جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

# المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية
# (دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: عقود ومسؤولية

**إعداد الطالبة** **إشراف الدكتور**

**بونوة صبرينة** **عيساوي محمد**

لجنة المناقشة

الأستاذة : لوني نصيرة.....رئيسا

الأستاذ: عيساوي محمد.....مشرفا ومقررا

الأستاذة: بغدادي ليندة.....مناقشا

تاريخ المناقشة

22/ 02/ 2015

# كلمة شكر

بعد الحمد لله سبحانه وتعالى الذي أعانني على إنجاز هذه المذكرة، والصلاة والسلام على رسوله الكريم نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور عيساوي محمد على كل ما قدّمه لي من توجيهات وإرشادات أثناء إشرافه على هذه المذكرة.

كما أتقدم أيضا بخالص الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، لما بذلوه من جهد في قراءة هذه المذكرة في سبيل تقديم توجيهاتهم القيّمة.

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أوجّه شكري لكل من مدّ لي يد العون والمساعدة في انجاز هذه المذكرة سواء من قريب أو من بعيد.

صبرينة

# الإهداء

إلى الوالدين العزيزين.

إلى إخوتي وأخواتي، وجميع أفراد عائلتي.

إلى جميع الأصدقاء والزملاء.

إلى كل أساتذتي بكلية الحقوق في جامعة أكلي محند أولحاج.

أهدي عملي هذا آملة من الله تعالى أن أكون قد وفقت بالمساهمة في البحث العلمي ولو بقدر ضئيل.

صبرينة

# مقدمة

يشهد العصر الحديث حلقة من حلقات صراع العلماء والأطباء مع الأمراض المزمنة والمستعصية، فنتيجة لتطور العلوم الطبية التي صاحبت التقدم العلمي المذهل، كرس العلماء والأطباء كل جهودهم في البحث والكشف عن كل ما هو علاج وشفاء من أوبئة و أمراض عديدة كانت ولا تزال تفتك بالبشرية.

لا شك في أن زيادة المكتشفات العلمية في الآونة الأخيرة، وذلك من خلال التطورات الهائلة التي وصل إليها العلم هو الأمر الذي ساعد الأطباء بشكل كبير على زيادة المهارات، واكتساب الخبرات مما انعكس على تطور العلوم الطبية بمختلف فروعها وتخصصاتها، فكلما زاد التقدم العلمي وتعددت الأساليب الفنية وتطورت، كلما زادت فرص نجاح الأطباء في الميدان الطبي، خاصة في المجال الجراحي الذي لا يمكن حصر آثاره المتعلقة بصحة الإنسان و حياته.

أصبح الطب حاليا أكثر فعالية في معالجة الأمراض المزمنة والمستعصية، إلا أنه في ذات الوقت أصبح أكثر خطورة وتأثيرا، نظرا لخروجه على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسدية[1]، و تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أهم نموذج من الأساليب الطبية الفنية الحديثة التي هي نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية.

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية نوع من أنواع التداوي الذي توصل إليه الطب البشري، والذي انتشر في مختلف الدول والشعوب بسبب ما فتحه من آفاق جديدة لإنقاذ البشرية من الأمراض المزمنة التي لا علاج لها، فهذه العمليات لا تطرح نفسها إلا في حالة وجود مريض مصاب في أحد أعضائه، ولا يمكن شفاؤه بأي وسيلة من وسائل العلاج،

( 1) يقصد بالحق في السلامة الجسدية" مصلحة المجتمع والفرد التي يقرها المشرع ويحميها في أن تسير وظائف الحياة في الجسم على النحو الطبيعي، وفي أن يحتفظ بتكامله، وأن يتحرر من الآلام البدنية، منذر الفضل ، المسؤولية الطبية(دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص173.

والسبيل الوحيد لإنقاذ حياته هو استبدال العضو التالف بعضو سليم، ويكون مصدر هذا العضو شخص يتنازل عن العضو المطلوب، وهذا الأخير قد يكون شخصا حيا أو ميتا.

لهذا عرّف الفقه عملية نقل العضو البشري بأنها "استئصال العضو السليم القابل للنقل من جسد المعطي وحفظه تمهيدا لزراعته في جسد المتلقي في الحال أو في المآل"، أما عملية زرع العضو البشري فعرّفها بأنها: "تثبيت العضو السليم في جسد المتلقي بعد استئصال العضو المريض أو التالف لكي يقوم الأول مقام الثاني في أداء وظائفه"[1].

موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية ليس جديدا على البشرية بل هو قديم قدم الإنسان، فقد أثبتت الدراسات أن قدماء المصريين عرفوا عمليات زرع الأسنان، ثم نقلها عنهم فيما بعد اليونان والرومان ثم اشتهر بها الأطباء المسلمون في القرن العاشر ميلادي، كما عرف الهنود القدماء عمليات زرع الجلد وإصلاح الأنف المتآكلة والأذن المقطوعة، وذلك منذ 2700 عام على الأقل قبل الميلاد[2].

أما بالنسبة لأوربا فقد تعاملت مع هذه العمليات مع الكثير من المفاهيم الخاطئة التي جعلتها تستغل هذه العمليات لمصلحة السادة على حساب العبيد، حيث كانوا في إحدى مراحل التاريخ يستخدمون أعضاء العبيد كقطع غيار لأسيادهم البيض[3].

بعدما تخطت أغلب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مرحلة التجارب الطبية دخلت هذه العمليات مرحلة العلاج الجراحي العادي، مما جعلها تنتشر بشكل كبير في العديد من الدول، فبعد أن كانت قد بدأت تنقل جزء من جسم الإنسان إلى جزء آخر من ذات الجسد، تطورت إلى أن أصبحت تنقل من إنسان حي إلى آخر، ثم من جثة ميت إلى إنسان حي، وبعدما كانت تقتصر على نوع معين من الأعضاء كالكلية، امتدت لتشمل مختلف الأعضاء.

---

(1) محمد حماد مرهج الهيتي ، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص17.

(2) أسامة السيد أحمد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية(مصر)، 2006، ص9.

(3) سميرة عايد الديات ، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص9.

لكن على الرغم مما بلغته عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من تطورات إلا أنها لا تزال حتى الآن محل أبحاث ودراسات فقهية، باعتبارها أثارت ومازالت تثير العديد من الشكوك حول مدى مشروعيتها خاصة من الناحية الشرعية[1].

كما أنه نظرا لما تنطوي عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من قدر كبير من المخاطر، فُتح الباب أمام القانون لتحديد إطار لهذه العمليات، عن طريق وضع ضوابط قانونية تحكم ممارستها[2] ، وذلك لضمان عدم خروجها عن الهدف الذي من أجله أبيحت هذه العمليات من جهة، ولكي يتسنى معرفة حدود المسؤولية المترتبة عنها من جهة أخرى.

لقد كان للتقدم الطبي الهائل في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ومجال الطب عموما انعكاساته على مسؤولية الأطباء والجراحين، ولما كانت نصوص القوانين الطبية نصت على الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية و لم تنص على الجزاءات القانونية الناتجة عن مخالفتها، فإن هذا الأمر أثار العديد من التساؤلات حول هذه الجزاءات، خاصة من جانب القانون المدني، وهذا ما دفعنا إلى البحث في المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مستندين في ذلك إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري[3]، مع التطرق إلى موقف بعض القوانين المقارنة.

---

(1) اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية بين مؤيد ومعارض لها، وإن كانت الغلبة للمؤيدين الذين اعتبروا أن اقتطاع الأعضاء من إنسان سواء كان حيا أو ميتا لغرض زرعها في جسم إنسان آخر بحاجة إليها يعتبر من الأعمال المشروعة متى كان وفق ضوابط معينة، وقد استند هذا الاتجاه إلى المبادئ التي يحث عليها القرآن الكريم والسنة النبوية التي من أهمها الإيثار والتكافل الاجتماعي.

في مقابل هذا الاتجاه يرى اتجاه آخر عدم جواز نقل الأعضاء مطلقا سواء كان النقل من الأحياء أو من الجثث، واستدلوا على مبدأ كرامة الإنسان وحرمته، فاعتبروا أن القول بجواز التبرع بالأعضاء يتنافى مع الكرامة الإنسانية سواء حال الحياة أو الممات، رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر. 2007، ص221.

(2) نظم المشرع الجزائري عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المواد من 161 إلى 168 من قانون رقم 05/85، مؤرخ في 16 فبراير1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد08 ، الصادر في17 فبراير1985، المعدّل والمتمّم.

(3) أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، الصادر في 30 سبتمبر1975، المعدّل والمتمّم.

تعتبر المسؤولية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية نموذجا فريدا لمشاكل المسؤولية الطبية التي تثيرها التطبيقات الجديدة والمستقبلية للبيولوجيا، فقد أكدت المؤلفات الطبية والمؤتمرات القانونية بشأن زراعة الأعضاء الأهمية العملية لهذه المسؤولية، وذلك نتيجة لاعتبار جسم الإنسان وجثته مصدرا للأعضاء والأنسجة والمنتجات البشرية، و ما أصبح من مصلحة الغير في أن يكتسب حقوقا على تلك الأعضاء والأنسجة [1] .

تظهر أهمية البحث في مجال المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في عدة مظاهر منها:

- تبيان الالتزامات التي يفرضها القانون على عاتق الطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، التي تتمحور في إلزامه باحترام الضوابط القانونية لهذه العمليات والتي يترتب عن مخالفتها تعرّضه للمساءلة الطبية.

- فتح المجال للأطباء الممارسين لهذه العمليات لمعرفة حدود مشروعية هذه الطريقة الطبية، من الناحية القانونية.

- تبيان طبيعة المسؤولية المدنية التي يتعرض لها الطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية.

- حصر الأركان التي ترتكز عليها المسؤولية المدنية الطبية، مع تبيان ما تتميز به هذه الأركان من خصوصيات في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- محاولة تنوير الرأي العام بمدى خطورة الأخطاء الطبية على حياته وعلى حقه في تكامل جسده، مع محاولة تنبيه المتنازل والمتلقي بحقوقهم وتبيان سبل تحصيلها والمطالبة بها أمام القضاء.

(1) شرف الدين أحمد، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، السنة1، جامعة الكويت للحقوق والشريعة، يوليو 1977، ص ص163- 164.

تبعا لما سبق فإنه من بين أهداف اختيارنا لهذا الموضوع الحسّاس تسليط الضوء على المسؤولية المدنية للطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك وفقا للمعطيات المتوفرة حاليا، ومنها المتعلقة بالتقنية الطبية من حيث كيفية إجراء هذه العمليات، وكذا الشروط القانونية الواجب توافرها لإباحتها و خصوصية العلاقات القانونية القائمة بين الأطراف في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية والتي تتمثل في:

- العلاقة بين المتنازل عن العضو والطبيب الذي سيجري عملية استئصال العضو منه.

- العلاقة بين المتلقي للعضو والطبيب الذي يتولى عملية الزرع.

لهذا نجد أن الإشكالية التي تتمحور في هذا الخصوص هي:

**ما هو الإطار القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ؟**

لدراسة هذا الموضوع ارتأينا الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي الذي تتطلبه دراسة أغلب العناصر الواردة في هذا الموضوع، سواء بالنسبة لعرض مضمون الالتزام المفروض على الطبيب المتضمن احترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، أو بالنسبة لأحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن هذه العمليات، و كذلك ارتأينا الاعتماد على المنهج المقارن كمنهج مساعد عند التطرق إلى موقف مختلف القوانين الوضعية الأخرى.

بناءً على ما سبق تناول هذا البحث يتطلب منا تحديد التزام الطبيب باحترام ضوابط عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كمحلّ لمساءلته المدنية(**الفصل الأول**)، ثمّ دراسة أحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية(**الفصل الثاني**).

# الفصل الأول

# التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية كمحلّ لمساءلته المدنية

يعدّ حق الإنسان في سلامة جسده من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع على السواء، ذلك أنه ليس بإمكان المجتمع المحافظة على وجوده كمجتمع ذو مستوى خاص من التقدم والازدهار إلا بإحاطة هذا الحق بالحماية اللازمة[1].

لهذا يعتبر عدم جواز المساس بجسم الإنسان من المبادئ الأساسية التي لا تضحي بها التشريعات في جميع دول العالم، ولما كانت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من بين الأعمال الطبية الخطيرة التي من شأنها المساس بالكيان الإنساني، أثارت هذه العمليات نقاشا كبيرا بين فقهاء القانون حول مدى مشروعيتها[2].

على الرغم من التطورات الفعالة التي شهدتها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها من أهم الإنجازات العلمية التي حققتها البشرية في المجال الطبي، والتي لا ينكر فضلها على البشرية جمعاء، إلا أن ذلك لا يمنع إمكانية مساءلة الأطباء عن الأخطاء التي يرتكبونها جراء ممارستهم لهذه العمليات، وذلك نظرا للخطورة التي تنطوي عليها هذه الأخيرة التي يمكن أن تكون سببا في عدم مبادرة الأطباء لإجرائها، خوفا من المساءلة القانونية.

---

(1) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 6.

(2) اختلف الفقه القانوني بين رأي معارض لهذه العمليات ورأي مبيح لها، حيث يستند الرأي المعارض إلى مبدأ حق الإنسان في السلامة الجسدية الذي يعد من أهم المبادئ التي تسعى جميع الدول إلى تكريسه، أما المبيحون فقد استندوا إلى عدة نظريات أهمها نظرية السبب المشروع، نظرية المصلحة الاجتماعية ونظرية الضرورة، غمراسي هجيرة، التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية،جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2005 ، ص116.

حتى لا يتم التعسف في مساءلة الأطباء في ميدان عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وضعت أغلب القوانين الوضعية أساسا تتبني عليه مسؤولية الطبيب في هذا المجال، وذلك عن طريق تنظيم هذه العمليات، بتقييدها بشروط تحدد مهام وصلاحيات الطبيب بصدد ممارستها، حيث ترتبط مدى مساءلة الطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بمدى التزامه بالضوابط القانونية لإباحة هذه العمليات وذلك سواء تعلقت هذه الضوابط بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء(**المبحث الأول**)، أو من جثث الموتى(**المبحث الثاني**).

# المبحث الأول

# التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء

يعدّ تبرع الإنسان الحي بأحد أعضاء جسمه السليم إلى شخص آخر مريض بحاجة إليه من أعظم الأعمال الإنسانية التي تتطلب التشجيع في ضوء قيم المجتمع[1]، لهذا أجمعت التشريعات على جواز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء.

لكن على الرغم من الأهمية البالغة التي تمتاز بها هذه العمليات في المجال الطبي، إلا أنها لا تخلوا من الخطورة التي تمس بصحة الإنسان وسلامته الجسدية، ولهذا الأمر سارعت التشريعات المنظمة لهذه العمليات إلى العمل على وضع ضوابط تقيد بها الطبيب عند إجرائه لهذه العمليات، و من هذه الضوابط ما تتعلق بالنظام العام (**المطلب الأول**)، و منها ما تتعلق برضا الأطراف المعنية بالعملية (**المطلب الثاني**)، ومنها ما تتعلق بالأعمال الطبية(**المطلب الثالث**).

## المطلب الأول

## الضوابط المتعلقة بالنظام العام

يعد نقل وزرع الأعضاء البشرية من النشاطات الخطيرة التي قد تهدف إلى استغلال الإنسان أو التعرض إلى حقه في التكامل الجسدي، لهذا فهي من شأنها المساس بالمعتقدات الدينية والأسس الأخلاقية لكل مجتمع من مجتمعات العالم المعاصر، الأمر الذي جعل التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تلجأ إلى تقييد هذه العمليات

(1) يرى بعض من الفقه عدم جواز إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على أساس أنه لا يمكن أن نخاطر بإنسان من أجل إنسان آخر، وليس هناك فرد خالد في الحياة ولا يمكن الاستغناء عنه في هذا العالم، لهذا يتعين ترك الحالات المرضية لتلقى مصيرها عند فشل العلاج، رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص218.

بشروط تضمن توافقها مع النظام العام والآداب العامة، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون محل التنازل مشروعا(**الفرع الأول**)، أن يكون غرض التنازل علاجيا(**الفرع الثاني**)، أن يكون التنازل بدون مقابل (**الفرع الثالث**).

**الفرع الأول: أن يكون محلّ التنازل مشروعا**

من المعروف أن محل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية هي الأعضاء البشرية لكن ليس جميع الأعضاء البشرية صالحة لأَن تكون محلا أو موضوعا لعمليات النقل والزرع، ويكون المحل مشروعا إذا كان العضو المتبرع به من الأعضاء الجائز التبرع بها، وتحديد هذه الأعضاء يستدعي تعريف العضو البشري(**أولا**)، و التمييز بين الأعضاء التي يجوز أن تكون محل عمليات النقل والزرع و الأعضاء التي لا يجوز أن تكون كذلك (**ثانيا**).

**أولا: تعريف العضو البشري**

لتحديد التعريف الدقيق للعضو البشري لابد من التطرق إلى تعريفه من الناحية اللغوية، الطبية وكذا من الناحية الاصطلاحية.

**1-التعريف اللغوي للعضو البشري**

يعرّف العضو البشري لغة بأنه: "كل عظم وافر بلحمه"[1].

ما يتضح من خلال هذا التعريف أن العضو البشري ينبغي أن يكون عظما يغطيه اللحم حتى يتم اعتباره عضوا.

انتقد هذا التعريف من طرف بعض الفقه بحجة أن كثيرا من أعضاء الجسم ليس فيها عظم، ومع ذلك تعتبر من الأعضاء كالقلب والكبد، كما أن كثيرا من الأعضاء لا يكسوها لحم لكنها تعتبر من الأعضاء [2].

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 4، ج36 ، ط1، دار المعارف، القاهرة، ص 2993؛ أبي عبد الرحمان الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، ج2، سلسلة المعاجم والفهارس، 170هـ، ص193.

(2) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 50.

## 2- تعريف العضو البشري من الناحية الطبية

يعرّف العضو البشري من الناحية الطبية بأنه "عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة، كالكبد، الكلية، الدماغ..."[1].

عرّف كذلك بأنه" مجموعة من الخلايا المتشابكة والمختلفة والتي تجمعت معا لأداء وظيفة محددة، ولا ينصرف لفظ العضو إلى العضو نفسه فقط كالقلب، الكلية، الرئة، البنكرياس وغيرها، إنما ينصرف كذلك إلى المواد التي يفرزها كالأنزيمات، الهرمونات والجينات التي تؤدي مجموعة من الوظائف"[2]

كما تمّ تعريف العضو البشري أيضا بأنه: "خليط من المركبات العضوية كالخلايا والألياف التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق وعمله كالنسيج الضام، العضلي والعصبي"[3].

## 3- التعريف الاصطلاحي للعضو البشري

نظرًا لقصور التعريف اللغوي للعضو البشري، برزت الحاجة إلى إيجاد تعريف اصطلاحي يتمحور حول التعريف الفقهي والقانوني للعضو البشري.

### أ- التعريف الفقهي للعضو البشري

عرّف مجمع الفقه الإسلامي العضو بأنه: "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها سواء كان متصلا به أم منفصلا عنه"[4].

---

(1) هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، 2003، ص11.

(2) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص 10.

(3) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، ج1، الكتاب الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص132.

(4) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص 51.

من خلال هذا التعريف يُفهم أن الدم يعتبر عضوا بشريا، مما يدل أن عمليات نقل الدم تعتبر من قبيل عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بالتالي تخضع لنفس القانون الذي ينظم هذه العمليات.

تعرض هذا الرأي لعدة انتقادات، حيث يرى البعض عدم صواب إطلاق لفظ العضو على الدم، واستدلوا لصحة رأيهم على مضمون التعريف اللغوي للعضو البشري الذي يعتبر العضو عظما يغطيه اللحم، وبالتالي فإن الدم ليس بعضو[1]، وكذلك استندوا إلى التعريف الطبي للعضو البشري الذي لا يعتبر الدم عضوا بشريا، وذلك بحجة أن الدم يعد نسيجا بحد ذاته، بينما العضو يتكون من عدد من الأنسجة، وإضافة إلى ذلك العضو له شكل معين كالعين الكبد، أما الدم فهو سائل[2].

كذلك انتقد هذا التعريف على أساس أنه يجعل الكثير من أجزاء الجسم ينطبق عليها وصف أعضاء بشرية، وبالتالي يدرجها في نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، على الرغم من عدم قابليتها للنقل إما من الناحية القانونية أو الشرعية كالأعضاء المنفردة التي تتوقف عليها الحياة، أو الأعضاء التي يترتب على نقلها اختلاط الأنساب[3].

من أجل إيجاد تعريف شامل وواضح للعضو البشري لجأ بعض الفقه إلى الاعتماد على التعريف الذي جاء به مجمع الفقه الإسلامي مع إضافة بعض التعديلات، حيث جاء تعريفهم للعضو البشري كما يلي: "أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء سواء كان متصلا به أم منفصلا عنه قابلا للنقل حسب ما تحدده القوانين والأعراف، وتسمح به الشريعة الإسلامية، ولا تتوقف عليه الحياة، ولا يؤدي نقله إلى تعريضها للخطر أو تعريض وظائف الجسم لأضرار جسيمة تؤثر على حياة الفرد الطبيعية أو أدائه لوظيفته الاجتماعية"[4].

(1) منذر الفضل، المرجع السابق، ص 164.

(2) حسني عودة زعال ، المرجع السابق،ص ص50-51.

(3) محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص22.

(4) المرجع نفسه، ص 23.

**ب- التعريف القانوني للعضو البشري**

لجأت بعض التشريعات الوضعية إلى تعريف العضو البشري، ومن بين هذه التشريعات نجد قانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان الأردني رقم 23 لسنة 1977 حيث عرفته المادة 2 منه بأنه: "**أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه**"[1].

كان هذا التعريف محل انتقاد من بعض الفقهاء، إذ وصف بأنه لم يأت بجديد، وبأنه عرّف الشيء بنفسه، كما أنه وفقا لهذا التعريف فإن لفظ العضو البشري ينطبق على جميع أجزاء جسم الإنسان بدون استثناء[2].

عرّفه المشرع البريطاني في المادة 7 فقرة 2 من القانون البريطاني الخاص بتنظيم وزراعة الأعضاء الصادر عام 1989 على أن العضو هو: "**كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة ومتناغمة من الأنسجة الذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل**"[3].

يلاحظ أن المشرع البريطاني توسع في تعريف العضو البشري ليشتمل على مشتقات الجسم البشري المتجددة.

لم يعرّف المشرع الجزائري العضو البشري، فعند تفحصنا لقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب[4]، لا نجد أي نص يُعرّف لنا العضو البشري، لكن هذا لا يعني أنه ترك المجال مفتوحا للاستئصال، وهذا ما يُستنتج من نص المادة 1/162 من (ق.ح.ص.ت) التي تنص على أنه**:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرّض حياة المتبرّع للخطر..." .**

(1) هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص 15.

(2) المرجع نفسه، ص 15.

(3) ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 265.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 92- 276، مؤرخ في 6 جويلية1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، جريدة رسمية عدد 52، الصادر في 8 يوليو 1992.

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري قيّد حرية المتبرع في التنازل عن أعضائه بضرورة أن لا يشكل خطرا على حياته، أي أنه حصر الأعضاء الجائز التبرع بها في الأعضاء المزدوجة والأعضاء المتجددة فقط، لأن استئصال هذه الأعضاء لا يشكل خطرا على حياة المتنازل.

**ثانيا: التمييز بين الأعضاء البشرية من حيث مدى جواز نقلها**

تختلف وتتنوع الأعضاء المكوّنة للجسم البشري، فمن الأعضاء البشرية ما يجوز أن تكون محل عمليات النقل والزرع، ومنها ما لا يجوز ذلك.

**1-الأعضاء البشرية التي يجوز نقلها**

يتوقف تحديد الأعضاء التي يجوز نقلها على ما إذا كانت هذه الأعضاء لا يتوقف عليها استمرار الحياة، وتتمثل هذه الأعضاء عموما في الأعضاء المزدوجة، والأعضاء المتجددة.

**أ- الأعضاء المزدوجة**: هي الأعضاء التي لا يؤدي فصل إحداها إلى انتهاء الحياة، بسبب وجود بديل لها يقوم بوظيفتها ومن بين هذه الأعضاء الكليتين، العينين[1].

كما يشترط لإباحة استئصال إحدى هذه الأعضاء المزدوجة إضافة إلى تناسب المخاطر التي يتعرض لها المتنازل مع المزايا التي تعود على المتنازل له، أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل،أما في حالة كون العضو المتبقي غير قادر على أداء الوظيفة فإن الاستئصال غير مشروع[2].

**ب- الأعضاء المتجددة**: يقصد بالأعضاء المتجددة الأعضاء التي لها قابلية على التجدد بصورة تلقائية إذا تم فصل جزء منها، أما إذا تم فصلها نهائيا فلا يمكن أن تتجدد، ومثال

(1) نسرين عبد الحميد نبيه، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية(مصر)، 2008، ص62.

(2) غمراسي هجيرة، المرجع السابق، ص 62.

ذلك الرئة فإذا فصل جزء منها أي أحد فصوص الرئة فباقي الفصوص الأخرى تتوسع بحيث تستوعب مكان الجزء التي تم فصله[1].

## 2-الأعضاء التي لا يجوز نقلها

هناك من الأعضاء البشرية ما لا يجوز نقلها ويعود ذلك إما بسبب تأثيرها على حياة المتنازل والتي تتمثل في الأعضاء المنفردة، وإما بسبب كون نقلها يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

**أ- الأعضاء المنفردة:** يقصد بالأعضاء المنفردة الأعضاء التي لا يوجد لها بديل في جسم الإنسان ليقوم بوظيفتها، ويؤدي نقلها إلى وفاة صاحبها، ومثال هذه الأعضاء القلب، الأمعاء[2].

**ب- الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية:** منعت بعض القوانين المقارنة نقل وزرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية[3] صراحة، كالقانون الأردني رقم 203 لعام 1977 في المادة 8 منه، والقانون التونسي عدد 22 لعام 1991 في فصله الخامس الذي نص على "**يحظر مطلقا أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأحياء والأموات بقصد زرعها**"[4].

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة نقل وزرع الأعضاء التناسلية في قانون حماية الصحة وترقيتها، لكن بالرجوع إلى المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري[5] نجد أنها تعاقب على جريمة الخصاء، بحيث جرّمت اقتطاع الخصيتين والمبيضين لما يترتب على

(1) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص 55.

(2) نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 60.

(3) يقصد بالأعضاء التناسلية الأعضاء التي تساهم في عملية الإنجاب وهي المبايض والرحم لدى المرأة، الخصيتان والقضيب بالنسبة للرجل وكذلك مني الرجل وبويضات المرأة، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)،2009، ص401.

(4) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،المرجع السابق، ص205 .

(5) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبـــات، ج ر عدد49، الصادر في 11جوان 1966، المعدل والمتمم.

ذلك من آثار على الضحية من قطع النسل، وقد يؤدي إلى الوفاة إذا تمت في شكل عدواني بغرض الإضرار بالضحية[1].

يلاحظ من خلال هذا النص أنه صالح للتطبيق بالنسبة لاقتطاع هذه الأعضاء من الإنسان الحي فقط، و لا يمكن تطبيقه في حالة الاقتطاع من جثث الموتى، لأن ذلك لا يؤدي إلى قطع النسل، لذلك نجد فراغا تشريعيا فيما يخص هذه المسألة، ومن ثم يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الثاني للقانون بعد التشريع.

في هذا الخصوص نجد قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة بجدة في 1990/03/20 الذي اعتبر زرع الغدد التناسلية المتمثلة في الخصية والمبيض بحكم أنهما يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها في متلق جديد، فإن زرعها محرم شرعا، أما بالنسبة لزرع أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ما عدا العورات المغلظة جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط و المعايير الشرعية المبنية في القرار رقم (1) الدورة الرابعة لهذا المجمع[2].

يستنتج من هذا القرار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية غير جائز شرعا، وبالتالي لا يجوز للطبيب نقل وزرع الأعضاء البشرية الحاملة للصفات الوراثية حتى لو كانت هذه الأعضاء من الأعضاء المزدوجة أو المتجددة.

**الفرع الثاني: أن يكون غرض التنازل علاجيا**

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أعظم الإنجازات الطبية، و ذلك لاعتبارها تشكل فائدة عظيمة للإنسان في صحته و حياته عن طريق تحقيق مصلحة علاجية للمتلقي(**أولا**)، كما أنها ترمي إلى أبعد من ذلك بما تحققه كذلك من مصالح بالنسبة للمجتمع (**ثانيا**).

(1) مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 479.

(2) مشار إليه في مواسي العلجة ، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 23 و24 جانفي 2008، ص5.

**أولا: تحقيق مصلحة علاجية للمتلقي**

يشترط في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كغيرها من التدخلات الطبية والجراحية أن يكون الغرض منها علاجيا، بمعنى أن تكون الغاية منها علاج المريض وتحسين حالته الصحية[1].

أما إذا لم يكن هناك حالة من حالات الضرورة أو العلاج، فهذه العمليات تعتبر غير مشروعة لأن فيها اعتداء جسيم على الحق في سلامة الجسم، والذي لا يجوز التصرف فيه إلا في حالات استثنائية محددة بقصد العلاج ، وذلك لأنه لا مصلحة للمجتمع إذا ما شوّه أحد أفراده بدون مبرر تقتضيه المصلحة العامة[2].

بالتالي عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا تطرح نفسها إلا في حالة وجود مريض استعصى مرضه على الطب، وأصبحت وسائل العلاج الأخرى لا تنفع معه، بحيث يصاب أحد أعضائه بالتلف، مما يستدعي استبدال هذا العضو التالف بعضو آخر سليم[3].

عمدت مختلف التشريعات إلى اشتراط الغرض العلاجي لتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث نصت المادة 1 من القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية على ما يلي:**" للأطباء الاختصاصيين إجراء عمليات استئصال الأعضاء من شخص حي أو جثة متوفى وزرعها في جسم شخص آخر بقصد العلاج للمحافظة على حياته، وذلك وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون"**[4].

تناول المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 161 من(ق.ح.ص.ت) التي تنص على **"لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية".**

(1) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 74.

(2) محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية(دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص203.

(3) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص219.

(4) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 476.

يستنتج من خلال هذا النص أن المشرّع وضع لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية غرضا محددا وهو قصد العلاج، وما يلاحظ كذلك على المادة 161 أنها جاءت بقاعدة عامة تخص نقل الأعضاء من الأحياء و من جثث الموتى.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد تناول في قانون رقم1181 لسنة 76 في 22 ديسمبر1976 المتعلق بنقل وزرع الأعضاء في المادة 1 منه أن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء يجب أن يستهدف تحقيق غرض علاجي[1]، ففي حالة سماح الفرد باستئصال جزء من جسمه لغرض آخر غير العلاج، كبتر أحد أعضائه مثلا لإيجاد عذر للتهرب من الخدمة الوطنية؛ فإن هذا يعدّ مخالفا للنظام العام من جهة، وتحايلا على القانون من جهة أخرى [2].

**ثانيا: تحقيق مصلحة للمجتمع**

تحقق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إذا كان غرضها علاجي فائدة مباشرة للمريض بعلاجه، وإنقاذ حياته من الموت؛ وفائدة غير مباشرة للمجتمع في الإبقاء على حياة أفراده، لكن يثور التساؤل في حالة إذا تمّ إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ليس لغرض علاجي إنما لغرض التجريب؟.

للإجابة عن هذا التساؤل، يرى بعض الفقه وجوب التمييز بين نوعين من التجارب الطبية التجارب العلاجية والتجارب غير العلاجية (العلمية).

**1- التجارب العلاجية**

التجارب العلاجية هي التجارب التي تهدف إلى إيجاد علاج جديد للأمراض التي أخفقت القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في تحقيق علاج لها، أقر الفقه بمشروعية هذا النوع من التجارب لأن منع إجراءها يستتبع ركود العلوم الطبية، وبالتالي يقضي على روح

(1) رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 173.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 474.

الابتكار لدى الأطباء، وهذا من شأنه أن يحرم الإنسانية من علاجات جديدة قد تكون الأمل الأخير لإنقاذ المرضى[1].

## 2- التجارب غير العلاجية

تعرف التجارب غير العلاجية بأنها التجارب التي تجرى على إنسان سليم أو على مريض دون ضرورة تمليها حالة هذا المريض، غرضها البحث العلمي ومجرد إشباع فضول علمي فهذا النوع من التجارب يعتبر غير مشروع باعتبار أن المريض لا يحصل على مصلحة علاجية منه [2].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه بالرجوع إلى المادة 168 مكرر من (ق.ح.ص.ت) نجده يميز بدوره بين هذين النوعين من التجارب، والتي تنص على ما يلي: "**تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 مكرر1 أعلاه**" ، وتنص المادة 168 مكرر 1 على ما يلي: "**ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه وتقديم الآراء والتوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة والأعضاء وزرعها، والتجريب، وكل المناهج العلاجية التي غرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي مع السهر على احترام الإنسان وحمايته لسلامته البدنية وكرامته، والأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي والقيمة العلمية لمشروع الاختبار والتجريب**".

يتضح من استقراء المادتين أن المشرع الجزائري أجاز التجارب العلاجية، وهذا يستنتج بمفهوم المخالفة من المادة 168 مكرر التي ترك فيها أمر الفصل في التجارب غير العلاجية لرأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المختص بمراقبة كل ما يتعلق بالمناهج العلاجية والتقنيات العلمية الحديثة، والتي يدخل ضمنها زراعة الأعضاء والتجارب الطبية بنوعيها[3].

---

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص90.

(2) المرجع نفسه، ص 91.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 476.

**الفرع الثالث: أن يكون التنازل بدون مقابل**

أجمعت أغلب التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون التنازل عن العضو بدون مقابل، ويرجع سبب ذلك إلى اعتبار أن حق الإنسان على جسده حق غير مالي يخرج عن دائرة المعاملات المالية و التجارية [1] ، فمن غير المقبول أخلاقيا وشرعا وقانونا التعامل بجسم الإنسان على أنه سلعة من بين السلع التي تدخل في دائرة المعاملات المالية [2].

أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة161 من (ق.ح.ص.ت) بقولها " **لا يجوز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية** " [3] .

بناءً على ذلك يتعين أن يكون الدافع إلى الرضا بالتنازل هو التضامن الإنساني، التراحم، التضحية والإيثار، فإذا تبين للطبيب أن رضا المتنازل دافعه هو المقابل المادي فعليه الامتناع عن إجراء الاستئصال [4].

الجدير بالذكر أن تعويض المتنازل عن الأضرار التي لحقته جراء استئصال العضو منه في حال حياته لا يتعارض مع شرط التبرع بالأعضاء، لأن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب المتنازل نتيجة عملية النقل، وهذا لا يعد من قبيل الاتجار بالأعضاء[5].

---

(1) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص143.

(2) رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص225.

(3) تقابلها المادة 4 من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 الخاص بالانتفاع بأعضاء الإنسان، المادة 1/4 من المرسوم التشريعي اللبناني رقم 83/109، وكذلك المادة 2 من القانون الفرنسي رقم 76/1181، والمادة 673 من قانون الصحة العامة الفرنسي، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص269.

(4) أسامة السيد أحمد عبد السميع، المرجع السابق،ص133.

(5) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص270.

## المطلب الثاني

## الضوابط المتعلقة برضا الأطراف المعنية بالعملية

الأصل أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه فيما عدا حالات الإسعاف التي يكون فيها المصاب فاقدا للوعي، وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لابد من الحصول على رضا المتنازل بالنسبة لعمليات نقل الأعضاء البشرية **(الفرع الأول)**، والمتلقي بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء البشرية **(الفرع الثاني)** .

### الفرع الأول: رضا المتنازل

استقرت التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتنازل لإباحة استئصال العضو منه، وحتى يعتد بالرضا الصادر من هذا الأخير وينتج آثاره لابد أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط وهي: أن يكون صادر عن ذي أهلية، حرا ومتبصرا، و أن يكون مكتوبا.

#### أولا: أهلية المتنازل

يشترط للاعتداد برضا المتنازل من الناحية القانونية أن يصدر عن شخص كامل الأهلية، ويتمتع بالقدرة على الإدراك والتمييز[1]، ويعد التشريع الجزائري من التشريعات التي أكدت على هذا الشرط، وذلك من خلال المادة 163من(ق.ح.ص.ت) التي تنص على أنه"**...يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز...**"

ما يتضح من أحكام هذه المادة أن المشرع الجزائري استبعد كل من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز عن نطاق نقل الأعضاء.

غير أنه يثار التساؤل في هذا الصدد عن السن القانونية الواجب توافرها في المتنازل حتى يعتبر الاستئصال منه تصرفا صحيحا؟.

---

(1) رأفت صلاح أبو الهيجاء، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،ط1، عالم الكتب الحديث،عمان،2006، ص68.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب الرجوع إلى نص المادة 2/161 من( ق.ح. ص.ت)[1] التي اعتبرت المتنازل عن العضو البشري متبرعا، وبما أن التبرع من التصرفات الواردة في القانون المدني، فإن السن المطلوبة في المتنازل في مجال نقل وزرع الأعضاء هي نفسها السن المطلوبة للتبرع و المنصوص عليها في القانون المدني[2] وهي 19 سنة كاملة طبقا للمادة40 منه [3].

ما يلاحظ كذلك من أحكام المادة1/163 أن المشرع الجزائري لم يحدد من هم الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، لهذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، التي تعتبر أن الشخص يكون راشد وغير متمتع بقواه العقلية إذا ما اعتراه جنون أو سفه أو عته أو كان ذي غفلة [4].

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المتنازل يجب أن يكون كامل الأهلية من وقت الاتفاق على الاستئصال إلى وقت إجرائه [5].

من التشريعات التي تشترط أهلية المتنازل التشريع الفرنسي الذي لا يعتد بالرضا الصادر من القاصر، بينما يعتد بالرضا الصادر من ممثله القانوني، وقد نص في القانون رقم 1181 الصادر بتاريخ 1976/12/22، والمرسوم الصادر في 31 مارس1978 ضمانات معينة لإمكانية استئصال الأعضاء من جسد القاصر، من بينها أن يكون الاستئصال من أجل علاج شقيقه أو شقيقته، وأن يتم إفراغ هذا الرضا في شكلية معينة [6].

---

(1) تنص المادة161/ 2 من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه:**"...لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة موضوع معاملة مالية".**

(2) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص275 .

(3) تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه "**كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر كاملة.**"

(4) المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري.

(5) غمراسي هجيرة ، المرجع السابق،ص69 .

(6) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص81.

**ثانيا: أن يكون رضا المتنازل حرًا ومتبصرًا**

لا يكفي أن يكون المتنازل كامل الأهلية ليتم الاعتداد بالرضا الصادر منه، بل يتعين أن يكون حرا و مستنيرا.

**1- الرضا الحر**

يشترط في الرضا الصادر من المتنازل في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون حرا، أي أن يصدر عن شخص يتمتع بملكات عقلية ونفسية سليمة قادرة على تكوين رأي صحيح [1].

وفقا لذلك لا يكون لرضا الشخص أي قيمة قانونية إذا كان ضحية غلط أو تدليس أو خداع أو وقع تحت تأثير الخوف أو أي سبب آخر من شأنه أن يعيب أو يعدم إرادته [2]، فمثلا إذا كان المتنازل من أقارب المتلقي ففي مثل هذه الحالة لاشك أن المتنازل يتعرض إلى ضغوط نفسية وعائلية مما يدفعه إلى إصدار موافقته على الاستئصال منه[3].

لهذا يرى بعض الفقه ضرورة إخضاع المتنازل للفحص النفسي للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية تعيب إرادته عند الحصول على موافقته على الاستئصال[4] ، وهذا ما جاء به القانون المدني الكندي لمقاطعة كيباك في المادة 21، وكذلك المرسوم الإسباني رقم462 لسنة1980[5].

كما تظهر حرية رضا المتنازل في أنه يستطيع أن يتراجع عن رضاه في أي وقت كان، دون الخشية من إجباره على تنفيذ الأداء الموعود به، غير أنه يجب الإفصاح عن هذا

(1) أسامة السيد أحمد عبد السميع، المرجع السابق، ص129؛ أبو الهيجاء رأفت صلاح، المرجع السابق، ص66.

(2) غمراسي هجيرة ، المرجع السابق،ص76.

(3) محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص76.

(4) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص76.

(5) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص221.

التراجع قبل عملية زرع العضو، لأنه في هذه الحالة يصبح جزءا من المتلقي[1].

السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: ما مدى إمكانية الاعتداد بالرضا الصادر من المحبوس أو المحكوم عليه بالإعدام باستئصال جزء من جسمه، وهل يعتبر رضاه صحيحا؟.

عالج المشرع الجزائري هذا المشكل في المادة7 من قانون العقوبات التي تنص على أن " **الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية وتكون إدارة أمواله طبقا للأوضاع المقررة في حالة الحجر القانوني...".**

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري منع المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المدنية، وقياسا على هذا النص يكون كذلك غير أهل لمباشرة بقية التصرفات، ومن ثم فهو لا يستطيع أن يتصرف في أي عضو من أعضائه.

### 2- الرضا المتبصر

إذا كان الرضا المتبصر [2] في العمليات التقليدية ضرورة لازمة، فهي أشد لزوما في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وذلك لخطورة هذه العمليات وحساسيتها بسبب تعلقها بشخصين المتنازل والمتلقي[3] ، لهذا أجمعت التشريعات القانونية على ضرورة الحصول على رضا المتنازل متبصرا، ولكي يتسم رضا المتنازل بهذه الخاصية يتوجب على الطبيب الجراح قبل إقدامه على إجراء عملية نقل العضو من المتنازل أن يعلمه بكل المخاطر

---

(1) اسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011، ص101.

(2) يعرف رضا المريض المؤسس على الإعلام في الفقه القانوني الحديث بالرضا المتبصر أو المستنير، وهو التزام قانوني مفروض على عاتق الطبيب عند مباشرة العلاج، بحيث يسأل عند الإخلال به، تعود تسمية الرضا المتبصر بهذا المفهوم إلى القانون الطبي الأمريكي، الذي كان له الفضل في إرساء نظرية الرضا المتبصر في أمريكا قبل انتقالها إلى أوربا، والتي محتواها إلزام الطبيب بإفادة المريض بإعلام مناسب يمكنه من إصدار قرار متبصر ومستنير بشأن الموافقة أو رفض العلاج المقترح، مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص173.

(3) صفاء محمود رستم السويلمين، المسؤولية المدنية الطبية في نقل وزراعة الأعضاء بين الشريعة والقانون(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، الأردن،2001، ص96.

المرتبطة بعملية الاقتطاع، حيث أن هذا الإعلام يعتبر حقا للمتنازل يسمح له بالموازنة بين الأمور بطريقة شخصية، ويجعله يتخذ القرار بشأن قبوله تحمل تلك المخاطر أم لا [1] .

يتعين على الطبيب أن يعطي للمتنازل شرحا وافيا حول كل ملابسات العملية واحتمالات مضاعفاتها[2]، كأن يحيطه علما بطبيعة الجراحة، الإجراءات والاحتياطات المتخذة، المدة اللازمة للشفاء[3]، و ضرورة إعلامه بمدى أهمية عملية الزرع بالنسبة للمتلقي[4]، كما يقع على الطبيب أيضا واجب إخبار المتنازل عن العضو بمخاطر عملية الاستئصال حالا ومستقبلا حتى يكون المتنازل على دراية عند إصداره الرضا بقبول العمل الجراحي [5].

يرى بعض الفقه أن الالتزام بالتبصير لا يقتصر على المخاطر الطبية فقط، بل يمتد إلى جميع المخاطر التي تؤثر على الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، كأن يبين الطبيب للمتنازل مدى قدرته على مزاولة الأعمال الشاقة،وما يترتب على ذلك من آثار على قدرته المادية [6].

ذهبت بعض التشريعات منها التشريع الكويتي، التشريع القطري إلى وجوب تبصير المتنازل بالمخاطر مهما كانت طبيعتها ودرجة خطورتها دون الاقتصار فقط على الأخطار الطبية[7]، وهذا على خلاف المشرع الجزائري الذي ألزم الطبيب بتبصير المتنازل بالأخطار الطبية المحتملة فقط، وهذا ما يتبين من نص المادة 162 الفقرة الأخيرة من (ق.ح.ص.ت)

---

(1) مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص584.

(2) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية ، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2000، ص28.

(3) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص140.

(4) قيام الطبيب بإعلام المتنازل بأهمية عملية الزرع للمتلقي يصطدم مع التزامه بعدم إفشاء السر المهني، وفي هذا الخصوص اختلف الفقه بين رأيين ، رأي يقول بتطبيق القواعد العامة التي تجرّم فعل الطبيب، ورأي آخر لا يعتبر فعل الطبيب من قبيل إفشاء السر الطبي، لأن المتبرع طرف رئيسي إلى جانب المريض والطبيب، بالتالي من حقه معرفة حالة المتلقي، سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص216.

(5) مروك نصر الدين ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج37، العدد3، جامعة الجزائر، 1999، ص18.

(6) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص65.

(7) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، المرجع السابق ، ص 28.

التي تنص على:**"...و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع..."**.

**ثالثا: أن يكون الرضا مكتوبا**

نظرا لخطورة التنازل عن الأعضاء تتطلب بعض التشريعات للاعتداد بالرضا الصادر من المتنازل أن يكون مكتوبا، ومن بين هذه التشريعات التشريع الفرنسي الذي اشترط في المرسوم رقم501 الصادر في 31 آذار 1978 في المادة 2 منه أن يحصل الرضا الصادر من المتنازل أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن المتنازل أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة [1] .

أما التشريع الجزائري فقد اشترط أن تتم موافقة المتنازل في شكل كتابي، وذلك حماية له لما تنطوي عملية الاستئصال منه من خطورة بالنسبة إليه، ولم يكتف المشرع الجزائري باشتراط الكتابة بل اشترط كذلك أن يتم بحضور شاهدين، وأن تودع هذه الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة [2].

**الفرع الثاني: رضا المتلقي**

إذا كانت ضرورة الحصول على رضا المريض من الأمور المسلم بها في مجال الأعمال الطبية، فإن ذلك أولى في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية نظرا لما تنطوي عليه هذه العمليات من الخطورة [3]، وحتى يتم الاعتداد بهذا الرضا يتعين أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط تتمثل في الأهلية **(أولا)**، أن يكون الرضا حرا ومتبصرا**(ثانيا)** و أن يكون مكتوبا**(ثالثا)**.

(1) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص195.

(2) أنظر المادة2/162 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص على مايلي **"...تشترط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة..."**

(3) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص71.

**أولا: أهلية المتلقي**

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 المخاطر التي قد تنجر عنها، وهذا يتطلب أهلية قانونية كاملة[1].

لكن يثور التساؤل في هذا الصدد عن حالة كون المريض غير مكتمل الأهلية، فهل يعتد برضاه بإجراء عملية زرع العضو له،أو يجب الحصول على رضا ممثله القانوني؟.

للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين حالتين:

**أ- عدم اكتمال الأهلية القانونية:** لا يكون الشخص كامل الأهلية إذا لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشرة كاملة حسب أحكام القانون المدني، أو كان بالغا ولكن تعترضه إحدى عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون، السفه العته وذا الغفلة[2].

تنص المادة 3/166وَ4 من (ق.ح.ص.ت)على ما يلي **:"...و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة.**

**أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب، وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي".**

يتضح من خلال هذه الفقرات أن المشرع الجزائري لم يميز بين القاصر المميز والقاصر غير المميز في مجال موافقة المريض على عمليات الزرع، حيث أنه ألزم في كل الأحوال موافقة ممثلهم القانوني الذي يتمثل بالنسبة لعديمي الأهلية في الأب وفي حالة فقدانه الأم وفي حالة فقدان كلا الوالدين الولي الشرعي، وبالنسبة للقصر فيتمثل الممثل القانوني في الأب وفي حالة فقدانه الولي الشرعي [3].

(1)أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص121.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص558.

(3) المرجع نفسه، ص559.

ب-**انعدام الأهلية الفعلية:** قد يكون المريض المتلقي للعضو كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية، غير أن حالته الصحية تمنعه من التعبير عن إرادته بشأن عملية الزرع[1]، كأن تكون صحته متدهورة إلى حد كبير أو يكون فاقد الوعي، ففي هذه الحالة منح المشرع الجزائري حق الموافقة على إجراء عملية الزرع لأحد أعضاء أسرته، وهذا طبقا للمادة2/166 من(ق.ح.ص.ت) التي تنص على أنه:" **...إذا كان المستقبل غير قادر على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي المبين في المادة164 أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا ".**

بالرجوع للمادة 164من نفس القانون والمعدلة بالقانون90-17[2] نجدها قد رتبت أعضاء الأسرة كما يلي: الأب، الأم، الزوج، الزوجة، الابن، البنت، الأخ، الأخت.

كما تنص المادة 166 الفقرة الأخيرة من(ق.ح.ص.ت) على أنه:**"يجوز زرع الأعضاء والأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة الأولى، والثانية أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل، ويؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين ".**

يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أجاز لرئيس المصلحة إذا توافرت حالة الاستعجال التي تتطلب التدخل الطبي السريع، ولم يستطع الاتصال بعائلة المريض في الوقت المناسب أن يعطي الموافقة على زرع العضو للمتلقي بشرط إثبات حالة الاستعجال من قبل رئيس المصلحة وبحضور شاهدين.

وفقا لما سبق فإنه حتى لو كان الأصل أنه لا يجوز للطبيب إجراء أي فحص طبي أو جراحة للمريض إلا بعد الحصول على موافقته أو موافقة أقاربه، غير أن هذا الأصل ليس بالمطلق، إذ يجوز للطبيب في بعض الأحيان القيام بإجراء عملية جراحية لشخص ما دون أخذ موافقته أو موافقة أهله من غير أن تترتب عليه أدنى مسؤولية، وذلك يرجع لما تتطلبه الظروف الصحية للإنسان من تدخل جراحي عاجل لا يحتمل التأخير.

---

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص129.

(2) قانون رقم 90 /17 المؤرخ في 31 جويلية1990، يعدل ويتمم قانون05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد35، المؤرخ في 15 غشت 1990.

**2- أن يكون رضا المتلقي حرا ومتبصرا**

نصت المادة 44 من م.أ.ط على ما يلي :"**يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر طبي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة أو متبصرة، 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**".

بناءً على هذا النص لا يمكن إخضاع المتلقي لعملية زرع الأعضاء دون أخذ موافقته المسبقة على ذلك، و لكي يكون رضا المتلقي صحيحا يجب أن يكون حرا ، وأن لا يصدر إلا بعد إعلام وتبصير.

**أ- الرضا الحر**

يكون رضا المتلقي مقبولا قانونا إذا صدر عن إرادة حرة ومدركة، فطالما كان المريض كامل الأهلية ومتمتع بنعمة الإدراك فهو الوحيد الذي يملك من الناحية القانونية سلطة الموافقة أو رفض العلاج المقترح عليه من قبل الطبيب[1].

كما يشترط في الرضا الصادر من المتلقي أن يصدر عن اقتناع كامل وبدون أي غلط أو إكراه أو أي عيب يشوب إرادته[2]، وفي هذا الصدد يرى البعض ضرورة رفض فكرة الوصاية الطبية والعائلية في مجال زرع الأعضاء البشرية[3].

**ب- الرضا المتبصر**

شهد بحث موضوع مدى التزام الطبيب بتبصير المريض في مجال التدخل الجراحي جدلا فقهيا واسعا، وقد ظهر في هذا الخصوص ثلاث اتجاهات وهي:

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص557.

( 2) راجع المواد من 80 إلى 88 من لقانون المدني الجزائري.

( 3) مواسي العلجة ، المرجع السابق، ص11.

**الاتجاه الأول: عدم الالتزام بتبصير المريض**

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الطبيب غير ملزم بتبصير المريض، ويطالب بضرورة وضع المريض تحت وصاية الطبيب بسبب أن المريض غالبا ما يكون جاهلا للمسائل الطبية والأساليب العلمية المؤدية إلى هذا التدخل، فهو ليس بإمكانه تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته وحياته، و بالتالي من المستحسن عدم إعلامه بكل المخاطر التي قد يتعرض لها، كما أن ذلك من شأنه التأثير سلبيا على حالة المريض النفسية و المعنوية[1].

**الاتجاه الثاني: ضرورة الالتزام بتبصير المريض**

يرى أنصار هذا الاتجاه أن جهل المريض للأساليب الطبية والعلمية العلاجية لا يبرر حرمانه من حقه في العلم والتبصير[2]، فيجب على الطبيب أن يقوم بتبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الجراحي ومخاطره، وإن لم يقم بذلك فهذا يعتبر من قبيل الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية[3].

أخذت بهذا الاتجاه العديد من التشريعات من بينها التشريع الجزائري بمقتضى المادة 5/166 من (ق.ح.ص.ت)التي تنص على"**...لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب المعالج الشخص المتلقي أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك".**

يتضح من أحكام هذه الفقرة أن المشرع الجزائري لا يعتد بالرضا الصادر من المتلقي إلا إذا كان عالما بالأخطار الطبية للعملية حتى يصدر رضاه على بينة وعلم كامل بوضعه الصحي[4].

(1) أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص110.

(2) سميرة عايد الديات، المرجع السابق، ص124.

(3) رأفت صلاح أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص76.

(4) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص248.

**الاتجاه الثالث: التبصير في حدود**

يعتبر هذا الاتجاه وسطا بين الاتجاهين السابقين، حيث يرى أن الأصل التزام الطبيب بتبصير المريض بالعمل الطبي ومخاطره، لكن لهذا التبصير حدود ذلك أنه أحيانا الحقيقة قد تضر بالمريض أكثر مما تنفعه فيكون لها نتائج سلبية على حالته الصحية، وهذا نظرا لما أثبته الطب من التماسك الكبير ما بين الحالة النفسية للمريض والحالة الجسدية له[1]، لهذا يسمح للطبيب إخفاء بعض الحقائق إذا كان ذلك في مصلحة المريض بشرط عدم استعمال وسائل احتيالية[2].

**ثالثا: أن يكون الرضا مكتوبا**

الأصل أنه لا يشترط في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية شكلا معينا في الرضا الصادر عن المريض، فقد يتم التعبير عنه بأي وسيلة كانت، إلا أن هناك من التشريعات من تفضل أن يكون رضا المريض أو ممثله القانوني ثابتا بالكتابة وأمام شهود، وقد تعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في المادة1/166 من(ق.ح.ص.ت) التي تنص على" **لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية، وبعد أن يعرب هذا الأخير عن رضائه بحضور شاهدين اثنين...**"

بالتالي يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري اشترط أن تتم موافقة المتلقي بطريقة كتابية، وأمام رئيس المصلحة الصحية الموجود بها المريض و بحضور شاهدين .

(1) رأفت صلاح أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص79.

(2) ذهب بعض من الفقه إلى التفرقة بين الإخفاء الطبي المتشائم غير المسموح به والإخفاء الطبي المتفائل المسموح به، ويقصد بالإخفاء الطبي المتشائم إخفاء النتائج الحسنة عن المريض وحمله على الاعتقاد بأن هناك علامات أو عواقب أكثر خطورة مما أظهرته نتائج الفحوصات والتحاليل الطبية، أما الإخفاء المتفائل فهو إخفاء حقيقة المرض الموجعة عن المريض وعواقبه الوخيمة لأن ذلك يؤثر سلبا على حالته الصحية، سميرة عايد الديات ، المرجع السابق ، ص166.

## المطلب الثالث

## الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية

تحديد الشروط الطبية له أهمية كبيرة في بيان مدى إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من الناحية القانونية، ومن هذه الشروط ما تتعلق بالحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية **(الفرع الأول)**، ومنها ما تتعلق بمدى توافق الأنسجة وحفظ العضو المنقول **(الفرع الثاني)**، وبالإضافة إلى شرط الترخيص القانوني بإجراء هذه العمليات **(الفرع الثالث)**.

### الفرع الأول: التأكد من توافق الأنسجة و الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية

يتعين على الطبيب قبل إجرائه لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يسبقها بمجموعة من الفحوصات الضرورية لضمان سلامة الأطراف المعنية بالعملية، وتتمثل هذه الفحوصات خاصة في التأكد من توافق الأنسجة بين المتنازل والمتلقي**(أولا)**، والتأكد من حالتهما الصحية**(ثانيا)**.

#### أولا: توافق الأنسجة

من بين أهم الشروط الطبية التي يجب على الطبيب التحقق من توافرها قبل مباشرة عملية نقل العضو توافق أنسجة المتنازل والمتلقي، حيث تعد ظاهرة لفظ الأجسام الغريبة " phénomènes de rejet"[1] من أخطر ما يهدد هذه العمليات ومن أهم الأسباب المسؤولة عن فشلها[2] .

قام الأطباء في السنوات الأخيرة من أجل التقليل من هذه الظاهرة، باكتشـــاف عقاقيـــر

(1) تحدث هذه الظاهرة من خلال قيام نوع خاص من كريات الدم البيضاء بالتعرف على العضو المنقول، وإعطاء الإشارة للخلايا المعروفة باسم "ليمفوست المساعدة" التي تتحول إلى خلايا البلازما المنتجة للأجسام المضادة، ويتعرض بذلك العضو المنقول لعدوان شامل من الأجسام المضادة وخلايا "ليمفوست القاتلة" وخلايا الماكروناج وهو ما يترتب عليه في النهاية لفظ العضو المنقول، أنظر مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص141.

(2) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص507.

جديدة تساعد جسم المتلقي على التفاعل مع الأنسجة والخلايا الغريبة التي تم زرعها، و تؤثر على جهاز مناعته مما يساعده على تقبل العضو الجديد، ولقد أدى اكتشاف هذه العقاقير خاصة عقار"Ciclosprine" إلى نجاح باهر لهذه العمليات خاصة عمليات زرع القلب، الكبد، الكلى وغيرها من الأعضاء [1].

غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص هو: ما مصير العضو المنزوع إذا ما تم رفضه من قبل جسم المريض بعد زرعه فيه، فهل يرجع إلى صاحبه أم يزرع لمريض آخر، أم يرمى، أم ماذا؟.

لم يتعرض القانون الجزائري على غرار أغلب القوانين المقارنة سواء منها الغربية أو العربية لهذه المسألة، لكن ما يمكن قوله أنه من المؤكد أن للأطباء السلطة التقديرية في زرع العضو لدى المريض الذي يحتاج للعضو المقتطع وتتوافق أنسجته مع أنسجة العضو [2] .

**ثانيا: الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية**

يلتزم الطبيب قبل الشروع في إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء إجراء كافة الفحوصات والتحاليل الطبية اللازمة لكل من المتنازل والمتلقي، وذلك بغرض التأكد من خلو المتنازل من بعض الأمراض كالالتهابات البكتيرية والفيروسية، وكذا خلو المتنازل من كافة الأمراض المعدية التي من شأنها الانتقال إلى جسم المتلقي عند زرع العضو له[3] .

من بين الفحوصات التي يتوجب على الطبيب القيام بها في مجال نقل وزرع الكلى التأكد من سلامة الجهاز البولي للمتنازل، وكذا عدم إصابته بارتفاع ضغط الدم، بالإضافة إلى إخضاعه لاختبار الإيدز [4] .

(1) إسمي قاوة فضيلة ، المرجع السابق، ص115.

(2) المرجع نفسه، ص117.

(3) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص507 .

(4) محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، ط1، دار القلم ودار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص179 .

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول هذا الشرط من خلال استبعاده من نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء الأشخاص المصابين بأمراض من شأنها التأثير على صحة المتنازل أو المتلقي، وهذا طبقا للمادة 2/163 من (ق.ح.ص.ت)التي تنص على أنه:**"...كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل..."**.

**الفرع الثاني: حفظ العضو المنقول**

يتفاوت مقدار المدة اللازمة للحفاظ على صلاحية العضو المنقول بحسب تكوينه التشريحي، فقد أثبتت الدراسات العلمية أن هناك بعض الأنسجة كالشرايين و الأنسجة العظمية يمكن أن تبقى لساعات طويلة محرومة من كمية الدم لها دون أن تتعرض لأي تلف، أما الأعضاء المركبة كالكبد والكلية فهي معرضة للتلف خلال فترة زمنية قصيرة لا تتجاوز بضع ساعات إذا ما حرمت من الدم، ولهذه الأسباب يلجأ الأطباء إلى حفظ العضو المنقول في ظروف معينة تضمن سلامته [1] ، كحفظ الكلية في محلول مبرد درجة حرارته ما بين 4 و10 درجات مئوية، مما يسمح على الحفاظ على صلاحيتها لمدة 48 ساعة [2] .

يلاحظ أن تطبيق هذا الشرط يتم في الدول الأجنبية المتقدمة التي تتوافر على الوسائل والأجهزة المساعدة على حفظ العضو المنقول، ولا يتم تطبيقه غالبا في الجزائر بسبب انعدام أو قلة الأجهزة الطبية المتطورة التي تستعمل في حفظ الأعضاء، لهذا فإن إجراء عمليات النقل والزرع يتم في أغلب الأحيان بنفس المكان والزمان.

**الفرع الثالث: الترخيص القانوني بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**

حتى لا تكون حياة الأشخاص وسلامة أبدانهم عرضة للتلاعب خاصة في الوقت الحالي الذي طغت فيه الماديات على القيم الإنسانية والأخلاق، لجأت التشريعات المنظمة لعمليات نقل وزرع الأعضاء إلى إحاطة هذه الأخيرة بقدر من الضمانات اللازمة لإجرائها في أحسن

(1) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص140.

(2) من أشهر المحاليل المستعملة في حفظ الكلية محلول كولنس collines الذي يسمح بحفظ الكلية المنزوعة لمدة أقل من "48ساعة، لأكثر تفاصيل أنظر محمد علي البار، المرجع السابق، ص199.

الظروف[1]، ومن أهم هذه الضمانات اشتراط الحصول على الترخيص القانوني بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء سواء بالنسبة للأطباء القائمين بها أو بالنسبة للمؤسسات الصحية.

**أ-الأطباء المرخص لهم بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء:** يقصد بالترخيص القانوني الإذن الذي يمنحه وزير الصحة للأطباء الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية لمباشرة الأعمال الطبية والجراحية، فإضافة إلى شرط المؤهل الدراسي هناك شروط أخرى نصت عليها المواد 197 من( ق.ح.ص.ت) والمادة 2 من م.أ.ط من بينها: [2]

- أن يكون الطبيب غير مصاب بأي عاهة كالعمى والصم والبكم، لأن مثل هذه العاهات من شأنها أن تجعل صاحبها غير قادر على أداء وظيفته كما يجب.

- أن لا يكون الطبيب مصابا بمرض معدي لكي لا يتسبب في نقله للآخرين، و أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف باعتبار أن مهنة الطب من أشرف المهن وأنبلها.

- أن يكون جزائري الجنسية، إلا أن الأجانب لهم الحق في ممارسة الأعمال الطبية حسب الاتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدولة الجزائرية مع غيرها من الدول في مجال تبادل الخبرات الطبية و إضافة إلى كل الشروط السابقة يشترط على الطبيب التسجيل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا.

**ب- المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء:** تنص المادة 197 من (ق.ح.ص.ت) على أنه"**لا ينزع الأطباء الأنسجة البشرية، ولا يزرعها إلا في المستشفيات التي يرخص لها بذلك وزير الصحة...".**

يتضح من خلال هذا النص أنه لا يجوز قانونا إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في المؤسسات الصحية المرخص لها بذلك من طرف وزير الصحة.

تطبيقا لهذه المادة صدر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قرارا بتاريخ

(1) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص144.
(2) المرجع نفسه، ص71.

2 أكتوبر 2002 يتضمن في المادة الثانية منه قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ هذه العمليات[1] و هي على النحو التالي:

**- عمليات زرع القرنية:**

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة).

- المؤسسة الإستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران).

- المركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر).

- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي (الجزائر العاصمة).

- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.

**- عمليات زرع الكلى:**

- المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا (الجزائر العاصمة).

- المؤسسة الإستشفائية المخصصة عيادة دقسي (قسنطينة).

**- عمليات زرع الكبد:**

- مركز بيار ماري كوري(الجزائر العاصمة).

يستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري جعل مهمة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية حكراً على المستشفيات العامة، حيث لا يسمح للطبيب الذي يعمل لحسابه الخاص، ولا للمستشفيات الخاصة بإجراء هذه العمليات، وذلك على الرغم مما تتوفر عليه هذه الأخيرة من أطباء على قدر كبير من الكفاءة و من تجهيزات متطورة، ولعل أن السبب وراء ذلك يرجع إلى تخوف المشرع الجزائري من جعل الأعضاء البشرية محلا لمعاملات تخرج عن إطار الكرامة الإنسانية، كأن تكون قطع غيار تباع وتشترى.

---

(1) قرار وزير الصحة الصادر بتاريخ 2002/10/02، يتضمن إنشاء لجنة مكلفة بانتزاع وزرع الأعضاء في كل مستشفى مرخص له بذلك.

# المبحث الثاني

# التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى

نظرا لما ثبت علميا عن إمكانية الاستفادة من جثث الأشخاص مباشرة بعد موتهم، وذلك سواء لاعتبارات علمية أو علاجية عن طريق زرعها في جسم شخص مريض في حاجة إليها، تعد جثث الموتى مصدرا أساسيا للعديد من الأعضاء اللازمة لإنقاذ العديد من المرضى من الهلاك، وتتمثل هذه الأعضاء خاصة في الأعضاء المنفردة الضرورية للحياة.

أمام الحاجة الماسة لهذه الأعضاء لجأت أغلب التشريعات[1] إلى إجازة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى للاستفادة منها سواء للتبرع بها للمريض المحتاج إليها أو لأغراض علمية، وذلك بعد التحقق من الوفاة(**المطلب الأول**)، وشرط صدور الموافقة (**المطلب الثاني**).

## المطلب الأول

## التحقق من وفاة المتنازل

يتعين على الطبيب قبل مباشرة عمليات نقل الأعضاء من جثث الموتى أن يتحقق أولا من وفاة الشخص المراد الاقتطاع منه، وتعدّ مسألة تحديد لحظة الوفاة من بين أكثر المسائل التي أثارت جدلا في الأوساط القانونية والطبية، خاصة فيما يخص المسؤول عن تحديد لحظة الوفاة هل هو القانون أم الطب (**الفرع الأول**)، ومعايير تحديدها (**الفرع الثاني**)، وكذلك عن تحديد لحظة الوفاة في مرحلة الإنعاش الصناعي(**الفرع الثالث**).

(1) من التشريعات التي نظمت الاقتطاع من جثث الموتى وأجازته التشريع الفرنسي رقم 1181 لسنة 1976 والذي صدر تحت عنوان نقل وزراعة الأعضاء، التشريع الايطالي الصادر عام 1975، التشريع الكويتي رقم7 لسنة 1983 الخاص بنقل الكلى، التشريع الأردني الخاص بالانتفاع بالأعضاء البشرية الصادر عام 1977، رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص96.

## الفرع الأول: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية أو طبية

يعد تحديد لحظة الوفاة من المواضيع الهامة في مجال نقل الأعضاء من جثث الموتى، باعتبار أن لحظة الوفاة هي اللحظة الفاصلة بين الحياة والممات والتي لا يمكن استئصال الأعضاء من جثة الميت إلا بتحققها، لكن السؤال المطروح في هذه الحالة هو: ما هي الجهة المختصة في تحديد لحظة الوفاة هل القانون أم الطب؟.

ترتبط الإجابة عن هذا السؤال بمسألة تحديد المقصود بالوفاة، هذه المسألة التي أثارت ولا تزال تثير خلافا فقهيا كبيرا بين فقهاء القانون والطب، وذلك لاختلاف التشريعات بين من نظمت مسألة تحديد لحظة الوفاة بنصوص قانونية، وبين البعض الآخر التي تركتها للطب، لهذا ظهر في هذا الشأن اتجاهان:

### أولا: الاتجاه القائل أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الموت ليست ظاهرة بيولوجية فحسب بل هي مسألة قانونية، ومن ثمّ يتعين على القانون التدخل بموجب نص صريح يحدد فيه تعريف الموت و معايير تحديدها[1].

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تحديد التشريع لتعريف الموت أمر ذو أهمية بالغة ويظهر ذلك خاصة في عمليات نقل الأعضاء من الأموات[2]، حيث يعدّ استئصال عضو من شخص قبل وفاته من أكثر الإشكالات التي تثيرها هذه العمليات، ذلك أن الطبيب قد يندفع نحو تحقيق انتصارات علمية على حساب أرواح الناس، وهذا ما ثبت فعلا في جنوب إفريقيا أين قام طبيب باستئصال قلب إنسان لا يزال على قيد الحياة؛ والحد من مثل هذه التصرفات يتطلب تدخل القانون لمنع الأطباء من تحقيق الشهرة بطريقة غير مشروعة[3].

---

(1) بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا(دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،ص389.

(2) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص106.

(3) اسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص137-138.

كما أنه باعتبار أن مسألة تحديد لحظة الوفاة تعدّ من المسائل المعقدة جدا نظرا لما ثبت علميا حول عدم موت أعضاء جسم الإنسان في نفس الوقت، فإن هذا من شأنه إثارة الشكوك حول مدى صحة تصرف الطبيب الذي يقوم باستئصال أحد الأعضاء البشرية، لهذا كان من الضروري تدخل القانون لحمايته في حالة تعرضه للمساءلة القانونية والأخلاقية، و ذلك عن طريق إيجاد تعريف للموت الذي يؤدي إلى اطمئنان الجمهور لهذه العمليات وكذا معرفة الطبيب مدى مشروعية أعماله[1].

كما أن مسألة الوفاة من المسائل التي تخص الجماعة، ولذلك يجب أن لا يترك تقديرها للطبيب بل يجب مناقشتها من العامة أو البرلمان، والتي تنتهي بإصدار قانون يحددها ويستمد من الضمير الاجتماعي والإنساني، والاعتبارات الطبية والقانونية[2].

**ثانيا: الاتجاه القائل أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية**

يرى هذا الاتجاه أن تحديد لحظة الوفاة وكيفية التحقق منها مسألة طبية بحتة لا وجوب لتدخل القانون في هذه المسألة[3]، لأن الحياة والموت هي من قبيل المظاهر البيولوجية يرجع تحديدها وتعريفها إلى العلم والطب، كما أن حالات الموت تتغير من مرحلة إلى أخرى لهذا فإنه من الصعوبة على القانون أن يساير هذه المراحل[4].

لكن ما يلاحظ على هذا الرأي أنه لم يستبعد القانون كليا من مهمة تحديد لحظة الوفاة، حيث لم يمنع القانون من المساهمة في إرساء بعض القواعد والمبادئ التي تسهل مهمة الأطباء بشأن إثبات الوفاة، وتحديد المسؤوليات الملقاة على عاتقهم، وذلك عن طريق إصدار أنظمة من الجهات الطبية المختصة[5] .

(1) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص323.

(2) سميرة عايد الديات ، المرجع السابق،ص 280.

(3) المرجع نفسه، ص280.

(4) حسني عودة زعال ، المرجع السابق، ص109.

(5) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص518؛ سميرة عايد الديات ، المرجع السابق، ص280.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فهو على غرار معظم التشريعات لم يهتم بتحديد لحظة الوفاة، فقد جاء نص المادة 164 من (ق.ح.ص.ت) كما يلي:" **لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية**" .

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرّف الوفاة ولم يحدد لحظة وقوعها، إنما أحال مهمة تحديد المعايير التي يتم اعتمادها في إثبات الوفاة إلى الوزير المكلّف بالصحة.

أصدر وزير الصحة قرارًا بتاريخ 1989/03/26 حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنقل الأعضاء، وذلك طبقا للمادة الأولى التي حددتها كما يلي:

- المعايير الإكلينيكية.
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي.
- المعايير الكهربائية( التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز الرسم الكهربائي).
- فحوصات أخرى خاصة.

تعرض هذا القرار لعدة انتقادات، وذلك على أساس أن هذه المعايير لا يمكن تطبيقها في الجزائر بسبب قلة أو انعدام الأجهزة الطبية المتطورة التي تستعمل في تحديد لحظة الوفاة في العديد من مناطق الوطن[1].

لهذا لجأ المشرع الجزائري في تعديله لقانون حماية الصحة وترقيتها إلى استحداث المادة 168مكرر1، والتي نصت على إنشاء المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية[2]،

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص536.

(2) تم تأسيس المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب مرسوم تنفيذي رقم96-122، مؤرخ في 1996/04/6،ج.رعدد22، الصادر في 1996/04/10.

الذي ترك له مهمة مراقبة الأعمال الطبية، و بالتالي يظهر أنه أخذ بالاتجاه القائل بأن الوفاة مسألة طبية، وكذلك يظهر أخذه للاتجاه القائل أن الوفاة مسألة قانونية من خلال إضفاء الصبغة القانونية على المعايير التي يجب الاعتماد عليها للتأكد من الوفاة، حيث صدر بتاريخ 19 نوفمبر2002 قرار وزاري(غير منشور) نص على معايير جديدة لإثبات الوفاة تتمثل طبقا للمادة 2 منه في: [1]

- الانعدام التام للوعي.

-غياب النشاط العضوي الدماغي.

- التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار hypercapnie .

-التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين ومن إنجاز طبيبين مختلفين.

**الفرع الثاني: معايير تحديد لحظة الوفاة**

لم يكن تحديد لحظة الوفاة سابقا يثير الصعوبة، فقد كانت تستشف من خلال علامات معينة وهو يسمى بالمعيار التقليدي(**أولا**) ، إلا أن الأمر ازداد تعقيدا في العصر الراهن نظرا لما توصل إليه العلماء من اختراع وسائل حديثة لتحديد لحظة الوفاة، وهذا ما أسفر عن ظهور المعيار الحديث(**ثانيا**)، وكذا المعيار المزدوج(**ثالثا**).

أولا: **المعيار التقليدي**

ينحصر الموت وفقا لهذا المعيار في المظاهر الفزيولوجية التي تبدوا على الميت، والتي يستطيع جميع الناس اكتشافها، وذلك لسهولة إدراكها بمجرد استعمال الحواس، ومن بين هذه المظاهر التوقف النهـــائي للدورة الدمـــوية والجهاز التنفسي أي بتوقـــف القلب والرئتين عن

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص536.

العمل [1]، وبالتالي لا يجوز للطبيب الجراح استئصال أي عضو من جسم الشخص قبل التوقف النهائي للقلب وموت خلاياه وتوقف التنفس[2].

تعرض هذا المعيار لعدة انتقادات منها:

- يمتاز هذا المعيار بعدم الدقة، ذلك أن توقف القلب عن العمل وتوقف التنفس قد لا يدل إلا على مجرد الموت الظاهري، وليس الموت الحقيقي لأن الطبيب يمكنه اللجوء إلى وسائل الإنعاش كالصدمة الكهربائية أو تدليك القلب لإعادته إلى الحياة [3]، في حين قد يحدث عكس ذلك فمن الممكن أن يبقى القلب والجهاز التنفسي أحياء، بينما تموت خلايا المخ، فيعتبر الإنسان ميتا دماغيا، رغم أن القلب والجهاز التنفسي مستمران في أداء وظائفهما، لهذا لا يمكن اعتبار هذا المعيار حاسما على حصول الوفاة[4].

- هذا المعيار يعتبر حجرة عثرة أمام إجراء عمليات نقل بعض الأعضاء كالقلب الذي يتوجب أن يكون نقله قبل موت خلاياه وإلا أصبح غير صالح للزرع[5].

**ثانيا:المعيار الحديث**

نظرا لقصور المعيار التقليدي في تحديد لحظة الوفاة استقر الطب الحديث على أن حياة الإنسان تنتهي عند موت خلايا المخ، فمتى ماتت خلايا المخ بصفة نهائية فإنه يموت الإنسان ولو ظلت خلايا قلبه حية [6]، حيث يؤكد أنصار هذا الاتجاه أنه بمجرد التوقف الكامل لوظائف المخ، بحكم الضرورة يؤدي ذلك خلال فترة زمنية وجيزة إلى توقف وظائف الأعضاء الأخرى خاصة الرئتين و القلب[7].

---

(1) بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2005،ص 87.

(2) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص102.

(3) سميرة عايد الديات ، المرجع السابق، ص264.

(4) ماجد محمد لافي ، المرجع السابق، ص251.

(5) بيومي علي محمد، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية(مصر)،2005، ص79.

(6) عيساوي محمد ، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون"، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد5، ديسمبر2008، ص209.

(7) بيومي علي محمد، المرجع السابق، ص79.

لكي يتحقق الطبيب من موت خلايا مخ الإنسان يستخدم جهاز الرسام الكهربائي للمخ، حيث أن عدم إبداء الجهاز لأي إشارات يدل على توقف خلايا المخ عن العمل، كما يجب على الطبيب إضافة على الاستعانة بهذا الجهاز التأكد من الأعراض والعلامات المختلفة التي تدل على الوفاة، فلتحديد لحظة الوفاة وفق هذا المعيار يجب توافر شرطين هما:

الشرط الأول: ملاحظة الإشارات والعلامات الأساسية ويمكن تلخيصها فيما يلي:

1- انعدام الوعي التام

2-انعدام الحركات العضلية اللاشعورية خاصة التنفس

3-انعدام أي أثر لنشاط المخ في جهاز رسم المخ الكهربائي

الشرط الثاني: استمرار هذه الإشارات والعلامات خلال فترة زمنية كافية[1].

طبقا لهذا المعيار بإمكان الطبيب استئصال الأعضاء من جسد الشخص متى ثبتت وفاة دماغه، لأن الشخص في هذه الحالة يعتبر ميتا[2]، لكن يذهب البعض إلى عدم اعتبار الإنسان ميتا حتى لو ثبت موته طبيا بموت خلايا مخه إلا بعد اتخاذ جميع الإجراءات الرسمية لإعلان الوفاة[3].

لم يسلم هذا المعيار بدوره من الانتقادات من بينها:

- توقف القلب عن العمل لا يؤدي بالضرورة إلى الموت الحقيقي للإنسان، ليتم اعتبار الإنسان ميتا يتوجب توقف جميع الأعضاء الحيوية في الجسم عن العمل بما في ذلك القلب[4].

(1) حسني عودة زعال ، المرجع السابق، ص116.
(2) رأفت صلاح أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص102.
(3) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص119.
(4) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص107.

تبنّت أغلب التشريعات معيار الموت الدماغي منها: التشريع الجزائري وهذا طبقا لقرار وزير الصحة الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2002(غير منشور)، التشريع الفرنسي، وذلك في المرسوم رقم 1041 لسنة1996 المعدل لبعض مواد قانون الصحة العامة، التشريع الأردني المتعلق بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان[1]، المرسوم اللبناني1442 لسنة 1984 وذلك في المادة الأولى منه التي تنص:" **يعتبر ميتا الإنسان الذي توقفت فيه بشكل غير قابل للعكس وظائف الجهاز الدموي أو وظائف كامل الدماغ بما فيه جسر المخيخ والنخاع المستطيل**"[2].

**ثالثا: المعيار المزدوج**

نظرا للانتقادات الموجة لكل من المعيارين التقليدي والحديث ظهر اتجاه يرى وجوب الأخذ بالمعيار المزدوج الذي يجمع بين المعيار التقليدي والحديث لتحديد لحظة الوفاة والذي مفاده أن الوفاة لا تثبت إلا بعد موت جذع المخ[3] وظهور علامات الموت الاكلينيكي[4] ، وهذا أخذ به الفقه الإسلامي الحديث[5] .

**الفرع الثالث: الإنعاش الصناعي**

يقصد بالإنعاش الصناعي "الوسائل والإجراءات الطبية التي تستخدم لفترة طويلة أو قصيرة لتحل محل الوظائف العضوية الأساسية للمريض، أو تساعده حتى يتمكن من اجتياز

(1) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص253.

(2) عبد الحميد اسماعيل الأنصاري ، المرجع السابق، ص42.

(3) يتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء هي: المخ ويتمثل في مركز التفكير والذاكرة والإحساس، المخيخ ويتمثل مهمته في المحافظة على توازن الجسم، جذع المخ(جذع الدماغ) ويمثل المركز الأساسي للتنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية، عيساوي محمد، المرجع السابق، ص208.

(4) مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج37، العدد3، جامعة الجزائر، 1999، ص31.

(5) قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مجلسه الذي انعقد في الأردن بالمملكة الهاشمية عام 1987، وفي جدة بالمملكة العربية السعودية عام 1988" أن الوفاة تتحقق عندما تتعطل كل وظائف الدماغ نهائيا وبلا رجعة وتوقف القلب والتنفس"، مشار إليه في المرجع نفسه، ص31.

فترة حرجه خلال مرضه الذي يكون فيها المريض معرضا لاحتمال الموت"[1]، وبما أن الشخص الموضوع تحت هذا الجهاز يكون في مرحلة ما بين الحياة والممات، أثار استخدام هذا الجهاز عدة إشكالات قانونية وطبية تدور أكثرها حول متى يجوز وقف هذه الأجهزة ومتى يتوجب استمرارها ؟.

**أولا: وقف أجهزة الإنعاش الصناعي**

إذا توقف كل من القلب والرئتان عن العمل، وتمكن الطبيب من تنفيذ التزامه القانوني أو التعاقدي بتركيب أجهزة الإنعاش الصناعي على المريض قبل موت خلايا مخه، ففي هذه الحالة لا يجوز للطبيب أن يفصل هذه الأجهزة وإلا تسبب في موت المريض موتا حقيقيا، ولا يستطيع الطبيب لنفي مسؤوليته الاحتجاج بوجود أشخاص آخرين في نفس الحالة في حاجة إلى هذه الأجهزة، لأن العمل بمبدأ التساوي بين الناس يمنع التضحية بحياة إنسان لإنقاذ حياة إنسان آخر[2].

أما إذا تم تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي بعد موت خلايا مخ المريض، فالغرض منها في هذه الحالة يقتصر فقط على المحافظة على حياة بعض أعضاء الجسم من خلال تزويدها بالدم المحمل بالأكسجين، لذلك فإنه من حق الطبيب أن يوقف عمل هذه الأجهزة، ولا يمكن اعتبار هذا الفعل جريمة قتل في حكم الشرع والقانون، لكن يجب على الطبيب تجنبا للشبهة وعلى وجه الاحتياط عدم اللجوء إلى هذا الإجراء إلا باتخاذ إجراءات رسمية لإعلان الوفاة بعد ثبوت الموت الحقيقي للمخ، كتحرير محضر أو شهادة الوفاة بعد استشارة فريق طبي متخصص[3].

---

(1) الجوهري أحمد جلال،" الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، سنة5، الكويت، 1987، ص122.

(2) شرف الدين أحمد،" الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2،السنة5، جامعة الكويت للحقوق والشريعة، جوان1981، ص106.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية(مصر)،1999، ص 147.

بناءً على ما سبق فإنه يتم تحديد التكييف القانوني لتصرف الطبيب القائم بعمليات نقل الأعضاء البشرية من أشخاص موضوعين تحت أجهزة الإنعاش حسب حالة خلايا المخ، فموت هذه الأخيرة يسمح للطبيب باستئصال الأعضاء المتنازل عنها دون أن تترتب في جانبه أي مسؤولية، أما في حالة إذا كانت خلايا المخ حية فلا يجوز للطبيب وقف أجهزة الإنعاش وكذا استئصال الأعضاء وإلا قامت مسؤوليته الجزائية والمدنية.

**ثانيا: استمرار أجهزة الإنعاش الصناعي**

إذا تم إثبات الوفاة طبقا لمعيار الموت الدماغي يتوجب على الطبيب إعلان وفاة ذلك الشخص، وتجدر الإشارة إلى أن لحظة الوفاة ليست هي اللحظة التي يوقف فيها الطبيب أجهزة الإنعاش الصناعي، وإنما يتم تحديد اللحظة القانونية للوفاة قبل إيقاف أجهزة الإنعاش، كما يمكن للطبيب تمديد الإنعاش الصناعي بما يساعد على الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو المراد نقله[1] .

لجأت بعض التشريعات الوضعية إلى وضع شروط معينة لإمكانية الاستئصال من الجثة و من بين هذه الشروط:

- شرط التحقق من الموت عن طريق لجان طبية خاصة، باعتبار أن الخطأ في تشخيص الوفاة من الأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى إنهاء حياة إنسان، فقد اشترطت بعض التشريعات ضرورة التأكد من الوفاة من طبيبين أو أكثر، منها التشريع الفرنسي في المادة 21 من المرسوم رقم 501 لسنة 1978، التشريع السوري في المادة 05 من القانون رقم 31 لسنة 1972[2].

تناول المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 167 من (ق.ح.ص.ت) والتي نصت على أنه:" **يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي،**

(1) مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص532.
(2) حسني عودة زعال ، المرجع السابق، ص127.

**وتدون خلاصتهم الإثباتية في سجل خاص في حالة الإقدام على انتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين".**

- شرط عدم مشاركة الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من وفاة المتنازل في عملية نقل العضو منه، وهذا ما نصت عليه المادة3/165 من (ق.ح.ص.ت) المعدّلة بموجب القانون رقم 17/90 التي تنص على:**"...ولا يمكن للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية الزرع".**

ما يلاحظ على هذا الشرط أنه يجد تطبيقه في المستشفيات العالمية الكبيرة التي تتوفر على عدد كبير من الأطباء والجراحين، وكذا التجهيزات اللازمة، و على العكس من ذلك يثير تطبيقه إشكالا كبيرا في مستشفيات الوطن التي معظمها تفتقر إلى هذه الفرق الطبية وكذا التجهيزات، فإذا كان بقسم الجراحة طبيب واحد أو طبيبان فقط، ففي هذه الحالة لا يمكن استيفاء هذا الشرط، وهذا ما يؤدي لا محالة إلى ضياع فرصة المريض في حصوله على العضو المتنازل عنه الذي في أمس الحاجة إليه، لذلك يجب تدخل المشرع لإعادة صياغة هذا النص بما يتلاءم والواقع المعيش[1].

**-** شرط عدم جواز إعلان اسم المتنازل للمتلقي أو لأسرته، وقد استحدث المشرع الجزائري هذا الشرط في المادة 2/165 من(ق.ح.ص.ت) المعدلة بالقانون رقم17/90 التي تنص على أنه:**"... كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع...".**

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذا النص غالبا ما لا يتم تطبيقه في الواقع العملي، حيث نجد أن معظم عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تتم بين الأقارب كأن يتنازل الأب عن أحد أعضائه لابنه، ففي هذه الأحوال من المؤكد معرفة الأطراف لبعضهما البعض، لهذا يطرح التساؤل التالي: هل يقوم الطبيب بإجراء العملية إذا كانت الأطراف المعنية يعرفون بعضهم البعض أو يمتنع عن ذلك ؟ وهل يتعرض الطبيب للمساءلة إذا خالف هذا النص؟.

(1) مروك نصر الدين، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص37.

لا يجيب هذا النص على هذه التساؤلات لهذا لابد من تدخل المشرع الجزائري إما لإعادة صياغته ليكون أكثر وضوحا أو إلغائه.

- شرط عدم جواز إجراء عمليات استئصال أعضاء من جثة المتوفى إذا وجدت شبهة جنائية اقترنت بحالة الوفاة، إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص، أشارت إلى هذا الشرط عدة قوانين منها المرسوم الملكي الاسباني في المادة 10، وبخصوص المشرع الجزائري فهو لم ينص على هذا الشرط، لكن ما يلاحظ من الناحية العملية أن هذا الشرط يتم تطبيقه تلقائيا على الرغم من عدم النص عليه قانونا[1] .

## المطلب الثاني

## التحقق من صدور الموافقة على الاستئصال

يرى أغلب الفقه القانوني أن للإنسان حق التصرف في جسده، وذلك سواء أثناء حياته أو بعد وفاته مادام أن هذا التصرف لا يخرج عن الحدود المرسومة له قانونا[2]، وقد تم تجسيد هذا الرأي في العديد من التشريعات التي جعلت من إمكانية الاستئصال من الجثة متوقفة على إرادة المتوفى(**الفرع الأول**)، أما في حالة وفاة الشخص دون أن يعبر عن إرادته بشأن الاستئصال من جثته يتم انتقال حق الموافقة إلى الغير(**الفرع الثاني**) .

### الفرع الأول: الاستئصال بناءاً على إرادة المتوفى

يأذن الشخص للطبيب باستئصال أي عضو من أعضاء جثته أو التصرف التام بكامل جثته عن طريق الوصية أو في شكل وثيقة عادية[3]، ويقصد بالوصية كل تصرف قانوني من التصرفات التبرعية التي تنشأ عن إرادة منفردة لا تتطلب القبول والتي تنتج آثارها بعد وفاة الشخص باعتبارها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت[4]، والوصية بالأعضاء البشرية

(1) مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص406.

(2) حسني عودة زعال ، المرجع السابق، ص136.

(3) لم ينص المشرع الجزائري صراحة على الشكل الذي يجب أن يصدر فيه إذن الشخص باستئصال الأعضاء من جثته، لهذا فقد يكون على شكل وصية أو إقرار خطي تتوافر فيه الشروط القانونية للاعتداد به.

(4) غمراسي هجيرة، المرجع السابق، ص103.

كغيرها من التصرفات القانونية تشترط لقيامها توفر شروط معينة **(أولا)**، وصدورها في شكل معين**(ثانيا)**.

**أولا: شروط الوصية بالأعضاء البشرية**

يشترط للاستئصال من جثة المتوفى بناءا على وصية المتوفى أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط تتعلق برضا الموصي، بمشروعية محل الوصية، و مشروعية السبب الدافع للتنازل.

**1- رضا الموصي**

أجازت التشريعات الوضعية الاستئصال من الجثة بناءا على وصيته بشرط أن يكون المتوفى قد عبر قبل وفاته عن موافقته، ويشترط في الوصية أن تكون صادرة عن كامل الأهلية، وعن شخص سليم العقل، فإذا كان الشخص الموصي عديم العقل والتمييز فلا وصية له[1]، وهذا ما نصت عليه المادة186 من قانون الأسرة الجزائري**:" يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"[2]**، وتطبيقا لهذا النص لا وصية لمجنون، لمعتوه، لسفيه ولا لذي غفلة.

كما يشترط أن تصدر الوصية عن إرادة حرة و واعية دون أي إكراه أو ضغط أيا كان نوعه مادي أو معنوي[3].

بالنسبة لايصاء القاصر أجازت أغلب التشريعات الاستئصال من جثث القصر، ولكن ضمن شروط معينة تختلف من تشريع إلى آخر، فنجد من ذلك التشريع العراقي في قانون مصارف العيون رقم 113 لسنة 1970 تجيز المادة 3 منه للقاصر الايصاء بعينه لغرض عمليات زرع القرنية بشرط الحصول على إقرار تحريري من الولي[4]، والتشريع الفرنسي

(1) اسمي قاوة فضيلة، المرجع السابق، ص149.

(2) قانون 11/84 ، مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، في ج.ر عدد24، المؤرخة في 12 جوان 1984.

(3) صفاء محمود رستم السويلمين،المرجع السابق، ص153.

(4) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص141.

الذي أعطى للأطباء كامل الحرية لاستئصال الأعضاء من جثث القصر المأذون لهم إدارة أموالهم، دون حاجة لموافقة الأهل، واشترط في هذه الحالة عدم إبداء القاصر اعتراضه على ذلك أثناء حياته[1].

هناك من التشريعات من لجأت إلى تحديد السن اللازمة للايصاء بالجثة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي حددته بسن 18 سنة[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتعرض لمسألة الاستئصال من جثة القاصر، مما أثار التساؤل عن مدى اعتبار سكوت المشرع في هذه الحالة بمثابة رفضه المساس بجثة القاصر أم أن ذلك يعتبر سهوا منه؟.

كذلك نتساءل عن مدى إمكانية الاستئصال من جثة القاصر بناءً على إرادة وليه أو وصيه؟.

في هذا الصدد هناك من يرى وجوب استبعاد القصر وعديمي الأهلية عن نطاق عمليات نقل الأعضاء سواء بين الأحياء أو من الجثث، وذلك لحساسية ودقة هذه العمليات[3]، وهذا ما ينطبق كذلك على مسألة الاستئصال من جثة كل من المجنون والمعتوه وذي الغفلة.

تجدر الإشارة إلى أن رضا المتوفى بالاستئصال من جثته يشترط فيه أن يكون بدون مقابل، إلا أن نفقات استئصال العضو من جثة المتوفى لزرعه في جسم المتلقي تكون على المتلقي[4].

كما أن عمليات الاستئصال يجب أن تكون لغرض زرع العضو في جسد إنسان حي بحاجة إليه، ولا يحق للطبيب التعديل في الوصية لإجراء التجارب الطبية[5].

---

(1) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص112.

(2) المرجع نفسه، ص112.

(3) اسمي قاوة فضيلة ، المرجع السابق، ص156.

(4) صفاء محمود رستم السويلمين، المرجع السابق، ص164.

(5) المرجع نفسه، ص165.

**2- مشروعية محل(نطاق) الوصية**

أجمعت أغلب التشريعات الوضعية على جواز الإيصاء بالأعضاء البشرية، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على ذلك في المادة 164 من(ق.ح.ص.ت) التي تنص على ما يلي:**"... يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى صراحة أثاء حياته على قبوله ذلك..."**.

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد عضوا معينا للتبرع، ولكن بما أن النقل من الجثة لا تحدث أي مخاطر تلحق بصاحبها عكس النقل من الأحياء، فإنه يجوز الايصاء بأي عضو من أعضاء الجثة، سواء كانت الأعضاء منفردة أو مزدوجة، بشرط أن لا يترتب عن نقلها مخالفة النظام العام والآداب العامة، فلا يجوز نقل الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية، لأن زرعها في إنسان حي يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص هو: هل يحق للموصي أن يوصي بما يشاء من أعضاء جثته أو أنه مقيد بعدد معين من الأعضاء؟

بتفحص قانون حماية الصحة وترقيتها لا نجد ما يدل على تقييد المشرع الجزائري الموصي بالايصاء بعدد معين من الأعضاء، كما أن نص المادة 2/164 من (ق.ح.ص.ت) جاء مطلقا، هذا ما يعني جواز ايصاء المتوفى بما يشاء من الأعضاء دون التقيد بعدد معين منها.

**3-مشروعية سبب التنازل**

سبب التنازل هو الباعث الدافع من الايصاء، ويشترط أن يكون مشروعا وغير مخالفا للنظام العام، و الذي يتمثل في نية التبرع[1]، بمعنى يكون الهدف من ورائه إنقاذ حياة شخص ما بحاجة إلى العضو المراد نقله، و هو في حقيقته يعد سببا مشروعا لأن هذه الوصية تقوم أساسا على انتفاء المقابل المالي.

(1) صفاء محمود رستم السويلمين، المرجع السابق، ص159.

**ثانيا: شكل الوصية**

إذا ما عبر الشخص قبل وفاته عن إرادته بشأن التصرف في جثته فيجب احترام هذه الإرادة سواء كان مضمونها الموافقة على الاستئصال أو الرفض، ويشترط للاعتداد بإرادة المتوفى أن تصدر بالشكل الذي يشترطه القانون.

**1-حالة قبول الاستئصال**

اختلفت التشريعات بخصوص شكل الوصية، فمنها من اشترطت أن تفرغ في شكل معين كالتشريع الكويتي رقم55 لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء، التشريع المصري رقم103 لسنة 1962 الخاص بتنظيم العيون[1].

من التشريعات من لم تشترط أي شكلية معينة تفرغ فيها موافقة المتوفى بالاستئصال من جثته، كالتشريع الجزائري الذي يبيح صراحة الاستئصال من الجثة بغض النظر عن أسلوب تعبير المتوفى عن موافقته الذي سواء كان بالكتابة أو الإشارة أو غيرها، وهذا طبقا للمادة 2/164 من (ق.ح.ص.ت)[2] بعد تعديلها بموجب قانون 90-17 التي تنص على ما يلي:"...**يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته على قبوله ذلك...**" .

أخذت بعض التشريعات المعاصرة بنظام بطاقة التبرع التي يحملها الشخص معه على الدوام، حيث أن هذه البطاقة تعتبر بمثابة وصية من طرف المتوفى يكون الهدف منها إتاحة الفرصة للأطباء للاستفادة من أعضاء الجثة في حالة الموت المفاجئ لصاحبها، ذلك بدلا عن كتابة الوصية والإشهاد عليها، وهذا ما أخذ به المشروع المصري في المادة7 منه التي تنص على أنه:" **يجوز الأخذ بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء التي تفيد الرضا بالاستئصال من جثة صاحبها بعد وفاته**"[3] .

(1) صفاء محمود رستم السويلمين، المرجع السابق، ص106.

(2) تنص المادة 2/164 من(ق.ح.ص.ت) قبل تعديلها:**"...وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناءاً على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة..."**

(3) عبد الحميد اسماعيل الأنصاري، المرجع السابق، ص46.

أغفل التشريع الجزائري على غرار معظم التشريعات العربية الأخرى الإشارة إلى نظام بطاقة التبرع، واشترط في من يريد الايصاء بأعضائه أن يحرر وصية، وفي تقديرنا أنه الأخذ بنظام بطاقة التبرع بالأعضاء هو الأفضل لأنه يسمح بالاستفادة أكثر من أعضاء جثث الموتى خاصة الذين يموتون جراء حوادث المرور، كما أن الأخذ بهذا النظام يتناسب مع السرعة الكبيرة التي تتطلبها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

### 2-حالة رفض الاستئصال

أجازت معظم التشريعات للشخص أن يعبر أثناء حياته برفض الاستئصال من جثته[1]، وفي هذه الحالة لا يجوز الاستئصال من الجثة ولو بموافقة الأقارب وذلك لوجوب احترام إرادة المتوفى، كما يجوز عدول المتنازل عن رفضه الاستئصال من جثته في أي وقت كان أثناء حياته[2].

على هذا الأساس فإنه يجب على الطبيب قبل قيامه بالاستئصال من الجثة أن يتأكد من أن الشخص المتوفى لم يعارض أثناء حياته على الاستئصال من جثته [3].

أما بالنسبة للشكل الذي يتم فيه التعبير عن الرفض فقد اختلفت التشريعات في ذلك فمنها من اشترطت للاعتداد بهذا الاعتراض أن يفرغ في شكل كتابي، كالتشريع التونسي الصادر سنة 1999 الذي اشترط الرسمية سواء تعلق الأمر بالموافقة على الاستئصال أو الاعتراض على ذلك[4]، وكذلك التشريع الجزائري طبقا للمادة1/165 من (ق.ح.ص.ت) التي تنص على ما يلي:"**يمنع انتزاع الأنسجة والأعضاء قصد زرعها، إذا كان الشخص المعني قد رفض كتابيا وهو على قيد الحياة، أو إذا كان الانتزاع يعيق التشريح الطبي...**" .

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص614.

(2) YVES –HENRI LELEU GENICOT , Le droit médical , Aspects juridiques de la relation médecin Patient , Édition de Boeck université ; 2$^{em}$ Rue de fminef , 39 ; Bruxelles , 2001 , P220.

(3)YVES –HENRI LELEU GENICOT ,Ibid ,p221.

(4) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص481.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يجيز للشخص قبل وفاته التعبير عن رفض المساس بأعضاء جثته بعد وفاته، واشترط لكي يتم الاعتداد بهذا الاعتراض أن يفرغ هذا في شكل كتابي.

ما يلاحظ على هذا النص أنه يعتبر نوعا من الإضافة من قبل المشرع، ذلك أنه مادام أن المشرع منح للشخص حق الاختيار بين الايصاء بالاستئصال من جثته أو عدم ذلك طبقا للمادة 2/164 من (ق.ح.ص.ت) ، فبمجرد عدم إبداء المتوفى عن رغبته في الايصاء بأعضاء من جثته، فإن ذلك يعد دليلا كافيا عن رفضه المساس بجثته بعد وفاته[1].

أما التشريعات التي لم تستلزم أي شكلية للتعبير عن الرفض من بينها التشريع الفرنسي الذي تناول في المادة 08 من المرسوم الخاص بتنفيذ قانون عمليات نقل الأعضاء الصادر في مارس 1978 مسألة إثبات رفض المتوفى للمساس بجثته، والتي جاء نصها كما يلي:" **من حق الشخص أن يبدي اعتراضه على عملية الاستئصال بكل وسيلة**"[2].

**الفرع الثاني: الاستئصال بناءاً على إرادة غير المتوفى**

غالبا ما يموت الأشخاص دون تمكنهم من الإيصاء بأعضائهم، وذلك إما لأنهم كانوا يتمتعون بصحة جيدة فاستبعدوا فكرة الموت، وبالتالي لم تراودهم فكرة التبرع بالأعضاء، أو أنهم تعرضوا لأمراض فكان من الصعوبة مطالبتهم بالإيصاء بأعضائهم، وذلك حفاظا على حالتهم النفسية[3].

(1) يبرر الدكتور مأمون عبد الكريم موقف المشرع الجزائري على أساس أن الهدف الذي يرمي إليه هذا النص هو تأكيد احترام إرادة المتوفى الذي لا يريد المساس بجثته بعد وفاته، وبالتالي يبين له السبيل لتحقيق ذلك المتمثل في التعبير عن رفضه صراحة الاقتطاع من جثته بطريقة كتابية، وهذا بقصد عدم السماح لأحد الحلول محل المتوفى للموافقة على الاقتطاع من جثته، وهو على عكس حالة سكوت الشخص عن التعبير عن إرادته الذي يفتح المجال للطبيب لكي يلجأ إلى أخذ موافقة الأهل، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص643.

(2) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص482.

(3) أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص217.

على ذلك يتم انتقال الحق في الموافقة على الاستئصال من الجثة إلى أقاربه(**أولا**) وإن تعذر الاتصال بهم يحتفظ بهذا الحق الأطباء لوحدهم دون أخذ موافقة أحد(**ثانيا**).

**أولا: الاستئصال بناءا على موافقة الأقارب**

اختلفت التشريعات في تحديد طبيعة الموافقة التي تصدر من أقارب المتوفى بشأن الاستئصال من الجثة، فهناك بعض التشريعات من اشترطت الموافقة الصريحة للأقارب، بينما اكتفت تشريعات أخرى بالموافقة الضمنية.

**1- الموافقة الصريحة**

ينتقل الحق في التبرع بأعضاء جثة الشخص إلى أقاربه إذا توفي هذا الأخير دون أن يبين موقفه بشأن إمكانية الاستئصال من جثته أو عدمه، حيث أن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب ما هو إلا حماية لحقوقهم المعنوية على جثة قريبهم، وعلى ذلك فإن الاستغناء عن موافقتهم يعتبر اعتداء صارخ لحقوقهم المعنوية[1] .

تعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات من بينها:

- ضرورة الحصول على موافقة الأقارب تعيق الإجراءات السريعة التي تتطلبها عمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث أن انتظار هذه الموافقة قد يؤدي إلى تلف الأعضاء المراد نقلها من الجثة [2] .

- ليس من الإنسانية إثارة مسألة الاستئصال من جثة المتوفى من أقاربه في لحظة وفاته لأن ذلك من شأنه أن يثير عواطفهم في الوقت الذي يحتاجون فيها إلى من يواسيهم[3].

نص التشريع الجزائري في المادة 2/164 من (ق.ح.ص.ت) على ما يلي :"**...إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أفراد الأسرة حسب الترتيب**

(1) رأفت صلاح أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص117.

(2) حسني عودة زعال، المرجع السابق، ص146.

(3) مروك نصر الدين ، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية،المرجع السابق، ص432.

**الأولي التالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أ والبنت، الأخ أو الأخت أو الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة ".**

ما يستنتج من هذا النص أن المشرع الجزائري أعطى الحق للأقارب بإبداء الموافقة على الاستئصال من جثة قريبهم المتوفى، إذا لم يعبّر هذا الأخير قبل وفاته عن موقفه من مسألة الاستئصال من جثته، واشترط ترتيب معين للأقارب المسموح لهم بإبداء الموافقة، هم على التوالي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة،الابن أو البنت، الأخ أو الأخت، الولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة.

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الشكل الذي يجب تقديم موافقة الأقارب على الاستئصال من جثة المتوفى، مما يدل على جواز التعبير عن الموافقة بأي وسيلة كانت سواء كتابة أو شفاهة، غير أنه عمليا غالبا ما يتم بالتوقيع على وثيقة معدّة مسبقا من طرف المؤسسة الصحية لهذا الغرض (الاستمارة).

كما أن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل تنظيم الحالة التي يتعدد فيها الأقارب الذين لهم نفس المرتبة، فهناك حالات قد يجد الطبيب نفسه أمام تعارض إرادتين لقريبين في نفس الدرجة من القرابة فأيّ من الإرادتين يعتد بها هل الإرادة الموافقة على الاستئصال من الجثة، أو الإرادة القائلة بعدم المساس بالجثة؟.

بما أن المشرع الجزائري لم يبين موقفه في هذه الحالة، فإن السلطة التقديرية تعود للطبيب القائم بالعملية، لكن على الأرجح يعتدّ الطبيب بالرغبة القائلة بعدم جواز المساس بالجثة.

### 2- الموافقة المفترضة

إن اشتراط الحصول على موافقة الأقارب يعيق إلى حد كبير السرعة اللازمة التي تتطلبها عمليات نقل وزرع الأعضاء، لهذا يرى هذا الاتجاه وجوب افتراض رضا الأقارب، فالطبيب يستطيع مباشرة عمليات نقل الأعضاء من الجثة إذا لم يصله أي اعتراض صريح

من أقارب المتوفى قبل مباشرة هذه العمليات حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصل هو رضا الأقارب بالاستئصال إلى حين إثبات العكس أي رفضهم ذلك[1].

أما إذا وجد المريض في حالة غيبوبة طويلة يكون فيها المخ على وشك الوفاة يتوجب على الأطباء إخطار أقارب المريض بمشارفة قريبهم على الوفاة، وبعزمهم على الاستئصال، لكن يجب على الأطباء أن لا ينتظروا وقتا طويلا، فعدم الرد في الوقت المناسب يعتبر بمثابة عدم اعتراض يخول للأطباء الحق في مباشرة عملية الاستئصال، لهذا فإن حرية الاستئصال هي الأصل واعتراض الأقارب هي الاستثناء[2].

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد وذلك من عدة نواحي من بينها: [3]

- انطوائه على خطورة كبيرة فقد يدعي بعض الأقارب أنهم اعترضوا في الوقت المناسب في حين يدعي الطبيب أن الاعتراض لم يصله إلا بعد مباشرة العملية، وهذا ما قد يعرض الطبيب للمسؤولية، وخشية من ذلك حرص الأطباء على ضرورة الحصول على موافقة الأقارب .

- هذا الرأي لا يعطي أهمية للأقارب فقد يتم السماح لبعض الأقارب بالاعتراض في حين يتم حرمان البعض الآخر، لهذا يقترح الفقه الفرنسي تفاديا لهذه الإشكالات ضرورة ملء استمارة من طرف المريض أو أقاربه توضح مدى قبول الاستئصال من الجثة أو عدم ذلك، وتعتبر هذه الاستمارة من إجراءات الدخول إلى المستشفى.

لا تكتفي معظم القوانين بموافقة الموصي قبل وفاته، بل تشترط كذلك موافقة الورثة جميعا، بحيث لو اعترض أحدهم لا يتم النقل، كقوانين الولايات المتحدة الأمريكية؛ ومن جهة

(1) صفاء محمود رستم السويلميين، المرجع السابق، ص177.

(2) سميرة عايد الديات ، المرجع السابق، ص318؛ زعال حسني عودة ، المرجع السابق، ص147.

(3) غمراسي هجيرة ، المرجع السابق، ص112.

أخرى لم تر بعض التشريعات ضرورة إذن المتوفى أو أهله إذا مات الشخص في مستشفى حكومي، ولم يثبت رفضه للتبرع كقانون لوكسمبورغ الصادر في 1958/11/17[1].

هناك رأي آخر لبعض الفقه يرى أن إذن المتوفى بالاستئصال من جثته يعد بمثابة وصية تنفذ بعد موته، والوصية يجب أن تكون فيما يملكه الموصي، ولا يمكن اعتبار أن الموصي يملك حق التصرف في بدنه، لهذا فإن هذا الرأي يرى ضرورة الاكتفاء بإذن أولياء المتوفى[2] .

**ثانيا:الاستئصال دون أخذ موافقة أحد**

يرى هذا الاتجاه أن الطبيب يستطيع بمفرده، ودون حاجة للحصول على موافقة أحد تقرير مدى ضرورة إجراء عملية استئصال عضو من الجثة لزرعها في جسد شخص آخر و ذلك لأن الطبيب يتصرف لمصلحة الجماعة باسم المجتمع[3]، فمؤدى هذا الاتجاه اعتبار الجثة ملك للدولة تتصرف فيه كما تشاء بهدف تحقيق المصلحة العامة، ولا تعتبر الجثة ملك للشخص ولا لأقاربه، وحقوق المجتمع أولى من حقوق المتوفى وأسرته، وهذا ما يسمى بنظام تأميم الجثة[4].

حددت بعض التشريعات بعضا من الحالات التي من الممكن في ظلها الحصول على الأعضاء البشرية من الموتى دون الحاجة إلى موافقة أحد منها:

- الحالة التي يكون فيها المتوفى مجهول الهوية و لم يطالب أحد بجثته خلال 24 ساعة بعد الوفاة، وهذا ما أشار إليه التشريع الأردني في المادة 5 من القانون رقم23 لسنة1977[5].

- حالة الاستعجال أو الضرورة وهي الحالة التي استند إليها التشريع الجزائري لتبرير الاستئصال بدون موافقة الأسرة، وذلك يظهر من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 3/164 من

(1) عبد الحميد اسماعيل الأنصاري ، المرجع السابق، ص47.

( 2) المرجع نفسه، ص48.

(3) صفاء محمود رستم السويلميين، المرجع السابق، ص182 .

(4) بوشي يوسف، المرجع السابق، ص486.

(5) صفاء محمود رستم السويلميين، المرجع السابق ، ص 182.

(ق.ح.ص.ت) المعدلة بقانون 90-17 التي جاء نصها كما يلي:" **...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 التأخر في أجل الانتزاع يؤدى إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع، إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون".**

بمقتضى هذا النص سمح المشرع الجزائري للطبيب باستئصال الكلية أو القرنية دون موافقة أحد، في حالة الاستعجال التي تقررها اللجنة الطبية الموكلة إليها مهمة الفصل في الاستئصال من عدمه.

**الفرع الثالث: مدى إمكانية الاستئصال من المنفذ عليهم حكم الإعدام**

اختلف الفقه حول هذه المسألة، فهناك من الفقه من يرى إمكانية استئصال الأعضاء من جثث المنفذ عليهم بالإعدام، باعتبار أن المصلحة الإنسانية تتطلب وجوب الاستفادة من الأعضاء المستأصلة من أجسام المحكوم عليهم بالإعدام قصد زرعها في أجسام أشخاص أحياء لإنقاذ حياتهم، كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن الاستئصال يعتبر بمثابة تعويض للمجتمع عن الأضرار التي لحقته جراء ارتكاب المحكوم عليه جريمة قتل إنسان حي، بمعنى أنه يتوجب استئصال الأعضاء من المحكوم عليه بالإعدام لإنقاذ حياة إنسان بدلا من الإنسان الذي أزهقت روحه[1] .

من جهة أخرى يرى البعض الآخر من الفقه أنه لا يجوز المساس بأجساد المحكوم عليهم بالإعدام بعد تنفيذ حكم الإعدام، إلا بموافقتهم على ذلك قبل تنفيذ حكم الإعدام، حيث لا يجوز إجبار المحكوم عليهم بالتنازل عن عضو من أعضاء جثثهم لأن ذلك يتعارض مع الكرامة الإنسانية[2] .

(1) رأفت صلاح أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص115.

(2) أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، المرجع السابق، ص 217.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتناول مصير الجثة بعد تنفيذ حكم الإعدام، وذلك نظرا للسرية المطلقة في تنفيذ هذه العقوبة، كما أن تنفيذ هذه العقوبة غالبا ما يكون رميا بالرصاص مما يؤدي حتما إلى عدم صلاحية أعضائه للنقل، وعليه فإن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الذي لا يجيز المساس بجثث المحكوم عليهم بالإعدام[1].

(1) مشكور خليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون،2001، ص116.

# الفصل الثاني

# أحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء من قبيل العلوم والممارسات الطبية التي تتضمن جانبا هاما من المتطلبات الإنسانية التي ترد على جسم الإنسان، وذلك بما له من حرمة لا يجوز المساس بها إلا بمقتضى هدف مشروع يستهدف مصلحة صحية.

على الرغم مما أصبحت تقدمه هذه العمليات للإنسانية من خدمات متميزة وعظيمة بفضل التطورات العلمية والتكنولوجية، إلا أنه في مقابل هذه التطورات لا تخلوا هذه العمليات من المخاطر والآثار السلبية التي تمس أساسا بصحة الإنسان وحياته، فتطور العلوم الطبية وتقدمها من لوازمه الخطورة والتعقيد، الأمر الذي أدى إلى كثرة الأخطاء الطبية وتنوع صورها.

باعتبار أن الأطباء يخضعون كغيرهم من أفراد المجتمع لأحكام المسؤولية، أعطت أغلب التشريعات الوضعية الحق للأفراد برفع دعاوى على الأطباء لمطالبتهم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم جراء ما اقترفوه من أخطاء سواء كانت عمدية أو غير عمدية، وذلك في إطار أسس تشريعية وضعها المشرعون لضمان معاقبة الأطباء من جهة وجبر الأضرار التي حصلت من جهة أخرى.

تعرف المسؤولية المدنية بأنها التزام المدين بتعويض الضرر الذي ترتب عن إخلاله بالتزام يقع على عاتقه[1]، و لدراسة أحكام المسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يتطلب الأمر تحديد قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن هذه العمليات (**المبحث الأول**) و آثار قيام هذه المسؤولية(**المبحث الثاني**).

(1) جهاد جميل الشوابكة ، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال مهنته، مذكرة ماجستير، قسم القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص36.

# المبحث الأول

# قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء

تعرف المسؤولية المدنية الطبية في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بأنها التزام الطبيب القائم بهذه العمليات بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه خلال خضوعه للعملية والناتج عن الخطأ الطبي، وقد يكون الخطأ ناتج عن إخلال بالتزام قانوني أو عقدي وبالتالي فهي إما عقدية أو تقصيرية، ونظراً لعدم وجود نصوص قانونية تناولت الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية بوجه خاص أثارت هذه الأخيرة جدلا كبيرا في أوساط الفقه والاجتهاد القضائي.

لهذا يتحتم علينا تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب **(المطلب الأول)**، وبما أن قيام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح سواء كانت عقدية أو تقصيرية مرتبط بتوافر أركانها،فهذا يستدعي دراسة هذه الأركان **(المطلب الثاني)**.

## المطلب الأول

## الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب

لم يرد نص خاص في التشريعات الوضعية يوضح الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب لذلك احتدم الجدل و ثارت المناقشات حول طبيعة مسؤولية الطبيب، وأين يكون مكانها في دائرة المسؤولية التقصيرية أو في دائرة المسؤولية العقدية؟.

يستوجب تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تحديد التكييف القانوني لهذه المسؤولية **(الفرع الأول)**، ولاشكّ في أن تكييف المسؤولية المدنية للطبيب له أهمية كبيرة تبرز خاصة في تحديد تكييف التزام الطبيب **(الفرع الثاني)**.

## الفرع الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب

لا يمكن حسم المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمسؤولية المدنية الطبية بوجه عام في أنها تقصيرية أو أنها عقدية في كل الأحوال، فهي تتحدد وفقا لما إذا كان هناك اتفاق بين الطبيب والمريض(المتنازل الحي أو المتلقي حسب الحالة ) أو لم يوجد مثل هذا الاتفاق، لهذا فإن هناك حالات تكون فيها مسؤولية الطبيب عقدية(**أولا**)، حالات تكون فيـــها تقصيرية (**ثانيا**)، وهناك حالات أخرى تكون فيها عقديـــة و تقصيرية في نفس الوقت(**ثالثا**).

### أولا: قيام المسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية العقدية نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه على نحو سبب ضرراً للمتعاقد الآخر[1]، وعلى هذا الأساس تكون مسؤولية الطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية عقدية إذا توافرت الشروط التالية:

### 1- وجود عقد طبي صحيح

يستند قيام المسؤولية العقدية للطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية على توفر عقد صحيح بين الطبيب والشخص الخاضع للعملية.

**أ- وجود عقد طبي:** يعرف العقد الطبي بأنه" اتفاق يربط الطبيب بالمريض بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري والمناسب للمريض وفقا للقواعد العلمية، ويلتزم المريض بدوره بدفع مقابل أتعابه" [2].

(1) أحمد حسن عباس الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ،ص58.

(2) بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011، ص164.

يعتبر وجود العقد الطبي[1] أمر واضح في حالة اختيار المريض لطبيبه، غير أن هناك حالات يصعب فيها معرفة وجود عقد أو عدم وجوده كحالة إجراء العملية الجراحية في مستشفى خاص والتي تثير فرضين:

**الفرض1: حالة الطبيب المعين من قبل مستشفى خاص أو مشروع خاص**

نكون بصدد هذه الحالة إذا تعاقد الأطباء مع العيادات أو المستشفيات الخاصة أو إدارة الشركات أو المصانع، إذ يلتزم الطبيب بمقتضى العقد بعلاج المرضى الذين يدخلون المستشفى أو العيادة، في هذه الحالة يكون الطبيب ملزم بتقديم خدمات لأشخاص لم يربطه معهم أي اتفاق ولم يقدموا على اختياره، كما أنهم لا يستطيعون رفض خدماته[2].

تم تكييف هذا العقد على أنه اشتراط لمصلحة الغير[3] إذ يلتزم الطبيب(المتعهد) في مواجهة الجهة المشترطة بأن يعالج المرضى، وباعتبار أن المرضى هم المستفيدون من الاشتراط، فإن هذا يمنح لهم الحق في رفع دعوى مباشرة على الطبيب(المتعهد) ليطالبوه بتنفيذ التزامه بالرغم من كونهم ليسوا أطرافا في العقد، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب تكون عقدية[4].

---

(1) ثار جدل ونقاش فقهي كبير بين الفقهاء بشان الوصف القانوني الذي يجب إعطاءه لعقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب ومريضه، ويرجع ذلك إلى ربطه بمختلف العقود المشابهة له المنصوص عليها في القانون المدني، حيث تراوحت الآراء بين اعتباره عقد وكالة، عقد عمل، و عقد مقاولة، ولقد استقر الرأي على اعتباره عقد غير مسمى، حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن(دراسة مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص29.

(2) عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2003، ص194.

(3) تنص المادة116 من (ق.م.ج) على أنه :"**يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية 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. و يجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.**"

(4) بوخرس بلعيد ، المرجع السابق، ص165.

**الفرض2: حالة اختيار الطبيب المستشفى الخاص الذي يجري فيه العملية للمريض**

يترتب على اختيار الطبيب المستشفى الخاص الذي يجري فيه العملية للمريض عدم تبعية الطبيب لإدارة المستشفى، على هذا الأساس يكون دور المستشفى محدودا لا يتعدى تقديم سرير للمريض ووضع الأدوات الجراحية والمساعدين بين يدي الطبيب وتحت سلطته مقابل أجر معين يدفع للمستشفى، بالتالي يعتبر الطبيب هو المسؤول عن أيّ خطأ يُحدثه للمريض، وذلك على أساس المسؤولية العقدية باعتبار أن المريض قد تعاقد مع الطبيب[1].

**ب- صحة العقد الطبي**

لكي يكون العقد الطبي صحيحا منتجا لآثاره يجب أن تتوافر فيه جميع أركانه التي حددها القانون من رضا، محل وسبب، ويترتب على تخلف أحد هذه الأركان البطلان المطلق، ومن شروط صحة العقد أن لا يكون مشوبا بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال فإذا اقترن الرضا بأحد هذه العيوب يكون العقد قابلا للإبطال[2].

**2-إخلال الطبيب بالتزام ناشئ عن العقد الطبي**

تقوم المسؤولية العقدية للطبيب إذا كان الضرر الذي أصاب المريض نتيجة عدم تنفيذ التزام عقدي، فإذا كان الضرر غير ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي انتفت المسؤولية العقدية[3]، ومن بين الالتزامات التي يرتبها العقد الطبي حسن انجاز العمل المتعاقد عليه بإتباع أصول الطب وفنها ووفقا للمعطيات العلمية الثابتة علميا.

**3- يجب أن يكون المتضرر هو الشخص الخاضع للعملية**

يشترط لقيام المسؤولية العقدية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أن يكون المتضرر هو إما المتنازل الحي أو المتلقي حسب الحالة، أما إذا كان المتضرر من

(1) إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية(دراسة قانونية مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص175.

(2) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص59.

(3) المرجع نفسه، ص63.

الغير كمساعد الطبيب الذي أصيب بجرح أثناء إجراء هذا الأخير العملية الجراحية، فالمسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية[1].

**4- يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد**

في هذا الصدد يتم التفرقة بين فرضين:

**الفرض1: إذا كان الخاضع للعملية أو من ينوب عنه قانونا أو اتفاقا هو الذي تعاقد مع الطبيب**

يحقّ للمريض المتضرر في هذه الحالة أن يقيم الدعوى ضدّ الطبيب المخطئ وفقا لأحكام المسؤولية العقدية، وإذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب فينتقل الحق في رفع دعوى المسؤولية العقدية إلى الخلف العام والخلف الخاص لانصراف آثار العقد إليهما [2].

**الفرض2: إذا كان الذي أبرم العقد مع الطبيب غير المريض الخاضع للعملية ولا ممثله القانوني أو الاتفاقي**

في هذا الصدد يجب التفرقة بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يتعاقد الشخص مع الطبيب باسمه مشترطا حقا مباشرا للمريض من العقد فتطبّق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[3].

الحالة الثانية: أن يتعاقد الشخص مع الطبيب باسم المريض ولمصلحته، تطبق في هذه الحالة أحكام الفضالة[4] فتكون العلاقة بين الطبيب والمريض تعاقدية.

---

(1) أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية(دراسة مقارنة)،ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011، ص95.

(2) المادتين108 و109 من (ق.م.ج).

(3) عيسوس فريد، المرجع السابق، ص198.

(4) الفضالة هي" أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك"، أنظر نص المادة 150 من (ق.م.ج).

الحالة الثالثة: إذا تعاقد الشخص باسمه ولمصلحته الذاتية دون أن يرتب حق مباشر للمريض من العقد فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال دعوى المسؤولية العقدية، أما المريض فباعتباره من الغير بالنسبة للعقد المبرم فلا يحق له إلا استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية[1].

**ثانيا: قيام المسؤولية التقصيرية**

تكمن المسؤولية التقصيرية في الإخلال بالواجب القانوني العام الذي مقتضاه أن لا يُضر الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه[2]، ونجد أن المسؤولية التقصيرية قد قضت بها محكمة النقض الفرنسية التي أقرت أن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه في ذلك شأن أي شخص عادي يرتكب خطأ يحدث به ضرر للغير، وذلك وفقا للمادتين 1382،1383 من القانون المدني الفرنسي[3].

استمر القضاء الفرنسي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الطبيب إلى غاية إصدار قرار مارساي Merseir عن محكمة النقض الشهير بتاريخ20 ماي1936، الذي تم بموجبه التخلي عن الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب كمبدأ عام[4]، لكن رغم ذلك هناك حالات استثنائية لا يمكن اعتبار مسؤولية الطبيب إلا تقصيرية من بينها:

**1 - حالة تخلف الرابطة العقدية بينه وبين المريض الخاضع للعملية**

إذا قام الطبيب بمباشرة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو أيّ تدخل من التدخلات العلاجية أو الجراحية دون أن تكون هناك رابطة عقدية بينه وبين مريضه الخاضع

---

(1) أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص97.

(2) المادة 124 من (ق.م.ج).

(3) بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص140.

(4) جاء في قرار مارساي ما يلي" **ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان العقد هذا يتضمن التزام ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر المتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة، وأن خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية**"، كمال فريحة،المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012، ص11.

للعملية (الشخص الحي المنقول منه العضو البشري بالنسبة لعملية النقل، أو المتلقي بالنسبة لعملية الزرع) كانت مسؤوليته تقصيرية، ويثير هذا الشرط ثلاث حالات هي:

**أ- حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه:** إذا تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بناءا على دعوة من الجمهور لإنقاذ المصاب يعتبر عمله من قبيل الفضالة، أما بالنسبة لطبيعة مسؤولية الطبيب في هذه الحالة فلا يمكن أن توصف بأنها مسؤولية عقدية لعدم توفر العقد الطبي، لهذا فهي تعتبر تقصيرية[1].

**ب- حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام:** توصف 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 الذي يصيب المريض بسبب خطئه في مستشفى عام تعد تقصيرية وليست عقدية[2].

**ج- حالة تقديم الطبيب لخدماته مجانا:** ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى نفي الصفة العقدية عن الخدمات المجانية، على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، لكن الواعد بالخدمة المجانية لم يقصد أن يرتب التزاما في ذمته، فمثل هذه الالتزامات يكون مصدرها اللّباقة والمجاملة ولا تشكل بالنسبة للواعد إلا مجرد واجب أدبي، ومن ثمَّ فلا يترتب عنها إلا مسؤولية تقصيرية في حالة إحداث خطأ من الواعد أو الموعود له[3].

بينما ذهب بعض الفقه إلى اعتبار مسؤولية الطبيب عن الضرر الحاصل تعاقدية، لأن قيام عقد العلاج لا يتنافى مع كون العلاج مجانا[4].

(1) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق، ص92.

(2)إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص178.

(3) عيسوس فريد ، المرجع السابق، ص178.

(4) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق، ص91.

**2- بطلان العقد الطبي**

لا يترتب عن العقد الباطل التزام لهذا فإن المسؤولية المترتبة عنه تكون تقصيرية، ويكون العقد باطلا طبقا للقواعد العامة في حالة تخلف الرضا أو كون المحل أو السبب غير مشروع.

**أ- حالة تخلف رضا المريض(المتنازل الحي أو المتلقي)**:يكون العقد الطبي باطلا إذا أجرى الطبيب عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية دون الحصول على رضا الأطراف المعنية بالعملية(المتنازل الحي والمتلقي حسب الحالة)، أو كان الرضا المتحصل عليه باطلا لعدم توافره على شروط الاعتداد به قانونا.

**ب-حالة عدم مشروعية المحل**: يعتبر المحل غير مشروع إذا كان ممنوعا من قبل القانون أو مخالف للنظام العام والآداب العامة[1]، وفي مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يعتبر محل التزام الطبيب الذي هو اقتطاع الأعضاء من أجل زرعها لأحد المرضى محلا مشروعا، ويستنتج ذلك من قوانين مختلف الدول منها قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري الذي يسمح باقتطاع الأعضاء البشرية، لكن الممنوع هو التنازل عن كامل أعضاء الجسم أثناء الحياة أو اقتطاع أحد الأعضاء المنفردة في الجسم أو الضرورية للحياة كالقلب، فاستئصال مثل هذا العضو يؤدي إلى وفاة الشخص[2].

**ج- حالة السبب غير مشروع** : يعتبر السبب غير مشروع في حالة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة[3]، ويمكن تصور عدم مشروعية السبب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في حالة قيام الطبيب بإجراء عمليات نقل الأعضاء لهدف علمي بدون اعتبار لمصلحة المريض[4]، أو قصد مساعدة شخص ما على التهرب من الخدمة الوطنية.

(1) أنظر أحكام المادة 93 من (ق.م.ج).
(2) مشكور خليدة، المرجع السابق، ص11.
(3) أنظر أحكام المادة 97 من (ق.م.ج).
(4) مشكور خليدة، المرجع السابق، ص16.

### 3-اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي

يرى البعض أنه عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا، فإن سبب المسؤولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، والقضاء الجنائي هو المختص بالدعوى المدنية بشرط أن يقيمها المضرور على أساس المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية[1].

نص قانون حماية الصحة وترقيتها على مسؤولية الطبيب التقصيرية والجزائية، وذلك من خلال المادة 239 منه، حيث أكد هذا النص على أنه يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من(ق.ع.ج)أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.

تختلف الجرائم التي يسأل عنها الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء عنها من الأموات، فقد يُسأَل الطبيب عن جريمة قتل أو إحداث عاهة مستديمة في حالة مخالفته لضوابط وتشريعات نقل وزرع الأعضاء من الأحياء عمديا، كما يسأل الطبيب جنائيا كذلك عند ممارسة هذه العمليات دون ترخيص أو خارج المراكز الطبية المرخص لها بذلك، أما في موضوع النقل من الأموات فقد يسأل الطبيب عن جريمة انتهاك حرمة الموتى إذا قام الطبيب بالاستئصال من الجثة دون وجود وصية مسبقة من صاحبها قبل وفاته أو موافقة وليه الشرعي على ذلك[2].

### ثالثا: مدى جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤوليتين

قد تتوفر في الفعل الواحد شروط كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لهذا يرغب المضرور في الجمع بين المسؤوليتين، أو اختيار نظام المسؤولية الأكثر حماية له.

---

(1) بوخرس بلعيد ، المرجع السابق، ص150.

(2) تناول المشرع الجزائري العقوبات الجزائية الناتجة عن مخالفة الضوابط القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في المواد من 303 مكرر16 إلى 303 مكرر 29 من قانون رقم 01/09، مؤرخ في 2009/02/25، متعلق بالاتجار بالأعضاء يعدل و يتمم أمر 156/166، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد5، مؤرخة في 2009/03/08.

### 1- مدى جواز الجمع بين أحكام المسؤوليتين

أجمع الفقه والقضاء على عدم جواز جمع المضرور بين أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، سواء عن طريق دعاوى متتالية أو عن طريق الجمع بين ما هو أصلح للمضرور من أحكام المسؤوليتين[1]، إذ أن القاعدة العامة في الأساس التقصيري هو تطبيقها على طرفيها المتسبب والمتضرر غير المتعاقدين، بينما المسؤولية العقدية تطبق في حالة وجود علاقة تعاقدية طبقا لمقتضيات مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في أحكام المادة106 من(ق.م.ج)، والذي يخول للطرفين المتعاقدين حق الاتفاق على أحكام المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام التعاقدي[2].

على هذا الأساس فإن الشخص المتضرر من خطأ طبيبه الجراح الذي تعاقد معه مسبقا على إجراء عملية نقل أو زرع الأعضاء البشرية، يتعين عليه الاستناد إلى الأساس التعاقدي دون الأساس التقصيري عند رفع دعواه[3].

### 2- مدى جواز الخيرة بين المسؤوليتين

الخيرة هي حق المضرور في الاختيار بين المطالبة بالمسؤولية العقدية أو المطالبة بالمسؤولية التقصيرية، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن المضرور له حق الاختيار في أن يتمسك بالمسؤولية التي تتفق مع مصلحته، ويرى البعض الآخر من الفقه عدم جواز الخيرة، أي أنه لا يجوز للمضرور المطالبة بالمسؤولية التقصيرية مادامت أن العلاقة بين الطرفين قائمة على أساس التعاقد، ذلك أن المسؤولية العقدية تعتبر امتداد للعقد يحول دون لجوء المضرور إلى المسؤولية التقصيرية، كما أن احترام القوة الإلزامية للعقد يقتضي من المضرور التقيد بالمسؤولية العقدية واستبعاد المسؤولية التقصيرية[4].

---

(1) فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض،ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص28.

(2) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص114.

(3) المرجع نفسه، ص115.

(4) فيلالي علي ، المرجع السابق، ص ص29-30.

## الفرع الثاني: طبيعة التزام الطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

على الرغم من تقدم العلوم الطبية المتعلقة بجسم الإنسان، إلا أن ذلك لم يجعل من نجاح عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أمرا مؤكدا، فكثيرا ما لا تحقق هذه الأخيرة النتيجة المرجوة في شفاء المتلقي، بل قد تؤدي أحيانا إلى إلحاق أذى بسلامة أعضاء الجسم الأخرى للمتنازل، وهذا ما أدى إلى ظهور مشاكل قانونية بين الطبيب والمريض حول مدى التزام الطبيب عن هذه العمليات.

لتحديد طبيعة التزام الطبيب نحو مريضه يتطلب الأمر تحديد طبيعة هذا الالتزام تجاه المتنازل(**أولا**)، وتجاه المتلقي(**ثانيا**).

### أولا: طبيعة التزام الطبيب تجاه المتنازل

يُعدّ التزام الطبيب ببذل العناية هو الأصل في الأعمال الطبية، و ذلك بسبب فكرة الاحتمالية التي تسيطر على نتائج عمل الطبيب، إلا أن هذا لم يمنع من وجود حالات استثنائية يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تتمثل في الالتزام بضمان سلامة المريض، ويبرر هذا الالتزام المحدد أن تنفيذه لا مجال فيه لفكرة الاحتمال[1].

يتم اعتبار الالتزام المفروض على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة بالنظر إلى طبيعة العمل الطبي كالجراحة التجميلية، نقل الدم، استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، التحاليل الطبية وغيرها من الحالات[2]؛أو بالنظر إلى الغرض من هذه الأعمال،حيث توسع الفقه في إدراج العديد من صور الأعمال الطبية الأخرى التي يكون فيها الطبيب ملزما

(1) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص44.

(2) المرجع نفسه، ص44.

بتحقيق نتيجة وذلك بالنظر إلى غرضها ، لهذا فقد ألزم الطبيب بأن يمتنع عن القيام بها إلا في حالة الوثوق من تحقيق النتيجة المرجوة منها[1].

من هذه الأعمال عمليات نقل الأعضاء البشرية، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن التزام الطبيب القائم بها تجاه المتنازل عن العضو محل النقل هو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك استنادا إلى أن مشروعية مثل هذه الجراحة مشروطة بانتفاء ما يهدد حياة من ينقل منه العضو، أو يعرضه للخطر[2]، ومقتضى هذا الالتزام ضمان سلامة الشخص المتنازل عن العضو من أي ضرر أثناء الاستئصال، فيرى الدكتور" محسن البيه" أن هذا هو المعنى المستفاد مما قاله بعض الفقهاء الذين أباحوا هذه العملية، ويرى أن تكييف هذا الالتزام بأنه التزام بنتيجة، يتأسس على المبررات الآتية:

1- إن العلوم الطبية قد تطورت تطورا فنيا عظيما، وأصبحت توجد وسائل وأدوات حديثة تسهل عمل الطبيب الجراح، وتجعله متأكدا من نتائج عمله مسبقا بحيث يكاد يتلاشى عنصر الاحتمال في هذا المجال.

2- ليس من العدالة التضحية بصحة إنسان غير مريض، من أجل احتمال علاج إنسان آخر، لهذا فإنه لابد على الطبيب أن يسبقها بإجراء العديد من الفحوصات الطبية الفنية الدقيقة.

3- لا شك في أن تبرع الإنسان الحي بعضو من أعضائه كان يؤدي وظائفه الحيوية يُحدث له ضررا معتبرا، فعلى الأقل يلتزم الجراح بضمان سلامة الأعضاء الباقية وسلامة صحته من أي انعكاسات ضارة بسبب نزع العضو، وذلك بالنسبة لعملية نقل العضو، والفترة اللاحقة عليها، لذلك فإنه إذا وقع لهذا المتنازل ضرر أثناء أو بعد نقل العضو منه، يفترض

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشـــئة عنهـــا،ط 1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية(مصر)، 2011، ص ص679-681.

(2) المرجع نفسه، ص680.

خطأ الطبيب الجراح، دون أن يثبت المضرور خطأ الجراح، وإذا أراد الطبيب التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي[1].

بناءً على ما سبق نلاحظ أن اشتراط الفقه فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الجراح القائم بالعملية مقتضاه ضمان سلامة المتنازل يخص فقط المتنازل الحي، دون المتوفى لأن الإنسان الميت لن يتضرر من نقل العضو من جثته وهذا على خلاف المتنازل الحي الذي يؤثر نقل العضو منه على تكامله الجسدي.

**ثانيا: طبيعة التزام الطبيب تجاه المتلقي**

يكاد يجمع الفقه على اعتبار أن التزام الطبيب نحو المتلقي هو التزام ببذل عناية سواء كان مصدره العقد أو القانون، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، حيث أنه لا يمكن للجراح أن يضمن للمريض نجاح العملية وشفاءه، ولكن العناية الواجبة تقتضي من الجراح التحقق من أن العضو المراد زرعه خالي من كل عيب بيولوجي أو جراثيم يمكن أن تسبب أضرارا للمتلقي بعد الزرع، لهذا ينبغي على الجراح أن يقوم بالفحوص والاختبارات الضرورية على العضو المراد زرعه للتأكد من صلاحيته للزرع في جسم المريض حتى لا يكون السبب في فشل العملية[2].

تبرأ ذمة الطبيب بمجرد بذله العناية المطلوبة منه حتى لو لم تتحقق نتيجة الشفاء، لأن الشفاء يتوقف على عدة عوامل واعتبارات لا تخضع دائما لسيطرة الطبيب كمناعة الجسم والوراثة، كما أن هناك عدة ظروف و عوامل تتدخل في تحديد التزام الطبيب منها المستوى المهني والظروف الخارجية المحيطة بالطبيب، حيث يقام قياس واجبات هذا الطبيب بالمقارنة مع طبيب آخر من نفس المستوى وفي نفس الظروف الخارجية المحيطة به [3].

(1) مشار إليه في منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري،ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)، 2011، ص454.

(2) شرف الدين أحمد ،زراعة الأعضاء والقانون،المرجع السابق، ص166.

(3) وائل تيسير محمد عساف، المرجع السابق،ص41.

الطبيب كأصل غير ملتزم بنجاح العملية الجراحية لكن المطلوب منه بذل جهود صادقة يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة[1]، وعلى هذا الأساس يتوجب على المريض أن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يضمن له تقديم علاج يتصف بالإخلاص والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة وأنه أغفل عند الاقتضاء استشارة ذوي الخبرة[2].

## المطلب الثاني

## أركان المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ما هي إلا صورة من صور المسؤولية المدنية، لهذا يشترط لقيامها ما يشترط لقيام المسؤولية المدنية بوجه عام من أركان، حيث لا يتصور قيام هذه الأخيرة دون توفرها، فلا يكون الطبيب مسؤولا إلا في حالة ارتكابه خطأ أحدث بموجبه ضرر للمريض، وبالتالي تتمثل أركان المسؤولية المدنية للطبيب في الخطأ الطبي الذي يعتبر الركن الأساسي(**الفرع الأول**) ، الضرر والعلاقة السببية (**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول: الخطأ الطبي

نظرا للتزايد المستمر لدعاوى مساءلة الأطباء، يعد البحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الأطباء وخصوصا القائمين بالعمليات الجراحية الخطيرة كعمليات نقل وزرع الأعضاء من الأمور البالغة الأهمية في مجال المسؤولية الطبية.

تتطلب الإحاطة بجميع جوانب الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية التعرض لمفهوم الخطأ الطبي(**أولا**)، و كذا لأهم صور الأخطاء التي يقع فيها الأطباء عموما والجراحين خصوصا في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء ( **ثانيا**).

---

(1) يقصد بالأصول الطبية" القواعد العلمية الطبية الثابتة والسائدة في الطب والمتعارف عليها بين الأطباء"، أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص44.

(2) بوخرس بلعيد ، المرجع السابق، ص156.

## أولا: مفهوم الخطأ الطبي

على الرغم من أن خطأ الطبيب يخضع للمعيار العام في تحديد الخطأ في المسؤولية المدنية، إلا أن الطبيعة الخاصة والفنية للعمل الطبي وارتباطه الوثيق الصلة بالجسم البشري يثير التساؤل حول تعريف الخطأ الطبي ومعايير تحديده، وكذا حول أنواعه.

### 1- تعريف الخطأ الطبي ومعايير تحديده

يعتبر تعريف الخطأ الطبي، وكذا المعايير المعتمد عليها في تحديده مسألة حتمية لابد من التعرض إليها لغرض تحديد المفهوم الدقيق للخطأ الطبي بما له من خصوصية.

**أ- تعريف الخطأ الطبي:**استمد الفقه تعريف الخطأ الطبي من الخطأ بوجه عام الذي يعرف بأنه " تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول" ، وعلى ذلك يعرف خطأ الطبيب أنه " تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"[1].

كما تم تعريف الخطأ الطبي كذلك بأنه:" عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته"[2].

هناك رأي آخر يقول أن الخطأ الطبي الذي يُسأل عنه الطبيب إذا توافرت شروط المسؤولية الأخرى هو" نقص ذاتي وإخلال بمقتضيات المهنة، وعدم مطابقتها للأصول العلمية،ذلك لأن العمل الطبي يتميز بأنه ذو صبغة فنية، وهو التزام بالسّهر على صحة وسلامة جسم المريض، والذي يعتبر المساس به بغير مبرر مساس بحقوق مطلقة" [3].

(1) أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 172.

(2) جهاد جميل الشوابكة، المرجع السابق،ص 56.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة معارف، الإسكندرية(مصر)، 2004، ص33.

**ب- معايير تحديد الخطأ الطبي:** إذا كان التزام الطبيب هو بذل عناية فإنه من الصعوبة تحديد مدى توافر الخطأ الطبي، بمعنى استنتاج مدى تنفيذ هذا الالتزام، الأمر الذي دفع الفقه إلى اقتراح معايير لتحديده وتتمثل في المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي.

**- المعيار الشخصي:** وفقا لهذا المعيار يتم إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، فإذا كان الشخص يستطيع تفادي الفعل الضار المنسوب إليه وأن ضميره يؤنبه على ما اقترفه من أعمال اُعتبر مخطئا، وعلى عكس ذلك إذا لم يكن باستطاعته تفادي ذلك الفعل الضار بالرغم من قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر اُعتبر غير مخطئ[1].

تم توجيه عدة انتقادات لهذا المعيار من بينها:

- الأخذ بهذا المعيار يقتضي مراقبة الأعمال التي يقوم بها الطبيب وتبين تصرفاته، وهذا ما يصعّب الأمر على القضاء [2].

- قد يكون الفرد على درجة كبيرة من اليقظة لكن مجرَّد انحراف بسيط في سلوكه يتم اعتباره خطأً، بينما إذا كان الفرد دون المستوى المطلوب لا يعتبر مخطئا إلا إذا كان انحرف في سلوكه انحرافا كبيرا[3].

**– المعيار الموضوعي:** يتم تحديد الخطأ الطبي وفق هذا المعيار عن طريق قياس سلوك الطبيب المخطئ مسبب الضرر بسلوك طبيب آخر من نفس المستوى والدرجة العلمية والخبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت تدخله الطبي، دون الأخذ بالظروف الداخلية والذاتية للطبيب مرتكب الفعل[4] .

(1) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،المرجع السابق، ص156.

(2) المرجع نفسه، ص156.

(3) سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص مسؤولية مهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ، ص23.

(4) بوخرس بلعيد ، المرجع السابق، ص38.

يتم تقدير خطأ الطبيب طبقا لهذا المعيار بمقارنة سلوكه بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه، فالطبيب الأخصائي مثلا يقارن تصرفه بمسلك طبيب أخصائي مثله، أما الطبيب العام فيقارن بمسلك الطبيب العام[1].

لم يسلم هذا المعيار من الانتقادات نذكر من بينها ما يلي:

يرى البعض أن هذا المعيار يقوم على فكرة مجردة باعتبار أن الرجل العادي الذي يقارن به الطبيب ليس سوى شخص نموذجي، ولقد تم الرد على ذلك على أساس أن فكرة الرجل العادي وان كانت فكرة مجردة إلا أنها تكتسب مضمونها من تصرفات الأشخاص العاديين في تصرفاتهم الخاصة[2].

## 2-أنواع الخطأ الطبي

نظرًا لتقدم الطب بحكم التقدم التكنولوجي وتطور أساليبه توسعت دائرة الأخطاء وتنوعت، فمن بين هذه الأخطاء نجد الأخطاء العادية، الأخطاء المهنية وكذا الأخطاء اليسيرة والأخطاء الجسيمة.

**أ- الخطأ العادي والخطأ الفني:** قد يكون الخطأ الطبي خطأً عادياً وهو الخطأ غير المهني، وقد يكون خطأً فنياً مهنياً.

يقصد بالخطأ العادي" الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية والمهنية، أي الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية والناجم عن سلوك إنساني مجرد يسببه الإخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، فهذا النوع من الأخطاء ناجم عن سلوك يمارسه الطبيب كأي إنسان آخر، وليس ناتجا عن ممارسات مهنية قام بها الطبيب تجاه المريض" [3]، كقيام الطبيب وهو بصدد مباشرة العمل الطبي للمريض بترك هذا الأخير يسقط من منضدة العمليات مما يعرّضه لإصابات.

(1) عيسوس فريد ، المرجع السابق، ص20.

(2) سايكي وزنة، المرجع السابق، ص25.

(3) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص182.

أما الخطأ المهني هو" الخطأ الذي يقع من الطبيب كلما خالف القواعد التي توجبها عليه مهنة الطب، بمعنى آخر هو خروج الطبيب على الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم المتعارف عليها نظريا وعلميا في الأوساط الطبية وقت تنفيذه العمل الطبي"، ويندرج ضمن الأخطاء المهنية أخطاء التشخيص والعلاج و الجراحة[1].

**ب- الخطأ الجسيم والخطأ اليسير:** ينقسم الخطأ الطبي من حيث جسامته إلى خطأ جسيم وخطأ يسير.

يتمثل الخطأ الطبي الجسيم في عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، بصورة لا تصدر عن أقل الأطباء حرصاً وتبصراً، فهو خطأ لا يمكن تصوره إلا من مستهتر، و هذه الأخطاء كثيرا ما يقع فيها الأطباء أثناء التدخلات الجراحية، ويتخذ صورا عديدة كاستئصال كلية سليمة بدلا من الكلية المريضة، فمثل هذه الأخطاء تعتبر جسيمة غير مغتفرة لأنها من الأمور التي يسهل على الطبيب التحقق منها قبل إجراء عملية الاستئصال بمراجعة الأشعة وإجراء مختلف الفحوص[2].

أما الخطأ اليسير فيقصد به"الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته"[3].

بعدما كان القضاء الفرنسي يشترط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية الطبيب تراجع عن هذا الموقف، وأصبح يكتفي بتوافر الخطأ اليسير من جانبه حتى تقوم مسؤوليته[4]، أما المشرع الجزائري فلم يفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، وترك الأمر لتقدير للقاضي.

---

(1) منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط1 ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،2004، ص48.

(2) بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص40.

(3) المرجع نفسه، ص 41.

(4) من التطبيقات القضائية لهذا التراجع ما قضت به محكمة "قرونوبل "grenoble الفرنسية في 4 نوفمبر 1946 على أن" **الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه في أثناء ممارسته مهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء، ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأً جسيما، إذ لا يوجد بنصوص 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**"، كمال فريحة،المرجع السابق، ص192.

### 3- إثبات الخطأ الطبي

يتحدد المكلَّف بعبء إثبات الخطأ الطبي بحسب طبيعة التزام الطبيب فيما إذا كان التزاما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

إذا كان التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام ببذل عناية في هذه الحالة اتفق الفقه والقضاء على أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض، وعلى هذا الأساس لا يتم إثبات خطأ الطبيب بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة من العملية أو العلاج، بل يتعين على المريض إقامة الدليل على إهمال الطبيب و تقصيره[1].

أما إذا كان التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما يراه الفقه كاستثناء يقع على عاتق الطبيب في بعض الأعمال الطبية منها عمليات نقل الأعضاء، في هذه الحالة يكتفي المتنازل عن العضو بإثبات وجود التزام على عاتق الطبيب مقتضاه ضمان سلامة المتنازل من أي ضرر غير متوقع، وعدم تحقق النتيجة المرجوة من العملية[2].

يُعدُّ خطأ الطبيب في هذه الحالة خطأً مفترضاً غير قابل لإثبات العكس، وذلك لأن عدم تحقّق النتيجة المرجوة من العملية يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للطبيب، ولا يمكن لهذا الأخير أن يتنصل منها إلا بإثبات حالات السبب الأجنبي من قوة قاهرة، خطأ الغير، خطأ المضرور[3].

ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن القاضي لا يستطيع أن يتحقق من الأخطاء المهنية المنسوبة للطبيب، وذلك بسبب عدم معرفته بالمسائل الطبية، لهذا يتعين على القاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء[4]، وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في

---

(1) قاسم محمد هشام، " الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية"، مجلة الحقوق والشريعة، السنة3، العدد1، جامعة الكويت، 1979، ص ص13 -14.

(2) رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص284.

(3) أنظر المادة 127 من (ق.م.ج).

(4) قاسم محمد هشام، المرجع السابق، ص15.

24 جوان2003 بأنه" **لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محددة من طرف خبير مختص في نفس المجال واستشارة مجلس أخلاقيات الطب الجهوي المنشأ بموجب المرسوم رقم 276/92 المؤرخ في1992/07/06، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها مما جعل تعليله غير مستساغ منطقيا وقانونيا نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض**"[1].

انطلاقا مما سبق في ظلّ سكوت المشرع الجزائري عن تحديد طبيعة التزام الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، فإنه يتم تطبيق القواعد العامة التي تعتبره التزاما ببذل عناية، وبالتالي توجب على المضرور عند رفع دعوى التعويض ضرورة إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وهذه تعدّ عقبات وصعوبات تعيق المضرور وتكلّفه ماليا، والتي تجعله غالبا يتردد في رفعه للدعوى، وبالتالي تضيع حقوقه القانونية سدى.

**ثانيا: بعض صور الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**

يتميز التدخل الطبي العلاجي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بتعدد صور الخطأ وتنوعها، والتي تتمثل أغلبها في مخالفة الضوابط المحددة قانونا لممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

نظرا لكثرة الأخطاء الشائعة في هذا المجال نذكر الأكثر شيوعا، والتي تتمثل في الأخطاء الطبية الناتجة عن إخلال الطبيب بالتزام الحصول على موافقة الأطراف المعنية، الأخطاء الطبية الناتجة عن الإخلال بالتزام بالإعلام، الأخطاء الطبية الناتجة عن وقف أجهزة الإنعاش نتيجة التشخيص الخاطئ للوفاة.

**1-الإخلال بالتزام الحصول على الموافقة على العملية**

كقاعدة عامة، فإن الطبيب ملزم عند قيامه بالعلاج والعمليات الجراحية أن يحصل على رضا الشخص المعني، وفي حال تخلـــف هذا الرضا فإن الطبيب يكون مخطئًا حتى ولو لم

(1) قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ2003/06/24، المجلة القضائية، العدد 2، ص337.

يرتكب أي خطأ أثناء مزاولته للعلاج أو الجراحة[1].

يقصد بالموافقة الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك، قادر على الإفصاح عن رأيه في قبول أو رفض التدخل الطبي سواء كان علاجيا أو جراحيا[2]، و يُعدُّ اشتراط موافقة المتنازل والمتلقي لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية طبقا لقانون حماية الصحة وترقيتها من بين أهم الشروط التي تسمح باقتطاع الأعضاء، فهي تشكل التزاما يقع على عاتق الأطباء، ويؤدي عدم توفرها قبل إجراء هذه العمليات إلى قيام مسؤولية الطبيب المدنية و الجزائية[3].

من بين الحالات التي يتصور فيها إخلال الطبيب بالحصول على الموافقة:

- حالة قيام الطبيب بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بدون أخذ رضا كل من المتنازل والمتلقي، أو حتى إذا وجد هذا الرضا، غير أنه لا تتوافر فيه شروطه كأن لا يكون حرا ومتبصرا، ففي هذه الحالة يكون تصرفه معيب ومخالف لقواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن النتائج التي تترتب عن تصرفه[4].

- حالة قيام الطبيب بالاستئصال من جثة المتوفى إذا كان هذا الأخير قد عبَّر قبل وفاته عن رفضه ذلك.

- حالة قيام الطبيب بالاستئصال من جثة المتوفى دون أخذه الموافقة من أسرة هذا الأخير، بالرغم أن المتوفى لم يعبّر أثناء حياته عن إرادته بشأن الاستئصال من جثته،أو عند عدم احترام الطبيب للترتيب الأولوي للأسرة عند أخذه الموافقة على الاستئصال من جثة قريبهم[5].

(1) طلال العجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004 ، ص 101.

(2) بوخرس بلعيد ، المرجع السابق،ص 70.

(3) مشكور خليدة ، المرجع السابق، ص 29.

(4) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،المرجع السابق، ص 228.

(5) المرجع نفسه، ص233.

- عدم احترام الطبيب لحق الموافقة الشخصية للشخص المعني بالعملية، إلا في حالة إذا كان الشخص في وضع لا يسمح له بإعطاء موافقته، وأن حالته تستدعي تدخلا طبيا سريعا، أو فيما إذا كان الشخص قاصرا أو فاقد الأهلية، ففي هذه الأحوال يتم الحصول على موافقة عائلته و من يمثلونه قانونا[1].

## 2- إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام

يتعين على الطبيب أن ينفذ التزامه بالحصول على الرضا المتبصّر قبل مباشرة أي عمل طبي أو علاجي مهما كان نوعه، خاصة إذا كان من الأعمال الخطيرة التي يصعب التكهّن بنتائجها[2] كعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية[3]، و بالتالي تقوم المسؤولية المدنية للطبيب إذا أجرى عمليات نقل أو زرع الأعضاء دون أن يبين للأطراف المعنية بالعملية مخاطر وآثار هذه العمليات [4].

أما بالنسبة لنطاق الإعلام فيجب التمييز بين ما إذا كنا بصدد المتنازل أو المتلقي:

**أ- إعلام المتنازل**: ألزمت التشريعات القانونية، وكذا المنظمات والهيئات الدولية على ضرورة تبصير المتنازل عن أعضائه تبصيرا كاملا وشاملا لجميع المخاطر سواء الحالة أو المستقبلة المترتبة عن عملية النقل، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من مشروع القانون العربي الموحد التي جاءت كما يلي:" **يجب إحاطة المتبرع بكافة النتائج المحتملة والمؤكدة المترتبة**

(1) طلال العجاج، المرجع السابق، ص102.

(2) قنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص8.

(3) هذا ما يلاحظ في القرار الأمريكي الصادر في القضية المعروفة ب" Canterbury vspence"حيث في هذه القضية لم يقم الطبيب بتبصير مريضه البالغ تسعة عشرة عاماً بأن هناك إمكانية تقدّرب1./بحدوث الشلل جرّاء قيامه بالعملية، وكانت نتيجة العملية إصابته بالشلل، وادَّعى المريض بأنَّه لو علم بهذه النسبة لمَا وافق على إجراء العملية، وبهذا قررت المحكمة بأنه لا يمكن إخفاء المعلومات المهمة عن المريض، على الرغم من أن الجراح هو الأقدر على الموازنة بين المخاطر والايجابيات، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص273.

(4) منذر الفضل ، المرجع السابق، ص267.

**على استئصال العضو المتبرع به، وتتم الإحاطة من قبل فريق طبي مختص ،وذلك بعد إجراء فحص طبي للمتبرع."**[1].

يشترط في الإعلام أن يكون صادقا، واضحا وشاملا للعناصر التالية:

- طبيعة العمل الجراحي، الأخطار المرتبطة به والمضاعفات التي يمكن أن تنتج عنه.

-النتائج المؤكدة والمحتملة لفقدان العضو سواء كانت جسدية أو نفسية وكذا الانعكاسات المحتملة للاقتطاع على الحياة الشخصية والعائلية والمهنية للشخص، هذا مع ضرورة إعلام المتنازل بالنتائج المرجوة من زرع العضو لدى المستقبل[2].

**ب- إعلام المتلقي:** على عكس المتنازل لا يشترط في إعلام المتلقي أن يكون كاملا وشاملا، بحيث لا يسأل الطبيب إلا عن إخفاء النتائج الخطيرة والمتوقعة التي تترتب عن العمل الجراحي، بينما لا يسأل عن إخفاء الأخطار غير المتوقعة ذلك أن علمها من طرف المتلقي من شأنه أن يؤثر سلبيا على نفسية المريض وروحه المعنوية، مما يقتضي معه إخفاء مثل هذه الحقائق[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه يتضح من المادتين 2/162 و166 من (ق.ح.ص.ت) أنه حدّد نطاق التزام الطبيب بإعلام المتلقي بجميع المخاطر الطبية مهما كانت طبيعتها، بينما حدّد نطاق التزام الطبيب بإعلام المتنازل بالمخاطر الطبية المحتملة فقط، وهذا يخالف المنطق الذي يستدعي تشديد التزام الطبيب بإعلام المتنازل، لأن التنازل عن الأعضاء يُعدّ من التصرفات الخطيرة التي قد تؤدي إلى الإضرار بصحة المتنازل، بينما يجب أن يقتصر التزام الطبيب بإعلام المتلقي على الأخطار المتوقعة فقط،وليس جميع الأخطار الطبية[4].

لم يفصل القضاء الجزائري إلى حدّ الساعة في مسألة نطاق الإعلام، غير أن هناك أدلة قانونية تفيد أن نطاق الإعلام ومعياره في القانون الجزائري هو من وضع الهيئة الطبية،

(1) مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، المرجع السابق،ص585.

(2) المرجع نفسه، ص 590.

(3) صفاء محمود رستم السويلمين، المرجع السابق، ص95.

(4) قنيف غنيمة، المرجع السابق، ص84.

حيث تنص المادة 367 مكرر3 من (ق.ح.ص.ت)على ما يلي:" **يمكن للعدالة أن تلتمس المجلس الوطني والمجالس الجهوية للآداب الطبية كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطبي".**

يُستنتج من هذا النص أنه يمكن للمحاكم الجزائرية استشارة المجلس الوطني أو المجالس الجهوية للآداب الطبية بخصوص تقدير الأخطاء الطبية، والتي من بينها إخلال الطبيب بواجب إعلام المريض[1].

**3- الخطأ الطبي الناتج عن إيقاف أجهزة الإنعاش نتيجة التشخيص الخاطئ للوفاة**

كثيرا ما يحدث أن يُخطئ الطبيب في تشخيص حالة المريض ويُقرر أنه ميت، بينما يكون حيا، وبالتالي يقوم برفع الأجهزة أو يمتنع عن وضعها للمريض، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:

**الحالة الأولى: تشخيص الوفاة دون إجراء فحوصات للتأكد من ذلك**

لا شك في أن اعتماد المعيار الحديث لتشخيص الوفاة ليس بالأمر اليسير، حيث يتوجب على الطبيب القيام بعدة فحوصات للتأكد من الموت الحقيقي للمريض من عدمه، وذلك عن طريق الاستعانة ببعض الأجهزة، كجهاز رسم المخ الكهربائي الذي يتم الاستدلال به لمعرفة مدى توقف خلايا المخ، بالإضافة إلى بعض العلامات والأعراض كتوقف القلب والرئتين.

لكن في حال قيام الطبيب بوقف أجهزة الإنعاش بناءا على اعتقاده الخاطئ بأن المريض ميت دون إجراء الفحوصات الضرورية للتأكد من الوفاة، الأمر الذي أدى إلى إنهاء حياة المريض فهذا لا شك في أنه يشكل خطأً يرتب مسؤوليته الجزائية والمدنية، وفي هذا الشأن قضت بعض المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب الجزائية عن جريمة الامتناع عن تقديم

(1) مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص137.

المساعدة لرفضه علاج مريض اعتقادا منه على أنه ميت، دون أن يقوم بفحصه أو يتأكد من موته[1].

**الحالة الثانية: التشخيص الخاطئ للوفاة رغم إجراء الفحوصات اللازمة**

غالبا ما يجري الأطباء تشخيص الوفاة في فترة زمنية قصيرة دون انتظار فترة كافية للتأكّد من ظهور العلامات الأكيدة للوفاة، خصوصا إذا ما ترافقت عملية تشخيص موت الدّماغ مع عملية نقل عضو من الأعضاء من هذا الشخص إلى شخص آخر بحاجة إليه،فعدم التشخيص الدقيق والعلمي السليم لموت الدماغ يضع الطبيب تحت طائلة المسؤولية الطبية[2].

يسأل الطبيب على الرغم من قيامه بإجراء كافة الفحوصات اللازمة لتشخيص الوفاة، في حالة قيامه باتخاذ قرار وقف أجهزة الإنعاش عن المريض بناءا على معطيات خاطئة تفيد وفاته على الرغم من أنه مازال على قيد الحياة[3].

يكون الطبيب في هذه الحالة قد أخل بواجبات الحيطة والحذر الملقاة على عاتقه، لأن من المفروض علمه أن وقف أجهزة الإنعاش يعد من الأعمال الطبية الخطيرة التي قد ترتب أضرارا بالغة تؤدي إلى إنهاء حياة المريض، فكان من الواجب عليه إتباع الأصول العلمية المتبعة في مهنة الطب، كاستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي، جهاز رسم القلب الكهربائي للتأكد من الموت الحقيقي بشكل يقيني قاطع لا يدع مجالا للشك[4].

**الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب أن يقع خطأ من جانب الطبيب، بل لابد من أن يترتب عن هذا الخطأ ضررا أُلحق بالمضرور ، ذلك أن الهدف من التعويض يكمن في جبر

(1) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 261.

(2) منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص71.

(3) ماجد محمد لافي، المرجع السابق ، ص262 .

(4) المرجع نفسه، ص262.

الضرر، فوقوع الضرر للمريض أو لأقربائه يُعدّ عنصرا لازما لإثارة دعوى المسؤولية مادام ناتجا عن خطأ الطبيب.

على ذلك من الضروري استكمال الركنين الآخرين لقيام المسؤولية المدنية بالإضافة إلى ركن الخطأ الطبي المتمثلين في الضرر(**أولا**)، العلاقة السببية(**ثانيا**).

**أولا: الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، ولقد عرّف الفقه الضرر بأنه:" الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له"[1].

**1-أنواع الضرر**

الضرر قد يكون ماديا أو معنويا، أو عبارة عن تفويت فرصة.

**أ- الضّرر المادي:** يُعرف الضرر المادي بأنه:" الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية"[2]، و من هذا التعريف يتضح أن الضرر المادي ينقسم إلى ضرر جسدي وضرر مالي.

- **الضرر الجسدي**: يتمثل الضرر الجسدي في المساس بسلامة الجسم المتمثل في الإصابة، وما يترتب عليها من عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الانتقاص منه أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة أو أي عجز حركي أو إزهاق الروح[3].

- **الضرر المالي**: هو الضرر الذي يصيب المصالح المالية للمضرور، ويشمل الخسارة التي لحقت المضرور بسبب عجزه الكلي أو الجزئي عن الكسب بسبب التوقف المؤقت أو الدائم عن العمل، ومثال ذلك ضياع الأجرة بالنسبة للعامل أو الموظف، وكذلك يشمل كل نفقات

(1) السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام،ج2، الواقعة القانونية،العمل غير المشـــروع، شبه العقود والقانون ، ط2، دار الهدى ، الجزائر، 2007، ص77؛ فيلالي علي، المرجع السابق، ص283.

(2) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص127.

(3) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت،2010 ، ص179.

العلاج بمختلف أنواعها (نفقات الأدوية، وتكاليف المستشفيات أو العيادة ...الخ)، وكذا ضياع النفقة بالنسبة للأشخاص الذين كان يعيلهم المتوفى[1].

**ب-الضرر المعنوي:** الضرر المعنوي هو"الأذى الذي يصيب الحق أو المصلحة المشروعة للشخص، فيسبّب ألماً معنوياً أو نفسياً للمضرور لمساسه بكيانه الاعتباري، فهذا النوع من الأضرار يصيب الشخص في عواطفه وأحاسيسه نتيجة معاناة قد تنتج عن آلام جسدية من جانب أو عن آلام نفسية من جانب آخر"، ومن أهم الأمثلة عن الأضرار المعنوية الأضرار الناتجة عن إفشاء أسرار المرضى التي كان من الواجب على الأطباء المحافظة عليها، حيث يُعدُّ إفشاءها خطأً يستوجب المسؤولية والجزاء[2].

**- مدى إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي:**ظهر اختلاف بين الفقه حول مدى إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي فظهر اتجاهين مختلفين بين مؤيد ومعارض.

- **الموقف الرافض لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي**: عارض جانب من الفقه فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بحُجة أنه يصعب تقديره نقداً، كما أن التعويض عنه لا يمحوا آثار تلك الأضرار[3].

- **الموقف المؤيد لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي**: يرى هذا الجانب من الفقه أنه يتم التعويض عن الضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي متى توافرت شروطه، واستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن التعويض عن الضرر المعنوي يعتبر كوسيلة لإرضاء النفس ومحو الضرر، أو للتخفيف من شدّته إذا لم يكن محوه ممكنا[4].

**- موقف المشرع الجزائري من مسألة التعويض عن الضرر المعنوي:**لم يتطرق القانون المدني الجزائري إلى مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي صراحة عند تطرقه إلى طريقة

(1) فيلالي علي، المرجع السابق، ص288.

(2) منصور عمر المعايطة ، المرجع السابق، ص60.

(3) عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011،ص26.

(4) المرجع نفسه، ص27.

تقدير التعويض في المادة 182 منه، إلا بعد تعديله بموجب القانون05-10 المؤرخ في20 جوان 2005، الذي استحدث من خلاله المادة 182 مكرر التي تنص على ما يلي:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"**

**ج-تفويت الفرصة:** فوات الفرصة هي تلك الأضرار التي تصيب الشخص من جرّاء خطأ الطبيب الذي ينتج عنه حرمان هذا الشخص من فرصة كان محتملا الفوز بها، وبالتالي فإن عدم الحصول على حق استغلال هذه الفرصة يعد بذاته من الأضرار التي توجب التعويض، فهذه الفرصة وإن كان تحققها أمراً محتملا، إلا أن تفويتها أمر محقق[1].

تُعدُّ فكرة تفويت الفرصة من ابتكار القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية للأطباء، والتي لجأ إليها عندما لا تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر مؤكّدة وثابتة، ولم تتبلور هذه الفكرة إلاّ في القرار الصّادر عن محكمة النقض المدنية بتاريخ 1965/12/14، حيث استقرّ القضاء بعدها على الأخذ بنظرية تفويت الفرصة كلما تعذر التأكد فيها من وجود العلاقة السببية[2]، ويمكن تصور تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من المرض على جميع الأخطاء الطبية منها:

- تفويت الفرصة الناتج عن الخطأ في التشخيص، فمثلا التشخيص الخاطئ للوفاة يؤدي إلى تفويت فرصة بقاء المريض على قيد الحياة.

- تفويت الفرصة الناتج عن عدم إجراء الفحوص الطبية التمهيدية المطلوبة، فمثلا عدم التحقق من توافق أنسجة المتنازل والمتلقي قبل إخضاعهما لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لا شك في أنه يؤدي إلى تفويت فرصة نجاح هذه العمليات.

- تفويت الفرصة الناتج عن عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير، فإجراء العمليات الجراحية من الطبيب الجراح دون الاستعانة باختصاصي في التخدير يعتبر إهمالا منه يفوت

(1) رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري،المرجع السابق، ص 278.

(2) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص186.

على المريض فرصة الشفاء أو الحياة [1].

## 2-شروط الضرر الموجب للتعويض

يشترط للتعويض عن الضرر أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط و هي:

**أ- أن يكون شخصيا**: ومعنى ذلك أن الشخص الذي أصابه الضرر هو الذي له حق المطالبة بالتعويض ذلك أن دعواه لا تكون مقبولة إلا إذا كان له مصلحة شخصية، ويتحقق هذا الشرط أيضا بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضررا شخصيا لمن ارتد عليه، فيمكن التعويض عن الضرر المرتد حتى لو أن المضرور اتخذ موقفا سلبيا عن حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه أو تنازل عنه[2].

**ب-أن يكون هذا الضرر محققا**:الضرر المحقق هو ما كان أكيدا[3] سواء كان حالا أو مستقبلا؛ الضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلا وتكونت عناصره ومظاهره، من أمثلته وفاة المريض مباشرة بعد الخطأ الطبي، أما الضرر المستقبلي هو الضرر الذي لم يقع بعد ولم تكتمل مقوماته حاضرا إنما ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أكيدا، للتعويض عنه[4].

ج- **أن يكون الضرر مباشرا**:يقصد بالضرر المباشر الضرر الناتج مباشرة عن خطأ الطبيب[5]، و الضرر المباشر وفق القواعد العامة إما أن يكون متوقعا أو غير متوقعا، فإذا كانت العلاقة القانونية التي تربط المريض بطبيبه تعاقدية فإن الطبيب لا يلتزم إلا بتعويض الضرر المباشر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم وهذا ما نصت عليه المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري:**"...غير أنه إذا كان الالتزام**

---

(1) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص188.

(2) كمال فريحة ، المرجع السابق، ص283.

(3) الضرر المحتمل وقوعه لا تعويض عليه إلا عند وقوعه، ومثاله أن يكون الضرر الحاصل للمريض يحتمل أن ينتهي بالوفاة دون علم بوقتها، ففي هذه الحالة لا يحكم بالتعويض عنها إلا بعد حصولها لاحتمال عدم وقوعها،حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص166.

(4) علي عصام غصن، المرجع السابق، ص181.

(5) الضرر غير المباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة، كمال فريحة ، المرجع السابق، ص288.

**مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"**

أما في المسؤولية التقصيرية فإن الطبيب يسأل عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع[1].

**د- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة:** يجمع الفقه والقضاء على أن الضرر المادي يتحقق في حالة الإخلال بحق أو مصلحة مالية للمتضرر[2]، وقد اشترط المشرع الجزائري للتعويض عن الضرر أن تكون للمضرور مصلحة مشروعة لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة[3]، وتكون المصلحة غير المشروعة مثلا في دعوى التعويض التي ترفعها الخليلة للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابها نتيجة موت خليلها، باعتبار أن العلاقة بينهما غير مشروعة[4].

**ثانيا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر**

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب ارتكاب الخطأ الطبي ووقوع الضرر بل لابد من توافر العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الحاصل للمريض.

**1- قيام العلاقة السببية**

يُعدّ تحديد مدى توافر العلاقة السببية في المجال الطبي من الأمور الشاقة والعسيرة، فقد ترجع أسباب الضرر إلى عدة عوامل إما إلى خطأ من الغير، أو المريض نفسه وغيرها من الأسباب البعيدة أو الخفية والتي مردّها طبيعة تركيب جسم المريض واستعداده مما يصعب معه تبينها، وهذا ما يبرّر ظهور عدة نظريات تهدف لتحديد مدى قيام العلاقة السببية.

(1) رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،المرجع السابق، ص284.
(2) أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق، ص128.
(3) راجع المادتين 97، 98 من(ق.م.ج).
(4) أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق، ص128.

**أ- نظرية تكافؤ الأسباب:** جاء بهذه النظرية الفقيه الألماني "فون بيري" وطبقا لهذه النظرية يؤخذ في عين الاعتبار كل فعل مهما كان بعيدا ساهم مع غيره في إحداث الضرر [1]،أي يرى أصحاب هذه النظرية وجوب الاعتداد بجميع الأسباب التي اشتركت في حصول الضرر واعتبارها متكافئة في المسؤولية[2]، فإذا اشترك أكثر من طبيب في إحداث الضرر للمريض فإنهم يُسألون جميعا [3].

**ب- نظرية السبب المنتج:** جاء بهذه النظرية الفقيه الألماني" فون كريز"، ومقتضاها لا يؤخذ في عين الاعتبار إلا السبب الفعال الذي كان السبب الأساسي في حدوث الضرر[4]، فوفقا لهذه النظرية يتوجب استعراض جميع الأسباب المتدخلة في إحداث الضرر، والتمييز بين السبب العارض والسبب المنتج، ومن ثمَّ اعتماد السبب المنتج وحده سببا للضرر[5].

اتجه القضاء الجزائري إلى الأخذ بالسبب المنتج، حيث أخذت المحكمة العليا الجزائرية بنظرية السبب المنتج في قرارها الصادر في 1996/10/17 الذي جاء فيه" **أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر، أن يكون سببا فعالا فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر، لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر**"[6].

**2- انتفاء العلاقة السببية**

تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر، وهذا السبب قد يكون حادث فجائي، قوة قاهرة أو خطأ المريض أو الغير[7]، وهذا ما نصّت عليه المادة 127 من(ق.م.ج):" **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن**

(1) عيسوس فريد، المرجع السابق، ص 143.
(2) منصور عمر المعايطة، المرجع السابق،ص62.
(3) كمال فريحة، المرجع السابق، ص293.
(4) عيسوس فريد، المرجع السابق، ص144.
(5) منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 62.
(6) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص140.
(7) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 171.

**سبب لا يد له فيه كحادث فجائي 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".**

**أ- القوة القاهرة والحادث الفجائي:** حاول بعض الفقهاء التمييز بين القوه القاهرة والحادث الفجائي، غير أن الرأي الراجح الذي أخذ به أغلب الفقه وأحكام القضاء لا يميز بينهما ويعتبرهما مترادفان[1].

يشترط في القوة القاهرة والحادث الفجائي لنفي العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب للطبيب والضرر الواقع على المريض توافر شرطين هما: عدم إمكانية توقعه من طرف الطبيب و استحالة دفعه[2].

يُعد تقدير مدى اعتبار الواقعة المدعى بها من قبيل القوة قاهرة تقديراً موضوعيا تختص به محكمة الموضوع، ومن أمثلة القوة القاهرة وفاة المريض بالقلب على اثر رعد مفاجئ أو زلزال، أو انقطاع التيار الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية[3].

**ب- خطأ المضرور:** ينفي خطأ المريض الرابطة السببية إذا كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في حدوث الضرر، كما في حالة فشل العلاج نتيجة عدم امتثال المريض لأوامر الطبيب كتناوله أدوية كان قد منعها عليه الطبيب بشكل قاطع[4] .

أما إذا ساهم خطأ المضرور مع خطأ الطبيب في إيقاع الضرر فإنّ ذلك يؤدي فقط إلى تخفيض التعويض المحكوم به على الطبيب بقدر نسبة خطأ المريض، وهذا ما نصت عليه المادة 177 من(ق.م.ج) :**"يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".**

---

(1) عيسوس فريد، المرجع السابق، ص145.

(2) كمال فريحة، المرجع السابق، ص302.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص171.

(4) حجازي عبد الفتاح بيومي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)،2008 ص200.

لكن هناك حالات معينة لا يتم الاعتماد على خطأ المريض كسبب لقطع العلاقة السببية[1]، وذلك كأن يقوم الطبيب بإجراء عملية استئصال أحد الأعضاء الضرورية للحياة رغم علمه أن ذلك يُعرّض حياة المتنازل للخطر، ففي هذه الحالة لا يمكن للطبيب أن يتحجّج برضا المتنازل بالعملية كسبب لإعفائه من المسؤولية[2].

**ج- خطأ الغير:** يستطيع الطبيب أن يتحلل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة لخطأ الغير، بشرط أن يكون هو السبب الوحيد في حدوث الضرر[3] .

يقصد بالغير في المجال الطبي أي شخص غير الطبيب المعالج أو المريض نفسه، كما يشترط ألا يكون الغير من بين الأشخاص الذين يعد الطبيب مسؤولا عنهم كالمساعدين أو الممرضين، لأنه في هذه الحالة يكون الطبيب هو المسؤول عن تابعيه، ولا يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه بحجة أن الخطأ وقع من الغير، أما إذا ثبت أن خطأ الغير ساهم إلى جانب خطأ الطبيب في إحداث الضرر فإن التعويض يوزع عليهما بالتساوي، إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامة الخطأ، فيوزع التعويض حسب جسامته[4].

(1) كمال فريحة ، المرجع السابق،ص304.

(2) مشكورخليدة ، المرجع السابق، ص47.

(3) كمال فريحة ، المرجع السابق، ص305.

(4) منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص116.

# المبحث الثاني

# آثار المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يرد في نصوص القوانين الطبية أي نص يعاقب الأطباء على أخطائهم أثناء ممارستهم لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، حيث اقتصرت النصوص على بيان واجبات والتزامات الأطباء دون وضع الجزاءات المدنية في حالة الإخلال بها، مما جعل القضاء يطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء.

بالتالي متى توافرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية استطاع المضرور الذي هو المتنازل أو المتلقي حسب الحالة، وذلك وفق الإجراءات القانونية رفع دعوى قضائية(**المطلب الأول**) لمطالبة الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه(**المطلب الثاني**)

## المطلب الأول

## دعوى المسؤولية المدنية للطبيب

دعوى المسؤولية المدنية هي الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه[1]، ودعوى المسؤولية المدنية الطبية سواء كانت مقامة على أساس المسؤولية التقصيرية أو العقدية، هي كغيرها من دعاوى المسؤولية المدنية تتعلق بحقّ شخصي أساسه المطالبة بإصلاح الضرر أو جبره، كما أنها تستلزم شروطا لمباشرتها تتعلق هذه الشروط بصفة أطرافها(**الفرع الأول**) وكذا بالاختصاص(**الفرع الثاني**).

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص607.

## الفرع الأول: أطراف الدعوى

لكل دعوى طرفين، مدع ومدعى عليه، المدعي وهو الطرف الذي يدعي حصول ضرر له من جرّاء التدخل الطبي، والمدعى عليه هو المسؤول الذي يثبت أنه ألحق الضرر بالمضرور نتيجة الخطأ الذي وقع منه، لكن بالنسبة لدعوى المسؤولية المدنية الطبية عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية باعتبارها تتعلق بثلاثة أطراف وهم الطبيب، المتنازل المتلقي فهذا يثير التساؤل عن من هو المدعي و المدعى عليه؟.

### أولا: المدعي

طبقا للقاعدة العامة في الدعاوى المدنية التي تقضي بأنه" لا دعوى دون مصلحة" فإن كل شخص أصابه ضرر له الحق في التعويض، ويكون المدعي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إما المضرور مباشرة نتيجة خضوعه للعملية، أو خلفه في حالة وفاته، أو امتداد الضرر إليهم.

### 1- المضرور المباشر أو نائبه

ترفع دعوى التعويض من المريض المضرور شخصيا أو عن طريق وكيله، أو ترفع باسم نائبه القانوني، ونائب المضرور هو وليه أو وصيه إذا كان قاصرا، وهو القيم إذا كان محجورا عليه[1].

لتحديد المضرور الذي له الحق في أن يطالب المسؤول بالتعويض في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، يجب التمييز بين عمليات نقل الأعضاء البشرية وعمليات زرعها لاختلاف هذه الأخيرة عن بعضها البعض من حيث المحل الذي تردان عليه[2].

---

(1) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها،المرجع السابق، ص 618.

(2) يظهر اختلاف عمليات نقل الأعضاء عن عمليات زرعها من حيث المحل من خلال أن عمليات نقل الأعضاء يتمثل محلها في المتُنَازِل، والذي يكون إما إنسانا حيا أو جثة إنسان توفي حديثا، في حين أن عملية زرع الأعضاء محلها جسد شخص مريض، و الذي يطلق عليه المُتَنَازَل له أو المتلقي الذي يعاني من تلف أحد أعضاء جسمه، محمد حماد مرهج الهيتي، المرجع السابق، ص17.

**أ- عمليات نقل الأعضاء:** يتمثل المدعي في دعوى المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الأعضاء البشرية في المتنازل المتضرر من الخطأ الذي ارتكبه الطبيب وهو بصدد ممارسته لعملية نقل العضو البشري المتنازَل عنه.

أما بالنسبة للمدعي في عمليات نقل الأعضاء من الأموات، فإن الحق في المطالبة بالتعويض يثبت للأقارب باعتبار أن الاعتداء قد وقع على جثة قريبهم.

**ب- عمليات زرع الأعضاء البشرية:** بما أن عمليات زرع الأعضاء البشرية محلها هو جسم المتلقي، فإن الضرر الحاصل من جراء هذه العمليات يصيب المتلقي، بالتالي فإن المتلقي هو الذي له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جرّاء خطأ الطبيب ، وهذا بصرف النظر عن ما إذا كان العضو المزروع تم نقله من الأحياء أو من الجثث.

**2-خلف المضرور**

يمكن أن ينتقل الحق في التعويض إلى غير المضرور المباشر من عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويكون ذلك في حالة وفاة هذا الأخير و حالة الضرر المرتد.

**أ- حالة وفاة المضرور:** إذا أدى خطأ الطبيب في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى وفاة المضرور أي المتنازل أو المتلقي حسب الحالة، فإنه لتحديد صاحب الحق في التعويض يجب النظر إلى نوع الضرر الذي أدى إلى وفاة المضرور الذي قد يكون ماديا أو معنويا.

**- إذا كانت وفاة المضرور ناتجة عن ضرر مادي:** ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أدى إلى وفاة المتنازل أو المتلقي حسب الحالة إلى ورثته كل بقدر نصيبه في الميراث[1]، حيث يستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حياً.

(1) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص153.

كما يحق للدائنين في حال امتنع مدينهم عن المطالبة بحقه في التعويض، أن يطالبوا عوضا عنه عن الأضرار المادية دون المعنوية، وذلك عن طريق دعوى غير مباشرة والتي يشترط لقبولها أن يكون الدين محقق الأداء[1] .

**- إذا كانت وفاة المضرور ناتجة عن ضرر أدبي:** في هذه الحالة يجب التمييز بين الضرر الأدبي الذي أصاب الميت نفسه، والضرر الأدبي الذي أصاب أقاربه في شعورهم وعواطفهم جراء موته الذي يمنحهم الحق في طلب التعويض[2].

أما بالنسبة للضرر الأدبي الذي أصاب الميت نفسه، فقد قضت المادة122من القانون المدني المصري أنه إذا كان الضرر الأدبي أصاب الميت نفسه، فإن حق التعويض عنه لا ينتقل إلى غيره[3] إلا إذا كان هناك اتفاق بين المضرور و المسؤول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره، وأن يكون المضرور قد رفع دعوى أمام القضاء مطالبا بالتعويض[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم ينص على هذه المسألة، لهذا يرى الفقه أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصاب المورث يجب أن ينتقل إلى الورثة، ولو سكت المورث عن المطالبة به، ولا يعتبر سكوته تنازلا عن هذا الحق، لأن السكوت في هذه الحالة يعتبر سكوت ملابس[5] .

**ب- حالة الضرر المرتد:** هو ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرارا أخرى تصيب الغير[6]فالضرر قد لا يقتصر على إصابة شخص واحد بل يمتد إلى أشخاص آخرين،

---

(1) العوجي مصطفى، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص658.

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق، ص619.

(3) حددت المادة 122 من القانون المدني المصري الأقارب الذين لهم الحق في طلب التعويض عن الضرر الأدبي جراء وفاة مورثهم بالأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص86.

(4) المرجع نفسه، ص ص87-88.

(5) علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1994، ص248.

(6) فيلالي علي ، المرجع السابق، ص298.

كالضرر المؤدي إلى وفاة المضرور، فضرر الوفاة لا يسبب فقط الضرر المادي الذي أصيب به الشخص والذي ينتقل الحق بالتعويض عنه إلى الورثة، بل أيضا يسبب أضرارا مادية أخرى لأشخاص آخرين ناتجة عن فقدان من كان يعيلهم، و أضرارا أدبية ناتجة عن الألم والحزن على موت قريبهم[1].

بالتالي فإنه لكل من أصابه ضرر مرتد[2] وناتج عن الضرر الأصلي الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا[3]، وذلك عن طريق دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه الخاص، لأنه لا تضامن بين المضرورين[4].

**ثانيا: المدعى عليه**

طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية فإن المدعى عليه هو الشخص المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي، وقد يكون الضرر ناتج عن خطأ الطبيب لوحده أو ناتج عن عدة مسؤولين.

**1- الطبيب المخطئ**

إذا أخطأ الطبيب الجراح عند قيامه بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية كان مسؤولا عن الضرر الذي أصاب الخاضع للعملية ما دام ناتجا عن خطئه، وذلك سواء كان مسؤولا عن فعله الشخصي، أو عن غيره، أو عن الشيء الذي في حراسته.

---

(1) اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع ،عمان،2002، ص123.

(2) أثار تعويض الأضرار المرتدة جدلا كبيرا بين الفقه، حيث هناك من يرى أنها أضرار مستقلة عن الضرر الأصلي واعتبرها أضرارا شخصية، لمن أصابته الحق في التعويض عنها، وهناك من يعتقد أنها انعكاس فقط للضرر الأصلي لا تعويض عنها، وما يتبين من جل القوانين المقارنة أنها أصبحت تسمح بتعويض الأضرار المرتدة، فيلالي علي، المرجع السابق، ص299.

(3) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص154.

(4) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008 ،ص775.

أما إذا كان الطبيب المسؤول ناقص أو عديم الأهلية توجه الدعوى إلى نائبه القانوني كالولي أو الوصي، كما يجوز أن يقوم الوكيل مقام المسؤول.

إذا توفي الطبيب المسؤول رفعت الدعوى على ورثته، ذلك أن الورثة هم المسؤولون عن ديون مورثهم بعد وفاته في حدود الأموال التي آلت إليهم[1].

إذا كان الطبيب المسؤول تابعا لإحدى المستشفيات العامة أو الخاصة، فإن كل من الطبيب و المستشفى يكونان مسؤولين عن تعويض الأضرار المادية والأدبية التي أصابت الشخص الخاضع للعملية أو أقاربه في حالة امتداد الضرر إليهم، أو حالة ما إذا أدت الإصابة الجسدية لقريبهم إلى وفاته[2]، حيث يسأل الطبيب وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن خطئه الشخصي، أما المستشفى فيسأل وفقا للمادة 136 من(ق.م.ج) على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه باعتباره متبوعا من قبل الطبيب المرتكب للخطأ أثناء مباشرة عمله.

على هذا الأساس فإن للشخص المضرور جرّاء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية الحق في رفع دعوى ضد الطبيب المخطئ الذي ثبت خطأه شخصيا، وضد المستشفى العام منفردين أو مجتمعين على سبيل التضامن[3].

كما ينبغي الإشارة إلى أنه في حالة إذا حكم القضاء العادي على الطبيب بجبر الضرر على أساس خطئه الشخصي المقترن بالخطأ المرفقي، فإن لهذا الطبيب حق الرجوع على إدارة المستشفى لتحميلها نصيبها من التعويض الذي دفعه للمريض ويعود الاختصاص في

(1) Khadir Abdelkader, LA Responsabilité médical A L'usage des praticiens de médecine et du droit,éditions houma,alger ;2014 ;P83.

(2) كمال فريحة، المرجع السابق، ص308.

(3) آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص136.

توزيع عبء التعويض للقاضي الإداري، أما إذا كان المستشفى العام هو الذي دفع التعويض، فله حق الرجوع على الطبيب لتحميله قدرا من التعويض في حالة ثبوت خطئه الشخصي[1].

**2- تعدد المسؤولين عن الضرر**

إذا تعدد المسؤولين عن الضرر الحاصل هنا يقتضي التمييز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، فبالنسبة للمسؤولية التقصيرية تناولت هذه الحالة المادة 126 من (ق.م.ج) المقابلة للمادة 169 من القانون المدني المصري والتي تنص على ما يلي:"**إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض".**

طبقاً لهذا النص إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا ملزمين بالتعويض على سبيل التضامن فيما بينهم، وبالتالي للمضرور الحق في أن يرجع على أيّ واحد منهم بكل التعويض، ومن دفع التعويض له حق الرجوع على باقي المتضامنين معه كلّ واحد منهم بمقدار نصيبه في التعويض[2].

على ذلك إذا كان الضرر ناتج عن عملية نقل أو زرع العضو أُجريت في إطار فريق طبي جراحي، فإن الشخص المدعي له الحق إما أن يدعي مباشرة على الطبيب الجراح الذي باشر العملية التي نتج عنها الضرر المدعى به، باعتبار هذا الأخير هو المسؤول عن اختيار أعضاء فريقه الجراحي الذي يساعده، وإما أن يرفع دعواه على جميع أعضاء الفريق الطبي الجراحي بصفة تضامنية بينهم[3] .

يشترط لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين توافر ثلاثة شروط هي:

- أن يكون كل واحد منهم ارتكب خطأ.

(1) آيت مولود ذهبية، المرجع السابق ، ص137.

(2) عيسوس فريد ، المرجع السابق، ص151.

(3) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص199.

- أن يكون الخطأ المرتكب من طرف كل واحد منهم سببا في إحداث الضرر.

- أن تؤدي الأخطاء التي ارتكبها المسؤولين المتعددين إلى إحداث نفس الضرر الحاصل[1].

إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية العقدية فلا تضامن بينهم إلا إذا وجد اتفاق بينهم أو نص في القانون، وهذا طبقا للمادة217 من(ق.م.ج) المقابلة للمادة279 من القانون المدني المصري التي تنص على:" **التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءا على اتفاق أو نص في القانون**".

**ثالثا: شركة التأمين**

بغرض توفير الأمان للمرضى وكفالة حقوقهم فرضت أغلب التشريعات الوضعية على الطبيب اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية تجاه مرضاه وتجاه الغير، ومن هذه التشريعات نجد التشريع الفرنسي في المادة L1142-2 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 من قانون الصحة العامة والتي تنص الفقرة (4) منها على مايلي:" **تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي إجراءها العاملين ضمن حدود المهنة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب**".[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصت المادة 167 من الأمر رقم95-07 المتعلق بالتأمينات على **:" يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير**"[3]، و تنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه:" **يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها**".

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999،ص225.

(2) كمال فريحة، المرجع السابق، ص309.

(3) أمر رقم95-07 مؤرخ في25 جانفي 1995 ، يتعلق بالتأمينات، ج ر، عدد 13، مؤرخة في 8 مارس1995.

بالتالي طبقا لمقتضيات هذه النصوص، فإن كل طبيب يعمل لحسابه الخاص وكل مستشفى خاص ملزم بدفع مبالغ التأمين التي تعد كضمان للمرضى في حال إصابتهم بأذى من جراء عمل الممارسين الخواص[1] .

لكن باعتبار أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية غالبا ما تكون محلّ نشاط إداري عام، فيجب على كل مستشفى مصرّح له بإجراء هذه العمليات أن يبرم تأمينا خاصا يغطي أخطار الاستئصال، والالتزام بإبرام التأمين يجب أن يكون التزاما قانونيا يفرضه القانون[2]، وتعد مسألة التأمين على حياة المتنازل عن العضو لزراعته لغيره مسألة على جانب كبير من الأهمية ينبغي أن يتطرق إليها المشرع الجزائري بالتنظيم [3].

كما ينبغي الإشارة في هذا الشأن أن منع القوانين التعامل بالأعضاء البشرية لا يتعارض مع منح المتنازل بعض المزايا والضمانات، منها تأمينه ضد المخاطر المستقبلية التي قد يتعرض لها نتيجة لنقل العضو منه، و من القوانين التي أشارت صراحة على هذه الضمانات القانون الإسباني الصادر عام 1982 الذي نص على ضرورة توفير الرعاية الصحية للمتنازل إلى غاية شفائه، وكذلك التكفل بجميع المصاريف المترتبة على إجراء العملية، و قانون المجر الذي جعل الدولة تعوّض من كان تحت كفالة ورعاية المتبرع المصاب بضرر في صحته، أو سلامة بدنه، أو أصبح عاجزا، أو توفي جراء التبرع[4].

**الفرع الثاني: الاختصاص القضائي**

تخضع دعوى المسؤولية المدنية الطبية لقواعد الاختصاص، ويقصد بالاختصاص سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة معروضة أمام المحاكم، وفقدان هذه السلطة يؤدي إلى عدم الاختصاص، والاختصاص القضائي يتحدد نوعيا(**أولا**) ومحليا(**ثانيا**).

(1) كمال فريحة ، المرجع السابق، ص309.

(2) شرف الدين أحمد، زراعة الأعضاء والقانون، المرجع السابق، ص168.

(3) رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص220.

(4) المرجع نفسه، ص ص219-220.

**أولا: الاختصاص النوعي**

يتحدّد الاختصاص النوعي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في دعوى المسؤولية المدنية التي يباشرها المضرور على الطبيب المسؤول عن الضرر الحاصل له جرّاء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بحسب الجهة التي يعمل لصالحها هذا الطبيب القائم بالعملية، التي قد تكون تابعة للقطاع الخاص أو للقطاع العام.

**1- اختصاص القضاء العادي**

طبقا لأحكام المادة 32 من (ق.إ.م.إ)[1] فإن المحاكم هي الجهات القضائية ذات الاختصاص العام وهي تفصل في جميع القضايا المدنية، وطبقا للمادة 34 من (ق.إ.م.إ) فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم تكون قابلة للاستئناف أمام المجالس القضائية.

بناءً على ذلك فإن المحاكم العادية هي المختصة نوعيا في الفصل في دعوى المسؤولية المدنية التي يرفعها المتنازل أو المتلقي الذي تضرر من عمليات نقل زرع الأعضاء البشرية على الطبيب القائم بها، بشرط أن يكون هذا الطبيب تابع لعيادة خاصة، وتستأنف الأحكام الصادرة عنها أمام المجالس القضائية التي تمثل الدرجة الثانية في التقاضي، ويتم الطعن في الأحكام التي تصدرها المجالس القضائية المتعلقة بدعاوى المسؤولية المدنية للطبيب أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون.

أما إذا كان الخطأ الطبي يُعد في الوقت ذاته جريمة جزائية، في هذه الحالة خول المشرع الجزائري للمضرور الحق في الخيار بين رفع دعواه بالتعويض إلى المحكمة المدنية أو إلى المحكمة الجزائية التي تنظر في الدعوى العمومية، غير أن الحكم بالبراءة أمام المحكمة الجزائية يوجب على هذه الأخيرة أن تقضي بعدم اختصاصها بالنظر في الدعوى المدنية، وذلك استنادا إلى قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية[2].

(1) قانون رقم08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21، مؤرخة في 23-04-2008.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق،ص ص231-232.

تقتضي تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية تقييد القاضي المدني بالوقائع التي فصل فيها القاضي الجزائي[1]، فإذا قضى الحكم الجنائي مثلا بإدانة المتهم المتابع، فلا يستطيع القاضي المدني أن يرفض دعوى التعويض، و عكس ذلك إذا قضى الحكم الجنائي ببراءة المتهم فلا مانع من استجابة القاضي المدني لطلب التعويض، وذلك يرجع إلى اختلاف الخطأ المدني عن الخطأ الجزائي، فهناك من الوقائع ما يتم تكييفها على أنها أخطاء مدنية بالتالي تترتب عنها المسؤولية المدنية، بينما نفس هذه الوقائع يتعذر تكييفها بأنها أخطاء جزائية لتخلف شرط من الشروط المقررة لتحقق الجريمة[2].

**2- اختصاص القضاء الإداري**

كان الاختصاص بالفصل في دعاوى المسؤولية الطبية التي تكون السلطة العمومية طرفا فيها يؤول للغرفة الإدارية الموجودة على مستوى المجالس القضائية، وهذا إذا كان المدعى عليه طبيبا تابعا لإحدى المستشفيات العامة، أو تابعا للقطاع الصحي لدائرة من الدوائر الإدارية، أو لمستوصف من مستوصفاتها.

أما حاليا بصدور القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[3]، الذي حوّل الاختصاص النوعي للغرف الإدارية إلى المحاكم الإدارية، وطبقا للمادتين800 و801 من (ق.إ.م.إ) فإن المحاكم الإدارية باعتبارها هي الجهات القضائية ذات الولاية العامة والاختصاص العام هي التي تنظر في دعوى المسؤولية الطبية باعتبارها درجة أولى، على أن يتم استئناف القرار الصادر عنها أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري جعل الاختصاص النوعي من النظام العام، لهذا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وهو ما أشارت إليه المادة 36 بالنسبة لجهات القضاء العادي، والمادة 807 من (ق.إ.م.إ).

---

(1) لا يربط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا، أنظر المادة 339 من (ق.م.ج).

(2) فيلالي علي، المرجع السابق، ص16-17-18.

(3) تنص المادة 01 من القانون98-02 على:" **تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية**".

**ثانيا: الاختصاص الإقليمي**

القاعدة العامة في الاختصاص المحلي أنه يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار[1].

من بين الاختصاصات المحلية المستثناة من القاعدة العامة الدعاوى المتعلقة بالخدمات الطبية حيث يؤول الاختصاص محليا للنظر فيها للمحكمة التي يقع في دائرتها المكان الذي قدم فيه العلاج حسب ما أكدته المادة 40 من(ق.إ.م.إ) التي تنص على:"**فضلا عما ورد في المواد 37و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:**

**5- في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج."**

بناءً على ذلك فإن الشخص المتضرر جرّاء خضوعه لعمليات نقل أو زرع الأعضاء البشرية من حقه رفع دعوى على الطبيب القائم بها للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته، وذلك أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مكان إجراء العملية.

لكن مادام أن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام، فإنه يجوز لكل من المريض والطبيب الاتفاق على أن تختص محكمة معينة بالنظر في النزاع الذي قد يثور بينهما بشأن المسؤولية الناتجة عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية أو أي عمل طبي، وذلك سواء بمقتضى العقد الطبي أو اتفاق لاحق حتى لو لم تكن هذه المحكمة مختصة محليا بالنظر في الدعوى[2]، وهذا طبقا للمادة 46 من(ق.إ.م.إ) التي تنص على ما يلي:" **يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا.**

(1) أنظر المادة 37 من ق.إ.م.إ.ج .

(2) رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص263.

**يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.**

**يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"**

بالنسبة للاختصاص الإداري فيؤول للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها القطاع الصحي العمومي مكان مباشرة العملية، وهذا طبقا للمادة 804من ق.إ.م.إ :" **خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:**

**- في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات الطبية".**

## المطلب الثاني: التعويض

الالتزام بالتعويض التزام جزائي يفرضه القانون على كل من تسبب بخطئه في وقوع ضرر للغير، طبقا لأحكام المادة 124 من(ق.م.ج)، فالتعويض الذي يتحمله الطبيب هو نتيجة إخلاله بالتزام سابق رتبه العقد أو القانون.

إذا ثبتت المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية عن ما لحق المدعي من ضرر، فإنه يتعين على المسؤول تعويض المضرور لجبر الضرر الذي لحق به، ويكون ذلك وفقا لما حدده القانون من طرق(**الفرع الأول**)، وحسب تقدير القاضي(**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول: طرق التعويض

أشارت المادتين 131 و132 من (ق.م.ج) إلى طرق التعويض، والتي يستفاد منها أن التعويض يكون إما عينيا(**أولا**) أو بمقابل(**ثانيا**).

**أولا: التعويض العيني**

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر[1]، ويشترط في التعويض العيني أن يكون ممكنا، أن لا يكون فيه إرهاق للمدين، أن يكون حسب مقتضيات الظروف وأن يطالب به المضرور[2].

يعتبر التعويض العيني نادر الوقوع في مجال المسؤولية الطبية، إذ هناك بعض الحالات لا يمكن فيها تصور التعويض العيني عن الخطأ الطبي[3]، فمثلا لو أجرى الطبيب عملية استئصال الكلية من شخص ما دون رضاه، ففي هذه الحالة لا يمكن التعويض العيني لاستحالة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الاستئصال.

**ثانيا: التعويض بمقابل**

نظرا لكون التعويض العيني من الأمور العسيرة في مجال المسؤولية الطبية، غالبا ما يكون التعويض بمقابل عند استحالة التعويض العيني، والتعويض بمقابل قد يكون تعويضا نقدياً و هو الغالب، وقد يكون تعويضا غير نقديا في معظم الأحيان.

**1- التعويض النقدي**

يتمثل التعويض النقدي في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور[4]، والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا محددا يدفع للمضرور دفعة واحدة إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط ، أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة[5].

يتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي ارتكبه الطبيب، فالتعويض يجب أن لا يتجاوز قدر الضرر وأن لا يقلّ عنه، و يقدر القاضي

(1) إبراهيم علي حمادي الحليوسي ، المرجع السابق، ص228.
(2) حروزي عز الدين ، المرجع السابق، ص163.
(3) عباشي كريمة، المرجع السابق، المرجع السابق، 136.
(4) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص266.
(5) أنظر المادة 1/132 من (ق.م.ج).

مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة [1].

**2- التعويض غير النقدي**

على الرغم من أن الأصل في التعويض بمقابل أن يكون نقديا إلا أنه يجوز أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي، ولكن بشرط أن لا يحكم به القاضي إلا بطلب من المضرور تبعا لظروف الحالة[2]، ويكون الحكم بالتعويض غير نقديا مثلا في حالة الحكم بأداء أمر معين كنشر الحكم أو الاعتذار في الصحف[3].

يجوز للقاضي وبطلب من المضرور مثلا في حالة قيام الطبيب بنشر معلومات كاذبة عن حالته الصحية للمريض، أن يحكم على الطبيب بنشر تكذيب لتلك المعلومات والاعتذار للمضرور، فهذا يعد تعويضا غير نقديا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي.

**الفرع الثاني: تقدير التعويض**

تعد مسألة تقدير التعويض في المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ومسؤولية الأطباء عموما مسألة صعبة وعسيرة لما في الضرر الحاصل للمريض من خاصية التغير والتفاقم، حيث يثير تقدير التعويض صعوبات خاصة فيما يتعلق بوقت التقدير(**أولا**)، بكيفية التقدير(**ثانيا**)، وآثار اتفاقات الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية(**ثالثا**).

**أولا: وقت تقدير التعويض**

تثير مسألة تحديد وقت تقدير التعويض عن الضرر في المجال الطبي عدة صعوبات، حيث يرجع ذلك خاصة إلى خاصية التغير التي يمتاز بها الضرر الذي يصـــيب المريـــض،

(1) المادة 131 من (ق.م.ج).

(2) المادة 2/132 من (ق.م.ج).

(3) إبراهيم علي حمادي الحليوسي ، المرجع السابق، 233.

وتغير الضرر يكون إما قبل صدور الحكم أو بعده.

**1-تقدير التعويض عن الضرر المتغير قبل صدور الحكم**

اختلف الرأي حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض،فهناك رأي يقول أن الحق في التعويض ينشأ من وقت صدور الحكم به من طرف القاضي، وهناك رأي آخر هو الرأي الراجح يرى أن الحق في التعويض يترتب من وقت نشوء الضرر أي منذ استكمال أركان المسؤولية، وحكم القاضي بوجوب التعويض لا ينشئ الحق بل يكشف عنه فقط[1] .

استقر الفقه والقضاء على أن تقدير التعويض عن الضرر الحاصل يكون وقت صدور الحكم،سواء اشتد الضرر أو خف، وسواء ارتفعت قيمته النقدية أو انخفضت،وذلك لكي يكون التعويض معادلا للضرر[2]،ومن ثمَّ يتعين على القاضي أن يراعي عند تقدير التعويض تطور الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم[3].

2- **تقدير التعويض عن الضرر المتغير بعد صدور الحكم**

قد يحدث أن يتغير الضرر بعد صدور الحكم بالتعويض عنه، في هذه الحالة يجب التمييز بين حالتين:

أ- إذا كان الضرر بحسب طبيعته قابلا للزيادة، ويكون ذلك في حالة الضرر المستقبلي المحقق الوقوع، ففي مثل هذه الحالة يجوز للقاضي الحكم بالتعويض قبل وقوع الضرر، لكن له أن يحتفظ للمضرور بالحق بأن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر من جديد في تقدير التعويض[4] .

أورد المشرع الجزائري هذه الحالة في المادة131 من(ق.م.ج) التي تنص على ما يلي:" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام**

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص95.
(2) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص211.
(3) عباشي كريمة، المرجع السابق، ص150.
(4)علي علي سليمان، مرجع سابق، ص99.

**المادتين182و182مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم له أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".**

ب- إذا لم يتوقع القاضي في حكمه تغير الضرر بعد الفصل في الدعوى، هنا يجب التفرقة بين زيادة الضرر ونقصه، فإذا زاد الضرر، فإنه يجوز للمضرور أن يطلب تعويضا عن زيادته باعتباره ضررا جديدا متميزا عن الضرر المحكوم بالتعويض عنه سابقا، أما إذا نقص الضرر كما لو كانت الإصابة خطيرة ثم تحسنت بعد ذلك، فلا يستطيع المدعى عليه أن يطلب إنقاصه بما يعادل الضرر لكونه حائز لحجية الشيء المقضي به[1].

كما يجب على محكمة الاستئناف(المجلس القضائي) أن تبين في أسباب حكمها الضرر الجديد الذي أصاب المضرور من وقت صدور الحكم الابتدائي إلى وقت صدور قرار الاستئناف، وإلا تعرض قرارها للطعن بالنقض، وذلك لانتفاء عناصر الضرر الإضافية باعتبارها الأساس القانوني الذي تبنى عليه زيادة قيمة التعويض المحدد في الحكم المطعون فيه[2] .

يتعين على القاضي كذلك مراعاة التغير في قيمة الضرر بارتفاع قيمة النقود وانخفاضها، وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها[3]، ولقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية حديثا على وجوب الاعتداد بزيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي الدائم، وذلك بتحديدها التعويض في شكل إيراد دوري يساير تغير القيمة النقدية[4].

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص275-276.

(2) عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية المدنية(عقدية، تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيهـــا، دار المطبوعـــات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، 2005، ص42.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص189.

(4) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص211.

**ثانيا: كيفية تقدير التعويض**

يرجع تقدير التعويض في المسؤولية المدنية إما إلى إرادة الطرفين المتعاقدين أو إلى ما يحدده القانون أو القاضي.

**1- التقدير الاتفاقي و القانوني للتعويض**

**أ- التعويض الاتفاقي**: أجاز المشرع الجزائري لأطراف العقد تحديد مبلغ التعويض بالاتفاق عليه في نص العقد أو في وقت لاحق، وقد نصت المادة 183 من(ق.م.ج) على أنه" **يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد176 إلى 181**"، وهذا الاتفاق لا يكون إلا في المسؤولية العقدية و يسمى بالشرط الجزائي.

على هذا الأساس يجوز اتفاق الطبيب والمريض على تقدير التعويض مسبقا في العقد أو في اتفاق لاحق، بشرط أن يكون هذا الاتفاق قبل وقوع الضرر، وذلك كأن يتفق الطبيب مع المريض على إجراء عملية زرع الكلية للمريض في وقت محدد، وإذا أخل الطبيب بتنفيذ التزامه بتأخره عن الموعد المحدد لإجراء العملية،وترتب عن ذلك إصابة المريض بالضرر بسبب ذلك التأخير وجب عليه دفع مبلغ معين مثبت مقداره في العقد.

في حالة إذا أثبت الطبيب أن المريض لم يلحقه أي ضرر، أو كان مبلغ التعويض المثبت في العقد مبالغا فيه، يحق للقاضي في هذه الأحوال إنقاصه ليكون معادلا للضرر الذي لحق المريض[1]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 184 من(ق.م.ج) التي تنص على:" **لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق 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.**"

(1)عبد الوهاب عرفة ، المرجع السابق، ص67.

أما إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد بالاتفاق، فلا يجوز للمريض المطالبة بأكثر من القيمة المتفق عليها، ما لم يثبت أن الطبيب قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيما، وهذا ما نصت عليه المادة 185 من (ق.م.ج) التي تنص على**:" إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأً جسيما".**

**ب- التعويض القانوني**: قد يكون النص القانوني هو مصدر تقدير التعويض، فمثلا حدد المشرع الجزائري في بعض القوانين الخاصة مقدار التعويض كقانون رقم 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، حدد التعويضات التي تمنح للمضرور من قبل هيئات الضمان الاجتماعي بسبب المرض والعجز الكلي المؤقت[1].

لكن بالنسبة للمجال الطبي، فمن خلال تفحص قانون مدونة أخلاقيات مهنة الطب وقانون حماية الصحة وترقيتها لا نجد أي نص يحدد مقدار التعويض الذي سيمنح للمضرور سواء عن الضرر الجسماني أو الضرر الجمالي و التألمي اللاحق بالمريض بسبب خطأ الطبيب.

**2- التعويض القضائي**

**أ- سلطة القاضي في تقدير التعويض**: تنص المادة 2/182 من(ق.م.ج) على:" **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".**

طبقاً لهذا النص فإنه في حالة عدم اتفاق الطرفين في المجال الطبي على تحديد مبلغ التعويض، وعدم وجود أي نص قانوني صريح يحدد مقدار التعويض، فإن القاضي هو الذي

(1) عباشي كريمة، المرجع السابق، ص144.

يتمتع بالسلطة التقديرية في تقديره[1] ولا رقابة للمحكمة العليا عليه إلا من حيث التسبيب، لأن تقدير التعويض يعدّ من المسائل الواقعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها[2].

غير أنه يتعين على القاضي أن يبرر تعيين جميع عناصر تقدير التعويض المدني التي تخضع لرقابة المحكمة العليا، فتعيين العناصر المكونة قانونا للضرر تعد مسألة قانون[3]، وهذا ما يتبين من قرارات المحكمة العليا التي ألزمت القضاة أن يبيّنوا الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ولهذا اعتبرت تقدير القضاة منح تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض، يعدّ خرقا للقواعد المقررة قانونا[4].

**ب- معايير تقدير التعويض:** لم يترك المشرع للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله بل حدّد له معايير يستند إليها يتم استخلاصها من المادتين 182 و131 من(ق.م.ج)، والتي تتمثل في المعايير التالية:

**- معيار الضرر المباشر**: يقتضي تحديد قيمة التعويض التمييز بين كل من المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، حيث يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع فقط، بينما يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر سواء كان متوقع أو غير متوقع[5]، غير أن التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع لا يشمل حالتي الغش والخطأ الجسيم[6].

نص المشرع الجزائري على معيار الضرر المباشر في المادة 1/182 من (ق.م.ج) المقابلة للمادة 221 من القانون المدني المصري والتي تعتبر الضرر مباشرا إذا كان نتيجة

(1) عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 145.

(2) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص187.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 271-272.

(4) قرار المحكمة العليا ، ملف رقم109568، المجلة القضائية، عدد1، الصادر في 1994/05/24، ص123.

(5) أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص110.

(6) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق ، ص658.

طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[1].

**- معيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت**: يتضح من نص المادة 182 من(ق.م.ج) أنه يتعين أن يشمل التعويض الذي يقدره القاضي ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب.

يقصد بالخسارة الواقعة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور، أما الكسب الفائت فيقصد به ما كان سيحصل عليه المضرور من أرباح لو لم يقعده الفعل الضار عن هذا الكسب، بشرط أن تكون هذه الأرباح متوقعة في المسؤولية العقدية، وسواء كانت متوقعة أو غير متوقعة بالنسبة للمسؤولية التقصيرية مادامت محققة[2].

- **معيار مراعاة الظروف الملابسة**: تنص المادة131 من (ق.م.ج) على ما يلي:" **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقًا لأحكام المادتين182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة...".**

يقصد بالظروف الملابسة الظروف التي تلابس المضرور لا المسؤول، وتتمثل في الظروف الشخصية، الصحية، العائلية و المالية التي تحيط بالمضرور[3]، فالقاضي في تقديره التعويض يتعين عليه أن يراعي الظروف الملابسة للمضرور، فينظر إلى المضرور نظرة شخصية ذاتية لا مجردة، مثلاً تعويض الشخص الأعور الذي يصاب في عينه الوحيدة لا يتساوى مع تعويض صاحب العينين عن الضرر الذي أصاب إحداها[4].

أما بالنسبة للظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول فلا تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، فإذا كان المسؤول غنيا لا يعني أنه سيدفع تعويضا أكثر، وكذلك إذا كان فقيرا لا يعني أنه سيدفع تعويضا أقل، و ذلك لأن مقدار التعويض يجب أن يكون بقدر الضرر، دون

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، 224.

(2) كمال فريحة، المرجع السابق،ص 323.

(3) المرجع نفسه، ص323.

(4) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص166.

مراعاة الظروف الشخصية للطبيب المسؤول عن الضرر، حيث أن العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسؤول[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي عند تقديره التعويض لا يأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ، لأن التعويض الناتج عن قيام المسؤولية المدنية يقدر على أساس الضرر لا على أساس جسامة الخطأ، وهذا عكس المسؤولية الجزائية الذي يقدر التعويض عنها وفقا لجسامة الخطأ[2]، غير أنه بالرجوع إلى الجانب العملي نجد أن هذه القاعدة نظرية أكثر مما هي عملية لأن القضاء غالبا ما يعتد بدرجة جسامة الخطأ عند تقدير التعويض، فيكون التعويض المحكوم به عن الخطأ الجسيم أكثر منه في الخطأ اليسير[3].

من الحالات التي يتجسد فيها مراعاة جسامة الخطأ حالة الضرر الأدبي وحالة تعدد المسؤولين، فإذا تعدد المسؤولين عن الضرر، جاز للقاضي توزيع المسؤولية فيما بينهم بحسب جسامة الخطأ الواقع من كل واحد منهم[4].

**ثالثا:اتفاقات الإعفاء و التخفيف من المسؤولية المدنية**

الأصل في المسؤولية المدنية أن كل من ارتكب خطأً مسببا ضرر للغير يلتزم بالتعويض[5]، فهل يجوز أن تكون هذه المسؤولية محل اتفاق بين الطبيب ومريضه بالإعفاء منها أو التخفيف من عبئها؟.

للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين ما إذا كان هذا الاتفاق سابق على وقوع الضرر أو لا حق له.

(1) عباشي كريمة، المرجع السابق، ص149.

(2) منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)،2005، ص78.

(3) اللصاصمة عبد العزيز، المرجع السابق، ص207.

(4) إبراهيم علي حمادي الحليوسي، المرجع السابق، ص227.

(5) أنظر المادة 124 من(ق.م.ج).

**1- قبل وقوع الضرر**

قد يحصل اتفاق بين الطبيب والمريض قبل حدوث الضرر على الإعفاء من المسؤولية المدنية إما كليا أو جزئيا فما مدى صحة مثل هذا الاتفاق؟.

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التمييز بين الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية والاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.

**أ- الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية**: ثار خلاف فقهي وقضائي بخصوص مدى جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، فذهب البعض إلى جواز ذلك استنادا إلى المبدأ العام المنصوص عليه في القانون المدني العقد شريعة المتعاقدين، والذي يعطي الحق للمتعاقدين في اشتراط ما يشاءان من الشروط في إطار احترام القانون والنظام العام[1].

تطبيقا لذلك إذا كانت العلاقة بين الطبيـــب القائم بعملية نقل أو زرع الأعضاء البشرية والخاضع للعملية ناتجة عن العقد الطبي، فإنه يجوز الاتفاق قبل وقوع الضرر على الإعفاء أو التخفيف من عبء المسؤولية المدنية.

غير أنه يرى بعض الشراح أن اتفاق الطبيب ومريضه على إعفائه من المسؤولية المدنية يكون باطلا، باعتبار أن الأمر يتعلق بتنازل إنسان عن حقه في تكامل جسده، والذي يعد من الحقوق اللّصيقة بالشخصية التي لا تقبل التنازل عنها أو التعامل بها[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المادة 1/178من (ق.م.ج)، و المقابلة للمادة 217 من القانون المدني المصري تنص على:"**يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث الفجائي أو القوة القاهرة".**

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يجيز الاتفاق على تحمل المدين تبعية الحادث الفجائي والقوة القاهرة،قياسا على ذلك إذا كان من الجائز الاتفاق على إقامة

(1) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 215.

(2) المرجع نفسه، ص216.

مسؤولية المدين على الرغم من أن الحادث الفجائي والقوة القاهرة تعتبر من الأسباب التي تنفيها طبقا للمادة 127 من(ق.م.ج)، فإنه من باب أولى جواز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية المدنية العقدية، وكذلك تشديدها [1].

غير أن الإعفاء من المسؤولية المدنية العقدية باطل إذا استهدف الاتفاق إعفاء المسؤول من الخطأ العمدي أو الجسيم، باستثناء المسؤولية الناتجة عن الغش والخطأ الجسيم المرتكب من أشخاص يستخدمهم المسؤول لتنفيذ التزامه، وهذا طبقا للمادة 2/178 من(ق.م.ج) التي تنص على:" **كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشا عن غشه، أو عن خطئه الجسيم، غير انه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه." .**

تطبيقا لذلك إذا كانت العلاقة بين الطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والمريض منشؤها العقد الطبي فلهما أن يتفقا على إعفاء الطبيب من المسؤولية أو التخفيف من عبئها إذا لم ينفذ هذا الأخير التزامه التعاقدي، إلا إذا كان عدم تنفيذ الالتزام ناتج عن غش أو خطأ جسيم.

لكن في ضوء ما تقدم الاتفاق المسقط للمسؤولية وإن كان جائز في المسائل والأمور الاقتصادية، ضمن شروط خاصة، لانسجام هذا الشرط مع مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه يبقى عديم الأثر إذا ما تعلق بالأضرار الجسدية، وهذا ما نص عليه صراحة المشرع اللبناني في نص المادة 139 من القانون المدني،و لا يمنع الأخذ بذلك في القضاء الجزائري رغم سكوت النص، لأن سلامة الإنسان في جسمه لا يجوز أن يكون محل اتفاقات[2].

**ب- الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية**: يستغرب البعض إمكانية الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الفعل الضار، لأن هذا النوع من المسؤولية تقوم بين

(1) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص218.

(2) أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق، ص177.

أشخاص لا يعرف أحدهما الآخر، إلا أنه هناك حالات نادرة يتصور فيها وجود مثل هذه الاتفاقات[1].

استقرت أغلب التشريعات الوضعية على عدم جواز الاتفاق السابق لوقوع الفعل الضار على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية التقصيرية[2]، من بينها التشريع الجزائري الذي يُبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة 3/178 من(ق.م.ج) بقولها:"**يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ".**

بناءً على ما سبق فإنه يبطل كل اتفاق سابق على ضرر محتمل وقوعه بالمستقبل على إعفاء الطبيب المسؤول عن عمل غير مشروع سواء كانت مسؤوليته نتيجة خطئه الشخصي أو نتيجة أفعال تابعيهم، وسواء كان الخطأ يسيرا أو جسيما.

أما بالنسبة لاتفاق الطبيب والمريض قبل وقوع الضرر على تشديد المسؤولية المدنية التقصيرية، كأن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترض في حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ أو الاتفاق على مسؤولية الطبيب حتى لو لم يرتكب خطأ، تعد مثل هذه الاتفاقات مشروعة و غير مخالفة للنظام العام[3].

### 2- بعد وقوع الضرر

تقضي القاعدة العامة بجواز أي اتفاق بين المسؤول عن الضرر والمضرور بعد وقوع الضرر، سواء بإلاعفاء التام من الالتزام بدفع مبلغ التعويض أو التخفيف من عبئه، حيث يعد الاتفاق اللاحق لوقوع الضرر من قبيل الصلح المحددة أحكامه في المواد 459 إلى 466 من (ق.م.ج)[4].

(1) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص827.

(2) من بين هذه التشريعات التشريع المصري، الفرنسي، الأردني، أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق،ص 181.

(3) المرجع نفسه، ص181.

(4) حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص215.

على ذلك فإن المريض الخاضع لعملية نقل أو زرع الأعضاء يستطيع أن يتفق مع الطبيب الذي أجرى له العملية وسبب له ضررا أن يتقاضى منه تعويضا أقل مما يستحق، ويكون ذلك إما تنازلا من المضرور عن جزء من حقه، أو هو صلح بينه وبين الطبيب المسؤول، كما أنه يجوز كذلك الاتفاق على أن يعطي المسؤول للمريض المضرور تعويضا أكثر مما يستحق، فتكون الزيادة في هذه الحالة تبرعا[1].

(1) السنهوري عبد الرزاق أحمد ، المرجع السابق، ص827.

# الخاتمة

يتبين من خلال دراستنا أن جل التشريعات الوضعية عملت على إباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مع اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة من أجل حماية الأطراف المعنية من مختلف المخاطر التي تنطوي عليها، وذلك قصد تجنيبهم الأضرار الجسيمة التي يصعب تداركها، و هذا من خلال وضع ضوابط الغرض منها تحديد حدود إباحة هذه العمليات، حيث يعتبر احترام هذه الضوابط التزاما على عاتق الطبيب القائم بها وتوجب مسؤوليته عند مخالفتها.

- تختلف ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية وفقا لمصدر هذه الأخيرة والذي يكون إما من الأحياء أو من جثث الموتى.

- يشترط لإباحة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء أن يكون العضو المتنازل عنه من الأعضاء التي يجوز التنازل عنها بحكم الشرع والقانون، والتي تتمثل عموما في الأعضاء التي لا تؤثر على حياة المتنازل ولا تؤدي إلى اختلاط الأنساب؛ كما يشترط كذلك لتوافق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية مع النظام العام وجوب كون الدافع إلى إجراء هذه العمليات هو تحقيق المصلحة العلاجية وليس الحصول على منفعة مالية.

- يعد التزام الحصول على رضا الأطراف المعنية بالعملية من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، ويشترط للاعتداد بهذا الرضا ضرورة صدوره من شخص كامل الأهلية، وعن إرادة حرة خالية من العيوب، وإرادة مستنيرة أي يسبقها إعلام حول ملابسات العملية ومخاطرها، وإضافة إلى هذا يشترط أن يكون الرضا مكتوبا.

- إضافة إلى الضوابط السابقة ألزم المشرع الطبيب باحترام الضوابط الطبية، والتي تتمثل أساسا في إجراء الفحوصات الضرورية قبل إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية غرضها التأكد من توافق الأنسجة لأطراف العملية، والتأكد من مدى سلامة الحالة الصحية

لأطراف العملية، ويشترط كذلك إجراء العمل الجراحي في المستشفيات التي حددها القانون على سبيل الحصر.

- تتمثل الضوابط المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى في التحقق من وفاة المتنازل، والتحقق من صدور الموافقة على الاستئصال.

- القانون هو المختص و المسؤول عن تحديد لحظة الوفاة بشرط الأخذ بعين الاعتبار ما توصل إليه الطب من اكتشافات علمية.

- يعتبر الموت الدماغي هو المعيار المعتمد في تحديد لحظة الوفاة، وذلك لما ثبت علميا عن تحقيقه لنتائج أكيدة للتيقن من الوفاة.

- تتحدد مسؤولية الطبيب القائم بعمليات نقل الأعضاء من الأشخاص الموضوعين تحت أجهزة الإنعاش، وفق حالة خلايا المخ لهؤلاء الأشخاص، فإذا كانت خلايا المخ حية يترتب على ذلك حظر وقف أجهزة الإنعاش، أما إذا كانت خلايا المخ ميتة فهذه الحالة تسمح للطبيب بوقف أجهزة الإنعاش وجواز استمرارها للمدة اللازمة للمحافظة على حيوية الأعضاء المراد نقلها دون إخضاعه لأي مسؤولية.

- بالنسبة للتحقق من صدور الموافقة على الاستئصال من الجثة، فتكون صادرة كأصل إما من المتوفى قبل وفاته على شكل وصية، والتي يشترط للاعتداد بها من طرف الطبيب أن تتوافر فيها أركان الوصية طبقا للقواعد العامة، وأن تصدر في شكل معين كما يحدده القانون؛ وكاستثناء تصدر الموافقة من غير المتوفى إذا لم يعبر هدا الأخير عن إرادته بشأن الاستئصال من جثته أو عدمه، ويكون الغير هم الأقارب وذلك حسب الترتيب الذي حدده القانون؛ أو الطبيب في حالة تعذر الاتصال بالأقارب في الوقت المحدد.

- على هذا الأساس إذا تم مخالفة هذه الضوابط من طرف الطبيب القائم بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية قامت مسؤوليته المدنية طبقا للأحكام التالية:

- تتحدد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية طبقا لمدى توافر شروط كل واحدة منها، فتكون عقدية كأصل في حالة وجود رابطة عقدية بين الطبيب

والشخص الخاضع للعملية، وفي مقابل ذلك تكون تقصيرية في حالة تخلف هذه الرابطة أو بطلانها، بالإضافة إلى حالات أخرى كحالة كون الطبيب المجري للعملية تابع لإحدى المستشفيات العمومية.

- إن الأصل في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، ومع ذلك يرى بعض الفقه وجود استثناء على هذه القاعدة، فيكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة تجاه المتنازل الحي مقتضاه ضمان سلامة المتنازل الحي من أي ضرر غير متوقع ينتج عن عمليات نقل الأعضاء.

- لا تقوم المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا بتوافر أركانها، والمتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

- يتميز الخطأ في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية وفي المجال الطبي ككل في أنه يتعلق بحياة الإنسان التي هي أثمن ما في الوجود، وتتعدد صور الخطأ الطبي في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتعد أغلبها ناتجة عن مخالفة الضوابط التي حددها القانون لممارسة هذه العمليات.

- يعد الهدف من المسؤولية المدنية للطبيب هو جبر الضرر الناتج عن خطأ الطبيب عن طريق التعويض، لهذا فإذا ما تم ثبوت قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية يستطيع الطرف المتضرر رفع دعوى قضائية ضد الطبيب المسؤول أمام الجهة القضائية المختصة لطلب التعويض، ويعود تحديد طريقة التعويض و مقداره للقاضي لما له من سلطة تقديرية منحها له القانون، مع الاستناد على معايير معينة كالظروف الملابسة للمضرور والاتفاقيات المبرمة حول مسؤولية الطبيب.

بناء على ما سبق من النتائج ما يمكن الوصول إليه أن مساءلة الطبيب في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يجب أن لا تحتويه القواعد العامة بسبب تعلقه بجسم الإنسان، لذلك نقدم الاقتراحات التالية، والتي نرجوا أن تؤخذ بعين الاعتبار من طرف المشرع الجزائري وهي:

- تخصيص نصوص قانونية مستقلة و واضحة لتنظيم ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، و المسؤولية الطبية الناتجة عنها.

- ضرورة تحديد تعريف للعضو البشري من طرف المشرع الجزائري، وذلك قبل تطرقه إلى ضوابط إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية وجزاءات مخالفتها لما له من أهمية بالغة في تحديد مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- تحديد سن الأهلية المطلوبة عند المتنازل ليُسمح له بالتبرع بأعضائه، وعدم إخضاعه للقواعد العامة نظرا للخصوصية التي تمتاز بها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- التوسيع في دائرة أماكن إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية لتشمل مستشفيات عامة أخرى.

- فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب فيما يخص ضمان سلامة المتنازل من الأضرار غير المتوقعة جراء عمليات نقل الأعضاء.

- منح تأمين للشخص المتنازل ضد المخاطر المستقبلية التي قد يتعرض لها نتيجة نقل العضو منه، وذلك بغرض توفير الأمان له وكفالة حقوقه في حالة تدهور صحته بعد العملية.

- الإكثار من تنظيم الملتقيات والندوات والأيام الدراسية قصد التحسيس والتعريف بعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، وأهميتها في المجال الطبي، وكذا بموضوع المسؤولية المدنية الطبية في مجال نقل و زرع الأعضاء البشرية قصد طمأنة النـــاس بعدم ضيـــاع صحتهـــم و حقوقهم القانونية سدى و تشجيعهم على التبرع بالأعضاء البشرية.

## قائمة المراجع

### أولا: باللغة العربية

### 1- الكتب

- إبراهيم علي حمادي الحليوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية(دراسة قانونية مقارنة) ، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2007.

- أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

- أسامة السيد أحمد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة فقهية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية(مصر)، 2006.

- أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية(دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011.

- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام،الواقعة القانونية العمل غير المشروع، شبه العقود والقانون،ج2، ط2، دار الهدى ، الجزائر، 2007.

- السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

- العوجي مصطفى ، القانون المدني، المسؤولية المدنية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

- اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية،الفعل الضار، ط1، دار الشروق للنشر والتوزيع ،عمان،2002.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

- بيومي علي محمد، أضواء على نقل وزراعة الأعضاء، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية(مصر)،2005.

- حجازي عبد الفتاح بيومي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)،2008.

- حروزي عز الدين ،المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن(دراسة مقارنة)، دارهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

- حسني عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

- رأفت صلاح أبو الهيجاء ، مشروعية نقل الأعضاء البشرية بين الشريعة والقانون،ط1، عالم الكتب الحديث،عمان،2006.

- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر. 2007.

-ـــ ، نطاق واحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

- رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.

- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم، منشأة معارف، الإسكندرية(مصر)، 2004.

- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1999.

- طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب(دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2004.

- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري ، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية ، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة2000.

- عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية المدنية(عقدية، تقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، 2005.

- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيروت،2010 .

- علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء، التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1994.

- فيلالي علي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2007.

- قزمان منير، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)،2005.

- ماجد محمد لافي ، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

-ـــ ، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، 2009.

- محمد حماد مرهج الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

- محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية(دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

- محمد علي البار، الفشل الكلوي وزرع الأعضاء، ط1، دار القلم ودار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1992.

- مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، ج1، الكتاب الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

- منذر الفضل، المسؤولية الطبية(دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

- منصور عمر المعايطة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط1 ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،2004.

- منصور محمد حسين ، المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية(مصر)،1999.

- منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها،ط 1، دار الفكر الجامعي، ، الإسكندرية(مصر)، 2011.

-ـــ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط2، ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية(مصر)، 2011.

- نسرين عبد الحميد نبيه ، نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية(مصر)، 2008.

- هيثم حامد المصاورة ، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية(مصر)، 2003.

**2- الرسائل و المذكرات الجامعية**

**أ- الرسائل**

- بوشي يوسف،الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته(دراسة مقارنة)، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

**ب- المذكرات الجامعية**

- اسمي قاوة فضيلة،الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011.

- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.

- الشوابكة جهاد جميل ، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال مهنته، مذكرة ماجستير ، قسم القانون، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

- بغدادي ليندة، حق الإنسان في التصرف في جسده بين القانون الوضعي والتقدم العلمي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤوليةالمهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011.

-سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص مسؤولية مهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2011.

-صفاء محمود رستم السويلمين، المسؤولية المدنية الطبية في نقل وزراعة الأعضاء بين الشريعة والقانون(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، الأردن،2001.

-عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011.

-عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر ، بن عكنون، 2003.

- غمراسي هجيرة، التعامل في الأعضاء البشرية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية،جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2005.

- قنيف غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

- كمال فريحة، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.

- مشكور خليدة، المسؤولية المدنية للطبيب في مجال زراعة الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون،2001.

-وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

**3-المقالات**

- الجوهري أحمد جلال ،" الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، سنة5،الكويت، 1987، ص ص121 - 130.

- شرف الدين أحمد، زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، السنة1، جامعة الكويت للحقوق والشريعة، يوليو 1977، ص ص163- 178.

-ـــ "الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي"، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2،السنة5، جامعة الكويت للحقوق والشريعة، جوان1981،ص ص103-120.

- عيساوي محمد، "نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون"، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد5، ديسمبر2008، ص ص199-215.

- قاسم محمد هشام،" الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية"، مجلة الحقوق والشريعة، السنة3، العدد1، جامعة الكويت، 1979،ص ص07-17.

- مروك نصر الدين ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، ج37، العدد3، جامعة الجزائر، 1999، ص ص09-39.

**4-الملتقيات**

- مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 23 و24 جانفي 2008.

**5-المعاجم**

1-ابن منظور، لسان العرب، المجلد 4، ج36 ، ط1، دار المعارف، القاهرة.

2- أبي عبد الرحمان الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، ج2، سلسلة المعاجم والفهارس، 170هـ.

**6- النصوص القانونية**

**أ- النصوص التشريعية**

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد49 الصادرة بتاريخ 11جوان1966، معدّل ومتمم.

-أمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد78، مؤرخة في 30 سبتمبر1975، معدَّل ومتمَّم.

- قانون 11/84 ، مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد24، المؤرخة في 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم.

- قانون رقم 05/85، مؤرخ في 16 فبراير1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.رعدد08 ،مؤرخة في17 فبراير1985، معدَّل ومتمَّم.

- قانون رقم 90 /17 المؤرخ في 31 جويلية1990، يعدل ويتمم قانون05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 35، المؤرخ في 15 غشت 1990.

- أمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد13، مؤرخة في 08 مارس 1995.

- قانون08/09، مؤرخ في 25 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

**ب- النصوص التنظيمية**

- قرار وزير الصحة رقم 89/39، الصادر بتاريخ 1989/03/26 المحدد لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

- مرسوم تنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 06 يوليو1991، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد52، مؤرخة في 08 يوليو 1992.

-مرسوم تنفيذي رقم96-122، مؤرخ في 1996/04/6، يتضمن تأسيس المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية وتنظيمه وعمله،ج.رعدد22، مؤرخة في 1996/04/10.

- قرار وزير الصحة الصادر بتاريخ 2002/10/02، يتضمن إنشاء لجنة مكلفة بانتزاع وزرع الأعضاء في كل مستشفى مرخص له بذلك.

**7-القرارات القضائية**

-قرار المحكمة العليا، رقم109568، الصادر في 1994/05/24، المجلة القضائية، عدد1، ص123.

- قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ2003/06/24، المجلة القضائية، العدد 2، ص337.

**ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية**

1-Khadir Abdelkader, La responsabilité médical a l'usage des praticiens de médecine et du droit, éditions houma, alger , 2014 .

2-Yves –Henri leleu genicot, Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin – patient , éditions de boeck université ,2Eme Rue de fminef, 39, Bruxelles , 2001.

## الفهرس

**المحتويات** **الصفحة**

**مقدمة**.....2

**الفصل الأول: التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية كمحلّ لمساءلته المدنية**.....7

**المبحث الأول: التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء..** 9

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بالنظام العام.....9

الفرع الأول:أن يكون محل التنازل مشروعا.....10

أولا: تعريف العضو البشري.....10

1- التعريف اللغوي للعضو البشري.....10

2- تعريف العضو البشري من الناحية الطبية.....11

3- التعريف الاصطلاحي للعضو البشري.....11

أ- التعريف الفقهي للعضو البشري.....11

ب- التعريف القانوني للعضو البشري.....13

ثانيا: التمييز بين الأعضاء البشرية من حيث جواز نقلها.....14

1- الأعضاء البشرية التي يجوز نقلها.....14

أ- الأعضاء المزدوجة.....14

ب- الأعضاء المتجددة.....14

2- الأعضاء البشرية التي لا يجوز نقلها.....15

أ- الأعضاء المنفردة.....15

ب-الأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية.....15

الفرع الثاني: أن يكون غرض التنازل مشروعا.....16

أولا: تحقيق مصلحة علاجية للمتلقي.....17

ثانيا: تحقيق مصلحة للمجتمع.....18

1- التجارب العلاجية.....18

2- التجارب غير العلاجية.....19

الفرع الثالث: أن يكون التنازل بدون مقابل..... 20
المطلب الثاني: الضوابط المتعلقة برضا الأطراف المعنية بالعملية.....21
الفرع الأول: رضا المتنازل.....21
أولا: أهلية المتنازل.....21
ثانيا: أن يكون رضا المتنازل حرا و متبصرا.....23
1- الرضا الحر.....23
2- الرضا المتبصر.....24
ثالثا: شكل الرضا.....26
الفرع الثاني: رضا المتلقي.....26
أولا:أهلية المتلقي.....27
أ- عدم اكتمال الأهلية القانونية.....27
ب- انعدام الأهلية الفعلية.....28
ثانيا: أن يكون رضا المتلقي حرا ومتبصرا.....28
1- الرضا الحر.....29
2- الرضا المتبصر.....29
ثالثا: شكل الرضا.....31
المطلب الثالث: الضوابط المتعلقة بالأعمال الطبية.....32
الفرع الأول:التأكد من توافق الأنسجة والحالة الصحية للأطراف المعنية العملية.....32
أولا: توافق الأنسجة.....32
ثانيا:الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية.....33
الفرع الثاني: حفظ العضو المنقول.....34
الفرع الثالث: الترخيص القانوني بإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....34
أولا: الأطباء المرخص لهم بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....35
ثانيا: المؤسسات الصحية المرخص لها بتنفيذ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....35
**المبحث الثاني: التزام الطبيب باحترام ضوابط نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى**.....37
المطلب الأول: التحقق من وفاة المتنازل.....37

الفرع الأول: تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية أو طبية.....38
أولا:الاتجاه القائل أن تحديد لحظة الوفاة مسألة قانونية.....38
ثانيا:الاتجاه القائل أن تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية.....39
الفرع الثاني: معايير تحديد لحظة الوفاة.....41
أولا: المعيار التقليدي.....41
ثانيا: المعيار الحديث.....42
ثالثا: المعيار المزدوج.....44
الفرع الثالث: الإنعاش الصناعي.....44
أولا: وقف أجهزة الإنعاش الصناعي.....45
ثانيا: استمرار أجهزة الإنعاش الصناعي.....46
المطلب الثاني: التحقق من صدور الموافقة على الاستئصال.....48
الفرع الأول: الاستئصال بناءا على إرادة المتوفى.....48
أولا: شروط الوصية بالأعضاء.....49
1- رضا الموصي.....49
2- مشروعية محل الوصية.....51
3- مشروعية سبب التنازل.....51
ثانيا: شكل الوصية.....52
1- حالة قبول الاستئصال.....52
2- حالة رفض الاستئصال.....53
الفرع الثاني: الاستئصال بناءا على إرادة غير المتوفى.....54
أولا: الاستئصال بناءا على إرادة الأقارب.....55
1- الموافقة الصريحة.....55
2- الموافقة المفترضة.....56
ثانيا: الاستئصال دون أخذ موافقة أحد.....58
الفرع الثالث: مدى إمكانية الاستئصال من المنفذ عليهم حكم الإعدام.....59

**الفصل الثاني: أحكام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**.....61
**المبحث الأول: قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية**.....62
المطلب الأول: الطبيعة القانونية المسؤولية المدنية للطبيب.....62
الفرع الأول: التكييف القانوني للمسؤولية المدنية للطبيب.....63
أولا:قيام المسؤولية العقدية.....63
1- وجود عقد طبي صحيح.....63
2- إخلال الطبيب بالتزام ناشئ عن العقد الطبي.....65
3- يجب أن يكون المتضرر هو المريض.....66
4- يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد.....66
ثانيا: قيام المسؤولية التقصيرية.....67
1-حالة تخلف الرابطة العقدية بينه وبين المريض.....68
أ- حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه.....68
ب-حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام.....68
ج- حالة تقديم الطبيب لخدماته مجانا.....68
2- بطلان العقد الطبي.....69
أ- حالة تخلف رضا المريض(المتنازل الحي أو المتلقي).....69
ب-حالة عدم مشروعية المحل.....69
ج- حالة السبب غير مشروع.....69
3- اقتران الخطأ المدني بالخطأ الجنائي.....70
ثالثا: مدى جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤوليتين.....70
1-مدى جواز الجمع بين أحكام المسؤوليتين.....71
2- مدى جواز الخيرة بين المسؤوليتين.....71
الفرع الثاني: طبيعة التزام الطبيب.....72

أولا:طبيعة التزام الطبيب تجاه المتنازل.....72
ثانيا: طبيعة التزام الطبيب تجاه المتلقي.....74
المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.....75
الفرع الأول: الخطأ الطبي.....75
أولا: مفهوم الخطأ الطبي.....76
1- تعريف الخطأ الطبي ومعايير تحديده.....76
أ- تعريف الخطأ الطبي.....76
ب- معايير تحديد الخطأ الطبي.....77
2-أنواع الخطأ الطبي.....78
أ- الخطأ العادي والخطأ الفني.....78
ب- الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.....79
3- إثبات الخطأ الطبي.....80
ثانيا: بعض صور الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....81
**1**- الإخلال بالتزام الحصول على الموافقة على العملية.....81
2- إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام.....83
أ- إعلام المتنازل.....83
ب- إعلام المتلقي..... 84
3- الخطأ الطبي الناتج عن إيقاف أجهزة الإنعاش نتيجة التشخيص الخاطئ للوفاة.....85
الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية.....86
أولا: الضرر في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....87
1-أنواع الضرر.....87
أ- الضرر المادي.....87
ب- الضرر المعنوي.....88
ج- تفويت الفرصة.....89
2-شروط الضرر الموجب للتعويض.....90
أ- أن يكون شخصيا.....90

ب- أن يكون هذا الضرر محققا.....90
ج- أن يكون الضرر مباشرا.....90
د- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة.....91
ثانيا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.....91
1- قيام العلاقة السببية.....91
أ- نظرية تكافؤ الأسباب.....92
ب- نظرية السبب المنتج.....92
2- انتفاء العلاقة السببية.....92
أ- القوة القاهرة والحادث الفجائي.....93
ب- خطأ المضرور.....93
ج- خطأ الغير.....94
**المبحث الثاني: آثار المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.....95**
المطلب الأول: دعوى المسؤولية المدنية.....95
الفرع الأول :أطراف الدعوى.....95
أولا: المدعي.....96
1- المضرور المباشر أو نائبه.....96
أ- عمليات نقل الأعضاء.....96
ب- عمليات زرع الأعضاء البشرية.....97
2- خلف المضرور.....97
أ- حالة وفاة المضرور.....97
ب- حالة الضرر المرتد.....98
ثانيا: المدعى عليه.....99
1- الطبيب المخطئ.....99
2- حالة تعدد المسؤولين عن الضرر.....101
ثالثا: شركة التأمين.....102

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي.....103
أولا: الاختصاص النوعي.....104
1- اختصاص القضاء العادي.....104
2- اختصاص القضاء الإداري.....105
ثانيا: الاختصاص الإقليمي.....106
المطلب الثاني: التعويض.....107
الفرع الأول: طرق التعويض.....108
أولا: التعويض العيني.....108
ثانيا: التعويض بمقابل.....108
1- التعويض النقدي.....109
2- التعويض غير النقدي.....109
الفرع الثاني: تقدير التعويض.....110
أولا: وقت تقدير التعويض.....110
1- تقدير التعويض عن الضرر المتغير قبل صدور الحكم.....110
2-تقدير التعويض عن الضرر المتغير بعد صدور الحكم.....111
ثانيا: كيفية تقدير التعويض.....112
1-التقدير الاتفاقي والقانوني للتعويض.....112
أ- التقدير الاتفاقي.....112
ب- التقدير القانوني..... 113
2-التعويض القضائي..... 114
ثالثا: اتفاقات الإعفاء و التخفيف من المسؤولية المدنية.....117
1-قبل وقوع الضرر.....117
أ- الاتفاقات المتعلقة بالمسؤولية العقدية.....117
ب- الاتفاقيات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية.....119
2- بعد وقوع الضرر .....120
الخاتمة..... 121

قائمة المراجع.....125
الفهرس..... 133