيادة دقسي (قسنطينة)، والمستشفى الجامعي محمد ندير (تيزي وزو)، في زرع الكلى¹.

الفرع الثالث

مخالفة غرض التبرع بالأعضاء البشرية للنظام العام

يتحدد جوهر العمل الطبي في علاج المريض والتخفيف من آلامه وتخليصه من مرضه كلياً أو جزئياً، ومن ثم لا يعد فعل الطبيب الجراح مشروعاً إذا انحرف عن هذا الهدف أو خرج عن هذه الغاية (أولاً)، لذا يجب أن يستهدف تنازل الشخص عن أحد أعضائه للتبرع بها، علاج المريض وإنقاذ حياته، فإذا أدى ذلك إلى تضرر صحة المتبرع، فإن هذا التبرع غير مشروع ومخالف للنظام العام (ثانياً).

أولاً - عدم تحقق الغرض العلاجي من التبرع بالأعضاء البشرية:

يعد شرط المصلحة العلاجية من عموميات العمل الطبي، إذ ينعقد الإجماع على وجوب توافره في كافة الممارسات الطبية. ولما كانت المصلحة العلاجية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، تتوفر من جانب المريض المستفيد فقط وليس المتبرع، فإن شرط تحقيق المصلحة العلاجية للمريض إنما يراد به استبعاد المقابل المالي للتبرع، وكذا تفعيلًا وضماناً لمبدأ المجانية².

تقتضي الكرامة الإنسانية أن تهدف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى رعاية المصلحة الصحية للمريض المتلقي³، لذا يجب أن يكون استئصال عضو من المتبرع لزرعه في جسم المريض لمصلحة علاجية أو لضرورة علاجية⁴، وهي إنقاذه من الموت

1 - نقلاً عن: معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 27 و28.

2 - مواسي العلة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 301. كذلك: مهند صلاح فتحي العزة، مرجع سابق، ص 117.

3 - بن صغير مراد، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص 187.

4 - تعرف الضرورة العلاجية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، قيام الطبيب الجراح بدفع ضرر جسيم يهدد الغير وهو المريض، مقابل وقوع ضرر أقل جساماً على الشخص المتبرع، وذلك باستئصال العضو من المتبرع من أجل إنقاذ حياة المريض، على أن يكون هذا الاستئصال هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المتلقي، وتكون الفائدة المرجوة لدى هذا الأخير تعلو على الضرر المترتب لذة المتبرع. نقلاً عن: صبحي فوزية، المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص، مدني معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020، ص 75.

المؤكد¹. ويتعين من أجل ذلك إجراء موازنة بين النتائج المترتبة عن استئصال العضو، وبين المنفعة التي تعود على الغير جراء زرع العضو، على أن تكون مزايا الزرع أعظم من مخاطره لدى المريض².

ولا يكتسي اقتطاع العضو طابعاً مشروعاً إذا كان الغرض منه التهرب من بعض الواجبات القانونية، كالتهرب من الخدمة الوطنية، رغم أن العملية تتم بناء على رضا الشخص إلا أن ذلك مخالف للنظام العام كونه من جهة لا يهدف إلى مصلحة علاجية للغير، ومن جهة أخرى فيه تحايل على القانون³.

كما لا تتوافر المصلحة العلاجية أيضاً في حالة ما إذا كان الهدف من اقتطاع العضو هو إجراء الأبحاث العلمية⁴ أو تحقيق أهداف دعائية⁵.

1 - DUPONT Marc, ESPER Claudine, PAIRE Christian, Droit hospitalier, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001, p 394.

2 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 347.

3 - طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص 247 - 248. كذلك: عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 474.

4 - تنقسم التجارب الطبية إلى نوعين:

1 - التجارب العلاجية: وهي التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، أي محاولة إيجاد علاج للمريض من خلال تجربة طرق جديدة في العلاج، كالأدوية الجديدة، أو الأشعة، أو غيرها من الوسائل الحديثة. تكون هذه التجارب بقصد علاج المريض في الحالات المرضية التي تقتد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء، أما إذا كان يمكن علاج المريض بالوسائل الطبية العادية، فلا يجب اللجوء إليها لأنها يمكن أن تؤذي المريض، كما أنها قد تتطوي على قدر من الخطورة، أو نسبة من الفشل في تحقيق العلاج لدى بعض الأدوية، والذي مردّه المتغيرات الفيزيولوجية الخاصة بالأفراد.

2 - التجارب العلمية: وهي الأعمال الطبية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب الباحث على جسم المريض بغرض البحث العلمي، لاكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض.

تهدف هذه التجارب إلى إثبات صحة نظرية معينة أو عدم صحتها، أو معرفة مدى تأثير عقار ما على جسم الإنسان، دون وجود مصلحة مباشرة للخاضع للتجربة سواء كان سليماً أو مريضاً.

انظر في ذلك: بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص ص 20 - 21.

انظر كذلك: أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 38.

5 - أصدرت المحكمة الابتدائية في باريس في 03 جويلية 1969 حكماً في القضية التي تدور وقائعها حول فتاة قاصرة، تم اقتطاع قطعة من فخذها والذي كان قد وشم بوردة وبرج ايفل، فقضت المحكمة ببطالان الاتفاق بين منتج الفيلم السينمائي والفتاة التي كانت ترغب بالظهور عارية في الفيلم، كما أعلن منتج الفيلم أنه سوف يقطع الوشم من الفتاة ويقوم ببنيه للآخرين. فاعتبرت المحكمة أن هذا الاتفاق غير مشروع وغير أخلاقي، كما اعتبرت الجراح الذي أجرى الاقتطاع، قد ارتكب جريمة الإيذاء العمدي والمقصود رغم حصوله على الموافقة المسبقة من الضحية القاصر. راجع في ذلك:

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 345.

يتخلف الغرض العلاجي عن عمليات استئصال الأعضاء البشرية التي تتم سواء على أجسام الأحياء أو من الموتى، متى تم إجراؤها لغرض تحقيق ربح تجاري، وذلك ببيع تلك الأعضاء البشرية.

كما ينتفي الغرض العلاجي في حالة استئصال الأعضاء التناسلية والنطف، سواء من الأحياء أو من جثث الموتى، لأن الهدف من زرعها لدى الشخص المريض ليس علاجه، وإنما لإعطائه فرصة الإنجاب، كما قد يؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب، وهو مخالف للنظام والآداب العامة.

فالتبرع بالأعضاء البشرية هو نوع من أنواع التضامن الاجتماعي كونه لا يهدف إلى الحصول على مقابل مالي، فالفائدة الحقيقية التي تعود على المتبرع هو علاج المريض والتخفيف من آلامه. عليه، لتحقيق المصلحة العلاجية للمريض، وتأكيداً لما سبق قوله، لابد من توافر الشروط التالية:

1 - أن يكون نقل العضو هو الوسيلة الوحيدة لعلاج المريض، بمعنى أن يكون زرع العضو هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر عن المريض¹، من ثم إذا وجدت وسيلة أخرى للعلاج فلا مبرر للمساس بجسم شخص آخر لاستئصال العضو منه ، كتوفر الأعضاء الاصطناعية، أو الحصول على عضو من جثة ميت، أو وجود بدائل طبية مناسبة تسمح باستقرار حالة المريض وتخفيف آلامه².

فلا يجب أن يكون هناك أسلوب آخر للعلاج يحقق نتائج إيجابية لصالح المريض المستفيد، تقارب أو تفوق تلك التي يمكن أن تتحقق في حالة إجراء عملية زرع العضو، بمعنى أن تتوفر احتمالات قوية للشفاء وإنقاذ حياة المريض، أو التخفيف من حدة الحالة

1 - عقل مقابلة، نقل الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والإجتماعية"، الأردن، المجلد 22، العدد 1، 2006، ص 136.

2 - محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، السنة 12، جامعة الكويت، العدد 03، 1988، ص 37. انظر كذلك: افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، شركة باس للطباعة، 2006، ص 374.

الصحية التي يواجهها، وما يرتبط بها من آلام وتأثيرها على وظائف الجسم البدنية والنفسية¹.

2 - استبعاد استئصال الأعضاء الضرورية لحياة المتبرع، وهو ما يؤدي حتماً إلى هلاكه. فلا يمكن السماح بأي حال من الأحوال بالتبرع بعضو وحيد ضروري كالقلب مثلاً، لأن هذا التصرف بمثابة انتحار للمتبرع.

3 - يجب أن يكون هناك تناسب بين الأخطار التي تهدد المتبرع بالعضو، والفائدة التي سوف تعود على المريض المستفيد، فلا بد من إجراء موازنة بين الضرر الواقع على المتبرع، والفائدة التي سوف تعود على المستفيد². وتكمن أهمية الموازنة في كونها تطبق على شخصين مختلفين، فالأول وهو المتبرع يتحمل الأخطار، والثاني هو المريض الذي يستفيد من فرصة الشفاء. فإذا كانت الفائدة التي تعود على المريض أعلى بقليل من الخطر الذي سوف يصيب المتبرع فلا يتوفر شرط المصلحة العلاجية، بل يجب أن تكون نسبة إنقاذ المريض أعلى بكثير من الأخطار التي سيتعرض لها المتبرع³.

كما يقع على الأطباء المتخصصين الذين سيقومون بعملية استئصال العضو وزرعه، القيام بعملية الموازنة بين الأخطار المترتبة على التبرع بالعضو، والفائدة العائدة على المستفيد، وبناء على ذلك، فيمكن القول بأن معيار التناسب بين الأخطار التي قد يتعرض لها المتبرع بالعضو لغرسه لآخر، يجد حدوده عند الحالة التي تعرض حياته أو صحته للخطر⁴.

4 - أن تكون المصلحة العلاجية للمريض المستفيد مستعجلة لا منتظرة: فيجب أن يكون الخطر الذي يهدد الشخص الذي يراد غرس العضو له حالياً وأكيداً، بمعنى ليس

1 - بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص 236.

2- DOLL Paul-Julien, La disciplines des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Masson, Paris, 1970, p 89.

3 - بن جيلالي عبد الرحمن، "شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني، حول: القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المنعقد أيام 22/21/20 أبريل 2009، ص 3. انظر كذلك: محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 161.

4 - THOUVENIN Dominique, "Autour de don et de la gratuité", Revue Générale de Droit Médicale, numéro spécial, Paris, p 117.

مستقبلا ولا محتملا، فالحالة الصحية للمريض في تدهور مستمر ولا حل لذلك إلا بزرع عضو مكان العضو التالف، عليه لا يجوز استئصال الأعضاء بهدف حفظها في بنوك الأعضاء، لاستعمالها حين الحاجة إليها¹.

إن تحديد المصلحة العلاجية التي تتحدد بها استمرارية حياة المريض، والتي تستوجب استئصال العضو من المتبرع، يقع على عاتق الطبيب المختص الذي يجب أن يبني رأيه بشكل قطعي، وعن علم ودراية من خلال الوسائل المتاحة لديه في هذا المجال، لاسيما مع التقدم العلمي في مجال الطب والجراحة والتي يستطيع من خلالها تحديد مدى الحاجة لمثل هذه العمليات ومدى ملاءمتها لحالة المريض.

اتفقت أغلبية التشريعات سواء العربية منها أو الغربية على ضرورة توافر شرط المصلحة العلاجية للمريض²، كشرط لجواز التنازل والتبرع بالأعضاء البشرية، وهو ما أكدته المادة 02 من القانون الكويتي رقم 87-55 المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية³، وكذا المادة 02 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، التي تنص على: « لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي بقصد زرعها في جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقي أو علاجه من مرض جسيم، ويشترط أن

1 - افكار مهيب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 254.

2 - تنص المادة 03 من القانون المغربي رقم 98-16 على أنه: « لا يجوز أن يتم التبرع بالأعضاء البشرية وأخذها وزرعها إلا لغرض علاجي أو علمي ». وتضيف المادة 09 من القانون نفسه على أنه: « لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا من أجل المصلحة العلاجية لمتبرع له معين... ».

كما أكدت على الغرض العلاجي المادة 02 من القانون القطري رقم 21 لسنة 1997، والتي تنص على أنه: « يجوز للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من جسم شخص حي أو جثة متوفى، وزرعها في جسم شخص حي آخر بهدف المحافظة على حياته، أو لتحقيق مصلحة علاجية راجعة، وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون ». نقلا عن: علام عمر، مرجع سابق، ص 273. نقلا أيضا عن: نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 138.

3 - L'article 02 dispose : « qu'il est permis d'effectuer les prélèvements d'organes du corps d'une personne vivante ou d'une personne décédée et les transplanter dans le corps d'une autre personne vivante afin d'atteindre un intérêt thérapeutique consistant à assurer sa survie, selon les conditions et les procédures édictées dans cette loi ». Voir : ELKANDARI Favez, "Les prélèvements des éléments du corps humain en droit français et koweïtien", Revue de la Recherche Juridique, droit positif, n°1, 2004, p 445.

يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة ويكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته».

نص المشرع الجزائري على شرط الغرض العلاجي لنقل وزرع الأعضاء البشرية في المادة 355¹ من ق.ص.ج، والتي تنص على: « لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري اشترط لإجازة نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية أن يتم لأغراض علاجية أو تشخيصية، كما سوى بين الأعضاء والأنسجة والخلايا فجعلها في حكم واحد، لذا يجب أن يكون استئصال الأعضاء وزرعها لغرضين، أولهما: علاجي أي بهدف علاج المريض وإنقاذ حياته. وثانيهما: تشخيصي ويقصد به نزع الأعضاء بهدف تشخيص الأمراض للكشف عن أسباب حدوثها، وبالتالي إمكانية إيجاد العلاج لها، أي أن تشخيص المرض لدى المريض لا يكون إلا بنزع أنسجة أو خلايا وتحليلها لتحديد نوع المرض الذي يعاني منه².

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد نص على شرط المصلحة العلاجية بموجب المادة 16-3 من القانون المدني³. مما يعني استبعاد كل هدف شخصي أو علمي. لكن فيما يتعلق بالتبرع بالأنسجة والخلايا، فقد سمح أن يكون لغرض علاجي وعلمي، ونفس الأمر بالنسبة للتبرع بأعضاء الجثة أين يكون لغرض علاجي وعلمي. أما بالنسبة للتبرع بالدم فلا يكون إلا

1 - تقابلها المادة 1/164 من ق.ح.ص.ت رقم 85-05 (الملغى)، والتي تنص على أنه: « لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

2 - بوفتاح جمال، ربحي أحمد، "الإطار المفاهيمي لعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 7، العدد 01، 2023، ص 744.

3 - L'article 16-3 du code civil français dispose: « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ».

لمصلحة المستقبل، وهو ما نصت عليه المادة 1-1221، أو استخدامه في الأبحاث العلمية.

كما نص في المادة الأولى من القانون رقم 76-1181 والمتعلق باقتطاع الأعضاء البشرية، على وجوب توفر شرط المصلحة العلاجية للمريض في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولما كان هذا الشرط من عموميات العمل الطبي بوجه عام، فإنه يبدو جليا أن إيراد هذا الشرط قد قصد به المشرع الفرنسي تجنب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الدخول في دائرة الإتجار بالأعضاء، ومنع التنازل عن أي عضو من أعضاء الجسم لأغراض غير علاجية¹.

أكد المشرع الفرنسي بالنسبة للقوانين المتعلقة بالعلوم الإحيائية على مبدأ عدم جواز انتهاك أو المساس بجسم الإنسان دون توافر ضرورة علاجية مباشرة للمتلقي، فيبقى شرط المصلحة العلاجية سببا لإجازة اقتطاع الأعضاء من شخص حي بغرض التبرع².

ثانيا - تضرر المتبرع من استئصال العضو من جسمه:

يعتبر استئصال العضو مخالفا للنظام العام إذا كان سيسبب ضررا جسيما للمتبرع، كأن يعوقه عن أداء وظائفه الاجتماعية كالعامل، مثاله أن يقوم الطبيب باستئصال كلية سليمة من المتبرع وهو يعلم أن الكلية الأخرى مريضة، ولا يستطيع العيش بها إلا لأشهر أو لسنوات معدودة³.

ولا يجوز مطلقا استئصال عضو إذا ترتب عنه موت المتبرع، خصوصا الأعضاء المنفردة كالقلب أو الدماغ، لأن ذلك يحرمه من الوظيفة التشريحية لذلك العضو، أما

1 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 75.

2 - LACOMBE Séverine, Les conditions de légitimité de prélèvement d'organes à finalité médicale, thèse de doctorat, sciences politiques, Centre de recherche politiques de la Sorbonne, 2008, pp 98 - 99.

Voir aussi : RAGE ANDRIEU Virginie, "La marchandisation des produits du corps humain : l'exigence éthique de renforcement des principes fondamentaux par un régime spécial", Les cahiers de droit de la santé du sud-est, n°12, paris, 2011, p 49.

3 - أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 60. انظر كذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 478.

بالنسبة للأعضاء المزدوجة كالكلية فيشترط أن يكون العضو المتبقي قادراً على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع، فمتى كان استقطاع أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة، رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع، فلا يجوز هذا الاستقطاع¹.

كما يجب تجنب المتبرع الحي الإحساس بأي ألم بدني لم يكن يشعر به قبل استئصال العضو منه، أو زيادة قدر الألم الذي كان يشعر به فعلاً، ولو لم يترتب على ذلك الهبوط بالمستوى الصحي له أو المساس بجسمه².

وإذا كان يجب تشجيع روح التضامن بين الناس فلا بد من احترام بعض الحدود، فلا يجب أن يتحول قبول الخطر إلى قرار ضار وغير عقلاني، لأن الحياة شيء جوهري ومقدس وإتلافها غير مشروع، ولو تعلق الأمر بتضحية الوالدين لإنقاذ طفلها³.

بناءً على ذلك، يجب من البداية التأكد أن استئصال العضو من جسم المتبرع لا يشكل خطراً على صحته وحياته، فلا يجوز التضحية بحياة المتبرع أو تعريض سلامته الجسدية للخطر والهلاك، من أجل حفظ حياة أو صحة المريض، وهذا على أساس أن الحق في الصحة مقرر لجميع الأفراد بدون استثناء أو تفضيل بينهم، وحياة الناس جميعاً لها قيمة قانونية، وتحظى بالحماية الجنائية ضد كافة صور الاعتداء.

نص المشرع الجزائري على شرط عدم تعريض المتبرع للخطر والهلاك جزاء تنازله عن أحد أعضائه، في نص المادة 1/360 من ق.ص.ج، والتي تنص على أنه: « لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرّض حياة المتبرع إلى خطر ». وتقابلها المادة 162 من ق.ح.ص.ت (الملغى) والتي تنص على أنه: « لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ».

1 - بن صغير مراد، معالم القصور...، مرجع سابق، ص 188.

2 - الداوي نجا، مرجع سابق، ص 102.

3 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 346.

يتبين مما سبق، أن المشرع الجزائري أكد على وجوب عدم تعريض انتزاع الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية المتبرع الحي للخطر، غير أنه لم يحدد الأعضاء التي لا يجوز استئصالها، أو التي يشكل استئصالها خطراً على حياة وصحة هذا المتبرع.

أضف إلى ذلك، أنه يتعين على الفريق الطبي الذي يتولى عملية استئصال العضو، الأخذ بعين الاعتبار حق المتبرع في سلامته البدنية، وذلك من خلال عدم تعريض حياته للخطر بسبب استئصال العضو منه قصد إنقاذ حياة أو صحة المريض، ذلك أن مثل هذه التضحية تتعارض مع التزام الأطباء والجراحين بحماية صحة وسلامة الأفراد.

المطلب الثاني

الإخلال بمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

يقصد بجمانية التبرع بالأعضاء البشرية، التنازل عن العضو البشري بدون مقابل، فلا يجوز بيع الأعضاء البشرية أو التعامل المالي بها، لأن ذلك يعد مساساً بكرامة الإنسان وانتهاكاً لحرمة جسمه¹، فحق الإنسان على جسمه لا يدخل ضمن الحقوق المالية، فهو يخرج من دائرة التعامل والتصرف².

وقد أثارت مسألة التبرع بمقابل أو بيع الأعضاء البشرية جدلاً واسعاً لدى الفقهاء (الفرع الأول)، وقد كان لمختلف التشريعات موقفاً وجيهاً حول هذه المسألة (الفرع الثاني)، كما وضعت التشريعات المختلفة عدة شروط لضمان احترام وتطبيق مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية (الفرع الثالث).

1 - CONTE Philippe, PETIT Bruno, Les personnes, deuxième édition, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p 24.

2 - زايدي حميد، "الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 17، العدد 01، 2022، ص 368.

الفرع الأول

الجدل الفقهي حول مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

اختلف الفقه حول مسألة التنازل عن الأعضاء دون أي مقابل، فهناك اتجاه يؤيد التنازل عن الأعضاء بمقابل ولا يرى مانعا في ذلك (أولا)، في حين يرى اتجاه آخر أن التبرع بالأعضاء يتم مجانا دون أي مقابل (ثانيا).

أولا - الاتجاه المجيز لبيع الأعضاء البشرية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز التبرع بالأعضاء البشرية بمقابل مادي، لأن المشكلة الحقيقية تكمن فقط في إمكان التصرف في جسم الإنسان من عدمه، ومتى أجاز التصرف فيه فليس هناك ما يمنع من تقاضي المقابل¹.

يهدف مبدأ عدم جواز دخول جسم الإنسان في دائرة المعاملات، إبطال التصرفات التي ترد على جسم الإنسان، لكن طالما أجازت بعض التصرفات على الجسم كزرع الأعضاء والتجارب الطبية، فإن ذلك المبدأ لا يمنع من تقاضي عوضا مقابل التنازل. كما أن الحصول على مقابل مادي يعد بمثابة تعويض عما يكون قد تعرض له المتبرع نتيجة لعملية استئصال العضو منه، والتي لا تحقق فائدة مباشرة له بل تهدف أساسا إلى تحقيق مصلحة فردية واجتماعية وهي المحافظة على حياة وصحة الأفراد².

يضيف أنصار هذا الاتجاه أنه لا يوجد هناك تعارض بين إجازة استقطاع الأعضاء البشرية بمقابل مالي معين وبين الحماية القانونية لسلامة الجسم، ذلك لأنه إذا أجزنا للشخص التنازل عن عضو من أعضائه لتحقيق مصلحة علاجية لشخص آخر، فإن حصول المتنازل على قيمة مالية معينة لقاء تصرفه لن يضيف أو ينقص من أمر استئصال العضو لا من الناحية الطبية ولا من الناحية القانونية³.

1 - حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 17، العدد 01، 1975، ص 134.

2 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 266.

3 - إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 152. كذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 153.

يعد بيع الأعضاء البشرية حسب هذا الاتجاه تصرف قانوني لا يغير إطلاقاً من وصف الشيء المبيع، بحيث يجعله مبتذلاً بعد أن كان كريماً أو العكس، فالتنازل عن عضو قصد زرعه في جسم شخص مريض يعد من الأعمال النبيلة، ولا يغير من ذلك وجود المقابل المادي الذي يدفع للمتبرع لتعويضه عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة¹.

كما أن بيع الشخص لجزء من جسمه لا يتنافى حسب أصحاب هذا الرأي مع حرمة، فمن باع عضواً من أعضائه المزدوجة أو المتجددة لا يقوده إلى الهلاك، أو باع جزءاً من منتجات جسمه كاللبن أو نسيج آخر، لاسيما وأن الأحكام الشرعية أجازت بيع اللبن بموجب عقد الرضاعة، وحيث أن بيع اللبن جائز عند الشافعية والمالكية، فإن القياس هنا جائز مع الدم والأعضاء الأخرى².

إن القاعدة العامة السائدة لدى الفقه القانوني، أنه إذا تعددت البواعث للتصرف القانوني فإنه يجب النظر إلى الباعث الرئيسي، فإذا كان مشروعاً فالتصرف يعد صحيحاً ومشروعاً، حتى ولو كانت البواعث الثانوية غير مشروعة، ويكمن الباعث الرئيسي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية حسب أنصار هذا الاتجاه في قصد العلاج والرغبة في إنقاذ المريض من الهلاك والموت، فيعد هذا الباعث مشروعاً بغض النظر عن البواعث الأخرى إن كانت مشروعة أم لا، حتى ولو تضمنت قصد الربح المادي³.

أدى النقص في الأعضاء البشرية المتاحة إلى الارتفاع في تكاليف عمليات زرع الأعضاء البشرية، الأمر الذي أدى إلى عدم المساواة بين المرضى، فيستفيد الأغنياء من تلك العمليات دون غيرهم ممن لا تتوفر لديهم الإمكانيات المالية. لذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن إجازة بيع الأعضاء البشرية يحمي الإنسان من الانحراف ويساعده على مواجهة الفقر، فيحق للشخص ذي المدخول المحدود اللجوء إلى بيع عضو من جسمه بما

1 - زايدي حميد، مرجع سابق، ص 370. كذلك: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 152. انظر كذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 161.

2 - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1995، ص 57.

3 - ساييب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 130.

لا يضره ويمنعه من أداء وظائفه الاجتماعية، وهو ما سيخفف من التزامات الدولة إزاء هذه الفئة¹.

يضيف أنصار هذا الاتجاه أن بيع الأعضاء البشرية يجب أن يكون منظماً، بالأّ يترتب عنه أية عاهة بدنية دائمة كالعجز الجزئي أو الكلي الدائم، ويجب ألا يكون بدافع الشهرة، حيث يريدون الإبقاء بالدافع الإنساني والنبيل للتنازل بالأعضاء وهو إنقاذ حياة الآخرين².

وقد بلغ الأمر ببعض أنصار هذا الاتجاه أن يقترح على الدولة إصدار تشريع يحدد التسعيرة لأجزاء الإنسان، وشروط البيع بالجملة أو بالمفرد، لأنّ تسعيرة الأعضاء لن تغيّر من طبيعة الإنسان، وليس فيه هدر لكرامته، ومحل العقد مشروع في هذه الحالة فلا مجال للتفرقة بين عقد البيع والتبرع³.

وعلى الرغم من إجازة هذا الاتجاه بيع الأعضاء البشرية، إلا أنهم يترددون في إطلاق حرية البيع، ويخضعون التصرف إلى جملة من الشروط أهمها⁴:

- ألاّ يكون في بيع الأعضاء البشرية تعارض مع كرامة الإنسان، فلا تكون الغاية من البيع الربح والتجارة والتداول.

- أن يكون بيع الأعضاء من أجل الانتفاع بها بمثل ما خلقت من أجله.

- أن يدفع البائع ببيع عضوه مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.

- ألاّ يتعارض البيع مع نص قانوني يحظر البيع.

- أن لا تكون هناك أية بدائل صناعية للأعضاء البشرية تقوم مقامها وتغني عنها.

1 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 121. انظر كذلك: بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص 237 - 238.

2 - جاري بسمة، الذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 60 - 61.

3 - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 180. انظر كذلك: جيبيري ياسين، مرجع سابق، ص 144.

4 - محمد نعيم ياسين، "بيع الأعضاء الأدمية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة 11، 1987، ص 263. انظر كذلك: جاري بسمة، الذهبي ثورية، مرجع سابق، ص 63.

- أن يكون البيع والشراء تحت إشراف مؤسسة متخصصة رسمية موثوقة للتحقق من توافر هذه الشروط.

غير أن المشكلة الأولى التي تواجه أنصار هذا الاتجاه تكمن في وصف طبيعة التعويضات، فالتعويض يجب أن يكون مالياً دون المساس بقيم المجتمع وأخلاقه، لذا هناك من اقترح استبدال مصطلح الدفع مقابل العضو بمصطلح المكافآت التشجيعية، أو من خلال إلحاقه بنظام التأمين أو بإعفائه من الضرائب. أما فيما يخص التجارب الطبية فقد تم اقتراح أن يتم تخصيص معدل ربح ثابت يقسم بين الباحث والشخص المتبرع¹.

ثانياً - الاتجاه المعارض لبيع الأعضاء البشرية:

يتجه الرأي الغالب إلى أن بيع الأعضاء البشرية يخالف القيم الأخلاقية السائدة في المجتمع، فمن المبادئ المستقرة في المجتمع أن الجسم الإنساني أسمى من أن يقدر بالمال، وطبقاً لهذا المبدأ لا مجال للتحدث عن قيمة الإنسان أو قيمة عضو من أعضاء جسمه، لأنه لا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بالشيء، بالتالي لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل أو أن يقوم بالمال².

يضيف أنصار هذا الاتجاه، أن عقد البيع الوارد على الأعضاء البشرية أو أجزائها أو على الجثة باطل حتى في إطار الضوابط القانونية، فالبيع عندهم غير جائز مطلقاً، لأن محل الحقوق هي الأموال وليس الأشياء، فالشيء لا يصلح محلاً للعقد ما لم يكن من الأموال المقومة، وأن جسد الإنسان ليس بمال يصلح للتعامل.

حق الإنسان على جسمه حسب هذا الرأي ليس حقاً مالياً، لهذا رفض الفقه منذ القديم القول بأن للإنسان على جسمه حق ملكية أو حق منفعة حتى لا يشبه الجسم ببضاعة من البضائع، فحق الإنسان على جسمه من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولا يمكن أن يصبح حقاً مالياً. على هذا الأساس فالإنسان لا يستطيع أن يبيع أي عنصر من العناصر التي

1 - مواصي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 268.

2 - صابر محمد محمد السيد، مرجع سابق، ص 81.

تكوّن جسمه، حتى ولو كان ذلك العنصر هو الدم البشري¹، فقد أجمع الفقهاء على أن الأعضاء البشرية ليست بمال من حيث الأصل، وبالتالي لا يصح أن تكون محلا للبيع².

يتعارض بيع الأعضاء البشرية مع أحكام الشريعة الإسلامية التي أضفت قدسية كبيرة على جسم الإنسان، فلا يجوز ابتذاله بجعله مما يباع ويشترى لما في ذلك من إهدار لكرامة الإنسان وانتهاك لحرمة كيانه الجسدي، مصداقا لقول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...﴾³.

إنّ وجود المقابل المالي يخرج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من دائرة التراحم والإيثار والقيم الإنسانية إلى تحقيق الربح، فتصبح الصفقات التجارية هي الفيصل في قبول استئصال أي عضو من جسم الإنسان، الأمر الذي سيؤدي حتما إلى أن تصبح طائفة الفقراء محلا لاستثمار سماسرة تجارة الأعضاء⁴.

يؤدي السماح ببيع الأعضاء البشرية إلى خلق عصابات خاصة بالمتاجرة بالأعضاء البشرية بأية وسيلة كانت، لذا فإن الإقرار بمنع الإتجار بالأعضاء في القانون الوطني أو في المواثيق الدولية، يعد أمرا ضروريا وضمانا لحماية المتبرعين والمستفيدين، ويجب أن يندرج ضمن الأخلاقيات الطبية والبيو-أخلاقيات الطبية⁵.

يسمح الأخذ بمبدأ الإتجار بالأعضاء البشرية لبعض الأشخاص من معسري الحال ببيع أعضائهم⁶، وظهور ما يسمى بسرقة الأعضاء البشرية، حيث تقوم عصابات الإجرام

1 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 133.

2 - بلحاج العربي، "حكم الشريعة الإسلامية في عمليات نقل وزرع الأعضاء"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 1993، ص 583.

3 - سورة الإسراء، الآية 70.

4 - الباشا الجباري، جرائم أخذ الأعضاء البشرية وزراعتها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، اختصاص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، 2011، ص 45.

5 - زايدي حميد، مرجع سابق، ص 372. كذلك: يوسف داوود كوركيس، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 74.

6 - فهناك العديد من الأشخاص الفقراء المحتاجين الذين يعرضون بيع أعضائهم عن طريق إعلانات مختلفة مفادها مثلا، أنه مستعد لإجراء مقايضة كليته بمسكن أو سيارة أو منصب عمل. انظر: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 41.

المنظم باختطاف الأشخاص خاصة الأطفال منهم لنزع أعضائهم، لتقوم ببيعها بمبالغ طائلة خاصة الأرجنتين والمكسيك وكولومبيا، إذ سجلت حالات فقدان أطفال وعند العثور عليهم اتضح أنهم استهدفوا من أجل نزع بعض أعضائهم التي تقوم العصابات المنظمة ببيعها إلى الدول الثرية.

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه يعارضون التنازل عن العضو بمقابل إلا أنهم أجازوا تعويض المتبرع معنويا، كمنحه شهادة تقدير أو نشر اسمه وصورته في وسائل الإعلام للإشادة بما قام به من عمل نبيل يتسم بالتضحية والإيثار ولدفع غيره القيام بالفعل ذاته. كما لا يرى جانب من أنصار هذا الاتجاه أي ضرر في تعويض المتبرع ماديا لجبر ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة بسبب تنازله عن أحد أعضائه، وذلك بالتأمين على حياة المتبرع¹.

اقترح أنصار هذا الاتجاه عدة صور لهذا التعويض منها²:

♦ تعويض المتبرع عن مصاريف الانتقال والعملية الجراحية والإقامة بالمستشفى، وفترة تعطله عن ممارسة عمله أو نشاطه المهني أثناء العملية، وما أصاب جسمه من ضعف أو نقص.

♦ إبرام وثيقة تأمين لصالح المتبرع وأسرته.

♦ تخصيص مكافآت تشجيعية تقوم بصرفها الدولة.

يتبين مما سبق أن الاتجاه المعارض لبيع الأعضاء البشرية متناقض في أفكاره، فمن جهة يندد ببيع الأعضاء ومن جهة أخرى لا يمانع من وجود المقابل المالي والمعنوي، وكأن المشكل الحقيقي لدى هؤلاء هو المصطلح فإذا استعمل تعويض فهو جائز، أما إذا استعمل مصطلح الثمن فهو غير جائز.

وحسب رأي الباحثة، فرغم تضارب الآراء الفقهية حول مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء البشرية، فإن جسم الإنسان ليس مالا ولا شيئا، ولا يشكل محلا لأي اتفاق قانوني فهو خارج

1 - إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 151. انظر كذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 160.

2 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 136.

عن أي تعامل مالي. كما يلعب مبدأ المجانية دورا كبيرا في ضمان حماية جسم المتبرع، لأن التبرع تكريس لمبدأ قدسية جسم الإنسان، أما عن تقديم المقابل عن ذلك التنازل والضرر الذي يلحق بالمتبرع، فيجب أن تتكفل به الدولة وليس المريض أو ذويه حتى لا يعتبر ذلك مقابلا أو ثمنا للعضو وإنما التزاما يقع على عاتق الدولة لحماية المتبرعين وتشجيعهم على التبرع.

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

عرفت ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية استفحالا واسعا عبر دول العالم الأمر الذي أدى بمختلف تشريعات الدول سواء الغربية منها (أولا)، وكذا العربية إلى النص صراحة على عدم جواز المتاجرة بالأعضاء بأية وسيلة كانت، كما لم يغفل المشرع الجزائري على التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة (ثانيا).

أولا - موقف التشريعات الغربية من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية:

تكاد تتفق تشريعات الدول الأجنبية¹ على عدم جواز الإتجار بالأعضاء البشرية، نذكر منها:

1 - موقف المشرع الفرنسي من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية:

يعد مبدأ عدم مالية أعضاء ومنتجات جسم الإنسان من المبادئ المكرسة في التشريع الفرنسي منذ صدور القانون رقم 52-854 المؤرخ في 21 جويلية 1952، والمتعلق بالاستخدام العلاجي للدم البشري². فلم يرد في القانون الفرنسي استعمال مصطلح بيع بالنسبة للدم، كما لا يطبق القضاء الفرنسي القواعد العامة في البيع على الشخص الذي

1 - تنص المادة 05 من القسم الأول من قانون الولايات المتحدة الأمريكية رقم 98-507 لسنة 1984، على توقيع عقوبة الحبس التي لا تزيد مدتها عن 5 سنوات، أو الغرامة التي لا تزيد عن 50.000 دولار، أو كلتا العقوبتين في حالة ارتكاب الشخص الأفعال المتعلقة بالإتجار بالأعضاء البشرية داخل الولاية الواحدة. ويسري المنع كذلك في حالة بيع أعضاء الموتى، سواء تم الاتفاق قبل الوفاة أو بعده مع الأقارب أو ممثل المتوفى. انظر: بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص 238.

2 - Loi N°52-854 du 21 Juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et leurs dérivés (JORF du 22 Juillet 1952), p 7257.

يتعهد بتوريد كمية من دمه، لذا لا يحبذ فقهاء القانون الفرنسي استعمال عبارة بنك الدم أو بنك الأعضاء البشرية، لأن تلك العبارات تثير في الذهن إمكانية أن تكون أعضاء جسم الانسان محلا للمعاملات التجارية وهو ما يجب استبعاده تماما¹.

يعد مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية في فرنسا مفهوما جوهريا²، فقد أقر القانون الفرنسي رقم 76-1181 الصادر في 22 ديسمبر 1976 والمعروف باسم قانون Caillavet في مادته 03 على مبدأ التنازل عن الأعضاء البشرية بدون مقابل، مع عدم استبعاد حصول المتبرع على تعويضات معينة عن النفقات الشخصية التي تكبدها المتبرع، خاصة ما تتعلق بنفقات الانتقال والسفر وأحيانا فقدان أجره اليومي، ويعتبر هذا التعويض بمثابة تعويضه عن الضرر المحتمل وليس ثمنا للعضو المقتطع منه³.

أما القانون رقم 94-654 لسنة 1994 والخاص بالتبرع واستخدام عناصر جسم الإنسان ومنتجاته، فقد كرس مبدأ مجانية التبرع في مواضع مختلفة وفقا للتعديلات التي أدخلها هذا القانون على قانون الصحة، وفي الواقع فإن هذه النصوص في مجملها تؤكد على حظر وجود شبهة الإتجار بالأعضاء البشرية، سواء كان ذلك بالبيع أو الشراء أو أعمال الوساطة، أو عن طريق الإعلانات التي لها صبغة تجارية⁴.

1 - حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 129. كذلك: عبد النور سايب، "انتقاء المقابل المالي بشأن التعامل بالأعضاء البشرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2017، ص 190.

2 - صرح الفقيه سافتيه قبل التصويت على قانون Caillavet قائلا: « إن كلمة متبرع غنية بمعناها، فجسد الإنسان ليس محلا للتجارة ولا محلا للبيع بالتجزئة، فالقيم الانسانية تسمو على المال، ولما كان الحب أسمى هذه القيم، فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال ». انظر:

سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 186. كذلك: جاري بسمة، الذهبي ثورية، مرجع سابق، ص 63. وانظر كذلك: ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 114.

3 - وهو ما جاء في نص المادة 665 فقرة 13 من قانون الصحة العامة، فتتص على: « **Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'élément de son corps ou à la collète de ses produits, seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixée par décret en conseil d'état** ».

4 - ابتكار مهيووب دبولن المخلافي، مرجع سابق، ص 66 - 67. كذلك: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 161.

يعد مبدأ المجانية الذي كرسه المشرع الفرنسي في مجال نقل الأعضاء البشرية، امتداداً لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته المكرس في القانون المدني الفرنسي، إذ تنص الفقرة 01 من المادة 16¹ منه على أنه لا يجوز أن يكون جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته، محلاً لحق مالي².

ولضمان تحقيق مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية، فقد قام المشرع الفرنسي بدعمه لمبدأ السرية، والذي يقضي بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي، فيجب ألا يتعرف المتلقي على هوية المتبرع ولا المتبرع على هوية المريض³. وكُرست المادة 8-16 من القانون المدني الفرنسي مبدأ سرية التبرع، وأكدت عليه المادة 5-1211 من قانون الصحة العامة⁴. ويهدف هذا المبدأ إلى منع أي ضغط قد يمارس على المتبرع، كما يلعب دوراً وقائياً في درء شبهة الإتجار بالأعضاء البشرية.

حظر المشرع الفرنسي الإعلانات التجارية الداعية إلى الإتجار بالأعضاء⁵، فمنع مجرد الإعلان أو الدعاية التي تحت على التبرع بالأعضاء البشرية أو منتجات الجسم. وسواء كانت الدعوة لمصلحة شخص محدد أو مؤسسة أو هيئة معينة عامة، تعمل في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية. وفي مقابل ذلك نجد قانون الصحة العامة متمماً بالقانون 6 أوت 2004، ينص على أن حظر الإعلان لا يقف عائقاً أمام إجراء إعلام الجمهور وتوعيته بضرورة التبرع بأعضاء الجسم ومشتقاته، على أن يتم هذا الإعلام تحت مسؤولية وزير الصحة بالتعاون مع وزير التربية الوطنية، فالمشرع الفرنسي ميز بين الإعلان المحظور وإجراء تحسيس العامة بأهمية ضرورة التبرع بالأعضاء البشرية⁶.

1 - L'article L16-1 du code civil français dispose: «...le corps humain est inviolable, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial».

2 - محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009، ص 364.

PESSINA-DASSONVILLE Stéphane, "L'utilisation du corps, de ses éléments et produits à des fins patrimoniales", Revue Générale de Droit Médical, N°27, Paris, 2008, p 107.

3 - DEVERS Gilles, Droit, responsabilité et pratique du soin, 2^{ème} édition, Lamarre, Paris, 2007, p 167.

4 - MONDIELLI Eric, L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, Extensio éditions, Paris, 2008, p 125.

5 - DELPART Laurent, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004, p 188.

6 - جيبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة في دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 197.

حظر كذلك المشرع الفرنسي على الأطباء والممارسين لهذه العمليات تقاضي أي أجر عن قيامهم بإجراء أي من عمليتي النقل أو الزرع، وهو ما نصت عليه المادة 1211-3 من قانون الصحة الفرنسي¹، وذلك رغبة من المشرع للوصول إلى اليقين من أن هذه الممارسة لن يشوبها شائبة الإلتجار أيا كانت صورته².

لم يكتف المشرع الفرنسي بوضع المبادئ العامة التي تقرر وتؤكد مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، بل فرض عقوبات جنائية صارمة تدعيما لهذا المبدأ في نص الفقرة 2 من المادة 511 من قانون العقوبات الفرنسي والتي نصت على عقوبة السجن لمدة سبع سنوات وغرامة تقدر بـ 100.000 أورو، على جريمة الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل مادي مهما كان شكله³. وفرضت ذات العقوبة على أعمال الوساطة، سواء كان موضوعها الحصول على عضو لمصلحة المتلقي، أو دفع الغير للتنازل عن أحد أعضائه بمقابل مادي مهما يكن مبلغه⁴. كما يعاقب على جريمة الشروع في الإلتجار بالأعضاء البشرية بنفس العقوبة للجريمة فيما لو ارتكبت تامة. كما قد يتعرض الجاني في هذه الجريمة لعقوبة تكميلية⁵، والتي تقضي حرمانه من مزاوله نشاطه المهني الذي يمارسه أثناء ارتكابه للجريمة لمدة أقصاها عشر سنوات.

2 - موقف التشريع الإنجليزي من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية:

عالج القانون البريطاني في القسم الأول من قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر في 1989/07/27 جرائم الإلتجار بالأعضاء البشرية والإعلانات التجارية التي من شأنها التشجيع على هذه الجريمة. فتنص المادة الأولى فقرة 01 على: « أن تلقي أو دفع مبلغ

1 - L'article L1211-3 du code civil français dispose que : « **Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les patriciens effectuant des greffes d'organes au titre de ces activités** ».

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 169.

3 - DORSNER-DOLIVET Annick, La responsabilité du médecin, Economica, Paris, 2006, p 372. Et DUPONT Marc, ESPER Claudine, PAIRE Christian, op.cit, p 400.

4 - بن بوعبد الله مونية، "النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية (الجزائر وفرنسا نموذجا)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 01، 2014، ص 67.

5 - GIUVNNANGELI Christian, "Le droit français actuel des prélèvements d'organes", in le droit de la biologie humaine : vieux débat, nouveaux enjeux, sous la direction de Alain SERIAUX, Ellipses, Paris, 2000, p 125.

مالي مقابل تحصيل عضو بشري أو السعي إلى ذلك سواء كان ذلك من شخص حي أو ميت وبأي شكل من الأشكال يعد مرتكبا لجنحة «.

يعد الشخص مرتكبا لجنحة إذا قام بدفع أو تلقي مقابل مالي، مقابل الحصول على العضو، أو إذا سعى إلى ذلك سواء كان من شخص حي أو من شخص متوفي. وسواء كان محل الجريمة مستأصلا بالفعل أو سيتم استئصاله. كما يعد الشخص مرتكبا لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية حسب المادة نفسها كل من يتلقى أو يدفع مبلغا معيناً، بغرض العثور على مانح يرضى استئصال عضو من جسمه بمقابل مادي¹.

منع كذلك المشرع الإنجليزي في نص المادة الثانية من القسم الأول من القانون سالف الذكر، كافة أشكال الوساطة في عمليات بيع وشراء الأعضاء، وحظر الإعلانات التجارية. وبيّن المقصود بالمقابل المادي الذي تقع به جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في نص المادة الثالثة من القانون نفسه والتي نصت على: « **المقابل المادي كما قد يكون بالدفع نقداً يمكن أن يكون بأية قيمة مالية أخرى، ولا يشمل المقابل المادي تكاليف عملية نقل العضو بكافة مشتملاتها. وكذلك لا يعد من قبيل المقابل المادي المحظور التعويض عما لحق المانح من خسارة وما فاتته من كسب طالما كان ذلك ناجماً عن عملية الاستئصال** »².

تنص المادة 05 من القانون الإنجليزي سالف الذكر، على عقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وغرامة لا يتجاوز حدها الأقصى المستوى الخامس وفقاً للتقدير القانوني، أو إحدى هاتين العقوبتين لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية. أما عن جريمة حظر الإعلانات التجارية فقد جرم المشرع الإنجليزي في المادة 02 من القانون البريطاني سالف الذكر، نشر وتوزيع مثل هذه الإعلانات أو التسبب فيها. واكتفى المشرع بفرض

1 - نقلاً عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 164 - 167.

2 - نقلاً عن: مواسي العجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 287. كذلك: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 321.

عقوبة الغرامة على مرتكبها بحد أقصى لا يتجاوز المستوى الخامس وفقا للتقدير القانوني¹.

يتضح من خلال المواد أن المشرع الإنجليزي وضع عقوبات أقل شدة مقارنة بالمشرع الفرنسي، والتي من المفروض أن تكون أكثر شدة لتتلاءم مع خطورة الجرائم. كما أن المشرع الإنجليزي نص على إمكانية تقديم تعويض للمتبرع عما لحقه من ضرر، وما فاتته من كسب، فلا يتصور خلو عمليات نقل الأعضاء من المقابل المادي.

ثانيا - موقف التشريعات العربية من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية:

لم تسلم البلدان العربية من استفحال ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، الأمر الذي أدى بتشريعات هذه الدول إلى النص على منع المقابل المادي نظير التبرع والتنازل عن الأعضاء، وترتيب جزاءات صارمة للحد من هذه الظاهرة.

اشتراط المشرع الجزائري ألا يكون استئصال أو زرع الأعضاء البشرية محل معاملة مالية، وهو ما نصت عليه المادة 2/161 من ق.ح.ص.ت (الملغى)²، وأبقى على موقفه بعد صدور قانون الصحة رقم 18-11، وذلك بموجب المادة 358 التي تنص على أنه: « لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية ».

وتأكيدا على ذلك، استعمل المشرع الجزائري مصطلح "متبرع" في كل النصوص الدالة على تنازل الشخص على أحد أعضائه بدون مقابل، كما نص المشرع على الأحكام الجزائية المترتبة عند مخالفة النصوص القانونية المتعلقة بالمجانية، وذلك طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج.³.

كما استبعد المشرع الجزائري المقابل المالي في مجال نقل الدم، فاستعمل مصطلح المتبرع بالدم في كل النصوص القانونية الدالة على تنازل الشخص بدمه. فتتص المادة 263

1 - نقلا عن: مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 167.

2 - تنص الفقرة 2 من المادة 161 من ق.ح.ص.ت على أنه: « ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ».

3 - راجع المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج.

من ق.ص.ج على أنه: « يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما »، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وضع حظرا كاملا لأي تعامل مالي بجسم الإنسان، سواء تعلق الأمر بأحد أعضاء جسمه أو أنسجته أو خلاياه.

تكمن الحكمة من حظر المشرع للتعامل المالي في الأعضاء البشرية، إلى اعتبار التصرف في أعضاء جسم الإنسان مقابل دفع مبلغ مالي أو أية منفعة أخرى، أمرا مستهجنا لا يتفق مع الكرامة الإنسانية.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على أي تعويض يمنح للمتبرع عما أصابه من ضرر وضعف لجسمه، نتيجة عملية استئصال العضو منه، ولا حتى تغطية مصاريف الانتقال والإقامة في المستشفى. وهو عكس ما ذهبت إليه أغلب التشريعات العربية كالتشريع التونسي والمغربي، أو الغربية كالتشريع الفرنسي والانجليزي. لكن نجد أن المادة 359 فقرة 2 من ق.ص.ج¹ نصت على أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي، التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذا المتابعة الطبية لهما.

أما عن التشريعات العربية²، فقد نصت المادة 09 من القانون القطري رقم 21 الصادر عام 1997، والمتعلق بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية على أنه: « لا يجوز بيع أعضاء الجسم أو شراؤها بأي وسيلة كانت، أو تقاضي أي مقابل مادي منها. ويحظر على الطبيب الاختصاصي إجراء عملية استئصال لها إذا كان علم بذلك »³.

1 - تنص المادة 2/359 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما ».

2 - نصت المادة الأولى الفقرة 04 من المرسوم الاشتراعي اللبناني رقم 83-109 على وجوب أن يكون إعطاء الأنسجة أو الأعضاء على سبيل الهبة المجانية غير المشروطة، وفي حالة مخالفة ذلك تفرض عقوبة الحبس من شهر إلى سنة، وغرامة مالية من ألف إلى 10 آلاف ليرة أو بإحدى هاتين العقوبتين. انظر: سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 86. كذلك: يوسف بوشي، مرجع سابق، ص 174.

وقد أقر المشرع التونسي بمبدأ مجانية التبرع في الفصل السادس من القانون رقم 22 لسنة 1991، والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، كما أقر في صلب فصوله 16 و 17 و 18 و 19 و 20 على مجموعة من الأحكام الجزائية لكل من يخالف أحكام هذا القانون. نقلا عن: علي بن سالم بن محمد السعدي، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون العماني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2017، ص 65. انظر كذلك: الباشا الجباري، مرجع سابق، ص 46.

3 - نقلا عن: نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 140.

يعاقب وفقا للمادة 12 من نفس القانون كل من يخالف أحكام المادة 09 سالفه الذكر، بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن عشر سنوات، وبغرامة لا تقل عن 10.000 ريال ولا تزيد على 40.000 ريال، وتضاعف العقوبة في حالة العود، ويعتبر عائدا من يرتكب جريمة مماثلة قبل مضي ثلاث سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة المحكوم بها. وفي كل الأحوال يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بسحب ترخيص مزولة المهنة¹.

أما عن القانون العراقي، فتتص المادة 08 من القانون رقم 11 لسنة 2016 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها على: « يكون التبرع بالعضو أو النسيج البشري والايضاء به دون مقابل ». وتضيف المادة 09 من القانون نفسه على: « يحظر بيع العضو أو النسيج البشري أو شراؤه أو الاتجار به بأية وسيلة كانت ويحظر على الطبيب إجراء عملية استئصال العضو وزرعه عند علمه بذلك ». وفي حالة مخالفة أحكام المادة 09 سالفه الذكر، يعاقب الجاني بالسجن لمدة لا تقل عن 7 سنوات وبغرامة لا تقل عن 5 ملايين دينار ولا تزيد عن 10 ملايين دينار².

حرص المشرع المصري³ على تكريس مبدأ مجانية التصرف بالأعضاء البشرية، في القانون رقم 05 لسنة 2010، فتتص المادة 06 منه على: « يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع والشراء أو بمقابل أيا كانت طبيعته. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقي ومن نويه

1 - نقلا عن: نسرین عبد الحمید نبیه، المرجع السابق، ص 140.

2 - تنص المادة 11 من القانون العراقي رقم 11 لسنة 2016 المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الاتجار بها على أنه: « يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (7) سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن (5.000.000) خمسة ملايين دينار ولا تزيد على (10.000.000) عشرة ملايين دينار كل من استأصل أو زرع أحد الأعضاء البشرية أو أنسجته خلافا لأحكام المواد (5) و(9) و(11) من هذا القانون ».

3 - نظرا لاحتلال مصر المرتبة الثالثة عالميا في تجارة الأعضاء البشرية بعد الصين وباكستان، فقد طالبت ورشة العمل التي نظمها المجلس القومي لحقوق الإنسان بالتعاون مع المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية حول الإتجار بالأعضاء البشرية وحقوق الإنسان في مصر، بضرورة الإسراع في إصدار قانون ينظم نقل وزراعة الأعضاء، يتضمن أحكاما تهدف إلى مكافحة الإتجار بالأعضاء والحد منها. انظر: جيبيري نجمة، الإتجار بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 184.

بسبب النقل أو بمناسبته. كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين ».

يتضح من المادة السابقة أن المشرع المصري يمنع أي تعامل غير قانوني للأعضاء البشرية، سواء بالبيع أو الشراء، كما منع المقابل المالي مهما كانت طبيعته ليس للمتبرع فحسب، بل حتى لورثته وذويه.

كما نصت المادة 11 من القانون رقم 05 لسنة 2010 على تكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء في المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك لكل من يعجز عن السداد. ويكون الدفع من صندوق مخصص للمساهمة في نفقات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة لغير القادرين، والتابع لوزارة الصحة¹.

أما فيما يخص الدم، فنجد أن القانون المصري رقم 178 لسنة 1960 المتعلق بتنظيم عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته، منح لوزارة الصحة سلطة وضع قواعد تحديد وصرف مكافآت المتطوعين بالدم وأثمان الدم ومركباته ومشتقاته. وتنفيذا لهذا القانون صدر قرار من وزير الصحة، لتحديد إجراءات جمع وتخزين الدم ومركباته ومشتقاته، وكذا تحديد الجهة التي تتولى فحص المتطوعين والتعليمات الواجب اتباعها في نقل الدم، والشروط التي يجب أن تتوفر في المتطوعين، وثمان الدم ومركباته ومشتقاته².

1 - جبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 187.

2 - ثار جدل بين فقهاء القانون في مصر حول مسألة نقل الدم بمقابل، فقد ذهب معظم فقهاء القانون إلى القول أنّ المشرع المصري يجيز بيع الدم، فتحديد مقابل للدم المنزوع من الشخص دليل على فكرة أن يكون البيع محلا للعقد حتى ولو كان المقابل ضئيلا، لأن المقابل من الناحية القانونية هو مقابل حقيقي مهما كان قليلا. كما أن مراكز الدم تقوم ببيع الدم إلى الجمهور حتى ولو كانت قد حصلت عليه عن طريق التبرع. كما تفوق أسعار الدم في كثير من الأحيان عن القدرة الشرائية للمرضى، فمراكز الدم تشتري الدم لتبيعه، وعملها هذا لا يخضع لمجرد عقد البيع في القانون المدني، بل يدخل ضمن الأعمال التجارية.

في حين ذهب بعض شراح القانون إلى عكس الرأي السابق، فيرون أن المشرع المصري يتحدث عن التبرع بالدم، ولم يتعرض للثمان أو البيع، وما يقدم للمعطي ما هو إلا مجرد تعويض عن أشياء أخرى بعيدة عن الثمن وهي:

- مقابل الوقت الذي فقده المعطي أثناء القيام بعملية نقل الدم.

- مقابل انخفاض قوته الجسدية ولو لفترة وجيزة.

- تعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في احساس المعطي بفقد جزء دمه، وإن كان سيعوض خلال فترة وجيزة.

راجع في ذلك: افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 154 و155.

الفرع الثالث

شروط ضمان تطبيق مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية

يعد مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية من أهم المبادئ التي تكفل كرامة الإنسان وحرمة جسده. ولضمان تطبيق هذا المبدأ، وتحقيقاً لنزاهة التعامل والتنازل عن الأعضاء البشرية والابتعاد عن أي استغلال غير قانوني لجسم الإنسان، لابد من توفير شروط قانونية تدعم التنازل بالأعضاء بدون مقابل، وهي: اشتراط السرية في نقل وزرع الأعضاء البشرية (أولاً)، وكذا القرابة (ثانياً)، ومنع تقاضي الطبيب الجراح لأجر نظير عمله (ثالثاً).

أولاً - السرية في التبرع المتقاطع للأعضاء البشرية بين الأحياء:

يعد مبدأ السرية من المبادئ الجوهرية، ونعني به عدم كشف هوية طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلا يمكن للمتبرع معرفة هوية المستفيد، ولا المستفيد يمكنه معرفة هوية المتبرع. كما لا يمكن أن تعطى أية معلومات تخص شخصية الأول أو الآخر¹. ويعد هذا المبدأ امتداداً لمبدأ عدم مالية جسم الإنسان، وتدعيماً لمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية²، لذا يشترط عدم كشف كل من المستفيد والمتنازل على هويتهم، أو على المعلومات التي قد تحدد هويتهم.

يكمّن القصد من وراء اشتراط السرية تحقيق التوازن النفسي لدى المتبرع والمريض، وكذا التوازن الاجتماعي والحفاظ على الروابط الاجتماعية، حتى لا يكون هناك فضل ومنة من أحد على الآخر³. والجدير بالذكر أن مبدأ السرية يطبق في حالة نقل الأعضاء من الجثة وفي إطار التبرع المتقاطع، ويستبعد في حالة التبرع الذي يتم بين الأحياء، وذلك لاشتراط القرابة.

يطبق مبدأ السرية في إطار التبرع المتقاطع، أو الهجين، والذي يتحقق في حالة وجود فوجين (أ) و(ب) يحتوي كل فوج على متبرع ومستقبل، ونظراً لعدم وجود تجانس

1 - LABRUSSE-RIOU Catherine, L'anonymat du donneur : "étude critique du droit positif français", in le droit, la médecine et l'être humain, collection du laboratoire de théorie juridique, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, presses universitaires d'Aix-Marseille, volume 9, 1996, pp 82-83.

2 - PEDROT Philippe, op.cit, p169.

3 - بن صغير مراد، معالم القصور...، مرجع سابق، ص 194.

بين كل فوج أي بين متبرع ومستقبل الفوج (أ)، وبين متبرع ومستقبل الفوج (ب)، فيمكن اللجوء إلى طريقة التبرع المتقاطع بعد موافقة الفوجين (أ) و(ب)، إذ يقوم المتبرع من الفوج (أ) بالتبرع للمستقبل من الفوج (ب)، ومن جهة أخرى يتبرع المتبرع من الفوج (ب) للمستقبل من الفوج (أ).

نصت أغلب التشريعات التي تبنت طريقة التبرع المتقاطع على وجوب توفر شرط السرية، ولضمان هذه السرية يشترط أن تتم هذه العمليات في أجنحة منفصلة، مع اتخاذ كل الإجراءات للحفاظ على سرية هوية الأطراف. وقد تم اعتماد طريقة التبرع المتقاطع من قبل عدة دول أوروبية خاصة في مجال نقل الكلى، منها الولايات المتحدة الأمريكية، إيطاليا، إسبانيا، ألمانيا واليابان والبرتغال¹، كما اعتمدتها فرنسا بموجب قانون البيولوجيا الأخلاقية لسنة 2011.

تهدف طريقة التبرع المتقاطع إلى التخفيف من مشكل نقص الأعضاء البشرية المتاحة، وكذا النقص من قائمة الأشخاص المنتظرين للأعضاء خاصة الكلى، ولا يتم تطبيق هذه الطريقة ما لم يحترم شرط السرية، وهو ما أقره المشرع الفرنسي في نص المادة 1231-1 من قانون الصحة العامة². فقبل سنة 2021 كان التبرع المتقاطع مسموحا لكن عدد الأزواج كان محدودا جدا، فغالبا ما يكون زوجين فقط، لكن بموجب القانون رقم 2021-1017 الصادر في 02 أوت 2021، المتعلق بالبيولوجيا الأخلاقية³، تم زيادة عدد الأزواج، إذ يمكن أن تمتد السلسلة إلى 6 أزواج بدل زوجين، مع إمكانية إدخال متبرع متوفى في هذه السلسلة.

نص المشرع الجزائري على طريقة التبرع المتقاطع للأعضاء في ق.ص.ج رقم 18-11، وذلك في حالة عدم تطابق أنسجة المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، بموجب نص المادة 360 فقرة 3 من هذا القانون، التي تنص على أنه: « غير أنه، وفي حالة عدم

1 - Agence de la biomédecine : Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2012, p 17.

2 - L'article 1231-1 du code de la santé publique dispose : « ...en cas de mise en œuvre d'un don croisé les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs, l'anonymat entre donneur et receveur est respecté... ».

3 - Loi n° 2021-1017 relative à la bioéthique. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيين "متبرع-متلقي" متطابقين. ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي.»

يتضح من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري كرّس شرط السرية في إطار التبرع المتقاطع للأعضاء البشرية، كما أنه هذا حذو التشريعات العربية والغربية التي تبنت هذا النوع من التبرع، بهدف امتصاص النقص الكبير للأعضاء البشرية.

ثانيا - اشتراط القرابة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء :

يشترط بعض الفقهاء ضرورة وجود قرابة بين المتبرع والمتلقي، وذلك لضمان توافق الأنسجة بين الطرفين، وهو ما يحقق نجاح الجراحة، مع ضرورة التأكد من عدم خضوع المتبرع لأي ضغط نفسي نتيجة هذه القرابة، ويتم ذلك عن طريق إخضاع المتبرع لاختبارات نفسية وبدنية وعقلية، للتثبت من وجود إرادة حرة وواعية ومتبصرة لدى المتبرع¹.

يتمثل الهدف من ضرورة توافر القرابة بين المتبرع والمريض حسب هذا الاتجاه في محاربة الإتجار بالأعضاء البشرية، فالتبرع الحقيقي هو الذي يكون بين الأقارب والأزواج، أما إذا كان التبرع لغير الأقارب والأزواج، فإن شبهة وجود المقابل المالي تكون قائمة.

في حين يرى اتجاه آخر، عدم ضرورة توافر صلة القرابة بين المتبرع والمريض لإجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فلا مانع من إجراء العملية حين تحقق التوافق النسيجي بين الطرفين، إذ يعد هذا النوع من التبرع مظهرا من مظاهر التضامن الإنساني بين أفراد المجتمع، كما يساهم أيضا في التغلب على النقص الكبير في عدد الأعضاء التي يحتاجها المرضى².

1 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، النظام القانوني لعمليات استقطاع وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2018، ص 66.

2 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 66.

استبعد شرط السرية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء بسبب اشتراط القرابة بين المتبرع والمستفيد، وذلك منعا لأي استغلال أو ابتزاز للأشخاص، وتقاديا لأي محاولة للإتجار بالأعضاء البشرية.

تبنت غالبية التشريعات العربية¹ منها والغربية شرط توفر قرابة عائلية بين المتبرع والمستفيد، فاشتراط المشرع الجزائري وجود رابطة القرابة العائلية بين المتبرع والمستفيد في مجال نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، وهو ما تؤكدته المادة 2/360 من ق.ص.ج، والتي تنص على أنه: « يجب أن يكون المتبرع، أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمة أو ابنة خالة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن عمة أو ابن خالة أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب وزوج أم المتلقي ».

كما أكد على القرابة العائلية في نص المادة 1/359 من ق.ص.ج، والتي تنص على ما يلي: « يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية ».

أما فيما يتعلق بالتبرع بالدم فلا تشترط وجود علاقة قرابة، المهم وجود تطابق بين فصيلة دم المتبرع والمتلقي، لكن بالنسبة للعادات المتبعة في المستشفيات الجزائرية، عند إجراء عمليات جراحية، فإنه يتم اللجوء إلى أقارب المريض عند الحاجة للدم، نظرا لنقص المتبرعين بالدم.

اشتراط المشرع المصري ضرورة وجود القرابة بين المتبرع والمستفيد في نص المادة 4 من القانون رقم 05 لسنة 2010، إلا أنه وحسب المادة نفسها يمكن نقل الأعضاء حتى

1 - اشترط المشرع المغربي في المادة 9 من القانون رقم 98-16 رابطة القرابة بين المتبرع والمستفيد، فتنص المادة على أنه: « لا يجوز أخذ عضو بشري من شخص حي للتبرع به إلا من أجل المصلحة العلاجية لمتبرع له معين إما أصول المتبرع أو فروعه أو إخوانه أو أخواته أو أعمامه أو عماته أو أخواله أو خالاته أو أبنائهم. كما يمكن أن يكون الأخذ لفائدة زوج أو زوجة المتبرع شريطة مرور سنة على زواجهما. يجب إثبات علاقة القرابة بين المتبرع والمستفيد له المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ».

ولو لم تتوفر تلك القرابة، شريطة أن يكون المريض بحاجة ماسة وعاجلة لإجراء عملية الزرع، ويشترط موافقة لجنة خاصة مكلفة خصيصاً لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة، ووفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية¹.

ويعد التشريع الإماراتي من التشريعات التي وسّعت من دائرة القرابة بين المتبرع والمتلقي المريض، مقارنة مع التشريع الجزائري والمصري²، فتتص المادة 3/12 من القانون رقم 5 لسنة 2016 على أنه: « يقتصر التبرع بنقل الأعضاء أو أجزاء منها والأنسجة البشرية بين من يأتي:

أ - الأقارب حتى الدرجة الرابعة.

ب - الأزواج الذين مضى على عقد زواجهم مدة لا تقل عن سنتين.

ج - أقارب أي من الزوجين بالنسبة للزوج الآخر حتى الدرجة الرابعة.

1 - منع المشرع المصري كذلك زرع الأعضاء من مصريين إلى أجانب عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً، بشرط أن يكون قد مضى على زواجهما ثلاث سنوات على الأقل، ويعقد موثق على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج، لتفادي اتخاذ الزواج كوسيلة للإتجار بالأعضاء، على أنه يجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبي أو العكس فيما بينهم جميعاً.

كما أجاز المشرع المصري في المادة 3 من قانون تنظيم زرع الأعضاء البشرية الزرع بين الأجانب، بشرط أن يكون المتبرع والمتلقي من جنسية واحدة، ويجب أن تتقدم الدولة التي يحمل كل من المتبرع والمتلقي جنسيتها بطلب إجراء عملية الزرع على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية للقانون.

انظر: جبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 188. كذلك: جبيري ياسين، مرجع سابق، ص 188 - 189. وانظر كذلك: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 61.

2 - اشترط التشريع الإماراتي في نص المادة 3/12 من القانون رقم 5 لسنة 2016 توافر القرابة بين المتبرع والمتلقي المريض، إلا أنه وسع من دائرة القرابة بينهما بصورة أكبر، فأجاز النقل بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة، بل وأجاز نقل الأعضاء بين أقارب أي من الزوجين والزوج الآخر حتى الدرجة الرابعة، ما يعني أنه أجاز نقل الأعضاء بين الأقارب الذين تربطهم قرابة مصاهرة وليس فقط قرابة نسب. كما أجاز المشرع الإماراتي ما يسمى بالنقل التبادلي للأعضاء والأنسجة البشرية من بين أقارب المتبرع والمريض حتى الدرجة الرابعة، ما يعني أنه قد أنشأ نوعاً من الحقوق المتبادلة بين أقارب كلا الطرفين المتبرع والمريض حتى الدرجة الرابعة، فأجاز النقل المتبادل للأعضاء. نقلاً عن: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 75.

د - النقل التبادلي للأعضاء والأنسجة البشرية المأخوذة من بين أقارب المتبرع والمنقول إليه حتى الدرجة الرابعة¹.

اشتراط المشرع الفرنسي في قانون 29 جويلية 1994، أن يكون التبرع لمصلحة الأب أو الأم أو الابن أو البنت أو الأخ أو الأخت²، وفي حالة الاستعجال لصالح الزوج أو الزوجة. لكن نظرا للنقص المسجل في الأعضاء، تم توسيع دائرة المتبرعين في القانون رقم 800-2004 الصادر في 6 أوت 2004 والمتعلق بأخلاقيات الطب الفرنسي، وذلك بموجب المادة 1-1231 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل³، وقد نصت على أن يكون المتبرع الأب أو الأم، واستثناء على ذلك سمح للزوج بالتبرع، وكذلك للإخوة والأخوات، والأبناء والبنات، والجد والجدة، العم والعمة، الخال والخالة، ابن وبنت العم، زوجة الأب أو زوج الأم، وفي غياب هؤلاء يمكن أن يكون المتبرع أي شخص يثبت إقامته بما لا يقل عن سنتين مع المريض⁴.

كما زاد ووسّع أكثر من دائرة المتبرعين الأحياء بموجب المادة 2-1231 من القانون الصادر سنة 2011 والمتعلق بالطب البيولوجي، فشملت كل شخص يثبت وجود رابطة فعلية ووطيدة بما لا يقل عن سنتين مع المريض، ما يعني أن تلك الرابطة قد تكون أيضا صداقة. لكن هناك من انتقد هذا التوسيع من دائرة المتبرعين الأحياء، بحجة أن هذا يثير الشكوك حول وجود زواج مصلحة أو صداقة مفتعلة، وهو ما يضعف مبدأ المجانية ويفتح المجال أمام الإتجار بالأعضاء⁴.

1 - DEVERS Gilles, op.cit, p 168.

2 - L'article 1231-1 du code de la sante publique, modifié par la loi n°2011-814 du 7 Juillet 2011- article 7 dispose : « le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être opéré que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le donneur doit avoir la qualité de père ou mère du receveur. Par dérogation au premier alinéa, peuvent être autorisés à se prêter à un prélèvement d'organes dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur son conjoint, ses frères ou sœurs, ses fils, ses grands-parents, ses oncles, ou tantes, ses cousins germains et cousines germaines ainsi que le conjoint de son père ou de sa mère. Le donneur peut également être toute personne apportant la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans avec le receveur ainsi que toute personne pouvant apporter la preuve d'un lien affectif étroit et stable depuis au moins deux ans avec le receveur ».

3 - حميد زايدي، مرجع سابق، ص 376. وانظر كذلك:

MONDIELLI Eric, op.cit, p 127-128.

4 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء....، مرجع سابق، ص 321.

ثالثا - منع تقاضي الممارسين الطبيين للأجر مقابل إجراء نزع وزرع الأعضاء :

تجرى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في مستشفيات عمومية، من قبل طاقم طبي يضم الجراحين والمساعدين الطبيين، وذلك في إطار ممارسة مهنتهم الطبية، فلا يدفع لهم أجر خاص مقابل هذه العمليات، وهو ما يبعد أي شبهة اتجار بالأعضاء.

عليه، ولتحقيق نزاهة مبدأ مجانية عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية، ومنع لاستغلال والمتاجرة بالأعضاء، فقد منع قانون الصحة أن يتقاضى الأطباء الجراحون الذين يجرون هذه العمليات أي أجر، وهذا طبقا لنص المادة 367 من ق.ص.ج والتي تنص على أنه: **« لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات ».**

يلاحظ من نص المادة 367 من ق.ص.ج المذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري لم يذكر الجراحين فقط، بل استعمل مصطلح "الممارسون" وهو مصطلح واسع لا يضم فئة الجراحين فقط، وإنما كل من ساهم في إجراء عملية نزع العضو من المتبرع، أو في عملية زرع العضو في جسم المريض المتلقي، وحسنا فعل المشرع الجزائري.

وبالتالي يعد هذا الشرط سياجا حاميا لمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، فهو بالإضافة إلى كونه شرطا، يعتبر تدبيرا أخلاقيا يهدف إلى الوقاية من كل محاولات الربح من أنشطة اقتطاع الأعضاء البشرية، لأنه إذا ما شعر الجراح بوجود فائدة مادية من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فقد يغريه هذا الربح، ويدفعه إلى إجراء أكبر عدد من عمليات الاستئصال قصد تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح المادي¹.

كرّس المشرع الفرنسي بدوره شرط عدم تقاضي الأطباء الذين يقومون بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لأي أجر²، بموجب المادة 671-13 من قانون الصحة العامة³.

1 - حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، مرجع سابق، ص 534 - 535.

2 - PRIEUR Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, thèse de doctorat privé, université de Dijon, 1998, p 171.

3 - L'article 671-13 du code de la sante publique dispose : **« Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité ».**

المبحث الثاني

مخالفة الإجراءات القانونية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية بين

الأحياء

تستلزم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لتنفيذها جملة من الشروط، التي يجب أن تتوفر لضمان السير الحسن لها ونجاحها. فيعد الحصول على رضا كل من المريض بهدف إنقاذ حياته من الهلاك المؤكد، وكذا المتبرع الذي سيتنازل عن أحد أعضاء جسمه السليم، والذي لن يستفيد من العملية، بل قد تتدهور صحته، من أهم شروط القيام بهذا النوع من التدخلات الجراحية الخطيرة (المطلب الأول).

كما أن ضمان توفر الشروط الطبية لتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء من أهم عوامل نجاحها، خصوصا إذا تعلق الأمر بضرورة تنفيذ هذه العمليات من أطباء متخصصين، وضرورة توفر التوافق النسيجي بين طرفيها، وبالتالي التحكم في ظاهرة رفض الجسم للأجسام الغريبة، وضمان سلامة كل من المتنازل والمستفيد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تخلف رضا طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعد رضا المريض على العلاج شرط جوهري للقيام بأي تدخل طبي مهما كان، فذلك من المبادئ المستقرة عليها في القانون الطبي بصفة عامة، لكن الحصول على الموافقة في مجال نقل وزرع الأعضاء يستوجب ضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع وكذا المريض، فرضا المتبرع والمريض شرط ضروري لإجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، ليس هذا فحسب بل لابد من توفر أهلية التبرع أيضا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضرورة الحصول على موافقة طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

إنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات الجراحية الماسة بجسم المريض والمتبرع على حد سواء، ولا يمكن إجازتها إلا إذا سبقتها موافقة المريض والمتبرع (أولا). لكن هذا لا يكفي بل يجب أن يكون المتبرع بأحد أعضائه أهلا لمثل هذه التصرفات الخطيرة، عكس المريض الذي لا تشترط فيه الأهلية لإجراء هذا النوع من العمليات (ثانيا).

أولا - الشروط الخاصة لصحة رضا المتبرع:

يعد المتبرع من أهم أطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولأنه الطرف الضعيف فيها كونه يتنازل عن أحد أعضائه بدون أية فائدة مرجوة له، فإن الحصول على موافقته المسبقة قبل استئصال العضو منه أمر ضروري وفي غاية الأهمية.

لكن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء غير الرضا المعروف في القواعد العامة، وهذا لخصوصية الرضا الأول، في كون أنه يشترط أن يكون حرا، ومتبصرا، ومكتوبا، مع إمكانية العدول عنه في أية مرحلة.

1 - أن يكون رضا المتبرع حرا:

عرّف القانون المدني الجزائري¹ الرضا بموجب المادة 59 على أنه: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ».

وحسب المادة 60 من القانون سالف الذكر²، يتم التعبير عن الإرادة إما بطريقة شفوية أي باللفظ أو كتابية أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما قد يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ

1 - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2 - تنص المادة 60 من ق.م.ج على أنه: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ».

موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، وقد تكون طريقة التعبير ضمنية إذا لم يتفق الطرفان على أن تكون صريحة.

كما أجاز المشرع في القواعد العامة أن يكون التعبير عن الإرادة بالسكوت، وهذا طبقاً لنص المادة 68 من ق.م.ج سالف الذكر، فتتص المادة على أنه: « إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ».

لكن يستبعد هذا النوع من التعبير عن الإرادة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، كون السكوت هو عدم، في حين يشترط هذا النوع من العمليات شكلية معينة للتعبير عن الإرادة، فلا يكون التعبير عن الرضا شفوياً ولا ضمناً ولا بالسكوت لأنه موقف سلبي لا يعبر عن إرادة المتبرع¹، بل يجب عليه أن يعبر عن رضاه بالقبول وفق شكلية معينة.

كما يعرف الرضا على أنه التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانوناً، ويجب أن يكون صريحاً وصادراً عن حرية ومحلّه مشروعاً. ويعرف أيضاً بأنه تصرف قانوني مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها، قبل أن يعبر عن إرادته².

يقصد بالرضا الحر في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، حرية المتبرع بقبول التبرع والتنازل عن عضوه بإرادته المنفردة، والتي يجب أن تكون خالية من عيوبها وعوارضها، حتى يعتد بالرضا الصادر منه.

لذا تكون موافقة المتبرع حرة إذا جاءت مجردة وخالية من كل الضغوط المادية والمعنوية، التي من شأنها التأثير على قرار الموافقة الذي يبديه المتبرع صراحة وليس

1 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 22.

2 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 183.

ضمنيا، بمعنى أن الموافقة تصدر من المتبرع بإرادة خالية من كل عيوب الرضا من تدليس أو إكراه أو غلط، نظرا لما لهذه العملية الجراحية من أثر بالغ على نفسيته، وما لها من خطورة لمساسها بسلامته الجسدية.

لا يعتد برضا المتبرع إذا كان ضحية غلط وكان هذا الغلط جوهريا¹، بمعنى أن يكون الدافع الرئيسي للتبرع، كأن يعتقد المتبرع أن العضو المتبرع به متجددا، ثم يتضح بعد العملية أنه غير متجدد. وقد يقع المتبرع في تدليس، كأن يتحصل الطبيب على رضا المتبرع لاستئصال أنسجة معينة، في حين يقوم باستئصال عضو مهم في جسمه².

قد يقع المتبرع في إكراه³، عندما يتعرض لضغط فيؤلّد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله إلى التعاقد⁴، ولا يعتد في هذه الحالة برضا المتبرع، فتتص المادة 1/88 من ق.م.ج على أنه: «يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق».

1 - تنص المادة 82 من ق.م.ج على أنه: «يكون الغلط جوهريا إذا بلغ من الجسامّة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط».

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد «.

2 - تنص المادة 86 من ق.م.ج على أنه: «يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامّة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة «.

3 - للإكراه عدة مصادر، فقد يكون مصدره أفراد العائلة، خاصة إذا علمنا أن عمليات نقل وزرع الأعضاء تتم غالبا بين الأقارب، كما قد يكون مصدره الهوى الجامح الذي يحمله المتبرع اتجاه المريض، فالحب الكبير الذي يحمله المتبرع للمريض هو الذي دفعه للتنازل عن أحد أعضائه دون التفكير بالعواقب، لذا عمدت العديد من التشريعات إلى تنظيم نصوص، تلزم فيها إخضاع المتبرع لفحص طبي شامل سواء من الناحية النفسية والعقلية. انظر: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 220 - 221. كذلك: السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 2، 2004، ص 203.

4 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 115.

ذهب الفقه إلى أبعد من ذلك فيشترط ضرورة إخضاع المتبرع إلى فحوص طبية نفسية للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه تعيب إرادته¹، لذا يجب أن يكون المتبرع لحظة تنازله عن أحد أعضاء جسمه في حالة نفسية وعقلية تسمح له التعبير عن إرادته بحرية كاملة².

لا يعتد بالرضا الصادر من الأشخاص الخاضعين لإجراء من إجراءات الحماية القانونية كالمسجون، أو المحكوم عليه بالإعدام، فلا يمكن الاعتداد به لأن صاحبه افتقد الحرية، ولأنه ممنوع من إدارة أعماله³. وهو ما قرره المؤتمر الخاص بحياد الطب، الذي انعقد بروما في أبريل سنة 1968، فلا يعتد بالرضا الصادر عن السجين حتى وإن كان يتمتع بالإرادة الحرة، لأنه لا يملك الأهلية الكاملة⁴، إذ يعد السجن في حد ذاته سببا في نقص إرادته، كما أن الحالة النفسية التي تصاحبه من شأنها أن تعيب إرادته، كما قد يحاول السجين بتنازله عن أحد أعضاء جسمه، إعطاء انطباع حسن ولفت الأنظار نحوه لإنقاص عقوبته، أو للحصول على مكافأة، أو الحصول على مزايا أخرى⁵.

أما فيما يتعلق برضا المحكوم عليهم بالإعدام، فهناك من يرى أنه يمكن الاستفادة من أعضائهم على أساس أن ذلك يحقق مصلحة عامة وإنسانية، من خلال إنقاذ حياة المرضى. لكن يرى اتجاه آخر، أنه لا يجب انتزاع الأعضاء من المحكوم عليهم بالإعدام حماية للكرامة

1 - مشكور خليفة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001، ص 25.

2 - دوحة عبد القادر-مداني عز الدين، "نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر بين الضرورات الاجتماعية والفراغات القانونية، مقارنة لتحديد نطاق تدخل المشرع الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني، حول القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المنعقد أيام 20/21/22 أبريل 2009، ص 7.

3 - مواسي العلجة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص 45.

4 - DOLL Paul-Julien, op.cit, p 71.

5 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 223. انظر كذلك: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 135. انظر كذلك:

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 373.

الإنسانية، وسواء كان الشخص حراً أم لا، فيجب احترام حقه في سلامته البدنية وعدم المساس بها، إلا في الحدود وبالطريقة التي يقررها القانون¹.

2 - أن يكون رضا المتبرع متبصراً:

تنص المادة 360 فقرة 4 من ق.ص.ج على أنه: « لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع ».

يفهم من نص المادة أن شرط الرضا المتبصر والمستنير للمتبرع شرط جوهري للقيام بنزع العضو منه، كما تضيف المادة 360 فقرة 7 من القانون نفسه على أنه: « تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقاً، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع... ». يفهم من نص المادة، على أنه يجب إعلام المتبرع قبل استئصال العضو منه، والذي يكون على عاتق لجنة الخبراء.

أ - ارتباط الرضا بالالتزام بإعلام وتبصير المتبرع:

يرتبط رضا المتبرع بدور الطبيب الجراح في إعلامه وتبصيره، والذي يعد مبدأ من المبادئ الأخلاقية المكرسة في مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، فيلتزم به الجراح احتراماً لإرادة المتبرع وحرية في المساس بجسمه².

يقصد بمبدأ الإعلام في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، تقديم الطبيب الجراح كل المعلومات المفيدة للمتبرع بخصوص عملية نزع العضو من جسمه، ويكتسي التزام الطبيب بإعلام المتبرع أهمية خاصة من الناحية القانونية، كونه لا يمكن أن يوصف رضائه بالقانوني إلا إذا صدر عن صاحبه وهو ملّم بجميع عناصر الإعلام، الذي يمكنه من اتخاذ قراره عن بصيرة كاملة³.

ويعد الالتزام بالتبصير شرطاً ضرورياً لصحة الرضا، فيعرف بأنه إعطاء الطبيب الجراح للمتبرع فكرة معقولة وآمنة عن الوضع الصحي، بما يسمح له أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض وهو على بينة من النتائج المحتملة للعلاج والجراحة، عليه يعد هذا الالتزام

1 - عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآمية من الناحيتين القانونية والشرعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص 208 - 209. انظر كذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 579 - 580.

2 - زايدي حميد، مرجع سابق، ص 379.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 583. انظر كذلك: جاري بسملة، الدهبي ثورية، مرجع سابق، ص 89.

بمثابة حق شخصي يعبر عن واجب أخلاقي، يستند إلى المبادئ المكرسة في حقوق الإنسان كالحق في الاستقلالية، والحق في تقرير المصير، واحتراما للحرية الشخصية والكرامة الإنسانية، واحتراما للمبدأ الدستوري المتضمن حرمة الإنسان وسلامته الجسدية، فلا وجود للرضا بدون تبصير، في حين يمكن أن يكون تبصير بدون رضا¹.

يلتزم الطبيب الجراح بتبصير المتبرع بجميع المخاطر التي يتعرض لها بسبب عملية نزع العضو منه في الحال أو المستقبل²، كما يجب أن يوضح له أيضا احتمالات نجاح عملية زرع العضو لدى المريض وإسهامها في شفائه وإنقاذ حياته، حتى يستطيع أن يقدّر مدى المخاطر التي سيتعرض لها مقارنة مع الفوائد التي سوف تعود على المريض من جراء العملية³.

ويجب ألا يقتصر شرط الالتزام بتبصير المتبرع على المخاطر الطبية فحسب، بل يجب أن يشمل أيضا الجوانب الاجتماعية والاقتصادية والمهنية والنفسية، وكل ما يترتب عن عملية نزع العضو من صعوبات تؤثر على ممارسة المتبرع لمختلف أوجه حياته المهنية والاجتماعية، ومدى صلته بوضعه المادي فيما بعد⁴.

يلتزم الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باستخدام لغة واضحة وبسيطة مع المتبرع، وابتعاده عن المصطلحات الطبية والتقنية لمهنة الطب، فيكون شرحه بسيطا وواضحا ومفهوما⁵.

1 - مواسي العلبة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 184.

2 - يلتزم الطبيب الجراح بتبصير المتبرع وإعلامه بكافة المخاطر، فهنا نجد تشديد الإعلام على المتبرع، ويعود سبب التشديد إلى عدم وجود أية مصلحة علاجية أو مادية للمتبرع نظير تبرعه بعضوه، فهو شخص سليم لا يشكو من أية علة، كما ليس هناك أي سبب شرعي يجيز للطبيب التستر عن المعلومات الخطيرة، خوفا من إحجام المتبرع عن الموافقة، لأنه ليس مريضا ولا يخشى على صحته إذا رفض التدخل الجراحي. فتقع على الطبيب مسؤولية تحديد العضو الجائز نقله، ومن ثم تحديد إمكانية نقله من عدمه وذلك وفقا للحالة الصحية للمتبرع. انظر: زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 178. انظر كذلك: قنيف غنيم، التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 110.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 212. كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 113.

4 - بشير سعد زغول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 28. انظر كذلك: رأفت صلاح أحمد أبو الهيجا، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، عمان، 2006، ص 65.

5 - CHAMMAR BOYER George, MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, PUF, Paris, 1974, p 212.

نشير في هذا الصدد إلى أنه لا يعد من قبيل إفشاء السر المهني، إطلاع المتبرع على الحالة الصحية للمريض المستفيد من العضو واحتمالات نجاح عملية زرع العضو لديه، فنظرا للطبيعة الخاصة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن المتبرع لا يعتبر من الغير كون أن العقد الطبي في هذا المجال يشمل ثلاثة أطراف، هي الطبيب والمريض والمتبرع¹.

أجمعت التشريعات العربية والمقارنة وحتى المنظمات الدولية على إلزامية إعلام وتبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا، بجميع المخاطر المترتبة على عملية نزع العضو. فتنص الفقرة الثانية من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13 ماي 1991، على أنه يجب إعلام المتبرع بشكل كاف حتى يستطيع فهم وتقدير الأخطار ونتائج موافقته².

كما أكدت توصيات مؤتمر بيروجيا المنعقد بإيطاليا في أبريل 1969، على أنه يجب أن يسبق الحصول على موافقة المتبرع شرح واف من قبل الطبيب، حول مخاطر العملية ونتائجها الآنية والمستقبلية سواء على الصعيد الفيزيولوجي أو السيكولوجي أو الاجتماعي أو المالي³.

أكدت التشريعات العربية⁴ بدورها على ضرورة تبصير المتبرع قبل استئصال العضو منه، وهو ما فعله المشرع الجزائري بموجب نص المادة 360 فقرة 4 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص قصد زرعها بدون الموافقة

1 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 111. كذلك: مروت نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 218. كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 114. وانظر كذلك: إدريس عبد الجواد، مرجع سابق، ص 131.

2 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 358.

3 - نقلا عن: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 141.

4 - نذكر من التشريعات العربية التي اشترطت تبصير المتبرع، التشريع القطري رقم 1997/21 في مادته 1/6 التي تنص على: « يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المحتملة والمؤكدة التي تترتب على استئصال العضو المتبرع به. ويتم ذلك كتابة من قبل فريق طبي مختص، بعد إجراء فحص شامل للمتبرع ». كما أوجبت المادة 4 من المرسوم الصادر سنة 1987 لدولة الكويت، على إلزامية إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة عن استئصال العضو المتبرع به. انظر: نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 138. كذلك: مروت نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 215.

المستنيرة للمتبرع»، حيث يشترط المشرع ضرورة الحصول على الموافقة المستنيرة للمتبرع قبل استئصال العضو أو الخلايا من جسمه، وهو ما يعني بالضرورة إعلام المتبرع إعلاما كاملا شاملا نافيا للجهالة بجميع الأخطار التي قد يتعرض لها، وحسنا فعل المشرع الجزائري لضمان حماية أكبر للمتبرع.

في حين نصت المادة 2/162 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى)، على أنه: « **ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع...** »، وفي هذه المادة ضيق المشرع من نطاق الإعلام ليقصر فقط على الأخطار الطبية المحتملة.

أكد المشرع الفرنسي¹ على أهمية هذا الالتزام، وشدد في مسألة تبصير المتبرع بشكل واضح لا يتخلله أي غموض أو لبس، بالأخطار الطبية المحتملة والاستثنائية، وهو ما نصت عليه القوانين الصادرة في 29 أبريل 1994 على ضرورة تبصير المتبرع بكافة المخاطر ونتائج عملية استئصال العضو على حياة المتبرع الخاصة والعائلية والمهنية²، وهو ما أكدته المادة 1/1231 من قانون الصحة العامة الفرنسي³.

ب - أن يتم تبصير المتبرع من لجنة الخبراء :

اشتراط المشرع الجزائري في نص المادة 360 فقرة 7 من ق.ص.ج، على أن تتولى لجنة الخبراء بإعلام وتبصير المتبرع بأخطار عملية نزع العضو منه، وكذا العواقب ونتائج النزع، وفي ذلك تأكيد وضمانة منه لحماية المتبرع، فلم يكلف الطبيب الجراح المشرف على عملية النزع على تبصير المتبرع، بل أوكل المهمة للجنة من الخبراء، وأكد تتكون أكثر من

1 - كما أكد على ضرورة الالتزام بتبصير المتبرع القانون الدانماركي رقم 246 الصادر بتاريخ 9 جوان 1967، في نص المادة الأولى على وجوب إعلام المتبرع بواسطة طبيبه عن طبيعة العملية الجراحية، ونتائجها والمخاطر المرتبطة بها، وألزمه بأن يتأكد بنفسه من أن المتبرع أدرك جيدا فحوى المعلومات المقدمة له. وهو ما ذهب إليه أيضا القانون اليوغسلافي رقم 475 الصادر بتاريخ 27 جويلية 1967، والمتعلق بنقل الكلى. انظر: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 586.

2 - NEFFUSSY LEROY Nathalie, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, Paris, 1993, p 129.

3 - L'article 1231-1 du code de la sante publique dispose : « **le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L 1231-3 des risques qu'il encourt, des conséquences éventuelles du prélèvement...** ».

طبيب مختص، فتتص المادة 7/360 من ق.ص.ج على أنه: « تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقاً، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع... ».

كما تضيف الفقرة 8 من المادة 1360¹ من ق.ص.ج على أن تقوم هذه اللجنة بتقديم ترخيص لنزع العضو من المتبرع، بعد أن تتأكد أولاً من موافقة المتبرع الحرة والمستنيرة، والمطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وتحدد تشكيلة لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم².

وهو ما أكدته المادة 7 من القانون المصري³ رقم 5 لسنة 2010، والتي تنص على أنه: « لا يجوز البدء في عملية النقل إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقي، إذا كان مدركا بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة 13 من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقي أو موافقة نائبه ». فالمشرع المصري في هذه المادة ألزم تبصير المتبرع والمتلقي بطبيعة التدخل الجراحي ومخاطره من قبل لجنة ثلاثية، تتشكل في كل مؤسسة طبية مرخص لها بنقل وزرع الأعضاء البشرية⁴.

1 - تنص الفقرة 8 من المادة 360 من ق.ص.ج على أنه: « تقدم لجنة الخبراء ترخيصاً للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

2 - لكن للأسف الشديد لحد الآن لم يصدر أي نص قانوني يحدد لجنة الخبراء التي تتولى إعلام المتبرع والمريض مسبقاً قبل عملية استئصال وزرع العضو، والتي من المفروض تقدم ترخيصاً للنزع، لذا نأمل من المشرع الجزائري محاولة تدارك ذلك.

3 - كما تشترط المادة 2/4/2 من قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977، على أن تقوم لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء اختصاصيين بفحص المتبرع، وبتقرير أن العضو لا يشكل خطراً على حياته. نقلاً عن: مهدي ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، "طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني"، مجلة دراسات، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص 1428.

4 - تنص المادة 13 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على أنه: « تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبيو مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذ له.

ولا يجوز لأعضاء اللجنة أن يشتركوا في إجراء عمليات الزرع أو تولي الرعاية اللاحقة إلى المتلقين بالمنشأة ». نقلاً عن: موسى العجلة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 190.

كما أوكل المشرع الفرنسي بدوره مهمة تبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا إلى لجنة طبية ثلاثية، وهو ما نصت عليه المادة 1231-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي¹.

ج - أن يسمح للمتبرع بالعدول عن رضاه في أي وقت:

يجد الحق في الرجوع عن الموافقة أساسه في مبدأ الكرامة الإنسانية، الذي يقتضي عدم إرغام الشخص على استئصال عضو من جسمه دون رضاه، بالتالي فهو تجسيد لحق المتبرع في الرضا الحر والمتبصر، والذي يقتضي التأكد من عدم تأثر المريض بالضغوطات العائلية التي قد تكون السبب الذي دفعه إلى الإقدام على التبرع.

يشترط لذلك أن يبقى المتبرع متمتعاً بالأهلية اللازمة حتى وقت مباشرة العملية المراد إجرائها، فإذا طرأ على أهليته عارض من العوارض التي تعدها أو تنقصها فإن ذلك يحول دون القيام بعملية الاستئصال، لأن المشرع منح له حق التراجع، إذ ربما لو بقي المتبرع عاقلاً مثلاً لتراجع عن موافقته، فهو احترام لإرادة المتبرع بعد تقديره السليم لما ستؤول إليه حالته بعد التبرع، وهو تأكيد عن الطوعية والاختيار الذي يحتويه مصطلح التبرع، والذي يتنافى مع الإرغام والاستغلال².

يحق للمتبرع أن يتراجع عن موافقته في استئصال العضو منه لصالح الغير المريض، غير أنه يشترط الإفصاح عن هذا العدول والتراجع قبل التنفيذ³، إذ لا يجوز طلب استرجاع

1 - L'article 1231-1 du code de la sante publique dispose : « Le donneur, préalablement informé par le comité d'experts mentionné à l'article L 1231-3... ».

2 - قنيف غنيمة، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 101. كذلك: محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 39.
3 - أقرت معظم التشريعات بحق المتبرع في التراجع عن موافقته لاستئصال العضو منه في أي وقت كان، كالتشريع القطري بموجب المادة 2/6 من القانون رقم 21 لسنة 1997، التي تنص على أنه: « ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه دون قيد أو شرط ». والتشريع المغربي في نص المادة 4 من القانون رقم 16 لسنة 1998، التي تنص على أنه: « لا يجوز أخذ الأعضاء إلا بعد أن يوافق المتبرع مسبقاً على ذلك ويمكن للمتبرع إلغاء هذه الموافقة في جميع الحالات ».

يتبين من خلال ما سبق ذكره، أن هذه التشريعات لم تحدد بدقة وقت تراجع المتبرع عن موافقته، لكن الأصح يجب أن يكون التراجع قبل إجراء عملية الاستئصال وقبل التنفيذ، ويعد التشريع الإماراتي رقم 153 لسنة 1993 من التشريعات التي حددت وقت التراجع بدقة وذلك بموجب المادة 5 منه التي تنص على أنه: « يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط ولا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقاً للقانون ». نقلاً عن: افتكار مهيوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص ص 239 - 240. علام عمر، مرجع سابق، ص 267.

العضو بعد زرعه، لأنه صار جزءاً من المريض، كما أن استئصال العضو يؤدي إلى سقوط الحق في العدول عن التبرع، أضف إلى ذلك، أن إطلاق حرية التراجع في أي وقت للمتبرع قد يؤدي إلى تضرر المريض، الذي قد تتدهور حالته الصحية والنفسية عند علمه بتراجع المتبرع، كما قد تقوّت عليه فرصة في تلقّي عضو من شخص آخر¹.

ولا يلتزم المتبرع بدفع تعويض عن عدوله لأن العدول من طبيعة التصرف نفسه، لكن قد يلتزم بدفع المصاريف الفعلية التي تكبّدها المريض وضاعت عليه نتيجة العدول²، فالهدف هنا هو حماية جسم المتبرع وعدم إمكانية المساس به، إلا بناء على رضا حر ومتبصر إلى حين إجراء عملية الاستئصال، وحتى لا يكون المتبرع فريسة للمريض وأهله.

أكّد المشرع الجزائري حق المتبرع في العدول والتراجع عن موافقته لنزع أحد أعضائه، في الفقرة 6 من المادة 360 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « **يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء** ». يفهم من هذه الفقرة أن المشرع لم يقيد حق التراجع بأي شرط زمني، إذ أن المتبرع يمكنه العدول عن موافقته في أي وقت كان، فلم يحدد بدقة زمان التراجع، في حين كان لابد عليه أن يؤكد بأن الحق في التراجع يجب أن يكون قبل عملية الزرع وليس بعدها، فلا يمكن المطالبة باسترداد العضو بعد زرعه في جسم المريض، نظراً للضرر الذي سيلحق بالمريض جراء ذلك، لذا يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك ذلك في التعديلات المقبلة لقانون الصحة.

المشرع لم يقيد أيضاً المتبرع أن يكون تراجعته وفق شكلية معينة أو إجراء معين، فلم يحدد أي شكلية لتسجيل الحق في العدول، وهو ما لا يحقق حماية للشخص المتبرع بأعضائه بعد وفاته، إذ يصعب إثبات تراجعته الشفهي عن التبرع³. كما لم يحدد المشرع

1 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 35.

2 - راشد إبراهيم الشاشاني، حقوق المتبرع في عمليات نقل الأعضاء البشرية في النظام القانوني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008، ص 100.

3 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 37.

الأسباب التي قد تؤدي إلى تراجع الشخص عن التبرع بأحد أعضائه بعدما أفصح عن قبوله، بل جعل حق التراجع حر وغير مقيد بتقديم أي مبرر، مع أنه من البديهي أن تراجع المتبرع كان لأسباب معينة، فقد تكون إما لأسباب صحية أو لأسباب قانونية. فقد يؤدي تخوف المتبرع بنتائج العملية إلى تدهور حالته الصحية أو النفسية بالتالي التراجع عن إجراءاتها، أو قد يكون بإصابة المتبرع بمرض يعيقه ولا يسمح له بإجراء العملية بعدما أعرب عن تبرعه، أو قد يفقد المتبرع أهليته فيصبح غير أهل للتبرع، أو إذا ما تبين للمتبرع أنه وقع في أحد عيوب الرضا المعروفة التي تجعل إرادته معيبة، وتمنح له حق إبطال ذلك التصرف أي عدم إجراء عملية الاستئصال على أساس إما وقوعه في غلط جوهري أو تدليس أو إكراه أو استغلال¹.

كما أنه إذا كان تنظيم حق تراجع المتبرع عن موافقته على التبرع بأحد أعضائه، هو خدمة له وتحقيق لمصلحته وهو أمر بسيط من ناحية الصياغة القانونية، فهو في الواقع العملي يطرح مشكلاً كبيراً يتمثل في تضییع وقت المستشفى بحجز المكان للمريض فيها لشهور، دون إجراء العملية في نهاية الأمر².

ليس هذا فحسب، بل وقد يثار إشكال بخصوص التحضيرات التي يقوم بها الفريق الطبي طيلة المرحلة التي تسبق عملية زرع العضو لدى المريض المستفيد، والتكاليف الباهظة وفساد الأدوية وغيرها، من يتحمل كل هذه الأعباء؟ هل المستشفى أم المريض؟ كلها فراغات قانونية على المشرع تداركها.

نصت معظم التشريعات³ التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء على حق المتبرع في الرجوع عن موافقته بالتبرع، فتنص المادة 4/5 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 على أنه: « في جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته

1 - معاشو نبالي فطة، المرجع السابق، ص 36.

2 - مرون نصر الدين، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص ص 20 - 21.

3 - وهو ما أكدته المادة 2/4 من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987، والمادة 5 من القانون الإماراتي رقم 153 لسنة 1993. انظر: جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، لجنة التأليف والتعريب للنشر، الكويت، 2000، ص 273.

على المتبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل ». وبالعودة إلى نص الفقرة 3 من المادة نفسها فإنها تنص على أنه: « يجوز للمتبرع العدول في تبرعه إلى ما قبل البدء في عملية الاستئصال دون أدنى مسؤولية عليه، على أن يسجل ذلك في الدفتر المشار إليه، وإذا ثبت تكرار هذا العدول دون سبب مادي أو مبرر مقبول، فإنه لا يعتد بأي طلب يقدم منه بعد ذلك للموافقة على التبرع وتحظر بذلك جميع المنشآت المصرح لها بالنقل ».

منح المشرع المصري من خلال الفقرتين 3 و 4 من المادة 5 المذكورة أعلاه للمتبرع حق العدول عن موافقته قبل إجراء عملية الاستئصال وليس بعد ذلك، كما وأنه إذا ثبت عن المتبرع تكرار هذا التصرف دون مبرر مشروع، فلا يسمح له بالتبرع، كما يتم إخطار جميع المنشآت المصرح لها بالنقل. وحسنا فعل المشرع المصري بهذا الاجراء الردعي للمتبرع، حتى لا يتلاعب بمشاعر المريض الذي حتما سيؤثر فيه تراجع المتبرع سلبيا على حالته الصحية والنفسية، لذا نأمل أن يقتدي به المشرع الجزائري.

اعتبر المشرع الفرنسي من جانبه، أنّ حق المتبرع في العدول عن موافقته حق عام ينطبق على جميع أعضاء الجسم والأنسجة، وهذا ما نصت عليه المادة 1211-2 من قانون الصحة العامة¹.

3 – أن يرد رضا المتبرع في شكلية قانونية محددة:

تكاد تتفق أغلب التشريعات القانونية على ضرورة أن يرد رضا المتبرع مكتوبا، يحتوي على عبارات تدل وتجسد رضاه، وموقعا ليوفر له مزيدا من الحماية². فتشترط الكتابة لأهمية التحقق من رضا المتبرع الذي يجب أن يكون حرا ومتبصرا، كما تظهر أهمية الكتابة بالنسبة للطبيب ومسؤوليته فيما لو ثار ما يوجبها.

1 - L'article 1211-2 du code de la santé publique dispose : « le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ces produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur ce consentement est révocable à tout moment ».

2 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 22.

اختلفت التشريعات في شكلية تعبير المتبرع عن موافقته لاستئصال عضو منه، فهناك من التشريعات التي اشترطت الكتابة¹، وهناك من اشترطت التعبير عن الموافقة أمام رئيس المحكمة².

أ - ضرورة التعبير عن الموافقة كتابيا:

اشتراط المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11³ الكتابة مع أنه لم يذكرها صراحة، غير أنه يمكن فهم ذلك بالرجوع إلى نص الفقرة 6 من المادة 360 والتي تنص على أنه: « يمكن للمتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها ... »، يفهم من نص الفقرة

1 - من التشريعات التي تشترط الكتابة للتعبير عن موافقة المتبرع بالاستئصال، نذكر التشريع القطري الذي اشترط أن تكون موافقة المتبرع في شكل إقرار كتابي، يشهد عليه شاهدين اثنين، وهما تؤكد المادة 4 من القانون رقم 21 لسنة 1997، والتي تنص على أنه: « للشخص كامل الأهلية قانونا أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه، بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدان كاملا الأهلية ».

كما نجد التشريع الكويتي رقم 7 لسنة 1983 الخاص بعمليات نقل الكلى في مادته الثالثة التي اشترطت ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي، وهو ما أكدته أيضا القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 المتعلق بزرع الأعضاء البشرية في مادته الثانية.

أما المشرع المصري، فقد نص في المادة 1/5 من اللائحة التنفيذية، على أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة لا بشوبها غلط أو تدليس أو إكراه، وثابتا بموجب إقرار كتابي من المتبرع، معزز بشهادة اثنين من الأقارب من الدرجة الأولى، أو مصادق عليه من الشهر العقاري. تضيف المادة 2/5 من القانون رقم 5 لسنة 2010، على أن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضا، وثابتة بالكتابة على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية. راجع: نسرین عبد الحمید نبیه، مرجع سابق، ص 138. كذلك: مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 270. انظر كذلك: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص ص 219 - 220.

2 - اشترط التشريع المغربي وفقا للمادة 10 من القانون رقم 98 لسنة 2016، أن يعبر المتبرع عن موافقته على أخذ عضو منه أمام رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مقر إقامة المتبرع، أو أمام قاضي من المحكمة المذكورة يعينه الرئيس خصيصا لذلك، ويساعد القاضي طبيبان يعينهما وزير الصحة باقتراح من رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية، يعهد إليهما بأن يشرحا للمتبرع وللقاضي أبعاد عملية التبرع والفائدة العلاجية المرجوة للمستفيد، ثم يتم استطلاع رأي وكيل الملك لدى المحكمة في الموضوع بطلب من رئيس المحكمة أو من القاضي المنتدب، ويحرر الرئيس أو القاضي المنتدب محضرا بموافقة المتبرع، ثم تسلم نسخة من المحضر موقعة من طرف المسؤولين عن عملية أخذ أو استئصال العضو. نقلا عن: علام عمر، مرجع سابق، ص 276.

3 - في حين تنص المادة 2/162 من ق.ح.ص.ت (الملغى) على أنه: « وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة »، يفهم من نص المادة أن المشرع اشترط أن تكون موافقة المتبرع كتابية، وبحضور شاهدين، وتودع تلك الموافقة لدى مدير المؤسسة الصحية، وكذا الطبيب رئيس المصلحة.

أن موافقة المتبرع تتم كتابة بدليل أنه يمكن سحبها وقت ما شاء، فالسحب ينصب على شيء ملموس كالورقة والاستمارة، بالتالي فالمشرع الجزائري أبقى على شرط الكتابة لتعبير المتبرع على موافقته، ولكن بطريقة ضمنية.

ب - إلزامية التعبير عن الموافقة أمام القضاء :

ألزم المشرع الجزائري أن يتم التعبير على موافقة المتبرع أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، والذي يتأكد بدوره مسبقا من أن موافقته حرة ومستتيرة، وأن التبرع قد استوفى كل الشروط المنصوص عليها في القانون، فتنص الفقرة 5 من المادة 360 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستتيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

ولعل تدخل القضاء في موافقة المتبرع بموجب قانون الصحة فيه ضمانة أكبر له، وتأكيدا أن موافقته حرة ومستتيرة، كون أن القضاء جهة محايدة ولا صلة لها بالمؤسسة التي ستجرى فيها عملية الاستئصال، فحسنا فعل المشرع الجزائري.

إنّ تعبير المتبرع عن موافقته أمام رئيس المحكمة دلالة على أن كافة الشروط القانونية مستوفاة سواء في المتبرع أو المتلقي، ولم يبق إلا برمجة الجراح لهذه العملية، لذا يستلزم على المؤسسة الاستشفائية اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير الضرورية لضمان المحافظة على جميع الوثائق المرتبطة بهذه العملية، قصد تمكين الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء من مسك وتسيير بطاقيات المانحين والمستقبلين للأعضاء وفقا للمادتين 5 و7 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء البشرية وتنظيمها وسيرها¹.

اشتراط المشرع الفرنسي في القانون الصادر سنة 1994، أن يتم التنازل عن العضو أمام رئيس محكمة عليا أو أمام قاضي معين من قبله²، دون تمييز بين الأعضاء متجددة

1 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 32.

2 - NEFFUSSY LEROY Nathalie, op.cit, p 132.

أو غير متجددة¹، وهو ما أكدته المادة 1-1231 من قانون الصحة العامة الفرنسي²، والهدف من اخضاع المشرع الفرنسي رضا المتبرع لرقابة السلطة القضائية، تأكد القاضي من وجود علاقة قرابة بين المتبرع والمستفيد، وتأكد من أن رضا المتبرع حر ومتبصر³.

ثانيا - الشروط الخاصة برضا المريض المتلقي:

يعتبر المريض المتلقي طرفا هاما في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والحصول على رضاه يعد أمرا ضروريا لا غنى عنه، باعتبار أن هذه العمليات من التدخلات الخطيرة على جسم الإنسان، وكى ينتج رضا المريض أثره القانوني يشترط أن يكون حرا ومتبصرا ومكتوبا.

1 - ضرورة أن يكون رضا المريض المتلقي حرا:

يعد احترام حرية المريض في اختيار قبول عملية زرع العضو له أو رفضها تأكيدا وتجسيدا لمبدأ احترام إرادته، الذي يعد من المبادئ العامة المستقر عليها⁴. لذا يملك المريض الحرية الكاملة في اختيار التدخل الجراحي أو رفضه⁵، فهو الوحيد المخول له الاختيار بين المحافظة على صحته وتكامله الجسدي، وبين المساس بسلامة جسمه، وهو ما تؤكد المادة

1 - ميز المشرع الفرنسي في القانون الصادر سنة 1976، عند اشتراط الشكلية بين الأعضاء المتجددة والأعضاء غير المتجددة، فعندما يتعلق الأمر باستئصال عضو غير متجدد فإن موافقة المتبرع يجب أن تكون أمام قاضي يكفل القرار الحر والصائب للمتبرع، أما إذا تعلق الأمر بعضو متجدد، فيكفي أن ترافق الكتابة وجود شاهد. نقلا عن:

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 377.

2 - L'article 1231-1 du code de la santé publique dispose: « ...doit exprimer son consentement au don et, le cas échéant au don croisé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui s'assure au préalable que le consentement est libre et éclairé... ».

3 - BINET Jean Renne, Nouveau droit de la bioéthique, Litek, Paris, 2005, p 38.

Voir aussi: ELKANDARI Fayez, op.cit, p 442.

4 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 152. كذلك: أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 140.

5 - يستند حق المريض في رفض العلاج إلى حقه في سلامة جسمه وعدم المساس به إلا برضاه، فهو حق يضمن له حق التقرير فيما يقدم عليه وما يعزف عنه، لذا فالحق مصدر لجعل إرادة المريض تنصدر كل الإرادات الأخرى. وقد أقر المشرع الجزائري بحق المريض في رفض العلاج في عدة نصوص قانونية، فتتص المادة 49 من م.أ.ط على أنه: « يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن ».

وتتص المادة 1/344 من ق.ص.ج على أنه: « في حالة رفض علاجات طبية، يمكن... ».

1/343 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض ».

بالتالي لا يمكن للطبيب الجراح أن يحل محل المريض في اتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية، أو يفرض عليه علاجاً أو تدخلاً معيناً حتى ولو أدى ذلك إلى تحسين حالته الصحية، متى رفض المريض هذا التدخل¹.

يمنع على الجراح الضغط على المريض المتلقي لحمله على قبول العلاج، وإنما عليه فقط محاولة إقناعه بالمنفعة التي سوف تعود عليه من جراء عملية زرع العضو في جسمه، وتشجيعه على اتخاذ القرار الصائب²، وهو ما أكدته المشرع الجزائري بموجب الفقرة 2 من المادة 343 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته ».

يجب أن يصل المريض إلى اتخاذ قرار قبول أو رفض عملية زرع العضو في جسمه بإرادة حرة، مع إدراكه التام بعواقب قراره. فيمنع على الطبيب الجراح اللجوء خاصة إلى التدليس أو الغش لحمل المريض على الموافقة، كأن يكون المريض بحاجة فعلاً إلى العضو فيقوم الجراح بحجب معلومات ضرورية، خاصة ما يتعلق منها بالمخاطر. أو كأن يؤكد الطبيب خلو العملية من المخاطر لغرض انتزاع الموافقة من المريض، وهذه الحالة كثيرة الحدوث بسبب الاعتقاد الخاطئ لدى الأطباء والجراحين، بأن المريض غير قادر على تقدير الأمور تقديراً سليماً، في حين ينسون بأن المريض هو وحده من يملك من الناحية القانونية، سلطة رفض أو قبول ما يقترحه الطبيب طالما أنه كامل الأهلية³.

عليه، يجب أن يصدر رضا المريض المتلقي بعيداً عن أي إكراه أو ضغط، خصوصاً الضغوط العائلية التي تؤثر بشكل سلبي على حالة المريض في اتخاذ القرار الصحيح، فإذا كانت الضغوط العائلية تعد أمراً مقبولاً في مجال العمل الجراحي العادي، فهي لا تعد كذلك

1 - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 168.

2 - إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 118.

3 - عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 556.

في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، لأن هذه الأخيرة تتطوي على الكثير من المخاطر التي لا يعقل أن يترك أمر تقديرها لإرادة الوالدين أو الزوج أو الأقارب، إذا تم التعبير عنها تحت ضغط عائلي¹، عليه يجب أن يكون رضا المريض المتلقي للعضو رضا شخصي².

2 - ضرورة أن يكون رضا المريض المتلقي متبصرا:

يقع على الطبيب التزاما قانونيا بإعلام المريض³ وتبصيره قبل القيام بأي تدخل طبي، وتخلفه عن القيام بهذا الالتزام يترتب آثارا قانونية، ولو لم يرتكب أي خطأ أو تقصير أثناء تدخله الطبي⁴.

عرّف جانب من الفقه الفرنسي واجب الإعلام في المجال الطبي على أنه: « الواجب المحمول على المهني بإعلام المريض بنتائج التدخل إذا كانت النتائج مألوفة وخطيرة وغير استثنائية، ويكون الإعلام نزيها وملائما وواضحا، ولا يسأل المهني على مستوى واجب الإعلام في حالات الاستعجال والاستحالة ورفض المريض سبق الإعلام وثبوت رغبته في التدخل مهما كانت النتيجة »⁵.

يعد إعلام المريض التزاما قانونيا خاصا يقع على عاتق الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي، بضرورة إحاطة المريض علما بكل المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له، وكذا مخاطر العمل الطبي المتوقعة طبقا لقواعد وأصول المهنة المتعارف عليها بناء على المعطيات العلمية الطبية القائمة، كما يجب على الطبيب المعالج أن ينبه المريض إلى الأحوال التي سيؤول إليها في حال تفاقم مرضه أو عند رفضه العلاج⁶.

1 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 256.

2 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 120.

3 - انظر لأكثر تفصيل حول جذور ظهور التزام الطبيب بإعلام المريض: قنيف غنيم، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص ص 47 - 50.

4 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004، ص 128.

5 - كحلون علي، محاضرات في المسؤولية الطبية، ط 1، مجمع الأطرش، تونس، 2018، ص 16.

6 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 3.

يقع هذا الالتزام على عاتق الطبيب مهما كان الإطار التنظيمي الذي يمارس فيه مهامه، سواء كان ذلك في عيادته الخاصة حيث تربطه بالمريض علاقة عقدية، أو في إطار مستشفى عام أين تعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة لائحية، على أساس أن الطبيب مكلف بأداء خدمة عامة، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي من أنه لا وجود لعقد بين المريض والطبيب في إطار المرفق العام، كما يشمل أيضا طبيب الأسنان والقائم بإجراء التحاليل الطبية، وعمليات نقل وزرع الأعضاء وعمليات التخدير والأشعة، أي مهما كان نوع العمل الطبي¹.

يستمد الالتزام بإعلام المريض أساسه من مبدأ حرمة جسم الإنسان، لأن الأصل كل مساس بالجسم محظور حتى ولو كان لهدف شرعي، ما لم تصدر عن صاحبه موافقة مسبقة على التدخل الطبي². فلكل شخص الحق في تقرير مصيره فيما يخص صحته وسلامة جسده، خاصة وأنه يسلم نفسه إلى شخص محترف يضع فيه كامل ثقته³.

يقصد بالرضا المتبصر أو المستتير للمريض في المجال الطبي، أن يتوقف رضا المريض على تزويده بالقدر الكافي من المعلومات اللازمة والضرورية من الطبيب، التي تمكنه من اتخاذ القرار المناسب بشأن حالته الصحية سواء بقبول العلاج أو رفضه⁴. وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 43 من م.أ.ط التي تنص على أنه: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ».

كما أكد المشرع الجزائري على الالتزام بالإعلام في نص المادة 1/23 من ق.ص.ج، الواردة في الفصل الثالث والمعنون بحقوق المرضى وواجباتهم، التي تنص على أنه: « يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها ».

1 - دغيش أحمد، بولنوار عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 84.

2 - HANNOUZ M.M, HAKEM A.R, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Alger, 1993, p 39.

3 - Ibid, p 40.

4 - ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, presses universitaires de Bordeaux, Paris, 1995, p 198.

كما نص على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض قبل أي علاج أو تدخل طبي، بموجب المادة 1/343 من القانون نفسه التي تنص على أنه: « لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض ».

وتزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان التدخل الطبي أمرا ينطوي على الكثير من المخاطر، مما يتطلب معه إلى جانب الحيطة الأخذ برضا المريض، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 44 من م.أ.ط التي تنص على أنه: « يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته ».

كما أكد المشرع الفرنسي على هذا الالتزام في نص المادة 35 تقنين أخلاقيات مهنة الطب¹ الصادر بموجب المرسوم رقم 95-1000²، وأكد عليه أيضا من خلال أحكام قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، الصادر في 4 مارس 2002³ أو ما يسمى بقانون كوشنار⁴، المعدل والمتمم لقانون الصحة العامة الفرنسي، حيث أكدت المادة 1111-4⁵ على ضرورة الإعلام الصريح حول مقتضيات التدخل الطبي لتمكين المريض من اتخاذ القرار المناسب، كما أضافت المادة 1111-2⁶ من قانون الصحة العامة، التزام الطبيب

1 - L'article 35 du code de déontologie médicale dispose: « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins, qu'il lui propose tout ou long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

2 - Décret N° 95-1000 DO 6 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, JORF N°29, de 8 septembre 1995 modifie et complété.

3 - Loi n 2002-303 du 4 Mars 2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, J.O du 5 Mars 2002. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

4 - BISMOUTH Serge, POUTRIN Jean Christophe, et autres, "La loi Kouchner en médecine générale : Le dossier d'abord ? " In : Revue Exercer N°79, Toulouse, septembre-octobre, 2006, p 112.

5 - L'article 1111-4 du code de la sante publique dispose : « Toute personne a le droit d'être informé sur son état de santé, cette information porte sur les différentes investigations, traitement ou action de prévention qui sont proposés, leur utilité leur urgence éventuelles leurs conséquences...cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des professionnelles qui, lui sont applicables... ».

6 - L'article 1111-2 du code de la sante publique dispose : « Toute personne prends avec le professionnel de santé et compte tenu des informations qu'il lui fournit, les concernant sa santé ».

بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، ولا يمكن ممارسة أي نشاط طبي أو تقديم العلاج دون الرضا الحر والمتبصر للمريض.

وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية التي لا تخلو من الخطورة، فإنه من الضروري الحصول على رضا المتلقي قبل إجراء عملية الزرع، فتلزم المادة 364 فقرة 5 من ق.ص.ج على ضرورة إعلام الطبيب الجراح المريض بالأخطار الطبية، فجاء نص المادة كالآتي: « لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و 4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث ». من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري أقر بضرورة إعلام المريض عن الأخطار الطبية المحتملة الوقوع دون أن يوسع نطاق الأخطار الطبية الأخرى الاستثنائية أو غير المحتملة، باعتبار أن المريض هو المستفيد أولاً وقبل كل شيء من عملية زرع العضو في جسمه.

كما تضيف المادة 7/360 من القانون نفسه على أنه: « تقوم لجنة الخبراء بإعلام... وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي ». يتضح من نص المادة أن المشرع أسند مهمة إعلام المريض المتلقي للعضو للجنة الخبراء، التي تقوم بإعلامه بالنتائج المنتظرة من عملية زرع العضو في جسمه، كما تتأكد هذه اللجنة من أن موافقة المتلقي حرة ومستتيرة أيضاً.

إنّ الهدف من هذا التبصير هو أن يعي المريض المستقبل جيداً بأهمية العملية والتدخل الجراحي الذي سيخضع له، ولما قد يتعرض له من مخاطر في الحاضر أو المستقبل، وبالتالي فإن دخول المريض للمستشفى لا يعد حجة على أنه رضا منه¹.

كما يجب على الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء، أن يقدم للمريض فكرة مناسبة للعملية، وتنبئها إلى إمكانية رفض جسمه للعضو الجديد، وما قد يطرأ على حياته من تغيرات²، ويوضح له أيضاً أن الخطر الذي تمثله عملية الزرع أقل بكثير من مخاطر التطور الطبيعي لمرضه على المدى القصير³.

1 - مشكور خليدة، مرجع سابق، ص 49.

2 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 167. كذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 549.

انظر كذلك: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 253.

3 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 383.

ينبغي على الجراح أثناء قيامه بتبصير المريض المستقبل أن يراعي كافة الظروف التي يراها مؤثرة وذات أهمية على الحالة الجسدية والنفسية للمريض¹، كما يجب أن يكون الإعلام بلغة بسيطة ومفهومة وواضحة بعيدة عن التعقيدات² والمصطلحات الطبية العلمية البحتة، كما يتعين على الطبيب الجراح أن يراعي سن المريض وجنسه، وقوة شخصيته ومستوى تعليمه وثقافته مع الأخذ بعين الاعتبار درجة ذكاء المريض ومستواه التعليمي ودرجة استيعابه لما يعرض عليه من معلومات³.

لا يشترط على الجراح أن يقدم للمريض معلومات تقنية تفصيلية، ولكنه ملزم عمليا بجعل المريض مدركا لخطورة حالته الصحية بطريقة عقلانية، مع وجوب اشتغال الإعلام على جميع العناصر التي حددتها تشريعات الدول التي نظمت هذه المسألة، كالتشريع الفرنسي، وذلك في قانون 4 مارس 2002، حيث أوجب أن يشمل الإعلام على العناصر التالية: حالة المريض الصحية، وتشخيص المرض، وطبيعة العلاج المقترح، والبدائل والاختيارات العلاجية الأخرى، وآثار رفض العلاج أو البقاء من دونه⁴.

3 - إلزامية إفراغ رضا المريض المتلقي في شكل قانوني:

اشتترطت معظم التشريعات التي نظمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون رضا المريض مكتوبا، نظرا لخطورة هذه العمليات، وخروجا عن المبادئ والقواعد العامة في المجال الطبي، التي تقضي أنه يمكن أن يكون الرضا الصادر من المريض

1 - Cass. 1^{ère} Civ., du 20 Juin 2000, n° 98-23046. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr
« Les motivations des propositions d'investigations ou de soins, les caractéristiques de ces investigations, de ces soins ou de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus ». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

2 - يلتزم الطبيب بتقديم كل المعلومات للمريض بأبسط طريقة ممكنة وفي الوقت المناسب، وإن اقتضى الأمر يمكن الاستعانة برسوم توضيحية لجسم الإنسان، وأن يتأكد من فهم المريض لكل المعلومات دون لبس أو تحريف عن المعنى المقصود، ويترك له الفرصة للتعقيب، وعليه أن يلتزم بالإجابة على كل استفساراته وتساؤلاته بكل صراحة ووضوح. نقلا عن: سايكي وزنة، الإشكالات القانونية المترتبة عن إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2025، ص 110.

3 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 28. انظر كذلك: بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 195.

4 - BOUSSARD Sabine, "Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'utilisateur de santé?", Revue de Droit Public, L-G-D-J, N°1, Paris, 2004, p 173.

انظر أيضا: قنيف غنيمة، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 19.

بشأن التدخل العلاجي، صريحا أو ضمنيا¹ يستفاد من ظروف الحال، بل يصح أن يكون مفترضا إذا كانت حالة المريض لا تسمح بأن يبدي رضاء صريحا أو ضمنيا ولا يوجد من يمثله قانونا².

اشتراط المشرع الجزائري أن يعرب المريض المتلقي عن رضاه وموافقته بعملية زرع العضو، بحضور الطبيب وأمام شاهدين اثنين، وهو ما تؤكدته المادة 1/364 من ق.ص.ج والتي تنص على أنه: « لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية وبعد أن يكون هذا الأخير قد عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين (2) ».

هناك عدة ملاحظات حول هذه المادة، فهذه المادة تقابلها المادة 1/166³ من القانون الملغى رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والتي تشترط أن يعرب المريض عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين، بمعنى كيفية تعبير المريض عن رضاه لم يتغير، مع أن هناك عدة فراغات قانونية منها:

- فيما يخص كيفية التعبير، لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تعبير المريض عن رضاه، هل بالكتابة أم لا، ففي المادتين لم يشترط المشرع أن يكون التعبير عن الرضا بالكتابة مع أن الكتابة في عمليات نقل وزرع الأعضاء ضرورية جدا وضمانة للمريض المتلقي والطبيب الذي سيقوم بعملية الزرع في حالة وجود مشاكل بعد ذلك.

- فيما يخص الشهود: من يحضر الشهود؟، هل المريض أم المصلحة التي سيتم فيها عملية الزرع؟، كما لم يحدد المشرع الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهدين.

وعليه، يجب على المشرع الجزائري تدارك كل هذه الفراغات القانونية الموجودة في كيفية تعبير المريض المتلقي للعضو عن موافقته لذلك، وإعادة صياغة نص المادة 364 بشكل دقيق أكثر، مع وجوب اشتراط توفر الكتابة من جانب المريض أيضا.

1 - يستفاد الرضا الضمني للمريض من توجهه إلى المستشفى حاملا معه بطاقة الموعد المسجل فيها يوم وساعة إجراء العملية، فتواجد المريض في نفس اليوم والساعة المحدد في بطاقة الموعد رضا ضمني بإجراء العملية الجراحية.

2 - محمد حماد مرهج الهبيتي، مرجع سابق، ص 34.

3 - تنص المادة 1/166 من ق.ح.ص.ت رقم 85-05 (الملغى)، على أنه: « لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين ».

الفرع الثاني

أهلية طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تستلزم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حصول الطبيب الجراح على رضا كل من المتبرع والمريض قبل إجراء التدخل الجراحي المطلوب، لكن ليس هذا فحسب بل يجب أن يصدر الرضا خال من أي عيب من عيوب الإرادة، وباعتبار أن عملية نزع العضو من المتبرع لا تتطوي على أية فائدة للمتبرع، باعتباره الطرف الوحيد المتضرر، فيشترط أن يكون كامل الأهلية (أولاً). في حين يعتبر المريض الطرف الوحيد المستفيد من عملية زرع العضو في جسمه، فلا تشترط الأهلية لديه (ثانياً).

أولاً - وجوب كمال أهلية المتبرع:

يشترط القانون لصحة التبرع أن يكون المتبرع بالغاً سن الرشد، وكامل الأهلية متمتعاً بكامل قواه العقلية، ولا يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية¹، لكن هناك حالات أين قد يسمح للشخص القاصر التبرع لكن بشروط خاصة.

1 - بلوغ سن الرشد كأصل:

يشترط في المتبرع أن يكون بالغاً وراشداً قادراً على إبرام التصرفات القانونية، خصوصاً الخطيرة منها كالمتبرع بالأعضاء البشرية.

والجدير بالذكر، أن العديد من القوانين المنظمة لنقل الأعضاء البشرية نصت على ضرورة أن يكون المتبرع كامل الأهلية²، بينما هناك بعض القوانين الأخرى حددت السن

1 - محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، الإسكندرية، 2001، ص 102.

2 - نذكر من القوانين التي تشترط فقط الأهلية الكاملة للمتبرع دون تحديد السن، القانون القطري، فتنص المادة 4 من القانون القطري رقم 21 لسنة 1997 على أنه: « للشخص كامل الأهلية قانوناً أن يتبرع أو يوصي بعضو أو أكثر من أعضاء جسمه، بموجب إقرار كتابي يشهد عليه شاهدين كاملاً الأهلية ».

كما تنص المادة 2 من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 على أنه: « يجوز للشخص أن يتبرع أو يوصي بأحد أعضاء جسمه ويشترط في المتبرع أو الموصي أن يكون كامل الأهلية قانوناً ».

وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 2 من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987، والمادة 3/2 من القانون المعدل لقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني، والمادة 3 من القانون المصري رقم 05 لسنة 2010، والمادة 2/ب/3 من القانون السوري رقم 31 لسنة 1972. نقلاً عن: افتكار مهيب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 241. كذلك: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 137. انظر كذلك: المهدي علي أحمد، يوسف محمد عبيدات، "نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي"، دراسة مقارنة بالقانونين القطري والمصري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول، 2012، ص 343.

الذي يجب أن يبلغه المتبرع عند التبرع¹.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم يحدد السن الذي يمكن فيه للمتبرع القيام بالتبرع، ونظرا لعدم وجود نص قانوني خاص بأهلية المتبرع في قانون الصحة، تطبق القواعد العامة وهو بلوغ الشخص 19 سنة كاملة وفقا للمادة 40 من القانون المدني، التي تنص على أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ».

2 - حالة جواز الاستئصال من القاصر استثناءً:

ظهر اتجاهان في مدى الاعتداد برضا القاصر، فاتجاه يرفض مطلقا استئصال الأعضاء من القاصر، في حين يوجد اتجاه آخر يجيز استئصال الأعضاء من القاصر بشروط خاصة.

أ - الاتجاه الرافض لاستئصال الأعضاء البشرية من القاصر:

يعتبر هذا الاتجاه الرضا الصادر من المتبرع القاصر معيبا ولا يعتد به، فلا يجوز استئصال الأعضاء إلا من الأشخاص المتمتعين بالأهلية القانونية الكاملة، حيث يتمتع بقدر من الإدراك والتمييز، ومثل هذه التصرفات الخطيرة بالنسبة للجسم لا يملكها إلا الشخص المتصرف نفسه متى كان أهلا لذلك².

كما لا يحق للولي الشرعي إجازة مثل هذه العمليات لأن الولاية فرضت من أجل حماية مصالح القاصر والحفاظ عليها، دون أن تلحق هذه الوسيلة القانونية ضررا بالقاصر، خاصة

1 - يشترط القانون اللبناني في المادة 1/1 على ضرورة أن يكون الواهب قد أتم 18 سنة من عمره، أما القانون اليمني فيشترط ألا يقل عمر المتبرع عن عشرين عاما، وهذا بموجب المادة 3/أ/27 من القانون رقم 26 لسنة 2002. نقلا عن: افتكار مهيبوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 241.

2 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 119. انظر كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 121.

أمام انعدام المصلحة العلاجية وراء الاستئصال أو التبرع¹، والعبرة في ذلك، أنه يمكن افتراض لو كان القاصر راشدا لما قبل بهذا التبرع، لأنه سيضر به لا محال.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه لا يجب أن يكون ثمة استثناء في حظر انتهاك جسم القاصر، ونقل جزء منه ولو كان لمصلحة أحد إخوته أو بقصد علاجه، فكون المتلقي هو أحد إخوة القاصر لا يبرر إعطاء الممثل القانوني الموافقة باستئصال جزء من الجسم المشمول بالحماية، التي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر².

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري إذ منع استئصال الأعضاء من القصر³ ومن عديمي الأهلية، حيث جاء في نص المادة 1/361 من ق.ص.ج على أنه: « **يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية ...** ».

من خلال المادة المذكورة أعلاه، يتضح أن المشرع الجزائري منع استئصال الأعضاء أو الخلايا أو الأنسجة البشرية من القصر، وكذا من الأشخاص عديمي الأهلية وهم الأشخاص الراشدين الذين اعترتهم أحد عوارض الأهلية التي تعد إرادتهم كالجنون والعتة، فالجنون والعتة يعدم أهلية الشخص طبقا لنص المادة 42 من ق.م.ج⁴، فتجعله يفقد القدرة على تقدير الأمور تقديرا سليما.

بالتالي فالمشرع الجزائري من خلال المادة 1/361 من ق.ص.ج المذكورة أعلاه، اشترط احترام أهلية المتبرع، والتأكد من توفرها يقع على عاتق الطبيب الجراح، الذي يجب عليه أن يرفض انتزاع الأعضاء حتى وإن رضي القاصر أو وليه القانوني بذلك⁵.

1 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 31. انظر كذلك: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 137.

2 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 214. انظر كذلك: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 269.

3 - من التشريعات التي اشترطت كمال الأهلية لدى المتبرع، ومنعت استئصال الأعضاء من القاصر، نذكر القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 في مادته 3 التي تنص على: « لا يجوز للمنقول منه أن يتبرع بأحد أعضائه أو بجزء منه أو بأنسجة لنقله إلى آخر إلا إذا كان كامل الأهلية ».

كما نصت المادة 2 من القانون المغربي رقم 16/98 على أنه: « لا يجوز أخذ عضو من أجل زرعه في شخص حي من قاصر أو من شخص حي راشد يخضع لإجراء من إجراءات الحماية ». نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 200. كذلك: افتكار مهيوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 241.

4 - نصت المادة 42 من ق.م.ج على أنه: « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ».

5 - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع...، مرجع سابق، ص 32.

ب - الاتجاه المميز لاستئصال الأعضاء من القصر بشروط:

هناك اتجاه قانوني لم يمنع صراحة استئصال الأعضاء من القصر بل جعلها بشروط وضوابط مشددة، مما لا يشكل خطرا ومخاوف من هذه العملية، وتتعلق هذه الشروط بمن يجوز التبرع لمصلحته، وتحديد الأعضاء التي يجوز نزعها من المتبرع القاصر.

1 - الأشخاص الذين يجوز التبرع لهم:

تشترب بعض التشريعات أن يتم التبرع من القاصر لمصلحة الأخ أو الأخت فقط، وبعد الحصول على موافقة الولي الشرعي للقاصر كالأب أو الأم أو الولي الشرعي والقانوني، مع ضرورة الحصول أيضا على موافقة لجنة الخبراء التي يقع على عاتقها اتخاذ مسؤولية اتخاذ القرار.

حيث أن جعل حدود التبرع من القاصر جد ضيقة تشمل فقط الأخ أو الأخت يضمن نزاهة ونبيل الباعث، ويسمح بتجسيد وتقوية الروابط العائلية، كما يزيد فرص نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كونها تتوفر على شرط تماثل وتوافق الأنسجة بين هؤلاء الإخوة¹.

2 - تحديد الأعضاء التي يسمح من القاصر التبرع بها:

يرى أنصار الاتجاه الذي يجيز استئصال الأعضاء من القاصر بشروط، أن تقتصر الأعضاء التي يسمح باستئصالها من المتبرع القاصر على الأنسجة المتجددة فقط دون غيرها من الأعضاء الأخرى²، فلا يجوز استئصال الكلية أو القرنية لأنها من الأعضاء غير

1 - أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 86. كذلك: إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 141. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 122.

2 - ونشير في هذا الصدد أن التقرير الصادر عن منظمة الصحة العالمية والمتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، قرر في المبدأ الرابع من مبادئه أو قواعده أن النقل من القاصر يكون مقصورا على الأنسجة المتجددة فقط دون غيرها من الأعضاء أو الأجزاء التي متى انفصلت عن الجسم فإنه لا يمكن استبدالها أو تجديدها تلقائيا. نقلا عن: بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 329.

المتجددة¹، والتي يؤدي استئصالها إلى الاضرار بجسم المتبرع القاصر إما في الحال أو المستقبل.

أخذ المشرع الجزائري² بالاتجاه الرافض باستئصال الأعضاء من القصر³ كأصل عام⁴، لكن سائر الاتجاه الثاني الذي سمح للقاصر التبرع بالخلايا المتجددة استثناء، فتنص المادة 361 فقرة 2 و 3 من ق.ص.ج على أنه: « يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي ».

1 - لكن نجد بعض التشريعات كتشريع ولاية تكساس الأمريكية التي تجيز تبرع القاصر بأعضائه ومهما كان نوع العضو، فتجيز تبرع القاصر بكلية حتى وإن كان مجنوناً، شرط أن يكون سنه تجاوز 12 سنة، وبموافقة وليه الشرعي بعد تبصيره بخطورة العملية، وهو ما أخذ به أيضاً التشريعين النرويجي والكندي. انظر: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 150.

NEFFUSSY LEROY Nathalie, op. cit, p 142.

2 - تنص المادة 5/2 من القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، على أنه: « لا يقبل التبرع بالأعضاء أو أجزائها من الأطفال أو عديمي الأهلية أو ناقصيها، كما لا يعتد بموافقة من ينوب عنهم أو من يمثلهم قانوناً، باستثناء الخلايا الأم التي تنقل إلى الوالدين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة، إذا لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، فيجوز التبرع بها بشرط أن تكون هناك موافقة كتابية من والدي الطفل أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو الممثل القانوني لعديمي الأهلية أو ناقصيها ». يتضح من نص المادة، أن المشرع المصري لا يسمح كأصل، بتبرع الأطفال أو ناقص الأهلية أو عديميها، ولا حتى بموافقة من ينوبهم أو يمثلهم قانوناً، لكن استثناء، يمكن نقل الخلايا الأم على أن يقتصر التبرع بها على الأقارب من الدرجة الثانية (الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة)، شريطة عدم وجود متبرع آخر من غير هؤلاء. مع ضرورة صدور الموافقة الكتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة، أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها. نقلاً عن: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 62 - 63. كذلك: محمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص 103.

3 - أخذت العديد من التشريعات بهذا الاتجاه، التي أجازت تبرع القاصر بالأنسجة المتجددة، كالتشريع البلجيكي والفنلندي، وهو ما تضمنته وأكدته أيضاً اتفاقية OVEIDO وهي اتفاقية أوروبية خاصة بحقوق الإنسان والطب الحيوي، وقد أعتها اللجنة الأوروبية بتاريخ 4 أبريل سنة 1997.

4 - راجع الفقرة الأولى من المادة 361 من ق.ص.ج.

يتضح من خلال المادة 361 فقرة 2 و3 أن المشرع أجاز للمتبرع القاصر التبرع فقط بالخلايا الجذعية المكونة للدم¹، كون أن هذه الأخيرة من الخلايا المتجددة واستئصالها لا يؤثر على صحة القاصر بتاتا، ويكون ذلك لصالح الأخ أو الأخت، لكن هناك استثناء بموجب القرار رقم 1626-2021 الصادر بتاريخ 2021² والمنظم لشروط وإجراءات سحب الخلايا الجذعية المكونة للدم (Cellules souches hématopoïétiques)، حيث أصبح يمكن للقاصر أو لشخص محمي قانونا التبرع بهذه الخلايا لأحد والديه، وذلك في الحالة التي لا توجد فيها بدائل علاجية أخرى للمريض المستفيد، ولكن بشروط صارمة قصد حماية المتبرع سواء كان قاصرا أو بالغ تحت الحماية القانونية، ومن هذه الشروط تعيين مشرف خاص (administrateur ad hoc)، وذلك بقرار من المحكمة ليمثله أمام القضاء، كما يتم الاستعانة بلجنة الخبراء للتأكد من رضا المتبرع ومدى إدراكه لآثار العملية.

يمكن تبرير الإجازة المشروطة من المشرع فيما يخص تبرع القاصر، كون استئصال الخلايا الجذعية تعد من العمليات الأقل خطورة من غيرها، وكذا منح فرصة الانتفاع بالأنسجة المتجددة بين الإخوة، خاصة إذا كانت السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الأخ أو الأخت، وفي الوقت نفسه إحاطة القاصر بالحماية القانونية اللازمة، حتى لا يتعرض للضغط العائلي من جهة، ومنعاً لأي استغلال من جهة أخرى.

كما سمح أيضا التبرع لصالح بعض الأقارب على سبيل الاستثناء في حالة غياب حلول علاجية أخرى، أي أن عملية النزع هي الحل الوحيد المتاح لإنقاذ حياة المتلقي المستفيد، على أن يسبق هذا التبرع الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي.

1 - يقصد بالخلايا الجذعية المكونة للدم، خلايا أولية غير متخصصة، توجد بشكل رئيسي في نخاع العظام ودم الحبل السري والدم المحيطي وغيرها، تتمتع بخاصيتين فريدتين هما: -التجديد الذاتي (إنتاج المزيد من الخلايا الجذعية من نفس النوع).

- التمايز (التحول إلى أنواع متخصصة من خلايا الدم، مثل خلايا الدم الحمراء، البيضاء، والصفائح الدموية)، لتجديد إمدادات الدم باستمرار.

تستخدم هذه الخلايا لعلاج بعض السرطانات وأمراض المناعة، كما تم استخدام هذا النوع من الخلايا في التجارب السريرية لعلاج أمراض المناعة الذاتية والأمراض الوراثية وغيرها.

2 - Décret N° 2021-1626 du 10 Décembre 2021, relatif au prélèvement de cellules souches hématopoïétiques sur un mineur au bénéfice de ces parents, ou sur un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

اقتدى المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد بالمشرع الفرنسي الذي حظر استئصال الأعضاء من القصر كمبدأ عام بموجب المادة 2/1241 من قانون الصحة العامة¹، وسمح فقط باستئصال الخلايا المسؤولة عن إنتاج خلايا الدم على مستوى النخاع العظمي Moelle osseuse، لكن بشرط أن يكون المريض المستفيد أخ أو أخت المتبرع، وبموافقة الوالدين في حالة وجودهما، أو إحدهما أو الولي الشرعي². وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن التبرع لصالح بعض الأقارب على سبيل الاستثناء³، بعد موافقة لجنة الخبراء المكونة من 3 أطباء⁴.

ثانيا - عدم اشتراط كمال الأهلية لدى المريض المتلقي:

لاشك أن المريض المتلقي مثل المتبرع يعتد برضائه إذا كان كامل الأهلية، فإذا بلغ المريض سن الرشد وكان متمتعا بالقدرة على التمييز والإدراك وهو بكامل قواه العقلية، فإن رضائه بعملية زرع العضو في جسمه لا يثير أية مشاكل قانونية، بالتالي يعد الرضا الصادر منه صحيحا، لأنه صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادة ترتب آثارا قانونية.

لكن باعتبار المريض هو الشخص الوحيد المستفيد من عملية زرع العضو، فقد تتم هذه العملية ولو لم يكن كامل الأهلية، أو أن حالته الصحية لا تسمح له بالتعبير عن إرادته.

1 - حالة عدم تمتع المريض المتلقي بالأهلية القانونية:

يقصد بذلك عدم اكتمال الأهلية القانونية للمريض، وعدم بلوغه سن الرشد، أو بلوغه سن الرشد لكن قد يعتريه عارض من عوارض الأهلية فتعدمها طبقا للمادة 42 من ق.م.ج⁵

1 - L'article 1241/2 dispose : « aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain, en vue de don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

2 - BOISSIER-RAMBAUD Claude, HOLLEAUX Georges, La responsabilité juridique de l'infirmière, 6^{ème} édition, Lamarre, Paris, 2002, p 60.

3 - Voir l'article 1241/3 du code de la sante publique.

4 - يشترط القانون الفرنسي ألا تقل خبرة لجنة الخبراء عن 20 سنة، كما يجب التأكد من صحة رضا القاصر المتبرع وعدم خضوعه إلى ضغوط عائلية، والتأكد أيضا من احترام إرادته في حالة رفضه للتبرع، فيحق للقاصر الرفض رغم موافقة أهله. راجع في ذلك:

BEN CHABANE Hanifa, "Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant", R.A.S.J.E.B?, N°3, 1999, p 72.

5 - راجع نص المادة 42 من ق.م.ج.

وهي الجنون والعتة. ففي هذه الحالة لا يمكن للمعني بعملية الزرع أن يبدي موافقته على العملية، بالتالي تنتقل الموافقة إلى صاحب السلطة القانونية عليه.

وهو ما تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 3/364 من ق.ص.ج، التي نصت على أنه: « وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة ». فحسب هذه الفقرة، إذا كان المريض مجنونا أو معتوها، انتقلت الموافقة على عملية زرع العضو إلى الأب أو الأم، وفي حالة عدم وجودهما تنتقل الموافقة إلى الممثل الشرعي.

تضيف الفقرة 4 من المادة 364 من ق.ص.ج على أنه إذا كان المريض قاصرا، فيعطي الموافقة بالنزع الأب أو الأم، وفي حالة غيابهما تنتقل الموافقة إلى الممثل الشرعي للمريض، فتتص على أنه: « وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم أو، عند غيابهما، الممثل الشرعي ». وفي كل الأحوال، لا تتم عملية زرع العضو لدى المريض إلا بعد إعلام الأشخاص الذين تنتقل الموافقة إليهم، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث، وهذا طبقا لنص الفقرة 5 من المادة 364 سالفه الذكر¹.

وهذا ما أكدته أيضا المادة 52 من م.أ.ط حيث نصت على ما يلي: « يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ... ».

2 - حالة عدم تمتع المريض المتلقي بالأهلية الفعلية:

قد يكون المريض المستفيد من العضو كامل الأهلية ومتمتعاً بقواه العقلية، غير أن حالته الصحية تمنعه من التعبير عن إرادته الفعلية بخصوص عملية الزرع، كأن تكون حالته الصحية جد متدهورة، أو قد يكون فاقدا للوعي، وفي هذه الحالة حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 3/362 من ق.ص.ج الأشخاص الذين يمكنهم إعطاء الموافقة بشأن عملية

1 - تنص الفقرة 5 من المادة 364 من ق.ص.ج على أنه: « لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرتين 3 و4 أعلاه، بالأخطار الطبية التي يمكن أن تحدث ».

الزرع، وذلك حسباً للأولوية: الأب أو الأم، أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة.

كما اشترط المشرع أن تكون موافقة كل من يحل محل المريض بشأن عملية الزرع كتابياً، وذلك ما أكدته الفقرة 2 من المادة 364 سالفه الذكر التي تنص على أنه: « **وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابياً حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه** ».

يمكن الاستغناء عن موافقة الأسرة أو الممثلين الشرعيين للمريض المتلقي، الذين يمكنهم إعطاء الموافقة بدلاً عنه، إذا كانت هناك ظروف استثنائية أين لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بمن يمثل المريض، وحالة المريض الصحية لا تسمح له بإعطاء موافقته، وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته، ففي هذه الحالة يمكن للطبيب الجراح القيام بعملية الزرع دون الحصول على الموافقة، وهو ما أكدته الفقرة 6 من المادة 364 من ق.ص.ج، التي نصت على أنه: « **يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقي الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته** ».

ويثبت هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة وشاهدان (2) اثنان¹.

حسب الفقرة 6 المذكورة أعلاه، يمكن الاستغناء عن موافقة المريض المتلقي إذا كانت حالته الصحية لا تسمح بذلك قصد تقديم العلاج المناسب وإنقاذ حياته. وحسناً فعل المشرع الجزائري بسماعه للطبيب تقديم العلاج الضروري للمريض دون الحصول على موافقته بسبب حالته الصحية، آخذاً بعين الاعتبار المحافظة على صحة المريض وحياته وسلامته الجسدية

1 - تنص المادة 2/344 من ق.ص.ج على أنه: « **غير أنه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة** ».

باعتبارها المصلحة الأولى بالرعاية، ومن جهة أخرى التخفيف على الطبيب بتوفير الحماية القانونية له، وجو من الطمأنينة أثناء ممارسته للنشاط الطبي.

إذ يحل الطبيب محل المريض المتلقي وكل من له الحق في إعطاء الموافقة بشأن عملية الزرع، بسبب ظروف استثنائية حلت بهذا المريض، ولكن لم يوضح المشرع الجزائري بدقة ما المقصود بالظروف الاستثنائية، هل هي حالة الاستعجال المعروفة في المجال الطبي؟ والتي يقصد بها الحالة الخطيرة التي يتواجد فيها المريض والتي تقتضي التدخل الفوري للطبيب، لإنقاذ حياة المريض من الخطر المحقق الذي يهدد حياته بالموت، أو بتلف عضو من أعضائه ويكون فيها فاقدا للوعي، أو أن حالته النفسية لا تسمح بأخذ إذنه¹، أم لها معنى محدد آخر في مجال زرع الأعضاء.

كما اشترط المشرع أيضا بموجب المادة 6/364 من ق.ص.ج سالف الذكر، أن تثبت الحالة الصحية للمتلقي العاجز عن إبداء موافقته، من قبل الطبيب رئيس المصلحة التي يتواجد فيها هذا المريض، وشاهدان اثنان، وكلها ضمانات قانونية بجدية خطورة حالة المريض، وحتى لا تسمح الظروف العادية للجراح أن يمس جسم المريض كلما سمحت له الفرصة، بل تلك الحالة يجب أن تثبت، ويثبت عجز المريض عن إعطاء موافقته بشأن عملية الزرع.

المطلب الثاني

عدم توفر الضمانات الطبية لإنجاح نقل وزرع الأعضاء البشرية

تستلزم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة ضمانات لإنجاحها، بالتالي فإن عدم توفيرها سيؤدي حتما إلى فشلها وعدم تحقيق الهدف المنشود منها، وهو شفاء المريض. ويتعلق الأمر بنوعين من الضمانات، الضمانات الصحية والتي تتمثل في ضرورة الحفاظ على الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض، والتحقق من تطابق أنسجتهما، وكذا الحفاظ على العضو المستأصل (الفرع الأول).

1 - أسامة عبد العليم الشيخ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة، في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 90.

أما النوع الثاني من الضمانات فهي تتعلق بضرورة توفر الكفاءة الطبية المناسبة لمثل هذه التدخلات الجراحية الخطيرة، مع ضرورة إجرائها في الأماكن المخصصة لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تخلف الضمانات الصحية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعد توفير كل الظروف الملائمة لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأولويات، وذلك لضمان نجاحها، باعتبارها تدخلات جراحية جد خطيرة تمس بجسم كل من المتبرع وكذا المريض المتلقي. لذا يقتضي الأمر الحفاظ على الحالة الصحية لكل منهما (أولاً)، كما يجب أيضاً لضمان نجاح هذا النوع من العمليات توافق أنسجة كل من المتبرع والمريض المتلقي (ثانياً).

أولاً - عدم الحفاظ على الحالة الصحية للمتبرع والمريض:

يتعين على الطبيب الجراح قبل إجراء عملية استئصال العضو من المتبرع، أو عملية زرع العضو في جسم المتبرع له المتلقي، أن يجري موازنة بين المخاطر والأضرار التي قد يتعرض لها كل من الطرفين من جهة، والفائدة والمزايا التي يستفيد منها المريض من جهة أخرى.

يستوجب الحفاظ على الحالة الصحية لطرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء تحقيق المعادلة التالية، عدم تضرر المتبرع من عملية الاستئصال، وعدم تدهور الحالة الصحية للمريض المتلقي، بالتالي فإن فشلها مرتبط بعدم توفر الشروط الآتية:

1 - عدم توفر شرط السن:

يرتبط نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بشرط السن ارتباطاً وثيقاً، باعتبار أن نسبة نجاحها تزداد وتنقص بالنظر إلى سن أطرافها، فيشترط أغلب الأطباء أن يتراوح سن الأطراف بين 10 سنوات على الأقل و50 سنة على الأكثر، غير أنه لا يوجد أي مانع من أن يقل السن عن هذا أو يزيد¹، فكبر وتقدم الشخص في السن قد يعرضه للمرض، أو أنه لا

1 - BEN CHABANE Hanifa, op. cit, p 70.

يستطيع أن يتحمل تلك العملية بسبب ضعف جسمه، كما قد تترتب آثارا أكثر خطورة إذا كان الشخص الخاضع للعملية صغيرا في السن، فلن يستطيع تحمل آثار العملية وهو ما قد يعرضه لمضاعفات خطيرة في المستقبل¹.

2 - عدم القيام بالفحوص والتحاليل الطبية اللازمة:

تتطلب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، قيام الأطباء بمجموعة من الفحوص والتحاليل الطبية²، للتأكد من الحالة الصحية للأطراف المعنية، ومدى تقبل جسم المريض المتلقي للعضو المزروع، لذا يجب على الطبيب الجراح أن يقوم بفحص المريض والمتبرع قبل التدخل الجراحي المزمع إجراءه، فبالنسبة للمريض المتلقي، فعلى الجراح أن يقوم بفحصه بدقة وعناية قبل إجراء العملية الجراحية³، ولا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو محل عملية الاستئصال فقط، وإنما على الحالة العامة للمريض.

والأمر نفسه بالنسبة للمتبرع، فيجب التأكد من البداية أن استئصال العضو لا يشكل خطرا على حياته، وهو ما تؤكد المادة 1/360 من ق.ص.ج التي نصت على أنه: « لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرّض حياة المتبرع إلى خطر ».

عليه، يمتنع استئصال الأعضاء البشرية إذا كان سيؤدي إلى إحداث مرض للمتبرع لم يكن موجودا قبل عملية الاستئصال، أو تفاقم مرض كان يعاني منه بالفعل قبل ذلك، فلا بد من المحافظة على الوضع الصحي للمتبرع، وعلى سير أجهزة جسمه لأداء وظائفها بصورة طبيعية.

كما يشترط على كل من المتبرع والمتلقي القيام بمجموعة من التحاليل، من بينها

1 - معاشو نبالي فطة، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2014، ص 33.

2 - نصت الفقرة 2 من المادة 359 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما ».

3 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 421.

القيام باختبار الإيدز قبل وبعد العملية¹، فقد أثبت علميا أن هذا المرض ينتقل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كحالة زراعة الكبد أو الكلى، وكذا حالة زراعة قرنية العين، والسبب في ذلك يعود إلى غياب خلايا المناعة في الجسم، هذه الأخيرة التي تلعب دور الرقابة على الخلايا السرطانية، وتقضي عليها في مهدها، فغياب خلايا المناعة يتيح الفرصة لنمو الخلايا السرطانية وتحفيزها للعمل في العديد من الأنسجة والغشاء المخاطي².

ويشترط أيضا أن يكون المتبرع خاليا من الالتهابات البكتيرية والفيروسية والفطرية، ولا يجب أن يكون مريضا يعاني من جراء تناول الأدوية المثبطة لجهاز المناعة، أضف إلى ذلك، يجب أن تكون الحالة النفسية للمتبرع مستقرة قبل إجراء عملية نزع العضو منه³.

يكمّن الهدف من كل ذلك في الوقاية الصحية، فيخشى عند إجراء عملية نزع العضو من المتبرع لزرعه في جسم المتلقي، أن ينتقل نفس المرض الذي أصاب المتبرع إلى المريض⁴. لذا يمنع استئصال الأعضاء من أشخاص مصابين بأمراض معدية، وهو ما تؤكدته المادة 1/361 من ق.ص.ج التي نصت على: «... كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي».

وعليه، يحظر انتزاع الأعضاء البشرية من شخص حي مريض بداء السكري أو الضغط الشرياني أو الربو لأنها أمراض تعيق نجاح عملية الاستئصال، وتؤثر سلبا على صحة المتبرع، كما يجب تجنب استئصال الأعضاء من المتبرع الحي المصاب بأمراض معدية كالسل والإيبولا وأنفلونزا الخنازير والتهاب الكبد الفيروسي، لأنها أمراض معدية تضر

1 - KHAMMARI Haïfa, Le don d'organes, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, université de Tunis El Manar, 2007, p 46.

2 - أحمد محمد لطفي، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 176.

3 - PAYSANT François, "Prélèvements et transplantation d'organes". www.med-univrennes.fr étude médecine-légale. p 2.

4 - CLAEYS Alain, HURIET Claude, op.cit, p 26.

بصحة المريض المتلقي¹.

3 - عدم حفظ العضو المستأصل:

يشترط في عملية نزع العضو من المتبرع، أن يكون العضو المتبرع به من الأعضاء المزدوجة الداخلية للجسم، وأن يثبت أن العضو المتبقي قادر على القيام بوظائفه بصفة عادية²، كما لا يجب أن يقع الاستئصال على عضو أساسي للحياة كالقلب، لأنه سيؤدي حتما إلى وفاة المتبرع، ولو تم ذلك بموافقة، فالطبيب الجراح الذي يجري هذه العملية يعد مسؤولا عن جريمة قصدية، لأنه متيقن أن استئصال عضو أساسي من جسم إنسان سليم سيعرض صاحبه للموت³.

يقع على عاتق الجراحين واجب حفظ العضو المستأصل قبل إجراء عملية الزرع، طبقا للمتطلبات العلمية في المجال الطبي خلال المدة الزمنية التي تسمح بالمحافظة على صلاحية العضو المراد نقله إلى جسم المريض ومنع تلفه⁴. كما ينبغي على الطبيب الجراح أن يثبت قبل إجراء عملية الزرع، مدى صلاحية العضو طبيا وخلوه من الأمراض أو الجراثيم مما قد يسبب ضررا جسيما للمتلقي⁵ ومدى تقبل جسمه لهذا العضو، فإذا ثبت رفض جسم المتلقي للعضو المستأصل، فلا فائدة تبرر عملية الزرع.

تختلف مدة حفظ العضو المستأصل حسب تكوينه التشريحي⁶، والثابت علميا في هذا المجال هناك بعض الأنسجة كالشرايين والأنسجة العظيمة، يمكن أن تبقى لساعات طويلة

1 - الداوي نجاه، مرجع سابق، ص 106.

2 - حمادي عبد النور، "الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص 147.

3 - بوترعة عبد القادر، "الضوابط الطبية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالح أحمد، النعامة، المجلد 08، العدد 01، 2022، ص ص 661 - 662.

4 - معاشو نبالي فطة، الترخيص القانوني...، مرجع سابق، ص 35. انظر كذلك: علام عمر، مرجع سابق، ص 292. DUPONT Marc, ESPER Claudine, PAIRE Christian, op.cit, p 395.

5 - محمود السيد عبد المعطي خيال، مرجع سابق، ص 109.

6 - BENIDICTE Folsheid, "Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d'un organe contaminé", Revue de Droit Sanitaire et Social, N°2, Paris, 2004, p 290.

دون تزودها بالدم اللازم لها، ولا يصيبها أدنى تلف، بالمقابل نجد الأعضاء المركبة كالقلب والكبد تتلف بسرعة إذا ما تعرضت لنقص الدم، فهذا النوع من الأعضاء يتلف في مدة زمنية قصيرة لا تتعدى بضع ساعات فقط¹.

حاول الأطباء التغلب على مشكل حفظ العضو من التلف باستعمال بعض الأساليب الخاصة، منها حقن أنسجة الكبد بسوائل الدكستران وحفظها في درجة منخفضة ما بين 15 إلى 20 درجة مئوية، وكذا استعمال غرف خاصة مجهزة بالأكسجين².

أما فيما يخص حفظ الكلى لمدة أطول دون تلفها، فنجد طريقتين مختلفتين لحفظها:

1 - طريقة كلين: ونعني بها غسل الكلية بمحلول بارد ووضعها في درجة منخفضة تصل إلى 4 درجات مئوية، وتكون صالحة للنقل لمدة 24 ساعة.

2 - طريقة حقن الكلية بمادة كيميائية وحفظها في درجة حرارة منخفضة، وتسمح هذه الطريقة بحفظ الكلية لمدة تتراوح بين 24 و72 ساعة³.

اهتم المشرع الجزائري بمسألة الحفاظ على الأعضاء والخلايا والأنسجة البشرية المستأصلة، فنصت المادة 357 من ق.ص.ج على أنه: « ينشأ، كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدد شروط وكيفيات إنشائه وسييره عن طريق التنظيم ». فحسب هذه المادة وكلما اقتضت الضرورة، يمكن إنشاء هيكل خاص في المستشفى الذي يتم فيه إجراء عملية نزع وزرع الأعضاء البشرية، يتولى الحفاظ على الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، كما تشترط موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي، عند استئصال العضو من

1 - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015، ص 146. كذلك: محمد عبد الجواد الننتشة، مرجع سابق، ص 71 - 75. انظر كذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 140. انظر كذلك: جاري بسمه، الذهبي ثورية، مرجع سابق، ص 119.

2 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 91.

3 - مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 140 - 141.

متبرع حي لغرض الحفظ.

ثانيا - عدم تحقق التطابق النسيجي بين المتبرع والمريض المتلقي:

يعتبر تحقق التوافق النسيجي بين المتبرع والمريض المتلقي، من العوامل الأساسية في نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذا يجب على الطبيب الجراح أن يتأكد من توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المتلقي¹، فأكثر ما يهدد ويعيق نجاح هذه العمليات هو ظاهرة رفض جسم المريض المتلقي للأجسام الجديدة المزروعة في جسمه (Le phénomène de rejet)².

استطاع الأطباء بفضل التقدم الطبي، التحكم في ظاهرة رفض الأجسام الغريبة³ خصوصا بعد اكتشاف عقار السيكلوسبورين⁴ (Cyclosporine A)، الذي يستخدم بعد زرع العضو الجديد في جسم المريض، بهدف تثبيط الجهاز المناعي لجسمه، حيث ارتفعت نسبة نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى حوالي 80 % بالمئة بعد استخدام هذا العقار⁵.

1 - MALICIER D, MIRAS A, FAIVRE P, La responsabilité médicale, 2^{ème} édition, ESKA, Paris, 1999, p 244.

2 - « Le rejet de la greffe est défini par la non prise du greffon chez le receveur ou par une aplasie secondaire qui suit une prise de greffe ». Voir : AHMED NACER Redhouane, Le typage HLA dans le bilan pré greffe d'organes (moelle osseuse et rein) à partir de donneurs vivants apparentés, thèse pour le diplôme de docteur en sciences médicales, Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales, université d'Alger, 1993, p 53.

3 - يعد الطبيب تاجيليا كوزي (Taglia COZZI) أول من تنبه لظاهرة الرفض في القرن السادس عشر ميلادي، حينما قام بإعادة تركيب أنف مقطوعة بواسطة قطعة مأخوذة من ذراع مريض، حيث قال حينها: « إن ذاتية كل فرد تجعلنا نبتعد عن محاولة زرع جسمه بعضو مأخوذ من جسم آخر، ذلك أن قوة الذاتية داخل كل شخص تبلغ من القوة والصرامة الحد الذي تمنع فيه أخذ أي عضو من شخص آخر. والطبيب الذي يفكر في نقل الأعضاء من شخص إلى آخر إنما يفتقر في الواقع إلى معرفة العلوم الطبيعية، ويجعلنا نعتقد أن تفكيره خرافي وغير علمي ». نقلا عن: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص ص 8 - 9.

4 - اكتشف عقار السيكلوسبورين سنة 1970 أثناء البحث عن عقاقير جديدة ضد الفطريات، وفي سنة 1976 توضح أن هذا العقار له مقدرة في إلغاء الاستجابة المناعية دون أن يلحق أي ضرر بالنخاع، وفي سنة 1978 قدمت النتائج الأولى بخصوص استعماله كعقار مثبط للمناعة عند الإنسان، ليكون بعد ذلك العقار الأساسي في عملية تثبيط المناعة. نقلا عن: علام عمر، مرجع سابق، ص 176.

5 - GOULD Dinah, Le corps humain étude, structure et fonction, 2^{ème} édition, De Boeck, Bruxelles, 2001, p 460.

آيات طلال حميدي، زراعة الأعضاء بين الطب والشرعية والقانون، رسالة علمية قانونية أعدت لنيل الإجازة في المحاماة، نقابة المحامين، سوريا، 2024، ص 06.

إلا أن هذا النوع من العلاج يفقد جسم المريض المناعة اللازمة، وتجعل المريض المتلقي أكثر عرضة للمكروبات والفيروسات، وقد يؤدي ذلك إلى تسمم دموي قد يؤدي بحياة المريض، لذا أجريت عدة دراسات وأبحاث في هذا الشأن، كالأبحاث التي قام بها علماء معهد البحوث الطبية التابع لسلح البحرية الأمريكية، والتي مكنتهم من التوصل إلى طرق جديدة تحول دون رفض الجسم للعضو المزروع، حتى في حالة عدم توافق الأعضاء الجديدة مع أنسجة جسم المريض¹.

تعتمد هذه الطريقة على حقن جهاز المناعة بنوعين من البروتين، وهو ما يتيح له وقف عمل الخلايا المحفزة على رفض الأعضاء أو الأنسجة المزروعة في جسم المريض المتلقي، وقد أكد هؤلاء العلماء فعالية العلاج، وقلة تكاليفه.

يجب أن نفرق عند نقل العضو وزرعه في جسم المتلقي بين نوعين من الأعضاء، عند نقل نسيج أو عضو بسيط من حيث التركيب التشريحي له، كنقل شريان أو قرنية العين، ففي هذه الحالة فإن النسيج سرعان ما يتآلف مع خلايا جسم المريض، ولا يكون هناك رفض للعضو المزروع، فهو أشبه بالعضو الاصطناعي.

وعند نقل عضو مركب كالكلية أو جزء من الكبد، فهذا النوع من الأعضاء تحتوي في تركيبها على خليط من الأنسجة المتباينة، كالأوعية الدموية أو الليمفاويات أو الأعصاب، وغالبا ما نكون أمام ظاهرة رفض العضو المزروع، حيث أنها لا تتكيف مع جسم المريض².

توصل العلماء في السنوات الأخيرة إلى أنه إذا تجاوز المريض المتلقي مدة سنة من عملية الزرع دون رفض العضو المزروع في جسمه، فلا خطر عليه، ففترة سنة هي أخطر فترة لمعرفة مدى تقبل جسمه للعضو المزروع، وعادة ما يكون نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تلك التي تتم بين الأقارب أو أفراد العائلة، كون أن أنسجتهم متشابهة خاصة التوائم الذين تكون أنسجتهم متطابقة³.

1 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 90.

2 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 139.

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 30.

أكد المشرع الجزائري على شرط تطابق أنسجة المتبرع والمريض المتلقي بموجب المادة 359 من ق.ص.ج، التي نصت على أنه: « يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية ».

الفرع الثاني

غياب الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

اتجهت العديد من التشريعات إلى اشتراط أن يكون الطبيب الجراح الذي يقوم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، من الجراحين الكفاء والذين لهم دراية عالية في هذا المجال، وكذا الحصول على ترخيص قانوني، كون أن هذه العمليات جد خطيرة وتحتاج إلى مؤهلات علمية واسعة (أولا)، كما حددت أغلب التشريعات المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراء هذا النوع من التدخلات الجراحية (ثانيا).

أولا – تخلف الكفاءة المهنية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

باعتبار العمل الطبي يمارس على جسم الإنسان، فيشترط القانون أن تتوافر فيمن يزاول مهنة الطب قدرا من الكفاءة العلمية والفنية¹، فلا يسمح القانون في بعض الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص ومصالحهم، إلا فيمن تتوفر لديهم شروطا محددة،

تكمن رسالة الطبيب في الدفاع عن صحة الأفراد والتخفيف من معاناتهم، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية، وهو ما تؤكدته المادة 07 من م.أ.ط، التي نصت على أنه: « تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب ».

1 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 145.

وحتى لا تتحول الممارسة الطبية في حد ذاتها إلى خطر على المعالج والمريض، فقد اشترط القانون أن يحصل الطبيب على ترخيص قانوني يسمح له إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية. ويقصد بالترخيص القانوني، حصول الطبيب الجراح على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب، في شكل إذن من وزير الصحة يجيز له مباشرة عمله الطبي. وهو ما نصت عليه المادة الثانية 02 من م.أ.ط بنصها على أنه: «تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة أن يكون مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما».

وقد حددت المادة 166 من ق.ص.ج، الشروط التي يجب أن تتوفر في الطبيب والتي نصت على أنه: «تخضع مهن الصحة للشروط الآتية:

- 1 - التمتع بالجنسية الجزائرية.
 - 2 - الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له.
 - 3 - التمتع بالحقوق المدنية.
 - 4 - عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة.
 - 5 - التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.
- يتعين على مهني الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم.
- وزيادة على شروط الممارسة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، البنود من 2 إلى 5، والفقرة 2، المذكورتين أعلاه، يخضع مهنيو الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدد عن طريق التنظيم».

يمنح الترخيص القانوني لمن تتوفر فيه الشروط الواردة في المادة 166 من ق.ص.ج، والملاحظ من استقراء نص المادة عدم ورود مصطلح الترخيص، ولكن ورد في نص المادة 5/186 من القانون ذاته، والتي نصت على أنه: «كل شخص غير مرخص له من الوزير

المكلف بالصحة، يمارس في هيكل أو مؤسسة خاصة للصحة».

وباستقراء المادة 166 من ق.ص.ج المذكورة أعلاه، نجد أنّ المشرع الجزائري قد وضع عدة شروط صارمة للحصول على الترخيص القانوني، رغبة منه في وضع حد لإقبال غير ذي تجربة والكفاءة لإجراء مثل هذه العمليات، لما تنطوي عليه من مساس بسلامة المريض الجسدية، وتكمن الحكمة من اشتراط الترخيص حسب المادة 186 من ق.ص.ج، في جعل ممارسة مهنة التطبيب مشروعة¹، إذ قرر المشرع أحكاما جزائية على الممارسة غير المشروعة للطب والوارد في المادتين 414² و 416³ من ق.ص.ج التي تحيل إلى المادة 243 من ق.ع.ج⁴.

وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تدخل ضمن التدخلات الطبية التقليدية، فيجب أن يتمتع الجراح الذي سوف يقوم بها بخبرة ومهارة عالية في هذا النوع من الجراحة⁵، كما يشترط احترام التخصص الطبي في هذا المجال، وهو ما نجده في الجزائر أين يقوم الجراح المختص بالمسالك البولية بعمليات نقل وزرع الكلى، ويقوم المختص في جراحة العيون بعمليات نقل وزرع قرنيات العين⁶. أما القانون الإنجليزي، فيشترط تكويننا خاصا في الفريق الذي يباشر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حتى لا يبدو في

1 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 68.

2 - تنص المادة 414 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من ينشئ أو ينجز أو يفتح أو يستغل مؤسسة صحية دون الترخيص المنصوص عليه في المادتين 273 و 307 من هذا القانون، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ».

3 - تنص المادة 416 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل شخص على الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات ».

4 - تنص المادة 243 من ق.ع.ج على أنه: « كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئا من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

5 - راشد إبراهيم الشاشاني، مرجع سابق، ص 95.

6 - يشترط المشرع الفرنسي أن يتم زرع الكلى من قبل الأطباء المختصون بالمسالك البولية، نقلا عن:

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 388.

مرحلة التجربة من جهة، وقصد ضمان نسب عالية لنجاح هذه العمليات من جهة أخرى¹. ينبغي أن تكون جهود الطبيب الجراح المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، فلا يعقل أن يستعمل الطبيب وسائل طبية بدائية ثبت عجزها الميداني وتم هجرها، خاصة إذا كانت تشكل خطورة على المريض²، ويجب على الطبيب الجراح أن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة أثناء القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأن يبذل من المهارة والرعاية والحيلة والحذر، ما يجنب مريضه الأخطار والأضرار حتى لا يقع في خطأ التهاون.

كما لا يقف التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بمجرد انتهاء العملية الجراحية، إذ يقع عليه التزام العناية والمتابعة اللاحقة بالمتبرع والمريض، حتى يتفادى ما قد تسفر عليه العملية من نتائج ومضاعفات، فيكون المتبرع والمريض تحت مسؤوليته أثناء فترة النقاهة، ومن واجبه اتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة حدوث مضاعفات، وإلا كان مقصرا ومخطئا³.

أما عن تكييف التزام الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فالأصل في العمل الطبي، فإن مسؤولية الطبيب تبدأ من مفهوم الالتزام ببذل عناية، إذ أجمع الفقه والقضاء على كون التزام الطبيب أمام المريض ينحصر في الالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإن التزام الطبيب اتجاه المريض، هو التزام ببذل عناية، أما بالنسبة لالتزام الطبيب اتجاه المتبرع، فهناك من كيف هذا الالتزام

1 - أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 25.

2 - تعرف الأصول الطبية الثابتة في الطب، بتلك الأصول المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت تنفيذه للعمل الطبي. وتشمل هذه الأصول على نوعين من المعارف، تلك التي أقرها علماء الطب قديما في فروع الطب ومجالاته، وتلك المستحدثة يوميا والمكتشفة تدريجيا على الساحة الطبية. نقلا عن: قنيف غنيم، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص 17.

3 - وهو ما نصت عليه المادة 7 من البروتوكول الملحق باتفاقية أوفيدو، والخاص بنقل الأعضاء البشرية والأنسجة لسنة 2002، التي ورد فيها ما يلي: « يجب أن يكون هناك متابعة مرحلية للمتبرعين والمرضى بعد عملية النقل ». ونصت المادة 11 من البروتوكول نفسه على أنه: « يجب أن يتم فحص الشخص المتبرع وذلك لتقييم المخاطر الصحية والنفسية له ». نقلا عن: رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 2، 2004، ص ص 228 - 229.

بأنه التزام بتحقيق نتيجة مقتضاه سلامة المتبرع من أي ضرر أثناء عملية استئصال العضو منه¹.

أما في مجال نقل الدم، فإن التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة. وفي هذا الصدد، قضت المحكمة العليا، قرارا مؤرخا في 08 أكتوبر 2003، بالمسؤولية الجزائية للأطباء والممرضين الذين قاموا بنقل الدم دون التأكد من فصيلته، مما أدى إلى وفاة الضحية².

ثانيا - عدم توفر الترخيص القانوني لدى المؤسسات الصحية لإجراء نقل وزرع الأعضاء:
نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بتنظيم خاص، فلا يجوز القيام بها إلا في مؤسسات استشفائية عمومية مرخص لها قانونا بذلك، كونها المكان المناسب لإجراء مثل هذه العمليات الهامة والخطيرة، والتي تتوفر على الإمكانيات التي تستلزمها هذه العمليات من جهة، كما أنها تراعي الاعتبارات التي يتطلبها القانون من جهة أخرى، فهي توفر قدرا من الضمان والطمأنينة للمتبرع والمريض على حد سواء.

يتضح مما سبق، أن المشرع الجزائري لا يسمح بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات العمومية التي يحددها وزير الصحة، وذلك من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وعدم خروجها عن الهدف العلاجي الإنساني والمجاني، وهو ما تؤكدته المادة 1/366 من ق.ص.ج، التي نصت على أنه: « لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لنزع الأعضاء ».

1 - حصر المؤسسات الصحية المرخص لها القيام بنقل وزرع الأعضاء البشرية:

أصدر وزير الصحة القرار رقم 19 بتاريخ 23 مارس 1991، يتضمن إنشاء لجنتين طبيتين لنزع وزرع الأعضاء البشرية، وحدد ملحق هذا القرار المؤسسات المرخص لها إجراء

1 - ساييب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 94.

2 - برني نذير، الجرائم المرتبطة...، مرجع سابق، ص 69.

هذه العمليات. لكن ألغي هذا القرار بموجب قرار آخر صادر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، بتاريخ 2 أكتوبر 2002، وتضمن في مادته 2 قائمة بعض المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، بعدها صدر القرار الوزاري رقم 29 بتاريخ 14 جوان 2012، والذي يحدد في مادته 2 قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نزع وزرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية.

تم في سنة 2015 ضبط قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية، وذلك بموجب القرار الوزاري المشترك رقم 48 الصادر بتاريخ 25 مارس 2015، وتتمثل هذه المؤسسات فيما يلي:

أ - زرع الكلى: La greffe rénale

- الشرق:

- . المركز الاستشفائي الجامعي "ابن رشد"، عناية.
- . المركز الاستشفائي الجامعي "توهامي بن فليس"، باتنة.
- . المؤسسة الاستشفائية المتخصصة "عيادة دقي"، قسنطينة.
- . المركز الاستشفائي الجامعي "الدكتور تيجاني دامجي"، تلمسان.

- الغرب:

- . المؤسسة الاستشفائية الجامعية "أول نوفمبر 1954"، وهران.
- . المركز الاستشفائي الجامعي "ندير محمد"، تيزي وزو¹.
- . المؤسسة الاستشفائية المتخصصة لزراعة الأعضاء والأنسجة، البليلة.
- . المركز الاستشفائي الجامعي "مصطفى باشا"، الجزائر العاصمة.

1 - تم إضافة المستشفى الجامعي محمد ندير بتيزي وزو إلى قائمة المؤسسات الصحية الخاصة بزراعة القرنيات والكلية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-467 المؤرخ في 2 ديسمبر 1997، الذي يحدد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وتسييرها، ج. ر. ج. ج. عدد 81، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.

. المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي "لمين دباغين"، الجزائر العاصمة.

– الوسط:

. المؤسسة الاستشفائية المتخصصة في أمراض القلب والشرابين والطب الرياضي

"الدكتور معوش"، (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا)، الجزائر العاصمة.

. المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس "اسعد حساني"، الجزائر العاصمة.

. المركز الاستشفائي الجامعي "نفيسة حمود"، (بارني سابقا)، الجزائر العاصمة.

ب – زرع الكبد: La greffe hépatique (Le foie)

– الشرق:

. مركز مكافحة السرطان، باتنة.

– الوسط:

. مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.

ج – زرع القرنية: La greffe de la cornée

– الشرق:

. المركز الاستشفائي الجامعي "ابن رشد"، عنابة.

. المركز الاستشفائي الجامعي "توهامي بن فليس"، باتنة.

. المركز الاستشفائي الجامعي "حساني عبد القادر"، سيدي بلعباس.

– الغرب:

. المؤسسة الاستشفائية الجامعية المتخصصة في طب العيون، "عيادة بلزرق"، وهران.

. المؤسسة الاستشفائية الجامعية المتخصصة في طب الأطفال "كناستل"، وهران.

. المركز الاستشفائي الجامعي "نذير محمد"، تيزي وزو.

. المركز الاستشفائي الجامعي "فرانز فانون"، البليدة.

. المركز الاستشفائي الجامعي "مصطفى باشا"، الجزائر العاصمة.

– الوسط:

. المركز الاستشفائي الجامعي بباب الوادي، "لمين دباغين"، الجزائر العاصمة.

. المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس، "اسعد حساني"، الجزائر العاصمة.

. المركز الاستشفائي الجامعي "نفيسة حود"، (بارني سابقا)، الجزائر العاصمة.

د – زراعة الخلايا الجذعية المكونة للدم: La greffe des cellules souches hématopoïétiques

– الشرق:

. مركز مكافحة السرطان، باتنة.

. مركز مكافحة السرطان، تلمسان.

– الغرب:

. المؤسسة الاستشفائية الجامعية "أول نوفمبر"، وهران.

. مركز مكافحة السرطان، البليدة.

– الوسط:

. مركز بيار وماري كوري، الجزائر العاصمة.

. المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس، "اسعد حساني"، الجزائر العاصمة.

مما سبق، يتبين أن المشرع الجزائري حصر إجراء عمليات نزع وزرع الأنسجة أو الخلايا أو الأعضاء البشرية، في المستشفيات العمومية التي حصلت على ترخيص من وزير الصحة دون العيادات الخاصة، وهذا من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات، وحرصا منه على عدم خروجها عن الهدف العلاجي لها، وضمانا منه لمجانية هذه العمليات، كما أن إجراء

هذا النوع من العمليات في المستشفيات العمومية يبعد شبهة أي تعامل تجاري بالأعضاء البشرية.

لكن ما يعاب على تلك المؤسسات الصحية المرخص لها بإجراء عمليات نزع وزرع الأنسجة أو الخلايا أو الأعضاء البشرية، تمركز معظمها في الجزائر العاصمة، وهو ما لا يساعد على تلبية احتياجات المرضى، خصوصا المتواجدين في الجنوب مثلا، والذين يصعب تنقلهم إلى الجزائر العاصمة، لذا كان من الأجدر توسيع دائرة المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء هذه العمليات لتشمل جميع ولايات الوطن، وهو ما سيخفف الضغط على المستشفيات المرخص لها، وقصد تلبية احتياجات أكبر عدد من المرضى.

كما لم يحدد المشرع الجزائري مدة صلاحية هذا الترخيص، لكي يتسنى متابعة ومراقبة تلك المؤسسات الصحية، ومدى التزامها بالشروط والضوابط اللازمة لإجراء هذه العمليات، واكتفى بالنص في المادة 3/366 من ق.ص.ج على أنه تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم، عكس المشرع الفرنسي الذي حددها بخمس (5) سنوات قابلة للتجديد¹، وذلك بموجب المادة 1233-1² من قانون الصحة العامة الفرنسي، ويعاقب كل من يخالف شرط الحصول على الترخيص القانوني بالحبس لمدة سنتين، وبغرامة مالية تقدر بـ 30.000 أورو، وذلك طبقا لنص المادة 7/511 من القانون الجنائي الفرنسي³.

وكتشديد لمسألة تحديد مكان إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء، اشترط المشرع الجزائري أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية العمومية على تنظيم طبي وتنسيق استشفائي

1 - DEVERS Gilles, op.cit, p 170.

2 - L'article 1233-1 du code de la santé publique dispose : « les prélèvements d'organes en vue de don à des fins thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative après avis de l'agence de la biomédecine. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable... ».

3 - L'article 511-7 du code pénal dispose: « Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des greffes d'organes, à des prélèvements de tissus ou de cellules, à des greffes de tissus ou à des administrations de préparation de thérapie cellulaires à la conservation ou à la transformation de tissus ou de préparation de thérapie cellulaire dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L1233-1 L1234-2 L1243-2 ou L1243-6 du code de la santé publique ou après le retrait ou la suspension de cette autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amendes ».

عالي الدقة، كي تحصل على الترخيص القانوني¹، وهو ما أكدته الفقرة 2 من المادة 366 من ق.ص.ج، والتي نصت على أنه: « يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي-تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة ».

2 - استحداث الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء :

يشترط المشرع الجزائري لإجراء عمليات نزع وزرع الأنسجة والخلايا والأعضاء البشرية في المؤسسات الصحية المرخص لها، أن يسبقها أولاً رأي الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، فلا يمنح الوزير المكلف بالصحة الترخيص إلا بعد موافقة الوكالة، فهي التي تحدد مدى صلاحية المؤسسة الصحية لإجراء هذه العمليات من عدمه، وقد نص عليها في المادة 356 من ق.ص.ج².

أنشئت الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167³، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁴، كما أنها توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، ويتواجد مقرها بالجزائر العاصمة، وقد تم تحديد التنظيم الداخلي للوكالة بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 يونيو 2016⁵.

يتمثل مهام الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء حسب المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر، في:

- تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن القائمة الوطنية المحددة لهذا الغرض، انطلاقاً من مجموعة المعطيات الاستشفائية.

- 1 - تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم، طبقاً لنص المادة 366 فقرة 3 من ق.ص.ج.
- 2 - تنص المادة 356 من ق.ص.ج على: « تنشأ وكالة وطنية لزراعة الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها. تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم ».
- 3 - مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أبريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 22، صادر بتاريخ 15 أبريل 2012.
- 4 - تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 على أنه: « الوكالة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ».
- 5 - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 23 يونيو 2016، يحدد التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، ج.ر.ج.ج عدد 64.

- ضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول ورفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا.
- تسيير وحفظ بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة والخلايا لأغراض التتبع.
- ضمان تسيير السجل الوطني لمنح الأعضاء المنزوعة.
- إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة لانتزاع وحفظ وتحويل ونقل واستعمال الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية.
- إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها إجراء عمليات انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ومراقبة احترامها بصرامة.
- إعداد واقتراح قواعد توزيع ومنح الأعضاء المنزوعة طبقا لمبادئ الإنصاف والقواعد الطبية والأخلاقية حسب الطابع الاستعجالي الذي يمكن أن تكتسبه بعض دلائل الزرع.
- وضع الشروط الضرورية لإنشاء بنوك الأنسجة والخلايا وقواعد تسييرها، ومراقبة نشاطاتها وعرضها للمصادقة بقرار من الوزير المكلف بالصحة.
- إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها القيام بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا، ومراقبة مطابقة تسيير هذه المؤسسات وكذا بنوك الأنسجة والخلايا البشرية، للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.
- تقييم النتائج المختلفة للزرع¹ ومتابعة تطور الحالة الصحية لمستقبلي الزرع من

1 - عقدت لجنة الصحة والعمل والتكوين المهني والشؤون الاجتماعية للمجلس الشعبي الوطني، يوم الأربعاء 26 نوفمبر 2025، جلسة استماع لتقديم عرض حول مهام الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وأقاربها، برئاسة السيد "ناصر بوجليطة"، حيث قدمت المكلفة بتسيير الوكالة "فريال حسان"، عرضا تطرقت فيه إلى مهام هذه الوكالة والتي تم تفعيلها سنة 2015، وذكرت أنه إلى غاية 30 سبتمبر من نفس السنة، تم إحصاء 140 عملية زراعة الكلى، 98 عملية زرع القرنية، 412 عملية زرع الأنسجة، كما تطرقت إلى إنجازات الوكالة، منها تكوين مختصين في زراعة الكبد، وأطباء الكلى والتخدير داخل وخارج الجزائر، وتنظيم أيام تكوينية وملتقيات على مستوى المراكز الاستشفائية، كما يتم العمل على إتمام النصوص التنظيمية الخاصة بزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا، مواصلة عمليات التدقيق على مستوى مراكز استشفائية أخرى، وكذا تنسيق التبرع بالأعضاء وزرعها على مستوى المراكز المرخصة، مع إتمام قائمة الانتظار الخاصة بالمتبرعين المتوفين دماغيا، وقد تم تهيئة الاتفاقية المبرمة مؤخرا بين وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي ووزارة الصحة لأجل زراعة الكبد لدى الأطفال.

لأكثر تفصيل انظر الموقع: <https://www.aps.dz/algerie/actualite-nationale/migde0s8>، الذي تم الاطلاع عليه بتاريخ 2025/12/01 على الساعة 10:00.

خلال متبرعين في حالة موت دماغي، ومتبرعين ومستقبلين للزرع من خلال متبرعين أحياء مع الفرق الطبية الجراحية المعنية.

مما سبق، يتضح أن للوكالة مهام كثيرة أسندت إليها بهدف تطوير وترقية مجال نقل وزراعة الأعضاء، ومنعا للإتجار بالأعضاء البشرية. وما تجدر الإشارة إليه، فإن الجزائر تعد متأخرة في إنشاء مثل هذه الوكالات مقارنة بعدد من الدول العربية على غرار تونس مثلاً¹.

تم إنشاء وحدة بحث في مجال انتزاع وزرع الأعضاء تلحق بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، بموجب القرار الوزاري المشترك بتاريخ 17 يناير 2018²، تكلف هذه الوحدة بمهام منها³:

- القيام بالأبحاث في مجال تطوير تقنيات الكشف والتشخيص وانتزاع وزرع الأعضاء.
- القيام بالأبحاث في مجال تطوير تقنيات حفظ ونقل الأعضاء المراد زرعها.
- المساهمة في إعداد البرامج الوطنية في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء.
- ترقية قواعد البيوأخلاقيات والممارسات الحسنة المتعلقة بانتزاع وزرع الأعضاء، وحفظ ونقل الأعضاء المراد زرعها في إطار الأمن الصحي.
- إجراء كل بحث آخر ذي صلة بميدان نشاطها.

-
- 1 - أنشأت تونس المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء سنة 1995 بموجب القانون رقم 49، المؤرخ في 12 جوان 1995، والذي يعد مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويخضع المركز الوطني للنهوض بزرع الأعضاء لإشراف وزارة الصحة العمومية، ومقره تونس العاصمة. كما تم إنشاء جمعية تونسية للتحسيس بزرع الأعضاء سنة 1998. نقلا عن: أكرور ميريام، "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المنعقد أيام 20 و21 و22 أبريل 2009، ص 07.
 - انظر كذلك: بلقواس ابتسام، التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص 71.
 - 2 - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 17 يناير 2018، يتضمن إنشاء وحدة بحث في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء، تلحق بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ج.ر.ج. عدد 17، صادر بتاريخ 18 مارس 2018.
 - 3 - راجع المادة 1 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 17 يناير 2018 سابق الذكر.

وهو ما كرّسه أيضا التشريع الفرنسي¹، الذي أنشأ مؤسسة أطلق عليها وكالة الطب البيولوجي Agence de la biomédecine، بموجب القانون رقم 2004-800 المتعلق بالطب البيولوجي، تهتم بكل الممارسات الطبية الحديثة وكذا تسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء²، والتي عوضت المؤسسة الفرنسية للزرع³.

نجد إضافة إلى الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، المراكز الوطنية المتخصصة في نقل الدم، إذ تتم عمليات نقل الدم في مؤسسات معتمدة، ومن هيئات تشرف على عمليات نقل وحقن الدم، فنجد **الوكالة الوطنية للدم**⁴، تتولى هذه الوكالة حسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم:

- إعداد واقتراح سياسة عامة لتوزيع الدم ومتابعة تطبيقها.
- التكفل بالاحتياجات الوطنية المتعلقة بمواد الدم.
- تحديد شروط إعداد واقتراح قواعد الممارسات الحسنة للحقن، والمقاييس المتعلقة بمراقبة الدم ومشتقاته.
- ترقية عملية التبرع بالدم وجمع وتحضير وتأهيل وتوزيع مواد الدم غير الثابتة.
- تنسيق نشاطات الوكالات الجهوية للدم.
- كما تعمل على مسك بطاقيات وطنية وجهوية خاصة بالمتبرعين بالدم، والمتبرعين بالأنخاع العظمي بهدف تحديد مصدر هذه المواد.

ونجد أيضا **الوكالة الجهوية لنقل الدم**، والتي تتولى عدة مهام حسب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم، فهي تتكفل بضمان النشاطات المرتبطة بحقن الدم على المستوى المحلي، وتنسيق نشاطات مراكز الدم الولائية

1 - نص المشرع المصري في المادة 09 من القانون رقم 05 لسنة 2010، على إنشاء لجنة عليا لزرع الأعضاء تختص بإدارة وتنظيم عمليات نقل الأعضاء، وتحديد الشروط الطبية والإشراف والرقابة على هذه المؤسسات. نقلا عن: موسى العجلة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 312.

2 - MENGUY Edgar, op.cit, p 66.

3 - Art 1418 du code de la santé publique français, sur : www.legifrance.gouv.fr

4 - تم إنشاء الوكالة الوطنية للدم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 09 أبريل 1995، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-258، المؤرخ في 11 أوت 2009، ج. ر. ج. ج عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

المذكورة في المادة 32 والتابعة لاختصاصها.

أضف إلى كل ما سبق، نجد مراكز حقن الدم وبنوك الدم¹، تتكفل بتنظيم برامج جمع تبرعات الدم ووضع قوائم وبطاقات خاصة بالمتبرعين، والمشاركة في النشاطات التي تهدف إلى ترقية التبرع بالدم، وكذا ضمان مراقبة طبية للمتبرعين بالدم وفصائل الدم وتحضير مشتقاته غير الثابتة وتوزيعها، وتتكفل بنوك الدم بتوزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة التي تتسلمها من مراكز الدم أو من وحدات حقن الدم.

ويخضع توزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة لمجموعة من الشروط المحددة في المادة 2 من القرار الوزاري الصادر عن وزير الصحة والسكان، والمؤرخ في 24 ماي 1998، إذ شددت على ضرورة المحافظة على صحة المتبرع بالدم وعدم الحاق الضرر به، مع وجوب قيام عملية نقل الدم على مجموعة من المبادئ الأخلاقية، كالسرية، وعدم الحصول على مقابل مادي، وكذا تحديد سن المتبرعين بما لا يقل عن 18 سنة، وألا يتجاوز 65 سنة وهو ما أكدته المادة 369 من ق.ص.ج، التي نصت على أنه: **« يجب أن لا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية ».**

1 - تم إنشاء هذه المراكز بموجب القرار الوزاري الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 1998، المتضمن تسوية هياكل حقن الدم وإنشائها وصلاحياتها، لكن ألغي هذا القرار، وصدر القرار الوزاري رقم 198 بتاريخ 15 فيفري 2006، يتضمن إنشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم، وهي تابعة للقطاع الصحي أو المراكز الاستشفائية المتخصصة.

الفصل الثاني

الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى

ترتبط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء بعدم المساس بأعضاء المتبرع التي قد تؤدي إلى هلاكه، واقتصارها على الأعضاء المزدوجة والمتجددة، إلا أن هذه العمليات لا تسدّ النقص والحاجة المتزايدة للأعضاء المطلوبة من المرضى الذين يحتاجون إلى استبدال أعضائهم التالفة، ونظرا لقلّة التبرع والأعضاء المتبرع بها، أصبح البحث عن مصدر آخر للأعضاء أمرا لا بدّ منه، فظهرت جثث الموتى كأحسن مصدر للأعضاء خصوصا المنفردة منها.

اهتمت مختلف التشريعات بتنظيم مثل هذه الأعمال الطبية الجراحية، باعتبارها مصدر بديل عن الشخص الحي، مع احترام حرمة جسم الإنسان التي تمتد إلى ما بعد الوفاة، فلا يجوز الاعتداء عليها أو ابتذالها، لأنها من بقايا جسم الإنسان التي تحظى بحماية خاصة سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون.

أولى التشريع الجزائري بدوره عناية خاصة بحرمة الموتى سواء قبل الدفن أو بعده، وذلك بمعاقبة مختلف الاعتداءات والانتهاكات التي تتعرض لها الجثة، وحتى المقابر من الأعمال الماسة بحرمة هذه الأماكن.

ولتحقيق التوازن بين حرمة المتوفى من جهة، والغاية في إنقاذ المرضى من جهة أخرى، قيدت مختلف القوانين والتشريعات مثل هذه العمليات بشروط صارمة، والإخلال بها يعد انتهاكا وتصرفا غير مشروع لهذه العمليات، خصوصا عدم التأكد من الوفاة قبل الاستئصال من الجثة (المبحث الأول)، عدم الحصول على الموافقة المسبقة من المتبرع باقتطاع أعضائه بعد وفاته، أو موافقة الأشخاص الذين يجيز لهم القانون إعطاء هذه الموافقة، إضافة إلى عدم احترام مجموعة من الضمانات الطبية والإدارية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى (المبحث الثاني).

المبحث الأول

عدم التأكد من حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثة

كما سبقت الإشارة إليه، تعتبر أعضاء الشخص الميت مصدرا هاما لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لكن قبل المساس بالجثة يجب التأكد أولا من موت الشخص. يعد الموت اللحظة الحاسمة التي يغادر فيها الشخص الدنيا ليستقبل الآخرة، وإذا كان الموت هو صعود الروح إلى بارئها، فإن تحديد لحظة انفصالها عن الجسم تحتاج إلى تحديد معيار واضح للتمييز بين الشخص الميت من الحي. ورغم بديهية المقصود بالوفاة، إلا أن مسألة تحديدها أمر في غاية الصعوبة بسبب أنها ليست فقط مسألة بيولوجية بحتة، بل لها جوانب قانونية لا تقل أهمية (المطلب الأول).

أدى التقدم الطبي وما صاحبه من إنجازات عديدة إلى ظهور أساليب وتقنيات حديثة كأجهزة الإنعاش الاصطناعي، وفيها يكون الشخص تحت هذه الأجهزة في مرحلة ما بين الحياة والموت، وهي ما تسمى بفترة الاحتضار¹، وقد ثار استخدام هذه الأجهزة عدة إشكالات قانونية وطبية وحتى دينية. فيتحدد دور أجهزة الإنعاش الاصطناعي بحسب حالة المريض، أي هل يقتصر دورها في علاج المريض وعودة الحياة لديه، أم أن دورها لا يكون إلا بقدر المحافظة على الحياة العضوية لبعض أجهزة وأعضاء الجسم.

يتبين من خلال ما سبق، أن أجهزة الإنعاش الاصطناعي ليست مجرد أجهزة عادية، بل أن وضعها ورفعها يثير العديد من الإشكالات، خصوصا التي تتعلق باللحظة التي يسمح فيها للطبيب الجراح بنزع ورفع تلك الأجهزة عن المتبرع بغية استئصال أعضاء من جسده، الأمر الذي أدى بمختلف التشريعات إلى تنظيم هذه المسألة بوضع قيود وضمانات لرفعها (المطلب الثاني).

1 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 122.

المطلب الأول

ضرورة تحديد لحظة الوفاة

يعد شرط التحقق من الوفاة من أهم الشروط التي يجب التأكد منها قبل استئصال الأعضاء من الجثة، لكن رغم أن مسألة تحديد لحظة الوفاة في الماضي لم تكن بهذه الصعوبة، إلا أنه مع التقدم الطبي أصبحت صعبة جدا، كون أن معايير تحديدها محل اختلاف وجدل بين الفقهاء (الفرع الأول).

تعتبر كذلك مسألة تحديد لحظة الوفاة ذات أهمية كبيرة، فهي ليست مسألة طبية فقط بل هي أيضا مسألة قانونية، ما أثار خلافا حول تكييف هذه المسألة في اعتبارها مسألة قانونية أم طبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معايير تحديد لحظة الوفاة

اختلف الفقهاء حول مسألة تحديد اللحظة الحقيقية للوفاة، فهناك من يحددها بالتوقف الكامل للدورة الدموية والتنفسية، وهو ما يأخذ به المعيار التقليدي (أولا)، وهناك من يعتمد معيارا آخر يركز على موت خلايا الدماغ (ثانيا)، وهنا يجب توضيح موقف التشريعات من معايير تحديد لحظة الوفاة (ثالثا).

أولا - المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة (توقف القلب والرئتين عن العمل):

تعددت تسميات المعيار التقليدي، فهناك من يسميه الموت الظاهري¹، وهناك من يسميه الموت الاكلينيكي، وهناك من يسميه موت القلب².

1 - عَرَفَ الأستاذ فيقورو (Vigouraux) الموت الظاهري، بأنه التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة: التنفس النبض، خفقان القلب لشخص مازال حيا ولكنه يظهر بمظهر الميت. لذا لا يجوز انتزاع أي عضو من جسم هذا الشخص كونه ليس ميتا. نقلا عن: علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 57.

2 - تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 367.

تتحقق الوفاة وفق هذا المعيار نتيجة توقف القلب والرئتان عن العمل¹، بمعنى آخر إذا توقفت الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل فتتوقف معها العمليات الحيوية، ويتحول جسم الإنسان إلى جثة هامة²، ويسبق هذا التوقف عدة إشارات وعلامات، منها: فقدان الوعي، التبول أحيانا وإفراز غير إرادي³، برودة الجسم واسترخاء القدمين، امتداد جلدة الوجه، انفراج الشفتين وشخوص البصر، تغير لون الجسم، وعدم الاستجابة لأي منبه، وكذا التيبس الذي يبدأ بعد ساعتين من الوفاة، ليكتمل بمرور 12 ساعة⁴.

تعد الوفاة حسب هذا المعيار حادث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في آن واحد، فيكون الشخص ميتا حال توقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل⁵، فلا يجوز للطبيب الجراح استئصال أي عضو من جسم شخص إلا بعد ظهور هذه العلامات.

عرّفت منظمة الصحة العالمية الوفاة القلبية بأنها: « الوفاة الناتجة عن التوقف النهائي للدورة الدموية ووظائف الجهاز التنفسي، وعليه فإن الشخص الذي يتضح من التشخيص توقف الجهاز الدوري والتنفسي عن العمل لديه، هو شخص صالح للتبرع بأعضائه »⁶.

يكون التأكد من توقف القلب بحبس الشرايين الرئيسية، أو بعدم سماع النبض، أما الجهاز التنفسي فيمكن الاستدلال على توقف وظائفه من خلال ملاحظة حركة الصدر وعدم

1 - ARNOUX Irma, op.cit, p 72.

2 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 24. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 151.

3 - فضلي سلوى، الإطار القانوني لأخذ وزرع الأعضاء البشرية ببلدان المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، اختصاص قانون البيئة والتعمير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، 2007 - 2008، ص 171.

4 - خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 75. انظر كذلك: بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص 87.

5 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 24.

6 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 178.

سماع حركة التنفس بواسطة السماع الطبية، أو من خلال وضع مرآة أمام الأنف أو الفم، فإذا لم يتكثف وجه المرآة بالبخار عندها يمكن استنتاج انقطاع التنفس¹.

توجد وسائل تقليدية يستعان بها للتثبت من حدوث الوفاة، والتي أشار إليها قرار وزير الصحة الفرنسي الصادر في 03 نوفمبر 1948، حيث نجد طريقة الوخر الوريدي (L'artériotomie)، وطريقة إيكارد (La méthode d'Icard)، وعلامة الإيثر (Signe de l'Ether)، فكلها وسائل تركز على توقف الدورة الدموية داخل جسم الإنسان².

لقد وجهت العديد من الانتقادات لهذا المعيار ولعل أهمها:

1 - يفتقر هذا المعيار إلى الدقة، إذ يمكن عودة الحياة إلى الإنسان بعد توقف القلب والرئتين، وما توقفهما إلا مجرد موت ظاهري لا حقيقي³، وبالتالي فهو لا يصلح لأن يكون أساساً لتحديد لحظة الوفاة⁴. كما أثبتت الدراسات المتطورة للعلوم البيولوجية والطب أن الوفاة ليست حادثاً فجائياً، ولكن تترب آثارها عبر مراحل متعددة⁵.

2 - إن هذا المعيار غير كاف لتحديد لحظة الوفاة في الحالات التي يكون فيها الإنسان بين الحياة والموت، إذ قد يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، في حين تكون خلايا المخ قد ماتت لأي سبب كان، وهنا يدخل الشخص مرحلة الغيبوبة التي تتوقف فيها نهائياً

1 - هناك وسائل أخرى يعتمد عليها للتأكد من توقف التنفس مثل: - وضع ريشة أو قطعة من القطن أمام الأنف فإذا تحركت دل ذلك على التنفس، وإن لم تتحرك دل على عدم وجوده.

- يوضع حوض به ماء على الصدر أو البطن، ويلاحظ سطح الماء فإذا لم يتحرك دل ذلك على توقف التنفس.

نقلا عن: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 53.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 51. انظر كذلك: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 389 - 390.

3 - أفادت دراسات حديثة بشأن الموت الظاهري، أنه في أمريكا تم دفن خطأ شخص واحد كل 24 ساعة، وفي بريطانيا خلال 22 سنة دفن 2175 شخصا حيا (لأن موتهم كان ظاهريا فقط)، وفي أمستردام بهولندا، أنقذت جمعية خيرية حياة 990 شخصا في 25 سنة، كما أنقذت جمعية مماثلة في هامبورج بألمانيا 107 أشخاص في أقل من 5 سنوات. نقلا عن: بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 51.

4 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 114.

5 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 81.

وظائف المراكز العصبية العليا نتيجة إصابة المخ بتلف كبير غير قابل للإصلاح حتى ولو ظلت وظائف القلب والجهاز التنفسي تؤدي وظائفها صناعيا بواسطة ما يسمى بالقلب الرئوي. على هذا الأساس فمعيار توقف القلب عن النبض والجهاز التنفسي عن العمل، ليس معيارا حاسما للقول بوفاة الشخص¹.

3 - هذا المعيار قديم لا يتماشى مع التقدم الطبي الحديث، إذ تأكد علميا أن توقف القلب لا يعني وفاة الشخص²، فيمكن استرجاع الحياة بتنشيط القلب بالصدمة الكهربائية أو ما يسمى بالإنعاش الاصطناعي، وفي هذه الحالة تبقى خلايا المخ حية حتى بعد توقف القلب والجهاز التنفسي، طالما يستمر إمداد هذه الخلايا صناعيا بالدم المحمل بالأكسجين³. وإذا سلمنا بهذا المعيار، فيمكن للطبيب انتزاع ما يشاء من الأعضاء وزرعها في جسم أشخاص آخرين، بمجرد توقف القلب والدورة الدموية عن العمل⁴.

4 - يقف هذا المعيار حجر عثرة أمام التقدم الطبي والعلمي، فالتعويل عليه من شأنه إعاقة العديد من الممارسات الطبية الحديثة كعمليات نقل الأعضاء البشرية، هذه الأخيرة التي تتطلب لنجاحها نقل العضو وزراعته مباشرة بعد الوفاة، وقبل تآكل أنسجته وتلفها⁵، وهذا لن يحصل إذا تبينا المعيار التقليدي لتحديد لحظة الوفاة، الذي سوف يترتب عليه في

1 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 84. انظر كذلك: بسمة جاري، ثورية الدهبي، مرجع سابق، ص ص 124 - 125.

2 - أصيب الفيزيائي السوفييتي "ليف دافيدوفيتش لاندان Lev Davidovich Landan"، بجروح خطيرة في حادث سيارة في مارس 1962 وبعد 4 أيام من الحادث توقف قلبه عن النبض، وانخفض ضغط الدم الشرياني له إلى الصفر فتم تشخيصه أنه قد فارق الحياة، لكن بعد أن قام الأطباء بإنعاش القلب بحقن الأدرينالين والستروفانثين وحقن الدم، استجاب القلب وعاد للنبض مرة أخرى. والمفارقة الغريبة التي تدحض المعيار التقليدي أن قلب لاندان قد توقف 3 مرات أخرى في الأسبوع اللاحق، وفي كل مرة يتمكن الأطباء من إنعاشه. وبعد أن رقد في غيبوبة لمدة شهرين استعاد وعيه وذاكرته وقدرته على الكلام، وبحلول ديسمبر 1962 تعافى بما يكفي ليحصل على جائزة نوبل في الفيزياء. نقلا عن: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، النظام القانوني، مرجع سابق، ص 223.

3 - زهدور أشواق، "المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 14، 2016، ص 114.

4 - منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 485.
5 - KHAMMARI Haïfa, op.cit, p 62.

أغلب الحالات فساد أعضاء الجسم وعدم إمكانية الاستعادة منها¹.

5 - يؤدي الأخذ بهذا المعيار إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد، كونها عمليات يتطلب فيها سرعة الاستئصال بهدف المحافظة على القيمة البيولوجية للعضو. والقلب لا يصلح للغرس إذا ماتت خلاياه، والأمر نفسه بالنسبة للكبد فلا توجد أجهزة تؤدي وظيفته مؤقتا إذا لم يتم استئصاله بسرعة، لذا يتطلب تحديد لحظة الوفاة أولا قبل استئصال الأعضاء.

ولما كان جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة بل على فترات، هنا ظهرت الحاجة إلى البحث عن معيار آخر لتحديد لحظة الوفاة، يضمن احترام الحياة الإنسانية ويحفظ القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله في الوقت نفسه².

ثانيا - المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة (موت الدماغ):

ركز المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة على الجهاز العصبي المركزي الذي يحتوي على المراكز الأساسية المحركة والمنظمة لوظائف أعضاء الجسم، سواء الداخلية أو الخارجية، وقد أسفرت هذه الدراسات على أن المخ هو الجهاز الذي يقود كل العمليات داخل جسم الإنسان، وموت خلايا المخ أو إصابتها بإصابات جسيمة، يجعل الشخص في حكم الميت³.

وبالتالي يصبح الشخص ميتا متى ماتت خلايا مخه بصورة نهائية وإن ظلت خلايا قلبه حية، وإذا ماتت خلايا المخ بصورة نهائية فيستحيل أن تعود إلى الحياة ويعود الإنسان إلى وعيه وحياته الطبيعية.

1 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 52. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 152.

2 - علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 59. انظر كذلك: نصر الدين مروك، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 316.

CHARAF ELDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organe, étude comparative, thèse pour le doctorat d'Etat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1975, p 533.

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 85. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 153.

عُرّف موت الدماغ¹ على أنه: « موت خلايا المخ والتوقف النهائي لوظائف المراكز العصبية العليا نتيجة تلف المخ تلفا غير قابل للإصلاح، الأمر الذي يستحيل معه عودة الخلايا للحياة »².

وهناك من عرّفه على أنه: « الفقد الدائم لكل الوظائف المتكاملة للعصبونات"، ويعتبر المخ العضو الوحيد في الجسم المتحكم في سائر الأعضاء، فإذا مات المخ تدهورت وظائف أعضاء الجسم تدريجيا حتى تحدث الوفاة الكاملة »³.

تعدّ المدرسة الفرنسية أول من تنبّه إلى فكرة موت الدماغ⁴ سنة 1959، لكن لم يلق الموضوع الاهتمام الكبير إلا بعد أن انتشر استخدام الآلات الحديثة للإنعاش الاصطناعي، أين قامت مجموعة هارفارد بوضع شروط ومواصفات موت الدماغ سنة 1968⁵، بعدها

1 - يتكون الدماغ من أربعة أجزاء هي: أ - **المخ**: وهو أكبر جزء من الدماغ، يحتوي على مراكز الحس والحركة الإرادية والذاكرة والوعي، والمراكز المسؤولة عن طبع الإنسان وشخصيته.

ب - **المخيخ**: وهو الجزء الخلفي من الدماغ وهو مركز التوازن الجسمي.

ج - **جذع الدماغ**: وهو جزء من الجهاز العصبي المركزي، والذي يقوم بتوصيل المخ الموجود داخل تجويف الجمجمة والحبل الشوكي الموجود داخل القناة العصبية، بالعمود الفقري. وتوجد بالمخ المراكز التي تتحكم في الوظائف الحيوية لجسم الإنسان من نبض وتنفس وخلافة، ويعتبر تشريحا جزء من أجزاء المخ.

د - **النخاع الشوكي**: يقع في القناة الشوكية والتي تقع داخل العمود الفقري. نقلا عن: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 62.

2 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 392 - 393. كذلك: أحمد شوقي أبو خطوة، مرجع سابق، ص 174. انظر كذلك: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 62.

3 - نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 82. كذلك: العربي بلحاج، معصومية الجثة...، مرجع سابق، ص 64. انظر كذلك: بشير سعد زغلول، مرجع سابق، ص 60.

4 - تعدّ المدرسة الفرنسية أول من تنبّه إلى موضوع موت الدماغ بعد النتائج التي توصل إليها الباحثان "مولاري Mollaret" و"قولون Goulon"، إذ قاما بنشر بحث ضم 23 مريضا أصيبوا بغيبوبة عميقة وانقطاع في التنفس مع غياب منعكسات جذع المخ، وكذا غياب أية فعالية للتخطيط الكهربائي للدماغ، سميت هذه الحالة "مرحلة ما بعد الإغماء". بعدها ظهرت المدرسة الأمريكية عن طريق لجنة "Ad Hoc" تابعة لجامعة هارفارد الأمريكية عام 1968، والتي قامت بوضع مواصفات لموت الدماغ والتي عرفت فيما بعد بمعايير هارفارد. انظر: عبد النور سايب، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 153.

CHROQUI Loubna, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariaa islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse pour le doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des Etats francophones, 2006, p 210.

5 - TORTOSA Jean-Christophe, Etude des enjeux éthiques posés par les prélèvements d'organes sur sujets à cœur arrêté. Analyse de la problématique auprès des professionnels français. Comparaison avec les professionnels espagnols et américains, thèse pour obtenir le grade de docteur, faculté de médecine Paris Descartes-site Cochin, université Paris Descartes, 2009, p 22.

KHAMMARI Haïfa, op.cit, p 62.

تبعته مجموعة مينوسيتا سنة 1971، ثم الكليات الملكية للأطباء في بريطانيا التي وضعت بدورها مواصفات موت الدماغ سنة 1976. وبعدها أخذ الأطباء يدرسون هذه المواصفات ويطبّقونها بعد أن اتفقوا عليها في مختلف بقاع العالم، وبدأت القوانين تعترف تباعاً بمفهوم موت الدماغ¹.

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على أنه بمجرد التوقف الكامل لوظائف المخ يتبعه بحكم الضرورة توقف الأعضاء الأخرى، خاصة الرئتين والقلب في فترة زمنية وجيزة، فتكون حالة الشخص ميؤوس منها تماماً². تموت خلايا المخ نتيجة عدم تدفق الدم المحمل بالأكسجين، وبموت هذه الخلايا يدخل الإنسان في غيبوبة لا رجعية أو نهائية "Coma dépassé"، فيتبعه توقف نهائي لعمل المراكز العصبية التي تتحكم في الوعي والكلام والحركة والذاكرة والتنفس والسمع والبصر، والسيطرة على الغدد وعلى درجة الحرارة، وكذا تنظيم وظائف الأعضاء الهامة في الجسم³.

اختلف أنصار المعيار الحديث في تحديد الجزء من المخ والذي بتوقفه تحدث الوفاة، هناك من يرى أن الوفاة تتحقق بموت جذع المخ، الذي يحتوي على مراكز عصبية مهمة، فهو المسؤول عن تنظيم القلب والتنفس، والسيطرة على الوعي والذاكرة والبصر والسمع. في حين يرى جانب آخر، أن الوفاة تتحقق بموت قشرة المخ، التي توجد بها المراكز العليا للنشاط الدماغي والمسؤولة عن الحركة الإرادية والوعي، وكذا طباع الإنسان وشخصيته. بينما يرى جانب آخر، أنّ الوفاة تتحقق بموت المخ كاملاً بجميع أجزائه⁴.

1 - من الدول التي تعترف طبياً بموت الدماغ دون أن يكون لها قانوناً يعترف بذلك، بلجيكا، ألمانيا، بريطانيا، الهند، أيرلندا، أستراليا، النمسا، كوريا الجنوبية، سويسرا، بوليفيا، البرازيل، بيرو، كولومبيا، أرجواي، تركيا. انظر في ذلك: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 274. كذلك: صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 150.

2 - محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 230.

3 - علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005، ص 79.

4 - بعثاش ليلي، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 01، عدد 02، 2012، ص 221. كذلك: تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 369 - 370. انظر كذلك: خالد محمد شعبان، مرجع سابق، ص 70 - 72.

برر أنصار هذا الاتجاه رأيهم، في كون أن الوفاة لا تقع مرة واحدة بل على مراحل¹، فتوقف القلب والرئتين يحدث في فترة زمنية محددة، وهو ما يسمى بالموت الإكلينيكي وهي أول مرحلة للوفاة. أما موت الدماغ فيتم بتدرج، وهو ما يستغرق دقائق أو ساعات حسب الأحوال، فيبدأ توقف المخ في جزئه الأمامي، ثم ينتقل إلى جزئه الخلفي أو ما يسمى بجذع المخ، وعندئذ يتحقق الموت النهائي للمخ، وهي المرحلة الثانية، وبعد حدوث هاتين المرحلتين، تظل خلايا الجسم حية لمدة تختلف من عضو لآخر حتى تتلف نهائياً، وعندها يحدث ما يسمى بالموت الخلوي، وهي المرحلة الثالثة للموت².

ويتم التحقق من موت خلايا المخ بالاستعانة بجهاز رسم المخ الكهربائي، والذي يمكن من خلاله تسجيل إرسال واستقبال أي ذبذبات كهربائية، بالتالي رصد النشاط الكهربائي للدماغ³. انتقد معيار موت الدماغ رغم الإقبال والتأييد الواسع من أغلب علماء الطب والمؤتمرات العلمية:

1 - فقد أثبتت مجموعة من الأطباء في أمستردام، أن مخ الإنسان الذي اعتبر ميتا استنادا إلى هذا المعيار، يستمر في إرسال إشارات تدل على وجود حياة داخل الخلايا العصبية للمخ⁴، الأمر الذي يثير الشكوك حسب رجال الطب أنفسهم⁵.

2 - كشفت الدراسات الطبية عن وقوع العديد من حالات موت الدماغ استطاع أصحابها الإفلات من الموت وعودة الحياة إليهم من جديد⁶، بعدما كانت أسماؤهم ضمن

1 - PEDROT Philippe, op.cit, p 167.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 525.

3 - تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 371. انظر كذلك: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 394.

4 - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 107.

5 - للمزيد من التفاصيل انظر: افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 393.

6 - لقد شَخَّص مركز كلنديل الطبي الأمريكي حالة فتاة أنها ماتت دماغياً، وطالبوا عائلتها بالموافقة على الاستفادة من أعضاء جسمها، إلا أن الأم رفضت وطالبت الأطباء بالاستمرار في إنعاشها صناعياً شهراً آخر. وبعد مرور عدة أيام لاحظ الأطباء أن الفتاة بدأت تستيقظ تدريجياً، وتظهر على وجهها علامات الضيق والألم عند قيام الأطباء بأي فحص، أو عند سحب عينة من دمها إلى أن أفادت الفتاة من غيبوبتها. راجع: بغدادي ليندة، الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 76.

قائمة المرشحين لاستئصال أعضائهم¹. وهو ما أثار الشك حول مصداقية هذا المعيار، وحول أجهزة الفحوصات التكميلية خاصة جهاز رسم المخ الكهربائي الذي لا يعكس من نشاط المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية دون نشاط المراكز العصبية العميقة، والتي يحتمل أن تكون حية، كما قد يتوقف هذا الجهاز متأثراً بعدة عوامل، كانهضاض درجة حرارة الجسم إلى ما دون المعدل الطبيعي، أو حالة التسمم الخطير وكذا حالة الأطفال المصابين بالغيبوبة².

3 - إنّ الدافع الرئيسي وراء تبني معيار موت الدماغ، مرده الاندفاع نحو الممارسات الطبية الحديثة خصوصاً نقل وزرع الأعضاء البشرية³، باعتبار أن جثث الموتى هو المصدر الرئيسي للحصول على الأعضاء، بالأخص المنفردة منها والتي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد، وهذا لا يبرر بأي حال من الأحوال إنهاء حياة إنسان لإحياء إنسان آخر⁴.

4 - لقد تزامنت أهمية الاعتماد على معيار الموت الدماغى بظهور عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية، حيث أن الفضل في تطور هذه العمليات في الدول الأوروبية، يرجع إلى تبني معيار موت الدماغ، إذ قدّر تقرير وكالة الطب الحيوي عدد المتبرعين في فرنسا سنة 2014 بـ 1655 وكلهم في حالة موت دماغي⁵.

5 - إنّ موت جذع المخ أمر غير مستقر عليه علمياً، ولا يعد حقيقة علمية ثابتة نظراً لاختلاف الدول في وضع معايير من أجل تشخيص ما يسمى موت جذع المخ، وهذا الاختلاف موجود حتى داخل الدولة الواحدة كالولايات المتحدة الأمريكية، ما يعني أنّ ما يعتبر ميتاً وفقاً لمعيار دولة معينة قد يعتبر حياً طبقاً لمعايير دولة أخرى⁶.

6 - اعتبر البعض أن معيار موت الدماغ يسبب آثاراً اجتماعية ونفسية خطيرة، تكمن في إحجام وعزوف الكثير من المرضى عن التوجه إلى المستشفيات، وقد يفتح الأخذ به باب

1 - فايز الظفيري، "نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي"، مجلة الحقوق، العدد 02، السنة 25، 1422 هـ، ص 152.

2 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 83 - 84.

3 - LACOMBE Séverine, op.cit, p 94.

4 - سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 154. انظر كذلك: مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 56.

5 - بغدادى ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 75.

6 - علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 94.

المتاجرة بالأعضاء البشرية¹.

أمام الانتقادات التي وجهت للمعيارين السابقين، ذهب جانب من الفقه القانوني² إلى أنّ أساس تحديد لحظة الوفاة هي لحظة توقف مظاهر الحياة وأجهزة الجسم وأعضائه عن أداء وظائفها توقفا تاما لا رجعة فيه، وهو ما تقرر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بعمان في دورته الثالثة، من 11 إلى 16 أكتوبر 1986: « يعتبر شرعا أنّ الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة للوفاة عند ذلك، إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

1 - إذا توقف قلبه توقفا تاما وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2 - إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا، وحكم الأطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل... ».

ظهر اتجاه آخر يجمع بين المعيار التقليدي والحديث للوفاة وهو ما يسمى بالمعيار الشرعي، وقد تقرر في الدورة الرابعة لمجلس الفقه الإسلامي المنعقد بجدة من 06 إلى 11 فيفري 1988، عن معيار الموت ما يلي:

- الحالة الأولى: موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه.

- الحالة الثانية: توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه³.

لقد عرّف مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر المنعقد بتاريخ 24/04/1417هـ الموت⁴ على أنه: « توقف جميع أعضاء جسم الإنسان عن أداء وظائفها توقفا تاما ».

1 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 84. كذلك: فايز الظفيري، مرجع سابق، ص 152.

2 - يعارض الدكتور المصري فخري صالح وهو أكبر الأطباء الشرعيين لما يسمى بموت المخ، ويؤكد أن الوفاة معناها: "توقف الدورة الدموية والتنفسية ثم توقف أجهزة الجسم عن العمل". نقلا عن: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 132.

3 - نقلا عن: علي محمد بيومي، مرجع سابق، ص 88.

4 - ذكر فقهاء الشريعة الإسلامية بعض علامات الموت منها: شحوص بصر الميت، انقطاع التنفس، استرخاء القدمين، انخساف الصدغين، برودة جسم الميت، توقف نبض الميت، كما يترك الفقه الإسلامي المجال مفتوحا أمام أهل الاختصاص والخبرة في تحديد العلامات الدالة بيقين على الوفاة مصداقا لقوله تعالى: ﴿... فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ الآية 43 من سورة النحل. نقلا عن: بويصري سعيد، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص 400.

وهو ما أكدته أيضا قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية رقم 181 الصادر بتاريخ 1417/04/12هـ، والذي جاء فيه ما يلي: « لا يجوز شرعا الحكم بموت الإنسان، الموت الذي تترتب عليه أحكامه الشرعية بمجرد تقرير الأطباء بأنه مات دماغيا، حتى يعلم أنه مات موتا لا شبهة فيه تتوقف معه حركة القلب والنفس، مع ظهور الأمارات الأخرى الدالة على موته يقينا لأن الأصل حياته، فلا يعدل عنه إلا بيقين »¹.

يتبين مما سبق، أنّ المعيار الشرعي يجمع بين المعيار التقليدي أي توقف القلب والجهاز التنفسي عن العمل، والمعيار الحديث أي موت الدماغ وتعطل جميع وظائفه.

ونرجح من جانبنا هذا المعيار، كونه يضم المعيارين معا، فهو يجنب الانتقادات التي وجهت لكل معيار على حدة، كما يضمن المعيار الشرعي عدم استئصال أي عضو من أي شخص قبل ثبوت وتحقق وفاته.

ثالثا - موقف التشريعات من معايير تحديد لحظة الوفاة:

يتم تسليط الضوء حول موقف التشريعات الغربية، ثم لموقف التشريعات العربية بشأن معايير تحديد لحظة الوفاة.

1 - موقف التشريعات الغربية من معايير تحديد لحظة الوفاة:

كانت الدول الأوروبية السبّاقة في تبني موت الدماغ، إذ أن جل هذه التشريعات الأوروبية المقارنة تأخذ بموت جذع المخ كأساس لتحديد الموت، باستثناء الدانمارك. كما تعتبر ألمانيا وفيلاندا واليونان وليتوانيا من الدول التي تأخذ بموت المخ فقط وترفض الأخذ بمعيار موت القلب. أما الدول الأوروبية التي تأخذ بموت المخ كأصل وبموت القلب كاستثناء، نذكر إسبانيا، بلجيكا، إسبانيا، بريطانيا وفرنسا².

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي اعتمد أولا على معيار موت القلب بموجب

1 - نقلا عن: افتكار مهيوّب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 400.

2 - نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 85.

منشور 3 فيفري 1948 و 24 أبريل 1968¹، لكن غير موقفه وتبنى معيار موت المخ فأصدر المرسوم رقم 96-1041² الذي اشترط أن يتم التحقق أولاً من ثلاثة معايير سريرية نصت عليها المادة 1232³ من قانون الصحة الفرنسي⁴، لكن وبسبب نقص الأعضاء المتحصل عليها من الأشخاص المتوفين دماغياً، صدر المرسوم رقم 949-2005⁵ الذي يأخذ بموت القلب كاستثناء لنقل الأعضاء من الجثث وهذا يتعلق بالأشخاص المتواجدين في الحالات المحددة في القسم الأول والثاني والرابع، وبالبالغين سن 18 إلى 55 سنة وتوفوا نتيجة توقف قلبهم، بسبب حادث أو مرض أو انتحار، حسب الترتيب الدولي ماستريش ليونيتي Maastricht léonetti، دون الحالات من القسم الثالث والذين توقف قلبهم نتيجة توقف العلاج⁶، وهذا لأسباب أخلاقية ولعدم مخالفة القانون المتعلق بحقوق المرضى ونهاية الحياة رقم 370-2005⁷.

اشترط المشرع الفرنسي أن يكون التحقق من الوفاة من قبل طبيب واحد وليس طبيبان كما هو متبع في التحقق من موت الدماغ. كما تم تحديد الأعضاء والخلايا والأنسجة التي يمكن استئصالها من شخص متوقف قلبه، والمتمثلة في الكبد والكلية، الجلد والعظم والقرنية وغيرها، وذلك بموجب القرارين الصادرين عن وزارة الصحة بتاريخ 02 أوت 2005⁸، لكن

1 - تعرضت السياسة المتبعة في التشريع الفرنسي فيما يتعلق التحقق من الوفاة للنقد من الفقهاء من بينهم الفقيه سافيتيه، بسبب أن السلطة الإدارية عالجت حقوقاً جوهرية للأفراد وذلك بموجب منشور .

2 - Décret N° 96-1041 du 2 Décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissus et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la santé publique, JORF N° 282, du 4 Décembre 1996, p 17615.

3 - L'article 1232 du code de la santé publique dispose : « si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivant sont simultanément présent :

1 - Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée ;

2 - Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral ;

3 - Absence totale de ventilation spontanée ».

4 - PEDROT Philippe, op.cit, p 168. Voir aussi : TORTOSA Jean-Christophe, op.cit, p 25.

5 - Décret N°2005-949 du 2 Aout 2005, relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF N°182 du 6 Aout 2005, p 12898.

6 - Catégorie III : Arrêt cardiaque survenant chez une personne hospitalisée pour laquelle une décision d'un arrêt des traitements est prise en raison de leur pronostic. Voir : Agence de la biomédecine, op.cit, p 14.

7 - Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie, JORF, n° 95 du 23 avril 2005, p 7089.

8 - TORTOSA Jean-Christophe, op.cit, p 24.

وحسب تقرير 06 مارس 2007 تعتبر الكلية فقط محل هذا النوع من الاستئصال، وذلك لأسباب تقنية وطبية¹.

2 - موقف التشريعات العربية من معايير تحديد لحظة الوفاة:

بالنسبة للتشريع الجزائري، فلم ينص قانون الصحة سواء الملغى أو القانون رقم 18-11، ولا مدونة أخلاقيات الطب على معيار معين ودقيق لتحديد لحظة الوفاة، لكن نجد أن المادة 1/362 من ق.ص.ج نصت على أن الوزير المكلف بالصحة هو المخول بتحديد معايير علمية لإثبات الوفاة، فتتص على: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد معاناة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة... »².

أصدر وزير الصحة قرارا وزاريا رقم 34 بتاريخ 19 نوفمبر 2002 الذي نص فيه على معايير إثبات الوفاة، وهي طبقا لنص المادة 02 من هذا القرار تتمثل في:

- الانعدام التام للوعي وغياب النشاط العضوي الدماغى.

- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie.

- التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين، ومن إنجاز طبيبين مختلفين³.

يتضح من هذا النص، أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الحديث وهو موت خلايا المخ، حتى ولو لم ينص عليه صراحة في قانون الصحة.

1 - نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 87.

2 - تقابلها المادة 1/164 من ق.ص.ج.ت. رقم 90-17 التي تنص على: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبى والشرعى للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ».

3 - DAHDOUH A, DJEGHRI T, HADDAD RY, "Aspects juridiques et règlementaires de la transplantation d'organes en Algérie et dans le monde", Sharia and Economic Review, faculty of Sharia and Economics, Emir Abdelkader University of Islamic Science, Constantine, special issue 02, 2012, p 04.

أما بالنسبة للتشريعات العربية¹، فقد اعتمدت العديد منها على معيار موت الدماغ، وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية في قرارها الوزاري رقم 29/10811 الصادر بتاريخ 18/06/1414هـ، والذي جاء في بنده الثاني على وجوب إنشاء داخل جميع مستشفيات المملكة لجانا داخلية، تتولى مسؤولية حالات موت الدماغ وزراعة الأعضاء، وتتكون هذه اللجان من طبيب باطني ومدير إداري أو من يقوم مقامه، بالإضافة إلى منسق حالات موت الدماغ الذي يقوم بالتبليغ عن حالات موت الدماغ للمركز السعودي لزراعة الأعضاء².

في حين لم تحدد بعض الدول العربية أي معيار لتحديد الوفاة كالتشريع المصري، كما أخذت بعض التشريعات الأخرى بالمعيار المزدوج كالتشريع الأردني، حيث اعتمد على مفهوم الموت الدماغي للتحقق من الوفاة إلى جانب مفهوم الموت الإكلينيكي³.

الفرع الثاني

موقف الطب والقانون من مسألة تحديد لحظة الوفاة

تعد مسألة تحديد لحظة الوفاة من المسائل التي عرفت اهتماما واسعا من قبل رجال القانون ورجال الطب على حد سواء، نظرا لأهميتها البالغة (أولا)، الأمر الذي أثار جدلا واسعا في مدى اعتبارها مسألة قانونية، أو مسألة طبية.

1 - نذكر من التشريعات العربية الأخرى التي تبنت معيار موت الدماغ لتحديد لحظة الوفاة، التشريع التونسي في القرار الوزاري رقم 1048 الصادر بتاريخ 01 أوت 1991 الخاص بتحديد معايير الوفاة، فنجد من بين المعايير المعتمدة، التوقف التام لعمل المخ.

وكذا التشريع المغربي، حيث تنص المادة 21 من القانون المغربي رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء على أنه: « لا يجوز القيام بعمليات أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معاينة طبي يثبت وفاة المتبرع دماغيا على أن تكون أسباب الوفاة خالية من كل الشكوك ... ». نقلا عن: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 360. كذلك: علام عمر، مرجع سابق، ص 287.

2 - نقلا عن: موسى العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 88. كذلك: عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 283.

3 - نقلا عن: عقل مقابلة، مرجع سابق، ص 141.

يرى رجال القانون أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية، ويجب ترك تنظيمها للتشريع (ثانياً)، في حين يعتبر الأطباء أن تحديد لحظة الوفاة من اختصاصهم، كون أن التحقق من الوفاة في جوهره عمل طبي يقرره الأطباء وفقاً للوسائل الفنية المتبعة (ثالثاً).

أولاً - أهمية تحديد لحظة الوفاة:

تعد الوفاة كحدث في ذاته مبعثاً لانعكاسات عديدة، سواء من الناحية الطبية أو القانونية أو الأخلاقية أو الدينية. فالوفاة بالنسبة للطبيب واقعة بيولوجية تحدث على عدة مراحل، وتستغرق فترة زمنية طالت أم قصرت. وهي بالنسبة لرجل القانون حدث فجائي وفوري يرتب آثاراً قانونية هامة. كما أنها من الوجهة الأخلاقية هي حدث إنساني مهيب¹. أمّا من الناحية الدينية، فهي صعود الروح إلى ربها².

ويمكن تلخيص أهمية تحديد لحظة الوفاة في النقاط الآتية:

1 - تعد الوفاة الحد الفاصل بين الحياة والموت، فموت الإنسان ليس بظاهرة بيولوجية فحسب بل هي أيضاً واقعة لها آثارها القانونية، لأن الشخصية القانونية تبدأ بحياة الشخص أو بولادته حياً، وتنتهي بوفاة³. كما تلقى على عاتق الطبيب عدة التزامات اتجاه المريض منها السعي إلى التخفيف من آلامه ومحاولة شفائه، أما في حالة وفاته فجثته ذات أهمية بالنسبة للغير، يمكن الاستفادة منها ضمن المصلحة العلمية، أو في إطار عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

1 - محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 226.

2 - يقصد بالموت من الناحية الدينية انتقال الروح من الجسد إلى ما أعد لها من نعيم أو عذاب، والموت هو مفارقة الروح للجسد وتبدل الحال وانتقال من دار إلى دار، أي انتقال الإنسان من دار التكليف والعمل إلى دار البرزخ والسؤال، فإذا مات الإنسان انتهت حياته الدنيوية بصفة تامة ونهائية، ودخل في حياة لا يعلم حقيقتها إلا الله، لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي...﴾. الآية 85 من سورة الإسراء. فالموت أمر عظيم بيد الله عز وجل وحده دون غيره، مصداقاً لقوله تعالى في الآية 145 من سورة آل عمران: ﴿وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا...﴾.

3 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 231.

2 - الوفاة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، هي اللحظة التي يمكن فيها للطبيب الجراح نزع أعضاء الميت وزرعها في جسم شخص مريض حي، لذا فإنّ التأكد من وفاة الشخص أمر لا بدّ منه خاصة إذا تعلق الأمر بنزع الأعضاء الوحيدة كالقلب والكبد¹.

3 - يلعب تحديد لحظة الوفاة دوراً هاماً كذلك في المجال القانوني، فبمجرد إعلان وفاة الشخص تتحول ممتلكاته إلى ميراث يقسم فيما بين ورثته، فموت المورث شرط أساسي لتوزيع أمواله² وتنفيذ وصاياه النافذة والصحيحة، ففي هذا الوقت يتحدد عدد الورثة وصفاتهم وصلتهم بالمتوفى، كما تصبح جميع الديون مستحقة الأداء من التركة، لأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون وردّ الأمانات إلى أهلها³، لقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾⁴.

4 - تثير لحظة الوفاة أهمية خاصة في المجال الجنائي لتحديد أركان جريمة القتل التي يكون محلها إنسان حي، فلحظة الوفاة هو الحد الفاصل في توافر أركان جريمة القتل من عدمه. ولعل أطباء الإنعاش هم أكثر من يعاني من معضلة تعريف الموت، والأكثر عرضة للمساءلة. كما أصبحت أصابع الاتهام توجه إلى ممارسي عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، كونهم يستأصلون الأعضاء من الأحياء لا من الأموات، ففي حالة اقتطاع عضو وحيد وأساسي للحياة كالقلب والكبد، يجب معرفة اللحظة التي حدث فيها الموت للتأكد من أن هذا الاقتطاع مسموح به، حتى لا يوصف عمله قانوناً أنه قتل أو اغتيال⁵.

5 - كما أسفر التقدم العلمي والطبي في مجال الإنعاش الاصطناعي مسألة مهمة لا تتعلق بالحياة أو الموت، بل هو أمر يتوسط الحالتين، أين توصل الطب الحديث عن طريق أجهزة الإنعاش الاصطناعي إلى إيجاد حالة ثالثة يكون فيها الشخص بين الحياة والموت.

1 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 167.

2 - ARNOUX Irma, op.cit, p 60.

3 - بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 357. كذلك: بغدادي ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 66.

4 - سورة النساء، الآية 11.

5 - بغدادي ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 67.

ثانيا - تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه الوفاة مسألة قانونية، وبالتالي، يجب أن يتضمن التشريع نصا يعرف الوفاة ويحدد معايير إثباتها، لأنها من المسائل الهامة المتعلقة بحالة الشخص لذا يجب أن يستأثر القانون بتحديد مفهومها، كما لا يجب ترك المسألة لقواعد آداب مهنة الطب دون أن يكون للضمير الاجتماعي الحق بأن يعبر عن رأيه بشأنها، وباعتبار أن الوفاة من المسائل التي تخص كل أفراد المجتمع، بات من الضروري بلورتها عن طريق مناقشات عامة وبرلمانية تنتهي بإصدار قانون يوضحها¹.

يضيف أنصار هذا الاتجاه، ضرورة تدخل المشرع من أجل وضع تعريف للموت، خاصة بعد تطور تقنية نزع وزرع الأعضاء البشرية والقيام بأول عملية زرع قلب من جثة متوفى إلى جسم شخص حي. كما ذهبوا للقول أيضا أن غياب الضابط القانوني الذي يحدد لحظة الوفاة من شأنه أن يؤدي إلى استئصال ظاهرة الاقتطاع المبكر للأعضاء من أشخاص لا يزالون على قيد الحياة².

يكن الهدف من وراء وجوب تدخل التشريع بالنص على تعريف الوفاة وتحديد معايير ثبوتها، في كبح اندفاع الأطباء نحو تحقيق انتصارات علمية على حساب أرواح الأشخاص. فقد ثبت قيام طبيب في جنوب افريقيا باستئصال قلب إنسان حي من أجل تحقيق الشهرة، فمثل هؤلاء الأطباء يحتاجون إلى قانون يحدّ من هوسهم من تحقيق الشهرة بطريقة غير مشروعة³.

يؤكد أنصار هذا الاتجاه، أنه من حق الطبيب أن يحميه القانون بتحديد مشروعية أعماله، ولأن القانون يعبر عن ضمير المجتمع فلا يجب ترك تنظيم هذه المسألة لقواعد وآداب مهنة الطب، بل تنظيمها قانونا حتى يشيع نوعا من الاطمئنان لدى العامة⁴.

1 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 324. انظر كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 182.

2 - برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 269.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 517.

4 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 323.

ثالثاً – تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية:

يرى هذا الاتجاه أن تعريف الموت وتحديد عناصره وكيفية التحقق من حدوثه، مسألة طبية بحتة لا علاقة لها بالقانون¹، بحكم أن المنطق وقواعد التخصص توجب ترك مسألة تحديد لحظة الوفاة للأطباء، بصفتهم الجهة الوحيدة القادرة من الناحية العلمية والواقعية على البت في هذا الأمر، دون تقييدهم بنصوص قانونية جامدة، وما على القانون إلا وضع الأسس والقواعد التي يسترشد بها، دون الدخول في التفاصيل الفنية عند تنظيم الممارسات الطبية المستحدثة²، والتي تهدف إلى بعث الطمأنينة للمرضى من جهة، وحماية الأطباء من جهة أخرى.

يترك للطبيب حرية تقدير إثبات الوفاة من عدمه طبقاً للقواعد الفنية والأصول العلمية المتعارف عليها، كون أن المسألة طبية بطبيعتها³، خاصة عندما يتعلق الأمر ببعض المسائل الهامة كإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، واستئصال الأعضاء من الجثة⁴. فضمير الأطباء هو المسؤول عن إعلان وفاة الشخص، وأن رجال القانون ينبغي أن يطمئنوا إلى الضمير الحي لزملائهم الأطباء⁵.

كما أن وضع تعريف قانوني للموت لا يمكن أن يساير التطور الطبي والعلمي للعلوم الطبية والبيولوجية، وإن كان تحديد لحظة الوفاة طبقاً لموت خلايا المخ مسألة طبية تدخل

1 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 280. كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 183. انظر كذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 324.

2 - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 48.

3 - افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 409. انظر كذلك: مروك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 325.

4 - لقد صرح البروفيسور بيرنارد Bernard، في 09 ماي 1986 في واشنطن: « إن التحديد بدقة للحظة وفاة متبرع احتمالي لا يشكل مشكلة لما نريد الحصول على تعريفات جديدة للموت، أو تكليف لجان لنقول لنا متى يموت المريض؟ منذ سنوات ونحن الأطباء نفعل ذلك بأنفسنا. فيجب أن يتخذ الأطباء أنفسهم قرار الزرع من عدمه، وبقيّة الشعب غير مؤهلة لتعريف الموت ».

انظر في ذلك: بغدادي ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 90.

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 233.

5 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 329.

في اختصاص الطب أكثر منها مسألة قانونية، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Bruno Py: « إن الطبيب مكلف بتقرير واقعة وهي الموت وليس من اختصاصه تعريفها »¹.

تبنت بعض القوانين المقارنة هذا الاتجاه الذي اعتمد على المعايير الطبية في تحديد لحظة الوفاة، كالقانون اليمني² رقم 26 لسنة 2002 بشأن مزاوله المهن الطبية والصيدلانية الذي حظر على الطبيب منح شهادة الوفاة إلا بعد التأكد من سبب الوفاة الفعلي طبقا لتعريف الوفاة للمجلس الطبي، وهو ما تؤكدته المادة 20/ب من القانون نفسه³.

أما عن موقف المشرع الجزائري في مسألة تحديد لحظة الوفاة، فهو لم يحدد معيارا دقيقا لتحديد هذه اللحظة في قانون الصحة، رغم أنه نص على ضرورة أن تكون هناك معاينة طبية وشرعية قبل استئصال الأعضاء من الموتى، وهو ما نصت عليه المادة 1/164 من القانون رقم 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها⁴ التي تنص على أنه: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات

1 - نقلا عن: بغدادي ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 90.

2 - وهو ما تبناه المشرع السوري في المادة 5 من القانون رقم 31/72 من أن التأكد من الوفاة يكون بتقرير أصولي من لجنة مؤلفة من ثلاثة أطباء وفقا للتعليمات التي تصدرها وزارة الصحة، قبل فتح الجثة أو نقل الأعضاء منها. كما نصت المادة 5/أ من القانون الكويتي رقم 55/87 المتعلق بزراعة الأعضاء، من أن التحقق من الوفاة يكون من قبل لجنة تتشكل من ثلاثة أطباء اختصاصيين من بينهم طبيب مختص بالأمراض العصبية. أما القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977، فلم يجز في مادته 8 فتح الجثة لأي غرض من الأغراض إلا بعد التأكد من الوفاة بتقرير طبي.

كما تنص المادة 21 من القانون المغربي رقم 16/98 المنظم لعمليات زراعة الأعضاء على أنه: « لا يجوز القيام بعملية أخذ الأعضاء إلا بعد وضع محضر معينة طبي يثبت وفاة المتبرع دماغيا، على أن تكون أسباب وفاته خالية من كل الشكوك، ويقوم بوضع المحضر المعاينة المذكور طبيبان من المؤسسة الاستشفائية يعينان خصيصا لهذا الغرض من طرف وزير الصحة بعد استطلاع رأي رئيس المجلس الوطني لهيئة الأطباء الوطنية... ».

وتضيف المادة 22 من نفس القانون على أنه يتم وضع محضر معاينة الوفاة الدماغية، بناء على علامات سريرية وشبه سريرية متطابقة يحددها وزير الصحة، وذلك باقتراح من هيئة الأطباء الوطنية.

نقلا عن: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 231. كذلك: افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 410. انظر كذلك: علام عمر، مرجع سابق، ص 287.

3 - افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 410. كذلك: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 281.

4 - قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 ماي 1990، يتضمن تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج عدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990.

الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية». والأمر نفسه نجده في المادة 1/362 من ق.ص.ج: « لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة ... ».

اعتبر المشرع الجزائري الوفاة مسألة طبية تحتاج إلى معاينة طبية للتحقق منها، فحول وزير الصحة مهمة وضع تعريف للوفاة وفقا للمعايير التي حددها القرار الوزاري الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 سالف الذكر، والذي على إثره تبنت الجزائر معيار موت خلايا المخ كأساس لتحديد لحظة الوفاة، كما اعتبرها واقعة قانونية يلزم قانون الحالة المدنية¹ بالإبلاغ عنها خلال 24 ساعة².

وعليه، يتبين أن المشرع الجزائري جمع بين الاتجاهين، فاعتبر أن الوفاة مسألة طبية كون أنه لم يضع أي نص يعرف الموت سواء في قانون الحالة المدنية الذي عدل سنة 2022 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 22-178 والمتعلق بالشهادة الطبية للوفاة³ أو

1 - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 16 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر. ج. ج عدد 21، صادر بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل ومتمم.

2 - تنص المادة 1/79 و2 من ق.ح.م على أنه: « يحزر عقد الوفاة ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة بناء على تصريح من أحد أقرباء المتوفي، أو تصريح شخص توجد في حالته المدنية المعلومات الموثوق بها وعلى الوجه الكامل بقدر الإمكان. يجب أن يتم التصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرين (24) ساعة، ابتداء من وقت الوفاة ».

فحسب هذه المادة، فإنه يتم التبليغ عن الوفيات من قبل أقارب المتوفى أو أحد الأشخاص الذين وقعت الوفاة عنده خلال 24 ساعة. ويختص ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي وقعت فيها الوفاة بتلقي التصريح بالوفاة، وتسجيلها وقيدها في سجل خاص بالوفيات، عليه تحرر شهادة الوفاة بدون أن يكون ملزما بالتحقيق من صحتها. أما إذا حدثت الوفاة في المستشفى، فيجب إخطار ضابط الحالة المدنية خلال 24 ساعة من وقوعها قصد تحرير شهادة الوفاة، كما أن التصريح بالدفن لا يمكن أن يسلم من ضابط الحالة المدنية إلا بشهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتحقق من الوفاة، كما تؤكد المادة 78 من ق.ح.م. نقلا عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 89.

3 - مرسوم تنفيذي رقم 22-178 مؤرخ في 28 أبريل 2022، يتعلق بالشهادة الطبية للوفاة، ج. ر. ج. ج عدد 32، صادر بتاريخ 14 مايو 2022.

قانون الصحة، واكتفى بإحالة المسألة إلى القرارات الصادرة عن الوزير المكلف بالصحة، كما اعتبر الوفاة مسألة قانونية من حيث صياغتها في قالب تشريعي يضبطه بوضوح.

تبقى مسألة الوفاة من المستحيل أن تقف عند كونها مسألة طبية أو قانونية، لأن واقعة الوفاة تتمتع بالصفتين معاً، فهي واقعة بيولوجية تدخل ضمن اختصاص الطبيب، كما ترتب آثاراً قانونية سواء مدنية باعتبار أنه بالموت تنتهي الشخصية القانونية للشخص، ولا يعود صالحاً لاكتساب الحقوق ولا تحمل الالتزامات. ومن الناحية الجنائية فلا تقع جريمة القتل إلا على شخص حي، فيستأثر القانون بتنظيمها وهو ما يعني أن الموت مسألة طبية ذات آثار قانونية. وأعتقد أن هذا الرأي هو الصائب لأنه توفيقي بين اعتبار الوفاة مسألة طبية أو قانونية.

المطلب الثاني

دور أجهزة الإنعاش الاصطناعي في تحديد لحظة الوفاة

طرحنا مسألة الوفاة بعد التقدم الكبير الذي تعرفه العلوم البيولوجية والتطور المستمر في الميدان الطبي، والذي أسفر عن ظهور وسيلة فنية في مجال الطب والجراحة، تهدف إلى حفظ حياة المريض الذي توقف قلبه بوسائل صناعية تعيد للقلب والجهاز التنفسي نشاطهما، كما قد يؤدي في بعض الأحيان إلى استرداد الإنسان وعيه كاملاً واستعادة وظائفه الأساسية والحيوية، وهذه الوسيلة هي: الإنعاش الاصطناعي (الفرع الأول).

يتفق الأطباء كذلك على أن موت الدماغ يؤدي حتماً إلى موت الشخص، فالشخص الذي تلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره كائناً حياً، وإن تمت المحافظة على وظائفه الأخرى صناعياً، وفي هذه الحالة يستطيع الطبيب وقف أجهزة الإنعاش الاصطناعي. لكن بالمقابل، أدى ذلك إلى بروز خلاف بين الأطباء حول تحديد لحظة الوفاة الحقيقية، ومن ثم تحديد ضوابط وضمانات رفع هذه الأجهزة أو استمرارها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الإنعاش الاصطناعي

ساعدت وسيلة الإنعاش الاصطناعي باعتبارها وسيلة فنية، في علاج حالات مرضية كثيرة أين تكون حالة الشخص بين الحياة والموت، مما يستدعي تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي لمساعدة المريض الذي توقف قلبه عن النبض وجهازه التنفسي عن العمل، وبالتالي إمكانية استرداد الحياة مرة أخرى. ولأهمية هذه الأجهزة يجب تعريفها (أولاً)، ثم التطرق إلى الحالات التي تستدعي تركيبها (ثانياً).

أولاً - تعريف الإنعاش الاصطناعي:

يعرّف الإنعاش الاصطناعي على أنه: « مجموعة من الوسائل¹ والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو قد تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضاً لاحتمالات الموت، أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل هذه الوسائل² ».

يعرفه جانب من الشراح بأنها: « إحدى الوسائل التي تستخدم لتزويد خلايا المخ والدم والأكسجين الذي يتوقف عليه حياة المخ، والتي تهدف إلى إطالة حياة المريض أو ضمان استمرارها، وهو ما لا يعد إعادة لحياة المريض، لأنه لا يعد ميتاً في حكم الشرع³ ».

1 - تتمثل وسائل الإنعاش الاصطناعي في:

- المنفسة والمعروفة باسم الكمامة أو قناع التنفس.

- جهاز إنعاش القلب مثل مانع الذبذبات.

- جهاز منظم ضربات القلب.

- أجهزة الكلى الصناعية.

انظر: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 265. كذلك: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 200.

2 - نقلاً عن: عشوش كريم، العقد الطبي، در هومة، الجزائر، 2007، ص 85. كذلك: خليفة مشكور، مرجع سابق، ص 86. انظر كذلك: أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشرعية، الكويت، العدد 2، السنة الخامسة، 1981، ص 122.

3 - نقلاً عن: محمود سعد رفاعي عبد الديم، مرجع سابق، ص 233.

ويقصد به أيضا: « العناية الطبية المركزة باستخدام أجهزة طبية اصطناعية ومعالجة دوائية تحت مراقبة فائقة يقدمها فريق طبي متخصص لمعالجة الحالات الحرجة، والتي تتوقف فيها وظائف الأعضاء الحيوية إلى أن تعود هذه الأعضاء إلى عملها الطبيعي »¹.

وهناك من يعرفه على أنه: « المعالجة المكثفة التي يقوم بها الفريق الطبي المختص أو مجموعة من الأطباء ومساعدتهم لمن يفقد وعيه، أو تعطلت عنده بعض الأعضاء الحيوية كالقلب والرئة، إلى أن تعود إلى عملها الطبيعي »².

والشخص قد يعيش في حالة اللاوعي أو الغيبوبة التي هي عبارة عن فقدان الوعي والشعور والإحساس الخارجي، ولها أسباب عديدة منها الإصابات المخية، حدوث نزيف، تصلب شرايين المخ أو الالتهابات السحائية المخية. كما قد تحدث الغيبوبة نتيجة التسمم أو على إثر الإصابة ببعض الأمراض العصبية المتأخرة، وقد يكون مردها أورام أو تشوهات أو طفيليات مخية، كما أن توقف القلب قد يفضي إلى غيبوبة. وهنا نميز بين 4 أنواع من الغيبوبة:

1 - الغيبوبة المؤقتة Coma temporaire: تحدث هذه الغيبوبة نتيجة الدهشة أو الذهول الشديدين، من أهم مظاهرها عدم الإستجابة العضوية والتي يمكن علاجها تحت تأثير المؤثرات الشديدة والمتكررة، فهي عبارة عن تعطل مؤقت لوظائف المخ وسرعان ما يسترد المصاب وعيه مرة أخرى، ويمارس نشاطه العادي³.

1 - نقلا عن: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 164. كذلك: افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 431.

2 - نقلا عن: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 200. كذلك: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 233.

3 - داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 101. انظر كذلك: رحيمة لدغش، "الموت الدماغي والانعاش الصناعي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 10، العدد 01، 2018، ص 1757.

2 - الغيبوبة الممتدة أو الطويلة Coma prolongé: يكون فيها المصاب فاقد الإحساس والشعور ومجرد من الحركة والانعكاسات الشرطية، لكنه يظل محتفظا بحياة عضوية فقط، كالإبقاء بدرجة حرارة الجسم والتنفس والدورة الدموية، بل ويمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل ذبذبات معلنا عن وجود حياة مخية، وهنا الشخص لا يعد ميتا، لذا لا يجوز في هذه الحالة استئصال أي عضو منه¹.

فدور أجهزة الإنعاش الاصطناعي في حالة الغيبوبة الطويلة يكون لغرض إيصال الغذاء والأكسجين إلى الدماغ حتى لا تموت خلاياه، فالشخص لا يعتبر في حكم الميت لعدم تحقق الوفاة، رغم توقف بعض أعضائه الحيوية عن العمل التلقائي بشكل مؤقت، ويبقى عودة الوعي ممكنا حتى بعد تجاوز الغيبوبة عدة شهور، لذا لا يجوز استئصال أي عضو من أعضائه².

3 - الغيبوبة النهائية³ أو اللا رجعية Coma dépassé: تتميز هذه المرحلة بوفاة خلايا المخ لدى الشخص، وحينما تموت خلايا المخ يفقد الإنسان كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية، ويعتبر الشخص في هذه الحالة في حكم الأموات، بالتالي من المستحيل عودة الحياة الطبيعية للإنسان، ومع ذلك قد تستخدم أجهزة الإنعاش الاصطناعي للإبقاء على تنفسه ودورته الدموية، لتبقى خلايا الجسم حية حتى يستفاد منها في عمليات نزع وزرع الأعضاء⁴، بالتالي فإن استئصال الأعضاء من الشخص الموجود في حالة الغيبوبة النهائية جائز.

4 - الغيبوبة التسممية Coma barbiturique: وتنتج عادة عن وجود بعض المواد المخدرة أو السامة في الجسم، وفي هذه المرحلة تموت هذه الخلايا فيحدث ما يسمى بالموت

1 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 333. كذلك: مشكور خليفة، مرجع سابق، ص 88.

2 - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجا، مرجع سابق، ص 105. كذلك: حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 125.

3 - تحدث حالة الغيبوبة النهائية عند ضحايا التلف الدماغى السريع، الذي يحصل في بضع دقائق أو ساعات بسبب إصابات شديدة في الجمجمة، أو اعتداء، أو انتحار، أو رصاصة في الرأس، أو لانقطاع الأوعية داخل الدماغ. نقلا عن: ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 261.

4 - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 77.

الخلوي وتسمى بالموت الانطولوجي، وفيه تتم مفارقة معنى الحياة عن الجسد ويعبر عنه بالروح¹. وبهذا نكون قد وصلنا إلى موت الدماغ أو ما يسمى بالموت المطلق La mort absolu².

ثانيا - حالات استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي:

إن الحالات التي تستوجب المعالجة بأجهزة الإنعاش الاصطناعي كثيرة، نذكر منها:

- حالات شلل الأطفال.
- حالات التسمم بالمخدرات والمنومات والمهدئات.
- حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابات الرأس.
- حالات الفشل الكلوي وهي تعالج بالكلية الصناعية.
- حالات عدم انتظام ضربات القلب.
- حالات مرض التيتانوس.
- حوادث السيارات التي ينتج عنها كسور بالجسم، أهمها كسور القفص الصدري.
- عمليات جراحة القلب المفتوح، أي عمليات جراحة داخل القلب نفسه، وتشمل أنواعا كثيرة من الجراحة أهمها عمليات تغيير صمامات القلب التالفة، ويستعان لإنجاح هذه العمليات بأجهزة الرئة والقلب الصناعية، وهي أجهزة تقوم بوظيفة القلب والرئتين خلال توقف القلب حتى تتم العملية الجراحية الدقيقة، ويعود بعدها قلب المريض للخفقان، ويستعيد المريض حياته بشكل عادي³.

1 - بلوصيف صادق، "زرع الأعضاء والشرعية الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، عدد خاص، 2003، ص 153.

2 - عمراني أحمد، مرجع سابق، ص 266. كذلك: بغدادي ليندة، الوضع القانوني...، مرجع سابق، ص 69.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 529. كذلك: لدغش رحيمة، مرجع سابق، ص 1757. انظر كذلك: عسال محمد، مرجع سابق، ص 80. وانظر كذلك: عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 95.

الفرع الثاني

شروط إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي

يضطر الطبيب في بعض الحالات إلى تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي لإنقاذ حياة المريض من الموت المؤكد، لكن هناك حالات يكون مضطرا لرفع هذه الأجهزة لأن بقاءها لا فائدة منه. وهو قرار صعب على الطبيب اتخاذه، خوفا من مساءلته، فرفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي قبل التأكد من وفاة الشخص جريمة يعاقب عليها القانون. لكن هناك حالات أين يستطيع الطبيب رفع الأجهزة دون أن تترتب أية مسؤولية عليه¹ (أولا). كما أن رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي لا يتم بقرار شخصي للطبيب بل هناك شروط قانونية يجب التقيد بها (ثانيا).

أولا - حالات إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي دون ترتيب المسؤولية:

يعد قرار الطبيب الجراح بإيقاف الإنعاش الاصطناعي عن المريض من أصعب القرارات التي يتخذها خوفا من مساءلته، لكن هناك حالات أين يمكنه إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي دون أن تترتب أية مسؤولية عليه، وهي:

1 - زوال السبب الذي من أجله تم تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي عليه، كأن يعود المريض لحالة لا يحتاج معها إلى الإنعاش الاصطناعي.

2 - المريض المحتضر في حالة الغيبوبة النهائية:

في هذه الحالة تموت خلايا المخ لدى الإنسان والتي يستحيل عودتها للحياة مرة أخرى، فالمخ هو الذي يتحكم في سائر أعضاء الجسم نظرا لاحتوائه على كافة المراكز العصبية العليا التي تنظم وظائف أعضاء جسم الإنسان. فالإبقاء على أجهزة الإنعاش الاصطناعي ليس حفاظا على حياة المريض، وإنما للإبقاء على عمل الدورة الدموية للحفاظ على أعضاء جسمه، تمهيدا لاستئصالها ونقلها.

1 - أما الحالات التي ترتب مسؤولية الطبيب عند إيقافه لأجهزة الإنعاش الاصطناعي فسنناولها في الباب الثاني عند دراسة المسؤولية.

يتفق الأطباء على أن موت الدماغ دليل على الموت الحقيقي، فالإنسان الذي تلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره حياً، وفي هذه الحالة يمكن للطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي، لعدم جدوى جهوده في إعادة الحياة إلى مريضه¹.

لكن يجب على الجراح أن يتأكد من موت المريض، أي موت خلايا مخه بشكل قطعي، قبل رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي، أما إذا لم يتأكد من موته فلا يحق له إيقاف الإنعاش الاصطناعي² وإلا تسبب في موته حقاً³، كما لا يحق له أن يعلل إيقاف أجهزة الإنعاش طول المدة أو كثرة تكاليفها، أو وجود مرضى آخرون بحاجة أكثر لهذه الأجهزة⁴.

إنّ المحافظة على الحياة العضوية الصناعية للأعضاء والإبقاء على أجهزة الإنعاش الاصطناعي، يختلف فيه، فهي محاطة بالغموض وهو أمر غير مقبول من وجهة النظر الإنسانية والأخلاقية، لذلك فإنّ إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي هو واجب تمليه قواعد الأخلاق. في حين يرى البعض⁵، أن طول مدة إبقاء الشخص تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي، وكثرة تكاليف هذه الأجهزة لا يعد مبرراً لاتخاذ قرار إيقافها عن المريض، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة القتل العمدى.

3 - حالة المريض المحتضر الواعي:

وهي حالة خاصة لا تشبه سابقتها لكن هناك من التشريعات التي أجازتها، حيث يكون المريض في هذه الحالة على قدر من الوعي والإدراك، وتسمى هذه الحالة القتل بناء على

1 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 270.

كذلك: مروك نصر الدين، "الإنعاش الصناعي والمسؤولية الطبية"، المجلة القضائية، العدد الأول، 1998، ص 48. انظر كذلك: مشكور خليفة، مرجع سابق، ص 88.

2 - وهو ما أكدّه وتبنّاه القرار رقم 5 الذي أصدره مجلس الفقه الإسلامي المنعقد بين 11 إلى 16 أكتوبر 1986 في دورته الثالثة في عمان، بشأن وقف أجهزة الإنعاش، فقد جاء في هذا القرار على الطبيب أن يتأكد أولاً من توقف قلب المريض وتنفسه من قبل الأطباء، وكذا تعطل جميع وظائف دماغه تعطلا لا يمكن عودة المريض للحياة ثانية، وبعدها يمكنه نزع أجهزة الإنعاش الاصطناعي، دون أن يسأل الطبيب عن وفاة المريض. نقلا عن: خالد محمد شعبان، مرجع سابق، ص 75.

3 - YAKOUB Zina, "Euthanasie et responsabilité pénale du médecin", Revue Critique de Droit et Sciences Politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, numéro spécial 1, 2008, p 486.

4 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006، ص 149. كذلك: أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص 36.

5 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 154.

الطلب أو برضا المجني عليه. فنجد بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية اعترفت بما يسمى "الحق في الموت" لهؤلاء المرضى الذين لا يرجى شفاؤهم، والذين تعد أجهزة الإنعاش الاصطناعي بالنسبة لحالتهم عديمة الجدوى، فمصيرهم العاجل هو الوفاة. وتسمى أيضا وثيقة إنهاء الحياة، والتي يمكن فيها للشخص أن يعبر بكامل رغبته في إنهاء حياته إذا كان المريض الذي يعالج منه لا أمل في شفاؤه¹.

ويشترط أن تشمل تلك الوثيقة توقيع المريض نفسه، إلى جانب وجود شاهدين اثنين ليسوا من أقارب المريض أو ممن لهم نصيب في التركة، وتظل هذه الوثيقة صالحة لمدة 5 سنوات من تاريخ تحريرها، كما لا يعتد بها إلا إذا كانت موقعة من طبيبين يقرران استحالة شفاء المريض وعودته إلى مرحلة ما قبل مرضه².

أما في فرنسا فقد ذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسي إلى مساءلة الطبيب جنائيا عن جريمة القتل العمدى في حالة إيقافه أجهزة الإنعاش عن مريض يصارع الموت³، وذلك قبل أن يصدر القانون المؤرخ في 22 أبريل 2005⁴ والذي يسمى "قانون ليونتي" Loi léonetti، المتعلق بحقوق المرضى في الحد من الحياة، والذي أجاز للمرضى الذين يعانون من أمراض لا يرجى شفاؤها، أن يصرحوا بعدم الرغبة في العيش بتلك الآلام غير المحتملة⁵ وبإمكان الطبيب أن يسهل ويساهم في موت ذلك المريض عن طريق إيقافه إعطاء المريض الأدوية المهدئة للآلام، وهذا بعد إخبار أهل المريض قراره الرامي إلى وقف العلاج، وتسجيله في سجل طبي خاص به، وبهذا لا يسأل الطبيب جنائيا عن موت المريض، لأن ذلك قد تم بطلب منه⁶.

وبتاريخ 28 ماي 2025 صادق نواب الجمعية الوطنية الفرنسية على القانون الذي يجيز "المساعدة على الموت" L'aide à mourir، بانتظار المصادقة عليه من قبل مجلس

1 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 234.

2 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 79. انظر كذلك: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص ص 233 - 234.

3 - SICARD Didier, "Médicalisation et judiciarisation de la fin de vie", Revue de L'institut de Criminologie de Paris, Edition Eska, n°5, 2005 - 2006, p 35.

4 - Loi n°2005-370 du 22 Avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi Léonetti). Voir : MONDIELLI Eric, op. cit, p 145.

5 - LABRUSSE-RIOU Catherine, "Quelques regards civilistes sur la fin de vie", Revue de L'institut de Criminologie de Paris, Edition Eska, n°5, 2005 - 2006, p 35.

6 - BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 2006, p 140.

الشيوخ قبل نهاية هذه السنة¹، فتضاف فرنسا إلى البلدان التي تجيز للمريض وضع حد لحياته دون عقاب أو مسؤولية.

يختلف القتل برضا المجني عليه عن القتل بدافع الشفقة أو الرحمة² أو ما يسمى Euthanasie³، فالقاتل بدافع الشفقة سواء كان الطبيب أو غيره، يرتكب الفعل دون طلب

1 - للاستفادة من الحق في المساعدة على الموت يجب أن يكون الشخص المعني:

- بالغاً،

- فرنسياً أو مقيماً في فرنسا،

- مصاباً بمرض خطير في مرحلة متقدمة أو نهائية ويعاني من آلام لا تطاق.

يستثني هذا النظام المرضى المصابين بغيوبة عميقة، ومرضى الزهايمر. وبعد تقديم الطلب يعرض المريض على أخصائي نفسي أولاً، وبعدها يتم فحص الطلب من قبل لجنة من المهنيين ولهم في ذلك مهلة 15 يوماً، وإذا تمت الموافقة على الطلب يكون للمريض مهلة إضافية تقدر بـ 48 ساعة أي مهلة يومين لإعادة التفكير. وإذا أكد المريض طلبه يختار تاريخ تنفيذ العملية، وهو التاريخ الذي يتناول فيه المريض بنفسه المادة المميتة في حضور ممرض أو طبيب، كما يمكنه طلب المساعدة من مهني الصحة للقيام بهذه الخطوة. وقد نص القانون الذي يجيز المساعدة على الموت، عقوبة السجن وغرامة مالية لكل من يحاول منع عملية المساعدة على الموت. انظر في ذلك: المقال الذي يحمل عنوان Euthanasie en France, la loi sur l'aide à mourir en 2025، والذي تم الاطلاع عليه يوم

22 جويلية 2025 على الساعة 11h00، على الرابط التالي: <https://www.justifit.fr>

2 - يقصد بالقتل بدافع الشفقة إنهاء حياة مريض مؤوس من شفاؤه طبياً للحد من آلامه المبرحة وغير المحتملة بناءً على طلبه الصريح أو الضمني أو طلب من ينوب عنه، وسواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخصاً آخر بدافع الشفقة. ويعرّف أيضاً على أنه: « الموت الرحيم الذي يخلص مريضاً لا يرجى شفاؤه من آلامه المبرحة ». نقلاً عن: عشوش كريم، مرجع سابق، ص 122. القتل الرحيم أو القتل إشفافاً هو وضع حد لحياة المريض الذي لا يرجى شفاؤه بفعل أو ترك لتخليصه من تشوهات خلقية أو آلام مبرحة، سواء بحق المريض بمادة قاتلة أو رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعية أو الامتناع عن تركيبها، بناءً على إلحاحه الصريح أو الضمني أو إلحاح من ينوب عنه أو بدونه، سواء قام به طبيبه أو غيره بدافع الشفقة. انظر: بكوش آمال، "تعويض فوات الفرصة الناشئ عن الإخلال بتبصير المريض، دراسة مقارنة"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 91، القاهرة، 2018، هامش ص 602. انظر كذلك:

OGIEN Rewen, "Mon corps est à moi, non, c'est non. Que reste-t-il de ces principes?", in corps de la femme et biomédecine, approche internationale, Bruylant, Paris, 2013, p 359.
PENNEAU Jean, La responsabilité du..., op. cit, p 91.

3 - كلمة الأوتانازيا Euthanasie كلمة يونانية مكونة من مقطعين، الأول: "Eu" وتعني الطيب، والثاني: "Thanatos" وتفيد الموت، فالكلمة تعني الموت الطيب أو الموت برفق، أو موت الرحمة أو موت بلا معاناة، La bonne mort. راجع في ذلك: عسال محمد، مرجع سابق، ص 11.

Le mot « Euthanasie » est formé à partir de deux termes : thanatos, qui veut dire « mort », et « Eu » qui signifie « Bien ». L'euthanasie veut dire alors « bonne mort », mort douce, une mort qui est une noble fin. Il s'agit plus précisément d'une mort provoquée par la main humaine avec l'intention d'abrégier les souffrances du malade dans le cas où il n'y a aucun espoir de guérison. VOIR : BEN SEDRINE Leila, La responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin au Maroc, El-Maaref El-Jadida, Rebat, 2006, p 239.

أو رضا سابق من المجني عليه المريض، فيرتكبه من تلقاء نفسه بدافع الشفقة عليه، لإراحته من الآلام التي يشعر بها المريض، فيقوم الطبيب مثلاً بنزع أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض ما يؤدي إلى موته. أما القتل برضا المجني عليه المريض، فالطبيب قد يوقف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض، ليس بدافع الشفقة ولكن بطلب منه¹.

ثانياً - الضمانات القانونية لرفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي:

إذا كان المريض في حالة الغيبوبة الطويلة حياً فلا يجوز رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي عنه ما لم تثبت وفاته، ويخضع استئصال الأعضاء منه لضوابط نقل الأعضاء بين الأحياء. أما إذا كان المريض في حالة الغيبوبة المستديمة أو النهائية وتلف جهازه العصبي، فلا يمكن اعتباره حياً، حتى ولو تمت المحافظة على بعض الأعضاء الحيوية اصطناعياً بغية استئصالها. الأمر الذي أدى بالتشريعات الوضعية إلى وضع قيود وضمانات لرفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي في هذه الحالة الخاصة، وكذا المساس بجسم المريض بغية استئصال الأعضاء منه.

1 - أن يتم التحقق من الوفاة بصفة جماعية:

يعد التحقق من الوفاة بشكل يقيني شرط أساسي لإيقاف الطبيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي، فالخطأ في التشخيص يؤدي إلى إنهاء حياة الشخص، لذا اشترطت العديد من التشريعات التثبت من الوفاة عن طريق لجان طبية خاصة. فنجد القضاء الأمريكي والكندي يشترطان ألا يكون قرار عدم إمكانية عودة الحياة الطبيعية للمريض بشكل فردي، بل يجب عرض مثل هذا الأمر على فريق طبي متخصص².

تتفق غالبية التشريعات المقارنة³ على شرط إثبات الوفاة من خلال لجنة خاصة، وهو

1 - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 153.

2 - مشكور خليفة، مرجع سابق، ص 89.

3 - من التشريعات نذكر: التشريع التونسي في مادته 5، التشريع اللبناني في مادته 2، التشريع المغربي في مادته 21. فهذه التشريعات تشترط أن يثبت الوفاة لجنة تعد خصيصاً لذلك. في حين نجد تشريعات أخرى تشترط أن تكون اللجنة المكلفة بتحديد الوفاة لجنة ثلاثية، على أن يكون أحدهم من المتخصصين في الأمراض العصبية، منهم القانون الإماراتي في مادته 6، القانون البحريني في مادته 5، القانون القطري في مادته 7. القانون الأردني في مادته 9/أ-ب.=

ما ذهب إليه المشرع المصري، إذ تنص المادة 14 من القانون رقم 5 لسنة 2010 على أنه: « لا يجوز نقل أي عضو أو نسيج من جسد ميت إلا بعد ثبوت الموت ثبوتاً يقينياً تستحيل بعده عودته إلى الحياة، ويكون إثبات ذلك بموجب قرار يصدر بإجماع الآراء من لجنة ثلاثية من الأطباء المتخصصين في أمراض أو جراحة المخ والأعصاب، أمراض أو جراحة القلب والأوعية الدموية، والتخدير أو الرعاية المركزة، تختارها اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية... »¹.

اشتترطت المادة 2/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي، ضرورة التحقق من الوفاة عن طريق ما يسمى باختبار معدل ثاني أكسيد الكربون في الدم، وضرورة اختبار رسم المخ الكهربائي بعد مرور 4 ساعات من احتمال الوفاة، ويجب أن يستمر عمل هذا الاختبار لمدة 30 دقيقة، على أن يتم تسجيل النتائج في دفاتر معدة سلفاً لذلك. إضافة إلى المعايير التي نصت عليها المادة 1/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي المذكورة سابقاً².

نفس الموقف اتخذه المشرع الجزائري الذي اشترط ضرورة التحقق من الوفاة عن طريق لجنة طبية خاصة، وهو ما نصت عليه المادة 164 من ق.ح.ص.ت رقم 90-17 الملغى: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية ».

=راجع في ذلك: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 72. كذلك: مخلد إبراهيم الزغبى، حقوق المواطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص ص 310 - 311.

1 - كما أُلزم القانون المصري لسنة 2010، اللجنة الثلاثية بإجراء الاختبارات الإكلينيكية والتأكيديّة اللازمة للتحقق من ثبوت الموت، طبقاً للمعايير الطبية التي تحددها اللجنة العليا، مستندة إلى المعايير التي وضعتها اللجنة بالقرارين الوزاريين رقم 520، 545، ودون الإخلال بحقوقها في تعديل تلك المعايير في ضوء ما يستجد من أبحاث ودراسات علمية مستقبلية. نقلاً عن: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 70.

2 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 236.

وبالعودة إلى نص المادة 167 المذكورة في المادة أعلاه، وفي فقرتها الثالثة نجدها تنص على أنه: « يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين ». يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع اشترط أن يتم التحقق من الوفاة من طرف أكثر من طبيب، بمعنى طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 167، بالإضافة إلى طبيب شرعي.

لكن بالرجوع إلى قانون الصحة رقم 18-11، نجد أن المشرع الجزائري تراجع عن رأيه بخصوص اللجنة الطبية الخاصة وكذا الأطباء الذين يثبتون الوفاة، وذلك بموجب المادة 2/363 من هذا القانون التي تنص على أنه: « يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع ». يتبين من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري اشترط أن يثبت وفاة المتبرع طبيب واحد فقط، وألا يكون هذا الطبيب ضمن الفريق الذي يقوم بزرع العضو لدى المريض المتلقي، وهو ما قد يثير الشك بشأن القرار الفردي للوفاة، عكس القرار الجماعي الذي يبعد الشك والشبهات بشأن واقعة الوفاة.

كما لم يشر المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 إلى اللجنة الطبية الموجودة بموجب ق.ح.ص.ت الملغى أو البديل لهذه اللجنة، فهي كلها فراغات قانونية يجب على المشرع تداركها.

2 - أن يحصل إيقاف الإنعاش بإذن من جهة رسمية وبموافقة أسرة المريض:

لا شك أن إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن العمل بقرار فردي من الطبيب قد يكون محل شبهة، خصوصا إذا كانت هذه الأجهزة قد وضعت على المريض قبل موت خلايا مخه، لهذا قرر القضاء الأمريكي والكندي بأنه لا يجوز للطبيب أن يقرر بصفة فردية عدم إمكانية عودة المريض للحياة الطبيعية، بل يجب عرض مثل هذه الحالات على فريق طبي متخصص، فإذا أثبت أنه لا أمل في عودة الحياة الطبيعية للمريض، وجب حينئذ

الحصول على إذن من جهة رسمية كالنيابة العامة، لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي عن المريض¹.

كما أن إيقاف الطبيب لهذه الأجهزة عن المريض، يجب أن يسبقه اتخاذ إجراءات رسمية لإعلان الوفاة، بعد ثبوت الموت الحقيقي للمخ طبعاً، كتحضير محضر أو شهادة الوفاة، وبعد عرض الأمر على فريق طبي متخصص، كما يجب أيضاً إعلام أسرة المريض بالأمر وموافقتها على ذلك².

لم يتناول المشرع الجزائري من خلال قوانين الصحة الإنعاش الاصطناعي ولا ضمانات أو شروط رفع هذه الأجهزة عن المريض، مع أن الحالات التي تتطلب ذلك موجودة في جميع مستشفيات الجزائر، بسبب الحوادث التي يتعرض لها الأشخاص والتي تستوجب تبعاً للجوء إلى هذه التقنية الحديثة في العلاج، لذا يجب على المشرع تدارك هذا الفراغ القانوني في التعديلات المقبلة.

1 - مشكور خليفة، مرجع سابق، ص 89. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 169.

2 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 150. انظر كذلك: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 453.

المبحث الثاني

عدم احترام إجراءات التصرف في جثة المتوفى

لا يقتصر مبدأ حرمة جسم الإنسان على حماية جسمه أثناء حياته فقط، بل يمتد إلى حماية جثته بعد مماته. لذا يتطلب استئصال الأعضاء من الجثة أن تبقى في أطر قانونية محددة، ومهما كان الغرض من ذلك، سواء كان علاجي لاستفادة الغير من أعضاء الجثة وذلك بزرعها في جسم مريض بحاجة ماسة إليها لإنقاذ حياته، أو لأغراض علمية بحثية كتشخيص الأمراض لمعرفة أسبابها.

لا يكتفي القانون، في الحالات التي يجيز فيها استئصال الأعضاء من الجثث مجرد التحقق يقينا من وفاة الشخص صاحب الجثة من الناحيتين الطبية والشرعية، وإنما توجد العديد من الشروط والإجراءات التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى، والتي تعزز ثقة المجتمع، فمنها ما يتعلق بضرورة معرفة موقف الشخص من المساس والتصرف في جثته سواء بالقبول أو الرفض، وفي حالة عدم معرفة موقفه يتم انتقال التصرف في الجثة إلى الغير (المطلب الأول). ومنها شروط طبية وأخرى تنظيمية، والتي تتم وفقها عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإذن بالمساس بالجثة

رغم تأكد الطبيب الجراح وتحققه من وفاة الشخص وإعلان موت دماغه بصورة كلية غير قابلة للعودة للحياة مرة ثانية، إلا أنه لا يستطيع من تلقاء نفسه التصرف في الجثة، ونزع أعضاء منها لزرعها في جسم شخص آخر بحاجة إليها.

لذا يجب أن يحصل الطبيب على إذن بالمساس بالجثة والتصرف فيها، وذلك لا يتأتى إلا بعد معرفة موقف المتوفى من ذلك سواء بالقبول أو الرفض (الفرع الأول). لكن قد يجد الطبيب نفسه أمام حالات خاصة يتجاوز على إثرها موافقة صاحب الجثة، فتنتقل الموافقة إلى الغير بشأن التصرف في هذه الجثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موافقة المتوفى التصرف في أعضاء جثته

يملك الشخص الحرية الكاملة بالتصرف في جسمه، والسماح بانتفاع الغير من أعضائه بعد مماته، وهذا لا يتعارض مع النظام والآداب العامة، كون أن الغاية من ذلك هو التضامن الإنساني الذي يسعى إلى إنقاذ حياة الغير المهددة بالموت.

قبل مباشرة الطبيب الجراح باستئصال الأعضاء من الجثة، يشترط أن يتأكد أولاً من موقف الشخص، فلهذا الأخير أن يقبل بنزع أعضاء من جثته فيوصي بذلك قبل مماته (أولاً). كما له أن يعارض مطلقاً المساس بجثته واستئصال أعضاء منها (ثانياً)، ولهذا ينبغي التطرق للأهلية المطلوبة للشخص الراض التصرف في جثته (ثالثاً).

أولاً - قبول الشخص التصرف في أعضاء جثته أثناء حياته:

يجوز للشخص أن يقبل باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته، فله أن يوصي بذلك حال حياته، كما يمكن الاعتماد على بطاقات التبرع بالأعضاء كوسيلة للتعبير على رغبة الشخص وقبوله نزع أعضاء من جثته.

1 - اعتماد الوصية كوسيلة للتعبير على قبول الشخص استئصال أعضاء من

جثته:

تعد الوصية الصورة الأساسية للإذن في التصرف في الجثة¹، وتصدر من الشخص ذاته قبل وفاته، والوصية من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة، فتتجه إرادة الموصي إلى إنشاء التزام. وسميت الوصية بهذا الاسم لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته. أما الوصية شرعاً فهي تملك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان الموصى به عينا أم منفعة².

1 - يرى الفقه المعاصر أن الوصية بالمنافع جائزة شرعاً، ومنها الوصية بالانتفاع بجثة الميت أو بعضو من أعضائه للحاجة التي يبيحها الشرع. نقلاً عن: بلحاج العربي، معصومية الجثة...، مرجع سابق، ص 182.

2 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 296.

تعرف الوصية الواردة على عضو من أعضاء جسم الإنسان، على أنها صورة من صور تعبير الشخص قبل وفاته عن إرادته الصريحة، بإعطاء الإذن للطبيب الجراح باستئصال أي عضو من أعضائه بعد وفاته أو التصرف التام بكامل جثته، وهي من التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة، بحيث تتجه إرادة الموصي إلى إنشاء الالتزام فتكون الوصية تصرفاً أحادياً. والوصية بهذا الشكل الخاص تعني أيضاً التصرف بعضو أو أكثر من أعضاء الجسم على سبيل التبرع مضافاً إلى ما بعد الموت. وتعرف أيضاً بأنها تبرع الإنسان الحي بغير عوض بعضو منه أو جزئه إلى شخص آخر مضطر إلى ذلك¹. يشترط لصحة الوصية بالأعضاء البشرية مجموعة من الشروط نلخصها في النقاط الآتية:

- **صدور الوصية بناء على الرضا الحر والصريح من الموصي:** فيجب أن تكون موافقة الموصي قبل وفاته صريحة وواضحة لا لبس فيها، ويتحقق ذلك بأن تكون عبارات الموصي واضحة ومفهومة ودالة دلالة قاطعة على انصراف نيته إلى التبرع بعضو بشري محدد ينتزع من جثته بعد وفاته، بهدف زرعه في جسم شخص آخر مريض².
- **يجب أن تصدر الوصية عن إرادة حرة خالية من العيوب التي تشوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، أو لضغوط مادية أو أدبية³.**
- **توافر شرط الأهلية:** فيجب أن تصدر الوصية عن شخص سليم العقل بالغ سن الرشد⁴، ذو أهلية كاملة، وفي هذه الحالة فقط يمكنه الإيلاء بجثته⁵. غير أنه يمكن الحصول على الأعضاء البشرية من القاصر بشرط موافقة وليه، كالقانون الفرنسي⁶.

1 - نقلاً عن: أحمد نعمة عطية الشمري، الوصية بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، ص 18.

2 - نجاه الداوي، مرجع سابق، ص 276.

3 - افتكار مهيب ديبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 343.

4 - تنص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم، على أنه: « يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل ».

5 - أسامة علي عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 310.

6 - راجع المادة 2/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800 لسنة 2004.

- اشتراط الكتابة في الوصية: تتجه التشريعات التي تعتمد على الوصية كوسيلة للتعبير عن موافقتها لاستئصال الأعضاء من الجثة، إلى ضرورة إفراغها في شكل كتابي. ومن التشريعات¹ التي أخذت بهذا النظام، القانون المصري رقم 5 لسنة 2010، فتنص المادة 8 منه على أنه: «يجوز-لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده-أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين، إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة أو مثبتة في أية ورقة رسمية، أو أقر بذلك وفقا للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون». يتضح من نص المادة أن المشرع المصري يشترط الرسمية في الوصية.

لم يشر المشرع الجزائري إلى نظام الوصية بالأعضاء البشرية في قانون الصحة رقم 11-18، في حين أجازته بموجب القانون رقم 85-05 (الملغى)، أين يمكن للشخص أن يوصي باستئصال أعضائه بعد وفاته، وذلك بالموافقة الصريحة منه حال حياته والتي يجب أن تكون كتابية وهذا بموجب المادة 2/164 من هذا القانون والتي تنص على أنه: «وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني، وهو على قيد الحياة...»، لكن بموجب التعديل الذي حصل في سنة 1990 لقانون حماية الصحة وترقيتها، تراجع المشرع الجزائري عن الموافقة الكتابية وبسط إجراءات التبرع بالأعضاء من الجثة. فيمكن للشخص السماح بنزع أعضائه بأية وسيلة كانت، سواء بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ أي موقف لا يدع مجالا للشك في دلالاته عن مقصود صاحبه، وهو ما تؤكد المادة 2/164 من القانون نفسه والتي جاء نصها كالاتي: «وفي هذه الحالة، يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك...».

أما فيما يخص اشتراط الشكلية للوصية المتعلقة باستئصال الأعضاء بعد الوفاة، فهناك من يرى أن ذلك قد يعرقل عمليات التبرع بالأعضاء من الجثث، وقد يؤدي إلى إنقاص عدد

1 - من التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الوصية المكتوبة نذكر: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، سويسرا، فنزويلا، ألمانيا، البوسنة، الهرسك، الدانمارك، ليتوانيا، الهند، إفريقيا الجنوبية، البرازيل، تايلاند، اليابان سنة 2009. راجع في ذلك: عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 107.

الأشخاص الذين يرغبون في الإيحاء بأعضائهم لما بعد الوفاة، بسبب أنه إذا كان الشخص سليماً معافى، فنادرًا ما سيفكر بإعطاء إذن كتابي بانتزاع أعضاء من جثته بعد وفاته. أما إذا كان الشخص مريضاً يخضع لتدخل جراحي خطير قد يهدد حياته، فإنه من الصعب والمخرج أن يطلب الجراح من المريض وهو في تلك الحالة تحرير موافقة على انتزاع أعضاء من جثته، إذ أن مجرد مطالبته بذلك قد يؤثر سلباً على حالته النفسية، وقد يعيق أيضاً شفاء المريض.

- يشترط أيضاً أن تكون الوصية بدون مقابل: وعدم استفادة الموصي من أي مقابل مالي أو أية امتيازات. كما يحق للموصي أن يرجع عن وصيته في أي وقت ودون أي قيد أو شرط، باعتبار أن الوصية تصرف يضاف إلى ما بعد الموت، وله أن يتراجع عنها متى أراد ذلك فتعد الوصية كأن لم تكن¹.

- يشمل نطاق الوصية جميع الأعضاء الجائز استئصالها: بما فيها الأعضاء الأساسية والأعضاء المنفردة غير المتجددة كالقلب مثلاً، عدا ما تم تحريم نقله لارتباطه باختلاط الأنساب، فيمنع الإيحاء باستئصال الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، كالخصيتين والمبيضين².

2 - اعتماد بطاقات التبرع للتعبير عن الموافقة باستئصال الأعضاء من الجثة:

اعتمدت بعض الدول نظام البطاقات الخاصة بنقل الأعضاء، أو التأشير على بطاقة الهوية أو رخصة السياقة أو بطاقات العمل، بما يفيد موافقة حاملها على التبرع بأعضائه أو رفضه بذلك. فإذا توفي الشخص دون أن يتراجع عن موقفه، فإن العثور على بطاقة التبرع معه تغني عن اتخاذ الإجراءات القانونية للحصول على موافقة أفراد الأسرة، خاصة إذا كان من الصعب الاتصال بهم.

تحقق طريقة العمل ببطاقات التبرع فوائد كثيرة، منها السرعة وعدم البحث عن موقف

1 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 139.

2 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 415.

الشخص بشأن المساس بجثته، كما أن إثبات موافقة الشخص على بطاقة تحمل توقيعه، يحل المشاكل المتعلقة بإثبات الرضا في عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى.

كما لا يتعارض هذا النظام مع حق الرجوع عن التبرع، إذ يكفي أن يخطر المتراجع عن موقفه في التبرع بجثته الجهة المختصة، لكي يتم شطب اسمه من سجلات المتبرعين، سواء تعلق الأمر بحمل البطاقة أو التأشير على رخصة السياقة بجواز التبرع¹.

تبنت هذا النظام عدة تشريعات²، كالتشريع البلجيكي الصادر في 19 جانفي 1969، الخاص باستئصال الأعضاء البشرية، فوفقا لهذا القانون يستطيع الشخص أن يطلب من الجهة المختصة، أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته في حالة تعرضه لحادث مميت، وفي هذه الحالة يستطيع الطبيب الجراح أن يستأصل الأعضاء من الجثة³.

أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بنظام بطاقة التبرع⁴ عام 1972، حيث تم اعتماد ما يسمى بطاقة التبرع الموحدة، والتي يتم استخدامها كوثيقة قانونية في جميع الولايات وفقا

1 - موسي العلبة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 229.

2 - كما اعتمدت دول أخرى على نظام بطاقات التبرع بالأعضاء منها: إنجلترا منذ سنة 1981، إذ يتعين على حامل البطاقة أن يوقع على عليها، ويحدد العضو أو الأعضاء التي يرغب في التبرع بها بعد وفاته، وذلك بالتأشير على الأعضاء المدونة في البطاقة، وكذا تدوين اسم أحد الأقارب وعنوانه ورقم هاتفه. نقلا عن: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 620.

3 - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 516. انظر كذلك: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 417.

4 - صدر أول قانون ينظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1968، ويسمى القانون التشريحي الموحد، فقد وُجد هذا القانون التبرع بالأعضاء البشرية في جميع ولايات أمريكا، بعدما كان لكل ولاية قانون خاص بها، كما سعى هذا القانون لزيادة عدد الأعضاء المتبرع بها، من خلال تيسير إجراءات التبرع بالأعضاء البشرية. وفي عام 1972 تم إصدار ما يسمى بطاقة التبرع الموحدة، والتي يتم استعمالها في جميع الولايات. ثم صدر عام 1984 القانون الوطني لزراعة الأعضاء، والذي حظر شراء وبيع الأعضاء البشرية، مع السماح بدفع مصاريف السفر والسكن والنفقات التي تكبدها المتبرع حسب المادة 301 من هذا القانون. وفي سنة 1987، تم إصدار القانون التشريحي الموحد (الموحد)، والذي تضمن تعديلات عديدة للقانون الأصلي الصادر سنة 1968، بهدف تسهيل التبرع بالأعضاء وتوفير بيئة قانونية مناسبة وموحدة في جميع أنحاء البلاد. وفي سنة 1991، صدر قانون تقرير مصير المريض، والذي يسمح للشخص بالإيصاء ببعض أو كل أجزاء جسمه بعد الوفاة، وحسب هذا القانون يتم التعبير عن هذا الإيصاء، عن طريق الشخص نفسه أو عن طريق شخص أو جهة أخرى. وطرق الإيصاء ثلاثة هي، الوصية الحية، الوكالة الدائمة للرعاية الصحية، توجيه الرعاية الطبية المتقدمة. نقلا عن: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 246 - 248.

للقانون التشريحي الموحد، مما يسمح لأي شخص بلغ 18 سنة كاملة أو أكثر القيام بتعهد قانوني بالتبرع بأعضائه بعد الوفاة¹.

لكن رغم فعالية وسرعة وسهولة طريقة بطاقة التبرع في إثبات موقف الشخص من التبرع بأعضائه بعد وفاته، إلا أنه لم تعتمد بشكل واسع، نظرا للخطورة التي قد تشكلها هذه البطاقات على حاملها، فقد يتعرض حامل تلك البطاقة للاعتداء أو لحادث فقط لأنهم يحملونها، من أجل الحصول على أعضائهم في أسرع وقت ممكن².

ثانيا - اعتماد الموافقة المفترضة في حالة عدم اعتراض الشخص التصرف في أعضاء جثته:

إن الشخص سيد نفسه، وله كامل الحرية في السماح للغير الاستفادة من أعضاء جسمه بعد وفاته، وله أيضا أن يرفض ذلك. ويمكن التعبير عن رفض المساس والتصرف في الجثة بعدة طرق كالكتابة والتسجيل في السجل الوطني للرفض، كما يجب في هذا السياق التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الرضا المفترض الذي تنبأه في قانون الصحة، والتحول الكبير الذي عرّفه شكل التعبير عن الموافقة بشأن استئصال الأعضاء من جثث الموتى، إضافة إلى وجوب دراسة الأهلية المطلوبة للتعبير عن موافقة الشخص للتصرف في جثته بعد وفاته.

1 - تعريف الموافقة المفترضة (قرينة الموافقة):

يقصد بالموافقة المفترضة أنّ الشخص الذي لم يعترض عن المساس بجثته حال حياته، يعتبر قابلا وموافقا المساس بجثته بعد وفاته. ومن التشريعات التي أخذت بهذا المبدأ³، التشريع الفرنسي الذي اعتمدها منذ صدور قانون Caillavet في سنة 1976،

1 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 246.

2 - موسى العلبة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 229.

3 - هناك عدة تشريعات أوروبية طبقت أيضا الموافقة المفترضة، منها: إسبانيا، إيطاليا، النمسا، بلجيكا، اليونان، كرواتيا، فنلندا، بلغاريا، أستونيا، الأرجنتين، المكسيك، كولومبيا، الشيلي. راجع في ذلك:

Agence de la biomédecine: Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2016. www.agence-biomedecine.fr.

حيث جاء في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا القانون على أنه يمكن اقتطاع الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعترض أثناء حياته على مثل هذا الاقتطاع¹.

يفهم من ذلك، أن المشرع الفرنسي اعتمد على آلية نقل بموجبها عبء إثبات الموافقة من الطبيب الجراح إلى المتبرع. وقد أشاد البروفيسور كابرول Cabrol بهذا المبدأ أي الموافقة المفترضة واعتبرها وسيلة ممتازة للحصول على الأعضاء، ولكن أشار إلى وجود ثغرة في هذا المبدأ، يتعلق باحتمال اللجوء إلى شهادة العائلة والتي غالباً ما تعارض أي اقتطاع من جثة الشخص المتوفى².

لكن لم يسلم هذا المبدأ من النقد والمعارضة الشديدة من جانب من الفقه، واصفين إياه على أنه فخ³ وحيلة بهدف الحصول على الأعضاء البشرية من الجثث، كما أنه لا يتناسب مع مفهوم التبرع الذي يقوم على تصرف إنساني تضامني اختياري ومسؤول، لذلك اقترحوا

1 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 291.

2 - لم يتعرض القانون الصادر سنة 1976 إلى رأي أقارب المتوفى بشأن موضوع الاقتطاع، استناداً إلى أنه بثبوت الموافقة الضمنية للمتوفى كامل الأهلية، يمنع تدخل الأقارب سواء لقبول أو الاعتراض على الاقتطاع، ولا يتم الرجوع إلى الأقارب إلا إذا عبر لهم الشخص المتوفى رفضه الاقتطاع من جثته حال حياته، ولم يرقم بالإجراء اللازم لتأكيد موقفه. ومع ذلك لم يهتم القانون إلا بالرفض الذي عبر عنه المتوفى حال حياته، أما العائلة ليست إلا ناطقاً رسمياً له. فهذا القانون لا يعول على موافقة الأسرة باقتطاع الأعضاء من جثة أفرادها، لاعتبارات تتعلق بالتضامن الإنساني ومسايرة تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

أثنى بعض الفقه على قانون 1976 الذي أخذ بمبدأ الموافقة الضمنية، واعتبره الحل الأنسب لمشكلة إثبات الموافقة بشأن الاقتطاع من الجثة، كما أن الغرض الأساسي من تبني هذا المبدأ هو توفير الأعضاء البشرية، والسماح للأطباء باقتطاع أكبر عدد من الأعضاء، بغية تغطية العدد المتزايد لطلبات الزرع. راجع في ذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 182. كذلك: أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 226.

Voir aussi: BINET Jean Renne, op.cit, p 29.

3 - يقول الدكتور "Fensch"، على مبدأ الموافقة المفترضة: « هذا القانون فخ ومكر مما يسمح بوصوله فجأة عند الأشخاص المتوفين نتيجة حوادث، الشيوخ، المعاقين، المتشردين، أي الأكثر ضعفاً وحرماناً في هذه الحياة. فالضحية الأولى لهذه التعليمات هم الناس الأقل معرفة أي البسطاء، أولئك الذين لا يفقهون شيئاً والذين يجب على المشرع حمايتهم أكثر من أي شخص آخر ». نقلاً عن:

ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, pp 293 - 294.

إنشاء سجل اختياري بين الرضا والقبول¹. في حين اعتبر آخرون المساس بالجثة بهذه الطريقة إنكار لقواعد الديمقراطية.

ورغم كل ذلك، فإن قرينة الموافقة التي اعتمدها المشرع الفرنسي في قانون Caillavet لا تزال مطبقة لحد اليوم، وإن حاول المشرع الفرنسي التخفيف من حدتها في قانون سنة 1994²، وباستثناء الاقتطاع الذي يهدف لأغراض علمية بحتة، أو الاقتطاع الذي يتم من جثة قاصر، فإن المشرع الفرنسي لا يشترط الموافقة الصريحة للمساس بالجثة.

2 - موقف المشرع الجزائري من الموافقة المفترضة:

أخذ المشرع الجزائري بموجب قانون الصحة لسنة 2018 بالموافقة المفترضة أو ما يسمى قرينة الموافقة، حيث يمكن القيام باستئصال أعضاء من الجثة إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه عن ذلك حال حياته. وذلك من خلال المادة 1/362 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « ... وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته ».

يكن الهدف من الأخذ بقرينة الموافقة من طرف المشرع الجزائري، في الحصول على أكبر عدد ممكن من الأعضاء، بسبب أن الموافقة الصريحة تعيق بشكل كبير استئصال الأعضاء من جثث الموتى، كما أن فكرة الإيصال قبل الوفاة صعبة التحقق لدى الأشخاص حال حياتهم، بل قد لا يفكرون فيها أصلا، بالتالي فإن الحل الوحيد للحصول والاستفادة من أعضاء جثث الموتى، هو تطبيق مبدأ الموافقة المفترضة.

كما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى تستلزم السرعة في استئصال الأعضاء مباشرة بعد الوفاة، ولعل البحث والتأكد من موقف المتوفى بشأن نزع أعضائه،

1 - مزياني عبد الستار، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه (ل م د) في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022، ص 191.

2 - يطبق مبدأ قرينة الموافقة وفقا للقانون الفرنسي الصادر سنة 1994 في حالتين هما: حالة الإقتطاع من أجل تشريح الجثة، والإقتطاع من شخص راشد. انظر:

CLAEYS Alain, HURIET Claude, op.cit, p 27.

يعيق نجاح هذه العمليات، وبالتالي هذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في الأخذ بهذا المبدأ الذي كان سباقا منذ سنة 1976.

إنّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هل يحق للأطباء أن يقوموا بنزع الأعضاء من الجثث التي تكون بين أيديهم بمجرد معرفة أن المتوفين لم يعترضوا على نزع الأعضاء من جثثهم؟، بما أن القانون سمح لهم بذلك. هل في الواقع هذا ما يحصل أم أن الواقع شيء مغاير تماما لما هو مكرس في القانون. باعتقادي أن الواقع لا يعكس أبدا ما هو موجود في القانون، لأن الطبيب الجراح وباعتباره يعرف جيدا حرمة الجثة التي يقدها الجميع، لا يستطيع أبدا المساس بالجثة ونزع أعضاء منها إلا إذا تأكد يقينا أن هناك ما يفيد موافقة المتوفى على نزع أعضائه بعد وفاته.

3 - ضرورة التعبير الكتابي عن الرفض أو الموافقة المفترضة:

تنص المادة 2/362 من ق.ص.ج على أنه: « يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لنزع الأعضاء. وتحدد كفايات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم ». يفهم من خلال هذه الفقرة، أن التعبير عن الرفض يكون بأية وسيلة كانت¹، أي يمكن أن تكون بالكتابة²

1 - من التشريعات الأوروبية التي لم تشترط شكلية معينة للتعبير عن الرفض، المرسوم الملكي الإسباني الصادر سنة 1980، فتنص المادة الثالثة منه على: « لكل شخص أن يعبر صراحة عن رفضه لأية عملية استئصال بعد وفاته، سواء بإثبات ذلك في بطاقة الخدمة الصحية أو في السجل الخاص الذي تلتزم بإمساكه المنشآت الطبية التي تمارس هذه العملية أو في الوثيقة التي تجيز إجراء العملية الجراحية... أو بأية طريقة أخرى بدون اتباع شكلية معينة ». نقلا عن: مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 415.

2 - ومن التشريعات العربية التي اشترطت الكتابة في حالة رفض التبرع بالأعضاء من الجثة، نذكر التشريع المغربي فتنص المادة 15 من القانون رقم 98-16 الصادر سنة 1999، المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، على أنه: « يعبر كل شخص يريد وهو على قيد الحياة أن يعترض على أخذ عضو من أعضائه بعد مماته، عن رفضه الأخذ بواسطة تصريح يتلقاه رئيس المحكمة المختصة التابع لها محل إقامته. أو القاضي المعين لهذا الغرض. ويتم تسجيل التصريح دون عوائق لدى كتابة ضبط المحكمة التي توجهه إلى جميع المستشفيات المختصة في أخذ الأعضاء من الأموات. ويشار إلى هذا التصريح في السجل الخاص الذي يمسك لهذا الغرض والمنصوص عليه في المادة 17 من هذا القانون ». من خلال المادة يتضح أن المشرع المغربي لم يكتف باشتراط الكتابة فقط للتعبير عن الرفض بأخذ الأعضاء من جثة الشخص المتوفى، بل اشترط أن تكون الكتابة رسمية أمام القاضي.

وذلك عن طريقة ورقة أو وثيقة رسمية، أو عن طريق وثيقة عرفية، أو شفاهة عن طريق وصية شفوية لأفراد عائلته. كما يمكن التعبير عن الرفض عن طريق التسجيل في سجل الرفض، الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية. وللإشارة فقط، فقد ترك المشرع الجزائري كيفية التسجيل في سجل الرفض عن طريق التنظيم.

كما ألزم المشرع الجزائري الفريق الطبي المكلف بالنزع الاطلاع على سجل الرفض، قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد الأسرة البالغين والمحددin، أو الممثل الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة، وذلك لمعرفة موقفه من التبرع بالأعضاء¹.

يتبين من خلال هذه المادة المذكورة أعلاه، أن إنشاء السجل الوطني للرفض هو تعزيز لنظام الموافقة المفترضة، فالشخص الذي لم يسجل في هذا السجل يعتبر قابلاً ضمناً لاستئصال الأعضاء من جثته، وهو ما يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة. كما أن عدم التسجيل في هذا السجل لا يعني الموافقة، فلا ينسب لساكت قول. أضف إلى ذلك، أن أغلب الجزائريين لا يعلمون بوجوده، فكيف نفضل سجل الرفض على وسائل التعبير الأخرى، لذا يجب على المشرع الجزائري تدارك كل هذه الإشكالات القانونية.

وضعت غالبية الدول الأوروبية² نظام تسجيل الموافقة أو الرفض في سجل وطني إلكتروني، وذلك للأشخاص الذين يرغبون أو يرفضون التبرع بأعضائهم بعد الوفاة. فنجد

1 - تنص المادة 3/362 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء ».

2 - من الدول التي اعتمدت على سجل وطني إلكتروني للتعبير عن رغبتهم أو رفضهم التبرع بأعضائهم بعد الوفاة، هولندا فتتم الموافقة على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة بموجب سجل غير إجباري يضم ثلاثة اقتراحات، إما الموافقة على التبرع بجميع الأعضاء أو جزء منها، أو الرفض بالتبرع، من طرف الشخص أو عائلته أو من شخص محل الثقة. مع العلم أن التسجيل في هذا السجل يسمح لكل شخص بلغ 12 سنة كاملة. أما في كيبك الكندية فيوجد سجل خاص بالموافقة أو الرفض بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، في غرفة الموتقين موضوعة لهذا الغرض منذ 2005. نقلاً عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 229.

القانون الفرنسي اعتمد على سجل الرفض الذي أطلق عليه السجل الوطني الآلي Le registre national automatisé، وقد نصت عليه المادة 1/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي¹، فمن خلال هذا السجل يمكن للشخص الذي يرفض نزع الأعضاء من جثته بعد وفاته، أن يسجل اسمه فيه، وفي حالة عدم تسجيله لاسمه يعتبر قد وافق على نزع أعضائه بعد وفاته، وهذا ما يعرف بالموافقة المفترضة.

والجدير بالذكر، فإن المشرع الفرنسي نص على حق الشخص التراجع عن قراره في الرفض قبل الوفاة في أي وقت كان، وذلك بموجب المادة 1-1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي سالف الذكر. إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حق العدول، وهنا نتساءل: هل المشرع تعمد عدم الأخذ بحق الشخص الرجوع في الرفض باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته؟، أم أنها سقطت عنه سهوا. عليه، يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا الأمر، والنص عليه في القرار الخاص بتنظيم كيفية التسجيل في سجل الرفض، أو في تعديل قانون الصحة.

ثالثا - الأهلية المطلوبة للشخص الراض بالتصرف في أعضاء جثته:

كما تم توضيحه سابقا، فقد أخذ المشرع الجزائري بالموافقة المفترضة فيمكن للجراح استئصال أعضاء من جثة شخص ما إذا لم يعبر عن رفضه لذلك خلال حياته، ما يعني أنه سواء عبر الشخص عن قبوله أو عن رفضه، فيجب أن يكون الشخص قادرا على التعبير عن موقفه، بمعنى يجب أن يكون الشخص أهلا للتعبير عن الإرادة.

يشترط للتعبير عن رغبة الشخص نزع أعضائه بعد وفاته، أن يكون الشخص راشدا كامل الأهلية، وأن يصدر التعبير عن شخص سليم العقل، لا تعثره أحد عيوب الإرادة كالغلط والاكراه والتدليس والاستغلال، ولا لأحد عوارض الأهلية التي قد تنقص أهليته كالغفلة والسفه، أو تعدم أهليته كالجنون والعتة.

1 - L'article 1232-1 du code de la santé publique dispose : « Ce prélèvement peut être pratiqué dès lors que la personne n'a fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par tout moyen, notamment par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment ».

ولكن ماذا لو كان هذا الشخص قاصرا أو عديم الأهلية، فهل يعتد برضاه أم لا؟، وهل تطبق عليه قرينة الموافقة؟. لم يشر المشرع الجزائري من خلال نصوص قانون الصحة الملغى ولا الجديد ما يفيد الاعتداد برضا القاصر للاستفادة من أعضاء جثته بعد وفاته، في حين نظم مسألة نزع الأعضاء من القاصر وعديمي الأهلية الأحياء والتي تم تناولها في الفصل الأول من هذه الأطروحة. وهو ما يعني أن المشرع الجزائري لا يسمح إطلاقا المساس بجسم القاصر لاستئصال أعضائه بعد وفاته، مهما كان السبب حتى ولو قبل والديه بذلك، لذا يجب على المشرع الجزائري تدارك هذه المسألة والنص صراحة بعدم جواز المساس بجسم القاصر أو عديم الأهلية لنزع أعضائه بعد وفاته.

أما عن المشرع الفرنسي، فحسب المادة 2/1232 من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 800-2004 لسنة 2004¹، إذا كان الشخص قاصرا فلا يمكن الاقتطاع من جثته سواء لغرض الزرع أو لأغراض علمية، إلا بعد الموافقة الكتابية من كلا الأبوين أو ممثله القانوني². وفي حالة استحالة استشارة أحد الأبوين فيمكن إجراء عملية الاقتطاع بشرط أن يقر الآخر ذلك كتابة. فالمشرع الفرنسي لم يكتف بموافقة من يملك السلطة الأبوية أو الوصي الشفوية، وإنما اشترط أن تكون الموافقة كتابية، ولم يأخذ هنا بالموافقة المفترضة كما هو الشأن بالنسبة لكامل الأهلية³.

1 - L'article 1232-2 du code de la santé publique dispose : « Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit ».

2 - MONDIELLI Eric, op.cit, p 130.

DELPRAT Laurent, op.cit, p 193 - 194.

3 - لم يجز المشرع المغربي أخذ الأعضاء من القاصر إلا بموافقة ممثله القانوني، وإذا عبر القاصر عن رفضه التبرع بأعضائه وهو على قيد الحياة، فيجب الاعتداد بهذا الرفض بغض النظر عن رأي ممثله القانوني، وهو ما نصت عليه المادة 20 من القانون المغربي رقم 16-98، والتي جاء نصها كالآتي: « إذا كان الشخص المتوفى قاصرا أو كان راشدا خاضعا لإجراء من إجراءات الحماية القانونية، فلا يجوز أخذ عضو من أعضائه إلا بموافقة ممثله القانوني التي تضمن في السجل الخاص من طرف الطبيب المدير أو ممثله، شريطة ألا يكون المتوفى قد عبر وهو على قيد الحياة عن رفضه التبرع بأعضائه ». نقلا عن: افتكار مهيووب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 345.

الفرع الثاني

انتقال حق التصرف في أعضاء جثث الموتى

إذا عبر الشخص عن موقفه فيما يخص التصرف في جثته والسماح بالتبرع بأعضاء أو بأجزاء من الجثة بعد وفاته، فيجب الاعتداد برغبته. أما إذا توفي الشخص دون معرفة حقيقة موقفه من ذلك، فيتم اللجوء إلى أسرته (أولاً). لكن هناك حالات أين يمكن تجاوز موافقة الأقارب، ليتم التصرف في الجثة دون موافقة أحد (ثانياً).

أولاً - حق الأسرة التصرف في أعضاء جثة قريبها:

إذا لم يعرف موقف المتوفى بشأن التصرف في أعضاء جثته بعد وفاته، فينقل هذا الحق إلى الأسرة، أين يجب أن تبدي موقفها بكل وضوح بشأن جثة قريبها، فهناك من التشريعات التي ترى ضرورة موافقة الأسرة بالاقطاع من الجثة، في حين ترى بعض التشريعات أن موافقة الأسرة يعيق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذا يمكن الاستغناء عن هذه الموافقة.

1 - ضرورة الحصول على موافقة الأسرة للتصرف في أعضاء جثة قريبها:

إذا لم يعبر الشخص عن إرادته بوضوح بشأن التصرف في جثته بعد وفاته، فيجب على الأسرة أن تقرر وتحسم ذلك، ويدخل ذلك ضمن الإطار العام لحقوق الأسرة على جثة المتوفى. يجد حق الأسرة أو الأقارب في التصرف بجثة المتوفى أساسه ضمن روابط الدم والعاطفة¹، فهو ليس من الحقوق الميراثية أو حق ملكية لأن الجثة ليست من عناصر التركة.

من التشريعات العربية² التي اشترطت الموافقة الصريحة للأسرة أو الأقارب بشأن التصرف في جثة المتوفى، دون تحديد ترتيب معين للأقارب نذكر: التشريع القطري في المادة 07 من القانون رقم 21/97 المتعلق بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية، التشريع

1 - حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 194. كذلك: أحمد محمد بدوي، مرجع سابق، ص 131.

2 - كما اشترط المرسوم الإشتراعي اللبناني رقم 81-109 في مادته 2/2 على أن تتم الموافقة باسم العائلة حسب الترتيب التالي: الزوج أو الزوجة، وفي حالة عدم وجودهما الولد الأكبر سناً، وفي حالة غيابه الأصغر فالأصغر. وفي حالة عدم وجود الأولاد فالأب، والأم عند عدم وجوده. ولا تأخذ بعين الاعتبار معارضة الذين لم يذكروا ضمن هذا الترتيب، وإذا لم يكن للمتوفى أي شخص من الأشخاص المذكورين، يجوز للطبيب رئيس القسم أن يعطي الموافقة. نقلاً عن: افتكار مهيبوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 362.

الكويتي في المادة 05 من القانون رقم 55/87 المتعلق بزراعة الأعضاء، اللذان اشترطا موافقة من وجد في حالة وفاة الميت من أقرب أقربائه كاملي الأهلية حتى الدرجة الثانية.

في حين اشترط القانون الإماراتي موافقة أقرب الأشخاص إلى الميت إلى الدرجة الثانية وذلك بموجب المادة 06 من القانون رقم 15/93 المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، وفي حالة تعدد الأقارب في مرتبة واحدة، اشترط المشرع القطري موافقتهم جميعا، في حين اكتفى المشرع الإماراتي والكويتي موافقة الغالبية. كما اشترط كل من التشريع القطري، الكويتي، الإماراتي، شكلية خاصة للتعبير عن الموافقة من قبل الأسرة، والتي يجب أن تكون بإقرار كتابي أو أن تكون الموافقة مكتوبة، واشترط التشريع القطري إضافة إلى الإقرار الكتابي أن يشهد على هذا الإقرار شاهدين كاملا الأهلية، وإلا اعتبرت موافقة الأقارب معيبة¹.

كما اعتمدت بعض التشريعات تحديد وحصر الأقارب وفقا لترتيب معين في صلة القرابة، فنجد أن المادة 16 من القانون المغربي رقم 98-16 لسنة 1999 حددت الأقارب الذين لهم حق الاعتراض في حالة لم يعبر المتوفى عن إرادته وهو على قيد الحياة، للاستفادة من أعضائه لأغراض علاجية أو علمية، وهم الزوج، الأصول ثم الفروع².

رغم تكريس العديد من التشريعات العربية لشرط الموافقة الصريحة من أقارب وأسرة المتوفى، مراعاة للضروريات الإنسانية للأسرة، إلا أنه لاقى انتقادات كثيرة من الفقهاء بسبب الصعوبات التي يثيرها³، وذلك نظرا إلى:

1 - افتكار مهيبوب دبوان المخلافي، مرجع سابق، ص 362 - 365.

2 - تنص المادة 16 من القانون المغربي لسنة 1999 على أنه: « يمكن إجراء عمليات أخذ الأعضاء لأغراض علاجية أو علمية من أشخاص متوفين لم يعبروا وهم على قيد الحياة عن رفضهم الخضوع لعمليات من هذا النوع، في مستشفيات عمومية معتمدة تحدد قائمتها من طرف وزير الصحة إلا في حالة اعتراض الزوج وإلا فالأصول وإلا فالفروع ».

3 - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 223. كذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 654. انظر كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 119.

- يحتاج الحصول على موافقة الأسرة لاستئصال الأعضاء البشرية من المتوفى إلى وقت، وهذا ما يتعارض مع تقنية استئصال الأعضاء وزرعها التي تستلزم السرعة في تنفيذها، والبحث عن موافقة الأسرة من شأنه أن يؤدي إلى تلف وعدم صلاحية العضو للزرع.

- كما أنه من الصعب على الأطباء طلب الحصول على موافقة الأقارب مباشرة بعد الوفاة، ويرى البعض أنه ليس من اللائق البحث عن موافقة الأسرة بشأن استئصال الأعضاء من جثة قريبهم، فهذه اللحظات هي الأكثر ألماً للأسرة التي تحتاج من يشد أزرها ويمسح حزنها، لا من يثير عواطفها وألمها.

وفي الواقع وفي ظل غياب الوعي والرقى الإنساني، فإن الأسرة ترى أن واجبها الأساسي يكمن في الاستعجال لدفن قريبهم، بل أكثر من ذلك، فإن ألم الأسرة يزداد حتى في حالة تشريح الجثة، بالتالي يصعب أن تمنح الأسرة موافقتها بشأن التصرف بجثة المتوفى، واستئصال أعضاء منها.

2 - عدم الأخذ بموافقة الأسرة بشأن التصرف بأعضاء جثة قريبها:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار أن المصلحة العلاجية للمرضى الذين هم بحاجة ماسة للأعضاء البشرية، والتقدم في مجال الطب يقتضي تفضيل مصلحة الأحياء على الأموات، فجثث الموتى تعد من أهم المصادر التي يحصل منها على الأعضاء، لكن هذا المصدر تقل أهميته إذا ما اشترطنا الموافقة الصريحة للأقارب، الأمر الذي سيعيق حتماً عمليات استئصال الأعضاء التي تحتاج إلى السرعة، كما أن طلب الموافقة من شأنه ضياع فرصة نجاح عمليات النقل¹.

من هذا المنطلق، يتجه البعض إلى عدم الأخذ بموافقة الأسرة الصريحة وافترض موافقتها ما لم يصدر منها أي اعتراض بشأن استئصال أعضاء من جثة المتوفى، وهو ما يسمى الرضا المفترض. فيحق للطبيب الجراح أن يباشر اقتطاع الأعضاء من الجثة، مادام

1 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 147.

لم يصله اعتراض من أسرة المتوفى في الوقت المناسب، فهناك قرينة الرضا لمصلحة الطبيب، لكنها قابلة لإثبات العكس وذلك باعتراض الأقارب¹.

يرى البعض أن عدم اشتراط الموافقة من الأقارب يحقق التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في إنقاذ حياة المرضى، ومصلحة الأقارب في الاعتراض على عمليات الاقتطاع من الجثة من جهة أخرى. فالطبيب يستطيع الحصول على الأعضاء من الجثة دون انتظار موافقة الأقارب، وهو ما يتفق مع السرعة التي تستلزمها تقنية نزع وزرع الأعضاء البشرية.

أخذ المشرع الجزائري في قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، بمبدأ الموافقة المفترضة للشخص المتوفى، أما بشأن موافقة الأسرة فلم يشترط الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى، بل يتم فقط استشارتها لمعرفة موقف المتوفى بشأن نزع أعضاء من جسده، أي أن المتوفى لم يعترض عن الاستئصال حال حياته. فتنص المادة 3/362 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب الأولوية الآتية: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء ».

يتضح من خلال نص المادة، أن المشرع الجزائري لم يأخذ بموافقة أسرة المتوفى إلا على سبيل الاستئناس فقط، وموافقتها ليست ضرورية²، ف يتم فقط استشارتها في حال لم

1 - مارك نصر الدين، نقل وزرع...، مرجع سابق، ص 433. انظر كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 206.

2 - هذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في عدم الأخذ بموافقة الأسرة في قانون الصحة العامة الفرنسي، فبموجب المادة 1-1232 المعدلة بموجب القانون رقم 14-2016 الصادر سنة 2016، نصت على وجوب قيام الطبيب بإعلام أقارب المتوفى بالاقتطاع المزمع إجراؤه، وطبيعته وأهدافه فقط دون الحصول على موافقتهم. فالمشرع الفرنسي سمح باقتطاع الأعضاء من جثة شخص لم يعبر عن رفضه بنزع أعضائه قبل وفاته، واستبعد بذلك موافقة الأقارب. فجاء نص المادة على النحو التالي:

Article 1232-1 du code de la santé publique, modifié par la loi n°2016-41 du 26 Janvier 2016 dispose : « ...le médecin informe les proches de défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'agence de la biomédecine ».

يعرف موقف المتوفى. وفي حالة الاستشارة يتبع الترتيب الآتي: الأب أو الأم، أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات، وإذا كان المتوفى بدون أسرة، يتم استشارة ممثله الشرعي.

كما أضافت الفقرة الأخيرة من المادة 362¹ من ق.ص.ج، على إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها. لكن من سيقوم بإعلام أفراد الأسرة؟ هل الطبيب الذي سيقوم بنزع الأعضاء شخصيا؟ أم رئيس المصلحة بالمستشفى أم من بالضبط؟ فالمشرع ترك الأمر، ولم يوضحه، لذا يجب على المشرع تدارك هذا الفراغ وتوضيح هذه المسألة بدقة.

إنّ ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء مواد قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، هو التحول الكبير للمشرع الجزائري في اتجاهاته، فبعدما كان يأخذ بالرضا الصريح للشخص المتوفى، أصبح يأخذ فقط بالموافقة المفترضة له، كما أنه كان يأخذ برضا الأسرة بموجب القانون الملغى، استبعد موافقة الأسرة واستبدلها بمجرد الاستشارة والتي تعني أن الطبيب غير ملزم بها.

لعل النقص الكبير الذي تعرفه الجزائر فيما يخص الأعضاء، والطلب المتزايد لها والذي يفوق تصوره، هو الذي جعل المشرع الجزائري يتجه لهذا التغيير، لتوفير الأعضاء البشرية، لكن أليس هذا اعتداء على بعض المبادئ القانونية كمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ الحرية الشخصية، كون أن الشخص سيد نفسه. ألا يؤدي كل ذلك إلى فقدان الثقة في الأطباء والمستشفيات؟ الأمر الذي سيؤدي حتما إلى إحجام الناس عن دخول المستشفيات خوفا من المساس بجثثهم لاستئصال أعضاء منها، بمجرد عدم معرفة موقف الشخص المتوفى. أرى الحل يكمن في نشر التوعية والوعي لدى أفراد المجتمع الجزائري، والتحسيس بأهمية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خصوصا من الجثث، ودورها في إنقاذ حياة المرضى.

1 - تنص المادة 4/362 من ق.ص.ج على أنه: « ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفى البالغين بعمليات النزع التي تم القيام بها ».

ثانيا - حق الدولة التصرف في أعضاء جثث الموتى:

أجازت بعض التشريعات استئصال الأعضاء من جثث الموتى دون موافقتهم أو موافقة أقاربهم، إذ يحق للطبيب الاستئصال بدون موافقة أحد، كونه يتصرف باسم المجتمع وللمصلحة العامة، وذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث، في حين استندت تشريعات أخرى إلى فكرة الاستعجال لتبرير استئصال الأعضاء من الجثث.

1 - جواز الاستئصال من جثث الموتى باسم المجتمع:

يتحقق الاستئصال القسري للأعضاء أو ما يعرف بتأميم الجثث، إذا تعذر معرفة هوية المتوفى متى كان مجهول الهوية، أو لم يعرف له أهل، فيرى أنصار هذا الاتجاه ومن بينهم الفقيه الإيطالي Giovanni، أن الجثة ملكا للدولة تتصرف فيه ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة في هذه الحالة ليست مملوكة للشخص أو أسرته، بل هي حق المجتمع الذي له أولوية على الجثة¹، فالطبيب هنا يتصرف باسم المجتمع ولمصلحة الجماعة، فحقوق المجتمع لها الأولوية على الحقوق المعنوية للأسرة².

حسب هذا الاتجاه³، فإنه من الضروري مواكبة القانون للتقدم الطبي الحاصل في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، من أجل إسعاد البشرية ومع مراعاة المصالح المستجدة، فالطبيب يستطيع بمفرده استئصال الأعضاء من الجثث دون موافقة الأسرة،

1 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 150. كذلك: عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 659. انظر كذلك: رياض الخاني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 14، العدد 1، 1971، ص 22.

2 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 236.

3 - من التشريعات المقارنة التي أخذت بهذا الاتجاه نذكر، التشريع اليوغسلافي الصادر سنة 1982، والذي لم يتضمن أي نص يستفاد منه أخذ رضا المتوفى أو أسرته بعد وفاته لاستئصال الأعضاء من جثته. المرسوم الإشتراعي اللبناني لسنة 1983 ولكن بشروط معينة. القانون العراقي لسنة 1981 الذي أجاز التصرف بالجثة للأغراض العلمية دون موافقة أحد، حيث تسلم الجثة التي لم يحضر ذويها لتسلمها خلال مدة شهرين من الوفاة، أو من تاريخ تسلم المستشفى للجثة في حالة ما إذا كانت الوفاة قد حصلت خارج المستشفى، فتسلم الجثة إلى إحدى كليات الطب للاستفادة منها للأغراض العلمية أو التعليمية. راجع في ذلك: حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 151 - 152. كذلك: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 321. انظر كذلك: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 467.

عندما يرى أن هناك ضرورة ملائمة لنقل العضو، وأن الأمر سيؤدي إلى إنقاذ حياة شخص مريض، فمصلحة المجتمع أو الجماعة هو أساس هذا التصرف¹.

ويشمل هذا النظام حالات أخرى، كالاستئصال من الموتى المحكوم عليهم بالإعدام، والموتى مجهولي الهوية، وموتى الحوادث الذين تشرح جثثهم.

أ – جواز الاستئصال من جثث الموتى المحكوم عليهم بالإعدام:

تنازع الفقه حول إمكانية الحصول على أعضاء الموتى المحكوم عليهم بالإعدام، فظهر اتجاهان، اتجاه يجيز استئصال الأعضاء منهم دون أخذ موافقتهم قبل الإعدام، أو موافقة أقاربهم بعد تنفيذ حكم الإعدام، بحجة أن حكم الإعدام هو جزاء الجريمة التي اقترفها الجاني، لذلك يكون على المحكوم عليه أن يعرض المجتمع بشيء ما، وهو السماح باستئصال أعضاء من جثته، لاستفادة المرضى الذين بحاجة إليها².

في حين يرى اتجاه آخر، أنه لا يمكن إجبار المحكوم عليه بالإعدام أن يتنازل عن أعضائه إلا في الحدود والنطاق الذي حدده القانون، لأن إجباره على ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية، كما أنه ليس من العدالة والإنصاف في حق الأسرة التي فقدت قريبها بهذا الشكل المؤلم، أن يتم أخذ عضو أو أعضاء من جثة قريبها دون موافقة أحد، فلا يجب أن تحلّ إرادة السلطة العامة محل إرادة الشخص، كما يجب تسليم جثة الشخص المحكوم عليه بالإعدام من قبل السلطة العامة لأسرته كاملة متى طلبت ذلك لدفنها³.

ب – جواز استئصال الأعضاء من موتى مجهولي الهوية:

أجازت بعض التشريعات⁴ استئصال أعضاء فئة من الموتى لإنقاذ حياة المرضى أو لأغراض علمية، وهم الذين لم تعرف هويتهم وليس لهم أهل أو أقارب يتولون دفنهم، بالتالي

1 - افكار مهيبوب دبانو الخلفي، مرجع سابق، ص 369. انظر كذلك: حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 212.

2 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 156.

3 - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 322.

4 - بالنسبة للتشريع الأردني، إذا كان المتوفى مجهول الهوية ولم يطالب أحد بجثته خلال 24 ساعة بعد الوفاة، يتم استئصال الأعضاء من الجثة في هذه الحالة بموافقة المدعي العام. نقلا عن: عقل مقابلة، مرجع سابق، ص 137.

عمدت هذه التشريعات إلى تنظيم هذه المسألة، فأجازت لكليات الطب الاستفادة من جثث الموتى مجهولي الهوية للأغراض العلمية أو التعليمية، وهو ما أخذ به القانون العراقي لسنة 1970، كما سمحت لمصارف أو بنوك العيون الحصول على عيون الموتى في دور النقاهاة والعجزة، وكذا عيون الموتى في مستشفيات الأمراض العقلية، في حالة عدم وجود من يقوم بدفنهم¹.

ج - جواز استئصال الأعضاء من موتى الحوادث الذين تشرح جثثهم:

يسمح هذا الاتجاه إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من القتلى الذين تقرر تشريح جثثهم، لمعرفة سبب الموت دون الحاجة إلى موافقة أحد. فيرى البعض أن تشريح الجثة يؤدي إلى تشويهها، وطالما الأمر كذلك فإن أخذ أعضاء منها لا يغير أي شيء، إذ أن التشويه قد وقع على الجثة، لذا فلا داعي من أخذ موافقة أقارب المتوفى إذا كانت هناك حاجة لاستئصال أعضاء منها. لكن في الحقيقة أن هذا الرأي أنتقد بشدة، فيجب أن يكون التشريح بقدر متطلبات التشخيص، وأن يتم بعناية فائقة، لذلك لا يجوز أخذ أعضاء من الجثة إلا بعد أخذ الموافقة بذلك، احتراماً للميت وإكراماً له ومراعاة لمشاعر عائلته².

2 - جواز استئصال الأعضاء من الجثة في حالة الاستعجال:

يمكن للطبيب استئصال الأعضاء من الجثة دون موافقة أحد، عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الاتصال بأسرة المتوفى في الوقت المناسب، أو يخشى تلف العضو المراد زرعه، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمريض التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته³.

لم يدرج المشرع الجزائري هذه الحالة في قانون الصحة رقم 18-11 سالف الذكر، مع أنه ذكرها في القانون رقم 85-05 الملغى، والقانون المعدل له رقم 90-17 المتعلقين

1 - وهو ما نص عليه قانون مصارف العيون العراقي لسنة 1970، في المادة 02 فقرة ج، لكن ألغى هذا القانون بموجب القانون رقم 16-11 لسنة 2016، المتعلق بعمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها.

2 - حسني عودة زعال، مرجع سابق، ص 158.

3 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 661.

بحماية الصحة وترقيتها، حيث أجاز المشرع للطبيب في حالات استثنائية طبقا لنص المادة 164 في فقرتها الأخيرة¹، استئصال القرنية والكلية من الجثة بدون موافقة المتوفى وأقاربه، وبرر ذلك بحالات الاستعجال التي يكون فيها المريض في حاجة ماسة لهذا العضو، لإنقاذ حياته من خطر الموت الذي يتهدهده ولا يكون هناك بديل آخر غير نقل هذا العضو إليه، إلا أنه تراجع عن ذلك في قانون الصحة رقم 18-11.

لعل السبب وراء تراجع المشرع عن موقفه هو تخوفه من ردة فعل المجتمع وعائلة المتوفى من عمليات الاستئصال من الجثث دون موافقتهم، نظرا لتمسكهم بقديسية ومكانة الشخص حتى بعد وفاته، ومثل هذا الموقف سيعيق حتما تطور عمليات نقل وزرع الأعضاء في الجزائر وعدم سيرها قدما، بالإضافة إلى خيبة آمال المرضى الذين يعانون من قصور كلوي أو أمراض مزمنة، مع الأخذ بعين الاعتبار النقص الفادح للأعضاء البشرية أي المتبرعين، والحل أكيد هو نشر التوعية وسط أفراد المجتمع الجزائري بكل السبل والوسائل لإقناعهم بأهمية التبرع بالأعضاء خصوصا من جثث الموتى.

المطلب الثاني

عدم احترام الضمانات الطبية والتنظيمية عند نقل الأعضاء من جثث الموتى

جرّم المشرع الجزائري استئصال الأعضاء من جثث الموتى دون مراعاة وتقديم ضمانات لأهل المتوفى، إذ تعد هذه العمليات من التصرفات الحساسة التي يقوم بها الجراحين كونها تمس جثة الشخص التي يجب أن تحترم بعد الوفاة، ولا يجب امتنانها أو الاعتداء عليها، لأن ذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون.

1 - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 164 من ق.ح.ص.ت رقم 90-17 على أنه: « غير أنه يجوز إنتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الإنتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الإنتزاع. إذا اقتضت الحالة الصحية الإستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

وقصد إنجاز عمليات نزع الأعضاء من جثث الموتى، حرصت التشريعات على تقييد هذه العمليات بمجموعة من الضمانات، منها ما هي طبية (الفرع الأول)، ومنها ما هي تنظيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعدد الضمانات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى

تستلزم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم من جثث الموتى، التحقق من الوفاة قبل المساس بجثة المتوفى، ويعد هذا الشرط جوهرى في مثل هذا النوع من العمليات، لكن هذا الشرط لا يكفي لضمان نجاحها، بل لابد من ضمانات أخرى حتى لا تخرج هذه العمليات عن مشروعيتها مراعاة لمصلحة الطرفين. وتتعلق هذه الضمانات بالترقة الطبية (أولاً)، وعدم نزع الأعضاء من الجثة إذا كان ذلك يعيق التشريح الطبي الشرعي (ثانياً)، وسرية التبرع (ثالثاً)، وعدم تشويه الجثة (رابعاً).

أولاً - التفرقة الطبية: (ألا يكون الفريق الطبي المثبت للوفاة ضمن الفريق الطبي لنزع وزرع العضو)

يقصد بالتفرقة الطبية أنّ الفريق الطبي الذي يثبت الوفاة لا يكون ضمن الفريق الطبي الذي يتولى نزع العضو من المتبرع، ولا ضمن الفريق الطبي الذي يتولى زرع العضو في جسم المريض المستفيد. وقد كرّس المشرع الجزائري هذه الضمانة بموجب المادة 2/363 من ق.ص.ج، التي تنص على أنه: « يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع ». يهدف هذا الشرط إلى عدم تفضيل مصلحة المريض على مصلحة المتبرع، فيستعجل الطبيب إثبات موت المتبرع لإنقاذ حياة المريض المتلقي، وكذلك لتفادي أي تواطؤ من الطبيب لاستغلال أعضاء الجثث لغايات غير مشروعة كالإتجار بها. كما أن هذه الضمانة ستحمي الأطباء من أية شبهة قد تدور حول إعلانهم وفاة الشخص بشكل مبكر قصد استئصال أحد أعضائه.

أغفل المشرع الجزائري منع أن يكون الطبيب المعين للوفاة ضمن الفريق الطبي الذي يقوم بنزع العضو من المتبرع، فنص فقط ألا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة ضمن الفريق

الطبي الذي يتولى زرع العضو لدى المريض المتلقي، فلتحقيق نزاهة وشفافية أكبر لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم من جثث الموتى، يجب ألا يكون الطبيب المعاين للوفاة ضمن الفريق الطبي الذي يتولى زرع العضو من الجثة، ولا يكون ضمن الفريق الطبي الذي يتولى زرع العضو لدى المريض¹.

وهو ما كرسه المشرع الفرنسي منذ القانون رقم 2004-800 في المادة 1232/24²، أين جعل الفريق الطبي الذي قام بتشخيص الوفاة يختلف عن الفريق الطبي الذي يقوم بنزع العضو أو زرعه³، بل أبعد من ذلك، اشترط المشرع الفرنسي ألا ينتمي الفريقين إلى نفس المؤسسة الطبية، فيبدو أن هذا الإجراء مقنع جدا حماية للأطباء للأسباب التي سبق ذكرها.

ثانيا - سرية التبرع: (عدم كشف هوية كل من المتبرع والمتلقي)

نعني بسرية التبرع عدم كشف هوية المتبرع المتوفى للمريض المتلقي، والعكس صحيح أي عدم كشف هوية المتلقي المستفيد من العضو لأسرة المتبرع المتوفى. وهو ما نصت عليه المادة 1/363 من ق.ص.ج: « **يمنع كشف هوية المتبرع المتوفى للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع** ». ويرجع الهدف من هذا الشرط بقاء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ضمن طابعها الإنساني، فالمريض لا يجب أن يعرف الشخص الذي تبرع له بعضوه حتى لا يبق أسير المعروف الذي قدمه له المتبرع، ولا يجب لأسرة المتبرع أن تعرف هوية المريض المستفيد، فيخضع للمساومة من طرفها، والضغط عليه

1 - نصت بعض التشريعات العربية على أن يكون الأطباء المقررين للوفاة من أقسام مختلفة عن الأطباء المشرفين عن عمليات استئصال الأعضاء من المتوفين، نذكر منها: القانون الأردني رقم 77-23 المعدل بالقانون رقم 2000-23 في مادته 8، القانون الإماراتي رقم 93-15 في مادته 6، القانون الكويتي رقم 87-55 في مادته 5، القانون المغربي رقم 98-16 في مادته 21، القانون القطري رقم 2015-15 في مادته 13. نقلا عن: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 231. كذلك: افتكار مهيبوب دبان المخلافي، مرجع سابق، ص 411.

2 - L'article 1232-4 du code de la santé publique dispose : « **Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts** ».

3 - LACOMBE Séverine, op.cit, p 94.

للحصول على مقابل مالي¹.

كرّست العديد من التشريعات سواء العربية أو الغربية هذه الضمانة، كالتشريع المغربي في نص المادة 07 من القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة وأخذها وزرعها².

أما التشريع الفرنسي كان صارما في مبدأ السرية لمصلحة الطرفين، فيعتبر هذا المبدأ من المبادئ المكرسة لحماية جسم الإنسان وسلامته، وذلك طبقا لنص المادة 16-8 من القانون المدني³، وكذا المادة 1211 فقرة 5 من قانون الصحة العامة⁴، فنص صراحة على منع الكشف عن هوية المتبرع للمستفيد أو هوية المستفيد للمتبرع، بعدم نشر المعلومات التي تكشف هوية الشخص المتبرع بعضو من أعضاء جسمه أو منتج منه، وكذا المعلومات التي تكشف هوية المستفيد للمتبرع، مضيفا أنه لا يجوز مخالفة مبدأ السرية إلا للضرورة العلاجية التي تتطلب الاطلاع على ملف المريض وملف المتبرع⁵.

1 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 198.

2 - تنص المادة 07 من القانون المغربي رقم 98-16 على أنه: « لا يجوز للمتبرع ولا لأسرته التعرف على هوية المتبرع له، كما لا يجوز كشف أي معلومات من شأنها أن تمكن من التعرف على هوية المتبرع والمتبرع له، باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 9 أو إذا كان ذلك ضروريا لأغراض العلاج ». فمن خلال استقراء نص المادة السابعة من القانون المغربي، نجد أن المشرع المغربي جعل هناك حالات أين يمكن كشف بعض المعلومات التي من شأنها التعرف على هوية المتبرع والمستفيد، وذلك فقط إذا كان ذلك ضروري لعلاج المريض. عكس المشرع الجزائري أين كان صارما جدا في تطبيق شرط السرية، ولم يجعل للمبدأ أي استثناء، ولو كان ضروريا لعلاج المريض.

3 - L'article 16-8 du code civil français dispose : « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seul les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci ».

4 - MONDIELLI Eric, op.cit, p 125.

5 - ABDULDAYEM Ahmed, op.cit, p 122.

PRIEUR Stéphane, op.cit, p 348.

انظر كذلك: زايدي حميد، مرجع سابق، ص 375.

ثالثاً - عدم إعاقة انتزاع الأعضاء للتشريح الطبي الشرعي:

اشتراط المشرع الجزائري لمشروعية وإجازة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الجثث، ألا يعيق هذا الاستئصال التشريح الطبي الشرعي¹.

يعرّف التشريح الطبي الشرعي بالتشريح الجنائي أو التشريح القضائي، ويقصد به تشريح جسم الإنسان الميت لسبب من الأسباب أو بسبب الوفاة المشبوهة. وهو من اختصاص الطب الشرعي، الذي يعتبر فرعاً من فروع علم الطب ومن العلوم المساعدة لعلم الإجرام الذي يهتم بالكشف عن أسباب الجريمة، ويكون بقرار من القضاء، لأن الهدف من التشريح هو الوقوف على أسباب الوفاة، لكشف ملابسات واقعة معينة حتى يتبين الحق فيها². يساعد التشريح في التعرف على حقيقة وجود الجريمة أو نفيها، كما يساعد على معرفة أسباب الوفاة المجهولة، ويساعد رجال الأمن والقضاء في معرفة هوية الجثث المجهولة، أو التي لم يتبق منها إلا عظام قليلة، ويكون كل هذا تحقيقاً لمصلحة الجاني من نفي الجناية عنه، ولمصلحة المجني عليه بمعرفة قاتله، ولمصلحة المجتمع في الوصول إلى الحقيقة ومتابعة الخارجين عن القانون³.

1 - يعرف التشريح لغة: بأنه الكشف والإبانة والتفسير، ويقصد به القطع كتشريح اللحم، والقطعة منه شريحة، كما يعني التوسيع فيقال شرح صدره للإسلام، ومنها أيضاً التحبيب. والمشرحة: منضدة تهيأ للتشريح. أما المعنى الاصطلاحي للتشريح: فيقصد به بصفة عامة العلم الذي يدرس أجسام المخلوقات الحية عامة من نبات وحيوان وإنسان. والتشريح الطبي بشكل خاص يقصد به العلم الذي يبحث في تركيب الجسم، وعلاقة أعضائه ببعضها البعض، أو هو العلم الذي يبحث عن كيفية معرفة أجزاء البدن وترتيبها من العروق والأعصاب والغضاريف والعظام واللحم، وغير ذلك من أحوال كل عضو. يهدف التشريح لغرض علمي وهو التعلم والتعليم أو الكشف عن أسباب بعض الأمراض الخطيرة، وقد يكون الهدف من التشريح التحقيق في سبب الوفاة، إذا كان هناك اشتباه في أنها لم تكن وفاة عادية أو طبيعية. فنجد ثلاث أنواع من التشريح: التشريح العلمي أو التعليمي، التشريح الطبي أو المرضي، وأخيراً التشريح الجنائي. لأكثر تفصيل راجع: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 135 - 136. كذلك: علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص 225.

2 - عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 166.

3 - مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 140. كذلك: عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص 166 - 167.

في هذا الصدد، نصت المادة 3/363 من ق.ص.ج على أنه: « **ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي** ». يتضح من نص المادة، أن المشرع الجزائري يؤكد عدم عرقلة عملية نقل الأعضاء من جثث الموتى لعملية التشريح الطبي الشرعي، الذي يهدف إلى كشف أسباب الوفاة في حالة وجود شبهة جنائية، وهذا يعني كذلك أن المشرع أعطى الأولوية للتشريح الطبي الشرعي، على الشروع في نزع الأعضاء حماية لحقوق المتوفى.

كما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 201¹ من ق.ص.ج على إلزامية إجراء التشريح في المؤسسات الاستشفائية العمومية، ويقوم به طبيب شرعي الذي تعينه الجهة القضائية المختصة.

رابعا - عدم تشويه الجثة:

يقع على عاتق الأطباء المكلفين بنزع الأعضاء من جثة المتبرع، مهمة الحفاظ على جثة الميت وعدم إحداث تشوهات ظاهرة في الجثة²، بل يجب عليهم الحرص على إصلاح الجثة وترقيعها بأحسن طريقة ممكنة، وهذا الواجب يكتسب أهمية اجتماعية ودينية، احتراما للمتوفى وعائلته وذويه³. وعملا أيضا بتعاليم الشريعة الإسلامية التي كرمت جسم الانسان حيا أو ميتا، ونهت عن ابتذاله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأي شكل من الأشكال، لقوله صلى الله عليه وسلم: « **كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم** »⁴.

وحرمة الشخص لا تسقط بوفاة، لذا يتعين احترام كرامة الشخص ضد التشويه والامتهان، ومن مظاهر احترام آدمية الإنسان ألا يترك ممزقا متناثر الأطراف، وذلك بإعادة المظهر الخارجي لحالته الطبيعية سواء بعد استئصال الأعضاء من الجثة أو بعد إجراء

1 - تنص المادة 201 من ق.ص.ج على أنه: « **يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة** ».

2 - عقل مقابلة، مرجع سابق، ص 141.

3 - افتكار مهيووب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 425.

4 - أخرجه ابن ماجة في سنن كتاب ما جاء في الجنائز، باب النهي عن كسر عظام الميت، حديث رقم 1066.

التشريح عليها¹، ومعالجة آثار الجراحة تمهيدا لدفنه، وهو ما تؤكد المادة 202 من ق.ص.ج، التي تنص على أنه: « عند القيام بأي نزع على جثة في إطار التشريح الطبي الشرعي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه ».

كما أكدت التشريعات سواء الغربية² منها القانون الفرنسي الذي نص على أن الأطباء الذين باسروا عملية استئصال الأعضاء من شخص متوفى ملزمون بالتأكد من تجميل جسده³. أو التشريعات العربية كالتشريع الأردني من خلال المادة 07 من القانون رقم 77-23 والتي تنص على أنه لا يجوز أن يؤدي نقل العضو في أية حالة من الحالات إلى إحداث تشويه ظاهر في جثة المتوفى⁴.

الفرع الثاني

الضمانات التنظيمية لنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى

ونعني بالشروط التنظيمية الإجراءات الإدارية التي تضمن السير الحسن لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء. وتتمثل هذه الضمانات في: الحصول على الترخيص القانوني لكل من الأطباء والمؤسسات الصحية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء من الأحياء أو الأموات، والذي سبق التطرق إليه بشكل مفصل في الفصل الأول⁵. وعليه، نقتصر على إجراءات ترتيب المستفيدين من الأعضاء، وذلك بمنح

1 - رافع فريد، "الحماية القانونية للجثة الأدمية في إطار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلد 07، عدد 02، 2023، ص 681.

2 - جاء في نص المادة 12 من القانون البلجيكي المتعلق باستقطاع الأعضاء لسنة 1986، أن استقطاع الأعضاء يجب أن يتم في إطار احترام جسد المتوفى ورعاية شعور الأسرة وفي أسرع وقت. نقلا عن: طالب خيرة، مرجع سابق، ص 320.

3 - Les médecins procédant à l'autopsie sont tenus de redonner au corps du défunt un aspect décent. (Art. L 1232_5 du C. sante publ). Voir : DELPRAT Laurent, op. cit. p 194.

4 - فوزي محمد محمود أبو طالب، مرجع سابق، ص 526. كذلك: مهند ناصر الزعبي، رولا نائل سلامة، مرجع سابق، ص 1430. انظر كذلك: صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 147.

5 - راجع عنصر غياب الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الفصل الأول من هذه الأطروحة.

الأعضاء إلى المرضى المسجلين في قائمة الانتظار (أولا)، وكذا إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية (ثانيا).

أولا - منح الأولوية للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار:

نظرا لتخوف المشرع الجزائري من استغلال أعضاء الموتى والإتجار بها، وخروج هذه العمليات عن الانتفاع المجاني بالأعضاء المتحصل عليها من جثث الموتى، لتصبح محل مزايدات بما يتعارض مع كرامة وحرمة الميت¹، فقد أنشئت هيئة مختصة لمتابعة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والمتمثلة في الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية حيث تكلف طبقا لنص المادة 356 من ق.ص.ج سالف الذكر والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر، بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، وضمان قانونيتها وأمنها، وضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول أو رفض انتزاع الأعضاء، كما تتولى الوكالة إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها القيام بنقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا مراقبة مطابقة تسيير هذه المؤسسات وكذا بنوك الأنسجة والخلايا، للمقاييس المعمول بها في هذا المجال، وترقية التبرع لدى مهنيي الصحة ولدى الجمهور الواسع².

ومن أهم المهام المسندة إلى الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية أيضا، حسب المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 سالف الذكر، تسجيل المرضى في انتظار انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا، كما تقوم الوكالة بنفسها بمنح الأعضاء للمرضى المسجلين فقط في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة، وهو ما أكدته المادة 1/365 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها، فقط للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء ».

1 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 200.

2 - راجع دور الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في ص 120 من هذه الأطروحة.

أما عن كيفية ترتيب المرضى المستفيدين من الأعضاء فيكون ذلك للمسجلين فقط في قائمة الانتظار ضمن احترام مبدأ الإنصاف، ففي هذا الصدد تنص الفقرتين 2 و 3 من المادة 365 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن تحدد وتقيم، بصفة منتظمة، قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن احترام مبدأ الانصاف.

تحدد هذه القواعد عن طريق التنظيم، بناء على اقتراح من الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء ».

جدير بالذكر أنّ قواعد منح الأعضاء والتي ينتظر إعدادها من طرف الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، تكون حسب الأسبقية في التسجيل في قائمة الانتظار الوطنية، والتي من المفروض لا يجوز تعديلها أو تخطيها إلا لحالات استثنائية، كالحاجة العاجلة للأعضاء وذلك وفقا لقواعد طبية وشروط محددة، منها الحالات الحرجة والمستعجلة جدا، كما ينتظر أن يكون التسجيل في تلك القائمة إلكترونيا¹.

ومن جهة أخرى، فإن إجراءات التبرع على مستوى الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، تتم عن طريق طلب يقدمه المتبرع على مستوى هذه الوكالة، أين تتولى هذه الأخيرة دراسة مدى توفر التجانس، ومتابعتها للقيام بالتحاليل وغيرها. كما لا يتوقف دور الوكالة عند هذا الحد، بل يستمر إلى المتابعة الصحية للمتبرعين المانحين والمرضى الطالبيين بعد الانتهاء من عملية الزرع، فالوكالة مكلفة بالسهر على السلامة الصحية لكلا الجانبين والتي تتم وفق نظام معلوماتي يسمى النفيس².

1 - صرح أحد أعضاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، أن وتيرة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر بطيئة جدا بسبب عدم صدور القوانين التنظيمية لقانون الصحة، وعدم التمكن من استئصال الأعضاء من الموتى دماغيا بسبب رفض الأسرة المساس بجثة قريبهم، ومع عدم معرفة موقف المتوفى من الاستئصال، فكل هذه العوامل ساهمت في نقص الأعضاء المتبرع بها، وبالتالي ارتفاع قائمة المرضى الذين ينتظرون زرع الأعضاء. انظر: التحقيق الذي أعدته قناة الشروق، والذي يحمل عنوان: "الشروق تحقق: زراعة الأمل، الكبد-القرنية-الكلية"، وذلك عبر الموقع الإلكتروني: <https://www.youtu.be/FcrMBZuNik0> . والذي تم الاطلاع عليه، يوم 01 مارس 2025، على الساعة 14:00.

2 - بلقواس إبتسام، مرجع سابق، ص 74.

ثانيا - إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية:

يقصد ببنوك الأعضاء: « مخازن يتم فيها الاحتفاظ بالأعضاء البشرية المأخوذة من المتبرعين في ظروف مناسبة، وبتقنيات محددة ومدة زمنية معلومة تكفل بقاء هذه الأعضاء صالحة للزرع عند الحاجة »¹.

هناك من يعرفها على أنها: « عبارة عن أماكن يتم صنعها خصيصا لتجميع وتخزين الأعضاء البشرية المتحصل عليها من متبرعين متوفين، وفقا لشروط وطرق علمية كدرجة برودة ورطوبة معينتين وثابنتين لبقاء العضو المراد تخزينه محتفظا بخصائصه البيولوجية، لكي يمكن زرعه لشخص بحاجة إليه »².

ويعرّف أيضا بنك الأعضاء على أنه: « المكان (الثلاج) الذي يحفظ بها الأعضاء البشرية خلال فترة زمنية قصيرة، والتي تبقى خلالها خلاياه حية، للمحافظة على القيمة البيولوجية للعضو أو النسيج لحين زرعه لمريض في انتظاره »³.

كما عرّف الدكتور "عصمت الله عناية الله محمد" البنوك البشرية في كتابه "الانتفاع بأجزاء الآدمي" على أنها: « عبارة عن ثلاجات وأحراز مناسبة لما يوضع فيها من أعضاء الإنسان المفصولة، معقمة ومزودة ومجهزة طبيا بما يحفظ محتواها لأطول مدة ممكنة ». وأول البنوك البشرية كانت لحفظ الدم الآدمي، لاستخدامه عند الحاجة، وهي اليوم كثيرة ومتنوعة، منها بنوك الدم، بنوك المنى، بنوك الجلد، بنوك الحليب، بنوك المورثات، بنوك الخلايا الجذعية وغيرها⁴. كما أضاف الدكتور "إسماعيل غازي مرحبا" أنواع أخرى من البنوك البشرية، منها بنوك الأنسجة، بنوك اللعاب، بنوك العظام، بنوك البلغم، بنوك البول،

1 - نقلا عن: بن عيسى رشيدة، "حكم إنشاء بنوك الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، قسنطينة، مجلد 01، عدد 02، 2012، ص 303.

2 - نقلا عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 201.

3 - نقلا عن: المرجع نفسه، ص 201.

4 - بن داوود براهيم، "البنوك الطبية البشرية بين الأنظمة القانونية والضوابط الشرعية"، مجلة الحضارة الإسلامية، عدد 23، 2014، ص 139.

بنوك الأربطة، بنوك الأعصاب، بنوك الأوتار العضلية، بنوك صمامات القلب، بنوك غشاء الجنين، بنوك العروق¹.

ومن المصادر المعول عليها للحصول على الأعضاء البشرية لتخزينها في البنوك، نذكر²:

1 - جثث الموتى: خاصة الذين يتوفون وفاة دماغية، بشرط أن يكون النقل بموافقة كتابية وبدون مقابل.

2 - الفائض من الأعضاء البشرية المخزنة ببنوك الأعضاء في البلدان الأجنبية: إذ يتم استيرادها مقابل مبالغ مالية طائلة.

3 - أجسام الذين يتعرضون لحوادث السير: إذ يكون أكثرهم في مقتبل العمر، ولا يعانون من أي مرض مزمن، فتكون وفاة عدد كبير منهم نتيجة موت الدماغ، بالتالي هم من أكثر وأهم الفئات الصالحة لاستئصال الأعضاء منها.

ونظرا للتطور الكبير الذي تعرفه العلوم الطبية والعلوم الوراثية والجينية، هناك مصادر أخرى، يسعى العلماء إلى تحقيقها ويعول عليها كثيرا لتأمين أكبر عدد من الأعضاء البشرية، منها:

4 - الاستنساخ العضوي: وهو يندرج ضمن ما يسمى الاستنساخ البشري العلاجي، ويتبلور في محاولة استنساخ الأعضاء البشرية من خلال أخذ خلايا العضو المحتاج إليه ومحاولة تكثيرها مخبريا، قصد تسهيل عمليات العلاج المتطلبة زرع عضو مكان العضو التالف والمتضرر³.

1 - إسماعيل غازي مرحبا، مرجع سابق، ص 742 - 747. انظر كذلك: صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 124.

2 - بلقواس ابتسام، مرجع سابق، ص 68.

3 - حقق العلماء استنساخ الجلد البشري ووضعوه في بنوك خاصة، كما حققوا استنساخ الغضاريف والأوعية الدموية. كما تمكنوا من تنمية أجزاء يد الإنسان، أنفه، وأذنه على وسط مساند، ولا تزال أبحاثهم متواصلة بغية تحقيق نجاح استنساخ باقي الأعضاء البشرية. نقلا عن: بن عيسى رشيدة، مرجع سابق، ص 306.

5 - أعضاء الحيوانات المعدلة جينيا: فقد كشفت جهود علماء الوراثة والهندسة الوراثية على استهداف بعض الحيوانات، كالأغنام، والأبقار، والخنازير لتعديلها جينيا بزرع جينات بشرية في مخزونها الوراثي بهدف الاستفادة من أعضائها قصد سد النقص الحاصل في مجال زراعة الأعضاء البشرية¹.

لم يعرف المشرع الجزائري بنك الأعضاء البشرية، لكن أجاز بموجب المادة 357 من ق.ص.ج، إنشاء هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، وذلك على مستوى المؤسسات الاستشفائية المرخص لها نزع الأنسجة والخلايا². فتتص المادة على أنه: « ينشأ، كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها بنزع الأنسجة والخلايا، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، هيكل يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا، تحدد شروط وكيفيات إنشائه وسيره عن طريق التنظيم.

لا يجوز جمع أعضاء جسم الانسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي ».

يتضح من خلال نص المادة 357 سالفة الذكر، أن المشرع الجزائري أجاز انشاء هيكل لحفظ الأنسجة والخلايا، إذا وجدت ضرورة لذلك في المؤسسات الاستشفائية المرخص لها نزع الأنسجة والخلايا من متبرع حي، الذي يتوقف على موافقة المتبرع البالغ، أو موافقة ممثله الشرعي إذا كان متبرعا قاصرا أو عديم الأهلية.

في حين سكت المشرع الجزائري عن نزع الأعضاء من الموتى قصد حفظها واستفادة المرضى الذين هم بحاجة إليها، وكم هم كثيرون. مع أن الجثث تعد من أهم مصادر الأعضاء البشرية التي يجب استغلالها، والتي يمكن بها معالجة النقص الرهيب في توفير أعضاء للزرع، وهو ما يجب على المشرع الجزائري تداركه.

1 - بن عيسى رشيدة، المرجع نفسه، ص ص 306 - 307.

2 - انظر في هذا الصدد مقال صحفي ل: كامل شيراز، "بنك الأعضاء لا يزال صفرا". على الموقع الإلكتروني:

elbiled.net ، تم الإطلاع عليه يوم: 2024/08/24، على الساعة 20.00.

الباب الثاني

الآثار القانونية للتصرف غير المشروع
في الأعضاء البشرية

إنّ تطور العلوم الطبية نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي، بقدر ما ساهم في ترقية الصحة وإيجاد حلول للكثير من الأمراض المستعصية، إلا أنه صاحب ارتفاع الأخطاء والحوادث الطبية، وهو ما يدعو إلى دق ناقوس الخطر خصوصا مع تزايد شكاوى ودعاوى المسؤولية التي يرفعها المرضى المضرورين، ضد الأطباء والجراحين وحتى من سوء خدمة المرفق الصحي.

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من جثث الموتى، من التدخلات الجراحية التي عرفت تطورا ملحوظا في السنوات الأخيرة، إلا أنها أثارت عدة مشاكل خصوصا مع تفاقم ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، الأمر الذي ألزم على التشريعات سن قوانين من أجل ضمان حماية أطراف هذه العمليات خصوصا المتبرع، ووضع قيود وضوابط لحفظ كرامة الإنسان وسلامة جسمه.

يؤدي الإخلال بضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدم مشروعية هذه العمليات، وهو ما يرتب مسؤولية¹ ممارسي هذه العمليات وكل من ساهم في تنفيذها، وتتمثل هذه المسؤولية في ثلاثة أنواع:

المسؤولية التأديبية² التي تقوم حينما يرتكب الطبيب الجراح الخطأ التأديبي، والذي تحقق بمجرد التقصير في أداء الواجبات القانونية ومخالفتها، سواء جاءت في القواعد

1 - يقصد بالمسؤولية التزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات أفعاله وتصرفاته الشخصية، وكذا تبعات ونتائج أفعال وتصرفات من يلزمونه قانونا، وهم التابعون الخاضعون لولايتهم أو وصايتهم كالقصر، أو من يقعون تحت رقابته كالمعامل أو المفوضون من طرفه، أي الذين يعملون باسمه ولحسابه كالوكلاء.

كما تعرف المسؤولية على أنها تحمل نتائج وتبعات كل إخلال بأي التزام أو واجب من الواجبات التي يفرضها القانون على الشخص. نقلا عن: مزياني عبد الستار، مزياني عبد الستار، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه (ل م د) في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022، ص 16.

2 - تقوم المسؤولية التأديبية للطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، عند مخالفة الالتزامات القانونية المفروضة عليه أثناء ممارسة مهامه، أي حين ارتكابه للخطأ التأديبي.

يعرّف الخطأ التأديبي على أنه: « إخلال بالواجبات إيجابا أو سلبا، هذه الواجبات منصوص عليها في التشريعات المختلفة وهي أيضا كل ما يقتضيه حسن إنتظام وإطراد العمل ولو لم ينص عليها ». ويعرّف أيضا على أنه: « ذلك التصرف الذي يصدر عن الموظف أثناء أداء وظيفته أو خارجها ويؤثر فيها بصورة قد تحول دون قيام المرفق بنشاطه عن الوجهة الأكمل ». نقلا عن: عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 194.

العامة أو القوانين الخاصة، أو مدونة أخلاقيات الطب، أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي¹.

المسؤولية الجزائية² والتي تقوم عند إخلال الطبيب الجراح بالالتزام أو واجب تفرضه

=لذا يتعين على الطبيب عدم مخالفة قواعد وقوانين المستشفى أثناء ممارسته لمهامه، وإذا انحرف عنها قامت مسؤوليته التأديبية، سواء ألحق ضرراً بالمرفق أو بالمريض، أو لم يلحق الضرر

تتمثل عناصر المخالفة التأديبية في العنصر المادي، والعنصر الشخصي:

1 - **العنصر المادي**: يتمثل في الفعل الإيجابي أو السلبي الصادر عن الطبيب، ويظهر الفعل المادي للطبيب في حالة عدم الاحتياط والإهمال، عند قيامه للفعل بدون عذر شرعي أو عدم تفكير في عواقب ذلك الفعل.

2 - **العنصر الشخصي**: فلا تتحقق المخالفة التأديبية إلا إذا كان شخصاً متمثلاً في الموظف العام، ويكون هذا الأخير خاضعاً للقانون الأساسي للوظيفة العامة، عليه يوجه العقاب شخصياً، والطبيب بدوره يخضع للنظام القانوني الذي تفرضه مهنته التي تنشأ بينه وبين المستشفى العام، وتنتهي بانقضاء خدمته، لذا يخضع الطبيب في المستشفى خلال تأديته لمهامه للنظام التأديبي الوظيفي، ويكون مسؤولاً عن جميع الأخطاء التأديبية التي يرتكبها.

أما عن صور الأخطاء التأديبية في المجال الطبي، فيمكن العودة إلى نص المادة 2/347 من ق.ص.ج، التي تنص على أنه: «... دون الإخلال بالمتابعات المدنية والجزائية، تعرض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون وكذا قواعد الأدبيات الطبية، أصحابها لعقوبات تأديبية». ومن خلال هذا النص يمكن حصر صور الأخطاء الطبية في:

- كل تقصير في الواجبات التي نص عليها القانون، أو تنفيذها لكن ليس على أكمل وجه.

- عدم الامتثال أصلاً للواجبات بمخالفة قواعد آداب المهنة.

تتمثل أجهزة المتابعة التأديبية للأطباء سواء في القطاع العام أو الخاص في:

1 - المجلس الوطني لأخلاقيات الطب.

2 - المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب.

3 - الجهة المستخدمة.

لأكثر تفصيل في الموضوع، راجع: عبو أنيسة، مرجع سابق، ص ص 194 - 213. كذلك: قنيف غنيم، التزام الطبيب...، مرجع سابق، ص ص 215 - 222.

1 - تم استبعاد المسؤولية التأديبية من هذه الدراسة، ليتم التركيز على المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

2 - عرّف الأستاذان قاستون ستيفاني Gaston Stefani وجورج لوفاسور Georges Levasseur المسؤولية الجنائية على أنها: «التزام الشخص بتحمل نتائج وتبعات أفعاله المجرمة، وتنفيذ العقوبة الجنائية المقررة لها في حالة الإدانة».

كما عرّفها الأستاذ جون برادال Jean Pradel، بأنها: «التزام الشخص المتورط في الجريمة بتحمل نتائجها أي تحمل العقوبة المقررة لها». نقلاً عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 17.

عليه مهنته، أو أن الفعل الذي أتى به يشكل جريمة معاقب عليها قانوناً، إما في قانون العقوبات أو في قانون الصحة، كعدم حصول الجراح على رضا المريض أو المتبرع قبل القيام بالعملية، أو إفشاء الجراح لأسرار مريضه، كما تقوم حتى عند تقصير الجراح في التزاماته وعدم احترازه (الفصل الأول).

ثم لدينا المسؤولية المدنية التي تنشأ عندما يترتب ضرر للغير بسبب خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى بحسب الأحوال، سواء كان تعاقدياً أو تقصيرياً، أو عندما يرتكب فعلاً ضاراً فيسبب ضرراً يصيب المريض أو المتبرع، ويكون جزاء هذه المسؤولية هو التعويض وذلك عن طريق رفع دعوى التعويض أمام الجهات القضائية المختصة (الفصل الثاني).

الفصل الأول

قيام المسؤولية الجزائية عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية

لا يخلو العمل الطبي والجراحي من الأخطاء، هذه الأخطاء التي لم يكن يحاسب عليها الأطباء أو المؤسسات الصحية في الماضي، غير أن وعي الإنسان أدرك بأن بعضها ليس قدرا محتوما، وإنما هي ناتجة عن عدم التحكم في أصول الطب، أو نتيجة إهمال أو تقصير والتي كان بالإمكان تفاديها بالاحتياط وعناية أكبر.

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية التي كانت نتاجا للتطور الهائل الذي عرفته العلوم الطبية، ومع استعمال الآلات والأجهزة الطبية المتطورة على جسد المريض أو المتبرع، جعل مهمة الطب صعبة وخطيرة نظرا لما قد يلحق بالمريض أو المتبرع عند تنفيذ هذه العمليات من أضرار جسمانية أو نفسية معنوية، قد تؤدي إلى وفاته أو إصابته بعجز. ونظرا لكثرة هذه الأخطاء، فقد تيقن المضرور إلى ضرورة الدفاع عن نفسه ضد كل فعل يمس سلامته، ونما لديه الشعور والوعي في التمسك بحقه في المساءلة الجزائية لكل من الجراحين والمستشفى على حد سواء.

يقصد بالمسؤولية الجزائية الطبية¹ تحمّل الطبيب الجراح الجزاء نتيجة قيامه بفعل أو امتناعه عن فعل يشكل مخالفة للقواعد والأحكام المترتبة طبيا، وبالمقابل تمتنع مسؤولية

1 - تعرف المسؤولية الجزائية الطبية أيضا على أنها: « إلزام قانوني يتضمن تحميل الطبيب الجزاء أو العقاب نتيجة إثباته فعلا أو امتناعا عن فعل يشكل خروجاً أو مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات الجزائية أو الطبية ».

وتعرف أيضا بأنها: « التبعة التي يتحملها الطبيب نتيجة أفعاله المخالفة لأصول العمل الطبي والمجرم قانونا وتستوجب العقاب. فلا مسؤولية على طبيب أدى عمله مراعي أصول المهنة، والطبيب من كان مأذون له من قبل المريض أو وليه، قاصا العلاج من غير تقصير أو إهمال في واجبات عمله ».

نقلا عن: يوسف فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014 - 2015، ص 45. انظر كذلك: أحمد حلمي محمود محمود يوسف، السياسة الجنائية في مواجهة نقل الأعضاء البشرية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2015، ص ص 539 - 540.

الطبيب إذا كان فعله يستند إلى أساس قانوني توافرت فيه شروط مشروعية العمل الطبي عليه، لذا متى خالف الطبيب التزاما من الالتزامات الملقة على عاتقه يكون قد ارتكب خطأ يوجب مسؤوليته الجزائية¹.

تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح عند مخالفته لقاعدة قانونية آمرة أو ناهية جزائية، يرتب عليها القانون عقوبة عند مخالفتها، وتتمثل في القيام بفعل يشكل جريمة منصوص عليها في القانون، أو الامتناع عن أداء فعل يجرمه ويعاقب عليه القانون، وفقا لمبدأ الشرعية « لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون »². ونظرا لأهمية المسؤولية الجزائية عن مخالفة ضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وجب التطرق إلى الأركان التي تقوم عليها هذه المسؤولية (المبحث الأول)، وتحديد صور الجرائم في حالة مخالفة تلك الضوابط والمنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11، وقانون العقوبات (المبحث الثاني).

1 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 135.

2 - المادة الأولى من ق.ع.ج.

المبحث الأول

أركان المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح

جعل تقدم العلوم الطبية المتعلقة والمرتبطة بجسم الإنسان، من مسؤولية الطبيب الجراح أمراً بالغ الأهمية والخطورة، في ظروف يقدر فيها المريض جيداً صحته بمعزل عن نظرة الجراح المعالج، خاصة في حالة عدم شفائه أو في حالة حدوث مضاعفات من شأنها المساس بسلامته البدنية، الأمر الذي أدى إلى مساءلة الجراح عن أفعاله التي ألحقت الضرر بسلامة أعضاء الجسم المختلفة. وقد حدد قانون العقوبات الأفعال والتصرفات التي تعتبر جريمة فرتب عليها نصوصاً عقابية، عليه يكون الطبيب الذي ارتكب خطأ جزائياً تحت طائلة العقاب الجزائي.

تقوم المسؤولية الجزائية للجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية عند مخالفته للضوابط والشروط الضرورية عند تنفيذها تحت طائلة المسؤولية الجزائية، كأن يقوم الجراح باقتطاع جزء من أنسجة جسم أو عضو من الأعضاء دون وجود غرض العلاج، أو إحداث الطبيب عاهة مستديمة أثناء عملية نزع العضو لعدم أخذ الاحتياطات اللازمة، أو عدم أخذ الموافقة المسبقة لكل من المتبرع والمريض، أو إجراء عملية النقل أو الزرع خارج المكان المقرر لها¹.

ولدراسة المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، يجب دراسة أركانها التي تتمثل في ارتكاب الجراح للخطأ الجزائي (المطلب الأول)، الذي يترتب عنه ضرر للمريض، مع ضرورة ارتباط الضرر بالخطأ الجزائي أي توفر العلاقة السببية بينهما (المطلب الثاني).

1 - بلعابد عيدة، "الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة، المجلد 03، العدد 02، 2022، ص 163.

المطلب الأول

ارتكاب الخطأ الطبي الجزائي

تخضع مهنة الطب كغيرها من المهن إلى نصوص القانون الجنائي، ويعتبر هذا النوع من الخطأ الذي يؤدي إلى الإضرار بالمريض جريمة، تعرّض فاعلها للمساءلة الجزائية¹. إذا كان العمل الطبي هو كل نشاط يرد على جسم الإنسان، من فحص أو تشخيص أو علاج وحتى وقاية، يقوم به طبيب مرخص له بذلك ويتفق في طبيعته وكيفيته مع القواعد والأصول العلمية المتعارف عليها في علوم الطب، فإنّ هذا العمل الذي قد يكون فيه خطأ أو تقصير هو الذي يكون محلاً للمساءلة التأديبية أو المدنية أو الجنائية، هذه الأخيرة التي تكون قائمة على الإخلال بواجب أو التزام قانوني مهني².

بالرغم من صعوبة تحديد مفهوم الخطأ إلا أن له أهمية كبيرة في تحديد المسؤولية الناجمة عن ارتكابه، فتتعدد وتعقدت تعريفات الخطأ بصفة عامة من قبل فقهاء القانون، وهو الأمر الذي يستوجب دراسة مفهوم الخطأ الطبي الجزائي (الفرع الأول) والتطرق إلى نطاق الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية الجزائية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الخطأ الطبي الجزائي

لم يعرف المشرع الجزائري ولا التشريعات المقارنة الخطأ الطبي الجزائي، بينما تصدى الفقهاء لهذه المسألة، فتعددت المفاهيم والتعريفات، لذا يجب التطرق إلى تعريف الخطأ الطبي الجزائي (أولاً)، وعناصره (ثانياً) مع الإشارة إلى أنواعه (ثالثاً).

أولاً - تعريف الخطأ الطبي الجزائي:

عرّف الخطأ الطبي الجزائي بأنه: « كل مخالفة أو خروج الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب

1 - DORDNER-DOLIVET Annick, Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénales dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos de la chirurgie, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1986, p 298.

2 - غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 14.

عن فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر، حتى لا يضر بالمريض»¹.

وعرّفه البعض² بأنه تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

وعرّف أيضا على أنه: « إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر دون أن يفضي إلى حدوث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته ومن واجبه »³.

فتعددت تعاريف الخطأ الطبي الجزائي لكنها تصب في معنى واحد وهو إخلال الطبيب بالتزامات كان من المفروض مراعاتها واحترامها، إذ يتعين على الطبيب التزام إتباع الأصول الطبية من خلال إتباعه للوسائل والأساليب العلاجية التي يقضي بها العلم حتى لا يعرض المريض للخطر، وكل مخالفة للسلوك الواجب الإلتزام من الطبيب يعرضه للمساءلة⁴.

أما الخطأ الطبي الجراحي باعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تدخل جراحي، وإن كان لا يختلف من حيث المبدأ عن الخطأ الطبي بصفة عامة، إلا أنه ينفرد بخصوصيات فنية وتقنية مستمدة من صميم الأعمال الجراحية وتقنياتها وملابساتها الواقعية. فعرفه الدكتور معوض عبد التواب بأنه: « عدم قيام الطبيب بالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، سواء كان ذلك راجع إلى عدم إلمامه بالأصول العلمية التي

1 - نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 115.

2 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 224.

3 - نقلا عن: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 210.

4 - قضت محكمة تمييز دبي أنه: « من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد بينه وبين مريضه بشفاؤه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزمنا بتحقيق نتيجة إنما هو التزم ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الإستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب. فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. وإن كان جراح التجميل كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه تكون أكبر من أنواع الجراحات الأخرى، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسده وإنما إصلاح عيوب به، ما لم تعرض حياته للخطر ». تمييز دبي مدني، رقم 149، عدد 18، الصادر بتاريخ 2007/09/30. نقلا عن: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 211.

تمكنه من مباشرتها، أو إلى إهمال أو تقصير أو عدم إحتياط، يمكن نسبته إليه بالمقارنة بعناية طبيب مساو له في الخبرة والثقافة وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به»¹.

ويعرّف أيضا الخطأ الطبي الجراحي على أنه: « كل مخالفة أو خروج من الطبيب الجراح أو أي عضو من أعضاء الفريق الطبي المشارك في إجراء العملية الجراحية في سلوكه عن القواعد والأصول العلمية التي تتطلبها أصول المهنة، خلال مختلف مراحل العمل الجراحي، أو إخلاله عند تصرفه الإرادي بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وتفرضها مراحل العملية الجراحية، وعدم حيولته - تبعا لذلك - دون إفضاء سلوكه لإحداث النتيجة الضارة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض»².

ثانيا - عناصر الخطأ الطبي الجراحي:

تتمثل عناصر الخطأ الطبي الجراحي في ثلاثة عناصر، هي:

1 - الإخلال بواجب الحيطة والحذر: ترتبط مشروعية الأعمال الطبية بصفة عامة

بشرط اتخاذ واجب الحيطة والحذر نظرا لما تتسم به من خطورة على جسم الإنسان، بالتالي يجب على الطبيب الجراح تحري الحيطة والحذر في كل عمل طبي يقوم به، على أن كل إخلال بهذا الواجب يعتبر خطأ لا يمكن التجاوز عنه.

ولدراسة هذا العنصر، يجب التطرق أولا إلى مصدر الإخلال بواجب الحيطة والحذر، ثم كيفية الإخلال بواجب الحيطة والحذر.

أ - مصدر الإخلال بواجب الحيطة والحذر:

تعد التشريعات أو العرف مصدرا لواجب الحيطة والحذر، وتشمل التشريعات كل ما يقره القانون بمختلف فروعها، وكل ما تفرضه اللوائح من واجبات³. ويتجلى مبدأ الحيطة

1 - عرّف الدكتور محسن عبد الحميد البيه الخطأ الطبي الجراحي على أنه: « الخطأ الذي يقع من شخص بصفته طبيبا خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية ». نقلا عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 15.

2 - المرجع نفسه، ص 19.

3 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 226.

والحذر في معظم الأحكام المتعلقة بالمهنة الطبية، وهو ترجمة لواجبات الطبيب نحو مريضه في كل مراحل العمل الطبي، من فحص وتشخيص وعلاج، بل وحتى في الإعلام¹.

غير أن القانون لا يعتبر المصدر الوحيد لمبدأ الحيطة والحذر، بل نجد كذلك الخبرة الإنسانية كمصدر آخر له، والتي تعني ما درج عليه كافة أو أهل الخبرة الخاصة كالأطباء. وفي هذا الصدد أكدت المادة 16 من م.أ.ط على أنه: « يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية ».

ب - وقوع الإخلال بواجب الحيطة والحذر:

يحدث الإخلال بواجب الحيطة والحذر عند خروج الطبيب الجراح كلية عما هو مفروض عليه من واجب التدبر والحيطة العامة والحذر في المجال الطبي، ولا يتأتى ذلك إلا بخروج الطبيب الجراح عن الضابط الشخصي أو الموضوعي. يقصد بالضابط الشخصي قياس السلوك الذي يصدر من الشخص في ظروف معينة على أساس سلوكه المعتاد. أما الضابط الموضوعي فيراد به عدم تطبيق الضابط الشخصي في صورته المطلقة، إنما يراعى في تطبيقه الظروف التي صدر فيها التصرف².

يظهر واجب الحيطة والحذر في مجال استخدام الطرق المختلفة للتشخيص والعلاج بصفة عامة، وما يتعلق بها من فحوص وتحاليل وأجهزة وآلات. وهذا الواجب لا يقتصر على الطرق المستقرة في المهنة، وإنما يمتد إلى كل ما يستخدمه الطبيب في التشخيص والعلاج ولو كان مبنياً على مجرد رأي أو نظرية محل جدل في المجال الطبي، فيسأل الطبيب مثلاً ليس فقط عن عدم إجراء الأشعة اللازمة، وإنما كذلك عن عدم اكتشاف الكسر الذي سجلته الأشعة نتيجة لعدم الحيطة في تفسيرها، كما يسأل الطبيب عما تحدثه جرعة

1 - غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 20.

2 - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 44. انظر كذلك: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 226.

دواء زائدة نتيجة لعدم الأخذ بعين الاعتبار سن المريض وبنيته وقوة مقاومته ودرجة تحمله عند تقدير الجرعة¹.

ونتيجة لذلك فإن الإخلال بواجبات الحيطة واليقظة العامة، يعني مخالفة الطبيب للسلوك الواجب الإلتزام من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف التي أتى فيها الطبيب تصرفه².

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس قضاء باتنة (الغرفة الجنائية) بتاريخ 2005/06/13³ بأن: « المتهم قد تسبب في وفاة الضحية نتيجة عدم اتخاذ الحيطة اللازمة والعناية التي تستوجب عليه كطبيب ولم يتكفل بالضحية، ولم يبذل العناية اللازمة المفروضة عليه ».

تعود وقائع القضية إلى تاريخ 1999/03/05، حين أصيب الضحية (ق.ع) بآلام حادة على مستوى بطنه، أين نقل من طرف أخيه لعيادة الطبيب (ر.ن)، فقام هذا الأخير بفحص الضحية ثم إعطائه حقنة في ذراعه الأيمن، وبمجرد إتمام عملية الحقن أغمي عليه وظهرت عليه أعراض غير طبيعية وبعض الآثار على جسم المريض، وهنا طلب الطبيب (ر.ن) من أخ الضحية أن يقوم بنقله إلى المستشفى الجامعي لتلقي الإسعافات. فتم نقله على جناح السرعة غير أن الضحية وبمجرد مغادرته للعيادة توفي في الطريق متأثراً بتلك الحقنة، وبوصوله إلى المستشفى كان قد لفظ أنفاسه الأخيرة، وبالمستشفى تم معاينة هاته الوفاة من طرف الطبيب المعالج بقسم الاستعجالات، وحرر شهادة معاينة الوفاة المؤرخة في 1999/05/05.

تم تشريح جثة الضحية المتوفى وأصدر الطبيب الشرعي تقرير خبرة انتهى فيه إلى وجود أعراض تسممية هامة، بالإضافة إلى تقرير المخبر الجهوي للشرطة العلمية الذي انتهى في البحث عن التسمم الدوائي إلى نتيجة إيجابية تتمثل في وجود مواد باربيتورية

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 78.

2 - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة السين الفرنسية في 20 يوليو 1970 بأن: « مسؤولية الطبيب لا تتعقد إلا إذا ثبت أنه خرج على القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير التي تسري على كل ذي مهنة، أيا كانت، أو إذا ثبت إهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تطلبه مصلحة الناس من الحاصلين على دبلوم الطب ». انظر: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 233. كذلك: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 20.

3 - قرار صادر عن مجلس قضاء باتنة-الغرفة الجزائية-بتاريخ 2005/06/13، (غير منشور). نقلاً عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، هامش ص 226.

مسممة. وقد توبع الطبيب (ر.ن) طبقاً لأحكام المادة 288 من ق.ع.ج بجنحة القتل الخطأ. وبعد التحقيق أحيل المتهم على محكمة الجناح بتهمة القتل الخطأ بموجب قرار غرفة الإتهام المؤرخ في 2003/07/25، والذي قضى بإدانة المتهم (ر.ن) من أجل القتل الخطأ طبقاً لنص المادة 288 من ق.ع.ج، وعقاباً له حكم عليه بـ 10.000 د ج غرامة مالية موقوفة التنفيذ¹.

2 - خروج الطبيب أو مخالفته للقواعد والأصول الطبية:

يقصد بالأصول الطبية تلك القواعد العلمية والفنية المستقرة والمتعارف عليها من قبل أهل هذا الفن من الأطباء، والتي يتعين على الطبيب الجراح وكل أعضاء الفريق الطبي الالتزام بها وعدم الخروج عليها حين القيام بالعمل الجراحي أو الطبي، على اعتبار أن علم الطب علم متطور ومتجدد باستمرار².

تعرف الأصول الطبية على أنها : « الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين الأطباء نظرياً وعلمياً، بحيث لم تعد محلاً للمجادلة والنقاش بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها الطبيب وقت قيامه بالعمل الطبي ». فالطب في تطور مستمر فما يعدّ اليوم تطوراً حديثاً قد يعتبر بعد فترة قليلة تخلفاً، بل وأكثر من ذلك قد يعتبر خطأ طبي، لذا يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط في الأساليب والنظريات الطبية الحديثة لكي يعتد بها، كأن يتم الإعلان عنها واعتمادها من قبل جهات علمية طبية معترف بها³.

كما عرفها القضاء بأنها: « الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم والتي تفرض الإنتباه والحيلة والحذر، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها مما ينسب إلى عملهم أو فنهم »⁴.

1 - أما في الدعوى المدنية قضت المحكمة بإلزام المدان (ر.ن) بأن يدفع لذوي حقوق الضحية المتوفاة (ق.ع) مبلغ 200.000 دج بالنسبة للزوجة، ومبلغ 50.000 دج لكل واحد من الأبناء القصر، ومبلغ 70.000 دج للوالدين لكل واحد منهما، ومبلغ 20.000 دج للإخوة لكل واحد منهم كتعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق بهم، وتحمل المدان المصاريف القضائية. لأكثر تفصيل راجع: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص ص 226 - 230.

2 - وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار Mercier، الصادر في 1936/05/20، أن الطبيب ملزم باتباع الأصول العلمية الثابتة، وأن هذه الأصول يجب مراعاتها في مختلف أنواع العمل الطبي، وأن النزول عنها يؤلّد الخطأ". لأكثر تفصيل راجع: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 22.

3 - نقلاً عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 224.

4 - حكم محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 1942/10/03.

حكم محكمة الاستئناف العليا بالكويت (دائرة التمييز) بتاريخ 1980/06/04 في الطعن رقم 100، 79/108 تجاري.

انظر في ذلك: بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 75. كذلك: عامر أحمد القيسي، مرجع سابق، ص ص 73-74.

وضع الفقه شروطاً معينة في كل رأي أو أسلوب حديث في نطاق الأعمال الطبية للنظريات والأساليب حتى تعد من المعطيات والأصول العلمية الطبية، والتي يترتب على مخالفتها مسؤولية الطبيب الجنائية، وهي¹:

- أن يعلن عن أسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها، بعد استخدامه وإجراء تجارب على الحيوانات.

- أن يكون قد مضى وقت كاف لإثبات كفاءة هذا الأسلوب أو النظرية من قبل أهل الخبرة وصلاحيه تطبيقها.

- إجراء التسجيل العلمي للأسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.

أشار الفقه إلى ضرورة مراعاة الظروف الشخصية والزمانية والمكانية وقت إجراء العمل الطبي، نظراً لتأثير الظروف على استخدام أحدث الوسائل والأساليب الفنية في علم الطب. فلا يمكن أن يقارن طبيب في الريف والذي ينقصه المعدات المساعدة في علم الطب في الفحص والتحليل والأشعة، وانعدام الزملاء الأطباء المختصين، مع طبيب في مستشفى تخصصي. أو المقارنة بين طبيب في دولة متخلفة بآخر في دولة متقدمة، وما يوجد لديه من وسائل ومعدات مساعدة للاستعانة بها، بالإضافة إلى إمكانيات بشرية متخصصة².

إن التزام الطبيب بعدم مخالفة القواعد والأصول الطبية له وجهان، وهما:

أ - التزام الطبيب بتتبع التطورات العلمية وفقاً لما استقر عليه العلم:

وهو يشكّل الوجه الإيجابي للالتزام، فيتحتّم على الطبيب القيام بعمله الطبي وفقاً للأصول الطبية المستقرة، التي أصبح مسلم بها دون نقاش لأنها تجاوزت مرحلة الجدل والخلاف، وتعتبر من الأمور التي يجب على الطبيب معرفتها، فالخروج عنها يشكل خطأ موجبا للمسؤولية³، بالإضافة إلى أنه ملزم بتتبع التطورات الحاصلة في الميدان الطبي والعلوم المساعدة أو المعاونة له.

1 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 230.

2 - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية...، مرجع سابق، ص 61.

3 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 76.

لكن هذا لا يعني بأن يلتزم الطبيب بتطبيق الأصول العلمية والفنية كما يطبقها غيره من الأطباء، بل من حقه أن يترك له قدر من الحرية من حيث اختيار الطريقة التي يراها أصح من غيرها في تحقيق العلاج، مادام أنه يراعي ما هو مستقر عليه فنيا وعلميا في المجال الطبي¹.

غير أنه يتعين على الجراح وغيره من الأطباء توجيه الاهتمام الكافي نحو متابعة كل جديد في مجال العلوم الطبية، بهدف تقديم العناية الحريصة للمريض. كما يتحتم عليهم الإلمام بأحدث المعلومات العلمية الصحيحة والتطورات الحديثة في العلاج. وهنا يجب التأكيد على ضرورة وأهمية مسألة التكوين المستمر للأطباء خلال حياتهم المهنية، قصد مواكبة التطور الذي يعرفه العلم والممارسة الطبية، وحتى لا يبق الطبيب معزولا عما هو جديد في المجال الطبي².

ب - الامتناع عن اللجوء إلى العلاجات الجراحية غير المستقرة أو التي مازالت محل نقاش وتجربة:

يعتبر الوجه السلبي للالتزام، فالطبيب غير ملزم باستعمال الطرق أو الوسائل أو الأساليب التي لم يستقر عليها العلم بعد، وقصد نفي المسؤولية يجب أن يكون الأسلوب المتبع في علاج المريض قد تجاوز حد التجربة العلمية، ودرج في الميدان العلمي³.

وإذا كان الطبيب ملزم بإتباع الأصول العلمية الطبية الثابتة، فإنه قد توجد ظروف استثنائية يضطر فيها الطبيب إلى التحلل من هذا الالتزام، كما في حالة الاستعجال، والتي يقصد بها الحالة التي تنطوي على درجة معينة من الخطورة، ومن ثم الحاجة إلى إجراءات طبية سريعة، غالبا ما يكون لعنصر الوقت الأهمية القصوى فيها. وقد تتعلق حالة

1 - وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1982/05/04: « إن استعمال طريقة علاج أو أخرى يدخل في نطاق الضمير المهني للطبيب، ولا نستطيع محاسبته على ذلك جزائيا ». راجع في ذلك:

VIALLA François, Les grandes décisions du droit médical, L.G.D.J. édition Alpha, Paris, 2010, p 213.

2 - تنص المادة 170 من ق.ص.ج على: « التكوين المتواصل حق، وهو إجباري بالنسبة لجميع مستخدمي الصحة الذين يمارسون في هياكل ومؤسسات الصحة.

وهو على عاتق الدولة بالنسبة لمهنيي الصحة الذين يمارسون في الهياكل والمؤسسات العمومية للصحة ».

3 - وتطبيقا لذلك قضت محكمة أكس الفرنسية: « للجراح أن يستأثر باختيار وسيلة التخدير التي تبدو له أكثر مناسبة للحالة العلاجية، إذا كان من الثابت أن هذه الوسيلة قد تجاوزت مرحلة الاختبار العلمي... ». انظر: منير رياض حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 124.

الاستعجال بوضع المريض وحده بغض النظر عن الظروف الخارجية الأخرى، كوجود المريض في حالة خطر. وقد يجتمع هذا الطرف مع الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب، كوجوده في منطقة نائية ليس بها أخصائي، مما يضطره للقيام بدور هذا الأخير، لأن حالة المريض مهددة بالخطر ما لم يتدخل بعلاجه، ففي كل هذه الحالات لا مناص من الخروج عن الأصول العلمية المعترف بها¹.

ج - توفر العلاقة النفسية بين إرادة الطبيب والنتيجة الإجرامية:

ويعد هذا العنصر من أهم العناصر المكونة للخطأ الطبي الموجب لمسؤولية الجنائي، فيجب أن يكون هناك ترابط سببي بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمريض، فإذا لم يترتب على خطأ الطبيب ضعف صحي عام أو عاهة أو إيذاء بسيط أو جسيم أو وفاة، لم تقم مسؤولية الطبيب عن جريمة غير عمدية، فلا يعاقب القانون في الجرائم المادية على السلوك في حد ذاته إلا إذا أفضى إلى نتيجة إجرامية معينة².

تقتضي مساءلة الطبيب إحداث الضرر بالمريض، أما الإهمال الذي لا يؤدي إلى ضرر فلا عقاب عليه. فلا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية، ثبوت وقوع الضرر وثبوت قيام خطأ من الطبيب، بل لابد أن يكون ما لحق بالمريض كان نتيجة لهذا الخطأ، وأن يرتبطا ببعضهما البعض ارتباط العلة بالمعلول، بحيث لا يمكن تصور حصول النتيجة لو لم يقع هذا الخطأ. عليه إذا انتفت السببية وأمكن تصور النتيجة الإجرامية دون وقوع الخطأ، فإن الخطأ غير القصدي يندم لعدم توفر أحد عناصره الأساسية. مثلاً إذا ارتكب طبيب خطأ في عملية جراحية ومات المريض عقب العملية، وتبين بعد الخبرة الطبية أن موت المريض أمراً واقعاً لا محال، سواء أجريت العملية أم لم تجر، ففي هذه الحالة لا يسأل الطبيب عن موت المريض³.

1 - وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1936/03/20، بقولها: « إن الطبيب يلتزم بأن يبذل للمريض عناية لا من أي نوع كان، بل جهوداً صادقة يقظة متقنة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة ». غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 26.

2 - أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 562. كذلك: أسامة عبد الله فايد، مرجع سابق، ص 233.

3 - غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 27.

ثالثا - أنواع الخطأ الطبي الجزائي الموجب للمسؤولية الجزائية:

يعد الخطأ الركن الأساسي لقيام المسؤولية الجزائية في جميع الجرائم، والخطأ الجنائي بمفهومه الواسع يقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم عمداً أو بغير عمد، بمعنى أنّ إرادته هي التي اتجهت إلى ارتكاب الفعل المخالف للقانون، بالتالي تكون هذه الإرادة قد أخطأت. فالخطأ وصف يلحق بالإرادة عندما تخالف القانون ولا يلحق بالفعل، فنقول عنها إرادة خاطئة. أما وصف الخطأ بأنه عمدي أو غير عمدي، فهو وصف يبين كيف خالفت الإرادة القانون، هل خالفته عمداً أو بغير عمد، فإذا خالفته عمداً فإننا نكون أمام جريمة عمدية، أما إذا خالفته بغير عمد فنكون أمام جريمة غير عمدية. فالإرادة عندما تتعمد الخطأ نستعمل عبارة الخطأ العمدي، بدلا من الإرادة المتعمدة الخطأ، وعندما لا تتعمد الخطأ نستعمل الخطأ غير العمدي، بدلا من عبارة الإرادة غير المتعمدة الخطأ، مما يجعل خطأ الجاني يأخذ صورتين، صورة الخطأ العمدي، وصورة الخطأ غير العمدي¹.

1 - الخطأ العمدي:

يعتبر الخطأ العمدي ذلك السلوك الإجرامي الذي يقع من الجاني العاقل المدرك لحقيقة ما يقوم به، والذي من شأنه أن يثبت وقوع الجريمة، ويشكّل الركن المادي للجريمة. وليس من الضروري أن يكون هذا الفعل قد استخدمت فيه القوة، بل يكفي أن يتم بدون رضا المجني عليه أو مباغتته أو بوسيلة من وسائل الإكراه. كما قد يأتي السلوك الإجرامي من امتناع الجاني عن القيام بالفعل، مثل السلوك السلبي أو الامتناع عن الفعل الواجب القيام به².

عليه، فالسلوك المجرم الصادر من الطبيب هو تجاوز التزاماته وواجباته التي تفرضها عليه القوانين والأنظمة المتعلقة بمهنته، فعند مخالفة الطبيب التزاما من الالتزامات المفروضة عليه قانونا يكون قد ارتكب فعلا غير مشروع، ومن هذ المنطلق يجب أن يكون العمل الطبي مشروعا ومتوافقا مع القواعد القانونية الطبية ومع النظام والآداب العامة. ومثال ذلك ممارسة الطبيب لمهنته دون رخصة، مخالفة الطبيب الجراح للأحكام والقواعد

1 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 211.

2 - أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 544 - 545.

القانونية التي تنظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، امتناع الطبيب الجراح تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر وكان بإمكانه تقديمها، إفشاء السر الطبي، تزوير الشهادات الطبية وغيرها¹.

يستلزم الخطأ العمدى عند ارتكابه توفر القصد الجنائي لدى الجاني، ويعد هذا الأخير الركن الأول للمسؤولية الجزائية في الجرائم العمدية. ولإشارة لم تعرّف أغلب التشريعات الحديثة القصد الجنائي² واكتفت بالإشارة إلى اعتباره شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية الجزائية في بعض الجرائم العمدية، وذلك بعبارات وألفاظ صريحة أو ضمنية في بعض النصوص التجريبية، والسكوت عنه في أغلب هذه النصوص، كالمشرع الجزائري الذي عبر عن القصد الجنائي في بعض الجرائم بالعبارات والمصطلحات الآتية: عمداً، بسوء نية، عن طريق الغش، يعلم...، فكل هذه العبارات موزعة في قانون العقوبات الجزائري وبعض القوانين الأخرى.

عرّف الفقيه Garraud القصد الجنائي على أنه: « إرادة الخروج على القانون بعمل أو امتناع، أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم بها عند الفاعل »³.

كما عرّفه الفقيه Garçon على أنه: « إرادة ارتكاب الجريمة كما حددها القانون، وهو علم الجاني أيضاً بمخالفة نواهي القانون التي يفترض دائماً العلم بها »⁴.
يتبين من خلال هذه التعاريف أن القصد الجنائي يستلزم توافر عنصرين هما: العلم والإرادة.

1 - يحي عبد القادر، "المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، عدد خاص، 2011، ص 52.

2 - من التشريعات التي عرفت القصد الجنائي، التشريع العراقي الذي عرف القصد الجنائي بموجب المادة 33 من قانون العقوبات العراقي رقم 11 لسنة 1969، والتي تنص على أنه: « القصد الجرمي هو توجيه الفاعل إرادته إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة هادفاً إلى نتيجة الجريمة التي وقعت أو أية نتيجة جرمية أخرى... ». نقلاً عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 215.

3 - نقلاً عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 13.

4 - نقلاً عن، مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 215.

- **العنصر الأول:** العلم ويقصد به أن يكون الجاني عالما بأنه يقوم بفعل من شأنه أن يقضي على حياة المجني عليه في جريمة القتل العمدى مثلا، والعلم بالجريمة يعني أن يوجه فعله إلى إنسان حي، وكذلك يجب أن يتوقع الجاني حدوث الوفاة كأثر لفعله¹.

يقصد بالعلم أيضا تصور الأشياء على وجه مطابق لحقيقتها، بمعنى حصول صورة الشيء في الذهن كما هي في عالم الواقع، فهي تلك الصورة الإدراكية لما يجري في العالم من أمور وأحداث، أي إدراك الأمور بشكل صحيح ومطابق للواقع. ولا يقصد به علم الجاني بأن الفعل الذي يقوم بارتكابه مجرم ومعاقب عليه قانونا، لأن العلم بالقانون مفترض دائما طبقا لمبدأ لا عذر بجهل القانون، وإنما يقصد به علم الجاني بتوافر العناصر التي تقوم عليها الجريمة كما يتطلبها القانون، ويقصد بعناصر الجريمة إعطاء الأفعال وصفها القانوني وتمييزها عن غيرها من الأفعال المجرمة الأخرى².

ينقسم العلم إلى نوعان: **العلم بالوقائع**، ونعني به العلم ببعض الوقائع، كالعلم بموضوع الحق المعتقدى عليه، والعلم بمكان ارتكاب الفعل وزمانه، وخطورة الفعل.

والعلم **بالتكييف**، وهو العلم باكتساب هذه الوقائع تكييفاً معيناً³.

- **العنصر الثاني:** هو الإرادة التي تتجه إلى ارتكاب فعل الاعتداء على الحياة وإلى نتيجة هذا الفعل وهو إزهاق الروح، أو هي نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك فيفترض علما بالغرض المستهدف والوسيلة التي يستعان بها لبلوغ هذا الغرض⁴. والإرادة هي قدرة الشخص على الاختيار بين ارتكاب فعل والامتناع عنه دون الخضوع لمؤثر خارجي، وهي أيضا قدرة ذهنية ونفسية تتحكم في سلوك الإنسان وحركاته، فتدفعه للتصرف وفقا لمشيئتها عن وعي وإدراك، بالاتجاه نحو ارتكاب الفعل المجرم وإلى تحقيق النتيجة الإجرامية التي يريدها الجاني سواء بفعل إيجابي أو سلبي، فأى سلوك مادي وراءه إرادة تأمر وعضو يستجيب⁵.

1 - أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 551.

2 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 216.

3 - أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 552.

4 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 115.

5 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 217.

تعد الإرادة شرط أساسي لقيام القصد الجنائي، فإذا انتقت الإرادة انتفى القصد الجنائي وانتقت المسؤولية الجنائية في جميع الجرائم سواء العمدية منها أو غير العمدية، كما في حالة القوة القاهرة والإكراه. وإذا انتقت إرادة النتيجة وحدها فينتفي القصد الجنائي وحده، ويترتب عليه انتفاء المسؤولية الجنائية في الجرائم العمدية فقط، وهذا ما يجعل الإرادة في الجرائم العمدية أوسع منها مقارنة بالجرائم غير العمدية.

يرى بعض الفقهاء أن الإرادة هي تعمّد ارتكاب الفعل المادي أو تركه، أما القصد فهو تعمد النتيجة المترتبة عليه فهو أخص وأضيق من الإرادة. فالقصد يستلزم حتما توافر الإرادة، أما توافر الإرادة فلا يستلزم بالضرورة توافر القصد الجنائي دائماً¹.

كما أنه متى توافر القصد الجنائي لدى الجاني فلا تؤثر فيه الدوافع التي دفعته إلى ارتكاب الفعل المجرّم، مهما كانت شريفة، فالباعث ليس ركناً من أركان الجريمة ولا عنصراً من عناصرها ولا أثر له في وجود القصد سواء كان نبيلاً أم ذمياً، ظاهراً أو خفياً، وللقاضي السلطة التقديرية في أن يجعل منه عاملاً في تقدير العقوبة².

2 - الخطأ غير العمدية:

يعتبر خطأ جنائياً غير عمدياً كل فعل أو امتناع إرادي ينعقد فيه القصد الجنائي، بحيث تنصرف الإرادة فيه إلى ارتكاب الفعل دون إرادة تحقيق النتيجة الإجرامية التي يحظرها ويعاقب عليها القانون. أي أن الجاني يريد ارتكاب الفعل دون النتيجة. كما يمكن القول بأن الخطأ هو الركن المعنوي في الجريمة، والجانب النفسي الذي يجسّد ماديتها وهنا تلعب الإرادة دوراً مزدوجاً: إيجابياً بالنسبة للسلوك، وسلبياً بالنسبة للنتيجة. فعدم توقع النتيجة الإجرامية لا يعني في الواقع عدم العلم بها، إذ يستوي أن يتوقع الجاني إمكانية حدوثها أو عدم توقعها³.

عرّف الفقيه Garraud الخطأ غير العمدية بأنه: « التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تتطلبها الحياة الاجتماعية »⁴.

1 - مزياني عبد الستار، المرجع السابق، ص 218.

2 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص ص 123، 124.

3 - غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 14.

4 - نقلاً عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 221.

وعرّفه الأستاذ محمود نجيب حسني على أنه: « إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، وعدم حيولته - تبعا لذلك - دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، في حين كان ذلك في استطاعته وكان واجبا عليه »¹.

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ غير العمدي، بل اكتفى بتحديد صورته في المادتين 288 و 289² من ق.ع.ج رقم 06-24 سالف الذكر، تاركا مهمة تعريفه للفقهاء. فتتص المادة 288 من القانون سالف الذكر على أنه: « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج ».

يتبين من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري عدد صور الخطأ غير العمدي وهي:

أ - الرعونة:

يقصد بالرعونة سوء التقدير أو نقص المهارة أو جهل بالأمر التي يتعين العلم بها³، وأوضح حالاتها الشخص الذي يقدم على عمل وهو لا يقدر خطورته ولا يدرك النتائج التي تترتب عليه. يرجع سوء التقدير إلى خفة وجهل وعدم اتزان وعدم حذق وكفاءة وسوء تصرف الجاني بشأن العمل الفني الذي يقوم به. وهي تنطبق على من يمارس أعمالا فنية لكن

1 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962، ص 762.

2 - تنص المادة 289 من ق.ع.ج على أنه: « إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الإحتياط أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم مراعاة الأنظمة إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة (3) أشهر، يعاقب الجاني بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

3 - هناك من عرّف الرعونة على أنّها الحالة التي تنجم من ناحية أولى عن عدم مراعاة قواعد الخبرة الإنسانية الخاصة أو الفنية التي توجبها ممارسة مهنة أو حرفة معينة، ومن ناحية ثانية في مسلك إيجابي إذ يقوم الجاني بعمل كان يتعين عليه الامتناع عن القيام به، بالكيفية التي تم بها أو بالوقت الذي تم فيه. والضابط الذي تقاس على أساسه الرعونة يكمن في الموازنة بين السلوك الذي بوشر فعلا، وبين مدى ملاءمته للظروف المحيطة به. ويدخل في ذلك خطورة الفعل والوسائل المستخدمة في مباشرته، باعتبارها تحدد نطاق الواجبات المفروضة بقواعد السلوك العامة. نقلا عن: أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 569 - 570.

تتقصه الخبرة اللازمة، كمن يتسبب في قطع الشرايين في عملية جراحية دون أن يربطها، عملا بما تقضي به الأصول العلمية¹.

وتعد أيضا الرعونة سلوك إيجابي يتحقق بإقدام الجاني على عمل محفوف بالمخاطر معتقدا أنه قادر على تجاوز خطورته، وغير مدرك لما يمكن أن ينتج عنه من نتائج يعاقب عليها القانون، وهذا راجع لسوء خبرة أو نقص مهارة. وتعرف الرعونة أيضا على أنها سوء التقدير الذي يرجع إلى الجهل أو عدم الحذر أو عدم الكفاءة أو سوء التصرف، فلا يقدّر الفاعل ما يفعله ولا يدري أن عمله أو تركه الإرادي، يمكن أن تترتب عليه نتيجة وخيمة كان السبب في حدوثها. فالقاعدة التي يسترشد بها في هذا الصدد، هي أن الأشخاص الذين يمارسون مهنة معينة كالأطباء والصيدلة وغيرهم، إذا تسببوا في موت أحد أو إصابته بمرض لجهلهم بمهنتهم يستوجب مسؤوليتهم الجزائية².

ومن صور الرعونة في المجال الطبي قيام الطبيب بعملية جراحية خطيرة دون القيام بالاختبارات والتحاليل الأولية للمريض، أو قيام طبيب جراح بعملية دون الاستعانة بطبيب التخدير المختص، أو اختيار الطبيب لطريقة علاج خطيرة لا داع لها من البداية³.

ب - الإهمال:

يقصد بالإهمال سلوك سلبي لنشاط إيجابي غاب عنه الاحتياط الذي كان يتعين اتخاذه إذ يتوجب الحذر على كل من كان في مثل ظروفه لتلاقيه والحيلولة دون

1 - بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بكرايد، تلمسان، 2018، ص 309.

2 - يوسف فاطمة، مرجع سابق، ص 212.

3 - وعن تطبيقات الرعونة في القضاء الجزائري، فقد قضى مجلس قضاء وهران في القضية التي تقدمت بها السيدة (ح. م) ضد المستشفى الجامعي بوهران، كونه تسبب في وفاة ابنها (ع) في القسم المخصص للإنعاش. وبعد تشريح الجثة تبين أن الوفاة قد وقعت نتيجة خطأ مهني وبالضبط رعونة (ك.ن) الذي كان مسؤولا عن تخدير المريض، حيث أهمل أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة لعملية التخدير لكونه لم يقوم بإيصال الجهاز التنفسي بالقضيب للتحري من خلو المعدة من المخدر. لذا أدانت محكمة وهران طبيب التخدير بتاريخ 19/09/1992 بتهمة القتل الخطأ، وحكمت عليه بغرامة نافذة قدرها 2000 دج، وبعد استئناف الحكم من طرف وكيل الجمهورية، صدر قرار عن مجلس قضاء وهران قضى بتأييد الحكم المستأنف فيه. قرار صادر عن مجلس قضاء وهران، غرفة الجناح، بتاريخ 28/10/1992، نقلا عن: مكرولف وهيب، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بكرايد، تلمسان، 2005، ص 41.

حدوث النتيجة الإجرامية. ويعرف أيضا على أنه امتناع الجاني عن اتخاذ العناية اللازمة لتجنب حدوث النتيجة غير المشروعة¹ أو تقاعس الفاعل حينما يأتي نشاطه عن اتخاذ ما تمليه عليه ضرورات الحيطة والحذر، والتي يتخذها من يوجد في ظروفه ويتصرف بمقتضاها.

ومن صور الإهمال في المجال الطبي الطبيب الجراح الذي يتسبب بإهماله في كسر ساق المريض أثناء تحريك طاولة العمليات التي يرقد عليها وهو مخدر، وعدم ملاحظته أن الساق مربوطة فيها ويقتضي عدم تحريكها. كما يسأل الطبيب عن إهماله إذا نسي شيئا خطأ داخل الجسم عند إجراء عملية جراحية كقطعة قماش أو مقص وغيرها².

ج - عدم الاحتياط:

يطلق عليه أيضا عدم الاحتراز، وهو إقدام الشخص على فعل مدركا خطورته ومتوقعا ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار، ومع ذلك مضى في عمله دون اتخاذ الوسائل والاحتياطات الكفيلة بدفعها ومنع تحقيقها. فهذا النوع من الخطأ يتميز بعدم التبصر بالعواقب، فيسأل عنها الشخص لأنه كان لديه علم باحتمال حدوث نتائج ضارة، ويقدم الجاني على فعله وهو يعلم أنه يمكن أن يترتب عليه نتائج ضارة، ومع ذلك لا يتخذ من الاحتياطات ما يكفل درء المخاطر³.

1 - انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 118720، المؤرخ في 30/05/1995، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1996، قسم الوثائق، الجزائر، ص 176. أين قضت: « متى أفضى الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة الأنظمة إلى القتل الخطأ، قامت المسؤولية الجزائية للطبيب ».

2 - ومن أمثلة الإهمال عدم إجراء الطبيب التعقيم قبل إجراء الجراحة فيترتب على ذلك إصابة المريض بفيروس فيؤدي إلى موته. كما أن الخطأ في التشخيص الناتج عن إهمال وجهل المبادئ الأولية مما يترتب عليه وصف الطبيب علاجا خاطئا للمريض، وبالتالي عدم شفائه. وفي هذا قضت محكمة باريس بإدانة طبيب أخصائي في الأنف والأذن، عن جريمة قتل نتيجة غياب إشراف طبي فعال في الساعات التالية لإجراء العملية، لمريض أجري له عملية استئصال لوزتين نشأ عنها نزيف تسبب في وفاته، وتبعا للأصول الطبية فإن الإشراف الطبي يكون مدة 24 ساعة على الأقل. نقلا عن: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 312.

3 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 244.

ومعيار عدم الاحتياط هو إمكانية التنبؤ بالنتيجة الضارة لدى الجاني حسب السلوكيات المعتادة للأفراد في المجتمع كما يتساوى عدم الاحتياط مع الإهمال بالإخلال بواجبات الحيلة المستمدة من الخبرة الإنسانية العامة¹.

أما عن التطبيقات القضائية لعدم الاحتياط في الجزائر، فقد تم متابعة طبيب كان يتابع امرأة حامل ولم يحمي بالاحتياط اللازم لصحة الجنين الذي أصيب بمرض Toxoplasmose، ونتج عنه فقدان بصره وولد كفيفاً. لكن قاضي التحقيق أصدر أمراً بانتقاء وجه الدعوى، وأيدته غرفة الاتهام في ذلك. وبعد الطعن بالنقض ضد قرار هذه الأخيرة تم نقضه لارتكازه على مبدأ أن الطبيب ملزم ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، لكن وقائع القضية تفيد أنه لم يبذل هذه العناية².

د - عدم مراعاة الأنظمة:

هو سبب قائم بذاته يترتب عليه مسؤولية من يخالف هذه الأنظمة³ وفيها يخالف الجاني بسلوكه القواعد التي تقررها اللوائح، فيتحقق ذلك بمخالفة القواعد الآمرة التي تقررها القوانين والأنظمة. والمقصود بذلك هو عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية، والأنظمة المختلفة المتعلقة بمهنة الطب، الأمر الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، كالطبيب الذي يمارس مهنة الطب بدون رخصة.

عليه، يسأل الجاني عن النتيجة غير المشروعة التي وقعت والتي سببها عدم مراعاة القوانين، ويتحقق هذا الأخير في الامتناع عن أمر يجب القيام به، أو الإقدام على سلوك محظور يجب الامتناع عنه، وهو ما يسمى بالخطأ الخاص فلا يشترط فيه قدرة الطبيب توقع نتائج فعله، ويعتبرها البعض صورة من الخطأ التنظيمي، حيث يشكل فيها خروج الطبيب بسلوكه عن أوامر تنظيمية يضعها المشرع أو الإدارة بواسطة اللوائح، من أجل ضمان

1 - ومن تطبيقات عدم الاحتياط، الحكم الصادر من محكمة بوردو القاضي بحبس طبيب باعتباره مسؤولاً جزائياً، لعدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة في استعمال الأشعة على جسم طفل عمره 18 شهراً، متسبباً له حروق خطيرة نشأت بسبب عدم مراعاة حساسية الجلد للطفل.

وفي نفس السياق، حكمت محكمة باريس بإدانة طبيب أسنان بجريمة قتل نتيجة خطأ لعدم احتياطه في تنفيذ العلاج، عندما قام بحقن مريض بالبنسلين دون التأكد من وجود حساسية للمريض من هذا المصل. نقلاً عن: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 213.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 314597، مؤرخ في 2003/06/24. مذكور لدى: سنوسي بن عودة، مرجع سابق، ص 315.

3 - قوراري محمد فتيحة، "مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، جامعة الكويت، 2004، ص 211.

التنظيم العام وحسن سير الإدارة، وقد تضع اللائحة أو الأنظمة جزاء جنائياً لمن يخالفها¹. ومن أمثلة عدم مراعاة الأنظمة، الطبيب الذي يمارس مهنة الطب بدون رخصة، أو عدم تحرير الوصفة الطبية بوضوح، وعدم تعيين جرعة الدواء ومقداره بوضوح، فيعد ذلك خطأ ناتج عن عدم مراعاة اللوائح والقوانين². وفي هذا الشأن تنص المادة 47 من م.أ.ط على أنه: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً ... ».

الفرع الثاني

صور الأخطاء الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتم إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بعدة مراحل، بدءاً بمرحلة تشخيص حالة المريض، وإجراء الفحوص والتحاليل الطبية لكل من المتبرع والمريض، والتأكد من التطابق النسيجي، وحفظ العضو إلى حين إجراء العملية، ثم استئصال العضو التالف وزرع عضو سليم مكانه، وأخيراً مرحلة المتابعة اللاحقة لكل من المتبرع والمريض. وفي كل المراحل قد يرتكب الطبيب أو الفريق الطبي أخطاء كثيرة لا يمكن حصرها كلها، لكن يمكن تقسيمها إلى:

أولاً - الأخطاء الطبية قبل تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

ومن هذه الأخطاء نذكر:

1 - الخطأ في التشخيص:

إذ تعد مرحلة التشخيص³ من أهم مراحل العمل الطبي والجراحي بصفة عامة، فهي

1 - مزباني عبد الستار، مرجع سابق، ص 245.

2 - وتطبيقاً لهذا، قضى مجلس قضاء روية بإدانة طبيب بالحبس لمدة 8 أشهر نافذة لعدم وضوح في الوصفة الطبية، حيث أن الطبيب عند تحرير الوصفة الطبية لم يوضح كيفية استعمال الأدوية بوصف للمريض دوائين، أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها ما يجعل المريض عند تناوله يشعر بالنعاس. وبما أن الدوائين متضادان فلا يمكن تناولهما في آن واحد، حيث يجب تناول أحدهما حتى ينتهي فينتظر يوماً كاملاً لبدء تناول الدواء الثاني. ولعدم تبين هذه الطريقة للمسؤول عن الطفل (أمه) في الوصفة، التي ناولته الدوائين مع بعضهما دون التفريق بينهما، فراح الطفل ضحية لذلك الخطأ حيث أصيب بنوبات عصبية وتشنجت جميع عضلاته فمات الطفل. نقلاً عن: نبيلة أفوجل، مرجع سابق، ص 101.

3 - التشخيص هو المرحلة التي يحاول فيها الطبيب التعرف على ماهية المرض وتاريخه وتطوره وخطورته مع التعرف على حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه، ثم يقرر الطبيب بناء على ما تجمعت عليه من معلومات حول نوع المرض الذي يشكو منه المريض ودرجة تقدمه العلاج المناسب، ويبدل الطبيب الجهد الصادق واليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة. نقلاً عن: إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 67.

اللبنة الأولى التي تقوم عليها جميع أعمال الطبيب. فتعتبر مرحلة التشخيص من المراحل المهمة في حلقة العلاج، فهي أول بداية في العلاقة بين الطبيب والمريض، وهي لا شك المحطة التي يعتمد عليها العلاج، بل وكل التدخلات والإجراءات الطبية اللاحقة. فمتى كان تشخيص الطبيب لحالة المريض صحيحا ودقيقا، استطاع أن يصف له العلاج الملائم لحالته المرضية، أما إذا فشل في تشخيص حالة المريض كانت الأعمال اللاحقة الهادفة إلى معالجته وشفائه فاشلة أيضا¹.

يسأل الطبيب إذا أخطأ في تشخيص مرض أعراضه ظاهرة للعين منذ الوهلة الأولى، وهو ما يدل على جهل الطبيب للفن والأصول الطبية، فيجب وضع حد بين الرأي والجهل، فالأول علم والثاني خطأ². فالطبيب ملزم بإجراء الفحص الطبي بكل عناية ودقة، وإحاطة عمله بكل الضمانات التي يضعها الطب بين يديه، مع الاستعانة بأطباء اختصاصيين إذا استدعت الضرورة ذلك.

وعليه، يسأل الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء إذا أخطأ أو أهمل إجراء الفحوص الطبية³ لكل من المتبرع والمريض، للتأكد من قابليتهما الصحية لإجراء العمل الجراحي⁴ فيشترط في هذه العمليات أن يسبقها فحص دقيق للتأكد من المسائل التالية:

- توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض المتلقي.

- خلو المتبرع والمريض من أمراض من شأنها أن تعيق نجاح عملية النزاع أو عملية الزرع منها، مرض الايدز أو الالتهاب الوبائي، الضغط الشرياني، السل، التهاب الكبد الفيروسي، مرض السرطان وغيرها.

1 - حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2018، ص 13.

2 - أمير فرج يوسف، مسؤولية الأطباء من الناحية المدنية والجنائية والتأديبية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2010، ص 210.

3 - أقرت المحكمة العليا المسؤولية الجزائية للأطباء والممرضين الذين قاموا بنقل الدم للمرضى دون التأكد من فصيلتهم ومدى تقبلهم له، مما تسبب في وفاة الضحايا. قرار للمحكمة العليا رقم (265312) بتاريخ 2003/10/08، نقلا عن: بن زيطة عبد الهادي، "العمل الطبي في القانون المقارن والاجتهاد القضائي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد الأول، أبريل 2013، ص 155.

4 - إبراهيم علي حمادي الحلوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 174.

- صلاحية العضو المراد نقله إلى جسم المريض، فأى خطأ في حفظ العضو المستأصل من جسم المتبرع أو الجثة، من شأنه أن يؤدي إلى فشل عملية الزرع وحرمان المريض من العضو.

- التأكد من أن استئصال العضو من المتبرع لن يضر بالمتبرع أو يعرضه إلى أخطار وأضرار جسيمة¹.

- يجب أن تكون احتمالات نجاح العملية قوية جدا رغم عدم الوصول إلى اليقينية.

2 - الخطأ في العلاج:

يلتزم الطبيب الجراح اختيار الوسيلة الفنية الملائمة لإجراء العمل الجراحي، ويعد هذا الالتزام من صميم اختصاصه. فله مطلق الحرية في اختيار هذه الوسيلة، ولا يسأل عن إجراءات العملية الجراحية بطريقة معينة دون أخرى إذا كانت الطريقتين معترف بهما علميا، لكن يسأل الجراح عن كل تقصير أو إهمال في اختيار هذه الطريقة، وفي كل الأحوال يجب ألا يؤدي العلاج المقترح بالإضرار سواء بالمتبرع أو المريض، فيجب أن يكون العلاج مناسباً لحالة كل واحد منهما.

ولا يسأل الجراح عن الآلام التي يمكن أن تترتب عن العلاج أو العملية، طالما أن العلاج روعي فيه مقتضيات الفن الطبي، كما لا يسأل عن المضاعفات التي يمكن أن تترتب على المرض طالما أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة، ولكنه يسأل عن كل إهمال أو جهل بأصول الفن الطبي، وعن مخالفته العادات الطبية المستقرة والتي ثبت نجاحها².

فيجب على الجراح وصف العلاج دون أن يعرض المريض أو المتبرع لخطر لا تدعو إليه حالته، ولا يتناسب مع الفائدة التي قد تترتب عليه، لذا عليه أن يوازن بين مخاطر المرض ومخاطر العلاج³.

1 - وتزداد أهمية ذلك إذا تعلق الأمر بالأعضاء غير المتجددة كالكلية، أين يجب التأكد من أن الكلية المتبقية سليمة.

2 - أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكلا من (الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 158.

3 - وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية جراح عن قتل غير عمدي بسبب إهماله وعدم احتياطه، وذلك لمباشرته دون ضرورة لفحص بالمنظار لجوف المريضة، علما أن هذا الفحص لم يكن مناسباً لحالتها، وتم دون استفاد وسائل الكشف الأخرى.

Cass Crim, 3 Décembre 1997: Resp. Civ. Et assur. Juillet-Aout 1998, n° 251.

3 - الخطأ في التخدير:

يلتزم الطبيب الجراح قبل إجراء التدخل الجراحي لاستئصال العضو أو زرعه، التأكد من وجود أخصائي التخدير والذي تقتضي القواعد العلمية، أن يبقى ملازماً لكل من المريض والمتبرع طوال مدة الجراحة¹، ذلك من أجل مراقبة تأثير المخدر على الوظائف الحيوية للجسم. وقبل اللجوء إلى عملية التخدير، يتوجب على الطبيب الجراح القيام بالفحوص الطبية الضرورية لكل من المتبرع والمريض أولاً، ثم التحقق من دورتهما الدموية ومدى إمكانية تحمل المخدر، وإلا كان مسؤولاً جزائياً إذا أدى إلى وفاة المريض أو المتبرع. كما يعد الطبيب الجراح مسؤولاً في حالة إشرافه بنفسه القيام بتخدير المريض أو المتبرع، دون مساعدة أخصائي التخدير، أو بدون معرفة آثار المخدر على صحة المريض والمتبرع.

ونتيجة لذلك، يسأل الجراح عن الأخطاء التي يرتكبها أخصائي التخدير أثناء عملية التخدير، إذا كان هو الذي اختاره والتجأ إليه من تلقاء نفسه لأن عمله يشكل جزءاً من التزاماته الرئيسية. كما لا تنتهي مهمة أخصائي التخدير بمجرد الانتهاء من العملية الجراحية، بل يتوجب عليه مراقبة المريض والاعتناء به حتى يفيق من غيبوبته ويستعيد وعيه ويزول عنه أثر المخدر².

4 - الخطأ في استعمال الأشعة:

إنّ الاستعانة بالأشعة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأشياء المسلم بها، فهي تلعب دوراً رئيسياً في كشف الأمراض الدقيقة والخطيرة والتأكد منها، والتي يصعب تشخيصها بدون التصوير بالأشعة³، لذا يجب على الطبيب الجراح مراقبة مدى تأثير الأشعة على جسم المريض أو المتبرع بكل عناية ودقة، والتوقف عن المعالجة إذا ظهرت على المريض أية أعراض غير عادية. والاتجاه الغالب في القضاء هو افتراض خطأ الجراح بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة، نظراً للتقدم الفني الكبير في هذا المجال والذي

1 - يجب على الطبيب المتخصص في التخدير أن يقوم بفحص المريض قبل إجراء الجراحة، والتأكد من خلو معدته من الطعام وملاحظة الضغط وحالة القلب. راجع في ذلك: إيهاب مصطفى عبد الغني، مرجع سابق، ص 69.

2 - يوسف فاطمة، مرجع سابق، ص 225. وانظر كذلك: محمد قوراري فتيحة، مرجع سابق، ص 229.

3 - أحمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 159.

أدى إلى تحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها العالية، وتزويدها بالإمكانيات الضرورية لمنع أي ضرر قد يلحق بجسم الإنسان¹.

ورغم المزايا العديدة للتصوير بالأشعة إلا أنه قد يشوبها بعض العيوب، فينبغي استخدماها بمنتهى الحيطة والحذر واستعمال الأجهزة الصالحة منها، والتأكد من صلاحيتها. لأنه في حالة عدم صلاحية الأجهزة، قد يؤدي إلى توجيه الجراح إلى حالة مرضية غير حقيقية، ويتم على أساسها علاج المريض بطريقة خاطئة، مما يترتب عليه أضرار حتمية للمريض من خلال العلاج المقترح، والذي كان بناء على نتائج الأشعة التي أجريت للمريض².

ثانيا - الأخطاء الطبية أثناء تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

تعد هذه المرحلة حساسة جدا لأن فيها يقوم الطبيب الجراح بالعملية الجراحية سواء بنزع العضو السليم من المتبرع، أو نزع العضو التالف من المريض، وزرع العضو السليم في جسم المريض، فكلها عمليات جد دقيقة تفرض على صاحبها المهارة والرعاية والحيطة، وفي سبيل أدائه لعمله على أكمل وجه عليه أولا أن يقوم بفحص مريضه بدقة وعناية قبل إجراء الجراحة له.

كما يجب على الطبيب الجراح التأكد من وجود المساعدين الطبيين على اختلاف تخصصاتهم ودرجتهم العلمية من ممرضين وغيرهم³، فلا يمكن للجراح الاستغناء عن أعضاء الفريق الطبي، لأن تواجد مجموعة من الأخصائيين في العمل الجراحي إلى جانب الجراح في غرفة العمليات تشكل ضرورة قصوى⁴. بالإضافة إلى ضرورة توفر الوسائل والإمكانيات الضرورية للقيام بالعملية الجراحية دون تعريض المريض أو المتبرع للخطر⁵، فلا يمكن إنكار مساهمتهم في إنجاح العمل الجراحي بما يحقق مصلحة المريض والمتبرع.

1 - وقد أدانت المحكمة الفرنسية الطبيب الذي استخدم أجهزة قديمة أصدرت أشعة على درجة من القوة تفوق طاقة المرضى الذين كانوا أطفالا، وكان من الصعب التحكم فيها وسببت لهم أضرار. راجع في ذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 45.

2 - أحمد شعبان محمد طه، مرجع سابق، ص 159.

3 - تنص المادة 181 من ق.ص.ج على أنه: « يتعين على مهنيي الصحة:

- الاستعانة، فوراً، بتدخل ممارس طبي عند وقوع أو احتمال وقوع مضاعفات أثناء ممارسة نشاطاتهم،

- عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة،

- تنفيذ كل الوسائل الموضوعية تحت تصرفهم من أجل ضمان حياة كريمة للمرضى ».

4 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 150.

5 - وهو ما أكدته المادة 14 من م.أ.ط.

فقد تثار مسؤولية الجراح باعتباره المشرف على العمل الجراحي، مع الاحتفاظ بمسؤولية المستشفى الذي يقع عليه واجب توفير هؤلاء المساعدين¹.

يمكن القول أنّ الفريق الطبي واكب التطور الحاصل في العلوم الطبية، ومر بعدة مراحل من حيث وجود أشخاص يقدمون مساعدة عرضية إلى القيام بدور محدد، ثم أصبحت توجد مجموعات منتظمة تتوزع المهام بداخلها تحت قيادة رئيس يراقب أعمال جميع المتدخلين في العلاج وهو الجراح. فالفريق الطبي يعتبر فريقاً مهنيًا يضم مجموعة مهنيين في الصحة، إذ يوجد إلى جانب الجراح على سبيل المثال أخصائي التخدير والإنعاش، وأخصائي جراحة الأوعية الدموية، وأخصائي جراحة القلب، وأخصائي المعالجة وغيرهم، يتدخلون في مباشرة العلاج إلى جانب الجراح الرئيسي، وقد يكون من بين هؤلاء من يشارك من البداية حتى النهاية مما يجعله أصيلاً في مباشرة العلاج². لكن السؤال الذي يثور هنا من يتحمل المسؤولية في حالة وفاة المريض ضمن الفريق الطبي في حالة عدم معرفة مرتكب الخطأ؟، يرى جانب من الفقه أن مسؤولية الفريق الطبي في حالة عدم تحديد مرتكب الخطأ هي مسؤولية تضامنية إذا لم ينجح أي من أعضائه في نفي اشتراكه في الخطأ، أما إذا نجح عضو أو أكثر في نفي اشتراكه في الخطأ فلا تتحقق مسؤوليتهم³.

ونظراً لأهمية هذه المرحلة، فإنّ تأكد الطبيب الجراح من رضا المريض أو المتبرع لا غنى عنه⁴. كما يسأل الطبيب إذا أخطأ في إجراء الجراحة على العضو السليم بدلاً

1 - يكتف القضاء الفرنسي مثل هذا الإخلال على أنه جريمة تعريض الغير للخطر، فأدانت محكمة النقض الفرنسية جراحاً أقدم على إجراء عملية جراحية دون الاستعانة بمعاونين أكفاء عملاً بنص المادتين 4311 و 13/4311 من قانون الصحة العامة الفرنسي. نقلاً عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 118.

2 عقون حمزة، مرجع سابق، ص 239.

3 - تنص المادة 73 من م.أ.ط على أنه: « عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية ».

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم «.

4 - وقد ذهب الفقيهان "جارو" Garraud و"جارسون" Garçon إلى أن مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه في الحصول على الرضا، مقدمة تماماً عن المسؤولية الناشئة بسبب الخطأ الفني في مباشرة العلاج، فمحل المسؤولية الأخيرة سلامة جسم الإنسان وتكامله الجسدي، أما في حالة تخلف رضا المريض فيتحمل الطبيب المخاطر الناشئة عن العلاج، حتى لو كان سلوكه لم تشبه شائبة، وحجتهم في ذلك أن عدم الحصول على رضا المريض وعلاج المريض أصبح غير مشروع، وتتوافر فيه عناصر الخطأ ذاته. انظر في ذلك: ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، مرجع سابق، ص 79. كذلك: منير رياض حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 319.

من العضو التالف، إذ يجب عليه قبل إجراء العملية الجراحية التأكد من أنه سيستأصل العضو التالف من المريض¹، ويسأل الجراح أيضا عن تجاهل القواعد الرئيسية والعامّة للمهنة.

كما يسأل الجراح عن كل تهاون أو نسيان للأدوات المستعملة في الجراحة² كالمقص والكمادات... إلخ، ولتفادي ذلك يرى بعض الأطباء³ أنه لا بد من معرفة كل المواد المستعملة في العملية الجراحية قبل مباشرتها، والتأكد من وجودها جميعا بعد إتمام العملية وقبل إغلاق الجرح، أما بالنسبة للكمادات فمن الممكن أن يعتمد الطبيب الجراح أو الممرض المساعد إلى ربط كل كمادة بواسطة خيط ثم يربط الخيوط كلها ويشبكها بملقط.

ثالثا - الأخطاء الطبية لما بعد عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية:

إذا كانت مرحلة الجراحة تتميز بالدقة والحيوية فإن مرحلة ما بعد الجراحة تبقى حساسة لما تستدعي من اليقظة والحذر في مراعاة المريض والمتبرع معا. ومن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب الجراح واللاحقة للعملية الجراحية، نذكر:

- الخطأ الطبي في عدم مراقبة المريض أو المتبرع من حيث آثار التخدير، فيرى العديد من الفقهاء أن أغلب حوادث التخدير تحدث في المرحلة اللاحقة للجراحة، وذلك لعدم تلقي المريض أو المتبرع العناية اللازمة بعد العملية الجراحية. فتقتضي الأصول العلمية في المجال الطبي، بقاء المريض أو المتبرع تحت المراقبة الفعلية لأخصائي التخدير والإنعاش، حتى يسترد

1 - أدانت محكمة Besançon الفرنسية الطبيب الجراح الذي قام بنزع كلية سليمة لرضيع عمره 9 أشهر كان يعاني من فشل كلوي استدعى استئصال كليته التالفة، غير أن الطبيب وبدلا من أن ينزع الكلية التالفة للمريض، قام بنزع الكلية السليمة، فأدين الطبيب بشهر حبس غير نافذ. نقلا عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 127.

2 - مع أن هذا النوع من الأخطاء لا يتحملها الجراح، لأن الجراحة ليست كالعمل الطبي العادي كالتشخيص أو العلاج، فالجراحة تجرى في إطار فريق طبي، لهذا نجد جراح أو أكثر إضافة إلى طبيب التخدير والإنعاش، كما نجد أيضا المساعدين الطبيين كالممرضين الذين يقومون بإغلاق الجرح وتنظيفه وكل الأمور الأخرى التي تدخل ضمن اختصاصاتهم.

3 - Docteur CLOTTEAU Jean-Edouard, Chef de service de Chirurgie de l'hôpital de Neuilly sur Seine (Groupe CHCNP), Chirurgien Conseil, le Sou Médical - Groupe MACSF.

نقلا عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 133.

وظائفه التنفسية العادية ويستقل تماما عن أجهزة التنفس الاصطناعي، وكذا استعادة الوظائف العصبية والدورة الدموية¹.

- يظهر خطأ الطبيب الجراح في عدم مراقبة المريض أثناء إفاقة، وكذا عدم الالتزام بالمراقبة لما بعد الإفاقة. وتعتمد إفاقة المريض على عاملين أساسيين هما: نوع المخدر الذي خضع له المريض، ومدى مقاومته لهذا المخدر²، حيث من شأن هذين العنصرين أن يلعبا

1 - من تطبيقات خطأ طبيب التخدير في الجزائر، نذكر قضية السيد (ظ. م) الذي اتجه بتاريخ 2000/11/18 إلى مستشفى تنس، لإجراء عملية جراحية بسيطة لاستئصال كيس مائي على مستوى الظهر، أين تم إجراء العملية في ذات اليوم وذلك بعد تخدير الجسم، وكان من المفروض أن يستيق المريض ويستعيد وعيه في مدة لا تتجاوز 03 ساعات، غير أن المريض استعاد وعيه في مدة قصيرة أي أقل من 03 ساعات، قبل أن يدخل في غيبوبة تامة وبعدها مات المريض بسبب نقص الأكسجين أو بالأحرى نفاذه، أين لم يرق الطبيب باستبدال قارورة الأكسجين الفارغة إلا بعد 10 دقائق. نقلا عن: مكرلوف وهيبه، مرجع سابق، ص 53.

2 - يتم التخدير عن طريق إفقاد الإحساس المؤقت إما على جزء من الجسم وهو التخدير الموضعي، أو على كل الجسم فيكون تخديرا كليا.

1 - **التخدير الكلي:** ويقصد به إنشاء حالة مرضية مصطنعة بتعطيل مراكز الشعور، عن طريق استنشاق المادة المخدرة عبر الجهاز التنفسي مع غاز الأكسجين، أو عن طريق الحقن في الوريد، الأمر الذي يلزم طبيب التخدير بالفحص المسبق للنظام الوريدي للمريض والتأكد من ثبوت الإبرة في الوريد، لأن حقن المخدر خارج الوريد يؤدي إلى تشنج الأعصاب، ونوبة اختناق قد تؤدي إلى الوفاة. ويكون المريض أثناء التخدير الكلي فاقدًا للوعي والإحساس والحركة ورغم أهمية التخدير الكلي خصوصا في العمليات المعقدة كعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وعمليات القلب، والعمليات الجراحية الطويلة كعمليات العظام، إلا أن مضاعفاته كثيرة على الجهاز التنفسي والدماغي، وكذا اضطراب نبضات القلب وهو ما قد يؤدي إلى توقفه، فقد تحدث الوفاة أثناء العملية الجراحية أو في لحظة الإفاقة.

2 - **التخدير الموضعي:** يستخدم هذا التخدير في العمليات البسيطة السطحية أو قصيرة المدة، وهو عبارة عن تخدير الجزء الذي تتم فيه الجراحة، وذلك إما عن طريق حقن المخدر في مكان العملية نفسها إن كانت بسيطة، مثل التخدير الذي يستعمله أطباء الأسنان، أو تخدير العصب أو مجموعة الأعصاب التي تغذي هذه المنطقة، ففي هذه الحالة فالمريض يبقى مستيقظا ويعي كل شيء، غير أنه لا يمكنه الإحساس بالمكان الذي تجري فيه العملية.

سيف الحموري، 2023/04/27. الموقع الإلكتروني <https://www.webteb.com.article> تم الإطلاع عليه يوم 2024/08/13، على الساعة 11h 00.

انظر كذلك: محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2005، ص ص 200 - 204.

دورا مهما في إفاقة المريض من وقت قصير إلى ساعات طويلة¹.

وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجرى في المستشفيات العمومية، فعلى هذه الأخيرة مراعاة توفير قاعة مراقبة لما بعد الجراحة، والتي يجب أن تكون محاذية لوحدة التخدير والإنعاش وقاعة الجراحة، وأن تتوفر على أسرة بحيث يجهز كل سرير بمجموعة من الأجهزة من شأنها أن تضمن إمداد المريض أو المتبرع بالأدوية والأمصال، وكذا مراقبة وتيرة نبضات القلب، وقياس كمية الأكسجين في الدم، ومراقبة ضغط الدم وحرارته، وممارسة التنفس الاصطناعي، كما يجب أن تجهز هذه القاعة بأجهزة إنذار تسمح باستدعاء الأشخاص المتخصصين في حالة وقوع مضاعفات تستدعي ذلك، وضرورة وجود بالمداومة ممرض واحد على الأقل خضع لتكوين خاص لمثل هذه المراقبة.

- كما قد يخطئ الطبيب الجراح في عدم مراقبة الأدوية والأجهزة المستعملة في مرحلة بعد الجراحة، والتي يجب عليه مراقبة مفعولها حتى لا تؤثر سلبا على صحة المريض أو المتبرع، فيسأل الجراح عن عدم بذل العناية اللازمة بعد العملية الجراحية²، وذلك لتفادي حدوث مضاعفات قد تؤدي إلى إصابة كل من المتبرع أو

1 - ذهبت محكمة Toulouse الفرنسية استنادا إلى رأي الخبراء إلى أنّ علامات الإفاقة خمس، وهي:

- عدم تحمل الأنبوب الموصل بالجهاز التنفسي Endocarde ويظهر ذلك من خلال السعال.

- حركات البلع.

- حركات الأعضاء.

- الاستجابة للمسات البشرة والجلد.

- الإجابة على الأمور الشفهية البسيطة مثل افتح عينيك، افتح فمك. نقلا عن: غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 137.

2 - تختلف العناية اللاحقة لإجراء الجراحة والتي يلتزم الطبيب الجراح بإتمامها بنفسه عن العناية الطبية اللازمة والمرتبطة بالمنظومة الطبية بشكل عام، مثل نظافة المريض، والحرص على تناول الدواء الذي قرره الجراح، والذي يقع على عاتق المستشفى الذي يتواجد فيه المريض، فلا يسأل الجراح عن الإخلال بالإلتزام بهذه العناية العادية، وإنما يظل المستشفى مسؤولا عن أعمال الممرضين والممرضات الذين يعملون بها، وعما يقع منهم من أخطاء أثناء القيام بأعمال التمريض والعناية الدورية للمريض، فيسأل المستشفى عن أخطاء الممرضين، كإعطاء المريض جرعات مختلفة عما أمر به الجراح، أو منح المريض أو المتبرع حقنة بطريق الخطأ، أو حدوث حروق للمريض أو المتبرع نتيجة استخدام وسائل التدفئة اللازمة أثناء فترة وجودهما داخل المستشفى، كما يسأل المستشفى أيضا عن حدوث أي عدوى لهما ناشئة عن عدم القيام بأعمال النظافة والتعقيم الدوري للمستشفى. انظر: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 384.

المريض أو وفاتها، ومن أهم ما يجب مراقبته لدى المريض بعد عملية استئصال العضو منه، هو مدى تقبل جسمه للعضو المزروع، وفعالية الأدوية التي تعطى له لتنشيط هذا العضو¹.

- ويسأل الطبيب الجراح أيضا عن الإخراج المبكر للمريض أو المتبرع من المستشفى بعد إجراء العملية، دون متابعة طبية كافية تسمح بالتدخل الطبي اللازم في حالة حصول مضاعفات ما بعد الجراحة، فيجب على الطبيب الجراح قبل أن يأذن بخروج المريض أو المتبرع من المستشفى، التأكد أولاً من أن حالتها تعدت مرحلة الخطر وأن مرحلة حصول المضاعفات الخطيرة قد تم تجاوزها، وأن حالتها لا تقتضي بقاءها في المستشفى.

ولا تعني هذه المتابعة استمرار الملازمة الدائمة للمريض والمتبرع من قبل الجراح، وإنما يقصد بها عدم تركهما دون رقابة علاجية وإشراف طبي، فتستلزم هذه المتابعة حضور الطبيب الجراح عند طلب المريض أو المتبرع له، أو كلما استدعت حالتها ذلك وفقاً للتقارير الدورية²، فالالتزام الجراح بمتابعة كل من المريض والمتبرع يتحدد مقداره وفقاً لحالة كل واحد منهما، وطبيعة العلاج اللاحق بالجراحة.

والجدير بالذكر أنّ التزام الجراح بمتابعة حالة المريض واجب عليه ولا يستطيع التنصل منه بحجة عدم نجاح الجراحة، أو أنّ حالة المريض تتدهور بشكل مئوس من شفائه أو عدم تحسن حالته، وذلك أنّ دور الجراح يتمثل في الحفاظ على حياة المريض أو ما تبقى منها، وليس القضاء عليها³.

1 - من العقاقير التي أثبتت نجاحها وفعاليتها في معالجة ظاهرة رفض الأعضاء المزروعة، عقار السكلوسبورين Cyclosporine، الذي يمنع الخلايا الليمفاوية الثنائية من التكاثر، ويحسن تمديد حياة الغرسة لسنة واحدة بنسبة تتراوح بين 10 إلى 15%، مع قلة جوانبه السلبية مقارنة مع العقاقير التقليدية. راجع في ذلك: علام عمر، مرجع سابق، ص 176.

2 - نور حسين يوسف، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة في القانونين اليمني والمصري، دار الفكر والقانون، مصر، 2014، ص 200.

3 - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 105. كذلك: نور حين يوسف، المرجع السابق، ص 206. وانظر كذلك: محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 386.

- كما يسأل الجراح إضافة إلى الأخطاء المرتكبة في عمليات نقل وزرع الأعضاء، الإخلال بالضوابط الواجبة لمشروعية وصحة هذه العمليات سواء تمت بين الأحياء أو من جثث الموتى والتي تم تناولها بالتفصيل في الباب الأول ولا داعي لتكرارها¹.

ونتيجة لكل ما ذكر، فإن الأخطاء الطبية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الموجبة للمسؤولية الجزائية كثيرة ومتعددة ولا يمكن حصرها نظرا لاختلافها من حالة إلى أخرى، وحسب الظروف المحيطة لكل حالة. والأخطاء المذكورة ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال من بحر القضايا المعروضة على القضاء بصفة عامة. وتبقى مسألة تحديد الأخطاء الطبية من الأمور الصعبة والمستعصية، لا يستطيع القاضي الفصل فيها لوحده، وإنما يستلزم عليه الاستعانة بخبراء في المجال.

المطلب الثاني

حدوث الضرر بسبب الخطأ الطبي الجزائي

يشترط لقيام المسؤولية الجزائية للجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى جانب الخطأ الطبي الجزائي، أن يترتب ضررا يصيب المتبرع أو المريض (الفرع الأول)، ولا يكفي وقوع الضرر الطبي لقيام مسؤولية الجراح، بل يجب أن يرتبط الضرر ارتباطا مباشرا بخطأ الجراح، بمعنى أن تكون هناك علاقة مباشرة بين خطأ الجراح والضرر الذي لحق بالمتبرع أو المريض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضرر الطبي

يعد الضرر الطبي ثاني الأركان المكونة للمسؤولية الجزائية والمسؤولية الطبية بصفة عامة، وينتج الضرر الطبي إثر التدخل العلاجي أو الجراحي وهو ما يثير مسؤولية الطبيب الجراح أو المستشفى حسب الأحوال. كالأذى الذي يصيب سلامة الجسم من جرح بسيط أو جرح مفضي إلى الموت، أو الضرر الذي يترتب على إفشاء الطبيب لسر مهنته وغيره من الأضرار. وأمام غياب نصوص خاصة تنظم هذا الركن في القوانين المتعلقة بممارسة مهنة الطب، فلا بد من الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكمه، باعتباره النتيجة الحاصلة

1 - راجع الباب الأول من الأطروحة.

عن النشاط الاجرامي للجاني، الأمر الذي يستلزم تعريف الضرر الطبي (أولاً)، والإشارة إلى أنواعه (ثانياً).

أولاً - تعريف الضرر الطبي:

لم نجد تعريفاً محدداً ومعيناً للضرر الطبي، لكن عرفه الفقهاء على أنه: « حالة نتجت عن فعل إقداماً أو إحجاماً مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مالية أو مغنوية أو كليهما للشخص المتضرر »¹.

فيقصد بالضرر بصفة عامة، المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص مساساً يترتب عليه جعل مركزه أسوأ مما كان قبل ذلك، لأنه انتقص من المزايا والسلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة، متعلقاً بسلامة جسم الإنسان أو بعاطفته أو بماله أو بحريته أو بشرفه واعتباره أو بغير ذلك.

ويعرّف الضرر أيضاً على أنه: « ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو غير ذلك »².

كما يعرف الضرر على أنه: « الأثر الخارجي للخطأ الذي وقع من الجاني، ويشترط في هذا الأثر أن يكون حقيقياً ومؤكداً وحالاً ». بمعنى أن الضرر لا يفترض، بل لا بد أن يكون حقيقة واقعية³.

وتتطبق هذه التعاريف العامة للضرر على الضرر الطبي لإثارة مسؤولية الأطباء.

فيعرّف الضرر الطبي على أنه: « حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصاً في حال المريض أو في مغنوياته أو عواطفه »⁴.

1 - نقلاً عن: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 218.

2 - نقلاً عن: جادي فايزة، مرجع سابق، ص 247 - 248.

3 - نقلاً عن: مكرلوف وهيبه، مرجع سابق، ص 54.

4 - مولاي محمد، الضرر الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)، جامعة الجيلالي الياابس، 2020، ص 77. انظر كذلك: يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 218.

وللإشارة فإن الضرر الطبي لا يتمثل في عدم شفاء المريض، بل هو نتيجة خطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيلة والحذر أثناء ممارسته للعمل الطبي. وهو ما نستخلصه من المادة 413 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « باستثناء... يعاقب طبقا... عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ».

ثانيا - أنواع الضرر الطبي:

يتحقق الضرر في إصابة المريض بضرر في جسمه أو في ماله، أو ضرر معنوي يلحق الأذى بالمضروب في شعوره أو عاطفته أو شرفه.

1 - الضرر المادي:

يعرّف الضرر المادي بأنه: « إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضروب ذات قيمة مالية ». ويعرّف أيضا بأنه: « الخسارة المادية التي تلحق المضروب نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة »¹. فيتخذ الضرر المادي صورتين هما:

أ - الضرر الجسدي:

وهو الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه، أي كل اعتداء على سلامة الجسم، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 6 من م.أ.ط على أنه: « يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية ».

يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري ».

يعد إتلاف عضو من أعضاء الجسم أو إحداث تشويه أو نقص وظيفي ضررا جسديا يمس بسلامة الجسم البشري، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم قدرة الشخص على ممارسة حياته العادية الطبيعية، والذي قد ينعكس سلبا على كافة الجوانب الأخرى من حياته.

ينقسم الضرر الجسدي إلى ضرر قد يترتب عنه الوفاة، ومثال ذلك تأخر طبيب التخدير في إفاقة المريض أثناء العملية وعدم الإسراع في ذلك مما أدى إلى حصول موت

1 - فيلالي علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، ط 2، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 286.

خلايا المخ ثم موت خلايا الدماغ¹. أو أن تنتقل العدوى إلى المريض إثر مكوثه في المستشفى، مما أدى إلى وفاته²، وضرر يترتب عنه تعطيل كلي أو جزئي في بعض وظائف الجسم، كإحداث عاهة مستديمة³ كبتتر ساقه نتيجة خطأ الطبيب الجراح، أو بسبب سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى⁴.

ب - الضرر المالي:

ويتجلى فيما يصيب المريض في كيانه المالي، فيطال حقا أو مصالح ذات صفة مالية أو اقتصادية متمثلة في نفقات العلاج، أو إضعاف قدرته على الكسب إضعافا كلياً أو جزئياً⁵.

فيشمل الضرر المالي ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى ونفقات إصلاح الخطأ، بالإضافة إلى ما فاتته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي، بمعنى إضعاف قدرته على الكسب كلياً أو جزئياً بسبب العجز⁶. كإلحاق ضرر بشخص ما نتيجة خطأ طبي تسبب له

1 - يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 219.

2 - عباشي كريمة، المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2024، ص 76.

3 - تعرف العاهة المستديمة على أنها فقدان النهائي كلياً كان أو جزئياً لمنفعة أحد أعضاء الجسم، سواء بقطع في هذا العضو أو بفسله أو بتعطيل وظيفته. راجع في ذلك: عادل سيد سيد شومان، مدى إباحة العمل الطبي والجراحي على جسم الإنسان، ماجستير القانون الجنائي، كلية الحقوق، القاهرة، 2008، ص 94. وتعرف أيضاً على أنها: « فقد عضو من أعضاء الجسم أو فقد جزء منه، أو فقد منفعة أو إضعافها أو فقد إحدى الحواس أو إضعافها بصورة دائمة ». ويعني ذلك عجز العضو أو الحاسة عن القيام بالوظيفة الطبيعية عجزاً كلياً أو جزئياً وبصفة دائمة، سواء كان ذلك نتيجة مباشرة للفعل أم كان نتيجة جراحة ضرورية، أجريت إنقاذاً لحياة المجني عليه أو صحته. راجع في ذلك: أحمد أحمد علي ناصيف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاجتماعية، جامعة عين الشمس، 1993، ص 236.

4 - وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة في النزاع القائم بين القطاع الصحي بأردار ومن معه، ضد المدعوة "زعاف رقية" بموجب قرار صادر بتاريخ 19/04/1999 بتأييد القرار المستأنف فيه، والقاضي بتعويض المستأنف عليها عن الأضرار الجسدية التي أصابتها جراء الخطأ الطبي 100%، فأصبحت الضحية بعاهة مستديمة متمثلة في العقم أي حرمانها من الأمومة وهي في ريعان شبابها، إضافة إلى وفاة ابنتها مباشرة بعد الولادة. قرار مجلس الدولة -الغرفة الأولى- (قرار غير منشور)، فهرس 254. مذكور عند: فايزة جادي، مرجع سابق، ص 250.

5 - منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص 28.

6 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص ص 76 - 77.

بعاة أقعدته عن العمل مما تسبب أيضا بضرر مالي لعائلته باعتباره رب الأسرة، وهنا تقوم مصلحة الأسرة في المطالبة بالتعويض نتيجة إصابة معيهم¹.

2 - الضرر المعنوي:

لا يقوم الضرر المعنوي أو الأدبي² إلا بالإصابة الجسدية فهو من آثاره، ويقصد بالضرر المعنوي في المجال الطبي، ما يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة معاناة وآلام تنتج عن مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو الجراح، وتتمثل في الآلام الجسدية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها، وكذا التشوهات والعجز في وظائف الأعضاء³.

ويعرّف الضرر المعنوي بأنه الآلام النفسية التي يعاني منها المصاب، والأضرار المتمثلة في الحرمان من متع الحياة، والنواحي الجمالية في الإنسان أو ضرر تشويه الجمال⁴.

وتطبيقا لذلك، عرضت قضية على محكمة باريس Paris، بتاريخ 1949/03/01، تتلخص وقائعها أن طبيب وضع الجبس على قدم مريض، فأخذ هذا المريض يصرخ من شدة الألم طيلة الأيام التالية لوضع الجبس بشكل غير عادي، ولم يعر الطبيب أي اهتمام لذلك. لكن بعد مرور أيام أدى ذلك إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها، مما أدى إلى حدوث "غنغرينا"⁵ Gangrene لا يمكن معالجتها إلا ببتن الساق، والسبب في ذلك الأخطاء المتعددة من طرف الطبيب المعالج⁶.

1 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 484. انظر كذلك: حملي صالح، لروي إكرام، "التعويض عن الأضرار الطبية"، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الخامس حول: حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، المنظم من طرف جامعة أدرار، يومي 09 و10 ديسمبر 2015، ص 4.

2 - هناك من يميز بين الضرر المعنوي والضرر الأدبي، فالضرر المعنوي يترتب عن المساس بجسم الإنسان كالألام أو تشويه أو عاهة معينة، في حين أن الضرر الأدبي يمس كرامة الشخص وشرفه. لكن نجد أن الفقهاء وأغلب التشريعات لا تفرق بين المصطلحين المعنوي والأدبي.

3 - نقلا عن: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 169.

4 - نقلا عن: أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 512.

5 - يقصد بالغنغرينة موت الخلايا والأنسجة (نخرها) بسبب توقف الدورة الدموية في العضو المصاب، وتحدث عادة في أطراف الجسم، ويعد بتر العضو المصاب آخر وسيلة للعلاج. نقلا عن: بن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 155.

6 - نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 279.

الفرع الثاني

علاقة السببية بين الضرر والخطأ الطبي الجزائي

لا يكفي وجود الخطأ الطبي الجزائي ووقوع الضرر للمريض لتحقيق مسؤولية الجراح الجزائية، بل لابد من وجود علاقة بين الخطأ والضرر الحاصل للمريض، بمعنى أن الضرر كان نتيجة لذلك الخطأ.

تعرف علاقة السببية بأنها: «تواجد علاقة أو رابطة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المعالج أو المسؤول والضرر الذي أصاب المريض أو المضرور»¹.

يعد شرط الرابطة السببية من الشروط الأساسية لقيام المسؤولية الجزائية للطبيب، فيجب أن يتوفر بين الخطأ الذي يقع من الطبيب الجراح والضرر الذي حصل للمريض علاقة سببية. ولا يصعب تحديد رابطة السببية بين فعل الجاني ونتيجته إذا كان فعل الجاني متصلاً مباشرة مع النتيجة، لكن يصعب تحديد هذه الرابطة إذا كان فعل الجاني متصلاً بالنتيجة بطريقة غير مباشرة، كتعدد الأسباب المؤدية إلى النتيجة²، لأنه قد يحدث وأن يقع خطأ من الطبيب، ولكن لا يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر الذي يلحق بالمريض. مثال ذلك إهمال الطبيب إجراء العملية الجراحية للمريض، ووفاته إثر أزمة قلبية، ففي هذه الحالة تتعدى العلاقة السببية بين الإهمال والوفاة، بل تعلقت الوفاة بسبب آخر.

يستقل ركن السببية عن ركن الخطأ بدليل أنه قد تتوفر السببية دون وجود خطأ، مثال ذلك أن يتضرر شخص بفعل الطبيب الجراح دون أن يكون هذا الطبيب الجراح قد أخطأ، ورغم ذلك تقوم مسؤوليته، ولكن ليس استناداً للخطأ وإنما استناداً لنظرية تحمل التبعية. ومثال ذلك قيام طبيب بحقن المريض بمادة سامة، لكن قبل أن يسري السم في دم المريض، يقوم شخص آخر بإطلاق النار على ذلك المريض، فالخطأ هنا هو الحقن بالسم والضرر هو وفاة المريض، لكن هذه الأخيرة لم تكن بسبب خطأ الطبيب الجراح بل بسبب الطلقة النارية من قبل شخص آخر، فهنا تتعدى رابطة السببية بين الخطأ والضرر³.

1 - نقلاً عن: جادي فايضة، مرجع سابق، ص 263.

2 - يوسف فاطمة، مرجع سابق، ص 220.

3 - جادي فايضة، مرجع سابق، ص 264.

المبحث الثاني

صور جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أدى التطور الحاصل في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وصعوبة اكتشاف وتتبع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، ومع توسع الشبكات الإجرامية المنظمة التي تعدت الحدود الوطنية، وتنامي ظاهرة تهريب الأشخاص لأغراض متعددة منها نزع أعضائهم وبيعها، وظهور سياحة زراعة الأعضاء "Tourisme de transplantation d'organes"، والتي تعني انتقال الأشخاص إلى دول أخرى من أجل بيع أعضائهم أو زرع أعضاء جديدة¹، ومع تزايد نداء المنظمات الدولية والحقوقية إلى ضرورة تدخل الدول والمجتمع الدولي، لوضع حد لتقشي ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، وظهور أصوات رجال القانون والباحثين، لتجريم خروج عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن إطارها المشروع، ودعمها بقواعد جزائية وردعية².

كان لزاما على المشرع الجزائري أن يواكب كل التطورات وهو ما فعله، حيث جاء قانون الصحة رقم 18-11 ليتدارك النقائص التي تضمنها القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، فنص على مجموعة من الجرائم (المطلب الأول). كما عدّل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 09-01، والذي تضمن مجموعة من الجرائم منها جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وبعض الجرائم المتعلقة بمخالفة ضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، سواء تمت بين الأحياء أو من الموتى (المطلب الثاني).

1 - « Le tourisme de transplantation a augmenté dans les années 80. Il s'agit du déplacement géographique de différents acteurs (personnes en quête d'un organe et chirurgien pratiquant la greffe et cet organe), dans le seul but d'effectuer une transplantation, mais cela est pratiqué aux dépens d'une personne vulnérable». Voir : LACOMBE Séverine, op.cit, p 231.

Voir aussi : KHAMMARI Haïfa, op.cit, p 52.

2 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 263.

المطلب الأول

الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11

عمد المشرع الجزائري إلى إلغاء قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 بسبب النقائص الكثيرة التي تعترضه، خصوصا فيما يتعلق بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أين نجد أن هذا القانون لا يستجيب إلى مواكبة التطور الحديث لهذه العمليات الخطيرة، التي تحتاج إلى الحماية اللازمة لأطرافها خصوصا المتبرع، وحماية هذه العمليات أيضا من خطر الإتجار بالأعضاء البشرية. من أجل كل هذا، قام المشرع الجزائري بإلغاء قانون حماية الصحة وترقيتها، واستحدث قانون جديد آملا أن يستجيب لكل متطلبات الحماية اللازمة لهذه العمليات وأطرافها من أي شكل من أشكال الاستغلال. ومن أجل التطبيق الحسن لنصوصه، فقد أورد المشرع الجزائري في الباب الثامن منه أحكاما جزائية في حالة الإخلال بأحكامه، لذا نجد في هذا القانون عدة نصوص قانونية تجرم الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء ما تعلق منها بالنظام العام (الفرع الأول)، أو بالشروط التنظيمية لهذه العمليات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

جرائم الإخلال بالنظام العام لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يمكن تقسيم هذه الجرائم إلى جرائم مخالفة شرط مجانية التبرع (أولا)، جريمة بيع الأعضاء التناسلية (ثانيا) جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية (ثالثا).

أولا - جرائم مخالفة شرط المجانية:

يمكن حصر جرائم مخالفة شرط المجانية في الجرائم الآتية:

1 - جريمة الإتجار بالدم البشري والبالزما ومشتقاتهما:

تنص المادة 429 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 263 من هذا القانون، المتعلقة بالأنشطة المربحة المرتبطة بالدم

البشري والبلازما ومشتقاتهما، بالحبس من سنتين (2) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج .»

وبالعودة إلى نص المادة 263 من ق.ص.ج الذي جاء كالآتي: « يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما ».

يتبين من خلال المادتين 429 و 263 من ق.ص.ج، أن المشرع الجزائري يمنع كل نشاط مربح يتعلق بالدم البشري¹ أو البلازما² أو مشتقاتهما، ولم يحدد طبيعة القائم بذلك

1 - يعرف الدم بأنه ذلك السائل الذي يدور خلال القلب والشرين والشعيرات الدموية إلى جميع أجزاء الجسد، حاملاً الأكسجين من الرئتين إلى جميع خلايا الجسم، ويدفع ثاني أكسيد الكربون من خلايا الجسم إلى الرئتين. والدم عبارة عن سائل مركب يتكون من الخلايا والبلازما. تنقسم خلايا الدم إلى 3 مجموعات هي:

- كريات الدم الحمراء التي لها دور فعال في تحديد فصيلة الدم،
- كريات الدم البيضاء،
- الصفائح الدموية.

أما عن وظائف الدم فهي كثيرة منها:

- تنظيم حرارة الجسم والمحافظة على محتوياته من الماء، وتنظيم التمثيل الغذائي.
- يحمل الأكسجين من الرئتين وينقله إلى الأنسجة، ويرجع ثاني أكسيد الكربون الذي ولدته الأنسجة إلى الرئتين لتحديث عملية الزفير.

- يزود خلايا الجسم بالمواد الغذائية التي تمتصه الأمعاء لإسنادها في إنتاج الطاقة التي يحتاجها الجسم للقيام بوظائفه.
- يقوم الدم بطرد الفضلات الناتجة عن التمثيل الغذائي إلى خارج الجسم، بواسطة أجهزة الإخراج كالكلية والجلد والجهاز البولي.
- يعطي الدم الجسم المناعة اللازمة للتصدي للفيروسات والأمراض من خلال إنتاج خلايا الدم البيضاء أجسام مضادة تلعب دوراً هاماً بالتصدي للفيروسات، ووقاية الجسم من الإصابة بالأمراض.

انظر:

BOUDART Daniel, Guide des produits sanguins en France, Edition Frisson roche, 1992, pp 8 - 10.

راجع أيضاً الموقع: <https://www.uoanbar.edu.iq.eStoreImages.Bank>، تم الاطلاع عليه: يوم 2024/09/13، على الساعة: 06:00.

2 - البلازما هي المكون الرئيسي للدم البشري الذي يمنح الدم مظهره السائل، فهي الجزء السائل من الخلايا التي تكوّن الدم، وتتكون من الماء ومجموعة من المواد المختلفة الأخرى. وتشكل بلازما الدم ما يعادل 55% من الدم، أما النسبة المتبقية فهي للخلايا التي تكوّن الدم الأخرى.

وتتمثل الوظائف الرئيسية لبلازما الدم في:

- إبقاء مستويات ضغط الدم تحت السيطرة،
- منح الدم حجمه الطبيعي،
- الحفاظ على التوازن الحمضي القاعدي (Ph Balance) في مختلف أنحاء الجسم، والذي يضمن قيام الخلايا بوظائفها دون خلل.

- توفير البروتينات الضرورية لتخثر الدم والمناعة،

- نقل المعادن والمواد الهامة إلى العضلات كالبيوتاسيوم والصوديوم.

=

النشاط، فكل شخص يتاجر أو يتعامل بالدم البشري أو البلازما أو مشتقاتهما بمقابل مالي، يعاقب بالحبس من سنتين إلى 3 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج.

2 - جريمة الإشهار للتبرع:

تنص المادة 432 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنة (1) وبغرامة من 200.000 دج إلى 400.000 دج ».

تعتبر جريمة الإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية لفائدة شخص أو مؤسسة، من الجرائم المستحدثة بموجب القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، وذلك بغرض الحد من الوسائل التي تستعمل في الإتجار بالأعضاء البشرية، فقد أصبحت الإعلانات الداعية للتبرع بالأعضاء تعد طريقة من طرق الإتجار بالأعضاء، وتسهل الوصول إلى مصادر الحصول عليها. وقد أشارت الدراسات والأبحاث أن الإتجار بالأعضاء يحتل المرتبة الثالثة في الأرباح التي تتولد عنها، بعد الإتجار بالمخدرات والأسلحة¹.

لم يميز المشرع الجزائري بين الإشهار للتبرع بالأعضاء والإشهار للتبرع بالأنسجة والخلايا البشرية في العقاب، فسوى في الإشهار للتبرع بالأعضاء ومشتقات الجسم الأخرى، وذلك حرصاً من المشرع على مجانية التبرع وضماناً لعدم الانزلاق في دائرة الإتجار بالأعضاء البشرية.

يعاقب الشخص الذي يقوم بالإشهار للتبرع بالأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا، بالحبس من 6 أشهر إلى سنة وبغرامة من 200.000 إلى 400.000 دج.

=تتكون بلازما الدم من المكونات الآتية:

- الماء بنسبة 92%،

- البروتينات الهامة بنسبة 7 %،

- المعادن والأملاح والسكريات والهرمونات والفيتامينات التي تشكل ما نسبته 1%.

راجع في ذلك: الموقع الإلكتروني: <https://www.uomus.edu.iq/img/lectures>، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2024/09/13

على الساعة: 6:00.

1 - مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 325.

ثانيا - جريمة التعامل بالأعضاء التناسلية:

تنص المادة 435 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون، المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج ».

وبالرجوع إلى أحكام المادة 374 من ق.ص.ج نجدها تنص على: « يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية،

- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات،

- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أمّا أو بنتا،

- بالسيتوبلازم ».

يتضح من استقراء المادتين 435 و 374 المذكورتين أعلاه، أن المشرع الجزائري منع أي تبرع أو معاملة مهما كانت لبعض المواد والأعضاء البشرية ومنها الأعضاء التناسلية كالحيوانات المنوية والبويضات لما تحمله من صفات وراثية، والهدف من المنع هو أن التعامل بهذه الأعضاء سيؤدي حتما لاختلاط الأنساب، وهو مخالف للنظام العام.

يعاقب كل تعامل غير مشروع بالأعضاء التناسلية بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج.

ثالثا - جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية:

تنص المادة 431 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 361 من هذا القانون، المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، طبقا لأحكام المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ».

وبالرجوع إلى نص المادة 1/361 من ق.ص.ج نجد أنها تنص على أنه: « يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء ... ».

يتضح من خلال المادتين 431 و 1/361 المذكورتين أعلاه، أن المشرع الجزائري منع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من فئة محددة وهي فئة القصر وعديمي الأهلية الأحياء. فالقاصر هو شخص لم يصل بعد سن الرشد وبالتالي لا يمكن الاعتداد بتصرفاته، أما عديم الأهلية فهو شخص مجنون أو معتوه وهو شخص عديم الإرادة، يفقد إلى عنصر الإدراك والإرادة. فيعتبر كل من القصر وعديمي الأهلية من الفئات الضعيفة والتي تحتاج إلى حماية أكبر من المشرع، وحسنا فعل المشرع الجزائري باستحداث هذه المادة.

يعاقب كل من يقوم بنزع أعضاء أو أنسجة أو خلايا من القصر أو عديمي الأهلية، طبقا للمواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من ق.ع.ج رقم 09-01 سالف الذكر.

يعاقب كل من ينتزع عضوا من قاصر أو عديم الأهلية وهو ظرف من الظروف المشددة التي نصت عليها المادة 303 مكرر 20 فقرة 2 من ق.ع.ج، بالسجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج.

ويعاقب أيضا كل من ينتزع أنسجة أو خلايا من القصر أو عديمي الأهلية، بالحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 إلى 1.500.000 دج، وهذا طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 20 فقرة 1 من ق.ع.ج.

يمكن أن يعاقب الجاني علاوة على العقوبة الأصلية، عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات طبقا لأحكام المادة 440 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « يمكن أن يعاقب، علاوة على ذلك، كل من يرتكب إحدى المخالفات المذكورة أعلاه، بعقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات ». وبالعودة إلى قانون العقوبات نجد أن المشرع الجزائري تطرق إلى العقوبات التكميلية في نص المادة 09 من ق.ع.ج¹ سالفة الذكر، والمتمثلة في:

1 - الحجب القانوني.

2 - الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.

3 - تحديد الإقامة.

4 - المنع من الإقامة.

1 - راجع المادة 09 من ق.ع.ج.

- 5 - المصادرة الجزئية للأموال.
- 6 - المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
- 7 - إغلاق المؤسسة.
- 8 - الإقصاء من الصفقات العمومية.
- 9 - الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع.
- 10 - تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.
- 11 - سحب جواز السفر.
- 12 - نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

الفرع الثاني

جرائم مخالفة الشروط التنظيمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يمكن حصر الجرائم المتعلقة بمخالفة الشروط التنظيمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والتي ذكرت في قانون الصحة رقم 18-11 في: جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسات غير مرخص لها (أولا)، وجريمة مخالفة شروط جمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواده غير الثابتة (ثانيا).

أولا - جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسات غير مرخص لها:

تنص المادة 433 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية أو يمارس نشاطات المساعدة الطبية على الإنجاب في مؤسسة غير مرخص لها، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج ».

يتبين من خلال المادة 433 أعلاه، أن المشرع الجزائري يعاقب كل من يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة صحية غير مرخص لها من وزير

الصحة طبقا لأحكام المادة 366 من ق.ص.ج.¹ سألقة الذكر، فهذه المادة اشترطت أن يتم نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف وزير الصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، مع اشتراط أيضا أن تتوفر هذه المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي-تقني وتنسيق استشفائي، حتى تحصل على هذا الترخيص.

والملاحظ أن المشرع الجزائري استبعد المؤسسات الاستشفائية الخاصة² من القيام بهذه العمليات رغم توفرها على إمكانيات كبيرة، ولعل ذلك هو حرص المشرع على منع أي استغلال أو متاجرة بالأعضاء البشرية ومنتجات الجسم، وسعيا منه إلى فرض رقابة صارمة على المستشفيات العمومية التي تقوم بهذه العمليات دون غيرها.

لم يحدد المشرع الجزائري صفة معينة في الشخص الذي يقوم بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية فجاءت الصيغة عامة، عليه يعاقب كل شخص أيا كانت طبيعته سواء كان طبيبا أو مساعدا أو طالب طب أو أي شخص آخر، يقوم بعمليات النزع أو الزرع في المؤسسات غير المرخص لها.

ويعاقب الجاني بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج. وعلاوة على ذلك يعاقب بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية التي نصت عليها المادة 09 من ق.ع.ج سألقة الذكر³، وذلك طبقا لنص المادة 440 من ق.ص.ج سألقة الذكر⁴.

1 - راجع المادة 366 من ق.ص.ج.

2 - عرّفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007، المتعلق بتنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 67، صادر بتاريخ 24 أكتوبر 2007، على أنه: « المؤسسة الاستشفائية الخاصة هي مؤسسة علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد وأنشطة الاستكشاف. ويجب عليها بالنسبة للتخصص أو التخصصات التي تمارسها، القيام على الأقل بالأنشطة الآتية: - الفحص الطبي، - الاستكشاف والتشخيص، - الاستعجالات الطبية و/أو الطبية الجراحية بما فيها إزالة الصدمات والانعاش والمراقبة، - الاستشفاء ».

3 - راجع المادة 09 من ق.ع.ج.

4 - راجع المادة 440 من ق.ص.ج.

أما عن المسؤولية الجزائية للمؤسسة الصحية التي تم فيها نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون ترخيص، فإذا تعلق الأمر بمستشفى عمومي فلا يسأل طبقاً لنص المادة 51 مكرر من ق.ع.ج رقم 06-24 التي تنص على أنه: « باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه القانونيين أو الحائزين على تفويض سلطات، عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال ».

من خلال المادة 51 مكرر المذكورة أعلاه، يتبين أن المشرع الجزائري استبعد الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام من المساءلة الجزائية، والمستشفى العمومي هو من الأشخاص العمومية الخاضعة للقانون العام، إذ تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 07-140¹ على أنه: « المؤسسة العمومية الاستشفائية هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوالي ». لكن عدم المساءلة الجزائية للمستشفى العمومي لا يعني عدم مساءلة الأشخاص الطبيعية كفاعل أصلي أو كشريك في الأفعال غير المشروعة المتعلقة بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسة غير مرخص لها، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 51 مكرر من ق.ع.ج سالف الذكر.

لكن إذا تعلق الأمر بالمؤسسات الصحية الخاضعة للقطاع الخاص والتي تم فيها نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الترخيص القانوني، فإنها تسأل جزائياً عن ذلك حسب المادة 441 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « يعاقب الشخص المعنوي الذي يرتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في الباب الثامن أعلاه، بما يأتي:

1 - غرامة لا يمكن أن تقل عن خمسة (5) أضعاف الغرامة القصوى المنصوص

1 - مرسوم تنفيذي رقم 07-140 مؤرخ في 19 ماي 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات

العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 33، صادر بتاريخ 20 ماي 2007.

عليها للشخص الطبيعي،

2 - عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حجز الوسائل والعتاد المستعمل في ارتكاب المخالفة،
- المنع من ممارسة نشاط الصحة لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،
- غلق المؤسسة أو إحدى ملحقاتها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،
- حل الشخص المعنوي .»

ثانيا - جريمة مخالفة شروط جمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواده غير الثابتة:

تنص المادة 428 من ق.ص.ج على أنه: « يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 258 من هذا القانون، المتعلقة بجمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة، بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج .»

وبالعودة إلى نص المادة 258 من ق.ص.ج نجد أنها تنص على أنه: « تتولى هيكل صحية عمومية جمع الدم، طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم. تكلف الهياكل المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، بجمع وتقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة .»

يتضح من خلال المادتين 428 و 258 من ق.ص.ج، أن المشرع الجزائري يعاقب الهياكل الصحية العمومية التي تتولى جمع وتقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة، دون احترام المعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم¹.

أما العقوبة المطبقة على جريمة مخالفة شروط جمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة فهي غرامة مالية من 1.000.000 إلى 2.000.000 دج.

1 - تنص المادة 259 من ق.ص.ج على أنه: « نشاط نقل الدم هو نشاط طبي يتمثل في:

- تحضير مواد الدم،
 - تحليل الدم المتبرع به وتصنيفه،
 - حفظ وتوزيع الدم ومشتقاته .»
- تضيف المادة 260 من ق.ص.ج على أنه: « يجب أن يتم نشاط نقل الدم طبقا للممارسات الحسنة في مجال الجمع والتحضير والتصنيف والتخزين والتوزيع قصد تسليم مواد تستجيب لمقاييس الجودة المطلوبة، كما هي محددة في التنظيم المعمول به .»

المطلب الثاني

الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات

لا يمكن حصر الجرائم المرتبطة بالإخلال بشروط وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لذا نجد عدة مواد قانونية متفرقة في قانون العقوبات تجرم الأفعال المرتكبة من قبل الجراح وتخل بالشروط القانونية لهذه العمليات، كما أن التعديل الذي أضفاه المشرع على القانون رقم 09-01 المعدل لقانون العقوبات¹، نجده أضاف قسما متعلقا بصنف جديد من الجرائم، وهي جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية² وذلك في القسم الخامس مكرر 1. وما هذا التعديل إلا دليل على إرادة المشرع الجزائري في ضبط حدود تطور الممارسات الطبية بصفة عامة وكذا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة، لذا سنقوم بدراسة أهم الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمنصوص عليها في هذا القانون والمرتبطة بالإخلال بالضوابط القانونية لهذه العمليات سواء تمت بين الأحياء (الفرع الأول)، أو تمت من جثث الموتى (الفرع الثاني).

1 - جاء تعديل المشرع الجزائري لقانون العقوبات رقم 09-01، بعد مصادقة الجزائر بتحفظ على بروتوكول منع ومعاينة الإتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية، والذي عرض للتوقيع والتصديق بموجب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها 55 بتاريخ 15 نوفمبر 2000. والجزائر صادقت على هذا البروتوكول بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، ج. ر. ج. ج عدد 69، صادر في 12 نوفمبر 2003.

- 2 - أما عن دوافع ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية فهي كثيرة وعديدة، ويمكن ذكر بعضها منها:
 - التقدم العلمي والتقني الطبي وما حققه من إنجازات علمية في نقل وزراعة الأعضاء البشرية.
 - زيادة أعداد المحتاجين للأعضاء من المرضى في جميع أنحاء العالم.
 - الزيادة في السكان مما أحدث انفجارا سكانيا في العالم.
 - تعدد الأمراض وتنوعها وانتشارها.
 - الفقر والحاجة إلى المقابل المالي.
 - اتساع نشاط الجريمة المنظمة.
 - عدم وجود أنظمة وقوانين كافية تنظم وتجزم عملية زرع الأعضاء في بعض البلدان.
- راجع في ذلك: غادة حلمي أحمد أحمد حلمي، مرجع سابق، ص 378.

الفرع الأول

تحديد جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء

يمكن حصر الجرائم المرتبطة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء، في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية (أولا)، جريمة إحداث عاهة مستديمة جراء عملية نقل وزرع العضو البشري (ثانيا).

أولا - جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية:

يقصد بجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية: «قيام فرد أو جماعة إجرامية منظمة بتجميع الأشخاص دون رضا منهم، بالتحايل أو الإكراه، حيث يتم نزع أعضاء هؤلاء الضحايا وبيعها كبضاعة من أجل الحصول على أرباح مالية»¹. وعرفها البعض الآخر بأنها: «كل اتجار بسلعة أصبح لها طلبها وعرضها وكذلك سلعة تخضع لقانون العرض والطلب كغيرها من السلع من خلال دول استيراد ودول تصدير»². وذهب رأي آخر إلى تعريفها بأنها: «أعمال البيع والشراء للأعضاء البشرية كالأنسجة والجلد والدم والكلى وغيرها من الأعضاء، أو هي كل عملية بيع أو شراء للأنسجة أو عضو أو أكثر من الأعضاء البشرية»³.

إنّ الإتجار بالأعضاء البشرية عبارة عن سلوك إرادي غير مشروع، تقوم به عصابات المافيا للإجرام المنظم العابر للحدود من خلال استغلال أشخاص ونزع أعضائهم والإتجار بها بطرق غير قانونية، فالإتجار بالأعضاء البشرية يمكن أن يقع عن طريق أي فعل يؤدي إلى استغلال أحد أعضاء الإنسان بدون رضاه، عن طريق وسائل قسرية كالإكراه المادي أو المعنوي، أو عن طريق الخداع والحيلة بغية استغلاله كسلعة والربح من ورائها⁴.

وقد اعتبر مجلس الاتحاد الأوروبي، حسبما ورد في أحد نصوصه، لسنة 2003 أن الإتجار في الأعضاء البشرية من قبيل الإتجار في البشر⁵ لأنه يمثل انتهاكا أساسيا

1 - نقلا عن: طالب خيرة، جرائم الإتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2018، ص 331.

2 - نقلا عن: غادة حلمي أحمد خليل، جرائم الإتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016، ص 366.

3 - نقلا عن: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 21. كذلك: غادة حلمي أحمد خليل، المرجع نفسه، ص 366.

4 - نقلا عن: درياد مليكة، الإتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مجلد 49، عدد 03، 2012، ص 273.

5 - يقصد بالإتجار بالبشر طبقا للمادة الثالثة من بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام 2000 على أنه: «تجنيد=

لحقوق الإنسان¹.

تمتاز جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية بخصائص منها:

- هي أحد أشكال الجريمة المنظمة²: فهي لا ترتكب من طرف شخص واحد بل يرتكبها تنظيم مشكل من عدة أشخاص توزع بينهم مهام تنفيذ الجريمة، وموزعون على أكثر من إقليم دولة واحدة، ويعملون بتخطيط محكم ومتقن بهدف تحقيق أكبر قدر من الأرباح.
- جريمة ذات طابع خفي: أي تقوم على السرية إذ يصعب كشفها ونسبتها إلى مرتكبيها وتحديد أساليب تنفيذها ومداها، كما يصعب طبيعتها كون أن الإتجار بالأعضاء البشرية نشاط إجرامي معقد جدا³.

= أشخاص أو نقلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف، أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء». وهو التعريف الذي اتخذته العديد من التشريعات كنموذج لها بشأن مكافحة الإتجار بالبشر ومنها التشريع الجزائري، الذي خصص القسم الخامس من القانون رقم 09-01 المعدل لقانون العقوبات، للإتجار بالأشخاص. وقد عرفت المادة 303 مكرر 4 الإتجار بالأشخاص على أنه: « يعد اتجارا بالأشخاص، تجنيد أو نقل أو تنقل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الإكراه، أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال. ويشمل الاستغلال استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول والسخرة أو الخدمة كرها أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء. يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج.

يعاقب على الاتجار بالأشخاص، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج، إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنّها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني، متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل».

1 - سوزي عدلي ناشد، "الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2004، ص 187.

2 - عرّفت المادة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الجريمة المنظمة على أنها: « جماعة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص أو أكثر، موجودة لفترة من الزمان، وتعمل بصورة متظاهرة بهدف ارتكاب واحد أو أكثر من الجرائم الخطيرة والأفعال المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية، من أجل الحصول - بشكل مباشر أو غير مباشر - على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى».

3 - بن خليفة إلهام، جريمة "الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 06، 2013، ص ص 65-66.

- هي جريمة تقصد القيم والأخلاق والعلاقات الاجتماعية والأسرية¹.

- جريمة مستحدثة وتعمل على إساءة استعمال التقنيات العلمية: حيث تجلت معالمها مع التطور السريع للتكنولوجيا، فالتطور التكنولوجي وثورة المعلومات والاتصالات سواء من خلال استخدام شبكة الأنترنت أو غير ذلك من وسائل الاتصال الحديثة، انعكس بدوره على شكل الجريمة إذ لم تعد منحصرة على الإقليم الوطني للدولة، بل تخطت الحدود الوطنية فأصبحت ذات طابع دولي².

- جريمة مركبة من عدة جرائم: فجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية تتكون من عدة جرائم كالخطف والاحتيال والسرقة والابتزاز والتزوير والتهريب والاستغلال وغيرها³.

لقد اهتم المشرع الجزائري أكثر بهذا النوع من الجرائم في تعديل قانون العقوبات رقم 09-01 سالف الذكر، الذي تضمن جملة من الجرائم التي لها علاقة مع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وحدد لها عقوبات خاصة بكل جريمة.

1 - أنواع جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية حسب قانون رقم 09-01:

تناول المشرع الجزائري جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 من القانون رقم 09-01 سالف الذكر، ويمكن حصر هذه الجرائم في أربعة جرائم هي:

أ - جريمة الحصول على العضو البشري بمقابل أو منفعة:

نصت المادة 303 مكرر 16 من ق.ع.ج على أنه: « يعاقب بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على

1 - أمحمدي بوزينة أمينة، "الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص 133.

2 - طالب خيرة، مرجع سابق، ص 343.

3 - للمزيد من التفاصيل انظر: طالب خيرة، مرجع سابق، ص 340 - 346. كذلك: رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 27 - 34.

عضو من جسم شخص».

يتبين من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم جواز الإتجار بالأعضاء البشرية، سواء كان ذلك بالبيع أو الشراء أو عن طريق أعمال الوساطة. كما لم يحدد صفة معينة للجاني الذي يقوم بالحصول على العضو البشري بمقابل مادي أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها، والمنفعة المالية قد تكون مبلغا من المال أو منصب عمل، منقول أو عقار، أو أي مقابل مالي آخر. كما قد تكون المنفعة غير مالية، كنشر اسم صاحب العضو المستأصل منه العضو في وسائل الإعلام، أو إضفاء وصف الأبطال والمضحين عليه¹.

باعتبار أن هذا الفعل قد يرتكبه عدة أشخاص، فقد يكون شخصا معنويا أو طبيعيا كالشخص المريض الذي تكون له مصلحة مباشرة في نزع العضو من شخص ما لزرعه في جسمه، قصد التعجيل من شفائه². كما قد يكون من الأطباء المتخصصين في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وغيرهم من الممارسين في مجال الرعاية الصحية كالممرضين وسائقي سيارات الإسعاف³.

وقد يكون الجاني وسيطا دوره الوساطة لأطراف العملية من أجل التشجيع عليها أو تسهيل الحصول على عضو من الأعضاء البشرية. ولا يهم في قيام المسؤولية الجنائية للوسيط أن يقوم بهذه الوساطة مجانا أو بمقابل، ففعل الوساطة أو التوسط هو المجرم والذي منعه المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 303 مكرر 16 من ق.ع.ج المذكورة أعلاه. كما أن الوسيط في هذه الجريمة ليس شريكا بل هو فاعل أصلي، لذا يطبق عليه حكم الفاعل الأصلي الذي يحصل على عضو من الأعضاء بمقابل ومهما كانت طبيعته.

ب - جريمة الإتجار بالأنسجة أو الخلايا أو جمع مواد من الجسم:

نصت المادة 303 مكرر 18 من ق.ع.ج على ما يلي: « يعاقب بالحبس من سنة

1 - جيبيري نجمة، الإتجار بالأعضاء...، مرجع سابق، ص 116 - 117.

2 - فرقاق معمر، "جرائم الاتجار في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2013، ص 131. انظر كذلك: أمجدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 138.

3 - جيبيري نجمة، "انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 14، العدد 02، 2016، ص 328. انظر كذلك: سايب عبد النور، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 145.

(1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بانتزاع أنسجة أو خلايا أو بجمع مواد من جسم شخص مقابل دفع مبلغ مالي أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص.»

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري جرم فعل انتزاع الأنسجة والخلايا ومواد الجسم كالدّم بمقابل مالي أو أية منفعة مهما كانت طبيعتها، بالتالي يكون قد وضع حضرا كاملا مع التعامل المالي بجسم الإنسان سواء تعلق الأمر بأعضائه أو مشتقاته.

كما جرم المشرع الجزائري بموجب المادة 303 مكرر 18 المذكورة أعلاه، فعل الوساطة أو التوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم الشخص.

ج - جريمة الحصول على عضو دون موافقة صاحبه:

تنص المادة 303 مكرر 1/17 من ق.ع.ج على أنه: « يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

وتنص المادة 303 مكرر 1/19 من ق.ع.ج على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

باستقراء نص المادتين 303 مكرر 17 و 19 سالفتي الذكر، يتبين لنا أن المشرع الجزائري جرم انتزاع الأعضاء البشرية وكذا الخلايا والأنسجة ومواد الجسم من أي شخص حي دون الموافقة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، أي دون احترام الشروط المتعلقة بالموافقة والمنصوص عليها في قانون الصحة. كما لم يحدد أيضا صفة معينة في مرتكب الجرم، فيعاقب الجاني على فعل انتزاع الأعضاء أو مشتقات الجسم الأخرى مهما تكن صفته.

والملاحظ أن المشرع الجزائري شدد العقوبة في حالة انتزاع الأعضاء دون موافقة صاحبه، مقارنة بانتزاع خلايا أو أنسجة أو مواد في جسم الإنسان، لأهمية العضو البشري في حياة الإنسان وتكامله الجسدي، مقارنة بالأنسجة والخلايا ومواد الجسم التي تتميز بالتجدد، واستئصالها يكون أقل ضررا من الأعضاء على الجسم.

د - جريمة عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية:

تنص المادة 303 مكرر 25 من ق.ع.ج على ما يلي: « كل من علم بارتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسر المهني، ولم يبلغ فورا السلطات المختصة بذلك، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

في ما عدا الجرائم التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة، لا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة ».

باستقراء المادة 303 مكرر 25 سالفة الذكر، يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يحدد صفة معينة في الشخص الذي يمتنع عن التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء، بدليل أنه استعمل لفظا عاما وهو "كل من يعلم"، بمعنى أي كان ذلك الشخص سواء كان طبيبا أو جراحا أو ممرضا أو قائما بالتحريض، أو أي شخص يعلم بوقوع الجريمة، ويكون مسؤولا جزائيا حتى ولو كان ملزما بالسر المهني، مادام المشرع قد ألزمه بالتبليغ.

لا يعد التبليغ عن جريمة الحال حقا مقصورا على من تقع عليه الجريمة فحسب، وإنما هو تكليف واجب على كافة الأفراد الذين بلغ إلى مسمعهم ارتكابها حماية للمصلحة العامة بعد الخاصة¹.

ألزم المشرع التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء فور حصولها، ما يعني عدم التراخي في التبليغ عنها حتى لا تفوت فرصة الكشف عن الجريمة أو مرتكبيها، وتبقى السلطة التقديرية للقضاء في تحديد معيار الفورية وعدم التهاون والتراخي².

كما استثنى المشرع الجزائري من التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، أقارب

1 - حاوش هدى، "الحماية التشريعية لعمليات نقل الأعضاء البشرية على ضوء قانون العقوبات الجزائري"، المجلة النقدية

للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2017، ص 431.

2 - أمجدي بوزينة أمنة، مرجع سابق، ص 138. انظر كذلك: فراق معمري، مرجع سابق، ص 134.

وحواشي وأصهار الفاعل إلى غاية الدرجة الرابعة، فلا تطبق أحكام هذه الجريمة على هذه الفئة من الأشخاص التي تربطها علاقة قرابة مع الفاعل، والغرض من هذا الاستثناء هو حماية الروابط الأسرية وترابط الأفراد داخل الأسرة الواحدة، كون أنّ المشاعر الطبيعية بينهم يحول دون التبليغ عن الجرائم المرتكبة من أحد أفراد هذه الأسرة، كما يلغى هذا الاستثناء إذا كانت الضحية لا تتجاوز 13 سنة، وهذا حماية للقاصر نظرا لحالة الضعف والعجز التي يكون فيها في هذا السن.

2 - العقوبات المقررة لجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

فرض المشرع الجزائري جزاءات وعقوبات صارمة للتصدي لظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية، ولم يتساهل مع مرتكبي هذه الجرائم، حيث رصد لها مجموعة من العقوبات الأصلية والتكميلية، كما نص على حالات لتشديد العقاب وأخرى تعفي منه. كما حدد مسؤولية الشخص المعنوي عن ارتكاب إحدى جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، وفرض عقوبات تتلاءم مع طبيعته، وهو ما سيتم توضيحه على النحو الآتي:

أ - العقوبات الأصلية لجرائم الإتجار بالأعضاء البشرية:

- عقوبة **جُنْحَة** مشددة في حالة الحصول على عضو من أعضاء الجسم مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، هي الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات، وغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج. وتطبق العقوبة نفسها على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم الشخص¹.

- عقوبة **جُنْحَة** انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من الجسم مقابل مبلغ مالي أو أية منفعة مالية أخرى مهما كانت طبيعتها، هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم الإنسان².

وتجدر الإشارة إلى أن العقوبة التي فرضها المشرع الجزائري في حالة الحصول على الأعضاء البشرية بمقابل، أشد من العقوبة التي رصدها في حالة انتزاع أنسجة أو خلايا أو

1 - راجع المادة 303 مكرر 16 من ق.ع.ج.

2 - راجع المادة 303 مكرر 18 من ق.ع.ج.

جمع مواد من الجسم بمقابل. والعلة في ذلك تعود إلى أن الحصول على عضو من جسم شخص فيه إلحاق ضرر أكبر من الضرر الذي يلحق الجسم بنزع أنسجة أو خلايا أو مواد من الجسم، باعتبار أن هذه الأخيرة تتجدد تلقائيا ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، فالجسم يمكن استبدالها وتعويضها من تلقاء نفسه.

- عقوبة **جُنْحَة مشددة** إذا تم نزع عضو من جسم إنسان حي دون موافقته، هي الحبس من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج¹.

- عقوبة **جُنْحَة** نزع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي دون موافقته، هي الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج².

وقد شدد المشرع الجزائري العقوبة إذا ما تم استئصال عضو من أعضاء جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على موافقته، فكيفها جُنْحَة مشددة مقارنة مع نزع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أين كيفها جُنْحَة، ومرد ذلك أن الضرر اللاحق بالجسم في حالة نزع العضو أكبر من مجرد نزع نسيج أو خلايا من جسم شخص حي، حيث أن الأنسجة والخلايا تتجدد تلقائيا وتعوض ولا تؤثر كثيرا على تكامل الجسم وسلامته مقارنة مع نزع العضو من الجسم، خاصة إذا تعلق الأمر بعضو ضروري وأساسي في الجسم.

- عقوبة **جُنْحَة** عدم التبليغ عن جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية هي من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج³.

- ويعاقب على الشروع في ارتكاب جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة، وهذا ما جاء في نص المادة 303 مكرر 27 من ق.ع.ج، والتي تنص على أنه: « يعاقب على الشروع في ارتكاب الجُنْح المنصوص عليها في هذا القسم بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة ».

1 - راجع المادة 303 مكرر 17 من ق.ع.ج.

2 - راجع المادة 303 مكرر 19 من ق.ع.ج.

3 - راجع المادة 303 مكرر 25 من ق.ع.ج.

ب - الظروف المشددة وتطبيق الفترة الأمنية:

نصت المادة 303 مكرر 20¹ من ق.ع.ج على حالات تشديد العقاب بالنسبة للأشخاص الذين تتوافر لديهم شروط تطبيقها، وهذه الحالات هي:

1 - إذا كانت الضحية قاصر أو الشخص المنقول منه العضو أو النسيج أو الخلايا مصاب بإعاقة ذهنية.

2 - إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة.

3 - إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص.

4 - إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

5 - إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية.

فإذا ارتكبت جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية مع توافر إحدى هاته الظروف، والتي ذكرت على سبيل الحصر وليس المثال، يشدد العقاب ليتراوح بين عقوبة جنحة مشددة وجناية، فعقوبة الجنحة المشددة هي الحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج. وتم رصد هذه العقوبة المشددة في حالة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص بمقابل مالي أو منفعة، وكذا في حالة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص حي أو ميت دون الحصول على الموافقة.

أما الجناية فعقوبتها السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج، وذلك في حالة الحصول على عضو من أعضاء جسم شخص

1 - تنص المادة 303 مكرر 20 من ق.ع.ج على أنه: « يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر

18 و303 مكرر 19، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى

1.500.000 دج، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصراً أو شخصاً مصاباً بإعاقة ذهنية،

- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة،

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص،

- إذا ارتكبت الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله،

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية. »

بمقابل مالي أو منفعة، وحالة انتزاع عضو من شخص حي أو من ميت، دون الحصول على الموافقة، بشرط اقترانها بظرف من الظروف المشددة - على الأقل - المذكورة أعلاه.

أما عن تطبيق الفترة الأمنية، فقد نص المشرع الجزائري على تطبيقها في جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في المادة 303 مكرر 29 من ق.ع.ج والتي تنص على أنه: «تطبق أحكام المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم».

يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من الاستفادة من بعض التدابير الواردة في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي، كالإفراج المشروط والحرية النصفية وإجازات الخروج وغيرها، وهو إجراء لردع المحكوم عليهم في الجرائم الخطيرة كنوع من التشديد في العقوبة¹.

وقد عرف المشرع الجزائري الفترة الأمنية بموجب المادة 1/60 مكرر من ق.ع.ج رقم 21-14²، على أنها: «يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، أو إجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط».

ج - الظروف المخففة والأعذار القانونية:

يحرم الشخص من الاستفادة من الظروف المخففة³ طبقا للمادة 303 مكرر 21 من ق.ع.ج، والتي تنص على أنه: «لا يستفيد الشخص المدان لارتكابه أحد الأفعال المجرمة في هذا القسم من الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من هذا القانون».

1 - نقلا عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 301.

2 - قانون رقم 14-21 مؤرخ في 28 ديسمبر 2021، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج. عدد 99، صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2021.

3 - تنص المادة 53 من ق.ع.ج رقم 14-21 على أنه: «يجوز تخفيض العقوبة المنصوص عليها قانونا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي قضى بإدانته وتقررت إفادته بظروف مخففة، وذلك إلى حد:

- 1 - عشر (10) سنوات سجنًا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام،
- 2 - سبع (7) سنوات سجنًا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد،
- 3 - خمس (5) سنوات سجنًا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية السجن المؤقت من عشر (20) سنة إلى ثلاثين (30) سنة،
- 4 - ثلاث سنوات حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة،
- 5 - سنة واحدة (1) حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس (5) سنوات إلى (10) سنوات».

أما عن الأعذار القانونية¹ لجريمة الإتجار بالأعضاء البشرية، فقد نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 303 مكرر 24 من ق.ع.ج التي تنص على أنه: « يعفى من العقوبة المقررة، كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الاتجار بالأعضاء قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها.

وتخفف العقوبة إلى النصف إذا تم الإبلاغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكن بعد تحريك الدعوى العمومية من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في نفس الجريمة ».

يتبن من خلال هذه المادة، أن المشرع الجزائري قسم الأعذار القانونية إلى قسمين:

- الأعذار المعفية: وتطبق على كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جريمة الإتجار بالأعضاء، بشرط أن يتم التبليغ قبل البدء في تنفيذ الجريمة أو الشروع فيها.

- الأعذار المخففة: وتطبق على كل من يبلغ بعد انتهاء تنفيذ جريمة الإتجار بالأعضاء أو الشروع فيها، وقبل تحريك الدعوى العمومية، وهو ما يسمح بالتعاون مع السلطات العمومية وتمكينهم من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في هذه الجريمة، وفي هذه الحالة تخفف العقوبة إلى النصف.

ولعل السبب من إقرار المشرع للأعذار القانونية، هو إغراء الشخص المبلغ أو المجرم بالتوقف عن البدء في تنفيذ جريمة الإتجار بالأعضاء، بإعفائه من العقاب أو التخفيف منه، نظرا للخطورة الكبيرة لهذه الجريمة واتسامها بالطابع الخفي الذي يصعب على السلطات العمومية اكتشافه قبل تنفيذها.

د - العقوبات التكميلية:

فرض المشرع الجزائري إلى جانب العقوبات الأصلية، عقوبة أو أكثر من العقوبات

1 - الأعذار القانونية عبارة عن أسباب يحددها القانون ويفرض على القاضي بموجبها أن يخفف من العقوبة على المتهم، أو يعفيه من العقوبة تماما. وهي تختلف عن ظروف التخفيف التي تعد أسبابا يحدد حالاتها القانون على سبيل الحصر وتطبيقها وجوبي للقاضي، على العكس من الظروف المخففة وهي جوازي، فالقاضي ليس ملزما بتطبيقها فترك له القانون حرية الأعمال بها، كما أن القانون لم يحددها وترك للقاضي استخلاصها من ملابسات القضية. نقلا عن: مزياني عبد الستار، مرجع سابق، ص 303.

التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من ق.ع.ج رقم 24-06 على الشخص الذي يرتكب جريمة الإتجار بالأعضاء، وهذا حسب ما جاءت به المادة 303 مكرر 22 من القانون نفسه والتي تنص على أنه: « تطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه لارتكابه جريمة منصوص عليها في هذا القسم، عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون ».

أما فيما يتعلق العقوبات التكميلية، فتتص المادة 09 من ق.ع.ج المعدلة بموجب القانون رقم 24-06 سالف الذكر على: « العقوبات التكميلية هي: 1 - الحجز القانوني،

2 - الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية،

3 - تحديد الإقامة،

4 - المنع من الإقامة،

5 - المصادرة الجزئية للأموال،

6 - المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط،

7 - إغلاق المؤسسة،

8 - الاقصاء من الصفقات العمومية،

9 - الحظر من إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع،

10 - تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة،

11 - سحب جواز السفر،

12 - نشر أو تعليق حكم قرار الإدانة،

13 - المنع من الاتصال بالضحية ».

وإذا كان المدان في إحدى جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية أجنبيا، فقد ألزم القانون الجهة القضائية المختصة بمنعه من الإقامة في التراب الوطني نهائيا، أو لمدة 10 سنوات على الأكثر وهذا طبقا لنص المادة 303 مكرر 23 من ق.ع.ج، والتي تنص على أنه: « تقضي الجهة القضائية المختصة بمنع أي أجنبي حكم عليه بسبب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة عشر (10) سنوات على الأكثر ».

كما تضيف المادة 303 مكرر 28 من ق.ع.ج¹ على أنه في حالة الإدانة بجرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، تأمر الجهة القضائية المختصة بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها، والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية.

هـ - مسؤولية الشخص المعنوي:

يسأل الشخص المعنوي جزائياً في حالة ثبوت تورطه في ارتكاب أحد جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، فتنص المادة 303 مكرر 26 من ق.ع.ج على أنه: « يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون.

وتطبق على الشخص المعنوي العقوبات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر من هذا القانون ». فيتبين من خلال هذه المادة أن الشخص المعنوي يكون مسؤولاً جزائياً عن جرائم الاتجار بالأعضاء، ولكن حسب شروط المادة 51 مكرر من ق.ع.ج المعدلة بموجب القانون رقم 06-24 والتي تنص على: « باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه القانونيين أو الحائزين على تفويض سلطات، عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال ».

أما عن العقوبات المقررة للشخص المعنوي في حالة ارتكابه لإحدى جرائم الاتجار بالأعضاء، فلا يمكن تطبيق عقوبة الحبس أو الإعدام عليه، لذا استحدث المشرع بموجب القانون رقم 06-23 سالف الذكر عقوبات خاصة تتلاءم مع طبيعة الشخص المعنوي، والتي ذكرتها المادة 18 مكرر من ق.ع.ج وهي كالآتي:

1 - الغرامة التي تساوي من مرة إلى 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

1 - تنص المادة 303 مكرر 28 من ق.ع.ج على أنه: « تأمر الجهة القضائية في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القسم بمصادرة الوسائل المستعملة في ارتكابها والأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة، مع مراعاة حقوق الغير حسن النية ».

2 - واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي،
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا، أو لمدة لا تتجاوز 5 سنوات،
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها،
- نشر وتعليق حكم الإدانة،
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 5 سنوات، وتتصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

ثانيا - جريمة إحداث عاهة مستديمة جراء عملية نقل وزرع العضو البشري:

تعرف العاهة المستديمة على أنها نقص نهائي في منفعة عضو من أعضاء الجسم ولو كان جزئيا¹. وتعرف أيضا على أنها فقدان منفعة العضو سواء كان هذا فقدان كلياً أو جزئياً وذلك بقطع العضو أو فصله أو تعطيل وظيفته عن العمل بصورة دائمة ولو بقيت متصلة بالجسم. ولا يلزم لتحقيق العاهة المستديمة نسبة معينة في فقد منفعة العضو، فأي نقص في هذه المنفعة أيا كانت نسبته يحقق معنى العاهة. كما يعتبر في حكم العاهة المستديمة إصابة المجني عليه بمرض يستحيل علاجه أو شفاؤه، كالشلل أو الجنون أو فقدان الذاكرة، وتستوي العاهة المستديمة إذا كان استئصال العضو بسبب ضربة أو جرح، أو نتيجة تدخل جراحي تسبب فيه الجراح كنقله لعضو بغير رضا صاحبه².

1 - قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2001/12/25 على أنه: « إنَّ إعتبار غرفة الاتهام الطحال جهازاً وليس عضواً، وإعادة تكييف الوقائع من جنابة إلى جنحة الضرب والجرح العمدي دون الاستعانة بخبير مختص لمعرفة إذا كان استئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا، لإمكانية تحديد الوصف القانوني الصحيح المتابع به ». قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 254258، مؤرخ في 2001/12/25، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 02، 2002، قسم الوثائق، الجزائر، ص 546.

2 - نقلا عن: هامل فوزية، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص علم الإجرام وعلم العقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص 83.

لا يمكن تصور الاعتداء الذي يقع على العضو في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في صورة جرح¹ في الجسم بقطع أو تمزيق أنسجة الجسم ظاهريا أو باطنيا، بأداة تؤدي إلى تغييرات مادية ملموسة في أنسجة الجسم²، وسواء كان هذا العضو داخليا أو خارجيا. ولم يشترط المشرع في العاهة أن تكون على قدر معين من الجسامه، بل اشترط فيها أن تسفر عن فصل عضو، أو تعطيل وظيفته، أو إضعاف مقوماته على نحو لا يرجى منه الشفاء³.

تتحقق جريمة العاهة المستديمة جراء استئصال عضو من جسم المتبرع، أو زرع عضو في جسم المريض، فيلحق بالمتبرع أو المريض عجزا أو نقصا في أحد أجزاء الجسم، أو إتلاف العضو المعني بالاستئصال أو الزرع، رغم حصول الطبيب على موافقة كل من المتبرع والمريض.

يعاقب الجاني عن جريمة إحداث العاهة المستديمة طبقا لنص المادة 1/264 من ق.ع.ج رقم 06-23 والتي تنص على أنه: « كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما ».

تضيف الفقرة 2 من المادة 264 المذكورة أعلاه والمعدلة بموجب قانون العقوبات رقم 06-24 ما يلي: « وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبطار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، يعاقب الفاعل بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10)

1 - يقصد بالجرح كل قطع أو تمزيق أنسجة الجسم ظاهريا أو باطنيا، وأيا كان سببه أو جسامته، إذا حدث من جسم خارجي من أداة قاطعة كالسكين أو واخزة كالإبرة، أو أي سلاح مدبب، أو سلاح ناري أو أية آلة راضة كالعصا. والقطع في الحقيقة هو تمزق لأنسجة الجسم الخارجية أو الداخلية، وأن لفظ الجرح ينصرف إلى كل قطع أو تمزيق يلحق بأي جزء من أجزاء الجسم. والتمزيق هو تحطيم الوحدة الطبيعية التي تجمع بين جزئيات الأنسجة، ذلك أن الأنسجة مجموعة من الخلايا المتلاصقة ترتبط فيما بينها طبقا لقوانين طبيعية، ولا يعدو الجرح أن يكون تفكيكا في أي صورة كانت لهذا الالتصاق والترابط. نقلا عن: جبيري ياسين، مرجع سابق، ص 214. كذلك: علاء محمد شاكر سليمان، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014، ص 14.

2 - هيثم عبد الرحمن البقلي، مرجع سابق، ص 54.

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 224.

سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج .»

كما تنص المادة 265 من ق.ع.ج رقم 24-06 على أنه: « إذا وجد سبق إصرار أو ترصد أو استعمال سلاح، فإن العقوبة تكون السجن المؤبد إذا حدثت الوفاة، وتكون السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة، إذا أدت أعمال العنف إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى، وتكون العقوبة الحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 264 .»

علاوة على ذلك يعاقب الجاني أيضا طبقا لنص المادة 275 من ق.ع.ج رقم 06-23، التي تنص على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج، كل من سبب للغير مرضا أو عجزا عن العمل الشخصي وذلك بأن أعطاه عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد إحداث الوفاة موادا ضارة بالصحة.

وإذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تجاوز خمسة عشر يوما، فتكون العقوبة الحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج.

ويجوز، علاوة على ذلك، الحكم على الفاعل بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية طبقا للمادة 14، وبالمنع من الإقامة من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات.

وإذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا أدت إلى الوفاة دون قصد إحداثها فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 سنة .»

وإذا تعلق الأمر بالتعدي على قاصر من أجل الحصول على أعضائه، فيعاقب الجاني

طبقا لنص المواد 269¹ و 270² والمادة 271³ من ق.ع.ج.

الفرع الثاني

تحديد جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى

إنَّ احترام الصورة الطبيعية للجسم البشري لا يتوقف عند الإنسان الحي وإنما يمتد إلى الجثة، وهو ما يفرض واجب احترام المتوفى حتى بعد وفاته لأن الجثة تمثل ذكرى الشخص واستمرار لروحانيته⁴. لذا واحتراما لهذا الواجب جرّم المشرع الجزائري كل مساس بحرمة الجثة قبل الدفن وحتى بعد الدفن، إذ خصص قسما خاصا بالجرائم المتعلقة بالمدفن وبحرمة الموتى في القسم الثاني من الفصل الخامس من قانون العقوبات رقم 23-06 سالف الذكر، والذي يحمل عنوان الجنايات والجنح التي يرتكبها الأشخاص ضد النظام العمومي.

1 - تنص المادة 269 من ق.ع.ج رقم 24-06 على أنه: « كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا يتجاوز سنه الثامنة عشر (18) أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج. ».

2 - تنص المادة 270 من ق.ع.ج رقم 23-06 على أنه: « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان المشار إليه في المادة السابقة مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر يوما، أو إذا وجد سبق إصرار أو ترصد فتكون العقوبة الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج. ».

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر. ».

3 - تنص المادة 271 من ق.ع.ج رقم 23-06 على أنه: « إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269 فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فتمون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة. وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها فتكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة. ».

وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها ولكنها حدثت نتيجة لطرق علاجية معتادة تكون العقوبة السجن المؤبد. ».

وإذا وقع الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان بقصد إحداث الوفاة فيعاقب الفاعل باعتباره قد ارتكب جناية القتل أو شرع في ارتكابها. ».

4 - PEDROT Philippe, "Les prélèvements d'organes post mortem", collection du laboratoire de théorie juridique, volume 9, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1996, p 163.

بالتالي يمكن تقسيم جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء التي تتم من الموتى إلى: جرائم انتهاك حرمة الموتى (أولا)، والجرائم الناجمة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الإصطناعي (ثانيا).

أولا - جرائم انتهاك حرمة الموتى:

ويمكن تلخيص هذه الجرائم في 3 جرائم وهي:

1 - جريمة انتزاع عضو أو نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم ميت دون الحصول على موافقته:

نصت المادة 303 مكرر 17 من ق.ع.ج رقم 09-01 سالف الذكر على أنه: « يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج... وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ».

كما نصت المادة 303 مكرر 19 من ق.ع.ج رقم 09-01 على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج... وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ».

يتبين من استقراء المادتين 303 مكرر 17 و 303 مكرر 19 أن المشرع الجزائري جرم انتزاع الأعضاء البشرية، وكذا الخلايا والأنسجة ومواد الجسم من أي شخص ميت دون الحصول على موافقته وفقا للشروط المنصوص عليها قانونا. كما لم يحدد أيضا صفة معينة في مرتكب الجرم، فيعاقب الجاني على فعل انتزاع الأعضاء أو مشتقات الجسم الأخرى مهما تكن صفته.

ولقد شدد المشرع في العقوبة لجريمة انتزاع أي عضو من جسم شخص ميت دون موافقته، وكيّفها جنحة مشددة، فيعاقب الجاني بالحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

أما عقوبة جريمة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ميت دون موافقته، فكيفها المشرع جنحة، ويعاقب الجاني بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.

وما تجدر به الإشارة، هو أن المشرع الجزائري ميّز بين العقوبة في حالة انتزاع العضو من شخص ميت دون موافقته، والعقوبة في حالة انتزاع نسيج أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ميت دون موافقته، فرصد للأولى جنحة مشددة، والثانية جنحة بسيطة، ومرد ذلك هو حماية جثة الشخص ممن تسول أنفسهم لاستئصال الأعضاء من الجثة، باعتبار أن محل الاستئصال شخص ليس حي ولا ضرر عليه مقارنة بالضرر الذي سيلحق الشخص الحي إذا ما تم استئصال الأعضاء منه. فتعد الجثة في عين الكثيرين الحقل الخصب لاستئصال الأعضاء خاصة الأعضاء التي لا يمكن الحصول عليها من شخص حي، كالأعضاء الأساسية والمنفردة بالجسم مثل القلب.

وتشدد العقوبة في كلتا الجريمتين إذا اقترنتا بأحد ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 20 من ق.ع.ج.¹، فتشدد العقوبة في جريمة الحصول على عضو من شخص ميت دون الحصول على موافقته، من جنحة مشددة إلى جناية وهي السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج. وشدد العقوبة في جريمة انتزاع أنسجة أو خلايا أو جمع مواد من جسم شخص ميت دون موافقته، من جنحة بسيطة إلى جنحة مشددة وهي الحبس من 5 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج.

كما تطبق أحكام الفترة الأمنية المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 29 من ق.ع.ج.² سائلة الذكر، على الجرائم المرتكبة على جسم الميت دون موافقته. فلا يستفيد الجاني من الظروف المخففة والمعفية المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 24 من ق.ع.ج.³ سائلة الذكر. ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجرائم المتعلقة بجسم الميت بنفس العقوبة المقررة للجريمة التامة، طبقا للمادة 303 مكرر 27 من ق.ع.ج.⁴ سائلة الذكر، وإذا ما ارتكبت هذه الجرائم من أجنبي فيمنع من الإقامة في التراب الوطني إما نهائيا أو لمدة 10 سنوات على الأكثر⁵. كما يعاقب كل من علم بالجرائم المرتكبة على جسم الميت دون

1 - راجع المادة 303 مكرر 20 من ق.ع.ج (01-09).

2 - راجع المادة 303 مكرر 29 من ق.ع.ج (01-09).

3 - راجع المادة 303 مكرر 24 من ق.ع.ج (01-09).

4 - راجع المادة 303 مكرر 27 من ق.ع.ج (01-09).

5 - راجع المادة 303 مكرر 23 من ق.ع.ج.

موافقته ودون تبليغ السلطات المختصة فوراً ولو كان ملزماً بالسراً المهني، بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 25 من ق.ع.ج.¹ سألغة الذكر. وأخيراً تطبق أحكام المادة 303 مكرر 26 من ق.ع.ج.² سألغة الذكر إذا كان مرتكب تلك الجرائم شخصاً معنوياً.

2 - جريمة تدنيس أو تشويه أو القيام بأعمال وحشية أو فحش على الجثة:

نصت المادة 153 من ق.ع.ج. رقم 06-23 على أنه: «كل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه عليها أي عمل من أعمال الوحشية أو الفحش يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار».

يتبين من خلال المادة 153 سألغة الذكر، أن المشرع الجزائري لم يحدد صفة الفاعل الذي يقوم بالتدنيس أو تشويه الجثة، أو أعمال الوحشية أو الفحش فجاءت عامة، فكل شخص مهما كانت صفته وقام بتدنيس جثة ميت كرمي القاذورات أو التبول عليها، أو يشوه الجثة كحرقها أو قطع بعض أعضائها بحيث تتغير صورتها ويصعب التعرف عليها، أو يمارس الجاني أعمالاً وحشية على الجثة والتي قد تظهر في تمزيق بطن المتوفى، أو قطع الرأس، أو وضع مواد تخرب قوام الجثة بحيث تتغير ملامحها ويصعب بعدها التعرف عليها، أو العبث بالجثة والقيام بتصوير الجثة ووضع الصورة على شبكة التواصل الاجتماعي³. إضافة إلى ممارسة الفحش⁴ على جسم الميت كمضاجعة الميت أو العبث بأعضائه التناسلية عند الشواذ مثلاً⁵.

أما عن العقوبة المقررة في ارتكاب كل هذه الأفعال على جثة شخص ميت هي جنحة، ويعاقب الفاعل بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

1 - راجع المادة 303 مكرر 25 من ق.ع.ج.

2 - راجع المادة 303 مكرر 26 من ق.ع.ج.

3 - ومن الأمثلة القضائية في هذا الصدد، نذكر قيام الجاني بالنقاط صور فوتوغرافية فاضحة لجثة فتاة ونشرها في مجلة. مذكور عند: برني نذير، حماية الكرامة...، مرجع سابق، ص 454.

4 - 30 Aout 1877, Bull. n° 212; Crim 10 Janv. 1902, Bull. Crim. n° 19; Crim. 13 Juill. 1965, Bull. Crim. n° 175.

مذكور عند: برني نذير، المرجع نفسه، ص 454.

5 - وتجدر الإشارة في هذا الصدد، أن أعمال الفحش الواقعة على جثة شخص ميت لا تعد من قبيل جريمة الاغتصاب، لأن هذه الأخيرة تفترض لقيام أركانها أن يقع فعل الوطء الجنسي على إنسان حي.

3 - جريمة إخفاء الجثة من أجل نزع الأعضاء :

نصت المادة 154 من ق.ع.ج رقم 06-23 على أنه: « كل من خبأ أو أخفى جثة يعاقب بالحبس من سنة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة بين 20.000 إلى 100.000 د.ج.

وإذا كان المخفي يعلم أن الجثة لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح فإن العقوبة تكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار ».

يتبين من خلال المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري يعاقب كل من يخفي أو يخبئ جثة، دون تحديد طبيعة الشخص الجاني، أو الغرض من الإخفاء، وفعل إخفاء الجثة يراد به سترها عن الأعين وإبعادها عن الأنظار¹.

وقد يحدث وأن يستعين الطبيب بمهنته للاستيلاء على الجثة لأغراض علمية أو علاجية كاستئصال الأعضاء منها والمتاجرة بها، أو لأسباب إجرامية. وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع لم يحدد أفعال إخفاء الجثة، والذي يعني أن الجريمة تقوم وتتحقق بكل فعل من شأنه إبعاد الجثة عن الأنظار ولو لفترة معينة، ومهما يكن الغرض من الإخفاء.

عاقب المشرع الجزائري على جريمة إخفاء الجثة سواء كانت جثة لشخص مات موتاً طبيعياً، أو قتيلاً. إذ كَتَبَهَا **بجُنْحَة** والتي تكون عقوبتها الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة مالية بين 20.000 إلى 100.000 د.ج.

لكن شَدَدَ المشرع العقوبة إذا كان المخفي للجثة يعلم أنها لشخص مقتول أو متوفى نتيجة ضرب أو جرح، وذلك بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج.

1 - وقد تختلف الطرق والوسائل المستخدمة في الإخفاء، فقد يكون برميها في البئر أو حرقها أو تشويهها، أو إلقائها في المجاري المائية، كما قد يكون الإخفاء بتحليل الجثة في مواد كيميائية أضافها الجاني إليها، أو تقطيعها ودفنها في أماكن مختلفة. ويتوافر أيضاً بعدم إخبار السلطات المختصة قبل الدفن، وعدم العلم بأمر الجثة، لاتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها، حيث تستمد الأدلة الدالة على القتل، وكذا مرتكب الجريمة. بوشي يوسف، مرجع سابق، ص 335 - 336.

ثانيا - الجرائم الناجمة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي:

يعد الإنعاش الاصطناعي من أحدث الوسائل الطبية المكتشفة في عالم الطب، والذي يعتمد على أجهزة تتركب على المريض لإنقاذ حياته، لكن سوء استعمال هذه الأجهزة من قبل الطبيب سواء بقصد منه أو بغير قصد، قد يؤدي به إلى ارتكاب عدة جرائم في حق المريض، ومنها:

1 - جريمة القتل العمد:

تتحقق جريمة القتل العمد في حالة إيقاف الطبيب لأجهزة الإنعاش الاصطناعي قبل موت جذع المخ، أي أنه متأكد أن الشخص حي ولم يمت بعد، وذلك لغرض استئصال الأعضاء من الشخص، أو منح أجهزة الإنعاش الاصطناعي لشخص آخر بحاجة أيضا إليها.

يعاقب الجاني في هذه الحالة طبقا لنص المادة 254 من ق.ع.ج، التي تنص على أنه: « **القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا** ». والعقوبة المقررة لجريمة القتل العمد هي الإعدام حسب المادة 261 من ق.ع.ج التي تنص على أنه: « **يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل ...** ».

كما تتحقق جريمة القتل العمد في مساعدة شخص مريض ميؤوس من شفائه على الانتحار للتخلص من آلامه¹، سواء من قبل الطبيب أو مساعدوه. فيعاقب الجاني طبقا لنص المادة 273 من ق.ع.ج، التي تنص على أنه: « **كل من ساعد عمدا شخصا في الأفعال التي تساعده على الانتحار أو تسهله له أو زوده بالأسلحة أو السم أو بالآلات المعدة للانتحار مع علمه بأنها سوف تستعمل في هذا الغرض، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا نفذ الانتحار** ».

يتبين من نص المادة 273 أعلاه، أن المشرع يجرم كل من يقوم بمساعدة أي شخص على الانتحار عمدا، ومهما كان الشخص فقد يكون الطبيب كما قد يكون مساعدوه كالممرضين، وذلك عن طريق تسهيل الأفعال التي تساعد المريض على فعل الانتحار، أو

1 - لا يسمح التشريع الجزائري بالقتل إشفافا أو ما يسمى القتل بدافع الرحمة، وإذا وقع فإنه يشكل قتلا عمديا مع سبق الإصرار.

تزويده بالآلات أو الأسلحة المعدة للانتحار مع علمه بأن كل هذه الوسائل سوف يستعملها المريض حتما للقيام بفعل الانتحار.

يعاقب كل من يساعد المريض على جريمة الانتحار بالحبس من سنة إلى 5 سنوات، إذا نفذ الانتحار.

2 - جريمة القتل الخطأ:

تتحقق جريمة القتل الخطأ إذا قام الطبيب بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي خطأ، معتقدا أن المريض قد مات، ففي هذه الحالة يعتبر الطبيب مسؤولاً جنائياً عن وفاة المريض بسبب خطئه المهني، ويعاقب بموجب المادة 413 من ق.ق.ص.ج.¹ والتي تحيلنا إلى المواد 288 و 289 من ق.ع.ج. رقم 24-06 والمادة 2/442 من ق.ع.ج. رقم 06-23.

فمن خلال المادة رقم 288² سألقة الذكر، يعاقب المشرع كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج.

وتضيف المادة 289³ سألقة الذكر، أنه إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز 3 أشهر، فيعاقب الجاني بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 60.000 إلى 300.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتنص المادة 442 فقرة (2) من ق.ع.ج. رقم 06-23 على أنه: « يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 دج إلى 16.000 دج:

2 - كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر وكان ذلك ناشئاً عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم ».

1 - تنص المادة 413 من ق.ق.ص.ج. على أنه: « باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ».

2 - راجع المادة 288 من ق.ع.ج.

3 - راجع المادة 289 من ق.ع.ج.

3 - جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة:

تقوم جريمة عدم تقديم المساعدة في حالة خطر وفي مجال الإنعاش الاصطناعي، حينما يرفض الطبيب تركيب أجهزة الإنعاش لمريض بحاجة ماسة إليها لإنقاذ حياته من الموت.

فتمتص المادة 1/182 و2 من ق.ع.ج رقم 06-23 على أنه: « يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير ».

حتى تقوم جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لابد أن يكون هناك مريض مهدد بموت أكيد وحال، مما يستوجب على الطبيب تقديم المساعدة له قدر الإمكان عن طريق تركيب أجهزة الإنعاش الاصطناعي ما دامت له فرصة ولو ضئيلة للبقاء حيا وهو ما تؤكد المادة 09 من م.أ.ط التي تنص على أنه: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له ».

ولا يشترط جسامه معينة في الخطر وإنما يكون خطر جاد وحقيقي وثابت، ما يستوجب ضرورة التدخل في الحال ومباشرة. فإذا امتنع الطبيب عن القيام بواجبه وكان ذلك قبل موت المريض دماغيا، فإنه يسأل جنائيا عن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة¹.

أما عن عقوبة جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة فهي الحبس من ثلاثة أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

1 - يوسفوي فاطمة، مرجع سابق، ص 281. انظر كذلك: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 585.

الفصل الثاني

قيام المسؤولية المدنية عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية

كما سبق الإشارة إليه، أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تعد من التدخلات الجراحية الخطيرة والمعقدة، والتي قد تؤدي في العديد من الحالات إلى الموت، فإن نسبة وقوع الأطباء في أخطاء مهنية كبيرة جدا، ما استدعى إلى سن جزاءات في حالة مخالفة ضوابط وأحكام هذا النوع من العمليات.

لم يضع المشرع الجزائري قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية للطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، تاركا مجال البحث فيها للقواعد العامة للمسؤولية وللاجتهاد القضائي، وعليه، يستدعي الأمر التطرق إلى هذه القواعد القانونية المتعلقة بمسؤولية الطبيب الجراح المدنية في حالة مخالفة ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك بتحديد طبيعة هذه المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، كما لا تقوم المسؤولية إلا بتوافر أركانها من فعل ضار وضرر وعلاقة سببية بينهما (المبحث الأول).

تقوم المسؤولية المدنية على جبر الأضرار اللاحقة بالمضرور سواء كان المتبرع أو المريض أو ذويهما، وذلك بفعل الطبيب الجراح نتيجة التدخل الجراحي، أو نتيجة للخدمة التي تلقاها في المستشفى، ولا يتأتى ذلك إلا إذا توافرت أركانها. فتعويض الأضرار هو جزاء قيام المسؤولية المدنية، لذا يخول القانون للمضرور رفع دعوى تعويض أمام القضاء، ويكون الحصول عليه وفق إجراءات يحددها القانون، كما للقاضي السلطة الواسعة في تقدير ذلك التعويض (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أحكام المسؤولية المدنية عن مخالفة ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية

من المتفق عليه، أن المسؤولية المدنية إما أن تكون عقدية وذلك في حالة وجود عقد بين الطبيب والمريض، فتقوم المسؤولية عند إخلال أحد أطراف التعاقد بالتزاماته، وقد تكون تقصيرية وتقوم في جميع الحالات التي ينعدم فيها العقد، ويتحقق ضرر للغير.

يعتبر تحديد طبيعة المسؤولية المدنية عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية، ذو أهمية بالغة نظرا لاختلاف الأحكام القانونية التي تسري على كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية، لذا وجب دراسة طبيعة هذه المسؤولية، والتي تعد تقصيرية كأصل كونها تنفذ في مؤسسات عمومية استشفائية. ونظرا لخصوصية هذه العمليات التي تمس بسلامة جسم الإنسان، خصوصا المتبرع الذي هو شخص سليم، فإن التزام الطبيب الجراح ذو طبيعة خاصة (المطلب الأول).

كذلك لا تقوم المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا بتوافر شروط قيامها، من خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى العام، والضرر اللاحق بالضرر سواء كان ماديا أو معنويا، أو تقويت فرصة الشفاء والبقاء حيا، والعلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة المسؤولية المدنية للجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعد تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن الأعمال الطبية بشكل عام وعن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بشكل خاص، له أهميته القانونية التي لا تخفى على رجال القانون نظرا لاختلاف الأحكام القانونية التي تسري على المسؤولية العقدية والتقصيرية (الفرع الأول).

ونظرا لكون عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ذات طبيعة خاصة، كونها تشمل على المتبرع وهو شخص سليم لا يعاني من أي علة، فإن لالتزام الطبيب في مثل هذه التدخلات الجراحية ما يميزه، كونه التزام ببذل عناية كأصل، ولكن أيضا في مراحل وحالات عدة، يتغير التزامه من بذل عناية إلى تحقيق نتيجة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للجراح

لم تتضمن التشريعات الوضعية على نص خاص يوضح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للجراح، لذا تباينت الآراء بين الفقه والقضاء حول طبيعة مسؤولية الجراح، واختلفت الاتجاهات في هذا الصدد بين من يراها ذات طبيعة تقصيرية (أولاً)، وبين من يراها ذات طبيعة عقدية (ثانياً).

أولاً - مسؤولية الجراح المدنية ذات طبيعة تقصيرية كأصل عام:

تقوم المسؤولية التقصيرية للجراح عند صدور خطأ تقصيري منه يؤدي إلى إصابة المريض بضرر نتيجة هذا الخطأ، ويعرف الخطأ التقصيري وفقاً للقواعد العامة بأنه الإخلال بالتزام مصدره القانون، ويقوم على عنصرين هما: عنصر التعدي، وعنصر الإدراك والتمييز من قبل الشخص المتعدي¹.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الجراح عند قيامه بعلاج المريض وما ينتج عن ممارسته لهذا العلاج من خطأ يسبب ضرراً للمريض، فإن ذلك يستتبع مسؤوليته التقصيرية وليست العقدية، باعتبار أن التزام الطبيب بالعلاج التزام قانوني لأنه التزم ببذل عناية وليس التزمًا بتحقيق نتيجة ألا وهي الشفاء، ومن ثمة يخضع لأحكام المادتين (1382-1383)² من القانون المدني الفرنسي³.

1 - نقلاً عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 330.

2 - L'Article 1382 dispose : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

L'Article 1383 dispose : « chacun est responsable du dommage qu'il cause non seulement par son fait, mais encore par son imprudence ».

3 - قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها عام 1835، وهو أول حكم في هذا الصدد إلى اعتبار المسؤولية الطبية مسؤولية تقصيرية، ومن ثمة فإن الطبيب الذي أهمل في العناية بمريضه مما تسبب في فقد ذراعه، يقع تحت طائلة المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي. وفي هذا الاتجاه أيضاً ذهبت محكمة باريس إلى اعتبار أن مسؤولية أطباء المستشفيات بصفة عامة ذات طابع تقصيري، لانعدام حرية المريض في اختيار طبيبه وهذا هو جوهر عقد العلاج الطبي.

كما قضت محكمة سين scine الفرنسية أن مسؤولية الطبيب عن الفعل الضار الذي يدعيه المضرور، والذي لا صلة له بالالتزامات العقدية التي يولدها عقد العلاج الطبي هي مسؤولية تقصيرية، كما في حالة الطبيب الذي ترك بعض الأخطاء المطبعية في مقادير جرعات الدواء، مما نتج عنه وفاة المريض. راجع في ذلك: أحمد حلمي محمود يوسف، مرجع سابق، ص 470. كذلك: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دراسة مقارنة في ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 101.

وتطبيقاً لما سبق، يمكن القول أنّ المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجد تطبيقها في حالة انتفاء الرابطة العقدية بين الطبيب الجراح والخاضع للعملية الجراحية.

في حالة عدم وجود عقد طبي بين الطبيب الجراح والمريض الخاضع للتدخل الجراحي، فلا يسأل الطبيب في حالة إخلاله بواجباته إلا مسؤولية تقصيرية، وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم في المستشفيات العمومية المرخص لها بذلك، فإن مساءلة الجراح عن إخلاله بالتزاماته القانونية تكون على أساس المسؤولية التقصيرية. فعلاقة الجراح بالمستشفى العام التابع له علاقة قانونية تنظيمية تخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين في الدولة وليست تعاقدية، فلا يوجد عقد طبي بين أطباء المرفق العام والمرضى الذين يعالجون فيه، وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية الجراح عن الضرر اللاحق بالمريض بسبب خطئه في مستشفى عام تعد تقصيرية وليست عقدية.

ثانياً - مسؤولية الجراح المدنية ذات طبيعة عقدية كاستثناء:

تقوم المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدية، أي ناشئ عن عقد موقع بين الطبيب الجراح والمريض، ولكي يسأل الجراح مسؤولية عقدية يجب أن يكون هناك عقد طبي.

يعرف العقد الطبي على أنه: « اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض المعالج أو من يمثله قانوناً من جهة أخرى، يلتزم بموجبه الطبيب بتقديم العلاج والفحوصات اللازمة، مقابل التزام المريض بتطبيق تعليمات الطبيب ودفع الأتعاب المستحقة »¹.

ذهبت غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى اعتبار أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية أساسها عقد العلاج الطبي بين الطبيب والمريض، ويمثل رضا المريض أو نائبه جوهر هذه العلاقة، ومن ثم فإن الإخلال بأحد التزامات هذا العقد يوجب المسؤولية العقدية².

1 - نقلاً عن: ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 111.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 102.

اعتمد القضاء الفرنسي على المسؤولية العقدية كأساس لمسؤولية الطبيب منذ 1936، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير المعروف بقرار مرسيه ¹Mercier بتاريخ 1936/05/20، بأنه « من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الطبيب لا بشفاء المريض، بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتي تتفق مع أصول مهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام ولو عن غير قصد ميلاد مسؤولية من نفس النوع أي المسؤولية العقدية »².

ومنذ ذلك الحكم استقر القضاء الفرنسي³ على أن مسؤولية الأطباء مسؤولية عقدية، وأن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية. كما قررت محكمة النقض الفرنسية

1 - تتلخص وقائع القضية التي على إثرها صدر قرار مرسيه Mercier، في أن سيدة مرسيه كانت تعاني من حساسية في الأنف، فأتجهت إلى أحد الأطباء لعلاجها عام 1925، فقام الطبيب بعلاج السيدة عن طريق استخدام أشعة إكس X، لكن أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة. لذا قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها عام 1929، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات من انتهاء العلاج، مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي لحق بزوجه. وحين عرضت القضية على محكمة النقض الفرنسية، وبعد عدة مناقشات ومحاولات لتكييف القضية على أساس مسؤولية تقصيرية ناتجة عن الإهمال، وبالتالي تسقط بالتقادم بمضي 3 سنوات، أم هي ذات طبيعة عقدية تخضع للتقادم الطويل أي 30 سنة في القانون المدني الفرنسي، أصدرت محكمة استئناف باريس في 1931/08/16 حكما تضمن الرد على دفع الطبيب المدعى عليه، والذي كان قد دفع بسقوط الدعوى بالتقادم، وانتهت بالحكم على الطبيب بالتعويض. وقد جاء في أسباب الحكم ما يلي: « إن الدفع بالتقادم طبقا لنص المادة 638 من أصول المحاكمات الجزائية الفرنسي، لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب المدعى عليه وبين مريضه المدعي، يلتزم الطبيب بموجبه ببذل عناية دقيقة ومستقرة ومعينة ». وعندما عرض الحكم على محكمة النقض الفرنسية، قامت بتأييده. راجع في ذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 166 - 167.

2 - « Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins, de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle... ». Cass. Civ., 20 Mai 1936, Mercier. Cité in : VIALLA François, op.cit, p 212.

Voir aussi : DIJON Xavier, Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif, travaux de la faculté de droit de Namur, Paris, 1982, p 406.

3 - كما تبنى القضاء المصري مبدأ المسؤولية العقدية منذ 1969، فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 26 جويلية 1969 بأن: « مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية، وذلك بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه ». نقض مدني رقم 111 لسنة 35 ق، بجلسة 26 يونيو 1969، مكتب فني 20، الجزء الثاني، ص 1075. نقلا عن: أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 469.

الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، حتى ولو كان العلاج مجاناً أي بدون مقابل، وكان العقد ناتجاً عن علاقات صداقة أو مجاملة¹.

يتطلب انعقاد المسؤولية العقدية للجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية توفر شروط تتمثل في: وجود عقد² صحيح بين الجراح والمريض أو المتبرع، والذي يستلزم بالضرورة لانعقاده تراضي الأطراف إذ يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي الطبيب والمتبرع والمريض، وبالتالي اقتران الإيجاب بالقبول. وكذا نشوء ضرر من الإخلال بالعقد، فلا يكفي وجود عقد بين المضرور والمسؤول (الجراح) لكي تتعدد المسؤولية العقدية، بل لابد أن يكون سبب الضرر راجع إلى الإخلال بالالتزامات العقدية المفروضة على الجراح من خلال العقد الطبي، فإذا كان الضرر غير ناشئ عن الإخلال بأحد التزامات العقد انتفت مسؤوليته العقدية، ومن بين الالتزامات التي يترتبها العقد الطبي حسن إنجاز العمل المتعاقد عليه، باتباع الأصول الطبية ووفقاً للمعطيات العلمية الثابتة.

كما يشترط لقيام المسؤولية العقدية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، أن يكون الخاضع للعملية هو المتضرر وهو بذلك إما المتبرع أو المريض، أما إذا كان المتضرر من الغير كمساعد الجراح الذي أصيب بجرح أثناء إجراء التدخل الجراحي، فالمسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية³.

الفرع الثاني

خصوصية طبيعة التزام الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

تتميز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بذاتية خاصة تختلف عن العمليات الجراحية الأخرى، بل وعن الأعمال الطبية بصفة عامة، ولعل السبب هو وجود شخص المتبرع وهو في صحة جيدة لا يعاني من أية علة. ونظراً لخطورة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على كل من المتبرع والمريض على حد سواء، فإن غالبية التشريعات الوضعية التي أقرت

1 - Cass. Civ. 18/ 01/1938. Gaz. Pal: 1939-1.314.

نقلاً عن: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 105.

2 - عَرَفَ الدكتور السنهوري العقد على أنه: « اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ». نقلاً عن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 18.

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 138. انظر كذلك: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 109.

بمشروعية هذه العمليات جعلتها استثنائية، لا تجرى إلا للضرورة العلاجية وبما لا يعرض حياة المتبرع للخطر.

وعليه، ذهب البعض إلى القول أنّ التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التزام بتحقيق نتيجة كمبدأ عام، والالتزام ببذل عناية كاستثناء، لكن هذا ليس صحيحاً، فالالتزام الطبيب الجراح في هذه العمليات هو الالتزام ببذل عناية كمبدأ عام (أولاً)، لكن استثناء هناك حالات أين يكون التزامه بتحقيق نتيجة (ثانياً).

أولاً - التزام الجراح ببذل عناية كمبدأ عام في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية:

من المسلم به فقها وقانوناً هو أن التزام الطبيب تجاه مريضه ليس بتحقيق نتيجة وإنما ببذل عناية¹ **obligation de moyen**. فالقانون لا يلزم الطبيب بشفاء مريضه وإنما يلزمه ببذل قدر من العناية، يكون من شأنها السعي إلى تحقيق الشفاء. عليه، تبرأ ذمة الطبيب كأصل عام بمجرد إثبات بذله لهذه العناية، حتى وإن لم تتحقق النتيجة، لذا يلتزم الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة في الطب والجراحة²، وكل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب المدنية.

لا يلتزم الطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بضمان شفاء مريضه في المستقبل رغم اقتراحه للعملية، لأنّ الشفاء بيد الله سبحانه وتعالى، كون أن هناك عدة عوامل طبية تخرج عن مقدرة الطبيب، كظاهرة رفض الأجسام الغريبة لجسم المريض المزروع فيه العضو الجديد، فنسبة التوافق النسيجي بين المتبرع والمريض غالباً ما تكون نسبية أي غير متكاملة بنسبة 100% ما عدا الزرع بين التوائم، وهو ما يفسر احتمال عدم نجاحها، كما يتوقف نجاح العملية أيضاً على الإمكانيات التي يتوفر عليها المستشفى،

1 - يقصد بالالتزام ببذل عناية، التزام الطبيب الجراح ببذل العناية اللازمة في صدد ما التزم بتنفيذه، وأن العناية المطلوب بذلها ليست أي نوع من العناية، بل عليه أن يبذل جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الظروف التي يوجد بها المريض، ومتفقة مع الأصول العلمية المستقرة والمعاصرة وقت إجراء التدخل الجراحي. نقلاً عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 314.

2 - مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص 90.

خاصة وأن التزام الطبيب ببذل الجهود المتفقة مع الأصول العلمية يفرض اللجوء إلى أحدث ما استقر عليه الطب الحديث من تقنيات ومعدات طبية¹.

تكمن العلة من تكليف التزام الطبيب الجراح بأنه التزام ببذل عناية، هو أن العمل الطبي يتضمن نسبة كبيرة من الاحتمال، واقتصار محل التزام الطبيب على بذل العناية يقوم على فكرة الاحتمال التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرتة، فلا يمكن للطبيب أن يضمن النتيجة للمريض.

يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب الجراح أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل استعماله لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم باتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه اللجوء إلى تلك التي استقر عليها الطب الحديث، وله الاجتهاد في اختيار الوسائل حسب حالة المريض والإمكانات المتاحة وتطويعها بحيث تتفق وظروفه الخاصة².

كرّس القضاء الفرنسي التزام الطبيب ببذل عناية منذ حكم محكمة النقض الفرنسية³ الشهير **Mercier**، الصادر في 20 ماي 1936، حيث نص على أن: « **العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن التزاما بشفاء المريض فعلى الأقل بأن يبذل عناية لا من أي نوع، بل جهودا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض، ومع الأصول العلمية الثابتة** »⁴.

أكدت كذلك محكمة النقض في قرارها الصادر في 2011/01/06 على أن طبيعة

1 - مختاري عبد الجليل، المرجع نفسه، ص 92.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 116. انظر كذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 207.

3 - وقد حاولت محكمة النقض تحديد معنى منضبط لمصطلح الأصول العلمية الثابتة في علم الطب، فقد جاء في القرار نفسه على أنه: « يكون التزام الطبيب موضوع البحث مطابقا للمعطيات العلمية المعاصرة والحالية ». واستعملت في

قراراتها تارة مصطلح "المعطيات العلمية المكتسبة" وتارة أخرى مصطلح "المعطيات العلمية المكتسبة والحالية".

Cass. Civ., le 20 Mai 1936, depuis Cass. 1^{ère} Civ., Le 26/10/1970, « **La jurisprudence fait référence aux données actuelles de la science** », consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

- Cass. Civ., le 14 Janvier 1991, n° 89-12589, Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

4 - « **Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins, de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que parait l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science...** ». Cass. Civ., 20 Mai 1936, Mercier.

العقد الذي ينشأ بين الطبيب ومريضه يضع على عاتق الطبيب كأصل التزام ببذل عناية¹. أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فقد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم (399828) المؤرخ في 2008/01/23² على أنه: « يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة »³.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على مبدأ التزام ممارس الصحة (الجراح) ببذل عناية في قانون الصحة، غير أنه يمكن استخلاصه ضمناً من المادة 1/172 من ق.م.ج، والتي أكدت على أنه: « في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك ». فيكون الجراح مسؤولاً إذا أقام الدائن أي المريض الدليل على مخالفة الجراح بذل العناية الواجبة اتجاه المريض.

كما كرس المشرع الجزائري هذا الالتزام في المادة 45 من م.أ.ط، والتي نصت على أنه: « يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والإستعانة، عند الضرورة، بالزملاء المختصين والمؤهلين ».

كرّس المشرع الفرنسي الالتزام ببذل عناية في مواد عديدة، منها المادة 4322-53 من

1 - Cass. Civ., Ch. 6 Jan 2011, n° 09-66994, « La nature du contrat qui se forme entre le médecin et son patient met en principe à la charge du praticien une obligation de moyen... ». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

2 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، صادر بتاريخ 2008/01/23، قضية: (ع.ع.ق) ضد (ع.ب). مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008، ص ص 175 - 178. حيث جاء في حيلاته: « ... حيث من المقرر فقها وقضاء، أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام، هو بذل عناية مثل قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على عاتق الطبيب تحقيق نتيجة. حيث يعني الإلتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية.

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

3 - تتلخص وقائع القضية في أن السيد (ع.ع.ق) وهو طبيب جراح اتفق مع السيد (ع.ب) على نزع حصاة من إحدى كليتيه، لكن الجراح قام بنزع الحصاة والكلية معاً، وهو ما جعل المريض يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب. قضت المحكمة العليا أن: « الإلتزام ببذل عناية، هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وحيث أن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب، وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب ».

قانون الصحة العامة¹، والمادة 32-4127 من مدونة أخلاقيات الطب².

ثانيا - التزام الجراح بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية:

يقصد بالالتزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة³ أن الملتزم مجبر على تحقيق غاية معينة، فإذا لم تتحقق هذه الغاية اعتبر قد أخل بالتزامه، وفي هذه الحالة لا حاجة لإثبات خطئه وإنما يكفي عدم تحقق النتيجة ليعتبر مخطئا. فيعد التزام الجراح أو المستشفى بتحقيق نتيجة التزاما استثنائيا باعتبار أن الالتزام الأصلي هو التزام ببذل عناية، لأن هذه الحالات لا مجال فيها لفكرة الاحتمال، إذ يغلب فيها عنصر اليقين. فيتمثل الالتزام الناشئ عن هذه الأعمال "الالتزام بالسلامة"⁴ Obligation de sécurité، يختلف عن الالتزام "بتحقيق نتيجة"

1 - L'Article 4322-53 du code de la santé dispose : « Le pédicure-podologue qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige :

1 - à lui prodiguer des soins éclairés et conformes aux données acquises de la science soit personnellement, soit, lorsque sa conscience de lui commande, en faisant appel à un autre pédicure-podologue ou à un autre professionnel de santé ». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

2 - L'article 4127-32 du code de la déontologie médicale dispose: « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur des données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

3 - يختلف الالتزام ببذل عناية عن الالتزام بتحقيق نتيجة، كون أن الالتزام ببذل عناية عبارة عن التزام لا يتعهد فيه المدين (الطبيب الجراح) إلا ببذل عناية لتحقيق ما تعهد به دون أن يضمن إيصال الدائن إلى نتيجة معينة، لذا في حالة الإخلال بالالتزام ببذل عناية، يكون على المريض أن يثبت أن العناية التي بذلها الطبيب الجراح لا تتفق مع ما كان يجب عليه بذله، وذلك بإثبات تقصير الجراح أو إثبات خطئه وأن هذا الخطأ ألحق به ضرر. أما الالتزام بتحقيق نتيجة فهو ذلك الالتزام الذي يتعهد فيه المدين (الطبيب الجراح) بشيء معين، ومن هنا فعدم بلوغ النتيجة يلقي على عاتق الطبيب الجراح المسؤولية، وفي هذه الحالة ما على المريض إلا إثبات الالتزام. فيفترض المشرع أن الطبيب الجراح لم يقدّم بالالتزام وأن عدم قيامه بالتنفيذ ناشئ عن خطئه، وإذا أراد الطبيب الجراح التخلص من المسؤولية يتعين عليه أن يثبت أنه قام بالتنفيذ، أو أن عدم التنفيذ لا ينسب إليه بل إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المريض. انظر: أحمد حلمي محمود محمود يوسف، مرجع سابق، ص 477.

4 - يعود ميلاد الالتزام بالسلامة إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1911/11/21، وقد كان ذلك في مجال النقل البحري إثر قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا يدعى "زيدي حميدة بن محمود"، الذي أقام دعوى ضد الشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي، بمناسبة عقد النقل البحري المبرم بينه وبين إحدى السفن التابعة للشركة، حيث أصيب المسافر المذكور في قدمه إثر رحلة بحرية أثناء تنقله من تونس إلى بون، بسبب سقوط برميل وضع في السفينة بطريقة معيبة. فطالب المسافر المضرور الشركة الناقلة بالتعويض أمام محكمة بون، لكن الشركة دفعت بعد الاختصاص استنادا إلى وجود شرط في عقد النقل يجعل الاختصاص لمحكمة مرسيليا، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع استنادا إلى أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي واجبة التطبيق وليست التعاقدية. ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم، وقضت بأن: « عقد النقل بين الراكب والناقل هو الأساس في تحديد طبيعة مسؤولية الناقل ولا مجال لإعمال قواعد المسؤولية عن الفعل الضار ». فمسؤولية الناقل عما أصاب المسافرين مسؤولية عقدية تطبق بشأنها أحكام المسؤولية العقدية، وأضافت أيضا: « أن تنفيذ عقد النقل يتضمن بالنسبة للناقل التزاما بنقل الراكب سالما معافى إلى وجهته ». فالناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول، بل عليه أيضا إيصاله سالما معافى (الالتزام بضمان السلامة). نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، هامش ص 317.

Obligation de résultat، رغم التداخل الكبير الموجود بينهما إلى درجة يصعب التمييز بينهما، الأمر الذي أدى بالكثير من الباحثين إتيان مفهوم جديد وهو الالتزام "بسلامة النتيجة" Obligation de sécurité de résultat.

توجد حالات استثنائية أين يكون فيها الطبيب الجراح ملزماً بسلامة المريض لا من عواقب المرض، وإنما من خطر ما قد يحدث له خارج العمل الطبي بمعناه المحدد، فينحصر الالتزام بتحقيق النتيجة والهدف الذي من أجله باشر العمل الطبي، وهذا لا يعني شفاء المريض وإنما عدم تعريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة وأدوية¹.

أما عن طبيعة التزام الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتبار أن هذه الأخيرة لها ما يميزها عن باقي العمليات الجراحية الأخرى، ولعل أهم سبب هو وجود المتبرع كطرف في هذه العمليات وهو شخص سليم لا يعاني أية علة، ففي هذا الصدد ذهب البعض إلى ضرورة التمييز بين العمليات التي تتم بين الأحياء وتلك التي تتم من الموتى باعتبار أن التزام الطبيب الجراح في هذه الحالة الأخيرة لا يخرج عن كونه التزاماً ببذل عناية، بناء على أن الإنسان الميت (الجثة) لن يتضرر من نزع العضو منه وزرعه في جسم شخص آخر، وأن المريض لن يتضرر إذا لم تتجح عملية الزرع، لأن العضو المستبدل كان تالفاً في الأصل وما فعله الطبيب المعالج إلا محاولة للعلاج والشفاء.

أما عمليات نقل وزرع الأعضاء التي تتم بين الأحياء، فيمكن تقسيم الالتزامات إلى التزامات اتجاه المعطي المتبرع، والتزامات اتجاه المستقبل المريض، والتزامات تتعلق بشروط إجراء هذه العمليات الخطيرة والمعقدة.

1 - التزامات الطبيب الجراح اتجاه المتبرع:

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من العمليات المركبة، لأنها تتم أو يشترك فيها ثلاثة أطراف وليس طرفان فقط مثل العمليات الأخرى، وهم الطبيب الجراح، المريض والمتبرع، ونظراً إلى أن المتبرع سوف يكمل ما تبقى من حياته دون العضو المتبرع به للمريض، فقد نصت غالبية التشريعات على الضرورة العلاجية لهذه العمليات، بمعنى

1 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 212.

ضرورة أن تكون هذه الأخيرة الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض من الضرر الذي لحق به، بعدما فشلت الطرق الأخرى من علاجه.

وعليه، اتفق غالبية الفقه على أن طبيعة التزام الطبيب الجراح في مواجهة المتبرع في كل الأحوال هي التزام بتحقيق نتيجة، وذلك فيما يتعلق بالضوابط اللازمة لمشروعية هذه العمليات من حيث رضا المتبرع وتبصيره بجميع مخاطر عملية الاستئصال سواء في الحال أو المستقبل، بل المتوقعة وغير المتوقعة، وأن يكون الرضا حراً ومستنيراً، وأن تتم العملية دون مقابل وألا تخالف النظام العام¹.

يكون كذلك التزام الطبيب الجراح التزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالجانب الفني، حيث يسمى هذا الالتزام بضمان سلامة المتبرع، بسبب عدم وجود ضرورة علاجية نتيجة فقده لعضوه، وهو ما جعل الفقه لم يتردد في اعتبار التزام الطبيب الجراح في مواجهة المتبرع التزاماً بتحقيق نتيجة، مؤداه ضمان سلامة المتبرع من أي ضرر قد ينتج عن استئصال العضو منه. والقول بالالتزام بتحقيق نتيجة اتجاه المتبرع يعفيه من عبء إثبات خطأ الطبيب، بل عليه فقط اثبات حدوث الضرر ليقع على الطبيب نفي الخطأ عنه، أما القول بغير ذلك يعني تكليف المتبرع بعبء اثبات حدوث الخطأ وهو أمر جد صعب.

لكن السؤال المطروح هنا: هل الطبيب الجراح يبقى مسؤولاً إلى الأبد بالالتزام بتحقيق نتيجة في مواجهة المتبرع مؤداه ضمان سلامته وعدم تضرره من جراء استئصال العضو منه؟

فحسب رأينا، فإن الطبيب الجراح الذي يقوم بنزع العضو من المتبرع فإنه لا يقوم بإجراء العملية إلا بعد القيام بعدة تحاليل وفحوص طبية ضرورية، والتي يتم التأكد من خلالها على قدرة المتبرع على التبرع، مع ضرورة وجود توافق أنسجة المتبرع مع أنسجة المريض بنسبة كبيرة. كما يلتزم الجراح قبل مباشرة نزع العضو تبصيره بجميع مخاطر العملية في الحال والمستقبل، فالجراح هنا ملزم بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامته من أي ضرر يحدث نتيجة عملية نزع العضو، كما يقتصر التزامه على الفترة التي تمت فيها العملية والفترة اللاحقة للعملية حتى يستقر وضع المتبرع.

1 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 342.

أما على المدى البعيد، فإننا نرى أن المتبرع قد يتعرض لظروف وانتكاسات لا ترتبط بالعضو المنزوع، ومع ذلك تؤثر على باقي أعضاء الجسم، ولا دخل للطبيب في حدوثها، مثلاً قيام أحد الأشخاص بالتبرع بإحدى كليتيه وبعد مرور زمن يصاب بمرض السكري، مما أثر سلباً على الكلية المتبقية. فهنا لا يمكن الجزم بأن يضمن الطبيب سلامة المتبرع لمدى الحياة لأن ذلك مستحيل، ولأنه قد تتدخل عدة عوامل تؤثر في سلامة المتبرع لا يد للطبيب فيها.

2 - التزامات الطبيب الجراح اتجاه المريض المتلقي للعضو:

يعد التزام الطبيب الجراح في مواجهة مريضه التزاماً ببذل عناية لوجود الضرورة العلاجية التي تبرر تدخل الجراح في هذه الحالة، ولا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالمريض إلا إذا انحرف عن السلوك المألوف للطبيب في مثل ظروفه، وما يقتضيه هذا السلوك من يقظة وحرص وبذل جهود صادقة اتجاه هذا المريض¹.

إذا قام الطبيب الجراح بأداء عمله على نحو لا يتفق والأصول العلمية الثابتة والمستقرة في علم الطب، وبما لا يتفق وسلوك الجراح اليقظ، فإنه يعد مسؤولاً عن نتائج عمله أياً كانت درجة المساس الذي نال جسم المريض. ولا يعني ذلك تقييد الجراح بأسلوب معين في العلاج، ولا مسؤولية عليه إذا خالف رأي بعض زملائه ما دام رأيه قائم على أساس سليم معترف به، لكن يعد الطبيب الجراح مخطئاً إذا تعرض لحالة لا خبرة له بها ولم يقيم بإرشاد المريض إلى غيره الأكثر منه خبرة، فلم يكن عليه قبول التكفل بمريض عن حالة لا علم له بها².

يرى البعض³ ضرورة وضع قرينة قانونية لصالح المريض في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مؤداها أن الأضرار التي تلحق بالمريض تكون نتيجة خطأ الجراح، فينتقل عبء الإثبات على عاتق الجراح الذي يستطيع أن يثبت أن عمله كان وفقاً للأصول العلمية المستقرة، وأن سلوكه لم يشكّل انحرافاً عن المسلك المعتاد لجراح في مثل ظروفه، بمعنى أن هذه القرينة قائمة لصالح المريض وهي قرينة قابلة لإثبات العكس من جانب الجراح.

1 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 123.

2 - بن عايطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019، ص 66 - 67.

3 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 123.

في حين ذهب البعض الآخر، إلى تسمية هذا الالتزام مع وجود هذه القرينة لصالح المريض التزاما مخففا بتحقيق نتيجة، حيث يجب على الطبيب الجراح إثبات براءته من الخطأ بدلا من تحمل المضرور إثبات الخطأ من جانب الجراح¹.

3 - التزامات الطبيب الجراح المتعلقة بعملية استئصال وزرع العضو البشري:

قبل اتخاذ الطبيب الجراح قرار علاج المريض عن طريق عملية زرع العضو له، لا بد من القيام بتحاليل وفحوص طبية باستعمال أدوات وأجهزة طبية، الغرض منها التأكد من سلامة المتبرع، وخلوه من أي مرض يمكن أن ينتقل إلى المريض، مع وجوب أن يكون الدم المنقول سواء للمتبرع أو المريض سليما وغير ملوث، والالتزام في هذه الأعمال الطبية بالتزام بتحقيق نتيجة، وهو ما سنوضح كل عنصر منه بشكل مفصل.

أ - التحاليل الطبية أو المخبرية:

يلتزم الجراح قبل إجراء عملية استئصال العضو من المتبرع أو زرع العضو لدى المريض، طلب إجراء تحاليل طبية لكل من المتبرع والمريض، حتى يتحقق من التوافق النسيجي بينهما، والتأكد من أن عملية زرع العضو لا تشكل خطرا على المريض من حيث نقل أمراض معدية، كمرض السرطان²، كما قد يحتاج المريض أو المتبرع إلى نقل الدم إليهما أثناء مراحل تنفيذ عملية زرع العضو أو زرعه.

يعد الالتزام الناشئ عن عمليات نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة، محله نقل دم سليم خال من أي فيروسات أو أمراض كمرض فقدان المناعة، ومناسب مع فصيلة دم المريض³، علما أن الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء لا يجري تحليل دم المتبرع أو المريض بنفسه، بل يعهد بهذه المهمة إلى معمل التحاليل أو المستشفى.

1 - أحمد حلمي محمود محمود ياسين، مرجع سابق، ص 283.

2 - يعد التزام الطبيب بشأن التحاليل الخاصة بمرض السرطان التزاما ببذل عناية، والسبب في ذلك أن النتيجة احتمالية، ولا توجد فيها أصول علمية مستقرة وثابتة، كون هذه التحاليل دقيقة ولا يمكن الكشف عنها بسهولة. نقلا عن: كشيدة الطاهر، المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2023، ص 112.

3 - اعتبرت محكمة استئناف "تولوز" الفرنسية في قرارها المؤرخ في 14 ديسمبر 1959، أن الطبيب الذي يحل دم المريض لتحديد فصيلته ملزم بتحقيق نتيجة، وتقوم مسؤوليته إذا أخطأ في تحديده دون الحاجة إلى إثبات الخطأ في تحليله، حيث يقع على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة وهي سلامة التحاليل ودقتها. راجع في ذلك: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 43.

إنّ التزام الجراح أو المستشفى أو مركز نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة محله ضمان سلامة المريض والمتبرع، أي السلامة التامة في عملية نقل الدم، فتقوم مسؤولية هؤلاء عن الضرر الذي يصيب المريض أو المتبرع نتيجة نقل دم غير مناسب لهما أو ملوث بالجراثيم، فتظل المسؤولية قائمة دون الحاجة لإثبات الخطأ من طرفهما، إلا إذا أقاموا الدليل على أن عدم تنفيذهم لالتزامهم يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب إليهم، وفي هذا الصدد فإنّ محكمة النقض الفرنسية بموجب حكم لها صادر بتاريخ 16 جويلية 1996، قررت أن مركز نقل الدم يقع عليه التزام نقل دم سليم للمريض، ولا يمكنه التخلص من هذا الالتزام بضمان السلامة إلا بإثبات السبب الأجنبي¹، كما قضت بأن دليل الإثبات يتم بمختلف وسائل الإثبات وليس فقط بالكتابة².

كما قضت المحكمة العليا قرارا في 08 أكتوبر 2003، بالمسؤولية الجزائية للأطباء والممرضين الذين قاموا بنقل الدم دون التأكد من فصيلة دم الضحية، مما أدى إلى وفاتها³.

ب - تقديم دواء غير ضار:

يلتزم الطبيب الجراح التزاما محددا بسلامة الأدوية التي يقدمها للمريض أو المتبرع، إذ يجب أن تكون هذه الأدوية⁴ صالحة للاستعمال، وتتوافر على جميع المواصفات القانونية التي يجب توافرها في هذا الدواء⁵. فيلتزم الطبيب الجراح بتقديم دواء غير ضار⁶ لمريضه،

1 - Cass. 1^{ère} Civ., 16 Juillet 1996 : « Les organismes de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vice, ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée... ».

<http://www.lesechose.fr>

2 - Cass. 1^{ère} Civ., 9 septembre 2020 affirme : « Transfusion sanguine, la preuve peut être apporté par tous moyens et il n'est pas nécessaire d'écrits contemporains des faits... ».

www.legifrance.gouv.fr

3 - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 565312، الصادر بتاريخ 08 أكتوبر 2003، غير منشور، أشار إليه: برني نذير، الجرائم المرتبطة...، مرجع سابق، ص 69.

4 - يعرف الدواء بأنه: « كل مادة أو مجموعة مواد تستعمل في تشخيص الأمراض أو شفائها أو تخفيف آلامها أو الوقاية منها، وتشمل المواد التي تؤثر في بنية الجسد أو وظائفه ». نقلا عن: سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 234.

5 - عرّف المشرع الجزائري الدواء بموجب المواد 208 و 209 و 210 من ق.ص.ج.

6 - يجب التفرقة بين التزام الطبيب بتقديم دواء غير ضار، وضمان فعالية الدواء في علاج المريض، فالطبيب لا يضمن شفاء المريض وإنما يكتفي بضمان سلامة الدواء من العيوب، مطابقا للأصول العلمية، وألا يشكل خطرا على صحة المريض.

انظر: رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 163 - 164.

وإلا قامت مسؤوليته واعتبر مخلاً بالتزاماته، ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي الخارج عن إرادته، ومحل التزاماته في هذه الحالة تحقيق نتيجة.

كما يلتزم الطبيب الجراح أيضاً عند وصفه الدواء¹ أن يكون هذا الأخير ناجعاً، ولكنه لا يلتزم بشفاء المريض، فإذا أخطأ الجراح في اختيار الدواء بسبب إهماله أو الخطأ في طريقة تعاطيه فتقوم مسؤوليته، كالجراح الذي يصف دواء ذات خصائص سامة دون توضيح كيفية وشروط تعاطيه²، أو الذي يكتب الدواء بطريقة غير مقروءة فتثير اللبس لدى الصيدلي، أو الذي يصف دواء مختلفاً تترتب عليه وفاة المريض³.

يتعين على الجراح عند وصفه للدواء لكل من المتبرع والمريض، ألا يسبب أي ضرر لهما، فالجراح ليس مطالب بشفائهما وإنما عليه فقط بذل العناية الواجبة في اختيار الدواء والعلاج الملائم لحالتهم بغية الوصول إلى شفاء المريض وتخفيف آلام المتبرع، وذلك بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه للعلاج. حيث يجب على الطبيب الجراح الأخذ بعين الاعتبار حالة المريض والمتبرع، وسنهما وقوة مقاومتهما مع درجة احتمال المواد الكيماوية التي يحتويها الدواء⁴، وهذا طبقاً لنص المادة 11 من م.أ.ط التي تنص على أنه:

1 - تنص المادة 232 من ق.ص.ج على أنه: « لا يجوز للممارسين الطبيين أن يصفوا أو يستعملوا إلا الأدوية المسجلة والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المصادق عليها، المستعملة في الطب البشري والواردة في المدونات الوطنية الخاصة بها ».

2 - يقع على عاتق الطبيب الجراح التزاماً بتحقيق نتيجة في إعطاء النصح والتوجيه الوافي واللازم للمريض والمتبرع بخصوص طريقة استعمال الدواء، إذ لا يكفي الجراح بوصف الدواء اللازم والصالح للعلاج، بل يقع على عاتقه واجب إعطاء كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بكيفية استعمال الدواء، وكذا إيضاح ما يمكن أن يترتب على استعمال الدواء من آثار جانبية.

كما يجب على الطبيب ألا يصف الدواء بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض وبنيته وسنّه وقوة مقاومته، ودون إتباع الأصول العلمية المتعارف عليها في الطب والتي تثبتت فعاليتها. انظر: ريس محمد، نطاق وأحكام...، مرجع سابق، ص 165. انظر كذلك: سي يوسف زاهية حورية، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 77.

3 - قضت المحكمة العليا في هذا الصدد بأن صرف دواء غير ملائم لحالة المريض الصحية والمؤدي إلى وفاته، كفيل بانعقاد مسؤولية الطبيب على أساس خطئه المتمثل في الإهمال وعدم الانتباه. المحكمة العليا، قرار رقم (118720)، بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996، ص 179.

4 - قمراري عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013، ص 435.

« يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملاءمة للحالة... ».

يلتزم الجراح بضمان سلامة المريض والمتبرع ضد كل الأدوية التي يستعملها أو يصفها، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يعد الجراح مقصرا بمجرد عدم تحقق النتيجة، وهي سلامة الأدوية، فإذا لحق بالمريض أو المتبرع أي ضرر من جرّاء إعطائه الأدوية، فتثار مسؤولية الجراح بدون شك، ولا يلتزم المريض أو المتبرع بإثبات خطأ الجراح، بل يكفي إثبات تناول الدواء ووقوع الإصابة، لينقلب عبء الإثبات بعد ذلك على الطبيب الجراح، لأننا ببساطة بصدد التزام بضمان السلامة المرتبط بتحقيق نتيجة، المتمثل في تقديم دواء صالح خال من العيوب، وغير مضر، وهو التزام قائم بحد ذاته لا يختلط بغيره من الالتزامات.

ج - استعمال الأدوات والأجهزة الطبية:

أدى التقدم العلمي والتكنولوجي إلى استخدام الكثير من الآلات والأجهزة المتطورة في مجال الطب، الأمر الذي أثر من جهة في نجاح العلاجات الطبية والتدخلات الجراحية، كما أثر من جهة أخرى على مدى التزام الطبيب الجراح في علاقته مع مريضه، نظرا لكثرة الحوادث التي تنجم عن تلك الأجهزة والأدوات الذي بات استعمالها جد ضروري خصوصا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

يلتزم الطبيب الجراح عند استخدامه للأجهزة الطبية بتحقيق نتيجة مؤداها عدم إلحاق الضرر بالمريض أو المتبرع، والأضرار المقصودة في هذا الصدد هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، إذ يقع على الجراح التزاما مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض أو المتبرع. فالتزام الجراح لا يعفيه من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه، ومع هذا يمكن له التخلص من المسؤولية بإثبات أن الأضرار التي وقعت مردّها إلى سبب أجنبي لا يد له فيها¹.

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 223.

يقع على الجراح التزام استخدام الآلات والأجهزة السليمة التي لا تلحق أضرارا بالمريض أو المتبرع، حيث يعد الجراح مقصرا بمجرد عدم تحقق النتيجة وهي تضررها من الأجهزة المستعملة، فيتعين عليه أن يعاين ويفحص حالة الآلات التي يستعملها¹.

استند القضاء² في تقرير مسؤولية الجراح عن الأدوات والأجهزة الطبية إلى فكرة الحراسة، فجعل الجراح مسؤولا طبقا لقواعد المسؤولية عن فعل الشيء وهذه المسؤولية قائمة على خطأ مفترض، وجعل التزام الجراح في هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام الأجهزة والأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نصت المادة 2/359 من ق.ص.ج على أنه: **« يجب أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما »**. يفهم من نص المادة، أن المشرع الجزائري يلقي على عاتق المستشفى التكفل بجميع الفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمريض، والتي يراها الطبيب الجراح أو الفريق الطبي المشرف على عمليات نقل وزرع الأعضاء ضرورية، كالتحاليل الطبية، والفحص بالأشعة ونقل الدم سواء للمتبرع أو المريض. فيعد التزام المستشفى في هذه الأعمال الطبية، التزاما بتحقيق نتيجة هي دقة وصحة التحاليل الطبية، وأن لا تتسبب التحاليل أو الأشعة في أية أضرار للمتبرع أو المريض.

1 - وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 1960/06/28، والتي أقامت بموجبه المسؤولية على طبيب مختص في الأشعة، نتيجة سقوط برغي آلة الأشعة نظرا للحالة السيئة لها، وهو ما سمح بمرور أشعة "T" "S" المضرة بجسم الإنسان، فسبب ذلك أضرارا بليغة بحالة المريض الصحية، وفي هذه القضية أُلقيت المسؤولية على عاتق الطبيب كونه ملزم بتحقيق نتيجة في مثل هذه الحالات. راجع في ذلك: حادي شفيق، مرجع سابق، ص 106.

2 - نذكر من التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القضاء بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض بسبب اللهب الخارج من المشروط الكهربائي أثناء العملية، رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدام المشروط. وكذا الحكم بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار وقع بسبب تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرة خرجت منه، وعن الالتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم. راجع في ذلك: بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 223.

3 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 117.

وباعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تنفذ في المستشفى العام، فيسأل إذا ما تسببت أحد الأجهزة الطبية¹ بضرر للمتبرع أو المريض بسبب عيب فيها، كما يسأل أيضا المستشفى إذا ما أصيب أحد الأطراف بعدوى أو ما يسمى بـ"انتان المستشفى"، إذ يلتزم المستشفى في فترة إقامة كل من المتبرع والمريض فيه، بضمان سلامتهما من مختلف المخاطر، كما يلتزم المستشفى حسب المادة المذكورة أعلاه، المتابعة الطبية لهما سواء أثناء العملية أو بعد إجراء العملية².

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الالتزام في قرارات لاحقة بموجب قرار صادر بتاريخ 2005/10/18³، وآخر بتاريخ 2006/04/04⁴.

وفي هذا السياق، أكد مجلس الدولة الفرنسي على افتراض خطأ المؤسسات الصحية العامة في حالة العدوى، وذلك على أساس الالتزام بضمان السلامة، بموجب القرار الصادر بتاريخ 2011/10/10⁵.

1 - تدخل الأجهزة الطبية في التشريع الجزائري ضمن ما يسمى بمصطلح المستلزم الطبي، والذي عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 212 من ق.ص.ج على أنه: « يقصد بمستلزم طبي، في مفهوم هذا القانون، كل جهاز أو أداة أو تجهيز أو مادة أو منتج، باستثناء المنتجات ذات الأصل البشري، أو مادة أخرى مستعملة لوحدها أو بصفة مشتركة، بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره، وموجه للاستعمال لدى الإنسان لأغراض طبية ». تضيف المادة 213 من ق.ص.ج على أنه: « تعتبر كذلك كمستلزمات طبية تلك المستعملة في التشخيص في المخبر: المنتجات والكواشف والمواد والأدوات والأنظمة ومكوناتها وملحقاتها وكذا أوعية العينات الموجهة خصوصا للاستعمال في المخبر، لوحدها أو بصفة مشتركة، في فحص عينات متأتية من جسم الإنسان من أجل توفير معلومة بخصوص حالة فيزيولوجية أو مرضية مثبتة أو محتملة أو شذوذ خلقي من أجل مراقبة قياسات علاجية أو من أجل تحديد أمن نزع عناصر من جسم الإنسان أو مطابقته مع متلقين محتملين ».

2 - أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1989/11/29 على أنه يقع على عاتق المستشفى المباشر للعمل الطبي، التزاما بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق بالعدوى.

Cass. 1^{ère} Civ., 29 Novembre 1989, n° 88-11477. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr
كما قررت في حكم آخر لها صادر بتاريخ 1999/06/29 على أن: « عقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمستشفى يضع على عاتق هذا الأخير فيما يتعلق بالعدوى المرضية داخل المستشفى التزام بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة، وليس له أن يتخلص من مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي ».

Cass. 1^{ère} Civ., 29 Juin 1999, n° 97-14254, « Le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant à la preuve d'une cause étrangère ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

3 - Cass. 1^{ère} Civ., 18 Octobre 2005, n° 04-14268. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

4 - Cass. 1^{ère} Civ., 4 Avril 2006, n° 04-17491. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

5 - C. E 10 octobre 2011, n° 328500. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

يلتزم الجراح قبل مباشرة عملية استئصال العضو أو عملية زرع العضو، إضافة إلى الالتزامات المذكورة سابقاً، تبصير وإعلام كل من المتبرع والمريض بمخاطر العملية عليهما. حيث اتفق غالبية الفقه على أن طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المتبرع هي التزام بتحقيق نتيجة، من حيث رضا المتبرع وتبصيره بجميع مخاطر عملية الاستئصال سواء في الحال أو المستقبل، بل المتوقعة وغير المتوقعة، وأن يكون الرضا حراً ومستتيراً، وأن تتم العملية دون مقابل وألا تخالف النظام العام، على أن يتم إجراؤها في المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك¹.

المطلب الثاني

أركان المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

اختلف الفقه بشأن طبيعة مسؤولية الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فهناك من صنفها على أنها مسؤولية عقدية، تقوم بمجرد الإخلال بالتزام تضمنه العقد المبرم بين الطبيب والمريض أو المتبرع، وهناك من صنفها على أساس المسؤولية التقصيرية، فتقوم بمجرد الإخلال بالتزام قانوني. ومهما يكن من أمر فالمسؤولية المدنية هي تحمل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الشخص، سواء عما تأمر به قواعد الأخلاق، أو خروجاً عما يأمر به القانون.

تقوم المسؤولية المدنية الطبية بشكل عام، والمسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بشكل خاص على ثلاثة أركان وهي: الخطأ الطبي (الفرع الأول)، الضرر الذي يصيب المتبرع أو المريض مع تحديد شروطه، ووجود العلاقة السببية بين خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى، والضرر الحاصل (الفرع الثاني)، وذلك استناداً إلى نص المادة 124 من ق.م.ج.².

الفرع الأول

الخطأ الطبي أساس لقيام المسؤولية المدنية للجراح

إن اعتبار الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لم يتأت إلا في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه دوما Domat متأثراً بالقانون الكنسي، الذي أعطى لفكرة الخطأ كل الأهمية، كما

1 - راجع شروط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الباب الأول من هذه الأطروحة.

2 - تنص المادة 124 من ق.م.ج. على أنه: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ».

أكد على أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بحيث أن الشخص الذي يتصرف دون خطأ لا يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الفعل. فتقررت على يد هذا الفقيه القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، التي تقيد أن كل فعل خاطئ يوجب تعويض الضرر الذي نشأ عنه¹. كما لم يعرّف القانون الخطأ الطبي، وترك الأمر للفقه والقضاء في تعريفه مع اختلاف وتباين في الآراء (أولاً)، وهو ما يجعل مسألة البحث عن معيار تقدير الخطأ الطبي ليس بالأمر الهين (ثانياً).

وفي حالة حدوث ضرر من التدخل الطبي أو من نشاط المرفق العام، يقع على المضرور إثبات الخطأ الطبي، ونظراً لصعوبة ذلك خاصة بارتباط هذا الخطأ بالمجال الطبي وبجسم الإنسان، فقد سعى الفقه والقضاء إلى ابتكار وسائل عديدة لتخفيف عبء إثباته على المريض (ثالثاً).

أولاً - تعريف الخطأ الطبي:

لم تفرد التشريعات الوضعية تعريفاً للخطأ في القوانين المدنية، تاركين هذا الأمر للاجتهاد الفقهي والقضائي، كما لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى محدد للخطأ وتضاربت الآراء حول هذه الفكرة.

تنقسم المسؤولية المدنية طبقاً للقواعد العامة إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وقد عرف الأستاذ السنهاوري الخطأ على أنه إخلال بالتزام قانوني، وفرّق بين الخطأ العقدي بأنه إخلال بالتزام عقدي وهو ما يترتب المسؤولية العقدية، والالتزام العقدي إما التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة. بينما الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، وهذا الأخير هو التزام ببذل عناية دائماً، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان ذو قدرة على التمييز، بحيث يدرك هذا الانحراف، كان خطأه موجبا للمسؤولية التقصيرية².

فالخطأ هو إخلال بالتزام قانوني عام يتمثل في عدم الإضرار بالغير، ويقوم على عنصرين هما: التعدي أي الانحراف، والإدراك أي علم الشخص بهذا الانحراف، ففي هذه

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 28 - 29.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ص 683.

الحالة لا يمكن مساءلة الشخص غير المدرك لفعله كالمجنون والقاصر غير المميز، فلا خطأ بدون إدراك¹.

عرّف الفقيه الفرنسي "بلانيول" Planiol، الخطأ على أنه: « **إخلال بالتزام سابق بعدم الإضرار بالغير** »².

يعرّف الخطأ المدني³ بأنه إخلال الفرد بالتزام يقع عليه، يجب عليه تنفيذه قانوناً أو اتفاقاً، ينظر إليه من زاوية الإضرار بالفرد ومن زاوية الإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد، والجزاء فيه يتمثل في إصلاح ذلك التوازن الذي اختل بما يقضي به من تعويض⁴.

الخطأ المرفقي: يلتزم المرفق الصحي أي المستشفى الذي تتم فيه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بضمان سلامة المتبرع والمريض، فيسأل عن كل ضرر لحق بهم بسبب سوء التسيير أو انعدام النظافة، أو بصفة عامة كل ما لا يدخل في نطاق التزامات الجراح. أما الخطأ المدني للجراح فهو كل خرق للالتزامات تجاه المتبرع أو المستقبل المريض، ومن هنا يظهر أن الخطأ الشخصي للجراح يستقل تماماً عن خطأ المؤسسة الاستشفائية، بسبب استقلال التزاماته عن التزامات المستشفى⁵.

1 - مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص 110.

2 - اختلفت الآراء الفقهية في تحديد معنى الخطأ، ولم يتمكن الفقه من إعطاء تعريف جامع مانع، ومن الفقهاء الذين عرّفوا الخطأ نذكر: ريبير Ripert الذي عرّف الخطأ على أنه: « **إخلال بالتزام سابق ينشأ عن العقد أو القانون أو قواعد الأخلاق** »، كما عرفه الفقيه سافتييه Savatier على أنه: « **الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته** »، وعرّفه ايمانويل ليغي Emmanuel Leghi على أنه: « **الإخلال بالثقة المشروعة** »، أما الإخوة مازو Mazeaud فقد عرفاه على أنه: « **سلوك معيب لا يأتيه شخص ذو بصيرة وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول** ». انتقدت هذه التعاريف لأنه لا يمكن حصر كافة الواجبات التي يترتب الإخلال بها خطأ، من جهة فالخطأ المدني عكس الخطأ الجنائي لا يخضع لمبدأ الشرعية، ومن جهة أخرى، فإن فكرة الخطأ نسبية تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان، وتتأثر أيضاً بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والدينية والفلسفية السائدة في المجتمع. نقلاً عن: فجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2015، هامش ص 33.

3 - يختلف الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي، لأن هذا الأخير هو إخلال بواجب قانوني مكفول في قانون العقوبات، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله القوانين، لذا فالخطأ المدني أوسع دائرة من الخطأ الجنائي، إذ أن الخطأ الجنائي يشكل دائماً خطأ مدنياً، أما الخطأ المدني فقد يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائياً. راجع: كشيدة الطاهر، مرجع سابق، ص 289.

4 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 18.

5 - مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص 110.

ويعرّف الخطأ الطبي بأنه: «تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول»¹.

كما يعرّف الخطأ الجراحي على أنه: «كل مخالفة أو خروج من الطبيب الجراح أو أي عضو من أعضاء الفريق الطبي المشارك في إجراء العملية الجراحية في سلوكه عن القواعد والأصول العلمية التي تقتضيها أصول المهنة، خلال مختلف مراحل العمل الجراحي، أو إخلاله عند تصرفه الإرادي بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون وتفرضها مراحل العملية الجراحية، وعدم حيولته دون إفشاء سلوكه لإحداث ضرر في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض»².

رغم تعدد وتنوع تعاريف الخطأ الطبي، إلا أن الفقهاء يكاد يتفقون على أن الخطأ الطبي هو إخلال الطبيب بالتزامات كان من المفروض التقيد بها ومراعاتها، حيث يتعين على الطبيب اتباع الأصول الطبية والعلمية الثابتة خلال تدخله، حتى لا يعرض المريض للخطر، وكل مخالفة للسلوك الواجب الإلتزام به من الطبيب يعرضه للمساءلة.

ونظرا لما تتسم به عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من خصوصية، ما جعل الخطأ في هذا المجال يختلف عن المفهوم العام للخطأ الطبي في باقي التدخلات الطبية الأخرى، كون أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تحكمها جملة من الشروط والقيود الطبية والقانونية، لذا ينبغي على الطبيب الجراح التأكد من توافرها قبل الإقدام على إجراء العملية، الأمر الذي أدى بالقضاء إلى اعتماد ما يعرف بالخطأ المهني في الجراحة الطبية.

لذا يمكن تعريف الخطأ في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية على أنه: «ذلك الخطأ الذي لا يسمح بارتكابه من جانب طبيب تجمعت فيه الكفاءة العلمية والخبرة

1 - نقلا عن: خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 506.

2 - غضبان نبيلة، مرجع سابق، ص 19.

والليقظة اللازمة لإجراء هذا النوع من العمليات الجراحية، والذي لا يرتكبه طبيب في مستواه في الظروف العادية»¹.

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ، كما لم يفرّق بين الخطأ الطبي وبين الغلط الطبي²، وهو ما يظهر من نص المادة 353 من ق.ص.ج، والتي تنص على أنه: «يؤدي كل خطأ أو غلط طبي مثبت بعد خبرة، من شأنه أن يقحم مسؤولية المؤسسة و/أو الممارس الطبي أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبتها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويسبب عجزاً دائماً ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما».

يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تمييزه بين الخطأ الطبي والغلط الطبي³ باعتباره ذات أهمية كبيرة خاصة في المجال الطبي، حتى لا تختلط فكرة الخطأ بوصفه سلوكاً مرفوضاً من

1 - حدادو صورية، "المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة آفاق للأبحاث السياسية والقانونية، المجلد 03، العدد 06، 2020، ص 109. كذلك: محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص 11.

2 - الخطأ La faute سلوك لا يصدر من شخص فطن حذر وواع بالتزاماته، في حين أن الغلط L'erreur لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو. فالغلط وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع، والغلط كمفهوم قانوني يبدو كحادث مفاجئ يقترب من القوة القاهرة، فشذوذ السلوك الذي يميزه يمكن أن يقع فيه أي إنسان، وذلك بالنظر إلى تعقيدات الظروف التي يمارس فيها نشاطه.

كما ذهب البعض حديثاً إلى القول بأن الغلط في التشخيص هو المجال المعتاد لإعمال فكرة الغلط، وأن الغلط في هذا المجال لا يشكل من حيث المبدأ خطأ تنشأ به مسؤولية الطبيب، فالغلط يحدث من أكثر الناس حرصاً ولا يمكن تجنبه في المجال الطبي. والاتجاه العام في فقه القانون والقضاء المقارنين أن الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول. راجع في ذلك: قوادري مختار، "تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد 13، جوان 2015، ص 336.

3 - يعود سوء التشخيص للطبيب إلى عدم قدرته علمياً على التشخيص أو إلى عدم استعماله وسائل التشخيص المعروفة، كسماعة الطبيب والفحوصات المخبرية والأشعة، وتصرفه في جسم المريض خلاف ما تقضي به قواعد المهنة، كما قد يرجع إلى استعمال هذه الوسائل بما لا يتفق مع الغرض منها، أو مع طبيعة المرض المعالج كاستعمال الأشعة في حالات لا تسمح بذلك. فعندما يكون التشخيص غير دقيق فقد ينتج عنه عند إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في أحد أجزاء الجسم ظناً منه أن هذا الجزء هو المريض، ثم يكتشف أثناء إجراء العملية الجراحية المرض ليس في هذا الجزء. كما يعتبر عدم الانتباه خطأ لا يمكن للأطباء تفاديه، وبالتالي في العادة هذا الغلط لا يشكل خطأ طبياً يستوجب المساءلة، مثال على ذلك حدوث غلط في التشخيص إذا كانت الأعراض المرضية مشابهة يصعب التوصل للتشخيص الصحيح. نقلاً عن: عيو أنيسة، مرجع سابق، ص 141. كذلك: سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 61.

المجتمع، بفكرة الغلط¹ الذي يعتبر صفة ملازمة للنشاط البشري²، كما يعتبر وهم يتولد في ذهن أي شخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع.

يعد الإهمال أو عدم الانتباه نوع من أنواع الأخطاء الطبية³، ونعني به ألا يعطي الطبيب أو الجراح الدقة والعناية التي يستحقها عمله، وهو ما ينتج عنه آثار سيئة اتجاه المريض، كعدم تبصير المتبرع والمريض في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، أو عدم القيام بالتحاليل الضرورية، وعدم استشارة أخصائيين آخرين في حالة كون حالة المريض ليست من اختصاصه بحجة الإسراع في معالجة المرض المفاجئ الذي تعرض له المريض، ليكتشف فيما بعد أنه مصاب بأمراض أخرى، كالمتبرع الذي يريد التبرع بكيته وهو مصاب بمرض السكري وفق الأصول الطبية، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم 399828 الصادر

1 - يأخذ الغلط الطبي عدة صور منها:

- الغلط في التشخيص (erreur de diagnostic)، والذي يقع أثناء التشخيص السريري.
- الغلط في الدواء (erreur de médicamenteuse)، إذ قد يرقى الغلط إلى خطأ مهني يسأل عليه المهني حسب درجة خطورة الغلط الذي يقع فيه، ويترتب عنها نتائج وخيمة على الحالة الصحية للمريض.
- الغلط في الجانب (erreur de coté)، وذلك عندما يقع الغلط على الجهة التي من المفروض تجرى عليها العملية الجراحية أو التدخل الطبي، كما هو الحال في إجراء عملية على العين أو على الكلى. نقلا عن: معاشو شمس الدين، معاشو نبالي فطة، "التأمين من المسؤولية المدنية عن أضرار التدخلات الطبية الحديثة"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني حول: "التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان"، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يوم 24 ماي 2023، هامش ص 06.

2 - وفي هذا الصدد، فقد خلط الدكتور "لوجيه" وهو أستاذ أمراض النساء في جامعة باريس بين حالة حمل وكيس في المبيض، حيث عالج الحالة على أنها كيس في المبيض، وبعد عدة شهور حضر إلى المستشفى متوقفاً نجاح عملية العلاج التي قام بها، فاندش بوجود مولود يتحرك ويصيح بجانب مريضته. فقد أخطأ الطبيب في تشخيص حالة المريضة، حيث كانت هذه الأخيرة حامل، لكن الطبيب شخّص الحالة بأنها كيس في المبيض ولم يكتشف الحمل، رغم عمله لسنوات طويلة في المجال. انظر: حادي شفيق، مرجع سابق، ص 46.

3 - استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الطبيب، بل يكفي توافر الخطأ اليسير من جانبه، ومن التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة "كرونوبل" Grenoble الفرنسية في عام 1946 على أن: « الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته مهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياظه في تشخيص الداء، ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب خطأ جسيماً، إذ لا يوجد نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحاً، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، ومثل الظروف الخارجية للمدعى عليه ». نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 145.

بتاريخ 2008/01/23، سالف الذكر، على أن الالتزام ببذل عناية الواقع على الطبيب، هو بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة¹.

لم يفرق المشرع الجزائري بين الخطأ المهني أو الخطأ الفني، أو الخطأ الجسيم أو اليسير، بل اعتبر الخطأ كل عمل يسبب ضررا للغير فيلزم فاعله التعويض، وهذا طبقا للمادة 124 من ق.م.ج (رقم 05-10) التي تنص على أنه: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ».

وتضيف المادة 125 من نفس القانون على أنه: « لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه وعدم حيظته إلا إذا كان مميزا ».

ثانيا - معيار تقدير الخطأ الطبي:

يحتاج القاضي في تقديره لخطأ الطبيب إلى معيار محدد يتم على أساسه تحديده، ومن ثم انعقاد مسؤوليته متى توافر الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولعل تحديد خطأ الطبيب من المسائل الهامة خصوصا في الوقت الحالي، نظرا للتقدم العلمي الكبير والمتزايد في المجال الطبي. لذا تختلف العناية المطلوبة تبعا لطبيعة العمل الذي يقوم به الطبيب، وما إذا كان عملا عاديا، أو كان عملا فنيا يتصل اتصالا مباشرا ووثيقا بمهنة الطب.

1 - معيار الخطأ الطبي بالنسبة للأعمال الطبية العادية:

قصد البحث عن المعيار المناسب لتقدير الخطأ العادي ظهر اتجاهان فقهيان، الأول يرى ضرورة قياس الخطأ بمعيار شخصي ينظر من خلاله إلى الشخص المدعى عليه وهو ما يسمى بالمعيار الشخصي، والثاني يذهب إلى أنه يجب تقدير الخطأ بمعيار موضوعي عن طريق مقارنة الشخص المدعى عليه بسلوك شخص آخر مجرد، وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعي.

أ - المعيار الشخصي في تقدير الخطأ الطبي:

يقصد بالمعيار الشخصي النظر إلى الطبيب المسند إليه الخطأ لا إلى الخطأ في حد ذاته، بحيث يتم قياس سلوك الطبيب بالعناية المعتادة واليقظة والتبصر التي يبذلها عادة

1 - راجع قرار المحكمة العليا رقم 399828، الصادر في 2008/01/23، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02، ص 175.

الطبيب ذاته¹. بمعنى أن هذا المعيار يتحدد في نطاق شخص الفاعل نفسه، أي على أساس النظر إلى شخص الفاعل وظروفه الخاصة، فإذا كان هذا الخطأ قد نتج عن سلوك أقل حيطة وحذر من سلوكه الذي اعتاده، بحيث إذا ظهر أنه كان باستطاعته تفادي الفعل الضار المنسوب إليه وأن ضميره يؤنبه على ما حصل منه من إهمال وتفريط، ومع ذلك اقتترف الفعل الخطأ المسبب للضرر، فقد توافر في حقه الإخلال بواجبات الحيطة والحذر واعتبر مخطئاً².

ينظر في المعيار الشخصي إلى كل شخص حسب ظروفه وحالته ويحاسبه بقدر يقظته وفطنته، لذا فهذا المعيار يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة، فلن يكون هناك انحراف في السلوك طالما كان من طبائع الفاعل واعتياده أن يتصرف ويسلك المسلك نفسه الذي اتخذه، لذلك يمكن وفقاً للتقدير الذاتي أن يتحقق الخطأ لدى طبيب ما بينما لا يتحقق لدى آخر، على الرغم من أن كليهما سلكا المسلك نفسه وفي الظروف الخارجية نفسها، إذ أنّ الأول وفقاً لحالته الخاصة يتوقع منه تصرف معين يتسم بالتبصر والحذر، بينما لا يتوقع ذلك من آخر³.

انتقد هذا المعيار وإن كان يأخذ بعين الاعتبار مدى قدرة الشخص على تفادي الخطأ، وذلك وفقاً لإمكانياته الشخصية، الثقافية أو المادية، فلا يطلب من الشخص أكثر من طاقته، إلا أن الأخذ بهذا المعيار، قد يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير عادلة بالنسبة للمضرور، لأنه يعتد بالقدرات والصفات الشخصية لمرتكب الفعل الضار، التي قد تتوافر لدى طبيب ولا تتوافر لدى طبيب آخر، فيعد نفس الفعل أو السلوك خطأ بالنسبة لطبيب بينما قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر، إذ يكون للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض بالنسبة للأول، وليس له ذلك بالنسبة للآخر، ولا شك أن تلك النتيجة غير عادلة وفيها إجحاف بالنسبة للمضرور⁴.

يؤدي الأخذ بالمعيار الشخصي إلى مواجهة صعوبة كبيرة في تقدير الخطأ، إذ يتطلب تحليل شخصية الفاعل أي الطبيب والبحث عن خفاياها بحثاً عميقاً، وهذا ليس بالأمر الهين

1 - بن عايطي مراد، مرجع سابق، ص 78.

2 - بن عقون حمزة، المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، 2018، ص 79.

3 - بن عايطي مراد، مرجع سابق، ص 78. انظر كذلك: سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 30.

4 - نقلاً عن: نور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 288.

على القاضي، فما ذنب المضرور أن يكون المتسبب في الضرر طبياً فوق المستوى العادي، أو دون هذا المستوى؟ إضافة إلى هذا فإنّ التعويض جزاء مدني ينظر فيه إلى الخطأ وليس جزاء جنائياً ينظر فيه إلى الطبيب المعتدي.

ب - المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الطبي:

يعد الفقيه J. MAZEAUD أول من نادى بهذا المعيار، ومؤداه أن يتم تقدير سلوك الطبيب ليس طبقاً لمسلكه الشخصي، وإنما طبقاً لما يسلكه الطبيب العادي والذي يتسم سلوكه باليقظة والحذر والانتباه، مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بعمله، والتي تنعكس بالضرورة على مسلك الطبيب¹.

وفقاً لهذا المعيار يتم مقارنة سلوك الشخص المدعى عليه بسلوك شخص معتاد مجرد من ظروفه الذاتية والداخلية كالحالة الصحية أو النفسية أو الاجتماعية، والاهتمام فقط بالظروف الخارجية المحيطة به. يمثل هذا الشخص المعتاد جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة فينزل دون مستوى الرجل العادي، فالشخص المعتاد ليس شخصاً معيناً بذاته يختاره القاضي من جماعة الناس، إنّما هو شخص افتراضي أو خيالي، يتخذ القاضي سلوكه نموذجاً للمقارنة في سبيل تقدير وجود الخطأ من عدمه².

يكون تقدير خطأ الطبيب تقديراً موضوعياً بمقارنة سلوكه بسلوك طبيب عادي، أي الشخص الوسط الذي يمارس ذات المهنة، وهو نموذج مجرد، فلا هو طبيب شديد الحرص فائق الذكاء، ولا هو بالطبيب الخامل قليل الذكاء، فإذا بذل الطبيب اتجاه مريضه من العناية ما يبذله الطبيب الوسط انتفى عنه الخطأ، أما إذا لم يبذل تلك العناية، أي أغفل مراعاة الأصول العلمية أو العادات المهنية أو خالف واجب الحيطة والحذر في عمله، عدّ مخطئاً ووقّعت عليه المسؤولية³.

انتقد المعيار الموضوعي كونه يعتمد على فكرة مجردة باعتبار أن نموذج المقارنة لن يكون إلا شخصاً نموذجياً، كما أنّ تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى مسؤولية الطبيب على الرغم من أنه قام بكل ما في وسعه وبذل كل مجهوده اتجاه المريض، باعتبار أن السلوك الذي قام به أقل من

1 - بن عاطي مراد، مرجع سابق، ص 79.

2 - عرّف الفقيه السنهوري الشخص المعتاد بأنه الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض، فينظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادي ونقيس عليه سلوك الشخص الذي ينسب إليه الخطأ. راجع في ذلك: عبد الزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1087.

3 - سايكي وزنة، مرجع سابق، ص 33.

مستوى السلوك الذي كان من المفروض أن يقوم به الطبيب العادي الذي اتخذ كنموذج للمقارنة، كما أن هذا المعيار لا يراعي أن الأفراد ينقسمون إلى مجموعتين: الأفراد العاديون، والأفراد المهنيون، ولا يتصور أن يتصرف الأشخاص العاديون كما يتصرف المتخصصون، لذلك فإن فكرة الرجل العادي من شأنها أن تهدر الفروق الموجودة بين الأشخاص¹.

رغم الانتقادات الكثيرة التي وجهت للمعيار الموضوعي إلا أنه المعيار الذي يعتمد عليه القاضي لتقدير الخطأ الطبي.

2 - معيار الخطأ الطبي بالنسبة للأعمال الفنية:

يخضع تقدير الخطأ بالنسبة للعمل الفني للطبيب لمعيار الخطأ المهني، والمقياس الذي يقاس به سلوك المهني مرتكب الفعل الضار هو السلوك الفني المألوف من شخص وسط في المهنة نفسها في عمله وكفايته ويقظته، يوجد في نفس الظروف التي أحاطت بالمهني المسؤول فيما يقتضي بذل العناية الفنية التي تتطلبها الأصول المستقرة للمهنة، فيقتضي تقدير الخطأ الفني للطبيب مراعاة مدى تطبيق الأصول العلمية من طرفه.

عرّفت الأصول العلمية بأنها: « تلك الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم ». وهناك من يعرفها على أنها: « الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا بين الأطباء والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي »². بناء على التعريفين فإن الأصول العلمية تشمل العلوم الثابتة والمستجدة³، وكذا العادات الطبية⁴. ولكي تعتبر هذه العلوم أصولا علمية

1 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 286.

2 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 160.

3 - نعني بالعلوم الثابتة المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية التي أقرها أهل الاختصاص والمعرفة، فتطبيقها والسير على طريقها يعد اتباعا للأصول العلمية، بشرط أن يبقى اعتبارها ثابتة طبيا إلى حين تقنيدها، كون أن المواد العلمية الطبية المهجورة لا تهجر إلا لوجود البديل الذي هو أخف ضررا منها.

أما العلوم المستجدة، فهي تلك العلوم والمعارف التي يتم اكتشافها فتكون حديثة عند الأطباء، ومن أمثلتها النظريات والأساليب التي يتوصل إليها الباحثون المختصون من خلال بحوثهم ودراساتهم. نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 125.

4 - نعني بالعادات الطبية تلك الممارسات اليومية لمعطيات التطور العلمي في مجال الطب والتي يأتيها الأطباء عن إدراك، حيث يعتد بمجموع العناصر التي تواجهها هذه الممارسة نفسها. نقلا عن: منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 233.

لابد من توفر شرطين، يتمثل الأول في أن تكون صادرة من جهة معتبرة مثل المدارس الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية، أما الثاني في أن يشهد أهل الخبرة بكفاءتها وصلاحياتها للتطبيق¹.

عليه، يبحث القاضي عند تقديره لخطأ الطبيب في مدى تطبيقه للأصول العلمية، فيقارن سلوكه بسلوك طبيب مثله وجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها الطبيب المسؤول، كما يضاف إلى ذلك بعض الاعتبارات الشخصية التي لها علاقة بمهنة الطب، كالخبرة والتخصص العلمي، وبالتالي يقاس سلوك الطبيب المخطئ بسلوك طبيب آخر مماثل له في التخصص²، وظروف العمل والمستوى والخبرة مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالطبيب وقت تنفيذ العمل الطبي.

يقيس القاضي في سبيل تقدير خطأ الطبيب في علاج مريض سلوكه على سلوك طبيب آخر من المستوى نفسه، فيقيس سلوك طبيب عام مع سلوك طبيب مثله أي طبيب عام ولا يقارنه مع طبيب متخصص، ويقاس طبيب يمارس مهنته في الريف مع طبيب مثله، ولا يقاس مع طبيب يعمل في المدينة. كما ينبغي الأخذ بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص وقت حدوث الفعل، مثل خطورة حالة المريض وما يتطلبه من إسعافات أولية سريعة³، أو ما يسمى بالظروف الاستثنائية فالطبيب الذي يجري عملية جراحية تقتضيها حالة المريض في حالة الاستعجال لا يمكنه اتباع ما يتبعه الطبيب في الظروف العادية، فيقارن فعله أو سلوكه بسلوك طبيب مثله وجد في الظروف الاستثنائية نفسها، فإذا كان سيسلك نفس سلوك الطبيب المدعى عليه انتفى الخطأ عليه، أما إذا كان ذلك الطبيب سيسلك سلوكاً مغايراً ثبت الخطأ في حق المدعى عليه⁴.

1 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 160.

2 - إنَّ التخصص وإن كانت صفة تدل على زيادة العلم وهو أمر باطني أو داخلي، إلا أنها صفة خارجية من حيث أنها ظاهرة للملأ، وتحمل الناس على زيادة الثقة بالطبيب الأخصائي، بحيث أنه يتعين النظر إلى ظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية هذا الأخير كونها خارجة عنه أو داخلية، بل من ناحية المريض ومدى إحاطته بها وتوقعه تأثيرها في مسلك الطبيب، إذ تجعله يتوقع من الطبيب مسلكاً معيناً، فإذا انحرف عن هذا المسلك يعد مخطئاً ومخلًا بالثقة المشروعة للغير، أما إذا لم ينحرف فلا يعد تصرفه خطأ. انظر: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 283.

3- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 62.

4- سايكي وزنة، مرجع سابق، ص ص 36 - 37.

ثالثاً - إثبات الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية:

يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء عن الخطأ المنسوب إلى الطبيب، ويعد إثبات الخطأ الطبي من المسائل الصعبة والعسيرة بسبب ارتباطه بجسم الإنسان، ولا تأثير في مجال المسؤولية المدنية بين الأساس العقدي أو التقصيري في تحديد عبء الإثبات، بل إنّ طبيعة الالتزام هو الذي يؤثر في ذلك، وهو يختلف فيما إذا كان التزام الطبيب مجرد التزام ببذل عناية، أو كان التزامه تحقيق نتيجة، فيقع على المريض كأصل عام تحمل عبء إثبات الخطأ الطبي للجراح أو المستشفى، لكن واجهت المريض عدة صعوبات في مسألة الإثبات ما أدى بالفقه إلى البحث عن حلول للتخفيف عنه.

1 - تحمل المريض عبء إثبات الخطأ الطبي:

يقع على المريض أو المضرور كأصل عام إثبات الخطأ الطبي، بسبب اعتبار أن التزام الطبيب التزاما ببذل عناية كقاعدة عامة، بالتالي فإن خطأ الطبيب الجراح لا يتحقق بمجرد عدم شفاء المريض، بل لابد على المريض أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب وتقصيره. فعلى المريض الذي يدّعي تضرره نتيجة خطأ الطبيب الجراح أن يثبت أن الطبيب التزم فعلاً بعلاجه، إلا أنه لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه، مع إثباته أيضاً الضرر الذي يدّعيه مع العلاقة السببية بينهما.

ينبغي على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب الجراح أو انحرافه عن الأصول المستقرة والثابتة في المهنة، بمعنى أن سلوك الجراح لم يكن مطابقاً لسلوك جراح مماثل من نفس المستوى، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به. ولا يجوز افتراض خطأ الطبيب الجراح لمجرد إصابة المريض بضرر، لأن الخطأ واجب الإثبات ولا يستطيع الطبيب الجراح نفي المسؤولية عنه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

استقر القضاء وإلى وقت قريب، على أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض الذي يدّعي وقوع الخطأ، بغض النظر عن وجود عقد بينه وبين الجراح أو عدم وجوده، بمعنى سواء كنّا بصدد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، المهم أن التزام الجراح التزام ببذل عناية، فيكون على المريض أن يقدم الدليل على إهمال الجراح

وتقصيره في علاجه¹. ولا شك أن معظم التشريعات تتفق على قاعدة تكليف الخصم الذي يدّعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدّعيه، وإلا اعتبر ادعاؤه غير مؤسس مما يقتضي رفضه، وذلك طبقاً لمبدأ البينة على من ادعى، فإذا كان المريض بحسب الأصل هو المدّعي بخطأ الطبيب المعالج، فيقع عليه إثبات ما يدّعيه رغم أن هذا العبء لا يعني تحمله إلى نهاية النزاع، إذ يمكن تبادله ونقله بين الخصوم، لما يتمتع به القاضي من سلطة تمكنه من تخفيف هذا العبء ونقله من خصم لآخر².

2 - تخفيف عبء الإثبات على المريض:

لم يغفل الفقه والقضاء عن قصور القواعد القانونية التقليدية في حماية المرضى من حيث اشتراطها إثبات خطأ الطبيب أو المستشفى لحصولهم على التعويض، وعن الصعوبات التي يواجهها المريض أثناء النهوض بعبء الإثبات، خاصة مع التطور التكنولوجي الذي عرفه المجال الطبي، ما ساهم في تعقيد العمل الطبي، فلم يكن أمام الفقه والقضاء إلا إيجاد حلول ووسائل بديلة للتخفيف على المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي. فأول ما لجأ إليه القضاء هو نقل عبء إثبات إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض وجعله على عاتق الطبيب، غير أن هذا لم يكن كافياً لحماية حق المريض في الحصول على التعويض، لذا اضطر الفقه والقضاء للجوء إلى التوسع في التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة، وتوفير حماية أكثر للمريض، اضطر الفقه والقضاء إلى محاولة التقليل من أهمية فكرة الخطأ في المجال الطبي، وذلك باللجوء إلى تطبيق الخطأ المفترض، وقصد توفير حماية أكثر للمريض فقد تم استبعاد فكرة الخطأ وذلك بتبني المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي أو ما يسمى بمبدأ ضمان سلامة المريض.

أ - تحمل الطبيب عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام:

بعد أن كان المريض بصفته مدعياً هو الذي يقع على عاتقه عبء إثبات عدم إعلام الطبيب له، أصبح على الطبيب المدعى عليه التزام إثبات قيامه بإعلام المريض، بالتالي فقد أضفت مزيداً من الحماية على المريض المضرور. حيث عدلت محكمة النقض

1 - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بموجب القرار الصادر بتاريخ 27/06/1939، بأن الطبيب لا يلتزم في

مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات المكتسبة في العلم، وإذا ادّعى المريض أن

الجراح قصّر أو أهمل في تنفيذ الالتزام فعليه إثبات ذلك. نقلاً عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 200.

2 - كشيدة الطاهر، مرجع سابق، ص 133.

الفرنسية عن قضائها بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في التزامه بإعلام المريض¹، وألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على الطبيب، وذلك بموجب حكم هيدرويل² Hédruel، الصادر بتاريخ 1997/02/25³.

لكن لم تحدد محكمة النقض الفرنسية الوسائل التي تمكن الطبيب من إثبات قيامه بإعلام المريض، إلا في قرار لاحق لها بمناسبة قضية Guyomar⁴، الصادر بتاريخ 1997/10/14⁵، حيث قضت بأنه يمكن للطبيب إثبات تنفيذه للالتزام بكافة طرق

1- استقرت محكمة النقض الفرنسية على إلزام المريض بإثبات عدم قيام الطبيب بالتزامه بالإعلام لما يزيد عن نصف قرن، وذلك منذ إصدارها لقرار 29 ماي 1951.

Cass. 1^{ère} Civ., 29 Mai 1951. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr voir aussi : François VIALLA, op.cit, p 149.

2 - تتلخص وقائع القضية التي صدر فيها حكم Hédruel، في أن شخصا يدعى Hédruel كان يعاني من أوجاع في المعدة، ورأى الطبيب ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، فأجريت العملية للمريض لكن ظل يعاني من آلام شديدة في المعدة، فتم إعادة الكشف عليه وتبين إصابته بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد تقرير الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من العمليات الجراحية بنسبة 3%. رفع المريض دعوى على الطبيب مطالبا إياه بالتعويض عما لحقه من ضرر، استنادا إلى أن الطبيب لم يبصره بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة. رفضت محكمة استئناف Rennes الدعوى استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه، وكانت محكمة الاستئناف متفقة مع موقف محكمة النقض السائد في ذلك الوقت. عرض الأمر على محكمة النقض فألغت حكم محكمة الاستئناف، استنادا إلى نص المادة 1315 من التقنين المدني، وقررت مبدأ عاما بقولها، أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما خاصا بالإعلام يجب عليه أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، ثم طبقت هذا الالتزام على الأطباء مقرر أن لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإعلام تجاه مريضه، فإنه يكون عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الالتزام. نقلا عن: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ الطبي في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 73.

3 - Cass.1^{ère} Civ., 25 Février 1997 : « **Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation.**

...Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr voir aussi : VIALLA François, op.cit, p 128.

4 - تتلخص وقائع هذه القضية، في أن سيدة لم تفلح وسائل العلاج التقليدية في تمكينها من إنجاب طفل جديد، فقررت طبية أمراض النساء إخضاعها لفحص بالمنظار، لمعرفة ما إذا كانت تعاني من مرض في جهاز التبويض ovarienne، ولكن لسوء الحظ توفيت المريضة بسبب اختناق حدث أثناء العملية. فرغ زوج المتوفاة وابنها دعوى مطالبين بالتعويض، على أساس تقصير الطبيبة في تبصير المريضة لهذا الخطر، غير أن الدعوى رفضت من جانب قضاة الموضوع، بحجة أن المضرور (الزوج وابنه) لم يقدم دليلا على عدم تنفيذ الطبيبة لالتزامها، وعلى العكس من ذلك فإن ظروف الدعوى تتضمن قرائن تدل على قبول المريضة للعملية وهي على بينة بمخاطرها، فرفضت محكمة النقض الطعن الذي رفع ضد هذا الحكم، ولكنها أكدت على أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لقواعد عبء إثبات الالتزام بالإعلام: الأول: تمسكها بمبدأ أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام والحصول على الرضا يقع على عاتق الطبيب. الثاني: أن هذا المبدأ يمكن أن يتم إثباته بكافة الطرق. نقلا عن: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 246.

5 - Cass. 1^{ère} Civ., 14 Octobre 1997, Guyomar, n° 95-19609. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

الإثبات¹، من شهادة الشهود والقرائن، وكان من نتائج ذلك أيضا ظهور الكتابة كوسيلة من وسائل إثبات تنفيذ الطبيب بالإعلام²، فتعد الكتابة الوسيلة المثلى بالنسبة للطبيب للاستعانة بها عند الحاجة، كدليل مؤكد لإثبات قيامه بتنفيذ هذا الالتزام³.

وتجدر الإشارة، أن هذا التحول بشأن عبء إثبات التزام الطبيب بإعلام المريض، باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، لم يكن قاصرا على محكمة النقض لوحدها والتي كرسته بعدة أحكام لاحقة⁴، بل حتى مجلس الدولة الفرنسي لم يتأخر عن اللحاق به، بمقتضى حكمين صادرين عنه بتاريخ 2000/01/05⁵، وقرر فيهما أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يكون على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى المريض فيه العلاج.

وتطبيقا لذلك، فقد كرس القانون رقم 2002-303 الصادر بتاريخ 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي الفرنسي سالف الذكر، مبدأ إثبات التزام الطبيب بالإعلام بكافة الطرق، كما أقرت المادة 1111-2 من قانون الصحة الفرنسي⁶ نفس المبدأ والتي تنص على أنه: « **يقع على عاتق كل مهني في مجال الصحة، وفي نطاق**

1 - Cass. 1^{ère} Civ., 14 Octobre 1997 : « ...Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé,...la preuve de cette information peut être faite par tous moyens...». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

2 - MALICIER D, MIRAS A, FAIVRE P, op.cit, p 56.

3 - تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الكتابة تبدو ضرورية بالنسبة للطبيب لإثبات قيامه بالتزامه بإعلام المريض، فهي في الوقت ذاته غير كافية لتحقيق هذا الإعلام، فيجب لكي يؤدي الإعلام هدفه، أن يكون مراعيًا لشخصية المريض ومتوافقًا مع قدرته على الفهم، ومع مستواه الثقافي، لذا لن يكون إعلام المريض قابلا للحصر في نموذج واحد لجميع الحالات، بالتالي فإن الصياغة المكتوبة لهذا الإعلام لن تكون مانعة للإعلام الشفهي، الذي من خلاله يتم تطويع المعلومات وفق حالة المريض ومستواه الثقافي. انظر: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص ص 214 - 215.

4 - Cass. 1^{ère} Civ., 15 Juillet 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France, p 393. Obs. Jean Penneau.
Cass. 1^{ère} Civ., 18 Janvier 2000, D.H, 177 e année- 1^{ère} cahier (rouge), 13 Décembre 2001, n° 44/7053, France, p 3559.

Cass. 1^{ère} Civ., 09 Octobre 2001, G.P.H, Dimanche 25 au Mardi 27 Novembre 2001, 121 e année, n° 329 à 331, France, p 53. Obs. Jean Guigue.

5 - C.E. 05 Janvier 2000 (2 espèces), R.F.D.A. 2000, n° 03, p 641, concl. D.Chanteaux et p 654, note P.Bou, J.C.P. 2000, Note J.Moreau. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

6 - L'article 1111-2 du code de la santé publique dispose : « **Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ces compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser...**

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article.

Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

تخصّصه، التزام بإعلام المريض. وحدها الحالة الطارئة أو استحالة التنفيذ يمكن أن تعفيه منه.

في حال النزاع بشأن إعلام المريض، فإنه يقع على المهني أو المؤسسة الصحية إقامة الدليل على أنه تم إعلام الشخص المعني وفقاً للشروط المحددة بهذه المادة. إن إقامة الدليل على حصول الإعلام يكون بكافة طرق الإثبات.»

نجد إلى جانب التزام الطبيب بإعلام المريض، التزام حصول الطبيب على موافقة المريض نظراً لارتباطه بالالتزام بإعلام المريض، والذي يعد أيضاً التزام بتحقيق نتيجة، حيث يجب على الطبيب الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض إلا في حالات استثنائية¹. كما يعتبر من قبيل التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة، كذلك التزامه بحفظ أسرار المريض والذي لا يتضمن أي قدر من الاحتمال.

ب - التوسع في التزامات الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة:

إذا كانت القاعدة العامة في المسؤولية الطبية تقوم على قصر التزام الطبيب على بذل العناية المطلوبة لمريضه، وذلك بسبب سيطرة فكرة الاحتمال التي تهيمن على نتائج مهامه والتي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته²، إلا أن هناك بعض الأعمال الطبية التي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به وهو التزام بتحقيق نتيجة، خالية من عنصر الاحتمال أو يتضاءل فيها هذا العنصر إلى حد بعيد³، ومن هذه الأعمال نذكر، التحاليل الطبية، عمليات نقل الدم والحقن المختلفة، استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، وإعطاء الأدوية، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وكذا الالتزام الذي يقع على عاتق المستشفى بضمان سلامة المريض أثناء إقامته، فكلها حالات يلتزم فيها الطبيب أو المستشفى التزاماً بتحقيق نتيجة محددة⁴.

إن الصعوبات والعراقيل التي يواجهها المريض أثناء النهوض بعبء إثباته خطأ الطبيب أو المستشفى، خاصة وأن القواعد التقليدية غير كفيلة بحمايته، دفعت بالفقه والقضاء إلى حصر نطاق الالتزام ببذل عناية والتوسع بالمقابل من نطاق الالتزامات بتحقيق نتيجة،

1 - يعنى الطبيب من الحصول على رضا المريض في حالة الاستعجال، أو عند تنازل المريض مسبقاً عن حقه في الموافقة بشأن التدخل الطبي.

2 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 235.

3 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 107.

4 - راجع التزامات الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في المطلب الأول من هذا الفصل.

وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب أو المستشفى في هذه الحالة بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة، ودون إثبات إخلال كل من الطبيب أو المستشفى بواجباته، ولا يمكن نفي المسؤولية عن الجراح أو المستشفى إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وإذا كان الأصل العام في التزام الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هو التزام ببذل عناية، إلا أن هناك حالات استثنائية يلتزم فيها الجراح والمستشفى بتحقيق نتيجة، خصوصاً قبل المتبرع¹، إضافة إلى الالتزام بالضوابط المتعلقة بهذه العمليات، باعتبار أن هذه العمليات مشروطة بانتقاء ما يهدد حياة المتبرع أو يعرضه للخطر، فإذا وقع للمتبرع ضرر أثناء أو بعد استئصال العضو منه، يفترض خطأ الطبيب الجراح، بحيث لا يكلف المضرور أي المتبرع بإثبات خطأ الجراح، وإنما يكون على هذا الأخير إذا ما أراد التخلص من المسؤولية، أن يثبت السبب الأجنبي الذي أحدث الضرر

والأمر نفسه بالنسبة لالتزام الطبيب اتجاه العضو المستأصل، أين يلتزم الجراح القائم بعملية نزع العضو من المتبرع، بتحقيق نتيجة وهي المحافظة على هذا العضو وعدم تلفه، إلى حين زرعه في جسد المريض المستقبل. كما يلتزم المستشفى العام الذي تجرى فيه عملية نزع العضو أو عملية زرع العضو بضمان سلامة كل من المتبرع والمريض أثناء تواجدهما في المستشفى، فإذا ما أصيب أي منهما بضرر كعدوى المستشفيات، فتقوم مسؤولية المستشفى دون تكليف المتضرر من إثبات الخطأ، وما على المستشفى للتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

عليه، تقوم مسؤولية الجراح أو المستشفى بمجرد عدم تحقق النتيجة المطلوبة من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ودون إثبات المتبرع أو المريض المتضرر خطأ الجراح أو المستشفى، وما على هذين الأخيرين لنفي المسؤولية عنهما إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ج - تبني المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي:

يعد استعمال الطبيب للتكنولوجيا الحديثة من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها، حيث ساهمت الآلات والأجهزة الطبية في سهولة التدخلات سواء العلاجية أو

1 - راجع التزامات الجراح بتحقيق نتيجة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المطلب الأول من هذا الفصل من هذه الأطروحة.

الجراحية، غير أن هذا التطور صاحبه أضرار كثيرة نتيجة استخدام تلك الأجهزة، فأصبح المريض معرضاً لما يسمى بمخاطر النشاط الطبي الملازمة للتطور التكنولوجي، مما ترتب عن ذلك صعوبة الاعتماد على المسؤولية التقليدية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، والتي تؤدي غالباً إلى ضياع حقوق المرضى وعدم حصولهم على التعويض جراء ما يصيبهم من أضرار، الأمر الذي استوجب البحث عن حلول بديلة ومخرج قانوني قصد توفير حماية أكثر للمرضى العاجزين عن إثبات الخطأ الطبي، وذلك بالتقليل من أهمية فكرة الخطأ إما عن طريق افتراضها، أو عن طريق استبعادها كلياً أي إقامة مسؤولية الطبيب أو المستشفى دون خطأ.

ج-1- الخطأ المفترض:

نقتضي فكرة الخطأ المحتمل¹ استنتاج القضاء لتقصير أو خطأ الطبيب أو المستشفى الذي يعالج فيه المريض، من مجرد وقوع الضرر، فتقوم هذه الفكرة على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب أو المستشفى، بالرغم من عدم ثبوت إهمال الطبيب على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة، أو تقصير في التزامه بالحيلة، إلا أن الخطأ يستنتج بمجرد وقوع الضرر².

تتوسط المسؤولية على أساس الخطأ المفترض المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات من جهة، والمسؤولية دون خطأ من جهة أخرى، إذ أنها لا تتحرر من فكرة الخطأ ذاتها، بدليل بقاء ركن الخطأ قائماً ولو على سبيل الافتراض، وعلى الرغم من كونها تشكل نظرية قائمة بذاتها إلا أنها تميل إلى المسؤولية دون خطأ³.

1 - يرجع الأخذ بفكرة الخطأ المفترض أو المحتمل أو المضرر بصفة أساسية نتيجة ما كشفت عنه الممارسة الطبية الحديثة، من حالات عديدة يصاب فيها المريض بضرر وخاصة في حالات التدخل الجراحي، دون إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب وبقاء سبب الضرر بالتالي مجهولاً، فتعجز الخبرة عن كشف الحقيقة، أو أنها لا تتخذ موقفاً حاسماً بشأن الخطأ الطبي، فيصبح المريض أمام استحالة إثبات الخطأ الذي تستند إليه المسؤولية. انظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 95.

2 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 217.

3 - هديلي أحمد، "تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاسه على قواعد الإثبات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 110.

تكمّن أهمية فكرة الخطأ المفترض في الآثار المترتبة عنها فيما يخص مجال الإثبات خاصة عند صعوبة تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب أو المستشفى، ويبقى سبب الضرر مجهولاً، فتطبيقها يؤدي إلى نقل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب، فافتراض الخطأ من جانب الطبيب يعفي المريض من مهمة إقامة الدليل على خطأ الطبيب، الذي يصبح مطالباً بنفي الخطأ عن سلوكه حتى يتخلص من المسؤولية، أي إثبات أن سلوكه لا يشكل أي خطأ، وأنه تصرف وفق ما تقضي به الأصول العلمية لمهنة الطب، أو يمكنه نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، لذا يمكن القول أن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض قد تؤدي عملياً إلى اختفاء المسؤولية على أساس الخطأ الثابت، وتكريس نوع آخر من المسؤولية وهي المسؤولية دون خطأ.

رغم الأهمية التي تمثلها فكرة الخطأ المحتمل لصالح المرضى المتضررين نظراً لما تتضمنه من تخليصهم عبء إثبات الخطأ الطبي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت بشأن تطبيق هذه الفكرة، إثر صدور حكم لها بتاريخ 1998/05/07¹، وحكم آخر صادر في 2016/03/03²، حيث عادت للتذكير بوجوب وجود خطأ ثابت وفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية، مطالبة المريض من جديد بإثبات الخطأ الطبي.

أما عن موقف المشرع الجزائري من فكرة الخطأ المفترض، وبالرجوع إلى القضاء المدني فغالبا ما يطالب المريض بإثبات الخطأ الطبي خاصة في حالة عدم وجود عقد طبي بين الطبيب والمريض، لذا فتطبيق فكرة الخطأ المفترض عملياً نادر جداً، في حين نجد أن القضاء الإداري طبق فكرة الخطأ المفترض في عدة قرارات لمجلس الدولة، وذلك في القضايا المرفوعة ضد المستشفيات العمومية، ومنها القرار الصادر بتاريخ 2002/07/15 والذي قضى بمسؤولية مستشفى الأمراض العقلية فرنان الحنفي بتيزي وزو، إثر وفاة مريض بهذا المستشفى بعد تلقيه لضربات من مصاب عقلي متواجد بالمستشفى نفسه، حيث جاء في القرار: « حيث أن غياب الحراسة شكل خطأ ارتكبه المستشفى الملزم بالسهر على ضمان صحة وسلامة المرضى، حيث أن ثمة علاقة مباشرة بين سوء سير عمل المستشفى مع الوفاة، ومنه مع الضرر كذلك »³.

1 - Cass. 1^{ère} Civ., 07 Mai 1998. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

2 - Cass. Le 03 Mars 2016 : « S'agissant d'une responsabilité personnelle, elle implique que, soit identifier le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences à défaut d'identification ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

3 - قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، الصادر بتاريخ 2002/07/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002.

ج-2- المسؤولية بدون خطأ:

نعني بالمسؤولية بدون خطأ تلك التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر. والأخذ بهذا النوع من المسؤولية في المجال الطبي، يعني تخلص المريض المضرور نهائياً من عبء إثبات الخطأ، فيبقى العمل الذي نتج عنه الضرر محل اعتبار، ولا شك أن التحقق من هذا الأخير لا يشكل أية صعوبة¹.

كرّس المشرع الجزائري المسؤولية بدون خطأ في نص المادة 393 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « يتحمل المرقى بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة وفي كل الحالات، وإن انعدم الخطأ، تعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه ». يفهم من نص المادة أنه يتحمل المرقى بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فورية مباشرة وفي كل الحالات، تعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسة وإن انعدم الخطأ، لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه، وهذا يعني أن المرقى في مثل هذه الدراسات تكون مسؤوليته أوسع، فهو يتحمل كل الأضرار التي تلحق بالمريض وذوي حقوقه، وذلك إما في حالة وفاة خاضع التجربة والبحث أو كان ممن يعول عليهم².

طبّق القضاء العادي³ المسؤولية بدون خطأ أو مبدأ الالتزام بضمان السلامة فيما يخص العدوى في المستشفيات Infection nosocomiale⁴، والتي سميت بذلك لأنها تكتسب أثناء تواجد المريض في المستشفى، حيث لم تكن موجودة قبل دخوله المستشفى، وقد تنتقل

1 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 118.

2 - معاشو شمس الدين، معاشو نبالي فطة، مرجع سابق، ص 07.

3 - إنّ فكرة المسؤولية بدون خطأ هي في الأصل من وضع القضاء الإداري الفرنسي، حيث أقر بهذا النوع من المسؤولية إثر صدور قرار Gommez بتاريخ 21 ديسمبر 1990 عن محكمة استئناف ليون، ثم تبعه حكم Epoux V بتاريخ 21 ديسمبر 1992، ثم حكم Bianchi بتاريخ 09 أبريل 1993، وقد أحدثت هذه القرارات الثلاث طفرة نوعية في مجال مسؤولية المستشفيات العمومية، وأصبح المريض في غنى عن إثبات الخطأ الطبي للحصول على التعويض. انظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص ص 120 - 123.

4 - يعد مصطلح Infection nosocomiale من أصل يوناني، يتكون من Nosos يعني المرض، ويعني Komein العلاج، كما يطلق عليه أيضاً تسمية Infection hospitalière.

عدوى المستشفيات¹ إلى المريض سواء خلال إقامته الاستشفائية لفترة معينة داخل المستشفى، أو خلال تلقيه علاجات مستقلة داخله²، وفي حالة تضرر المريض أثناء تواجده في المستشفى، فلا يتحمل المريض عبء إثبات خطأ الطبيب أو المستشفى بحسب الأحوال، بل ينتقل عبء الإثبات إلى الطبيب أو المستشفى، وما على هذين الأخيرين إلا نفي المسؤولية عنهما بإثبات السبب الأجنبي.

أكد القضاء الفرنسي على مبدأ ضمان السلامة فيما يتعلق بانتقال العدوى في عدة قرارات، أولها صدر في 1999/06/29³، وكذا القرار الصادر بتاريخ 2007/03/23⁴ وتم التأكيد على تنفيذ الالتزام بضمان السلامة في قرارات لاحقة لمحكمة النقض الفرنسية، وذلك بموجب قرار صادر بتاريخ 2005/10/18⁵، وقرار آخر صادر بتاريخ 2006/04/04⁶.

1 - عرّفت التعليمات الوزارية الفرنسية رقم 645-2000 الصادرة بتاريخ 2000/12/29 المتعلقة بتنظيم مكافحة عدوى المستشفيات في المرافق الصحية، عدوى المستشفيات على أنها: « العدوى التي يصاب بها داخل المنشآت الصحية، التي يمكن أن تمس المرضى أو الأطباء بسبب نشاطهم ».

Circulaire n°645 du 29 Décembre 2000, relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, ministère de l'emploi et de la solidarité. Consultez le lien suivant : www.nosobase.chu-lyon.fr

وفي قرار حديث لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 2018/03/23، أعاد تعريف عدوى المستشفيات على أنها: « عدوى ناشئة أثناء استشفاء المريض أو خلال تلقي الرعاية، والتي لم تكن موجودة وقت دخول المستشفى أو قبل أي تدخل طبي، ما لم يثبت أنّ لها أصل آخر عن ذلك ».

C.E, du 23 Mars 2018, n°402237, a redéfini l'infection nosocomiale comme étant: « une infection survenant au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de celle-ci, sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge ». Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

2 - هناك نوعين من عدوى المستشفيات:

- 1 - العدوى الخارجية: وهي تنتج عن انتقال العدوى من مريض إلى آخر أو من الأدوات المستخدمة من طرف الطاقم الطبي الملوثة بالميكروبات، أو غير المعقمة بالشكل الصحيح، أو من البيئة المحيطة بالمريض داخل المستشفى.
- 2 - العدوى الداخلية: أي المنبثقة من داخل جسم المريض.

كما يتسع مفهوم عدوى المستشفيات ليشمل العدوى الناتجة عن إصابة المريض بجراثيم أو بكتيريا، كما يشمل أيضا الإصابة بفيروسات خطيرة، مثل فيروس السيدا أو التهاب الكبد L'hépatite C. انظر: بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 198.

3 - Cass, 1^{ère} Civ., 29 Juin 1999, n°97-15818. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

4 - CA. Paris, 1^{ère} Civ., 23 Mars 2007. « Un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

5 - Cass.1^{ère} Civ., 18 Octobre 2005, n°04-14268. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

6 - Cass, 1^{ère} Civ., 4 Avril 2006, n°04-17491. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

أما فيما يخص التشريع الجزائري في مجال عدوى المستشفيات، فلم يهتم المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي بالموضوع، من أجل الحد من هذه الظاهرة الخطيرة بالنص على التدابير والاحتياطات اللازمة والفورية للقضاء عليها، كما أنه لم ينص صراحة على وضع نظام تعويضي خاص لضحايا عدوى المستشفيات، إذ وجدنا فقط المرسوم التنفيذي رقم 13-194¹ المتعلق بالتعويض الشهري عن خطر عدوى المستشفيات، غير أنه لا يتعلق بتعويض المرضى عن هذا الخطر، بل اكتفى بالاهتمام بفئة المستخدمين في المؤسسات الصحية العامة فقط. فتنص المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه: « **التعويض الشهري من خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، الذين يمارسون نشاطات تشكل خطر عدوى وكذا الذين يمارسون نشاطات مكثفة وذات خطر عال** ».

أما عن القضاء الجزائري، فقد وجدنا قرارا لمجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2003/03/11²، أين أدان مستشفى بجاية عن عدوى المستشفيات، لإخلاله بواجبه في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على سلامة المريض الموجود تحت مسؤوليته³.

1 - مرسوم تنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 20 مايو 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج. ر. ج. ج عدد 27، صادر بتاريخ 22 مايو 2013.

2 - C.E, arrêt du 11 Mars 2003. M.K...c/ Hôpital de Bejaia: « ...Attendu que les règles de la profession médicale imposent le contrôle minutieux du matériel utilisé dans l'acte chirurgical.

Attendu que le défendant a failli à son obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires à la préservation de la sécurité du patient mis sous sa responsabilité... ». Voir: KHADIR Abdelkader, Recueil d'arrêts en responsabilité médicale, Ed. Houma, tome 1, Alger, 2014, p 77.

3 - وكان ذلك في قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، حيث وعلى إثر سقوط المستأنف (م.خ) أصيب بكسور على مستوى عظم الفخذ، فأجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية بتاريخ 31 أكتوبر 1995. حيث وبعد يومين من العملية التي تطلبت وضع صحيفة ملولبة، تعرض المريض لإصابة ميكروبية بسبب النقاط الصحيفة الملولة المستخدمة بإنتان (تعفن) مقاوم للعلاج الطبي الذي عولج به، وتم نزع تلك الصحيفة في الشهر الموالي.

حيث أنه بعد نزع الصحيفة، تبين أن عظم الفخذ قد أصيب بعدوى أدى إلى خضوع المصاب لعمليات زرع عظام في عدة مراكز استشفائية. ويتضح جليا أن هذه العمليات الجراحية المتعددة التي أجريت للمصاب، ما هي إلا نتيجة للعملية الأولى التي أجريت له بمستشفى بجاية يوم 31/10/1995، وأن الصحيفة الملولة هي التي أدت إلى تعفن عظم الفخذ، وأن علاقة السببية بين العمل الجراحي الأول، ونتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى ثابتة.

حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق، ومراقبة الأدوات وفحصها قبل استعمالها أثناء العملية، حيث قرر المجلس بأن « **عدم مراقبة الأدوات والأجهزة المستخدمة من طرف أعوان المستشفى الذي أدى إلى إصابة المريض بعدوى في عظم فخذه، يعتبر إخلالا من المستشفى بواجبها في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على سلامة المريض الموجود تحت مسؤوليته** ». انظر: بومدين سامية، مرجع سابق، ص 196 - 197.

الفرع الثاني

ارتباط الضرر الطبي بخطأ الجراح

تستلزم المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية لقيامها إلى جانب الخطأ، أن يترتب على العمل الطبي الجراحي أو عند تلقي الخدمة الطبية من المرفق الطبي، ضررًا يصيب المريض أو المتبرع. فيعد الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية الذي لا تتعد إلا به¹، فإذا لم يترتب على فعل المسؤول ضرر انتفت المسؤولية المدنية بصورتها العقدية والتقصيرية، ويختلف ركن الضرر عن الخطأ الذي قد تتقرر المسؤولية في بعض الحالات دون حاجة إلى إثباته، لذلك إذا انتفى الضرر فلا يمكن مساءلة الجراح أو المستشفى (أولاً).

ولا يكفي وقوع الضرر لقيام مسؤولية الجراح أو المرفق الطبي بحسب الأحوال، بل يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، بمعنى أن يكون الضرر مرتبطًا ارتباطًا مباشرًا بالخطأ، فلا يمكن تصور ضرر ناتج عن خطأ ما لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ سبب وقوع الضرر. ويراد بالعلاقة السببية، العلاقة التي تربط الضرر بالخطأ، وتعد هذه العلاقة ركنًا قائمًا بذاته مستقل عن ركن الخطأ، فالعلاقة السببية بين فعل الجراح المخالف لأصول مهنة الطب والضرر الذي لحق بالمريض أو المتبرع أمر ضروري لانعقاد المسؤولية (ثانيًا).

أولاً - الضرر الطبي الموجب للمسؤولية المدنية:

لم يعرف المشرع الجزائري الضرر بموجب نصوص القانون المدني، إنما تناول أحكامه باعتباره ركن من أركان المسؤولية، وشرط من شروط قبول التعويض للمتضرر، وذلك في المواد من 124 إلى 140 من ق.م.ج.

رغم عدم تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الضرر، إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 413 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب... عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررًا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزًا مستديمًا

1 - LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000, p 261.

أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته»، يمكن استخلاص تعريف الضرر الطبي، وهو المترتب عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه مهني الصحة يتم إثباته، ويؤدي إلى إلحاق ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته¹.

تعددت تعاريف الضرر²، لكن هناك إجماع بين الفقهاء على أنه يقصد بالضرر: «الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية، أو لم يكن، فهو يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به»³.

كما يعرف الضرر الطبي على أنه حالة ناتجة عن فعل طبي، أدت إلى المساس بجسم الشخص وإلحاق الأذى به، والضرر المقصود هنا لا يرجع إلى عدم شفاء المريض، أو عدم نجاح العملية الجراحية، لأن مجرد عدم شفاء المريض شفاء تاما أو جزئيا لا يكون في ذاته ركن الضرر⁴.

تقوم المسؤولية المدنية للطبيب في المجال الطبي، سواء كانت عقدية أو تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر، وهو الركن الثاني لقيام هذه المسؤولية، فلا يكفي وقوع الخطأ فقط لمساءلة الطبيب، بل يجب أن يثبت أن هذا الخطأ هو السبب في حدوث الضرر، حتى يتم التعويض للمريض. وللإشارة فإن الشروط الواجب توافرها في الضرر، هي مسألة تخضع لرقابة المحكمة.

1 - شروط الضرر الطبي الموجب للمسؤولية المدنية:

يشترط في الضرر الطبي مجموعة من الشروط التي لابد من توافرها، وهي:

أ - أن يكون الضرر الطبي **شخصيا ومباشرا**: يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون **شخصيا ومباشرا**.

1 - راجع المادة 413 من ق.ص.ج.

2 - راجع تعريف الضرر في الفصل الأول من هذا الباب.

3 - نقلا عن: عبو أنيسة، مرجع سابق، هامش ص 143.

4 - نقلا عن: بن عايطي مراد، مرجع سابق، ص 88.

أ - 1 - أن يكون الضرر الطبي شخصياً:

يعرّف الضرر الشخصي ذلك الضرر الذي يصيب شخصاً معيناً بذاته، أو أشخاص معينون بذواتهم، فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قَدّم من المضرور أي المريض شخصياً، وقد يمتد هذا الضرر ليصيب أشخاصاً آخرين بالتبعية ويسمى الضرر المرتد¹. فيجب أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، حتى تقبل دعواه، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي.

ولا شك أن صورة الضرر تختلف في الضرر الأصلي عنه في الضرر المرتد، فقد يكون الأول ضرراً جسدياً والثاني ضرراً مالياً، فمثلاً العاهة التي يحدثها الفعل الضار برب أسرة تعد ضرراً مادياً (الضرر الجسدي)، وقد يترتب عليها ضرراً مادياً آخر يلحق بالأسرة متمثلاً في حرمانها من الحق في النفقة التي كان يقوم بها عائلها. عليه، يحق للورثة الذين كان يعولهم المتبرع أو المريض في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم بسبب موت مورثهم، طالما كان الموت بسبب خطأ الطبيب الجراح².

أ - 2 - أن يكون الضرر مباشراً:

يعرّف الضرر المباشر ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فإن كان باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، كان الضرر غير مباشر. والضرر المباشر في المجال الطبي ما كان نتيجة طبيعية مباشرة لخطأ الطبيب، أو النشاط الضار للمستشفى، بمعنى هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا الخطأ أو النشاط الضار للمستشفى، والضرر الحاصل، أما إذا كان باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، كان الضرر غير مباشر³.

1 - يقصد بالضرر المرتد ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير كالأضرار التي تلحق الخلف بسبب قتل السلف، وذلك عندما يعيش الخلف على نفقة السلف، ففي هذه الحالة فإن وفاة السلف تلحق خسارة مالية بالخلف، بالإضافة إلى الأضرار المعنوية وذلك بسبب المشاعر والعواطف التي يكنها الخلف للسلف. انظر: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 124.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص ص 172 - 173.

3 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 79.

وعليه، يعد ضرراً مباشراً ما كان ناتجاً مباشرة عن خطأ الطبيب، ومن ثم لا يكون الطبيب محل مساءلة إلا عن نتائج تدخله التي أدت إلى تفاقم حالة المريض، دون الأفعال الأخرى التي تدخلت في إحداثه¹. أما الضرر غير المباشر فهو لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ، بمعنى أن الضرر الحاصل ليس بسبب الخطأ، فتتقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكون الطبيب مسؤولاً عنه. أما الضرر غير المتوقع فهو الضرر الذي يدخل ضمن دائرة المستقبل، ولكن لا يدخل في توقع المتعاقدين². فيتم التعويض عن الأضرار المباشرة فقط دون الأضرار غير المباشرة، ومؤدى ذلك أنه لو تضافرت مجموعة من الأضرار، فإن القاضي يقوم بعملية اختيار الطائفة الأولى من الأضرار أي المباشرة منها، والبحث في هذا الشرط يفترض تعدد الأضرار ووحدة السبب، أما في الحالة العكسية، أي وحدة الضرر وتعدد الأسباب، ففي هذه الحالة يقتضي عملية اختيار الأسباب، وتحديد السبب المباشر من بينها وهذه العملية تشكل جزءاً من دراسة علاقة السببية³.

ب - أن يكون الضرر محققاً:

يكون الضرر محققاً إذا وقع فعلاً، أو أنه مؤكد الوقوع في المستقبل، وهذا هو المقصود من تحقق الضرر، بحيث يكون ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، فلا يكون افتراضاً أو احتمالاً⁴، أو أنه سيقع في المستقبل، فالضرر الحال هو الضرر الواقع فعلاً، كوفاة المريض أثناء عملية زرع العضو في جسمه بسبب خطأ الجراح، بينما الضرر الاحتمالي⁵ فهو محتمل الوقوع لأنه ضرر غير محقق، قد يقع وقد لا يقع فلا تعويض عليه إلا إذا وقع فعلاً.

1 - ومثال ذلك موت مريض نتيجة إهمال الطبيب المعالج له في اتخاذ التدابير والاحتياطات اللازمة والمطلوبة منه في قوانين مهنة الطب، ويعتبر ما حصل من خطأ نتيجة مباشرة وضرر مباشر، بسبب هذا الإهمال. ومثال ذلك أيضاً، سقوط إحدى آلات الطبيب على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي.

2 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 131 - 132. انظر كذلك: محمد رشيد دواغرة، مرجع سابق، ص 125.

3 - عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص 242.

4 - RENAUT-BRAHINSKY Corine, L'essentiel du droit des obligations, 3^{ème} édition, Gualino, EJA, Paris, 2006, p 84.

5 - يقصد بالضرر الاحتمالي، ذلك الضرر غير المحقق الوقوع، أي قد يقع وقد لا يقع، ومن ثم لا يجوز التعويض عنه حتى يقع. ومن أمثلة الضرر الاحتمالي في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ما يصيب الوالدين من ضرر مادي بسبب موت ابنهما الصغير المريض والمقدر له زرع العضو، بسبب خطأ الطبيب، حيث لا يمكن الجزم بأن هذا الابن كان سيعول والديه فيما لو طال عمره، وبالتالي ما أصاب الوالدين من ضرر مادي لا يكون محلاً للتعويض. انظر: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 178. كذلك: بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 138.

فلا يكون التعويض إلا عن الضرر المحقق، ولا يكفي مجرد الادعاء بوقوع الضرر بل يجب أن يكون مؤكداً، ولكي يعد الضرر محققاً وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي تحقق بالوفاة كان نتيجة التدخل الجراحي، وعدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية كافية للمريض¹.

كما أن القول بأن الضرر أكيد لا يعني أنه يجب بالضرورة أن يكون حالياً، فالتعويض عن الضرر المستقبلي جائز إذا كان حدوثه أكيداً، على أن يكون ممكناً تقديره بالمال. فالضرر المستقبلي هو الأذى الذي لم يقع في الحال، إلا أن وقوعه مؤكد في المستقبل، إلا أن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل، أو لأجل لاحق، عليه فإن المتبرع بعضو من أعضائه إذا اكتشف بعد العملية أن العضو المتبقي مصاب، فإن تعرضه للأذى المستقبلي وارد لا محالة، من ثم فإن هذا الضرر هو ضرر محقق حتى ولو كان تحققه سيقع في المستقبل، طالما لم يكن ضرراً احتمالياً².

ومن التطبيقات القضائية لشرط تحقق الضرر، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وألا يكون احتمالياً أو افتراضياً³.

ج - أن يصيب الضرر الطبي حقاً أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور:

يمسّ الضرر الطبي حقاً من حقوق المضرور، ولا شك أن الضرر الطبي الذي يقع على المتبرع أو على المريض في عمليات نقل وزرع الأعضاء، هي مساس بالحق في الحياة وسلامة الجسم وتكامله. فالتعدي على الحياة ضرر، بل هو أبلغ الضرر، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم بأي أذى آخر، من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقات في العلاج⁴.

1 - محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 124.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 175 - 176.

3 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/11/27، ملف رقم 41783، المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص 43. والقرار الصادر بتاريخ 1989/02/28، ملف رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 14. مذكوران لدى: بن صغير مراد، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 138.

4 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 180. كذلك: حدادو صورية، مرجع سابق، ص 112.

وعليه، وحتى يتم التعويض عن الضرر الطبي يجب أن يقع على مصلحة مشروعة للمريض، أو حق من حقوقه المكتسبة قانوناً مع ضرورة عدم مخالفة النظام والآداب العامة. ولا يشترط أن يكون الحق الذي مسه الضرر حقاً مالياً، بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية. ومن قبيل الأضرار التي تعطي لصاحبها حقاً مشروعاً في طلب التعويض، الأضرار المعنوية الناجمة عن الآلام الجسمانية والنفسية للمضرور، كذلك الأضرار التي تصيب شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر، يكون للمضرور حقاً قبل المصاب، وهو ما يطلق عليه الضرر المرتد¹.

2 - أنواع الضرر الطبي الموجب للتعويض:

يتخذ الضرر الطبي عدة صور، فقد يكون الضرر مادياً، وقد يكون الضرر معنوياً، إلى جانب صورة جديدة للتعويض والمتمثلة في تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

أ - الضرر المادي:

يعرف الضرر المادي، على أنه الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله، أو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية مشروعة. فيتبين من خلال هذا التعريف أن الضرر بدوره ينقسم إلى ضرر جسدي، وضرر مالي.

أ - 1 - الضرر الجسدي:

يتمثل الضرر الجسدي في الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، ويتسبب إما في وفاته، أو في عاهة دائمة أو مؤقتة قد ينتج عنها إتلاف عضو من أعضاء الجسم، أو إحداث جرح، أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى. كما قد يصاحب هذا الضرر الجسدي انتقاص في الذمة المالية للمضرور، إذ يستوجب علاجها نفقات مالية، أو أنها تحرم المصاب من القدرة على العمل، وقد يتعدى هذا النوع من الأضرار إلى أضرار جمالية وجنسية. وللضرر الجسدي صور هي:

1 - ك وفاة المريض أو المتبرع في عمليات نقل وزرع الأعضاء، فالوفاة ضرر أصاب الميت، وترتب عليه إلحاق الضرر بأبنائه، والمتمثل في التوقف عن الإنفاق عليهم. ومثال ذلك أيضاً، خطأ الطبيب الذي نجم عنه بتر ساق المريض، فهذه الإصابة من شأنها الإخلال بالمصلحة المالية للمريض، والمتمثلة إما في إضعاف قدرته على الكسب أو انعدامها أصلاً، أو تكبیده نفقات العلاج. راجع في ذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 133.

- **الضرر الجسدي المفضي للوفاة:** ونعني به الضرر الذي ترتبت عنه الوفاة، ويعد أشد أنواع الضرر.

- **الضرر المؤدي إلى العجز الجسدي:** ويتمثل في تلك الإصابات التي تصيب جسد المريض وما يترتب عنه من عجز جسماني، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم، أو انتقاص من وظائفه، أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل، فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم، بمعنى إصابة المريض نتيجة خطأ الجراح، أو بسبب سوء العلاج الذي يتلقاه في المستشفى بعاهة مستديمة¹.

يتخذ الضرر الجسدي في مجال نقل وزراعة الأعضاء، صورة الوفاة أو صورة الاعتداء على التكامل الجسدي لكل من المتبرع والمريض، وحقه في أن يظل جسمه مؤدياً لوظائفه الحيوية دون تعطيله، فإتلاف عضو من أعضاء جسم المتبرع نتيجة خطأ الطبيب الجراح، هو ضرر جسدي يتمثل في الانتقاص من تكامل جسمه، والمساس بحقه في السير الطبيعي لوظائف أعضائه. وتقدر درجة الضرر أو الاعتداء على السلامة الجسدية عن طريق خبرة طبية، يستند إليها القاضي لتقدير قيمة التعويض².

أ - 2 - الضرر المالي (الضرر الاقتصادي):

نعني بالضرر المالي الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص المضرور، أي ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية واقتصادية، ويكون ناتجا غالبا عن ضرر جسدي سبق وأن أصيب به المتضرر. فالضرر المالي ينتج عن الإصابة بمصلحة مالية محققة، كنفقات الأجر أو إنقاصه، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية، كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بتعفن، فينفق مبالغ مالية قصد إجراء عملية جراحية، وكذا دفع أموال مقابل إقامته في المستشفى، أضف إلى ذلك ما فاتته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج، وإصلاح الخطأ الطبي³.

1 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 375.

2 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 244. كذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 117 - 118. انظر كذلك: مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص 119.

3 - عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 268.

يشمل الضرر المالي على عنصرين، يتمثل العنصر الأول في المصاريف والنفقات التي تكبدها المريض في العلاج، وإجراء العملية الجراحية، وشراء الأدوية مع مصاريف إقامته في المستشفى. أما العنصر الثاني فهو انقطاع دخله الشهري بسبب تعطله عن العمل نتيجة الضرر الذي لحق به من خطأ الجراح أو المستشفى.

قد يجتمع الضرر المالي والجسدي معاً، كما لو أصيب المريض بعاقة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى، فيشكو ضرراً جسدياً وضرراً مالياً نظراً لما يتطلبه من علاج ومصاريف شراء الأدوية وكذا تعطله عن العمل، كما لو سقط شخص فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، فأصيب بكسور على مستوى ساقيه، ففي هذه الحالة فإن المريض يشكو من ضرر جسدي متمثلاً في الكسور، وضرر مالي متمثل في المبالغ المالية التي سينفقها في سبيل علاجه، وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج.

ب - الضرر المعنوي:

يعرف الضرر المعنوي على أنه الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية للمريض¹، أو هو الضرر الذي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته، أو في وجدانه وشرفه وسمعته واعتباره.

يتخذ الضرر المعنوي عدة صور وهي:

1 - ألم يصيب المريض سواء كان ألماً جسمانياً أو ألماً نفسانياً: كإصابة المريض بشلل في رجله، إضافة إلى الألم الجسدي، فهو يتعذب نفسياً أيضاً طالما بقي يشعر بأثر الإصابة، فيكفيه أن يفكر بأن مثل هذه الإصابة تمنعه من أداء حاجياته بنفسه، وأنه لا يمكنه الإنفاق على عائلته، وتزيد هذه الآلام من شعوره بالأسى².

2 - الضرر الجمالي³: ويقصد به التشوهات والندبات التي تصيب جسم الشخص نتيجة الإصابة والضرر اللاحق به، وتظهر أهميته أكثر كصورة من صور الضرر المعنوي

1 - محمد رشيد دواغرة، مرجع سابق، ص 118.

2 - عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 77.

3 - تم قبول التعويض عن الضرر الجمالي في القرار الصادر عن مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 2003/03/11 في قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، حيث قدر التعويض الجمالي بـ 100000 دج. انظر: خيضر عبد القادر، مرجع سابق، ص ص 84 - 87.

في جراحة التجميل، فيعكس ذلك سلبا على نفسية الشخص¹. ويعرف أيضا الضرر الجمالي على أنه الضرر الذي يصيب الجانب الجمالي والمظهري لجسم الإنسان، كتشويه أحد أعضائه أو فقدانها على نحو يخل في التوازن الجمالي للإنسان، وفق الصورة التي خلقها الله عليها، مما يسبب له آثارا سيئة في شعوره، وهو لا يقتصر على أعضاء الجسم المكشوفة بل يتعداه، ليشمل الأجزاء والأعضاء التي يتم الكشف عنها في أوقات معينة أو أماكن خاصة كالمسابح مثلا².

3 - ضرر معنوي يصيب الشخص في شرفه واعتباره: كقيام الطبيب بإفشاء أسرار مريضه الذي كان قد أصيب بمرض فقدان المناعة (الايدز)، فيصاب المريض بضرر يمس سمعته وكيانه الاجتماعي وكذا حياته الخاصة، الأمر الذي يعرقل حياته³.

4 - ضرر معنوي يؤدي إلى حرمان الشخص من متع الحياة ومباهجها: وتتجسد هذه الصورة في حرمان الشخص المتضرر من التمتع بالحياة، والمترتب عن عدم قدرته الجسمية أو العقلية على العيش الحياة الطبيعية والعادية التي اعتادها وهو سليم الجسم، فبالإضافة إلى الألم الجسدي والنفسي، نجد أيضا ألم فقدان فرصة التمتع بمواهبه ونشاطاته المهنية والثقافية والفنية وهواياته الرياضية والترفيهية، فيفقد المتضرر قدرته على التمتع بممارسة بعض نشاطاته أو هواياته المفضلة لديه، والتي كان يمارسها قبل الإصابة. كما قد يتجسد الضرر في الضرر الجنسي، والذي قد يفقد المضرور قدرته بصفة كلية أو جزئية على ممارسة العلاقة الجنسية المعتادة والإنجاب⁴، الأمر الذي يجعله لا يحي حياة عادية.

يختلف تقدير الضرر المعنوي من شخص إلى آخر، ومن ذكر إلى أنثى، فالضرر الذي يصيب الفتاة غير الضرر الذي يصيب الشاب أو العجوز أو الطفل، كما يختلف

1 - نقلا عن: عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 271.

2 - العروسي منصوري محمد، حلوش فاطمة أمال، "انتقال الحق في التعويض للورثة عن الضرر المعنوي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 01، 2021، ص 63.

3 - عبرت إحدى محاكم مصر في قرار لها على أنه: « إن الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى لو كانت صحيحة، فإذا عتقت في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يستوجب التعويض ». انظر: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 187. كذلك: عميري فريدة، مرجع سابق، ص 245.

4 - العروسي منصوري محمد، حلوش فاطمة أمال، مرجع سابق، ص 63.

الضرر الذي يصيب الفنان عن الضرر الذي يصيب الشخص العادي، فالأمر يتم تقديره من خلال النتائج التي تتركها الإصابة أو العجز على المريض، مع الأخذ بعين الاعتبار عمله وسنه وظروفه الاجتماعية والصحية¹.

كرّس المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي بموجب المادة 182 مكرر، المستحدثة بموجب القانون رقم (10-05) المتضمن تعديل القانون المدني سالف الذكر، والتي تنص على أنه: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ».

ج - تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، صورة جديدة للضرر:

تم الإجماع على أن تفويت الفرصة² يعد من أنواع الأضرار المعوض عنها، حيث أصبح ذلك أمرا واقعا معترف ومسلم به فقها وقضاء وحتى قانونا، حيث درجت تأخذ صورة

1 - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 141. انظر كذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 122.

2 - تعدّ نظرية تفويت فرصة الحياة أو الشفاء من ابتكار القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية الطبية، ويلجأ القضاء إلى هذه النظرية عندما لا تكون رابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكدة وثابتة. تعتبر محكمة قرونوبل Grenoble أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي، وذلك بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وذلك في حكمها الذي أصدرته بتاريخ 1961/10/24، أين اعتبرت أن خطأ الطبيب في عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي، أدى إلى حرمان المريض وبصفة أكيدة من فرصة حقيقية للشفاء. وقد أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1965/12/14، القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 1964/07/07 والذي قضى بالتعويض على المريض، على أساس فوات الفرصة في الشفاء. وتتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يبلغ من العمر 8 سنوات بيده اليمنى إثر سقوطه، فشحصها الطبيب على أنها كسر بالجزء السفلي من عضد الفخذ الأيمن، فعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص، لكن لم يشف الطفل الذي كان يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء، بطلب من والد الطفل المريض، حيث تم تشخيص الإصابة على أنها ليست كسرا بالجزء السفلي من عضد الفخذ، وإنما مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل. ونتيجة لذلك أقام أولياء الطفل دعواهم بالتعويض على الطبيب المعالج، فاستعانت المحكمة باثنين من الأطباء الخبراء اللذين أودعا تقرير خبرتهما لدى المحكمة. فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم وقضت بالتعويض، بحجة ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية محددة ومقبولة على قدر من البيئة والترابط، تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة في الشفاء بـ 65000 فرنك فرنسي. نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 286 - 287.

الضرر المستقبلي المحقق وليس الاحتمالي¹، وبالتالي يعوض عنه شأنه شأن الضرر الحال².

يقصد بضرر تقويت الفرصة في المجال الطبي، حرمان المريض من فرصة الشفاء نتيجة للخطأ الطبي أو الفعل الضار الناتج عن التدخل الطبي أو الجراحي على جسمه، أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، فمثل هذه الفرصة وإن كان تحقيقها أمراً محتملاً، إلا أنه وبسبب الخطأ أصبح تحقيقها مستحيلاً، مما يستوجب التعويض عنها.

هناك فرق بين الفرصة وهي أمر محتمل وبين تقويتها وهو أمر محقق، فإذا حرم المريض من فرصة الشفاء أو البقاء حياً، فإن هذا التقويت يمس الحق في فرصة لمحاولة الشفاء أو الحياة وهو ضرر محقق، أما الشفاء أو الحياة فيبقى محتملاً قد يتحقق وقد لا يتحقق. وقد استقر الفقه والقضاء الفرنسيين على أنه إذا صدر عن الطبيب خطأ فوت به على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فإنه يلزم بالتعويض جزئياً عن الضرر النهائي الذي حل بالمريض³، لذا يراعى في تقدير التعويض عن فوات الفرصة، مدى احتمال الكسب الذي ضاع من المتضرر من جراء ضرر تقويت الفرصة عليه، والأمر يتسع في مجال الاجتهاد مما يجعل التقدير يختلف فيه، لذا يجب على القاضي عدم المبالغة في تقدير الاحتمال في نجاح الفرصة⁴.

يعتبر المجال الطبي واحد من المجالات التي تبدو فيها نظرية تقويت الفرصة أكثر تطوراً، إذ يعتبر القضاء أنّ تقويت فرصة جادة من الخضوع لتدخل جراحي يعد ضرراً محققاً، يسمح بالحق في التعويض، وقد يكون تقويت الفرصة راجع إلى الخطأ في العمل الطبي، كالخطأ في تشخيص حالة المريض، أو تقصير الطبيب في إعلام المريض بنوعية

1 - ينبغي التمييز بين الضرر المحتمل وتقويت الفرصة، فالضرر المحتمل ضرر غير مؤكد قد يقع وقد لا يقع، لذلك لا يجوز التعويض عنه، أما تقويت الفرصة فهو ضرر محقق يصيب المريض ويجب التعويض عنه، ما دام قد ترتب على خطأ أو إهمال صدر من الطبيب ألحق بالمريض ذلك الضرر المتمثل في تقويت فرصة الشفاء أو الحياة، التي كان للمريض أمل فيها، إذ جعل الطبيب تحقق هذه الفرصة مستحيلاً بخطئه. انظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 71.

2 - BOUSSARD Sabine, op.cit, p 176.

3 - Cass, 1^{ère} Civ., 6 Décembre 2007, n°06-19301. « ...Quand le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé... ». Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

4 - منصوري عبد الجواد، مرجع سابق، ص ص 33 - 34.

التدخل الطبي الضار على جسده، أو سوء تنظيم المرفق الصحي، فقد يترتب على هذا الخطأ أو ذلك حرمان المريض من فرصة في البقاء حيا، أو فرصة جادة في الشفاء، أو تجنب الإعاقة أو الجراحة¹.

أقرّ المشرع الجزائري بتقويت الفرصة كنوع من أنواع الضرر، حيث أكد على ضرورة التعويض عن فوات الفرصة والكسب، وهذا بموجب المادة 182 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...».

يظهر ضرر فوات الفرصة في عمليات نقل وزرع الأعضاء، لاسيما بالنسبة للمتبرع، إذا ترتب على خطأ الطبيب الجراح عدم نجاح عملية زرع العضو المستأصل، وبالتالي حرمان المتبرع من العضو المتبرع به، فيحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض عن ضرر فوات فرصة الانتفاع بالعضو المتبرع به، رغم حصول الجراح على موافقته ورضاه بهذا التبرع، ذلك أن هذا الرضا كان مشروطا -اشتراطا ضمنيا- بتحقيق مصلحة علاجية للمتلقي. فإذا فوّت الطبيب الجراح بخطئه هذه المصلحة العلاجية، كان من حق المتبرع المطالبة بالتعويض عن فوات فرصة الانتفاع بهذا العضو المتبرع به دون أن يحقق هدفه من التبرع².

أما بالنسبة للمريض، فيظهر ضرر تقويت الفرصة عندما يحرم المريض من زرع العضو المتبرع به من المتبرع، بسبب تلف هذا العضو بخطأ من الطبيب الجراح بعدم المحافظة عليه، ففي هذه الحالة فإن الجراح فوّت على المريض فرصة الشفاء بعدم زرعه للعضو، كما فوّت على المتبرع أيضا فرصة الانتفاع بالعضو المتبرع به.

ثانيا - علاقة السببية بين الضرر الطبي والخطأ الطبي:

تعتبر علاقة السببية الركن الثالث لقيام المسؤولية المدنية، ولا يعني وقوع خطأ من الطبيب ووقوع ضرر للمريض قيام مسؤولية الطبيب، ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الطبيب، كنتيجة طبيعية له، ومرتبطة ارتباطا مباشرا به. فلا يكفي مجرد وقوع الخطأ من الطبيب أو المستشفى، بل يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين

1 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 246.

2 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص ص 183 - 184.

الخطأ الطبي والضرر، بمعنى أن يكون الضرر قد ارتبط بالخطأ المسبب له ارتباط السبب بالمسبب، وهو ما يعرف بعلاقة السببية.

تجدر الإشارة إلى أن علاقة السببية في المسؤولية التقليدية، تعني أن الخطأ هو الذي أحدث الضرر، في حين أننا لا نبحث عن الخطأ في المسؤولية الموضوعية، لأن الضرر يكون ناتجا عن النشاط أو العمل الطبي المشروع الضار¹.

1 - قيام علاقة السببية بين الضرر الطبي والخطأ الطبي:

إن وقوع الخطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض، لا يعني بالضرورة قيام مسؤولية الطبيب، ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الأول كنتيجة طبيعية له، ومرتبطة به ارتباطا مباشرا برابطة أصطلح عليها بعلاقة السببية. بمعنى أنه لكي يحصل الضرر على تعويض لا بد أن يكون خطأ الطبيب أو المستشفى هو سبب الضرر، فلا بد من توافر علاقة السببية بينهما، في حين لا بد أن تتحقق العلاقة بين الفعل المشروع الضار والضرر في المسؤولية الموضوعية.

تناول المشرع الجزائري علاقة السببية في نصوص القانون المدني مستعملا كلمة "يسبب" في نص المادة 124 من هذا القانون سألغة الذكر، كما أكد عليها في المواد 125، 127، 130 من القانون ذاته². كما استقر القضاء الجزائري على أنه متى ثبت الخطأ والضرر وتوافرت العلاقة السببية بينهما، فلا مناص من قيام المسؤولية المدنية للطبيب أو المستشفى³.

1 - يعرف الفعل الطبي المشروع الضار على أنه نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضا من يجري عليه هذا العمل. نقلا عن: أسامة عبد الله فايد، مرجع سابق، ص 55.

2 - كشيدة الطاهر، مرجع سابق، ص 150.

3 - حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/05/30: « ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوافرت العلاقة السببية بينهما، استنادا للخبرة واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية ». قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1995/30505، ملف رقم 118720، قضية (ك.خ) ضد (ب.أ). انظر: خيضر عبد القادر، مرجع سابق، ص ص 29، 30.

يعد إثبات علاقة السببية في المجال الطبي من الأمور الصعبة، نظرا إلى تعقيدات جسم الإنسان وتغير حالاته، فضلا عن عدم وضوح الأسباب المؤدية إلى المضاعفات الظاهرة، التي قد تترتب من التطور المتوقع للمرض أو الخطأ الطبي، كما قد تساهم عدة أسباب في إحداث الضرر. الأمر الذي أدى إلى تباين آراء الفقهاء بين مؤيد لضرورة الأخذ بعين الاعتبار، لكل العوامل التي أدت إلى إحداث الضرر، وبين مؤيد للبحث عن السبب الحقيقي لها أو القريب إليها.

أ - نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب:

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني Von Buri، وتبنّاها بعد ذلك الفقه الفرنسي بزعامة كل من "Marteau"، و"Demogue"، مؤداهما أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر، يعتبر من الأسباب التي أحدث الضرر حتى ولو كان بعيدا، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة، وكل واحد منها يعتبر سببا في إحداثه، ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر¹.

فمثلا لو أن شخصا تعرض لحادث مرور جسماني ما استوجب استدعاء سيارة إسعاف لنقله إلى المستشفى، وتعرضت هذه السيارة بدورها إلى حادث مرور وهي في طريقها إلى المستشفى، مما أدى إلى تفاقم حالة المريض، وعند وصوله للمستشفى تأخر الطاقم الطبي من أطباء وممرضين في تقديم الإسعافات الأولية اللازمة، ما أدى إلى وفاته. فوفقا لهذه النظرية فكل تلك الأسباب أدت إلى وفاة الضحية، وكل من الشخص الذي صدمه بسيارته وسائق السيارة الذي نقله إلى المستشفى، والمستشفى والأطباء والممرضين الذين تأخروا في تقديم الإسعافات الأولية، جميعهم مسؤولون عن الوفاة التي تعرض لها الشخص كونهم قد ساهموا جميعا في إحداث الوفاة. وطبقا لهذه النظرية، يسأل جميع المتسببين في الضرر بنفس الدرجة².

ولما كانت هذه النظرية تعتد بجميع الأسباب المساهمة في إحداث الضرر بنفس الدرجة، فهي ببساطتها تخدم مصلحة المريض، لأنها تؤدي إلى قيام مسؤولية كل المتسببين في الضرر دون مفاضلة بين هذه الأسباب، وما دامت هذه النظرية تقحم بعض الأسباب

1 - رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 202. انظر كذلك: بكوش آمال، مرجع سابق، ص 628.

2 - COURTOIS Helene, Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle (Italie), étude comparative dans les pays du marché commun, Edition A. PEDONE, Paris, 1985, p 155.

مباشرة في إحداث الضرر رغم أنها قد لا تكون كذلك، فإنها لقيت النقد بسبب توسعها في مفهوم السببية وعدم دقتها، لعدم تمييزها بين الوقائع والأحداث المختلفة التي تحيط وقوع الضرر، فتجعلها جميعا أسبابا للضرر دون تفرقة، فكيف يعقل أن يعامل السبب الضعيف في إنشاء الضرر معاملة السبب القوي.

ب - نظرية السبب المنتج أو الفعل:

نادى بهذه النظرية الفقيه الألماني Von Kries، والتي ظهرت نتيجة الانتقادات التي طالت النظرية السابقة، ومفاد هذه النظرية أنه لا يسأل الشخص إلا عن النتائج التي تحصل عادة عن الفعل الذي أقدم عليه، فلا يسأل الشخص عن الضرر إلا إذا كان من شأن فعله أن يحدث ضررا في ظل الظروف التي حدث فيها هذا الفعل ووفقا للمجرى العادي للأمر، والسبب المنتج أو الفعل هو السبب الذي يقف عنده القانون، لذا يجب أن تكون العلاقة بين الفعل الضار والضرر الناشئ عنه منتجة وليس مجرد عارضة، ليعتبر قانونا سببا له¹.

تفرق هذه النظرية بين الأسباب الفعالة والأسباب العارضة، فاعتبرت السبب فعّالا أو منتجا إذا كان من شأنه أن يؤدي وفقا للمجرى العادي للأمر إلى وقوع مثل هذا الضرر، بينما اعتبرت السبب عارضا وإن كان سببا في إحداث الضرر، إلا أن مساهمته في إحداثه مصادفة وبشكل استثنائي، بالاشتراك مع السبب المنتج أو الفعل، إلا أنه ليس من شأنه وفقا للمجرى العادي للأمر أن يحدث هذا الضرر².

رغم ذلك لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات، فاعتبرها البعض نظرية تحكمية لاستبعادها لبعض العوامل المساهمة في إنشاء الضرر، إلا أن ذلك لم يفقدها أهميتها بدليل الإجماع الذي لقيته من طرف كل من الفقه والقضاء.

أخذ المشرع الجزائري في المسؤولية التقصيرية بنظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب، وهو ما يظهر جليا من خلال نص المادة 126 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « **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** ».

1 - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع سابق، ص 176. انظر كذلك: محمد رشيد دواغرة، مرجع سابق، ص 132.

2 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 254.

يفهم من نص المادة، أنه في حالة ما إذا ساهم عدة أشخاص في إحداث الضرر بنفس الدرجة تكون المسؤولية متساوية بينهم، أما إذا كانت مساهمتهم متفاوتة تفاوتاً ملحوظاً ومعتبراً، وجب على القاضي أن يعين نصيب كل منهم في التعويض.

كما أخذ المشرع الجزائري بنظرية السبب المنتج أو الفعل في المسؤولية العقدية، وذلك بموجب المادة 182 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « **إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...** ».

فيظهر من خلال هذه المادة أن المشرع قد اعتنق نظرية السبب المنتج أو الفعل، عندما اشترط في التعويض أن يكون الخطأ العقدي المتمثل في الإخلال بالالتزام أو التأخر في تنفيذه سبباً فعّالاً ومنتجاً للضرر المطالب بالتعويض عنه.

2 - انتفاء علاقة السببية بين الضرر الطبي والخطأ الطبي:

يعد تحديد علاقة السببية في عمليات نقل وزرع الأعضاء من الأمور الشاقة بالنظر لصعوبة الجسم الإنسان، وتغير حالاته وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة فيه، إذ ترجع أسباب الضرر إلى طبيعة تركيب جسم المتبرع أو المريض، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطئه، ولا يعفى الطبيب منها إلا إذا أثبت أن النتائج الضارة في عملية نقل وزرع الأعضاء تعد غير متوقعة وضعيفة الاحتمال طبقاً للفحوصات الطبية التي أجريت عليهما¹. وتتفني علاقة السببية² بصفة عامة بأحد العوامل الأربعة والمتمثلة في: القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، خطأ الغير، وخطأ الضحية أو المضرور.

1 - إذا أثبت المتبرع أو المريض الخطأ الطبي والضرر، فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، ويكون للطبيب أن يقوم بنقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، تكون المحكمة هي المختصة في رقابة مدى توافر علاقة السببية، التي تعد من المسائل الواقعية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية التي نقضت جميع الأحكام التي لم توضح توافر علاقة السببية، كما جعلت لنفسها الحق في الرقابة والتقدير. انظر: عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 153 - 154.

2 - تنص المادة 127 من ق.م.ج على أنه: « **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك** ».

أ - القوة القاهرة:

تعرف القوة القاهرة على أنها: « كل حادث غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه¹، ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا² ». كما تعرف القوة القاهرة بأنها: « كل فعل أجنبي لا يد للإنسان فيه، كالحوادث الطبيعية والحروب إلى غير ذلك من المسائل غير المتوقعة³ ». ويعتبرها الفقيه Latournerie بأنها قوة تتجاوز الإرادة الإنسانية، كما لو توفي المريض على إثر رعد مفاجئ أو هزة أرضية⁴.

يشترط في القوة القاهرة التي تقطع علاقة السببية الشروط التالية:

- أن يكون مصدر الضرر فعل خارجي أي حدث خارج إرادة الطبيب الجراح أو المستشفى العام كحدوث فيضانات مثلا.
- أن يكون الحادث غير متوقع.
- استحالة دفع الحادث أو مقاومته.

ف عند توافر هذه الشروط تتقطع علاقة السببية وبالتالي تنعدم المسؤولية، فتتوافر القوة القاهرة يعنى الجراح أو المستشفى من المسؤولية سواء كانت على أساس الخطأ أو بدون خطأ، كسقوط المريض فوق طاولة العمليات إثر هزة أرضية، أو وفاة المريض إثر عملية جراحية نتيجة رعد مفاجئ وانقطاع التيار الكهربائي، ما أسفر عنه توقف كل أجهزة الإنعاش الاصطناعي⁵.

ب - الحادث الفجائي:

يقصد بالحادث الفجائي أو المفاجئ، كل حادث متصل بنشاط من تدعي مسؤوليته، غير معروف ومن ثم غير متوقع ومستحيل مقاومته، وإذا كان الرأي الغالب يذهب إلى عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي وجعلهما أمرا واحدا، ويؤديان إلى النتائج نفسها،

1 - POUILLAUDE Augo-Bernard, Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative, thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, Paris, 2011, p 359.

2 - نقلا عن: رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، مرجع سابق، ص 193.

3 - نقلا عن: العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط 3، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 120.

4 - MANSART Beatrice, La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, thèse de doctorat en droit, l'Université Panthéon, Sorbonne, Paris, 1999, p 397.

5 - عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 87.

إلا أن القضاء الإداري يميز بينهما على أساس أن القوة القاهرة ترجع إلى أسباب خارجية عن الشيء، أو النشاط الذي تقوم به الإدارة كالفيضانات والزلازل وغيرها، فهي كل حادث لا ينسب إلى فعل الإنسان، أما الحادث الفجائي فهو يرجع إلى أسباب داخلية تتصل بممارسة النشاط كانهجار آلة مثلاً¹.

من المتفق عليه فقها وقضاء أنّ توافر الحادث الفجائي يترتب عليه الإعفاء من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ دون أن يمتد إلى الإعفاء من المسؤولية بدون خطأ.

ج - خطأ المريض:

يقصد بخطأ المريض ذلك الانحراف الذي يحدث منه ويؤدي إلى حدوث الضرر أو استحقاقه² تنتفي علاقة السببية متى كان خطأ المضرور أي المريض هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، سواء كان هذا الفعل خطأ أم عمداً، إذ يتحمل وحده تبعة هذا الضرر فيسقط حقه في التعويض³، وتنتفي بذلك المسؤولية عن الطبيب المعالج أو المستشفى. كما لو تعمد المريض الكذب على الطبيب بعدم تعاظيه المطلق لأي نوع من الأدوية، أو إخفائه لمرضه المزمن وبالتالي عدم إتباع أي علاج مسبق، مما يضلّل الطبيب فيقع في خطأ التشخيص. وكذا في وصفه لعلاج مضر بصحته وذلك بناء على المعطيات التي صرح بها. ومن أمثلة خطأ المريض تناوله لأشياء منعها عنه الطبيب بصفة قاطعة مبينا له آثارها السلبية عليه، أو عدم اتباع نصائح وتوجيهات الطبيب المعالج، وهو ما يقطع رابطة السببية بين فعل الطبيب والضرر الحاصل⁴.

1 - وفي هذا الصدد يرى الأستاذ Deuz أنه: « لا يمكن من الناحية المنطقية أن يترتب الحادث المفاجئ مسؤولية مرتكب الضرر في مجال المسؤولية القائمة على الخطأ واجب الإثبات، أما في مجال الخطأ المفترض فلا يمكن أن يؤدي الحادث الفجائي ذات الدور، باعتبار أن مرتكب الفعل يمكنه أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات انعدام أو عدم تحقق الخطأ ». نقلا عن: بومدين سامية، مرجع سابق، ص 244.

2 - بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2015، ص 170.

3 - تنص المادة 127 من ق.م.ج على أنه: « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ بسبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ».

4 - كشيدة الطاهر، مرجع سابق، ص 156.

قد يساهم خطأ المريض إلى جانب خطأ الطبيب أو المستشفى في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة فإن خطأ المريض لا ينفي مسؤولية الطبيب أو المستشفى بشكل كلي وإنما يخفف منها، وهو ما نصت عليه المادة 177 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه».

د - خطأ الغير:

يقصد بالغير¹ الذي تنتفي بفعله مسؤولية المدعى عليه، ذلك الشخص أو الأشخاص غير الخاضعين لرقابة المدعى عليه أو التابعين له، كما لو قام أحد أقارب المريض أو أصدقائه بإعطائه جرعة دواء زائدة، خلافا لما تضمنته الوصفة الطبية وتعليمات الطبيب المعالج، فتلحق ضررا بصحة المريض، ففي هذه الحالة لا يسأل الطبيب عن هذه الأضرار لانعدام رابطة السببية بين الفعل الضار وعمله. أو أن يكون الضرر اللاحق بالمريض المنفصل عن المستشفى لا يعود سببه، لا إلى مستخدم هذا المرفق ولا إلى المرفق نفسه، بل يرجع إلى شخص من الغير، كأن يكون خطأ طبيب من غير مستخدم المستشفى أو خطأ مستشفى آخر، فهنا تنتفي علاقة السببية بين الضرر والفعل الضار، فلا مسؤولية على المستشفى.

أما إذا ساهم فعل الغير إلى جانب خطأ المسؤول سواء كان طبيبا أو مرفقا عاما في نشوء الضرر، فإن هذا المسؤول قد يسأل وقد لا يسأل بحسب ما إذا كان خطأ الغير يستغرق خطئه أو لا، أي قد يعفى من المسؤولية تماما وقد يتحملها جزئيا².

1 - لا يؤثر خطأ الغير كثيرا على انقطاع علاقة السببية في حالة المسؤولية بدون خطأ، في حين يظهر دوره جليا في المسؤولية على أساس الخطأ. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة مسؤولية المستشفى، يجب معرفة المقصود بالغير بالنسبة للطبيب من جهة وللمستشفى من جهة أخرى، فيقصد بالغير بالنسبة للطبيب كل شخص غير المريض، كأحد أقربائه أو أصدقائه إذا قاموا بتصرفات تضر بصحة المريض، كما قد يكون الغير طبيبا آخر أو ممرض أو مساعد في نفس المستشفى. أما بالنسبة للمستشفى فالأمر يختلف، فالغير هنا كل شخص غير المريض وغير العاملين والأطباء التابعين له. راجع في ذلك: عميري فريدة، مرجع سابق، ص 257.

2 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 88. انظر كذلك: كشيدة الطاهر، مرجع سابق، ص 157.

المبحث الثاني

أحكام جبر الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعتبر الدعوى إجراء قانوني لجبر الضرر اللاحق بالمريض أو ذويه، فهي الوسيلة التي يستطيع بموجبها المضرور حماية حقه في التعويض جراء تضرره من التدخل الطبي أو الخدمة الطبية التي تلقاها من المستشفى. لذا يجب على المضرور رفع دعوى قضائية ضد مرتكب الفعل الضار للحصول على التعويض، وذلك أمام الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى التعويض، مع مراعاة الإجراءات الواجبة في ذلك (المطلب الأول).

يعد التعويض النتيجة الحتمية وجزاء المسؤولية المدنية، وللقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض المستحق للمضرور، من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية وكذا تقدير مقدار التعويض من يوم وقوع الضرر، على ألا يزيد مقدار التعويض عن الضرر ولا يقل عنه. ولكن ليس للقاضي أن يختار من عناصر تقدير التعويض ما يريده، ويغفل عما يريد إغفاله فرغم سلطة القاضي الواسعة في ذلك، إلا أنها ليست مطلقة، بل هي مقيدة كونه يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأحكام الخاصة بالتعويض

يعد التعويض في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية مسألة في غاية الأهمية، فهو يهدف إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور. ورغم ذلك لم يعرف المشرع الجزائري التعويض على غرار معظم التشريعات الأخرى، لكن الفقه اجتهد في ذلك، لذا وجب الرجوع إلى مختلف التعريفات التي قدمت للتعويض، سواء لغة أو اصطلاحاً أو قانوناً (الفرع الأول).

يمثل التعويض الأثر المباشر المترتب عن تحقق مسؤولية مرتكب الفعل الضار، فبمجرد إثبات المضرور شروط قيام المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ينشأ حقه في الحصول على التعويض عن طريق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى قضائية هي دعوى التعويض، فيتعين على المضرور رفع دعواه وفقاً للإجراءات والشروط المنصوص عليها في القوانين الإجرائية، وأمام الجهات القضائية المختصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التعويض

لم يهتم المشرع الجزائري بتعريف التعويض، بل بيّن الأحكام القانونية المتعلقة به، فقد نص على أحكام التعويض في المواد 124 إلى 133، ومن المواد 182 إلى 187 من القانون المدني. ويعرف التعويض¹ على أنه جزء المسؤولية المدنية للطبيب وذلك في حالة تحقق كافة أركانها، لذا يجب التطرق إلى تعريف التعويض (أولاً) والبحث عن الأضرار المعوض عنها (ثانياً)، وكذا دراسة أنواع التعويض (ثالثاً).

أولاً - تعريف التعويض:

يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي لحق بالمضرور، وقد تعددت التعاريف المتعلقة بالتعويض، سواء من الناحية الاصطلاحية، أو من الناحية الفقهية، أو من الناحية القانونية، وكذا في المجال الطبي.

أ - التعويض اصطلاحاً:

يعرف التعويض على أنه التزام بدفع الضرر الذي لحق الغير في ماله، أو ضياع المنافع عليه، ويستوي أن يكون الضرر جزئياً أو كلياً ليستوجب التعويض² وهو إزالة الضرر إما عينياً بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو بدفع مبلغ من النقود تعويضاً عنه، ويدعى التعويض المدني تمييزاً له عن التعويض العقابي³.

1 - التعويض لغة: يعني الخلف والبدل، بمعنى العوض والجمع أعواض وعاضه بكذا عوضاً، أي أعطاه بدل ما ذهب منه، فهو عائن، واعتاض منه: أخذ العوض، واعتاض فلاناً: سأله العوض. نقلاً عن: حادي شفيق، مرجع سابق، ص 229.

2 - عوين لبنة، "سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الطبي"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 07، العدد 01، 2024، ص 358.

3 - تمثل العقوبة الجزاء الجنائي الذي يقره المشرع عن المسؤولية الجزائية، ويوقع القاضي على من تثبت مسؤوليته في ارتكاب جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات، كأن يقوم الطبيب مثلاً بإفشاء أسرار المريض، فهذا الفعل يشكل جريمة معاقب عليها بنص المادة 301 من ق.ع.ج سالف الذكر، والعقوبة حق للدولة لا يمكن التنازل عليه وتكون مالية أو سالبة للحرية.

أما التعويض في المسؤولية المدنية فهو جزء مدني عن قيام مسؤولية المسؤول، يترتب على كل من ألحق ضرراً بخطئه أو دون خطأ كما في حالة المسؤولية الموضوعية، فيقدر التعويض بقدر الضرر المراد جبره، مع الأخذ بالظروف الملائمة له. انظر: زنون عمار، تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، 2022، ص 42.

والتعويض هو جزاء الانحراف الملموم في السلوك الذي سبب ضررا، بالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته كل الأضرار الناتجة عن هذا الانحراف، أي التعويض العادل¹.

ب - التعويض فقها:

يرى الفقه أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الضرر، باعتباره مجرد وسيلة لجبره، إذ عرف التعويض بأنه: « مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر، تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كان نتيجة طبيعية لوقوع الضرر »². فالتعويض حسب هذا التعريف، هو وسيلة القضاء لجبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، وذلك بإزالة الضرر أو التخفيف منه، فرضه القانون على كل من سبب بفعله ضررا للغير.

وعرفه الأستاذ السنهاوي على أنه: « ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه ما أصابه بضرر، فهو جزاء المسؤولية ». وعرفه البعض الآخر على أنه: « تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر إلى ما كان عليه، بإعادة المضرور على حساب المسؤول إلى الحالة التي كان مفروضا، أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار »³.

ج - التعويض قانونا:

اهتمت أغلب تشريعات الدول المقارنة بحماية مصلحة المضرور، وضمان تعويضه عما أصابه من أضرار، وهو ما كرّسه المشرع الفرنسي في نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁴. ولم يعرف المشرع الجزائري التعويض، واكتفى بالإشارة في المادة 124 من القانون المدني إلى أنّ كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويصيب الغير بضرر فيلتزم بتعويض هذا الضرر. فاستنادا إلى نص هذه المادة يمكن القول بأن التعويض هو الأثر المترتب عن صدور الفعل الضار، والمتمثل في التعويض، فهذا الأخير عبارة عن إزالة الضرر إما عينا بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، أو بدفع مبلغ من النقود تعويضا عنه، ويدعى التعويض المدني⁵.

1 - عشوش كريم، مرجع سابق، ص 208.

2 - نقلا عن: عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 197.

3 - نقلا عن: عميري فريدة، مرجع سابق، ص 260.

4 - L'Article 1382 du code civil dispose : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

5 - لفقيري عبد الله، "أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 07، العدد 01، 2016، ص 354 - 355.

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري عند صياغته للمادة 124 من ق.م.ج باللغة الفرنسية استعمل مصطلح "الإصلاح: وليس "التعويض"، ومصطلح الإصلاح هو الأدق والأوسع معنى من مصطلح التعويض. لذا نرجو من المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 124 مع استعمال مصطلح "الإصلاح" لأنه الأدق والأشمل.

فجاء النص كالآتي:

« *Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

د - التعويض في المجال الطبي:

فيمكن تعريفه على أنه الآلية القانونية التي كفلها المشرع للمضروب من خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى، لجبر الضرر المرتكب.

ثانيا - ضرورة جبر الأضرار الناتجة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

يستطيع المضروب من خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر سواء كان ماديا، أو معنويا، أو تقويت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

1 - التعويض عن الضرر المادي:

يشمل التعويض عن الضرر المادي، الضرر الجسماني¹ والضرر المالي الذي لحق

1 - يعرف الضرر الجسدي أو الجسماني على أنه كل أذى يمس الشخص في بدنه، يترتب عن الاعتداء على جسم الإنسان بأي نوع من أنواع الاعتداء، كالجروح والإصابات المختلفة. وهذا الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، قد يقع على حق الشخص في الحياة فيزهق روحه، أو على مبدأ التكامل الجسدي، أو الحق في السلامة الجسدية فيمس بدنه بالأذى ليسبب له عجزا جسمانيا. لذا نجد أنّ للضرر الجسدي صور هي:

1- الضرر الجسدي المفضي للوفاة، ونعني به الضرر الذي ترتبت عنه الوفاة، ويعد أشد أنواع الضرر.
2- العجز الجسدي، ويتمثل في تلك الإصابة التي تصيب جسد المريض وما يترتب عنه من عجز جسماني، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم، أو انتقاص من وظائفه، أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل، فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم، بمعنى إصابة المريض نتيجة خطأ الجراح، أو بسبب سوء العلاج الذي يتلقاه في المستشفى بعاهة مستديمة.

3- كما قد يجتمع الضرر الجسدي والمالي معا، فيمتد الضرر الجسدي بآثره إلى المصلحة المالية أو الاقتصادية للمضروب، كمختلف المصاريف التي ينفقها من تكاليف العلاج، أو الأجر الذي ضاع منه خلال فترة العلاج، وكذا مختلف الآثار التبعية للإصابة التي تعرض لها، وهو ما يسمى بالضرر المالي. انظر: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 375. انظر كذلك: يحيوي يوسف، بوشاشي سماح، "الأضرار الطبية بين المسؤولية المدنية والأنظمة الخاصة بالتعويض"، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الخامس حول: حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، المنظم من طرف جامعة أدرار، يومي 09 و10 ديسمبر 2015، ص 03.

بالمتبرع أو المريض المتلقي نتيجة خطأ الجراح أو المستشفى. يشترط للتعويض عن الضرر المادي الذي لحق بالمضرور، أن يكون محققاً، ومباشراً أي ناتجاً عن خطأ الطبيب أو المستشفى، وأن يمثل إخلالاً بحق أو مصلحة مالية للمضرور¹. كما ينتقل حق التعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور إلى الورثة دون قيد أو شرط، سواء كان المضرور قد حصل على حكم نهائي به قبل وفاته أو لم يكن، وسواء طالب به أو لم يطالب، وهو ما يعرف بالضرر المرتد. ففي حالة بقاء المضرور على قيد الحياة، فإن الأضرار المرتدة التي يمكن أن تلحق بالأقرباء، يمكن المطالبة بالتعويض عنها، فمن حرم من الإعالة له أن يطالب بالتعويض عنها.

فإذا أدت الإصابة إلى نقص في قدرات المتبرع أو المريض المتلقي وعدم قدرته على إعالة عائلته، فلهؤلاء أن يطالبوا بالتعويض عما فقدوه كونهم متضررين بالارتداد. وفي حالة وفاة المضرور يكون انعكاس الوفاة على الغير الذي تربطه بالمتوفى رابطة خاصة، بيد أنه لو بقي هذا الأخير على قيد الحياة لاكتسب حقاً في التعويض عن مصاريف ونفقات قد تكبدها، بالتالي فإن الحق الذي نشأ له قبل وفاته يؤلف عنصراً إيجابياً في ذمته المالية، فينتقل إلى الورثة².

2 - التعويض عن الضرر المعنوي:

جاءت المادة 124 من ق.م.ج. للتعويض عن جميع أنواع الضرر دون تحديدها بدقة، لكن بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم (05-10) سالف الذكر، فقد نص المشرع الجزائري على التعويض عن الضرر المعنوي بموجب المادة 182 مكرر من ذات القانون والتي تنص على أنه: « **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة** ». لكن يعاب على المشرع الجزائري في حصره للضرر المعنوي في المساس بالحرية والشرف والسمعة دون ذكر أضرار أخرى قد تلحق بالمريض في المجال الطبي، كالتعرض إلى عاهات وتشوهات جراء سوء استخدام الآلات والأجهزة الطبية.

كما أشار المشرع الجزائري إلى التعويض عن الضرر الأدبي بموجب المادة 4/4 من

1 - محمود سعد رفاعي عبد الدايم، مرجع سابق، ص 436.

2 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 264.

قانون الإجراءات الجزائية الجديد¹، التي تنص على أنه: «تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر، سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية، ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع المتابعة الجزائية»².

3 - التعويض عن تفويت الفرصة:

يقصد بتفويت الفرصة حرمان الشخص من فرصة كان بالإمكان أن تعود عليه بالكسب، نتيجة للفعل الضار الذي قضى على احتمالية تحقيق الفرصة. والتعويض عن تفويت الفرصة، يعني تعويض المضرور عن ضرر غير مؤكد، وهو في المجال الطبي فرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، بل وفرصة للكسب والنجاح في الحياة³، كالشخص الذي سبب للمريض تشوهاً إثر تدخله الجراحي، ففي هذه الحالة فقد فوت هذا الجراح فرصة للمريض في العيش بطريقة عادية، وسبب له الآلام النفسية التي سيعيش بها المضرور لبقية حياته.

لم يشر المشرع الجزائري إلى التعويض عن تفويت الفرصة في نصوص القانون المدني ولا القوانين الأخرى، رغم كون الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق. واكتفى بنص المادة 1/182⁴ من ق.م.ج التي نصت على أن التعويض يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب. فمصطلح الكسب واسع، لذا ففوات الكسب يشمل عدم الشفاء، فقد الحياة أي الموت، وحتى النجاح في الحياة أو العيش بطريقة عادية دون آلام أو معاناة أو عجز.

1 - قانون رقم 25-14 مؤرخ في 03 أوت 2025، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. ج. ج عدد 54، صادر بتاريخ 13 أوت 2025، والذي بموجبه تم إلغاء الأمر رقم 66-155 وكل تعديلاته.

2 - جاء نص المادة 4/3 من القانون القديم من ق.إ.ج (الملغى) كالآتي: «تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية». والملاحظ أن المشرع عوّض مصطلح جثمانية بمصطلح جسمانية، وأعتقد أنه حسنا فعل المشرع لأنه مصطلح أدق مقارنة مع مصطلح جثمانية.

3 - مازة حنان، "حق المتضرر من الخطأ الطبي في المطالبة بالتعويض"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، المجلد 08، العدد 01، 2023، ص 76.

4 - تنص المادة 1/182 من ق.م.ج على أنه: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ...».

يخضع تقدير الضرر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مراعيًا في ذلك مدى الكسب الذي ضاع من المضرور جراء تفويت الفرصة، كما يختلف تفويتها عن ضياع الكسب، إذ أن الضياع هو ضرر محقق، لذا يكون التعويض بمقدار الكسب الذي ضاع، أما تفويت الفرصة فيتمثل الضرر فيه بضياعها لا بضياع النتيجة. وقد أخذ القضاء الجزائري بفكرة تفويت فرصة الشفاء في قرارها الصادر بتاريخ 26 أبريل 1992، أين حملت المحكمة العليا المسؤولية للمرفق العام بالإهمال في علاج سيدة بسبب نزيف الولادة، وقد بنت المحكمة قرارها على أساس تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة للمتوفية¹.

ثالثا - التعويض بمقابل عن الأضرار الناتجة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

نظرا لكون التعويض العيني² عسير في مجال المسؤولية الطبية عامة، وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة³، فالغالب أن يكون التعويض بمقابل، وبصفة خاصة على شكل نقدي، فهو الصورة المعمول بها في التعويض عن المسؤولية التقصيرية، وقد يكون التعويض غير نقدي يتناسب مع الضرر الحاصل.

1 - التعويض النقدي:

يعتبر التعويض النقدي الصورة الأكثر شيوعا في مجال المسؤولية التقصيرية، فالأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجملا يدفع للمضرور دفعة واحدة أو على شكل أقساط،

1 - مازة حنان، مرجع سابق، ص 77.

2 - يقصد بالتعويض العيني إصلاح الضرر العيني الحاصل الذي تسبب فيه المسؤول أي المدعى عليه، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، ويعتبر هذا التعويض الطريقة المثلى لتعويض المضرور، بمحو وإزالة الضرر اللاحق به. والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا وهو ما أكدته المادة 164 من ق.م.ج، وطلبه الدائن أو تقدم به المدين وهو ما أكدته المادة 2/132 من ق.م.ج، والتي تنص على أنه: «... على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه...».

3 - يعد التعويض العيني في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نادر الوقوع إن لم نقل مستحيلا، كون أن الخطأ مثلا في استئصال الكلية السليمة للمريض بدلا من الكلية التالفة لا يمكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وإجبار الجراح على التنفيذ العيني، كون ذلك مستحيل. لذا يبقى التعويض النقدي هو الحل الأنسب في حالات الضرر الناتج عن الخطأ الطبي بصفة عامة، وعن الخطأ في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بصفة خاصة. كما أن طبيعة الضرر الناجم عن الأخطاء في مجال نقل وزرع الأعضاء لا تقبل التعويض العيني، فالجراح الذي يتلف بخطئه عضو المتبرع لا يمكن أن يلزمه القاضي بردّ هذا العضو كما كان، أو أن يزرع مكانه عضوا آخر، كما أن الضرر المعنوي الناجم عن عدم الأخذ برضا المستقبل للعضو عن العملية يستحيل تعويضه عينا.

وإما أن يكون إيرادا مرتبا للمضرور لمدة معينة أو مدى الحياة¹ ويعرف التعويض النقدي على أنه المقابل المالي الناتج عن العمل غير المشروع، فيتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمضرور، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا. فالنقود وسيلة للتبادل وكذلك وسيلة للتقويم، ويجب أن يكون التعويض مساويا للضرر فلا يزيد ولا ينقص عنه، لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر². وهو ما أخذ به القضاء الجزائري³ بموجب القرار الصادر عن مجلس الدولة الصادر في 2003/06/03، حين ألزم مستشفى عين تيموشنت بأن يدفع مبلغ 1.500.000 دج، تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق بالمضرور⁴.

يحكم القاضي في أغلب الحالات بأن يدفع للمضرور مبلغ التعويض دفعة واحدة وهو ما يفضل هذا الأخير، إذ يمنح له حرية التصرف في المبلغ المتحصل عليه، في حين يفضل المدين مرتكب الفعل الضار أن يكون المبلغ الذي سيدفعه للمضرور، على شكل أقساط أو إيراد مرتب مدى الحياة، مما يسهل له الدفع أو ربح المدة المتبقية إذا ما توفي المريض⁵.

قد يصاب المضرور في جسمه مما ينتج عنه الإصابة بعجز يمنعه من العمل لمدة معينة من الزمن، فيحكم القاضي بتعويض على شكل أقساط حتى يشفى ويعود إلى العمل⁶، كما لو كسر ذراع المريض نتيجة سقوطه فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، فتستوجب هذه الإصابة مكوثه في المستشفى للعلاج لفترة زمنية معينة، مما يعطله عن العمل خلال تلك الفترة، وهذا سيعرقله عن دفع تكاليف العلاج ومتطلبات المعيشة بسبب عجزه عن

1 - كوسة حسين، النظام القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2016، ص 201.

2 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 268. انظر كذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 211.

3 - قضت المحكمة العليا بإلزام مستشفى قالمة بأدائه مبلغ 200.000 دج، كتعويض عن جميع الأضرار نتيجة الأخطاء التي ارتكبتها الطبيب التابع له أثناء إجرائه عملية جراحية، حيث قضت بما يلي: « حيث إنه نظرا لنسبة العجز الجزئي الدائم ونظرا لمدة العجز المؤقت عن العمل ونظر للأضرار الأخرى، يتعين إذن رفع المبلغ إلى 200.000 دج عن كافة الأضرار ». قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ 1997/07/20، رقم الملف 122754، غير منشور. مذكور لدى: كوسة حسين، مرجع سابق، ص 201.

4 - قرار مجلس الدولة، رقم 6788، مؤرخ في 03 جوان 2003، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تيموشنت)، ضد (ورثة م م)، نشرة القضاة، عدد 63، الجزائر، 2008، ص ص 387 - 392.

5 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 222.

6 - بجماي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 79.

العمل. وبالرجوع إلى نص المادة 132 من ق.م.ج، نجد أن القاضي يعين طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، فللقاضي سلطة تقدير طريقة التعويض دون أن يتوقف على طلب المضرور.

يعد التعويض المقسط صورة من صور التعويض النقدي يدفع على شكل أقساط يحدد مددها وعددها، شكلها ومبلغها، كأن تدفع أسبوعيا أو شهريا أو أن تكون على أربعة أو خمسة دفعات حتى يشفى المريض من إصابته، وتمثل مجموع هذه الدفعات التعويض المحكوم به على المسؤول، ويلتزم هذا الأخير بدفعها في وقتها، ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منه¹.

أما إذا كان العجز دائما، فيحكم له القاضي بمرتب مدى الحياة، لأن الضرر الناشئ عن هذا العجز لا يظهر بهيئته الكاملة مباشرة، بل يستمر إلى غاية وفاة المضرور. كما لو قام الطبيب خطأ باستئصال كلية المريض أو بتر ساقه السليمة بدلا من المصابة، فهذا الضرر يتمثل في عجز جسماني دائم أقعده عن العمل، وما صاحب هذا العجز من نقص في ذمته المالية، فيحكم القاضي لصالح المضرور بإيراد مرتب لمدى الحياة، ما دام المضرور على قيد الحياة، ولا ينقطع إلا بوفاته.

يجوز للقاضي أن يطلب من المسؤول المدعى عليه أن يقدم تأمينا، وذلك في حالة التعويض المقسط أو التعويض في شكل إيراد مرتب حسب ما تضمنه منطوق الحكم. ومبلغ التأمين عبارة عن مبلغ مالي يقوم المسؤول وهو الطبيب أو المستشفى بدفعه إلى شركة التأمين، إذا أمّن على مسؤوليته، فتقوم شركة التأمين بدورها بدفع تعويض إلى المضرور في صورة دفعات مقسطة².

كما يكون التعويض بمقابل في التعويض عن تفويت الفرصة، أين يجد مجالا واسعا لتطبيقاته في نطاق المسؤولية الطبية، وهو يختلف عن الضرر الجسماني الناشئ عن الخطأ الطبي، فقد ورد عن قضاء محكمة النقض الفرنسية بأن تعويض الفرصة، يجب أن يقدر فقط بقدر الفرصة الضائعة، ولا يجب أن يساوي المزايا التي كانت ستجلبها هذه الفرصة لو كتب لها أن تتحقق³، فيأخذ بعين الاعتبار الأضرار الناشئة عن التدخل الطبي، مقارنة بتلك التي يمكن أن تقع في حالة العدول عنه، إذا ما تم تبصير المريض بالعواقب⁴.

1 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 268.

2 - عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 225.

3 - Cass. 1^{ère} Civ., 9 Avril 2002, n° 00-13314. Consultez le lien suivant: www.legifrance.gouv.fr

4 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 212.

2 - التعويض غير النقدي:

قد يتعذر على القاضي في بعض الحالات الحكم بالتعويض النقدي، ولا يبقى أمامه سوى الحكم بالتعويض بالمقابل غير النقدي، وهي طريقة قليلة الحكم بها من طرف القضاء، إلا أنه يجوز للمضروب المطالبة بها، وللقاضي أن يستجيب له إذا رأى حاجة لذلك، كما يجوز لهذا الأخير أن يحكم بها من تلقاء نفسه إذا تبين له من ظروف القضية، إمكانية هذا النوع من التعويض¹.

يحكم القاضي بالتعويض غير النقدي في الدعاوى المرفوعة ضد الطبيب على المساس بشرف واعتبار المريض، كحالات السب والقذف وكذا حالات إفشاء أسرار مريضه. فيجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بنشر الحكم الذي قضى بإدانة الطبيب المدعى عليه في الصحف، أو بالاعتذار من المريض في الصحف أو الجرائد أو مختلف وسائل الإعلام الأخرى وتكذيب الإشاعات، إلى غيرها من وسائل يتاح من خلالها رد الاعتبار الشخصي للمضروب، ويعد هذا النشر بمثابة تعويض غير نقدي عن الضرر الأدبي، وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال المادة 2/132 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: «... أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع».

الفرع الثاني

إجراءات رفع دعوى التعويض

يحق لطرفي عملية نقل وزرع العضو البشري سواء المتبرع أو المريض عند التضرر من جراء خطأ الجراح أو المستشفى العام، وكان الخطأ السبب المباشر في الضرر اللاحق بهما، رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بجبر الضرر، متى كانا على قيد الحياة، أو خلفهما العام في حالة وفاتهما، وتدعى هذه الدعوى بدعوى التعويض والتي تعد الوسيلة القانونية للتعويض عن الضرر اللاحق. لذا سنحاول أن ندرس أطراف دعوى التعويض (أولاً)، ثم ننتقل إلى الجهة القضائية المختصة للنظر في دعوى التعويض (ثانياً)، وتقادم دعوى التعويض (ثالثاً).

أولاً - أطراف دعوى التعويض:

متى توافرت أركان المسؤولية أصبح مرتكب الخطأ ملزماً بالتعويض عما أصاب المريض المضروب من ضرر، عليه فتتمثل أطراف دعوى التعويض في المدعي (المضروب)،

1 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 233.

والمدعى عليه (الطبيب أو المستشفى أو شركة التأمين).

1 - المدعي (المضرور):

يقصد بالمدعي المضرور في المسؤولية الطبية بصفة عامة، المريض أو خلفه أو من يمثله قانونا كالوكيل والنائب والقيم والوصي، والأصل أن الحق في التعويض عن الضرر الطبي ينتقل بالخلافة¹.

يبادر المدعي برفع دعوى التعويض أمام القضاء، وهو المتضرر الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، سواء كان هذا الضرر مباشرا، أو ارتدى عليه من ضرر أصاب غيره. فالمدعي في دعوى التعويض عن الخطأ الطبي، هو المضرور الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ، فالمريض أو المتبرع في عمليات نقل وزرع الأعضاء المتضرر يثبت له هذا الحق، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، وفي حالة وفاته فإن الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه.

يشترط في المدعي لمباشرة دعوى التعويض أن تتوفر فيه شرط الصفة² والمصلحة³ وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 1/13 و 2 من ق.إ.م.إ⁴، والتي تنص على أنه: « لا يجوز

1 - حادي شفيق، مرجع سابق، ص 208.

2 - تعرف الصفة على أنها صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية، سواء بنفسه أو عن طريق ممثله القانوني بموجب نص قانوني صريح، كصفة تمثيل الوكيل أو القاصر. ويقصد بتوافر الصفة لدى المدعي في المجال الطبي، أن يكون المريض هو المضرور شخصيا نتيجة خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى، أما إذا كان قاصرا فينوب عنه وليه أو وصيه فتتوافر الصفة لدهما للمطالبة بالتعويض نيابة عنه، أو ورثته في حالة وفاته أين يطالبون بحقوقهم وليس بحقوق مورثهم. انظر: عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 287. كذلك: العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص 44.

3 - يقصد بالمصلحة الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى، فلا تقبل الدعوى حين لا تعود بفائدة على رافعها رغم ثبوت الحق له، ويشترط في المصلحة أن تكون مشروعة سواء كانت قائمة أو محتملة. يقصد بالمصلحة القائمة، تلك المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز قانوني متوفر فيه ومتواجد وحاضر أثناء رفع الدعوى، ويكون ذلك كقاعدة عامة عندما يكون الضرر قد وقع فعلا. وتكون المصلحة مادية كما لو أصيب المريض بعجز جسماني، أو مالية كإصابته بضرر مالي كنفقات العلاج، وتكون المصلحة معنوية في حالة المساس بشرف واعتبار المريض، كما في حالة إفشاء الطبيب لأسرار مريضه.

أما المصلحة المحتملة فتكون في حالة عدم وقوع الاعتداء، ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، إنما يتحقق مستقبلا أو لا يتحقق مستقبلا أو لا يتحقق أبدا، والمصلحة التي يقرها القانون طبقا لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ، هي التي يكون الهدف منها منع وقوع ضرر محتمل أي هي دعوى وقائية. انظر: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 160 - 161.

4 - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.

لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يشير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه .»

كما يجب أن يكون المدعي بالغاً سن الرشد وهو 19 سنة كاملة، وأن يكون كامل الأهلية ومتمتعاً بقواه العقلية، وليس به عارض من عوارض الأهلية¹.

2 - المدعى عليه:

يقصد بالمدعى عليه الشخص المسؤول عن الضرر الذي لحق بالشخص المضرور، وهو الذي ترفع ضده الدعوى القضائية قصد إلزامه بالتعويض عن الأضرار التي سببها بخطئه. فترفع دعوى التعويض على الطبيب الجراح المسؤول على الفعل الضار، فيسأل عن خطئه الشخصي، أو عن خطأ مساعديه، وكذا الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة التجهيزات الطبية.

قد يكون المدعى عليه **المستشفى** إذا كان الطبيب تابعاً له، وهذا طبقاً لنص المادة 136² من ق.م.ج. والمتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، خصوصاً وأن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجرى فقط في المستشفيات العمومية. فيسأل المستشفى العمومي عن نشاطات الموظفين العاملين به وعن كل الأعمال الضارة بالمرضى والمتصلة به، كونه الشخص المعنوي الممثل لكل الموظفين بداخله، أين يتمتع بالصفة القانونية طبقاً للمادة 50³ من ق.م.ج.، ففي حالة ثبوت الخطأ المرفقي أو المسؤولية الموضوعية، فترفع الدعوى ضد المستشفى كونه يمثل الطرف المدعى عليه، بصفته مؤسسة ذات طابع إداري⁴، وتوجه الدعوى ضد مدير المستشفى باعتباره الممثل القانوني له في مباشرة الإجراءات القضائية⁵.

في بعض الحالات يتعدد المسؤولون عن الأضرار التي لحقت بالمريض، كون أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يجريها فريق طبي، فإذا كانت مسؤوليتهم عقدية جاز

1 - راجع المواد 40، 42 و43 من ق.م.ج.

2 - تنص المادة 136 من ق.م.ج. على أنه: « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع .»

3 - راجع المادة 50 من ق.م.ج.

4 - راجع المواد 800 و801 و804 من ق.إ.م.إ.

5 - عباسي كريمة، مرجع سابق، ص 160.

للمضرور رفع الدعوى على كل واحد منهم، باعتبار أن كل واحد منهم مسؤولاً عن الضرر الذي تسبب فيه، أما إذا كانت المسؤولية تقصيرية فإنه وفقاً للمادة 126¹ من ق.م.ج، يكونون مسؤولين عن الفعل الضار مسؤولية تضامنية في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض.

كما قد يكون المدعى عليه شركة التأمين (المسؤول المدني)، إذ يلزم المشرع الجزائري المؤسسات الصحية وكل ممارسي المهن الطبية أن يكتتبوا تأميناً على مسؤوليتهم، وهو ما أكدته المادة 296 من ق.ص.ج التي تنص على أنه: « يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ». وكذا المادة 167 من القانون المتعلق بالتأمينات رقم 95-07² والتي تنص على أنه: « يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ».

تضيف المادة 169 من قانون التأمينات المذكور أعلاه على أنه: « يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له ».

ثانياً - الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى التعويض:

تخضع دعوى التعويض لقواعد الاختصاص القضائي والتي تعني مجموع القواعد الإجرائية التي تحدد ولاية كل جهة قضائية، أما الاختصاص القضائي فيقصد به ولاية جهة قضائية معينة في الفصل في الدعوى دون غيرها³، ويقصد به سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، وقد يكون الاختصاص نوعياً أو إقليمياً.

1 - راجع المادة 126 من ق.م.ج.

2 - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج. ر. ج. ج عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدل ومتمم.

3 - العيش فضيل، مرجع سابق، ص 89.

1 - الاختصاص النوعي لدعوى التعويض:

يقصد بالاختصاص النوعي سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوى معينة، أي يتم تحديد الاختصاص النوعي بالنظر إلى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع. والمبدأ العام أن قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام، أي لا يجوز مخالفتها، ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، وهو ما نصت عليه المادة 36 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « **عدم الاختصاص النوعي من النظام العام، تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى** ».

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد الاختصاص النوعي سواء بالنسبة للقضاء العادي أو القضاء الإداري. فيمكن أن يرفع المدعي المضرور دعواه أمام القضاء العادي، كما يمكنه رفعها أمام القضاء الإداري، ولكنه ليس مخيرا في هذا حيث يستوجب عليه توجيه دعواه حسب طبيعة المدعى عليه، الذي قد يكون شخصا طبيعيا كالطبيب، أو شخصا معنويا كالعيادة الخاصة، فهنا توجه الدعوى إلى القضاء العادي، أما إذا كان المدعى عليه شخصا معنويا عاما كالمستشفى العام فتوجه الدعوى إلى القضاء الإداري¹.

أ - اختصاص القضاء العادي (المدني):

يختص القضاء العادي بالنظر في دعوى التعويض الناجمة عن الأخطاء الشخصية للجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، سواء تمت بين الأحياء أو من الموتى، فيرفع المضرور سواء كان متبرعا أو مريضا أو ذوو الحقوق الدعوى أمام القسم المدني للمحكمة²، للمطالبة بالتعويض تحت ضمان المسؤول المدني للطبيب، فقد يكون المسؤول المدني في القضاء العادي شركة التأمين نسبة للتأمين عن الأخطاء المهنية، كما قد يكون صندوق الضمان الاجتماعي في حالة انتساب المضرور لها³.

يرفع المضرور دعواه أمام القسم المدني لدى المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار، وذلك طبقا لنص المادة 2/39 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « **في مواد تعويض الضرر عن جنائية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار** ».

1 - حادي شفيق، مرجع سابق، ص 209.

2 - تنص المادة 1/32 من ق.إ.م.إ على أنه: « **المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام** ».

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 153.

الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار».

مما سبق، يمكن القول إنه يؤول الاختصاص إلى القسم المدني سواء كانت الدعوى مدنية أو كانت دعوى مدنية تبعية¹، ويقصد بهذه الأخيرة تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية من حيث الإجراءات الخاضعة لها ومن حيث مصيرها، ذلك أن تبعتها من حيث الإجراءات تعني أن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي تخضع له الدعوى المدنية التبعية وليس قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعني تبعتها من حيث مصيرها أن القضاء الجزائي ملزم بالفصل في الدعويين العمومية والمدنية التبعية بحكم واحد².

فقد يقوم المدعي المضرور من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء كان متبرعا أو مريضا، بتحريك دعوى عمومية ضد الجراح نتيجة خطئه الذي يشكل جريمة، كإفشاء الجراح لأسرار المتبرع أو المريض، وفي الوقت نفسه يرفع دعوى مدنية أمام القاضي المدني، فإذا التمس الجراح أمام القاضي وقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، فالقاضي ملزم بالاستجابة لطلب هذا الأخير طبقا لقاعدة "الجزائي يوقف المدني"، كما يكون القاضي ملزم بحجية الحكم الجزائي على المدني، وذلك لتفادي صدور حكمين متناقضين، إلا أن ارتباطه ليس مطلقا بل يرد عليه قيدين أساسيين:

1 - لا يتقيد القاضي المدني بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي للوقائع، كحالة وفاة المريض المتلقي أثناء خضوعه لعملية زرع العضو، وصدر الحكم الجزائي ببراءة الجراح فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجزائي، بل عليه الأخذ بالتكييف المدني الذي يفترض التقصير من جانب الجراح.

2 - لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجزائي إلا بالوقائع الضرورية لصدور الحكم، ويستبعد جميع الوقائع غير الضرورية³.

1 - يختص بالدعوى المدنية بالتبعية قسم الجرح أو المخالفات على مستوى المحكمة من الدرجة الأولى، وذلك طبقا لنص المادة 04 الفقرتين 1 و2 من ق.إ.ج التي تنص على أنه: «يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام الجهة القضائية الجزائية».

وتكون هذه الجهة القضائية مختصة أيا كان الشخص الطبيعي أو المعنوي المعتبر مسؤولا مدنيا عن الضرر».

2 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 173.

3 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 165.

وتأكيداً على مبدأ التقاضي على درجتين، فيجوز للمضروع من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استئناف الحكم الصادر عن المحكمة من الدرجة الأولى أمام الغرفة المدنية للمجلس القضائي، طبقاً لنص المادة 34 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، ولو كان وصفها خاطئاً ». وتصدر المجالس القضائية قرارات نهائية تكون واجبة التنفيذ، حتى ولو تم الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا، وهذا طبقاً لنص المادة 361 من ق.إ.م.إ.¹

ب - الاختصاص النوعي للقضاء الإداري:

يختص القضاء الإداري بالفصل في دعاوى التعويض المرفوعة ضد المستشفيات جراء الأخطاء الطبية من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتبار أن هذه الأخيرة تجرى في المستشفيات العمومية، وهو ما أكدته المادة 366² من ق.ص.ج.

متى ثبت قيام الخطأ المرفقي للمؤسسات العمومية الاستشفائية، وكانت الوقائع ذات طابع إداري محض، فإنه يمكن مساءلة هذه المؤسسات بواسطة ممثلها القانوني أمام الجهات القضائية الإدارية والمتمثلة في المحاكم الإدارية³. فتعد المحاكم الإدارية هي المختصة بالنظر في دعاوى التعويض المرفوعة ضد المستشفى العام باعتباره مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁴ وهو ما أكدته المادة 800⁵ من ق.إ.م.إ، وبالتالي يختص القضاء الإداري وحده بالنظر في دعاوى المسؤولية المرفوعة، ضد

1 - تنص المادة 361 من ق.إ.م.إ على أنه: « لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير ».

2 - تنص المادة 366 من ق.ص.ج على أنه: « لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها ... ».

3 - عمارة مخطارية، "الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية"، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غيليزان، العدد 08، 2017، ص 410.

4 - راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 07-140، المتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها.

5 - تنص المادة 800 من ق.إ.م.إ على أنه: « المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها ».

الأطباء والمساعدين في المستشفيات العامة بسبب أخطائهم التي يرتكبونها أثناء قيامهم بعملهم، ولكن بشرط أن لا ينفصل ذلك الخطأ عن الخدمة الصحية المطلوب أدائها، كما يسأل المستشفى عن الأخطاء المرفقية¹.

يكمّن الهدف في جعل القضاء الإداري هو المختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد الطاقم الطبي، هو حمل الإدارة على تغطية الأخطاء الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمالهم داخل المؤسسة الصحية. فالأرجح أن يرفع المضرور وضمانا لحصوله على حقه، دعوى التعويض ضد المستشفى العام، كون أن هذا الأخير ميسور الحال فينبغي عليه الرجوع على المتبوع وهي إدارة المستشفى أمام القضاء الإداري، ويعود المستشفى العام على

1 - يعرف الخطأ المرفقي على أنه: « خطأ موضوعي ينسب إلى المرفق مباشرة على اعتبار أن هذا المرفق قد قام بارتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه، فسواء أمكن إسناد الخطأ إلى موظف معين أو تعذر ذلك، فإنه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون، ومن ثم فهو وحده الذي قام بارتكاب الخطأ ». ويعتبر الخطأ مرفقيا كلما نشأ عن إهمال من إدارة المرفق، أو نقص في التنظيم الإداري مثلا، أو تقصير في تجهيزه بالوسائل الضرورية في هذا المجال، ويمكن أن ينشأ كذلك من إخلال في المتابعة أو المراقبة أو سوء كفاءة الأجهزة المستعملة.

تتمثل صور الخطأ المرفقي في المستشفى العمومي في:

1 - الأداء السيء للخدمة الطبية العامة: تتحقق هذه الصورة حين يؤدي المستشفى خدماته الطبية ولكن بشكل سيء يتعارض مع ما تستوجبه العناية الطبية اللازمة، كسوء التنسيق بين الوحدات والأقسام العلاجية، الإخلال بالمناوبات، سوء التسيير الإداري، سوء أداء الخدمات والأنشطة الطبية.

2 - عدم أداء المستشفى للخدمة الطبية: تتحقق هذه الصورة في إحجام الإدارة عن القيام بعمل يجب عليها القيام به قانونا، ولا يحق للمرفق أن يتمسك بضعف إمكانياته، إذ يجب أن يتوفر على الإمكانيات اللازمة حتى يفي بالغرض الذي أنشأ من أجله، فيمكن اختصار حالات هذه الصورة في:

أ - رفض المستشفى العلاج وذلك حين يمتنع هذا الأخير لنشاطاته الطبية، كرفض استقبال المريض ومعالجته، أو عدم قبوله بالمصالح العلاجية بهذا المرفق.

ب - الإخلال بحق المريض في مواصلة العلاج، فلا يجب على المستشفى أو أحد مصالحه التذرع بأي سبب من الأسباب لإيقاف العلاج، كنقص في الإمكانيات أو في الأطباء المتخصصين.

3 - تأخر المستشفى العام في أداء خدماته: وتتحقق هذه الصورة في التأخير في إجراءات استقبال المرضى ومباشرة علاجهم، إذا دعت حالتهم للتدخل الاستعجالي الضروري، أو التأخر في الأطباء المتخصصين، كما يعتبر الإخلال بنظام المداومة والمناوبة الطبية في المستشفيات العمومية حالة من حالات التأخير في أداء الخدمة الطبية، لاسيما المناوبة الطبية والشبه الطبية، والتي هي مقررة أساسا لضمان التكفل الطبي الجراحي والعلاجي. نقلا عن: عميري فريدة، مرجع سابق، ص ص 85 - 91.

الجراح بدعوى مستقلة تسمى بدعوى الرجوع أو الحلول، أي الرجوع على الموظف بما دفعه من تعويض على أساس خطئه الشخصي¹.

أوردت المادة 802² من ق.إ.م.إ استثناءً على اختصاص المحكمة الإدارية في الفصل في دعوى المسؤولية، والمتمثل في الضرر الناتج عن مخالفات الطرق أو عن مركبة تابعة للمستشفى، أين يؤول الاختصاص إلى القضاء العادي رغم توفر المعيار العضوي، كذلك إذا نتج الضرر عن الخطأ الشخصي للطبيب الموظف بالمستشفى منقطع الصلة عن الخدمة العامة، كقيامه بعلاج مصاب إثر حادث مرور في الطريق العام، أو قيامه بعلاج جاره بمنزله، فيؤول الاختصاص في هذه الحالات للقضاء العادي.

يتم استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام المحاكم الإدارية للاستئناف المستحدثة بموجب المادة 179 من دستور 2020، والمادة 07 من القانون رقم 13-22³ والتي أضافت المادة 900 مكرر التي تنص على أنه: « تختص المحكمة الإدارية للاستئناف بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

وتختص أيضا بالفصل في القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

وتختص المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر بالفصل كدرجة أولى في دعاوى إلغاء وتفسير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.»

1 - يعرف الخطأ الشخصي على أنه تصرف العون العمومي الذي يرمي من خلاله إلى الإيذاء وتوليد الضرر، فإن كانت النية ظاهرة فيسهل الكشف عنها، أما إذا كانت النية مستترة فيصعب التعرف عليها، وهنا القاضي يستعمل معيار الغرض المستهدف منه، وي طرح السؤال التالي: "تصرف العون بهدف تحقيق مصلحة المرفق أو بهدف آخر ذو طبيعة شخصية".

نقلا عن: لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 47.

2 - تنص المادة 802 من ق.إ.م.إ على أنه: « خلافا لأحكام المادتين 800 و 801 أعلاه، يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية:

1 - مخالفات الطرق.

2 - المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.»

3 - قانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 جويلية 2022، يعدل ويتم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 48، صادر في 17 جويلية 2022.

ويتم الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية أمام مجلس الدولة طبقاً لنص المادتين 1902¹ و 903² من ق.إ.م.إ رقم 08-09 المعدل والمتمم.

إذا ساءت الحالة الصحية للمتبرع أو المريض، فيمكن للمضرور المطالبة باتخاذ إجراءات وتدابير استعجالية تحفظية، كأن يأمر رئيس المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة³ بموجب أمر على عريضة، بتعيين خبير طبي لإثبات حالته وذلك وفقاً لنص المادة 939 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: «يجوز لقاضي الاستعجال، ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع، بموجب أمر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يعين خبيراً ليقوم بدون تأخير، بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية.

يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور.»

2 - الاختصاص الإقليمي لدعوى التعويض:

تهتم قواعد الاختصاص الإقليمي بتوزيع القضايا على أساس جغرافي بين مختلف الجهات القضائية من النوع نفسه، وقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي لكل من القضاء العادي والقضاء الإداري.

أ - الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي:

نصت على الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي المادتين 37 و 38 من ق.إ.م.إ، فالقاعدة العامة هي أنه يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة

1 - تنص المادة 902 من ق.إ.م.إ على أنه: «يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

كما يختص أيضاً كجهة استئناف، بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة.»

2 - تنص المادة 903 من ق.إ.م.إ على أنه: «يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية.

يختص مجلس الدولة كذلك، في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة.»

3 - تنص المادة 920 من ق.إ.م.إ على أنه: «يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية

المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساساً خطيراً وغير مشروع بتلك الحريات.

يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب.»

اختصاصها موطن المدعى عليه حسب المادة 37¹ من ق.إ.م.إ، وفي حالة تعدد المدعى عليهم، فيؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، حسب المادة 38² من ق.إ.م.إ.

لكن إذا تعلق الأمر بالخدمات الطبية، فالاختصاص الإقليمي يؤول للمحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج، وهو ما نصت عليه المادة 5/40³ من ق.إ.م.إ ولا يعد الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي من النظام العام، فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، كما يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في المادة 40⁴ من ق.إ.م.إ.

ب - الاختصاص الإقليمي للقضاء الإداري:

تنص المادة 803 من ق.إ.م.إ على أنه: « يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و38 من هذا القانون ». يتضح من نص هذه المادة أنه ترفع الدعوى الإدارية أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم ترفع أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

لكن حسب المادة 55/804 من ق.إ.م.إ، وخلافاً للمادة 803 المذكورة أعلاه، ففي مادة الخدمات الطبية، فيؤول الاختصاص الإقليمي في دعوى التعويض عن خطأ المستشفى

1 - تنص المادة 37 من ق.إ.م.إ على أنه: « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ».

2 - تنص المادة 38 من ق.إ.م.إ على أنه: « في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم ».

3 - تنص المادة 5/40 من ق.إ.م.إ على أنه: « في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج ».

4 - راجع المادة 40 من ق.إ.م.إ.

5 - تنص المادة 5/804 من ق.إ.م.إ على أنه: « في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات ».

للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات أي مكان تواجد المستشفى.

وعلى العكس من الاختصاص الإقليمي في القضاء العادي، فإن هذا النوع من الاختصاص في القضاء الإداري هو من النظام العام، ولا يجوز مخالفته طبقاً للمادة 807¹ من ق.إ.م.إ، فيثيره القاضي من تلقاء نفسه، كما يحق لأي طرف إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وهذا ما أكدته المادة 47² من ق.إ.م.إ.

ثالثاً - خضوع دعوى التعويض للتقادم:

يعتبر التقادم وسيلة قانونية يستعملها المدعى عليه في شكل دفع للتخلص من المسؤولية المدنية والتزامه بالتعويض³. فهو نظام يقوم على أساس الصالح العام فيما يعرف بمبدأ استقرار المعاملات، ومن ثم لا يكون للدائن أن يطالب مدينه بالتعويض في أي وقت شاء، 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 نهائياً⁴.

ووفقاً للقواعد العامة، فإن قضايا التعويض غير مقيدة بأجل ما دامت الدعوى لم تتقادم⁵، وتتقادم دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بمضي 15 سنة، وذلك طبقاً لنص المادة 133 من ق.م.ج التي تنص على أنه:

1 - تنص المادة 807 من ق.إ.م.إ على أنه: « الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام.

- يجوز الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى.

- يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي ».

2 - تنص المادة 47 من ق.إ.م.إ على أنه: « يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعد القبول ».

3 - السعدي محمد صبري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، القسم الأول مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 143.

4 - مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص 127.

5 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 75670، المؤرخ في 13/01/1991، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 02، 1996، قسم الوثائق، الجزائر، ص 127، أين قضت: « قضايا التعويض غير مقيدة بأجل ما دامت الدعوى لم تتقادم بعد ».

« تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار ». وهي المدة التي أشارت إليها أيضا المادة 308¹ من ق.م.ج.

عليه، فأمام المضرور أو ذوي حقوقه ميعاد 15 سنة لرفع دعوى التعويض، وتسري من تاريخ وقوع الخطأ، أو تاريخ اكتشافه أو اكتشاف الآلام سواء أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري، وهو ما ذهب إليه اجتهاد مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/01/31² أين جاء في حيثياته ما يلي: « حيث يستخلص من أوراق الملف بأن العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأن هذه الدعوى لم ترفع إلا في سنة 1995، حيث أن الدعوى حركت عند اكتشاف الآلام بسبب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، بالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي يصبح الدفع غير جدي وينبغي ألا يؤخذ بعين الاعتبار ».

يتبين أن الدعوى تتقادم بانقضاء 15 سنة، ولا فرق في تقادم دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني

دور القاضي المدني في تقدير التعويض

يتمتع القاضي بحرية في تكوين قناعته لتحديد التعويض اللازم لجبر الضرر المترتب من خطأ الجراح أو المستشفى حسب الأحوال، فعند رفع المضرور دعوى التعويض أمام الجهة القضائية المختصة، يقوم قاضي الموضوع بتكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، ومن ثم تحديد مقدار التعويض عنه دون رقابة المحكمة العليا، ويكون ذلك بناء على معايير معينة، ولكون الأخطاء الطبية ذات طبيعة فنية، فقد يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالخبرة الطبية للكشف عنها (الفرع الأول).

1 - تنص المادة 308 من ق.م.ج على أنه: « يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ... ».

2 - قرار المجلس الدولة الصادر بتاريخ 2000/01/31، في قضية مدير القطاع الصحي (شي قيفارة) بمستغانم ضد بن سليمان فاطمة. نقلا عن: خضير عبد القادر، مرجع سابق، ص 70.

يشترط أن يكون التعويض المقدر من طرف قاضي الموضوع بقدر الضرر اللاحق بالمضرور وجسامته، فلا يزيد عنه ولا يقل، ولقاضي الموضوع السلطة الواسعة في تقدير التعويض، وإذا كان التحقق من وقوع الضرر ومداه مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وتحديد عناصره بطريقة تفصيلية من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا (الفرع الثاني).

الفرع الأول

كيفية تقدير التعويض

يجد التعويض أساسه في حدوث الضرر، فقد تقوم المسؤولية المدنية دون خطأ، ولكن لا يمكن قيامها إلا بوجود الضرر لاستحقاق التعويض، ويستند القاضي في تقديره للتعويض على معايير معينة (أولاً). كما قد يلجأ إلى الاستعانة بخبير طبي للكشف عن الأخطاء الطبية الفنية، مع الإشارة إلى عدم تقيد القاضي بتقرير الخبرة الطبية، فله أن يأخذ به وله أن يستبعده (ثانياً)، وفي حالة ثبوت خطأ الجراح أو المستشفى، يقوم القاضي بالحكم بالتعويض على كل منهما بحسب الأحوال، غير أنه تقوم شركة التأمين بتغطية الأخطاء الواقعة من الجراح أو المستشفى، حتى يتسنى للمضرور الحصول على التعويض (ثالثاً).

أولاً - معايير تقدير التعويض:

يجب أن يكون التعويض الذي يحكم به القاضي لصالح المضرور كاف لجبر الضرر الذي قد لحق به، فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه، فتناسب التعويض مع الضرر من أهم الشروط التي يجب توافرها عند تقدير التعويض. وقد حدد المشرع الجزائري المعايير التي يستند عليها القاضي، وذلك طبقاً لنص المادتين 131¹ و 182 من ق.م.ج، والمتمثلة في معيار الضرر المباشر، معيار الظروف الملائمة، ومعيار تغير الضرر.

1 - معيار الضرر المباشر:

يقدر التعويض بمقياس الضرر المباشر، فسواء كان التعويض عينياً أو بمقابل، نقدياً أو غير نقدي، ومهما كانت صورته، فيقدر بمعيار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، سواء

1 - تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه: « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير ».

كان الضرر ماديا أو معنويا، متوقعا أو غير متوقع، حالا أو مستقبلا ما دام محققا. ويقدر التعويض في المسؤولية العقدية والتقصيرية على أساس الضرر، غير أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما التعويض في المسؤولية العقدية فيشمل الضرر المباشر المتوقع، ما عدا حالي الغش والخطأ الجسيم¹.

يشمل الضرر المباشر عنصري الخسارة التي تلحق بالمضرور، والكسب الذي فاتته، ويتحقق ذلك في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وهو ما أكدته المادة 182 من ق.م.ج التي تنص على أنه: «... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب...». وإذا طبقنا هذه المادة في المجال الطبي، فالمريض المصاب بعجز جسماني نتيجة الفعل الضار المرتكب من طرف الجراح أو المستشفى، يتحصل على تعويض عما لحقه من ضرر وألم نفسي، وما أنفقه من مصاريف قصد العلاج، وهو ما نستخلصه من عبارة ما لحقه من خسارة، كما يستحق التعويض عما فاتته من كسب بسبب نقص دخله، إذا كان عاملا يتقاضى أجرا فلن يتحصل عليه نتيجة هذه الإصابة².

يتم تعويض المصاب بضرر نتيجة خطأ طبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، عما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب، فإذا كان المضرور عامل وتسبب ذلك الخطأ في قعوده عن العمل، فيدخل في الكسب الفائت ما كان سيجنيه المضرور من عمله طوال مدة قعوده عن العمل، كما أن الخسارة التي قد تلحق بالمضرور قد تكمن في ضياع فرصة الشفاء نتيجة إتلاف العضو من طرف الطبيب الجراح الذي لم يحافظ على العضو المنزوع.

2 - تأثير الظروف الملائمة:

يقصد بالظروف الملائمة التي ذكرتها المادة 131 من ق.م.ج سالف الذكر، الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المضرور، لا تلك المتعلقة بالمسؤول، وتتعلق هذه الظروف الشخصية بحالة المضرور الصحية والعائلية والمالية، فيجب على القاضي أن يدخل الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور عند تقدير التعويض الذي يستحقه، فيقدر التعويض على أساس ذاتي وليس على أساس موضوعي، إذ يأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمضرور، ويقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه، والأضرار التي سببها هذا الفعل.

1 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 181.

2 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 211.

ففي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، يجب الأخذ بعين الاعتبار حالة المريض المستقبل قبل التدخل الجراحي، إذا أدى خطأ الجراح إلى تدهور الحالة الصحية له، بالنظر إلى الحالة التي كان عليها قبل التدخل الجراحي، وكذا في حالة إتلاف عضو المتبرع وعدم قدرة الجراح من استغلاله نتيجة إهماله وتهاونه، وعدم اتباعه للأصول العلمية الثابتة لضمان استغلال العضو في عملية الزرع¹.

أما الحالة الاجتماعية للمضروب فيظهر من خلال الأخذ بعين الاعتبار الحالة العائلية له، فمن يعول زوجة وأولاد يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه. كما يؤخذ بعين الاعتبار الحالة المالية للمضروب، ولا يقصد بذلك بأن المضروب إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير، فالضرر واحد سواء أصاب الغني أو الفقير، وإنما الذي يدخل في الاعتبار هو اختلاف الكسب الفائت للمضروب بسبب الإصابة التي لحقت به².

كما لا يعتد عند تقدير التعويض بجسامة الخطأ المرتكب من قبل المسؤول، كون أن المسؤولية المدنية هدفها جبر الضرر، لا معاقبة المسؤول، فمهما كان الخطأ جسيماً أو يسيراً فالتعويض لا يكون إلا بقدر الضرر، غير أنه من الناحية العملية فإن القضاء عادة ما يدخل في حسابه عند تقدير التعويض، جسامة الخطأ الصادر من المسؤول فيميل في الزيادة فيه، وإلى التخفيف من التعويض إذا كان الخطأ يسيراً.

وقد ذهبت المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى الاعتداد بالظروف والملابسة للمضروب دون المسؤول، حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 1993/01/06³ ما يلي: « وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك ذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص، سن الضحية ونشاطه المهني ودخله الدوري أو أجره... ».

1 - بن عاطي مراد، مرجع سابق، ص 165.

2 - عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 311. انظر كذلك: صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 214.

3 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 87411، الصادر بتاريخ 1993/01/06، نشرة القضاء، عدد 50، ص 55.

3 - مراعاة الضرر المتغير:

قد لا تستقر الإصابة الجسدية التي لحقت بالمريض نتيجة الفعل الضار للطبيب أو المستشفى، فقد يتفاقم الضرر ويصبح أشد خطورة مما كان عليه سابقاً، لذا يستطيع أن يتغير الضرر من يوم وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، كما لو كسرت ساق المريض إثر سقوطه على طاولة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهو تحت التخدير، وعند مطالبته بالتعويض كانت إصابته قد تطورت وتخلّف عنها عاهة مستديمة، كما لو تعفنت الساق ما استوجب بترها، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يدخل في حسابه تطور الإصابة، من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم، فيقدّر الضرر على أنه عاهة مستديمة¹. كما قد يخف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم، كأن يصبح الضرر أقل مما كان عليه، فيعتد القاضي بذلك عند تقديره للتعويض، عليه، فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أو خف.

أما إذا لم يتغير الضرر وبقي ثابتاً منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم، ولكن الذي تغير أو انخفض هو سعر القيمة النقدية الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بصفة عامة، وذلك منذ وقوع الضرر، فالعبرة بالسعر منذ وقوع الضرر². إذا قام المضرور بإصلاح الضرر بماله الخاص، فيحق له أن يرجع بما دفعه فعلاً، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم، وإذا طالب المضرور بعد الحكم له بالتعويض تعويضاً جديداً، واستجابت المحكمة لذلك دون تبيان التغير الذي طرأ على حالته نتيجة تفاقم الضرر، فإن الحكم يستوجب النقض، وهو ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1983/03/03³، فقضى بأنه: « يستخلص من القرار المطعون فيه وأوراق الملف والتقارير الطبي، أن حالة الضحية لم تتغير ولم يتفاقم ضررها عما كان عليه في السابق، هذا ولما قضى مجلس قضاء جيل بمنح تعويض جديد للمطعون ضده، دون أن يبين التغير الذي طرأ على حالة الضحية، والعناصر التي تظهر تفاقم العاهة المستديمة بها، فإنه يكون قد خرق قوة الشيء المقضي فيه مما يعرض قراره للنقض ».

يكون الضرر في بعض الحالات متغيراً، بحيث لا يمكن تقديره بصفة نهائية وقت

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1101.

2 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 183.

3 - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1983/03/03، ملف رقم 23615، مذكور لدى: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 215.

النطق بالحكم، فللقاضي أن يحتفظ للمضروب بالحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض، وغالبا ما يستعين القاضي في ذلك بخبير¹.

ثانيا - ضرورة لجوء القاضي للخبرة:

خول المشرع للقاضي الاستعانة بكافة الوسائل التي تخول له تقدير التعويض، ومنها الاستعانة بالخبراء الطبيين، وذلك قصد الكشف عن الأخطاء الطبية الفنية المرتكبة من طرف الطبيب الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، لعدم إلمام القاضي بمعطيات الفن الطبي، بالتالي لا يستطيع مواجهة هذه الأخطاء ويتعذر عليه الوصول إلى تكييف سليم لمدى صحة عمل الجراح الفني وفقا لثقافته العامة لتقدير خطئه، وهذا ما يفرض عليه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء.

ولا يقوم الخبير الطبي بمهمته إلا بأمر من القاضي، مع احتفاظ هذا الأخير بحقه في الأخذ بهذه الخبرة من عدمه.

1 - دور الخبير في الكشف عن الأخطاء الطبية الفنية:

يلجأ القاضي إلى أهل الخبرة من الأطباء للفصل في مدى خروج الطبيب الجراح عن السلوك الفني المألوف، ويعتبر هذا من الإجراءات الضرورية التي يتوجب عليه اتخاذها². فيعد الخطأ الطبي الجراحي خروجاً عن الأصول الفنية، ومخالفة لقواعد مهنة الطب والجراحة، وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يتصدى مباشرة لمناقشة وتكييف وتقدير خطأ الجراح، لعدم إلمامه بالمعرفة الطبية الكافية، لذا وجب عليه الاستعانة بالخبرة الطبية³ من الأطباء والجراحين، قصد توضيح الأمور الغامضة له في النزاع ومعرفة مدى خطأ الجراح من عدمه.

1 - عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 311.

2 - BOUSSOUF HAMANA Naziha, "L'expertise en matière de la responsabilité médicale", Revue Sciences Humaines, université Mentouri, Constantine, n°3, Algérie, 2009, p 9.

3 - تعرف الخبرة الطبية على أنها العلم الذي يسخر المعارف الطبية لفائدة الإجراءات القانونية، وهذا معناه أن مهمة الطبيب الخبير هي تبصير العدالة، باعتباره خبيراً مختصاً أو مستشاراً فنياً في ميدانه، عليه أن يقدم وجهة النظر الطبية حول المسألة المطروحة من الناحية التقنية (الفنية) بكل نزاهة وأمانة علمية، وذلك بالإجابة عن الأسئلة المطروحة من طرف السلطة القضائية المكلفة، هذه الأخيرة التي تبقى تتمتع بالاستقلالية التامة وعدم الإلتزام بما ورد في تقرير الخبرة الطبية، التي تبقى مجرد رأي استشاري شريطة أن توضح أسباب عدم الأخذ بنتائج هذه الخبرة. نقلا عن: بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 255.

تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب الخبير الذي يعينه القاضي، لتقدير الحالة الجسدية أو العقلية للشخص وتحديد سببها، مع تقييم الأضرار والآثار التي لحقت بالمريض، سواء كانت جنائية أو مدنية¹، لتقدير التعويض المستحق له من جانب مرتكب الخطأ. وقد نص المشرع الجزائري على كيفية تعيين الخبير الطبي، وطريقة عمله وحالة استبداله في القسم الثامن من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والخاص بالخبرة²، حيث يقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بكل دقة، لأن تحديد مهامه يدخل ضمن اختصاص القاضي³. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/03/11⁴، حيث جاء فيه: « إن اختيار وتعيين خبير من اختصاص القاضي وفقاً لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر ».

أخضع المشرع الجزائري الخبير لمجموعة من الالتزامات التي يجب عليه التقيد بها أثناء أدائه لمهمته المسندة إليه من قبل القاضي، إذ أوجب على كل طبيب خبير قبل الشروع في إنجاز أي عمل خبرة، إخطار الشخص المعني بهذه المهمة⁵، وأكد من جهة أخرى على أنه لا يمكن أن يكون الطبيب الخبير في الوقت نفسه طبيباً خبيراً وطبيباً معالماً للمريض نفسه، ولا يجوز له قبول مهمة من شأنها أن تعرض للخطر مصالح أحد زبائنه، أو أصدقائه، أو أقاربه، أو أية جهة تطلب خدماته، أو حتى مصالحه الشخصية⁶، وهو ما نص

1 - وهو ما نصت عليه المادة 95 من أ.م.ط.

2 - كما أفرد المشرع الجزائري بنداً خاصاً في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة، وذلك من المادة 95 إلى المادة 99. وقد عرفت المادة 95 من هذا القانون الخبرة على أنه: « تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية ».

3 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 191.

4 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2003/03/11، رقم 362397، المجلة القضائية، عدد 01، 2003، ص 239.

5 - تنص المادة 96 من أ.م.ط على أنه: « يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير، قبل الشروع في أي عملية خبرة، أن يخطر الشخص المعني بمهمته ».

6 - بوخرس بلعيد، "الخبرة القضائية في مجال المسؤولية المدنية الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2018، ص 135.

عليه المشرع الجزائري في نص المادة 97 من م.أ.ط¹، وفي حالة الرفض دون مبرر شرعي قد يتعرض للشطب من قائمة الخبراء.

يجب على القاضي الذي يعين خبيراً طبياً ذكر الأسباب الداعية لإجراء الخبرة، فعليه تسبيب حكمه معلناً ضرورة وأهمية هذا الإجراء²، كما يجب عليه أن يقوم بتحديد المهام الموكلة للخبير بكل دقة³، وفي الإطار الفني البحث مع مراعاة مسألة الاختصاص، إذ لا يمكن تعيين طبيب مختص في أمراض النساء للقيام بخبرة على مريض أصيب بكسر في ساقه. وإذا كان تعيين الخبير في الدعوى يخضع للسلطة التقديرية للقاضي من ضرورة إجراء هذا التقرير من عدمه، إلا أنه إذا تعلق الأمر بمسألة فنية بحتة، كانت الخبرة الطبية الوسيلة الوحيدة التي يملكها الخصم لإثبات ما يدعيه، فيستجيب له القاضي دون اعتراض طالما لا يوجد ما يمنع ذلك، إذ لا توجد وسيلة أخرى للإثبات، كما أن هذا الإجراء يتعلق بحقوق الدفاع، فيأمر به القاضي بموجب حكم قبل الفصل في موضوع النزاع⁴.

يتم تحديد مهمة الخبير من قبل القاضي وفقاً لموضوع النزاع ونطاقه، وبصفة عامة يمكن القول بأن هذه المهمة تتصرف إلى بحث الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقاً للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، ومدى الإهمال والخطأ الذي ارتكبه الجراح، وهل من الممكن تجنبه من طرف جراح يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الجراح المسؤول. كما يجب على

1 - تنص المادة 97 من م.أ.ط على أنه: « لا يمكن أحداً أن يكون في ذات الوقت طبيباً خبيراً وطبيباً معالجاً أو جراح أسنان خبيراً وجراح أسنان معالجاً لنفس المريض ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر مصالح أحد زبائنه أو أحد أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته، وكذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر ».

2 - يتم تعيين الخبير بموجب قرار كتابي ولا يمكن أن يتم ذلك شفاهة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 78863، الصادر بتاريخ 1991/09/29، المجلة القضائية، العدد 03، 1992، والذي قضى بأنه: « من المقرر قانوناً أن الأمر بإجراء خبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضاة المجلس عند وضعهم القضية للتقدير أمروا بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يكونوا بذلك قد خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه... ».

3 - DAPOGNY Bernard, Les droits des victimes de la médecine, édition de Pints fleuri, France, 2009, p 415.

4 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 263.

الطبيب الخبير أن يبحث فيما إذا كانت الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة للمرض ومضاعفاته، أم كانت نتيجة للعلاج الذي وصفه الجراح محل المساءلة، ليبين بعد ذلك مدى الأضرار التي لحقت بالمريض من جراء فعل الجراح¹.

يشترط في الخبير الطبي أن ينفذ مهمته شخصياً، وعليه احترام المهلة المحددة له لإيداع تقرير الخبرة، إلا إذا حصل على مهلة إضافية². كما يجب عليه أن يكون مستقلاً عن الأطراف المتخاصمة، وألا ينحاز إلى أي طرف مع وجوب احتفاظه على جميع المعلومات التي اطلع عليها أثناء تنفيذ مهمته أي الحفاظ على السر المهني³، وإلا توبع بمقتضى المادة 301 من ق.ع.ج سالفه الذكر⁴.

إن إعداد الخبير لتقريره لا يعني الفصل النهائي في الدعوى المدنية المرفوعة أمام القاضي المدني⁵، فله أن يعتد بهذه الخبرة وله أن يستبعداها.

2 - مدى اعتداد القاضي بتقرير الخبرة الطبية:

رغم كون الخبرة الطبية تتعلق بأمور فنية بحتة، فهذا لا ينفي السلطة التقديرية للقاضي الذي يمكن له الأخذ بها كلياً أو جزئياً، كما له أن يستبعداها مسبباً ذلك في كونها غير ملزمة له، فعند انتهاء الخبير الطبي من إعداد تقريره، يقدمه أمام المحكمة خلال الآجال القانونية المحددة له، وعندها يقوم القاضي بدراسة التقرير ومناقشته، فإذا رأى أن الخبير لم ينجز كل مهامه، أو قام بها على نحو غير لائق، فيمكن له أن يأمر باستبعاد الخبرة، وتعيين خبير آخر للقيام بنفس المهام، كما له أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية يتولاها نفس الخبير أو خبير غيره.

1 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 193.

2 - GODFRYD Michel, L'expertise médicale, PUF, Paris, 1991, p 22.

3 - راجع المواد 36 إلى 41 والمادة 99 من م.أ.ط.

4 - راجع المادة 301 من ق.ع.ج.

5 - تنص المادة 298 من ق.إ.م.إ على أنه: «الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الأمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت».

لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه.

لا يترتب عن هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع».

تقتصر مهمة الخبير إذن على إبداء الرأي حول المسائل الفنية دون سواها¹، فإذا قدر القاضي أن رأي الخبير مشكوك فيه، ففي كثير من الحالات يصعب على القاضي العثور على خبير مستعد لتقديم تقرير يدين زميلا له، وهذا ما يعرف بحالة ضم الصفوف والذي يقصد به التضامن المهني بين الطبيب الخبير والطبيب أو الجراح محل المسألة². ومتى ثبت للقاضي الذي يتفحص تقرير الخبير، مثل هذا التضامن وتستتره عن أفعال الجراح المسؤول، والذي يعد قصورا في شرف ونزاهة المهنة من جهة، وتزويرا وتغليظا للجهة الفضائية التي عينته من جهة أخرى، وجب على القاضي عدم الأخذ بتقرير الخبير، وإدانته أشد إدانة³.

لا يلتزم القاضي بالأخذ برأي الخبير، لأنه لا يمكنه أن يقضي بغير اقتناعه الشخصي بشرط أن تكون هناك أسباب قوية لمخالفة رأيه، وهو ما أكدته المادة 144 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه: « يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة ».

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة .»

حتى لو كان لآراء الخبراء تأثير كبير على قرارات القضاء، إلا أنها لا تفرض عليهم، كون أن الخبرة الطبية لا تعدو أن تكون عنصرا من عناصر الإثبات الخاضعة لسلطة القاضي⁴، لذا يجب أن يكون كل من القاضي والخبير الطبي مشبعين بالمعرفة اللازمة كل في مجاله الخاص به، فما

1 - يتعين على القاضي تحديد مهمة الخبير الطبي والتي يجب أن تنحصر في تقدير المسائل الفنية البحتة، دون الأخطاء الظاهرة الواضحة التي لا تحتاج إلى توغل منه للكشف عنها. كما لا يجوز للخبير الطبي إبداء رأيه في مسائل قانونية، فيتعين عليه الالتزام بالإجابة على النقاط المحددة في قرار تعيينه دون تجاوزها، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1985/11/20، على أنه: « من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي، مثلا إجراء تحقيق وسماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصاءها بنفسه دون المسائل القانونية ». قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 34653، صادر بتاريخ 1985/11/20، قضية (م. م) المولودة (ب. ب) ضد (م. ط)، حول موضوع المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية ما تنحصر في جمع المعلومات الفنية فقط التي تساعد القاضي على حسم النزاع، وتصور القضية بصفة أعم وأشمل، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1989، ص ص 71 - 73.

2 - مازة حنان، مرجع سابق، ص 84.

3 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 269. انظر كذلك: قاسمي محمد أمين، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019، ص 314.

4 - إن استبعاد القاضي لتقرير الخبرة لا يعني إمكانية تدخله في الأعمال الطبية الفنية للطبيب، لأنها ليست من اختصاصه، فلا يجب أن يتعدى حدود اختصاصه القضائي.

يتوصل إليه الخبير من إثبات الواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة، ولا بد أن تقترن بوجهة نظر قانونية لكي تكتسب وجهة نظره قيمة فعلية في مجال الإثبات، وما يمارسه القاضي من سلطة بشأن تقدير رأي الخبير، يتمثل في الرقابة القانونية على الرأي العلمي أو الفني، فيعتبر الفصل في تقرير الخبرة من اختصاص محكمة الموضوع، فلا يجوز مجادلتها أو النقض فيه أمام المحكمة العليا¹.

لكن في الواقع، لا يمكن تصور استبعاد القاضي إلى ما توصل إليه الخبير بخصوص نسب العجز التي لحقت بالمريض بسبب خطأ الطبيب أو الجراح، لأنها مسألة تقنية لا علاقة للقاضي بها²، كما يستحيل على القاضي استبعادها وتقدير هذه النسب حسب اقتناعه الشخصي. ولا يتصور أيضا استبعاد القاضي لخبرة طبية تؤكد وجود خطأ في التشخيص ينسب إلى الطبيب المدعى عليه، وأنه هو سبب الضرر الذي لحق بالمريض المدعى، فذلك يعد مسألة فنية محضة³، إلا إذا كانت لدى القاضي وسائل أخرى في ملف الدعوى من شأنها أن تنفي المسؤولية، وتكون أقوى وأبلغ حجة مما توصل إليه الخبير⁴.

1 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص ص 197 - 198.

2 - وهو ما أكدته قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1983/05/11، حيث جاء في حيثياته: «... حيث أن قضاة الموضوع، وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المجلس الأعلى على تقدير التعويض، إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسببيا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة. ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر، وبما أن قضاة مجلس بجاية سببوا قرارهم بحيثية تناقض الخبرة الفنية المقدمة بناء على حكم تمهيدي، والتي قدرت العجز بنسبة 20% ودون الالتجاء إلى طبيب آخر، فإنهم يكونون قد قصروا في إعطاء قرارهم التبريرات الكافية، ويكون الوجه المثار مؤسسا ويترتب عنه نقض القرار المطعون فيه». المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الثاني، ملف رقم 28312، الصادر بتاريخ 1983/05/11، قضية (ق.ح) ضد (أ.ب)، مجلة الاجتهاد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 53 وما بعدها. نقلا عن: خضير عبد القادر، مرجع سابق، ص 09.

3 - أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/06/24 أن الاستعانة بخبرة فنية وجوبية، حيث جاء في حيثيات هذا القرار: «وحيث أنه لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال...، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها، مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقيا وقانونيا نتيجة القصور في الأسباب، الأمر الذي يؤدي إلى النقض». قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 297062، صادر بتاريخ 2003/06/24، قضية (ب.ف) ضد النيابة العامة لدى مجلس قضاء قسنطينة، حول موضوع: تسبب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا. الاستعانة بخبرة فنية وجوبية، المجلة القضائية، عدد 02، 2003، ص 337 وما بعدها.

4 - جاء في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 2001/12/25 في قضية النائب العام لدى مجلس قضاء قالمة ضد (ش.ك)، ملف رقم 254258، ما يلي: «... حيث أن هذا التسبب غير كاف، بحيث كان يتعين على قضاة المجلس الاستعانة بطبيب مختص في مسألة علمية، لفحص الضحية والقول فيما إذا كان استئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا، ليمكنوا من تحديد الوصف القانوني الصحيح للفعل المتابع به المتهم المدعى عليه في الطعن. حيث أنه وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة المجلس لم يسببوا قضائهم تسببيا كافيا مما يتعين نقض وإبطال القرار المطعون فيه». نقلا عن: خضير عبد القادر، مرجع سابق، ص ص 11 - 13.

يأخذ القاضي في غالب الحالات بنتيجة الخبرة الطبية التي ينتهي إليها الخبير، ويتضح ذلك من خلال إشارته بصريح العبارة في حيثيات حكمه لما ورد في تقرير الخبرة، وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/03/11، في قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، والذي جاء فيه ما يلي: « ... حيث أنه يستخلص من الخبرة الطبية المصادق عليها بموجب القرار المستأنف، أن الطاعن قد أصيب بعجز دائم جزئي بنسبة 90%، وأن حالته تستدعي مساعدة شخص آخر... »¹.

ثالثا - مساهمة شركة التأمين في تعويض الأضرار في مجال نقل وزرع الأعضاء:

يشترط تأمين الطبيب الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسؤولية الطبية لممارسة مهنة الطب، فلا يستطيع الجراح أن يمارس مهنته إلا بعد إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية مع إحدى شركات التأمين المرخص لها، والتي تتولى تغطية أخطائه الواقعة منه أثناء التدخل الجراحي، حتى يتسنى للمضرور سواء المريض أو المتبرع الحصول على التعويض من شركة التأمين عند قيام مسؤولية الجراح أو المستشفى.

1 - نطاق التأمين من المسؤولية الطبية:

يقصد بالتأمين الطبي ذلك العقد الذي يضمن بواسطته المؤمن (شركة التأمين) للمؤمن له (الجراح أو المستشفى) تغطية الأضرار المترتبة عن رجوع الغير (المضرور) عليه بالمسؤولية، ومن هذا المنطلق يتم تحديد نطاق التأمين من خلال الأشخاص ومن حيث الموضوع.

أ - نطاق التأمين الطبي من حيث الأشخاص

لم يعرف المشرع الجزائري التأمين من المسؤولية الطبية، رغم أنه نص على إلزاميته². وقد عرّف عقد التأمين بصفة عامة بموجب المادة 619 من ق.م.ج على أنه: « **التأمين**

1 - خيضر عبد القادر، مرجع سابق، ص 86.

2 - تظهر إلزامية التأمين من المسؤولية في عدة نصوص قانونية منها: المادة 167 من ق.ت.ج رقم 95-07 سالف الذكر، التي تنص على أنه: « **يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير** ». ويتعرض كل مخالف لهذا الالتزام لعقوبة نصت عليها المادة 184 من القانون نفسه: « **يعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التأمين المشار إليها في المواد من 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين 5.000 دج و100.000 دج ...** ».

وتنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المتعلق بتنظيم المستشفيات سالف الذكر على ما يلي: « **يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم** ».

عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن¹. من خلال نص المادة سالفه الذكر، يتبين أن عقد التأمين يتضمن ثلاثة أطراف هم: المؤمن، المؤمن له والمستفيد.

- المؤمن (شركة التأمين): يعرف المؤمن على أنه الطرف الذي يتعاقد معه المؤمن له لتغطية مسؤوليته المدنية المترتبة عن ارتكابه خطأ أو فعل ضار، أثناء التدخل الطبي على جسد المريض أو تقديمه للخدمة الطبية، إذ يتحمل المؤمن تبعه الضرر الذي يحدثه المؤمن له، فيدفع مبلغ التعويض عن الخسائر اللاحقة بالمؤمن له أي الجراح أو المستشفى، من جراء وقوع الخطر مقابل حصوله على قسط أو أقساط التأمين التي تم دفعها في شكل منظم. ويتخذ المؤمن شكل شركة التأمين أو ووكلائها، والتي تتعهد بدفع مبلغ التأمين في حالة وقوع الخطر².

- المؤمن له (الجراح أو المستشفى): وهو الطرف الثاني في عقد التأمين، وعادة ما يكون الطرف الذي يبادر في طلب إبرام هذا العقد من أجل تعويضه عن ضرر مالي قد يلحقه من جراء تحقق ضرر معين، ومقابل ذلك فهو يدفع للمؤمن مبلغ مالي يسمى القسط.

يلتزم المؤمن له وهو كل من يمارس المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها قبل وقوع الضرر المادي أو المعنوي، بدفع قسط التأمين في مواعيدها المحددة بالعقد، وبجميع الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين، مقابل تحمل الشركة تبعه المسؤولية الناجمة عن

= كما نصت المادة 296 من ق.ص.ج على أنه: « يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ». كما ألزمت المادة 397 من ق.ص.ج المرقى في مجال البحث والدراسات العيادية اكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به، وقد جاء نص المادة كالاتي: « يتعين على المرقى في الدراسات العيادية التدخلية، اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليته المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به ».

1 - وهو التعريف نفسه الذي تضمنته المادة 02 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أنه: « إن التأمين، في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى ».

2 - نقلاً عن: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 236.

الأضرار التي تلحق بالمرضى، بسبب خطأ من الأخطاء المهنية المترتبة عن العمل الطبي. ويلتزم المؤمن له بمجموعة من الالتزامات منصوص عليها بموجب المادة 15 من ق.ت.ج حيث يلتزم بدفع قسط التأمين في المواعيد المحددة في العقد، وبالإدلاء بجميع البيانات المتعلقة بالخطر، كما يلتزم المؤمن له بإخطار شركة التأمين بتحقيق الخطر وبكل تغيير فيه أو تفاقمه¹.

- **المستفيد من التأمين (الشخص المضرور):** المستفيد في عقد التأمين من المسؤولية الطبية هو كل شخص أصيب بضرر من خطأ الطبيب أو المستشفى العام أو العيادات الخاصة، أو من الفعل المشروع الضار المترتب عن ممارسة نشاطهم، وقد يكون الضرر بصورة مباشرة بحيث يتعلق بتقاضي هذا الشخص من شركة التأمين مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه، وهو الشخص نفسه الذي يؤدي إليه المؤمن ما التزم به في حالة وقوع حادث أو تحقق الخطر المحدد في عقد التأمين. إذ ينشأ له الحق في التعويض من تاريخ وقوع الفعل المسبب للضرر حتى وإن لم يكن طرفاً من أطراف عقد التأمين، لأنه لا بد أن ينصرف أثر عقد التأمين المبرم بين المؤمن والمؤمن له إلى المستفيد، فيستفيد بذلك من الدعوى المباشرة ضد المؤمن².

ب - نطاق التأمين الطبي من حيث الموضوع:

ونعني بذلك المخاطر المغطاة بالضمان والمخاطر المستبعدة من الضمان في نطاق التأمين من المسؤولية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ب - 1 - المخاطر المغطاة بالضمان: وتتمثل هذه المخاطر في:

♦ - المخاطر التي يغطيها التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح:

تعتبر المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح محل عقد التأمين، وهي الخطر المؤمن

1 - تنص المادة 15 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على ما يلي: « يلتزم المؤمن له:

1 - بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها،

2 - بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها،

3 - بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجاً عن إرادة المؤمن له، خلال سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة ... ».

2 - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 238.

منه لأن التأمين هنا يهدف إلى ضمان الذمة المالية للجراح أو الفنيين العاملين في المجال الطبي أو المستشفيات العامة، من مطالبة المريض أو المتبرع المتضرر من جراء الخطأ أثناء التدخل الجراحي، فتتكفل شركة التأمين بدفع التعويضات التي ستترتب على ذمة الجراح حال ثبوت مسؤوليته المدنية عن خطئه¹.

♦ - الأضرار التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية المدنية للجراح: يغطي عقد التأمين من المسؤولية الأضرار المترتبة عن نشاط الجراح سواء كانت مادية أو معنوية، وهو ما نصت عليه المادة 56 من ق.ت.ج: « **يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير** ». فعقد التأمين من المسؤولية الذي يبرمه الجراح يغطي الأضرار التي تنتج عن ممارسته لمهنته، دون أن يمتد إلى تغطية الأضرار الناجمة عن نشاطه باعتباره شخصاً عادياً، كما يغطي عقد التأمين الأضرار التي تصيب المريض بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية المدنية للجراح سواء كانت عقدية أو تقصيرية.

يغطي التأمين مسؤولية الجراح الناتجة عن فعله الشخصي أثناء ممارسته لعمله سواء في المستشفى أو العيادة، إذ لا اعتبار للمكان الذي يزاول فيه نشاطه، وإنما العبرة هو خروج الجراح عن نشاطه الطبي في العقد، إذ يستوي الخطأ في كل مراحل العلاج من تشخيص ووصف للدواء، ومنح استشارة طبية، وإجراء عملية جراحية بشرط عدم خروج الجراح عن تخصصه².

يغطي كذلك عقد التأمين الأضرار الجسدية اللاحقة بالمريض أو المتبرع الخاضع للعلاج أو العملية الجراحية، والناتجة عن استخدام الأدوات والأجهزة الطبية، لأن هذه الأدوات من المفترض أن تكون في عيادة الجراح أو المستشفى المؤمن له، ويغطي التأمين أضرار هذه الأدوات والآلات في حالة الاصطدام بها أو انفجارها أثناء استعمالها من طرف الجراح أو من قبل تابعيه³.

1 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 344، 345.

2 - بومدين سامية، مرجع سابق، ص 266.

3 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 348.

يلتزم المؤمن بتعويض المضرور من جراء خطأ الجراح جميع المبالغ المالية التي يكون الجراح ملزما بتقديمها للمضرور في حالة قيام مسؤوليته، وهي كالاتي:

1 - كل المبالغ التي يكون مسؤولا عن دفعها إلى المريض أو المتبرع المضرور كنتيجة مباشرة لخطئه المهني الشخصي، بما في ذلك المصاريف التي تتفق من قبل المؤمن لدفع المسؤولية عنه، ويشمل التعويض في حالة وفاة المريض أو المتبرع، الضرر المرتد إلى خلفه العام.

2 - المبالغ التي يكون الجراح مسؤولا عنها بموجب مسؤوليته التبعية عن الأخطاء الصادرة عن الفريق الطبي الذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه، حتى الأطباء تحت التربص¹. وقد أشار المشرع الجزائري في مجال التأمين إلى أحكام ضمان أخطاء تابعي المؤمن له في المادة 1/12 من ق.ت.ج (الأمر رقم 95-07) والتي تنص على ما يلي: « يلتزم المؤمن:

1 - تعويض الخسائر والأضرار:...

ج - التي يحدثها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنهم طبقا للمواد 134 إلى 136 من القانون المدني، كيفما كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته ».

ميّز المشرع الجزائري بين مسؤولية الطبيب عن فعل الغير وبين مسؤوليته الشخصية، فإذا تعلق الأمر بالمساعدين الطبيين، فإن الطبيب يسأل على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه ما دام للطبيب سلطة الرقابة والتوجيه، أما إذا تعلق الأمر بالطبيب البديل الذي يحل محل الطبيب المعالج، فقد اعتبر المشرع المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية شخصية سواء بالنسبة للطبيب المعالج أو بالنسبة للطبيب البديل، وهو ما أكدته المادة 1/73 من م.أ.ط².

ب - 2 - المخاطر المستبعدة من الضمان:

لا يغطي عقد التأمين المسؤولية الجزائية للمؤمن له، ولا الخطأ العمدي للمؤمن له.

1 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 187.

2 - تنص المادة 1/73 من م.أ.ط على أنه: « عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته فإن كل منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية ».

♦ - استبعاد التأمين من المسؤولية الجزائية: لا يجوز التأمين من المسؤولية الجزائية للمؤمن له، لذلك لا يغطي التأمين الآثار المالية للمسؤولية الجزائية للجراح (كالغرامة المحكوم بها)، إذ لا يمكن لشركة التأمين أن تحل محل الجراح المؤمن له في دفع هذه الغرامات، غير أنه تحل محله في دفع التعويض عن المسؤولية المترتبة عن فعله الجنائي، فلا يحمل التعويض المحكوم به صفة الردع أو العقوبة¹.

♦ - استبعاد التأمين عن الخطأ العمدي: لا يجوز التأمين عن الخطأ العمدي للجراح، ذلك أن من شروط الخطر المؤمن ألا يتوقف تحققه على إرادة أي طرف في العقد، وبذلك أصبح الخطأ العمدي المرتكب عمداً من طرف الجراح المؤمن له مستبعد من نطاق التأمين لمخالفته القواعد العامة، وهو ما نصت عليه المادة 2/12 من ق.ت.ج التي تنص على أنه: «يلتزم المؤمن:

1 - تعويض الخسائر والأضرار:...

ب - الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له». ذلك أن المؤمن أي شركة التأمين لا تغطي الخسائر والأضرار المترتبة عن خطأ عمدي أو تدليسي من المؤمن له.

ولا تتحمل شركة التأمين المسؤولية المدنية الناتجة عن ارتكاب الجراح خطأ متعمداً أدى إلى تضرر المريض أو وفاته، كما في حالة القتل الرحيم، سواء أكان ذلك بطلب من المريض أو ذويه، أو في حالة إيقاف أو رفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي بالرغم من عدم تأكد الجراح من موت المريض دماغياً.

2 - مدى نجاعة عقد التأمين في تغطية الأضرار المرتكبة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية:

إنّ العاملين في المجال الطبي من أطباء وخصوصاً الجراحين، وكذا المستشفيات العامة والعيادات الخاصة ليسوا بمنأى عن ارتكاب الأخطاء الطبية، لاسيما مع التطور التكنولوجي الهائل الذي مس العلوم والمهن الطبية، وما صاحبه من اكتشافات مذهلة للأجهزة الطبية والأدوات التي تستعمل في التدخلات الطبية، وبسبب اعتمادهم على هذه

1 - بومدين سامية، مرجع سابق، ص 267. كذلك: عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 242.

الأجهزة فهم عرضة للمساءلة القانونية¹ عما يسببوه من أضرار نتيجة أخطائهم الشخصية والجماعية، أثناء ممارستهم للعمل الطبي، وبالتالي، مطالبتهم من قبل المتضرر بالتعويض عما أصابه من ضرر، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية وإصراره الحصول على التعويض².

تبدو أهمية التأمين جليا في مدى الازدهار الذي شهدته المسؤولية المدنية، حيث اتسع نطاقها بظهوره معززا لوظيفتها التعويضية، وهو ما من شأنه تحصين الأطباء والأشخاص المعنوية كالمؤسسات الاستشفائية من النتائج المترتبة عن قيام المسؤولية، فيتقاضي به المساءلة عن الأضرار التي تلحق بالغير مهما كانت درجة الخطأ الذي ارتكب. لذا ذهب بعض الفقه إلى ضرورة الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية، والتخلي عن نظامها المبني على أساس الخطأ، وإقامة أساس آخر للتعويض يتم تمويله من طرف شركات التأمين التي تغطي النتائج غير العادية للعلاج والتدخل العلاجي، فظهر التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية الذي قرر المشرعون أحكامه بفرض العديد من النصوص الآمرة، مشكلا دورا بارزا في حماية المسؤول (الجراح أو المستشفى) مقدم الرعاية الصحية وضمانا مهما للمضرور³.

عزز التأمين فكرة التبعة كأساس لتعويض المضرورين، إضافة إلى أنه يوفر حماية المؤسسات العمومية الاستشفائية إزاء الدعاوى المهدد بها بمناسبة أخطائها المرفقية أو أخطاء تابعيها، فالمؤمن في التأمين من المسؤولية لا يلتزم بتعويض الضحية المصاب بالضرر، ولكنه يتحمل العبء المالي الذي ألقي على عاتق المؤمن له نتيجة انعقاد مسؤولية هذا الأخير تجاه الضحية المضرور.

يجسد نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية طموح المشرعين نحو التحرر من قيود القواعد والمفاهيم التقليدية للقانون، ذلك أنه يعكس حتمية التطور نحو تفعيل ضمان حق المضرور في التعويض بغض النظر عن هو المسؤول الحقيقي في إحداث الضرر. وهو

1 - مأمون عبد الكريم، "التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجا"، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010، ص 113.

2 - بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب...، كرجع سابق، ص 341.

3 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 293.

ما تفتنت إليه مختلف الأنظمة القانونية الحديثة، ما دفع بالعديد منها لإعادة النظر في هذا النظام بكيفية تتلاءم مع الأصوات المتعالية للفقهاء والتي تتادي بفرض التأمين الإلزامي على كل المؤسسات الطبية مهما كان نوعها وطبيعتها.

ألزمت التشريعات في العديد من الدول الأطباء لاسيما الجراحين منهم على التأمين عن مسؤوليتهم المدنية الناجمة عن أخطائهم المهنية المرتبطة بممارسة العمل الطبي، حيث أصبح ضرورة ملحة سواء بالنسبة للمريض أو الجراح أو المستشفى، وتكمن الغاية من ذلك في ضمان تعويض مالي للمريض المضرور عما قد يصدر أثناء الممارسة، فتكريس نظام التأمين الإجباري من المسؤولية هو من أجل تغطية نتائج المخاطر التي قد تنجم عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي.

وقد كرّس المشرع الجزائري بدوره إلزامية التأمين في نصوص قانونية عديدة سألقة الذكر ولا داعي لتكرارها، غير أنه يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تخصيصه لنظام قانوني خاص بالتأمين على المسؤولية الطبية في جميع جوانبها رغم كثرة الأخطاء الطبية بصفة عامة، لتغطية مسؤولية الأطباء والجراحين عن أخطائهم الطبية، ويضمن حقوق المرضى المضرورين، ويكفل جزاءات ردعية لغير المكتتب.

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض

من المسلم به أن القاضي عند تقديره للتعويض اللاحق بالمضرور والناجم عن الضرر الطبي، يكون ملزما بتطبيق القانون بطريقة صحيحة من خلال قيامه بالتكييف القانوني للوقائع المتعلقة بخطأ الطبيب الجراح أو بنشاط المرفق العام، فعليه تقدير قيام أركان المسؤولية (أولاً)، كما أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره للتعويض المستحق للمضرور (ثانياً)، وينشأ حق المضرور في التعويض من يوم تحقق الضرر لا من يوم وقوع الخطأ الطبي (ثالثاً)، لكن قد يثور إشكال حول من يتحمل تعويض المضرور في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، هل هو الطبيب أم المستشفى أم يتم توزيع التعويض بينهما (رابعاً).

أولاً - سلطة القاضي في تقدير شروط استحقاق التعويض:

من المتفق عليه فقها وقضاء أن التعويض يقدر بقدر الضرر الذي لحق بالمضرور بسبب الفعل الضار، لذا يشترط لاستحقاق التعويض تحقق أركان المسؤولية المدنية، المتمثلة

في ثبوت الخطأ وتحقق الضرر وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولقاضي الموضوع واسع النظر في تقدير قيام هذه الأركان.

1 - سلطة القاضي في تقدير ركن الخطأ:

إذا كان الضرر اللاحق بالمريض سببه خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى، فيجب على المريض لكي يحصل على تعويض الضرر إثبات خطأ المسؤول، أن يقدم دليلاً على إهمال وتهاون الطبيب في بذل العناية، أو مخالفة الأصول الفنية المستقرة في أداء واجبه، أما إذا لحقه ضرر بسبب خضوعه للعلاج في المستشفى، فعليه إثبات خطأ هذا الأخير. ويخضع تقدير هذه الأدلة للقاضي المدني أو الإداري حسب الأحوال، إذ يستقل قاضي الموضوع في تقدير الأدلة ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع فيما يثبت من الوقائع المادية التي قدمها المدعي لإثبات ركن الخطأ¹.

فإذا كان التزام الطبيب التزام ببذل عناية، فيقع على المريض إثبات أن الطبيب لم يقوم ببذل العناية الواجبة التي تملئها عليه أصول مهنة الطب، وذلك بانحرافه عن أصول الطب المستقرة. أما إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، فيكفي أن يثبت المريض تخلف النتيجة وأن الضرر اللاحق به كان نتيجة مباشرة لتخلف الالتزام الذي تعهد به الطبيب بتحقيقه، ولا تنتفي مسؤولية الطبيب إلا بإثبات السبب الأجنبي. ويتم إثبات الخطأ وفق المعيار الموضوعي وهو المستقر به فقها وقضاء، ويتمثل في قياس سلوك الطبيب أو المسؤول بسلوك طبيب من نفس مستواه العلمي، وجد في نفس الظروف التي وجد فيها الطبيب أو المسؤول عن الضرر، فيجب أن يكون خطأه مألوفاً وفقاً للمعطيات العلمية المستقرة في علم الطب².

الأصل ألا ينظر إلى جسامه الخطأ عند تقدير التعويض، بل ينظر إلى جسامه الضرر، فمهما كان الخطأ جسيماً فيجب ألا يزيد التعويض عن الضرر المباشر. فالتعويض المدني أمر موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر، في حين العقوبة الجنائية شيء ذاتي يراعى فيه جسامه

1 - السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 151.

2 - مولاي محمد لمين، مرجع سابق، ص 365.

الخطأ. وإذا كان هذا هو الأصل، إلا أن القضاء يميل إلى الاعتداد بجسامة الخطأ، وهذا شيء طبيعي يستولي على القاضي، فمادام التعويض موكلا إليه فإنه يتأثر بجسامة الخطأ¹.

تخضع جميع المسائل المرتبطة بالخطأ لرقابة محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الأحوال، إلا ما تثبته محكمة الموضوع من وقائع مادية في هذا الصدد، كما يجب على قاضي الموضوع استخلاص وقائع ثابتة منتجة، يذكرها في الحكم وإلا كان حكمه باطلا لقصور أسبابه. فاستخلصت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1977/10/29، الخطأ من وقائع الدعوى، فورد في حيثيات حكمها أن الإهمال يكون خطأ جسيما يؤسس مسؤولية المستشفى، وذلك بسبب ترك المريض دون علاج مما أدى إلى تعفن مكان الإصابة وبتر يده².

2 - سلطة القاضي في تقدير ركن الضرر:

يعتبر الضرر واقعة يمكن معاينتها بكافة طرق الإثبات، لذا يقع على المدعي إثبات الضرر وينصب الإثبات على كشف مصدر ما إذا كان الضرر اللاحق بالضرر، كان بسبب خطأ الطبيب أو المستشفى.

يجب على القاضي عند حكمه بالتعويض بيان كل عنصر من عناصر الضرر، الذي قضى من أجله بالتعويض، حتى يكون حكمه أقرب إلى العدالة والإنصاف، ويراعي في حالة تقديره للتعويض الظروف والملابسة، كحالة المريض الجسمية والصحية والمهنية والمالية والاجتماعية. أما إذا كان الضرر متغيرا ولا يمكن تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم، بسبب أن الضرر لا زال غير مستقر وقابل للتطور في المستقبل القريب، فللقاضي السلطة التقديرية في أن يحتفظ للضرر بالحق في المطالبة خلال مدة معينة، بإعادة النظر في تقدير التعويض مع مراعاة تغيرات وتطور مراحل الضرر، والتغيرات الاقتصادية كزيادة الأسعار وتكلفة العلاج، والغالب أن القاضي يحكم بالتعويض بناء على تقرير الخبرة³.

يستند القاضي عند تقديره للتعويض على ما لحق المضرور من خسارة، وما فاتته من كسب وذلك فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المادي، أما التعويض عن الضرر المعنوي

1 - بجماي الشريف، مرجع سابق، ص 91.

2 - طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة الجزائر فرنسا، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 63.

3 - حادي شفيق، مرجع سابق، ص 234.

فيشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة¹. فيتحصل المريض على تعويض ما أصاب جسمه من عجز وضرر وألم نفسي، وما أنفق من مبالغ مالية في العلاج، ويستحق التعويض أيضاً عما فاتته من كسب.

يخضع تقدير وإثبات الضرر الطبي لسلطة القاضي المدني أو الإداري بحسب الأحوال، فلقاضي الموضوع أن يقرر أن ما حدث للمريض كان جراء التدخل الطبي، أو نتيجة تلقيه الخدمة الطبية، إذ أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بحيث لا تملك المحكمة العليا أو مجلس الدولة رقابة على ما يقرره قاضي الموضوع من وقائع مادية بشأن الضرر.

فإذا قرر أن المضرور أصيب بتعفن بسبب إهمال الطبيب الجراح أثناء قيامه بعملية نقل وزرع العضو، أو عدم مراقبة المستشفى لساق المريض المكسورة الذي تلقى العلاج لديه، فلا تعقيب للمحكمة العليا أو مجلس الدولة على صحة هذه الوقائع في ذاتها. فيخضع التكييف القانوني لهذه الوقائع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة، من حيث كفايتها لتكوين ركن الضرر، ومن حيث طبيعته هل هو ضرر محقق أو محتمل، مباشر أو غير مباشر، متوقع أو غير متوقع، ومن حيث نوعه هل هو ضرر مادي أو معنوي على المسؤولين².

3 - سلطة القاضي في تقدير ركن علاقة السببية:

يقع على المريض المضرور وفقاً للقواعد العامة، عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب الجراح في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بالضرر اللاحق به، فعلى المسؤول سواء كان الجراح أو المستشفى، إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد فيه. ويعد استخلاص علاقة السببية بين الخطأ أو نشاط المستشفى والضرر من مسائل الواقع يقدرها قاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا أو مجلس الدولة عليه فيما بيّنه من وقائع³.

غير أن التكييف القانوني لهذه الوقائع وتحديد كفايتها، وكذا تحديد السبب الأجنبي الذي يترتب عليه انتفاء هذه العلاقة، وشروط توافر القوة القاهرة والحادث المفاجئ، وأثر فعل

1 - راجع المواد 131، 182، 182 مكرر من ق.م.ج.

2 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 174.

3 - السعدي محمد صبري، مرجع سابق، ص 142.

المضرور والغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه وحكم تعدد الأسباب، وما يترتب على تعاقب الأضرار، فجميعها من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة حسب الأحوال¹.

ثانيا - رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض:

يعد الضرر مناط تقدير التعويض فلا بد أن يتناسب التعويض مع الضرر اللاحق بالمضرور، ولا يتأتى ذلك إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض. فإذا كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقع يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيم عليها المحكمة العليا، باعتبار أن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للوقائع. لذا يعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض، مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا².

يجب على القاضي عند حكمه بالتعويض أن يحدد كل الأضرار جسمانية كانت أو معنوية، فلا يكون التعويض عن كل الأسباب التي أدت إلى الأضرار بصورة مختلطة وممزوجة، بل يجب أن يكون تقدير التعويض بصفة تفصيلية، من خلال تضمين الحكم طلبات التعويض المستجابة وغير المستجابة أي التي تم قبولها والتي تم استبعادها، فيحدد الضرر ويقدر له تعويضا مساويا له، كما تحدد المحكمة كل عناصر التعويض، فهذه الطريقة الأكثر عدلا حيث تبين للمتضرر الأضرار التي استبعد التعويض عنها، ليتسنى له الطعن في الحكم والمطالبة بالتعويض عنها من جديد³.

إنّ عدم تبرير قضاة الموضوع لعناصر الضرر في الحكم الصادر في قضية تخص التعويض، يجعل هذا الحكم قاصرا مما يستوجب نقضه⁴، ولعل مرد ذلك هو رغبة المشرع

1 - عبو أنيسة، مرجع سابق، ص 175.

2 - صبحي فوزية، مرجع سابق، ص 228.

3 - زنون عمار، مرجع سابق، ص 235.

4 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 87411، الصادر بتاريخ 1993/01/06، المجلة القضائية، عدد 50، ص 55. والذي جاء فيه: « أنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبه، فإنه ملزم بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص: سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره... ».

في قطع الطريق أمام الاحتيال والغش، للحصول على تعويضات كبيرة مقابل ضرر بسيط أو منعدم أصلاً¹.

وهو ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/05/24² والذي جاء فيه: « من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف، فتكريسا لهذه القاعدة، على قضاة الموضوع أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم، فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة قدرها أربعة مائة وسبعين ألف (470.000.00) دج، دون تحديد العناصر (فواتير ومستندات) التي اعتمدوا عليها في تقديرهم التعويض يكونوا بذلك خرّقوا القواعد المقررة قانونا، ومتى كان ذلك استوجب قرارهم النقض ».

غير أنه فيما يتعلق بالضرر المعنوي، فلا حاجة لذكر عناصر الضرر، فقد قرر المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 2009/12/17³، أنه: «... إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي... حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تحليل خاص ». فتقدير الضرر المعنوي يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، دون خضوعها لرقابة المحكمة العليا.

1 - كادي محمد، أثر نظام التأمين على قواعد تعويض المسؤولية الطبية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درابية، أدرار، 2022، ص 198.

2 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 109568، الصادر بتاريخ 1994/05/24، المجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص 123.

3 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 505072، الصادر بتاريخ 2009/12/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010، ص 135. كما جاء أيضا في القرار رقم 231419، الصادر بتاريخ 2000/03/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003، ص 593، ما يلي: « حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره... ».

ثالثاً - وقت تقدير التعويض:

إذا كان الحق في التعويض ينشأ منذ استكمال أركان المسؤولية، وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدر حكم القاضي، فالحكم ليس مصدر الحق في التعويض، بل هو مقرر لهذا الحق لا منشأ له، فينشأ حق المضرور من وقت تحقق الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ.

يثير تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات كثيرة خاصة فيما يتعلق الوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض المضرور قد يكون متغيراً، وقد لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم، لذا من المقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في المطالبة بإعادة النظر في التقدير خلال مدة معينة¹. وذلك طبقاً لنص المادة 131 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير ».

أكد المجلس الأعلى على ذلك في قراره الصادر بتاريخ 1987/06/17² والذي جاء فيه: « ... على أنه من المقرر قانوناً أن الحكم الذي لم يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض، يحق له الرجوع أمام القضاء لإعادة التقدير، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم والقاضي على الطاعن بدفعه للمطعون ضده تعويضاً عن الضرر الذي لحقه دون أن يحتفظوا في قضائهم السابق الصادر سنة 1979، بالحق في تقدير التعويض من جديد، يكون بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ».

1 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 194.

2 - المجلس الأعلى، ملف رقم 5090، الصادر بتاريخ 1987/06/17، المجلة القضائية، عدد 04، 1990، ص 11.

تكتسي مسألة التوقيت عند تقدير الضرر أهمية بالغة، لما لها من آثار في تحديد التعويض المستحق للضحية المتضرر، ولقد استقر الفقه والقضاء على أن تقدير التعويض يكون وقت صدور الحكم سواء اشتدّ الضرر أم خف، ونفس الشيء بالنسبة إلى تغير قيمة العملة والنقد التي يقدر على أساسها التعويض، بالتالي فتقدير التعويض يتأثر عموماً بعاملين أساسيين هما: عنصر الضرر وتفاقمه، وتغير سعر النقد أو العملة.

ونظراً لأن قيمة النقود تتدهور بصفة مستمرة، فإن مقتضيات العدالة إزاء تلك التطورات الاقتصادية، تقتضي عدم التقيد بمبدأ القيمة الإسمية للنقود، أي يجب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر، بحيث يزداد مقدار التعويض بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر. فقد تقتضي حالة المريض لإصلاح ضرره، إجراء علاج أو جراحة أخرى، أو شراء أدوية بالمستقبل، وهذه الأمور تختلف نفقاتها من وقت لآخر، لذا فإن القاضي يقدر التعويض على ضوء التكاليف ساعة النطق بالحكم، ولكن تكون هذه التكاليف محل زيادة في المستقبل¹.

رابعا - إمكانية توزيع المسؤولية عن جبر الضرر:

باعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجرى فقط في المستشفيات العامة، فإن المريض المضرور من هذه العمليات أو من نشاط المستشفى العام، المطالبة بالتعويض كاملاً سواء من الطبيب الجراح، أو من المستشفى، وغالباً ما يختار المضرور المستشفى كونه أكثر ملاءمة. وتثار إشكالية توزيع التعويض حينما يتعلق الأمر بالتعويض المحكوم به على المستشفى العام كمتبوع، أو أحد موظفيه المخطئين كتابع، وهذه الوضعية قد يتولد منها ثلاث حالات هي:

1 - المسؤولية المشتركة بين المستشفى العام والجراح:

وذلك حينما يجتمع الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي، وفي هذه الحالة فإن الحصة النهائية من التعويض التي يتحملها كل من المرفق العام والجراح المخطئ توزع بينهما بنسبة خطأ كل منهما في التسبب في الخطأ².

1 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 195. كذلك: بجماي الشريف، مرجع سابق، ص 112. انظر كذلك: حادي

شفيق، مرجع سابق، ص 236.

2 - عيساني رفيقة، مرجع سابق، ص 313.

2 - مسؤولية الجراح عن دفع كامل التعويض:

ويكون ذلك في حالة ثبوت الخطأ الشخصي للجراح، فيقع على الجراح الذي ارتكب خطأ شخصيا منفصلا عن الوظيفة أي خارج الحالات المذكورة في المادة 136¹ من ق.م.ج، عبء الوفاء بكامل التعويض للمريض المضرور، ففي هذه الحالة يمكن لهذا الأخير الرجوع مباشرة على الجراح لتعويض الضرر اللاحق به، كما يمكنه أيضا الرجوع على المستشفى على أساس علاقة التبعية التي تربط الجراح بالمستشفى، والتي بمقتضاها يكون المستشفى ضامنا لأخطاء الجراح حتى الشخصية منها، إلا أنه في هذه الحالة إذا ما قامت إدارة المستشفى بدفع كل مبلغ التعويض للمضرور، فيحق لها فيما بعد الرجوع على الجراح بكل المبلغ المدفوع، إذا ما تبين أن خطأ الجراح كان شخصيا، أو في حالة ارتكاب خطأ جسيم من قبل الجراح حتى وإن كان أثناء تأديته لوظيفته²، وذلك طبقا لنص المادة 137 من ق.م.ج والتي تنص على أنه: « للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما ».

3 - مسؤولية المستشفى العام عن دفع كامل التعويض:

يتحمل المستشفى عبء التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمرضى نتيجة عمل الموظفين التابعين له، أثناء القيام بالوظيفة وفقا لأحكام علاقة المتبع بتابعه، وهو الغرض من تطبيق نظام المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، فالموظف التابع للمستشفى كالجراح معفى من المسؤولية عن أعماله الضارة، إذا كانت ناتجة من تأدية واجباته المهنية وتنفيذا للقواعد التنظيمية داخل المرافق الصحية العامة. وهو ما أكدته المادة 129 من ق.م.ج التي تنص على أنه: « لا يكون الموظفون والأعوان العموميون مسؤولين شخصيا عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم ».

1 - تنص المادة 136 من ق.م.ج على أنه: « يكون المتبع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبع ».

2 - عميري فريدة، مرجع سابق، ص 279.

لكن قد يختار المضرور رفع دعواه أمام القضاء العادي، ليس على المستشفى العام أي المتبوع، بل على التابع أي الجراح المسبب للضرر، وذلك على أساس المسؤولية المدنية، حيث يقوم الجراح المسؤول دفع كل التعويض للمضرور. فإذا تبين أن الخطأ المرتكب من طرف الجراح، كان خطأ عاديا يدخل ضمن الأخطاء المرفقية فيمكن أن يرتكبه أي شخص وضع في نفس الظروف التي وضع فيها الجراح المسؤول، ففي هذه الحالة يستطيع هذا الأخير الرجوع على المستشفى بكامل التعويض الذي دفعه، على أساس أنه قد تحمل أعباء مالية دون وجه حق لا تترتب عليه أصلا، بل على إدارة المستشفى العام وحدها¹.

1 - قماروي عز الدين، التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د.س.ن)، ص 64.

خاتمة

تبيّن من خلال هذه الدراسة الأهمية التي أولتها مختلف التشريعات والتشريعات الجزائرية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتبارها أحد الأساليب الطبية الهامة والناجعة في إنقاذ حياة المرضى، والتي لطالما أعادت الأمل في نفوس الكثير من المرضى.

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية الخطيرة والمعقدة كونها لا تعني فقط شخص المريض بل كذلك المتبرع الحي بأحد أعضائه، كما توسعت ممارسة هذه العمليات لتشمل انتزاع الأعضاء من جثث الموتى.

نظم المشرع الجزائري هذا النوع من العمليات حتى لا تخرج عن الهدف المنشود تحقيقه، وهو تحقيق المصلحة العلاجية للمريض، وحماية المتبرع وعدم تضرره من التبرع بالعضو، كون أن تنازله عن أحد أعضائه لا يقدم له أية مصلحة من ورائه، وذلك في مختلف قوانين الصحة منها قانون رقم 85-05 ومختلف تعديلاته، وكذا مدونة أخلاقيات الطب رقم 92-276، وأخيرا قانون الصحة رقم 18-11، والذي حاول فيه تدارك النقائص وسد الثغرات التي كانت تعترى القانون رقم 85-05، كاستحداث الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية، وتحديد الأشخاص الذين يمكنهم التبرع بأعضائهم، وغيرها.

عمل المشرع على حماية حقوق كل من طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وإحاطتها بكل الضمانات تجنباً للأخطار والأضرار المحيطة بها، فنص على مجموعة من الضوابط واجبة الاحترام قبل وأثناء ممارستها وذلك تحت طائلة المسألة القانونية، وأيضاً حتى لا تخرج عن الأهداف المرجوة تحقيقها، وقصد التصدي لكل أشكال المتاجرة بالأعضاء البشرية.

يعد مخالفة الضوابط التي رسمها القانون لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، عمل غير مشروع، كون أن هذه التدخلات الخطيرة محلها الأعضاء البشرية، الأمر الذي استلزم منا إبراز مظاهر هذه التصرفات وجزاء مخالفتها.

يكون التصرف غير مشروع في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذا خالف الجراح النصوص الخاصة بها، بمعنى أن يكون محل وغرض التبرع مخالفا للنظام العام، وذلك حينما يتم التنازل عن الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها قانوناً، لذا لم يجز القانون

التبرع ببعض الأعضاء لأسباب مختلفة، مثل القلب والأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، والأعضاء الأحادية بوجه عام.

أما عن الغرض الذي يكون وراء استئصال الأعضاء البشرية، يجب أن يكون علاجي أصلاً، فيحقق مصلحة علاجية للمريض، وأن يكون زرع العضو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المريض المتلقي، بالمقابل ألا يتضرر المتبرع من هذا التصرف، كما يعد استئصال الأعضاء لغرض علمي بحث دون تطبيق شروط صارمة لحماية الشخص محل البحث العلمي مخالف للنظام العام.

أقرت جلّ التشريعات بمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية، والذي يعد من المبادئ الأساسية الذي يركز عليه نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهو ما دفع بها إلى سن نصوص عقابية بشأن الإتجار بالأعضاء البشرية، والتي تعد من الجرائم الماسة بالمصلحة العامة لما تشكله من تهديد لحياة الأفراد وسلامتهم الجسدية، كما تمس بالأخلاق لمساهمتها في توريث الأطباء في أعمال غير مشروعة، وتعد جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية ذات طابع دولي أكثر، مما جعل فقراء العالم تحت رحمة عصابات الإتجار بالأعضاء البشرية.

لم تسلم الجزائر من ظاهرة الإتجار بالأعضاء البشرية كغيرها من دول العالم، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى تعديل قانون العقوبات، والنص على عقوبات صارمة تجرم هذا الفعل.

لا يمكن للطبيب الجراح إجراء استئصال أو زرع العضو البشري، دون الحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة المسبقة لكل من المتبرع والمريض، إذ يجب أن يكون رضا الطرفين متبصراً وحرّاً، مع اشتراط شكلية معينة تفرغ فيها تلك الموافقة، وكذا إمكانية الرجوع عن الموافقة في أي مرحلة وبدون أي قيد أو أية مسؤولية. كما يشترط توفر شرط الأهلية الكاملة لدى المتبرع، لأن التبرع يعد تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً، لذا منع المشروع الجزائري نزع أعضاء من القصر أو عديمي الأهلية، باستثناء نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من قاصر، في حالة وحيدة فقط إذا كان التبرع لأحد إخوته.

يعد كذلك من مظاهر التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية عدم توفر الضمانات الطبية والإدارية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي فإن عدم

الحفاظ على الحالة الصحية لكل من المتبرع والمريض، خاصة عدم التحقق من التطابق النسيجي بينهما، وعدم حفظ العضو المستأصل، يؤدي حتما إلى فشل وعدم نجاح هذه العمليات.

كما يعد مساسا بالضمانات الإدارية عندما يكون الطبيب الجراح غير كفء وغير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات، إضافة إلى ذلك إجراء هذا النوع من العمليات في مستشفيات غير مرخص لها بذلك، قصد منع أي استغلال أو اتجار للأعضاء، وحتى تكون الرقابة سهلة على هذه المؤسسات من قبل الدولة، لذا حصرها المشرع في المستشفيات العمومية دون العيادات الخاصة.

أما عن أهم مظاهر التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية التي تتم من الجثث، فتكمن في عدم التحقق والتأكد من الوفاة، والذي يعد شرطا جوهريا في مجال نقل وزرع الأعضاء من الموتى، حيث أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للجثة لمنع استئصال الأعضاء منها إلا بعد معرفة موقف الشخص من موضوع استئصال الأعضاء منها أثناء حياته، مع إمكانية الرجوع إلى الأسرة على سبيل الاستشارة حين لا يكون موقف المتوفى واضحا من مسألة الاستئصال، كون أن هذا الأخير لم يسجل رفضه في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

كما يمنع الكشف عن هوية المتبرع المتوفى للمريض المتلقي، وهوية المتلقي لأسرة المتبرع، ويجب أن يكون الطبيب الذي قام بمعاينة الوفاة ليس من ضمن الفريق الذي يقوم بزرع العضو لدى المريض، قصد استبعاد أي شبهة من هذا الطبيب والذي قد يفضل مصلحة المريض على مصلحة المتبرع.

يترتب عن مخالفة الطبيب الجراح للضوابط التي تحكم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قيام المسؤولية بموجب نصوص قانونية عقابية في قانون العقوبات، وفي قانون الصحة رقم 18-11.

أوضحت دراسة قواعد المسؤولية الجزائية والمدنية للجراح أنها تقوم على الخطأ أساسا، بالإضافة إلى ركن الضرر وعلاقة السببية، ويعد إثبات الخطأ الطبي من المسائل الصعبة جدا على المريض، نظرا للطبيعة الفنية التي تميز الخطأ الطبي عن بقية الأخطاء.

يسمح للمريض المتضرر أو المتبرع المتضرر نتيجة خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى العام الذي أجريت فيه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، اللجوء إلى القضاء قصد الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور، وللقاضي المدني السلطة التقديرية في تقدير التعويض بما يتلاءم مع الضرر. ولن يتأتى ذلك إلا برفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة بالنظر في الدعوى، فإذا رفعت الدعوى ضد الطبيب الجراح، فتكون المحكمة العادية هي المختصة في الفصل في هذه الدعوى، أما إذا اختار المتضرر رفع دعواه ضد المستشفى العام فإن المحكمة الإدارية هي المختصة في النظر في هذه الدعوى.

غير أنه يبقى تنظيم المشرع الجزائري لمثل هذه العمليات، يحوي على مجموعة من النقائص والفراغات القانونية، إذا ما قارناه بما عليه في التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي.

ومن أهم هذه النقائص نجد:

- قصور قانون الصحة رقم 18-11 في تنظيم هذا النوع من التدخلات الجراحية الهامة والخطيرة في جوانب عدة، خصوصا تلك التي تتم من جثث الموتى.
- لم يحدد القانون الأعضاء القابلة للنزع من المتبرع، واكتفى بالنص على منع استئصال الأعضاء التي تعرض حياة المتبرع إلى الخطر، وترك مسألة تحديد الأعضاء القابلة للاستئصال للجراحين وللوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.
- لم يستبعد القانون صراحة نزع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، كونها تؤدي إلى اختلاط الأنساب وهو ما يخالف النظام العام.
- نص المشرع على أن تقوم لجنة الخبراء بتقديم ترخيص لنزع العضو من المتبرع، كما تتولى تبصيره مسبقا بالأخطار التي قد يتعرض لها، وبالعواقب المحتملة للنزع، وكذا النتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمريض المتلقي، لكن إلى غاية اليوم لم يصدر أي قانون بشأن تشكيل هذه اللجنة وتنظيمها.
- لم يحدد بدقة وقت الرجوع على الموافقة بين الأحياء.
- إن تنظيم المشرع للموافقة على استئصال الأعضاء من جثث الموتى يكتنفه غموض

كبير، حينما أقر الموافقة الضمنية للشخص المتوفى، والذي لم يعبر عن رفضه بالتبرع حال حياته في سجل الرفض، وإذا لم يتم بذلك يعد موافقا على النزع.

- ترك المشرع مسألة إثبات الوفاة من قبل طبيب واحد فقط وهو ما قد يثير الشك حول واقعة الوفاة، ونظرا لأهمية هذه المسألة كان يجب أن توكل هذه المهمة للجنة من الأخصائيين، لإبعاد الشك حول واقعة الوفاة وتحقيق نزاهة أكبر لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- نص المشرع على ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات الوفاة ضمن الفريق الذي يقوم بزرع العضو، في حين أن ينص على ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة الوفاة ضمن الفريق الذي يقوم بنزع العضو من المتبرع، وذلك من أجل حماية المتبرع، ودرءا لأي تواطؤ بين الطبيب الجراح مع أحد المرضى، أو تفضيل مصلحة المتلقي المريض على مصلحة المتبرع المعطي.

- لم ينظم المشرع القواعد والأحكام الخاصة بالمسؤولية الطبية سواء كانت جزائية أو مدنية، الأمر الذي أدى إلى اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية، فكثيرا ما يصعب تكييفها.

بعد الانتهاء من هذه الدراسة يمكن تقديم بعض الاقتراحات والمتمثلة في:

- ضرورة تعديل قانون الصحة بما يلائم التطورات الراهنة وخطورة هذا النوع من العمليات.

- إعادة النظر في نظام التأمين والتعويض عن الأضرار الطبية لمصلحة طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ضرورة تفعيل دور الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية.

- القيام بحملات تحسيسية دورية، عبر وسائل الإعلام المختلفة والمدارس وحتى المساجد، لنشر ثقافة التبرع وإشاعة روح التضامن والتكافل الإنساني، وأهمية إنقاذ وإحياء النفس البشرية، فحسب آخر الإحصائيات حول هذا النوع من العمليات فقد شهدت سنة 2025 إجراء 140 عملية زرع الكلى فقط، وهي أرقام جد ضئيلة مقارنة بالمعدلات العالمية وكذا الطلب المتزايد على الأعضاء من طرف المرضى.

قائمة المصادر والمراجع

أولا - المصادر:

القرآن الكريم

ثانيا - المراجع باللغة العربية:

أ - الكتب:

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
2. أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المادي لكلا من (الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
3. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. أحمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سمك للطباعة، القاهرة، 1999.
6. أحمد محمد لطفي، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
7. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، النهضة العربية، القاهرة، 1986.
8. إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل زرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009.
9. أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

10. أسامة عبد العليم الشيخ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة، في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
11. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1987.
12. إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الرابع، دار ابن الحزم، بيروت، 2002.
13. إسماعيل غازي مرحبا، البنوك الطبية البشرية وأحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ.
14. افتكار مهيب دبان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2006.
15. أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008.
16. _____، مسؤولية الأطباء من الناحية المدنية والجنائية والتأديبية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2010.
17. أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
18. إيهاب مصطفى عبد الغني، الوجيز في نقل وزراعة الأعضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
19. بابر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار حامد، عمان، 2002.
20. بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية، للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
21. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

22. ———، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
23. بوساق محمد المدني، موقف الشريعة من نقل الأعضاء بين البشر، دار الخلدونية، الجزائر، 2004.
24. بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي على ضوء القوانين الطبية المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
25. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
26. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، لجنة التأليف والتعريب للنشر، الكويت، 2000.
27. جاري بسمة، الذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
28. جبيري ياسين، الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2015.
29. حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001.
30. خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
31. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2012.
32. خيضر عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
33. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجا، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، عالم الكتب الحديث، عمان، 2006.

34. رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية في التشريع المصري والمقارن، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2011.
35. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
36. ———، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012.
37. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دراسة مقارنة في ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
38. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
39. سطحي سعاد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة فقهية طبية قانونية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007.
40. السعدي محمد صبري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، القسم الأول مصادر الالتزام، الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
41. ———، شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004.
42. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
43. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
44. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، ار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

45. الشيخلي عبد القادر، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
46. صابر محمد محمد سيد، محل التصرفات التي ترد على الأعضاء البشرية الجامدة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
47. صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
48. ضياء عبد الله عبود جابر الأسدي، حق السلامة في جسم المتهم، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2009.
49. طارق سرور، نقل الأعضاء البشرية بين الأحياء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
50. طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة الجزائر فرنسا، دار هومة، الجزائر، 2004.
51. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004.
52. عادل عبد الحميد الفجال، ضوابط استئصال الأعضاء البشرية من الجثث الآدمية من الناحيتين القانونية والشرعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
53. عامر قاسم أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
54. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
55. عبد العزيز بن محمد الصغير، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2015.

56. عبد الفتاح عطا الله، زرع الأعضاء بين الحاضر والمستقبل، المركز العربي للوثائق والمطبوعات الصحية، الكويت، 2007.
57. العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، ط 3، دار الأمان، الرباط، 2011.
58. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
59. علام عمر، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، المغرب، 2013.
60. علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2005.
61. علي محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة وما يتعلق بها من قضايا حديثة في الفقه الإسلامي (الموت الرحيم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
62. العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
63. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
64. كحلون علي، محاضرات في المسؤولية الطبية، مجمع الأطرش، تونس، ط 1، 2018.
65. لعشب محفوظ، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
66. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
67. محمد أيمن الصافي، غرس الأعضاء في جسم الإنسان، زرع الأعضاء، وزارة الإعلام، جدة، 1986.
68. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

69. _____، إثبات الخطأ الطبي في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
70. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.
71. محمد حماد مرهج الهييتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
72. محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
73. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
74. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دراسة في القانون المدني والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
75. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
76. محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء، النسر الذهبي للطباعة، الإسكندرية، 2001.
77. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
78. مخلص إبراهيم الزغبى، حقوق المواطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
79. مروتك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشرعية الإسلامية، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.
80. _____، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
81. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1995.
82. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

83. _____، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
84. _____، الخطأ الطبي الجراحي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
85. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
86. نسرین عبد الحمید نبیه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لندیا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008.
87. نور يوسف حسين، ركن الخطأ المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة في القانونين اليمني والمصري، دار الفكر والقانون، مصر، 2014.
88. هيثم عبد الرحمن البقلي، الحماية الجنائية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، ط 2، 2010.
89. وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
90. يوسف داوود كوريس، الجريمة المنظمة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

ب - الأطاريح والمذكرات:

- أطاريح الدكتوراه:

1. أحمد أحمد علي ناصيف، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاجتماعية، جامعة عين الشمس، 1993.
2. أحمد حلمي محمود محمود يوسف، السياسة الجنائية في مواجهة نقل الأعضاء البشرية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2015.
3. أحمد نعمة عطية الشمري، الوصية بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015.

4. برني نذير، حماية الكرامة الإنسانية في ظل الممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017.
5. بغدادي ليندة، الوضع القانوني للممارسات الطبية الحديثة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
6. بن زيطه عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2015.
7. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
8. بن عقون حمزة، المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، 2018.
9. بن عودة سنوسي، التجارب الطبية على الإنسان في ظل المسؤولية الجزائية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018.
10. بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
11. بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

12. بومدين سامية، الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
13. ثابت دنية، التوجه الموضوعي للمشرع الجزائري في المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2022.
14. جادي فايزة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الجنائي والتطورات العلمية الراهنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 01، 2016.
15. جيبيري نجمة، الاتجار بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة في دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.
16. حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018.
17. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2005.
18. داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
19. الداوي نجاة، المسؤولية الجزائية للطبيب عن الانتزاع غير المشروع للأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.
20. زنون عمار، تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، 2022.

21. سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
22. سايكى وزنة، الإشكالات القانونية المترتبة عن إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2025.
23. صبحي فوزية، المسؤولية المدنية عن التصرف في أعضاء الجسم البشري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص، مدني معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020.
24. طالب خيرة، جرائم الإتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2018.
25. عباشي كريمة، المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2024.
26. عبو أنيسة، الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2022.
27. عمراني أحمد، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشرعية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010.
28. علاء محمد شاطر سليمان، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2014.
29. عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

30. عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
31. غادة حلمي أحمد أحمد خليل، جرائم الإتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2016.
32. غضبان نبيلة، الخطأ الطبي الجراحي والمسؤولية الجنائية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.
33. فوزي محمد محمود أبو طالب، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.
34. قاسمي محمد أمين، الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2019.
35. قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2015.
36. قماروي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013.
37. قنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
38. كادي محمد، أثر نظام التأمين على قواعد تعويض المسؤولية الطبية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون خاص معرق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022.

39. كشيدة الطاهر، المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2023.
40. مزياني عبد الستار، المسؤولية الجنائية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه (ل م د) في الحقوق، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2022.
41. محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2005.
42. محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء الناشئة عن استخدام الأساليب العلمية الحديثة في الطب، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
43. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2009.
44. محمود سعد رفاعي عبد الدايم، النظام القانوني لعمليات استقطاع وزراعة الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2018.
45. معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015.
46. مواسي العلبة، التعامل بالأعضاء من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
47. مولاي محمد لمين، الضرر الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)، جامعة الجيلالي اليابس، 2020.

48. يوسف فاطمة، المسؤولية الجنائية للأطباء في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

- رسائل الماجستير:

1. أقوجيل نبيلة، الحماية الجنائية للحق في سلامة جسم الإنسان أمام الممارسات الطبية (أعمال الطبيب)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2005.
2. الباشا الجباري، جرائم أخذ الأعضاء البشرية وزراعتها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، اختصاص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، 2011.
3. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
4. بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2005.
5. بن عايطي مراد، المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عن نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019.
6. راشد إبراهيم الشاشاني، حقوق المتبرع في عمليات نقل الأعضاء البشرية في النظام القانوني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008.
7. عادل سيد شومان، مدى إباحة العمل الطبي والجراحي على جسم الإنسان، ماجستير القانون الجنائي، كلية الحقوق، القاهرة، 2008.

8. عبد الرحمن بن علي عبد الرحمن الزير، المسؤولية عن الاعتداء على الأعضاء المزروعة والأطراف الصناعية (دراسة تأصيلية)، دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2017.
9. عسال محمد، المسؤولية الطبية الناجمة عن الخطأ في تحديد لحظة الوفاة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.
10. علي بن سالم بن محمد السعدي، المسؤولية الجزائية عن الاتجار بالأعضاء البشرية في القانون العماني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2017.
11. فضلي سلوى، الإطار القانوني لأخذ وزرع الأعضاء البشرية ببلدان المغرب العربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، اختصاص قانون البيئة والتعمير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس المنار، 2008.
12. قنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
13. ماجد أحمد برد المشاقبة، التصرف بالأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل-البيت، 2003.
14. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.
15. مشكور خليفة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001.

16. مكرلوف وهيبه، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.
17. منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017.
18. النحوي سليمان، مشروعية التصرف في جسم الانسان بين القانون الجزائري والشرعية الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
19. هيثم حامد خليل المصاورة، عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة في القانون المدني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، اختصاص القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الموصل، 1999.

ج - المقالات:

1. أحمد السعيد شرف الدين، التقدم العلمي والاجتهاد (في المجال الطبي)، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة والخمسون، مطبعة عبير، 1986، ص ص 1-47.
2. إقروفة زبيدة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص ص 357-376.
3. أممهي بوزينة أمنة، "الحماية الجنائية للجسم البشري من جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 15، 2016، ص ص 131-144.
4. بركات جوهرة، "الحق في الصحة وقيام المسؤولية الطبية الجنائية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 457-482.

5. بعثاش ليلي، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص ص 211-234.
6. بعداش بوبكر، "الأصل الشرعي الذي بنيت عليه مسألة زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص ص 17-35.
7. بكوش آمال، تعويض فوات الفرصة الناشئ عن الإخلال بتبصير المريض، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 91، القاهرة، 2018، ص ص 560-681.
8. بلحاج العربي، "حكم الشريعة الإسلامية في عمليات نقل وزرع الأعضاء"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 1993، ص ص 565-591.
9. بلعابد عيدة، "الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الجزائية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة مولاي الطاهر، السعيدة، المجلد 03، العدد 02، 2022، ص ص 147-170.
10. بلقواس ابتسام، "التنظيم القانوني للوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء البشرية في الجزائر"، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، المجلد 4، العدد 2، 2020، ص ص 68-87.
11. بلوصيف صادق، "زرع الأعضاء والشريعة الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، عدد خاص، 2003، ص ص 152-162.
12. بن بوعبد الله مونية، "النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية (الجزائر وفرنسا نموذجا)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 01، 2014، ص ص 55-70.

13. بن خليفة إلهام، "جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، العدد 06، 2013، ص ص 58-96.
14. بن داوود براهيم، "البنوك الطبية البشرية بين الأنظمة القانونية والضوابط الشرعية"، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 23، 2014، ص ص 133-160.
15. بن زيطة عبد الهادي، "العمل الطبي في القانون المقارن والاجتهاد القضائي"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 1، أبريل 2013، ص ص 141-176.
16. بن صغير مراد، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 170-208.
17. _____، "معالم القصور في التشريع الجزائري لنقل وزراعة الأعضاء، دراسة تأصيلية نقدية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص ص 165-210.
18. بن عيسى رشيدة، "حكم إنشاء بنوك الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص ص 301-327.
19. بوترعة عبد القادر، "الضوابط الطبية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، المجلد 08، العدد 01، 2022، ص ص 655-667.
20. بوخرس بلعيد، "الخبرة القضائية في مجال المسؤولية المدنية الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 01، 2018، ص ص 127-147.

21. بوفتاح جمال، ربحي أحمد، "الإطار المفاهيمي لعمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 7، العدد 01، 2023، ص 737-751.
22. بويصري سعيد، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص 396-422.
23. تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 365-398.
24. جبيري نجمة، "انتهاج سياسة عقابية خاصة لمواجهة الاتجار بالأعضاء البشرية في ظل القانون 09-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، المجلد 14، العدد 02، 2016، ص 322-340.
25. حاوش هدى، "الحماية التشريعية لعمليات نقل الأعضاء البشرية على ضوء قانون العقوبات الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2017، ص 427-453.
26. حسام الدين كامل الأهواني، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 17، العدد 1، 1975، ص 1-240.
27. حمادي عبد النور، "الشروط القانونية المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص 141-164.

28. خلفي عبد الرحمن، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية، في إطار عملية نقل الأعضاء بين الأحياء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 430-456.
29. درياد مليكة، "الإتجار بالأعضاء في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مجلد 49، عدد 03، 2012، ص ص 271-288.
30. دغيش أحمد-بولنوار عبد الرزاق، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 126-147.
31. رافع فريد، "الحماية القانونية للجثة الآدمية في إطار عمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد 07، العدد 02، 2023، ص ص 673-693.
32. رياض الخاني، "المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف بأعضاء الجسم البشري"، المجلة الجنائية القومية، المجلد 14، العدد 1، 1971، ص ص 5-29.
33. زايدي حميد، "الضمانات القانونية لعمليات نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في ظل القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة (المعدل والمتمم)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 17، العدد 1، 2022، ص ص 364-391.
34. زهدور أشواق، "المسؤولية الجزائية للطبيب الناجمة عن نقل وزرع الأعضاء البشرية والاتجار بها"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 14، 2016، ص ص 101-128.

35. سايب عبد النور، "انتفاء المقابل المالي بشأن التعامل بالأعضاء البشرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2017، ص ص 178-204.
36. سوزي عدلي ناشد، "الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد 1، 2004، ص ص 145-209.
37. سي يوسف زاهية حورية، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 55-81.
38. شريط الأمين، "نزع وزرع الاعضاء في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية"، مجلة الفكر البرلماني، الجزائر، عدد خاص، 2003، ص ص 132-151.
39. العروسي منصوري محمد، حلوش فاطمة أمال، "انتقال الحق في التعويض للورثة عن الضرر المعنوي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 1، 2021، ص ص 58-89.
40. عقل مقابلة، نقل الأعضاء البشرية بين الإباحة والتجريم، دراسة مقارنة، أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، الأردن، المجلد 22، العدد 1، 2006، ص ص 123-145.
41. عمارة مخطارية، "الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية"، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، غيليزان، العدد 08، 2017، ص ص 393-422.
42. عميرش نذير، "المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، قسنطينة، المجلد 01، العدد 02، 2012، ص ص 445-473.
43. عوين لبنه، "سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الطبي"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 07، العدد 1، 2024، ص ص 352-369.

44. فايز الظفيري، "نقل وزرع الأعضاء من منظور جنائي"، مجلة الحقوق، العدد 02، السنة 25، 1422 هـ، ص ص 101-172.
45. فرقاق معمر، "جرائم الاتجار في قانون العقوبات الجزائري"، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، 2013، ص ص 129-137.
46. فريجة حسين، "زراعة ونقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون المقارن"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، العدد 02، 2011، ص ص 211-230.
47. قماروي عز الدين، "التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر"، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د.س.ن)، ص ص 47-68.
48. قوراري محمد فتحة، "مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03، السنة الثامنة والعشرون، 2004، ص ص 195-257.
49. قوادري مختار، "تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، العدد 13، 2015، ص ص 331-352.
50. لالوش سميرة، "عدم كفاية الخطأ الطبي كمعيار وحيد للتعويض عن الضرر الجسماني"، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 09، العدد 02، 2021، ص ص 1416-1433.
51. لدغش رحيمة، "الموت الدماغي والانعاش الصناعي"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، المجلد 10، العدد 1، 2018، ص ص 1748-1767.
52. لفقيري عبد الله، "أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 07، العدد 1، 2016، ص ص 346-365.
53. مازة حنان، "حق المتضرر من الخطأ الطبي في المطالبة بالتعويض"، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، المجلد 08، العدد 1، 2023، ص ص 63-92.

54. مأمون عبد الكريم، "التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجاً"، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010، ص ص 113-160.
55. محمد عبد الجواد المنتشة، "نقل الأعضاء وأحكامه الشرعية"، مجلة الحكمة، العدد 15، 1419 هـ، ص ص 17-88.
56. محمد نعيم ياسين، "بيع الأعضاء الآدمية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، السنة 11، 1987، ص ص 245-265.
57. _____، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 03، السنة 12، 1988، ص ص 11-63.
58. مارك نصر الدين، "المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد 1، 1998، ص ص 28-58.
59. معاشو نبالي فطة، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2013، ص ص 19-38.
60. —، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2014، ص ص 25-45.
61. المهدي علي أحمد، "عبيدات يوسف محمد، نقل وزراعة الأعضاء البشرية في القانون الإماراتي، دراسة مقارنة بالقانونين القطري والمصري"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد 1، 2012، ص ص 323-343.
62. مهند ناصر الزعبي-رولا نائل سلامة، "طبيعة مسؤولية والتزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام الشريعة والقانون الأردني"، مجلة دراسات، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص ص 1423-1440.

63. موسى العلجة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص ص 324-356.
64. هديلي أحمد، "تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص ص 82-125.
65. هواري سعاد، "خصوصية الرضا في مجال التبرع بالأعضاء بين الأحياء"، مجلة القانون العام والمقارن، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، المجلد 05، العدد 1، 2019، ص ص 61-81.
66. يحي عبد القادر، "المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والاجتهاد القضائي"، مجلة المحكمة العليا، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2011، ص ص 46-61.

د - المداخلات:

1. أكروم ميريام، "التجربة التونسية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني حول: القانون وقضايا الساعة، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المنعقد أيام 20 و 21 و 22 أبريل 2009، ص ص 01-18.
2. بن جيلالي عبد الرحمن، "شرعية اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في القانون الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني حول: القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد

العلوم القانونية والإدارية، المنعقد أيام 22/21/20 أبريل 2009، ص 1-15.

3. حمليل صالح، لروي إكرام، "التعويض عن الأضرار الطبية"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الخامس حول: حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، المنظم من طرف جامعة أدرار، يومي 09 و 10 ديسمبر 2015، ص ص 2-10.

4. دوحة عبد القادر، مداني عز الدين، "نقل وزرع الأعضاء البشرية في الجزائر بين الضرورات الاجتماعية والفراغات القانونية، مقاربة لتحديد نطاق تدخل المشرع الجزائري"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الثاني حول: القانون وقضايا الساعة "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرعية"، المنظم من طرف المركز الجامعي بخميس مليانة، معهد العلوم القانونية والإدارية، أيام 22/21/20 أبريل 2009، ص ص 1-13.

5. معاشو شمس الدين، معاشو نبالي فطة، "التأمين من المسؤولية المدنية عن أضرار التدخلات الطبية الحديثة"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني حول: التدخلات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يوم 24 ماي 2023، ص ص 01-11.

6. يحيوي يوسف، بوشاشي سماح، "الأضرار الطبية بين المسؤولية المدنية والأنظمة الخاصة للتعويض"، مداخلة أقيمت ضمن الملتقى الوطني الخامس حول: حماية المستهلك "مشكلات المسؤولية المدنية"، المنظم من طرف جامعة أدرار، يومي 09 و 10 ديسمبر 2015، ص ص 02-13.

هـ - النصوص القانونية:

- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، والمصادق

عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج. ر. ج. ج. عدد 82، صادر في 30 ديسمبر 2020.

- الاتفاقيات المصادق عليها:

1. اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، الصادرة في 09 ديسمبر 1948، انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-399 المؤرخ في 11 ديسمبر 1963، ج. ر. ج. ج. عدد 66، صادر في 14 ديسمبر 1963.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67، المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. ج. ج. عدد 20، صادر في 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج. ر. ج. ج. عدد 11، صادر في 26 فيفري 1997.
3. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي انضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. ج. ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج. ر. ج. ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.
4. بروتوكول منع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة غير الوطنية، والذي عرض للتوقيع والتصديق بموجب لائحة الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25 في دورتها 55 بتاريخ 15 نوفمبر 2000، والذي صادقت عليه الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، ج. ر. ج. ج. عدد 69، صادر في 12 نوفمبر 2003.

- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج. عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
2. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 16 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج. ر. ج. ج. عدد 21، صادر بتاريخ 27 فيفري 1970، معدل ومتمم.

3. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
4. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم.
5. قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 ماي 1990، يتضمن تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها، ج. ر. ج. ج عدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990.
6. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج. ر. ج. ج عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995، معدل ومتمم.
7. قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 71، صادر بتاريخ 10 نوفمبر 2004.
8. قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 جوان 2005، معدل ومتمم.
9. قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن تعديل قانون العقوبات رقم 66-156، ج. ر. ج. ج عدد 84، صادر بتاريخ 24 ديسمبر 2006، معدل ومتمم.
10. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.
11. قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جويلية 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009، معدل ومتمم.
12. قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج. ر. ج. ج عدد 46، صادر بتاريخ 29 يوليو 2018، معدل ومتمم.
13. قانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 جويلية 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج عدد 48، صادر بتاريخ 17 جويلية 2022.

14. قانون 06-24 مؤرخ في 28 أبريل 2024 يتضمن تعديل قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج عدد 30، صادر بتاريخ 30 أبريل 2024.
15. قانون رقم 14-25 مؤرخ في 03 أوت 2025، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. ج. ج عدد 54، صادر بتاريخ 13 أوت 2025.

- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر. ج. ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 95-108 مؤرخ في 09 أبريل 1995، معدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-258، المؤرخ في 11 أوت 2009، ج. ر. ج. ج عدد 47، صادر بتاريخ 16 أوت 2009.
3. مرسوم تنفيذي رقم 97-467 مؤرخ في 2 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية وتنظيمها وتسييرها، ج. ر. ج. ج عدد 81، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.
4. مرسوم تنفيذي رقم 07-140 مؤرخ في 19 ماي 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 33، صادر بتاريخ 20 ماي 2007.
5. مرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتعلق بتنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 67، صادر بتاريخ 24 أكتوبر 2007.
6. مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أبريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج. ر. ج. ج عدد 22، صادر بتاريخ 15 أبريل 2012.
7. مرسوم تنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 20 مايو 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج. ر. ج. ج عدد 27، صادر بتاريخ 22 مايو 2013.

8. مرسوم تنفيذي رقم 22-178 مؤرخ في 28 أبريل 2022، يتعلق بالشهادة الطبية للوفاة، ج. ر. ج. ج عدد 32، صادر بتاريخ 14 مايو 2022.

- القرارات الوزارية:

1. القرار الوزاري 24 ماي 1998، الذي يحدد القواعد التي تنظم التبرع بالدم ومشتقاته.
2. القرار الوزاري رقم 198 بتاريخ 15 فيفري 2006، يتضمن انشاء وتنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم، وهي تابعة للقطاع الصحي أو المراكز الاستشفائية المتخصصة.
3. القرار رقم 29 بتاريخ 14 جوان 2012، يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها القيام بانتزاع و/ أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية.
4. القرار الوزاري المشترك رقم 48، المؤرخ في 25 مارس 2015، المتعلق بتحديد المؤسسات الصحية المرخص لها بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية.
5. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 23 يونيو 2016، المحدد للتنظيم الداخلي للوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ج. ر. ج عدد 64.
6. القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 17 يناير 2018، المتضمن إنشاء وحدة بحث في ميدان انتزاع وزرع الأعضاء، تلحق بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، ج. ر. ج عدد 17، الصادر بتاريخ 18 مارس 2018.

هـ - الاجتهادات القضائية:

1. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 34653، الصادر بتاريخ 1985/11/20، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، عدد 04، 1989.
2. قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 5090، الصادر بتاريخ 1987/06/17، المجلة القضائية، عدد 04، 1990.
3. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 75670، الصادر بتاريخ 1991/01/13، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، قسم الوثائق، الجزائر، 1996.

4. قرار المحكمة العليا رقم 78863، الصادر بتاريخ 1991/09/29، المجلة القضائية، العدد 03، 1992.
5. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 87411، الصادر بتاريخ 1993/01/06، نشرة القضاة، عدد 50.
6. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 109568، الصادر بتاريخ 1994/05/24، المجلة القضائية، العدد 01، 1997.
7. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 118720، الصادر بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد 02، قسم الوثائق، الجزائر، 1996.
8. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 128892، الصادر بتاريخ 1995/12/26، قضية (ح ب) ضد (ب ب)، المجلة القضائية، العدد 02، 1996.
9. قرار المحكمة العليا رقم 209917، الصادر بتاريخ 2000/07/26، عن غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2002.
10. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 254258، الصادر بتاريخ 2001/12/25، المجلة القضائية، العدد 02، قسم الوثائق للمحكمة العليا، الجزائر، 2002.
11. قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، الصادر بتاريخ 2002/07/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002.
12. قرار المحكمة العليا رقم 362397 الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد 01، 2003.
13. قرار مجلس الدولة رقم 6788، الصادر بتاريخ 2003/06/03، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تيموشنت)، ضد (ورثة م م)، نشرة القضاة، العدد 63، الجزائر، 2008.
14. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 297062، الصادر بتاريخ 2003/06/24، المجلة القضائية، العدد 02، 2003.
15. القرار رقم 231419، الصادر بتاريخ 2000/03/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003.

16. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، الصادر بتاريخ 2008/01/23، قضية: (ع.ع.ق) ضد (ع.ب). مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 02، 2008.

17. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 505072، الصادر بتاريخ 2009/12/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010.

و - المواقع الإلكترونية:

1. <https://www.dorar.net/hadith/sharh>، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024 /03/13، على الساعة 10:00.

2. تحقيق صحفي حول: "زراعة الأمل، الكبد-القرنية-الكلية"، من طرف قناة الشروق، منشور على: <https://www.youtu.be/FcrMBZuNik0> ، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 01 /03/ 2025، على الساعة 14:00.

3. كامل شيراز، "بنك الأعضاء لا يزال صفراً". على الموقع الإلكتروني: elbiled.net، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/08/24، على الساعة 20:00.

4. <https://www.webteb.com.article>، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2024/08/13، على الساعة 11:00.

5. <https://www.uomus.edu.iq/img/lectures> ، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/09/13 على الساعة 6:00.

6. <https://www.uoanbar.edu.iq,eStoreImages,Bank>، تم الإطلاع عليه بتاريخ: 2024/09/13، على الساعة 6:00.

ثالثا - باللغة الفرنسية:

A - Ouvrages:

1. ABDULDAYEM Ahmed, Les organes humains dans le commerce juridique, publications juridiques AL-HALABI, Beyrouth, 1999.
2. ARNOUX Irma, Les droits de l'être humain sur son corps, presses universitaires de Bordeaux, Paris, 1995.
3. BELLIVIER Florence, NOIVILLE Christine, Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilité du médecin, Dalloz, Paris, 2006.
4. BEN SEDRINE Leila, La responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin au Maroc, édition El- Maaref El-Jadida, Rebat, 2006.
5. BINET Jean Renne, nouveau droit de la bioéthique, édition Litek, Paris, 2005.
6. BOISSIER-RAMBAUD Claude, Georges HOLLEAUX, La responsabilité juridique de l'infirmière, 6^{ème} éditions, Lamarre, Paris, 2002.
7. BOUDART Daniel, Guide des produits sanguins en France, édition Frisson roche, 1992.
8. CHAMMAR BOYER George, MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, presses universitaires de France, Paris, 1974
9. CONTE Philippe, PETIT Bruno, Les personnes, deuxième édition, Presses universitaires de Grenoble, 1995.
10. COURTOIS Helene, Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle (Italie), étude comparative dans les pays du marché commun, Edition A. PEDONE, Paris, 1985.
11. DAPOGNY Bernard, Les droits des victimes de la médecine, édition Pints fleuri, France, 2009.
12. DELPART Laurent, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, Chiron éditeur, Paris, 2004.
13. DEVERS Gilles, Droit, responsabilité et pratique du soin, 2^{ème} édition, Lamarre, Paris, 2007.

14. DIJON Xavier, Le sujet de droit en son corps, une mise à l'épreuve du droit subjectif, travaux de la faculté de droit de Namur, Paris, 1982.
15. DOLL Paul-Julien, La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Masson, Paris, 1970.
16. DORDNER-DOLIVET Annick, Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civiles et pénales dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos de la chirurgie, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1986.
17. DORSNER-DOLIVET Annick, La responsabilité du médecin, Economica, Paris, 2006.
18. DUPONT Marc, ESPER Claudine, PAIRE Christian, droit hospitalier, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2001.
19. DUVAL-ARNOULD Domitille, Le corps de l'enfant sous le regard du droit, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.
20. GODFRYD Michel, L'expertise médicale, PUF, Paris, 1991.
21. GOULD Dinah, Le corps humain étude, structure et fonction, 2^{ème} édition, De Boeck, Bruxelles, 2001.
22. HANNOUZ (M.M), HAKEM (A.R), précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, office des publications universitaires, Alger, 1993
23. KHADIR Abdelkader, Recueil d'arrêts en responsabilité médicale, tome 1, Dar Houma, Alger, 2014.
24. LAMBERT-FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2000.
25. MALICIER D, MIRAS A, FEUGLET P, FAIVRE P, La responsabilité médicale, données actuelles, 2^{ème} édition, édition ESKA, Paris, 1999.
26. MONDIELLI Eric, L'essentiel de la bioéthique et du droit de la biomédecine, Extensio éditions, Paris, 2008

27. NEFFUSSY LEROY Nathalie, Organes humains (prélèvements, dons, transplantations), éditions ESKA, Paris, 1993.
28. RENAUT-BRAHINSKY CORINE, L'essentiel du droit des obligations, 3^{ème} édition, édition Gualine EJA, Paris, 2006.
29. VIALLA François, Les grandes décisions du droit médical, L.G.D.J. édition Alpha, Paris, 2010.

B - Thèses:

1. AHMED NACER Redhouane, Le typage HLA dans le bilan pré greffe d'organes (moelle osseuse et rein) à partir de donneurs vivants apparentés, thèse pour le diplôme de docteur en sciences médicales, Institut national d'enseignement supérieur en sciences médicales, université d'Alger, 1993.
2. CHARAF ELDINE Ahmed, Droit de la transplantation d'organe, étude comparative, thèse pour le doctorat d'Etat, Université de droit, d'économie et de sciences sociales, paris II, 1975.
3. CHROQUI Loubna, La transplantation d'organes humains à la lumière de la chariaa islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse pour le doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des Etats francophones, 2006.
4. LACOMBE Séverine, les conditions de légitimité du prélèvement d'organes à finalité médicale, thèse de doctorat, sciences politiques, Centre de recherches politiques de la Sorbonne, 2008.
5. POUILLAUDE Augo-Bernard, Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative, thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, Paris, 2011.
6. PRIEUR Stéphane, La disposition par l'individu de son corps, thèse de doctorat privé, université de Dijon, 1998.
7. KHAMMARI Haïfa, Le don d'organes, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, université de Tunis El Manar, 2007.

8. MANSART Beatrice, La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, thèse de doctorat en droit, l'Université Panthéon, Sorbonne, Paris, 1999.
9. TORTOSA Jean-Christophe, Etude des enjeux éthiques posés par les prélèvements d'organes sur sujets à cœur arrêté. Analyse de la problématique auprès des professionnels français. Comparaison avec les professionnels espagnols et américains, thèse pour obtenir le grade de docteur, faculté de médecine Paris Descartes-Site Cochin, université Paris Descartes, 2009.

C - Articles:

1. AL-KANDARI Fayez, "Les prélèvements d'éléments du corps en droit français et koweïtien", Revue de la Recherche Juridique, N° 1, 2004, pp 439-455.
2. BEN CHABANE Hanifa, "Prélèvement et transplantation d'organes chez l'enfant", R.A.S.J.E.B?, N°3, 1999, pp 69-77.
3. BENIDICTE Folsheid, "Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d'un organe contaminé", Revue de Droit Sanitaire et Social, N°2, Paris, 2004, pp 290-293.
4. BERTRAND-MIRCOVIC Aude, "Le cadre juridique du prélèvement", Revue Générale de Droit Médicale, N°24, Paris, 2007, pp 29-49.
5. BISMOUTH Serge, POUTRIN Jean Christophe, et autres, "La loi Kouchner en médecine générale : Le dossier d'abord ?" In: Revue Exercer N°79, Toulouse, septembre-octobre, 2006, pp 112-115.
6. BOUDEHANE Omar, "Expérience Algérienne dans la transplantation rénale à partir de donneur cadavérique", Sharia and Economic Review, faculty of Sharia and Economics, Emir Abbdelkader University of Islamic Science, Constantine, special issue 02, 2012, pp 13-34.
7. BOUSSARD Sabine, "Comment sanctionner la violation du droit à l'information de l'utilisateur de santé?", Revue de Droit Public, L-G-D-J, n1, Paris, 2004, pp 170-205.

8. BOUSSOUF HAMANA Naziha, "L'expertise en matière de la responsabilité médicale", Revue Sciences Humaines, université Mentouri, Constantine, N°3, Algérie, 2009, pp 07-13.
9. CLAYES Alain, HURIET Claude, "L'application de la loi n°94-654 du 29 Juillet 1994", Revue Générale de Droit Médicale, N°1, Paris, 1999, pp 23-39.
10. DAHDOUH A, DJEGHRI T, HADDAD RY, "Aspects juridiques et règlementaires de la transplantation d'organes en Algérie et dans le monde", Sharia and Economic Review, faculty of Sharia and Economics, Emir Abbdelkader University of Islamic Science, Constantine, Special issue 02, 2012, pp 1-12.
11. GRAUT Renaud, "Réanimation, arrêt cardio-respiratoire et fin de vie : mieux comprendre de quoi nous parlons", in éthique, médecine et société, sous la direction de Emmanuel HIRSCH, Espace éthique, 2007, pp 828-834.
12. LABRUSSE-RIOU Catherine, "L'anonymat du donneur : étude critique du droit positif français", in le droit, la médecine et l'être humain, collection du laboratoire de théorie juridique, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, presses universitaires d'Aix-Marseille, volume 9, 1996, pp 81-101.
13. _____, "Quelques regards civilistes sur la fin de vie", Revue de L'institut de Criminologie de Paris, Edition Eska, N°5, Paris, 2005-2006, pp 37-47.
14. MENGUY Edgar, "L'utilisation à des fins thérapeutiques des éléments du corps humain", Revue Générale de Droit Médicale, N°27, Paris, 2008, pp 63-69.
15. MICHAUD Jeau, "La convention européenne de biomédecine et la transplantation d'organes", Journal Européen de Bioéthique, N°3, vol 12, France, 2001, pp 1-20.
16. OGIEN Rewen, "Mon corps est à moi, non, c'est non. Que reste-t-il de ces principes?", in corps de la femme et biomédecine, approche internationale, Bruylant, Paris, 2013, pp 351-362.
17. OIKAOUI Younes, "La transplantation d'organe en droit marocain : quelles perspectives?", Revue Générale de Droit Médicale, N°36, Paris, 2010, pp 223-231.

18. PAYSANT François, "Prélèvements et transplantation d'organes".
www.med-univrennes.fr étude médecine-légale, pp 1-2.
19. PEDROT Philippe, Les prélèvements d'organes post mortem, Collection
du laboratoire de théorie juridique, volume 9, presses
universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1996, pp 163-181.
20. PESSINA-DASSONVILLE Stéphane, "L'utilisation du corps, de ses
éléments et produits à des fins patrimoniales", Revue
Générale de Droit Médicale, N°27, Paris, 2008, pp 101-119.
21. RAGE ANDRIEU Virginie, "La marchandisation des produits du corps
humain : l'exigence éthique de renforcement des principes
fondamentaux par un régime spécial", Les cahiers de droit
de la santé du sud-est, N°12, Paris, 2011, pp 49-64.
22. SICARD Didier, "Médicalisation et judiciarisation de la fin de vie",
Revue de L'institut de Criminologie de Paris, Edition
Eska, n°5, 2006, pp 33-36.
23. THOUVENIN Dominique, "Autour du don et de la gratuité", Revue
Générale de Droit Médicale, numéro spécial, Paris, 2002,
pp 99-121.
24. YAKOUB Zina, "Euthanasie et responsabilité pénale du médecin",
Revue Critique de Droit et Sciences Politiques, numéro
spécial 1, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou,
2008, pp 483-499.

D – Les textes Juridiques :

- Codes :

1. code civil français.
2. code de la sante publique Français.
3. code de la déontologie médicale français.

- Lois :

1. Loi N°52-854 du 21 Juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang
humain, de son plasma et leurs dérivés, JORF du 22 Juillet 1952.
2. Loi N° 94-653 du 29 Juillet 1994, relative au respect du corps humain,
JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.

3. Loi N° 94-654 du 29 Juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, JORF du 30 Juillet 1994, p 11060.
4. Loi N°2002-303 du 4 Mars 2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé, J.O du 5 Mars 2002. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr
5. Loi n°2005-370 du 22 Avril 2005, relative aux droits des malades et à la fin de vie (loi Léonetti).
6. Loi n° 2021-1017 relative à la bioéthique. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

- Les décrets :

1. Décret N° 96-1041 du 2 Décembre 1996 relatif au constat de la mort préalable au prélèvement d'organes, de tissu et de cellules à des fins thérapeutiques ou scientifiques et modifiant le code de la sante publique, JORF N° 282, du 4 Décembre 1996.
2. Décret N°2005-949 du 2 Aout 2005, relatif aux conditions de prélèvement des organes, des tissus et des cellules modifiant le livre II de la première partie du code de la santé publique, JORF N°182 du 6 Aout 2005.
3. Décret n° 2021-1626 du 10 décembre 2021, relatif au prélèvement de cellules souches hématopoïétiques sur un mineur au bénéfice de ces parents, ou sur un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection. Consultez le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr

- Circulaire :

- Circulaire n°645 du 29 Décembre 2000, relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, ministère de l'emploi et de la solidarité. Consultez le lien suivant : www.nosobase.chu-lyon.fr

E – Jurisprudences :

1. Cass. Civ., 20 Mai 1936. www.legifrance.gouv.fr
2. Cass. Civ., 14 Janvier 1991, n° 89-12589, www.legifrance.gouv.fr
3. Cass. 1^{ère} Civ., 29 Mai 1951. www.legifrance.gouv.fr
4. Cass. 1^{ère} Civ., 29 Novembre 1989, n° 88-11477. www.legifrance.gouv.fr
5. Cass. 1^{ère} Civ., 21 Mai 1996. www.legifrance.gouv.fr
6. Cass. 1^{ère} Civ., 16 Juillet 1996. www.legifrance.gouv.fr
7. Cass. Civ., 25 Février 1997, n° 95-11205. www.legifrance.gouv.fr
8. Cass. 1^{ère} Civ., 14 Octobre 1997, Guyomar, n° 95-19609. www.legifrance.gouv.fr

9. C.E, sect., 3 Novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles. www.legifrance.gouv.fr
10. Cass. Crim., 3 Décembre 1997 : Resp. Civ. Et assur. Juillet-Aout 1998, n° 251.
11. Cass. 1^{ère} Civ., 07 Mai 1998. www.legifrance.gouv.fr
12. Cass. 1^{ère} Civ., 29 Juin 1999, n°97-15818. www.legifrance.gouv.fr
13. Cass. 1^{ère} Civ., 15 Juillet 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France, p 393. Obs. Jean Penneau.
14. Cass. 1^{ère} Civ., 18 Janvier 2000, D.H, 177 e année- 1^{ère} cahier (rouge), 13 Décembre 2001, n° 44/7053 e, France, p 3559.
15. Cass. Civ., le 06 Juin 2000, n° 98-19295. www.legifrance.gouv.fr
16. Cass. 1^{ère} Civ., 20 Juin 2000, n° 98-23046. www.legifrance.gouv.fr
17. Cass. 1^{ère} Civ., 09 Octobre 2001, G.P.H, Dimanche 25 au Mardi 27 Novembre 2001, 121 e année, n° 329 à 331, France, p 53. Obs. Jean Guigue.
18. Cass. 1^{ère} Civ., n°00-13314. www.legifrance.gouv.fr
19. Cass. 1^{ère} Civ., 18 Octobre 2005, n°04-14268. www.legifrance.gouv.fr
20. Cass. 1^{ère} Civ., 4 Avril 2006, n°04-17491. www.legifrance.gouv.fr
21. C.A. 1^{ère} Civ., 23 Mars 2007. www.legifrance.gouv.fr
22. Cass. 1^{ère} Civ., 6 Décembre 2007, n° 06-19301. www.legifrance.gouv.fr
23. Cass. Civ., le 14/10/2010, n° 09-68471. www.legifrance.gouv.fr
24. Cass. Civ., 6 Janvier 2011, n° 09-66994. www.legifrance.gouv.fr
25. C.E, 10 Octobre 2011, n° 328500. www.legifrance.gouv.fr
26. Cass. Le 03 Mars 2016. www.legifrance.gouv.fr
27. C.E, 23 Mars 2018, n° 402237. www.legifrance.gouv.fr
28. Cass. 1^{ère} Civ., 9 Septembre 2020. www.legifrance.gouv.fr

F – Les documents:

- Agence de la biomédecine : Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique, 2012. www.agence-biomedcine.fr

G – Les sites Internet :

- Euthanasie en France, la loi sur l'aide à mourir en 2025. <https://www.justifit.fr>. Consulté le :25/07/2025 à 11h00.

فهرس

1	مقدمة.....
	الباب الأول
10	مظاهر التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية
	الفصل الأول
13	الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء
15	المبحث الأول: مخالفة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية للنظام العام.....
15	المطلب الأول: عدم مشروعية محل وغرض التبرع بالأعضاء البشرية.....
16	الفرع الأول: ضبط بعض المفاهيم المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
16	أولاً: تعريف عملية نقل وزرع العضو البشري.....
19	ثانياً: أطراف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
19	ثالثاً: صور عمليات نقل الأعضاء البشرية.....
21	الفرع الثاني: مخالفة محل التبرع للنظام العام.....
22	أولاً: تحديد محل التبرع في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
30	ثانياً: تحديد الأعضاء التي لا يجوز التبرع بها.....
34	ثالثاً: تحديد الأعضاء التي يجوز التبرع بها.....
37	الفرع الثالث: مخالفة غرض التبرع بالأعضاء البشرية للنظام العام.....
37	أولاً: عدم تحقق الغرض العلاجي من التبرع بالأعضاء البشرية.....
43	ثانياً: تضرر المتبرع من استئصال العضو من جسمه.....
45	المطلب الثاني: الإخلال بمبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.....
46	الفرع الأول: الجدل الفقهي حول مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.....
46	أولاً: الاتجاه المميز لبيع الأعضاء البشرية.....
49	ثانياً: الاتجاه المعارض لبيع الأعضاء البشرية.....
52	الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية
52	أولاً: موقف التشريعات الغربية من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.....

- 57 ثانيا: موقف التشريعات العربية من مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية....
- 61 الفرع الثالث: شروط ضمان تطبيق مبدأ مجانية التبرع بالأعضاء البشرية.....
- 61 أولا: السرية في التبرع المتقاطع للأعضاء البشرية بين الأحياء.....
- 63 ثانيا: اشتراط القربة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء
- 67 ثالثا: منع تقاضي الممارسين الطبيين للأجر مقابل إجراء نزع وزرع الأعضاء
- 68 **المبحث الثاني: مخالفة الإجراءات القانونية المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.....**
- 68 **المطلب الأول: تخلف رضا طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....**
- 69 الفرع الأول: ضرورة الحصول على موافقة طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 69 أولا: الشروط الخاصة لصحة رضا المتبرع.....
- 84 ثانيا: الشروط الخاصة برضا المريض المتلقي.....
- 92 الفرع الثاني: أهلية طرفي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 92 أولا: وجوب كمال أهلية التبرع.....
- 98 ثانيا: عدم اشتراط كمال الأهلية لدى المريض المتلقي.....
- 101 **المطلب الثاني: عدم توفر الضمانات الطبية لإنجاح نقل وزرع الأعضاء البشرية**
- 102 الفرع الأول: تخلف الضمانات الصحية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 102 أولا: عدم الحفاظ على الحالة الصحية للمتبرع والمريض.....
- 107 ثانيا: عدم تحقق التطابق النسيجي بين المتبرع والمريض المتلقي.....
- 109 الفرع الثاني: غياب الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 109 أولا: تخلف الكفاءة المهنية لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 113 ثانيا: عدم توفر الترخيص القانوني لدى المؤسسات الصحية لإجراء نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

الفصل الثاني

الإخلال بالضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من 123
جثث الموتى

- 124 المبحث الأول: عدم التأكد من حدوث الوفاة قبل استئصال الأعضاء من الجثة..
- 125 المطلب الأول: ضرورة تحديد لحظة الوفاة.....
- 126 الفرع الأول: معايير تحديد لحظة الوفاة.....
- 125 أولاً: المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة (توقف القلب والرئتين عن العمل)
- 129 ثانياً: المعيار الحديث في تحديد لحظة الوفاة (موت الدماغ).....
- 135 ثالثاً: موقف التشريعات من معايير تحديد لحظة الوفاة.....
- 138 الفرع الثاني: موقف الطب والقانون من مسألة تحديد لحظة الوفاة.....
- 139 أولاً: أهمية تحديد لحظة الوفاة.....
- 141 ثانياً: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية.....
- 142 ثالثاً: تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية.....
- 145 المطلب الثاني: دور أجهزة الإنعاش الصناعي في تحديد لحظة الوفاة.....
- 146 الفرع الأول: مفهوم الإنعاش الاصطناعي.....
- 146 أولاً: تعريف الإنعاش الاصطناعي.....
- 149 ثانياً: حالات استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي.....
- 150 الفرع الثاني: شروط إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي.....
- 150 أولاً: حالات إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي دون ترتيب المسؤولية.....
- 154 ثانياً: الضمانات القانونية لرفع أجهزة الإنعاش الاصطناعي.....
- 158 المبحث الثاني: عدم احترام إجراءات التصرف في جثة المتوفى.....
- 158 المطلب الأول: الإذن بالمساس بالجثة.....
- 159 الفرع الأول: موافقة المتوفى بالتصرف في أعضاء جثته.....
- 159 أولاً: قبول الشخص التصرف في أعضاء جثته أثناء حياته.....
- 164 ثانياً: اعتماد الموافقة المفترضة في حالة عدم اعتراض الشخص التصرف

- في أعضاء جثته.....
- 169 ثالثا: الأهلية المطلوبة للشخص الراض التصرف في أعضاء جثته.....
- 171 الفرع الثاني: انتقال حق التصرف في أعضاء جثث الموتى.....
- 171 أولا: حق الأسرة التصرف في أعضاء جثة قريبها.....
- 176 ثانيا: حق الدولة في التصرف في أعضاء جثث الموتى.....
- 179 المطلب الثاني: عدم احترام الضمانات الطبية والتنظيمية عند نقل الأعضاء من جثث الموتى.....
- 180 الفرع الأول: تعدد الضمانات الطبية لنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.....
- 180 أولا: التفرقة الطبية (ألا يكون الفريق الطبي المثبت للوفاة ضمن الفريق الطبي لنزع وزرع العضو).....
- 181 ثانيا: سرية التبرع (عدم كشف هوية كل من المتبرع والمتلقي).....
- 183 ثالثا: عدم إعاقة انتزاع الأعضاء للتشريح الطبي الشرعي.....
- 184 رابعا: عدم تشويه الجثة.....
- 185 الفرع الثاني: الضمانات التنظيمية لنقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى.....
- 186 أولا: منح الأولوية للمرضى المسجلين في قائمة الانتظار.....
- 188 ثانيا: إنشاء بنوك الأعضاء والأنسجة البشرية.....

الباب الثاني

191

الآثار القانونية للتصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية

الفصل الأول

195

قيام المسؤولية الجزائية عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية

197

المبحث الأول: أركان المسؤولية الجزائية للطبيب الجراح.....

198

المطلب الأول: ارتكاب الخطأ الطبي الجزائي.....

198

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي الجزائي.....

198

أولاً: تعريف الخطأ الطبي الجزائي.....

200

ثانياً: عناصر الخطأ الطبي الجزائي.....

207

ثالثاً: أنواع الخطأ الطبي الجزائي الموجب للمسؤولية الجزائية.....

215

الفرع الثاني: صور الأخطاء الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية....

215

أولاً: الأخطاء الطبية قبل تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

219

ثانياً: الأخطاء الطبية أثناء تنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

221

ثالثاً: الأخطاء الطبية لما بعد عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

225

المطلب الثاني: حدوث الضرر بسبب الخطأ الطبي الجزائي.....

225

الفرع الأول: الضرر الطبي.....

226

أولاً: تعريف الضرر الطبي.....

227

ثانياً: أنواع الضرر الطبي.....

230

الفرع الثاني: علاقة السببية بين الضرر والخطأ الطبي الجزائي.....

231

المبحث الثاني: صور جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....

232

المطلب الأول: الجرائم المنصوص عليها في قانون الصحة رقم 18-11.....

232

الفرع الأول: الجرائم الإخلال بالنظام العام لعمليات نقل وزرع الأعضاء

البشرية التي تتم بين الأحياء.....

241

أولاً: جرائم مخالفة شرط المجانية.....

- 235 ثانيا: جريمة التعامل بالأعضاء التتاسلية.....
- 235 ثالثا: جريمة نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا من الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية.....
- 237 الفرع الثاني: جرائم مخالفة الشروط التنظيمية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 237 أولا: جريمة نزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية في مؤسسات غير مرخص لها.....
- 240 ثانيا: جريمة مخالفة شروط جمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواده غير الثابتة..
- 265 ثالثا: جريمة إفشاء السر الطبي.....
- 241 المطلوب الثاني: الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات.....
- 242 الفرع الأول: تحديد جرائم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتم بين الأحياء.....
- 242 أولا: جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية.....
- 255 ثانيا: جريمة إحداث عاهة مستديمة جراء عملية نقل وزرع العضو البشري...
- 258 الفرع الثاني: تحدي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى.....
- 259 أولا: جريمة انتهاك حرمة الموتى.....
- 263 ثانيا: الجرائم الناجمة عن سوء استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي.....

الفصل الثاني

- 266 قيام المسؤولية المدنية عن التصرف غير المشروع في الأعضاء البشرية
- 267 المبحث الأول: أحكام المسؤولية المدنية عن مخالفة ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 267 المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المدنية للجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 268 الفرع الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للجراح.....
- 268 أولاً: مسؤولية الجراح المدنية ذات طبيعة تقصيرية كأصل عام.....
- 269 ثانياً: مسؤولية الجراح المدنية ذات طبيعة عقدية كاستثناء.....
- 271 الفرع الثاني: خصوصية طبيعة التزام الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 272 أولاً: التزام الجراح ببذل عناية كمبدأ عام في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية..
- 275 ثانياً: التزام الجراح بتحقيق نتيجة كاستثناء في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 285 المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.
- 285 الفرع الأول: الخطأ الطبي أساس لقيام المسؤولية المدنية للجراح.....
- 286 أولاً: تعريف الخطأ الطبي.....
- 291 ثانياً: معيار تقدير الخطأ الطبي.....
- 296 ثالثاً: إثبات الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
- 307 الفرع الثاني: ارتباط الضرر الطبي بخطأ الجراح.....
- 307 أولاً: الضرر الطبي الموجب للمسؤولية المدنية.....
- 318 ثانياً: علاقة السببية بين الضرر الطبي والخطأ الطبي.....
- 326 المبحث الثاني: أحكام جبر الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية....
- 326 المطلب الأول: الأحكام الخاصة بالتعويض.....
- 327 الفرع الأول: مفهوم التعويض.....
- 327 أولاً: تعريف التعويض.....

329	ثانيا: ضرورة جبر الأضرار الناتجة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
332	ثالثا: التعويض بمقابل عن الأضرار الناتجة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....
335	الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التعويض.....
335	أولا: أطراف دعوى التعويض.....
338	ثانيا: الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى التعويض.....
346	ثالثا: خضوع دعوى التعويض للتقادم.....
347	المطلب الثاني: دور القاضي المدني تقدير التعويض.....
348	الفرع الأول: كيفية تقدير التعويض.....
348	أولا: معايير تقدير التعويض.....
352	ثانيا: ضرورة لجوء القاضي للخبرة.....
358	ثالثا: مساهمة شركة التأمين في تعويض الأضرار في مجال نقل وزرع الأعضاء
365	الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض.....
365	أولا: سلطة القاضي في تقدير شروط استحقاق التعويض.....
369	ثانيا: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض.....
371	ثالثا: وقت تقدير التعويض.....
372	رابعا: إمكانية توزيع المسؤولية عن جبر الضرر.....
375	خاتمة.....
381	قائمة المراجع.....
421	فهرس.....

الملخص

ساهمت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في إنقاذ المرضى المهددة حياتهم بالموت المؤكد، بعدما فشلت العلاجات التقليدية في علاجهم، ونظرا لأهمية وخطورة هذه التدخلات على جسم الإنسان وأعضائه، فقد عمد المشرع الجزائري إلى تقييدها بمجموعة من الضوابط القانونية، حماية لأطرافها، خصوصا المتبرع كونه الطرف الوحيد الذي لا يستفيد من هذه العمليات.

إن مخالفة الجراح للضوابط التي تحكم ممارسة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أو من الجثث، يشكل تصرفا غير مشروع في الأعضاء البشرية، وهو ما يؤدي حتما إلى قيام مسؤوليته سواء الجزائية أو المدنية.

الكلمات المفتاحية: التصرف غير المشروع، الأعضاء البشرية، المسؤولية الجزائية، المسؤولية المدنية.

Abstract

Organ transplantation has contributed to saving the lives of patients who were facing imminent death after traditional medical treatments failed. Given the seriousness and importance of such interventions on the human body and its organs, the Algerian legislator has subjected them to a set of strict legal controls in order to protect all parties involved, particularly the donor, who is the only party that does not directly benefit from these operations.

Any surgeon who violates the rules governing the removal and transplantation of human organs, whether between living persons or from deceased individuals, commits an unlawful act involving human organs, which inevitably gives rise to liability, whether criminal or civil.

Keywords: Unlawful act, Human organs, Criminal liability, Civil liability.