

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة مولود معمري - تيزي وزو -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



## الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم  
تخصص القانون

إشراف الأستاذة  
أ. د. صبايحي ربيعة

إعداد الطالبة  
عبو أنيسة

### لجنة المناقشة

- أ. د/ أمازوز لطيفة، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسة  
أ. د/ صبايحي ربيعة، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ..... مشرفة ومقررة  
أ. د/ سعيدان أسماء، أستاذ، جامعة الجزائر..... ممتحنة  
د/ قونان كهينة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة  
د/ خليفي سمير، أستاذ محاضر "أ"، جامعة البويرة..... ممتحناً  
د/ نساخ فاطمة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة الجزائر..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 13 فيفري 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## إهداء

إلى روح أبي الغالي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه؛  
إلى روح أبي الثاني الغالي الأستاذ معاشو عمار رحمه الله  
وأسكنه فسيح جنانه الذي ساندني وساعدني، ولم يبخل علي  
بالنصح والتشجيع والتوجيهات القيمة طوال مشواري الدراسي؛  
إلى أعظم امرأة أُمي العزيزة الغالية فجزاها الله خير جزاء وأطال  
الله في عمرها؛

إلى أُمي الثانية الأستاذة معاشو نبالي فطة الغالية التي  
نصحتني وساعدتني طوال إنجاز هذه الأطروحة فجزاها الله  
خير جزاء وأطال الله في عمرها؛

إلى زوجي رفيق دربي، وقرّة عيني أولادي الغاليين نزيّم وأنس  
حفظهم الله ورعاهم؛

إلى إخوتي وأخواتي قرّة عيني وسندي في الحياة ؛ وجميع أفراد  
عائلي الثانية معاشو الغالية حفظهم الله ورعاهم؛

إلى كل أفراد عائلي الصغيرة والكبيرة، نسبا وصهرا؛  
إلى أعز صديقاتي بدون إستثناء.

# كلمة شكر



أشكر الله سبحانه وتعالى، على توفيقه لإتمام هذا العمل،  
وأدعوه أن يجعله عملاً صالحاً.

واعترافاً بالفضل والجميل أتوجّه بالشكر الجزيل إلى  
أستاذتي المشرفة

## أ.د. صبا يحيى ربيعة

التي تفضلت بالإشراف على هذا العمل ودعمتي  
بالنصائح والإرشادات،  
فجزاها الله عني كلّ خير.

كما يسعدني أن أقدم بالشكر والتقدير إلى السادة أعضاء  
اللجنة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة، فجزاهم الله خير جزاء.  
كما لا يفوتني أن أشكر جميع الأساتذة بكلية الحقوق  
والعلوم السياسية وموظفين المكتبة، الذين قدموا لي يد العون  
لإنجاز هذه الدراسة.

## مختصرات

### أولا باللغة العربية

ج.ر.ج.ج الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ق.م.ج القانون المدني الجزائري

ق.ح.ص.ت قانون حماية الصحة وترقيتها

ق.ص قانون الصحة

م.أ.ط مدونة أخلاقيات الطب

ق.أ.و.ع القانون الأساسي للتوظيف العمومي

ق.إ.م.إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.ع قانون العقوبات

د.ت.ن دون تاريخ النشر

د.د.ن دون دار النشر

د.ب.ن دون بلد النشر

### ثانيا باللغة الفرنسية

**Art** Article

**Ass** Assemblée

**Cass.civ.** Cour de cassation, Chambre civile

**C.A** Cour d'appel

**C.A.A** Cour Administrative d'Appel

**Concl** Conclusion

**Bull.civ.** Bulletin civil

**R.D** Recueil Dalloz

**Ed** Edition

**Gaz.Pal.** Gazette du Palais

**J.O** Journal Officiel

**L.G.D.J** Librairie Général de Droit et de la Jurisprudence

**Op-Cit** Ouvrage précédemment cité

## مقدمة

يعتبر الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعملية، ينشأ عن ممارستها وجود علاقة ما بين المتبرع والمريض والطبيب التي تفرض عليه الاهتمام بالمريض والعمل بكل ما يوسع له علاجه من خلال بذل العناية التي يقتضيها كل تخصص، فعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هي تعويض العضو التالف بعضو سليم، عرّفها البعض على أنها « استبدال العضو التالف بعضو سليم »<sup>(1)</sup>، كما عرّفته الجمعية العالمية لزراعة الأعضاء على أنه « عملية من خلالها يستبدل عضو مريض بعضو سليم مأخوذ من شخص حي أو ميت، فالشخص الذي يتم له الزرع يسمى المريض (المستقبل)، والشخص الذي يتم النقل منه يسمى المتبرع والعضو المنزوع يسمى الغريسة »<sup>(2)</sup>.

شهدت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية تطورا كبيرا في الآونة الأخيرة، خصوصا بعد التقدم الذي بلغه مجال العلوم الطبية، وتحسين أساليب العمليات الجراحية والعلاجية، وتطور التقنيات اللازمة لحفظ الأعضاء البشرية، لذا أصبحت عمليات نقل وزرع هذه الأخيرة من أكثر العمليات التي ساهمت في إنقاذ الكثير من الأشخاص من خطر الموت، واتسع نطاق استخدامها، الأمر الذي دفع الكثير من المشرعين - من بينها المشرع الجزائري - إلى وضع ضوابط قانونية لمثل هذه العمليات حفاظا على كرامة الإنسان وأدميته والتي تمنع التصرف في جسمه أو في عضو من أعضائه.

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من الوسائل الطبية الحديثة التي أثبتت نجاحها في إنقاذ المرضى المهددة حياتهم بالموت المحقق، إذ أصبح من الممكن نقل الأعضاء أو أنسجة أو خلايا بشرية من جسم شخص معافى يدعى المتبرع وزرعها لدى شخص مريض بحاجة للعضو سواء كان المتبرع حيا أو ميتا.

عرف الطب الحديث بإنجازاته المذهلة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تعد من أهم الانتصارات التي تشفي المريض عندما يزرع له عضوا سليما عوضا عن

<sup>1</sup> - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 20.

<sup>2</sup> - عمر علام، قضايا طبية معاصرة وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار أبي ررق للطباعة والنشر، المغرب، 2001، ص ص 168 - 169.

العضو التالف في جسمه، ولكن بسبب ما يتمتع به المريض من حقوق تقديس جسده، يتعين الحصول على رضاه قبل إتيان الطبيب لأي تدخل طبي جراحي، وتختلف عملية نقل وزرع الأعضاء حسب مصدر النقل مما أدى إلى وجود عدة أنواع من هذه العمليات<sup>(1)</sup>.

أكدت التشريعات الوطنية والقوانين الدولية على حق الإنسان في الصحة ومن ثمة حقه في العلاج للحفاظ على حياته وصحته، وفيه نجد المريض يتمتع بحقوق مقدسة على جسده تعتبر الدافع إلى إقرار وجوب الحصول على رضاه قبل إتيان الطبيب لأي تدخل طبي جراحي.

لقد تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 حق الشخص في سلامة شخصه، ومنع فيه تعرض الإنسان للتعذيب والعقوبات وخاصة المعاملات القاسية أو الوحشية وذلك من خلال المادة 5 منه والتي تنص على أنه « لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة ».

يعود أول تنظيم لعمليات نقل وزرع الأعضاء في الجزائر إلى سنة 1985، وذلك بموجب قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم<sup>(2)</sup>، ثم صدور

<sup>1</sup> - **عمليات الزرع الذاتي HAUTO**، يكون المتبرع والمريض الشخص نفسه والجسم نفسه، فيقوم الطبيب المختص بنقل عضو أو نسيج من موضع إلى آخر في جسم الشخص كتنقل الأوتار والعضلات، ونقل الصمامات من الأوردة في الساقين لإصلاح صمامات القلب ونقل جزء من الأمعاء لإصلاح المريء، أو ترقيع الجلد وإصلاح الأنف والأذن، ومما لا شك فيه أن عمليات الزرع الذاتي قد تكون من قبل التصليح والتصحيح، كأن يكون بالشخص عيب ظاهر ومنظر غير مألوف، مثلما يحدث بعد الحروق والحوادث.

- **عمليات نقل وزرع الأعضاء بين الأشخاص HOMO**، وفيها ينتمي الشخص المتبرع إلى نفس جنس المتلقي، أو يكون من شخص إلى آخر، أو قد يكون المتبرع والمتلقي من نفس السلالة كالزرع بين التوائم.

- **عمليات الزرع من الحيوانات HETE**، فيها يختلف جنس المريض عن جنس المتبرع، وقد أجريت عدة محاولات لزراعة أعضاء من الحيوانات للإنسان، كاستئصال كبد قرد وزرعه في جسد الإنسان، وزرع قرينة كلب لدى إنسان، وأيضاً قلب قرد عند الإنسان، وهذا النوع لا يدخل في موضوع هذه الدراسة.

نقلاً عن فضيلة إسمي قاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010/2011، ص 50.

<sup>2</sup> - **قانون رقم 85-05**، مؤرخ في 16/02/1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. عدد 8، لسنة 1985، المعدل والمتمم بقانون رقم 90-17، مؤرخ في 31/07/1990، ج.ر.ج. عدد 35، لسنة 1990. ثم قانون رقم 98-09، مؤرخ في 19/08/1998، ج.ر.ج. عدد 61، بتاريخ 23/08/1998 الملغى، مرسوم رئاسي رقم 99-236، مؤرخ في 19/10/1999، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. 74، لسنة 1999.

القانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018<sup>(1)</sup>، يتعلق بالصحة، الذي تناول في الفصل الرابع من الباب السابع تحت عنوان أحكام تتعلق بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، عمليات زرع الأعضاء سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، وذلك في المواد من 355 إلى 367، كما حدد شروط وضوابط التدخل في مجال الصحة وتضمن الطرق والإجراءات التي تكفل الحق في الصحة لجميع الأفراد في المجتمع على قدم المساواة. اعتبرت التشريعات الداخلية حرمة جسم الإنسان وحق الشخص في سلامة جسمه مكفولة لكل شخص وهذا ما حددته المادة 39 القانون رقم 20-442<sup>(2)</sup> المتضمن التعديل الدستوري التي تنص على أنه:

« تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ... ».

كرست الدولة الجزائرية الحق في الرعاية الصحية ضمن مبادئ الدستور وأحكامه، ويتجسد النص الدستوري في الواقع العملي بجملة من القوانين والتشريعات التي تتولى التفصيل الدقيق ويظهر ذلك من خلال نص المادة 63 من الدستور على أنه:

« الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية

والمعدية وبمكافحتها، تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين ».

<sup>1</sup> - قانون رقم 18-11، مؤرخ في 02/07/2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج. عدد 46، صادر في 29/07/2018، وبموجب المادة 449 من هذا القانون تم إلغاء أحكام قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. عدد 08، صادر بتاريخ 17/02/1985، معدل ومتمم غير أنه تبقى النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية لقانون الصحة الجديد المذكور أعلاه.

<sup>2</sup> - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مؤرخ في 28/11/1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07/12/1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر.ج. عدد 76، صادر بتاريخ 08/12/1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10/04/2002، ج.ر.ج. عدد 25، صادر بتاريخ 14/04/2002، والمعدل بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15/11/2008، ج.ر.ج. عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 06/03/2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد 14، صادر بتاريخ 07/03/2016، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في ج، ر، ج، ج، عدد 82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

إن موضوع الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى لم يكن بهذا الشكل المتطور الذي هو عليه اليوم، أين يمنع القانون أي اعتداء أو مساس على جسد الإنسان، تبعا لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحرم المساس بجسم الإنسان ماديا كان أو معنويا وهذا تكريسا لقدسية جسمه وحقه في سلامة جسده<sup>(1)</sup>.

لا تقتصر كرامة وحرمة جسم الإنسان على الأحياء فقط، بل تمتد لتشمل الإنسان بعد موته، فيكون له الحق في احترام جثته، باعتبارها من بقايا جسده، فلا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليها، وهذا ما أقرته كل من الشريعة الإسلامية والقوانين من خلال النصوص العقابية التي سخرتها لحماية الجثة من جهة، وحرمة المقابر من جهة أخرى.

أسفر العلم الحديث عن ظهور تقنيات ووسائل هامة في مجال نقل وزرع الأعضاء، أهمها أجهزة الإنعاش الصناعي، والتي يقصد بها مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة محددة تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه أين يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل.

أما عن تحديد لحظة الوفاة التي أثارت عدة إشكالات قانونية أو طبية، خصوصا بعد ما ظهر ما يسمى بموت الدماغ أو جذع المخ أو الموت الإكلينيكي أين ترك مهمة التأكد من الوفاة للأطباء دون أن يحدد لهم الوسائل التي يستطيعون بها التحقق منها، فترك المسألة للطبيب يحددها وفقا للأصول الطبية، لذا التصرف في الأعضاء من جثث الموتى تحكمها

<sup>1</sup> - كانت أول عملية نقل للأعضاء كانت من خلق الخالق عز وجل، الذي نقل ضلعا من سيدنا آدم عليه السلام ليخلق منه حواء لقوله تعالى: « وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ ». سورة البقرة، الآية 35.

وحسب تفسير ابن كثير، فقد تم أخذ الضلع الأيسر من آدم وهو نائم، ولأم مكانه لحما، ولم ينهض آدم حتى خلق الله من ضلعه تلك زوجته حواء، فسواها امرأة ليسكن إليها وتزوج بها، ويقال أن خلف حواء كان بعد دخول آدم الجنة انظر أيضا سميرة عايد الديبات، مرجع سابق، ص 8.

انظر أيضا إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن، المجلد الأول، دار ابن الحزم، بيروت، 2002، ص 179.

شروط خاصة، جوهرها الموافقة الذي يؤخذ والرضا من المتوفى أثناء حياته أو من ذويه بعد موته.

من هنا يتبين بوضوح اهتمام الشريعة الإسلامية بصحة الفرد من خلال مقاصدها الخمس حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، حفظ المال، ومنه تعتبر المحافظة على حياة الإنسان وصحته من الأهداف التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قبل أن تتادي بها القوانين الخاصة<sup>(1)</sup>.

يعود الاهتمام بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لأسباب عديدة منها عجز العلاج العادي عن شفاء المريض، وعلاج الأمراض المستعصية وإنقاذ البشرية من الموت المؤكد، وفي الوقت نفسه أكثر خطورة لتأثيرها على حياة الإنسان، مما تعد خروجاً على القواعد القانونية التي تحمي حق الإنسان في الحياة وفي سلامة وتكامل جسمه، فيبرز ركن الرضا كشرط أساسي لإجراء مثل هذه العملية الجراحية وإفراغه بشكل قانوني خاص، يثبت التزام الطبيب حصوله على رضا المريض قبل أي تدخل جراحي فيما يخص نقل وزرع الأعضاء.

لم يكن التقدم في المجال الطبي أمام رجال القانون عائقاً لرفع دعاوى المسؤولية في المجال الطبي، بل تزايدت نتيجة توسع العمل الطبي الجراحي، وأصبح التعامل مع الجسم البشري مسألة دقيقة وصارت هناك مواجهات دائمة بين العلم الذي يمثله الطبيب وبين المسؤولية التي تترتب على قيامه باستخدام هذا العلم في شفاء مرضاه من مختلف أنواع الأمراض، فهو يتعرض إلى عدة مساءلات تأديبية أو جزائية أو مدنية.

لذا اكتسبت المسؤولية الطبية أهمية خاصة باعتبار أن مهنة الطب تعد من أنبل المهن الإنسانية من جهة، ومن جهة ثانية الطبيب يحتاج إلى قدر من الحرية والثقة أثناء ممارسة مهنته، مع تزايد مختلف شكاوى ودعاوى المسؤولية الطبية الناتجة عن خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي والأضرار الناجمة عنها يؤدي إلى فقدان الثقة بين المريض وطبيبه، خاصة أن العلاقة الشخصية بينهما تحولت إلى علاقة تجارية، بعد ظهور العيادات الخاصة، مما أدى إلى طغيان المصالح المالية على المبادئ الأخلاقية.

<sup>1</sup> - باسم شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 556.

قد يرتكب الطبيب أخطاء من شأنها تمس صحة طرفي عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فالطبيب باعتباره غير معصوم أثناء ممارسة مهنته، قد يقترف أخطاء الذي قد تكون ناتجة عن إخلال بالتزام قانوني أو عقدي وبالتالي تكون طبيعة مسؤوليته المهنية إما عقدية أو تقصيرية.

ففي حالة قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية لأي سبب من الأسباب إما أن تخص الالتزام بالحصول على رضا المريض أو عدم احترامه لإجراء من إجراءات صحته يترتب على ذلك تعويض المضرور.

كما يتعرض الطبيب إلى المساءلة التأديبية التي تهدف إلى ردع ومعاقبة كل إخلال بالتزاماته المهنية من طرف الجهات الإدارية المختصة بغض النظر إن كانت عمدية أو غير عمدية، وهذا بهدف إصلاح وتقويم سلوك الطبيب، باعتباره عضو فعال يساهم في أداء خدمة عامة، فهو يحقق هدف الدولة المتمثل في حماية الصحة العمومية بكل كفاءة وفعالية، وكذا مسانيرة خطى التقدم والتطور في هذا المجال، ويخضع الأطباء بالمرافق الاستشفائية لنظام التأديب، الوارد في مدونة أخلاقيات الطب، وفقا لأحكام الأمر رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

وتقوم المسؤولية الجزائية للطبيب عند إخلاله بالالتزام أو واجب تفرضه عليه مهنة الطب، أو اقراره فعل معاقب عليه جزائيا وذلك حماية للمرضى وردعا للطبيب الذي يتجاوز حدود وظيفته، التي تقوم على الأخطاء العمدية والأخطاء الجسيمة، يعد التزام الطبيب التزاما ببذل عناية كأصل في شفاء المريض سواء كان تدخلا علاجيا أو جراحيا، بينما يعد التزاما بتحقيق نتيجة استثناءً بالتزام الطبيب بإتباع الطرق والتقنيات المستقر عليها في العلاج أو في التدخل الجراحي كما هو الحال في نقل الدم والتحاليل الطبية وأيضا استعمال أدوات جراحية.

تتمثل أهمية اختيار هذا الموضوع في الوقوف أمام الضوابط القانونية في التشريع الجزائري، وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء كان بين الأحياء أو نقلا من جثث الموتى بصفة خاصة، والحكمة من تخصيص ضوابط قانونية لمثل هذه العمليات هي خطورتها في عملية انتزاعها، نهيك عن الهدف المرتقب منها وهو إعادة الأمل للمريض في استعادة صحته.

يعود سبب اختيار هذا الموضوع إلى مجموعة من الأسباب منها شخصية، والتي تتمثل في البحث والتعمق لمعرفة خصوصية والضوابط القانونية للرضا كركن جوهري لممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومنها موضوعية تتمثل في تحول عمليات نقل الأعضاء من قضية إنسانية هدفها التبرع لشفاء المريض، إلى وسيلة للتعدي على جسد الإنسان بارتكاب تجاوزات تؤدي بدورها إلى ارتكاب جرائم في حق الإنسان كاختطاف من أجل استئصال الأعضاء وبيعها بمبالغ باهضة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشمل نقل وزرع الأعضاء البشرية من المتبرع إلى المريض باستبدال العضو السليم محل عضو تالف وذلك قصد إنقاذه من الموت المؤكد.

يتمثل الهدف من دراسة هذا الموضوع، في استعراض التطور الذي لحق بعملية النقل وزراعة الأعضاء البشرية، ومعرفة مكانة الرضا لكلا طرفي هذه العملية، كون أنه ركن جوهري إلا في بعض الحالات التي يستغني الطبيب الحصول على رضا المريض والتي يجيزها القانون صراحة، ونظرا لأهمية الطب الجراحي وارتباطه بإعادة وظائف أعضاء جسم الإنسان بسبب قصورها أو تلفها، يبذل طبيب الجراح من خلالها شفاء المريض، لذا تعد من العمليات الدقيقة والصعبة لأنها تتعلق بأعلى قمة في هذا الوجود وهي قيمة الإنسان وسلامة جسده، كما هو موضوع الساعة هدفه هو تقصير مدة شفاء المريض عوض تعرضه لعلاج بالأدوية والمواد الكيماوية التي قد تضر جسمه وتستغرق وقتا لشفائه وفي بعض الأحيان تؤدي إلى وفاته، وأمام كل هذه الأسباب والدوافع بأهمية دراسة هذا الموضوع فإن الإشكالية تتمحور حول البحث عن

**مضمون الأحكام الخاصة المكرسة لضبط لرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء**

**البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى ؟**

تقتضي طبيعة هذا الموضوع إتباع منهجية خاصة، بحيث لا يكفي الاعتماد فقط على المنهج الوصفي المستعمل عادة في الدراسات والبحوث القانونية لتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة، بل يجب الاعتماد على المنهج التحليلي والنقدي لتسليط الأضواء على الأبعاد الشرعية والقانونية لهذه الأعمال الطبية المستحدثة، التي أصبح جسم الإنسان هدفا لها.

أثار الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عدة إشكالات قانونية لم يسبق إشارتها من قبل أمام رجال القانون، لما تتطوي عليه من خصوصيات تجعلها من الممارسات غير المألوفة لأنها تمس بسلامة وتكامل جسم المتبرع السليم، و من الضروري وضع الأحكام الموضوعية لضبط ركم الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جنث الموتى (الباب الأول).

كما أن ممارسة هذه العمليات تترتب عليها آثار قانونية في حالة مخالفة ضوابط الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية كلما خرج الطبيب الجراح عن التصرفات المألوفة والمستقر عليها وسببت ضرر بالمريض أو المتبرع يلتزم الطبيب بجبر الضرر عن طريق شركة التأمين، كما تثار مسؤوليته التأديبية لعدم احترامه المبادئ والضوابط القانونية والمهنية دون أن يكون مانعا في المسألة الجزائية كلما كان فعل الطبيب معاقب عليه في قانون العقوبات (الباب الثاني).

## الباب الأول

الأحكام الموضوعية لضبط ركن الرضا في عمليات نقل  
وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى

الباب الأول: الأحكام الموضوعية لضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء  
ومن جثث الموتى

يتكون جسم الإنسان من عدد من الأعضاء الميكانيكية والمنتجات البشرية، وهذه المجموعة المترابطة من الأنسجة والعناصر الحية تشكل في مجموعها كيان الجسد البشري، فيعتبر هذا الأخير من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان، لذا قيل- وبحق- أن الجسم عماد الشخص بذاته بحسب الأصل، ويعتبر الجسم من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديساً، فلا يجوز أن يكون محلاً لأي اتفاق إلا من أجل صيانتها أو حفظه وعلى نحو يعد المساس به انتهاكاً لحرمة أو معصومية الكيان الجسدي للإنسان<sup>(1)</sup>.

وتهدف عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى إلى إعادة الحياة الطبيعية للعديد من البشر، نظراً لخصوصية التي يتمتع بها كل نوع من نوعي هذه العمليات، تلك الخصوصية النابعة من كون المتبرع بالعضو البشري يكون أحدهما إنسان حي والآخر إنسان ميت، فإنه يخضع لبعض الأحكام القانونية الخاصة به دون الآخر.

لذا تم إصدار نصوص قانونية تتولى التفصيل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، وهو ما قام به المشرع الجزائري في القانون الجديد للصحة رقم 18-11، يتضمن ضوابط وشروط للرضا في مجال الصحة.

تضمن أيضاً الطرق والإجراءات التي تكفل الحق في الصحة لجميع الأفراد في المجتمع على قدم المساواة، وعلى الرغم من أن رضا المتبرع بأحد أعضائه البشرية يعد أحد العناصر الأساسية لإباحة هذه العمليات سواء من الأحياء أو من جثث الموتى، فهو أمراً مشتركاً في كلا النوعين من العمليات الجراحية، لذا يتم التعرض للتنظيم القانوني للرضا في مثل هذا النوع من العمليات سواء فيما بين الأحياء (الفصل الأول) ومن جثث الموتى (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشروع والتضامن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 10.

## الفصل الأول

### ضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع

#### الأعضاء البشرية بين الأحياء

ينتج الرضا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية آثاره القانونية بتوافر مجموعة من الشروط التي يترتب على تخلف إحداها انعدام الرضا في استئصالها هذا من جهة، ويتعين من جهة أخرى ألا يترتب على هذا الإجراء تعريض حياة هؤلاء المتبرعين للخطر أو المساس بسلامتهم الصحية، كما يجب أن تحقق غاية تتسجم مع مقتضيات النظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>، فالتراضي لا يكون إلا بوجود إرادتين متوافقتين متطابقتين وفقا للمادة 59 من ق.م.ج<sup>(2)</sup> التي تنص على أنه

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وأن تكون خالية من أي عيب من عيوب الإرادة ».

تعد الإرادة مسألة نفسية لا يعلم بها إلا صاحبها، ولا يكشف عنها إلا مظهرها الخارجي، كما لا يعتد القانون بها إلا بالتعبير عنها إما لفظا أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه إذ يجوز التعبير عنها ضمنيا إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك<sup>(3)</sup>، والإرادة التي يعتد بها في التصرفات التي تتجه نحو

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 55.

<sup>2</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج.ر.ج. عدد 78، صادر في 1975/09/30.

<sup>3</sup> - 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 دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون عن التعبير الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ».

إحداث أثر قانوني معين كإنشاء الالتزام<sup>(1)</sup>، وهي الركن الجوهرية لصحة التراضي الذي يستلزم صدورهما من أشخاص يتمتعون بأهلية كاملة وفقا لأحكام المادة 40 من ق.م.ج 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 ».

غير أنه تتفرد الضوابط القانونية للرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عن الأحكام الواردة في القانون المدني، ارتباطه بالالتزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع ومتلقي العضو، فيقع على الطبيب التزام إعلامهما بكل تفاصيل عملية نقل وزرع العضو بالشكل الذي يسمح باتخاذ القرار الصائب بشأن العملية، التي يتحكم فيها مجموعة من الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من المتبرع(المبحث الأول)، والشروط القانونية لزرع هذه الأعضاء لدى المتلقي(المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 172.

## المبحث الأول

### الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من المتبرع

يشكل استئصال عضو من جسد المتبرع اعتداء على سلامة الجسد من الناحية المبدئية، مما يستوجب البحث حول الأساس القانوني السليم الذي تستند إليه هذه العمليات حتى تصبح مباحة، ومع الاهتمام بموضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء سن المشرع الجزائري قوانين لتنظيم هذه العملية حتى لا تصل هذه الأخيرة إلى حدّ الاعتداء على جسده، خاصة مع تفشي جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية وجريمة اختطاف القصر والقتل لأجل انتزاع أعضاءهم وبيعها بمبالغ غير مشروعة.

في إطار حماية حرمة جسم الإنسان ومنع الإعتداء عليه بكل الأشكال صدرت قوانين تتضمن نصوص حماية لجسم الإنسان تحظر هلاك أي عضو من أعضاءه، خاصة بعد إياحة تبرع وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الشرعية، وذلك وفق أطر وشروط محددة<sup>(1)</sup>. يستلزم نقل وزرع الأعضاء البشرية توفر ثلاثة أطراف أساسية تتمثل في المتلقي، والمتبرع، والطبيب الجراح<sup>(2)</sup>، إذ منح المشرع الجزائري حماية وضمان لكلا الأطراف خلال ما

<sup>1</sup> - صدرت عدة قرارات فقهية في جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية أهمها

- القرار رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06 هجرية عن هيئة كبار العلماء في السعودية بشأن زرع الأعضاء.

- قرار مجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بشأن زراعة الأعضاء في الدورة الثامنة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من 1405/04/28 هـ إلى 05/07 الموافق 1985/01/28-19م.

- القرار رقم 01 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان جسم الإنسان حي أو ميتا الصادر في المؤتمر الرابع بجدة من 1408/06/23-18 هـ، الموافق 1988/02/11-6م.

نقلا عن سعيد بويزري، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 405.

<sup>2</sup> - المتلقي Le receveur أو المستقبل أو المتبرع له، وهو المريض الذي أصبحت معه وسائل العلاج والمداواة العادية غير مجدية، ويحصل هذا بسبب فشل وظيفي للعضو أو تلفه.

المتبرع Le donneur يطلق عليه كذلك الواهب أو المانح ويقصد به الشخص الذي يؤخذ منه العضو وهو على نوعين مانح في حالة موت الدماغ، والذي يشكل المصدر الرئيسي للغرائس أي نسبة 96% وقد يؤخذ منه أكثر من عضو، ومانح حي الذي قد يكون عادة له قرابة وراثية بالمتلقي وهذا لتجنب ظاهرة رفض الجسم للعضو المزروع، كما يجب أن تنحصر الأعضاء الممنوحة في الأعضاء المتجددة، مثل الكلى والتي لا يؤدي استئصالها إلى ضرر كبير بالنسبة للمتبرع.

الطبيب الجراح Le staff medical الذي لا بد أن يكون من أهل الاختصاص، المشهود لهم بالكفاءة العلمية، كما يجب أن يكون الجراح الذي يتولى أخذ العضو غير الجراح الذي يقوم بالزرع. نقلا عن لعلة مواسي، التعامل =

جاء في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، الذي أكد على عدة شروط والتزامات تجعل من هذه العملية تصرف تبرعي وليس تصرف بمقابل.

أدرج القانون عدة ضوابط حتى يكون المتبرع حر في اتخاذ قرار متبصر<sup>(1)</sup> بمآل هذه العملية يتمثل في رضا الحر والمتبصر للمتبرع، مع تحصين هذا الرضا من كل العوامل التي تنقص من جديته (المطلب الأول)، كما يتعين تحديد شروط سلامة المحل والسبب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### وجوب الرضا الحر والمتبصر للمتبرع

لا نستطيع الحديث عن الرضا الحر دون التطرق إلى مفهوم وشروط الرضا الذي ينظم أحكامه القانون المدني، والذي ميز بين وجود الرضا وبين سلامة الرضا، إذ يتطلب وجود الرضا وجود الإرادة، وبوصفه ركناً أساسياً من أركان العقد يستلزم توفر إرادتين، لا يكون الرضا سليماً إلا إذا كانت الإرادتان صحيحتين متطابقتين، وهذا ما أشارت إليه المادة 59 من ق.م التي تنص على أنه « **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية** ».

لذلك ينبغي التطرق للرضا الحر والمتبصر للمتبرع بصفة دقيقة (الفرع الأول)، وتحديد خصوصيه (الفرع الثاني)، مع إقرار حق العدول للمتبرع وسلامة الرضا من العيوب (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### مفهوم الرضا الحر والمتبصر للمتبرع

الرضا الحر والمتبصر في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء، هو وجود إرادة جازمة صادرة بقصد إحداث أثر قانوني<sup>(2)</sup> وهو إنشاء الالتزام، وبالتالي العقد يعد

= بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 15.

<sup>1</sup> - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 69.

<sup>2</sup> - « ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لأحداث أثر قانوني، كما في المجاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ». نقلا عن عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 175.

المصدر الإرادي الأول للالتزام، أما إذا لم تنتج الإرادة إلى إحداث مثل هذا الأثر، فلا يترتب على مثل هذه الإرادة انعقاد العقد، فلا يقوم الرضا بوصفه ركناً من أركان الجوهرية للعقد، وفي حال وقوع خلاف حول ما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث أثر قانوني أم لا، فالقاضي المختص هو الذي يفصل في مثل هذا الخلاف.

تظهر أهمية هذه المتطلبات بصفة خاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية لتعطي تعريف تنفرد به في ظل القواعد العامة (أولاً) وإرتباط الرضا الحر والمتبصر بالالتزام الطبيب بالإعلام الصحي (ثانياً).

#### أولاً - تعريف الرضا<sup>(1)</sup> في ظل القواعد العامة

أعطى القانون المدني وصفا للرضا في نص المادة 59 من ق.م.ج على أنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ... ».

تطرق المشرع الجزائري إلى طريقة التعبير عن الإرادة بأن تكون شفهية أو كتابية أو بالإشارة المتداولة عرفاً وقد تكون طريقة التعبير ضمنية إذا لم يتفق الطرفان على أن تكون صريحة وهذا وفقاً للمادة 60 ق.م.ج<sup>(2)</sup>، وأجاز المشرع في هذا الصدد أن يكون التعبير عن الإرادة بالسكوت الذي هو السكوت الملابس المحددة حالاته في نص المادة 68 ق.م.ج<sup>(3)</sup> ويستبعد مطلقاً تطبيق هذا النوع من التعبير في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس أن عملية النقل والزرع هو تصرف قانوني صحته متوقفة على إفراغه ضمن قالب

<sup>1</sup> - التعريف اللغوي يقال في اللغة طلب الرضا يعني طلب الموافقة، ويرضى يقصد بها طيب خاطر، أي تعبير عن الموافقة والارتياح، قاموس ومعجم عربي عربي، "المعاني لكل رسم معنى" موقع الإنترنت [almaany.com](http://almaany.com)

<sup>2</sup> - تنص المادة 60 ق.م.ج سالف الذكر على أنه « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 68 ق.م.ج سالف الذكر 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 في الرد قبولاً، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ».

شكلي، يكشف على وجود رضا حر ومتبصر، بينما السكوت فهو العدم وإن كان السكوت ملابسا فهو لا يكفي في حد ذاته رضا صحيح، بل يجب إبدائه صراحةً، كما ورد غموض من طرف المشرع الجزائري في كلى القانونين، سواء في قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وكذا في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد، بخصوص موقفه في شكل الرضا الصادر من المتبرع.

### ثانيا - إرتباط الرضا الحر والمتبصر بالتزام الطبيب بالإعلام

قبل بيان هذا الإرتباط لا بد أن نشير إلى أن قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 الملغى لم يتطرق لتعريف خاص بالرضا، كما لم ينص صراحة عن الرضا الحر للمتبرع بل أشار إليه في المادة 162 التي تنص على أنه: « لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب الجراح بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع... ».

يستخلص من نص المادة أن شرط التبصير في موافقة المتبرع التي تكون مبنية على المعلومات التي أدلى بها الطبيب، وهو شرط لم تنص عليها القواعد العامة، أما فيما يتعلق بشرط الرضا الحر والمتبصر فقد تضمنتها المادة 162 أعلاه بنفس المضمون الوارد في القواعد العامة بحيث يشترط أن يكون المتبرع متمتعا بكواه العقلية وقادرا على تكوين رأي بعد إخباره بجميع التفاصيل من طرف الطبيب.

يقصد بالرضا الحر في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء، حرية المتبرع بقبول أو برفض تقديم العضو بإرادته المنفردة والحرّة التي يتعين أن تكون خالية مما يعيها حتى يعتد بالرضا الصادر عنه، فلا يكون لرضا الشخص أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو إكراه<sup>(1)</sup>، فالمتبرع هو إنسان حر له الحق في سلامة جسده لا يمكن إجباره على التبرع ويعد ذلك من الحقوق اللصيقة بالشخصية التي تعد من النظام العام فهو من يتحمل آلام الجراحة وما ينتج عنها من أخطار.

ونستخلص إذن أن قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى، اقتصر على وجوب إيداع الموافقة الكتابية بالتبرع لدى مدير المؤسسة وطبيب رئيس المصلحة، وبحضور شاهدين، وأن

<sup>1</sup> - وهيبه مكرلوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عند الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005، ص 127.

إثبات الرضا يتم كتابة غير أنه لم يشترط المشرع الجزائري أن تتم الموافقة أمام جهة رسمية معتمدة بل اكتفى أن تتم أمام هيئة صحية.

أما ركن الرضا في ظل قانون الصحة رقم 18-11 لم يشر المشرع الجزائري صراحة إلى الكتابة في عمليات نقل وزرع الأعضاء بل اكتفى بذكر في ذلك بالموافقة المستتيرة للمتبرع وهو ما نصت عليه المادة 4/360 على أنه: « لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها دون الموافقة المستتيرة للمتبرع ».

بالرغم من أنه منح إمكانية سحب هذه الموافقة التي أعطاها المشرع الجزائري للمتبرع في أي وقت وبدون أي إجراء وهذا طبقا للمادة 6/360 التي تنص على أنه: « يمكن المتبرع أن يسحب... التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء ».

علما أن الشيء الذي يسحب يعد شيء ملموس، منها استمارة أو وثيقة، مما يفهم أن المشرع اشترط أن تكون الكتابة في موافقة مستتيرة للمتبرع رغم عدم ورودها صراحة، فإذا كان المشرع حقيقة يؤكد على الموافقة الكتابية للمتبرع، فيعد الأمر الذي يثير إشكال قانوني حول بيان شكل هذه الموافقة الكتابية، هل تحرر بخط المتبرع ويقوم بتوقيعها، أم عبارة عن استمارة خاصة تصدر عن المؤسسة الاستشفائية يتم التوقيع عليها من المتبرع؟<sup>(1)</sup>

وإذا كان يكفي في ظل القانون القديم إيداع الموافقة الكتابية لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، فإنه في ظل قانون الصحة الجديد، توجب المادة 5/360<sup>(2)</sup>، التعبير على الموافقة بالتبرع أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا الذي يتأكد مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستتيرة، وأن التبرع مستوفٍ للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة. حتى يكون رضا المتبرع حرا ومتبصرا لا بد أن يلتزم الطبيب بأصول الإعلام الطبي كما يقرره النص القانوني في قانون الصحة على أساس أن الإعلام الصحي هو الذي يضمن الحرية والتبصر لرضا المتبرع.

<sup>1</sup> - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 179.

<sup>2</sup> - تنص المادة 5/360 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه

« يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الإقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستتيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

يستوجب الالتزام بالإعلام الصحي عدم المساس بجسم الإنسان وبسلامة كيانه البدني ولو لغاية علاجية، إلا بعد الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع، وهو ما كرسه الدستور الجزائري<sup>(1)</sup> في مواده 38 و39 منه<sup>(2)</sup> في الحفاظ على السلامة البدنية والعقلية للإنسان ويعاقب على الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية وهذا ما نلتزمه من نصوصه القانونية.

لم يقدم المشرع الجزائري أي تعريف للإعلام الصحي بل أكد فقط على ضرورة الالتزام بالإعلام في حالة التدخل الطبي، كما جاء في المادة 7/360 من ق.ص التي تنص على أنه « **تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي** ».

نستخلص من هذه المادة أن المشرع لم يعط تعريفًا بل أكد على إلزامية الطبيب ولجنة الخبراء بإعلام المتبرع بالعضو محل الاستئصال، بجميع الأخطار المحتملة حالا ومستقبلا وفقا للمادة 360 من ق.ص المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية.

أكدت جل التشريعات الحديثة هذا الالتزام لاسيما المشرع الفرنسي الذي تناوله في المادة 2/111 من قانون 2002/03/04 المتضمن قانون الطب الفرنسي<sup>(3)</sup>، والمادة 35 من تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي الصادر سنة 1995<sup>(4)</sup>.

وعليه نستنتج أن لا التشريع الجزائري ولا التشريع الفرنسي ولا حتى القضاء لم يقدموا تعريفا للالتزام بالإعلام، بل اكتفوا بالتأكيد على ضرورته قبل أي تدخل طبي، حفاظا على السلامة الجسدية للمتبرع، فالالتزام بالإعلام جاء كنتيجة للتطور العلمي وكذلك ظهور عقود الخدمات، التي أدت إلى وجوب حماية المستهلك، خاصة في الوقت الحالي بعد ظهور العقود الإلكترونية، وأصبحت الخدمات الطبية تقدم عن بعد.

<sup>1</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 20-442، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، السالف الذكر.

<sup>2</sup> - تنص المادة 38 من الدستور على أنه:

« **الحق في الحياة لصيق بالإنسان، يحمي القانون، ولا يمكن أن يحرم أحد منه إلا في الحالات التي يحددها القانون** »..

كما أكدت أيضا نص المادة 39 من الدستور نفسه على أنه:

« **تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.**

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

<sup>3</sup> - **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2007، ص 39.

<sup>4</sup> - Décret N° 9, 5-1000 du 06/09/1995, JORF, du 08/09/1998, [www.Légifrance-gouv.fr](http://www.Légifrance-gouv.fr).

**Jacqueline BAZ**, "La responsabilité médicale en droit libanais", *revue AL-ADL*, N° 12, 1970, p 25.

كما يلتزم إخضاع المتبرع للفحص الطبي، الذي هو أول ما يبتدأ به الطبيب وهو بداية للعمل الطبي المتمثل في فحص الحالة الصحية للمتبرع، بفحصه فحصاً ظاهرياً، من خلال ملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية، ويستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماع الطبية وجهاز ضغط الدم<sup>(1)</sup>.

كما يستطيع الطبيب أن يلجأ إلى إجراء فحوصات أكثر دقة وعمق، كالتحاليل الطبية والأشعة والمناظر الطبية من أجل التحقق من توافق الأنسجة القابلة للنقل، إن الالتزام بالإعلام هو التزام الطبيب أن يقدم للمتبرع والمتلقي عند تكوين العلاقة الطبية، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور، وكذا لتنفيذ العقد بحسن نية، لذلك يجب أن يصدر هذا الإعلام في أي تدخل طبي.

يكمن الهدف من الفحص الطبي في إثبات والتحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد الطبيب في وضع التشخيص المناسب<sup>(2)</sup>، كما تعتبر هذه المرحلة أول خطوة يخطوها الطبيب لمصلحة المتبرع، والخطأ فيها يهدد حياة المريض بالخطر<sup>(3)</sup>.

تتمثل مراحل الفحص الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية عبر مرحلتين أساسيتين، لكل منها وسائل خاصة وطرق معينة.

الأولى تتمثل في مرحلة الفحص الطبي التمهيدي، التي يلجأ فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدماً أحياناً يده أو أذنه أو عينيه، أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة كمقياس الحرارة، كما يقوم بسؤال المتبرع، وحتى المريض من أجل التحقيق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد في وضع التشخيص المناسب<sup>(4)</sup>.

أما الثانية تتمثل في مرحلة الفحص التكميلي، التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا، وهذا باستعمال أجهزة وأدوات طبية أكثر دقة وتطوراً، كالمناظير الطبية، الأشعة،

<sup>1</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 241.

انظر أيضاً رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 29.

<sup>2</sup> - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 61. انظر كذلك رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 29.

<sup>3</sup> - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والأثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص 211.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 213.

ورسام القلب والدماغ<sup>(1)</sup>، كما تدخل ضمن هذه المرحلة التحاليل الخبرية مثل تحاليل الدم، والبول، ودراسات كيميائية مثل الاختبار الذي يجرى لتقدير كمية السكر في الدم، والمجهرية "ميكروسكوبية" وغيرها<sup>(2)</sup>.

يشكل عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية إهمالا، وبالتالي يعتبر خطأ، ويساءل إذا نتج عن هذا الإهمال ضررا<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### خصوصيات الرضا الحر والمتبصر

إن خصوصيات الرضا الحر والمتبصر تنبثق من مبدأ سلطان الإرادة، الذي يخول للمتبرع حرية اتخاذ القرار والعدول عنه في أي وقت دون شرط أو قيد، إذ جعل سلامة جسد المتبرع وعدم تعريضه للخطر فوق كل الاعتبار، تماشيا مع الدستور التي جاءت للحفاظ على النفس<sup>(4)</sup>.

ولتأكيد أن رضا الحر والمتبصر للمتبرع بنقل العضو منه سينقذ المريض من هلاك أو الموت وبشكل تبرعي بحت بعيدا عن المعاملات المالية والتجارية وهو مما يدخل في صميم العمل الإنساني الذي يحقق منفعة اجتماعية<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - هشام عبد الحميد فرح، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 115.

<sup>2</sup> - الرجوع إلى: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 215.

<sup>3</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 243.

<sup>4</sup> - نقلا عن نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2003، ص 169.

انظر أيضا فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 - 2005، ص 93.

<sup>5</sup> - جاءت عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية المنظمة بقوانين لهدف سامي هو إنقاذ النفس البشرية ومواصلة النسل البشري على وجه الأرض ويعد من أكبر الخصوصيات التي تمتاز بها مثل هذه العمليات الطبية فهي تدخل في صميم العمل إنساني الذي يحقق منفعة اجتماعية بحتة «إن صدور القانون خطوة رائعة تبعث الأمل في نفوس آلاف المرضى الذين يحتاجون لنقل الأعضاء لإنقاذ حياتهم، كما يقضي على التجارة غير المشروعة في هذا المجال، والتي كانت تتم في أجواء تضر بكل من المنقول إليه والمنقول منه على حد سواء». بيان يشيد بصدور قانون زرع الأعضاء البشرية بمصر في 2010 وكلمة الناطق الرسمي للمتوسط والشرق الأوسط للمنظمة الصحة=

تعتبر خصوصيات الرضا في عملية نقل وزرع الأعضاء تصرف قانوني صيغته متوقفة على توفر مجموعة من الشروط التي تستوجب الحصول على رضا المتبرع من عدة جوانب قانونية (أولا) صحية (ثانيا)، وشكلية (ثالثا).

## أولا - خصوصيات الرضا من الجانب القانوني

### 1- الالتزام بعدم كشف هوية المتبرع والمتلقي

يعتبر عدم كشف هوية المتبرع والمتلقي شرط جوهري يساعد على بقاء الجسد البشري خارج نطاق الصفقات وهذا أمر منطقي، ذلك لأن الصفقة لا تتعد إلا إذا عرفت هوية كل من البائع والمشتري، ومادام أن المشرع أحاط هوية كل من المتبرع والمتلقي بالسرية فلا يمكن لهما أن يكتسبا صفة البائع والمشتري<sup>(1)</sup>، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 363 من قانون الصحة رقم 18-11 التي تنص على أنه

« يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع ».

فشرط السرية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية كرس لعدة أسباب أهمها أن يظل التصرف أو التبرع إنساني أخلاقي نبيل، ولتفادي الإتجار أو التعامل المالي والإبتزاز سواء المعنوي أو المادي عن طريق سداد الدين<sup>(2)</sup>.

كما تمنع المادة 3/360<sup>(3)</sup> من نفس القانون كشف هوية المتبرع والمتلقي أثناء القيام بالعملية الجراحية خاصة في حالة عدم تطابق المناعي في التبرع المتقاطع للأعضاء بين

---

=العالمية وقد أثنى الدكتور حسين الجزائري المدير الإقليمي لشرق المتوسط لمنظمة الصحة العالمية في الموقع

الرسمي المنظمة العالمية للصحة [www.emro.who.int](http://www.emro.who.int)

<sup>1</sup> - صالح فواز، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والإتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد 22، جانفي 2007، ص 215.

<sup>2</sup> - العليجة موسي، "مستجدات تطبيق مبدأ سرية التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في ظل قانون الصحة لسنة 2018"، فعاليات اليوم الدراسي حول "القوانين البيو أخلاقية"، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، 16 أفريل 2019، ص 4.

<sup>3</sup> - تنص المادة 3/360 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه

« ...، وفي حالة عدم 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 ».

الطرفين اللذين لهما قرابة عائلية، فيمكن اقتراح للمتبرع والمتلقي المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيين متبرع ومتلقي متطابقين، يكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية طرفي العملية.

كما نص على وجوب الحصول على الموافقة المتبصرة للتبرع المتقاطع لدى رئيس المحكمة المختصة إقليمياً الذي يتأكد مسبقاً من أن الموافقة حرة ومستتيرة وهذا ما يتبين في المادة 5/360 من نفس القانون على أنه

«يجب أن يعبر المتبرع على موافقته للتبرع وعند الإقتضاء للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختصة إقليمياً، الذي يتأكد مسبقاً من أن الموافقة حرة ومستتيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون».

تتحقق السرية في إطار هذا النوع من التبرع بين عائلة المتبرع (أ) وعائلة المستقبل (ب)، والذي يتحقق في حالة وجود فوجين (أ و ب) يحتوي كل فوج على متبرع ومستقبل، لكن نظراً لعدم وجود تجانس بين كل فوج أي بين متبرع و مستقبل الفوج أ، وبين المتبرع والمستقبل للفوج ب، فإنه يمكن بعد موافقة كل فوج اللجوء إلى التبرع المتقاطع، أي أن يتبرع المتبرع من فوج (أ) للمستقبل من الفوج (ب) ومن جهة أخرى يتبرع المتبرع من فوج (ب) للمستقبل من الفوج (أ).

تساعد هذه الطريقة على تفادي نقص الأعضاء وكذلك التخفيف من قائمة المنتظرين للأعضاء خاصة الكلى، إلا أنه لا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة ما لم يحترم مبدأ السرية، وهو عدم التعرف على هوية كل فوج للأخر.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري، في ظل قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى رقم 85-05 يلاحظ عدم وجود نص قانوني يلزم رابطة القرابة رغم أن التطبيق العملي يؤكد عكس ذلك، إذ أن الأطباء في المستشفيات الجزائرية يشترطون ضرورة وجود قرابة بين المتبرع والمريض، وهذا لأن المتبرع الحي القريب أفضل المتبرعين خاصة في مجال زرع الكلى أين تكون نسبة النجاح مرتفعة جداً.

غير أنه تدارك المشرع الجزائري هذا الوضع في إطار قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وأكد على ضرورة وجود قرابة بين المتبرع والمستفيد، من أجل تفادي أي إتجار

بالأعضاء البشرية، وتقادي رفض العضو مت قبل جسم المستقبل، وضمان تجانس العضو، وهذا ما يظهر من خلال المادة 359 من ق.ص التي تنص على أنه:

« يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالإمتثال الصارم للقواعد الطبية».

## 2- تمتع المتبرع بالأهلية القانونية المطلوبة

يجمع التبرع بأحد الأعضاء فكريتين شبه متناقضتين بإعتباره مظهر من مظاهر التكافل والتآزر من جهة، ومن جهة أخرى أنه تصرف قد يعرض حياة الإنسان للخطر، وبالتالي يشترط في المتصرف أن يكون على علم ودراية بكافة النتائج والآثار المترتبة والمحتملة الوقوع.

يشترط في المتبرع أن يكون متمتعاً بجميع قواه العقلية خال من عيوب الإرادة طبقاً للقواعد العامة ولقانون الصحة، بمعنى أن يكون المتبرع بالغاً وراشداً قادراً على إبرام التصرفات القانونية، إلا أن قانون الصحة لم يحدد سناً معيناً يكون فيها الشخص راشداً ومؤهلاً قانوناً للتبرع ببعض الأعضاء من جسمه بإعتباره تصرف يحتمل الضرر، ونظراً لعدم وجود نص قانوني خاص بأهلية المتبرع في قانون الصحة نطبق القواعد العامة وهو بلوغ المتبرع سن 19 سنة كاملة وفقاً للمادة 40 ق.م.ج سالف الذكر<sup>(1)</sup>.

## أ - عدم توفر الأهلية القانونية في المتبرع رغم بلوغه سن الرشد

قد يبلغ الشخص المتبرع سن الرشد وهي 19 سنة كاملة، ولكن تعثره أحد الأمور النفسية أو الأمراض العقلية التي تعترض صحة تصرفاته وصلاحيته مباشرة حقوقه، وهي عوارض تتعدم فيها الأهلية كالجنون والعتة كما هو منصوص في المادة 42 ق.م.ج<sup>(2)</sup>، أو

<sup>1</sup> - عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2007، ص 55.

انظر أيضاً أنيسة عبو، ركن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 20.

<sup>2</sup> - تنص المادة 42 ق.م.ج على أنه :

« لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عتته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ».

تؤدي إلى إنقاصها مثل السفه والغفلة عملا بأحكام المادة 43 من القانون نفسه<sup>(1)</sup>.  
وبحكم الاختلاف المتقدم يختلف حكم تصرفات هؤلاء، بحيث أن العته والجنون يجعل  
التصرف باطلا بطلانا مطلقا، بينما السفه والغفلة يتسبب في قابلية التصرف للإبطال  
فقط<sup>(2)</sup>.

### ب- عدم جواز للقاصر اتخاذ القرار الطبي بشأن مسألة نقل الأعضاء

إذا كانت القواعد العامة تسمح بالتمثيل القانوني<sup>(3)</sup> في حالات نقص الأهلية أو  
انعدامها، فإنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يصطدم تطبيق هذه القواعد مع حكم  
المادة 361 من ق.ص، وعليه يمكن تحليل المسألة بين ما تضمنته المادة من أصل  
واستثناء كما يلي

يعد الأصل في تطبيق المادة 1/361<sup>(4)</sup> ق.ص على أنه لا يجوز انتزاع الأعضاء من  
القصر، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من  
طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع، كما يمنع تبرع القصر بالأعضاء البشرية قياسا بحكم  
التصرفات المالية للصبى المميز حيث يعترف بصحتها متى كانت نافعة له نفعاً محضاً،  
وتكون بطالة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، والتي لا يستطيع القاصر توجيه إرادته

<sup>1</sup> - تنص المادة 43 ق.م.ج. على أنه:

« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص  
الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ».

<sup>2</sup> - نصت المادة 85 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09/02/1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج عدد 24، لسنة  
84، صادر في 12/06/1984، معدل ومتمم، على أنه :

« تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفيه ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 44 من ق.م.ج. على أنه:

« يخضع فاقدو الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً  
للقواعد المقررة في القانون ».

<sup>4</sup> - تنص المادة 1/361 من ق.ص على أنه :

« يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو  
أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي ».

لاستئصال عضو من أعضاء جسمه، كما لا تجوز النيابة القانونية في هذه المسألة لأنها لا تتعلق بحماية حقوقه المالية<sup>(1)</sup>.

**الاستثناء** أورد المشرع الجزائري على القاعدة المذكورة أعلاه، في المادة 2/361 أنه يتضمن إمكانية نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت، فلم يمنع صراحة نقل الأعضاء من القصر بل قيدها بشروط وضوابط مشددة، مما لا يشكل خطر ومخاوف محتملة من هذه العملية<sup>(2)</sup>، إذ جعل هذه العملية تتم تحت رقابة الأولياء ويكون هدفها هو تجسيد وتقوية الروابط العائلية ثم تحديد بدقة العضو الذي يمكن نقله والذي يشترط فيه حتما أن يكون من الأعضاء المتجددة فقط، دون الأعضاء التي يؤدي استئصالها إلى الإضرار بجسم القاصر إما في الحاضر أو المستقبل.

### 3- حق المتبرع في العدول

يعتبر حق العدول عن الرضا من الحقوق المتعلقة بالنظام العام خاصة بحماية الكرامة الإنسانية<sup>(3)</sup>، فهذه الأخيرة تآبى أن يفرض على الإنسان أن يتصرف في جسمه وبالتالي له أن يمارس حقه في العدول عن الموافقة، لذا أعطى المشرع الجزائري للمتبرع الحرية الكاملة

<sup>1</sup> - صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 299.

<sup>2</sup> - أما القانون الفرنسي فهو الآخر يمنع استئصال الأعضاء من القصر والأشخاص العديمين الأهلية، وهذا ما أكدت عليه المادة 4/671 من القانون رقم 94-654 لـ 1994/07/29 والمتعلقة بزراعة الأعضاء، غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة أنه في حالة الاقتطاع من النخاع العظمي من القاصر على أن يكون ذلك وفقا لشروط

1- أن يكون تبرع هذا القاصر لفائدة مستقبل يكون بمثابة أخ أو أخت له.

2- أن يعبر والدا القاصر أو أوليائه الشرعيين عن موافقتهم على هذا التبرع.

3- أن ترخص لجنة الخبراء هذا الاقتطاع بعد تأكدها من علم القاصر بهذه العملية ورضاه بها. وتتكون هذه اللجنة من ثلاثة أعضاء معينين بموجب قرار من وزير الصحة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، عضوان منهم طبيبان أحدهم مختص في طب الأطفال، أما العضو الثالث فهو من غير مهنة الطب، وقرار الصادر عن هذه اللجنة غير قابل للطعن.

4- أن لا يبدي القاصر رفضه لهذه العملية.

نقلا عن إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، توزيع مكتبة شادي، القاهرة، مصر، ص 244.

<sup>3</sup> - زغلول بشير سعد، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة على ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 33.

في اتخاذ قراره بعد تبصيره بنوع العملية والعضو محل الاستئصال، فإنه أكثر من ذلك منح له حق التراجع عن ذلك دون شرط أو قيد.

من الأمور التي لا جدال فيها أن تفرض على الشخص الموافقة بإستئصال جزء من أعضاء جسمه، وبالنتيجة لا يجوز الاتفاق على حرمان المتبرع من حقه في العدول عن تبرعه في أي وقت قبل إجراء هذه العملية<sup>(1)</sup>، بخلاف ما هو معمول به في الرجوع عن الهبة<sup>(2)</sup> والوصية<sup>(3)</sup>، التي تكون موضوعها أشياء منقولة أو عقارية قابلة للتعامل بها مالياً من الناحية المبدئية.

أكد المشرع الجزائري في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء على حرية المتبرع في العدول عن رضائه، في أي وقت قبل القيام بعمليات الاستئصال وبدون أدنى مسؤولية ولو أدبية نحو المتلقي أو أهله، وقد أشارت إلى ذلك المادة 6/360 من ق. ص، على ما يلي:

« ... يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء ».

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أجاز للمتبرع أن يعدل عن رضائه، وذلك رغبة منه حتى لا يكون المتبرع ضحية أي نوع من أنواع الضغوط المادية والنفسية، ومتى كان العدول جائزاً، فإن المتبرع متى رجع عن تصرفه لا يلتزم بتقديم مبررات، لذا ترك المشرع الجزائري طريقة التعبير فيما يعود إلى القواعد العامة<sup>(4)</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 60 من ق.م.ج.

<sup>1</sup> - خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 129.

<sup>2</sup> - الهبة يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إما بالتراضي مع الموهوب له وإما بالتقاضي دون رضا الموهوب له. نقلاً عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2004، ص 31.

<sup>3</sup> - الوصية هو تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع. ونصت المادة 192 من ق.أ.ج على أنه:

« يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص من الرجوع فيها ».

راجع في هذا الشأن حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 60.

وانظر أيضاً خالد سماحي، مرجع سابق، ص 224.

<sup>4</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 208.

كما لا يخضع المتبرع في حالة عدوله عن التبرع لأي مسؤولية مدنية كانت أم جزائية وهذا ما يستخلص من مضمون المادة 6/360 ق.ص، سألقة الذكر وهذا باستعمال المشرع الجزائري لمصطلح "يمكن" والتي يفهم منها إجازة ورفع كل مسؤولية عن المتبرع حالة عدوله عن تبرعه في أي وقت.

## ثانيا خصوصيات الرضا من الجانب الصحي

### 1 - عدم تعرض حياة المتبرع أو صحته للخطر

يعد محل الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية تبرعي على سبيل الهبة بأحد أعضاء الجسم لغرض زرعه في جسم شخص آخر مريض يتطلب علاجه بإجراء العملية الجراحية، كما أن المتبرع يستأصل أحد أعضاء جسمه ولا يشتكي من مرض ما، فيتعين لمشروعية تبرعه بأحد أعضاء جسمه ألا يترتب على ذلك تعريض حياته أو صحته للخطر، وهذا ما جاء في نص المادة 1/360 ق.ص، على أنه:

« لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض

الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر ».

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري، ألزم أن يبلغ المتبرع على كل المخاطر المحتملة الوقوع خاصة إذا كان محل التبرع بأحد أعضاء جسمه لا تمكنه بعد من استمرار حياته بدون كالكقلب مثلا، كما لو انصب التبرع استمرار حياة المتبرع ولكن بصورة تتعطل معها ممارسته لحياته بصورة معتادة، فالشخص لا يملك التصرف في جسمه بصورة مطلقة تصل إلى حد التنازل عن حياته أو تعطيل هذه الحياة.

يجد هذا الامتناع ما يبرره في عدم معقولية الاعتداد قانونا برضاء الشخص المتجه إلى إهدار حياته ولو كان الباعث على ذلك نبيلاً ومتمثلاً في إنقاذ حياة لشخص آخر مريض ومعرض للهلاك بسبب مرضه، فحياة الناس جميعا لها قيمة قانونية وتحظى بالحماية الجنائية ضد كافة صور الاعتداء عليها، ولذلك يعتبر من غير المعقول التضحية بحياة شخص سليم ليس له علة مرضية من أجل محاولة إنقاذ حياة شخص مريض قد يتحقق له الشفاء كما لا يتحقق،

ومع احترامنا لحق المريض في العلاج والتمسك بالأمل في الشفاء، إلا أنه لا يعقل أن يؤدي علاجه إلى وفاة شخص آخر أو يسبب تعطيلًا لممارسة حياته بشكل طبيعي<sup>(1)</sup>.

## 2 - تبصير المتبرع بمخاطر العملية

تناول المشرع الجزائري شرط تبصير المتبرع في المادة 4/360 من ق.ص، والتي تنص على أنه: « لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع ».

فالالتزام بالتبصير<sup>(2)</sup> شرط ضروري لصحة الرضا، ويقصد به « إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وآمنة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج والجراحة »<sup>(3)</sup>.

يشترط على الطبيب قبل إجراء عملية نزع العضو البشري من المتبرع وزرعه لدى المريض، أن يبصر المتبرع بجميع المخاطر التي يتعرض لها بسبب العملية في الحال أو في المستقبل، أي بعد مرور عدة سنوات وهذا الالتزام منصوص عليه في نص المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب التي تحمل الطبيب المسؤولية عند إخلاله بالالتزام بالإعلام<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - ومن جهة أخرى، يلزم أن يكون تبرع الشخص بأحد أعضاء جسمه غير ضار بصحته، كما لا يعتد برضاء الشخص إذا أدى تبرعه بعضو من أعضاء جسمه إلى إصابته بمرض أو بعجز لا يمكن تدارك آثاره، أو تهدد صحته بشكل يؤثر على أداء أجهزة جسمه لوظائفها المعتادة بصورة طبيعية، لذلك يتمتع استئصال عضو المتبرع به إذا تبين أن ذلك سيترتب عليه إصابة المتبرع بضرر صحي جسيم، ولو ثبت أن زرع هذا العضو من شأنه إنقاذ حياة المريض، انظر زغلول بشير سعد، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة على ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 36.

<sup>2</sup> - البعض يسمي هذا الالتزام بالحق في الإحاطة أي بالنظر إلى الدائن في هذه العملية، وليس الشخص المدين انظر رمزي رشاد، عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 128.

<sup>3</sup> - أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 128.

<sup>4</sup> - تنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج. عدد 52، لسنة 1992، التي نصت على أنه:

« يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ». وكذا تنص المادة 44 من م. أ. ط على أنه:

« يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة ومنتبصرة 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 ».

تعد الموافقة الحرة للمتبرع بالعضو والمجردة من كل إكراه (ضغط جسدي أو معنوي)<sup>(1)</sup> شرطا جوهريا لانعقاد عملية نقل وزرع الأعضاء من الناحيتين القانونية والطبية، لهذا اقتضى الأمر التأكد من أن الرضا صادر عن قناعة، خاصة إذا علمنا أن أغلب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم بين الأقارب، لاسيما ما يتعلق منها بنقل الكلى، لأن هذا النوع من العمليات تستلزم وجوب تطابق الأنسجة بين المتبرع والمريض، فيفضل التوائم ثم الإخوة الأشقاء بعده الوالدين ثم الأعمام ثم الأخوال وهكذا...<sup>(2)</sup> حتى يصل الطبيب<sup>(3)</sup> إلى التطابق المطلوب طبيا وعلميا.

كما يستلزم على الطبيب الجراح أن يقدر المخاطر التي سيتعرض لها أثناء إجراء العملية، مقارنة بالفوائد التي تعود نفعاً على المريض أثناء العملية وبعدها<sup>(4)</sup> وأن يوضح له نسب نجاح عملية الزرع التي تؤدي إلى إنقاذ حياة المريض، وأيضاً يجب على الطبيب الجراح أن يعاين المتبرع بنفس العناية التي يعاين بها المريض.

لذا يجب على الطبيب استخدام لغة جد واضحة قبل الشخص المتبرع والابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب، فيشترط أن يكون شرحه بسيطاً وحقيقياً وواضحاً<sup>(5)</sup>، كما يجب أن يعلم المتبرع بالتعقيدات التي يمكن أن يسببها غياب العضو المستأصل في المستقبل، والاحتياطات التي تكفل الحد من هذه التعقيدات قدر الإمكان<sup>(6)</sup>، فلا بد أن يعي المتبرع تماماً ستؤول إليه حالته الصحية بعد عملية استئصال العضو، ومدى

<sup>1</sup> – Ahmed ABDUL DAYEM, Les Organes du corps humains dans le commerce juridique, Publication juridique Alhalabi, Beyrouth, 1999, p. 359.

<sup>2</sup> – سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشروع والتضامن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 143.

<sup>3</sup> – الطبيب هو الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرض... وقد كان اسم الطبيب أو (الحكيم) في الماضي يطلق على كل من لديه خبرة بالتطبيب، وحالياً أصبح اسم الطبيب محصوراً فيمن تحصل على شهادة جامعية يجيز له ممارسة الطب وفق الأصول والقواعد العلمية المقررة من قبل أهل هذا العلم، نقلاً عن د/ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 651.

<sup>4</sup> – عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2007، ص 578.

<sup>5</sup> – George CHAMMARBOYER, Paul MONZEIN, La responsabilité juridique de l'infirmière, 6<sup>ème</sup> Edition l'amarre, Paris, 2002, p 212.

<sup>6</sup> – جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2000، ص 248.

تأثر كفاءة الأداء الوظيفي لأعضاء جسمه بوجه عام، وللعضو المتبقي على وجه الخصوص<sup>(1)</sup>.

أجمعت مختلف التشريعات المقارنة والمنظمات الدولية على إلزامية وأهمية تبصير المتبرع تبصيرا كاملا وشاملا، بجميع المخاطر المترتبة على عملية استئصال العضو مثلا ما جاء في نص الفقرة الثانية من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالمية في 13/05/1991، على أنه يجب إعلام المتبرع بشكل دقيق وكافي حتى يستطيع فهم وتقدير الأخطار قدر الإمكان ونتائج موافقته<sup>(2)</sup>.

### 3 - توافق أنسجة طرفي العملية

يعد توافق أنسجة كل من المتبرع والمتلقي شرطا جوهريا لنجاح عملية الاستئصال لذا أصبحت مشكلة تواجه عملية الزرع هي طرد جسم المتلقي للعضو المنقول إليه، وبالتالي تقل فرص نجاحها بحيث في حالة زرع نسيج مغاير للأنسجة جسم المتلقي يقوم نوع خاص من الخلايا وهو الماكورناج الذي هو نوع خاص من الكريات البيضاء بالتعرف على العضو المزروع، بالتعاون مع الخلايا المساعدة المعروفة بـ **ليمفوست** التي تقوم بدورها بطرد هذا العضو، مما يؤدي برفض العضو المنقول.

حاول الأطباء التقليل من ظاهرة اللفظ وذلك باستخدام وسيلتين هما الأولى تعريض جسم المتلقي لأشعة إكس X، والثانية إعطائها عقاقير لتنشيط جهاز المناعة، وقد توصل العلماء في السنوات الأخيرة إلى تحديد أن جسم الإنسان خلال سنة من عملية الزرع إذا تجاوزها المتلقي فلا خطر عليه، أي تقبل الجسم العضو المزروع لأن فترة سنة تعد أخطر فترة، وعادة ما يكون نجاح عمليات الزرع فيما بين الأقارب أو أفراد العائلة لأن أنسجتهم متشابهة خاصة التوائم، فالجسم المستقبل لعضو المزروع تكون أنسجته متوافقة مع جسم المتلقي<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - فضيلة إسمي فاوة، مرجع سابق، ص 93.

<sup>2</sup> - Ahmed ABDUL DAYEM , Les organes ..., op cit, p 358.

<sup>3</sup> - شهرزاد عمرون، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 89.

## ثالثا خصوصيات الرضا من الجانب الشكلي

### 1 - الالتزام بالكتابة والإيداع

يشترط المشرع الجزائري في التعبير عن الإرادة التبرع بعضو من أعضاء الجسم بتوفر الكتابة نظرا لطبيعة موضوع التصرف الذي هو نقل وزرع عضو من أعضاء الجسم الذي يتحمل الكثير من الأخطار التي تتطلب اتخاذ قدر من الاحتياطات، ويستوجب إتباع شكلية معينة تضمن تجسيد رضا الحر والمتبرع للمتبرع<sup>(1)</sup>، ويستوي في الكتابة أن تكون باليد أو بأي وسيلة أخرى معروفة، فالمهم في الكتابة هو وضوح العبارات ودلالاتها على قصد صاحبها دون أي لبس أو احتمال للتأويل<sup>(2)</sup>، يشترط القانون الكتابة في التعبير عن الرغبة في التبرع بعضو من الأعضاء، ويسري الشرط على المتبرع والمريض وهذا ما تقتضيه تشريعات أغلب الدول<sup>(3)</sup>.

لم يفصح المشرع الجزائري عن مضمون الموافقة المكتوبة وإجراءاتها تاركا للنصوص التنظيمية التفصيل في شكل الموافقة الكتابية من حيث تحريرها وتوقيعها من طرف المتبرع على أساس أن تكون مجرد تصريح شرفي من طرفه أم هي عبارة عن استمارة تصدر عن المؤسسة الاستشفائية يوقعها المتبرع إلى جانب كل من الطبيب والمريض<sup>(4)</sup>.

إقتصر المشرع الجزائري في المادة 2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى على وجوب إيداع الموافقة الكتابية بالتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، والملاحظ أن إثبات الرضا يتم كتابة لكن المشرع الجزائري لم يشترط أن تتم الموافقة أمام جهة رسمية معتمدة، بل إكتفى أن تتم أمام هيئة صحية.

**ففي ظل قانون الصحة الجديد، إكتفى المشرع الجزائري بذكر الموافقة المستتيرة للمتبرع، ولم يذكر الكتابة فيها وهذا ما يظهر في المادة 4/360 من قانون الصحة التي تنص على أنه:**

1 - فطة نبالي معاشو، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، 2013، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 22.

2 - عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، "الأسس القانونية التي يقوم عليها إحترام رضا المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 98.

3 - فضيلة إسمي فأوة، مرجع سابق، ص 89.

4 - فطة نبالي معاشو، مرجع سابق، ص 22.

" لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها دون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

بالرغم من أنه منح إمكانية سحب هذه الموافقة التي أعطها المتبرع، في أي وقت وبدون أي إجراء، ولأنه عادة الشيء الذي يسحب هو شيء ملموس، وثيقة أو إستمارة، مما يعني أن نية المشرع تدل على بقاء شرط الكتابة في الموافقة المستنيرة للمتبرع رغم عدم ورودها صراحة، وهذا طبقاً لنص المادة 6/360 من نفس القانون على أنه:

" يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطها في أي وقت وبدون أي إجراء".

بعدما كان في ظل القانون القديم إيداع الموافقة الكتابية لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، ألزم المشرع في ظل قانون الصحة الجديد، بموجب المادة 5/360 وجوب التعبير على الموافقة بالتبرع أمام رئيس المحكمة المختصة إقليمياً الذي يتأكد مسبقاً أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مستوف للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة. يدل الإيداع على دلالة صريحة أن كافة الشروط القانونية متوفرة سواء في المانح والمتلقي ولم يبقَ إلا برمجة الطبيب لهذه العملية، كما يستلزم على المؤسسة الاستشفائية اتخاذ كافة التدابير الضرورية لضمان المحافظة على كل الوثائق المرتبطة بهذه النشاطات قصد تمكين الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء بالجزائر<sup>(1)</sup> من مسك وتسيير بطاقات المانحين والمستقبلين للأعضاء والأنسجة وفقاً للمادتين 5 و 7 من المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها<sup>(2)</sup>، والمادة 1/356 من قانون الصحة الجديد التي تنص على أنه:

« تنشأ وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع

الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها ».

<sup>1</sup> - قرار رقم 86، المؤرخ في 16/10/2012 يحدد مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات لعام 2012، ص 25.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 05/04/2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 22، لسنة 2012.

## 2 - تحرير الموافقة بحضور شاهدين أثناء الكتابة

من بين الضمانات التي قررها المشرع لتبصير المتبرع<sup>(1)</sup> بخطورة التصرف في جسده هو إشتراط تحرير الموافقة الكتابية بحضور شاهدين يوقعان على وثيقة الرضاء وهذا ما أكدته المادة 1/364 من ق.ص 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 ». من النقائص التي تلحق بالمادة أعلاه هو عدم الفصل بدقة في صفة الشاهدين، إذا كانوا هما من الأقارب أم أشخاص يختارهم المتبرع أم هم خبراء في مجال الطب ونقل وزرع الأعضاء البشرية<sup>(2)</sup>.

كما لم تحدد المادة الأشخاص الذين يحضرون الشهود، هل المتبرع أم المستشفى أم المريض لذا يلتزم على المشرع الجزائري التدخل من أجل تدارك جميع هذه النقائص والغموض من أجل حل هذه الإشكالات القانونية، فلا تودع الموافقة أمام مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة<sup>(3)</sup>، إلا بعد إمضاء جميع الأطراف وعلى رأسهم الشهود.

ترك المشرع الجزائري إثبات رضا المتبرع بنقل وزرع الأعضاء البشرية للقواعد العامة، فشهادة الشهود تثبت الرضاء الحر المتبصر للمانح وقبول المتلقي والطبيب ذلك، فيعدون من ضمن شهود الإثبات وفقا لأحكام المادتين 324 مكرر 3 و335 من ق.م.ج<sup>(4)</sup>.

## 3 - ألا تكون عملية التبرع بالعضو محل صفقة مالية

حتى تبقى عمليات نقل وزرع العضو في إطارها الأخلاقي ولا تخرج عن الكرامة الإنسانية يستلزم استئصال عضو المتبرع ونقله إلى جسم شخص آخر بدون مقابل مالي،

1 - فطة نبالي معاشو، مرجع سابق، ص 23.

2 - المرجع نفسه، ص 23.

3 - فضيلة إسمي فاوة، مرجع سابق، ص 90.

4 - نصت المادة 324 مكرر 3 من ق.م.ج على أنه:

« يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفائية بحضور شاهدين ».

كما نصت المادة 335 من ق.م.ج على أنه:

« يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة... ».

وهذا يعني مجانية التنازل عن العضو هو عدم تعليق المتبرع رضاه على قبض مبلغ من المال مقابل منحه العضو، لأنه بذلك يكون قد باع عضوه لفائدة المريض وهذا ما يتنافى مع المبادئ الأساسية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، كما أن أعضاء جسم الإنسان لا يجب أن تكون محلا لصفقة مالية، وهذا طبقا للمادة 358 من ق.ص التي تنص على أنه:

« لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة

مالية ».

استبعد المشرع الجزائري من خلال هذه المادة المقابل المادي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وهذا راجع لقيمة الكرامة الإنسانية التي لا تقدر بثمن، كما أن التبرع بالعضو لفائدة مريض هو بحاجة ماسة إليه كونه تعتبر أسمى القيم الأخلاقية، ومن ثم فلا يجوز الاتجار بالأعضاء ولا بعمليات نقل الأعضاء البشرية حتى لا تسود البراغماتية المهذرة للأخلاق خاصة في هذا المجال الطبي<sup>(1)</sup>.

يعد القانون الفرنسي أول من كرس مبدأ التبرع بالأعضاء وعدم الاتجار بها وذلك من أجل قداسة جسم الإنسان، وذلك من خلال صدور قوانين المتعلقة بزراعة الأعضاء كباقي القوانين الأخلاقية للعلوم الإحيائية، أين أكدت على عدم جواز التنازل عن الأعضاء بالمقابل النقدي مع الأخذ بعين الاعتبار تكاليف ونفقات العملية<sup>(2)</sup>.

لا يوجد ما يمنع تكريم المتبرع مقابل تصرفه الأخلاقي والبطولي إسهادا له بالعرفان والجميل الذي يقدمه للمريض بإنقاذه من موت محقق، كمنحه شهادة تقديرية، كما يمكن منحه إعانة مالية لتحسين نظامه الغذائي وكذا تمكينه من العلاج بعد العملية، وهذا ما لم يتنبه له المشرع الجزائري بالتنظيم، بل حتى أنه لم ينص على الملتزم بتحمل التكاليف الطبية التي قد تكلفها العملية للمتبرع من أدوية ونفقات التحاليل الطبية، بل ترك ذلك لهيئة الضمان

<sup>1</sup> - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 100 - 101.

<sup>2</sup> - Peggy MAS, La protection du corps humain le nouveau code pénal, thèse université de droit, d'économie et des sciences d'aix-marseille, France, 1996, p 25.

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

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

الاجتماعي التكفل بأداءات العينية والنقدية التي تتسبب فيها العملية الجراحية في إطار التأمين عن المرض، خاصة إذا كان المتبرع من المؤمن لهم اجتماعيا أو من ذوي الحقوق، لكن يلتزم المشرع الجزائري أن يأخذ في الاعتبار لمثل هذه التصرفات الإنسانية ويحذو حذو المشرع الفرنسي الذي نص على إمكانية تعويض المتبرع عن نفقات العملية وذلك وفقا للمادة ل 665-13 من قانون رقم 94-654 ل 1994/07/29<sup>(1)</sup>.

## المطلب الثاني

### شروط سلامة المحل والسبب في عمليات نقل وزرع الأعضاء

يهدف الطبيب لتحقيق المنفعة الاجتماعية وهذه الأخيرة تضيء المشروعية على عملية النقل والزرع في حد ذاتها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقع على الطبيب التزامات عديدة يؤكد مشروعية العملية.

إن جوهر الحصول على رضا الحر المتبصر للمتبرع هو أن يكون عالما بكافة جوانب عملية نقل عضوه إلى المريض، وأول ما يعلمه الطبيب أن عملية الزرع هي عملية ضرورة ولا يوجد بديل آخر لإنقاذ حياة المريض، فمبدأ الضرورة هو الذي يدفع الطبيب إلى هذه العملية<sup>(2)</sup>.

وحسب المادة 7/360 من ق.ص<sup>(3)</sup> يقع على عاتق الطبيب ولجنة الخبراء الإلتزام بتعيين محل رضا المتبرع(الفرع الأول) والتأكد من توفر السبب لإجراء العملية مصحوب بمشروعية العملية ذاتها(الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - هجيرة عشاوي، الإلتزام بالإعلام الصحي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2014/2013، ص 20.

<sup>2</sup> - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 73.  
وانظر أيضا فطة نبالي معاشو، مرجع سابق، ص 23.

وكذا عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، مرجع سابق، ص 98.

<sup>3</sup> - تنص المادة 7/360 من ق.ص على ما يلي:

« تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقى ».

## الفرع الأول

### تعيين محل رضا المتبرع

تشرط جميع التصرفات القانونية تعيين محل يرد عليه الرضا، ويشترط فيه أن يكون موجودا ومعينا ومشروعا، وعلى هذا الأساس اشترط المشرع الجزائري في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أن تكون هذه العمليات لأغراض علاجية أساسها هو إنقاذ حياة المريض.

نظرا لخطورتها ودقتها فهي تخرج عن نطاق القواعد المستقر عليها في علاج الأمراض التي تحمي الشخص في سلامة وتكامل جسده، إذ لا يجوز أن يكون محل اتفاق إلا لصيانة وحفظ كرامته، لذا اشترط المشرع أن تتم هذه العملية بصدور تعبير صريح ومكتوب.

لم يترك المشرع الجزائري مسألة تحديد الأعضاء محل التبرع مطلقا بل قيده بشروط أين حددت الأعضاء التي يجوز التبرع بها (أولا) والأعضاء المحرم استئصالها (ثانيا).

### أولا - الأعضاء الجائز استئصالها والتبرع بها

يعتبر العضو (l'Organe) هو مجموعة العناصر الخلوية المختلفة والمتوافقة القادرة على أداء وظيفة محددة أي جزء محدد من جسم الإنسان يقوم بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب والكبد والكلية... الخ، أما الأنسجة (Tissue) هي مجموعة من الخلايا متشابهة إلى حد كبير ومتماسكة وتقوم بوظيفة معينة واحدة أو أكثر توافق أو تتافر عناصر تشريحية معينة منها خلايا الأعصاب<sup>(1)</sup>.

تتنوع وتتعدد الأعضاء البشرية، فنجد الأعضاء الظاهرة كاليدين، الرجلين والعينين والأذنين التي لا تتدخل ضمن الأعضاء القابلة للتبرع، وهناك أعضاء يابسة تشكل غالبية أجزاء جسم الإنسان، قد تكون مزدوجة كالكلية التي يجوز استئصالها والتبرع بها دون الرئة والقرنية التي يجوز نقلها من الموتى فقط لا بين الأحياء، أو قد تكون منفردة كالكبد، القلب والبنكرياس، ونجد الأعضاء السائلة تتمثل في الدم واللبن<sup>(2)</sup>، قد تكون هذه الأعضاء متجددة

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

<sup>2</sup> - صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1997، ص 121.

كالدّم والنخاع الشوكي يجوز التبرع بها، والأخرى غير مزدوجة وغير متجددة لا يجوز التبرع بها لأنه يؤدي استئصالها إلى إنهاء حياة الشخص كالقلب.

### 1 - جواز التبرع بالأعضاء المزدوجة الداخلية

إن الأعضاء المزدوجة هي الأعضاء التي لها نظير في جسم الإنسان كالرئة، الكلى، القرنية، العين، الرجل واليد، إلا أنه لا يجوز التبرع بأعضاء خارجية كاليد أو الرجل أو العين مثلا لكونها لها وظائف متكاملة ولا يمكن الاستغناء الواحدة عن الأخرى بل تؤدي إلى إعاقة صاحبها<sup>(1)</sup>.

من جهة، ومن جهة أخرى هي أعضاء يمكن إعادة تركيبها مع التقدم التكنولوجي خاصة الطبي منها، تمكن من اصطناع بعض الأعضاء الخارجية، التي يمكن أن تعوض الشخص عن عضو قد فقده أو بتر له كالرجل أو اليد أو العين، فلهذا لا يمكن أن تكون محل للتبرع بها لأنها تضر بشخص المتبرع<sup>(2)</sup>.

بينما الأعضاء المزدوجة الداخلية التي يمكن استئصالها دون تضرر جسم الإنسان هي الكلية (Les Reins)، دون الأعضاء المزدوجة داخلية الأخرى كالرئة (Les Poumons)، والقرنية (La Cornée)، ثم لدينا الغدد التناسلية (Les Gonades) التي لا يجوز كذلك التبرع بها لأنها تحمل الصفات الوراثية، إذ تؤدي إلى اختلاط الأنساب<sup>(3)</sup>.

### 2 - جواز التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة

يقصد بالأعضاء الوحيدة المتجددة، الأعضاء التي ليس لها نظير في جسم الإنسان، وتتمثل الأعضاء الوحيدة المتجددة كالدّم (Le Sang)، والجلد (La peau) فكونها وحيدة تتميز بالتجدد، ومن الأعضاء الوحيدة المتجددة نجد الخلايا الجذعية Les Cellules souches، وهي خلايا غير متحيزة فهي لها القدرة على الانقسام والتكاثر لتعطي أنواعا مختلفة من الخلايا المتخصصة، ويمكن الحصول على هذه الخلايا عن طريق الجنين وهو في مرحلة الكرة الجرثومية، أو من الأطفال، كما يجوز الحصول على الخلايا الجذعية

1 - محمد حماد مرهج الهبيني، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، د.د.ن، الإسكندرية، 2004، ص 24.

2 - فطة معاشو نبالي، مرجع سابق، ص 27.

3 - فضيلة إسمي فاوة، مرجع سابق، ص 55.

وتتميتها واستخدامها بهدف العلاج، إذا تم الحصول عليها بطرق مشروعة، أي أخذها بإذن الشخص البالغ، أو أخذها من المشيمة Le Placenta<sup>(1)</sup>.

لا يجوز الحصول على الخلايا الجذعية إذا ما تم أخذها من الإجهاض المتعمد للجنين دون سبب شرعي، أو بإجراء تلقيح بين بويضة امرأة وحيوان منوي أجنبي عنها، أو أخذها من قاصر ولو بإذن وليه. فاستئصال مثل هذه الأعضاء لا يحرم المتبرع من وظائفها كما تعرض مجلس الفقه الإسلامي في قراره رقم 1958/07/06 الصادر بتاريخ 14 إلى 20 مارس سنة 1990، إلى استخدام الأجنة كمصدر لزراعة الأعضاء البشرية<sup>(2)</sup>.

### ثانيا - الأعضاء التي لا يجوز استئصالها والتبرع بها

توجد أعضاء ليس لها نظير في جسم الإنسان فاستئصالها يؤدي إلى توقف حياة المتبرع كالعضو التناسلي وخلايا الدماغ وغيرها من الأعضاء الغير قابلة للتبرع بها، وهو ما دفع لإصدار قرار عن الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي في 10/09/1970 عن منع مثل هذا التبرع، وذلك لصعوبة نقل هذه الخلايا التي لا يجب أن يتوقف سريانها أكثر من 05 دقائق، بالإضافة إلى صعوبة انسجام خلايا الدماغ لأشخاص مختلفة، لذا فالتبرع بإحدى هذه الأعضاء لا يتوقف على صفة رضا الشخص وإنما يتوقف كذلك على صفة المحل الذي يرد عليه.

### 1 - الأعضاء الأحادية غير متجددة

يقصد بالأعضاء الأحادية هي الأعضاء الوحيدة غير متجددة كالقلب Le cœur، الطحال، الكبد والعضو التناسلي، فهي أعضاء لا يجوز استئصالها لأنها ستؤدي حتما إلى هلاك ووفاة المتبرع، بينما أجزءه من الكبد رغم أنه من الأعضاء الأحادية إلا أنه يتجدد خلال 6 أشهر<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - نسرین عبد الحمید نبیہ، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء لندیا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 101.

انظر أيضا فضيلة إسمي فاوة، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> - سعيد بویزري، مرجع سابق، ص 402.

<sup>3</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 479.

كما لا يجوز استئصال خلايا الدماغ، وهو ما أقرته الجمعية العامة للمؤسسة الدولية لزرع الأعضاء في مدينة لاهاي بتاريخ 10/09/1970، « أن زرع الدماغ يجب أن يعتبر غير مقبول » وذلك من الحيوانات، فلا يمكن أن نتصور نقل دماغ إنسان حي، بل يتم اقتطاعه بعد الوفاة، ويجب أن يكون هذا الدماغ في حالة جيدة، كما يجب أن لا يتوقف سريان سائلة أكثر من خمس دقائق<sup>(1)</sup>.

يسأل الطبيب متى استأصل عضوا ليس له بديل في جسم الشخص لزرعه في جسم المريض إذا نجم الوفاة عن هذا الاستئصال وفاة المتبرع فمسؤولية الطبيب تكون مدنية وجنائية، ولا يعتد برضا المتبرع لأن هذا التنازل بمثابة تنازل عن الحياة، والحق في الحياة ليس خاصا للفرد وحده بل هو حق للمجتمع أيضا<sup>(2)</sup>.

## 2 - الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية

يقصد بالأعضاء التناسلية هي تلك الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب، فهي لا تدخل ضمن الأعضاء الجائر استئصالها يتكون الجهاز التناسلي عند المرأة بالمبيض أما عند الرجل يتكون من خصيتان وقضيب ويلحق به كذلك المنى<sup>(3)</sup>.  
تعد وظيفة الخصيتين في إفراز الهرمونات اللازمة لتكوين باقي الأعضاء الخاصة بالجهاز التناسلي للذكر، فالتبرع بالأعضاء التناسلية غير جائز لأنها حاملة للشفرات الوراثية، حتى بعد نقلها، تقوم الخصية بدور المصنع الذي ينتج الحيوانات المنوية، فنقلها إلى شخص آخر تؤدي بين الرجال إلى اختلاط الأنساب وهذا بطبيعة الحال مخالف للنظام العام مع ذلك حكمت محكمة نابولي ببراءة طبيب لاستئصال خصية بسبب عدم حدوث ضرر للمتبرع<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - Ahmed ABDUL DAYEM, Les organes..., op. cit, p 358.

<sup>2</sup> - نصر الدين مروك، "المشاكل التي تنبثها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، العدد 2، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2001، ص 35.

<sup>3</sup> - العجلة مواسي، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد خاص 2، 2008، ص 329.

<sup>4</sup> - عرضت على محكمة نابولي بإيطاليا قضية طبيب نزع خصية من شاب برضائه مقابل مبلغ من المال، وزرعها لدى رجل برازيلي ثري، قضت المحكمة ببراءة الطبيب استنادا إلى أن العملية لم ينتج عنها ضرر، وأنها قد تمت برضا المعطي، وقد أيد هذا الحكم استثنائيا فيها سنة 1932، على أساس أن نقل الخصية من شخص لزرعها لدى شخص آخر لا يضعف دائما العضو التناسلي ما دام قد تم برضائه، طبقا لنص المادة 50 من قانون العقوبات الإيطالي، انظر إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 137.

أما بالنسبة للجهاز التناسلي للمرأة الذي يتكون من المبيضين والرحم، يحتوي كل مبيض على بويضات قد تم تكوينها قبل ولادة الأنثى<sup>(1)</sup>، فإذا تم نقل المبيض من أنثى إلى أخرى، فإنه يتم نقل كل ما يحتويه المبيض من بويضات تحمل الصفات الوراثية، التي ورثتها الأنثى المنقول منها المبيض لها وفي ذلك اختلاط للأنساب، أما الأعضاء التناسلية الأخرى، كالقضيب والرحم والمهبل فهي كسائر أعضاء الجسم مثل القلب، الكبد والكلية فهي لا تؤثر من الناحية الوراثية رغم أنها تؤدي إلى هلاك المتبرع<sup>(2)</sup>.

أما بخصوص المشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة، غير أنه بالرجوع إلى المادة 274 من قانون العقوبات<sup>(3)</sup>، يفهم منها أنه يعتبر جرم اقتطاع الخصيتين أو المبيض، لأنه يؤدي بدوره إلى قطع النسل وهو الغرض الأساسي لتجريم الفعل. إلا أن هذا النص لا يمكن تطبيقه في حالة اقتطاع هذه الأعضاء عند الموتى أو جزء منها من إنسان حي، بحيث لا يؤدي إلى قطع النسل. وعليه نجد أن هناك فراغ تشريعي فيما يخص هذه المسألة، وبالتالي وجب الرجوع إلى أحكام الشرعية، باعتبارها المصدر الثاني للقانون بعد التشريع، والتي تعتبر هذه العمليات غير مباحة شرعا، وبالتالي يمنع إجراء مثل هذه العمليات في نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء. لذا نأمل من المشرع الجزائري أن يتدارك هذا النقص التشريعي، بإعادة النظر في قانون الصحة واستدراك النقائص والثغرات التي تعتريه في هذا المجال خاصة ما يمنع صراحة نقل وزرع الأعضاء التناسلية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 401.

<sup>2</sup> - نسرین عبد الحمید نبیه، مرجع سابق، ص 93.

<sup>3</sup> - تنص المادة 274 من أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 مؤرخ في 20/12/2006 على أنه

« كل من ارتكب جنایة الخصاص يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة ».

<sup>4</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 481، أما بالنسبة للتلقيح الصناعي فإنه غير جائز خارج العلاقة الزوجية، ويجب أن يكون التلقيح حال حياة الزوج. انظر سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 179.

## الفرع الثاني

### تأكد الطبيب من توفر سبب التبرع

يعد سبب التبرع الدافع للتعاقد، بالنسبة للمتبرع هو إنقاذ حياة المريض وبالنسبة لهذا الأخير، فهو تلقي العلاج، ففي عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية لا بد من توفر هذا الركن الذي يعتبر من بين الأركان الجوهرية للحصول على الرضا<sup>(1)</sup> الذي تناوله المشرع الجزائري كذلك في المادة 4/360 من ق.ص التي تنص على أنه:

" لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

يتعين أن يكون التدخل الطبي سواء كان علاجيا أو جراحيا بقصد العلاج، فالغاية الأساسية هي سلامة جسم الإنسان التي تعتبر من النظام العام وحمايته أمر تقتضيه المنفعة العامة، وحتى يقوم هذا الركن صحيحا يشترط أن يكون مشروعا طبقا للقواعد العامة، الذي يقوم على أساس مشروعية التصرفات الواردة على جسم الإنسان<sup>(2)</sup> (أولا).

على الطبيب اتخاذ كافة التدابير اللازمة لحماية النفس البشرية علما أن الضرورة هي الدافع الوحيد لإنقاذ المريض من الموت، كما أن في بعض الحالات يلجأ لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تعد من العمليات الصعبة والمعقدة والدقيقة التي ستؤثر سلبا في حالة فشلها على جميع الأطراف بما فيها الطبيب (ثانيا)، كما يجب مراعاة نقل وزرع الأعضاء على أساس المصلحة الاجتماعية (ثالثا).

### أولا – ضوابط المشروعية لعملية نقل وزرع الأعضاء

يعتبر التدخل الطبي الذي يجريه الطبيب على جسد المريض من بين الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز المساس بجسم الإنسان لذلك يفرض المشرع من خلال النصوص

<sup>1</sup> - تنص المادتين 97 و98 من ق.م.ج والتي تقابلها المواد 1131 إلى 1133 ق.مدني الفرنسي.

تنص المادة 97 من ق.م.ج على أنه:

« إذا إلتزم المتقاعد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ».

تنص المادة 98 من ق.م.ج على أنه:

« كل التزم مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على

صورية السبب فعلى من يدعي أن لالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ».

<sup>2</sup> - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 128.

المنظمة لمهنة الطب، أن تتوفر في من يمس بجسم المريض وصحته، ضرورة توفر جملة من الشروط التي تضي على تدخله الطبي صفة المشروعية التي قيلت لبيان أساس مشروعية العمل الطبي التي تعد من بين الضوابط القانونية لعملية التبرع، فهناك من الفقه يرجعه إلى رضا المتبرع بالتدخل الطبي، والبعض الآخر يرى أن أساس ذلك هو ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب، في حين أرجعه فريق آخر إلى المصلحة الاجتماعية المتمثلة في الحفاظ على صحة وحياء أفراد المجتمع للقيام بوظائفهم في المجتمع، كما نادى فريق آخر من الفقه إلى اعتبار أن أساس إباحة العمل الطبي وبالتالي التدخل الطبي هو الضرورة العلاجية<sup>(1)</sup>.

لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا إذا كانت المزايا والمنافع المترتبة عن ذلك تفوق الأضرار الناشئة عن ذلك المساس وإلا كان التدخل غير مشروع، مخالف للنظام العام، كأن يقوم طبيب بتعطيل عضو من أعضاءه شخص ليساعده على الإعفاء من أداء الخدمة الوطنية العسكرية، فالهدف من ذلك هو التحايل والتواطؤ عن القانون وهو ما يجعله عمل غير مشروع لأن القصد من تدخله ليس علاج المريض.

يكون السبب مشروعاً لما يكون الهدف منه هو تحقيق مصلحة للغير، تتمثل الغاية منه خدمة الإنسان والحفاظ عليه وتحقيق رفايته<sup>(2)</sup>، فإذا كان التصرف المتعلق بالجسد مشروعاً أو غير مشروع، والقول أن جسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلاً للاتفاق لعدم قابلية المحل للملك الخاص أو استحالة التعامل فيه، أو لمخالفة النظام العام أو الآداب العامة، فإن هذا القول لا يصلح كميّار لتحديد التصرف المشروع وغير المشروع، لأنه مما لا جدال فيه أن جسم الإنسان يصلح لأن يكون محلاً للتصرفات المشروعة<sup>(3)</sup>.

استند الأطباء المختصون في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى فتوى المجلس الإسلامي الأعلى<sup>(4)</sup>، التي أجازت مثل هذه العمليات بالإضافة لنقل الدم ونقل الأعضاء

<sup>1</sup> - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 99.

<sup>2</sup> - **Loubna CHIROQUI**, La transplantation d'organes humains a la lumière de la charria islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse du doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des états francophones, Paris, 2006, pp 121-122.

- **Ahmed CHARAFEDDINE**, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse du doctorat d'état, Tome 1, université de droit économie et de sciences sociales, Paris 2, 1975, p 336.

<sup>3</sup> - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 137.

<sup>4</sup> - الفتوى رقم 19923 الصادرة في مركز الفتوى، [www.islamweb.net](http://www.islamweb.net)

البشرية بين الأحياء أو من الموتى، كما أجاز المجلس إجراء مثل هذه العمليات بمناسبة صدور القانون المتعلق بالصحة<sup>(1)</sup>، تستند مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء في قانون الصحة من المادة 1/360<sup>(2)</sup>، التي من خلالها أعطى المشرع الجزائري لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الغطاء القانوني لمشروعية هذه العمليات على أن تتوفر الضرورة الملحة لإجرائها.

### ثانيا - التدخل الطبي في حالة الضرورة

تنازع الفقه والقانون حول طبيعة حالة الضرورة هل هي سبب من أسباب الإباحة أم مانع من موانع المسؤولية؟ وإن هذا الاختلاف له آثاره بالنسبة للعمل الطبي، لأنه وإذا أدرج ذلك من ضمن أسباب الإباحة مثلا تجعل حالة الضرورة تعدم الوصف الجزائي عن الفعل وتجعله مباحا ومنه يرجع التأثير على البناء القانوني للركن الشرعي، وهكذا لا تقوم المسؤولية الجزائية ولا المدنية<sup>(3)</sup>.

أما إذا تم تصنيف حالة الضرورة من موانع المسؤولية طبقا لسلطته التقديرية قد يحكم ببعض تدابير الأمن الشخصية، بالإضافة إلى قيام المسؤولية المدنية التبعية.

فحالة الضرورة هنا تخص المتلقي أي ليس أمام المريض حلا لإنقاذ حياته إلا القيام بعملية زرع العضو من المتبرع، أما عن تقدير الضرورة تعود للطبيب المعالج للمريض الذي يكون قد استنفذ طرق العلاج ويقترح في الأخير عملية الزرع.

لذا من الشروط الواجب توافرها للأخذ بنظرية الضرورة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب:

<sup>1</sup> - قانون رقم 18-11، مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج. عدد 46، صادر في 29/07/2018، وبموجب المادة 449 من هذا القانون تم إلغاء أحكام قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. عدد 08، صادر بتاريخ 17/02/1985، معدل ومتمم، غير أنه تبقى النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية لقانون الصحة الجديد المذكور أعلاه.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/360 من ق. ص على أنه:

« لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على شخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر ».

<sup>3</sup> - عبد الرحمان خلفي، "زراعة الأعضاء البشرية في منظور القانون الجنائي (دراسة في الفقه والتشريع المقارن)"، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، نيزي وزو، 2008، ص 91.

- أن يكون هناك خطر محقق بالمريض، إذ يترتب على عدم نقل العضو إليه، إمكانية وفاته.

- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي وقع، فإذا كان استئصال كلية مثلا، ينطوي على قدر من المخاطر بالنسبة للمتبرع، لكن بموازنة هذه المخاطر والضرر الذي يتعرض له المستقبل، وجد أن الضرر الذي يصيب المتبرع أقل من الأضرار المراد تفاديا بالنسبة للمريض المستقبل للعضو، فيكون بذلك تصرفا صحيحا، لأن المقابلة تكون بين ضرر يسير يصيب المتبرع، وخطر جسيم وهو خطر الموت بالنسبة للمريض المستقبل للعضو<sup>(1)</sup>.

- يجب أن يكون نزع العضو من شخص حي هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، فإذا كان من الممكن نزع العضو من حيوان أو من الجثة، فلا نكون أمام حالة الضرورة<sup>(2)</sup>.

- يجب ألا يؤدي الاستئصال إلى هلاك المعطي أو إصابته بنقص خطير في وظائف جسمه<sup>(3)</sup>.

- يجب ألا ينفرد طبيب واحد باتخاذ تلك القرارات، بل يجب أن تتخذ من طرف الفريق الطبي الذي يضمن الموازنة بين حالة المريض والمتبرع، والنتائج التي يتعرض لها المتبرع وتقدر كافة الاحتمالات وتبصيره بذلك<sup>(4)</sup>.

تعد أهمية هذه النظرية في تبرير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا أن جانبا من الفقه انتقدها على أساس أن حالة الضرورة من الصعب تقديرها وتقدير حالة العضو، وفرصة النجاح والشفاء، فالطبيب يمكن أن يخفق في تقديره، إذ من الصعب جدا تحديد وإيجاد توازن بين مصلحة المريض ومصلحة المتبرع<sup>(5)</sup>، لذا لا تتوفر حالة الضرورة والاستعجال في كل

<sup>1</sup> - انظر كل من محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص ص 116 - 117، عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 423، أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 194.

CHRAFEDDINE Ahmed, op.cit, pp 49 - 50; CHROQUI Loubna, op.cit, p 107.

<sup>2</sup> - CHRAFEDDINE Ahmed, op.cit, pp 49 - 50

<sup>3</sup> - محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 118.

<sup>4</sup> - أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 193.

<sup>5</sup> - CHROQUI Loubna, op.cit, p113.

حالات الزرع، وهو ما يجعلها غير صالحة دائما كأساس لمشروعية التدخل الطبي الذي يجب أن يكون له صفة العمومية<sup>(1)</sup>.

أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية مباشرة الطبيب لعملية نقل وزرع الأعضاء الذي لا يتحمل التأخير لتوفر ظرف الاستعجال في المادة 2/52 من م.أ.ط التي تنص على ما أنه: **« يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الإتصال بهم أن يقدم العلاج الضروري للمريض »**.

تم التأكد أيضا من خلال المادة 44 من م.أ.ط التي جاء فيها ما يلي: **« ... على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته »**.

بناء على ما تقدم، تبقى طبيعة الإجراء الذي يلجأ إليه الجراح ومدى ضرورته أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي من جهة، تعتبر مسائل فنية يمكن الاستعانة في شأنها بأهل الخبرة، حتى يكون حكم القاضي سليما من الوجهة الفنية، القانونية والواقعية.

### ثالثا - ضرورة مراعاة المصلحة الاجتماعية

إن مشروعية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية ترجع لفكرة المصلحة الاجتماعية، والتضامن الاجتماعي، الذي يقوم على التضحية بمصلحة لحساب أخرى، فإذا تعارضت المصلحتان تعين الترجيح بين المصلحة التي تتحقق بها الأكبر الفائدة<sup>(2)</sup>.

فقد برأت محكمة نابولي سنة 1931 على أن الطبيب قام بإجراء عملية استئصال خصية من شاب برضائه مقابل مبلغ مالي وزرعها للمريض، حيث رأت المحكمة أن رضا المجني عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجز المجني عليه عن القيام بوظيفته الاجتماعية أو عن القيام بأعبائه العائلية<sup>(3)</sup>، فالحق في الحياة، أو في سلامة الجسم من الحقوق المعترف بها للفرد ولهذا للحق أهمية كبيرة سواء بالنسبة للفرد، أو المجتمع، فالحق في سلامة الجسم هو المصلحة التي اعترف بها القانون

1 - أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 194.

2 - سميرة اقور، مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في النظامين المغربي والمصري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 39.

3 - إدريس عبد الجواد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2007، ص 167.

لكل فرد، في أن تؤدي أعضاء جسمه وظائفها طبيعياً وأن يحتفظ بسلامة جسمه وأن يتحرر من الألم البدنية، فالفرد صاحب مصلحة مباشرة في سلامة جسمه وكل اعتداء يحول دون السير العادي والطبيعي لإحدى وظائف الجسم يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم<sup>(1)</sup>. منح المشرع الجزائري حماية لجسم الإنسان لأجل أداء وظائف جسمه طبيعياً سواءً كانت نفسية، أو عقلية، أو عضوية، وحتى التي تؤثر في التكامل الجسدي أو تسبب له آلاماً أياً كانت<sup>(2)</sup> لأن الإنسان يهتم كل المزايا المرتبطة بسلامة جسمه ويحرص على المحافظة عليها جميعاً، لذا يعتبر الجسم محل لحق الفرد وفي الحدود التي تتطلبها المصلحة الاجتماعية محل حق ارتفاق مقرر لمصلحة المجتمع<sup>(3)</sup>.

## المبحث الثاني

### الشروط القانونية لزرع الأعضاء

#### لدى المريض

تتفرد عمليات نقل وزرع الأعضاء خلافاً لباقي العمليات المشابهة لها، بخصوصية هي أن المريض يعد طرفاً للعملية ومحلاً لها، وأن الطبيب يتدخل لإزالة العلة أو التخفيف من حدة الآلام الناجمة عنها وفقاً لمقتضيات النظام العام والآداب العامة التي تتطلب من الطبيب تبصير المريض والحصول على رضائه، فيمارس الطبيب أثناء تدخله على جسم المريض عدة أعمال طبية يهدف من ورائها إزالة العلة التي يشكو منها المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه ومعاناته، ولا تكون مخالفة للنظام العام والآداب العامة وللقيام بذلك يشترط قبل أي تدخل طبي تبصير المريض والحصول على رضائه.

ينصب الالتزام بالتبصير الذي يجب إفادة المريض به، في إعلامه بحالته الصحية وبنوع الأعمال الطبية التي ستجرى له وما ينطوي عليها من نتائج ومخاطر التي تترتب عن

<sup>1</sup> - إبراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009، ص 24.

<sup>2</sup> - أحمد محمد العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحریم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 69 - 70.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 71.

العلاج المقترح له ليستطيع إبداء موافقته بالرفض أو القبول<sup>(1)</sup>، وهو ما أكدته المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه:

« يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة حرة ومنتبصرة 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 ».

يتضح من خلال هذه المادة أن عدم مراعاة الطبيب لشروط الحصول على موافقة المريض يترتب عنه المسألة عن عدم احترامه للكرامة الجسدية وعن إهماله أو تقصيره في واجب التبصير والرضا، لذا يستلزم من الطبيب التحقق من توفر رضا الحر والمتبصر للمريض كقاعدة عامة (المطلب الأول)، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات تجعل الطبيب معفى من الحصول على رضا المريض في حالات خاصة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### التزام الطبيب بالتأكد من سلامة رضا المريض

يلتزم الطبيب ببذل عناية نحو المريض من أجل إنقاذه من الموت، فعلى الطبيب أن يتصف باليقظة المستتيرة ويكون تدخله وفقا للمعطيات العلمية والتطور الطبي الحديث، وتتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء دون أن يضمن الطبيب الشفاء بحد ذاته، ذلك لأن قدرة الشفاء من عند الله عز وجل، ولأن إلتزامه ببذل العناية والشفاء يتوقف على عدة اعتبارات منها مناعة جسم المريض، وصفاته الوراثية، وحدود العلوم الطبية وتطويرها، ومدى استجابة المريض للعلاج.

تتوقف صحة رضا المريض على توفر شروط في ذاته وفي طريقة تعبيره عن رضاه ليتمكن من إفراغ الرضا في قلبه الشكلي التي تعتبر أساس كل تدخل طبي وعلى الطبيب التحقق من ذلك (الفرع الأول)، ولا يمكن معالجة المريض أو مباشرة العمل الطبي إلا بعد حصول الطبيب على موافقته لذ يلتزم الطبيب بإعلام المريض بكافة مراحل العلاج والمخاطر المحتملة عنها (الفرع الثاني).

1 - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري دار هومة، الجزائر، 2007، ص 135.

## الفرع الأول

### تحقق الرضا الحر والمتبصر للمريض

يعتبر الالتزام بالتبصير مظهر من مظاهر حماية لإرادة الشخص الخاضع لعمليات نقل وزرع لأعضائه البشرية، إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه فقط لتقرير مشروعية العمليات الطبية، نظرا لخطورتها على السلامة الجسدية للشخص الخاضع لها. يشترط هذا النوع من الرضا التزام الطبيب بالحصول على إرادة المريض بالعلاج، وهذا الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا كان حرا متبصرا، فلا بد على الطبيب التحقق من توفر شروط الرضا كتوفر الأهلية المطلوبة لصحة الرضا (أولا) كما لا يعتريه أي عارض من العوارض التي تعدم أو تنقص أهليته (ثانيا)، وبعد تأكد الطبيب من تحقق الشروط السابقة يفرغ الرضا في شكل مكتوب بحضور شاهدين مع إيداعه لدى المصلحة المختصة (ثالثا).

### أولا - الأهلية المطلوبة لصحة رضا المريض

لا يثير أية مشاكل إذا كان المريض بالغا راشدا متمتعا بكامل قواه العقلية، فإن رضائه لعملية الزرع الصادر منه يكون صحيحا، لأنه صدر عن شخص قادر على التعبير عن إرادته، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع العضو له تعني مشاركته في تحمل مخاطرها والتي تفرض بدورها توفر أهلية قانونية كاملة<sup>(1)</sup>.

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الصحة بخصوص عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أهلية خاصة أو سنا معينة للمريض، علما أن أهلية المريض تختلف عن أهلية المتبرع فيمكن أن يكون المريض بالغا سن الرشد كما يمكن أن يكون بالغا وغير مميزا أو أن يكون قاصرا وهذا عكس المتبرع الذي يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد ومميزا<sup>(2)</sup>.

لذا لا يعتبر معيار السن العامل الوحيد المحدد لدرجة نضج ونمو المريض فقد يصادف الطبيب مريضان من نفس السن لكن بدرجات نضج مختلفة، إذ أن معيار السن

<sup>1</sup> - فضيلة إسمي فأوة، مرجع سابق، ص 109.

<sup>2</sup> - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 258.

ليس معيارا دقيقا، لأنه بين عشية وضحاها يصبح المراهق الذي لم يكن أهلا لإبرام تصرف ما قادرا على إبرامه قانونا لاستيفائه لشرط السن.

### ثانيا - ألا يعترض المريض عارض من عوارض الأهلية

كقاعدة عامة لا يكون الرضا صحيحا إلا إذا صدر عن شخص يتمتع بالقدرة على التعبير عن إرادة معتبرة قانونا، فموافقة المريض على إجراء عملية زرع العضو له تعني قبوله تحمل مخاطر التي قد يتعرض لها والتي تتطلب أهلية قانونية كاملة<sup>(1)</sup>.

لكن يثور التساؤل في هذا الصدد عن حالة المريض غير مكتمل الأهلية؟ فحددت المادة 361 من ق. ص، صنفين من الأشخاص الذين يستفيدون من الأعضاء فمنهم من لا يملك الأهلية القانونية من جهة ومنهم من لا يملك الأهلية الفعلية من جهة أخرى.

### 1 - عدم تمتع المريض بالأهلية القانونية

تنص المادة 1/361 من ق. ص التي تنص على أنه:

« يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي ».

يستخلص من نص المادة أنه إذا كان المريض عديم الأهلية أو كان فاقدا للوعي انتقلت الموافقة لعملية زرع العضو له إلى صاحب السلطة القانونية عليه، وهو الأب لأنه هو الذي يستطيع أن يتخذ القرارات التي تتعلق بصحته، وفي حالة عدم وجود الأب تحل محله الأم لأنها الممثلة القانونية بعد الأب، وفي حالة فقدانها معا، ينتقل هذا الحق للممثل الشرعي، وهذا الترتيب التي جاءت به الفقرة المذكورة أعلاه جاء تماشيا وقانون الأسرة الجزائرية لاسيما المادة 87 منه<sup>(2)</sup>، والموافقة الصادرة من الممثل القانوني يجب أن تكون في شكل كتابي<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، مرجع سابق، ص 121.

<sup>2</sup> - تنص المادة 4/3/2/364 من ق. ص، على أنه:

« وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، فإنه يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب، أو الأم، أو الممثل الشرعي، حسب الحالة وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم، عند غيابهما الممثل الشرعي ».

=

تنص المادة 87 من قانون الأسرة على أنه:

مما تقدم نستنتج، أنه لا يشترط كقاعدة عامة أي شكل معين في موافقة المريض للأعمال الطبية، فقد يكون شفاهة أو كتابيا، غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسدية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن موافقته كتابيا، لاسيما في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بل من المؤسسات الاستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، من أعدت نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني من خلال بيانات محددة.

## 2 - عدم تمتع المريض بالأهلية الفعلية

يكون في هذه الحالة يكون المريض غير قادرا على إصدار الرضا معبرا به قانونا بسبب حالته الصحية، تحلّ محله الأسرة في التعبير عن إرادته وفق الترتيب الآتي الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي وفقا للمادة 2/364 من ق.ص التي تنص على أنه

« وعندما يكون المتلقي في حالة يتعذر عليه فيها التعبير عن موافقته، يمكن أحد أفراد أسرته البالغين إعطاء الموافقة كتابيا حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 أعلاه ».

استندت بعض التشريعات الغربية في تحديدها لهذا السن إلى دراسات علمية أمريكية، أظهرت بأن الأطفال قادرين عكس ما نتصوره على اتخاذ قرار مؤسس في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مؤكدة أن القاصر وبداية من سن 14 سنة يكون مسلحا بقدرات وكفاءات ومؤهلات الشخص البالغ 19 سنة<sup>(2)</sup>.

## ثالثا - صدور رضا المتبصر أو المستنير للمريض

قبل مباشرة الطبيب لأي تدخل طبي لا بد أن يحصل على رضا المريض، إذا كانت حالته الصحية تسمح له بالتعبير عن إرادته، وفي حالة العكس يعتد بموافقة ذويه من أقاربه

---

« يكون الأب وليا على أولاده القصر، بعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، مرجع سابق، ص 260.

<sup>2</sup> - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 53.

أو من يمثله قانونا، إلا في حالة الضرورة أو الاستعجال التي لا يحتمل فيها تأجيل التدخل الطبي.

كما لا يقصد بالرضا مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب، والذي يكون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضا خاص، يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب إجراء علاج له، ويتمثل في ذلك الرضا الصادر من المريض، وهو حر الإرادة عالم بحالته وما ينطوي عليه العلاج من مخاطر<sup>(1)</sup>، ويطلق عليه تسمية "الرضا المتبصر أو المستنير"، باعتباره ذلك الرضا الصادر عن صاحبه بعد تلقيه قدر من المعلومات الضرورية اللازمة من الطبيب، والمتعلقة أساسا بتشخيص المرض والعلاج المقترح، وما يكتنفه من مخاطر، وذلك لتمكين المريض من اتخاذ قراره على بينه من أمره<sup>(2)</sup>.

يعبر المريض عن رضاه إما بشكل صريح أو ضمني، غير أنه يجب في كافة الأحوال، أن يسبق التدخل الجراحي هذا من جهة، ويثور التساؤل من جهة أخرى عن حكم سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الجراحي، فهل يمكن اعتبار ذلك موافقة منه؟

### 1 - الرضا الصريح للمريض

يعبر المريض عن رضاه الصريح بقبول التدخل الطبي طالما أن حالته تسمح له بذلك<sup>(3)</sup>، فالتعبير عن إرادته تكون إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداوله<sup>(4)</sup>، فيحصل الطبيب على موافقة صريحة من المريض، ويكون ذلك إذا كانت العبارات الصادرة تدل صراحة وبصفة مباشرة لا مجال فيه للشك على قبول العلاج المقترح من طرف الطبيب<sup>(5)</sup>. يعتبر الرضا الصريح أصدق الصور في التعبير عن الإرادة الحقيقية، ولا يؤثر في سلامة الرضا الأسلوب الذي يستعمله المريض في التعبير عن رأيه، كما قد يعبر عن رضاه

<sup>1</sup> - نقلا عن بلعيد بوخرص، خطأ الطبيب أثناء التدخل...، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 102.

<sup>3</sup> - Peter MUZNY, L'autonomie du patient mineur entre la certitude et incertitude, bulletin des médecins suisse, Edition 2009, p 81.

<sup>4</sup> - تنص المادة 60 من ق.م.ج على أنه:

« التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.»

<sup>5</sup> - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 46.

بأسلوب التوسل أو الرجاء أو حق الأمر بتنفيذ العلاج المقترح، فالعبارات الغامضة التي لا توضح القصد الحقيقي لصاحبها أو التي تحتل أكثر من معنى فلا يتوافر فيها الرضا الصريح<sup>(1)</sup>.

يشترط رضا المريض في نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون مكتوبا ومفرغا في قالبه الشكلي وفقا لما تقتضيه أحكام المادة 364 ق.ص. فهذا يدل دلالة صريحة أن الرضا بقبول العلاج لا يعني بالضرورة قبول نقل وزرع الأعضاء البشرية، وبالتالي فالرضا الصريح للمريض في زرع الأعضاء البشرية قيدها المشرع في نوع واحد من التعبير عن الإرادة وهي الكتابة باستثناء حالة الإنابة القانونية أو حالة الضرورة والاستعجال التي تعفي الطبيب من شرط الحصول على الرضا المكتوب.

رغم تعدد صور تعبير عن الإرادة أو الرضا في القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 2/60، 2/68 ق.م.ج، إلا أنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يشترط فيها المشرع الجزائري ألا يكون التعبير عن الإرادة إلا صريحة وهذا يعني عدم صلاحية التعبير عن الرضا ضمنيا<sup>(2)</sup> وعن طريق السكوت<sup>(3)</sup>.

استحدث العمل الطبي طريقة تتمثل في تجسيد رضا المريض في زرع الأعضاء البشرية في صيغة مكتوبة<sup>(4)</sup>، أطلق عليها "الترخيص بالعملية" **Le permis opérer** وقد أخذت به الأوساط الطبية بهذه الطريقة، لما رأته من فائدة في مجال الإثبات، ومن ثم،

<sup>1</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 125.

انظر أيضا بلعرباوي عبد الكريم، سعداوي محمد، "الإعفاء من المسؤولية الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 06.

<sup>2</sup> - المادة 2/60 ق.م.ج سالف الذكر.

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/68 ق.م.ج على أنه:

« ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة لمن وجه إليه ». »

<sup>4</sup> - تقوم بعض المؤسسات الإستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، بإعداد نماذج مكتوبة مسبقا (مطبوعة) تتضمن بيانات محددة يقوم المريض بملئها وإبداء رضاه من خلالها، بتوقيعه عليها، وذلك لضمان إثبات موافقة المريض أو من يمثله قانونا من خلال تلك البيانات المحددة فيها. نقلنا عن بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019، ص 92.

تجنب المنازعات الناشئة عن إدعاء المريض عدم قيام الجراح بتبصيره والحصول على موافقته<sup>(1)</sup>.

## 2 - الرضا الضمني للمريض أو ممثله القانوني

يكون الرضا الصادر من المريض أو من يمثله ضمنيا يستفاد سواء من فعل أو تصرف المريض أو حتى من اتخاذ موقف معين، وهو ما نصت عليه المادة 2/60 من ق.م.ج على أنه: «... ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا».

يعتبر التعبير الضمني تعبيرا غير مباشرا، يكون عن طريق الاستنباط من الأفعال التي يقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما تتطوي عليه، فيستفاد الرضا الضمني للمريض من ذهابه إلى عيادة الطبيب الجراح، بناء على نصيحة من طبيبه الخاص، وقد يستخلص الطبيب رضا المريض من خلال إصغائه له وخضوعه للكشف دون أي اعتراض، وذهابه إلى غرفة العمليات بعد أن يكون قد تحصل على كل المعلومات المتعلقة بمرضه وحالته الصحية، وأيا نوع العملية التي سيخضع لها، وبذلك يستنتج أن المريض قد رضي بالطبيب الذي سوف يعالجه دون غيره ورضي بالعملية التي سوف تجرى له.

غير أنه لا يستنتج في جميع الحالات أنه تعبير ضمني عن الرضا في عملية نقل العضو مجرد استشارة للطبيب أو دخول عادي إلى المستشفى، لأنه لا يمكن اعتباره بذلك موافقا مقدما على جميع العمليات، التي قد لا تكون لديه أية فكرة عنها<sup>(2)</sup>.

## 3 - سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الجراحي

في هذه الحالة، يمكن تقديم تساؤل في هذا المنوال، هل يمكن تفسير سكوت المريض وعدم اعتراضه أنها موافقة على التدخل في العمليات الجراحية المقترحة؟ للإجابة على هذا التساؤل، بالرجوع للقواعد العامة خاصة في الشريعة الإسلامية « لا ينسب إلى ساكت قول »، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت فيه اعتداء على الحرية

<sup>1</sup> - جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 108.

<sup>2</sup> - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013،

الشخصية للمريض، لذلك يجب توافر الظروف والأدلة الكافية التي تؤكد وتثبت أن هذا السكوت يجسد إرادة حقيقية نحو الموافقة على التدخل في العملية الجراحية.

أما في قواعد القانون المدني، فإن السكوت وعدم الاعتراض الذي يمكن أن يفسر على أنه موافقة، هو السكوت الذي ينسب إلى الشخص الذي توافرت لديه القدرة على الاعتراض ولم يفعل، فالسكوت الذي يفيد الرضا يشترط أن تصاحبه ظروف وأدلة على توافر الإرادة الحقيقية لصاحبها نحو قبول الإجراء المقترح، وكان هذا الإجراء يحقق أفضل مصلحة للمريض، ويسمى السكوت بهذا المفهوم في فقه القانون المدني بالسكوت الملايس<sup>(1)</sup>.

يتضح مما سبق، أن الأصل في رضا المريض بالتدخل في العمليات الجراحية أن يكون صريحا سواء كان باللفظ أو الكتابة، والغالب أن يصدر الرضا كتابة في مثل هذه العمليات الصعبة والمعقدة التي تنطوي على خطورة نجاح العملية، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يصدر الرضا ضمنيا، كما أن السكوت لا يمكن أن يعد قبولا إلا إذا صاحبه ظروف تدل على موافقة المريض لتلك العمليات المزمع القيام بها، لذا تجدر الإشارة إلى أن الرضا الضمني والسكوت يعتبران من مسائل الواقع التي تترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>(2)</sup>.

#### رابعا - إشتراط الشكلية في رضا المريض

اشترط المشرع الجزائري في مجال الأعمال الطبية خاصة في نقل وزرع الأعضاء البشرية شكلية معينة لتجسيد الرضا، وهذا بالكتابة وحضور شاهدين مع الإيداع الوثيقة المثبتة للرضا.

#### 1 - الكتابة

لم ينص المشرع الجزائري على شكل معين يجسد فيه الموافقة والرضا للمريض بل ترك المجال مفتوحا فيما يخص شكلية الكتابة، إلا أنه لكي تكون الموافقة قانونية لا التباس فيها،

<sup>1</sup> - تنص المادة 2/68 من ق.م.ج. على أنه:

« ... ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتمامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ».

<sup>2</sup> - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي...، مرجع سابق، ص 93.

يجب أن تكون مكتوبة<sup>(1)</sup>، لكونها الوسيلة الوحيدة لإثبات رضا المريض خاصة في الأعمال الخطيرة ولتحقيق ذلك يكفي أن تكون الكتابة دليل واضح وحر على موافقة المريض على التدخل الطبي، وحتى في حال رفض المريض للعلاج استلزم وجود الكتابة ودليل ذلك نص المادة 49 من م.أ.ط.<sup>(2)</sup>.

فالمراد هنا حصول الطبيب من المريض على إقرار كتابي برضائه عن كل ما تفظ سواء بالرفض أو القبول<sup>(3)</sup>، فمن الناحية العملية فهي بمثابة تنبيه للمريض على خطورة ما هو مقبل عليه مما يد يدفعه إلى التفكير مجددا وبجدية كما أنها ضمان للإنسان من التجاوزات الممكنة، ومن جهة أخرى يجعل الطبيب في مأمن من المتابعة اللاحقة<sup>(4)</sup>.

## 2 - حضور شاهدين أثناء الكتابة

ألزم المشرع الجزائري على كل مريض مقبل على العمل الطبي الخطير إضافة لشرط الكتابة، حضور شاهدين اثنين<sup>(5)</sup>، ولم يحدد الشروط الواجب توافرها في هذين الشاهدين، فبالرجوع إلى الأحكام العامة، يتضح أنه يجب أن يكون شاهدا عادلا، ذو أهلية كاملة غير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة وتمتع بجميع قدراته العقلية، كما يمكن أن يكون الشهود من أقرباء المريض، مع العلم أن حضورهما يعني التوقيع على وثيقة الرضا.

<sup>1</sup> - سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 107. تنص المادة 60 من ق.م.ج على أنه:

« التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

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

<sup>2</sup> - تنص المادة 49 من م.أ.ط على أنه

« يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن.»

انظر أيضا علي عصام غصن، المسؤولية الجزائية للطبيب، د.د.ن، بيروت، لبنان، 2012، ص 411.

<sup>3</sup> - أحلوش بولحبال زينب، مرجع سابق، ص ص 53، 56.

<sup>4</sup> - شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 48.

<sup>5</sup> - تنص المادة 1/364 من ق.ح. على أنه:

« لا يمكن القيام بزرع الأعضاء أو الأنسجة أو... عبر عن موافقته بحضور الطبيب رئيس المصلحة التي تم قبوله فيها وأمام شاهدين اثنين.»

واشترط المشرع الجزائري لحضور شاهدين هو التأكد من موافقة المريض بإرادته الحرة والواعية بعد أن تم إعلامه بقدر كاف بجميع المخاطر المحتملة والنتائج المترتبة عن ذلك التدخل الطبي<sup>(1)</sup>، غير أنه إذا اتفق المريض مع الطبيب وبحضور الشهود على إجراء عملية جراحية معينة، قام الطبيب بعملية أخرى، فلا تدخل تحت هذا الرضا<sup>(2)</sup>.

### 3 - إيداع الوثيقة المثبتة للرضا

يعد الإيداع في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية السابق الإشارة إليه نص عليه المشرع الجزائري في مادته 360 من ق. ص، على إلزامية الإيداع وهذا لتفادي العمليات الغير مشروعة، إلا أنه لم يحدد كيفية وطريقة هذا الإيداع بل ترك المشرع المجال مفتوحاً أمام أهل الاختصاص في المجال الطبي، ويعني به إيداع الوثيقة المثبتة لرضا المريض والمانح بحضور شاهدين والطبيب في سجل خاص مع إعطاء رقم لهذه الوثيقة ويحدد فيها نوع عملية نقل وزرع العضو والطبيب المكلف بها وتاريخ إمضاء طرفي العملية في الوثيقة<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### إلتزام الطبيب بإعلام المريض

يلتزم الطبيب بإعلام المريض بكافة المعلومات التي تتعلق بطبيعة المرض الذي يعاني منه، بعد تشخيصه كونه الطرف الضعيف في العلاقة، فيجب إحاطته بكل المعلومات الخاصة بالعمل الطبي أو الخدمة الطبية المقدمة له، وقد استحدث هذا الإلتزام لحماية هذا الأخير ولإعادة التوازن لهذه العلاقة عن طريق تبصيره وتنويره.

يجد الإلتزام الطبيب بإعلام مريضه أساسه القانوني في النصوص القانونية التي تنص على وجوب الحصول على رضا المريض لأجل مباشرة علاجه، كما يستوجب إحاطة علماً بكل المعلومات والمخاطر التي قد تطرأ أثناء العلاج عبر كافة مراحل العلاج لاسيما عند زرع العضو البشري (أولاً)، إلى جانب ذلك من الضرورة بيان وتحديد المستشفيات المختصة

<sup>1</sup> - أكلوش بولحبال زينب، مرجع سابق، ص 389، 393.

<sup>2</sup> - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 335.

<sup>3</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 327.

والمعنية بنقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لما حدده القانون (ثانيا)، إضافة إلى إنشائه وكالة وطنية لرقابة وتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (ثالثا).

### أولا - إعلام المريض بكافة مراحل العلاج

أكد المشرع الجزائري على ضرورة الحصول على الالتزام بإعلام المريض بمضمون العمل الطبي، وهذا ما أقره المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 92-276 متضمن مدونة أخلاقيات الطب هذا الالتزام في عدة نصوص منها المادة 43 التي تنص على أنه:

« يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة

وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ».

أكدت أيضا المادة 44 من م.أ.ط سالف الذكر على ضرورة خضوع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة، وهو نفس ما تضمنته المواد 45، 46، 47، 48، من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 متضمن مدونة أخلاقيات الطب.

غير أنه جاءت عبارات المشرع الجزائري عامة، لكن يفهم منها على ضرورة أن ينفذ الالتزام بالإعلام عبر كافة مراحل التدخل الطبي، لذلك يجب أن يشدد الإعلام<sup>(1)</sup> في هذه الحالة على الطبيب يكون كاملا وافيا محيطا بكل ما يخص تلك الخدمة المقدمة للمريض.

يتضح من خلال ما تقدم، أن الطبيب ملزم بإعلام المريض عبر كافة مراحل التدخل الطبي في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بجميع المخاطر المرتبطة بالعلاج مما يسمح له بالتفكير الصحيح والقرار الصائب<sup>(2)</sup>، ولأن إخفاؤها يشكل إجحاف في حق المريض، بحيث لو علم بجميع هذه المخاطر ما كان ليوافق على العلاج المقترح.

<sup>1</sup> - يشترط على الطبيب تبصير كلا الطرفين، إلا أن تشديد الإعلام يقع على المتبرع، ويعود سبب التشديد إلى عدم وجود أية مصلحة علاجية أو مادية للمتبرع نظير تبرعه، فهو شخص سليم لا يشكو من أية علة، كما أن التبرع عمل تطوعي مجاني تجسيدا لكل ما يحويه الفعل من معاني التضامن والإيثار والإنسانية التي تؤكد عدم جواز التعامل في جسم الإنسان ومنع الإتجار به. نقلا عن غنيمية قنيف، التزام الطبيب بالحصول على رضا الحر والمتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/2018، ص 109.

<sup>2</sup> - مراد بن الصغير، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض-دراسة مقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 171.

تمر مراحل العلاج على حلقات (phases) مختلفة أهمها تشخيص المرض ثم وصف نوعية العلاج، فهو يبدأ بفحص المريض العلة التي يعاني منها، وبعد الانتهاء من التشخيص يقوم الطبيب بوصف العلاج الذي يراه مناسباً بتقديم وصفة طبية للمريض، وفي حالات معينة يكون العلاج جراحياً، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة الرقابة العلاجية بعد تناول المريض للأدوية وبعد تنفيذ العملية الجراحية<sup>(1)</sup>.

كما أنه لم يشر المشرع الجزائري إلى ضرورة الإعلام عبر مراحل العلاج، تاركا سلطة الاختيار مطلقة يتمتع بها الطبيب، غير أن القضاء الجزائري تعرض لهذه المسألة رغم نقص الأحكام القضائية فيما يخص المسؤولية الطبية لدى القضاء الجزائري، يمكن الاسترشاد إلى حكم قضائي أقر ضرورة التزام الطبيب عن توفر البدائل العلاجية وهو حكم صادر عن محكمة السانية بوههران، بتاريخ 26 مارس 1996، الذي أيد بقرار مجلس قضاء وهران الذي جاء حكمه بإدانة الطبيب لتطبيقه طريقة تخدير مضادة لآلام الولادة والتي تنطوي على مخاطر الإصابة بشكل جزئي مؤقت، وكان تأسيس الحكم منصبا على إخلال الطبيب بواجب الإعلام، فلو أعلمت المريضة بهذا لكانت لها مجموعة من الخيارات بديلة عن تطبيق هذه التقنية، وكان منطوق الحكم هو عامين حبس موقوفة النفاذ وغرامة مالية قدرها 5000 دج و50000 دج مدنيا للمريضة<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد دغيش - عبد الرزاق بولنوار، "التزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 128.

نقلا عن مراد بن الصغير، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض - دراسة مقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 170، 190. لمزيد من التفاصيل راجع مجدي حسين خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 51.

<sup>2</sup> - حكم صادر عن محكمة السانية بوههران، بتاريخ 26 مارس 1996 نقلا عن أسماء سعيدان، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 29.

## 1 - الإعلام في مرحلة التشخيص

يقصد بالتشخيص بأنه فن التعرف على المرض، واللبننة الأساسية الأولى التي يرتكز عليها عمل الطبيب لعلاج المريض<sup>(1)</sup> بتحديد نوع المرض أو العلة التي يشكوها منها المريض، ويتوصل الطبيب إلى نوع المرض بعد عدة فحوصات وتحاليل يقوم بها، أو من خلال الأعراض والآلام التي يعاني منها المريض<sup>(2)</sup>.

يقوم التشخيص على الفحص للتحقق من وجود مرض معين، ولا يؤدي هذا الفحص إلى نتيجة معينة، بل فقط إثبات لأعراض معينة<sup>(3)</sup>، فهو على جانب كبير من الأهمية والدقة في العلاقة بين الطبيب والمريض، وأي خطأ في التشخيص لا بد أن ينعكس أثره على العلاج أو العمل الجراحي، فسوء التشخيص تظهر أثره في المرحلة العلاجية<sup>(4)</sup>، وفي كثير من الأحيان يؤدي إلى وضع حد لحياة الإنسان أو إصابته بعاهة، كل هذا يؤدي إلى مساءلة الطبيب الذي كان تشخيصه غير سليم، إذ يتعين على المريض أن يخبر طبيبه بكافة الأعراض المرضية التي يشكو منها<sup>(5)</sup>.

يتعين على الطبيب مسايرة التطور العلمي باستخدام أساليب جديدة وتقنيات متطورة في التشخيص، فعليه أن يستعمل كل الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بعيداً عن الخطأ بقدر المستطاع، لأن يعد إلزامية التشخيص بمثابة التزام ببذل عناية وجهودا يقظة، تتفق مع المعطيات المعاصرة، لما كان يشترط فقط أن يكون متفقاً مع المعطيات المقبولة علمياً<sup>(6)</sup>.

يترتب رضا المريض في مرحلة التشخيص على ضرورة إعلام الطبيب له بكافة الفحوصات اللازمة عند القيام بالتشخيص لضمان نجاحه، كعدم مخالفة المريض لما قد يطلبه

<sup>1</sup> - نقلا عن أنس محمد عبد الغفار، الالتزام بالتبصير في العقد الطبي، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر البرمجيات، مصر، الإمارات، 2013، ص 131.

<sup>2</sup> - بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 341.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 22.

<sup>5</sup> - أسامة عبد الله قابد، مرجع سابق، ص 62.

<sup>6</sup> - نقلا عن رشدي محمد السعيد، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص 128.

المحل وكذا احترام الهيئة الصحيحة التي يجلس فيها من أجل تصويره بالأشعة وغيرها، لأن مخالفته تؤدي إلى عدم دقة الصورة المستخرجة، وفيها يؤثر في تشخيص المرض<sup>(1)</sup>.

يجب أيضا على الطبيب بعد التأكد مما يشكو منه المريض تبصيره بطبيعة المرض الذي يعاني منه وتطوره المتوقع في حالة غياب أي إجراء طبي عليه حتما سيؤدي به إلى فقدانه على قيد الحياة مما يجعله يتخذ قراره بتمحيص وقناعة، لتحفيزه نفسيا بمواصلة المراحل المقبلة للعمل الطبي<sup>(2)</sup>.

## 2 - الإعلام في مرحلة العلاج

لم يعرف المشرع الجزائري العلاج، واكتفى من خلال 3 من قانون رقم 18-11 ق.ص بحصر مشتملاته التي تنص على أنه:

« تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي. تركز نشاطات الصحة على مبادئ تسلسل وتكامل نشاطات الوقاية والعلاج وإعادة تكييف مختلف هياكل ومؤسسات الصحة ».

رتبت هذه المادة في مجال الصحة على حماية صحة المواطنين كدرجة أولى تماشيا عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي، ثم تركيزها على نشاطات الصحة تماشيا بمبادئ تسلسل وتكامل نشاطات الوقاية والعلاج الذي يصف الطبيب ويحدد الطريقة الملائمة للعلاج وفقا لنوعية المرض وطبيعة تقبل جسم المريض للعلاج المقترح من الطبيب<sup>(3)</sup>، عن طريق تكييف مختلف هياكل ومؤسسات الصحة بتقديم وصفة طبية التي تعتبر جزء لا يتجزأ من مرحلة العلاج، والوصفة عبارة عن ورقة يحررها الطبيب قصد إثبات بصورة واضحة ما انتهى إليه بعد مرحلتين الفحص والتشخيص، وبيان العلاج الذي وصفه للمريض وطريقة استعماله ومدته، وتعد الوصفة الطبية الوثيقة الوحيدة التي تثبت وجود العلاقة بين الطبيب والمريض<sup>(4)</sup>، كما

1 - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 26.

2 - العبيدي زينة غانم يونس، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 02.

3 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 365.

4 - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 69.

يمكن أن يستعمل الطبيب العمل الجراحي مباشرة في حالة ما ارتأى أن الوصفة طبية والدواء لا تجدي نفعا للمريض نظرا لحالة المريض.

### 3 - الإعلام بمخاطر العلاج

تدور معظم موضوعات النزاعات القضائية المرفوعة ضد الأطباء حول نقطة وحيدة وأساسية تتمثل في عدم الإعلام بمخاطر العلاج، فعادة ما يتنزع المريض بعدم علمه بخطر العلاج. إنّ معيار العلم بالمخاطر في ظل القانون الجزائري هو معيار مهني بحت يتحدد فيه مقدار الإعلام من قبل المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدب الطبية، وهو ما نصت عليه المادة 7/360 من ق.ص على أنه:

« تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعقوبات المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي ».

فبناء على هذه المادة يستخلص أن القانون الجزائري يستشير لجنة الخبراء بخصوص الأخطار التي قد يتعرض لها المريض وتقدير الأخطاء الطبية التي يدخل ضمنها بالضرورة إخلال الطبيب بواجب إعلام المريض عن المخاطر المحتملة الوقوع<sup>(1)</sup>.

إن إعلام الطبيب المتبرع بالمخاطر المتوقعة في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية هو شرط إلزامي، وإحاطة المريض علما بمخاطر العلاج المقترح وإمكانية تحققها، تمكن المتلقي من فهم وضعيته الصحية وتساعده على اتخاذ القرار المناسب على ضوء ما تم تقديمه من معلومات خاصة بمرضه وبالمخاطر المتوقعة الحدوث<sup>(2)</sup>.

أما عن المخاطر غير المتوقعة لا يلتزم الطبيب بإعلام المريض بها لكون نسبة حدوثها ضئيلة جدا وقد تدخل الشك للمريض مما يجعله يرفض العلاج، غير أنه يبقى إعلام المريض بالمخاطر غير المتوقعة واجبا على الطبيب في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فيستخلص أن المشرع الجزائري لم يميز بين حالات الإعلام عن المخاطر المشدد والإعلام المخفف<sup>(3)</sup>.

1 - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 89.

2 - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 64.

3 - غنيمة قنيف، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض...، مرجع سابق، ص 64.

ثانيا - المؤسسات الاستشفائية المرخص لها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجرى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التي هي من أخطر التدخلات الطبية الجراحية في مؤسسات استشفائية عمومية مرخص لها قانونا القيام بذلك، والتي حددها وزير الصحة، ولكي تتحصل على هذا الترخيص يجب أن تكون متمتعة بطاقتي طبي متخصص وحيازتها على وسائل تقنية حديثة ومتطورة نظرا لخطورة هذا النوع من العمليات وأيضا من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وعدم خروجها عن الهدف العلاجي الإنساني المجاني<sup>(1)</sup>، وتجسيديا لأحكام المادة 366 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر والتي نصت على أنه: « لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء ».

أصدر وزير الصحة وإصلاح المستشفيات قرارا وزاريا تحت رقم 30 بتاريخ 2002/10/02 يحدد قائمة المستشفيات، ثم ألغي هذا القرار بموجب المادة 06 من القرار 29 المؤرخ في 2012/06/14<sup>(2)</sup> الذي حدد أيضا في المادة 02 منه قائمة المؤسسة المرخص لها القيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا والأنسجة وأعضاء الجسم البشري التي تنص على أنه

### 1 - القرنية La Cornée<sup>(3)</sup>

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بحسين داي/ الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بني مسوس / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي باب الوادي / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.

<sup>1</sup> - العلجة موسي، مرجع سابق، ص 308.

<sup>2</sup> - قرار رقم 29 مؤرخ في 2012/06/14 يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية، النشرة الرسمية وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات لعام 2012، ص 14.

<sup>3</sup> - القرنية هي الطبقة الشفافة أو النسيج الشفاف مقوس موجود في العين، التي تغلف العين وتحصل الرؤية من خلالها، كما تتكون من خمسة طبقات، يفصل بينها غشاءان ينكسر الضوء عند القرنية قبل أن يدخل العين، كما لا تحتوي على الأوعية الدموية، وتأخذ ما تحتاجه من الأكسجين مباشرة من الهواء الجوي، فهي تقع خارج العين، يمكن إعادة تشكيل القرنية عن طريق العمليات الجراحية مثل الليزر.

- المركز الإستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المستشفى الجامعي بتيزي وزو.
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران.

## 2 – الكلى Les Reins<sup>(1)</sup>

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بحسين داي/ الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بني مسوس / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي باب الوادي / الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بوهران.
- المركز الإستشفائي الجامعي بتيزي وزو.
- المركز الإستشفائي الجامعي بسيدي بلعباس.
- المركز الإستشفائي الجامعي بتلمسان.
- المؤسسة الإستشفائية الجامعية بوهران.
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة الدكتور معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا)/ الجزائر.

- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقسي /قسنطينة.

<sup>1</sup> – الكلى هي عضو هام من أعضاء جسم الإنسان شبيه من حيث الشكل ببذرة الفاصوليا لونه بني مائل للحمرة، ولكن حجمها أكبر من بذرة الفاصوليا حيث يبلغ طولها حوالي 12 سم، وتعد الكلية العضو المسؤول عن تنقيته وتصفية الدم من السموم والمواد الناتجة عن عملية الأيض (هي عملية تكون في داخل الخلية الحية وفيها يتم هدم المواد الممتصة من الطعام مثل البروتينات والدهون وتحويلها إلى طاقة يستفيد منها جسم الكائن الحي)، وكذلك مسؤولة عن التحكم في حجم السوائل في الجسم وعن موازنة كمية العناصر الكهربائية مثل الأيونات والأملاح، كما يطلق على العلم الذي يختص بدراسة وظائف الكلى طب الكلى بالإنجليزية.

### 3 – الكبد Le Foie<sup>(1)</sup>

- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة "مركز بيار وماري كوري" /الجزائر.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بوهران.

### 4 – النخاع العظمي La Moelle Osseuse<sup>(2)</sup>

- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة "مركز بيار وماري كوري" /الجزائر.
- المؤسسة الإستشفائية الصحية مركز مكافحة السرطان /باتنة.
- المؤسسة الإستشفائية الجامعية بوهران.

واستوجبت المادة 03 من هذا القرار ضرورة أن تنشأ هذه المؤسسات الاستشفائية لجان طبية خاصة بداخلها للإشراف على هذه العمليات، والتي تعين من قبل مدير المؤسسة الصحية باقتراح من المجلس العلمي أو الطبي<sup>(3)</sup>.

كما يلاحظ أن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات سمح فقط لمؤسسات الصحة العمومية، دون سواها بالنشاط في مجال عمليات انتزاع و/أو نقل الأنسجة والخلايا والأعضاء، إذ حصرها في المراكز الاستشفائية الجامعية الموجودة في الجزائر العاصمة،

<sup>1</sup> – الكبد هو عضو موجود فقط في الفقاريات، يقوم بإزالة السمية من المستقلبات المختلفة، يركب البروتينات، وينتج المواد الكيميائية الحيوية اللازمة لعملية الهضم، يتموضع الكبد في الربع العلوي الأيمن من البطن، تحت الحجاب الحاجز، تشمل أدواره الأخرى في الاستقلاب، كما تقوم بتنظيم وتخزين الجليكوجين، تكفك كريات الدم الحمراء، وإنتاج الهرمونات.

In <http://www.ar.m.wikipedia.org/wiki>.

<sup>2</sup> – النخاع العظمي هو نسيج حيوي شبه طلب يوجد داخل الأجزاء الأسفنجية من العظام الطويلة، وهو الموقع الرئيسي لإنتاج خلايا الدم الجديدة" تكوين الدم" يتكون نقي العظم من الخلايا الجذعية المنتجة للدم ونسيج شحمي وأنسجة داعمة أخرى، ويوجد عن البالغين بشكل أساسي في عظام الأضلاع والحوض والقص والفقرات، ويشكل تقريبا 4% من وزن الجسم بشكل وسطي فتقريبا هو يشكل 2.6 كغ عند شخص وزنه 65 كغ.

In <http://www.ar.m.wikipedia.org/wiki>.

<sup>3</sup> – لوجية وسيلة، مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء وموقف المشرع الجزائري منه، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة، المنظم بالمركز الجامعي عين الدفلى، أيام 09، 10 و 11 مارس 2008، ص 30 – 40.

البلدية، وهران، قسنطينة، عنابة، سيدي بلعباس، والمركز الإستشفائي الجامعي بتيزي وزو، وكلها متواجدة في الشمال الجزائري.

يعتبر حصر المراكز الاستشفائية الجامعية الموجودة في الجزائر العاصمة والمتواجدة كلها في شمال الجزائري أمر سلبي للغاية، إذ يؤدي إلى عدم تلبية طلبات المرضى المتزايدة، خاصة المتواجدين في مناطق بعيدة كالجنوب الجزائري مثلا، اللذين يصعب عليهم تنقلهم وحصولهم على موعد لإجرائها، مما يزيد من معاناتهم التي قد تسبب وفاتهم قبل حلول موعد إجراء العملية، إذ لا بد من تخفيف الضغط على هذه المستشفيات عن طريق التوسيع من نطاق المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جهة، ومن جهة أخرى منح الترخيص للمستشفيات الخاصة تحت الرقابة الشديدة من الدولة<sup>(1)</sup>.

ينشأ كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها إجراء التدخلات الطبية في عملية نقل وزرع الأعضاء هيكل<sup>(2)</sup> استشفائي إذا اقتضت الضرورة وتأذن بإجراء العملية طبقا لنص المادة 357 من قانون رقم 18-11، يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخليا.

لم يحدد المشرع الجزائري مدة صلاحية الترخيص أعلاه من أجل مراقبة هذه المؤسسات العمومية بمدى التزامها بالشروط القانونية المحددة لمثل هذه العمليات الشاقة

<sup>1</sup> - فطة معاشو نبالي، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 43.

<sup>2</sup> - تم تسمية هذا الهيكل في ظل قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى) باللجنة الطبية التي نص عليها في المادة 2/167 و 3 على أنه:

« تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الإنتزاع أو الزرع وتأذن إجراء العملية.

يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهما الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على إنتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين ».

وأضافت المادة 164 قانون رقم 90-17 (الملغى) بنصها على أنه:

« 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 العمومي ». والتي تقابلها المادة 362 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

والخطيرة، ومدى توفر الظروف الملائمة لإجرائها، فاكتفى في قانون الصحة على أنه تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم.

كما لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والأنسجة والخلايا البشرية أي أجر عن العمليات الجراحية، مما يظهر أن فئة المعنية لأداء هذه المهمة هم أخصائيو الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات الاستشفائية العمومية، بصفتهم موظفين دائمين وهذا طبقا لمقتضيات المادة 367 من قانون رقم 18-11 السالف الذكر، إلا أن هذه الممارسات امتدت على مستوى العيادات الخاصة مما أغفل النص على جزاء الذي يلحق هذه العيادات الخاصة خارج المؤسسات الصحية المرخص لها، غير أن هذا الأمر لا بد من تداركه للقضاء على كل تعامل غير مشروع بالأعضاء البشرية، فتوفر جميع الشروط القانونية المطلوبة للقيام بمثل هذه العمليات الحساسة، مما يسمح بتخفيف الضغط على المؤسسات الصحية العمومية<sup>(1)</sup>.

### ثالثا - إنشاء وكالة وطنية لرقابة وتنظيم عمليات الزرع

استحدثت المشرع الجزائري وكالة وطنية لزرع الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167<sup>(2)</sup>، كما نص في المادة 356 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، التي هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع تحت وصاية وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، وقد حدد مقرها بالجزائر العاصمة بموجب المادة 02 من القرار الوزاري رقم 86 المؤرخ في 16/10/2012<sup>(3)</sup>.

وتكلف طبقا للمادة 356 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر بتنسيق وتطوير نشاطات زرع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها، ومن أبرز مهامها تسجيل المرضى في انتظار انتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن قائمة وطنية

<sup>1</sup> - تنص المادة 367 من ق. ص على أنه:

« لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات الزرع والممارسون الذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أي أجر عن العمليات ».

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05/04/2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 22، صادر بتاريخ 15/04/2012.

<sup>3</sup> - قرار رقم 86 مؤرخ في 16/10/2012، يحدد مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، 2012.

معدة لهذا الغرض، وضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول أو رفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا<sup>(1)</sup>.

تتمتع الوكالة في سبيل إبداء رأيها للإدارة الاستشفائية بمجموعة من الصلاحيات المختصة حول المؤسسات الاستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة وأيضا الخلايا البشرية، ومراقبة تسيير المؤسسات الاستشفائية المرخص لها القيام بانتزاع وزرع الأعضاء، وبنوك الأنسجة والخلايا للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.

تقابل هذه الوكالة، وكالة الطب البيولوجي Agence de la biomédecine في التشريع الفرنسي المستحدثة بموجب قانون رقم 2004-800 المتعلق بالطب البيولوجي، التي عوضت المؤسسة الفرنسية للزرع، تهتم بكل الممارسات الطبية الحديثة وتسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### إستغناء الطبيب عن رضا المريض في عمليات زرع الأعضاء

الأصل في علاج المريض هو عدم مساس الطبيب جسمه قبل الحصول على موافقته الحرة والمتبصرة، لأن كل مساس به دون رضاه المسبق يعتبر خطأ ويرتب المسؤولية الطبية، كما يعفى الطبيب من ذلك في حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام في حالة وضع ثقته الكاملة في يد الطبيب تاركا له مهمة علاجه بالقيام بما يراه ضروريا لحالته الصحية<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 365 من قانون رقم 18-11 على أنه:

« يجب أن تمنح الأعضاء والأنسجة التي تم نزعها، فقط للمرضى المسجلين في قائمة الإنتظار الوطنية التي تمسكها الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.

يجب أن تحدد وتقيم، بصفة منتظمة، قواعد منح الأعضاء والأنسجة المتأتية من المتبرعين المتوفين ضمن إحترام مبدأ الإنصاف.

تحدد هذه القواعد عن طريق التنظيم، بناء على اقتراح من الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء.»

<sup>2</sup> - Art.L.1418-1 du code de la santé publique francais.sur [www.legefrance.gov.fr](http://www.legefrance.gov.fr).

<sup>3</sup> - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 68.

انظر أيضا

**Abdelkader KACHER**, Une réflexion sur le principe de précaution appliquée à la médecine, quelques notes sur son approche en droit français et algérien, colloques national sur la responsabilité médicale l'organisme par la faculté de droit, université mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008, p 232.

غير أنه لكل أصل استثناء، وهو جعل الطبيب غير ملزم بالحصول على رضا المريض وهذا لظروف لا تتحمل التأخير إلى حين الحصول على رضاه وهذا يتحقق في ظرف الاستعجال (الفرع الأول)، كما هناك حالة أخرى تستلزم لإنقاذ حياته مقابل خطر لا يحتمل التأخير فنتم دون أخذ رضا المريض المتمثلة في التدخل الطبي في حالة الضرورة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التدخل الطبي في ظرف الاستعجال

يضطر الطبيب – في حالات خاصة – إلى أداء العمل تحت ظرف الاستعجال الذي يعتبر حالة لا تتحمل التأخير لأن التأخير يؤدي إلى تعريض حياة المريض للوفاة، عليه يكون من باب الأهمية تحديد مضمون الإستعجال (أولاً)، ثم تحديد شروط تحقق هذا الظرف (ثانياً).

### أولاً – المقصود بظرف الاستعجال

يقصد بحالة الاستعجال في الأحوال العامة أن يجد الطبيب نفسه أمام المريض في درجة عالية من الخطورة، وإن إسعافه يقتضي من الطبيب التدخل على وجه السرعة لإنقاذ المريض من الخطر المحقق دون أي انتظار<sup>(1)</sup>، ومثال أن يشاهد الطبيب حادث يجعله يضطر للتدخل للقيام بأعمال عاجلة كالإصابات التي تنتج عن حوادث المرور أو تصادم القطارات أو سقوط الطائرات... الخ<sup>(2)</sup>.

أكد المشرع الجزائري على مباشرة الطبيب العمل الطبي وتقديم العلاج في حالات التي لا تتطلب التأجيل وهذا لتوفر ظرف الاستعجال في المادة 2/52 من م.أ.ط التي تنص على أنه:

« ... يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال... أن يقدم العلاج

الضروري للمريض ».

مما تقدم يعفى الطبيب من الحصول على موافقة المريض في العلاج، بل أن تدخل الطبيب يكون في إطار تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر والتي يعاقب عليها قانون عقوبات في حالة عدم تقديمها.

<sup>1</sup> - عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن - دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر 2008، ص 113.

<sup>2</sup> - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 326.

أكد المشرع الجزائري على الضرورة إمكانية التدخل الجراحي في الحالات الاستعجالية المحددة في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة من خلال المادتين 4/344 والمادة 364 منه<sup>(1)</sup>.

حسنا فعل المشرع الجزائري بسماعه تقديم العلاج الجراحي الضروري للمريض دون موافقته في حالات الاستعجال، مما يدل على حرصه الشديد على المحافظة على حياة المريض وضمان سلامته الجسدية من جهة<sup>(2)</sup>، ومن جهة أخرى توفير الحماية القانونية والطمأنينة للجراح أثناء ممارسة مهامه في مثل هذه الظروف، وهو ما نص عليه أيضا المشرع الفرنسي في المادة 2-1111 L.<sup>(3)</sup>.

ويعتبر على هذا الأساس العنصر الزمني في حالات الاستعجال عنصرا أساسيا، بيد أن هذا العنصر لا يكفي وحده لقيام حالة الاستعجال، إنما يجب أن يتواجد المريض في عزلة تامة أمام الطبيب، أي فاقدًا للوعي ويستحيل الاتصال بمن يقوم مقام المريض وهم الممثلين القانونيين الذين ينوبون عنه، كل هذه الشروط يتعين توفرها مجتمعة للقول بوجود حالة الاستعجال<sup>(4)</sup>.

## ثانيا - شروط تحقق ظرف الإستعجال

يجوز للطبيب بالتدخل الطبي دون الحصول على موافقة المريض عندما يكون أمامه مريض لا يتحمل التأخير، إذ يعتبر العنصر الزمني فيها عنصرا أساسيا، مما

<sup>1</sup> - تنص المادة 4/344 من ق.ص 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 الإقتضاء، تجاوز الموافقة » وهو الأمر الذي أكد عليه المشرع في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء في المادة 6/364 بنصها على أنه:

«... يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، عندما ولظروف إستثنائية، لا يمكن الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقى الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ».

<sup>2</sup> - وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/06/26، انظر قرار المحكمة العليا، ملف رقم 240757، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، قضية (ص.ن) ضد ذوي حقوق (لام) والنيابة العامة، حول موضوع خطأ طبي يقيم مسؤولية الطبيب الجراحة بسبب عدم إجراء عملية جراحية مستعجلة، بعد تشخيص المرض، أفضى إلى الوفاة، نقلا عن خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016، ص ص 50 - 61.

<sup>3</sup> - Art.1111-2 dispose : « ...Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser ».

<sup>4</sup> - جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص ص 178 - 179.

يجعل الطبيب يستحيل عليه الاتصال بمن يقوم مقام المريض هم الممثلين القانونيين الذين ينوبون عنه<sup>(1)</sup>.

### 1 - العمل الطبي لا يتحمل التأخير

يتمثل هذا الشرط الأول، في كون العمل الطبي عمل تفرضه الضرورة لا تتحمل التأجيل فكل ثانية أو لحظة لها قيمتها ويمثل التأخير عن عدم التدخل الطبي ازدياد وتفاقم وتدهور الحالة الصحية للمريض الذي سيعرض حياته للخطر المحقق، ففي هذه الحالة لا ينتظر الطبيب إفاقة المريض أو حضور أحد أقاربه المخولين منه لإبداء الموافقة على التدخل الطبي<sup>(2)</sup>، فحياة المريض أولى بالرعاية لذا لا بد أن يتدخل الطبيب حتى وإن لم يحصل على الموافقة، فيعد مسؤولاً أثناء بقاءه مكتوف اليدين وانتظاره إلى حين الحصول على الرضا وعدم إصراره باتخاذ الإجراءات اللازمة لإنقاذ حياة المريض<sup>(3)</sup>.

يرى "هنري دينوا" أنه يجب صرف النظر عن رضا المريض، إذا اكتشف الجراح أثناء إجراء عملية جراحية إصابة أشد خطورة مما أظهره الفحص الطبي، لا يحتمل علاجها أي تأخير، كأن يكون التأخير في إجراءها ينتهي بالمريض إلى الموت، أو يكون من شأن الانتظار حتى يفيق المريض من العملية الماثلة- لأخذ رضائه- أن يقلل من نجاحها، لعدم تحمله لتخديرين متتاليين، لأن مصلحة المريض تغني عن رضائه<sup>(4)</sup>.

### 2 - فقدان المريض للوعي

يتمثل الشرط الثاني، في فقدان المريض للوعي، حيث لا يستطيع التعبير عن إرادته فيجوز للطبيب مباشرة التدخل الطبي دون حاجة بالرجوع إلى رضا المريض أو انتظاره حتى يسترد وعيه<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 91.

راجع أيضا جابر محجوب علي، مرجع نفسه، ص 181 وما يليها.

<sup>2</sup> - هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الطبعة الثامنة، دار الفجر للنشر، الإسكندرية، 2007، ص ص 178 - 179.

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 186.

<sup>4</sup> - نقلا عن منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية...، مرجع سابق، ص 272.

<sup>5</sup> - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 183.

### 3 - عدم وجود الممثلين القانونيين للرجوع إليهم

يقصد بالممثلين القانونيين هم أحد أفراد عائلة وأسرة المريض المحددين في المادة 2/364 من ق.ص، وهم المخولين قانونا بالرجوع إليهم للحصول على رضا الغير في حالة عدم تمكن المريض من التعبير عن إرادته.

ففي حالة عدم مرافقتهم للمريض في قسم الاستعجالات ونظرا للحالة الخطيرة للمريض التي لا تسمح بالتأخير في التدخل الطبي لإنقاذه، يجوز للطبيب مباشرة العمل الطبي دون انتظار ذوي المريض، ويكون بذلك الطبيب قد احترم ما جاء في نص المادة سالفة الذكر.

لذا نستنتج أن حالة الاستعجال تعطي للطبيب الحق في التدخل دون الأخذ بموافقة المريض للقيام بما يلتزم إنقاذ ضد الأخير كما لا يمكن اعتباره خطأ على قيام هذا الحق يفترض توافر شروط الاستعجال التي يخضع تقديرها للقضاء.

### الفرع الثاني

#### التدخل الطبي في حالة الضرورة

تعرف حالة الضرورة بأنها: « تلك الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر » كإقدام الطبيب على إجهاض امرأة لإنقاذ حياتها مثلا<sup>(1)</sup>. كما تحت القاعدة الشرعية على أن « الضرورة تبيح المحظورة » أي تجيز العمل المحرم إذا كان شخص مضطرا<sup>(2)</sup>، فحالة الضرورة هي الحالة التي لا يستطيع فيها الشخص أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محققا به أو بغيره إلا بارتكابه جريمة في حق أشخاص آخرين أبرياء<sup>(3)</sup>. إذا تعتبر موافقة المريض شرطا أساسيا لإباحة العمل الطبي، لكن في بعض الحالات يتعذر الحصول على موافقة المريض أو ممثله لأسباب مختلفة مرتبطة أساسا بالحالة

<sup>1</sup> - شعلال سليمان محمد السيد حمدة، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002، ص 275.

<sup>2</sup> - الآية 119 من سورة الأنعام، قاعدة أصولية مأخوذة من الآية الكريمة لقوله تعالى « ... إِلَّا مَا اضْطُرُّنَّ إِلَيْهِ... ».

<sup>3</sup> - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام الجريمة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ت، ص 279.

الصحية للمريض الذي تتطلب تدخلا سريعا لإنقاذ حياته، وهذا ما نجده في طبيعة التدخل الجراحي في حالة الضرورة (أولا)، ثم تحديد شروط تحقق حالة الضرورة (ثانيا) مع بيان حالة مراعاة الظروف الصحية والنفسية للمريض (ثالثا).

### أولا - طبيعة التدخل الجراحي في حالة الضرورة

لا يجوز للطبيب مباشرة أي عمل طبي شديد الجسامة كاستئصال عضو وزرعه في جسم إنسان آخر أو بتر عضو معين، على أساس أنه من حق الفرد أن يفضل الوفاة عن البقاء في الحياة بعاهة مستديمة<sup>(1)</sup>، غير أن تدخل الطبيب يظهر في تحديد حالة المريض أيا كانت طبيعته، وذلك راجع إلى الظروف التي أحاطت المريض والوقت الذي حدثت فيه الإصابة أو الحالة المرضية، وما نعرفه لدى أهل الطب أنه في حالة الضرورة يلتزم الطبيب بتقديم العلاج ومواجهة الحالة الصحية وما يشوبها من خطورة، بما يراه مناسبا وفقا للقواعد الفنية المتعارف عليها في المهنة، ومن ثم فإن حالة الضرورة لا تكفي لتبرير التدخلات الطبية غير العلاجية كالأبحاث الطبية<sup>(2)</sup>.

كما نجد أن في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية أن الفريق المعالج ملزم بحماية مصالح كلا الطرفين المعنيين بالعملية، وهما المتبرع بالعضو والمريض المستقبل له وهذا حفاظا على صحة جميع الأشخاص، على أساس أن الحق في الصحة والسلامة البدنية مقرر لكل الأفراد بدون تفضيل بينهم.

نستنتج أنه لا يجوز التضحية لا بحياة المتبرع من أجل حفظ حياة أو صحة المريض المستقبل للعضو، كما أخذت الشريعة الإسلامية بحالة الضرورة كسبب للإباحة وهذا ما نجده في القرآن الكريم لقوله تعالى: «... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...»<sup>(3)</sup>.

### ثانيا - شروط تحقق حالة الضرورة

لحالة الضرورة شروط لا بد من توافرها لفعل الاستقطاع من المتبرع الحي والاعتداء بها مانع من موانع المسؤولية وهذه الشروط هي كالتالي

<sup>1</sup> - إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، مرجع سابق، ص 250 وما يليها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 172.

- أن يكون هناك ضرر محقق بالمريض، أنه يترتب على عدم زرع عضو جديد له يؤدي به إلى تدهور حالته الصحية أو موته، فضرر الذي تحقق بالوفاة كان أثناء التدخل الجراحي نتيجة عدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية للمريض<sup>(1)</sup>.

- يجب أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي سيلحق بالعضو المتبرع.

- أن تكون عملية نقل العضو هي الوسيلة الوحيدة التي يمكن عن طريقها إنقاذ المريض مع مراعاة صلاحية العضو القابل للزرع وخلوه من الأمراض.

- ألا يؤدي نزع العضو إلى موت المتبرع أو إلى إصابته بنقص خطير ومستديم في وظائف جسمه<sup>(2)</sup> أو تعطيله عن تأدية واجباته الاجتماعية<sup>(3)</sup>.

### ثالثاً - حالة مراعاة الظروف الصحية والنفسية للمريض

تقتضي قواعد الطب ضرورة إقدام المريض على القيام بعملية جراحية بارتياح نفسياً فالطبيب يراعي استبعاد عامل الخوف قدر الإمكان وهذا بعدم إدخال التفاصيل التقنية والمعلومات الطبية التي لا يفهمها المريض والتي تؤثر على معنويات المريض نفسياً، هذا ما يدفع الطبيب إلى سرد بعض المعلومات بصفة بسيطة يفهما<sup>(4)</sup>.

على الطبيب أثناء قيامه بالتزامه في إعلام المريض أن يراعي جميع الظروف التي يراها مؤثرة ولها دور فعال في الإعلام من حيث الحالة الصحية والنفسية للمريض<sup>(5)</sup>، كما عليه أن يراعي سن المريض الذي يلعب دوراً هاماً في حالته الصحية الحساسة والنفسية<sup>(6)</sup>.

1 - أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعدته دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 461.

2 - أحمد عمراني، 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 193.

3 - المرجع نفسه.

4 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 44.

5 - تنص المادة 51 من م.أ.ط على أنه:

« يمكن إخفاء مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يفدها الطبيب أو الجراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقاً عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر. ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمتنهي الحنو والإحتراز».

6 - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 112.

## الفصل الثاني

### ضبط عمليات إستئصال الأعضاء البشرية

#### من جثث الموتى

لا شك أن حرمة الموتى لا تقل في أهميتها عن حرمة الأحياء حيث نهي رسولنا الكريم عن كسر عظام الميت واعتبره ككسره حياً، ففي حديث لرسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم في غزوة بدر، روته السيدة عائشة رضي الله عنها: « كسر عظم الميت ككسره حيا »<sup>(1)</sup>، ونظرا للتقدم العلمي في المجال الطبي وخاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء فإن جثة المتوفى تعد المصدر الأساسي لعمليات زرع الأعضاء، خاصة وأن الأعضاء الحيوية في الجسم كالقلب والكبد وغيرها لا يتم تصنيفها مثل الأطراف الصناعية كاليد أو القدم، ولكن تأخذ من جسد المتوفى حديثا لإعادة تشغيلها في جسد المريض.

الموت ظاهرة بيولوجية وواقعة قانونية تترتب عنها مجموعة من الآثار بالنسبة للمتوفى أو الغير، ولا يمكن تحديدها إلا من خلال المعايير المعتمدة لذلك، ومن ثم يمكن للطبيب التصرف في الجثة خاصة إذا كان يهدف إلى الحصول على أعضاء لا يمكن الحصول عليها قبل وفاة الشخص كالأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة كالقلب والكبد.

أدت عمليات نقل الأعضاء من الموتى وإعادة زرعها في المرضى إلى إنقاذ حياة الكثيرين، وقد أشارت التشريعات إلى جواز الحصول على الأعضاء البشرية السليمة من جسد المتوفى، بعد التأكد بعدم عودته للحياة مرة أخرى خاصة إذا كان العضو المستأصل القلب أو الكبد<sup>(2)</sup>.

تتوقف عملية استئصال العضو ونقله على توافر الشروط اللازمة لصحة إجراء هذه العملية إضافة إلى بعض الشروط السابق الذكر وهي حالة الضرورة القصوى للنقل، بحيث

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية (في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية)، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2012، ص 358.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 360.

يكون المريض في تدهور مستمر ولا ينفذ حياته إلا بنقل عضو سليم من آخر، وعدم وجود مقابل مالي، وتبصير المريض بنتائج العملية، وعدم نقل الأعضاء الجنسية<sup>(1)</sup>.

تظهر أهمية دراسة هذا الفصل في أنه لا ضرر في نزع عضو أو نسيج أو غدة منفردة من جسم المتوفى، كالقلب والكبد والبنكرياس والنخاع الشوكي... الخ وزرعه في جسم الشخص الحي، وهذا عكس الاستئصال من الشخص الحي، لأن جسمه لا يتسع لنقل مثل هذه الأعضاء المنفردة لتزرع في جسم شخص آخر، ولكن الأعضاء الممكن زرعها كما سبق القول مرتبطة بعدم المساس بحياة المتبرع، ولهذا لا يجوز الاستئصال إلا الأعضاء المزدوجة التي تقوم إحداها مقام الأخرى.

سوف نتناول في هذا الفصل الشروط اللازمة للنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى إلى الأحياء، والتي تتمثل في وجوب احترام الشروط الخاصة بإستئصال الأعضاء من جثث الموتى (المبحث الأول)، وكذا إحترام الإجراءات الخاصة بالتصرف في جثة المتوفى (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - ذهب بعض الفقه إلى وضع ضوابط خاصة للترخيص بنقل العضو البشري من ميت إلى حي وهي تحقق موت الشخص موتاً شرعياً بالمفارقة التامة للحياة يستحيل معها عودته للحياة مرة أخرى - حالة الضرورة أو الحاجة الشرعيتين.

## المبحث الأول

### الشروط الخاصة بإستئصال الأعضاء من جثث الموتى

تظهر أهمية عمليات نقل الأعضاء من الموتى، في أنها لا تثير إشكالات فيما يتعلق بنقل الأعضاء المنفردة، كالقلب والغدد المنفردة والبنكرياس، علما أن عملية النقل من الأحياء ترتبط بعدم المساس بحياة المتبرع، فيقتصر على الأعضاء المزدوجة وفي أنه يزودنا بالقليل من الأعضاء اللازمة للزرع ولا يسد النقص والحاجة المتزايدة للأعضاء المطلوبة، وعلى ذلك تعتبر الجثة مصدرا أساسيا للحصول على الأعضاء البشرية، أين حققت هذه العمليات الكثير من الفوائد حيث أنها ساهمت في تحسين صحة العديد من المرضى وإنقاذ حياتهم من الموت المحقق<sup>(1)</sup>، إلا أن الجدل مازال قائما بالنسبة لتحديد لحظة الوفاة قبل إستئصال العضو من جثة الميت (المطلب الأول) ثم عن الضوابط الشرعية والقانونية لإستئصال الأعضاء من جثث الموتى (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### تأكيد الوفاة قبل إستئصال العضو من جثة الميت

يعد الموت لحظة حاسمة وصعبة أين يغادر فيها الإنسان الحياة مستقبلا الآخرة والأمر يصعب حين يراد تحديدها ولا يزال هذا الأمر (تحديد الوفاة) محل جدل ليس فقط بين رجال القانون والطب بل فيما بين نفس الفئة نظرا لصعوبة وخطورة الموقف في الوقت نفسه.

<sup>1</sup> - صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 310.

وصية المنقول منه العضو بهذا النقل في حياته دون إكراه مادي أو معنوي - ألا يؤدي النقل للاختلاط الأنساب - النقل بمركز طبي متخصص ومعتمد ومرخص له بذلك - نقلا عن نسرین عبد الحمید نیبه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لندیا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008، ص 74 - 75.

وتبعا للتطورات الطبية والعلمية المعاصرة، أفرزت الوفاة مشاكل عديدة منها حدود الإنعاش الصناعي، مشكلة الميت الحي، موت الرحمة، كيفية التصرف أو المساس بالجثة ومدى حق الشخص على جثته بعد الوفاة إلى جانب تحديد لحظة الوفاة (الفرع الأول) ونظرا لتقدم العلوم البيولوجية ظهرت وسيلة فنية جديدة في هذا الخصوص التي هي الإنعاش الصناعي ودرجات الغيبوبة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### ماهية الموت

لم يتم البحث في التشريعات الوضعية عن المقصود بالموت، كما أن الآيات القرآنية<sup>(1)</sup> اقتصر على الإشارة إلى خروج الروح من الجسد، دون تفصيلات حول آلية الخروج، فتحديد لحظة الوفاة يوضح لنا الخط الفاصل بين الحياة والموت، وبالتالي يحدد لنا الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب، فقبل الموت نكون أمام إنسان حي، يجب على الطبيب أن يبذل كل جهده لإنقاذه ومعاونته بكافة الوسائل المختلفة كالإنعاش الصناعي مثلا، أما منذ لحظة الوفاة فيكف الطبيب عن ذلك، لأنه يكون أمام ميت، وهنا ومنذ هذه اللحظة يبدأ التفكير في المساس بهذه الجثة لنقل جزء منها إلى شخص آخر حي<sup>(2)</sup>.

يعقد للحظة الوفاة أهمية خاصة من حيث أنها توضح الحدود الفاصلة بين الحياة والموت " Les états frontières entre la vie et la mort " ذلك أن موت الشخص ليس ظاهرة بيولوجية فقط، وإنما هو أيضا واقعة قانونية لها آثارها القانونية، هذا بالإضافة إلى تحديد لحظة الوفاة الذي يلعب دورا قانونيا هاما<sup>(3)</sup>. لذا يستلزم التطرق إلى تعريف الموت من مختلف نواحيها (أولا)، كما أن التقدم العلمي الكبير الذي عرفته العلوم الطبية، ظهرت تقنيات حديثة في مجال الطب كأجهزة الإنعاش الصناعي، وفيها يكون الشخص تحت هذه

<sup>1</sup> - سورة النازعات 79، عدد آياتها 46 لقوله تعالى "النازعات غرقاً".

<sup>2</sup> - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص311.

<sup>3</sup> - تظهر أهمية الموت في مجال القانون المدني في الإرث راجع المادة 126 وما يليها من قانون الأسرة، وفي القانون الجنائي في جريمة القتل، بحيث تتطلب جريمة القتل أن يكون محل الجريمة إنسان حي، راجع المادة 254 من قانون العقوبات، وتحديد لحظة الوفاة يفصل في مدى توافر أو عدم توافر أركان هذه الجريمة.

الأجهزة لا هو حي ولا وهو ميت بالمعنى الصحيح، لذا ظهرت مشكلة رفع أجهزة الإنعاش الصناعي، هذه الأخيرة التي تؤثر بصفة مباشرة في تحديد لحظة الوفاة (ثانياً).

### أولاً - تعريف الموت

الموت هو اللحظة الحاسمة التي يغادر فيها الإنسان الحياة وهي ليست بنهاية المطاف بل بداية إلى حياة أبقى وأفضل لقوله تعالى: « قُلِ اللَّهُ يُحْيِيكُمْ ثُمَّ يُمِيتُكُمْ ثُمَّ يَجْمَعُكُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا رَيْبَ فِيهِ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ »<sup>(1)</sup>. والموت لغة هي السكون، وكل ما سكن فقد مات، وهو أيضا ما لا روح فيه والموت صفة وجودية خلقت ضد الحياة لقوله تعالى « الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا... »<sup>(2)</sup>.

### 1 - التعريف الشرعي للموت

يعرف الموت لدى فقهاء الإسلام على أنه انتقال الروح من الجسد إلى ما أعد لها من نعيم أو عذاب، وقد وكل الله سبحانه هذه المهمة إلى ملائكة يقومون بها أي إخراج الروح لقوله تعالى: « قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ »<sup>(3)</sup>.

كما يعرف على أنه انقطاع الحياة سواء من الإنسان أو الحيوان نتيجة توقف واحد أو أكثر من أجهزته الحيوية عن العمل وهي الجهاز الدوري، الجهاز التنفسي والجهاز العصبي على أن يكون لمدة خمس دقائق متصلة ويتبع ذلك تدريجيا تغيرات تطرأ على الجثة خارجيا وداخليا وتنتهي بتعطيل الجسم ليبقى الهيكل العظمي<sup>(4)</sup>، وإن كان ينذر في الأحوال الاعتيادية أن تتوقف الأجهزة الثلاثة في لحظة واحدة ويمكن أن تتوقف أحدهم أولا إن عاجلا أو آجلا، ففي الجانب القضائي يتوقف القلب عن النبض بعد بضعة دقائق عن التنفس ثم يتوقف الدماغ بعد توقف القلب بوقت قصير<sup>(5)</sup>.

1 - سورة الجاثية، الآية 26.

2 - سورة الملك، من الآية 2.

3 - سورة السجدة، الآية 11.

4 - سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 283.

5 - مهني صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 225.

فالموت إذن هو الأجل المحتوم والميقات المعلوم في ساعة محددة لا تقديم فيه ولا تأخير لقوله تعالى: « وَلَنْ يُؤَخَّرَ اللَّهُ نَفْسًا إِذَا جَاءَ أَجَلُهَا... »<sup>(1)</sup>. وقوله أيضا « ... لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ »<sup>(2)</sup>.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بمنكبي وقال عليه الصلاة والسلام: « كن في الدنيا كأنك غريب أو عابر سبيل »<sup>(3)</sup>.

## 2 - التعريف الطبي للموت

نتيجة للتطور المذهل في العلوم الطبية وكذا الاكتشافات الحديثة أصبح تعريف الموت عند الأطباء صعب خصوصا مع ظهور عمليات نزع الأعضاء البشرية ويعرّف الموت على أنه: « التوقف الكامل والقطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل والتغيير السريري والذي يسميه المرء قوة التجدد والد ثور والبناء والهدم في الكائن الحي »<sup>(4)</sup>.

يفهم من ذلك وجود عدة خلايا تفقد الأوكسجين، فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقص الأوكسجين وخلايا الكبد تموت خلال عشرة دقائق وخلايا الكلية في مدة عشرين دقيقة وخلايا القلب من أربعين إلى ستين دقيقة وخلايا الجلد بعد عدة أيام. لا يستطيع الطب إعطاء تعريف شامل عن الموت وإنما علاماتها فقط، فالموت ظاهرة بيولوجية ومسألة طبية وفنية من اختصاص أهل الطب يجب أن تبقى من اختصاصهم، ويقتصر تدخل المشرع بإصدار لوائح طبية مختصة تتضمن المعايير التي يجب على الأطباء الاسترشاد بها.

لتحقيق الحماية للجميع أوصى مؤتمر بيروجيا المنعقد عام 1968 بأنه: « لا يقع على رجال القانون مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة وتحديد الوسائل التي تمكن بها التأكد من الوفاة بل هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصاتهم ودراساتهم ونشاطهم الفني

<sup>1</sup> - سورة المنافقون، من الآية 11.

<sup>2</sup> - سورة الرعد، من الآية 38.

<sup>3</sup> - رواه البخاري في صحيحه، رقم 2092، ج 11، ص 99.

<sup>4</sup> - العربي بلحاج، الحماية القانونية للجنة الأدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هوم، الجزائر، 2016، ص 45.

ورائدهم في ذلك شرف المهنة وعلى الطبيب أن يكون ملما بأحداث معطيات العلم في هذا الشأن»<sup>(1)</sup>.

يتضح من خلال ما تقدم أنه من الصعب إعطاء تعريف شامل عن الموت سواء من قبل رجال الفقه الإسلامي أو الطب، وإن كان فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا الموت من خلال علاماته على غرار فقهاء القانون، فالموت من الأمور الغيبية لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى، ومع ذلك اجتهد أهل الاختصاص لإيجاد علامات معينة للتحقق من وفاة الشخص، وإن كانت غير قطعية فهي تتطور مع تطور العلوم والتكنولوجيا الحديثة.

### 3 - موقف القانون الطبي الجزائري من الموت

حرصت القوانين الطبية العربية على عدم تعريف الموت في القانون، وهذا على أساس أن تعريف الموت مسألة طبية بالدرجة الأولى، ومن ثم فلا يجوز للمشرع أن يتدخل في تحديدها بقواعد تنظيمية، وهو الاتجاه الصامت الذي سلكه القانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة، والذي سكت عن تعريف الموت، وفضل أن يتم ذلك بأداة تنظيمية أكثر مرونة يمكن تعديلها تبعاً للتطورات الطبية<sup>(2)</sup>، ولهذا جاء في المادة 362 من القانون رقم 11-18 على أنه:

« لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض النزع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته ».

وعلى هذا الأساس، فإنه رغم التعديل الذي مس قانون الصحة (بمقتضى القانون رقم 17-90 لسنة 1990)<sup>(3)</sup> ورغم ظهور المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة العلوم الطبية (بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن لمدونة

<sup>1</sup> - نقلا عن فاطمة يوسفواوي، تحديد لحظة الوفاة في مجال نقل الأعضاء البشرية، ... مرجع سابق، ص 96.

<sup>2</sup> - وهو الاتجاه الذي سلكه أيضا القانون الطبي الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء، نقلا عن العربي بلحاج، الحماية القانونية للجنة الأدمية...، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> - راجع القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر.ج. عدد 35، لسنة 1990.

العربي بلحاج، الحماية القانونية للجنة الأدمية...، مرجع سابق، ص ص 49 - 50.

أخلاقيات الطبية)، مازال القانون الطبي الجزائري يلتزم الصمت حول تحديد لحظة الوفاة، ولم يتطرق لمفهوم الوفاة في القانون رقم 90-17 ولا في مدونة الأخلاقيات الطبية، كما نصت المادة 3/362 على أنه: « يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنتزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى... ».

يفهم من خلال هذه المادة أنه يجب الإطلاع على سجل الخاص بالرفض في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين<sup>(1)</sup>.

كما أن المشرع الجزائري لم يبين في المادتين 362 من القانون السالف الذكر، ما هو المعيار الشرعي الواجب إتباعه من قبل اللجنة الطبية للتحقق من الوفاة الشرعية، مما يعني أن المسألة أو الأمر موكولة لهؤلاء الأطباء (طبيبان من اللجنة إلى طبيب شرعي)، ليحددوا وفاة الشخص حسب ما يرونه، ومن ثم تشخيص وفاة المريض<sup>(2)</sup>.

وهذا الاتجاه غير صائب، لأن المشرع لم يوضح القواعد الواجب إتباعها من قبل الأطباء لإعلان الوفاة الشرعية، ولم يبين الأسباب العلمية في التثبيت من الوفاة، وهذا الوضع سوف يؤدي لا محالة إلى كثير من التناقض، وبالتالي إلى تضارب الأحكام القضائية بسبب اختلاف المقاييس العلمية الطبية أو المعيار المتبني، في ظل الفراغ التشريعي<sup>(3)</sup>.

بخصوص هذه المسألة، فإن المرسوم الوزاري في 2002/11/19، الذي حدد شروط نقل الأعضاء من جثث الموتى لزرعها لدى الأشخاص المرضى الأحياء المحتاجين، جاء مجرد مواد قانونية متفرقة، ولم يحدد لحظة الوفاة القانونية الحقيقية التي يسمح بعد إعلانها بالتدخل الجراحي لنقل الأعضاء من جثة الميت، كما أنه لم يوضح الضمانات الشرعية لنقل

<sup>1</sup> - وهي اللجنة الطبية التي تتشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي للإشراف على نقل أو زرع الأعضاء البشرية وهي التي تأذن بإجراء العملية وفقا للمادة 3/362.

<sup>2</sup> - مما يجعل تطبيق المعيار التقليدي لمفهوم الوفاة أمر لا بد منه في ظل الفراغ التشريعي، رغم أنه هذا المعيار هجرة الطب الحديث، نقلا عن نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 345.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، الحماية القانونية للجنة الأدمية...، مرجع سابق، ص ص 205 - 206.

الأعضاء من الأموات إلى الأحياء (Les garanties)، وكذا المسؤولية الطبية في حالة العجلة من بعض الأطباء أو حالات التلاعب بأعضاء الميت.

ومن ثم فإنه ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا القصور التشريعي، بنصوص قانونية واضحة، تعالج موضوع نقل الأعضاء من الميت إلى الحي بمواد قانونية مرتبة ترتيباً قانونياً وعلمياً ومنطقياً، بعيداً عن كل تسرع أو ارتجالية.

يحق لنا كما ذكر بعض الفقه الجزائري، طرح السؤال الهام هل يمكن الحديث عن نقل وزراعة الأعضاء من جثث الموتى في ظل غياب معيار الوفاة الشرعية؟ بمعنى آخر في ظل عدم وجود ما يفيد كيفية تحديد لحظة الوفاة؟<sup>(1)</sup>.

على هذا الأساس، فإننا نرى ضرورة إجراء التعديلات اللازمة، والتي منها أن يوضح المشرع الجزائري معيار تحديد لحظة الوفاة (أي تحديد المقصود بالموت)، التي يسمح بعد إعلانها إجراء العملية الجراحية لنقل الأعضاء البشرية من جثة الميت وزراعتها في جسد إنسان آخر، وهو أمر مهم لتحديد الضوابط القانونية التي تضمن عدم تعرض الطبيب للمساءلة المدنية والجنائية (لأن تصرف الطبيب قد يعد جنائية قتل عمد).

### ثانياً - إشكالية تحديد لحظة الوفاة

لم يعد الخلاف مقتصرًا على مسألة بداية الحياة عند الإنسان، بل أصبح الخلاف ظاهراً حول نهاية هذه الحياة، فالقوانين في هذا الشأن لم تتخذ معياراً واضحاً يسهل اللجوء إليه، وذلك راجع إلى صعوبة تحديد حقيقة الموت<sup>(2)</sup>.

لذا يعتبر تحديد لحظة الوفاة أهم شرط يجب توفره من أجل استئصال عضو من الجثة، لأنها تعد الحد الفاصل بين الحياة والموت، وبالتالي تحديد الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب من حيث تحرير شهادة الوفاة، فالموت لا تعد بحد ذاتها ظاهرة بيولوجية فقط، بل لها جوانب قانونية ترتبط بها العديد من المسائل القانونية كالإرث، أو توافر أركان جريمة القتل حيث يشترط القانون أن يكون محل الجريمة إنساناً حياً<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة القضائية، 2000، العدد 2، ص 52.

<sup>2</sup> - رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، ماجستير في القانون، عمان، 2006، ص 98.

<sup>3</sup> - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 295.

إضافة إلى أن الوفاة تشكل نقطة الانطلاق من أجل استئصال الأعضاء من الجثة، قصد زرعها في جسم مريض بحاجة إليها، مما أثار مسألة بالغة الأهمية لأنها توضح الحد الفاصل بين الحياة والموت، وبين التعامل مع إنسان حي والتعامل مع الجثة<sup>(1)</sup>، لهذا اهتم الفقه بهذه المسألة وإن تباينت آرائهم حول تحديد لحظة الوفاة حسب المعيار التقليدي، ثم مراعاة المعيار الحديث، والشرعي ثم موقف المشرع الجزائري منه.

### 1 - تحديد لحظة الوفاة حسب المعيار التقليدي (توقف القلب والرئتين عن العمل)

تعددت تسميات هذا المعيار فهناك من يسميه **الموت الظاهري**، وهناك من يسميه **الموت الإكلينيكي**، وهناك من يسميه **موت القلب**، فيعتمد في تحديد لحظة الوفاة نتيجة توقف القلب والرئتان عن العمل، إذ يحدث ما يسمى بالموت الإكلينيكي فتتحقق الوفاة باعتبارها حادث فجائي يؤثر على جميع أجزاء الجسم في أن واحد، إذ يعد الإنسان ميتاً حال توقف الدورة الدموية والجهاز التنفسي عن العمل تتوقف معها العمليات الحيوية<sup>(2)</sup>.

فلا يجوز للطبيب الجراح استئصال أي عضو من جسم شخص قبل التوقف النهائي للقلب عن العمل وموت خلاياه وتوقف التنفس<sup>(3)</sup> ويمكن التأكد من توقف القلب بحبس الشرايين الرئيسية، أو بعدم سماع النبض، أما الجهاز التنفسي يمكن الاستدلال على توقف وظائفه من خلال ملاحظة حركة الصدر وعدم سماع صوت التنفس من خلال السماع الطبية، أو من خلال وضع مرآة أمام الأنف أو الفم، فإذا لم يستو من البخار وجه المرأة يمكن عندها استنتاج انقطاع التنفس<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - عبد النور سايب، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 150.

<sup>2</sup> - معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 388.

ليلي بعاش، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 02، المجلد الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 210.

تدريست كريمة، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 368.

<sup>3</sup> - شهرزاد عمرون، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 159.

<sup>4</sup> - إبراهيم يوسف هرموسي، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2002، ص 57.

من الوسائل التقليدية التي يستعان بها للتنبيت من حدوث الوفاة والتي أشار إليها قرار وزير الصحة الفرنسي الصادر في 03 نوفمبر 1948، أن هناك طريقة الوخز الوريدي (L'atériotomie) وطريقة إيكارد (La méthode d'Icard) وعلامة الأثير (Signe de l'ether) حيث تركز جميع هذه الوسائل على توقف الدورة الدموية داخل جسم الإنسان<sup>(1)</sup> والوفاة طبقا لهذا المعيار، حدث مفاجئ يؤثر على أعضاء الجسم في آن واحد، إلا أنه ليس للطبيب وقف الأجهزة والشروع في عملية الاستئصال قبل التأكد التام من تحقق الوفاة<sup>(2)</sup>.

أصبح هذا المعيار غير كاف لتحديد لحظة الوفاة، في الحالات التي يكون فيها الإنسان بين الموت والحياة، فقد يحدث أن يظل القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما تكون خلايا المخ قد ماتت لأي سبب من الأسباب، وهنا يدخل الشخص في حالة غيبوبة كبرى، أي التوقف النهائي لوظائف 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 والرئة، وعلى هذا الأساس فمعيار توقف القلب عن النبض، وتوقف الجهاز التنفسي عن العمل ليس معيارا حاسما للقول بوفاة الشخص من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء المنفردة كالقلب والكبد، لأن هذا النوع من الأعضاء يتطلب سرعة استئصال هذه الأعضاء للمحافظة على قيمتها البيولوجية، فمن الناحية القانونية استئصال قلب شخص حي، لأن ذلك يكون جريمة قتل عمد، وعليه لا بد من تحديد الوفاة أولا حتى يمكن استئصال القلب، كما أنه لا توجد بالنسبة للقلب أجهزة تستطيع أن تؤدي وظائفه مؤقتا إذا لم يتم الاستئصال بسرعة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 51.

انظر أيضا فضيلة إسمي فاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل...، مرجع سابق، ص 130.

عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 151.

<sup>2</sup> - مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 314 - 315.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، الحماية القانونية للجنة الأدمية...، ص 191.

محمود محمد عوض سلامة، رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء، من الناحيتين الدينية والطبية، مجلة الأمن والقانون، 24 ديسمبر 2019، ص 29.

تدريست كريمة، مرجع سابق، ص 369. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 390.

وعلمنا أن جسم الإنسان لا يموت في لحظة واحدة بل يموت على فترات، فوفاة الأعضاء تتابع، فهناك الموت الإكلينيكي، وهناك موت الخلايا والأنسجة وهو يحدث بعد عدة ساعات من الموت الإكلينيكي، من هنا كانت الحاجة ماسة إلى معيار جديد لتحديد لحظة الوفاة، يضمن احترام الحياة الإنسانية، ويحفظ في الوقت نفسه القيمة التشريحية للعضو المراد استئصاله<sup>(1)</sup>.

## 2 - تحديد لحظة الوفاة حسب المعيار الحديث (موت جذع المخ)

اتجهت الدراسات الحديثة إلى التركيز على الجهاز العصبي المركزي، والذي يحتوي على المراكز الأساسية المحركة والمنظمة لوظائف أعضاء الجسم، سواء الداخلية أو الخارجية وأسفرت هذه الدراسات على أن المخ هو الجهاز الذي يقود كل العمليات داخل جسم الإنسان، ومن ثم فإن موت خلايا المخ أو إصابتها بإصابات جسيمة يجعل الشخص في حكم الميت<sup>(2)</sup>.

يعتبر هذا المعيار أن الشخص ميتا متى ماتت خلايا مخه، حتى ولو ظلت خلايا قلبه حية فمتى ماتت خلايا الدماغ<sup>(3)</sup> بصورة نهائية، فإنه يستحيل عودتها إلى الحياة، وبالتالي يستحيل عودة الإنسان إلى وعيه وإلى حياته الطبيعية.

يتم التحقق من موت خلايا المخ عن طريق جهاز الرسم الكهربائي للمخ، فمتى توقف ذلك الجهاز عن إعطاء إشارات فإن ذلك يعني وفاة خلايا المخ واستحالة عودتها للحياة، وبالتالي القول بوفاة الشخص نفسه، حتى ولو كان قلبه ينبض لأن الخلايا يستحيل عودتها

<sup>1</sup> - Ahmed Charaf eddine, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse, Paris, 1975, n° 716, p 533.

<sup>2</sup> - عبد النور سايب، مرجع سابق، ص 153.

<sup>3</sup> - يتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء المخ الذي هو أكبر جزء في الدماغ، يحتوي على قشرة وعلى الحس والحركة الإرادية والذاكرة والوعي والمراكز المسؤولة عن طباع الإنسان وشخصيته، المخيخ الذي هو الجزء الخلفي من الدماغ وهو مركز التوازن الجسمي، جذع الدماغ الذي هو جزء من الجهاز العصبي المركزي يوصل بين المخ الموجود داخل تجويف الجمجمة والحبل الشوكي الموجود داخل القناة العصبية بالعمود الفقري، وتوجد بجذع المخ المراكز التي تتحكم في الوظائف الحيوية لجسم الإنسان من نبض وتنفس وخلافة ويعتبر تشريحيا جزء من أجزاء الجسم، أنظر محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 62 - 63.

إفتكار مهيبوب ديوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 389.

للحياة متى ماتت، أما القلب فيمكن أن يعود للعمل متى توقف وكذلك الرئتان، وهذا بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي<sup>(1)</sup>.

لا يملك المشرع الجزائري في هذا المجال سوى اختصاص إصدار التوصيات والآراء، فمعيار تحديد لحظة الوفاة تبقى من اختصاص الوزير المكلف بالصحة العمومية، وهذه المعايير أصبحت محددة في القرار الوزاري رقم 34 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 الذي نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة، وطبقا للمادة الثانية من هذا القرار فإن المعايير في هذه الحالة تتوافر على شرطين أساسيين

**أولهما:** ملاحظة الإشارات أو العلامات الأساسية وتتمثل في:

أ- الانعدام التام للوعي.

ب- انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس.

ج- انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي.

**ثانيهما:** هو استمرار هذه الإشارات أو العلامات خلال فترة كافية، فتتمثل لحظة وفاة المخ هي اللحظة الفاصلة بين الحياة والموت، فطالما أن المخ لم يمت، فنحن بصدد شخص حي يجب على الطبيب أن يعمل كل جهده لإنقاذ حياته، أما منذ لحظة وفاة مخه فيعتبر الشخص ميتا، ونكون بصدد جثة واجبة الاحترام، مع إمكانية استئصال أعضاء منها لإجراء عملية زرع الأعضاء<sup>(2)</sup>.

يتضح مما سبق، أن المشرع الجزائري اعتبر مسألة تحديد الوفاة أنها مسألة طبية<sup>(3)</sup>، لأنه لم يتطرق ولم يضع أي نص تشريعي يعرف الموت سواء في قانون الصحة الجديد أو حتى في قانون الحالة المدنية<sup>(4)</sup>، بل اكتفى بإحالة المسألة إلى القرارات الصادرة من الوزير المكلف بالصحة العمومية وهذه القرارات تضع فقط بعض الأسس والقواعد الاسترشادية دون التطرق لمختلف التفاصيل المهمة خاصة الفنية منها<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية، الأردن، 2004، ص 116.

<sup>2</sup> - عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 350.

<sup>3</sup> - كريمة تدريست، مرجع سابق، ص 376.

<sup>4</sup> - أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج. عدد 21، صادر بتاريخ 27/02/1970،

معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09/08/2014 والمعدل بالقانون رقم 17-13 المؤرخ في 10/02/2017.

<sup>5</sup> - عبد النور سايب، الممارسات الطبية...، مرجع سابق، ص 163.

وبناءً على هذا فالشخص منذ لحظة وفاة مخه يعتبر ميتاً، حتى ولو احتفظ قلبه ورتتاه بعملهما ونشاطهما، وهذا الشخص يعتبر مصدراً ممتازاً لعمليات نقل الأعضاء البشرية، لأن الأعضاء المراد استئصالها مازالت حية من الناحية البيولوجية، بينما يعتبر الشخص نفسه ميتاً من الناحية القانونية<sup>(1)</sup>، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، ما مدى صلاحية معيار رسم المخ الكهربائي كأساس للتحقق من حدوث الوفاة؟ لقد أمكن التوصل إلى تصميم جهاز يطلق عليه اسم الرسام الكهربائي للمخ *électroencéphalogramme* والذي يتم توصيله بمخ الإنسان ويقوم برصد النشاط الكهربائي الصادر عن حركة الخلايا العصبية في صورة ذبذبات كهربائية، فإذا ما انعدمت هذه الذبذبات، وانعكس ذلك على هيئة خطوط مستقيمة فهذا يعني توقف المخ عن أداء وظائفه، ولكن جهاز الرسام الكهربائي لا يصلح بمفرده كمعيار للتحقق من حدوث الوفاة<sup>(2)</sup> وذلك لسببين

- أن هذا الجهاز لا يعكس من نشاط المخ إلا النشاط القريب للمراكز العصبية العميقة والتي من المحتمل أن تكون حية.

<sup>1</sup> - ولهذا يمكن إجراء عمليات نقل القلب لأنه يعتبر منزوعاً من شخص ميت، فحياة القلب لا تمنع من وفاة الشخص، لأن عمليات نقل القلب لا يمكن إجراؤها إلا منذ اللحظة التي يموت فيها المخ وقبل وفاة القلب، تعد هذه اللحظات هي التي تسمح طبياً بإجراء هذه العمليات، ولهذا فإن هذا النوع من العمليات يحتاج إلى أكثر من فريق طبي على درجة عالية من الكفاءة المهنية، غير أنه لا يجوز قانوناً استئصال أي عضو من الشخص إلا بعد إعلان وفاته رسمياً، لأن أي شخص وإن كان قد ثبتت وفاته من الناحية الطبية وذلك بموت خلايا مخه، إلا أن هذا لا يمنع من اعتباره حياً في نظر القانون، طالما لم تتخذ الإجراءات الرسمية لإعلان وفاته، ذلك أن الإمكانات الطبية والبيولوجية الحديثة قد كشفت عن طائفة ثالثة من الأشخاص هم في حالة ما بين الحياة والموت (أي وجود الشخص في حالة غيبوبة نهائية)، فالشخص في المعنى الكيميائي الحيوي إلا بعد ساعتين أو ثلاث ساعات، وقد يعيش الكبد نصف ساعة، وقد تظل الكلى حية من أربعة إلى خمس ساعات، هذه الوضعية إن كان يعتبر ميتاً في نظر الطب إلا أنه مازال حياً في نظر القانون، طالما لم يتم إعلان وفاته بعد، ويقرر الدكتور برنارد أنه إذا ما أصاب المخ عطب كبير غير قابل للإصلاح وإلى الحد الذي يعجز المريض عن استعادة التنفس أو الوعي، فإن المريض يكون قد مات، ومضى أصيب شخص في رأسه فإن المخ قد يموت وتكون الأعضاء الأخرى سليمة وحية فالقلب لا يموت ومن ثم يجب أن يتمتع هذا الشخص حتى إعلان وفاته بكافة الحقوق للصيقة بالشخصية، ومنها حقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه. نقلاً عن **مروك نصر الدين**، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 320.

<sup>2</sup> - **Le P.Grosnier** a déclaré : A mon avis l'électro-encyphalogramme ne suffit surement pas a lui seul comme test-mort. Dans le cerveau l'électroencéphalogramme reflète essentiellement l'activité circonvolutionnelle , mais il renseigne beaucoup mais l'activité des centres nouveaux profond, op.cit , p 798.

- أن هذا الجهاز لا يصلح بمفرده كمعيار حاسم للوفاة في حالة الأطفال المصابين بغيوبية أو حالات التسمم الجسيمة أو انخفاض درجة حرارة الجسم تحت المعدل الطبيعي لها، لأن هناك العديد من الأمثلة الطبية على استرداد بعض الأشخاص لصحتهم والذين لمدة ظلوا في غيبوبة طويلة، بالرغم من أن جهاز الرسم الكهربائي للمخ لم يعد إشارات<sup>(1)</sup> طويلة ثم يعود فجأة بعد ذلك لإعطاء الإشارات، وذلك اقترح الأطباء ضرورة انتظار بين فترة تتراوح ما بين ثماني ساعات كحد أدنى واثنين وسبعين (72) ساعة كحد أقصى بدء من إعطاء الجهاز خطوطاً مستقيمة وإعلان حالة الوفاة نظراً للأهمية التي تكتسبها تحديد لحظة الوفاة، فقد شاركت الكثير من الهيئات العلمية المتخصصة في وضع معايير للاسترشاد بها في هذا الشأن، ومن ذلك اللجنة الدولية للمنظمة العالمية للصحة<sup>(2)</sup>، والتي أوصت باعتماد المعايير التالية:

- فقدان التام للشعور بأي إحساس.
- انعدام الحركة العضلية اللاشعورية.
- انخفاض الضغط الشرياني من لحظة فصل أجهزة الإنعاش الصناعي.
- عدم إعطاء جهاز رسم المخ لأي إشارة وذلك خلال فترة كافية.

### 3 - تحديد لحظة الوفاة حسب المعيار الشرعي

يرى الفقهاء أن مفارقة الروح للجسد هي السبب الحقيقي لانتهاء حياة الإنسان<sup>(3)</sup>، حيث يستندون في ذلك إلى آيات قرآنية تفسر أن الموت هو خروج الروح من الجسد بواسطة الملائكة، لقوله تعالى: « وَهُوَ الْقَاهِرُ فَوْقَ عِبَادِهِ وَيُرْسِلُ عَلَيْكُمْ حَفَظَةً حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ تَوَفَّتْهُ رُسُلُنَا وَهُمْ لَا يُفَرِّطُونَ »<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - لقد أشار أحد الأطباء إلى حالة شخص في الخامسة عشر من العمر أصيب في حادثه، وظل في غيبوبة مدة أسبوعين وكان يمكن اعتبار ميتاً طبقاً للمعيار السابق، ولكنه بمتابعة إعطائه بعض العقاقير والإبقاء على التنفس الصناعي استطاع أن يسترد صحته، ولهذا اقترح ضرورة الاعتداد بمعيار هام وهو درجة ما يستهلكه المخ من الأكسجين، مشار إليه في مؤلف الدكتور حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 1965، جامعة عين الشمس، القاهرة، ص 60.

<sup>2</sup> - Seteimle, Définition de la mort, revue des droit de l'homme, 1974, p 385.

<sup>3</sup> - علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 81.

<sup>4</sup> - سورة الأنعام، الآية 61.

ويستندون أيضا إلى قوله تعالى: « قُلْ يَتَوَفَّاكُم مَّلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ »<sup>(1)</sup>.

ويقول سبحانه وتعالى: « وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ فِي غَمَرَاتِ الْمَوْتِ وَالْمَلَائِكَةُ بَاسِطُو أَيْدِيهِمْ أَخْرِجُوا أَنفُسَكُم... »<sup>(2)</sup>.

نجد من خلال هذه الآيات إشارة واضحة تدل إلى أن النفس هي الروح التي يقترن خروجها بالموت<sup>(3)</sup>، فالحياة تنتهي في اللحظة التي تخرج فيها الروح، كما بينت السنة النبوية كيفية قبض الملائكة لروح المؤمن وروح الكافر، كما بين الرسول صلى الله عليه وسلم أن الروح تعاد إلى جسم الميت في قبره<sup>(4)</sup>.

نشطت الدول الإسلامية للبحث عن تحديد لحظة الوفاة، فانعقدت في الكويت ندوة عن بداية الحياة ونهايتها، تحت إشراف منظمة المؤتمر الإسلامي للعلوم الطبية، وتطرق لموت الدماغ وذلك بتاريخ 15 جانفي عام 1985، ولم تسفر هذه الندوة عن توصيات<sup>(5)</sup>، بعد ذلك انعقدت في السنة نفسها الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة لبحث عن الموضوع ذاته، زد إلى ذلك عقد مؤتمر لدراسة الرعاية الصحية وموت الدماغ بالأردن بتاريخ 24 إلى 27 ديسمبر 1985، لإصدار توصيات عن موضوع موت الدماغ<sup>(6)</sup>.

كما تقرر في الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة للفترة من 6 إلى 11 فيفري 1988، بشأن معيار الموت في حالتين هما:

الحالة الأولى هو موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا نهائيا لا رجعة فيه.

الحالة الثانية توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه<sup>(7)</sup>.

وعليه نرجح من جانبنا أن المعيار الشرعي، يشمل المعيارين معا لأنه يجنب المساوئ والانتقادات الموجهة لكل معيار على حدة، فيضمن عدم استئصال أي عضو من شخص

1 - سورة السجدة، الآية 11.

2 - سورة الأنعام، الآية 93.

3 - منذر الفضل، التصرف...، مرجع سابق، ص ص 149 و 150.

4 - سعيد بويصري، نظريات...، مرجع سابق، ص ص 398 - 399.

5 - فضيلة إسمي فأوة، الإطار القانوني...، مرجع سابق، ص 136.

6 - صاحب عبد الفتلاوي، التشريعات...، مرجع سابق، ص 150.

7 - علي محمد بيومي، أضواء على نقل...، مرجع سابق، ص 88.

قبل وفاته من جهة أخرى، الأموات مما يضمن عدم مساءلة الطبيب مدنيا وجنائيا. لذلك ينبغي على المشرع الجزائري تدارك هذا القصور التشريعي بنصوص قانونية واضحة تعالج موضوع نقل الأعضاء من الميت إلى الحي، بمواد قانونية مرتبة ترتيبا قانونيا وعلميا ومنطقيا بعيدا عن كل تسرع أو احتيالية، وبالتالي وضع معيار لتحديد لحظة الوفاة التي تسمح بعد إعلانها إجراء عملية نقل الأعضاء البشرية من جثث الأموات.

#### 4 - أهمية اعتبار لحظة الوفاة مسألة قانونية أو طبية

في هذا الخصوص ترجع أهمية لاعتبار تحديد لحظة الوفاة إلى الخلاف الموجود بين رجال القانون والأطباء، أن الأولى مسألة قانونية يجب أن يترك أمرها للمشرع، بينما الأطباء يعتبرون تحديد تلك اللحظة ترجع حق من حقوقهم وسبب ذلك أن الوفاة جوهره عملا طبيا يقرره الأطباء وفقا للوسائل الفنية المتبعة<sup>(1)</sup>، وسأوضح ذلك على النحو التالي:

#### أ - تحديد الوفاة مسألة قانونية

لم يهتم المشرع الجزائري في تحديد لحظة الوفاة، كونها واقعة قانونية يلزم القانون على الحالة المدنية بالإبلاغ عنها في مدة لا تتجاوز 24 ساعة، وهذا ما تأكده المادة 26 من ق.م على أنه: **« تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة وإن لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية ».**

ويؤكد أيضا نص المادة 27 من ق.م على أنه:

**« مسك دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها القانون الخاص بالحالة المدنية ».**

لذلك حدد أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية<sup>(2)</sup>، معدل ومتمم في المادة 1/79 و2 منه على وجوب تبليغ الوفاة بناء على تصريح من أحد الأقارب

<sup>1</sup> - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، مرجع سابق، ص 48.

انظر أيضا خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص ص 369 - 372.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/79 و2 من الأمر رقم 70-20 على أنه:

**« يحرر 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 الأكمل بقدر الإمكان. يجب أن يتم التصريح بالوفاة في أجل أربع وعشرين (24) ساعة، ابتداء من وقت الوفاة ».**

المتوفيين أو أحد الأشخاص الذين وقعت الوفاة عنده، في مدة لا تتجاوز 24 ساعة، ويختص ضابط الحالة المدنية التابع للبلدية التي وقع فيها الوفاة بتلقي التصريح بالوفاة، وتسجيلها وقيدها في السجل الخاص بالوفيات، وعليه تحرر شهادة الوفاة بدون أن يكون ملزماً بالتحقيق من صحتها، وفي حالة حدوث وفاة في المستشفى يستلزم إخطار ضابط الحالة المدنية خلال 24 ساعة من وقوعه من أجل تنقله وتحرير لشهادة الوفاة، فالتصريح بالدفن لا يمكن أن يسلم من الضابط الحالة المدنية إلا بهدف الحصول على شهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتحقق من الوفاة حسب نص المادة 78 من ق.ح.م.

نص المشرع الجزائري من أجل نزاهة وضمان عملية نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى وزرعها لدى الأحياء عدم استغلال الأشخاص والاعتداء عليهم، ضرورة أن لا يكون الطبيب الذي عاين الوفاة من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع وهذا ما نصت عليه المادة 2/363 من قانون رقم 18-11 على أنه:

« يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم

بالزرع ».

بناءً على ما تقدم، يتبين أن المشرع الجزائري ترك مسألة تحديد الوفاة للأطباء المختصين على أساس تحديد لحظة الوفاة التي ترجع إلى موت المخ، حتى ولو لم ينص صراحة عليه في قانون الصحة، وهذا لصعوبة تشخيص موت المخ الذي يتطلب وسائل تقنية وطبية عالية من أجل التأكد من حالة الموت، ومع كثرة الشكوك التي أثارها الأطباء في مدى صحة هذا المعيار وفعاليته كوسيلة للتحقق من الوفاة.

#### ب - الوفاة مسألة طبية

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية بحتة لا علاقة بالقانون بها<sup>(1)</sup>، وهو كذلك موقف المشرع الجزائري الذي اعتبر مسألة تحديد لحظة الوفاة بالرجوع لنص المادة 1/146 من قانون الصحة رقم 90-17 أنها مسألة طبية، فترك الأمر لوزير الصحة ليتكفل بتحديد معايير علمية تعتمد في تحديد لحظة الوفاة، فصدر عن وزير الصحة القرار رقم 39-1989 المؤرخ في 26/03/1989 والذي حدد المعايير الطبية الواجب على

<sup>1</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 183، سميرة عايد ديات، مرجع سابق، ص 261، مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 324.

الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة، قصد نقل الأنسجة والأعضاء من أجل زرعها، والذي نص على أن الموت المعتمد به في مجال زرع الأعضاء هو موت المخ.

كما حدد في المادة 01 منه المعاملات الواجب توافرها للقول بموت الشخص وحدد في المادة 02 منه عن عدد الأطباء الذين يجب أن يعاينوا الوفاة، إلا أنه ونظرًا لقلّة الوسائل الطبية الحديثة التي يتطلبها العمل الطبي الحديث، فقد تم اللجوء بموجب تعديل قانون الصحة إلى إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية، كما كلف لهذا المجلس مهمة تقديم الآراء والاستشارات بخصوص زرع الأعضاء وكل ما يفرضه التطور الطبي، وحماية أرواح الناس وسلامتهم البدنية وكرامتهم الآدمية.

ثم صدر عن وزير الصحة في 2002/11/19 القرار الوزاري الذي حدد معايير جديدة لإثبات الوفاة، تتمثل في الانعدام التام للوعي، وغياب نشاط عضوي دماغي، والتأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار العين، والتأكد من موت خلايا المخ من خلال استخدام رسم المخ الكهربائي مرتين، وقد اعتبرت هذه المعايير أكثر مراعاة للمجتمع الجزائري<sup>(1)</sup>.

يتضح أن المشرع الجزائري قد سائر الاتجاه الذي يرى أن مسألة تحديد الوفاة مسألة طبية، كما أنه لا يمكن للطبيب الذي عاين الوفاة أو أثبتها أن يكون من بين الفريق الطبي الذي يقوم بعملية الزرع، طبقا لنص المادة 2/363 من قانون الصحة الجديد<sup>(2)</sup>.

يرى الدكتور العربي بلحاج، أن هذا الاتجاه غير صائب لأن المشرع لم يوضح القواعد الواجب إتباعها من قبل الأطباء لإعلان الوفاة الشرعية، ولم يبين الأسباب العلمية في التثبيت من الوفاة وهذا الوضع سوف يؤدي لا محالة إلى كثير من التناقض، وبالتالي إلى تضارب الأحكام القضائية بسبب اختلاف المقاييس العلمية الطبية، أو المعيار المتبني في ظل الفراغ التشريعي.

<sup>1</sup> - تقابلها المادة 1232-4 من قانون الصحة الفرنسي رقم 2004-800 بتاريخ 2004/08/06 التي تنص على أنه: « يجب أن يعمل الأطباء الذين يصدرون إقرار الوفاة من جهة والذين يقومون بعملية أخذ الأعضاء أو زراعتها من جهة أخرى في وحدات وظيفية أو أقسام مختلفة ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 2/363 ق. ص على أنه:

« يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع ».

## الفرع الثاني

## مرحلتى الإنعاش الصناعي ودرجات الغيبوبة

نظرا لتقدم العلوم البيولوجية، وتطور المكتشفات الطبية الحديثة ظهرت وسيلة فنية جديدة في مجال الطب والجراحة، تتمثل في الإنعاش الصناعي، والذي يستهدف إلى حفظ حياة المريض الذي توقف قلبه عن العمل وذلك عن طريق أجهزة ووسائل صناعية تعيد للقلب والجهاز التنفسي نشاط عمليا، بحيث يؤدي ذلك في بعض الحالات إلى استرداد الإنسان وعيه كاملا<sup>(1)</sup>.

فالغرض من استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي هو إطالة حياة المريض، ويصعب في الواقع وضع تعريف جامع للإنعاش الصناعي، نظرا لتطوره المستمر الذي هو في مجمله عبارة عن مجموعة من الأساليب العلاجية المخصصة لحالات مرضية جسيمة وخطيرة، والتي لو تركت وشأنها لأفضت في فترة زمنية متناهية القصر إلى وفاة المريض، أو التسبب في إصابة عضوية غير قابلة للشفاء<sup>(2)</sup>.

ولكن الصعوبة تثور عندما يموت المريض موتا حقيقيا بموت خلايا مخه، بحيث تنتهي حياته الإنسانية رغم تمتعه بحياة عضوية بفضل استخدام أجهزة الإنعاش الصناعي، فهل يجوز للطبيب المختص بالإنعاش إنهاء هذه الحياة العضوية الصناعية بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي؟ فهذا التساؤل سنحاول الإجابة عنه في تعريف الإنعاش الصناعي (أولا)، ثم عن درجات الغيبوبة التي تلحق المريض (ثانيا)، وما موقف القانون الطبي الجزائري منه (ثالثا).

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، الحماية القانونية...، مرجع سابق، ص 210.

<sup>2</sup> - وعلى هذا الأساس يثير الإنعاش الصناعي بدوره أيضا الكثير من المشاكل المرتبطة بنواحي عديدة، فهو يبرز من الناحية الطبية الحالة الثالثة للإنسان، أي الحالة الفاصلة بين الحياة والوفاة، وما يرتبط بها من حالات فقد الشعور أو الغيبوبة وأسبابها ودرجاتها، ومدى جواز استخدام هذه الأجهزة من وجهة نظر القانون الجنائي، خاصة إذا ما علمنا أنه لا صعوبة في أن الطبيب يسأل جنائيا عن جريمة القتل العمد، إذا قام بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض توقف قلبه وجهازه التنفسي عن العمل وقبل حدوث موت المخ فالمريض هنا يعتبر حيا من الناحية الطبية والقانونية. انظر نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 325.

## أولاً - تعريف الإنعاش الصناعي

يعرف الإنعاش الصناعي بأنه: « مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما، قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضاً لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل »<sup>(1)</sup>.

وتعتبر علاقة الإنعاش الصناعي بالغيوبية علاقة وثيقة وملتصبة ببعضها البعض، وكلاهما يؤثر مشكلات طبية وقانونية مرتبطة بحالة الشخص، خاصة الحالة الفاصلة بين الحياة والموت، فيزعم الأطباء أن الإنعاش الصناعي هو مشكلة لا يتعرض لها غيرهم، وقد أطلقوا عليه عدة تسميات منها الإنعاش الصناعي، العناية المركزة، العناية المكثفة، أو الحفاظ على الحياة بوسائل صناعية، ويتم العمل بوسائل الإنعاش في غرف العناية المركزة بالمستشفيات.

ومن أمثلة الأمراض التي تعالج بكثرة بواسطة أجهزة الإنعاش الصناعي في الجزائر وغيرها من الدول هي حوادث السيارات التي ينتج عنها كسور بالجسم وأهمها كسور القفص الصدري.

فهذه الحالات إذا ترك فيها المريض يتنفس بدون مساعدة صناعية فإنه عاجلاً أو آجلاً سيتعرض لهبوط أو فشل الجهاز التنفسي، مما يؤدي إلى حدوث مضاعفات خطيرة تنتهي بالوفاة، حالة شلل الأطفال، حالات تسمم بالمخدرات والمنومات والمهدئات، حالات مرض التيتانوس، حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابات الرأس... الخ، كما أن هناك أمثلة أخرى تعالج في مراكز العناية المركزة منها

- حالات الفشل الكلوي، وتعالج بالكلية الصناعية.

- حالات بطء أو عدم انتظام ضربات القلب، وهي تعالج بواسطة جهاز والتي يستعان

فيها بوسائل صناعية لحفظ الحياة بصورة مؤقتة

<sup>1</sup> - أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص 122.

- عمليات جراحة القلب المفتوح، أي عمليات جراحة داخل القلب نفسه، وتشمل أنواعا كثيرة من الجراحة أهمها عمليات تغيير صمامات القلب التالفة، بصمات أخرى مصنوعة من مواد الصناعية، فيستعان لإتمام هذه العمليات بنجاح بأجهزة الرئة والقلب الصناعية، وهي أجهزة تقوم بوظيفة القلب والرئتين خلال فترة توقف القلب، وذلك حتى تتم العملية الجراحية الدقيقة ويعود بعدها قلب المريض إلى الخفقان، وأيضا تعود للمريض حياته العادية<sup>(1)</sup>.

وهناك عدة أمثلة لأنواع الأمراض التي تعالج عن طريق الإنعاش الصناعي، ولقد أمكن في السنوات الأخيرة التوصل إلى إيجاد وسائل صناعية تقوم بمختلف وظائف الجسم الهامة مثل الرئة، القلب، والكلى، ولكن لم يتم التوصل حتى الآن إلى إيجاد جهاز صناعي يحل محل المخ، ومن ثم بقيت هذه الناحية دون وضوح وعليه اعتبرت الإصابات التي تصيب الشخص في رأسه غيبوبة، وهو ما سنتعرض له.

### ثانيا - درجات الغيبوبة

الغيبوبة هي: « **عبارة عن فقدان الوعي والشعور والإحساس الخارجي** » ولها أسباب عديدة منها الإصابات المخية، حدوث نزيف، تصلب شرايين المخ أو الالتهابات السحائية المخية، وقد تحدث الغيبوبة أيضا نتيجة التسمم أو على إثر الإصابات ببعض الأمراض العصبية المتأخرة، وقد يكون مردها إلى أورام أو تشوهات أو طفيليات مخية، كذلك فإن توقف القلب من شأنه أن يفضي إلى غيبوبة، كما أنها ليست على درجة واحدة بل تمر بمراحل ثلاث حسب درجاتها وهذه المراحل هي<sup>(2)</sup>

### 1 - الغيبوبة المؤقتة Coma temporaire

تحدث هذه الغيبوبة أحيانا إثر الدهشة أو الذهول الشديدين، ويصعب تعقب تطور مراحلها، وأهم مظاهرها عدم الاستجابة العضوية Non réponse organique والتي يمكن علاجها تحت تأثير المؤثرات الشديدة والمتكررة، وباختصار فهي عبارة عن تعطل مؤقت لوظائف المخ وسرعان ما يسترد المصاب وعيه مرة ثانية، ويمارس نشاطه العادي.

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 331.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 336.

## 2 - الغيبوبة العميقة Coma dépassé

يكون المصاب في هذه الغيبوبة فاقد الإحساس والشعور ومجرد من الحركة والمنعكسات، ولكنه يظل مع ذلك محتفظا بحياة عضوية ممثلة في الإبقاء على درجة حرارة الجسم والتنفس والدورة الدموية، بل ويمكن لجهاز رسم المخ أن يسجل نبذبات معلنا عن وجود حياة مخية، وهذه الحالة ليست من قبيل الوفاة ولذا لا يجوز ممارسة عملية استئصال أي عضو فيها.

## 3 - الغيبوبة المستديمة Coma prolongé

أهم ما يميز هذه الغيبوبة وفاة خلايا المخ عند الشخص والذي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانية، والمخ هو الجهاز الذي يسيطر على المراكز العصبية العليا في الإنسان، وبوفاة المخ عند الإنسان يفقد كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية، حتى ولو أمكن الإبقاء على تنفسه ودورته الدموية بأساليب الإنعاش الصناعي، فهذه المظاهر ليست سوى حياة ظاهرية فقط، ويعد الإنسان في هذه الحالة في حكم الميت من الناحيتين الطبية والقانونية، لذا يباح إجراء عمليات استئصال وزرع الأعضاء في هذه الحالة<sup>(1)</sup>.

## ثالثا - موقف القانون الطبي الجزائري

نلاحظ أن القانون الطبي الجزائري، وخاصة في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، لم يوضح صراحة المعيار لتحديد لحظة الوفاة، والتي يسمح من تحقيقها بنقل وزراعة الأعضاء كما أن المواد من 355 إلى 367 الخاصة بعمليات وإجراءات نقل وزرع الأعضاء لم تبين الضمانات القانونية لإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض، كما أن قانون العقوبات الجزائري لم يحتوى على عقوبات خاصة بعدم المشروعية المرتكبة من طرف اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 362 المحددة من الوزير المكلف بالصحة للتحقق من الوفاة، أو بعمليات نقل الأعضاء من الميت إلى الحي.

<sup>1</sup> - وقد ذهب فضيلة الشيخ المرحوم متولي الشعراوي إلى القول لماذا يؤخر المرء لقاءه بربه ولماذا يريد أن يأخذ من غيره ما ليس بحق؟ وما لا يحق لهذا الغير أن يتصرف فيه، فالأفضل أن نترك الأمور لطبيعتها ولقاء الله ليس شرا على كل حال، لكن بالرغم من رأي فضيلته هذا إلا أنه أجاز نقل الدم، نقلا عن فوزي محمد محمود أبو طالب، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2012، ص ص 518-519.

نرى في هذا الخصوص، ضرورة عدم إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض إلا عند التأكد من موت الدماغ، حسب المعايير العلمية الحديثة المعمول بها، ومنذ تحقيق هذه اللحظة يجوز إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، وهذا بعد استشارة اللجنة الطبية، وإشعار أسرة المريض المحتضر على أنه يجب أن ينظر الأطباء بعد نزع الأجهزة المركبة مدة مناسبة للتأكد من توقف قلبه وجهازه التنفسي قبل إعلان الوفاة الشرعية لتسري عليه أحكام الميت<sup>(1)</sup>.

ولا يجوز قانوناً وفقاً لنص المادة 362 من القانون المذكور أعلاه بنقل الأعضاء من الميت إلا بعد تحقق الموت الحقيقي الشرعي، بناءً على موافقته الكتابية (وهو على قيد الحياة) أو موافقة وليه الشرعي أو أحد أفراد أسرته الراشدين، حسب ترتيب الأولوية المنصوص عليه في المادة 362 التي تنص على أنه:

«... تتم إستشارة 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».

إن التسرع في استئصال الأعضاء من مصابي الحوادث، ومرضى الغيبوبة العميقة بأقسام العناية المركزة، وبوحدات الإنعاش والطوارئ، بدعوى الوفاة الدماغية أو الموت الإكلينيكي، ودون التحقق من الوفاة الشرعية الحقيقية تستوجب المسؤولية الطبية المدنية والجنائية والتأديبية، على حسب الأحوال، وفقاً لأحكام المسؤولية الطبية<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### الأساس الشرعي والقانوني لإستئصال الأعضاء من جثث الموتى

تعد عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية من جثث الموتى من الناحية الشرعية والقانونية من مستجدات العصر التي لم تكن معروفة لدى المشرعين ورجال القانون لما تعرفه هذه العمليات الصعبة والمعقدة، بخصوص هذه المسألة محل خلاف بين رجال القانون والشريعة الإسلامية، بسبب المشاكل العديدة ظهرت الجثة كأحسن مصدر للأعضاء، خاصة في

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، "الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42، الرياض، انعقد في ماي 1999، ص ص 54 و 55.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، "الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 52، الرياض، انعقد في نوفمبر 2002، ص ص 7 و 8.

حالة عدم توفر الأعضاء من الأحياء، إذ ثبت علمياً أنه يمكن الاستفادة من أعضاء الجثة أكثر من الاستفادة من أعضاء الحي لأن هناك أعضاء من الحي لازمة للحياة وإذا تم نقلها يؤدي إلى وفاة المتبرع كالقلب وهذا مخالف للقانون، أما إذا تم الاستئصال من الجثة، فلا يؤدي ذلك إلى ضرر ويكون ذلك في الحدود التي نص عليها القانون، لذا لا بد معرفة طرق التأسيس الشرعي لمثل هذه العمليات (الفرع الأول) ثم التأسيس القانوني لها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### التأسيس الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء

كرم الله تعالى الإنسان بحيث امتد عليه مبدأ احترام الإنسانية ليشمل الإنسان حياً وميتاً على حد سواء، ومن أبرز مقاصد الشريعة حفظ النفس بوصفها من الضرورات الخمس، واحترام جثة الميت وعدم جواز المساس بها، وهي من أدق الأمور التي أكدها فقهاء الشريعة الإسلامية انطلاقاً من مبدأ تكريم الميت وحماية جثته (أولاً)، غير أنه صدرت العديد من الفتاوى من مختصين يجيزون استئصال العضو أو جزء منه (ثانياً).

#### أولاً - عدم جواز نقل الأعضاء من جثث الموتى

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بعدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى، ومن بينهم الشيخ محمد متولي الشعراوي<sup>(1)</sup>، وذلك لأن الإسلام عندما شرع التداوي وسمح بالاستعانة بأهل الخبرة منهم الأطباء، فإنه قد ألزمهم بعدم تخطي حدود الوسائل المشروعة إلى الوسائل غير المشروعة، حتى لا ينحرفوا إلى المحظور والمخالفة والاستهانة بما كرمه الله تعالى، لهذا اعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن الأطباء بإجرائهم لمثل هذه العمليات، وحق عليهم قوله تعالى:

« وَالْأَضْلَانَهُمْ وَالْمُنِيِّنَهُمْ وَالْمُرْتَبِّتِينَ أَدَانَ الْأَنْعَامِ وَالْمُرْتَبِّتِينَ فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا »<sup>(2)</sup>.

كما أيد أنصار هذا الرأي إلى أن الأصل هو مبدأ حرمة الجسم، فليس لأي كان أن

<sup>1</sup> - وقد ذهب فضيلة الشيخ المرحوم محمد متولي الشعراوي إلى القول لماذا يؤخر المرء لقائه بربه ولماذا يريد أن يأخذ من غيره ما ليس بحق؟ وما لا يحق لهذا الغير أن يتصرف فيه، فالأفضل أن نترك الأمور لطبيعتها ولقاء الله ليس شراً على كل حال، لكن بالرغم من رأي فضيلته هذا إلا أنه أجاز نقل الدم، نقلاً عن فوزي محمد محمود أبو طالب، مرجع سابق، ص 518 - 519.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 119.

يتصرف في حياته بدون إذن الشرع فحق الله تعالى غالب على حق العبد على جسمه، كما أن جسم الإنسان ملك لله تعالى، فمن لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه، مما يترتب عليه عدم جواز تصرف الإنسان في جسمه أو جزء منه ويحرم بيع جزء منه أو الانتفاع به وهبته. يأبى الشرع أن يعامل الإنسان الذي كرمه الله تعالى معاملة الأموال مصداقا لقوله تعالى: « وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ... »<sup>(1)</sup>، كما أن أي عضو يقطع من جسم إنسان يكون في حكم الميتة يجب أن يغسل ويكفن ويدفن ولا يجوز أن ينقل إلى جسد شخص آخر مصداقا للحديث الشريف عن أبي واقد الليثي رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ما قطع من حي فهو ميتة » أخرجه أبو داود والترمذي وحسنه.

فقد نهى الله تعالى أن نلقي بأنفسنا للتهلكة مصداقا لقوله تعالى: « ... وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ... »<sup>(2)</sup>.

فإقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده هو عرض النفس للتهلكة والذي يعد أمرا مرفوضا<sup>(3)</sup> مصداقا لقوله تعالى: « ... وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٦٥﴾ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا »<sup>(4)</sup>.

فيتضح من خلال هذه الآيات، رأيه المانعون أن الإنسان منهي عن قتل نفسه أو غيره، وقد توعد الله من يفعل ذلك بالخلود في النار، فالله سبحانه وتعالى يعتبر حرمة حياة المسلم أهم وأعظم من الدنيا، كما يعتبر زوال الدنيا أهون ممن قتل شخصا بدون وجه حق، وعليه فلا يحق لأحد التبرع بأعضائه، فهي هببة من الله، فلا يحق التصرف فيها، كما أن بتر العضو قد يفضي إلى موت الإنسان<sup>(5)</sup>، فعمليات نقل الأعضاء تمثل نوع من أنواع التغيير

1 - سورة الإسراء، الآية 70.

2 - سورة البقرة، الآية 195.

3 - انظر كل من محمد مزياني، "مسالك الإستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص 40، أحمد عمراني، مرجع سابق، ص 180، زبيدة إقروفة، مرجع سابق، ص 367، العجدة مواسي، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية...، مرجع سابق، ص 59.

4 - سورة النساء، الآيات 29 - 30.

5 - إن قول جمهور العلماء المعاصرين ومن بينهم عبد السلام العبادي، شيخ محمد عيده هاشم، شيخ محمد أبو سردانه، إبراهيم زيد الكيلاني، شيخ عز الدين الخطيب، كما أيد هذا الرأي أيضا شيخ جاد حق علي جاد، وشيخ يوسف القرضاوي، محمد سيد الطنطاوي، وشيخ علي جمعة، انظر كل من إسماعيل غازي مرحبا، هامش رقم 1، ص 116، ليلي بعناش، مرجع سابق، ص 211.

والتبديل في خلق الله، ونحن منهيون عن إتباع ذلك<sup>(1)</sup>، مصداقا لقوله تعالى: «... وَلَا مَرْتَهُمْ فَيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ...»<sup>(2)</sup>.

### ثانيا - جواز نقل الأعضاء من جثث الموتى

يرى الفقهاء المعاصرين<sup>(3)</sup> على أنه يجوز للإنسان التبرع بعضو من أعضائه لإنقاذ حياة أو صحة المريض بحاجة لذلك العضو سواء في حياته أو مماته، إذ ليس فيه ما يخالف الشرع الإسلامي وقد وافقهم في ذلك العديد من المؤتمرات والفتاوى الصادرة من لجان الفتوى والمجامع الفقهية في مختلف الدول العربية، ومن بينها المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، أيضا مؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا سنة 1969، مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة سنة 1988<sup>(4)</sup> ولجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر بتاريخ 1972/04/20<sup>(5)</sup> أين عبر الشيخ أحمد حماني رحمه الله من العلماء الأوائل اللذين أفتوا في موضوع نقل وزرع الأعضاء، حيث أفتى بجواز التبرع بالأعضاء البشرية

<sup>1</sup> - من بينها أيضا، فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، فتوى لجنة الإفتاء في الأزهر الشريف، عام 1981، قرار المجتمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة في الفترة 27 ربيع الآخر، 7 جمادى الأول 1405هـ الموافق لـ 19، 28 يناير 1985.

- ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية في الكويت سنة 1978.

- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 4/1126 بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا كان أو ميتا، بتاريخ 18 - 23/02/1408هـ الموافق لـ 6 - 11/02/1988م، بجدة بالمملكة العربية السعودية، نقلا عن سعيد بويصري، مرجع سابق، ص ص 405 - 408.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 119.

= انظر أيضا سعيد بويصري، مرجع سابق، ص 408. كمال لدراع، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر، 2012، ص 260.

<sup>3</sup> - نذير حمادوا، "موقف فقيه الجزائر أحمد حماني رحمه الله من زراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر، 2012، ص ص 69 - 70.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 72.

<sup>5</sup> - يعتبر الشيخ أحمد حماني رحمه الله من العلماء الأوائل الذين أفتوا في موضوع نقل الأعضاء وزرعها حيث أفتى بجواز التبرع بالأعضاء البشرية بشرط أن يكون المتبرع قابلا وراضيا ولا يكون في ذلك إكراه ولا شبهة، أن يقرر الأطباء على أن لا ضرر على المتبرع ويتحققوا من نجاح العملية، انظر نذير حمادوا، المرجع السابق، ص 71.

بشروط أن يكون المتبرع قابلاً وراضياً ولا يكون في ذلك إكراه ولا شبهة، أن يقرر الأطباء على أن لا ضرر على المتبرع ويتحققوا من نجاح العملية الجراحية، كما وقع أيضاً الشيخ أحمد حماني، على هذه الفتوى بتاريخ 1985/02/14 و1986/04/16.

فحسب المجيزين لزراع الأعضاء البشرية فإن هذه العمليات تجسد معاني التعاون والتراحم والإيثار التي رغب فيها الإسلام رغم ما فيها من بعض وجوه المفسد، إلا أن مصالحتها تربو عليها والعبرة بما غلب وهي من باب الضرورات تبيح استعمال بعض المحظورات<sup>(1)</sup>.

لكن بتوافر الشروط والضوابط الشرعية، كعدم التبرع بالأعضاء غير المتجددة لأن فيه هلاك للمتبرع، أيضاً يجب التأكد من نجاح العملية، وعدم التبرع بالأعضاء التناسلية منعا لاختلاط الأنساب، وضرورة الحصول على رضا كل من المتبرع والمريض<sup>(2)</sup>.

وقد استدلت المجيزون لهذه العمليات لعدة أسانيد وحجج من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والقواعد الشرعية العامة في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: «... فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» وقوله تعالى أيضاً: «... وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ...»<sup>(3)</sup>.

تشير إذن هذه الآيات الكريمة إلى قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، فإذا كان الشارع قد أباح أكل المحرمات في الحالات الضرورية، فإنه حتماً قد أباح التداوي بها، كما يرى المجبرون أن من مقاصد الإسلام الكبرى المحافظة على الدين والنفس والعقل والمال والعرض والنسل، فالقرآن الكريم وضعه الله تعالى ليكون كتاباً للمسلمين ومرشدهم في حياتهم، ينبأهم بالحقائق الغيبية، فلو كان يرغب في تحريم نقل الأعضاء لذكرها صراحة أو بينها من خلال القرآن من المحرمات، فكيف لنا أن نمنع ما لم تحرمه في الأصل الشريعة<sup>(4)</sup>.

أما أسانيدهم في السنة النبوية الشريفة، فقد ثبت عن النبي أنه قال: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يستر بعضه البعض» رواه البخاري، وقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلم أخو

1 - كمال لردع، مرجع سابق، ص 260.

2 - سعيد بويزري، مرجع سابق، ص 407. العلجة مواسي، مرجع سابق، ص 61.

3 - سورة الأنعام، الآية 119.

4 - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 205.

المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج على مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كربات يوم القيامة» رواه البخاري، كما قال: « الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ».

فكلها أدلة شرعية تؤكد على التراحم والتوادد بين البشر، والخير ينفع المحتاج إليه من المسلمين، لذا توصي بالجماعة والوقوف معا لخدمة بعضهم البعض<sup>(1)</sup>، كما استند المجيزون إلى الأسانيد العقلية منها أن الأصل في الأشياء الإباحة، وقواعد الضرورات تتمثل في لا ضرر ولا ضرار، الضرورات تبيح المحظورات، فيتحمل الضرر الخاص تجنباً للضرر العام فكلها أدلة تدخل في الجواز<sup>(2)</sup>.

يظهر مما تقدم، رجحان الرأي القائل بالجواز نقل الأعضاء من جثث الموتى، وذلك لاعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيها فائدة طبية راجحة وهي إنقاذ حياة وصحة شخص مريض بحاجة للعضو البشري، فيجب تشجيعها لأن الإنسان مأمور بفعل الإحسان والخير مع أخيه المسلم في إطار الضوابط الشرعية والأخلاقية وفي حدود الحاجة.

### الفرع الثاني

#### التأصيل القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء

تعد مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية من الموضوعات الهامة التي لقيت الاهتمام الواسع من قبل التشريعات القانونية، كما أنه ثار اختلاف فقهي أمام فقهاء الدين ورجال القانون حول مسألة مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دفع بجانب كبير استحداث قوانين جديدة تنظم هذا النوع من الممارسات الطبية الحديثة وفقاً لشروط وضوابط تكفل حماية الأفراد والسلامة الجسدية، لذلك تم تنظيم هذه العمليات على الأساس القانوني لإباحة الاستئصال الأعضاء من الجثة (أولاً)، وأيضاً تنظيم هذه العمليات على المستوى التشريعي الجزائري في إطار قانون الصحة رقم 18-11 (ثانياً).

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 211.

<sup>2</sup> - سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 98.

## أولاً - الأساس القانوني لإباحة الاستئصال الأعضاء من الجثة

إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته على قبوله استئصال أعضاء من جثته، فلا يجوز الاستئصال إلا بعد موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب الأولي الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة. غير أنه يجوز استئصال القرنية والكلية بدون الموافقة، إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المختصة<sup>(1)</sup>.

أما مسألة إثبات الوفاة من الناحية الشرعية والطبية، فهي ضرورية حيث أن الانتزاع من الجثة في غالب الأحيان يتناول الأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها حياة الإنسان كالقلب مثلاً، وهذا عكس النقل من الأحياء الذي يقتصر على الأعضاء المزدوجة، ومن ثمة راعى المشرع الجزائري هذه المسألة فأوجب التأكد من تحقق لحظة الوفاة، وذلك لأن التطور التقني في مجال العلوم الطبية، أوضح أن تحديد الوفاة ليس مشكلاً يتعلق فقط بجواز عملية زرع الأعضاء بل يتمثل أيضاً في مشكل آخر هو الرضاء، أو بالأحرى قبول هذا الاقتحام للجثة.

ولهذا قررت الجمعية الطبية العالمية<sup>(2)</sup>، في اجتماعها الثاني والعشرين الذي عقد بسدني عام 1968، أن تحديد لحظة الوفاة يسمح من الناحية الأخلاقية بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي، ويسمح أيضاً باستئصال أعضاء من الجثة لزرعها في جسم مريض مازال على قيد الحياة... ومن ثم كان يلاحظ أيضاً أن الموافقة على الاستئصال من جثة المتوفى، يكون المشرع الجزائري قد ساير الاتجاهات التشريعية الحديثة، وقد ذهبت بعض هذه التشريعات إلى القول بأن كل إنسان هو مبدئياً واهب لأعضائه بعد وفاته، والمبرر عند أصحاب هذه الاتجاهات هو إسعاف المرضى الذين تتوقف استعادتهم لصحتهم على زرع

<sup>1</sup> - نقلا عن نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص ص 392 - 393.

<sup>2</sup> - أنشئت "الجمعية الطبية العالمية" لتعمل كمنظمة متخصصة في مجالات متعددة حيث تضم أطباء وخبراء السلامة الصحية للعمل معاً لتحسين مجال الرعاية والسلامة الصحية، إن "الجمعية الطبية العالمية" هي المزود والمحدد الرئيسي للمعلومات والمعايير والتوجيهات المهنية التي تقدم برامج السلامة الصحية ذات الكفاءة العالية.

عضو من الأعضاء لهم هم في حاجة إليه، أو تلقيحهم بأنسجة بدلا من أنسجتهم المنعدمة، كما هو الحال في حالات الحروق مثلا.

كما يعتمد تقدم العلوم الطبية إلى حد بعيد على الفحوص والتجارب التي تجرى على الأعضاء وزرعها، ودراسة أوضاعها وهذا ما يبرر استئصالها لتحقيق تلك الأهداف العلمية، وفي سبيل تأكيد احترام حياة الإنسان حيا أو ميتا، لجأ المشرع الجزائري بتوجيه وتقديم الآراء حول عملية استئصال الأعضاء والهدف من وراء كل ذلك هو أولا وأخيرا الحفاظ على أرواح الناس، والحفاظ على سلامتهم البدنية.

### ثانيا - موقف القانون الجزائري من عمليات نقل الأعضاء من الجثة

لا تقتصر كرامة وحرمة جسم الإنسان على حياة الإنسان فقط بل تمتد إلى ما بعد الوفاة، لتشمل الإنسان الميت أي الجثة<sup>(1)</sup>، فيكون للإنسان الحق في احترام جثته، باعتبارها من بقايا جسده، فلا يجوز الاعتداء عليها، وهذا ما أقره القانون من خلال النصوص العقابية التي سخرتها لحماية الجثة من العبث بها، وحماية المقابر من الأعمال الماسة بحرمة هذه الأماكن.

فالمشرع الجزائري في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة نص صراحة على الاستئصال من الجثة، وهو الالتزام بالحصول على إذن من القانون الذي يتولى تنظيم هذه المسألة بنصوص تشريعية صريحة، ويكمن هذا الأساس في نص المادة 362 التي جاء فيها ما يلي: « لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض النزع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة يمكن القيام بالنزع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته ».

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أجاز صراحة عملية استئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى قصد زرعها لدى الأحياء، إلا أن هذا الاستئصال لا يتم

<sup>1</sup> - وهذا ما تم تكريسه بموجب قرار ميلود Arrêt MILAUD الصادر في 22 جويلية 1993، والذي نص أن حرمة الجسم تنطبق على الشخص وجثته.

كما تم تجسيده أيضا في قرار مجلس الدولة الصادر في 2 جويلية 2003، والذي أكد أن المبادئ الأخلاقية الأساسية التي تخص الجسم لا يتوقف تطبيقها بموت الشخص بل تستمر. أنظر

BERGOIGNAN- ESPER Claudine, SARGOS Pierre, Les grands arret de droit de la santé, édition Dalloz, Paris, 2010, pp 69-70.

إلا بعد التحقق من الوفاة والحصول على موافقة الشخص أثناء حياته أو موافقة أفراد أسرته بعد وفاته.

## المبحث الثاني

### إجراءات التصرف في جثة المتوفى

لا يستطيع الطبيب الجراح استئصال عضو من جثة المتوفى، إلا بعد صدور إذن منه، وهذا لما يكتسبه الجسم من حرمة سواء أثناء حياته أو بعد مماته، لذا تعد الصورة الأساسية للإذن في التصرف في الجثة أن تكون بناء على وصية صادرة من شخص المريض نفسه قبل وفاته.

ولكن غالبا ما يموت الشخص دون أن يحدد كيفية التصرف في جثته، وهنا يثور السؤال عما إذا كان أحد يملك الحق في التصرف في الجثة كالأُسرة مثلا؟ أم أنه لا يجوز التصرف فيها دون موافقة أحد؟ وعليه لا يستطيع الطبيب الجراح وفريقه الطبي استئصال العضو من جثة المتوفى إلا بعد حصولهم على الموافقة المكتوبة نظرا لتعلقها بالسلامة الجسدية التي يتمتع بها جسم الإنسان خاصة الجثة من خلالها معرفة موقف المتوفى من الاستئصال (المطلب الأول)، لكن رغم وجود اتفاق بضرورة التعبير على الموافقة في شكل كتابي، فيما يتعلق بأشكال هذه الموافقة بالتبرع بأعضاء الجثة هناك حالات لا يستطيع فيها المتوفى التعبير عن إرادته قبل وفاته، فيحق أن ينتقل التصرف في جسده بعد وفاته (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تنظيم الموافقة بشأن التصرف في جثة الميت

الإنسان محترما حيا كان أو ميتا، لذلك فإن مبدأ حرمة جسم الإنسان لا تقتصر على حمايته وحصوله على موافقة صريحة وحررة لشرعية المساس بجسمه وهو على قيد الحياة، بل يشمل أيضا حماية جثته بعد مماته، ومهما كان الغرض من الاستئصال سواء لأغراض علاجية، أو بأغراض علمية بحثية كتشخيص الأمراض لمعرفة أسبابها، بالتالي البحث عن الطرق المناسبة للشفاء منها، أو للكشف عن الأسباب الحقيقية للوفاة.

يستلزم على الطبيب قبل استئصال أي عضو من جثة المتوفى معرفة موقف المتوفى من الاستئصال في الوقت نفسه في شكل الموافقة المسبقة على الاستئصال من الجثة أو رفض المساس بها (الفرع الأول)، كما أنه هناك أشكال أخرى للتعبير عن الموافقة في التصرف بالجثة والتي تعد بإجراءات قانونية لازمة للحصول على موافقة الاستئصال بالأعضاء لا تتماشى والسرعة التي تتطلبها مثل هذه العمليات الجراحية الصعبة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الصور العامة للموافقة بالاستئصال بعد الوفاة

يملك الشخص حرية مطلقة بالتصرف في جسمه، والسماح بانتفاع الغير بأعضائه بعد وفاته، وهذا الأمر لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة، لأن الغاية منه هو التضامن الإنساني الذي يسعى إلى إنقاذ حياة الآخرين المهددة بالموت، غير أنه هناك من يفرض أن يكون التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته تكون عن طريق الوصية، لذا قبل قيام الطبيب الجراح باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته، يوصي بذلك أثناء حياته (أولاً) غير أنه هناك من لم يشترط أي شكل للتعبير عن ذلك سواء في حالة قبول الاستئصال أو رفضه، فيحق له أن يرفض أو يوافق استئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته (ثانياً).

#### أولاً - التصرف في الجثة عن طريق الوصية

تعد الوصية<sup>(1)</sup> الصورة الأساسية للإذن في التصرف في الجثة، فهي تصرف إنساني وأخلاقي نبيل ذو قيمة اجتماعية مؤكدة، صادرة من الشخص نفسه قبل وفاته، وتشمل الوصية الأموال والمنافع المالية، ويجوز للشخص طبقاً للقواعد العامة أن يوصي بجثته لأغراض البحث العلمي والانتفاع بما يمكن الانتفاع من أعضائه بعد موته. والوصية بالأعضاء البشرية لما كانت استثناء على ما لجسم الإنسان من حرمة فقد كرس المشرع عدّة شروطاً لثبوت صحة الوصية، نتناولها فيما يلي

<sup>1</sup> - تنص المادة 192 من ق.أ.ج على أنه

« يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص من الرجوع فيها ».

انظر أيضاً حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 60، خالد سماحي، مرجع سابق، ص 224.

## 1 - صدور الوصية بناء على رضا حر وصريح

يشترط لاستئصال الأعضاء البشرية من الجثة أن يصدر رضا حر وصريح قبل وفاة الشخص، وأن تكون إرادته غير معيبة بعيوب الإرادة كالإكراه أو الضغوط أيا كان نوعها مادي أو أدبي<sup>(1)</sup>، فالوصية في حالة نقل وزرع الأعضاء البشرية تعني إعطاء الإذن للطبيب باستئصال أي عضو من أعضائه أو التصرف في جثته لإنقاذ الآخرين<sup>(2)</sup>.

## 2 - توافر أهلية كاملة

من أهم شروط صحة الوصية في الشريعة الإسلامية أن يكون الموصي ذو أهلية كاملة، فمتى كان الشخص بالغاً عاقلاً توافرت لديه أهلية الإيضاء فيمكنه أن يتصرف في جثته وفي أمواله<sup>(3)</sup>، إلا أنه يمكن الحصول على الأعضاء البشرية من القاصر بشرط موافقة وليه كالقانون الفرنسي مثلاً<sup>(4)</sup>.

## 3 - ضرورة إفرغ الوصية في شكل كتابي

تتجه التشريعات<sup>(5)</sup> التي تأخذ بالوصية بشأن التصرف في الجثة إلى ضرورة إفرغها في شكل كتابي، ومن التشريعات العربية التي تأخذ بالوصية في مجال نقل وزراعة الأعضاء البشرية، التي تشترط إفرغها في شكل كتابي نجد القانون الإماراتي<sup>(6)</sup> والكويتي<sup>(7)</sup>. أخذ المشرع المغربي بالوصية في حالة وفاة الشخص خارج المستشفى المعتمد، شرط أن يكون المتوفى أوصى بالتبرع بأعضائه بعد أن يسجل التصريح بالتبرع المحتمل لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها محل إقامة المتبرع، أو لدى القاضي المعين خصيصاً

<sup>1</sup> - إفتكار مهبوب ديوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 343 - 344.

<sup>2</sup> - أسامة على عصمت الشناوي، مرجع سابق، ص 308.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 310.

<sup>4</sup> - راجع نص المادة (L1232-2) من قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2004-800 لسنة 2004.

<sup>5</sup> - من بين التشريعات الأوروبية التي أخذت بنظام الموافقة الصريحة أو الرضا الصريح نجد كل من ألمانيا، البوسنة الهرسك، الدانمارك، ليتوانيا، سويسرا، إفريقيا الجنوبية، أستراليا، البرازيل، كندا، التشيك، كوبا، الولايات المتحدة الأمريكية، الهند، اليابان سنة 2009، فنزويلا، تايلندا، أنظر

Agence de la Biomédecine, « Encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique », Paris, 2012, pp 1 - 49 [www.agence-biomédecine-fr/1-encadrement-international](http://www.agence-biomédecine-fr/1-encadrement-international). Pp10-11.

<sup>6</sup> - المادة (2) من القانون الإماراتي رقم 15 لسنة 1993 في شأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية.

<sup>7</sup> - المادة (2) من القانون الكويتي رقم 55 لسنة 1987 في شأن زراعة الأعضاء.

لهذا الشأن من طرف الرئيس ويتم تسجيل التصريح المذكور بعد أن يتبين لدى القاضي بأن المتبرع المحتمل يتصرف بإرادته الحرة وعن إدراك لما سيقدم عليه<sup>(1)</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري لم يشترط شكلية معينة للتعبير عن موافقة الشخص بخصوص التصرف في جثته، فيمكن التعبير عن الموافقة كتابيا أو شفويا عن القبول، كما يجوز التعبير عن رغبته بالتبرع لأهله أو الإيضاء بعدم الاعتراض على هذا الاستئصال، كما يمكن أن يحدد الأعضاء التي يتبرع بها، ويحدد أغراض الاستئصال للعلاج أو للعلم. وهذا ما نصت عليه المادة 2/164 من القانون رقم 17/90 المعدل لقانون الصحة الجزائري على أنه: «... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله لذلك، إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولوي التالي الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الإبن أو البنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة».

كما أكدت على ذلك المادة 1/362 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه: «... يمكن القيام بالنزاع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزاع خلال حياته».

مما نستنتج من خلال استقراء نص المادتين أنه يجوز استئصال الأعضاء من جثة شخص توفى إذا عبر هذا الأخير أثناء حياته على قبوله لذلك، مما يعني أن الإيضاء بالتصرف الجثة يكون لشخص نفسه وبناء على إرادته الحرة وأهلية تامة.

### ثانيا - حالة موافقة أو رفض المساس بالجثة

اختلفت التشريعات القانونية بشأن شكل التعبير عن إرادة المتوفى بالتصرف في جثته، فذهب البعض إلى عدم استلزام أية شكلية معينة للتعبير عن إرادة المتوفى من أجل التصرف في جثته، في حين ذهب البعض الآخر إلى اشتراط شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة، وميزت في هذه الحالة بين حالة الموافقة على الاستئصال، وحالة عدم الموافقة. وهاتين الحالتين هما محل بحث حول حالة الموافقة بالاستئصال من الجثة، وحالة رفض المساس بالجثة.

<sup>1</sup> - العلجة موسمي، مرجع سابق، ص 226.

## 1 - حالة موافقة المساس بجثة المتوفى

حرص القانون بعدم الاعتداد بإرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته، سواء كانت شفوية أو كتابة في صورة إقرار كتابي أو وصية، للقول بقبول الاستئصال من الجثة، وهذا ما أخذ به التشريع الجزائري في نص المادة 362 / 1 من قانون رقم 18-11 على أنه: « 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، وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه الزرع خلال حياته».

إن أول ما يلاحظ على هذا النص أنه جرى عليه تعديل بموجب القانون رقم 17/90، فبعد أن كان المشرع الجزائري يشترط الموافقة الكتابية للمتبرع أثناء حياته، تراجع في التعديل الأخير عن هذا الشرط<sup>(1)</sup>، وبسط إجراءات التنازل عن عضو من أعضاء الجثة، حيث أصبح النص الجديد يبيح صراحة الاستئصال من جثة المتوفى، إذا عبر هذا الأخير عن قبوله بالتبرع بعضو من أعضائه أثناء حياته، وكذا إن لم يرفض ذلك، ومن ثم فإن رضاء المتنازل يكون بكافة الأساليب، وأيا كان أسلوب هذا التعبير سواء كان بالكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يمكن أن يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا للشك في دلالاته على مقصود صاحبة، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا<sup>(2)</sup>.

كما أنه يجوز للمريض قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة بذاتها، تكون محلا للتبرع وأن يحرم أعضاء أخرى يترتب عليها تشويه مظهر جثته، كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية علمية (تجريبية) حسب نص المادة 1/362 من القانون نفسه، وهذا ما أشار إليه أيضا القانون المقارن للمرسوم الملكي الإسباني<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - قبل تعديل المادة 164 بموجب القانون المذكور أعلاه كان نصها كالتالي: « لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة، وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني، وهو على قيد الحياة... ».

<sup>2</sup> - انظر المادة 61 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليها.

<sup>3</sup> - أشار المرسوم الملكي الإسباني إلى إمكانية الشخص التعبير عن رضائه في مجال استئصال الأعضاء من جثته، بكافة الطرق سواء بالإشارة أو بالكلام أو بالكتابة، كما يستطيع أن يحدد أعضاء بذاتها ويحرم أعضاء أخرى، مع تحديد أغراض الاستئصال علاجية أو علمية.

كما تناولته أيضا المادة الرابعة من المرسوم بالقانون الصادر في ألمانيا الديمقراطية بالنص على جواز التعبير عن إرادة المتوفى بشأن التصرف في جثته بأي وسيلة كانت.

كما تؤكد المادة 1/362 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

غير أنه إذا أوصى شخص بجثته إلى جهة علمية أو سمح باستئصال أعضاء منها لزرعها لمريض حي هو في حاجة إليها، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو ما مدى حق الأقارب في هذه الحالة، أي أنه هل يجب عليهم تنفيذ هذه الوصية أم من حق الأسرة إذن الاعتراض على الوصية من قريبهم بالتصرف في جثته، وهذا الاعتراض من شأنه أن تترتب عليه عدم نفاذ الوصية.

وما نستنتجه في هذا الشأن، أنه يجب على الأسرة أن تحترم وصية المتوفى، وتسعى إلى تنفيذها، وحق الأسرة في التصرف في جثته، وما دامت الوصية قد تمت في الحدود المشروعة للتصرف في الجثة فإنها تعتبر ملزمة والحق في الرجوع أو العدول عنها ينقضي بمجرد الوفاة، فمؤتمر بيروجيا أوصى على أنه إذا كان المتوفى قد أعطى في حياته الإذن

= بيد أن بعض التشريعات الأخرى خرجت على بلورة هذه الإرادة في شكلية تفرغ فيها، فمثلا القانون المصري الخاص بتنظيم بنك العيون من الأشخاص الذين يوصون بها، فهذه المادة تأخذ صراحة بالشكل الإيصائي كطريقة للتعبير عن إرادة المتوفى.

كما يشترط القانون الكويتي - في حالات الكلى التي يتبرع بها أصحابها خلال حياتهم أو يوصون بها بعد وفاتهم - الحصول على إقرار كتابي من المتبرع أو الموصي.

كما يسمح القانون الفرنسي الصادر في 7 يوليو لعام 1949 باستئصال قرنية العين بشرط الإيحاء بها قبل الوفاة. ومن القوانين التي سارت على هذا النهج أيضا، القانون الأرجنتيني الصادر سنة 1977 حيث حرص على إظهار إرادة المتوفى في شكل وصية، وكذلك القانون التشيكوسلوفاكي رقم 47 لسنة 1966 المادة الثالثة، والقانون الدانماركي في المادة الثانية، وقانون أونتاريو بكندا في المادة الثانية فقرة الأولى، والقانون التونسي لعام 1991 في الفصل الثالث، والقانون المغربي لعام 1999 في مادته 14.

وقد انتقد البعض هذا الاتجاه بالقول، أن اشتراط الشكل الكتابي يشوبه بعض العيوب، فمن جهة من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة في إعطاء إذن باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته، إلا إذا كانت لديه رغبة صادقة في إنقاذ حياة الآخرين أي أن يكون دافعه الحقيقي هو التضامن الإنساني والتعاون من أجل إسعاد الآخرين من جهة، ومن جهة أخرى فكيف يمكن مطالبة شخص مريض يخضع لتدخل جراحي خطير قد يمدد حياته بأن بأذن كتابة باستئصال عضو من جثته بعد وفاته، إن مجرد مطالبته بذلك قد يؤدي إلى التأثير على حالته النفسية تأثيرا من شأنه أن يعيق في كثير من الأحيان سبيل الشفاء، كما أن ذلك يتعارض مع المبادئ الأولية الإنسانية، ومع حقوق المريض، هذا بالإضافة إلى أن تطلب الإذن الكتابي، قد يكون من شأنه إنقاص عدد الذين يرغبون في التبرع باستئصال أعضائهم. نقلا عن نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 411.

بأخذ عضو من أعضائه فإن رفض عائلته ليس له أي أثر، فرغبة المتوفى مقدمة على مشاعر أقاربه.

## 2 - حالة رفض المساس بجثة المتوفى

اشترط المشرع الجزائري فيما يخص التعبير عن رفض الشخص بالمساس بجثته بعد وفاته، في قانون رقم 18-11، في نص المادة 2/362 على أنه: « يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة لاسيما من خلال التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء... ».

يتبين من خلال هذه الفقرة أن القانون الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته، على أن يتم هذا الاعتراض في الشكل الكتابي، سواء كانت الكتابة رسمية أو بخط اليد أو إذا تم تسجيله في سجل الرفض الخاص بالوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، إذن هذا النص يوجب على كل شخص يرفض المساس بجثته واستئصال أعضاء منها وأن يجسد رفضه في الشكل الكتابي، فقط لهدف استئصال الواجب الرفض فيه وهو المتعلق فقط بالزرع دون الاستئصال لغرض علمي.

هذا النص في نظرنا يعتبر نوعا من التزديد من قبل المشرع لا طائل منه، إذ كيف يوصي الشخص بعدم المساس بجثته وهو المحترم قانونا والمكرم شرعا؟ ففي هذه الحالة إما أن يتنازل عن عضو من أعضائه ويوصي بذلك، أو إما يصمت عن ذلك.

إن المساس بالجثة لأجل استئصال عضو منها هدفه أولا وأخيرا تحقيق مصلحة علاجية، فإذا ما ثبت انتقاء هذه الأخيرة فهنا يتعطل شرط من شروط الإباحة، وعلى هذا الأساس يعد المساس بالجثة جريمة تستوجب العقاب<sup>(1)</sup>.

كما يتبين من نص المادة 3/362 من القانون نفسه أنه يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالزرع على سجل الرفض قصد معرفة موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في السجل الرفض، يتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية 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<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 414.

<sup>2</sup> - تنص المادة 3/362 من ق. ص على أنه:

وفي فرنسا نظم المرسوم الخاص بتنفيذ قانون عمليات نقل الأعضاء، مسألة إثبات رفض المتوفى للمساس بجثته، حيث أورد في المادة 08 على أنه: « من حق الشخص أن يبدي اعتراضه على عملية الاستئصال بكل وسيلة »، كما أشارت أيضا المادة 09 من المرسوم نفسه على أنه « أن لكل شخص يقبل في منشأة طبية مصرح لها بمزاولة عمليات نقل الأعضاء بعد الوفاة، أن يعترض على ذلك ويمكنه في أية لحظة أن يسجل صراحة هذا الرفض في السجل الخاص بهذه المنشأة، أما إذا كان لا يستطيع التعبير فيدون في هذا السجل أية علامة أو بيان يصدر منه في هذا الخصوص ويحمل على الاعتقاد برغبته في رفض أي عملية استئصال من جثته »<sup>(1)</sup>.

غير أنه يفهم من خلال استقراء نص المادة 362 أن المشرع الجزائري أخذ بموقف مزدوج ومتناقض في الوقت نفسه، ففي الفقرة الأولى نصت على أنه يمكن الاستئصال من الجثة إذا لم يعبر عن رفضه النزع خلال حياته أي قبل وفاته من جهة. ومن جهة أخرى، تأتي الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على أنه يمنع الاستئصال من الجثة إذا عبر المتوفى عن رفضه الاستئصال من الجثة كتابة، فبمفهوم المخالفة كل جثة لم يترك صاحبها تصريحاً برفض التبرع ستخضع لنزع الأعضاء، لذلك تثير المادة نوع من تناقض في موقف المشرع الجزائري، مما يستوجب وجود موافقة صريحة من شخص قبل وفاته باستئصال أعضائه، مع تحديد شكل الموافقة من أجل حماية إرادة الشخص في التبرع بأعضائه بعد وفاته.

### الفرع الثاني

#### الصور الخاصة للتعبير عن الموافقة في التصرف بالجثة

أخذت التشريعات بأشكال أخرى للتعبير عن إرادة المتوفى في التصرف بجثته بعد وفاته وتتمثل في التسجيل في السجل الوكالة الوطنية (أولا) واستعمال بطاقة خاصة بالمتبرع الراغب في منح أعضائه بعد الوفاة (ثانيا).

= « 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 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 ».

## أولا - التسجيل في السجل الوطنية

وضعت معظم الدول الأوروبية<sup>(1)</sup> نظام تسجيل الموافقة أو الرفض في سجل وطني إلكتروني بالنسبة للأشخاص الذين يرغبون أو يرفضون التبرع بأعضائهم بعد الوفاة. وما على الجزائر بشأن هذه المسألة أن تحذو حذو التشريعات التي أخذت بهذا النظام، على الرغم ورد في قانون الصحة الجديد لسنة 2018 نص عليه في المادة 362 منه، الذي يبيح عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية يجعل من كل مواطن جزائري عبارة عن "متبرع مفترض" فإذا لم يسجل نفسه أثناء حياته في السجل الوطني "للرفض" يتم عند وفاته استشارة أفراد عائلته حول إمكانية التبرع بأعضائه.

ووضح قانون الصحة أن كل مواطن جزائري عبارة عن متبرع "مفترض" (présumé) بعد وفاته لذلك اسند للوكالة مهمة مسك السجل الوطني للرفض الذي يحتوي على أسماء

<sup>1</sup> - نجد في هولندا، أنه تتم موافقة بالتبرع بالأعضاء البشرية بعد الوفاة بموجب سجل غير إجباري يحتوي على ثلاثة اقتراحات منها إما الموافقة على التبرع أو تبرع جزء منها، أو رفض تماما بالتبرع من طرف الشخص أو عائلته أو من شخص محل الثقة، مع العلم أن تسجيل في هذا السجل يسمح لكل شخص يبلغ من العمر 12 سنة، أما في كيبك الكندية فيوجد سجل بالموافقة أو الرفض في غرفة الموثقين موضوعة لهذا الغرض في 2005، انظر Agence de la Biomédecine, op.cit, p 12.

أما المشرع الفرنسي، اعتمد على نظام تسجيل الرفض فقط في السجل الوطني الإلكتروني، دون تسجيل الموافقة، من خلاله يمكن للأشخاص الذين يرفضون نقل الأعضاء من جثثهم بعد الوفاة أن يسجلوا أسمائهم في سجل خاص بالتبرع بالأعضاء فالمشرع الفرنسي أخذ بهذا النظام في كل من قانون Caillavet Loi لسنة 1976 وذلك في نص المادة 2/1 التي تنص على ما يلي:

Art 1/2 de la loi n 76-1181 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes J-O du 23/12/1976 :  
«Des prélèvements peuvent être effectués à des fins thérapeutiques sur le cadavre d'une personne n'ayant pas fait connaître de son refus d'un tel prélèvement».

كما أكد على هذا المبدأ كذلك في قانون 1994، والذي طبق الموافقة المقترضة في حالتين حالة الاستئصال من أجل التشريح الجثة والاستئصال من شخص راشد، إلا أنه في الحالات الخاصة بالاستئصال من جثة قاصر متوفى أو عديم الأهلية فيستوجب موافقة الأولياء الكتابية حسب ما جاءت به المادة من قانون الصحة العامة الفرنسي، وكاستثناء في حالة استحالة استشارة أحد الوالدين اللذان يتمتعان بالسلطة الأبوية، فإنه يمكن الاستئصال إذا عبر الآخر كتابيا عن موافقته، أنظر أيضا:

Menguy Edgar, "L'utilisation des fins thérapeutiques des éléments du corps humain", n 27, Revue générale du droit médical, Paris, 2008, p 64.

الأشخاص الذين يرفضون التبرع بأعضائهم بعد وفاتهم، مضيئة أن هذا القانون الجديد قام بتوسيع الإطار العائلي للتبرع من الأحياء إلى 28 شخص بدلا من 10 أشخاص<sup>(1)</sup>.

مما يظهر أن فكرة تسجيل رفض التبرع بالأعضاء البشرية على مستوى الوكالة الوطنية الجديدة للزرع، والذي يجيز لأي مواطن جزائري التسجيل في هذا السجل للتعبير عن رفضه التبرع بأعضائه بعد وفاته، فيما يفترض أن الأفراد المتوفين غير المسجلين في السجل هم متبرعون موافقون. ولكن حتى في هذه الحالة، فإن قرار التبرع بأعضاء المتوفى تكون من حق العائلة التي يتم استشارتها من قبل الفريق الطبي.

### ثانيا - بطاقة خاصة بالمتبرع الراغب في منح أعضائه بعد الوفاة

قررت الوكالة الوطنية للأعضاء، إبقاء هوية المتبرعين بالأعضاء سرية، وهذا لتفادي مشكل المساومات بين عائلة المتوفى والمتلقي العضو، وحسب المعلومات المتوفرة فإنه وفقا لكيفيات الاستفادة من الأعضاء المتبرع بها، خاصة للذين توفوا دماغيا، ولتفادي أي نوع من المشاكل أو مساومة أهل المستفيد من أجل الحصول على مقابل مادي من قبل محيط الشخص المتوفى، يقوم الوكالة الفرنسية للبيوطبي، بتوقيع اتفاقية ثنائية مع الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء تهدف إلى تعزيز التعاون بين وكالتي البلدين حول تطوير زرع الأعضاء والتبرع بها، وأيضا كشفت مصادر رسمية من مبنى وزارة الصحة، عن اعتماد نظام

<sup>1</sup> - كما أضافت أن عمليات نقل وزرع الأعضاء بالجزائر تتم على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية ولا تقام في القطاع الخاص حيث يوجد 14 مركز لزرع الكلى ومركزين لزرع الكبد و14 مركز آخر لزرع القرنية بالإضافة إلى مركزين لزرع الأنسجة والخلايا الجذعية.

أما بالنسبة للقرنية التي تنتزع فقط من المتبرع الميت فإنها تستورد حاليا من الولايات المتحدة الأمريكية بأثمان باهظة، وقال ممثل عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف لولاية الجزائر عبد الكريم مفتاح بدوره أن الإسلام يجيز التداوي عن طريق نقل الأعضاء الأدمية والانتفاع بها مادامت تحقق المصلحة وتتخذ حياة الإنسان فهي تعتبر "صدقة جارية" للمتبرع حيا كان أو ميتا. وقالت رئيسة جمعية التبرع بالأعضاء "بيلوبا" سهام عيش أن عملية التبرع بالأعضاء =مسؤولية الجميع مضيئة أنها عبارة عن مبادرة إلى فعل كله نبل وكرامة من أجل تقديم خدمة إنسانية، مضيئة أن عملية التبرع بالأعضاء تتم بصفة "مجانية دون مقابل مالي". وعبر بعض المختصين الذين عن قلقهم إزاء نقص في عدد الإطارات المختصة في المجال الصحي لاسيما "الأطباء المخدرين وأطباء الإنعاش" مؤكداً أن نجاح عمليات زرع الأعضاء مرهونة بوجود فريق طبي متكامل لإجراء العملية يفوق ثمانية أطباء، انظر:

[www.aps.dz/ar/sante-science-technologie](http://www.aps.dz/ar/sante-science-technologie).

معلوماتي جديد في كافة البيانات الخاصة بمتبرعي الكلى، حيث تعطي الأولوية لمن لديهم مطابقة في الأغشية<sup>(1)</sup>.

يفيد نظام البطاقات الخاصة بنقل الأعضاء أو التأشير على بطاقة الهوية موافقة حاملها سواءً على التبرع بأعضائه أو رفضه ذلك، مما تعد هذه الطريقة تحقق فوائد كثيرة منها السرعة وأيضاً عدم البحث عن موقف الشخص من المساس بجثته بعد وفاته، كما أن إثبات موافقة المتبرع على بطاقة تحمل توقيعه، يحل المشاكل المتعلقة بإثبات الرضا في عمليات نقل الأعضاء من الجثث، وقد أخذت بهذا النظام الولايات المتحدة الأمريكية التي تجيز التأشير على رخصة القيادة بما يفيد التبرع بالأعضاء في حالة الوفاة نتيجة حوادث المرور<sup>(2)</sup>.

إذ من المنتظر أن يتم تفعيل بطاقة التبرع بالأعضاء في القوانين القادمة المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية، مؤكدة أنه سيساهم في تعميم عملية زرع مختلف الأعضاء من بينها الكلى بالدرجة الأولى مشيرة إلى أن 15 ألف جزائري يخضعون لغسيل الكلى، وفي السياق ذاته، والذي على أساسه سيتم تحديد المستفيدين من الكلى المتبرع منها، خاصة في حال وصول المتوفين دماغياً إلى المستشفى.

بموجب تدابير قانون الصحة الجديد، فإنه يحق للشخص التبرع بأعضائه، بعد وفاته بتوقيع على سجل وطني يعطي الحق للجهات المتخصصة في التصرف بأعضائه عند الحاجة، وفي حال موافقة أهله وأقاربه يصبح من الممكن نقل الأعضاء لإنقاذ حياة مواطنين آخرين، مؤكداً أن شخصا في وسعه إنقاذ 10 أشخاص.

### المطلب الثاني

#### إمكانية تجاوز شرط الرضا في التعامل بأعضاء الجثة

إذا عبر المتوفى عن رغبته بشأن المساس بجثته أو بجزء منها سواء لغايات علاجية أو لأغراض أخرى، فيجب أن تحترم هذه الإرادة سواء من طرف الطبيب أو الأسرة فهنا لا

<sup>1</sup> - [www.ennaharonline.com](http://www.ennaharonline.com).

<sup>2</sup> - عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 619.

يثار أي إشكال، لكن يمكن أن يتوفى الشخص فجأة ولا يكون هناك متسع من الوقت لإبداء أي رغبة بشأن التصرف في جثته ففي هذه الحالة ينتقل حق التصرف في الجثة إلى الأقارب (الفرع الأول)، وهناك حالات استثنائية أين يمكن التشريح والاستئصال من الجثة دون موافقة أحد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب

تعني وفاة الشخص انتهاء حياته، وبالتالي تنقطع كل أعماله وتصرفاته، ولكن قد يقوم الشخص المتوفى ببعض التصرفات في حياته وتنفذ بعد وفاته، كأن يوصي أثناء حياته عن تنازل عن عضو من أعضائه البشرية فلا إشكال في ذلك، لكن إذا لم يعبر المتوفى عن إرادته أثناء حياته بشأن التصرف في جثته بعد وفاته ففي هذه الحالة فإن موافقة الأسرة تعد شرطاً ملزماً وضرورياً لمباشرة هذه العملية لأنها تعد بالمساس بحرمة المتوفى، لذا اشترط القانون ضرورة الحصول على موافقة الأقارب على نقل الأعضاء من الجثة (أولاً)، في حين اكتفى البعض بالحصول على الرضا المفترض من الأسرة (ثانياً).

#### أولاً - ضرورة الحصول على موافقة الأقارب على نقل الأعضاء من الجثة

غالباً ما يموت الشخص دون أن يقرر كيفية التصرف في جثته، فالشخص الذي يتمتع بصحة جيدة لا يفكر عادة في السماح باستئصال أعضاء من جثته بعد وفاته لزرعها للمرضى الذين هم بأمر الحاجة إليها، لكن عند دخول الشخص المستشفى فإنه من الصعب من الناحية النفسية طلب موافقته على استئصال عضو من جثته بعد وفاته، إذ أن مثل هذا الطلب قد يسبب له ألماً نفسية قد تؤثر في علاجه وسرعة شفائه<sup>(1)</sup>.

تجري عمليات نقل الأعضاء للأشخاص بعد تحديد لحظة الوفاة، ومن ثمة ينتقل الحق لغير المتوفى لهذا نقول بانتقال الحق لأسرة المتوفى، ويقتضي هذا الاتجاه ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأفراد أسرة المتوفى حتى يتسنى القيام بإجراء عملية الاستئصال من الجثة.

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 428.

ويعتبر التشريع الجزائري من التشريعات العربية التي أخذت بهذا الاتجاه وسمحت بالاستئصال من الجثة استنادا إلى موافقة أقاربه وذلك تطبيق لنص المادة 3/362 لقانون رقم 11/18 والتي تنص على أنه: « ... يجب أن يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى، وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، يتم 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 ».

مما يفهم، أنه منح المشرع الجزائري للأسرة الحق في التصرف في الجثة في حالة ما إذا لم يعبر المتوفى عن رأيه قبل وفاته بشأن التصرف في جثته، وسواء كان الشخص المتوفى كامل الأهلية أو قاصر، فقد جاءت المادة عامة، حيث استعمل فيها عبارة قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء، وهذا يعني أن المتوفى يمكن أن يكون كامل الأهلية كما يمكن أن يكون قاصرا، كما ذكر الأشخاص المعنيين بالموافقة على سبيل الأسبقية وليس على سبيل الحصر.

رغم تعديل قانون الصحة فانه لم تدرس جميع الجوانب الخاصة بمثل هذه العمليات الصعبة رغم التعديلات المختلفة التي طرأت على قانون الصحة، فهي تعديلات سطحية في جميع الأوقات، فهو أغفل بذكر الشروط، فلم يحدد شكل الموافقة الواجب تقديمها من طرف الأقارب ولا حتى الجهة التي تقدم إليها هذه الموافقة.

كما أن استقرار نصوص القانون الفرنسي وتنظيمات القانونية العربية المختلفة ومنها القانون الجزائري، نستنتج أن مسألة الحصول على العضو من جثة شخص المتوفى الذي لم يعبر عن رفضه أو قبوله التبرع بأعضائه قبل وفاته، تعتبر مسألة عائلية، فالشخص الذي يريد الاستفادة من العضو، إما أن يكون لديه فرصة بأن يكون أحد أفراد عائلته متجانس معه وهذا بالنسبة للتبرع بالأعضاء من شخص حي، أو أن يستفيد من أعضاء شخص متوفى إذا عبر الأقارب عن قبولهم لذلك في حالة عدم وجود رفض من شخص المتوفى، مما يعني أن العائلة لديها سلطة في اتخاذ القرار ينفصل عن المصدر الأصلي والقانوني وهو إرادة المتوفى دون سواها<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - العلجة موسمي، مرجع سابق، ص 234.

ومن أجل تطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء وتقادي النقص في عدد الأعضاء المتبرع بها سواء من شخص الحي أو من شخص بعد وفاته، يجب التركيز على تفعيل دور الإعلام والتبصير والتحسيس بأهمية هذه العمليات ودورها في إنقاذ المرضى من الموت المحقق، وذلك بإضافة مواد قانونية في قانون الصحة تبين دور هذه العمليات وأهميتها وكيفية تنظيمها وشروطها وكيفية تعبير الشخص عن موافقته من أجل إعلام الجمهور، وتسهيل الحصول على أكبر قدر ممكن من المتبرعين.

### ثانياً - الحصول على الرضا المفترض للأسرة

يعيق هذا الافتراض الحصول على رضا الأسرة بالموافقة الصريحة للأسرة، فإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نظراً للسرعة التي تتطلبها، وعلى هذا الأساس ظهراً لاتجاه آخر يقوم على أساس افتراض رضا الأسرة في حالة عدم صدور اعتراض صريح منهم<sup>(1)</sup>.

فالرضا المفترض للأسرة، يحق للطبيب أن يباشر استئصال الأعضاء اللازمة من الجثة ما دام لم يصله اعتراض من الأقارب في وقت مناسب، فهناك قرينة بالرضا لمصلحة الطبيب، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس عن طريق الاعتراض، فلا يجوز للطبيب في هذه الحالة أن يقوم بالاستئصال من الجثة سرا وخفية دون علم الأقارب لأن ذلك يعد خيانة للأمانة التي يضعها المرضى في الطبيب.

ففي الأحوال التي يكون فيها المريض في حالة غيبوبة طويلة، وحيث يبدأ الأطباء في مواجهة احتمال عملية استئصال، لأن المخ على وشك الموت، فإنه من المستحب أن تخطر الأسرة بذلك ويعزم الأطباء على الاستئصال، ولكن لا يجب أن ينتظر الأطباء حتى وصول الموافقة فالإخطار وعدم الرد في وقت مناسب من الوفاة، يعتبر بمثابة عدم اعتراض يخول الأطباء الحق بالبدء في الاستئصال<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - سميرة عابد الديات، مرجع سابق، ص 296.

<sup>2</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 433.

## الفرع الثاني

## استئصال الأعضاء دون موافقة الأسرة

لقد تم القول أنه لا يمكن المساس بالجثة إلا بعد موافقة الأقارب بالموافقة الصريحة أو المفترضة، المعتمدة في التشريع الجزائري، وبالتالي يحق للطبيب استئصال الأعضاء من جثث الموتى بدون موافقة أحد، وهذا ما تم استحداثه في قانون رقم 18-11، فيتصرف باسم المجتمع والصالح العام، وذلك استنادا إلى فكرة الاستعجال لتبرير هذا الاستئصال (أولا)، وكذلك استنادا إلى فكرة تأميم الجثث (ثانيا).

## أولا - استئصال من الجثث في حالة الاستعجال

يجوز للطبيب المساس بالجثة من أجل استئصال الأعضاء منها بدون موافقة أحد، وهذا عندما يتعلق الأمر بحالة الاستعجال التي لا تقبل التأخير، كأن يتعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المناسب أو خوفا من فساد العضو المراد نقله، أو عندما تتطلب الحالة الصحية للمتلقى التدخل السريع بنقل العضو إليه لإنقاذ حياته<sup>(1)</sup>.

يمكن الإشارة إلى أنه استحدثت المشرع في قانون الصحة وترقيتها بالقانون رقم 90-17 لسنة 1990 أنه أجاز صراحة استئصال القرنية والكلية من الجثة دون الحصول على موافقة المتوفى وحتى أقاربه، وهذا ما جاء في نص المادة 4/164 على أنه: « غير أنه يجوز انتزاع 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 الحاجة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون ».

فيتضح من خلال هذه المادة أنه يمكن استئصال الأعضاء من الشخص المتوفى بدون الحصول على موافقة أحد أي دون موافقة الأسرة، بشرط تقرير حالة الاستعجال من طرف اللجنة الطبية، وبشرط استئصال القرنية أو الكلية فقط دون سواها نظرا لسرعة إتلاف العضو.

<sup>1</sup> - عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص ص 660 - 661.

غير أنه تم إلغاء هذا النص في التعديل الأخير لقانون الصحة 18-11، ما يعاب على موقف المشرع الجزائري أنه لم يكرسه كقاعدة عامة نظرا لأهمية هذا الاستئصال وإنقاذ العديد من المرضى المهتدة حياتهم بالموت وهما بحاجة ماسة إليها من جهة.

ومن جهة أخرى، سيكون على حساب التضحية بإرادة الشخص وحقه في تقرير مصير جثته بعد وفاته، لذلك ناشد المشرع الجزائري بضرورة إعادة إصدار قانون جديد آخر يلم جميع جوانب ما يتعلق بنقل وزرع الأعضاء البشرية، ويكرس فيها دور إرادة الشخص وحرية في تقرير مصيره بنفسه وإلغاء المواد التي يمكن أن تشكل خطرا واعتداء على سلامة جسده، فيجب أن لا تكون المواد القانونية خاصة في هذا المجال عامة.

إستحدث المشرع الجزائري فقرة جديدة بتعديل قانون رقم 18-11 بإستئصال الأعضاء دون موافقة الأسرة في المادة 6/364، التي تنص على أنه:

**« يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة الواردة في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، عندما ولظروف إستثنائية، لا يمكن الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقى الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته ».**

يتضح من أحكام هذه الفقرة أنه إذا لم يكن في الإمكان الحصول على موافقة أفراد أسرة المتوفى، فإنه يجوز للطبيب أن يقوم بالمساس بالجثة واستئصال العضو المحتاج إليه، لزرعها للمريض الذي هو بأمس الحاجة إليها دون موافقة أحد، إلا بالحصول على موافقة اللجنة الطبية.

قد قرن المشرع هذه الحالة بحالة الاستعجال، التي يكون فيها المريض بأمس الحاجة لهذا العضو، لإنقاذ حياته من خطر الموت الذي يتهدهده، ولا يكون هناك بديل آخر غير نقل هذا العضو إليه، ويمكن تفسير ذلك بأن المشرع الجزائري قد رعى المنفعة العامة التي تعود على المجتمع بعد عملية الزرع، بمعنى أن النفع الذي يعود من عملية استئصال من الجثة لزرعها في جسم شخص حي هو في حاجة إليها يزيد في مجمله عما كان عليه قبل إجراء هذه العملية.

إذن فالتدخل للمساس بالجثة واستئصال أعضاء منها في حالة الاستعجال التي تفرضها ظروف المتلقي، وتقرير حالة الاستعجال من عدمه يعود لاختصاص اللجنة الطبية، وهذه الأخيرة هي التي تقرر الفصل بخصوص المساس بالجثة للاستئصال من غيره<sup>(1)</sup>.

### ثانيا - نظام تأميم الجثة

يعتبر هذا النظام أن الجثة ملكا للدولة تتصرف فيها كيفما تشاء ضمن إطار المصلحة العامة، فالجثة حسب هذا النظام ليست مملوكة للشخص أو أسرته، بل هي من حق المجتمع، وحقوق المجتمع يجب أن تكون لها الأولوية على جثة الميت.

فيرى الفقيه الإيطالي GIOVANNI، أن ضرورة تغليب حقوق المجتمع على الحقوق المعنوية للأسرة بشأن صيانة الجثة<sup>(2)</sup>، ويقوم هذا النظام على أساس ضرورة مسايرة القانون للتقدم الطبي، فالموافقة كانت ضرورية في وضع طبي لا تستخدم فيه الجثة إلا للتشريح لمعرفة أسباب الوفاة، ومن ثم فلا استعجال ويمكن الحصول على موافقة الأقارب بتأني، أما إذ نجحت عمليات زرع الأعضاء ونجاحها يستلزم سرعة القيام بالاقطاع من الجثة بعد الوفاة مباشرة، فإنه لا بد من الاستغناء عن موافقة الأقارب أي يجب ترجيح المصلحة الإنسانية العامة والمؤكدة على مصلحة الأسرة<sup>(3)</sup>.

من هذا المنطلق يستطيع الطبيب بمفرده ودون حاجة للحصول على موافقة أحد أقارب المتوفى تقدير مدى ملائمة إجراء عمليات استئصال الأعضاء من الجثث لنقلها إلى شخص آخر، ويستند تصرف الطبيب في مثل هذه الحالات إلى فكرة المصلحة العامة<sup>(4)</sup>. كما يشمل هذا النظام بعض الحالات الأخرى، كالاستئصال من الموتى المحكوم عليهم بالإعدام، وموتى الحوادث الذين تشرح جثثهم، وموتى مجهولي الشخصية.

<sup>1</sup> - نصر الدين مروك، مرجع سابق، ص 441.

<sup>2</sup> - عبد الكريم مأمون، رضا المريض...، مرجع سابق، ص 659.

<sup>3</sup> - انظر كل من أسامة علي عصمت الشناوي، الحماية الجنائية...، مرجع سابق، ص 333.

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 211.

<sup>4</sup> - إفتكار مهيبوب ديوان المخلافي، حدود التصرف...، مرجع سابق، ص 369.

حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية...، مرجع سابق، ص 212.

**1 - الاستئصال من الموتى المحكوم عليهم بالإعدام**

تتازع الفقه حول إمكانية الحصول على أعضاء الموتى المحكوم عليهم بالإعدام، فظهر اتجاهان، الأول يجيز استئصال الأعضاء البشرية دون أخذ موافقتهم قبل الإعدام، أو موافقة أقاربهم بعد تنفيذ الإعدام، بحجة أن حكم الإعدام هو جزاء الجريمة التي اقترفها الجاني، لذلك يكون على المحكوم عليه أن يعرض المجتمع بشيء ما، وهو التبرع بعضو من جسده إلى أشخاص بحاجة إليه<sup>(1)</sup>.

كما يرى اتجاه آخر عدم إمكانية إجبار المحكوم عليه بالإعدام أن يتنازل عن أعضائه إلا في الحدود والنطاق الذي حدده القانون، فلا يتنازل عن جثته بعد وفاته رغما عنه، 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 تحل إرادة السلطة العامة محل إرادة الشخص، ويجب أن تسلم السلطة العامة جثة الشخص المحكوم عليه بالإعدام لأسرته كاملة متى طلبت ذلك لدفنها<sup>(2)</sup>.

**2 - الاستئصال من موتى الحوادث الذين تشرح جثتهم**

يرى هذا الاتجاه إلى إمكانية الحصول على الأعضاء البشرية من القتلى الذين ينقرر تشريح جثتهم، لمعرفة سبب الموت دون حاجة إلى موافقة أحد كما أن تشريح الجثة يؤدي إلى تشويهها، وطالما الأمر كذلك فإن أخذ بموافقة أقارب المتوفى إذا كانت هناك حاجة لاستئصال أعضاء من الجثة، لكن في الحقيقة أن هذا الرأي محط النظر أين يجب 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 عائلته<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، (دراسة مقارنة)، دار العلمية الدولية، الأردن، 2004، ص 156.

<sup>2</sup> - سميرة عايد الديات، عمليات نقل...، مرجع سابق، ص 322.

<sup>3</sup> - حسني عودة زعال، التصرف...، مرجع سابق، ص 158.

## 3 - الاستئصال من الموتى مجهولي الهوية

إن الاستيلاء على الأعضاء البشرية من جثث الموتى مجهولي الهوية، والأشخاص الذين لا يوجد لديهم أقرباء يتولون دفنهم، وضع لهم القانون إمكانية حصول على المصاريف الدفن في دار النقاها ودار العجزة الذين يدفنون من قبل أمانة العاصمة، ويمكن الحصول أيضا على مصاريف الدفن في مستشفيات الأمراض العقلية في حالة عدم وجود من يقوم بدفنهم<sup>(1)</sup>.

يلاحظ أن المشرع الجزائري ساير الاتجاه الأول الذي يجيز استئصال الأعضاء دون موافقة أحد، ورفض مسaire الاتجاه الثاني الذي يأخذ بتأميم الجثة، باعتبارها ملكا للدولة حيث تتصرف فيها كيفما تشاء، لكن مع العلم أنه تبقى مسألة الاستئصال مسألة إرادية يجب الحصول إما على موافقة المتوفى أو أسرته.

غير أن مسألة الاستئصال من جثث مجهولي الشخصية تشكل مصدرا هاما للاستئصال الأعضاء البشرية التي يمكن للدولة مراعاة مثل هذا التصرف الأخلاقي والنبيل أين نناشد حقا مراجعة قانون الصحة من طرف المشرع الجزائري الذي هو بعيد كل البعد عن تنظيم هذه المسائل إذ نجد غياب تام للضوابط والأحكام التي تنظم الأعضاء من الجثة دون موافقة الأسرة، رغم أهميتها الطبية والأخلاقية في تطوير العلوم الطبية مراجع دقيقة بمراعاة جميع جوانبها.

لذا، حبذا لو ساير المشرع الجزائري على التطورات الحاصلة في ميدان الطب بإصدار أحكام وضوابط تنظم هذه المسألة، وطرق الحصول عليها وكيفية الاستفادة منها، من أجل الاستفادة من التطور العلمي الحاصل في الميدان الطبي، لتقادي أي استغلال للأجنة البشرية.

<sup>1</sup> - عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص 135.

## ملخص الباب الأول

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الإنجازات الطبية، لأنها تبعث أمل الحياة في نفوس الكثير من المرضى، وهي تمثل أسمى معاني التضامن الإنساني، التي يتم التضحية والتنازل عن حق إنسان ببقاء أعضاء جسده أو جثته مكتملة العدد والوصف حفظاً لمصلحة إنسان آخر من المحتمل بقاءه على قيد الحياة إن تم نقل تلك الأعضاء إليه وحمايته من الموت محتمل الوقوع إن لم يتم هذا النقل، بالمقابل فإن تلك العمليات تبعث في المجتمع خوفاً كبيراً لما تثيره من مشاكل وتعقيدات نظراً لخطورتها.

كما أن هذه العمليات الصعبة والمعقدة لا تتم إلا بعد التحقق من رضا المتبرع والمريض وذوي الحقوق، وأن تصرفه كان تبرعاً منه وأداءً لدوره الأخلاقي والإنساني الذي يتطلع مجتمعه إلى المبادرة في تقديمه عندما يتطلب الأمر ذلك.

فيعتبر مبدأ حرمة جسم الإنسان من أهم المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون، وما يترتب عنه من عدم جواز إخضاع جسم الإنسان إلى أي اتفاق قانوني، فهو كقاعدة عامة يخرج عن دائرة التعامل القانوني لأن هذا المبدأ متعلق بالنظام العام، لذا لا يمكن الاتفاق على أن يكون جسم الإنسان محلاً للعقود الخاصة، خاصة الاتفاقات التجارية.

فبالنسبة لموضوعنا عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، تم التطرق للمسائل ذات الصلة المباشرة بعمليات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء ومن جثث الموتى، ومنها على الخصوص شروط إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالتطرق إلى مفهوم الرضا، وشروط تجسيده وحق العدول عن تبرعه، وأيضاً التزامات المترتبة على عاتق الطبيب ووجوب إجراء هذه العمليات في المؤسسات الطبية المرخص لها.

وفيما يخص زرع الأعضاء من جثث الموتى منها ضرورة التحقق من الوفاة قبل استئصال العضو من جثة الميت ونقل الأعضاء في مرحلتي الإنعاش الصناعي ودرجات الغيبوبة ومنها التطرق إلى مختلف الضوابط الشرعية والقانونية لاستئصال الأعضاء من جثث.

الباب الأول: الأحكام الموضوعية لضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء  
ومن جثث الموتى

وسعى على إبراز التنظيم القانوني لهذه العمليات، يظهر حرص القانون والفقه والشريعة الإسلامية على أعمال بالقواعد والضوابط التي تنظم هذه الممارسات، لذا حاول الفقه إيجاد أساس قانوني لمشروعية هذه العمليات، باعتمادها على عدة نظريات قانونية، وهذا ما اتفق به التشريع الجزائري على إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أين توصل إلى إجازة استئصال الأعضاء من الأحياء ومن جثث الموتى، وذلك في قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، المتعلق بقانون الصحة، كما اعتمدت الجهات الإدارية والطبية المختصة بهذه العمليات على الفتوى الصادرة من المجالس الإسلامية الأعلى سنة 1872، التي أجازت مشروعية هذه العمليات الجراحية الصعبة والحساسة جدا وهذه الإجازة مرتبطة بمراعاة الضوابط العديدة التي حددها القانون سواء بطبيعة طبية أم إدارية.

كما تتلخص مبدئيا الضوابط القانونية والشروط التي يجب احترامها ومراعاتها والخضوع لممارستها في العمل الطبي ويضاف ما يلي

- يجب أولا الحصول على رضا المتبرع بالعضو ويجب أن يكون هذا الرضا صادرا عن إرادة حرة متبصرة، ويجب أن يكون هذا الرضا صادرا عن إرادة حرة متبصرة، كما أجاز حق العدول عن الموافقة في أي وقت ودون الخضوع لأحكام المسؤولية.
- أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تشترط من المتبرع بالعضو أن يكون كامل الأهلية، كما حظر نقل الأعضاء من القصر إلا في حالة نزع الخلايا الجذعية لصالح أخ أو أخت، وأيضا ضرورة الحصول على رضا المريض والالتزام بتبصيره.
- عدم مخالفة عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى للنظام العام والآداب العامة، فيجب أن يكون هذا الاستئصال لغرض علاج شخص مريض بحاجة ماسة إلى هذا العضو لإنقاذ حياته، كما يجب مراعاة جسم المتبرع بألا يتضرر في تبرعه من أداء واجباته الاجتماعية، فالقوانين أجازت التعامل بالأعضاء البشرية بغرض تحقق مصلحة علاجية راجحة غير أنه استثنت أعضاء معينة من دائرة التعامل فيكون تبرعها باطلا حتى ولو بموافقة الشخص الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، الأحادية الغير متجددة.

الباب الأول: الأحكام الموضوعية لضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء  
ومن جثث الموتى

---

- وجوب توفر حالة الضرورة للاستئصال من خلال التأكد من عناصر المتمثلة في عناصر الخطر بالمريض المهددة حياته بالموت في حالة عدم نقله العضو.
- فيما يخص شروط ذات طبيعة طبية تتعلق بحالة طرفي العملية أي المتبرع والمريض، ومنها ما يتعلق بالعضو المنقول نفسه وكيفية التعامل معه من ناحية حفظه، وأيضا مراعاة توافق أنسجة كل طرفين.
- أما الشروط ذات الطبيعة الإدارية، تتعلق بمكان إجراء هذه العمليات كما سبق ذكرها، وقيود خاصة بالأطباء المسموح لهم بتنفيذ هذه العمليات الحساسة والمعقدة إلا في الأماكن المرخصة بها، كما يجب أن لا يخضع التبرع بالعضو إلى صفقة مالية، فحظر القانون بالحصول على مقابل مالي أثناء القيام بمثل هذه العمليات.
- أما فيما يخص نقل الأعضاء البشرية من جثث الموتى، فيجب احترام المعايير الحديثة للوفاة والتي تأخذ بمعيار موت الدماغ وضرورة الحصول على رضا الشخص أثناء حياته بخصوص الاستئصال من جثته بترك وصية على ذلك أثناء حياته أو الحصول على موافقة أقاربه.

## الباب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على مخالفة ضوابط الرضا في  
نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعد عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية عملية خاصة مقارنة بالعمليات الطبية المعروفة إذ تنطوي على خصوصيات وشروط خاصة تقتضيها مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري، وتعتبر هذه الشروط ضرورية لإتمام العملية بنجاح دون تعريض المتبرع والمريض للخطر، كما أن الإخلال بها يعد خرقاً للهدف المقرر من الناحية الصحية لأطراف العملية وهو ما ينجر عنه مساءلة كل متدخل ساهم بشكل أو بآخر في إحداث الضرر حيث لا يكفي إثبات خطأ الطبيب فقط، بل لا بد من إثبات وجود ضرر لحق بالمريض، ومن ثم تظهر أهمية الضرر باعتباره الركن الثاني من أركان المسؤولية وقيامها، سواء أن كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

تقوم المسؤولية المدنية على فكرة إصلاح وجبر الأضرار مادية كانت أو معنوية، وفي كثير من الحالات، يتم التعويض عن ضرر تفويت فرصة العلاج أو الشفاء أو تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة، ومنه تظهر أهمية ركن الرضا إذ أن انتفائه يؤدي إلى عدم قبول الدعوى المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وذلك تبعاً لقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة" لأن هذا الالتزام يقوم على مبدأ حفظ كرامة الإنسان وهو مبدأ دستوري يتعدى دائرة العقد الذي يربط الطبيب بالمريض (الفصل الأول).

وتقوم المسؤولية العقابية جراء تخلف الشروط والضوابط القانونية للرضا في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية التي تتفرع بدورها إلى المسؤولية الجنائية أين يسأل الطبيب جنائياً في حالة استئصال عضو من أعضاء جسم إنسان حي وخالف أصول وضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ثم إلى المسؤولية التأديبية الإدارية التي تقوم في حالة إخلال الطبيب بالواجبات التي تفرضها أصول المهنة التي يمارسها، فبالنسبة للأطباء يتعلق ذلك بسلوكهم اتجاه المرضى، وهذا السلوك ألزمته به قوانين المهنة وتشريعاتها والتي أصبح الأطباء ملزمين بالتقيد بها إذ يخضعون بالمرافق الاستشفائية لجهتين من التأديب، جهة تأديب وفقاً لمدونة أخلاقيات الطب، وجهة تأديب طبقاً للأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

تكون للجهة المستخدمة صلاحية ممارسة السلطة التأديبية طبقاً للمادة 221 من مدونة أخلاقيات الطب، ذلك أن ممارسة السلطة التأديبية لا يكون مانعاً أو عائقاً في قيام الجهة

## الباب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على مخالفة ضوابط الرضا في نقل وزرع الأعضاء البشرية

المستخدمة هي الأخرى بممارسة السلطة التأديبية وفقا للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية باعتبار أن الأطباء هم كذلك موظفين يخضعون لهذا القانون (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### المسؤولية المدنية إثر تخلف ضوابط الرضا

تعد المسؤولية المدنية التزام الشخص بالتعويض عن الضرر الذي سببه للغير إما نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبند الاتفاق أو الالتزام الذي في ذمته، ففي المجال الطبي تقوم المسؤولية المدنية الطبية بالتزام تعويض المريض أو المتبرع عما حل به من أضرار مادية أو معنوية بسبب الخطأ الطبي، والدعوى المدنية التي يرفعها المتضرر أو ذويه هي الوسيلة الوحيدة للحصول على التعويض.

يسأل الطبيب عن مخالفته للشروط اللازمة لممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية خاصة منها شرط الحصول على الرضا والإعلام والتبصير الذي يعد التزام قانوني يفرضه كل من قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب.

غير أنه لا تقوم مسؤولية الجراح إلا إذا ارتكب خطأ، يسعى أحيانا إلى اللجوء إلى الغش واستخدام أساليب كاذبة لدفع المريض بقبول إجراء مثل هذه العمليات الصعبة، فيترتب على هذا الإخلال المسؤولية العقدية أو التقصيرية، التي سوف نتطرق إليها من خلال المسؤولية في حالة الإخلال بركن الرضا(المبحث الأول)، كما يتقرر للطرف المضرور أن يرفع دعوى التعويض جراء الأضرار اللاحقة به (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### المسؤولية المدنية كجزاء للإخلال بركن الرضا

#### في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يعتبر الإخلال بالحصول على شرط الرضا خطأ طبي ذات طابع إنساني وأخلاقي، في شأنه يجعل العمل غير مشروع، باعتباره من بين الشروط الأساسية لمشروعية هذا النوع من التدخلات الطبية الحديثة، وعليه إذا قام الطبيب بنقل عضو من شخص دون موافقته، أو استخدام وسائل احتيالية أو إكراه أو غش، أو إخلال بالتزام بالإعلام، أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون الحصول على الرضا الحقيقي للشخص الخاضع للتعامل، فإن الطبي يساءل قضائية في هذا الخصوص لذا تستلزم قيام جميع أركانها، فلا بد من تحديد التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب على أساس تخلف ركن الرضا (المطلب الأول)، كما تستلزم قيام جميع أركانها وما يقع من تعويض الناجم عن الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### التكييف القانوني للمسؤولية المدنية عن تخلف روابط ركن الرضا

لم يرد نص خاص في التشريعات الوضعية توضح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، لذلك وقع جدل وثار عدة تساؤلات ومناقشات حول هذا الوضع وعلى وجه الخصوص الفصل بين دائرة المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية. يستوجب وضع التكييف الحقيقي لمسؤولية الطبيب البحث في أوجه النشاط الذي يمارسه الطبيب ومصدر التزامه فيما إذا كان التزاماً قانونياً أو عقدياً في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية في مساءلة الطبيب على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية (الفرع الأول)، أو على أساس المسؤولية العقدية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## مساءلة الطبيب الجراح على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية

تتم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات والمؤسسات الصحية المرخصة لها بذلك التابعة للقطاع العام، مما يعني أن علاقة الطبيب بالمتبرع أو المريض هي علاقة غير مباشرة، لا مجال للحديث عن وجود عقد علاج بينهما، باعتبار أن المتبرع أو المريض ليس بإمكانهما اختيار الطبيب، فلا مجال للطبيب مناقشة بنود العقد، مما تجلعه أولاً في وضعية تنظيمية تابعا للمؤسسة المستخدمة، فلا يجوز اعتبار علاقة الطبيب بالمتبرع أو بالمريض علاقة عقدية، بل تعد من طبيعة إدارية فلا يمكن مساءلة هذه المؤسسة الصحية على أساس المسؤولية العقدية من طرف المتضررين، بل يمكن مساءلته على أساس مسؤولية تقصيرية ناتجة عن إخلال بالتزام قانوني وهو الحصول على رضا متبصر<sup>(1)</sup>.

ومن الحالات التي يتساءل فيها الطبيب الجراح تقصيرياً<sup>(2)</sup>، تتمثل في انتفاء الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية (أولاً)، و بطلان الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية (ثانياً).

1 - عبد الرحمن فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 25.

2 - قد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المسؤولية الطبية تتعد في حالة الإهمال أو الطيش أو الجهل بالأشياء التي يتعين على الطبيب معرفتها وقد اعتبر هذا الحكم فتحاً جديداً في مجال الطب، لأنه لم يكن يعترف في الأصل بأي مسؤولية على الطبيب في أدائه لعمله لأن مهنتهم تقتضي منهم علاج المريض فهو لا يسأل إذا عالج، ولم يترتب على العلاج عودته لحالته الطبيعية، وقد استعملت عبارات الإهمال وعدم الالتزام بأصول المهنة وعدم الاحتياط والرعونة والجهل وغيرها، كما عدلت، كما عدلت محكمة النقض الفرنسية من مبدأ المسؤولية التقصيرية واعتبرتها تخضع للمسؤولية العقدية، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن طبيعة المسؤولية الطبية للطبيب الذي لا يحترم إرادة المريض تقوم على أساس خطأ طبي عقدي نشأ عن الإخلال بالتزام رتبة العقد الطبي على عاتق الطبيب.

كما قررت المحكمة أن هناك عقد يقوم بين الطبيب والمريض يضع على عاتق الطبيب التزاماً إن لم يكن بشفاء المريض، فعلى الأقل أن يقدم له العناية الواجبة والحريصة، مع الأخذ في الاعتبار الظروف الاستثنائية التي تتفق مع المعطيات المستقرة للعلم، والإخلال بهذا الالتزام ولو من غير تعمد يجد جزاؤه في مسؤولية من ذات الطبيعة - أي الطبي العقدية - وتتميز الدعوى المدنية التي تتحقق بها مثل هذه المسؤولية في مصدرها عن الواقعة المكونة للمخالفة الجنائية، ولا تخضع بالتالي للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة 638 من إجراءات جنائية. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزراعة الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص 537.

## أولاً - انتفاء الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية

في حالة قيام الطبيب بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو أي تدخل طبي على المريض الخاضع لمثل هذه العمليات الجراحية دون أن تكون هناك رابطة عقدية بينهم سواءً من شخص حي أو من جنث الموتى، تترتب عليه مسؤولية تقصيرية.

كما نجد حالات أخرى يمارس الطبيب عمله الطبي دون الاستناد إلى عقد أو اتفاق بينه وبين المريض الذي سيعالجه كحالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه، أو بناءً على دعوة من الجمهور من أجل إنقاذ المريض الذي هو بأمرس الحاجة للمساعدة هنا يعتبر عمله من قبيل الفضالة فالطبيب لا يعرف المريض، ولكنه تواجد في الوقت الذي يكون المريض يشعر بتعب فتطوع لعلاج<sup>(1)</sup>، أما عن طبيعة المسؤولية الخاضع لها لا يمكن اعتبارها أو وصفها بأنها مسؤولية عقدية لعدم توفر العقد الطبي لذا تعتبر بمسؤولية تقصيرية<sup>(2)</sup>.

كما يتعلق السبب الثاني بتدخل الطبيب الذي يمارس مهامه في مستشفى عام تتمثل علاقة الطبيب بالمستشفى الذي يتبع له بأنها علاقة قانونية تنظيمية تخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالتوظيف وليست تعاقدية، وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية الطبيب عن الضرر اللاحق بالمريض بسبب خطئه في مستشفى عام تعد تقصيرية وليست عقدية.

ويتعلق السبب الثالث بالخدمات المجانية التي يقدمها الطبيب التي ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى نفي الصفة العقدية عن الخدمات المجانية باعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، لكن الواعد الذي هو الطبيب بأداء الخدمة مجاناً لم يقصد أن يرتب التزاماً في ذمته، فمثل هذه الالتزامات يكون مصدرها اللياقة والمجاملة ولا تشكل بالنسبة للطبيب الجراح إلا واجب أدبي، وعلى هذا الخصوص لا تترتب عنها إلا مسؤولية تقصيرية في حالة إحداث خطأ، غير أنه ذهب بعض الفقه إلى جعل مسؤولية الطبيب عن الضرر الحاصل تعاقدية على أساس أن الضرر الحاصل تعاقدية لأن قيام عقد العلاج لا يتنافى مع العلاج المجاني.

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، المرجع نفسه، ص 543.

<sup>2</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 92.

## ثانيا بطلان الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية

يكون العقد باطلا طبقا للقواعد العامة في حالة تخلف ركن الرضا الذي هو ركن جوهري وأساسي لصحة العقد أو تخلف المحل أو يكون السبب غير مشروع، لهذا فإن المسؤولية المترتبة عنه تكون تقصيرية.

إذ يتعلق السبب الأول بحالة تخلف رضا المريض الذي يكون العقد الطبي باطلا إذا أجرى الطبيب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون الحصول على رضا الأطراف المعنية بالعملية منه المتبرع والمريض حسب الحالة، أو كان الرضا المتحصل عليه باطلا لعدم توافره على شروط الاعتداد به قانونا.

كما يتعلق السبب الثاني بعدم مشروعية المحل إذا كان ممنوعا من قبل القانون، أو مخالف للنظام العام والآداب العامة وهذا ما نصت عليه المادة 93 من ق.م.ج<sup>(1)</sup>، ففي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يعتبر محل التزام الطبيب الذي هو استئصال الأعضاء من أجل زرعها لأحد المرضى محلا مشروعاً، وهذا ما نص عليه قانون الصحة الجزائري، الذي سمح باستئصال بعض الأعضاء، لكن منع التنازل عن جميع الأعضاء أثناء الحياة أو استئصال أحد الأعضاء المنفردة في جسم كالقلب مثلا، فاستئصال مثل هذا العضو يؤدي إلى وفاة الشخص<sup>(2)</sup>.

ويتعلق السبب الثالث في حالة عدم مشروعية السبب إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة<sup>(3)</sup>، إذ يمكن تصور عدم مشروعية السبب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء لهدف علمي بدون اعتبار مصلحة المريض، أو قصد مساعدة شخص ما على التهرب من الخدمة الوطنية<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 93 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005 على أنه:

« إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا ».

<sup>2</sup> - خليفة مشكور، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001، ص 11.

<sup>3</sup> - تنص المادة 97 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005 على أنه:

« إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا ».

<sup>4</sup> - خليفة مشكور، مرجع سابق، ص 16.

عالج المشرع الجزائري مسؤولية الطبيب التقصيرية من خلال قانون الصحة رقم 18-11 في مادته 430 حيث أكد على أنه:

« يعاقب كل من يخالف أحكام هذا القانون المتعلقة بنزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها، طبقاً لأحكام المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات ». كذلك تضمنت مدونة أخلاقيات الطب، في المادة 10 منه أنه لا يجوز للطبيب أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي طريقة أو صورة كانت<sup>(1)</sup>.

اتجه المشرع الجزائري نحو فكرة ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهامه، وفي حالة عدم احترام الطبيب للالتزامات الواجب القيام بها، يحق لمن تضرر من ذلك رفع دعوى قضائية أمام المحاكم المدنية طبقاً لنص المادة 221<sup>(2)</sup> من مدونة أخلاقيات الطب على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يخالف فيها الطبيب بواجبه القانوني<sup>(3)</sup>، كما أضافت المادة 14<sup>(4)</sup> من نفس المدونة، على منع الطبيب ممارسة مهنته في ظروف تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية.

### الفرع الثاني

#### مساءلة الطبيب الجراح على أساس قواعد المسؤولية العقدية

يعرف Savatier العقد الطبي بأنه: « اتفاق بين طبيب من جهة والمريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض، عند طلبه المشورة والعناية الصحية »<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 10 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ج.ج. عدد 52، صادر في 08/07/1992 على ما يلي:

« لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 221 من م.أ.ط على ما يلي:

« يمكن إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه، ويعين الفرع النظامي الوطني الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منصبّة على عضو من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن، يبعد هذا العضو ولا يحضر جلسات لجنة التأديب ».

<sup>3</sup> - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 366.

<sup>4</sup> - تنص المادة 14 من م.أ.ط على ما يلي:

« ... ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية ».

<sup>5</sup> - SAVATIER René, AUBY (J.M), "Le contrat médical est une convention entre un médecin d'une part, un patient ou ses représentants, de l'autre par laquelle le médecin accorde au patient, sur sa demande des conseils et des soins de santé", Traité de droit médicale, Paris 1959, p 211.

نكون بصدد المسؤولية العقدية للطبيب في حالة تعاقد هذا الأخير مع المريض، وينتج عن تنفيذ العقد ضرر لهذا الأخير، كالإخلال بالالتزام ببذل العناية اللازمة أو الإخلال بالحصول على رضا المريض فهذا يشكل خطأ مدنيا أساسه إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية والقانونية التي يفرضها العقد الطبي.

تتم متابعة الطبيب وفقا لقواعد المسؤولية العقدية مبدئيا ووفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية استثناء، تستند المسؤولية العقدية على أساس الإخلال بالتزامات التي يكون مصدرها العقد الطبي، وقد تم إقرارها قضائيا لأول مرة من قبل محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 في قضية الزوجين الشهيرة بـ Mercier، والتي اعتبرت فيها محكمة النقض أن المسؤولية الطبية ليست تقصيرية وإنما عقدية، وأن أساس الالتزام لا يكون بتحقيق نتيجة بل يكون ببذل عناية، فالطبيب لا يلزم بشفاء المريض.<sup>(1)</sup>

إذا تعاقد الطبيب الخاص - الذي يمارس الطب في عيادته الخاصة - مع المريض لغرض تقديم علاج معين له، ثم نتج عن ذلك ضرر، فلا شك أن تكون مساءلة هذا الطبيب على أساس قواعد المسؤولية العقدية، وعلى هذا الأساس تكون مسؤولية الطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عقدية إذا توافرت الشروط المتعلقة في وجود عقد طبي (أولا)، مما يترتب عنه نشوء خلل أو التزام في العقد الطبي (ثانيا).

### أولا - وجود عقد طبي

يستند قيام المسؤولية العقدية للطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على توفر عقد صحيح بين الطبيب والشخص الخاضع للعملية الذي هو المريض، لذا يعتبر وجود العقد الطبي الذي ثار جدل ونقاش فقهي حول الوصف القانوني الذي يجب إعطائه لعقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب ومريضه، ويرجع ذلك إلى ربطه بمختلف العقود المشابهة له المنصوص عليها في القانون المدني، حيث اختلفت الآراء بين اعتباره عقد وكالة، أو عقد عمل، وحتى عقد مقاوله، فاستقر الرأي على اعتباره عقد غير مسمى<sup>(2)</sup>، أمر واضح في حالة اختيار المريض لطبيبه، ولكي يكون العقد الطبي صحيحا منتجا لآثاره يجب أن تتوفر فيه جميع أركانه

<sup>1</sup> - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 320 - 321.

<sup>2</sup> - عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 29.

التي حددها القانون من رضا، محل وسبب، ويترتب على تخلف أحدهما بطلان المطلق، لذا من شروط صحة العقد ألا يكون مشوباً بعيب من عيوب الإرادة التي تتمثل في الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال، فإذا اقترن الرضا في المجال الطبي بأحد هذه العيوب يكون العقد قابلاً للإبطال<sup>(1)</sup>، غير أن هناك حالات يصعب فيها تحديد وجود عقد أو عدم وجوده كحالة إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في مستشفى خاص لذا نفترض وجود حالتين تتمثل الأولى في وجود تعاقد الأطباء مع العيادات أو المستشفيات الخاصة، و تلتزم هذه الأخيرة بتعيين الطبيب بمقتضى العقد بعلاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العيادة، فيكون الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يربطه معهم أي اتفاق ولم يقدموا على اختياره، كما أنهم لا يستطيعون رفض خدماته<sup>(2)</sup>، ويكون التكييف القانوني للعلاقة التعاقدية التي تربط هذا الجراح بالمستشفى في العقد الطبي وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير حسب نص المادة 116 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>(3)</sup>، حيث يتعهد هذا الجراح بإجراء العملية على حساب المستشفى الذي يعتبر المشترط لفائدة المستفيد من هذا الاشتراط، أنه يلتزم الطبيب في مواجهة الجهة المشترطة بأن يعالج المرضى، باعتبار أن المرضى هم المستفيدون من الاشتراط، فإذا ارتكب هذا الطبيب خطأ سواء قانوني أو طبي يكون للمستفيد المضرور الرجوع على هذا الطبيب برفع دعوى مباشرة يستمدّها من العقد بمطالبته بتنفيذ الالتزام أو إصلاح الضرر<sup>(4)</sup>.

1 - أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص ص 59-63.

2 - فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2003، ص 194.

3 - تنص المادة 116 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005 على أنه: «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية».

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك».

4 - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 165.

انظر أيضا عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص 123.

وتتمثل الحالة الثانية في اختيار الطبيب المستشفى الخاص الذي يجري فيه العملية للمريض، ويترتب عدم تبعية الطبيب لإدارة المستشفى، وعلى هذا الأساس لا يتعدى دور المستشفى تقديم سرير للمريض ووضع الأدوات الجراحية والمساعدين بين يدي الطبيب وتحت سلطته مقابل أجر معين يدفع للمستشفى، وبالتالي يعتبر الطبيب هو المسؤول عن أي خطأ يحدثه للمريض<sup>(1)</sup>، ويعوض عن الضرر الناتج عن الضرر أساس المسؤولية العقدية.

### ثانياً نشوء ضرر في العقد الطبي

تقوم المسؤولية العقدية للطبيب إذا كان الضرر الذي أصاب المريض ناتج عن عدم تنفيذ التزام واحد من الإلتزامات المتعاقد عليها، فإذا كان الضرر غير ناشئ عن إخلال بالتزامه العقدي انتفت مسؤوليته العقدية<sup>(2)</sup>، ومن بين الإلتزامات التي يربتها العقد الطبي حسن إنجاز العمل المتعاقد عليه بإتباع أصول الطب وفقاً للمعطيات العلمية الثابتة علمياً. ويشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الخاضع للعملية هو المتضرر وهو بذلك إما المتبرع أو المريض حسب الحالة، أما إذا كان المتضرر من الغير كمساعد الطبيب الذي أصيب بجرح أثناء إجراء العملية الجراحية فالمسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### أركان المسؤولية والتعويض عن الضرر الناتج عن عمليات

#### نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتعرض الطبيب عند ارتكابه أفعال مخالفة لقانون العقوبات والقوانين المنظمة لمهنة الطب بعقوبات ويتعرض حريته للحبس والغرامة المالية، لكن هنا نركز على الجرائم غير العمدية وتتمثل في جنحتي القتل الخطأ والجرح الخطأ، يتمثل الركن الشرعي لهما في

<sup>1</sup> - إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 175.

<sup>2</sup> - أحمد حسن عباس الحيازي، مرجع سابق، ص 59، 63.

<sup>3</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 95.

نصوص المواد 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 20 من قانون العقوبات، غير أنهما تختلفان عن بعضهما في جسامته النتيجة المتسببة في النشاط الإجرامي.

إشترط المشرع الجزائري تحديد أركان المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية (الفرع الأول)، مع تحديد الركن المادي الذي يتمثل في الضرر الطبي المعوض عليه الذي يصيب الضحية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أركان المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية

إن المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما هي إلا صورة من صور المسؤولية المدنية، لذا اشترط المشرع الجزائري لقيامها توفر جميع أركانها، فلا يكون الطبيب مسؤولاً إلا في حالة ارتكابه خطأ طبي (أولاً) أحدث بموجبه ضرر للمريض (ثانياً)، وبالتالي نجد في بعض الحالات تحقق صعوبة إثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية (ثالثاً).

#### أولاً - الخطأ الطبي

لم تتضمن النصوص القانونية المتعلقة بممارسة الطب، تعريفاً للخطأ الطبي لا في مدونة أخلاقيات الطب أو في قانون الصحة، باعتباره أحد أركان المسؤولية المدنية، سواء العقدية أو التقصيرية، فالخطأ بصفة عامة هو سلوك سلبي مخالف لواجبات الحيطة والحذر<sup>(1)</sup>.

وعرف العميد عبد الرزاق أحمد السنهوري الخطأ بأنه إخلال بالتزام قانوني<sup>(2)</sup>، أما في المسؤولية المدنية يعتبر إخلال الطبيب بالحصول على رضا المريض مخالفة للواجبات

<sup>1</sup> - يعرف أيضاً الخطأ بأنه خروج الطبيب عن أصول مهنته وعدم بذله العناية المعتاد التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته، انظر عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الألفي، الإسكندرية، 1995، ص 71.

<sup>2</sup> - كما يفرق بين الخطأ العقدي لأنه إخلال بالتزام عقدي يرتب المسؤولية العقدية والتي قد تكون مبنية على التزام بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية، أما الالتزام في المسؤولية التقصيرية فيعتبر الإخلال بخطأ فهو دائماً التزام ببذل عناية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، وكان هذا الانحراف خطأً يستوجب مسؤوليته التقصيرية.

انظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص 643.

الملقاة على عاتق الطبيب بموجب القوانين المنظمة للمهنة، كما تعد واجبات مرتبطة بما توحيه المهنة من ثقة واطمئنان على جسد وروح المريض<sup>(1)</sup>.

يعرّف الخطأ هو عدم مراعاة المعايير والقوانين التي تنظم علما أو فنا جسيما وغير عادل، وفي الكثير من الأحيان يشترط أن يكون عاما يمس بمجموعة من الأفراد<sup>(2)</sup>.

يتخذ خطأ الطبيب حين إخلاله بالحصول على رضا المريض في مجال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية صورا متعددة، كأن يتأخر في تنفيذ الالتزام للحصول على الرضا بعد القيام بالعمل الطبي، أو ينفذ الالتزام بشكل معيب كالحصول مثلا على الرضا دون تبصير سابق، وقد يثبت الخطأ حتى في حالة تمكن الطبيب من تنفيذ إلتزامه لكن تنفيذًا جزئيا كالحصول على الرضا بعد الإعلام، لكن هذا الأخير غير واضح وغير بسيط للمريض<sup>(3)</sup>، كما نجد من بين التزامات الطبيب ضرورة حصوله على رضا المريض بالعلاج ينبغي أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك.

وفي الحالات التي يستحيل فيها التعبير عن رضاه كالضرورة القصوى و الإسعافات المستعجلة، والتي لا يمكن للطبيب أخذ موافقة المريض أو التعاقد معه ولا يتمكن الاتصال بأقاربه، فإن الواجب الطبي والإنساني يقتضي على الطبيب إسعاف المريض دون الحصول على موافقته، وهذا ما نصت عليه المادة 1/52<sup>(4)</sup> من مدونة أخلاقيات الطب.

اعتبر الفقهاء أنه في مثل هذه الحالات لا يحتاج الطبيب إلى الرضا فهو مفترض لأنه لو كان المريض صاحيا ولغريزة حب البقاء على قيد الحياة وبما سيقدمه له الطبيب من إسعافات، فالرضا هنا مفترض، يستنتج من ظروف الحالة التي عليها المريض<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - سعاد مني، مرجع سابق، ص 12.

<sup>2</sup> - Pour Larousse, «La faute est manquement à une norme, aux règles d'une science ou d'une technique» & PAGES.C, L'obligation de résultat existe telle en Orthopédie, Evolution de la responsabilité professionnelle en chirurgie Orthopédique, Table ronde SOFCOT - Congrès annuel, 2004, p 12.

<sup>3</sup> - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 46.

<sup>4</sup> - انظر المادة 1/52 من م. أ. ط على أنه:

« يتعين على الطبيب أو الجراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لناصر أو عاجز بالغ يسعى جاهدا الأخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ».

<sup>5</sup> - محمد فهد شفقة، "المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب"، مجلة المحامون السورية، العدد 03 و04، 1971، ص 135.

لم يميز المشرع الجزائري بين الخطأ الطبي الجراحي وبين الغلط الطبي<sup>(1)</sup>، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 353 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة التي 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 بمناسبةها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض... ».

يؤخذ على المشرع الجزائري عدم تمييزه بين الخطأ الطبي والغلط الطبيب لأهميته في مجال المسؤولية، كونه ذات أهمية كبيرة بوجه عام وفي مجال الأعمال الطبية على وجه الخصوص، حتى لا تختلط فكرة الخطأ بوصفه سلوكا مرفوضا اجتماعيا بفكرة الغلط الذي يعتبر وهم يتولد في ذهن أي شخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع، ويعتبر كذلك صفة ملازمة للنشاط البشري.

الخطأ الذي يسأل عنه الطبيب هو إخلاله بواجب طبي مفروض عليه بحكم نظام الأعراف الراسخة فيه وخاصة مهنته، أو عن جهله لقواعد مكرسة في العلم الطبي، أو إغفاله للأصول الفنية، أو حتى إهماله للحيطه والحذر الواجب القيام به<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - يرجع سوء التشخيص للطبيب مثلا إلى عدم قدرته عمليا 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 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 فإنه ينتج عنه عند إجراء عملية نقل أو زرع عضو بشري في أحد أجزاء الجسم ظناً منه أن هذا الجزء هو المريض ثم يكتشف أثناء إجراء للعملية الجراحية أن المرض ليس في هذا الجزء، كما يعتبر الخطأ عدم انتباه لا يمكن للأطباء تقاديه، وبالتالي في العادة، هذا الغلط لا يشكل خطأ طبيا يستوجب المساءلة، مثال على ذلك حدوث غلط في التشخيص إذا كانت الأعراض المرضية مشابهة يصعب التوصل للتشخيص الصحيح، نقلا عن أنيسة عبو، ركن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، جامعة ألكلي محند أولحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البويرة، 2016، ص 74. انظر أيضا زاهية حورية سي يوسف، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، عدد خاص 1، 2008، ص 73.

<sup>2</sup> - تجرى عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات العامة، فعلاقة الطبيب بالمريض أو المتبرع هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة، وتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام، فلا يمكن إقامة المسؤولية التقصيرية على المستشفى بسبب أخطاء الطبيب خلال العمل الطبي أو ما يقوم به من عمل فني كالتشخيص والعلاج والجراحة والعناية والمتابعة إلى غير ذلك بل يقع على عاتق الطبيب وحده لاسيما المسؤولية المدنية التي تستوجب الحكم بالتعويض، إلى جانبها هناك المسؤولية التأديبية التي ترتب الجزاء التأديبي من نقابة الأطباء أو الجهة الإدارية التابع لها. انظر كريم عشوش، العقد الطبي، مرجع سابق، ص 197.

لذا يعتبر الخطأ كل عمل يسبب ضرر للغير يلزم فاعله التعويض طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:

« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض »، كما أضافت المادة 125<sup>(1)</sup> على أنه: « لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهماله منه وعدم حيظته إلا إذا كان مميزا ».

يعتبر التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية صادقة من أجل شفاء المريض، فإن قصر فهو تقصير في مسلك الطبيب بمخالفته وخروجه عن القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها نظريا وعلميا وقت تنفيذه للعمل الطبي من جهة، ومن جهة أخرى عند إخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجب عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة أو التبصير حتى لا يضر بالمريض<sup>(2)</sup>.

يعد الإهمال أو عدم الانتباه نوع من أنواع الأخطاء الطبية<sup>(3)</sup>، التي لا يعطي الطبيب أو الجراح لعمله ما يستحقه من دقة، مما يترتب عن ذلك آثار مرضية نتيجة إهمال الطبيب الجراح تبصير المريض لعملية يُراد إجراؤها له بحجة الإسراع في معالجة المرض المفاجئ الذي تعرض له ويكتشف فيما بعد أنه مصاب بأمراض أخرى غير مختص فيها وكان عليه استشاره الطبيب المختص في ذلك كالمتبرع الذي يريد التبرع بكليته وهو مصاب بالمرض السكري وفق الأصول الطبية، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - وهذا بمقتضى تعديل أحكام القانون المدني بقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 26/06/2005.

<sup>2</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 37.

<sup>3</sup> - استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الطبيب بل يكفي توافر الخطأ اليسير من جانبه، ومن التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة قرونوبل Grenoble الفرنسية في عام 1946 على أن: « الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه في 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 الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، ومثل الظروف الخارجية للمدعى عليه ».

Trib. Civ. Grenoble-04 nov.1946-D.1947-77; S.1947-2-38.

نقلا عن بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 41.

<sup>4</sup> - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، المؤرخ في 23/01/2008، مجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 2008، قسم الوثائق، الجزائر، ص 175، الذي أقر مبدأ قضائي في مسؤولية الطبيب على أنه:

« يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب بذل الجهود الصادقة المتفكدة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة »

## ثانياً - الضرر الطبي

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، لم يعرف المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني الضرر، بل تناول أحكامه بإعتباره ركن من أركان المسؤولية وشرط من شروط قبول التعويض للمتضرر وعليه أوردت المواد من 124 إلى 140 من التقنين المدني جل الأحكام الخاصة بهذا الركن.

تعددت التعاريف التي قيلت حول الضرر، وجميعها تصب في مصب واحد، نذكر من بينها ما كتبه الدكتور سليمان مرقس<sup>(1)</sup>.

تقوم المسؤولية المدنية للطبيب في المجال الطبي، عقدية كانت أو تقصيرية على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر<sup>(2)</sup> وهو ركن ثاني لقيام مسؤولية الطبيب، فلا يكفي مجرد وقوع الخطأ، ولا يكون هناك محل لتعويض المريض ما لم يثبت أن هذا الخطأ قد ألحق به ضرراً ما<sup>(3)</sup> والشروط الواجب توافرها في الضرر مسألة تخضع لرقابة المحكمة والأضرار التي تصيب المريض أو المتبرع من جراء الخطأ الطبي تنتفع إلى عدة أنواع يمكن أن تكون مادية أو معنوية إلى جانبها تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة<sup>(4)</sup>.

## 1- أنواع الضرر الطبي

يوجد ثلاث صور للضرر، فقد يكون مادياً وهو الذي يصيب الشخص في جسمه أو في مصلحة مالية له، أو معنوياً وهو ما يمس المضرور بمصلحة مشروعة دون أن يسبب له خسارة مالية، كالإضرار بالسمعة والشرف، وأظهر القضاء الفرنسي الجديد صورة أخرى أو شكل آخر للضرر الذي يتمثل في تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة<sup>(5)</sup>، إثر خطأ منسوب للطبيب لذلك لا بد من تعرض إلى صور الضرر بشكل مفصل كالتالي

- 1 - تعريف الضرر فقهيًا وبوجه عام 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. أنظر سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 552.
- 2 - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1987، ص 239.
- 3 - تنص المادة 182 مكرر من ق.م.ج تنص على أنه: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة».
- 4 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 96.
- 5 - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 184.

## أ- الضرر المادي

يعرّف الضرر المادي بأنه: « الإخلال بمصلحة مالية للمضروب، وذات قيمة مالية، فالمساس بجسم المريض، أو إصابته يترتب عليه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج أو عدم قدرته على مزاولته لعمله، أو إضعاف قدرته على الكسب الجزائي أو الدائم لرزقه »<sup>(1)</sup>. كما عرّفه الفقهاء على أنه « الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك »<sup>(2)</sup>.

على هذا الأساس، قد يصيب الضرر المادي جسد الإنسان، يتمثل في الأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح، أو إحداث عاهة له سواء كانت دائمة أو مؤقتة، أو يكون ضرر مالي يصيب مصالح المضروب ذات القيمة الاقتصادية، كإصابته بعاهة تعطل قدراته على الكسب أو نفقات العلاج، فتعتبر الخسارة المالية المترتبة عنه ضرراً مادياً.

بناء على ذلك، فقد أقر القضاء الفرنسي بتعويض المصاب عن الضرر المالي الذي يصيبه، وذلك بتعويضه عن النفقات المالية اللازمة لبناء مصح و شراء كراسي متحركة تعين المضروب على القيام بمتطلبات الحياة اليومية حتى إذا أُلزم الأمر له بإنشاء مركز علاجي، ويشترط للحكم بالتعويض في الضرر المادي الإخلال بمصلحة مشروعة، أي أنه إذا لم يكن هناك مصلحة مشروعة فلا يجوز الحكم بالتعويض.

## ب - الضرر المعنوي

يقصد بالضرر المعنوي في المجال الطبي، ما ينشأ من تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسم المريض بعد أو أثناء القيام بعملية نقل وزرع الأعضاء، كما يظهر أيضاً في حالة الاعتداء على اعتبار المريض، كما في حالة قيام الطبيب بإفشاء سر المريض، فيصاب بضرر يمس بسمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة، وتسمى هذه الحالات بصور الضرر المعنوي.

<sup>1</sup> - عدنان إبراهيم سرحان، "مسؤولية الطبيب المهني في القانون الفرنسي"، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بحث منشور ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 189.

<sup>2</sup> - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 40.

لم يكن المشرع الجزائري يهتم بالضرر المعنوي عند إصداره الأمر رقم 75-58 بنفس درجة الضرر المادي لصعوبة تقديره، بسبب الجدل القائم بين الاعتراف والرفض، فتقوم المسؤولية المدنية في جبر الضرر المترتب عن إخلال بالتزام عقدي أو ناتج عن الإخلال بالتزام قانوني، كالإخلال بشرط الرضا في التعويض أياً كان مادياً أو معنوياً.

لا يترتب عن الضرر المعنوي أي خسارة مالية عكس الضرر المادي الجسدي<sup>(1)</sup>، وقد أثار الضرر المعنوي إشكالية التعويض عنه، فظهر جدل فقهي حول مدى وجوبية التعويض عن الضرر المعنوي.

يقوم الضرر المعنوي في عدم احترام كرامة المريض وعرضه وشرفه أثناء قيام الطبيب بالعمل الطبي<sup>(2)</sup>، كحالة إفشاء الطبيب أسرار المريض الذي يعتبر إخلالاً منه بالتزام الذي تفرضه عليه المهنة والقانون، فيصيب المريض في سمعته واعتباره<sup>(3)</sup>، فيحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض، وهذا ما حدث في قضية الرئيس الفرنسي السابق "فرانسوا ميتررو" François Mitterrand والمعروفة بقضية "السر الكبير" Le grand secret<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - يتمثل الضرر المالي في المجال الطبي في الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية، كذلك دفع مبالغ مالية مقابل إقامته في المستشفى...، وما فاتته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي.

انظر ذلك عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 92.

<sup>2</sup> - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد...، مرجع سابق، ص 766.

<sup>4</sup> - تتلخص وقائع القضية في قيام الطبيب Claude GULBERT الذي كان يعالج الرئيس "فرانسوا ميتررو" بتأليف كتاب تحت عنوان "Le grand secret" هو مع Michel GONOD، حيث نشر فيه كل المعلومات الخاصة بمرض الرئيس، وهو السرطان، مع كل تفاصيل العلاج المقدم له، بالإضافة إلى أنه ذكر أن الرئيس السابق قبل وفاته وخلال السنوات الأخيرة لعهدته الرئاسية طلب منه تحرير شهادات طبية مزورة، يؤكد فيها عدم قدرة الرئيس على ممارسة مهامه، رفعت عائلة الرئيس السابق دعوى قضائية ضد الطبيب المؤلف، على هذا النشر الذي تمت إدانته جزائياً وإلزامه بتعويض مدني قدره 80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاث مناصفة، ومبلغ 100.000 فرنك فرنسي لزوجته. انظر محتوى هذه القرار كاملاً لدى محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانوناً-فقهاً-اجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 130 - 142.

تبدو أهمية الضرر المعنوي أكثر في مجال جراحة التجميل، وهذا راجع إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة، ويسمى بالضرر الجمالي *Dommage esthétique* بغض النظر عن الضرر التأملي<sup>(1)</sup>، غير أنه يختلف الضرر المعنوي من شخص إلى آخر، فالشاب ليس كالمسن، والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي يتركها العجز والتشوه على حالة الشخص المضروب، بالنظر إلى عمله، وظروفه الاجتماعية، فالمنطق يقضي بتقديره بمعيار شخصي<sup>(2)</sup>.

يعود للقاضي تحديد مدى وجود هذا الضرر ويقدر التعويض نقداً، إلا أن تحديد التعويض عن الضرر المعنوي بالمال أمراً عسيراً من الناحية العملية فالسمعة الإنسانية والمكانة الاجتماعية والعاطفة والحزن لا يمكن تقديرهم بالمال، لذلك فالتعويض عن المساس بهما كوسيلة إرضاء أكثر لإعادة الوضع إلى حالته الأولى لأن ما حصل قبل تعديل القانون لا يمكن محوه<sup>(3)</sup>.

**قبل تعديل القانون المدني** لم يتطرق القانون المدني الجزائري إلى مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، حين تطرق إلى طريقة تقدير التعويض في نص المادة 182 من ق.م.ج، التي يستخلص منها أن المشرع لم يذكر فيها التعويض عن الضرر المعنوي، الشيء نفسه نستخلصه أيضاً من نص المادة 131 من ق.م.ج التي تحيلنا إلى المادة سالفة الذكر.

<sup>1</sup> - إذ نميز في مجال جراحة التجميل بين نوعين من الضرر الجمالي، فهناك ضرر يصيب حسن الملامح والخلفة بالنسبة للمضروب كشخص عادي، ونجد الضرر الجمالي الذي يعكس على مهنة المصاب، كما هو الحال بالنسبة للفنانين، وبعض المهن التي تتطلب مظهراً لائقاً، فالشخص الذي يلجأ إلى جراح التجميل لغرض إجراء عملية جراحية بغية إزالة عيب بسيط، وبعد العملية يزيد وجهه عيباً وتشوهاً، فهنا الضرر الجمالي لا بد من النظر إليه بأكثر حساسية بالمقارنة إلى العيوب الناتجة عن الجراحات الأخرى، التي قد لا يهتم المريض بشكله أو مظهره، وإنما هدفه الوحيد هو صحته وعافيته، وبالتالي فالضرر الجمالي الذي هو صورة من صور الضرر المعنوي أكثر تقديراً.  
انظر العيرج بورويس، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 224.

<sup>2</sup> - عزالدين قماروي، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د.ت)، ص 54.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2009، ص 64.

كما لم يرفض المشرع الجزائري مبدأ التعويض على الضرر المعنوي، لأنه لو فعل ذلك لوقع في تناقض، لأنه نص عليه في قوانين متفرقة، كقانون الأسرة في المادة 05 التي تنص صراحة على أنه:

« ... إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض ... ».

أيضا نص قانون الإجراءات<sup>(1)</sup> في مادته 4/03 على ما يلي:

«... تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية ».

وقع المشرع الجزائري في سهو لما سكت على النص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ونص عليه في مختلف نصوص قانونية صريحة في قوانين متفرقة، خاصة وأن القضاء الجزائري مستقر على التعويض على الأضرار المعنوية<sup>(2)</sup>.

**بعد تعديل القانون المدني 2005** تدارك مشرع القانون المدني الجزائري في وقت متأخر - ثلاثون سنة ومن وضع هذا القانون - النقص الحاصل فيه بصفة صريحة لا تحتاج إلى تأويل بخصوص التعويض على الضرر المعنوي، بالرغم من تطبيق القضاء الجزائري ووجود قوانين متفرقة تسمح بالتعويض على الضرر المعنوي إلى وجوب والإزامية سد الفراغ الموجود في هذا القانون، باستحداث مادة 182 مكرر، بمناسبة التعديل الوارد ضمن القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، التي تنص على ما يلي:

« يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ».

<sup>1</sup> - أمر رقم 66-155 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - نصت المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية على مبدأ تعويض الضرر المعنوي صراحة، وهو المبدأ الذي تطبقه الغرفة الجزائية في العديد من قضاياها، كحكم محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 26/09/1979، والذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة، ببلغ 60 ألف د.ج، كتعويض على الضرر المادي، و15 ألف د.ج، كتعويض عن الأضرار المعنوية، بما في ذلك ما لحقها من اعتداءات مالية. انظر سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 182.

## 2- الاعتراف بضرر تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة

إنّ تفويت الفرصة هي صورة جديدة بالنسبة للضرر، لكنه يعتبر بضرر مستقل عن الضرر النهائي، أي يخرج عن القواعد العامة التي تقضي بأن الضرر الذي يقبل التعويض هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه، وهذا ما صرحت به محكمة النقض الفرنسية في قرار الصادر في 1981/03/24<sup>(1)</sup>، التي تعتبر تفويت الفرصة في الشفاء الذي يعد مظهر من مظاهر التشديد المستمر في المسؤولية الطبية، انطلاقاً من مبدأ سلامة الشخص إلى ما توصل به تقدم المجال الطبي<sup>(2)</sup>.

فالضرر الواجب التعويض في تفويت الفرصة هو الضرر الفعلي الذي لحق بالمضروب، فالضرر المتمثل في حرمان من فرصة ووسيلة تحقيق الكسب، أو تجنب تلك الخسارة، أما غيرها من أضرار تكون أضرار افتراضية أو احتمالية بحتة، لا تقبل التعويض وتفويت الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في المجال الطبي، لذا طبق نظرية تفويت الفرصة على كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب، منها في ذا الصدء الخطأ في تشخيص حالة المريض، وأيضا تقصير الطبيب في نقص الإعلام المريض بنوعية التدخل الطبي الضار على جسده يفوته فرصة ثانية للعيش، فيفترض توافر سببية فوات فرصة تجنبها لو أعلمه مسبقاً.

تفويت الفرصة الناشئة عن الخطأ في تشخيص حالة المريض، أن الطبيب شأنه شأن غيره من أصحاب المهن الأخرى، قد يصيب وقد يخطئ، كما أن المظاهر قد تكون خداعة، فالأمراض تختلط بعضها البعض، لذا لا بد من التمييز بينها، وأن يكون لدى الطبيب قوة الملاحظة كون التشخيص يعتمد في ذاته على علمه ومؤهلاته

<sup>1</sup> - Cass.civ, 1ere 24 Mars 1981,cité par HARI CHAUX-RAMU Michèle, santé responsabilité du médecin, responsabilité civile, Edition techniques, jurist- fascicule 440-1,2,3,5 art 1382 à 1386 année 1993,p15.

<sup>2</sup> - منصور محمد حسن، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 171.

ومهاراته، وهذا يختلف من طبيب لآخر، فعليه أن يشخص علة المريض بدقة وتبصيره على أساس العلم والعناية وأصول المهنة<sup>(1)</sup>.

لا يثير الغلط في التشخيص مسؤولية الطبيب إلا إذا كان منطويا على إهمال في الفحص الطبي الذي ما يطلق عليه بالإهمال في التشخيص، والذي يمكن تسرع الطبيب في بث وتقرير حالة المريض دون القيام بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول إلى التشخيص السليم، أو إهماله الاستماع إلى المريض ليتحصل منه على المعلومات التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص صحيح من جهة، ومن جهة أخرى عندما يشكل ذلك الغلط جهلا واضحا بأولويات الطب المستقر عليها نظريا وعلميا بين الأطباء وهو ما يسمى بالغلط العلمي في التشخيص<sup>(2)</sup>.

تعتبر محكمة قرونويل "Tribunal de Grenoble" وأول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ طبي في تشخيص المرض، وذلك في حكمها الذي أصدرته في 24 أكتوبر 1962، وقضت بالتعويض الجزئي للمريض، إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي، نتيجة للخطأ في التشخيص، أدى إلى حرمان المريض فرصة حقيقية للشفاء.

تتلخص وقائع القضية بإصابة شخص بجرح على مستوى رسغ اليد، فأمر الطبيب المعالج بأخذ صور الأشعة ليد المصاب، ولم يتبين منها أي شيء غير طبي، وقد استرد المصاب نشاطه العادي، لكن بعد مرور سبع سنوات شعر المصاب بآلام مبرحة ناشئة عن حدوث تورم ضخم على مستوى الإصابة القديمة، لذلك قام المصاب برفع دعوى على الطبيب، فانتدبت المحكمة إلى تعيين خبير، الذي جاء في تقريره المودع أنه باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسغ يد المصاب لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجرائها بعين مدققة، وانتهى الخبير في تقريره إلى انعدام رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي، مؤكدا أن ما آلت إليه حالة المريض يعد نتيجة احتمالية للخطأ في

<sup>1</sup> - أسعد عبيد عزيز الجميلي، "مسؤولية الطبيب المدنية عن تقويت الفرصة، دراسة قانونية مقارنة"، مجلة كلية المأمون، العدد 31، 2018، ص 55.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 48 - 52، انظر أيضا إبراهيم علي حمادي الحليوسي، مرجع سابق، ص 140.

التشخيص ونقص العناية اللازمة، بل ومن الجائز حدوث إصابة جديدة بالرسم ساعدت على عدم التتام الإصابة الأولى<sup>(1)</sup>.

أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في تاريخ 14/12/1965<sup>(2)</sup>، ولأول مرة القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 07/07/1964، والذي قضى بالتعويض على المريض على أساس فوات الفرصة في الشفاء، وتتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يبلغ من العمر 8 سنوات، إثر سقوطه فأصيبت يده اليمنى وشخصها الطبيب على أنها كسر بالجزء السفلي من عظم الفخذ الأيمن، وعالجها الطبيب وفق هذا التشخيص، ولم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطلال من والد المريض، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرا بالجزء السفلي من عظم الفخذ إنما مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل.

فرجع أولياء الطفل دعواهم بالتعويض ضد الطبيب المعالج، فقامت المحكمة بتعيين خبيرين لإيداع تقرير خبرتهم، فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، محددة ومقبولة على قدر من البينة والترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديد التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب<sup>(3)</sup>، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي<sup>(4)</sup>.

تفويت فرصة رفض التدخل الطبي في نقص إعلام المريض، الذي يعتبر من أهم الالتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب من جهة، ومن جهة أخرى

<sup>1</sup> - C.A de Grenoble, 24 oct. 1962, cité in M.AKIDA, la responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 1994, pp 264 et 265.

<sup>2</sup> - Cass.1ere Civ, 14 déc.1965. Cité in George BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, Op.cit, pp 93 et 94 voir aussi MAKIDA, Op.cit, p 265.

<sup>3</sup> - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 402.

<sup>4</sup> - محمد رايس، مرجع سابق، ص ص 276 - 277.

يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، لذا يلتزم الطبيب بإعلام المريض حول حالته الصحية، وتطورها المتوقع ونوع العلاج المقترح<sup>(1)</sup>.

يقع على عاتق الطبيب التزام إعلام مريضه بنوع المرض الذي يشكو منه، وطبيعة العلاج الذي سوف يقدمه له وخاصة المخاطر التي يمكن توقعها خلال العملية حتى يتضح للمريض من اتخاذ قراره على بينة من أمره بين قبول أو رفض العلاج المقترح، إلا أنه نجد خطأ الطبيب في نقص الإعلام وتفاقم الحالة الصحية للمريض بعد التدخل الطبي مقارنة على ما كان قبل ذلك، فهنا نجد التدخل الطبي، ويسمى هذا بتقويت رفض التدخل الطبي الضار، فيتمتع المريض بفرصة رفض التدخل الطبي، لو أوضح له الطبيب وأعلمه بمخاطر العلاج المقترحة، حتى يتجنب الطبيب الضرر المحتمل الوقوع، فتقصير الطبيب في هذه الحالة بالتزامه تجاه المريض يؤدي إلى عدم اتخاذ هذا الأخير القرار الصائب في التدخل الطبي، فمن هنا يصعب اتخاذ القرار بإرادة حرة ومتبصرة<sup>(2)</sup>.

إن عدم وجود علاقة سببية مباشرة بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض نتيجة الخطر الحاصل أثناء التدخل الطبي، أخذت محكمة السببية المشكوك فيها وتأسيس مسؤولية

<sup>1</sup> - تثور في مرحلة ما قبل التدخل الجراحي إلى المراقبة البعيدة، وهذا ما نجده في قضية تخص تقويت فرصة في مجال جراحة التجميل عند التدخل الجراحي، يتمثل في أن جراحا قام بعملية تجميل لشخص تحت تحذير موضعي، دون أن يستعين بطبيب مخدر اختصاصي، فقبل انتهاء العملية، تدهورت حالة المريض، ثم أصيب بسكتة قلبية وتوفي، رغم التدخلات والجهود التي قام بها الجراح التجميلي إلا أنه وجد نفسه أمام القضاء المدني وقرر الخبراء أن نسبة التخدير المستعمل كان قوي نوعا ما، وختم هذا التقرير بأن هذا الحادث كان لزيادة نسبة التخدير، أنه لا يمكن توقع هذا التأثير بالمادة المستعملة بهذه السرعة، فمحكمة استئناف "باريس" Paris أخذت بمسؤولية الجراح، بتأسيس حكمها على تقويت الفرصة في الحياة، فقام الجراح بنقص الحكم على أساس انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إليه والضرر الذي حدث، لكن دفاعه لم ينتصر أمام محكمة النقض التي أكدت بقرار لها، أن الضرر يمكن أن يستند بوجود فرصة واحدة، لكن ضيعت من طرف الطبيب، فعدم تدخله الفوري لمساعدة الطبيب المخدر يعرض المريض للخطر وتقويت فرصة لحياة الشخص المجرى له العملية، وعلى هذا الأساس يستلزم إصلاح الضرر بدفع التعويض لأم المريضة. انظر ذلك بومدين سامية، مرجع سابق، ص 135. انظر أيضا

Cass.Civ, 27 Janvier 1970, un préjudice peut être invoqué de seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdu, un chirurgien en ne d'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste compromet la chance d service de l'opérée, décédée à la suite de cette défaillance, et doit être en réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente , cité par AKIDA (M), La responsabilité pénal des médecins, du chef d'homicide et de blessure par imprudence; L.G.F.J Paris, 1994, p 269.

<sup>2</sup> - **Stéphanie (PORCHY)**, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté de patient, D.n° 40 du 12 nov .1998, Rub chron, p 381.

جزائية بعد ما كان قرار "تيسي **Teyssier**" عام 1942، يعتبر أن نقص الإعلام هو السبب في حدوث كامل ضرر اللاحق بالمريض، وهذا بموجب قرار 07 فيفري 1990، أصبح السبب في جزء فقط من الضرر النهائي، فاعتبر هذا القرار أن:

« **الطبيب الذي يخل بالتزامه بإعلام المريض وتبصيره حول الآثار المحتملة الوقوع في العلاج، والمقترح منه على المريض، قد حرم هذا الأخير من فرصة اتخاذ القرار المناسب لتجنب الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية...** »<sup>(1)</sup>، فتقويت فرصة يشكل ضررا مخالفا للأضرار غير المتوقعة لجسد المريض.

يرى الأستاذ "ميشال بينو" Michel Penneau أنه في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض نتيجة تحقق الخطر الناتج عن التدخل الطبي، لا بد من البحث عن الموقف العقلاني والمنطقي الذي سيتخذه المريض لو تم تزويده بكل المعلومات الضرورية، وذلك بالاستناد إلى المعيار المجرد للمريض لو تم إحاطته بجميع المعلومات الضرورية واللازمة، وذلك بالاستناد إلى المعيار المجرد للمريض العادي الذي لا يختلف عن معيار الرجل العادي<sup>(2)</sup>، يؤدي تقصير الطبيب في إعلام مريضه بمخاطر عملية نقل وزرع الأعضاء إلى إصابته بضرر مباشر جراء خضوعه لها، لذا يفوت هذا الإخلال للمريض فرصة رفض التدخل الطبي، وبالتالي تجنب الضرر الذي وقع له<sup>(3)</sup>.

يقع على القاضي في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، وإثبات أن المريض لو تم إعلامه بصفة كاملة عن مخاطر عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بجميع تفاصيلها لرفض التدخل الطبي الجراحي، وبالتالي تجنب الضرر<sup>(4)</sup>، كما تظهر صعوبة في إثبات ذلك، لأن المريض في سبيل الحصول على التعويض جراء الضرر الذي أصابه، مع قيام الطبيب بإعلامه بكافة المخاطر، سينكر ذلك، ويصعب على القاضي اكتشاف الكذب من جانب المريض.

<sup>1</sup> – Cass.civ, 7 Février 1990 « le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé ... ». Cité par ALBERT Nathalie, Op.cit, p 36.

<sup>2</sup> – Michel PENNEAU, le défaut d'information en médecine..., op.cit, p 50.

<sup>3</sup> – Jean PENNEAU, La responsabilité du médecin..., op.cit, p36.

<sup>4</sup> – Stéphanie PORCHY, op.cit, p383.

### ثالثاً - علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تتحقق المسؤولية التقصيرية عند قيام علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإذا لم تتوفر هذه العلاقة لا تقوم علاقة السببية، مع الإشارة إلى أنه في كثير من الأحوال يصعب تقدير الرابطة نتيجة لتعدد الظروف وتداخلها، فيصعب تحديدها عند تعدد الأسباب التي اجتمعت على حدوث الضرر<sup>(1)</sup>.

يعتبر فعل ما سببا للضرر، إذا ساهم هذا الفعل في إحداث الضرر أو زاد من حجم جسامته، كما لو ساءت حالة المريض أو المتبرع على ما كانت عليه بسبب فعل الطبيب أو عندما تساهم أخطائه في إحداث الضرر<sup>(2)</sup>، إذ لا يمكن مجرد وقوع الضرر للمريض أو المتبرع بل يجب ثبوت خطأ الطبيب إلى جانب هذا الضرر.

يعد تحديد علاقة السببية في نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأمور الشاقة بالنظر لصعوبة الجسم الإنساني وتغير حالاته وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة فيه، إذ ترجع أسباب الضرر إلى طبيعة تركيب جسم المريض أو المتبرع، 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 البشرية تعد غير متوقعة وضعيفة الاحتمال طبقاً للفحوصات الطبية التي أجريت عليهما قبل العملية الجراحية.

فإذا 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<sup>(3)</sup>، تكون المحكمة هي المختصة في رقابة مدى توافر علاقة السببية، التي تعد من المسائل الواقعية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض

<sup>1</sup> - نأسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 163.

لمزيد من التفاصيل التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول الخطأ الطبي بين التشريع والمراقبة والمحاسبة بتاريخ 08 و10/12/2014 ببيروت، جامعة الدول العربية، مجلس وزارة العدل العرب، المذكرة البحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، ملحق رقم 01، ص ص 01 - 29.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب عرفة، مرجع سابق، ص 89.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 37. انظر أيضا منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 503.

الفرنسية التي نقضت جميع الأحكام التي لم توضح توافر علاقة السببية، كما جعلت لنفسها الحق في الرقابة والتقدير<sup>(1)</sup>.

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا خاصا للعلاقة السببية، بل ترك المهمة للفقهاء والقضاء كما أنه لم ينص عليه صراحة، بل نستخلصه من مضمون المادة 182 من ق.م.ج التي قضت بأن التعويض عن الأضرار يكون نتيجة عدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به<sup>(2)</sup>.

ترك المشرع الجزائري الأمر في إثبات علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في المجال الطبي للقضاء<sup>(3)</sup>، وبخصوص هذه المسألة نص المشرع الجزائري في المادة 127 من ق.م.ج بنصها على أنه:

**« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ».**

نستنتج مما تقدم، أن السبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وخطأ المضرور، وبناء على ذلك يزيل السبب الأجنبي وصف الخطأ عن الفعل الضار وينفي ركن السببية، كوفاة المريض بالقلب نتيجة رعد مفاجئ أو كارثة طبيعة أو حادث مفاجئ،

<sup>1</sup> - محمد رايس، مرجع سابق، ص 290.

<sup>2</sup> - تنص المادة 182 ق.م.ج على أنه:

**« إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، 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 ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ».**

<sup>3</sup> - ورد في القرار المؤرخ في 19/04/1999 الصادر عن مجلس الدولة قضية القطاع الصحي بأردار ومن معه ضد ز- ر، تتلخص وقائعها أين أقامت السيدة رقية بمستشفى أردار لوضع حملها، وأجريت عليها عمليتان جراحيتان أثناء الولادة كما توفيت البنات مباشرة بعد الولادة، ونتيجة تلك العملية الجراحية أصيبت " ز.ر " بعاهة مستديمة والمتمثلة في العقم بحيث أيد المجلس الدولة قرار العرفة الإدارية وذلك بإدانة القطاع الصحي عن خطأ في تعدد العمليات الجراحية وربطه بالضرر الحاصل للسيدة "رقية" من العاهة المستديمة وحرمانها إلى الأبد من الأمومة ووفاء الرضيعة مباشرة بعد الولادة.

انظر قرار مجلس الدولة المؤرخ في 19/04/1999 فهرس رقم 254، نقلًا لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 101. انظر أيضا محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 310.

وفي خطأ المضرور قضت محكمة النقض بأن الأصل خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخفّضها<sup>(1)</sup>، وعليه فالسبب الأجنبي الذي يترتب عليه انعدام رابطة السببية يتمثل في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

جاء في قرار المحكمة العليا أنه: « يشترط في السبب الأجنبي أن يكون عفويا، بعيدا عن أي تقصير أو إهمال من جانب يتمسك به، ومعنى ذلك أنه ينبغي ألا يكون المدعى عليه قد أسهم بخطئه في إحداث الفعل أو الحادث أو إستفحال نتائجه »<sup>(2)</sup>.

فالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ليسا مختلفين في سبب نفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ذلك أن القوة القاهرة هي الواقعة التي لا يكون في طاقة الشخص دفعها أو منع أثرها، بينما الحادث المفاجئ يتمثل في الواقعة التي لا يمكن توقعها<sup>(3)</sup>.

نقصد بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أنها الواقعة التي يتعذر على الإنسان دفعها والتي لا يمكن توقعها ويمكن إسنادها للضرر الحاصل للغير من جرائها، غير أن القوة القاهرة والحادث الفجائي كثيرا ما يكونا سببا في الإغفاء من المسؤولية كالزلازل أو حريق أو فيضان أو حرب، وهذا حسب ما ورد في المادة 127 ق.م.ج سالف الذكر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك. أيضا يمكن أن يكون الخطأ ناتج عن فعل المضرور، في هذه الحالة لا مسؤولية على المدعى عليه أي الطبيب لانعدام رابطة السببية وبالنتيجة لا تطبق المسؤولية التقصيرية عليه، كحالة ما يطلب الطبيب من مريضه أن يبقى صائما قبل إجراء العملية إلا أن المريض يخالف أوامر الطبيب ويخفي عليه ذلك، غير أنه هناك حالات أخرى يكون فيها الخطأ مشترك بين الطبيب والمريض، فنتج مسؤولية الطبيب ويقدر التعويض الذي يستحقه بحسب جسامة ما وقع من ضرر<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> - حمليل صالح، "المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة"، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 302.

<sup>2</sup> - قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 25752، المؤرخ في 1982/12/22، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 1983، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 58. انظر أيضا قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 118720، المؤرخ في 1995/05/30، مجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1996، قسم الوثائق، الجزائر، ص 179.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 38، 39.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 40.

## الفرع الثاني

### تحديد الضرر المعوض عليه

تعتبر المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية هي مسؤولية تقصيرية كمبدأ عام، واستثناء تكون عقدية في حالة ما إذا لجأ المستشفى إلى التعاقد مع طبيب أجنبي عنه لإجراء عملية النقل والزرع، والمسؤولية العقدية في هذا المجال تكون وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

إذا توافرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب من خطأ طبي للعضو محل الاستئصال وضرر وعلاقة سببية في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بينهما تحققت المسؤولية وترتب عليها آثارها، ووجب على المسؤول بتعويض المضرور عن الخطأ الذي أحدثه. فإذا أصيب المريض بضرر لخطأ من طرف الطبيب وكان هذا الخطأ السبب المباشر في الضرر اللاحق به، بوجود علاقة سببية يحق للمريض مطالبة الطبيب المتسبب في الضرر المباشر بالتعويض (الأول)، وإلستحقاق التعويض لا بد من توفر مجموعة من الشروط (الثانيا).

### أولا التعويض المباشر للمضرور

تتعدد وتتنوع الأخطاء الطبية الواقعة على المرضى في مجال عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية أثناء التدخلات الطبية، مما أدى إلى كثرة الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، فمتى نتج الضرر على المريض يتسنى للمضرور المطالبة بالتعويض جبراً لضرره، كما يجب أن يكون الضرر قد تحقق فعلاً.

### 1 - جبر الضرر في المجال الطبي

يعتبر الضرر بالأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عاطفته<sup>(1)</sup>، وقد نص المشرع الجزائري على أحكامه في المادة 124 ق.م.ج على أنه:

« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً

في حدوثه بالتعويض ».

<sup>1</sup> - جاء حديث المصطفى صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » الذي رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، بمثابة القاعدة العامة التي تحكم الضمان.

فإذا أثبت المريض مسؤولية الطبيب عن الفعل الضار في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية<sup>(1)</sup>، يحكم لصالحه بالتعويض لصالح المضرور الذي يهدف إلى جبر الضرر حسب أحكام المادة 131 من ق.م.ج<sup>(2)</sup> سالف الذكر.

يعتبر التعويض الحكم المترتب على تحقق المسؤولية، فقد يلزم القاضي المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار إذا كان ذلك ممكناً، وهذا هو التعويض العيني، وإذا كان ذلك مستحيلاً يحكم لصالح المضرور بالتعويض بمقابل ذلك إما بتعويض نقدي أو غير نقدي.

## 2 - وجوب تحقق الضرر

إذا أثبت وجود علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ الطبي والضرر اللاحق بالمضرور تجعل هذا الضرر موجبا للتعويض، فيكون الضرر محققاً بمعنى وقع بالفعل، أو أنه سيقع حتماً وقت المطالبة به والمتمثل في الضرر المستقبلي.

### أ - الضرر المؤكد

لا يكون التعويض إلا عن الضرر المحقق، ولا يكفي مجرد الإدعاء بوقوع الضرر بل يستوجب أن يكون مؤكداً<sup>(3)</sup>، ولكي يعد الضرر محققاً وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي تحقق بالوفاة كان أثناء التدخل الجراحي، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية كافية للمريض<sup>(4)</sup>، أو أن يصاب المضرور بجروح في جسمه أو نقص في ذمته المالية، أو يصاب بتلف في جسمه<sup>(5)</sup>، أو أن تصبح حالة الشخص بعد خضوعه لجراحة التجميل بظهور تشوهات وعيوب لم تكن قبل العملية الجراحية<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 323 من ق.م.ج على أنه:

« على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه:

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 مدني و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر من جديد في التقدير ».

<sup>3</sup> - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 486.

<sup>4</sup> - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 461.

<sup>5</sup> - سمير عبد السمیع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح والطبيب التخدير...، مرجع سابق، ص 122.

<sup>6</sup> - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 148.

إن القول بأن الضرر أكيدا، لا يعني أنه يجب بالضرورة أن يكون حاليا، فالتعويض عن الضرر المستقبلي جائز، إذا كان حدوثه أكيدا على أن يكون ممكنا تقديره بالمال<sup>(1)</sup>، كحالة إصابة المريض بعاهة دائمة نتيجة خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، تمنعه من تحصيل كسب مادي له ولعائلته، فعاهته هنا تحققت، لكن الخسارة المادية تعتبر مستقبلية لكنها محققة<sup>(2)</sup>.

### ب - الضرر المستقبلي

يظهر الضرر المستقبلي بصورة واضحة خاصة في جراحة التجميل، لأنها تتطلب انتظار مدة زمنية للتأكد من مدى نجاح العملية من فشله والآثار المترتبة عنها<sup>(3)</sup>، كما يستطيع القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يترتب أو يظهر في المستقبل كأثار للضرر الأصلي وهذا وفقا للمادة 131 من ق.م.ج التي تنص على أنه:

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 مدني و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر من جديد في التقدير ».

يتضح من خلال نص المادة أنها تسمح للمضروب أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض في حالة ما إذا تعذر على القاضي تقديره بصفة قطعية ونهائية، أي أنه يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي، وللقاضي أن يقدره بما يتوافر لديه من عناصره في الدعوى وإذا كان لا يستطيع تقديره فور وقوع سببه، فإنه يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضروب في المطالبة باستكمال التعويض.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من الممكن التعويض عن الضرر المستقبلي الذي قام سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها في المستقبل، فإن الضرر الاحتمالي لا يعطي للمريض الحق في التعويض، لأنه قد يقع وإن وقع أعتبر ضررا مستقبلا، وقد لا يقع فوقوعه في

<sup>1</sup> - عزالدین قمرای، مرجع سابق، ص 55.

<sup>2</sup> - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 99.

<sup>3</sup> - بومدين سامية، مرجع سابق، ص 147.

المستقبل غير أكيد، وهو يقوم على وهم وافتراس لا أساس له، ولأن الأحكام القضائية لا تبني على الافتراض<sup>(1)</sup>، لذلك يبقى الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلا<sup>(2)</sup>، لذا استقر القضاء الجزائري وحتى الفرنسي والمصري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد، وعليه قررت المحكمة العليا في الجزائر أن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة<sup>(3)</sup>.

### ثانيا شروط الضرر الموجب للتعويض

لا يكفي إصابة المريض بضرر ليتمكن من مطالبة المسؤول بإصلاحه، بل لابد من توفر مجموعة من الشروط، علما أنه لم يتفق الفقه المدني والتشريعات المدنية على موقف موحد من تعداد الشروط الواجب توفرها في الضرر باعتباره ركن من أركان المسؤولية المدنية لاستحقاق المضرور والتعويض.

غير أنه هناك من يرى أن المسؤولية تقوم على شرطين، والبعض الآخر يرى أنها لديها ثلاث شروط، وجانب آخر يرى أنها قد تتكون من خمسة شروط، إلا أنه استقر العموم أنه يشترط في الضرر المدعى به وسواء كان الضرر ماديا أو معنويا فإنه لا يكون قابلا للتعويض إلا إذا توفرت فيه شرطين منها أن يكون ضررا مباشرا وشخصيا، ومحققا ناشئا عن الإخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضرور.

### 1 - أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا

يعتبر الضرر المباشر في المجال الطبي ما كان نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ الطبيب المعالج أثناء تدخله، بمعنى هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا النشاط والضرر المشكو منه<sup>(4)</sup>، يحق للمريض المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر المباشر<sup>(5)</sup>، كما يسأل الطبيب عن الأضرار المباشرة الناجمة عن سقوط آلات الطبيب الجراح على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 162.

<sup>2</sup> - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 371.

<sup>3</sup> - استقر القضاء الجزائري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد، فقد قررت المحكمة العليا في الجزائر أن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة، قرار غرفة القانون الخاص (الغرفة المدنية) - ملف رقم 25499 - بتاريخ 23 جوان 1982.

<sup>4</sup> - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 185.

<sup>5</sup> - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 99.

قد ينتج عن عدم تنفيذ الالتزام سلسلة من الأضرار يعقب بعضها البعض الآخر، فهل يسأل المدين عنها جميعا أم يسأل عن بعضها؟ الحقيقة أن المدين لا يسأل مبدئيا إلا عن الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فإنه يمكن أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار إذا أخل المدين بالتزامه عن عمد أو اقتترف خطأ جسيما أو غشا، وهذا ما يستفاد ضمنا من المادة 182 ق.م.ج الذي جاء فيه، الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب متى كان ناتجاً عن عدم الوفاء بالالتزام<sup>(1)</sup>.

يتمثل التعويض في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بأن يكون التعويض بمقابل وهذا التعويض يغلب الحكم به في المسؤولية التقصيرية ويعتبر الأصل فيه، كأن يأمر القاضي في بعض الحالات أن يحكم به، وبناء على طلب المضرور، بعلاج المضرور على نفقة المسؤول عن الضرر، أو يقدر القاضي تعويضا نقديا للمضرور بكيفية يراه القاضي مناسبة إما بدفعة واحدة أو على شكل أقساط حسب الظروف.

لا يمكن الأخذ بالتعويض العيني في مجال المسؤولية التقصيرية الطبية لكونه أمرا عسيرا في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، فغالبا ما يكون التعويض على شكل نقدي. نص المشرع الجزائري على وجوب التعويض عن الضرر الشخصي<sup>(2)</sup>، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، وفق ما نوهت إليه المادة 182 ق.م.ج على أنه: « **الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب...** » وهذا يعني أن المطالبة بالتعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته. إذ كما هو معلوم فإن المصلحة هي مناط الدعوى<sup>(3)</sup>.

## 2 - أن يكون الضرر محققا يصيب مصلحة مالية للمضرور<sup>(4)</sup>

وفق لما ذهب إليه المشرع الجزائري إذ ينص على هذا الشرط لاستحقاق التعويض، حيث بمقتضى هذا الشرط يجب أن يكون الضرر قد وقع حالا. وهو ما يسمى بالضرر

<sup>1</sup> - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 118.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام...، مرجع سابق، ص 1033.

<sup>3</sup> - بلعيد بوخرس، مرجع سابق، ص 118.

<sup>4</sup> - كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 38.

الحال، وإذا كان الوضع المألوف في ميدان المسؤولية التقصيرية هو وقوع الضرر دفعة واحدة إلا أن هناك بعض الحالات الأخرى التي يحصل فيها الضرر على مراحل متباعدة فيما بينها حالة تفاقم الآلام والضرر بالنسبة للمريض أو المتبرع. إلا أن سببها الحقيقي يكون قد نشأ منذ البداية عند الاستئصال أو الزرع وهذا الوضع يدفعنا للتساؤل عما إذا كان الضرر المستقبلي يستوجب التعويض أم لا ؟

فالإجابة على هذا السؤال نجد أن التعويض عن الضرر المستقبلي<sup>(1)</sup> أثبتته القضاء عندما أكد أن الضرر كان له اتصال مباشر بفعل التعدي نفسه، ومعنى ذلك أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخصيا سواء كان مريضا أو متبرعا أو كان الضرر مرتدا يصيب الغير من ذوي حقوق المضرور، مثل ذلك أن يتبرع الابن بكليته لأبيه بعد عملية النقل وزرع ثم تظهر عوامل على المتبرع الابن كون الكلية المتبقية مصابة بالتهابات ولا يمكن لها أن تقوم بوظيفتها البيولوجيا.

<sup>1</sup> - محمد ريس، مرجع سابق، ص 274.

## المبحث الثاني

### دعوى التعويض عن الأضرار

يتقرر التعويض كأثر لإلحاق الضرر بالغير نظراً لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وما يترتب على ذلك من نتائج وأثار مالية، فالتعويض يقوم على تصحيح التوازن الذي اختل وأهدر نتيجة وقوع الضرر وذلك بإعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه على حساب المسئول الملتزم بالتعويض<sup>(1)</sup>.

دعوى التعويض هي الوسيلة للجوء أمام القضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمضرور، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض المناسب إذ لم يكن مقدراً في العقد أو في نص قانوني، ويكون تقدير التعويض بما لحق بالمضرور من خسارة وما فاتته من كسب<sup>(2)</sup>، لذا يتطلب مراعاة الإجراءات رفع الدعوى الممنوحة له في اختيار الطريقة الملائمة للتعويض (المطلب الأول)، مع تحديد مختلف المعايير المتبعة في تقدير التعويض عن الضرر في المجال الطبي المناسب للمضرور (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### إجراءات رفع دعوى التعويض

يعد حق رفع إجراءات دعوى التعويض في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية للمريض أو المتبرع ضد كل من الطبيب ومسؤوله المدني، سواء تمثل هذا الأخير في المستشفى العام أو شركة التأمين.

ويلتزم لتوجيه دعوى المضرور سواء كان متبرعا أو مريضا توجيهها سليما معرفة طبيعة مسؤولية الطبيب في إطار المستشفى العام، علما أن جميع عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم في المستشفيات العامة، عملاً بأحكام القرار رقم 29 المؤرخ في 2012/06/14 يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو

<sup>1</sup> - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 584.

<sup>2</sup> - تنص المادة 124 من ق.م.ج على ما يلي:

« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ».

الأعضاء البشرية، مما يستلزم تحديد الجهة المختصة بالنظر في دعوى التعويض (الفرع الأول)، والسلطة المخولة للقاضي في منح التعويض المناسب للمضرور (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تحديد الجهة المختصة بالنظر في دعوى التعويض

تخضع دعوى التعويض في مجال المسؤولية الطبية شأنها شأن دعوى التعويض في المسؤولية المدنية لقواعد الاختصاص النوعي (أولاً)، وقواعد الاختصاص الإقليمي (ثانياً).

#### أولاً - الاختصاص النوعي لدعوى التعويض

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية المختصة بالنظر في نوع معين من الدعاوى المرفوعة إليها، وقد نظم قانون إجراءات المدنية والإدارية قواعد الاختصاص النوعي سواء بالنسبة للقضاء العادي أو الإداري.

ففي المجال الطبي يختلف توجيه الدعوى بحسب نوع الخطأ المرتكب من قبل الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بحكم أداء الخدمة أو الوظيفة<sup>(1)</sup>.

#### 1 - اختصاص القضاء العادي

يختص القضاء العادي بالنظر في دعوى التعويض الناجمة عن الأخطاء الشخصية للطبيب في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى، أين نجد أنه يرفع المضرور سواء المريض أو المتبرع أو ذوي الحقوق الدعوى أمام القسم المدني 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 عند انتساب المضرور لها.

<sup>1</sup> - علاقة الطبيب بالمريض في إطار المستشفى هي علاقة تنظيمية على أساس أن طبيب مكلف بأداء خدمة عامة، وهو ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي على أنه لا وجود لعقد بين المريض والطبيب في إطار المرفق العام، فلا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يوجد عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية وبذلك لا يكون هناك محل لبحت عن مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية.

انظر ذلك حسين ظاهري، مرجع سابق، ص 34.

ويرفع المضرور دعواه أمام قاضي الموضوع أي القسم المدني لدى المحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار وهذا وفقا بأحكام المادة 2/39<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.و التي حددت الاختصاص الإقليمي للفصل في دعوى التعويض.

تتعلق دعوى المدعي المضرور بجبر الضرر، فإن القسم المختص هو القسم المدني سواء كانت الدعوى مدنية بحتة أو كانت مدنية تبعية، وتتمثل في

الدعوى المدنية والتبعية التي ترفع من قبل المدعي المضرور ضد الطبيب المخطئ، أو العيادة الخاصة<sup>(2)</sup> باعتبارها لا تنتمي إلى الأشخاص الإدارية، فهي ليست شخص معنوي ذات طابع إداري، لذا تخضع للقانون الخاص، فيختص القسم المدني للمحكمة الابتدائية بالفصل في دعوى التعويض التي يرفعها المضرور المريض أو المتبرع أو ذي الحقوق.

يقوم المدعي المضرور في الدعوى المدنية التبعية<sup>(3)</sup> من جراء خطأ الطبيب الجراح بتحريك الدعوى العمومية، وفي الوقت نفسه يرفع دعوى مدنية أمام القاضي المدني<sup>(4)</sup>، فيكون هذا الأخير ملزم بوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية طبقا لقاعدة «الجزائي يوقف المدني»، ويكون القاضي المدني ملزم بحجية الحكم

<sup>1</sup> - تنص المادة 2/39 من ق.إ.م.و على ما يلي:

« في مواد تعويض الضرر عن جناية، أو جنحة، أو مخالفة، أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار ».

<sup>2</sup> - تعرف العيادة الخاصة بأنها منشأة يملكها أو يستأجرها، ويديرها طبيب أو طبيب أسنان كل حسب مهنته المرخص له في مزاولتها، ومعدة لاستقبال المرضى بغرض العلاج، كما يمكن أن يكون طاقم استيعابها بين 15 و 90 سرير. انظر في ذلك المادة 5 من مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18/10/1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وقيمتها ومحلها، ج.ر.ج. عدد 42، صادر بتاريخ 19/10/1988، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> - يقصد بالدعوى المدنية التبعية أي تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية من حيث الإجراءات الخاضعة لها ومن حيث مصيرها، ذلك أن تبعيتها من حيث الإجراءات تعني أن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي تخضع له الدعوى المدنية التبعية وليس قانون الإجراءات المدنية، ويعني تبعيتها من حيث مصيرها أن القضاء الجزائي ملزم بالفصل في الدعوى العمومية والمدنية التبعية بحكم واحد. انظر في ذلك محمد حزيط، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 35.

<sup>4</sup> - تنص المادة 3 من ق.إ.ج على ما يلي :

« يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها... وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولا عن الضرر... ».

الجزائي على المدني، وهذا ما نصت عليه المادة 4<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ، من أجل تقاضي التناقض الذي يقع بين الحكم المدني والجزائي.

فمثلا إذا كان خطأ الطبيب يشكل جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات، كما لو قام بإفشاء سر المريض أو كشف هوية المتلقي لأسرة المتبرع، هذا يشكل جريمة معاقب عليها، فإذا رفع المريض شكوى ضد الطبيب أمام القاضي الجزائي، وفي الوقت نفسه رفع دعوى التعويض أمام القاضي المدني فهذا ملزم بوقف الفصل في دعوى التعويض إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، كما يلزم على القاضي المدني أن يأخذ بعين الاعتبار عند الفصل في الدعوى المدنية ما قضى به في الحكم الجزائي، بمعنى يرتبط بحجية الحكم الجزائي وهذا لتقاضي صدور حكمين متناقضين، إلا أن ارتباطه ليس مطلقا بل يرد عليه قيدين أساسيين

**الأول** أنه لا يتقيد القاضي المدني بالتكييف القانوني الذي أعطاه القاضي الجزائي للوقائع، كحالة ما توفي المريض أثناء خضوعه لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية وصدور الحكم الجزائي ببراءة الطبيب الجراح، لأن الوقائع التي ثبتت فيها لا تشكل من الناحية الجزائية بأنها فعل معاقب عليه، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجزائي، بل عليه الأخذ بالتكييف المدني الذي يفترض التقصير من طرف الطبيب الجراح، والثاني أنه لا يتقيد بالحكم الجزائي إلا بالوقائع الضرورية لصدور الحكم، ويستبعد جميع الوقائع غير الضرورية.

## 2 - الاختصاص النوعي للمجالس

كرس المشرع الجزائري الاختصاص النوعي للمجالس القضائية في نص المادة 34<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ، التي أكدت بمبدأ التناقض على درجتين، إذ يجوز الاستئناف في جميع الأحكام

<sup>1</sup> - تنص المادة 4 من ق.إ.ج على ما يلي:

« يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية.

غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 34 من ق.إ.م.إ على ما يلي:

« يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئا ».

الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد حتى ولو كان وصفها خاطئاً<sup>(1)</sup>، ويتمكن المجلس من الطعن ليشمل الأحكام التي كان وصفها خاطئاً، لتمكين المجلس من بسط ولايته على الأحكام الصادرة عن أول درجة لمنع التعسف ومراقبة التكيف القانوني.

إذا رفع المدعي المضرور منه المريض أو المتبرع أو ذي الحقوق نتيجة الخطأ الطبي في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية دعوى التعويض أمام القسم المدني، والتمس منحه تعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق به، إلى جانب منحه تعويض مقابل الأشهر التي ظل فيها عاجزاً عن العمل، فقضي قاضي الدرجة الأولى بمنحه تعويض عن الضرر المادي والمعنوي اللاحق به، دون منحه تعويض مقابل الأشهر التي ظل فيها عاجزاً عن العمل بسبب الإصابة اللاحقة به طبقاً لأحكام المادة 34 من ق.إ.م.وإ على أنه:

**« يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئاً ».**

مما نستنتج أنه يحق رفع الاستئناف أمام الغرفة المدنية للمجلس القضائي للمطالبة بتأييد الحكم مبدئياً، فيما قضى به قاضي الدرجة الأولى بمنحه تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق به، وتعديله بمنحه تعويض مقابل الأشهر التي ظل فيها عاجزاً عن العمل.

### 3 - الاختصاص النوعي للقضاء الإداري

اعتبر المشرع الجزائري المؤسسات الصحية العمومية بمثابة مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي<sup>(2)</sup>، فهي مؤسسات مكلفة بتقديم خدمة عمومية تخضع لقواعد القانون الإداري سواء في تنظيمها وسيرها أو في أعمالها أو فيما يتعلق بتنظيم علاقات العمل فيها<sup>(3)</sup>، يتطلب لقيام المسؤولية الإدارية الطبية توفر ثلاث

<sup>1</sup> - يختص المجلس القضائي بالفصل في طلبات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين القضاة إذا كان النزاع متعلقاً بجهتين قضائيتين واقعتين في نفس دائرة اختصاص المجلس القضائي وكذلك بطلبات الرد المرفوعة ضد قضاة المحاكم التابعة لدائرة اختصاصه، وهذا ما أكدته المادة 35 من ق.إ.م.وإ، وتخضع الإجراءات المتعلقة بتنازع الاختصاص طبقاً لما هو مقرر في المادة 399 والمادة 241 وما يليها من ق.إ.م.وإ بالنسبة للرد.

<sup>2</sup> - نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-467 المؤرخ في 10/12/1997، المحدد لقواعد إنشاء المراكز الاستشفائية الجامعية تنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 81، صادر بتاريخ 10/12/1997.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج خضر، باتنة، 2010-2011، ص 12.

شروط وهي الخطأ الطبي المرفقي، الفعل الضار، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمريض أو المتبرع.

يختص القضاء الإداري بالنظر في دعاوى الأضرار الناشئة عن الأخطاء الطبية تطبيقاً لنص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا عن طريق رفع دعوى التعويض على المستشفى العام أو الطبيب<sup>(1)</sup>، ففي الأول كان يأخذ مجلس الدولة الفرنسي بالخطأ الجسيم لتحميل المستشفى العام المسؤولية التقصيرية ويستبعدا في حالة الأخطاء البسيطة، غير أنه تراجع عن هذا الموقف في قراره الشهير بيونشي "Bianchi" لسنة 1992<sup>(2)</sup>، وأقر بمسؤولية المستشفى دون خطأ، وقرر أنه عندما يكون العمل الطبي ضرورياً للتشخيص أو لعلاج المريض ويشكل خطراً رغم وجوده ولكن تحققه يبقى استثنائياً، ولا يوجد أي سبب يسمح باعتقاد بتعرض المريض له على وجه الخصوص.

فإن مسؤولية المرفق العام الاستشفائي تقوم إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر للأضرار، وبغض النظر على الحالة الأولية للمريض والتطور المتوقع لها خاصة أن يمثل أقصى درجات الجسامة<sup>(3)</sup>.

غير أن الجزائر لا تزال تأخذ بالمسؤولية الطبية بوجه عام على الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي والخطأ البسيط عندما يتعلق الأمر بالتنظيم<sup>(4)</sup>، فالمستشفى العام

<sup>1</sup> - نذير عميرش، "المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والإقتصاد، عدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص 469.

<sup>2</sup> - محمد بودالي، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

<sup>4</sup> - يختص القضاء الإداري الجزائري بالنظر في دعاوى التعويض المرفوعة ضد المستشفى، طبقاً نص المادة 800 من ق.إ.م.إ، كما منحت الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية، بالنظر في القضايا التي يكون فيها طرف ذات طابع إداري، بمعنى أن القضايا التي يرفعها المدعي المضرور ضد المستشفى العام يختص بالنظر فيها القضاء الإداري، باعتبار أن المستشفى مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، طبقاً للمادة 800 سالف الذكر والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 1997/12/02، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 1997/12/10.

متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعين تحت رقابته وهو ما ذهب إلى اجتهاد المجلس الأعلى في قراره<sup>(1)</sup>.

يرفع المضرور دعوى وفقا لنص المادتين 800 و 801 ق.إ.م وإمام المحكمة الإدارية المختصة التي يقع دائرتها الفعل الضار وهذا عملا بأحكام المادة 5/804 و 7 من ق.إ.م وإمام القاضي وفقا لأحكام المادة 807 ق.إ.م وإمام.

يطالب المضرور باتخاذ إجراءات وتدابير مستعجلة تحفظية في حالة ما إذا أساءت حالته الصحية حمايةً للمضرور، كأن يؤمر رئيس المحكمة أو قاضي الأمور المستعجلة بموجب أمر على عريضة بتعيين خبير طبي لإثبات حالته وفقا لأحكام المادة 939 من ق.إ.م وإمام<sup>(2)</sup>.

### ثانيا - الاختصاص الإقليمي

يتمثل الاختصاص الإقليمي بالحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه، والذي يتم تحديده عن طريق التنظيم<sup>(3)</sup> وفقا لأحكام المواد من 37 إلى 40 من ق.إ.م الخاصة بالاختصاص الإقليمي للجهات القضائية.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 52862، المؤرخ في 16/07/1988، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 01، 1991، قسم الوثائق، الجزائر، ص 120. أين قضت:

« متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته.  
وفاة الضحية نتيجة إعتداء وقع عليها من طرف أحد المرضى المصابين عقليا إخلال بواجب الرقابة على عاتق  
المستشفى ويشكل خطأ مرفقيا ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 939 ق.إ.م وإمام على أنه:

« يمكن لقاضي الإستعجال ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع بموجب أمر على عريضة ولو في غياب  
قرار إداري مسبق، أن يعين خبير ليقوم بإثبات حالة للوقائع من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهات القضائية  
يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من الخبير المعين على الفور ».  
وراجع أيضا المادة 920 ق.إ.م وإمام التي تنص على أنه:

« يمكن لقاضي الإستعجال عندما يفصل في الطلب المشار إليه في المادة 919 أعلاه إذا كانت ظروف الإستعجال  
قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من أشخاص المعنوية العامة  
أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها متى كانت هذه  
الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات ... ».

<sup>3</sup> - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية  
الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 40.

يعتبر الاختصاص الإقليمي من النظام العام يجوز للأطراف الاتفاق على خلافه إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في المادة 5/40<sup>(1)</sup> من ق.إ.م.إ، باعتباره ليس من النظام العام، فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يتعين على الخصوم وفقاً للمادة 47<sup>(2)</sup> من ق.إ.م.إ إثارته قبل أي دفاع في الموضوع، إذا طبقنا قواعد الاختصاص الإقليمي على المنازعات الطبية، فطبقاً للمادة 37 يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم استناداً للمادة 38 من ق.إ.م.إ التي تنص كالتالي:

**« في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم ».**

استناداً إلى المادة 5/40 من ق.إ.م.إ، فإن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج هو المختص بالنظر في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية التي تنص على أنه:

**« وفي المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تقديم العلاج ».**

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات، وهذا ما أكدته المادة 5/804 من ق.إ.م.إ بنصها على أنه:

**« ... في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات ».**

<sup>1</sup> - تنص المادة 5/40 من ق.إ.م.و.إ على أنه:

« ... في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 47 من ق.إ.م.إ على أنه:

« يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول ».

## الفرع الثاني

## السلطة التقديرية للقاضي في دعوى التعويض

للقاضي المدني أو الإداري سلطة تقديرية في منح التعويض للمدعي المضرور جبر عن الأضرار اللاحقة به في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ يقع على عاتق الطبيب بذل عناية في مواجهة المريض، وليس بتحقيق نتيجة إذ هو لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل كل ما بوسعه في سبيل شفائه إذ لا يسأل عن عدم الشفاء، بل عن تقصيره في بذل العناية اللازمة.

بما أن القاضي غير مختص في المجال الطبي خاصة في تحديد مقدار التعويض<sup>(1)</sup>، مما يستدعي منه الاستعانة بأهل الاختصاص، أي برأي الخبراء الطبيين المختصين في هذا المجال من أجل إثبات الأخطاء الطبية (أولا)، وهذا ما يسمح له بتقدير التعويض وإقراره في الحكم الفاصل في دعوى التعويض (ثانيا).

## أولا - استعانة القاضي بالخبراء الطبيين للكشف عن الأخطاء الطبية

خول المشرع الجزائري للقاضي المدني اللجوء إلى أهل الخبرة في سبيل الكشف عن الأخطاء الطبية الفنية، التي تخرج عن نطاق اختصاصه وتخصصه قبل الفصل نهائيا في النزاع المعروض عليه.

يعتبر خطأ طبيًا فنيًا، ذلك الخطأ الذي يتصل اتصالًا مباشرًا بعمل الطبيب الجراح والذي يكتسي صبغة فنية من جهة، وبعد ارتكابه من طرف الطبيب من جهة أخرى إخلالا بالأصول الفنية للعمل الطبي الجراحي، وتظهر الصعوبة الحقيقية في إثباته عندما نكون بصدد هذا النوع من الأخطاء كون مهمة تقديره يرجع إلى الأصول العلمية التي يجب على الطبيب الالتزام بها في العمل الطبي إذا أحاطته ظروف مماثلة لتلك التي أحاطت بالطبيب الجراح المراد مساءلته أثناء مباشرة التدخل الجراحي<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 28312 مؤرخ في 1985/05/11، قرار منشور، مجلة الاجتهاد القضائي (قرارات مجلس الأعلى)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 53، أين قرر:

« تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة إن 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 ».

<sup>2</sup> - بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل...، مرجع سابق، ص 253.

يصعب على القاضي، مهما كان مستوى ثقافته أن يقيم هذا التقرير لجهله ولقصور علمه بالأصول الفنية لعمل الطبيب الجراح، هذه الصعوبة في إثبات الخطأ الفني هي التي دعت البعض إلى المناداة بضرورة إبعاد القضاء عن النظر في المنازعات المتعلقة بالأخطاء الفنية للأطباء وإحالتها إلى مجالس طبية مكونة من أهل المهنة للنظر فيها<sup>(1)</sup>.  
ينحصر دور الخبير في مطابقة أعمال الطبيب للمفاهيم العلمية لهذا الفن، إذ يقوم بتفسير الأعمال الفنية للطبيب ومدى مطابقتها لقواعد المهنة والأصول العلمية الثابتة، وفي النهاية ترجع لتقدير القاضي بالعودة إلى تقرير خبرة الخبير.

بمقتضى القواعد العامة، يرجع القاضي بنقل تقرير خبرة الخبير الطبي من المجال الفني إلى المجال القانوني، وهو ما يدخل في صميم اختصاصه، فإنه تتدخل عناصر أخرى يجب الاعتماد بها قانونا، وأي تفسير آخر للقاضي حرية في مواجهة تقرير الخبير من شأنه أن يؤدي إلى اختلاط الواقع بالقانون، فعلى المستوى الفني، القاضي غير مختص، فإن اختصاص الخبير لا بد أن يفرض نفسه، أما على المستوى القانوني، فإنه يسترد اختصاص القاضي كامل فاعليته، بحيث يصبح تقرير الخبير أحد العناصر الخاصة ضمن مجموع العناصر التي يؤسس عليها القاضي حكمه طبقا لنص المادة 1/144 من ق.إ.م.و<sup>(2)</sup>.

يتمتع القاضي بالحرية الواسعة بالأخذ بالخبرة الطبية، كما يستطيع أن يأخذ بها كلها، أو جزء منه، كما يحق له أن يرفض طلب تعيين خبير دون أن يشكل ذلك مخالفة للقانون وهذا ما أكده القضاء الفرنسي<sup>(3)</sup>، في محكمة "دويه" DOUAI بتاريخ

<sup>1</sup> - نادى بعض الأطباء في فرنسا بضرورة إبعاد الأعمال الطبية عن دائرة المحاكم واقترحوا أن تحال المنازعات المتعلقة بهذه الأعمال إلى نقابة الأطباء، بحيث يحاسب الأطباء بواسطة أقرانهم من أهل المهنة باعتبار هؤلاء أقدر بحكم تخصصهم على تقدير مسلك زملائهم، انظر أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 614.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/144 من ق.إ.م.و على أنه:

« يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة ».

<sup>3</sup> - قضت محكمة أول درجة بوجود عجز يمثل 55% وإدعى المسؤول أنه يمكن تخفيض هذا العجز لو أجريت عملية جراحية، فانتدبت المحكمة خبيراً، فقضت بتخفيض التعويض، فاستأنف المضرور الحكم، فقررت محكمة الاستئناف رفض تخفيض التعويض، ورفض تعيين الخبير، فطعن في الحكم بحجة أن المحكمة تجاهلت رأي الخبير، بأنه لو أجريت عملية جراحية لتحسنت حالة المريض، فقررت محكمة النقض بتاريخ 1969/7/3 أن: « تقرير الخبير هو أحد العناصر التي يستند إليها القاضي في تكوين عقيدته، والتي تخضع لتقدير المحكمة، فالمحكمة لا تلتزم برأي الخبير، بل من واجبها، أن تستكمل أوجه الإقتناع على ضوء كافة الوثائق المعروضة للنقاش ».

نقلا عن أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 619.

16 ماي 1936<sup>(1)</sup>، وللقاضي حرية اختيار بين تقارير الخبراء، فله أن يأخذ برأي خبير دون آخر، كما له أن يجزم بما لم يجزم به الخبير في تقريره، وله أيضا أن ينتدب خبيراً يرجح الرأي الفني الواجب الأخذ به عندما يختلف الخبراء في الرأي، ومتى واجه القاضي مسألة فنية، فله أن يتخذ ما يراه مناسباً من الوسائل لتحقيقها.

كما يلتزم القاضي أثناء عرضه لدعوى التعويض بالتحقق من توفر أركان المسؤولية سواء تعلق الأمر بركن الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية.

### 1 - تقدير قيام ركن الخطأ

إذا كان الضرر اللاحق بالمريض مصدره عمل الطبيب أو نشاط المستشفى، فيجب عليه (المريض) لكي يحصل على التعويض إثبات خطأ المسؤول، فعليه أن يقدم دليلاً على إهمال أو تهاون الطبيب في بذل العناية، أو مخالفته للأصول الفنية المستقرة في المهنة، أما إذا لحقه ضرر بسبب خضوعه للعلاج في المستشفى، فعليه إثبات خطأ هذا الأخير، وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1977/12/7 بأنه: « يستوجب على المريض في مستشفى لكي يحصل على تعويض عن الأضرار التي تصيبه كنتيجة لمنحه قدر من الحرية أن يثبت خطأ هذا المستشفى... ».

يخضع تقدير هذه الأدلة للقاضي المدني أو الإداري حسب الأحوال<sup>(2)</sup>، إذ يستقل قاضي الموضوع في تقدير الأدلة ولا رقابة عليه من محكمة النقض، أو مجلس الدولة حسب طبيعة النزاع فيما يثبت من الوقائع المادية التي قدمها المدعي لإثبات ركن الخطأ<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - تتلخص وقائع هذه القضية أنه رفعت دعوى ضد طبيب التخدير على أساس أنه في استعمال التخدير الكلي، لإجراء عملية استسقاء على رربة المريض، فأصيب هذا الأخير بأضرار لم تكن لتحدث لو استعان الطبيب بالتخدير الموضعي، علماً أن طبيب التخدير ببعض كبار الأطباء الذين صرحوا في الجلسة أن استعمال التخدير الكلي في العملية، لم يكن غير مناسب، ومع ذلك قضت المحكمة "دويه" الابتدائية بتاريخ 16 ماي 1936 بمسؤولية الطبيب، فاستئناف الطبيب للحكم، فألغته محكمة استئناف، مقررة أنه إذا اختلفت وجهات النظر في الحالات التي يجوز فيها استعمال التخدير الكلي، وأخذ الطبيب باستشارة مدير المستشفى الذي يعمل فيه، فإنه تبعد عنه مسؤولية بصرف النظر عما جاء في تقرير الخبراء.

نقلا عن منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 600.

<sup>2</sup> - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 237.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 151.

قضت الغرفة الإدارية في هذا الصدد بالمحكمة العليا<sup>(1)</sup> بتاريخ 1977/10/29 أن تكييف الفعل المؤسس عليه بطلب التعويض عن خطأ الفني، يعد من المسائل التي يخضع لها قضاء الغرفة الإدارية لرقابة مجلس الدولة، استقر القضاء الجزائري منه العادي والإداري على أن تحديد وصف الخطأ يعد من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

تخضع جميع مسائل الخطأ لرقابة محكمة النقض أو مجلس الدولة حسب الأحوال، إلا ما تثبته محكمة الموضوع من الوقائع المادية في هذا الصدد، كما يجب على قاضي الموضوع استخلاص وقائع ثابتة منتجة يذكرها في الحكم وإلا كان حكمه باطلا لقصور أسبابه<sup>(2)</sup>، فاستخلصت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1977/10/29 سالف الذكر 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 يده<sup>(3)</sup>.

## 2 - تقدير قيام ركن الضرر

يعتبر الضرر واقعة مادية يمكن معاينتها بكافة طرق الإثبات، لذا يقع على المدعي عبء إثبات الضرر طبقا لقاعدة «البينة على من ادعى»، وذلك طبقا للمادة 323 من ق.م.ج<sup>(4)</sup>، يستخلص منها إثبات الضرر الذي يقع على المريض مباشرة أو ممثله القانوني أو ورثته، وينصب الإثبات على كشف مصدر ما إذا كان بخطأ من الطبيب أو المستشفى<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - صدور قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 1977/10/29، انظر حسين طاهري، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> - قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 21 ماي 1936 على أنه يجب على المحكمة عند القضاء بالتعويض... أن تثبت في حكمها أركان الخطأ المستوجب للتعويض تطبيقا للمادة 151 من القانون المدني القديم وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه، نقلا عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 152.

<sup>3</sup> - حسين طاهري، مرجع سابق، ص 63.

<sup>4</sup> - تنص المادة 323 من ق.م.ج على أنه:

« على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ».

<sup>5</sup> - يكون التزام الطبيب ببذل عناية، لكن في الحالات الاستثنائية التي يكون فيها الطبيب أو الجراح ملزما بتحقيق نتيجة، كما لو اتفق الجراح مع مريضه بتحقيق نتيجة، فعدم تحقيق هذه الأخيرة في حد ذاتها تعتبر ضرر، فيكفي هنا أن يثبت المريض عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤولية الطبيب.

انظر عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 333 و334.

يخضع تقدير وإثبات الضرر الطبي لسلطة القاضي المدني أو الإداري بحسب الأحوال فلقاضي الموضوع أن يقرر أن ما حدث للمريض من جراء التدخل الطبي، أو تلقيه الخدمة الطبية من قبيل الضرر أم لا، إذ أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بحيث لا تملك محكمة النقض<sup>(1)</sup> أو مجلس الدولة رقابة على ما يقرره قاضي الموضوع من وقائع مادية بشأن الضرر، فإذا قرر أن المضرور أصيب بتعفن بسبب إهمال الطبيب في عدم تنظيف الجرح أثناء قيامه بعملية نقل وزرع العضو، أو عدم مراقبة المستشفى لساق المريض المكسورة الذي تلقى العلاج لديه فلا تعقيب لمحكمة النقض أو مجلس الدولة على صحة هذه الوقائع في ذاتها<sup>(2)</sup>.

يخضع التكييف القانوني لهذه الوقائع لرقابة محكمة النقض 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 المسؤولين.

### 3 - تقدير قيام ركن علاقة السببية

يقع على عاتق المريض المضرور وفقاً للقواعد العامة عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بالضرر اللاحق به، فعلى المسؤول إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد فيه، ويعد استخلاص علاقة السببية بين الخطأ أو نشاط المستشفى والضرر من المسائل الواقع يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة لمجلس الدولة عليه فيما يبينه من وقائع<sup>(3)</sup>، غير أن التكييف القانوني لهذه الوقائع وتحديد كفايتها وكذا تحديد السبب الأجنبي الذي يترتب عليه انتفاء هذه العلاقة، وشروط توافر القوة القاهرة والحادث الفجائي، وأثر فعل المضرور والغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه وحكم

<sup>1</sup> - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص 351.

<sup>2</sup> - قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 31 ديسمبر 1970 بأن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولاً قانوناً. نقلاً عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 152.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 142.

تعدد الأسباب، وما يترتب على تعاقب الأضرار، فجميعها من مسائل القانون تخضع لرقابة مجلس الدولة حسب الأحوال.

### ثانياً - الحكم الصادر في دعوى التعويض

يعد مصدر الحق في دعوى التعويض هو العمل غير المشروع، وبناء على ذلك اعتبر الحكم مقراً، فالحكم نفسه هو مصدر الحق في التعويض.

#### 1 - نشوء حق التعويض منذ وقوع الضرر

ينشأ حق المضرور في التعويض عن العمل غير المشروع من وقت قيام أركان المسؤولية، 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<sup>(1)</sup> والذي يترتب عليه عدة نتائج عملية وهي

- يسري التقادم في دعوى المسؤولية من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر لا من وقت صدور الحكم.

- يتمتع المضرور إلى جانب التعويض الأصلي بحق المطالبة بتعويضه عن ما فاتته من كسب، ولا يحكم به القاضي إلا إذا طلبه المضرور وأثبتته.

- ينشأ حق المضرور في المطالبة بالتعويض عن ما فاتته من كسب منذ صدور الحكم ويمكن له مطالبته بدعوى مستقلة، فيمنح له تعويض عن ما فاتته من كسب من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة.

#### 2 - صدور الحكم المنشئ للتعويض

يلتزم المسؤول بدفع التعويض للمضرور وقت صدور الحكم، وبذلك يكون منشئاً بالنسبة للحق في التعويض، مما يترتب عن ذلك، إذا رفع المدعي المضرور نتيجة الخطأ الطبي دعوى التعويض ضد الطبيب، قضى إلزام هذا الأخير دفع للمدعي تعويض عن مجمل الأضرار اللاحقة به، واستنفذ هذا الحكم جميع طرق الطعن العادية وغير العادية، مما جعله حكماً نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، فمن أجل ضمان المدعي المضرور مبلغ التعويض له حق المطالبة بحق اختصاص على عقارات الطبيب.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1088.

## 3 - تقادم دعوى التعويض

وفقا للقواعد العامة، قضايا التعويض غير مقيدة بأجل مادامت الدعوى لم تتقادم<sup>(1)</sup>، فتتقادم دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بـ 15 سنة عملا بأحكام المادة 133 ق.م.ج التي نصت على أنه:

**« تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة 15 سنة من يوم ووقوع الفعل الضار ».**

أشارت المادة 308 ق.م.ج لنفس مدة التقادم، ومن خلال المادة المذكورة أعلاه يتبين أن أمام المضرور أو ذوي حقوقه ميعاد 15 سنة لرفع الدعوى تسري من تاريخ وقوع الخطأ أو تاريخ اكتشافه أو اكتشاف الألام سواء أمام القضاء العادي أو الإداري، وهو ما ذهب إليه اجتهاد مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 31/01/2000<sup>(2)</sup>، يطرأ على المضرور سواء كان متبرع أو مريض وحتى من ذوي الحقوق رفع دعوى التعويض أمام محكمة غير مختصة ثم لا يواصل الإجراءات، إلا أن التقادم ينقطع وفقا لما تقرره أحكام المادة 317 ق.م.ج التي تنص على أنه:

**« ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة... ».**

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 75670، المؤرخ في 13/1/1991، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1996، قسم الوثائق، الجزائر، ص 127؛ أين قضت: **« قضايا التعويض غير مقيدة بأجل مادامت الدعوى لم تتقادم بعد ».**

<sup>2</sup> - وهي قضية رفعتها الضحية بن سليمان فاطمة ضد مدير القطاع الصحي بمستغانم وقائعها أن المريضة تم إجراء لها عملية جراحية في 1966 وأن الدعوى لم ترفعها إلا في 1995، حيث أن الدعوى حركت عند إكتشاف الألام بسبب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المريضة بعد العملية الجراحية، وبالتالي رفض مجلس الدولة دفع بالتقادم المثار من المستأنفة (مدير القطاع الصحي) على أساس أن الدعوى رفعت عند اكتشاف الألام، انظر لحسن بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 237.

## المطلب الثاني

### طرق التعويض عن الضرر في المجال الطبي

وضع المشروع الجزائري القاعدة العامة في طريقة التعويض عن الضرر في المادة 132 من القانون المدني التي تلزم أن يغطي التعويض جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور<sup>(1)</sup>، والتي جاء نصها كالتالي:

« يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع ».

يستخلص من المادة أنه يتعين على القاضي تحديد كيفية التعويض (الفرع الأول)، وإذا تعذر عليه الحصول على التعويض مباشرة من مرتكب الفعل الضار يجوز أن يتحصل عليه من شركة التأمين إذا أمن المسؤول عن أخطائه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### تقدير التعويض من طرف القاضي

يتمتع القاضي بحرية في تكوين قناعته لتحديد التعويض اللازم لجبر الضرر، غير أن قناعته ليست مطلقة بحكم التزامه بتعليل الحكم أو القرار القضائي وتبيان العناصر المعتمدة في تحديد مقدار التعويض، أضف إلى ذلك بعض الاعتبارات القانونية والموضوعية التي تلعب دورا هاما في تكوين هذه القناعة ويكون لها انعكاس كبير على مقدار وحجم التعويض المحكوم به. تكشف الخبرة للقاضي مختلف الأضرار، سواء تعلق الأمر بالعجز الكلي المؤقت، والعجز الدائم الجزئي، والضرر التألمي والضرر الجمالي<sup>(2)</sup> الذي لحق بالمتبرع أو المريض

<sup>1</sup> - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المؤسسة المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 177.

<sup>2</sup> - قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 28312 مؤرخ في 11/05/1985، قرار منشور، مجلة إجتهااد القضائي (قرارات مجلس الأعلى)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 53. أين قرر:

« تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة، إن 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 ».

المضرور، للوصول إلى تعويض عادل، مما يستوجب البحث عن مصادر تقدير التعويض (أولاً)، كما يستند القاضي عند النظر في الدعوى إلى تقدير التعويض للمضرور لمعايير معينة (ثانياً).

### أولاً - مصادر تقدير التعويض

يرجع تقدير التعويض كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية إلى إرادة الطرفين أثناء إبرام العقد أو اتفاق لاحق على تحديد مقدار التعويض الذي سيدفع للمضرور نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه التعاقدية، فيحدد مبلغ التعويض بموجب نص قانوني، وإذا لم يحدد هذا المبلغ لا من الطرفين ولا من القانون، سيتولى القاضي تحديده.

#### 1 - التعويض الاتفاقي

أجاز المشرع الجزائري لطرفي العقد الاتفاق مسبقاً على تحديد مبلغ التعويض، وقد نصت المادة 183 من ق.م.ج على أنه: « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 ».

وهذا الاتفاق لا يكون إلا في المسؤولية العقدية ويسمى "بالشرط الجزائي"<sup>(1)</sup>، وعلى هذا الأساس، يجوز اتفاق الطبيب على تقدير مبلغ التعويض مسبقاً في العقد أو في اتفاق لاحق، بشرط أن يكون هذا الاتفاق قبل وقوع الضرر، وذلك كأن يتفق الطبيب مع المريض على إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية للمريض في وقت محدد، وإذا أخل الطبيب بتنفيذ التزامه بتأخره عن الموعد المحدد لإجراء العملية، ونتج عن ذلك إصابة المريض بالضرر بسبب ذلك التأخير وجب عليه دفع مبلغ معين مثبت مقداره في العقد.

أما في حالة ما أثبت الطبيب أن المريض لم يلحقه أي ضرر، أو كان مبلغ التعويض المثبت في العقد مبالغاً فيه، يحق للقاضي في هذه الأحوال إنقاظه ليكون معادلاً للضرر الذي لحق المريض<sup>(2)</sup>، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 184 من ق.م.ج على أنه:

<sup>1</sup> - حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 346.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية المدنية (عقدية، تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 67.

« لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.

ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه.»

أما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد بالاتفاق، فلا يجوز للمريض المطالبة من القيمة المتفق عليها، ما لم يثبت أن الطبيب قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 185<sup>(1)</sup> من ق.م.ج.

### 2 - التعويض القانوني

يعتبر النص القانوني مصدر تقدير التعويض، فمثلا عن ذلك من غير المجال الطبي حدد المشرع الجزائري في بعض القوانين الخاصة بمقدار التعويض كقانون رقم 83-13<sup>(2)</sup>، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، حدد التعويضات التي تمنح للمضروب من طرف هيئات الضمان الاجتماعي بسبب المرض والعجز الكلي المؤقت.

أما في مجال المسؤولية الطبية، من خلال تفحص قانون مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة الجديد لا نجد أي نص صريح يحدد مقدار التعويض الذي سيمنح للمضروب سواء عن الضرر الجمالي أو التألمي أو الجسماني اللاحق بالمريض بسبب خطأ الطبيب، فتبقى المادتين 131 و182 من ق.م.ج هما المطبقتان في هذا الشأن<sup>(3)</sup>.

### 3 - التعويض القضائي

أمام استحالة تحديد مبلغ التعويض باتفاق الطرفين في المجال الطبي من جهة، وغياب أي نص قانوني يحدده من جهة أخرى، يتولى قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى بتقدير قيمته الذي سيمنح للمضروب ولا رقابة للمحكمة العليا عليه إلا من حيث التسبب،

<sup>1</sup> - تنص المادة 185 من ق.م.ج على أنه:

« إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما.»

<sup>2</sup> - قانون رقم 83-13 مؤرخ في 20 جويلية 1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ج. عدد 28، صادر بتاريخ 1983/07/05.

<sup>3</sup> - عباشي كريمة، مرجع سابق، ص 146.

لأن تقدير التعويض يعد من المسائل الواقعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وهذا طبقاً للمادة 182 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي:

« إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.»

غير أنه يتعين على القاضي أن يبرر تعيين جميع عناصر تقدير التعويض المدني التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، فتعيين العناصر المكونة لقانوننا للضرر تعد مسألة قانون<sup>(1)</sup>، وهذا ما يتبين من قرارات المحكمة العليا التي ألزمت القضاة أن يبينوا الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ولهذا اعتبرت تقدير القضاة منح تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض، يعد خرقاً للقواعد المقررة قانوناً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - معايير تقدير التعويض

طبقاً للقواعد العامة، أنه يجب أن يكون التعويض على قدر كاف لجبر الضرر، فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه، والمشرع الجزائري حدد معايير يستند إليها القاضي وتتمثل حسب المادتين 131<sup>(3)</sup> و 182 السالفة الذكر من ق.م.ج، في الضرر المباشر، والظروف الملازمة، ومراعاة الضرر منذ وقوعه إلى يوم النطق بالحكم.

فتقدير التعويض جبراً للضرر اللاحق بالضرر يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض أو مجلس الدولة<sup>(4)</sup>، ما دام أنه اعتمد في

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 187.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 109568، المجلة القضائية، عدد 1، الصادر في 1994/05/24، ص 123.

<sup>3</sup> - تنص المادة 131 من ق.م.ج على ما يلي:

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.»

<sup>4</sup> - حسين طاهري، مرجع سابق، ص 64.

حكمه على أساس معقول، وهو ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006<sup>(1)</sup>.

### 1 - معيار الضرر المباشر

يتبين من نص المادتين 131 و182 السالف ذكرهما، أن التعويض مقياسه الضرر المباشر، فالتعويض في أية صورة كانت تعويضا عينيا أو بمقابل، نقديا أو غير نقدي مقسطا أو إيرادا مرتبا، يقدر بمعيار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، متوقعا أو غير متوقع، حالا أو مستقبلا ما دام محققا<sup>(2)</sup>.

يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية والعقدية على الضرر، وهذا ما أكدته المادة 131 سالف الذكر، فالتعويض في المسؤولية التقصيرية يقتصر على الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، بخلاف التعويض في المسؤولية العقدية الذي يشمل على الضرر المباشر المتوقع ما عدا حالتَي الغش والخطأ الجسيم<sup>(3)</sup>.

حيث يشمل الضرر المباشر عنصرين من الخسارة الأولى التي تصيب المضرور، والثانية الكسب الذي فاتته، ويتحقق ذلك في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وهذا ما أكدته المادة 182 السالف الذكر على أنه:

« ... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ».

بتطبيق هذه المادة على المجال الطبي، يتحصل المريض المصاب بعجز جسماني نتيجة خطأ الطبيب على تعويض عما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي، وما أنفقه من مبالغ مالية قصد العلاج، وهذا ما نستخلصه من عبارة (ما لحقه من خسارة)، كما يستحق التعويض عن ما فاتته من كسب<sup>(4)</sup>، بسبب نقص دخله إذا كان عاملا يتقاضى أجره عادية، فنتيجة لهذه الإصابة لن يتحصل عليه.

1 - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 26678، صادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006، قضية (س.م) بن (ر) ومن معه ضد (ن.م) المركز الإستشفائي الجامعي بتييزي وزو، حول موضوع خطأ طبي إثر علاج بمستشفى ومسؤولية المرفق والإستناد إلى نسبة العجز، نشرة القضاة، عدد 63 لسنة 2008.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1097.

3 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 314.

4 - أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 169.

ففي المسؤولية التقصيرية، كان القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر ينظر إلى جسامة الخطأ، مما أدى إلى احتجاج غالبية الفقه الغربي على أنه من غير الجائز للقضاء إدخال جسامة الخطأ أو تفاهته عند تقدير التعويض، إذ أن الخطأ ما هو إلا ركن لإقامة المسؤولية بغض النظر عن مداه، وتكمن العبرة في جسامة الضرر عند تقدير التعويض وليس جسامة الخطأ<sup>(1)</sup>.

أما في المسؤولية العقدية، فإن معظم التشريعات أخذت بعين الاعتبار جسامة الخطأ، وألحقت الخطأ الجسيم بالغش، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 2/182 المذكورة أنفاً، أي أن الطبيب الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، يلتزم بتعويض المريض عن الضرر الذي لم يكن من الممكن أن يتوقعه الرجل العادي عند إبرام العقد<sup>(2)</sup>، فتكون المسؤولية في هذه الحالة مشددة فيتم التعويض على الضرر المتوقع وغير المتوقع.

## 2 - تأثير الظروف الملازمة

يقصد بالظروف الملازمة التي جاءت بها المادة 131<sup>(3)</sup> سالفه الذكر، الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المضرور لا تلك المتعلقة بالمسؤول، وتتعلق هذه الظروف الشخصية بحالة المضرور الصحية والعائلية والمالية<sup>(4)</sup>، فيجب على القاضي أن يدخل الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور عند تقدير التعويض اللاحق به، فيقدره على أساس ذاتي، وليس على أساس موضوعي، فيؤخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمضرور، ويقدر مدى تأثير الفعل الضار عليه، ومدى ما سببه من ضرر، فمثلاً في مجال التجميل، يجب الأخذ بالاعتبار حالة المريض قبل التدخل الجراحي فإذا كان التشويه أو العيب المراد تحسينه بعملية جراحية تجميلية خفيفاً جداً، وبعد العملية تقاوم وازدياد تشوهاً بسبب خطأ

<sup>1</sup> - قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1946/10/21 أن:

« التعويض عن الضرر المدني الذي أقره القانون في المسؤولية التقصيرية يشمل جل الضرر المدني بغض النظر عن جسامة الخطأ ». نقلاً عن أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 170.

<sup>2</sup> - أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 171.

<sup>3</sup> - تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه:

« يقدر القاضي مدى التعويض... مع مراعاة الظروف الملازمة ».

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 164.

الجراح، فتقدير التعويض في هذه الحالة يكون أشد بالمقارنة إذا ما كان التشوه المراد تحسينه عيباً ملحوظاً وبارزاً<sup>(1)</sup>.

كما لا يعتد عند تقدير التعويض بجسامة الخطأ المرتكب من قبل المسؤول، لأن المسؤولية المدنية غرضها جبر الضرر، لا معاقبة المسؤول، فمهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض لا يكون إلا بقدر الضرر، ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذي أحدثه، غير أنه من الناحية العملية فإن القضاء عادة ما يدخل في حسابه عند تقدير التعويض جسامة الخطأ الصادر من المسؤول فيميل إلى الزيادة فيه، وإلى التخفيف من التعويض إذا كان الخطأ يسيراً<sup>(2)</sup>.

### 3 - مراعاة الضرر المتغير

في هذه الحالة يستطيع أن يتغير الضرر ما بين وقت أو يوم وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، كما لو كسرت يد المريض إثر سقوطه فوق طاولة العمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وهو تحت التخدير، وعند مطالبته بالتعويض كانت الإصابة قد تطورت فتختلف عنها عاهة مستديمة، كما لو تعفنت ساقه مما استوجب بترها، فيتعين على القاضي في هذه الحالة أن يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم، فيقدر القاضي الضرر على أنه عاهة مستديمة<sup>(3)</sup>.

أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم، والذي تغير هو سعر القيمة النقدية الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام، فالعبرة بالسعر منذ وقوع الضرر أو انخفاضه، على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بماله الخاص فإنه يرجع بما دفعه فعلاً، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم، وإذا طلب المضرور بعد الحكم له بالتعويض تعويضاً جديداً، فاستجابت المحكمة لطلبه دون أن تبين التغيير الذي طرأ على حالته نتيجة تفاقم الضرر فإن الحكم يستوجب النقص.

<sup>1</sup> - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 164.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1101.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

## الفرع الثاني

## دور شركات التأمين في تعويض المضرور

تلتزم شركة التأمين بالضمان بمقدار التعويض ما تحقق من مسؤولية مدنية على المؤمن له أي في حدود المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، وعليه فهو يضمن في المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي يقع على المريض بسبب خطأ مهني منه أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في التشخيص أو في العلاج أو خلال العمليات الجراحية، أو حالة الخطأ في حالة تخدير المريض أو الخطأ في الاستشارة الطبية، ويشمل التأمين من المسؤولية ما ينسب للطبيب بما ينجم عن فعل المنقولات المعدة في المستشفى لعلاج المرضى التي يعتمد عليها الأطباء لممارسة مهامهم.

وتنص في هذا الصدد المادة 1/201 من قانون التأمينات<sup>(1)</sup> على أنه:

« يجب على شركات التأمين تغطية أي خطر يخضع بموجب هذا الأمر لإلزامية

التأمين بالنسبة لعمليات التأمين التي اعتمدت من أجلها ».

على هذا الأساس يستلزم التطرق إلى نطاق التأمين من المسؤولية (أولاً)، كما أنه يعد شرطاً إجباري في المسؤولية المدنية للطبيب، لتوفير الهدوء والطمأنينة لدى الأطباء عند القيام بالعمل الطبي من جهة، ومنح التعويض المناسب للمريض من زاوية أخرى لمواجهة الأخطاء الطبية على اختلاف أنواعها (ثانياً)، وكذا تأمين من مسؤوليته الإدارية للأضرار اللاحقة بالمرضى وحماية لحقوقهم بالحصول على التعويض المناسب للأضرار المرتكبة من قبل عمال قطاع الصحي (ثالثاً).

## أولاً - نطاق التأمين من المسؤولية المدنية

يعد التأمين<sup>(2)</sup> في مجال المسؤولية المدنية، التأمين عن الأضرار الذي يتفرع عنه التأمين من الأشياء والتأمين من المسؤولية، وتنطبق عليه الصفة التعويضية، لذلك يتطلب

<sup>1</sup> - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 1995/01/25، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر بتاريخ 1995/03/08، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - يعتبر التأمين: « عملية يحصل بموجبها أحد الأطراف وهو المؤمن له، نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الأخر، وهو المؤمن تعهد يدفع بموجبه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء مقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء » =

الأمر وجود ثلاثة أطراف المتمثلة في المؤمن، والمؤمن له، والمضرور من فعل المؤمن له، وتعتبر الوسيلة لحماية الذمة المالية للمسؤول، كونه عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحقه جراء رجوع الغير عليه.

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية المدنية، فيضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير.

### 1 - شرط تأمين الجراح عن نفسه من المسؤولية المدنية

تم تسليط الضوء على المسؤولية الطبية، وهذا بعد نشوء أزمة المسؤولية الطبية وكان أهم آثارها هو الحصول على التعويض، إذ قامت بعض شركات التأمين بفسخ عقود التأمين التي تربطها مع الأطباء أو بزيادة أقساط التأمين، نتيجة ازدياد عدد الدعاوى في مجال المسؤولية الطبية، التي كانت في الغالب تلزم الطبيب أو شركات التأمين من دفع مبلغ التعويض.

فالتأمين من هذه المسؤولية هو شرط إلزامي لممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته إلا بعد اكتتبه لعقد التأمين من المسؤولية المدنية مهما كان اختصاص الطبيب، تحقيقاً لهذا الغرض وضماناً لحصول المضرورين على التعويض المناسب وحماية للأطباء وصوناً للممارسة مهنتهم، أكدت المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321<sup>(1)</sup> على أنه: « يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها ».

=انظر أحمد عبد الكريم الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007، ص 60.  
وقد نصت المادة 619 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30/09/1975، معدل ومتمم، عقد التأمين على أنه « 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 للمؤمن ».

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ 22/10/2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر.ج. عدد 60، صادر بتاريخ 22/10/2007.

يشترط تأمين الطبيب أو الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية من المسؤولية الطبية لممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته، إلا بعد إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية مع إحدى شركات التأمين المرخص لها، التي تتولى تغطية أخطائه الواقعة منه أثناء التدخل الطبي، وهذا ما ألزمه المشرع الجزائري حتى يتسنى للمريض بالحصول على تعويض من شركة التأمين عند قيام مسؤولية الطبيب.

## 2 - نطاق التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

ينحصر نطاق التأمين في المسؤولية المدنية للطبيب في ازدادت الدعاوى القضائية المرفوعة ضد الأطباء والجراحين من قبل المرضى، فلا بد من التفكير في إيجاد آلية فعالة من شأنها أن تبعث الطمأنينة لدى هؤلاء المرضى والأطباء في حد سواء، وهو ما جعل في التأمين من المسؤولية حلا لمواجهة هذه المشاكل وتلك الأخطار.

يلعب التأمين من المسؤولية الطبية دورا وأهمية بارزة، بعدما أصبحت ممارسات الأطباء والجراحين خطيرة، بسبب تطور مهنة الطب والجراحة واستعمال الأجهزة الطبية الحديثة، نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي، هذا ما جعل تكريس نظام التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للأطباء في تغطية الأضرار الناجمة عن أخطاء الأطباء أثناء التدخل الطبي، عبر كل مراحل العلاج، كما يغطي المخاطر التي قد تتجم عن استعمال الأدوات والأجهزة الطبية على جسد المريض.

### أ - المخاطر التي تغطيها شركة التأمين عن خطأ الطبيب

يهدف التأمين إلى ضمان الذمة المالية للطبيب أو الفنيين العاملين في المجال الطبي أو المستشفيات والعيادات الخاصة من مطالبة المريض المتضرر من جراء الخطأ أثناء التدخل الجراحي.

لذا تعد المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح أو الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، على خطر للمريض، فلا بد من التأمين وعلى هذا الأساس ستتكفل شركة التأمين بدفع التعويضات التي ستترتب على ذمة الجراح حال ثبوت مسؤوليته المدنية عن خطئه الجراحي.

## ب - الأضرار التي تغطيها شركة التأمين على الطبيب

يلتزم المؤمن بتعويض المضرور من جراء خطأ الطبيب جميع المبالغ المالية التي يكون الطبيب ملزماً بتقديمها للمضرور في حالة قيام مسؤوليته وهي كالتالي

\* كل المبالغ التي يكون مسؤولاً عن دفعها إلى المريض المضرور كنتيجة مباشرة لخطئه المهني الشخصي، بما في ذلك المصاريف التي تنفق من قبل المؤمن لدفع المسؤولية عنه، ويشمل التعويض في حالة وفاة المريض، الضرر المرتد إلى خلفه العام.

\* المبالغ التي يكون الطبيب مسؤولاً عنها بموجب مسؤوليته التبعية عن الأخطاء الصادرة عن الفريق الطبي الذين يعملون تحت إشرافه وتوجيهه، حتى الأطباء تحت التريص.

\* جميع الأضرار الجسدية أو المادية التي تلحق بالمرضى من لحظة دخولهم إلى عيادة الطبيب أو مكان مزاولته نشاطه المهني حتى مغادرتهم العيادة وذلك ضمن مقدار التعويض خاص يحدد في وثيقة التأمين، ولا يشمل هذا الالتزام الأضرار الجسدية أو المادية لمستخدمي المؤمن لهم أو أزواجهم أو أبنائهم أو أبويهم<sup>(1)</sup>.

يقدر التعويض أيضاً بما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب<sup>(2)</sup> وفقاً للقواعد العامة، عن الأضرار الناشئة عن نشاط الطبيب، سواء الأضرار المادية أو المعنوية، كما يقتصر التأمين من المسؤولية للطبيب على المسؤولية المدنية دون أن يمتد إلى التأمين من المسؤولية الجنائية، التي تعتبر مسؤولية شخصية، وفقاً لمبدأ العقوبة الشخصية<sup>(3)</sup>.

تكمن القاعدة العامة أن المسؤولية المدنية هي مسؤولية عقدية، كما هي مسؤولية تقصيرية في بعض الحالات، فإنه لا شك في ضرورة أن يغطي التأمين شقي المسؤولية المدنية، بمعنى يغطي الأضرار التي تصيب المريض بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، ولا يثور أي إشكال في هذا الصدد إذا تضمن عقد التأمين صراحة تغطيته للمسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، وإنما تثار المسألة حين يتضمن العقد على

<sup>1</sup> - انظر قانون رقم 2002-303 ل 2002/03/04.

<sup>2</sup> - تنص المادة 182 من ق.م على أنه: «... يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب».

<sup>3</sup> - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع،

مصر، 2014، ص 538.

ضمان المسؤولية المدنية دون تحديد نطاق تلك المسؤولية إن كانت عقدية أم تقصيرية أم كلاهما معاً<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - الأضرار التي يواجهها المضرور من طرف شركة التأمين

هناك أضرار لا تغطيها شركة التأمين فلا يحق للمضرور مواجهتها للحصول على التعويض من شركة التأمين الرجوع على الطبيب المسؤول، إلا في حالة عدم تمكنه من الحصول على تعويض كامل من شركة التأمين، هنا يحق له الرجوع على المسؤول بما يكمل التعويض<sup>(2)</sup> يعد التأمين من المسؤولية الطبية وسيلة فعالة لطائفتي السلك الطبي والمرضى، فبالنسبة للسلك الطبي فهو مصدر الطمأنينة والحرية في ممارسة مهامهم، أما بالنسبة للمرضى فيضمن لهم الحصول على التعويض عند إصابتهم بأي ضرر إثر خضوعهم للعلاج.

حددت شركة التأمين الأضرار اللاحقة التي لا تغطي المضرور وهي

\* المسؤولية المدنية الناتجة عن ارتكاب الطبيب خطأ متعمداً أدى إلى تضرر المريض أو وفاته، كما في حالة "القتل الرحيم" (القتل بداعي الشفقة)، سواء أكان ذلك بطلب من المريض أو ذويه، كما يشمل موت المريض بسبب إيقاف أو رفع أجهزة الإنعاش الصناعي بالرغم من عدم تأكد الطبيب من موت المريض دماغياً.

\* المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن خطأ عادي غير مهني إذا كان نطاق التأمين ينحصر بالخطأ المهني.

\* المسؤولية الناجمة عن عمليات الإجهاض الاختياري.

\* المسؤولية الناجمة عن جراحة التجميل.

\* المسؤولية الناجمة عن مخالفة الأصول العلمية لمهنة الطب.

يتم الإنفاق على تغطيتها ولقاء قسط تأمين إضافي.

\* المسؤولية الناجمة عن إجراء التجارب الطبية، ووصف المنتجات الدوائية قبل إجازة

تسويقها.

<sup>1</sup> - عبد الكريم مأمون، "التأمين من المسؤولية المدنية المهنية الأطباء نموذجاً"، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق،

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010، ص 144.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 174 و 175.

- \* المسؤولية الناجمة عن العمليات الجراحية التي يقصد منها تعديل الصفات الوراثية.
- \* المسؤولية الناجمة عن تغيير الجنس<sup>(1)</sup>.
- \* المسؤولية الناجمة عن زراعة الأسنان.
- \* من المسؤولية المدنية من حوادث السيارات.
- \* الغرامات المحكوم بها على الطبيب الجنائية.
- \* الأضرار الجسدية للمريض أو وفاته الناجمة عن سبب أجنبي.

### ثالثاً - مدى فعالية شركة التأمين في جبر الأضرار المرتكبة من قبل عمال القطاع الصحي

مع التطور التكنولوجي الهائل الذي مس العلوم والمهن الطبية، فالأطباء العاملين في المجال الطبي، والمستشفيات العامة والعيادات الخاصة مع اكتشافات مذهلة للأجهزة الطبية والأدوات التي تستعمل في التدخلات الطبية، وبسبب اعتمادهم على هذه الأجهزة فهم عرضة للمساءلة القانونية<sup>(2)</sup>، كونهم ليسوا بمنأى عن ارتكاب الأخطاء الطبية، لاسيما عما يسببوه من أضرار نتيجة أخطائهم الشخصية والجماعية، أثناء ممارستهم للعمل الطبي وبالتالي مطالبتهم من قبل المريض بالتعويض عما أصابه من ضرر، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية وإصراره بالحصول على التعويض<sup>(3)</sup>.

فحق التعويض يضمن للمريض في حالة تحقق المخاطر المرتبطة بعدم الالتزام بالطرق العلاجية، وكذا تعد بمثابة حماية للطبيب الجراح المعالج التي يمكن أن ترفع ضده بمناسبة أخطائه المهنية دعاوى، فشركة التأمين تتولى تغطية تلك الأضرار الناجمة عن خطأ الطبيب.

وعلى هذا الأساس، أصبح للتأمين أهمية على المسؤولية الطبية بحيث أصبح ضرورة ملحة، سواء بالنسبة للمريض أو الطبيب أو المستشفى، للتأمين من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها أثناء ممارستهم لمهنتهم، وهو الأمر الذي جعل الكثير من الدول تتجه نحو فرض إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية، إن التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب عقد يتم بمقتضاه تأمين الذمة المالية للطبيب ضد المطالبات التي يتقدم بها المضرورون ويحمي

<sup>1</sup> - بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص ص 383 و 384.

<sup>2</sup> - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية...، مرجع سابق، ص 113.

<sup>3</sup> - أحمد عبد الكريم الصرايرة، مرجع سابق، ص 60.

حقوق هؤلاء من إفسار الأول، إذ يجد المضرورون مسؤولاً عن مطالبهم يتمثل في هيئة مليئة يتقاضون منها حقهم في التعويض بدعوى مباشرة لا تخضع لتزاحم الدائنين<sup>(1)</sup>.

ألزمت التشريعات في الكثير من الدول ممارسي الصحة لاسيما الأطباء منهم، على التأمين عن مسؤوليتهم المدنية الناجمة عن أخطائهم المهنية المرتبطة بممارسة العمل الطبي، وتكمن الغاية من ذلك في ضمان تعويض مالي للمريض المضرور عما قد يصدر أثناء الممارسة<sup>(2)</sup>.

إن ابتكار وتكريس نظام التأمين الإجباري من المسؤولية هو من أجل تغطية نتائج الأخطاء في جميع مراحل النشاط الطبي الصادرة من الطبيب كما يغطي نتائج المخاطر التي قد تنجم عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الطبي.

ألزم المشرع الجزائري المؤسسات الصحية المدنية وكل ممارسي المهن الطبية باكتتاب تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وكذا الغير، إذ تنص في هذا الشأن المادة 167 من أمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات<sup>(3)</sup> على أنه:

« يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير »، ويتعرض كل مخالف لهذا الالتزام إلى غرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج، بغض النظر عن وجوبه اكتتاب التأمين<sup>(4)</sup>.

أكد كذلك المشرع الجزائري في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على هذا الالتزام من خلال نص المادة 296 التي تنص على أنه:

<sup>1</sup> - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 533.

<sup>2</sup> - إن الفقه الفرنسي تانك Tunc، إستقر في النهاية على وجوب إلزام الأطباء باكتتاب تأمين وليس المرضى، فالأطباء لا يؤمنون ضد أخطائهم بل ضد الأضرار التي تصيب مرضاهم، وعلى هؤلاء دفع أفساط مالية مقابل قيام المؤمن بتعويض الأضرار التي تصيب المرضى من جراء الخطأ الناتج عن التدخل الطبي، نقلا عن عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 143.

<sup>3</sup> - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25/01/1995، يتضمن قانون التأمينات، ج.ر.ج. عدد 13، صادر بتاريخ 08/03/1995، معدل ومتمم، سالف الذكر.

<sup>4</sup> - تنص المادة 184 من أمر رقم 95-07، يتضمن قانون التأمينات على أنه:

« يعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التأمين المشار إليها في المواد من 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية يتراوح مبلغها بين 5000.00 دج و100.000.00 دج ... ».

« يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنتي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، إكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ».

على هذا الأساس، يقوم نظام شركة التأمين من المسؤولية على أساس إعفاء المؤمن له وهو الطبيب من العبء المالي لتعويض الضرر الذي سببه للغير، أي أنه ينقل المسؤولية المالية للطبيب بحيث تتكفل شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمريض الذي وقع عليه الضرر أثناء التدخل الطبي، ومن ثم فهي تبعث الطمأنينة في نفس المضرور بأنه سيحصل على حقه من التعويض.

على الرغم من أن نظام التأمين من المسؤولية له أهمية أساسية للطرف المضرور، كونه يجعل شركة التأمين تتكفل بدفع مبلغ التعويض له بدلا من الطبيب المسؤول، إلا أن هذا النظام في نظر البعض ينمي لدى المستفيد المؤمن له أي الطبيب لا مبالاة وعدم الاكتراث، أي تقاعسه في أداء العناية الواجبة تجاه المريض فلا يقوم بالتزاماته نحوه نظرا لما يؤمنه له التأمين من تحصيل من المساءلة<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 534.

## الفصل الثاني

### المسؤولية العقابية جراء مخالفة الضوابط القانونية

#### للرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء

يتعرض الطبيب جراء خطئه الذي يترتب عنه ضرر للمريض أو المتبرع مسؤوليات متعددة سبق تناول المسؤولية المدنية والجزائية وثمة نوع آخر من المسؤولية وهي المسؤولية التأديبية، والخطأ التأديبي قد يكون نفسه الخطأ الجزائي أو المدني الذي ارتكبه، ذلك أن مساءلة الطبيب جزائياً لا يمنع توقيع العقوبة التأديبية عليه كذلك، كما يمكن أن يرتكب الطبيب أثناء نشاطه أو عمله خطأ لا يترتب عنه أي ضرر، فهنا يكفي وصفه بالخطأ التأديبي والذي يستتبع المسؤولية التأديبية فقط.

يهدف قانون أخلاقيات مهنة الطب إلى حماية مصالح المجتمع سواء المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الشخصية للفرد، فيتدخل المشرع لمواجهة الاعتداء على هذه المصالح متى قدر أهمية الردع من حماية، من خلال تقدير المسؤولية التأديبية للأطباء بصفة عامة على أساس خروج الطبيب على مقتضيات واجبات وظيفته (المبحث الأول).

وإذا علمنا أن المسؤولية الجنائية العمدية تثور ضمن حالات خاصة ومن بينها تحمل المسؤولية عن نقل وزرع الأعضاء البشرية ما بين الأحياء أو من جنث الموتى، وهي تمتد لتمس كل المتدخلين لنزع وزرع الأعضاء في جسم الإنسان، وتمتد لتشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية الهيئات الإستشفائية، حيث يعاقب كل من يتعامل بأعضاء الجسم البشري سواء كان هو المتبرع أو المريض أو الطبيب أو شخص اعتباري أو اللجنة الطبية المختصة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### قيام المسؤولية التأديبية للأطباء

يخضع الطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى مسألتة تأديبية أثناء قيامه بواجباته المهنية في المستشفى وهذا أثناء صدور خطأ منه بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه.

فالمسؤولية التأديبية -عكس المسؤولية المدنية-، لا تستوجب الحصول على ضرر لمعاقبة الطبيب، بحيث يستوجب على هذا الأخير أن يتقيد بقواعد أخلاقيات المهنة التي تلزمهم الإطلاع عليها والتصريح باحترامها كتابيا، فقواعد أخلاقيات الطب حسب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المذكور سابقا، يتمثل في مجموعة المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على الطبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها وأن يستلهمها في ممارسة مهنته، وكل مخالفة لهذه القواعد تعرض صاحبها لمساءلة تأديبية، وانطلاقا من علاقة التبعية التي تربط الطبيب بالمستشفى فإن هذا الأخير يتعرض لمخالفات تشكل أخطاء تأديبية في المجال الطبي (المطلب الأول)، كما يتعين على السلطة التأديبية احترام الإجراءات الخاصة المقررة قانونا لإضفاء على هذا الإجراء صفة المشروعية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الخطأ التأديبي في المجال الطبي

تثور المسؤولية التأديبية كنتيجة عن مخالفة الطبيب للالتزامات القانونية المفروضة عليه مهنيا حتى إن لم يترتب عن هذا الخطأ أي ضرر. يترتب الخطأ التأديبي على مجرد مخالفة القواعد القانونية التي تضمنها قانون الصحة أو مدونة أخلاقيات الطب ولو دون حدوث أي ضرر، هذا يعني أن الخطأ التأديبي مختلف ومستقل عن الأخطاء المدنية والجزائية، ونظرا لخصوصية الخطأ التأديبي في مجال نقل وزرع الأعضاء فإنه يكون من باب الأهمية تعريفه وتحديد معالمه (الفرع الأول)، ثم نتناول ضمانات المتابعة التأديبية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تعريف الخطأ التأديبي للطبيب

## في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ التأديبي شأنه شأن معظم التشريعات، لكن أشار في المادة 160<sup>(1)</sup> من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، إلى الحالات التي تشكل إخلالا بالواجبات المهنية، والتي تكون محل عقوبات تأديبية، أما بالنسبة للفقهاء فلقد تعددت الآراء في تحديد معنى الخطأ التأديبي في المسؤولية التأديبية، فهناك من الفقه من عرّفه على أنه:

« كل فعل أو إمتناع عن فعل مخالف لقاعدة قانونية أو لمقتضى الواجب، يصدر عن العامل أثناء أداء الوظيفة »<sup>(2)</sup>.

أما التعريف الشائع للخطأ التأديبي فيتمثل في:

« ذلك التصرف الذي يصدر عن الموظف أثناء أداء وظيفته أو خارجها ويؤثر فيها بصورة قد تحول دون قيام المرفق بنشاطه عن الوجه الأكمل »<sup>(3)</sup>.

أما التعريف الذي جاء به الأستاذ سليمان محمد الطماوي على أنه: « كل فعل أو امتناع يرتكبه العامل وينافي واجبات منصبه »<sup>(4)</sup>.

لهذا نجد أنه يتعين على الطبيب عدم مخالفة قواعد وقوانين المستشفى أثناء ممارسة لمهامه، وإذا انحرف عن إلتزامات تقع عليه المسؤولية التأديبية، سواء أُلحق الضرر

<sup>1</sup> - تنص المادة 160 من القانون رقم 06-03 على أنه:

« يشكل كل تخلي عن الواجبات المهنية أو مساس بالإنضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تادية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية، دون المساس عند الإقتضاء بالمتابعة الجزائية ».

<sup>2</sup> - نقلا عن فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/07/04، ص 56.

<sup>3</sup> - سعيد بوشعير، النظام التأديبي للموظف العمومي في الجزائر "دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ت.ن، ص 52.

<sup>4</sup> - سليمان الطماوي، القضاء الإداري (قضاء التأديب)، دار الفكر العربي، مصر، 1995، ص 501.

بالمرفق أو بالمريض<sup>(1)</sup>، لهذا يكون أمام مخالفة التأديبية متى توفرت عناصرها (أولا)، أو توفرت صورة من صور الخطأ التأديبي (ثانيا).

### أولا - عناصر المخالفة التأديبية

تتمثل عناصر المخالفة التأديبية في العنصر المادي والشخصي.

#### 1- العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي في الفعل الإيجابي أو السلبي الصادر عن الموظف أي الطبيب باعتبار موظف في حالة الإخلال بالتزاماته الوظيفية ويكون هذا الفعل المخالف محددًا ملموسًا، ففي هذه الحالة لا يعاقب الطبيب على النوايا والإرادة دون إتيان مظهر خارجي له، بل تتحقق المخالفة التأديبية حتى وإن لم يتم اكتمالها كالشروع في المخالفة أو الخطأ مثلًا<sup>(2)</sup>.

يظهر الفعل المادي للطبيب في حالة عدم الاحتياط والإهمال، عند قيامه لفعل بدون عذر شرعي أو عدم تفكير عن عواقب ذلك الفعل، فإن تحققت المخالفة التأديبية تقوم مسؤوليته التأديبية، كما يكفي أن يثبت بأن الطبيب قد ارتكب الفعل بدون عذر شرعي فالإرادة الآثمة في هذه الحالة لا يعتد بها إلا لتشديد العقوبة التأديبية عند تقديرها<sup>(3)</sup>.

#### 2 - العنصر الشخصي

لا تتحقق المخالفة التأديبية إلا إذا كان وراءها يدا أو نفسا متمثلة في الموظف العام ويكون هذا الأخير خاضعا للقانون الأساسي العام للوظيفة العامة، وهذا ما جاء في المادة

<sup>1</sup> - VALETTE Vanessa, Les sanctions civiles de la faute disciplinaire, revue de la recherche juridique, n° 2, faculté de droit de science politique d'Aix-Marseille, presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2006, p 822.

<sup>2</sup> - فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021/03/24، ص 96. انظر أيضا بن عمران محمد الأخضر، النظام القانوني للإنقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006 - 2007، ص 16.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 75.

04 من قانون رقم 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، التي تنص على أنه:

« يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري »<sup>(1)</sup>.

وعليه يوجه العقاب التأديبي إلى الموظف العمومي شخصيا، والطبيب بدوره يخضع للنظام القانوني الذي تفرضه مهنته التي تنشأ بينه وبين المؤسسة الاستشفائية، وتنتهي بانقضاء خدمته، فيخضع الطبيب بذلك في المستشفى خلال تأديته لمهنته للنظام التأديبي الوظيفي ويكون مسؤولا عن كل الأخطاء التأديبية التي يرتكبها.

### ثانيا - صور الأخطاء التأديبية في المجال الطبي

تنص المادة 2/347 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه:

« ... دون الإخلال بالمتابعات المدنية والجزائية، تعرض المخالفات للواجبات المحددة في هذا القانون وكذا قواعد الأدبيات الطبية، أصحابها لعقوبات تأديبية ». من خلال هذا النص يمكن حصر صور الأخطاء التأديبية للطبيب في حالتين وتتمثل في

- كل تقصير في الواجبات التي نص عليها القانون، أو تنفيذها لكن ليس على أكمل وجه.

- عدم الامتثال أصلا للواجبات بمخالفة قواعد آداب المهنة.

مما يترتب عن هذه الأخطاء مسؤوليات أخرى، جنائية إذا شكل هذا الخطأ جريمة، أو مدنية إذا ترتب عن هذا الخطأ ضررا على المريض، فكل خطأ جنائي أو مدني يستتبعه خطأ تأديبيا العكس غير صحيح، لأن الغاية في المسؤولية التأديبية بعدم الامتثال للقواعد والإجراءات وأخلاقيات المهنة والتي لا ينتج عنها حتى ضررا للمريض<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-06 مؤرخ في 2006/07/15، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 2006/07/16.

<sup>2</sup> - أمال حابت، مرجع سابق، ص 185.

ومنه تعرض القانون الأساسي للوظيفة العمومية إلى صور الأخطاء المهنية التي تترتب مسؤولية تأديبية نجد

- مخالفة التزامات الطبيب<sup>(1)</sup>.
- مخالفة قواعد النظافة والوقاية العامة.
- الخطأ في العلاج، أو نقص المتابعة.
- الجهل بأمر فنية يفترض في من كان في مثل تخصصه الإلمام بها.
- إجراء العمليات الجراحية التجريبية وغير المسبوقة على الإنسان بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك.
- إجراء التجارب، أو البحوث العلمية غير المعتمدة، على المريض.
- إعطاء دواء للمريض على سبيل الاختيار.
- استعمال آلات أو أجهزة طبية دون علم كاف بطريقة استعمالها، أو دون اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الاستعمال.
- التقصير في الرقابة والإشراف.
- عدم استشارة من تستدعي حالة المريض الاستعانة به<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضمانات المتابعة التأديبية

تعتبر العقوبة التأديبية بوجه عام الجزاء المقرر عند ارتكاب الطبيب خطأ تأديبياً، وتخضع العقوبة التأديبية لنفس المبادئ التي تخضع لها العقوبة الجنائية مع الاحتفاظ بالخصوصية، التي تتمتع بها كلا العقوبتين والاستقلال القائم بين النظام التأديبي والنظام الجنائي، مما يستلزم التطرق لضمانات القانونية خلال سير المتابعة التأديبية منها علانية الجلسات (أولاً) وحق الدفاع (ثانياً)، التنحي (ثالثاً) والرد (رابعاً).

<sup>1</sup> - جاءت في الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، حيث نصت الفقرة الأولى على الواجبات العامة، الفقرة الثانية على السر المهني، الفقرة الثالثة على واجباته تجاه المريض وفي فقرة رابعة وخامسة تناولت الزمالة وعلاقة الأطباء فيما بينهم وجراحي الأسنان فيما بينهم وعلاقة هؤلاء بأعضاء باقي فروع الصحة.

<sup>2</sup> - أمال حابت، مرجع سابق، ص 188.

## أولاً - مبدأ علانية الجلسات

يتمثل مبدأ علانية الجلسات أنه الأصل بالنسبة للقضاء بصفة عامة، ضماناً للنزاهة والشفافية، ولكن يخضع هذا المبدأ لاستثناءات بحسب طبيعة المحاكمة، ففي مجال القضاء التأديبي تسود السرية أكثر من العلانية، حيث أنه خلال فترة التحقيق في الشكوى، فإن الإجراءات تكون سرية، وأن الأطراف فقط هم الذين يمكنهم الإطلاع على الملف، وليس هناك جلسة اجتماع لهم أو لمحاميهم أو حضور الجمهور<sup>(1)</sup>.

قرر مجلس الدولة الفرنسي في مناسبات عدة بأن مبدأ علانية المناقشات لا يفرض نفسه على القضاء التأديبي<sup>(2)</sup>، وإدراكاً منه لإمكانية الإدانة من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في حالة لجوء الأفراد إليها عن طريق الطعن في القرارات الصادرة ضدهم، فإن المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 93-181 المؤرخ في 1993/02/05، قد أنشأ الجلسات العلنية في القضايا التأديبية<sup>(3)</sup>، إن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في قرارها بتاريخ 19 أبريل 1993<sup>(4)</sup> قد أدانت سرية الجلسات، حيث تعتبره منافياً لمفهوم المحاكمة العادلة المقررة بالمادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، إلا أن الهدف من هذه السرية الجلسات يكمن في احترام الحياة الخاصة والحفاظ على السر الطبي مما يمكن أن يؤدي ذلك إلى إفراغ مبدأ علانية الجلسات من محتواه، ولتفادي هذا العائق، فإن الغرفة التأديبية لمجلس آداب الطب يمكنها أن تقرر عدم إدراج

<sup>1</sup> - حيث أنه في بداية عهد القضاء التأديبي في فرنسا، فإن الجلسة التي تعقد بعد إقفال باب التحقيق كانت كذلك سرية، حيث أن المادة 26 من المرسوم 48-1708 المؤرخ في 1948/10/06 تقرر بأن « إن الجلسة غير علنية، وأن المداولات تبقى سرية »، نقلاً عن:

Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit.p.412.

<sup>2</sup> - CE 30 JANVIER 1987, D,1987, Somm, comm ,323,Obs. X.PRETOT, in Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit, p. 412

<sup>3</sup> - Art. 01,Décret n° 93-181 du 5 février 1993 modifiant le décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 modifié relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins.

JORF. n° 33 du 8 février 1993. <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>4</sup> - CEDH, 19 Avril 1993, D., 1993, lég. 236. Comm.N. LOUBRY, in Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit, p. 412.

في النسخة التنفيذية لقراراتها بعض البيانات، لاسيما تلك المتعلقة بالأسماء والألقاب التي يمكن أن تمس باحترام الحياة الخاصة أو السر الطبي<sup>(1)</sup>.

### ثانيا - حق الدفاع

حسب المادة 212 من م.أ.ط يحق للطبيب المتهم أن يبلغ بالشكوى التي رفعت ضده في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ إبتداء رفعها إذ تنص هذه المادة على أنه:

« يقوم رئيس الفرع النظامي الجهوي، عند تلقيه أي دعوى بتسجيلها وإبلاغها

للمعني المتهم خلال خمسة عشر يوما (15) ».

وإذا لم يحضر يستدعى مرة ثانية، وإذا لم يحضر بعد الاستدعاء الثاني تقرر اللجنة ما تراه مناسبا بشأنه، كما يبلغ بمختلف المذكرات المقدمة خلال التحقيق في القضية، ويمثل بواسطة دفاعه، سواء محامي معتمد أو زميل له، يحق للطبيب أن يستدعى للاطلاع على الملف بكامله بمقر الهيئة التأديبية<sup>(2)</sup>، ويجب أن يعطى له الأجل الكافي لتحضير دفاعه، وإلا فإن القرار سيؤسس على أوجه ووقائع دون أن يكون للمعني علم بها مما يستوجب إلغاء مثل هذا القرار التأديبي<sup>(3)</sup>.

### ثالثا - التنحي

إن قانون مدونة أخلاقيات الطب لم تشر صراحة لحالة التنحي بالنسبة لأعضاء الهيئة التأديبية، ولكنه أشار فقط إلى إسناد الاختصاص لمجلس جهوي آخر في حالة كون الطبيب المتهم ينتمي إلى أحد أعضاء المجلس المختص إقليميا.

<sup>1</sup> - سليمان حاج عزام، "الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 08، 2012، ص 134.

<sup>2</sup> - CE, 20 avril 1984, Pye, req. N° 44288, in Annick DORSNER-DOLIVET, op.cit, p. 413.

<sup>3</sup> - CE, 3 / 5 SSR 30 septembre 1988, N° 66223. <http://www.légifrance.gouv.fr>.

تنص المادة 211 من م.أ.ط على أنه:

« يمكن إحالة الطبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه ويتعين الفرع النظامي الوطني الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منصبّة على عضو من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن، يبعد هذا العضو ولا يحضر جلسات لجنة التأديب ».

أما إذا كانت الشكوى تنصب على أحد أعضاء المجلس الوطني، فإنه تتم تنحيته من اللجنة التأديبية<sup>(1)</sup>، كما لا يمكن لأعضاء الفروع النظامية الجهوية والوطنية أن تختار كمدافع للطبيب المتهم، وهذا حتى لا تكون هي الخصم والحكم في آن واحد ضمانا لنزاهة المحاكمة التأديبية<sup>(2)</sup>.

#### رابعا - حق رد أعضاء اللجنة التأديبية

قرر قانون مدونة أخلاقيات الطب، حق الأطباء المتهمين الرد لأعضاء اللجنة التأديبية إذا ما كانت تبرره أسباب مشروعة يرجع تقديرها لسلطة مجلس أخلاقيات الطب<sup>(3)</sup>، والتعليق الذي نورده هنا هو أنه ما دام الرد يتعلق بأعضاء اللجنة التأديبية، فمثلا يخشى الأطباء المتهمون من تحيز اللجنة التأديبية، ولشبهة مشروعة يخشى هؤلاء عدم نزاهة الحكم، فقرر لهم القانون حق الرد، لكن بالمقابل، يمكننا أن نتصور ضرورة تقرير حق الرد للطرف الثاني في الدعوى التأديبية وهم المرضى المتضررون، وذلك درءا لاحتمال تحيز اللجنة التأديبية المتكونة من أطباء لصالح الأطباء المتهمين على حساب المرضى الضحايا.

### المطلب الثاني

#### إجراءات المتابعة التأديبية للطبيب

يعد الخطأ التأديبي من الشروط الموضوعية للمتابعة التأديبية، ويقوم الخطأ التأديبي بمجرد تقصير وإخلال الطبيب في أداء بواجباته والتزاماته القانونية، ويترتب عن مخالفتها سواء نظمتها القواعد العامة أو القوانين الخاصة، أو في مدونة أخلاقيات الطب، أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي.

إن تقصير الطبيب بالالتزام بالحصول على رضا المريض في عملية نقل وزرع

<sup>1</sup> - سليمان حاج عزام، مرجع سابق، ص 135.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/215 من م.أ.ط على أنه:

« يمكن الأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة المتهمين، اللجوء إلى مساعدة مدافع زميل مسجل على القائمة أو محام معتمد لدى نقابة المحامين مع استبعاد أي شخص آخر ... ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/215 من م.أ.ط على أنه:

« ... لا يمكن إختيار الفروع النظامية الجهوية والوطنية للقيام بدور المدافع، ويمكنهم ممارسة حق الرد أمام الفرع النظامي الجهوي و/أو الوطني، وهذا لأسباب مشروعة يقدرها المجلس الجهوي أو الوطني بمطلق السلطة ».

الأعضاء البشرية خطأ مهنيا يستوجب المتابعة التأديبية، يعد أمام الجهات المخول لها قانونا المتمثلة في أجهزة الانضباط والمتابعة التأديبية (الفرع الأول)، مع حتمية إتباع إجراءات نظمها القانون عند وقوع مخالفة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### أجهزة الانضباط والمتابعة التأديبية

يخضع جميع الأطباء الممارسون لمهنة الطب سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص إلى التزامات يسألون عنها في حالة الإخلال بالواجب المهني، لذا وضع المشرع الجزائري نصوص قانونية لمتابعته تأديبيا، وهذا من خلال أجهزة الانضباط القانونية المعتمدة بخصوص هذا الشأن وفقا للمسائلة من طرف المجلس الوطني لأخلاقيات الطب (أولا)، ثم المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب (ثانيا)، ثم على مستوى الهيئة المستخدمة (ثالثا).

#### أولا - المجلس الوطني لأخلاقيات الطب

هناك مجلس وطني واحد لأخلاقيات الطب مقره بالجزائر العاصمة، وهذا ما أكدت عليه المادة 163 من م.أ.ط على أنه:

« يكون مقر المجلس الوطني لأخلاقيات الطب في مدينة الجزائر ».

يعد هذا المجلس بمثابة هيئة رقابية بالرغم من أنه لا يتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أنه يمكن أن نستنتج ضمنا من خلال بعض المواد تمتعه بالشخصية المعنوية وذلك من خلال تمتعه بحق التقاضي<sup>(1)</sup>، كما أنه يتكون من ثلاثة فروع نظامية وطنية المتمثلة في فرع نظامي خاص بالأطباء<sup>(2)</sup>، وفرع نظامي خاص بجراحي الأسنان<sup>(3)</sup>، وفرع آخر نظامي خاص بالصيدلة<sup>(4)</sup>، المنصوص عليها في المواد من 192 إلى 203 من م.أ.ط.

<sup>1</sup> - أمال حابت، مرجع سابق، ص 233.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/194 من م.أ.ط على أنه:

« يضم الفرع النظامي الخاص بالأطباء 48 عضوا مرسما ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/194 من م.أ.ط على أنه:

« يضم الفرع النظامي الخاص بجراحي الأسنان 36 عضوا مرسما ».

<sup>4</sup> - تنص المادة 199 من م.أ.ط على أنه:

« يتكون الفرع النظامي الخاص بالصيدلة من 36 عضوا، بواقع ستة أعضاء لكل فئة ».

لذا تتولى هذه الفروع النظامية الوطنية في المستوى الوطني تأدية المهمة المسندة إليها من خلال المادة 171 من هذا المرسوم وهي مراقبة وتسيير الفروع النظامية الجهوية، كما تحتوي على 5 لجان المتمثلة في:

لجنة الأخلاقيات، لجنة ممارسة المهنة والكفاءات، لجنة الشؤون الاجتماعية والمالية، لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصائيات، اللجنة التأديبية حسب نص المادة 198 من م.أ.ط<sup>(1)</sup>.

تتمثل تشكيلة المجلس الوطني لأخلاقيات الطب من

- الجمعية العامة التي تتكون من كافة أعضاء الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة.

- يتكون المجلس الوطني من كافة الأعضاء الجمعية العامة، السابقة الذكر، أي الفروع النظامية الوطنية للأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة.

- يتكون المكتب من رؤساء كل الفروع النظامية ومن كل عضو منتخب عن كل فرع يكون العضو المنتخب من القطاع العام عندما يكون الرئيس من القطاع الخاص.

كما يتمثل دور المجلس الوطني لأخلاقيات الطب في ربط علاقات حسن والزمالة والثقة في مجال العلاقات الطبية تبادل المساعدة المعنوية والتضامن الإنساني تحقيقا لمصلحة المرضى والمهنة، وتقديم الآراء والتوصيات في المجال العلمي المتمثل في زرع الأعضاء والحث على البحث العلمي واحترام حياة الإنسان وسلامته البدنية، ومعالجة كل المسائل والصعوبات المهنية والسعي لتحسين الأطباء وجراحي الأسنان بضرورة احترام قواعد المهنة والدفاع عن شرفها وهذا ما نصت إليه المادة 166 من م.أ.ط.

<sup>1</sup> - تنص المادة 198 من م.أ.ط على أنه:

« تنشأ ضمن الفرع النظامي الوطني خمس لجان

- لجنة الأخلاقيات،

- لجنة ممارسة المهنة والكفاءات،

- لجنة الشؤون الاجتماعية والمالية،

- لجنة الديموغرافيا الطبية والإحصائيات،

- اللجنة التأديبية ».

كما له دور تقني المتمثل في تحديد وإبراز الأخطاء المهنية الطبية عندما تطرح دعاوي المسؤولية الطبية ضد أحد أعضاء المهنة أثناء صعوبة تحديد الخطأ المهني، ففي هذه الحالة تلجأ المحاكم إلزاميا إلى المجلس من أجل أن يقدم لها الرؤية العلمية في المسألة المطروحة<sup>(1)</sup>، لذا يمارس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب السلطة التأديبية كدرجة ثانية، إذ أنها الجهة الفاصلة في الطعون التي توجه ضد قرارات المجالس الجهوية.

### ثانيا - المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب

أنشأت مجالس جهوية لأخلاقيات الطب بموجب مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، لغرض تخفيف العبء على المجلس الوطني لأخلاقيات الطب، وتتكون من اثني عشر (12) مجلسا جهويا منصوص عليه في المادة 168 من م.أ.ط، خاص لتوزيع مقاعد القطاع العام متواجدون عبر مستوى التراب الوطني في:

#### 1- مجالس جهوية الجزائر، وهران، قسنطينة، عنابة

- نصف لقطاع الصحة العمومية.

- نصف للقطاع الإستشفائي الجامعي.

#### 2 - مجالس جهوية البليدة، تيزي وزو، تلمسان، باتنة، سطيف

- ثلثان لقطاع الصحة العمومية.

- نصف للقطاع الإستشفائي الجامعي.

#### 3 - مجالس جهوية الشلف، غرداية، بشار

- تعود مقاعد القطاع العام كلها إلى قطاع الصحة العمومية.

كما يمارس السلطة التأديبية من خلال الفروع التنظيمية الجهوية التي تتشكل منها

- الجمعية العامة من أعضاء الفروع النظامية الجهوية المتألّفة منهم.

<sup>1</sup> - نقلا عن علي بداوي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، "المسؤولية الطبية"، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د تا، ص ص 39، 40.

- كما لها مكتب جهوي يتكون من رؤساء كل فرع نظامي جهوي وعضو منتخب من القطاع العام أو الخاص.

تمارس المجالس مهامها وسلطتها التأديبية في الدرجة الأولى لكل مسألة تأديبية ليكون المجلس الوطني كدرجة ثانية<sup>(1)</sup>، كما يسهر على تنفيذ قراراتها علمنا أن قرارات المجالس الجهوية قابلة للطعن الإداري لدى المجلس الوطني لأخلاقيات الطب حسب المادة.

وهذا وفقا لما نصت المادة 177 من م.أ.ط على أنه:

« يمارس الفرع النظامي الجهوي في حدود ناهيته الصلاحيات المنصوص عليها في المادة 171 أعلاه، ويسهر على تنفيذ قرارات المجلس الجهوي والمجلس الوطني لأخلاقيات المهنة الطبية ».

زد إلى ذلك تتمتع المجالس الجهوية بسلطة الفصل في المنازعات التي تقوم بين المرضى والأطباء وكذلك فيما يخص المنازعات التي تقوم بين الأطباء والإدارة<sup>(2)</sup>، بحيث نصت في هذا الصدد المادة 1/347 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه:

« تضطلع المجالس الوطنية والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية، كل فيما يخصه، بالسلطة التأديبية والعقابية، وتبت في أي خرق لقواعد الأدبيات الطبية، وكذا في خروقات أحكام هذا القانون، في حدود إختصاصها ... ».

كما تنص المادة 350 من نفس القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه:

« تكون قرارات المجالس الجهوية للأدبيات الطبية قابلة للطعن أمام المجلس الوطنية للأدبيات الطبية التابعة لها في أجل شهرين (2) ابتداء من تاريخ تبليغها. وتكون قرارات المجالس الوطنية للأدبيات الطبية قابلة للطعن أمام مجلس الدولة في أجل أربعة (4) أشهر، ابتداء من تاريخ تبليغها ».

<sup>1</sup> - أمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427، الموافق لـ 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة في 16 يوليو 2006.

<sup>2</sup> - تنص المادة 178 من م.أ.ط على أنه:

« للفروع النظامية الجهوية السلطة توفيقية للفصل في النزاعات التي قد تحدث بين المرضى والأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة أنفسهم، وكذلك النزاعات بين الإدارة والأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة ».

يفهم من خلال هذه المادة أنه تمارس المجالس الجهوية مهامها وسلطتها التأديبية كدرجة أولى، بينما يكون المجلس الوطني كدرجة ثانية.

يلاحظ أن قانون حماية الصحة وترقيتها القديم والملغى قد كانت مدة الطعن فيه 6 أشهر أمام المجلس الوطني للأدبيات الطبية، وذلك من خلال نص المادة 4/267 منه والمعدلة بموجب قانون رقم 90-17، في حين قلصها المشرع الجزائري في القانون الجديد إلى شهرين (2) وفقا لنص المادة 350 أعلاه، وهذا يعتبر بطبيعة الحال نقطة إيجابية بالنسبة للقانون الجديد.

إضافة إلى ذلك، يظهر من خلال قانون الصحة الجديد أن الجهة المختصة في النظر في طعون قرارات المجالس الوطنية للأدبيات الطبية، فبعدما كان الطعن في تلك القرارات وفقا للمادة 4/267 من قانون رقم 85-05 أمام الغرفة المختصة للمحكمة العليا وفي أجل 12 شهرا، أصبح بموجب المادة 350 من قانون الصحة الجديد أمام مجلس الدولة وفي أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تبليغها.

مع الإشارة إلى أن قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة أبقى العمل بالأحكام الخاصة بالمجالس الوطنية والجهوية التي أسست في ظل القانون القديم إلى حين صدور أحكام جديدة تنظم وتنصب مجالس جديدة وفقا لهذا القانون، فنصت المادة 447 منه على أنه:

**« يواصل المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدبيات الطبية المنتخبة والمنصبة وفقا لأحكام القانون 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمذكور أعلاه، ممارسة صلاحياتها إلى غاية تنصيب المجالس الوطنية والجهوية للأدبيات الطبية المنصوص عليها في أحكام هذا القانون ».**

**ثالثا - سلطة التأديب على مستوى الهيئة المستخدمة**

يخضع المشرع الجزائري لنظام التأديبي للأطباء في المستشفيات العمومية بوجه عام والمرخص لها بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، باعتبارها مؤسسات تابعة

للدولة إلى قانون الوظيف العمومي رقم 06-03<sup>(1)</sup>، وكذا المرسوم التنفيذي للمدونة أخلاقيات الطب.

### 1- الأساس القانوني لسلطة التأديب حسب القانون الوظيف العمومي رقم 06-03

خول القانون رقم 06-13 الهيئة المستخدمة سلطة التأديب الخاضعين لهذا القانون كلما حدث إخلال بالواجبات المهنية، وباعتبار الأطباء موظفون عموميون في المستشفيات العمومية، فكل خطأ بالواجبات المهنية من طرف الموظف العمومي (الطبيب) أو ارتكاب كل خطأ أو مخالفة أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه للعقوبة التأديبية، وهذا ما نصت عليه المادة 160<sup>(2)</sup> من القانون رقم 06-03.

كما يخضع تحديد العقوبة التأديبية المطبقة على الطبيب حسب درجة جسامته الخطأ، والظروف التي ارتكب فيها، ومسؤولية الموظف المعني، والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق المصلحة أو بالمستفيدين من المرفق العام، لذا تتخذ الإجراءات التأديبية السلطة التي لها صلاحيات التعيين وهذا ما نصت عليه المادة 162 من ق.و.ع على أنه:

« تتخذ الإجراءات التأديبية السلطة التي لها صلاحيات التعيين ».

### 2 - الأساس القانوني لسلطة التأديب حسب مدونة أخلاقيات الطب

أشارت مدونة أخلاقيات الطب في المادة 221 من م.أ.ط على أنه

« لا تشكل ممارسة العمل التأديبي عائقا بالنسبة

- للدعوي القضائية المدنية أو الجنائية.

- للعمل التأديبي، الذي تقوم به الهيئة أو المؤسسة التي قد ينتمي إليها المتهم.

ولا يكون الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة وللخطأ ذاته.»

يفهم من نص المادة بصفة عامة أن الفعل الواحد للطبيب إذا تشكلت عنه في ذات الوقت جريمة إلى جانب المخالفة التأديبية، بأن كل منهما تستقل عن الأخرى باعتبار

<sup>1</sup> - أمر رقم 06-03 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - تنص المادة 160 من ق.و.ع على أنه:

« يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو مساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من طرف الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية، دون المساس، عند الإقتضاء، بالمتابعة الجزائية ».

لكل منهما نظام قانوني خاص وسلطة خاصة تتولى توقيع العقاب، فتحريك دعوى لا يوقف الدعوى الأخرى فلكل منهما طريقها الخاص الذي تسير فيه ولا تلتزم إحدى الجهتين سواء كانت التأديبية أو الجنائية بانتظار الحكم الذي تصدره الجهة الأخرى<sup>(1)</sup>.  
 مما يتضح في هذا المجال ومن خلال نص المادة أن ممارسة المجالس الجهوية لمهامها لا يشكل عائقاً على سير الدعاوى المدنية والجنائية، فيخضع الطبيب الذي يخل بالالتزام بالحصول على رضا المريض في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية للمتابعة مدنياً وجنائياً وفي الوقت نفسه تأديبياً، وهذا يطبق أيضاً على المسؤولية التأديبية التي تمارس وفقاً لقانون العمل بالنسبة للأطباء العاملين في مؤسسة استشفائية خاصة أو عمومية يعمل فيها بموجب عقد، فيخضع الطبيب في آن واحد للعقوبة التأديبية من طرف المجلس وعقوبة أخرى من طرف السلطة المختصة بالتأديب الإداري وفقاً لقانون الوظيفة العمومي إذا كان موظفاً دائماً في مؤسسة استشفائية عامة<sup>(2)</sup>، غير أنه لا يمكن الجمع بين عقوبات من طبيعة واحدة من الخطأ نفسه.

## الفرع الثاني

### إجراءات المتابعة التأديبية

تعد إجراءات المتابعة التأديبية الخطوات التي يتعين إتباعها للتحقق من ارتكاب الشخص للخطأ المنسوب إليه، وتتم المساءلة التأديبية بإجراءات محددة لتصل في الأخير لتقرير العقوبة التأديبية المناسبة للفعل المخالف، وذلك بحسب جسامة الخطأ التأديبي المرتكب، إذ حددت النصوص القانونية أطراف المتابعة التأديبية (أولاً)، ثم ضرورة إتباع المراحل الخاصة للوصول إلى تقدير وتقرير العقوبة تأديبية (ثانياً).

### أولاً - أطراف المتابعة التأديبية

لقد حدد قانون الصحة رقم 85-05 المعدل بالقانون رقم 90-17 الأشخاص والهيئات التي يجوز لهم رفع الشكوى والخاضعين للمتابعة التأديبية.

<sup>1</sup> - رقيقة عيساني، مسؤولية الأطباء في المرافق العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 150.

<sup>2</sup> - أمال حابت، مرجع سابق، ص 235. انظر أيضاً غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 218.

## 1 - أصحاب الحق في المتابعة التأديبية

ترفع الدعوى التأديبية من طرف كل من

- الوزير المكلف بالصحة العمومية.

- جمعيات الأطباء وجراحي الأسنان والصيدالة المؤسسة قانونا.

- كل عضو في سلك الطبي مرخص له بالممارسة.

- كل مريض أو وليه أو ذوي حقوقه.

يمكن لهذه الأطراف أن تلتزم المتابعة من كلا المجلسين الجهوي لأول والوطني كطعن في قرار المجلس الجهوي، ويلاحظ أنه يمكن للمجلس الوطني أن يرجع إلى المجلس الجهوي عند عدم احترام قواعد أخلاقيات الطب<sup>(1)</sup>.

## 2 - الخاضعين للمساءلة التأديبية

يخضع للمساءلة التأديبية في المجال الطبي الأشخاص المحددين في المادة 2 من

م.أ.ط وهم الممارسين في الصحة على ما يلي:

« 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 مرخص له بممارسة

المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما ».

يفهم من خلال نص المادة أعلاه أنه لا يهم إنتماء صفة الطبيب أي هل هو تابع

للقطاع الخاص، الذي يرتبط مع المريض بعقد طبي أو طبيب في القطاع العام، بمعنى

المؤسسة الاستشفائية العمومية، الذي لم يختره المريض ولا وجود لعقد طبي بينهما، فكل

منهما يخضع للمتابعة التأديبية حين إخلاله بالالتزامات القانونية الأخلاقية التي تضمنها

المدونة، لأنهما ملزمان باستلهاهما وإتباعها أثناء ممارسة العمل الطبي.

<sup>1</sup> - تنص المادة 210 من م.أ.ط على أنه:

« يمكن السلطة القضائية أن ترجع إلى المجلس الوطني والمجالس الجهوية كلما تعلق الأمر بعمل يتعلق

بمسؤولية عضو من أعضاء السلك الطبي، ويمكن هذه المجالس الإدعاء بالحق المدني ويمكن المجلس الوطني

أن يرجع إلى المجلس الجهوي عند عدم احترام قواعد أخلاقيات الطب أو أي حكم من أحكام هذا المرسوم ».

## ثانيا - مراحل متابعة الطبيب تأديبيا

بعد صدور قانون أخلاقيات مهنة الطب، توضحت جيدا طريقة وإجراءات متابعة الطبيب تأديبيا<sup>(1)</sup>، وتم توضيحها بصفة دقيقة بموجب النظام الداخلي للفرع النظامي الوطني للأطباء الصادر في 2 نوفمبر 2006 عن المجلس الوطني لأخلاقيات الطب. فبداية يتم إيداع شكوى ضد الطبيب أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، بموجبها يقوم رئيس هذا الفرع عند تلقيه للشكوى بتسجيلها وإبلاغها للمعني بالأمر خلال خمسة عشرة يوما<sup>(2)</sup>، كما يقوم بتقديمها لمقرر لجنة التأديب، فإن لم يمثل الطبيب للاستدعاء الأول يعاد استدعاؤه للمرة الثانية لاحتمال حضوره، وفي حالة تكرار غيابه يفصل في غيبته<sup>(3)</sup>، عادة ما يتخلف الطبيب المستدعى نتيجة عدم تلقيه للاستدعاء أو تلقيه متأخرا وهذا ما جعل معظم الإدارات والجهات القضائية تعتمد في ذلك الاستدعاء عن طريق المحضر القضائي، ليكون نوعا ما مقارنة بالطرق الأخرى.

يمكن للطبيب الاستعانة في هذه الحالة بمدافع يكون زميلا له في المهنة، أو بمحامي معتمد لدى نقابة المحامين، كل ذلك احتراما لحق الدفاع وإحقاقا للحق<sup>(4)</sup>، وتنتظر جهة التأديب على الشكوى المطروحة أمامها خلال أربعة أشهر من تاريخ إيداعها<sup>(5)</sup>. يتخذ القرار في الشكوى المطروحة بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة

1 - كريم عشوش، مرجع سابق، ص 115.

2 - تنص المادة 212 من م.أ.ط على أنه:

« يقوم رئيس الفرع النظامي الجهوي، عند تلقيه أي دعوى بتسجيلها وإبلاغها للمعني المتهم خلال خمسة عشرة يوما (15) ».

3 - تنص المادة 213 من م.أ.ط على أنه:

« ... ويمكن اللجنة التأديبية أن تجتمع للفصل في المسألة في غياب المعني، الذي لم يرد على الإستدعاء الثاني ».

4 - تنص المادة 215 من م.أ.ط على أنه:

« يمكن الأطباء أو جراحي الأسنان أو الصيادلة المتهمين، اللجوء إلى مساعدة مدافع زميل مسجل على القائمة أو محام معتمد لدى نقابة المحامين مع استبعاد أي شخص آخر، لا يمكن اختيار الفروع النظامية الجهوية والوطنية للقيام بدور المدافع. ويمكنهم ممارسة حق الرد أمام الفرع النظامي الجهوي و/أو الوطني، وهذا لأسباب مشروعة يقدرها المجلس الجهوي أو الوطني بمطلق السلطة ».

5 - تنص المادة 216 من م.أ.ط على أنه:

« يجب على الفرع النظامي الجهوي الذي رفعت إليه شكوى أن يبت فيها خلال الأربعة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع تلك الشكوى ».

تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً لإحدى الكفتين، ويتم تبليغ الطبيب بالقرار المتخذ عن طريق رسالة مضمنة إذا كان القرار المتخذ ضد الطبيب غائباً، ويحق لهذا الأخير رفع معارضة خلال عشرة أيام تسري ابتداءً من تاريخ التبليغ<sup>(1)</sup>، كما له الحق في رفع الاستئناف أمام الفرع النظامي الوطني إذا كان القرار حضورياً، على أن الاستئناف لا يوقف التنفيذ.

في حالة رفع الاستئناف، يحق لكل طرف أن يستأنف سواء كانت وزارة الصحة، المريض، أو ذوي حقوقه، أو الطبيب المعني بالأمر، يتم عرض الملف أمام الفرع النظامي الوطني المتكون من 5 لجان، الذي يقوم رئيسه بطلب ملف الطبيب المعني بالأمر من رئيس الفرع النظامي الجهوي في أجل ثمانية أيام من تاريخ تلقيه للاستئناف<sup>(2)</sup>، ليحال الطبيب على لجنة التأديب، بعد استدعائه في أجل خمسة عشر يوماً، فإذا لم يمتثل يعاد استدعاؤه مرة ثانية في أجل خمسة عشر يوماً أيضاً، وإلا يفصل في غيبته<sup>(3)</sup>.

يمكن للجهة الاستئناف عند فصلها في الموضوع أن تقوم إما بتأييد أو تعديل أو إلغاء ما حكم به الفرع النظامي الجهوي، ويتخذ القرار بأغلبية الأعضاء الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس هو الأرجح لإحدى الكفتين<sup>(4)</sup>.

يجب تبليغ القرار المتخذ من قبل الفرع النظامي الوطني للأطراف المتنازعة وللفرع النظامي الجهوي، ويمكن الطعن فيه أمام مجلس الدولة خلال سنة من تاريخ التبليغ، وأن

<sup>1</sup> - تنص المادة 219 من م.أ.ط على أنه:

« إذا تم الإعلان عن القرار قبل الإستماع إلى المعني المتهم، فإن هذا الأخير يمكنه، أن يعترض في أجل أقصاه عشرة أيام، ابتداءً من تاريخ التبليغ بواسطة البريد المسجل وأشعار بالإستلام ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 220 من م.أ.ط على أنه:

« يطلب رئيس المجلس الوطني الوطني فور تلقيه طعناً من طعون من رئيس المجلس الجهوي خلال ثمانية أيام، أن يرسل ملف المعني المتهم كاملاً، ويجب على رئيس المجلس الجهوي أن يرسل الملف خلال ثمانية أيام، ابتداءً من تاريخ استلام الطلب ».

<sup>3</sup> - كريم عشوش، مرجع سابق، ص 117.

<sup>4</sup> - أمال حابت، مرجع سابق، ص 235.

الطعن في هذه الحالة لا يوقف التنفيذ، علما أنه يعتبر مجلس الدولة آخر درجة من إجراءات المتابعة.

للوصول إلى تقدير العقوبة التأديبية نجدها تمر بعدة مراحل وإجراءات، يقوم رئيس الفرع النظامي الجهوي المختص خلال ممارسة مهامه بإحالة الطبيب أو جراح أسنان أو صيدلي المرتكب للخطأ للنظر في الدعوى، إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء هذا الفرع الجهوي حسب نص المادة 211 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276<sup>(1)</sup>، يقوم هذا الأخير بتسجيل الدعوى بعد تلقيها و يبلغ المعني بالأمر خلال خمسة عشر (15) يوما، يعتبر مثل هذا التبليغ إجراءً جوهرياً لأنه لا يمكن أن يصدر أي قرار تأديبي قبل الاستماع إلى المعني، ويمتثل خلال أجل 15 يوما من تاريخ تبليغه، وإذا لم يمتثل ولم يرد حتى بعد الاستدعاء الثاني له، فإن اللجنة التأديبية تجتمع في غيابه<sup>(2)</sup>، ويكون الامتثال شخصياً أي دون إنابة إلا إذا كان هناك سبب قاهر<sup>(3)</sup>، ولقد منح القانون للغائب حق المعارضة خلال أجل (10) أيام من تاريخ تبليغ القرار بواسطة البريد المسجل وإشعار بالاستلام.

يرفع الأمر للمجلس الجهوي لأخلاقيات الطب المختص إقليمياً، ليفصل فيه خلال 4 أشهر من تاريخ إيداع هذه الشكوى<sup>(4)</sup>، بعدما يقوم بإجراء تحقيق إداري ومن خلال نتائجه

<sup>1</sup> - تنص المادة 211 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 على أنه:

« يمكن إحالة أي الطبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي المختص، عند ارتكابه أخطاء خلال ممارسة مهامه. ويعين الفرع النظامي الجهوي المختص إذا كانت الشكوى منسوبة على عضو من أعضاء اللجنة التأديبية الوطنية في حالة الطعن، يبعد هذا العضو ولا يحضر جلسات لجنة التأديب ».

<sup>2</sup> - تنص المادة 2/213 من م.أ.ط على أنه:

«... ويمكن اللجنة التأديبية أن تجتمع للفصل في المسألة في غياب المعني، الذي لم يرد على الاستدعاء الثاني ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 214 من م.أ.ط على أنه:

« يجب على المعني المتهم، أن يمثل شخصياً إلا إذا كان هناك سبب قاهر ».

<sup>4</sup> - تنص المادة 216 من م.أ.ط على أنه:

« يجب على الفرع النظامي الجهوي الذي رفعت إليه شكوى أن يبت فيها خلال الأربعة أشهر ابتداء من تاريخ إيداع تلك الشكوى ».

يقرر إما حفظ الدعوى إذا تبين عدم وجود أي خطأ مهني<sup>(1)</sup>، يمكن إسناده للطبيب أو جراح الأسنان أو صيدلي حسب الحالة، إما يقرر توجيه عقوبة في حالة إثبات ارتكابه. يجوز الطعن في القرار الذي تصدره المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب، عن طريق الطعن الإداري الولائي لدى المجلس الوطني لأخلاقيات الطب، الذي يقوم فوراً تلقيه لهذا الطعن بطلب الملف من رئيس المجلس الجهوي خلال 8 أيام، ويلتزم هذا الأخير خلال المدة نفسها (8 أيام) من تلقيه الطلب بإرسال الملف الكامل للمعني<sup>(2)</sup>.

يقبل القرار الذي يصدره المجلس الوطني الطعن أمام مجلس الدولة في أجل أربعة أشهر، كما سمح المشرع الجزائري للمجلس الجهوي لأخلاقيات الطب أن يتخذ إحدى العقوبات التالية

- الإنذار وهو أخف العقوبات، فهي عقوبة تبقى دوماً في ملف الطبيب المعاقب، وينجر عن ذلك حرمانه من حق الانتخاب لمدة ثلاث سنوات.

والانتخاب المقصود هنا، هو الذي يتم على مستوى الاتحادات أو الفروع النظامية للأطباء بمختلف أنواعها.

- التوبيخ هي عقوبة أشد من الإنذار، يبقى دوماً في ملف الطبيب، وينتج عن توبيخ الطبيب أيضاً حرمانه من حق الانتخاب لمدة ثلاث سنوات كاملة<sup>(3)</sup>.

- المنع من الممارسة إذا ما تكرر توبيخ الطبيب، أي وجد ظرف العود، يمكن حينها أن يتعرض هذا الأخير لعقوبة أشد ألا وهي المنع من الممارسة، يمكن فيها أن يمنع الطبيب لمدة مؤقتة من ممارسة مهنته، وذلك سيمنعه حتماً من تحصيله لمدخول

<sup>1</sup> - يعرف الخطأ المهني على أنه ذلك الذي يقوم أثناء ممارسة مهنة معينة، ينجم عن إخلال بأصولها وقواعدها المتعارف عليها، انظر عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 73. انظر أيضاً غنيمّة قنيف، مرجع سابق، ص 221.

<sup>2</sup> - تنص المادة 220 من م.أ. ط على أنه:

« يطلب رئيس المجلس الوطني فور تلقيه طعناً من الطعون من رئيس المجلس الجهوي خلال ثمانية أيام، أن يرسل ملف المعني المتهم كاملاً، ويجب على رئيس المجلس الجهوي أن يرسل الملف خلال ثمانية أيام، ابتداءً من تاريخ استلام الطلب ».

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/218 من م.أ.ط على أنه:

« يترتب على الإنذار والتوبيخ الحرمان من حق الانتخاب لمدة ثلاث سنوات ».

معين، إذن فهي عقوبة ترمي بدرجة كبيرة إلى معاقبة الطبيب من الناحية المادية، وينجر عن هذه العقوبة أيضا، فقدان الطبيب لحقه في الانتخاب، لكن هذه المرة يحرم لمدة خمس سنوات<sup>(1)</sup>.

- **غلق المؤسسة** قد يتعرض الطبيب لعقوبة أشد من العقوبات السابق ذكرها، ألا وهي عقوبة غلق العيادة أو المؤسسة الاستشفائية، وقد يكون الغلق إما مؤقتا أو نهائيا، وذلك حسب خطورة الفعل المقترف.

فالغلق المؤقت للمؤسسة لمدة أقل من ثلاث أشهر، لا يكون إلا بعد الحصول على رخصة من الوالي، أما إذا كان لأكثر من ثلاث أشهر، فيجب الحصول على رخصة من الوزير المكلف بالصحة.

أما إذا كان الغلق نهائيا، فيعني حرمان الطبيب نهائيا من ممارسة مهنته، ينجر عن ذلك شطبه من جدول الأطباء، ولا بد من الحصول على رخصة من وزير المكلف بالصحة في هذه الحالة<sup>(2)</sup>.

إذا كانت العقوبة التأديبية تفرض على المخطئ جزاءً له وردعا لغيره، فإن السلطة التأديبية المخولة للمجالس الجهوية والمجلس الوطني لا تحقق هذا الهدف، لبساطة عقوباتها، فهي لا تتصف المريض مقارنة بجسامة الأضرار التي تتسبب فيها الأخطاء الطبية، لذلك يكون لجوؤه إلى القضاء السبيل الوحيد لعقاب الطبيب المخل بالتزاماته أمام المريض.

<sup>1</sup> - تنص المادة 2/218 من م.أ.ط على أنه:

«... أما المنع المؤقت من ممارسة المهنة فينجر عنه فقدان حق الانتخاب لمدة خمس سنوات.»

<sup>2</sup> - تنص المادة 217 من م.أ.ط على أنه:

«... كما يمكنها أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة، منح ممارسة المهنة و/أو غلق المؤسسة، طبقا للمادة 17 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمنكور أعلاه.»

## المبحث الثاني

### قيام المسؤولية الجزائية للطبيب

تكتسي المساءلة الجزائية أهمية بالغة باعتبارها وسيلة لردع التصرفات التي تمس بمشروعية النشاط الطبي والجراحي والتي تجعل الطبيب يخالف في تصرفاته الأحكام والضوابط القانونية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية التي هي وسيلة للممارسة غير مشروعة فيتعرض الطبيب في هذه الظروف إلى المساءلة الجزائية وذلك إذا شكل فعله جريمة قتل أو جرح أو عاهة دائمة، عمدية كانت أم غير عمدية، أو خالف إحدى الالتزامات القانونية المفروضة عليه سواء كان ذلك عن إهمال أو قصد، أو عدم اليقظة والتبصر.

تعد هذه المساءلة الجزائية كطريقة لبعث الطمأنينة في نفس المريض عند الخضوع لمثل هذه العمليات الحساسة والخطيرة، لهذا حدد المشرع الجزائري في قانون الصحة وكذا قانون العقوبات ما يجرم كل مساس أو خروج عن الشروط والإجراءات القانونية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جنث الموتى. وباعتبار أن ممارسة مثل هذه العمليات تتم في المستشفيات العمومية والمرخص لها بذلك، تعد علاقة التبعية التي تربط الطبيب بالمستشفى تجعل هذا الأخير يمس مباشرة جسم الإنسان مما تترتب عليه مسؤولية جزائية (المطلب الأول)، كما نص المشرع الجزائري على إجراءات متابعة الطبيب جزائياً وكيفية إتباعها لتحريك الدعوى العمومية في حالة ثبوت الجريمة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### المسؤولية الجزائية للطبيب عند خرق ممارسة

#### عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

يتعرض الطبيب أثناء قيام بنشاطه الطبي، وفي حدود مهامه واختصاصاته الطبية الموكلة له عند القيام بعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية داخل المستشفى للمساءلة

الجزائية، فالطبيب بحكم مهنته يرتكب أخطاء كغيره من البشر، وإن وصل خطأه هذا حد الجسامة، قد يعرضه لمتابعة جزائية.

تقدم المسؤولية الجزائية عند إلحاق الضرر بالمريض ويكون حدوثه ناتجا عن الخطأ الجزائي الذي ارتكبه الطبيب، إذ يقوم هذا الأخير بأفعال تعتبر جرائم إذا مارسها أو قام بها غيره، فهو يعرض جسم المريض ويسبب له آلام ويصيبه بجروح نتيجة للعمليات الجراحية التي يجريها له، والتي تصل إلى حد استئصال بعض الأعضاء من جسمه.

تحدد المسؤولية الجزائية بنص القانون وتخضع لمبدأ الشرعية التي جسدها المشرع الجزائري في قانون العقوبات على أنه: «**لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون**». وعليه، فإنه من خلال هذا المبحث سوف ندرس طبيعة المسؤولية الجزائية للطبيب في المرفق الصحي العمومي (الفرع الأول)، ثم تحديد أسباب المساءلة الجزائية للطبيب (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### طبيعة المسؤولية الجزائية للطبيب

يكون الطبيب المرتكب لخطأ جزائي تحت طائلة العقاب الجزائي الذي حدد ماهية الأفعال والتصرفات التي تعتبر بجريمة ورتب عليها القانون نصوص عقابية، وعليه لكي يتحمل الطبيب المسؤولية الجزائية، لا بد أن يكون قد ارتكب أفعالا يعتبرها القانون جريمة أو الامتناع عن القيام بأعمال أوجب القانون القيام بها، ورتب عن تركها المساءلة الجزائية.

تسمح هذه الدراسة بمعرفة كيف قام المشرع بتأطير الأخطاء التي يرتكبها الأطباء والتي تشكل جرائم في حق المرضى المتضررين منها، وذلك من خلال نصوص ردية، بناء عليه نتناول تعريف المسؤولية الجزائية للطبيب (أولا) ثم صور هذه المسؤولية بالنظر إلى ركنها المعنوي (ثانيا).

#### أولا - تعريف بالمسؤولية الجزائية للطبيب

تعرف المسؤولية الجزائية على أنها تلك المسؤولية التي تقوم عند مخالفة الشخص لقاعدة قانونية أمرة أو ناهية، يرتب عليها القانون عقوبة أو جزاء، أي أن المسؤولية

الجزائية تقوم في حالة قيام شخص ما بفعل يمس مصلحة المجتمع ويصيبه بضرر، وهذا يعني قيامه بفعل يشكل جريمة هي أصلا منصوص عليها في القانون تعريفاً وعقوبة<sup>(1)</sup>. أما المسؤولية الجزائية الطبية فهي التي يساءل فيها الطبيب عن الأفعال التي يرتكبها والتي تشكل جريمة في القانون، وفيها يعامل الطبيب مثل بقية الناس في المجتمع، وقد تكون صفة الطبيب سبب في ارتكابها، لذا شدد المشرع في معاقبة الطبيب الذي يقوم بإجراء عملية إجهاض غير مشروع لامرأة حامل مثلاً<sup>(2)</sup>، فتبدأ مسؤولية الطبيب الجزائية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية أثناء مقابلته بالمريض إلى أن يغادر المستشفى<sup>(3)</sup>.

### ثانياً - أنواع المسؤولية الجزائية للطبيب

يعتبر الإدراك وحرية الاختيار أهم عناصر المسؤولية الجزائية إلا أنها لا تقوم بالإضافة إلى ذلك إلا بتحقق سببها وهو الخطأ الصادر عن الطبيب والذي يمكن أن يتجسد ويتجلى في نوعين وهو مسؤولية جزائية عمدية وغير عمدية.

#### 1 - المسؤولية الجزائية العمدية

تعد المسؤولية الجزائية العمدية انصراف إرادة الجاني (الطبيب) إلى ارتكاب جريمة مع علمه بعناصر الجريمة وإرادة تحقيق هذه العناصر بإلحاق أذى بالمريض<sup>(4)</sup>، توفر في

<sup>1</sup> - تعرف المسؤولية الجزائية على أنها تلك التي تقع على كل مواطن نتيجة قيامه بأفعال أو الامتناع عن القيام بها ويرتب القانون بشأنها عقوبة جنائية، يخضع الطبيب الموظف شأنه شأن أي مواطن لهذه المسؤولية، فيخضع بذلك لقانون العقوبات إذ لا يمكن في أي حال من الأحوال إعفائه منها لكونه موظفاً عمومياً. نقلاً عن سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 82.

<sup>2</sup> - منصور بن عمر المعايطه، "المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم الطبية"، مجلة البحوث الأمنية، دورية - علمية - محكمة، المجلد 10، العدد 20، مركز البحوث والدراسات، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، 2002، ص 24.

<sup>3</sup> - حيدرة سعدي، "المسؤولية الطبية الجنائية بين النص القانوني والواقع"، مجلة العلوم القانونية، العدد 12، جامعة باجي مختار، عنابة، 2008، ص 144.

<sup>4</sup> - كما يمكن الإشارة إلى جريمة ممارسة الطب بدون رخصة التي تعتبر جريمة عمدية ضرورة أن من مارس المهنة بدون حق وأحدث جرحاً أو مات من عالج فإنه يدرك تمام الإدراك أن لا حق له في القيام به قبل استيفاء شروط ممارسة مهنة الطب، وفي نفس السياق، إن الطبيب الذي يتمتع عن ممارسة مهنته إذا دعاه من هو عرضة للخطر يعتبر مرتكباً لخطأ عمدي باعتباره على علم بوجود خطر يمر به المريض الذي دعاه لعلاج. انظر ذلك حسين بن سليمة، "المسؤولية الجزائية للطبيب"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، قسم الوثائق، 2011، ص 148.

هذه الحالة القصد الجنائي مما يسأل الطبيب جزائياً، كما أن توفر القصد الجنائي قد يكون بإتيانه لفعل مثل ترك جسم غريب في بطن المريض بعد عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية قصد تعريض المريض للخطر، كما قد يكون امتناعاً عن إتيان فعل مثل الامتناع عن مساعدة الطبيب والعلاج والإسعاف في حالة الضرورة، وإفشاء السر الطبي ومزاولة مهنة الطب دون ترخيص، تزوير الشهادات الطبية، والرشوة، جرائم الأطباء الواردة في نظام المخدرات<sup>(1)</sup>.

## 2 - المسؤولية الجزائية غير العمدية

تطرق المشرع الجزائري إلى قسماً خاصاً تحت عنوان القتل الخطأ والجرح الخطأ، وعبر عن مختلف هذه الصور في المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات وعزا ذلك إلى الإهمال<sup>(2)</sup> والرعوننة<sup>(3)</sup> وعدم الاحتراز أو عدم الاحتياط<sup>(4)</sup> وعدم مراعاة القوانين

<sup>1</sup> - يحي عبد القادر، "المسؤولية الجزائية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والإجتهد القضائي"، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2011، قسم الوثائق، الجزائر، ص 52.

<sup>2</sup> - الإهمال (Négligence Inattention) يعد الإهمال إحدى صور الخطأ التي يستوجب المسائلة الجنائية في عدم إجراء الفحوصات الطبية الضرورية للمريض أو إغفال وترك ما يجب اتخاذه سهواً أي أن الجاني يقف موقف سلبياً، فلا يتخذ واجبات الحيطة والحذر لعدم وقوع النتيجة الإجرامية الضارة.

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، مرجع سابق، ص 176. أين قضت:

« متى أفضى الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة الأنظمة إلى القتل الخطأ قامت المسؤولية الجزائية للطبيب ».

لمزيد من التفصيل راجع يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص 49.

نييلة غضبان، مرجع سابق، ص 92.

عبد القادر خضير، مرجع سابق، ص 29.

<sup>3</sup> - الرعوننة (Par maladresse) يقصد بالرعوننة سوء تقدير أو نقص المهارة والمعرفة والجهل بالمبادئ التي يتعين العلم بها للقيام بالعمل، والتي تنطوي الخروج على قواعد الخبرة دون التبصر بعواقبه ويتم ذلك لما يصدر من شخص صاحب الخبرة. انظر يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص 49.

<sup>4</sup> - عدم الاحتراز والاحتياط (Imprudence) إن عدم الاحتياط أو قلة الاحتراز هو خطأ ينطوي عليه نشاط يقوم به الفاعل، ويدل على طيش أو عدم تبصر أو عدم تدبير العواقب.

F.MERAH, "L'expertise et responsabilité médicale pénale", revue de la cour suprême-numéro spécial, la responsabilité pénale médical à la lumière de la législation et de la jurisprudence, 2011, p 95.

والقرارات واللوائح والأنظمة<sup>(1)</sup>، في هذه الحالة يجد الطبيب نفسه معرضاً للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب<sup>(2)</sup>.

تناول مشرع الجزائري المسؤولية الجزائية غير العمدية للطبيب في المادة 413 من قانون رقم 18-11، المتضمن قانون الصحة على المتابعة الجزائية في حالة الخطأ الطبي أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته، أين أحالت المادة سالفه الذكر إلى نصوص قانون العقوبات في المادتين 288 و 289 منه، أين عبرت عن صور قيام جريمة في المادة 288 من ق.ع، فنصت على أنه:

« كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم إحتياطه أو عدم إنتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 20.000 دينار ».

كما أضافت المادة 289 ق.ع التي تنص على أنه:

« إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الإحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجنائي بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة 500 إلى 15.000 دج دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

يتضح من خلال هذه المواد صور الخطأ من بينها القتل الخطأ وإلحاق أذى أو عجز عن العمل لطرفي العملية لمدة تزيد على ثلاثة أشهر.

<sup>1</sup> - عدم مراعاة القوانين والأنظمة واللوائح المقصود بعدم مراعاة الأنظمة 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. انظر في هذا الشأن يحي عبد القادر، مرجع سابق، ص 50.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 11.

## الفرع الثاني

### أسباب مساءلة الطبيب جزائيا

#### في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تقوم المسؤولية الجزائية إثر الإخلال بالشروط والضوابط القانونية المطلوبة في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويقع في صدارة تلك الشروط شرط الرضا الحر والمتبصر، ويشكل هذا الإخلال أحد الأسباب التي تؤدي إلى إدخال العمل الطبي في دائرة التجريم ويجعله فعلا غير مشروع تقوم المسؤولية الجنائية إذن بسبب القيام بعمل أو الامتناع عنه، الذي نص القانون العقوبات<sup>(1)</sup> على تجريمه بموجب عقوبات محددة بنصوص قانونية<sup>(2)</sup>.

بناء على ما تقدم تقوم مسؤولية الطبيب تقوم على إثر مخالفة أحد الشروط والضوابط المقررة في قانون الصحة (أولا) وللإخلال بالالتزام بالتبصير (ثانيا) أو لتسببه في إحداث عاهة مستديمة للمتبرع أو المريض (ثالثا)، ولإدخاله عمليات نقل وزرع الأعضاء في الإتجار غير المشروع (رابعا).

#### أولا - مخالفة الشروط والضوابط المقررة في قانون الصحة

تنشأ مسؤولية الطبيب جزائيا في حالة عدم حصول الطبيب على رضا المريض أو من يمثله شرعا، كما لا يصح القول بنفي مسؤولية الطبيب على أساس أن التدخل الطبي يتفق مع مصلحة المريض، لكن توافر رضا المريض بالمخاطر التي يعرض لها نفسه من جراء عملية الزرع يعفي الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي قد تخلفها العملية خاصة إذا كانت تلك المخاطر عادية ومتوقعة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - أمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 318.

<sup>3</sup> - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص ص 121 - 122،

انظر أيضا مختلف قرار محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال

- Cass 1<sup>er</sup> civ 7 Février 1990, n°88- 14797 (Bukk.civ.1, n° 39 ; 1991. Somm., p.183, obs j. penneau ;RTD. Civ .1992, p.109, obs p. jourdain) =

كما أن من الضرورة القيام بعمليات نقل وزرع الأعضاء في مؤسسات مرخص لها بذلك والتي جاءت على سبيل الحصر<sup>(1)</sup>، مع التأكد على مبدأ الرضا المطلوب في طرفي العملية ومراعاة جميع الشروط الخاصة الشكلية منها والموضوعية وخاصة مبدأ مجانية التعامل بالأعضاء<sup>(2)</sup>.

كما تقوم مسؤولية الطبيب إذ قام باستئصال عضو دون موافقة المتبرع، كاستئصال عضوا من الأعضاء المنفردة والتي يترتب على استئصالها وفاة المتبرع، أو تم استئصال العضو من القاصر أو الخاضع لإجراء من إجراءات الحماية القانونية في القوانين التي لا تجيز ذلك لعدم إدراكه بخطورة الفعل مما يجعل رضاه من دون قيمة قانونية.

=- cass 1<sup>er</sup> civ 25 Février 1997, n° HEDRUL c/cousin (GAZ.pal 27 - 29 Avr. 1997. p. 13. rapp. M.sargos, contrats, conc, consmm. 1997, chrron.n°5. PArL Leveneur ; Defrénois 1997 p. 751, obs. j-L Aubert. JPC 1997, n° 4025, obs. - G.viney ; RTD civ 1997, 34, 434, obs p. jourdain et p. 924, obs j.mestre ; D .1997 Somm. p. 319, obs . j .penneau).

نقلا عن محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص 33.

1 - لا تكفي الكفاءة العلمية للطبيب وحصوله على ترخيص قانوني لإقدامه على عملية نقل وزرع الأعضاء، وإنما لا بد أن يقوم بها في مؤسسة استشفائية مرخص لها بذلك حددها القرار الوزاري الصادر بتاريخ تحديدا حصريا، وذلك من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وتفاذي أي اتجار بالأعضاء البشرية، غير أن لهذا الحصر من جهة أخرى سلبات منها وجود ضغط كبير على هذه المؤسسات لوجود عدد هائل من المرضى، وهو ما يصعب على العاصمة التي تتمركز فيها أغلب المؤسسات المرخص لها بهذه العمليات، لذا أرحج رأي الأستاذة معاشو نبالي فطة التي تدعو إلى التوسيع من دائرة المستشفيات المرخص لها، أو استعمال أسلوب آخر يتمثل في انتقال طرق طبية إلى المؤسسات الاستشفائية التي تملك الوسائل، لكن ينقصها التأهيل العلمي لتفاذي الانتظار الطويل ومعاونة المرضى.

انظر فطة معاشو نبالي، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 43.

2 - ثار جدل فقهي حول مسألة مجانية التبرع بالأعضاء، إذ أجاز فريق من الفقه تلقي المتبرع لمقابل مالي مؤكداً بأن متى رخص بهذه العمليات، فلا إشكال إذا كانت بمقابل مالي وأجازة التبرع بحد ذاته يعني دخول الجسم في دائرة التعامل، وهو ما لا يعيق تقاضي أموال هذه الأخيرة لا يتنافى مع المبادئ القانونية بل هي أمور متعلقة بالمبادئ القانونية، وهو أمر لا يتنافى مع الكرامة الإنسانية وإنما يتضمن كل معاني الإنسانية أهمها حماية وإيقاد إنسان من خطر الموت، كما شكل هذا المقابل إحدى وسائل مواجهة الفقر في بعض المجتمعات شرط أن يكون في عدم تعريض السلامة البدنية للخطر. فلا بد أن يكون التنازل هو حب والتضامن والإيثار، كما لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء وهو حوار التبرع وإنما لا بد من احترام ضوابطه، نقلا عن عبد النور سايب، مرجع سابق، ص ص 180 - 183.

جرم قانون العقوبات الجزائري نجد أنه بمقتضى القانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات إنتزاع الأعضاء البشرية أو الأنسجة والخلايا بدون موافقة الشخص الخاضع للتعامل، وكيفها على أساس أنها جنحة وهذا ما جاء في أحكام المادتين 303 مكرر 17 والمادة 303 مكرر 19.

نصت المادة 303 مكرر 17 فقرة 1 نصت على أنه:

« يعاقب بالحبس من خمسة (5) سنوات إلى عشرة (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج كل من ينتزع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول ».

أما المادة 303 مكرر 19 فقرة 1 نصت 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- مما تقدم- أن المشرع الجزائري شدد من العقوبة في حالة نزع الأعضاء بدون موافقة المتبرع أين جعل الحد الأدنى لها ب 5 سنوات وأقصاها هي 10 سنوات، كما نص على غرامة مالية بقيمة 500.000 دج كحد أدنى ويحد أقصى قدرها ب 1.000.000 دج، وللقاضي الفاصل في الموضوع سلطة واسعة في تحديد العقوبة بين الحد الأدنى والحد الأقصى.

أما فيما يخص مجال نقل الأنسجة والخلايا إذا تم نقلها وزرعها دون موافقة صاحبها، فقد حدد المشرع الجزائري عقوبة أخف من حالة نزع العضو فقرر عقوبة الحبس من سنة كحد أدنى إلى 05 سنوات كحد أقصى، وبغرامة متفاوتة بين 100.000 دج إلى 500.000 دج.

كما شدد المشرع الجزائري العقوبة في حالة ارتكاب الطبيب جريمة عدم الحصول على الرضا سواء في نقل وزرع الأعضاء البشرية أو نقل وزرع الأنسجة، وهذا بموجب المادة 303 مكرر 20<sup>(1)</sup>.

يتبين من نص المادة 303 مكرر 20 تشدد المشرع الجزائري في العقوبة حالة تخلف ركن الرضا، وجعل المريض القاصر أو عديم الأهلية من عناصر تشديد العقوبة، كما جعل أيضا وظيفة الطبيب في المستشفى التي تسهل له وظيفته القيام بالجرح أو فريقه الطبي عنصر لتشديد العقوبة وتطبق عليهم المادة سالفة الذكر، وهذا دون الإخلال بالتعويضات التي قد يطالب بها المتضرر أي (الضحية).

### ثانيا - جريمة عدم تبصير أطراف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية

نصت القوانين الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية صراحة على وجوب تبصير كل من المتبرع بالعضو والمريض المستقبل، وفقا لمعلومات واضحة ومفهومة، إذ يجب أن يُعلم الطبيب المريض بأنه لا سبيل لإنقاذ حياته بوسائل الطب التقليدية، بل يجب إتباع وسائل علمية حديثة لتخليصه من آلامه ومعاناته وهذا بزرع عضو سليم محل العضو التالف، مع الإشارة إلى إمكانية رفض الجسم للعضو الجديد، كما يجب تبصير المتبرع بكافة المخاطر التي قد تتجم عن استئصال عضو منه، هذا من الناحية الطبية والاجتماعية والمهنية سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، لأنها تنطوي على مخاطر

<sup>1</sup> - نصت المادة 303 مكرر 20 من قانون 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات على أنه:

« يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19، بالحبس من خمسة (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية

- إذا كانت الضحية قاصر أو شخصا مصابا 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.
- ويعاقب بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 16 و303 مكرر 17، إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة ».

صحية تتعكس على حياة الإنسان، وقد أشارت إلى ذلك المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري<sup>(1)</sup>.

يستخلص مما تقدم أنه يقع على عاتق الطبيب مسؤولية تبصير كلا طرفي العملية بالمخاطر المحتمل حدوثها من عملية النقل والزرع، وإذا امتنع الطبيب عن تبصير طرفي العملية تقوم مسؤوليته الجنائية.

ومما هو جدير بالذكر أننا لا نجد في قانون العقوبات أي نص صريح ينص على تخلف شرط التبصير في كل من المريض أو المتبرع، وما دام التبصير هو العنصر الأساسي قبل الحصول على الموافقة أو بالأحرى تتبني أساسا عليه الموافقة، فإذا تخلف عنصر التبصير تكون الموافقة غير سليمة يعاقب عليها القانون، وتترتب عليهم نفس المسؤولية الجنائية لكونهما شرطين متلازمين ومتكاملين لا ينفصلان عن بعضهما البعض<sup>(2)</sup>.

### ثالثا - حالة إحداث عاهة مستديمة

يقصد بالعاهة المستديمة نقص نهائي في منفعة عضو من أعضاء الجسد ولو كان جزئيا<sup>(3)</sup> والاعتداء الذي يقع على العضو البشري لا يمكن تصوره في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في صورة الجرح<sup>(4)</sup>، سواء كان هذا العضو داخليا أو خارجيا<sup>(5)</sup> ولم

<sup>1</sup> - تنص المادة 44 من م.أ.ط، على أنه:

« يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة هذا الأخير حرة متبصرة ».

<sup>2</sup> - نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية...، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 84.

انظر أيضا

**Ourdia NASROUNE-NOUAR**, Le contrôle de l'exécution des sanctions pénales en droit Algérien, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A, Paris, 1991, p. 67.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 254258، المؤرخ في 2001/12/25، المجلة القضائية

للمحكمة العليا، عدد 2، 2002، قسم الوثائق، الجزائر، ص 546، أين قضت

« إن اعتبار غرفة الإتهام الطحال جهازا وليس عضوا، وإعادة تكيف الوقائع من جنابة إلى جنحة الضرب والجرح العمدي دون الإستعانة بخبير مختص لمعرفة إذا كان استئصال الطحال يؤدي إلى عاهة مستديمة أم لا، لإمكانية تحديد الوصف القانوني الصحيح المتابع به ».

<sup>4</sup> - الجرح هو كل مساس بأنسجة الجسم يؤدي إلى تمزيقها كقطع الجلد أو الكسور.

<sup>5</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988،

ص 69.

يشترط المشرع في العاهة أن تكون على قدر معين من الجسامة، بل اشترط فيها أن تسفر عن فصل عضو، أو تعطيل وظيفته، أو إضعاف مقوماته على نحو لا يرجي منه الشفاء<sup>(1)</sup>.

تلحق المتبرع أو المريض جراء عملية استئصال أو زرع العضو الغير المعني بالعملية عاهة مستديمة أو إتلاف العضو المعني بالاستئصال أو الزرع، رغم حصول الطبيب على الموافقة المتبصرة لكلا طرفي العملية، في هذه الحالة يمكن الرجوع إلى نص المادة 239 من ق.ح.ص.ت التي تحيلنا إلى نص المادة 289 من قانون العقوبات، في حالة الضرر الجسيم مهما أخذ الطبيب بالاحتياطات أثناء تدخله، أما إذا أدى خطأ الطبيب إلى وفاة المضرور فتطبق عليه أحكام المواد 4/264 و 3/275 من قانون العقوبات<sup>(2)</sup>.

أما إذا كان الطبيب قد إلتزم بالأصول العلمية ولم يخالف الشروط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية فلا مجال لمساءلته جنائيا<sup>(3)</sup> ولو كانت بوفاة المتبرع، طبقا لنص المادة 1/39 من قانون العقوبات الجزائري<sup>(4)</sup>.

#### رابعا - إدخال عمليات نقل وزرع الأعضاء ضمن الإتجار غير المشروع

أصبحت تجارة الأعضاء تجارة رائجة لما تجنيه من أرباح طائلة، حيث بدأت عمليات الاتجار والوساطة في هذه الأعضاء تزداد من خلال مؤسسات خاصة تستغل

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 78.

<sup>2</sup> - تنص المادة 264 /4 من ق.ع التي تنص على أنه:

« ... وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه، فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ... ».

كما أضافت في هذا المنوال المادة 3/275 من ق.ع التي نصت على أنه:

« ... وإذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة من السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة ... ».

أنظر أيضا عبد الكريم مأمون، رضا المريض بالأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 678.

<sup>3</sup> - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 112.

<sup>4</sup> - تنص المادة 1/39 من قانون العقوبات على أنه:

« لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو إذن به القانون ».

حاجة الفقراء وقدرة الأغنياء عبر الدول، وهو ما تزامن مع ظهور ما يسمى ببنوك الأعضاء لغرض عملية البيع والشراء بين المستشفيات أو بين السماسرة<sup>(1)</sup>.

ولتجنب هذه التجاوزات تم سن قوانين منظمة لهذه العمليات واشترطت من خلالها أن تجرى عملية نقل الأعضاء على سبيل التبرع لا البيع، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 358 من ق.ص على أنه:

« لا يمكن أن يكون نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل صفقة مالية ».

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص سابقا على عقوبة جزائية في حالة مخالفة المادة المذكورة أعلاه، إلا أنه تدارك ذلك من خلال تعديل قانون العقوبات<sup>(2)</sup>، ومن خلال هذا التعديل، أدرج المشرع الجزائري بعض صور جرائم الاتجار بالأعضاء البشرية، وقد عرفها على أنها كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها<sup>(3)</sup> وتكون العقوبة في ذلك طبقا لأحكام المادة 303 مكرر 16 التي نصت 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 أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها.

وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ».

كما جرم المشرع الجزائري كل من يحصل على خلايا أو أنسجة مقابل منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها أو مبلغ مالي، وقرر عقوبة حبس من (1) سنة إلى خمس (5)

<sup>1</sup> - محمد راميا، مرجع سابق، ص 25.

انظر أيضا سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25/02/2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

<sup>3</sup> - فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل قانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع علم الإجرام وعلم العقاب، 2012، ص 127.

سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كما سلط قانون العقوبات الجزائري العقوبة نفسها على من قام بتسهيل أو تشجيع أو توسط للقيام بهذه الجريمة سواء كان مساعدا للطبيب أو ممرضا... الخ، وهذا عملا للمادة 303 مكرر 18<sup>(1)</sup>.

كما شدد نص المادة 303 مكرر 20 من قانون العقوبات، لتصل العقوبة من 10 إلى 20 سنة سجنا إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصابا بإعاقة ذهنية، أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص، أو إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة أو كانت ذات طابع عابر للحدود الوطنية، وإذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهمته ارتكاب الجريمة، وإذا ارتكبت مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله.

ويعفى من العقوبة الشخص الذي بلغ السلطات المختصة قبل تنفيذ الجريمة والشروع فيها، ويمكن أن تخفض العقوبة إلى النصف بعد تنفيذ الجريمة وقبل تحريك الدعوى العمومية وفقا للمادة 303 مكرر 24 من ق.ع<sup>(2)</sup>.

زد إلى ذلك، أقرت المادة 303 مكرر 25 من ق.ع عقوبة عدم التبليغ عن جريمة الاتجار بالأعضاء مع العلم بها، أين حددت عقوبة الحبس من سنة إلى 5 سنوات وبغرامة متفاوتة<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - نصت المادة 303 مكرر 18 من قانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، سالف الذكر على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، كل من قام بإنتزاع 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 ». »

<sup>2</sup> - نصت المادة 303 مكرر 24 من قانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، سالف الذكر 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 نصف 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. »

<sup>3</sup> - نصت المادة 303 مكرر 25 من قانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، سالف الذكر على أنه: « كل من علم بإرتكاب جريمة الاتجار بالأعضاء، ولو كان ملزما بالسفر المهني، ولم يبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك، ويعاقب 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. »

## المطلب الثاني

### إجراءات المتابعة الجزائية

يتم تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة وتباشرها باسم المجتمع ولو لم ينشأ على الفعل الضار أي ضرر، وتنقضى إلا بأحد الأسباب القانونية المبررة لانقضائها كوفاة الطبيب أو إلغاء النص القانوني إلا أن ذلك لا يمنع الدعوى المدنية من إقامتها ضد الورثة الذين يقومون مقام مورثهم في ضمان تعويض المضرور<sup>(1)</sup>.

كما أن القواعد العامة في تحريك الدعوى العمومية نفسها تطبق في المجال الطبي خاصة حالة مخالفة الطبيب لشروط والضوابط عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء بين الأحياء أو من جثث الموتى، ويتم تحريك الدعوى الجزائية ضد الطبيب سواء من طرف النيابة العامة أو من ينوب عنه، بناء على شكوى يقدمها الضحية أو المستشفى العام وفقا لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري (الفرع الأول).

وقد يطرأ أثناء تحريك الدعوى العمومية بعض الموانع تؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية كوفاة الطبيب أو تقادم الدعوى أو إلغاء قانون العقوبات أو العفو الشامل وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، بالإضافة إلى انقضاء الدعوى العمومية الذي أورده المشرع الجزائري من خلال المادة 06 المعدلة بالمادة 02<sup>(2)</sup> من قانون الإجراءات الجزائية (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، طبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر 2008، ص 9.

<sup>2</sup> - تنص المادة 2 من الأمر رقم 15-02 مؤرخ في 2015/07/23 معدل ومتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه:

« يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة.  
ولا يترتب على التنازل عن الدعوى المدنية إيقاف أو إرجاء مباشرة الدعوى العمومية، وذلك مع مراعاة الحالات المشار إليها في الفقرة 3 من المادة 6.»

## الفرع الأول

## تحريك الدعوى العمومية

نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من قانون إجراءات الجزائية<sup>(1)</sup>، أن الطرف المضرور يمكن له تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها بتقديم شكوى أمام قاضي التحقيق، وهذا الأخير يعرضها على وكيل الجمهورية، للنيابة العامة سلطة الإدعاء العام للحفاظ على حقوق المجتمع ومعاقبة المجرمين وهو ما نصت إليه أيضا المادة 29 من ق.إ.ج. يجوز للمضرور المتعرض للخطأ الطبي في عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بتحريك الدعوى العمومية بتقديم الشكوى (أولا)، مع تحريك الدعوى من طرف أعضاء النيابة العامة المختصة (ثانيا)، ويعد لقاضي الموضوع الذي يعرض عليه النزاع التحقق من ثبوت الخطأ الطبي والوصف الجنائي له من خلال الاستعانة بالخبرات الطبية من أجل تسليط العقوبة المناسبة للكشف عن الأخطاء (ثالثا)، غير أن هذه العقوبة والدعوى العمومية تنتضي بوفاة المتهم المتابع أو بأحد الحالات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية (رابعا).

ولا يمكن الحديث عن المتابعة الجزائية للطبيب دون التطرق إلى المستشفى العام أين تجرى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، والذي استثنى القانون المستشفى من المسؤولية الجزائية كشخص المعنوي (خامسا).

## أولا - تحريك الدعوى العمومية من المضرور في المسؤولية الجزائية

من حق المضرور تحريك الدعوى العمومية طبقا للشروط المحددة في نص المادة 1/2 من ق.إ.ج، و للطرف المضرور سواء المريض أو المتبرع أو ذوي الحقوق تحريك أحدهم الدعوى العمومية برفع شكوى<sup>(2)</sup> بشرط احترام مبدأ شخصية الدعوى؛ ويكون ذلك

<sup>1</sup> - تنص المادة 1 من ق.إ.ج على أنه:

« الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بمقتضى القانون.

كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوة طبقا للشروط المحددة في هذا القانون ».

<sup>2</sup> - الشكوى إجراء يباشر المجني عليه أو وكيل خاص له يطلب فيه من القضاء تحريك الدعوى العمومية في جرائم معينة يحددها القانون على سبيل الحصر لإثبات مدى قيام المسؤولية الجنائية في كحق الجاني.

عن طريق التكليف بالحضور الذي يتوضح به موضوع الواقعة محور المتابعة مع ذكر النص القانوني الذي يعاقب على تلك الواقعة وذكر المحكمة المرفوعة إليها، ومكان وساعة وتاريخ إنعقاد الجلسة وصفة المبلغ إليه متهما كان أم مسؤولا عن حق المدني وهذا ما تؤكد نص المادة 440<sup>(1)</sup> من قانون الإجراءات الجزائية، أي أن الدعوى لا ترفع إلا على المتهم الذي ساهم في ارتكاب الجريمة سواء كان فاعلا أصليا كالطبيب أو شريكا كالفرق الطبي.

لم يشترط قانون الإجراءات الجزائية شكلية معينة للشكوى يجوز أن تكون شفاهة أو كتابة تودع أمام أي جهة قضائية مختصة (الضبطية القضائية، النيابة العامة...) بإحدى الطريقتين

### 1- تقديم شكوى أمام الضبطية القضائية من طرف المضرور

تقوم الضبطية القضائية بفتح تحقيق ابتدائي، والمضرور يقدم ملفه الطبي، ويمكن توقيف الطبيب لمدة 48 ساعة ويطلع فوراً وكيل الجمهورية بذلك، ويقدم له تقرير عن دواعي التوقيف للنظر، فيمكن لوكيل الجمهورية إما برمجة القضية عند قاضي الجرح أو إحالة الملف لقاضي التحقيق<sup>(2)</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 440 من ق.إ.ج المعدلة بقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، على أنه: « يسلم التكليف بالحضور بناء على طلب النيابة العامة ومن كل إدارة مرخص لها قانوناً بذلك، كما يجب على المكلف بالتبليغ أو يحيل الطلبات المقدمة إليه دون تأخير. ويذكر في التكليف بالحضور الواقعة التي قامت عليها الدعوى مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها. كما يذكر في التكليف بالحضور، المحكمة التي رفع أمامها النزاع ومكان وزمان وتاريخ الجلسة وتعين فيه صفة المتهم، والمسؤول مدنياً أو صفة الشاهد على الشخص المذكور. كما يجب أن يتضمن التكليف بالحضور المسلم إلى الشاهد بأن عدم الحضور أو رفض الإدلاء بالشهادة، أو الشهادة المزورة يعاقب عليها القانون ».

<sup>2</sup> - أحمد غاي، الوجيز في تنظيم مهام الشرطة القضائية، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 57. تنص المادة 51 من ق.إ.ج المعدلة بقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، على أنه: « إذا رأى ضابط الشرطة القضائية لمقتضيات التحقيق، أن يوقف للنظر شخصاً أو أكثر ممن أشير إليهم في المادة 50، فعليه أن يطلع فوراً وكيل الجمهورية بذلك ويقدم له تقريراً عن دواعي التوقيف للنظر. لا يجوز أن تتجاوز مدة التوقيف للنظر ثمان وأربعين (48) ساعة ... ». تنص المادة 51 مكرر من ق.إ.ج المعدلة بقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 على أنه: =

## 2- تقديم إيداع المدني أمام قاضي التحقيق المختص

بالرجوع إلى أحكام المادة 72 ق.إ.ج، المعدلة بموجب القانون رقم 06-22 مؤرخ في 20/12/2006<sup>(1)</sup>، أنه يجوز للطرف المضرور بأن يتقدم بشكواه مصحوبة بإيداع مدني أمام قاضي التحقيق بمقر المحكمة المختصة إقليمياً متابعة الطبيب في الجنايات أو الجرح دون المخالفات على أن يقدر قاضي التحقيق الكفالة المحددة قانوناً لإجراء التحقيق ويمكن لهذا الأخير الاستعانة بالخبير الطبي محلف من أجل إثبات خطأ الجاني ونتائجه وعليه يستخلص قاضي التحقيق علاقة سببية.

يمكن لوكيل الجمهورية وقاضي التحقيق اتخاذ تدابير الحماية للشهود والخبراء والضحايا عند الاقتضاء، إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو أفراد عائلتهم أو أقرانهم أو مصالحهم الأساسية معرضة للتهديد.

### ثانياً - تحريك الدعوى العمومية من طرف أعضاء النيابة العامة

حدد القانون الجهات المختصة لتحريك الدعوى العمومية في مجال المسؤولية الجزائية لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية للنظر في الجرائم الطبية منها الاختصاص النوعي والإقليمي.

---

= « كل شخص أوقف للنظر يخبره ضابط الشرطة القضائية بالحقوق المذكورة في المادة 51 مكرر 1 أدناه ويشار إلى ذلك في محضر الإستجواب ».

تنص المادة 51 مكرر 1 من ق.إ.ج المعدلة بقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، على أنه:  
« يجب على ضابط الشرطة القضائية أن يضع تحت تصرف الشخص الموقوف للنظر كل وسيلة تمكنه من الإتصال فوراً بعائلته ومن زيارتها له، وذلك مع مراعاة سرية التحريات.

وعند إنقضاء مواعيد التوقيف للنظر، يتم وجوباً إجراء فحص طبي للشخص الموقوف إذا ما طلب ذلك مباشرة أو بواسطة محاميه أو عائلته، ويجري الفحص الطبي من طرف طبيب يختاره الشخص الموقوف من الأطباء الممارسين في دائرة اختصاص المحكمة، وإذا تعذر ذلك يعين له ضابط الشرطة القضائية تلقائياً طبيباً. تضم شهادة الفحص الطبي لملف الإجراءات ».

<sup>1</sup> - تنص المادة 72 من ق.إ.ج على أنه:

« يجوز لكل شخص متضرر من جنائية أو جنحة أن يدعي مدنياً بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص ».

## 1 - الاختصاص النوعي

يتحدد الاختصاص النوعي للمحاكم الجزائية بحسب نوع الجريمة، فالجرائم المصنفة قانوناً كجنايات لها محكم خاص بها، وهي محكمة الجنايات الخطأ الطبي المفضي إلى وفاة أو بتر أحد أعضاء جسم المتبرع أو المريض، أما الجرائم المصنفة كجرح ومخالفات فلها محكمة خاصة بها أيضاً هي محكمة الجرح والمخالفات، ومثال ذلك كالجرح الخطأ التي تنتج عن الخطأ الطبي<sup>(1)</sup>.

## 2 - الاختصاص الإقليمي (المحلي)

يتحدد اختصاص الإقليمي للمحاكم الجزائية بالمكان الذي ارتكبت فيه الجريمة أو المكان الذي يقيم فيه المتهم أو المكان الذي أُلقي القبض عليه، إلا أنه في الحالات الاستثنائية يتوسع الاختصاص المحلي ليشمل محاكم عديدة من المجالس القضائية، ليشكلوا أقطاب جزائية متخصصة في متابعة والتحقيق ومحاكمة الأشخاص المنسوب إليهم أحد أنواع الجرائم المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية في مسائل الاتجار بالأعضاء البشرية وغيرها... الخ<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً - ضرورة لجوء القاضي للخبرة القضائية للكشف عن الأخطاء

يلجأ قاضي التحقيق أو قضاة الحكم للخبرة القضائية في المجال الطبي وفي الأخطاء الطبية الناتجة عن عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية خصوصاً، لأجل إثبات الركن المادي للجريمة وما تعرضت له الضحية من ضرر، فيعين خبير مختص في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويحلف باليمين قبل بدء مهامه كل مرة يعين فيها،

<sup>1</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 182.

<sup>2</sup> - تنص المادة 329 من ق.إ.ج على أنه:

« تختص محليا بالنظر في الجنحة محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان هذا القبض قد وقع لسبب آخر.

ولا تكون محكمة محل حبس المحكوم عليه مختصة إلا وفق الأوضاع المنصوص عليها في المادتين 552 و553.

كما تختص المحكمة كذلك بالنظر في الجرح والمخالفات غير القابلة للتجزئة أو المرتبطة.

وتختص المحكمة التي ارتكبت في نطاق دائرتها المخالفة أو المحكمة الموجودة في بلد إقامة مرتكب المخالفة بالنظر في تلك المخالفة... »

يوقع محضر اليمين في كل الحالات من القاضي المختص والكاتب والخبير عملا بالمادة 143 ق.إ.ج<sup>(1)</sup>.

يؤدي الخبراء مهمتهم برقابة قاضي التحقيق أو القاضي المعين من جهة القضاء التي أمرت بالخبرة، كما يجب على الخبير أن يكون على اتصال بالقاضي الذي عينه وإحاطته علما بتطورات الأعمال، إذ للقاضي الاستعانة بالخبير إن رأى ذلك، كما للخبير، طبقا للمادة 149 ق.إ.ج أن يطلب الاستعانة في مسألة خارجة عن تخصصه بفنيين يختارون بأسمائهم يحلفون اليمين أعلاه على أن يرفق بتقرير الخبير<sup>(2)</sup>.

في حالة انتهاء مهمة الخبير، يعد تقريرا يشمل ما قام به شخصيا مع تحديد النتائج التي توصل إليها، يودع التقرير أو ما تبقى منها لدى كتابة الجهة التي ندبته، بعد ذلك يستدعي القاضي، طبقا للمادة 154 من ق.إ.ج<sup>(3)</sup>، من يعينهم الأمر من أطراف الخصومة ويحيطهم علما بنتائج الخبرة ويتلقى ملاحظاتهم أو طلباتهم خاصة بالخبرة سواء بالقبول أو بالرفض الخبرة أو إجراء خبرة مضادة.

إذا ناقض شاهد بالجلسة نتائج الخبرة أو أورد بيانات جديدة يطلب الرئيس من الخبير والنيابة والدفاع والمدعي المدني إبداء ملاحظاتهم بشأنها، ثم يتخذ قرارا مسببا بصرف النظر أو بتأجيل القضية لتأريخ لاحق، كما يتخذ بشأن الخبرة كل ما يراه لازما.

<sup>1</sup> - تنص المادة 143 من ق.إ.ج على أنه:

« لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم.  
وإذا رأي قاضي التحقيق أنه لا موجب للاستجابة لطلب الخبرة فعليه أن يصدر في ذلك أمر مسببا في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إستلامه الطلب ... »

<sup>2</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 185.

<sup>3</sup> - تنص المادة 153 من ق.إ.ج على أنه:

« يحزر الخبراء لدى انتهاء أعمال الخبرة تقريرا يجب أن يشتمل على وصف ما قاموا به من أعمال ونتائجها وعلى الخبراء أن يشهدوا بقيامهم شخصيا بمباشرة هذه الأعمال التي عهد إليهم بإتخاذها ويوقعوا على تقريرهم.  
فإذا اختلفوا في الرأي أو كانت لهم تحفظات في شأن النتائج المشتركة عين كل منهم رأيه أو تحفظاته مع تعليل وجهة نظره.

ويودع التقرير والأحراز أو ما تبقى منها لدى كاتب الجهة القضائية التي أمرت بالخبرة ويثبت هذا الإيداع بمحضر

«

#### رابعاً - انقضاء الدعوى العمومية

القاعدة أن الدعوى عندما تحرك تنتهي بالحكم إما بالبراءة أو بالإدانة وهو حكم نهائي « حائز بقوة الشيء المقضي فيه » غير أنه في بعض الأحيان تعترضها عوارض أو أسباب تنتهي الدعوى العمومية قبل الحكم النهائي منها ونص المشرع في المادة 1/6 من ق.إ. ج على أنه:

« تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة بوفاة المتهم وبالتقادم والعفو الشامل وبإلغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي ». وفي المواد 07، 08، 09 من قانون الإجراءات الجزائية، نبينها فيما يلي:

#### 1 - حالة وفاة المتهم

إذا حصلت الوفاة قبل تحريك الدعوى وجب حفظها، وإذا حصلت بعد تحريكها تعين إصدار أمر بالأمر بوجه للمتابعة أو الحكم بانقضائها لسقوطها في ذلك الجزاءات المالية، كما لا يترتب على الوفاة سقوط الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجزائية، تبعا للدعوى العمومية، إذ يجوز الاستمرار فيها في مواجهة الورثة<sup>(1)</sup>.

#### 2 - تقادم الدعوى العمومية

تنقضي الدعوى العمومية قبل المتهم بانقضاء 10 سنوات كاملة في الجنايات تسري من يوم اقرار الجريمة، وفي الجناح بمضي 3 سنوات وفي المخالفات بمضي سنتين (02) من يوم ارتكاب الجريمة، إن لم تتخذ خلال هذه الفترة إجراءات المتابعة أو التحقيق، أما إن اتخذت هذه الإجراءات خلال هذه الفترة بتحريك الدعوى العمومية من النيابة أو المدعي المدني عن طريق الإدعاء المدني، أو بالتكليف بالحضور للمحكمة بناء على محضر جمع الاستدلالات... الخ، فإن مدة التقادم تكون منقطعة في هذه الحالة ولا يبدأ سريانها من جديد إلا من انتهاء آخر إجراء يتعلق بالتحقيق، وذلك سواء

<sup>1</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 24 وما يليها.

بالنسبة للمتهمين الذين اتخذت ضدهم الإجراءات القاطعة للتقادم أو غيرهم ممن لم تتخذ ضدهم<sup>(1)</sup>.

### 3 - العفو الشامل

يتمثل في تجريد الأفعال المجرمة من الصفة الإجرامية بأثر رجعي، فيكون الفعل كما لو كان مباحا، لا يجوز اتخاذ أي إجراء جزائي بشأنه ولا تحريك الدعوى العمومية من أجله، يترتب عنه وقف الإجراءات التي بدأ سيرها، وإن كان حكم قد فصل ولو نهائيا في الوقائع التي شملها العفو، أعتبر كأن لم يكن، كما ويطبق ذلك على ما ترتب عنه من عقوبات بمختلف أنواعها<sup>(2)</sup>.

### 4 - إلغاء القانون

إن صدر قانون يلغي القانون الذي توبع المتهم بموجبه، انقضت الدعوى العمومية أخذا بقاعدة القانون الأصلح للمتهم<sup>(3)</sup>.

### 5 - صدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه

تتقضي الدعوى العمومية بصدور حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أي غير قابل للطعن بأي طريق من الطرق العادية، فإن صدر مثل هذا الحكم امتنع قانونا إعادة نظر الدعوى بالنسبة للمتهم المرفوعة ضده من أجل نفس الوقائع والأسباب، طبقا للفقرة الأولى من المادة 6 من ق.إ.ج. إلا أنه طبقا للفقرة الثانية من المادة نفسها، إذ طرأت إجراءات أدت للإدانة وكشفت على أن الحكم الذي قضى بانقضاء الدعوى العمومية مبني على تزوير أو استعمال مزور فإنه يجوز إعادة السير فيها، إذ يعتبر التقادم موقوفا منذ اليوم الذي صار فيه الحكم نهائيا إلى يوم إدانة مقترف التزوير أو استعمال المزور، أي أنه إذا صدر حكم بانقضاء الدعوى العمومية ضد المتهم ثم ثبت

<sup>1</sup> - عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الإحترازية (دراسة مقارنة)، طبعة المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2002، ص384.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 385.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

أنه بني على تزوير أو استعمال مزور، يجوز في هذه الحالة عدم الاعتداد به وإعادة سير الدعوى<sup>(1)</sup>.

#### 6 - سحب الشكوى

إذا كانت الشكوى شرطا لازما للمتابعة وعند سحبها تنقضي الدعوى العمومية، أما إذا كانت غير لازمة فهي غير مهمة لكن يكون هذا محدد منذ البداية<sup>(2)</sup>.

#### 7 - المصالحة

هناك حالات يكون دور النيابة العامة ليس أصلي بل ثانوي مثلا في الجمارك، جريمة التهرب تقوم بالصلح مع المتهم إذا لم يقبل به ترفع الدعوى، وفي بعض الجرائم الإدارات الخاصة بإدارة الضرائب وإدارة الجمارك تقوم بالمصالحة مع إدارة الضرائب<sup>(3)</sup>.

#### خامسا - استثناء المستشفى العام من المسؤولية الجزائية

تجرى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المستشفيات العمومية، فلم يستثنى المشرع الجزائري الشخص المعنوي الذي هو المستشفى العام من المسؤولية المدنية، أما عن المسؤولية الجنائية (الجزائية) للشخص المعنوي في قانون العقوبات الجزائري، فأول ما كرسه كان ضمن قانون رقم 04-15 مؤرخ في 10/11/2004 أين أشارت إلى الشخص المعنوي في نص المادة 51 مكرر على أنه:

« باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون

العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا يمنع مساءلة الشخص الطبيعي

كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال.»

تظهر خصوصية وأهمية هذا النص القانوني من خلال وضع المشرع الجزائري

ضوابط لهذه المسؤولية والمتمثلة في:

<sup>1</sup> - نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 372.

<sup>2</sup> - أحمد غاي، مرجع سابق، ص 80.

<sup>3</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 317.

راجع أيضا معاشو لخضر، مرجع سابق، ص 537.

- تحديد الأشخاص المعنوية المسؤولة جزائياً.
- المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي مسؤولة مشروطة، يجب أن ترتكب الجريمة من طرف أجهزته أو ممثليه ولحسابه.
- المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي محصورة في الحالات التي ينص عليها القانون.
- أن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد مسؤولية الشخص الطبيعي سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً عن الأفعال نفسها<sup>(1)</sup>.
- وفي مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية نص عليها قانون رقم 09-01 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، كما هو واضح في المادة 303 مكرر 26 من ق.ع التي نصت 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 ».

وعلى هذا الأساس، تتضح أنه الشخص المعنوي المقصود بالمادة المذكورة أعلاه هم المستشفيات الخاصة دون المستشفى العام، الذي أستثنى بالمادة 51 مكرر من ق.ع كونه يدخل ضمن الهيئات التي يحكمها القانون العام فلا يسأل جزائياً لكونه مرفقاً عاماً ولا تطبق عليه أحكام المادة 18 مكرر<sup>(2)</sup> ولا 303 مكرر 26 من ق.ع، فتتم المساءلة الجزائية إلا للطبيب أو الفريق الطبي<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> - ويزة بلعسل، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجريمة الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 83.

<sup>2</sup> - تنص المادة 18 مكرر من قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20/12/2006 على أنه:

« العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات والجرح هي

1- الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة.

2- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية

- حل الشخص المعنوي، =

## الفرع الثاني

## سريان الدعوى العمومية ومآلها بعد الحكم

يتمثل أول إجراء أمام المحاكم بتقديم المتهم أمام المحكمة، ويختلف الأمر في حالة إذا كانت جناية أو جنحة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فقد يكون التقديم عن طريق الاستدعاء المباشر، أو بواسطة الاستخراج من المؤسسة العقابية (أولاً). وفي جميع الحالات، يستلزم أن يتضمن التكليف بالحضور بيان التهمة المنسوبة والنص العقابي للمتابعة، حيث تبدأ المرافعة باستجواب المتهم وطرح الأسئلة على الشهود من طرف المحكمة والنيابة والدفاع، بعده يتقدم الطرف المدني بطلباته ثم النيابة، وبعده دفاع المتهم، ثم المسؤول عن الحقوق المدنية إن كان له محل، وللمدعي المدني والنيابة حق الرد على دفاع باقي الأطراف، وترجع الكلمة الأخيرة للمتهم ودفاعه<sup>(2)</sup>، وبعد ذلك يضع القاضي القضية في المداولة للنظر فيها طبقاً للقانون، ويحق لكل من المتهم أو النيابة العامة والضحية استئناف هذا الحكم بمختلف أنواع الطعن العادية أو الغير عادية (ثانياً). ويمكن تأسيس الدعوى المدنية بالتبعية في حالة ثبوت خطأ الطبيب (ثالثاً).

= غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر، نهائياً أو لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات،

- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.

- نشر أو تعليق حكم الإدانة.

- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكب الجريمة بمناسبةه.»

<sup>1</sup> - ذهبية آيت مولود، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 131.

<sup>2</sup> - تنص المادة 353 من ق.إ.ج على أنه:

« إذا ما انتهى التحقيق بالجلسة سمعت أقوال المدعي المدني في مطالبته وطلبات النيابة العامة ودفاع المتهم وأقوال المسؤول بالحقوق المدنية عند الإقتضاء.

وللمدعي المدني والنيابة العامة حق الرد على دفاع باقي الخصوم.

وللمتهم ومحامية دائماً الكلمة الأخيرة.»

## أولاً - جهات الحكم في التنظيم القضائي الجزائري

تتمثل جهات الحكم في التنظيم القضائي الجزائري<sup>(1)</sup>، في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى على أساس درجتين وهما

### 1 - المحكمة

تختص المحكمة بالنظر في الجرح والمخالفات الخاصة بنقل وزرع الأعضاء البشرية بتشكيلة قاضي فرد بمساعدة كاتب، ويقوم بوظيفة النيابة وكيل الجمهورية أو أحد مساعديه، يتعين صدور أحكامها من القاضي الذي ترأسها، فإن طرأ له مانع تعين إعادة نظرها كاملاً من جديد، تنتشر المحاكم بمختلف جميع ولايات القطر، لكل منها اختصاص محل محدود<sup>(2)</sup>.

### 2 - الغرفة الجزائرية بالمجلس القضائي

يشمل المجلس القضائي عدة غرف هي غرفة الإتهام والغرفة المدنية والجزائية والإدارية، وتشكل الغرفة من ثلاثة قضاة، يختص المجلس بنظر في استئنافات أحكام كافة المحاكم التابعة إليه، وتختص الغرفة الجزائرية بنظر استئناف أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية محاكم الجرح والمخالفات التابعة لدائرة اختصاص المجلس.

### 3 - غرفة الاتهام

تختص إحدى غرف المجلس القضائي، بالنظر في القضايا المطروحة عليها من النائب العام لتقرر بشأنها قراراً بالألا وجه للمتابعة أو بالإحالة حسب الأحوال، كما تختص بنظر في استئنافات قرارات الصادرة من قاضي التحقيق وطلب الإسترداد وبمراقبة أعمال الضبطية القضائية.

<sup>1</sup> - زيادة على هذه الجهات، قد كانت هناك جهات أخرى وألغيت، كالقسم الاقتصادي لمحكمة الجنايات المنشأ بالأمر رقم 46-75 بتاريخ 17/06/1975، ثم مجلس أمن الدولة المنشأ بالأمر نفسه، ثم محكمة أمن الثورة المنشأة بالأمر رقم 609/68 بتاريخ 04/11/1968 لقمع الجرائم الماسة بمصالح الثورة، ثم المجالس الخاصة بقمع الجرائم الاقتصادية المنشأة بالأمر رقم 66-180 بتاريخ 21/06/1966.

<sup>2</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 328.

#### 4 - محكمة الجنايات

تشكل محكمة الجنايات من رئيس برتبة رئيس غرفة على الأقل ومساعدين برتبة مستشار ومحلفين، للنظر في القضايا الحاكمة إليها من غرفة الإتهام، تعقد جلساتها بمقر المجلس القضائي، ويجوز لها بقرار من وزير العدل أن تتعقد بأي مكان بدائرة اختصاص المجلس<sup>(1)</sup>.

#### ثانيا - طرق الطعن في الأحكام الجزائية

من حق النيابة العامة الطعن في الأحكام الجزائية العادية أو الغير العادية، ممثلة الحق العام كما يحق لكل من المضرور والطبيب المتهم في القضية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية إن رأى أحدهم أن الحكم الصادر عن المحكمة لم يطبق القانون تطبيقا سليما أو جاء مجحفا في حقه يجوز له المطالبة بالطعن في هذه الأحكام.

#### 1 - طرق الطعن العادية

بالنسبة للأحكام الجزائية والقرارات الغيابية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يمكن طلب المعارضة فيها، ثم الإستئناف للأحكام الإبتدائية الحضورية والإبتدائية المعتبرة حضورية، وهذا ما لا نجده أمام محكمة الجنايات لأن أحكامها نهائية.

#### أ - المعارضة

المعارضة هي القيام بالتنظلم المحكوم عليه غيابيا من الحكم الصادر ضده أمام الجهة التي أصدرته، وتكون خلال عشرة أيام من التبليغ، وشهرين إن كان المتهم يقيم بالخارج وهي تجعل الحكم كان لم يكن في جميع ما قضى فيه حسب أحكام المواد من 409 إلى 415 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>(2)</sup>.

#### ب - الاستئناف

الإستئناف هو طلب إعادة النظر في الدعوى أمام جهة أعلى من التي أصدرت الحكم المستأنف، وهو جائز فقط في أحكام الجرح والمخالفات المرتكبة من البالغين أو

<sup>1</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 329.

<sup>2</sup> - انظر المواد من 409 حتى 415 من ق.إ.ج.

الأحداث<sup>(1)</sup>، لا يقبل استئناف في الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية والأحكام التي فصلت في مسائل عارضة إلا بعد الحكم الصادر في الموضوع وفي الوقت نفسه مع استئناف ذلك الحكم<sup>(2)</sup>.

يتعلق حق الاستئناف بالمتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية ووكيل الجمهورية والنائب العام والإدارة العامة للمستشفى<sup>(3)</sup>، يرفع الاستئناف خلال عشرة أيام ابتداء من النطق بالحكم الحضورى أو من تبليغ للحكم الغيابي أو الحضورى الاعتباري. أما النائب العام فله أجل شهرين لرفع الاستئناف وفقا للمادة 419 ق.إ.ج. يمكن للمجلس أن يعدل الحكم المستأنف أو يلغيه كلياً أو يؤيده.

## 2 - طرق الطعن غير العادية

هي الطرق التي لا تقبل من المتهم إلا في حالات خاصة ووفق شروط وقيود معينة،

وهي

### أ - الطعن بالنقض

حدد المشرع الجزائري من المواد 495 إلى 529 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية الطعن بالنقض في الأحكام الجزائية الخاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، مما جعل من اختصاص المحكمة العليا بصفقتها هيئة قضائية عليها تشرف على صحة تطبيق القانون من طرف المحاكم والمجالس بإصلاح ما قد يشوب أحكامها من أخطاء أو بطلان في الإجراءات الجوهرية.

يقتضي القانون بإتباع المحكمة العليا بإلغاء الحكم أو القرار وإحالة القضية لإعادة نظرها أمام الجهة نفسها مشكلة تشكيلا آخر أو جهة أخرى من الدرجة نفسها، وفي حالة نقض الحكم لعدم الاختصاص فإن الدعوى تحال للمحكمة المختصة، أما إن رأت

<sup>1</sup> - انظر المواد من 416 حتى 438 ثم من 470 حتى 474 من ق.إ.ج.

<sup>2</sup> - تنص المادة 427 من ق.إ.ج على أنه:

« لا يقبل استئناف الأحكام التحضيرية أو التمهيدية أو التي فصلت في مسائل عارضة أو دفوع إلا بعد الحكم

الصادر في الموضوع وفي الوقت نفسه مع استئناف ذلك الحكم ».

<sup>3</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 323.

المحكمة العليا أن الحكم المطعون فيه سليماً قضت برفض الطعن، ولها عندئذ أن تقضي على الطاعن بالغرامة والتعويض للمطعون ضده<sup>(1)</sup>.

أيضاً يحق الطعن بالنقض، كل من المحكوم عليه أو محاميه أو وكيله بتوكيل خاص وبالنيابة وبالمدعي المدني وبالمسؤول المدني<sup>(2)</sup>، بأن يقوم طبقاً 498 من القانون نفسه خلال ثمانية أيام، يضاف لها شهر للطاعن مقيماً خارج الوطن، من النطق بالقرار الحضورى أو من تبليغ القرار الغيابي أو الحضورى اعتباري، بتسجيل الطعن بتقرير مكتوب لدى الجهة التي أصدرته.

يسمح للمدعي المدني بالطعن في أحكام البراءة إن قضت بالتعويضات التي طلبها المبرأ أو برد الأشياء المضبوطة أو بهما، كما له أن يطعن في قرارات غرفة الاتهام يرفض ادعائه أو بأنه لا محل لهذا الادعاء بسبب سبق الفصل أو لسقوطه بالتقادم. طبقاً للمادة 499 من القانون نفسه، يوقف الطعن بالنقض تنفيذ القرار المطعون فيه، ويجب

<sup>1</sup> - تنص المادة 525 من ق.إ.ج على أنه:

« يجوز للمحكمة فضلاً عن ذلك في حالة رفض الطعن إذا ما انطوى الطعن على تعسف

(1) أن تحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز خمسمائة (500) دينار لصالح الخزينة.

(2) أن تحكم عليه بالتعويضات المدنية للمطعون ضده. »

<sup>2</sup> - تنص المادة 497 من ق.إ.ج على أنه:

« يجوز الطعن بالنقض

(أ) من النيابة العامة.

(ب) من المحكوم عليه أو من محاميه عنه أو الوكيل المفروض عنه بالتوقيع بتوكيل خاص.

(ت) من المدعي المدني إما بنفسه أو بمحاميه،

(ث) من المسؤول مدنياً.

(ج) وفضلاً عن الاستثنائين المنصوص عليها في المادة 496 السابقة الذكر فإنه يسمح للمدعي المدني بالطعن

في أحكام غرفة الاتهام

(1) إذا قررت عدم قبول دعواه.

(2) إذا قررت أنه لا محل لادعائه بالحقوق المدنية.

(3) إذا قبل الحكم دفعا يضع نهاية للدعوى المدنية.

(4) إذا سها عن الفضل في وجه من أوجه الإتهام أو كان القرار من حيث الشكل غير مستكمل للشروط الجوهرية

المقررة قانوناً لصحته.

(5) في جميع الحالات الأخرى غير المذكورة بالذات وذلك فيها إذا كان ثمة طعن من جانب النيابة العامة. »

الإفراج الفوري عن المقضي ببراءته المطعون ضده بالنقض من طرف النيابة أو غيرها<sup>(1)</sup>.

**الأحكام والقرارات الجائز الطعن فيها** يجوز الطعن بالنقض في قرارات غرفة الاتهام، إلا ما تعلق منها بالحبس المؤقت والرقابة القضائية، وفي الأحكام والقرارات الصادرة بآخر درجة أو المقضي فيها بقرار مستقل في الاختصاص<sup>(2)</sup>.  
لا يجوز الطعن بنقض أحكام البراءة إلا من النيابة أو ممن لهم اعتراض عليها على ما قضت به من تعويض للمقضي ببراءته، أو برد الأشياء أو بهما معا، مع الإشارة إلى أن هذا الطعن لا تجوز ممارسته بصفة عارضة، كما لا يجوز الطعن بنقض قرارات الإحالة من غرفة الاتهام في قضايا الجرح والمخالفات، إلا إذا تعلق القرار بالاختصاص أو تضمن مقتضيات نهائية ليس باستطاعة القاضي أن يعدلها<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص ص 342 - 343.

<sup>2</sup> - تنص المادة 495 من ق.إج على أنه:

« يجوز الطعن بطريق النقض أمام المحكمة العليا

أ- في قرارات غرفة الإتهام ما عدا ما تعلق منها بالحبس المؤقت والرقابة القضائية.

في أحكام المحاكم وقرارات المجالس القضائية الصادرة في آخر درجة أو المقضي بها بقرار مستقل في الاختصاص».

<sup>3</sup> - تنص المادة 496 من ق.إج على أنه:

« لا يجوز الطعن بهذا الطريق فيما يأتي

1- في الأحكام الصادرة بالبراءة إلا من جانب النيابة العامة.

2- أحكام الإحالة الصادرة من غرفة الإتهام في قضايا الجرح أو المخالفات إلا إذا قضى الحكم في الاختصاص أو تضمن مقتضيات نهائية ليس في استطاعة القاضي أن يعدلها.

غير أنه يجوز أن تكون أحكام البراءة محلا للطعن بالنقض من جانب من لهم اعتراض عليها إذا ما كانت قد قضت إما في التعويضات التي طلبها الشخص المقضي ببراءته أو في رد الأشياء المضبوطة أو في الوجهين معا. ولا تجوز مباشرة الطعن بطريق عرضي».

أوجه الطعن، طبقاً لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري<sup>(1)</sup>، يبني الطعن بالنقص على، عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة كما لو قضى الحكم أو القرار بعقوبة أكثر من المقررة قانوناً، أو على مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، أو على انعدام الأساس القانوني بعدم وجود سند من نصوص القانون، أو على انعدام أو قصور الأسباب بعدم تسبب الحكم كلياً أو بصفة غير كافية لحمله كأن يكون الحكم بالبراءة والأسباب تشير للإدانة، أو على إغفال الفصل في وجه طلب من المحكمة أن تفصل فيه أو أحد طلبات النيابة العامة أو على تناقض ما قضى فيه الحكم أو القرار المطعون فيه كأن يكون آخره يهدم أوله، أو تناقض قرارات الصادرة بآخر درجة من جهات قضائية مختلفة، أو على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه<sup>(2)</sup>.

#### ب - إلتماس إعادة النظر

هو الطريق الثاني غير العادي للطعن، وفق قانون الإجراءات الجزائية<sup>(3)</sup> الذي لم يحدد له مهلة معينة لرفع هذا الطعن، وأجازه إلا بالنسبة للأحكام الصادرة بالإدانة في جناية أو جنحة وأصبحت الحائز لقوة شيء المقضي فيه.

<sup>1</sup> - تنص المادة 500 من ق.إج على أنه:

« لا يجوز أن يبني الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه الآتية

1- عدم الإختصاص.

2- تجاوز السلطة.

3- مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات.

4- انعدام أو قصور الأسباب.

5- إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة.

6- تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة أو التناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار.

7- مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه.

8- إنعدام الأساس القانوني.

يجوز للمحكمة العليا أن تشير من تلقاء نفسها الأوجه السابقة الذكر.»

<sup>2</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 348.

<sup>3</sup> - تنص المادة 531 من ق.إج على أنه:

« لا يسمح بطلبات إعادة النظر، إلا بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجالس القضائية أو للأحكام الصادرة عن المحاكم إذا حازت قوة الشيء المقضي فيه، وكانت تقضي بالإدانة في جناية أو جنحة.

يجب أن يؤسس على تقديم مستندات كافية الدلالة على وجود المجني عليه المزعوم قتله في جناية قتل على قيد الحياة، أو الحكم لعقوبة شهادة زور على شاهد سبق له أن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه، ثم الحكم بإدانته متهم آخر من أجل نفس الوقائع التي حكم من أجلها بالحكم الملتمس إعادة نظره، وأخيرا اكتشاف واقعة جديدة أو تقديم مستندات كانت مجهولة من القضاة الذين حكموا بالإدانة يبدو منها التدليل على براءة المحكوم عليه.

يرفع الالتماس بإعادة النظر إلى المحكمة العليا في الحالات الثلاثة الأولى مباشرة من وزير العدل أو المحكوم عليه أو نائبه القانوني، أما في الحالة الرابعة فهو لا يرفع إلا من النائب العام لدى المحكمة العليا يطلب من وزير العدل، تفصل فيه المحكمة العليا دون إحالة إما بالرفض أو بإلغاء حكم الإدانة وبراءة المتهم الذي له طلب التعويض.

### ثالثا - الدعوى المدنية بالتبعية

حالة ثبوت مخالفة الطبيب لالتزاماته وإدانته جزائيا جاز للطرف المضرور سواء كان مريضا أو متبرعا أو ذوي حقوقهما المطالبة بتأسيس كأطراف مدنيا أمام القاضي الجزائي والمطالبة بالتعويض، فيرى البعض أن للمضرور أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية

= ويجب أن تؤسس

1- إما على تقديم مستندات بعد الحكم بالإدانة في جناية قتل يترتب عليها قيام أدلة كافية على وجود المجني عليه المزعوم قتله على قيد الحياة.

2- أو إذا أدين بشهادة الزور ضد المحكوم عليه شاهد سبق أن ساهم بشهادته في إثبات إدانة المحكوم عليه.

3- أو على إدانة متهم آخر من أجل ارتكاب الجناية أو الجنحة نفسها بحيث لا يمكن التوفيق بين الحكمين.

4- أو أخيرا بكشف واقعة جديدة أو تقديم مستندات كانت مجهولة من القضاة الذين حكموا بالإدانة مع أنه يبدو منها أن من شأنها التدليل على براءة المحكوم عليه.

ويرفع الأمر إلى المحكمة العليا بالنسبة للحالات الثلاث الأولى مباشرة إما من وزير العدل، أو من المحكوم عليه، أو من نائبه القانوني في حالة عدم أهليته، أو من زوجه أو أصوله في حالة وفاته، أو ثبوت غيابه.

وفي الحالة الرابعة، لا يجوز ذلك لغير النائب العام لدى المحكمة العليا متصرفا بناء على طلب وزير العدل.

وتفصل المحكمة العليا في الموضوع في الدعوى إعادة النظر، ويقوم القاضي المقرر بجميع إجراءات التحقيق، وعند الضرورة، بطريق الإنابة القضائية.

وإذا قبلت المحكمة العليا الطلب قضت، بغير إحالة، ببطلان أحكام الإدانة التي تثبت عدم صحتها.»

التقصيرية رغم وجود عقد بينه وبين محدث الضرر، حيث يصبح من حق المضرور أن يختار بين البقاء في نطاق المسؤولية الجزائية، أو أن يسلك طريق المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

يرى البعض الآخر أنه عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا، أي يأتي بفعل معين جرمه القانون، فإن سبب المسؤولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، والقضاء الجنائي هو المختص بالدعوى المدنية<sup>(2)</sup>.

صاحب هذه الدعوى هو من أصابه ضرر من الجريمة التي اقترفها الطبيب خلال مباشرة مهامه، فالمضرور الذي يكون مدعيا بالحق المدني قيده المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية في هذه الحالة بقتيد

**1 -** بنص المادة الرابعة على أنه يجوز مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى الجنائية، إلا أنه يتعين على المحكمة المدنية في هذه الحالة أن ترجئ الفصل في الدعوى المدنية المرفوعة أمامها لحين الفصل النهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت، وهذا عملا بالمبدأ المقرر في جميع القوانين وهو أن الجنائي يوقف المدني<sup>(3)</sup>.  
يترتب على هذا أنه إذا فصل في الدعوى العمومية بالبراءة وجب على المحكمة المدنية رفض طلب التعويض، إن كان مترتبا على الخطأ الجنائي، وإذا ما قضى بالإدانة وجب القضاء بالتعويض.

**2 -** نصت المادة الخامسة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، على أنه لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المختصة أن يتركها ويرفعها أمام المحكمة الجزائية، إلا أن هذا جائز إذا كانت النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية وقبل صدور حكم في الموضوع من المحكمة المدنية.

مؤدى هذا أنه إن رفع المدعي دعواه بالتعويض أمام المحكمة المدنية ابتداءً وهو الطريق العادي، لا يجوز له بعد ذلك أن يترك هذا الطريق ويلتجئ للطريق الاستثنائي

<sup>1</sup> - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 80.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 201.

<sup>3</sup> - محمد حزيط، مرجع سابق، ص 73.

لرفعها أمام المحكمة الجزائية، إلا إذا ما حركت النيابة الدعوى العمومية وقبل صدور حكم نهائي في الدعوى المدنية، حيث يجوز له عند ذلك الالتجاء للمحكمة المدنية الجزائية، ويتخلص من إرجاء الفصل فيها لحين الفصل في الدعوى العمومية وبمفهوم المخالفة يجوز لمن اتبع الطريق الجزائي تركه باعتباره استثنائي وإتباع الطريق المدني باعتباره الأصل والعكس غير صحيح، إلا بتوفر الشروط المبينة أعلاه<sup>(1)</sup>.

---

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 209917، المؤرخ في 26/07/2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 2، الجزائر، 2002، ص 537، الذي قضى بـ: « إن القضاة بصرف الطرف المدني للتقاضي أمام الجهات المختصة وعدم الفصل في الدعوى المدنية بعد التقرير بأن المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة، يعد خطأ في تطبيق القانون ».

## ملخص الباب الثاني

بعدما تمت دراسة الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى تبينت شرعيتها وقانونيتها، تم تناول أهم المبادئ التي تحكم هذه الضوابط لعملية نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري مع إبراز الأثر المترتب على تخلف أحد الشروط القانونية، وهذا بتعدد المسؤوليات بصفة عامة متمثلة أساسا في شرط وجوب إجراء هذه العمليات الحساسة في المؤسسات المرخص لها، وغيرها من الشروط التي تترتب عليها مسؤولية مدنية سواء كانت تقصيرية أم عقدية، وإدراج عقوبات تأديبية وجزائية صارمة تسلط على كل من خالف هذه الأحكام، كما تمنع الاعتداء على جسم الإنسان سواء كان متبرعا أو مريضا.

نظرا لأهمية البحث عن المسؤولية الطبية من حيث تأثيرها ونتائجها على الناس والمجتمع بصورة عامة، وعلى العاملين في المجال الطبي بصورة خاصة، ولضرورة الموضوع في الحياة العلمية، تعتبر المسؤولية التزاما وضرورة أخلاقية وفكرة لتصحيح الخطأ والاستجابة للواجب، يخضع مرتكب الخطأ لمختلف مسؤوليات المتمثلة

\* المسؤولية المدنية، إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ شخصي سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية.

\* المسؤولية التأديبية، إذا ارتكب الخطأ له علاقة بالمرفق العمومي ومصالح المهنة.

\* المسؤولية الجنائية، إذا ارتكب المعني جرما سواء كان عمدي أو غير عمدي.

لقد ثبت القضاء الجزائري مبدأ المسؤولية التقصيرية للطبيب داخل المستشفى، وذلك من خلال قراراته الصادرة عن المحكمة العليا ومختلف أحكام وقرارات القضائية الأخرى، مما يستخلص منه أن مسؤولية الجراح في القانون الجزائري في نقل الأعضاء البشرية بحكم ممارستها داخل المستشفيات العمومية تكون تقصيرية ولا عقدية، طبقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية فإن أركان هذه الأخيرة تتمثل في الخطأ، الضرر وعلاقة السببية.

أما فيما يخص القضاء التأديبي، لاسيما ذلك الذي تضطلع به المنظمات المهنية يهدف إلى الحفاظ على شرف المهنة وكرامتها من كل سلوك يسيء إليها بسبب بعض السلوكات المخالفة للقانون أو أعراف المهنة، والتي قد يأتيها بعض المنتمين إليها، ولذا وجب ردع هؤلاء المخالفين من طرف هيئة تأديبية متكونة من زملائهم أعضاء هذه الهيئة بحيث يجب أن يعمد إلى تطبيق نفس القواعد، التي تطبق أمام الهيئات القضائية لضمان محاكمة عادلة توفق بين حق المتهم في نظر قضيته وضمان حقوق دفاعه ونزاهة من يقاضونه، وكذا ضمان حق الضحية أو المهنة ذاتها.

كما وضع المشرع الجزائري أسس قانونية لمساءلة الطبيب في حالة مخالفته لضوابط وشروط عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى، تستمد من الأحكام العامة للقانون الجزائري، أين أضفت صفة الشرعية على هذه المسألة عملاً بالقاعدة القانونية أنه لا جريمة ولا عقاب بدون نص، مما أخذت المسؤولية الجزائية صورتين الأولى صورة الخطأ العمدي والثانية الخطأ غير العمدي ويجب أن تتوفر أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية من جهة.

نظراً لقضايا هذا النوع من العمليات الطبية في نمو وازدياد نتيجة التطورات السريعة في المجال الطبي، ظهور ظواهر إجرامية خطيرة تتمثل في الإتجار بهذه الأعضاء وما يتولد عنها من قيام المسؤولية الجزائية لمرتكبها من جهة أخرى.

خاتمة

تبين من خلال هذه الدراسة أن الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى، موضوع حساس جدا ذات أهمية بالغة محله الكيان الجسدي للإنسان، فيعد من أهم الدراسات في الفقه القانوني وفي أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا بالنظر للتطورات الحديثة التي قد تثير الكثير من الجدل حول مشروعيتها لذا كان من ضروري والتزاما على المشرع الجزائري وضع صراحة في قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب، نصوص قانونية خاصة تهتم بالرضا الذي يعتبر بركن أساسي في العلاقة التي تكمن بين طرفي العملية والطبيب.

كما أجاز المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وذلك تحت دائرة التبرع، ونظمها في القانون رقم 85-05 وفصل فيها في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ووضع لها قواعد وضوابط التي يجب على الطبيب أن يتبعها في إجراء مثل هذه العمليات، وأهم هذه الشروط المتعلقة بالشخص المتبرع والشخص المتلقي للعضو البشري.

يعد التبرع بالعضو البشري من أسمى صفات التضحية لإنقاذ الشخص المريض وترتكز على أساس رضا طرفي العملية، كما تتجسد في مبدأ احترام الإرادة الشخصية عن طريق الحصول على الموافقة المتبصرة للخاضع للعملية الجراحية، إضافة إلى قبول ثقافة التبرع والتضامن الإنساني والاجتماعي بدون مقابل والتي تتجسد في مبدأ مجانية التعامل.

فبالنسبة للدور الذي يلعبه الرضا أو الموافقة في تحقيق هذه الموازنة، اتضح أنه من بين الشروط التي تعمل على ضمان دور الإرادة، ضرورة تبصير كل من المتبرع والمريض في هذا المجال بكافة نتائج وأثار هذه العمليات، سواء المؤكدة أو المحتملة أو الاستثنائية، إضافة إلى أن تكون الموافقة حرة، متبصرة صادرة من شخص أهل ومتمتع بقواه العقلية، مع إمكانية الرجوع عن الموافقة في أي مرحلة وبدون أية مسؤولية.

كما وضع المشرع الجزائري عدة ضمانات شكلية لإثبات توفر سلامة الرضا، الذي يستوجب إفرغه في قلبه الشكلي وإتباع إجراءات خاصة وهو ما يعتبر بمثابة حماية فعالة لطرفي العملية، كما أخضع الأطباء إلى مسؤولية مهنية ينتج عنها توقيع جزاءات تأديبية

وجزائية ومدنية في حالة الإخلال بشرط من هذه الشروط القانونية، خاصة ما يتعلق منها بالرضا بصفة خاصة أو حالة ارتكاب أي خطأ طبي بصفة عامة.

وفي ذات السياق، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري رغم أنه لم ينص على عقوبات في حالة الإخلال بشرط السرية، إلا أنه نص على مجموعة من الضمانات الكفيلة بتفعيل المبادئ التي تقوم عليها هذه العمليات خاصة منها مبدأ الموافقة المتبصرة ومبدأ المجانية، ويظهر ذلك جليا في تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية في قانون العقوبات، كما أقر أحكام جزائية على كل إخلال بالضوابط القانونية لممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في قانون الصحة رقم 18-11.

بما أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تمس بحق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده، تطلب الأمر التدخل بجوارحه من الناحية الشرعية والقانونية، فانفقا علماء الشريعة الإسلامية والقانون على مبدأ حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه، وتم تكريسه دستوريا وكل مساس بهذا الحق يتعين احترام الضوابط الشرعية والقانونية حتى لا يشكل اعتداء على تلك السلامة.

كما أن ممارسة الأطباء الجراحين لعمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى، بغرض زراعتها لدى الأحياء، تطلبت منا التعرض إلى مفهوم الموت وتحديد لحظة تحققه طبييا وشرعيا وقانونيا، وتبين وجود معيارين لتحقيق من لحظة الموت من الناحية الطبية، إحداهما تقليدي وهو موت القلب وتوقف التنفس والدورة الدموية، والآخر حديث يتمثل في موت الدماغ وتم تبني المعيار الحديث لغرض ممارسة عمليات زرع الأعضاء، من جسم إنسان ميت يضمن نجاح عملية الزرع، إذ تكون هذه الأعضاء لا تزال في حالة حياة.

حرص القانون على إعمال قواعد تنظم هذه الممارسات وفق مبادئ قانونية إنسانية وأخلاقية تهدف إلى الحماية والرعاية الصحية للإنسان وحقه في الحياة، وتكريس مبدأ سلطان الإرادة الشخصية الذي يتجسد في الرضا الحر للشخص الخاضع لهذه العمليات الصعبة والحساسة.

ساهم خطأ الطبيب أو عدم حصوله على رضا طرفي العملية إلى حد كبير في توسيع نطاق المسؤولية الطبية، إذ يسأل الطبيب عن كل خطأ يصدر منه مهما كانت درجته جسيما كان أم بسيطا، وهو ما لا نجد في القواعد العامة وأغفاته القواعد الخاصة، إذ تقوم مسؤولية المدنية لطبيب حسب ما يترتب عن خطئه الطبي من ضرر.

تقوم المسؤولية الجنائية للطبيب عن مثل هذه العمليات عند إخلاله بالقواعد التي تتعلق برضا المريض سواء كان متلقي أو متبرع، وكذلك بالنسبة لأهلية كل منهما، بالإضافة إلى ما يسأل عليه الطبيب جنائيا أيضا عن جريمة القتل العمد والضرب والجرح المؤدي إلى عاهة مستديمة والقتل الخطأ، وذلك إذا وقعت هذه الجرائم أثناء قيامه بالعملية الجراحية وهو ما نص عليه في قانون العقوبات الجزائري.

أما فيما يخص المسؤولية التأديبية وبالرجوع إلى مدونة أخلاقيات الطب، نجد أنها لم تخصص ضمن الفرع النظامي سواء الجهوي أو الوطني مقاعد لممثلين عن المرضى، وهذا لتجنب لأي تحيز أو تحايل من الأطباء.

كما لم تشر مدونة أخلاقيات الطب الحجية التي تكون للحكم الجزائري أمام جهة التأديب خاصة في حالة البراءة، الأمر الذي يفرض الرجوع للاجتهاد القضائي الإداري في هذا المجال، كما ضيقت من سلطة الجهة التأديبية المختصة في توقيع العقوبة التأديبية، وحصرها في عقوبة الإنذار والتوبيخ، بينما منح توقيع عقوبة المنع من ممارسة المهنة للسلطة الإدارية المختصة.

يهدف اللجوء إلى القضاء من طرف ضحايا الأخطاء الطبية الفنية تحقيق العدالة والمطالبة بالحقوق، تقتضي حصول الضحية على تعويض عما لحقها من ضرر.

إن استحداث المشرع الجزائري المادة 182 مكرر بموجب قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، تتضمن التعويض عن الضرر المعنوي الذي حصره في حالة المساس بالشرف أو الحرية أو السمعة، دون إدخال الأضرار والآلام النفسية التي تسببها التشوهات والعاهات نتيجة الخطأ في استخدام الآلات والأجهزة الماسة بجسم المريض.

وللقاضي سلطة تعيين خبير من أجل إجراء خبرة طبية لإثبات خطأ الطبيب متى تعلق الأمر بأخطاء طبية فنية، لذا تعد مهمة الخبير الطبي إنارة للمحكمة وإثبات مدى إخلال الطبيب أو تقصيره أو إهماله أثناء أداء عمله الطبي، والتي على أساسها يقدر القاضي التعويض العادل الذي يراه مناسب للضرر الذي لحق أحد الطرفين أو كلاهما أو ذوي حقوقهم إثر عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.

الملاحظ أن المشرع الجزائري رغم الأهمية البالغة لموضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى، نجده لم يخصص لهذا الموضوع إلا ثلاثة عشر مادة من 355 إلى 367 من قانون الصحة والتي جميعها تحيلنا إلى القواعد العامة لتحديد أحكامها، فكان عليه التطرق بالتفصيل أكثر في هذا المجال الطبي الخاص وغير المعتاد عليه فحمايةً لجسم وكرامة الإنسان الحي أو الميت وضع قواعد أكثر دقة في هذا الخصوص.

كما يتعين أن يكون القانون والقضاء الجزائري أكثر وضوحاً ودقة فيما يخص شروط ركن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية سواء فيما بين الأحياء أو من جثث الموتى، كما يجب عدم المبالغة في تقييد ممارسة الأطباء لمهامهم، بالنظر للمجهودات التي يبذلونها في سبيل علاج المرضى لحالات ميئوس منها، التي تنتهي بزرع عضو ينهي آلام المريض ويبقيه على قيد الحياة.

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بين أعقد وأخطر التدخلات الطبية الجراحية بالنظر للعمليات الجراحية العادية التي لا تثير أي إشكال بخصوص الحصول على الرضا أو الترخيص لإجرائها تفادياً لما ينجم من جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، عمد المشرع الجزائري تحديد المستشفيات العامة التي يجبر لها إجراء مثل هذه العمليات الجراحية الصعبة والحساسة، وكذا تحديد نوع الأعضاء التي يجوز إجراء بشأنها مثل هذه العمليات.

كلما زاد الاهتمام بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كأحد الطرق العلاجية ناجحة، زاد الاهتمام بضرورة وضع نظام قانوني متكامل لهذه العمليات.

انطلاقاً من دراسة مختلف الضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، تم ملاحظة العديد من النقائص والثغرات القانونية التي يجب استدراكها لتنظيم أحكام عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومنها استخلاص بعض النتائج التالية

- قصور قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة بخصوص أحكام نقل وزراعة الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى، يتعين على المشرع إعادة النظر فيه بإصدار قانون أكثر تفصيلاً، وإتباعه بنصوصه التنظيمية لأنه من غير المعقول صدور قانون جديد والإبقاء على نفس النصوص التنظيمية.

- تفعيل دور الإعلام والتحسيس بأهمية هذه العمليات لإنقاذ حياة المرضى تهدف إلى تحفيز المواطنين على التبرع بالأعضاء بعد الوفاة بالطرق القانونية، وذلك لدى مختلف شرائح المجتمع في الجامعات والمساجد وغيرها من المؤسسات التربوية.

- ضرورة تسهيل الإعلان عن الموافقة والرغبة بالتبرع بالأعضاء بعد الوفاة، وذلك بإنشاء سجل وطني آلي يختص بذلك، والذي يجب أن تشرف عليه هيئة موثوق منها، وهي الوكالة الوطنية لنقل وزرع الأعضاء، مع تحديد المعايير الخاصة لتوزيع الأعضاء البشرية وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، علماً أن الوكالة الوطنية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية لم تمارس مهامها منذ 2012 إلى يومنا هذا.

- إسهام الأطباء المختصين في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بأرائهم عند إعداد مثل هذه القوانين لأنهم أكثر دراية واتصال بالواقع العملي.

- ضرورة توسيع دائرة المستشفيات التي تجري فيها عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية بعد حصرها في المدن الكبرى وتحقيقاً للعدالة في التوزيع يجب إعطاء إمكانيات للمستشفيات المتواجدة على مستوى البلديات التي ليس لها إمكانيات كافية لممارسة مهامها وإنقاذ المرضى.

- ضرورة مساهمة مستشفيات في القطاع الخاص بممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء، وتوجيه فئة المرضى الميسورة مادياً إليها بعد الحصول

على رضا طرفي العملية، وكذا تحديد تكاليف إجرائها، وكل ذلك لتخفيف الضغط على المستشفيات العامة ومنح فرص أكثر للمرضى الذين لا يسع لهم اللجوء إلى المستشفيات الخاصة.

- الحرص على تطبيق الأحكام الجزائية في حالة مخالفات العمدية لأحكام القانونية لنقل وزراعة الأعضاء البشرية.

- ضرورة تدريس مادة القانون الطبي والجزائي لطلبة كليات الطب قصد تحسيسهم باتخاذ الاحتياطات اللازمة عند الممارسة العملية لوظيفتهم.

وفي ختام هذه الدراسة، يمكن القول أن الشخص المقدم على التبرع بأحد أعضائه بإرادته وقناعته وهذا أثناء حياته أو بعد وفاته، يكون قد رسم لسمعته صورة إنسانية تحمل في طياتها صدقة جارية، وأمر يستحق كل تقدير.

وأسأل الله أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة وألممت بجميع جوانب الموضوع.

# قائمة المراجع

## I - المراجع باللغة العربية

القرآن الكريم.

### أولا - الكتب القانونية

1. إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
2. أحمد أدريوش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزيونها منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، المطبعة الأمنية، الرباط، 2009.
3. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانون الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. أحمد غاي، الوجيز في تنظيم مهام الشرطة القضائية، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2011.
6. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه دراسة تحليلية لإتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
7. إدريس عبد الجواد عبد الله، الأحكام الجنائية المتعلقة بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2009.
8. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب، دراسة مقارنة في البشرية الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

9. إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
10. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
11. إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن، المجلد الأول دار ابن الحزم، بيروت، 2002.
12. إفتكار ميهوب ديوان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، توزيع مكتبة شادي، القاهرة، 2006.
13. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
14. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
15. بابر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار ومكتبة الحامد، عمان، 2002.
16. بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
17. ثائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
18. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت 2000.
19. حسن علي الذنون، الرابطة السببية، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
20. حسين طاهري، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة، الجزائر - فرنسا، دار هومة، الجزائر 2004.

21. **حسين فريحة**، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
22. **حمدي باشا عمر**، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة، الجزائر، 2004.
23. **خالد مصطفى فهمي**، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية في ضوء القانون 5 لسنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
24. **خليل أحمد حسن قدارة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
25. **رمزي رشاد**، **عبد الرحمان الشيخ**، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
26. **رمضان جمال كامل**، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
27. **زغلول بشير سعد**، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة على ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، درا النهضة العربية، القاهرة، 2010.
28. **سعيد بوشعير**، النظام التأديبي للموظف العمومي في الجزائر "دراسة مقارنة"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
29. **سعيد سعد عبد السلام**، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
30. **سعيد مقدم**، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
31. **سليمان الطماوي**، القضاء الإداري (قضاء التأديب)، دار الفكر العربي، مصر، 1995.
32. **سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

33. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
34. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الأزارطة، الإسكندرية، 2005.
35. شهرزاد عمرون، أحكام نقل وزرع الأعضاء البشرية من الأموات إلى الأحياء في الفقه الإسلامي والقانون- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
36. صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
37. صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
38. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
39. عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الألفي، الإسكندرية، 1995.
40. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
41. عبد الحميد ثروت، الأضرار الصحية الناتجة عن الغذاء الفاسد أو الملوث ووسائل الحماية منها ومشكلات التعويض عنها، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007.
42. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
43. \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

44. **عبد الرشيد مأمون**، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
45. **عبد القادر أقصابي**، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010.
46. **عبد القادر خضير**، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
47. **عبد الكريم مأمون**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2007.
48. **عبد الله سليمان**، النظرية العامة للتدابير الإحترازية (دراسة مقارنة)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 2002.
49. \_\_\_\_\_، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام الجريمة، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ت.
50. **عبد الوهاب عرفة**، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2006.
51. \_\_\_\_\_، الوسيط في المسؤولية المدنية (عقدية، تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
52. **عبيد الشافعي**، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، الموسوعة الجنائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
53. **العبيدي زينة غانم يونس**، إرادة المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
54. **العربي بلحاج**، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
55. \_\_\_\_\_، الحماية القانونية للجنة الأدمية وفقا لأحكام الفقه الإسلامي والقانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2016.

56. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996.
57. عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر 2008.
58. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات الزين الحقوقية (د.د.ن) 2010.
59. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993.
60. علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق التعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر الجزائر، 2010.
61. علي محمد بيومي، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، 2005.
62. كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
63. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
64. مجدي حسين خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د، ط دار النهضة العربية، مصر، 2000.
65. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.
66. محمد حزيط، قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري على ضوء آخر تعديل بموجب القانون رقم 06-22، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2008.
67. \_\_\_\_\_، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري، طبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر 2008.
68. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
69. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

70. محمد حسين، الوجيز في نظرية الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.
71. محمد حماد مرهج الهبيني، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، د.د.ن، الإسكندرية، 2004.
72. محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
73. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
74. محمد علي أحمد، معيار تحقق الوفاة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
75. محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، 2000.
76. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا - فقها - اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
77. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
78. مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
79. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية للأطباء والجراحين، الرياض، 2004.
80. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
81. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

82. نأسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2013.
83. نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهيران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
84. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.
85. نسرین عبد الحمید نبیه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة والقوانين الوضعية، دار الوفاء لنديا الطباعة والنشر، الإسكندرية، 2008.
86. نصر الدين مروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الجزء الأول، الكتاب الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.
87. \_\_\_\_\_، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومة، الجزائر، 2003.
88. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007.
89. يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
90. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

ثانيا - الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه

1. أحمد عبد الكريم الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2007.
2. أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2010.
3. أحمد محمد العمر، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الإباحة والتحریم، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
4. أحمد محمود إبراهيم سعيد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1983.
5. أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
6. إيهاب يسر أنور علي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1950.
7. بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2019.
8. بن عمران محمد الأخضر، النظام القانوني للإنقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007.

9. **خالد سماحي**، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
10. **رفيقة عيساني**، مسؤولية الأطباء في المرافق العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
11. **شعلا سليمان محمد السيد حمدة**، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2002.
12. **عبد النور سايب**، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
13. **غنيمة قنيف**، إلتزام الطبيب بالحصول على رضا الحر والمتبصر للمريض، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
14. **فريدة عميري**، مسؤولية المستشفيات العمومية عن الأخطاء الطبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2021.
15. **فوزي محمد محمود أبو طالب**، مشروعية محل الالتزام في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة، 2012.
16. **لخضر معاشو**، النظام القانوني لنقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

17. **لعلجة مواسي**، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

18. **ويزة بلعسلي**، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن جريمة الجريمة الاقتصادية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

#### ب - مذكرات الماجستير

1. **إبراهيم حسن عبد الرحيم محمد الملا**، نقل الأعضاء بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.

2. **إبراهيم يوسف هرموسي**، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2002.

3. **أسماء سعيدان**، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001.

4. **بلعيد بوخرس**، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

5. **خليدة مشكور**، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001.

6. **ذهبية أيت مولود**، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

7. **رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء**، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون، ماجستير في القانون، عمان، 2006.

8. زينب أحلوش بولحبال، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
9. سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.
10. سعاد مني، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الجزائر، 2006.
11. سميرة اقور، مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية في النظامين المغربي والمصري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
12. سميرة لالوش، الممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2004.
13. صحراء داودي، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع علوم قانونية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006.
14. عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.
15. عبد الرحمن فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بلحاج لخضر، باتنة، 2011.
16. فريد صحراوي، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

17. فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2003.
18. فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
19. فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
20. فضيلة إسمي قاوة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
21. فوزية هامل، الحماية الجنائية للأعضاء البشرية في ظل قانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بالإتجار بالأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع علم الإجرام وعلم العقاب، 2012.
22. كريمة عباسي، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
23. كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2012.
24. نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.
25. هجيرة عشاوي، الإلتزام بالإعلام الصحي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2014.

26. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
27. وهيبة مكرلوف، المسؤولية الجنائية للأطباء عن الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005.

### ثالثا - المقالات

1. أحمد جلال الجوهري، "الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، السنة الخامسة، الكويت، 1981، ص ص 121 - 129.
2. أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، "إلتزام الطبيب بإعلام المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 126 - 147.
- أسعد عبيد عزيز الجميلي، "مسؤولية الطبيب المدنية عن تفويت الفرصة، دراسة قانونية مقارنة"، مجلة كلية المأمون، العدد 31، العراق، 2018، ص ص 52 - 89.
3. بلحاج العربي، "الأحكام الشرعية والطبية للمتوفى في الفقه الإسلامي"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 42، انعقد في ماي 1999، ص ص 54 - 65.
4. \_\_\_\_\_، "الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 52، انعقد في نوفمبر 2002، ص ص 6 - 17.

5. بورويس العيرج، "المسؤولية الجنائية للأطباء"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص 201 - 226.
6. حسام الدين كمال الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، 1965، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1965، ص ص 42 - 69.
7. حسين بن سليمة، "المسؤولية الجنائية للطبيب"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2011، قسم الوثائق، ص ص 140 - 157.
8. حيدرة سعدي، "المسؤولية الطبية الجنائية بين النص القانوني والواقع"، مجلة العلوم القانونية، العدد 12، جامعة باجي مختار، عنابة، 2008، ص ص 139 - 150.
9. زاهية حورية سي يوسف، "الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 55 - 81.
10. زبيدة إقروفة، "نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية والأحكام الشرعية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 357 - 376.
11. سعيد بويزري، "نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 396 - 425.
12. سليمان حاج عزام، "الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب"، مجلة المفكر، العدد 08، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص ص 130-146.

13. صالح حمليل، "المسؤولية الجزائرية الطبية، (دراسة مقارنة)"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 27 - 31
14. صالح فواز، "المبادئ القانونية التي تحكم الأخلاقيات الحيوية، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والإتفاقيات الدولية"، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد 22، جانفي 2007، ص ص 213-225.
15. عبد الرحمان خلفي، "الحماية الجنائية للأعضاء البشرية (في إطار عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية)"، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 430 - 440.
16. عبد الكريم بلعربي، محمد سعادوي، "الأسس القانونية التي يقوم عليها إحترام رضا المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 91 - 115.
17. عبد الكريم مأمون، "التأمين من المسؤولية المدنية المهنية الأطباء نموذجا"، مجلة دراسات قانونية، العدد 07، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص ص 113 - 160.
18. عزالدين قمرأوي، "مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية"، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.ت، ص ص 47 - 68.
19. العلجة مواسي، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 2، 2008، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص ص 324 - 356.

20. علي بداوي، "الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون"، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، "المسؤولية الطبية"، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د.ت، ص ص 29 - 46.
21. فطمة نبالي معاشو، "الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص ص 25-45.
22. \_\_\_\_\_، "إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 19 - 38.
23. كريمة تدريست، "تحديد لحظة الوفاة والمسؤولية الجنائية للطبيب"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 365-398.
24. كمال لدرع، "الأعضاء الصالحة للنقل والزرع طبيا وموقف الفقه الإسلامي منها"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 257 - 288.
25. ليلي بعتاش، "الإشكالات القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزراعة الأعضاء من الأموات إلى الأحياء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 02، المجلد الأول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 234 - 266.
26. ليندة عبد الله، "طبيعة إلتزام الطبيب في مواجهة المريض"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 148 - 169.

27. محمد فهد شفقة، "المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب"، مجلة المحامون السورية، العدد 03 و04، 1971، ص ص 132، 159.
28. محمد مزياني، "مسالك الإستبدال الشرعية في عمليات زرع الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 37 - 62.
29. محمود محمد عوض سلامة، رد شبه المجيزين لنقل الأعضاء، من الناحيتين الدينية والطبية، مجلة الأمن والقانون، 24 ديسمبر 2019، ص ص 16-64.
30. مختار سيدهم، "المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص حول المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، الجزائر، 2011، ص ص 18 - 43.
31. مراد بن الصغير، "مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص ص 170 - 208.
32. منصور بن عمر المعايطه، "المسؤولية المدنية للأطباء عن أخطائهم الطبية"، مجلة البحوث الأمنية، دورية - علمية - محكمة، العدد 20، المجلد 10، كلية الملك فهد الأمنية، مركز البحوث والدراسات، الرياض، 2002، ص ص 15 - 36.
33. نذير حمادوا، "موقف فقيه الجزائر أحمد حماني رحمه الله من زراعة الأعضاء"، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 2، المجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ديسمبر 2012، ص ص 63 - 72.
34. نذير عميرش، "المسؤولية الناتجة عن عملية زراعة الأعضاء البشرية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، عدد 2، مجلد 1، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2012، ص ص 445 - 474.

35. نصر الدين مروك، "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، عدد 3، الجزء 37، جامعة الجزائر، 1999، ص ص 9 - 44.

36. يحي عبد القادر، "المسؤولية الجزائرية للطبيب على ضوء القانون الجزائري والإجتهد القضائي"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزائر، 2011، ص ص 46 - 61.

37. يزيد دلال، عبد الجليل مختاري، "المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية"، مجلة العلوم القانونية الإدارية، عدد 3، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005، ص ص 59 - 72.

#### رابعا - المداخلات

1. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهني في القانون الفرنسي، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بحث منشور ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2004، ص ص 121 - 253.

2. العلجة مواسي، "مستجدات تطبيق مبدأ سرية التبرع بالأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية في ظل قانون الصحة لسنة 2018"، فعاليات اليوم الدراسي حول "القوانين البيو أخلاقية"، كلية الحقوق، جامعة حسبية بن بوعلي، شلف، 16 أفريل 2019، ص ص 1-9.

3. وسيلة بوحية، مفهوم نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء وموقف المشرع الجزائري منه، الملتقى الوطني الثاني حول القانون وقضايا الساعة، المنظم بالمركز الجامعي، عين الدفلى، أيام 09، 10 و 11 مارس 2008، ص ص 30 - 40.

سادسا - النصوص القانونية

أ - الدساتير

1. دستور سنة 1989، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1989/02/23، ج.ر.ج.ج، عدد 09، صادر بتاريخ 1989/03/01.
2. دستور سنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 1996/12/07، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج.ر.ج.ج، عدد 76، صادر بتاريخ 1996/12/08، معدل ومتم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 2002/04/10، ج.ر.ج.ج، عدد 25، صادر بتاريخ 2002/04/14، والمعدل بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 2008/11/15، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر بتاريخ 2008/11/16، والمعدل بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج، عدد 14، صادر بتاريخ 2016/03/07، معدل ومتم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442، الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، في ج، ر، ج، ج، عدد 82، صادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

ب- الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر في 1948/12/10، وافقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 63-339، مؤرخ في 1963/09/11، ج.ر.ج.ج، عدد 66، صادر بتاريخ 1963/09/17.

ج - النصوص التشريعية

1. أمر رقم 66-154 مؤرخ في 1966/06/08، متضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 47، لسنة 1966 (ملغى).
2. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 1966/06/8، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج، عدد 48، صادر بتاريخ 1966/06/10.

3. أمر رقم 156-66 مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، عدد 48، لسنة 1966، معدل ومتمم.
4. أمر رقم 70-20 مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج.ج، عدد 21، صادر بتاريخ 27/02/1970 معدل ومتمم بالقانون رقم 14-08 مؤرخ في 09/08/1914 والمعدل بالقانون رقم 17-13 المؤرخ في 10/02/2017.
5. مر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78، صادر بتاريخ 30/09/1975، معدل ومتمم.
6. قانون رقم 83-13 مؤرخ في 20/07/1983، يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ج.ج، عدد 28، لسنة 1983.
7. قانون رقم 83-15 مؤرخ في 20/07/1983، يتعلق بالمنازعات في الضمان الاجتماعي، ج.ر.ج.ج، عدد 28، لسنة 1983.
8. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09/02/1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24، لسنة 1984، معدل ومتمم.
9. قانون رقم 85-05، مؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم بقانون رقم 88-15 مؤرخ 3 ماي 1988، ج.ر.ج.ج عدد 18، صادر بتاريخ 4 ماي 1988، معدل ومتمم بقانون رقم 90-17، مؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر.ج.ج، عدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990، معدل ومتمم بقانون رقم 98-09 مؤرخ في 19 أوت 1998، ج.ر.ج.ج عدد 61، صادر بتاريخ 23 أوت 1998. (ملغى)
10. أمر رقم 95-07، مؤرخ في 25/01/1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، عدد 13، صادر بتاريخ 08/03/1995، معدل ومتمم.
11. قانون رقم 18-11، مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، عدد 46، صادر بتاريخ 29 يوليو 2018.
12. أمر رقم 06-03، مؤرخ في 15/07/2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 46، صادر بتاريخ 16 يوليو 2006.

13. قانون رقم 06-22، مؤرخ في 20/12/2006 يعدل ويتم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج، عدد 84، لسنة 2006.
14. قانون رقم 08-08، مؤرخ في 25/02/2008، يتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر.ج.ج، عدد 11، لسنة 2008.
15. قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، لسنة 2008.
16. قانون رقم 08-13، مؤرخ في 20/07/2008، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، عدد 44، لسنة 2008.
17. قانون رقم 09-01، مؤرخ في 25/02/2009 يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن لقانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، عدد 15، لسنة 2009.

#### د - النصوص التنظيمية

1. مرسوم رئاسي رقم 99-236، مؤرخ في 19/10/1999، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج، عدد 74، لسنة 1999.
1. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج، عدد 52، لسنة 1992.
2. مرسوم تنفيذي رقم 96-122، مؤرخ في 06/04/1996، يتضمن المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة و تنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج، عدد 22، لسنة 1996.
3. مرسوم تنفيذي رقم 97-466، مؤرخ في 02/12/1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج، عدد 81، صادر بتاريخ 10/12/1997.
4. مرسوم تنفيذي رقم 97-497، مؤرخ في 02/12/1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الإستشفائية الجامعية وتنظيمها وتسييرها، ج.ر.ج.ج، عدد 81، لسنة 1997.

5. مرسوم تنفيذي رقم 07-321، مؤرخ 2007/10/22، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر.ج.ج، عدد 60، صادر بتاريخ 2007/10/22.
  6. مرسوم تنفيذي رقم 12-167، مؤرخ في 2012/04/05، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج، عدد 22، لسنة 2012.
- هـ - القرارات الوزارية

1. قرار رقم 29 مؤرخ في 2012/06/14 يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات لعام، الجزائر، 2012.
2. قرار رقم 86، المؤرخ في 2012/10/16 يحدد مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات لعام، الجزائر، 2012.

#### سابعاً - الاجتهادات القضائية

##### أ - المجلس الأعلى

1. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 25752، المؤرخ في 1982/12/22، أين قرر تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة، إن تقدير نسبة العجز المقدر من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدر إلا بواسطة طبيب آخر، مجلة الإجتهد القضائي، عدد 2، 1983، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص ص 53-55.
2. قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 28312 مؤرخ في 1985/05/11، مجلة الإجتهد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986.
3. قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 52862، المؤرخ في 1988/07/16، أين قضت متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها للغير الأشخاص الموضوعون تحت رقابته، وفاة الضحية نتيجة إعتداء وقع عليها من طرف أحد المرضى المصابين عقليا إخلال بواجب الرقابة على عائق المستشفى وبشكل خطأ مرفقيا، منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 01، 1991، قسم الوثائق، الجزائر، ص ص 120-123.

4. قرار مجلس الدولة، ملف رقم 26678، صادر بتاريخ 29/11/2006، قضية (س.م) بن (ر) ومن معه ضد (ن.م) المركز الإستشفائي الجامعي ببنيزي وزو، حول موضوع خطأ طبي إثر علاج بمستشفى ومسؤولية المرفق والإستناد إلى نسبة العجز، نشرة القضاة، عدد 63 لسنة 2008.

#### ب - المحكمة العليا

1. قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص (الغرفة المدنية) - ملف رقم 25499 - بتاريخ 23/06/1982.
2. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 109568، المجلة القضائية، عدد 1، الصادر في 24/05/1994.
3. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 75670، المؤرخ في 13/01/1991، أين قضت قضايا التعويض غير مقيدة بأجل مادامت الدعوى لم تتقادم بعد، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1996، قسم الوثائق، الجزائر، ص ص 127-130.
4. قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 118720، المؤرخ في 30/05/1995، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1996، قسم الوثائق، الجزائر.
5. قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 209917، المؤرخ في 26/07/2000، المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 2، الجزائر، 2002.
6. قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح والمخالفات، ملف رقم 254258، المؤرخ في 25/12/2001، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 2002، قسم الوثائق، الجزائر.
7. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 240757، غرفة الجرح والمخالفات، القسم الأول، صادر بتاريخ 26/06/2002، قضية (ص.ن) ضد ذوي حقوق (لا.م) والنيابة العامة، حول موضوع خطأ طبي يقيم مسؤولية الطبيب الجراحة بسبب عدم إجراء عملية جراحية مستعجلة، بعد تشخيص المرض، أفضى إلى الوفاة.
8. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، المؤرخ في 23/01/2008، مجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 2008، قسم الوثائق، الجزائر.

## II - المراجع باللغة الأجنبية

### 1) Ouvrages

1. **Ahmed ABDULDAYEM**, Les Organes du corps humains dans le commerce juridique, Publication juridique Alhalabi, Beyrouth, 1999.
2. **AKIDA (M)**, La responsabilité pénal des médecins, du chef d'homicide et de blessure par imprudence; L.G.D.J Paris, 1994.
3. **BERGOIGNAN- ESPER Claudine, SARGOS pierre**, Les grands arret de droit de la santé, édition Dalloz, Paris, 2010.
4. **George CHAMMARDBOYER, Paul MONZEIN**, la responsabilité juridique de l'infirmière, 6<sup>ème</sup> Edition l'amarre, Paris, 2002.
5. **HANNOUZ (MM), HAKEM(AR)**, Précis de droit médical a l'usage des praticiens et de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993.
6. **Michel PENNEAU**, Le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998), Dalloz, n°3, 1999.
7. **Ourdia NASROUNE-NOUAR**, Le contrôle de l'exécution des sanctions pénales en droit Algérien, Librairie général de droit et de jurisprudence, E.J.A, Paris, 1991.
8. **Peter MUZNY**, L'autonomie du patient mineur entre la certitude et incertitude, bulletin des médecins suisse, Edition, 2009.
9. **SAVATIER René, AUBY( J.M)**, Traité de droit médical, Paris, 1959.

### 2) Thèses

1. **Ahmed CHARAFEDDINE**, Droit de la transplantation d'organes, étude comparative, thèse du doctorat d'état, Tome 1, université de droit économie et de sciences sociales, Paris 2, 1975.
2. **Loubna CHIROQUI**, la transplantation d'organes humains à la lumière de la charria islamique et de la réglementation juridique au Maroc, thèse du doctorat en droit, faculté internationale de droit comparé des états francophones, Paris, 2006.
3. **Peggy MAS**, la protection du corps humain dans le nouveau code pénal, thèse université de droit, d'économie et des sciences d'aix-Marseille, France, 1996.

### 3) Articles

1. **Abdelkader KACHER**, "Une réflexion sur le principe de précaution appliquée à la médecine, quelques notes sur son approche en droit français et algérien", in revue critique de droit et sciences politique, faculté de droit, université mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, numéro spécial, 9 et la avril 2008, pp 230-250.
2. **F.MERAH**, "L'expertise et responsabilité médicale pénale", revue de la cour suprême-numéro spécial, la responsabilité pénale médical à la lumière de la législation et de la jurisprudence, 2011, pp 90-98.
3. **Hanifa BENCHABANE**, "Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat", in revue algérienne de sciences juridique et politique, Université d'Alger, n°4, 1995, pp 765 - 777.
4. **Jacqueline BAZ**, "La responsabilité médicale en droit libanais", revue AL-ADL, N° 12, 1970.
5. **Menguy Edgar**, "L'utilisation des fins thérapeutiques des éléments du corps humain", Revue générale du droit médical, n 27, Paris, 2008.
6. **Seteimle**, "Définition de la mort", revue des droit de l'homme, 1974.

### 4) Textes juridiques

#### Jurisprudence judiciaire

1. Cass. Civ.1<sup>ère</sup>. 20 mai 1936 **Mercier**, publié au ( D.1936. 1,88).Cité in Centre de documentation multimédia en droit médical.  
Voir également sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
2. Cass. Civ.,1<sup>ère</sup>. 18 jan.1938.  
voir sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
3. Cass. civ, 1<sup>ère</sup>. 27 mai 1940.  
voir sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
4. Cass. civ, 1<sup>ère</sup>. 28 Janvier 1942, Dr x contre/ Teyssier  
voir sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
5. Cass civ, 1<sup>er</sup>.7 février 1990, n°88- 14797.  
voir sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
6. Cass civ, 1<sup>er</sup>. 25 fevrier 1997,n° HEDRUL c/cousin.  
voir sur [www.Droit.univ-paris5.fr](http://www.Droit.univ-paris5.fr)
7. Cass. civ, 1<sup>ère</sup>. 07 octobre 1998.

Voir sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

8. Cass. civ, 1<sup>ère</sup>. 09 octobre 2001.

Voir sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

### **5) Document**

1. AGENCE de la biomédecine, « encadrement juridique international dans les différents domaines de la bioéthique » Paris, 2012, pp 1-49

[www.agence-biomedecine.fr/1-encadrement-international](http://www.agence-biomedecine.fr/1-encadrement-international).

2. Avis consultatif, Don d'organes entre vifs, université de Genève, 28 Janvier, 2004, pp 1- 59

[www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/don-vivant-cec-bb-def-02-04-pdf](http://www.hug-ge.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/don-vivant-cec-bb-def-02-04-pdf).

# فهرس الموضوعات

1.....مقدمة

## الباب الأول

الأحكام الموضوعية لضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

بين الأحياء ومن جث الموتى

## الفصل الأول

ضبط ركن الرضا في عمليات نقل وزرع

الأعضاء البشرية بين الأحياء

المبحث الأول الشروط القانونية لنقل الأعضاء البشرية من المتبرع ..... 13

المطلب الأول وجوب الرضا الحر والمتبصر للمتبرع..... 14

الفرع الأول مفهوم الرضا الحر والمتبصر للمتبرع..... 14

أولاً - تعريف الرضا في ظل القواعد العامة ..... 15

ثانياً - إرتباط الرضا الحر والمتبصر بالالتزام الطبيب بالإعلام الصحي ..... 16

الفرع الثاني خصوصيات الرضا الحر والمتبصر ..... 20

أولاً - خصوصيات الرضا من الجانب القانوني..... 21

ثانياً خصوصيات الرضا من الجانب الصحي ..... 27

ثالثاً خصوصيات الرضا من الجانب الشكلي ..... 31

المطلب الثاني شروط سلامة المحل والسبب في عمليات نقل وزرع الأعضاء ..... 35

الفرع الأول تعيين محل رضا المتبرع..... 36

أولاً - الأعضاء الجائر استئصالها والتبرع بها ..... 36

ثانياً - الأعضاء التي لا يجوز استئصالها والتبرع بها ..... 38

الفرع الثاني: تأكد الطبيب من توفر سبب التبرع ..... 41

أولاً - ضوابط المشروعية لعملية نقل وزرع الأعضاء..... 42

- 43 ..... ثانيا - التدخل الطبي في حالة الضرورة
- 45 ..... ثالثا - ضرورة مراعاة المصلحة الاجتماعية
- 46 ..... المبحث الثاني: الشروط القانونية لزرع الأعضاء لدى المريض
- 47 ..... المطلوب الأول: التزام الطبيب بالتأكد من سلامة رضا المريض
- 48 ..... الفرع الأول: تحقق الرضا الحر والمتبصر للمريض
- 48 ..... أولا - الأهلية المطلوبة لصحة رضا المريض
- 49 ..... ثانيا - ألا يعترض المريض عارض من عوارض الأهلية
- 50 ..... ثالثا - صدور رضا المتبصر أو المستنير للمريض
- 54 ..... رابعا- إشتراط الشكلية في رضا المريض
- 56 ..... الفرع الثاني: إلتزام الطبيب بإعلام المريض
- 57 ..... أولا - إعلام المريض بكافة مراحل العلاج
- ..... ثانيا - المؤسسات الاستشفائية المرخص لها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 62 ..... البشرية
- 66 ..... ثالثا - إنشاء وكالة وطنية لرقابة وتنظيم عمليات الزرع
- 67 ..... المطلوب الثاني: إستغناء الطبيب عن رضا المريض في عمليات زرع الأعضاء
- 68 ..... الفرع الأول: التدخل الطبي في ظرف الاستعجال
- 68 ..... أولا - المقصود بظرف الاستعجال
- 69 ..... ثانيا - شروط تحقق ظرف الإستعجال
- 71 ..... الفرع الثاني: التدخل الطبي في حالة الضرورة
- 72 ..... أولا - طبيعة التدخل الجراحي في حالة الضرورة
- 72 ..... ثانيا - شروط تحقق حالة الضرورة
- 73 ..... ثالثا - حالة مراعاة الظروف الصحية والنفسية للمريض

## الفصل الثاني

### ضبط عمليات إستئصال الأعضاء البشرية

#### من جثث الموتى

- المبحث الأول: الشروط الخاصة بإستئصال الأعضاء من جثث الموتى.....76
- المطلب الأول: تأكيد الوفاة قبل استئصال العضو من جثة الميت .....76
- الفرع الأول: ماهية الموت.....77
- أولا - تعريف الموت.....79
- ثانيا - إشكالية تحديد لحظة الوفاة.....82
- الفرع الثاني: مرحلتى الإنعاش الصناعي ودرجات الغيبوبة.....93
- أولا - تعريف الإنعاش الصناعي .....94
- ثانيا - درجات الغيبوبة.....95
- ثالثا - موقف القانون الطبي الجزائري.....96
- المطلب الثاني: الأساس الشرعي والقانوني لإستئصال الأعضاء من جثث الموتى ..98
- الفرع الأول: التأصيل الشرعي لعمليات نقل وزرع الأعضاء .....98
- أولا - عدم جواز نقل الأعضاء من جثث الموتى.....98
- ثانيا - جواز نقل الأعضاء من جثث الموتى.....100
- الفرع الثاني: التأصيل القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء .....103
- أولا - الأساس القانوني لإباحة الاستئصال الأعضاء من الجثة .....103
- ثانيا - موقف القانون الجزائري من عمليات نقل الأعضاء من الجثة .....104
- المبحث الثاني: إجراءات التصرف في جثة المتوفى.....105
- المطلب الأول: تنظيم الموافقة بشأن التصرف في جثة الميت .....106
- الفرع الأول: الصور العامة للموافقة بالاستئصال بعد الوفاة .....106
- أولا - التصرف في الجثة عن طريق الوصية .....107
- ثانيا - حالة موافقة أو رفض المساس بالجثة.....109
- الفرع الثاني: الصور الخاصة للتعبير عن الموافقة في التصرف بالجثة.....113

- أولا - التسجيل في السجيل الوطنية..... 113
- ثانيا - بطاقة خاصة بالمتبرع الراغب في منح أعضائه بعد الوفاة..... 115
- المطلب الثاني: إمكانية تجاوز شرط الرضا في التعامل بأعضاء الجثة..... 116
- الفرع الأول انتقال حق التصرف في الجثة إلى الأقارب..... 116
- أولا - ضرورة الحصول على موافقة الأقارب على نقل الأعضاء من الجثة.. 116
- ثانيا - الحصول على الرضا المفترض للأسرة..... 118
- الفرع الثاني: استئصال الأعضاء دون موافقة الأسرة..... 119
- أولا - استئصال من الجثث في حالة الاستعجال..... 119
- ثانيا - نظام تأميم الجثة..... 121
- ملخص الباب الأول..... 125

## الباب الثاني

### الأثار القانونية المترتبة على مخالفة ضوابط الرضا في نقل وزرع الأعضاء

#### البشرية

#### الفصل الأول

#### المسؤولية المدنية إثر تخلف ضوابط الرضا

- المبحث الأول: المسؤولية المدنية كجزاء للإخلال بركن الرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 132
- المطلب الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية عن تخلف ضوابط ركن الرضا 132
- الفرع الأول: مساءلة الطبيب الجراح على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية... 133
- أولا - انقضاء الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية 134
- ثانيا- بطلان الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الخاضع للعملية الجراحية 135
- الفرع الثاني: مساءلة الطبيب الجراح على أساس قواعد المسؤولية العقدية..... 136
- أولا - وجود عقد طبي..... 137
- ثانيا- نشوء ضرر في العقد الطبي..... 139

المطلب الثاني: أركان المسؤولية والتعويض عن الضرر الناتج عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	139
الفرع الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية..	140
أولا -الخطأ الطبي.....	140
ثانيا -الضرر الطبي.....	144
ثالثا -علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	154
الفرع الثاني: تحديد الضرر المعوض عليه.....	157
أولا- التعويض المباشر للمضرور.....	157
ثانيا- شروط الضرر الموجب للتعويض.....	160
المبحث الثاني: دعوى التعويض عن الأضرار.....	163
المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى التعويض.....	163
الفرع الأول: تحديد الجهة المختصة بالنظر في دعوى التعويض.....	164
أولا - الاختصاص النوعي لدعوى التعويض.....	164
ثانيا - الاختصاص الإقليمي.....	169
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في دعوى التعويض.....	171
أولا - استعانة القاضي بالخبراء الطبيين للكشف عن الأخطاء الطبية.....	171
ثانيا - الحكم الصادر في دعوى التعويض.....	176
المطلب الثاني: طرق التعويض عن الضرر في المجال الطبي.....	178
الفرع الأول: تقدير التعويض من طرف القاضي.....	178
أولا - مصادر تقدير التعويض.....	179
ثانيا - معايير تقدير التعويض.....	181
الفرع الثاني: دور شركات التأمين في تعويض المضرور.....	185
أولا - نطاق التأمين من المسؤولية المدنية.....	185
ثانيا - الأضرار التي يواجهها المضرور من طرف شركة التأمين.....	189

ثالثا- مدى فعالية شركة التأمين في جبر الأضرار المرتكبة من قبل عمال القطاع الصحي ..... 190

## الفصل الثاني

### المسؤولية العقابية جراء مخالفة الضوابط القانونية

#### للرضا في عمليات نقل وزرع الأعضاء

المبحث الأول: قيام المسؤولية التأديبية للأطباء.....	194
المطلب الأول: الخطأ التأديبي في المجال الطبي .....	194
الفرع الأول: تعريف الخطأ التأديبي للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية .	195
أولا - عناصر المخالفة التأديبية .....	196
ثانيا - صور الأخطاء التأديبية في المجال الطبي.....	197
الفرع الثاني: ضمانات المتابعة التأديبية .....	198
أولا - مبدأ علانية الجلسات .....	199
ثانيا - حق الدفاع .....	200
ثالثا - التتحي .....	200
رابعا - حق رد أعضاء اللجنة التأديبية .....	201
المطلب الثاني: إجراءات المتابعة التأديبية للطبيب .....	201
الفرع الأول: أجهزة الانضباط والمتابعة التأديبية.....	202
أولا - المجلس الوطني لأخلاقيات الطب.....	202
ثانيا - المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب.....	204
ثالثا - سلطة التأديب على مستوى الهيئة المستخدمة .....	206
الفرع الثاني: إجراءات المتابعة التأديبية.....	208
أولا - أطراف المتابعة التأديبية .....	208
ثانيا - مراحل متابعة الطبيب تأديبيا .....	210
المبحث الثاني: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب .....	215

المطلب الأول: المسؤولية الجزائرية للطبيب عند خرق ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	215
الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الجزائرية للطبيب.....	216
أولا - تعريف بالمسؤولية الجزائرية للطبيب.....	216
ثانيا - أنواع المسؤولية الجزائرية للطبيب.....	217
الفرع الثاني: أسباب مساءلة الطبيب جزائيا في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	220
أولا - مخالفة الشروط والضوابط المقررة في قانون الصحة.....	220
ثانيا - جريمة عدم تبصير أطراف عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية.....	223
ثالثا - حالة إحداث عاهة مستديمة.....	224
رابعا - إدخال عمليات نقل وزرع الأعضاء ضمن الإتجار غير المشروع....	225
المطلب الثاني: إجراءات المتابعة الجزائرية.....	228
الفرع الأول: تحريك الدعوى العمومية.....	229
أولا - تحريك الدعوى العمومية من المضرور في المسؤولية الجزائرية.....	229
ثانيا - تحريك الدعوى العمومية من طرف أعضاء النيابة العامة.....	231
ثالثا - ضرورة لجوء القاضي للخبرة القضائية للكشف عن الأخطاء.....	232
رابعا - انقضاء الدعوى العمومية.....	234
خامسا - استثناء المستشفى العام من المسؤولية الجزائرية.....	236
الفرع الثاني: سريان الدعوى العمومية ومآلها بعد الحكم.....	238
أولا - جهات الحكم في التنظيم القضائي الجزائري.....	239
ثانيا - طرق الطعن في الأحكام الجزائرية.....	240
ثالثا - الدعوى المدنية بالتبعية.....	245
ملخص الباب الثاني.....	248
خاتمة.....	250
قائمة المراجع.....	257
فهرس الموضوعات.....	284

## ملخص

تبرز أهمية التطرق للضوابط القانونية للرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما بين الأحياء ومن جثث الموتى لمعرفة مكانة الرضا لكلا طرفي العملية الجراحية، وعجز العلاج العادي عن شفاء المريض وإنقاذه من الموت المؤكد، فحق الإنسان في الحياة حق مكرس دستوريا إذ يتعلق بأعلى قمة في هذا الوجود وهي قيمة الإنسان وسلامة جسده، وقد نظم المشرع الجزائري موضوع نقل وزراعة الأعضاء في قانون الصحة والذي تضمن شروطا تفصيلية بشأنها يمكن تقسيمها إلى شروط عامة وخاصة، حيث يفترض أن يكون الهدف منها تشجيع القيام بالتبرع بالأعضاء البشرية انطلاقا من الحتمية الطبية، وتستلزم أن تتم في إطار المشروعية القانونية التي يضمن من خلالها إثبات الطبيب بالحصول على رضا طرفي قبل أي تدخل طبي جراحي.

## Résumé

L'importance d'aborder les contrôles juridiques du consentement dans le domaine du transfert et de la transplantation d'organes humains entre les vivants et des cadavres pour connaître le statut du consentement pour les deux parties à la chirurgie, et l'incapacité du traitement ordinaire à guérir le patient et le sauver d'une mort certaine, le droit de l'homme à la vie est un droit constitutionnellement consacré en ce qu'il se rapporte au plus haut sommet de cette Existence, qui est la valeur de l'être humain et la sécurité de son corps, et le législateur algérien a réglementé la question de la transplantation et du transfert d'organes dans la loi sur la santé, qui incluait des conditions détaillées pouvant être divisées en conditions générales et particulières, car il est supposé que l'objectif de celles-ci est d'encourager le don d'organes humains sur la base de l'inévitabilité médicale, et cela nécessite qu'elle se fasse dans le cadre de la légitimité juridique par laquelle la preuve du consentement mutuel du médecin avant toute intervention médico-chirurgicale est garantie.